



UNIVERSITÀ  
DEGLI STUDI  
DI PADOVA

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PADOVA

DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO, INTERNAZIONALE E COMUNITARIO

SCUOLA DI DOTTORATO DI RICERCA IN GIURISPRUDENZA

Ciclo XXVII

DEL DIRITTO DI AUTODETERMINAZIONE DELLA PERSONA

*Questioni teoretiche, rilievi teorici, profili giuridici  
nel problema bio-giuridico*

Direttore della Scuola di Dottorato  
Chiar.mo Prof. Roberto E. Kostoris

Supervisore  
Chiar.mo Prof. Danilo Castellano

Dottorando  
Dott. Rudi Di Marco



ALLA VENERATA MEMORIA DEL NONNO MATERNO,  
COSTANTE E DILETTISSIMO SORRISO IN TUTTI GL'ANNI  
DELLA MIA GIOVINEZZA, INESAUSTA FONTE DI SERENITÀ E AFFETTO

PIETRO ERVINO DEAN

FIUMICELLO, IV. II. MCMXXV – PALMANOVA, XXX. IV. MMXII

CHE DOPO DIUTURNI TRAVAGLI E PROFONDISSIMA SOFFERENZA,  
LA SUA GIORNATA TERRENA CRISTIANAMENTE SALUTÒ,  
NEL CONFORTO DEL PISSIMO SACRAMENTO E NEL SINCERO ABBRACCIO  
DI CHI RICEVETTE DA LUI PIÙ DI QUANTO EBBE A OFFRIRGLI.  
CONFIDANDO CHE LA MISERICORDIA D'IDDIO POSSA AVERGLI  
DATO PIÙ FERTILI CAMPI DA COLTIVARE  
E CHE POSSA AVERLO ACCOLTO IN PIÙ APRICHE DISTESE,  
OVE PIÙ COPIOSE MESSI BIONDEGGINO,  
QUEST'OPERA UMILMENTE DEDICO.



## INDICE SOMMARIO

|                                                                                                                                                                        |        |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------|
| RIFLESSIONI PERSONALI E PAROLE DI GRATITUDINE. ....                                                                                                                    | p. I   |
| EPIGRAFE. ....                                                                                                                                                         | p. VII |
| ESPOSIZIONE RIASSUNTIVA DEL LAVORO – <i>ABSTRACT</i> .....                                                                                                             | p. 1   |
| <i>PROPOSITIO BREVIS</i> . IL PROBLEMA DEL DIRITTO ALLA<br>AUTODETERMINAZIONE DELLA PERSONA, COME PROBLEMA (IN SÉ)<br>« <i>πάν</i> -GIURIDICO». UNA INTRODUZIONE. .... | p. 7   |
| CAPITOLO PRIMO. DELL'AUTODETERMINAZIONE «NEL» DIRITTO<br>SUBIETTIVO.                                                                                                   |        |
| § 1. <i>Voluntas, facultas, potestas</i> : un inquadramento teoretico del<br>problema. ....                                                                            | p. 15  |
| § 2. Intelligenza del volere: il problema del <i>velle humanum</i> . ....                                                                                              | p. 27  |
| § 3. Umanità e libertà: la <i>libertas humana</i> come <i>libertas iuris et in<br/>iure</i> . ....                                                                     | p. 38  |
| § 4. <i>Ordo ordinatus in libertate</i> : l'Ordinamento giuridico come<br>condizione «di» libertà giuridica. ....                                                      | p. 50  |
| § 5. Prescrizione e autodeterminazione (giuridica) dell'essere del<br>soggetto: la norma come condizione (positiva o negativa) della<br>«libertà umana». ....          | p. 77  |
| CAPITOLO SECONDO. DELL'AUTODETERMINAZIONE «NEL/COL/SUL»<br>CORPO.                                                                                                      |        |
| § 1. Sovranità o regalità sul proprio corpo? Il problema del soggetto-<br>in-sé. ....                                                                                  | p. 97  |
| § 2. Corpo e soggetto: la necessità/opportunità della «sintesi<br>concettuale». ....                                                                                   | p. 109 |
| § 3. Il corpo, le sue parti i suoi prodotti: l'impossibile «mercato».....                                                                                              | p. 123 |
| § 4. Segue. Il problema della disposizione dei gameti: la questione<br>intorno alla loro natura. ....                                                                  | p. 134 |
| § 5. Segue. Il «fenomeno riproduttivo» come problema<br>dell'autodeterminazione «sui» proprii gameti: la «nuova»<br>soggettività dello e nello embrione umano. ....    | p. 143 |

### CAPITOLO TERZO. DELL'AUTODETERMINAZIONE PROCREATIVA.

- § 1. Il c.d. diritto alla genitorialità: una pericolosa chimera. .... p.153
- § 2. Il «diritto a porre le premesse per procreare»: la c.d. prospettiva genitoriale. .... p.171
- § 3. Segue. L'intervento suppletivo (esterno) delle deficienze procreativo-riproduttive: *ius* o *iniuria*? ..... p.192
- § 4. Dinamica e cinetica «giuridiche» della procreazione umana nella/della coppia. .... p.220
- § 5. Segue. Intimità, fertilità/infertilità e attitudine procreativa: il «significato» della dimensione umano-giuridica della coppia. .... p.250

### CAPITOLO QUARTO. DELL'AUTODETERMINAZIONE FAMILIARE.

- § 1. La famiglia: il «suo» essere, il «suo» dovere-essere, il «suo» diritto. .... p.263
- § 2. L'autodeterminazione «coniugale» come diritto in sé: i soggetti fondano «una» loro famiglia, ma non creano «la» famiglia in quanto tale. .... p.286
- § 3. Segue. Il vincolo coniugale come vincolo in sé giuridico: la sua natura. .... p.297
- § 4. Percorsi dell'autodeterminazione. \*) L'autodeterminazione nelle/delle cc.dd. relazioni interpersonali: il fondamento giuridico dello (eventuale) diritto. .... p.318
- § 5. Percorsi dell'autodeterminazione. \*\*) Volontà e volontà giuridica, opzione e opzione giuridica «di fronte» al diritto di autodeterminar-si. .... p.327
- § 6. Percorsi dell'autodeterminazione. \*\*\*) Segue. Il contenuto necessariamente giuridico del diritto all'autodeterminazione: un limite sostanziale... *in re ipsa*. .... p.350
- § 7. Ancora sul problema della famiglia: essenza del vincolo e statuto teleologico-ontologico del rapporto. .... p.377
- § 8. Segue. Il figlio nato/concepito come soggetto (eventuale) della famiglia: le obbligazioni «dei» genitori. .... p.410

CAPITOLO QUINTO. DELL'AUTODETERMINAZIONE NELL'ESPERIENZA  
GIURIDICA CONTEMPORANEA: CASI, PROBLEMI, CONTRADDIZIONI.

|                                                                                                                                                                                                                                             |       |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| I. Una breve premessa di carattere metodologico. ....                                                                                                                                                                                       | p.531 |
| § 1. Il «dialogo», il «problema», il «paradosso» tra contenuto<br>classico dei Codici e giurisprudenza moderna della Corte<br>costituzionale. Rapsodia di un «fenomeno eccentrico». ....                                                    | p.532 |
| § 2. Il «passo di marcia» battuto dal c.d. Ordinamento dell'Unione<br>europea. ....                                                                                                                                                         | p.565 |
| § 2.1 Uno sguardo verso la dimensione applicativo-<br>giurisprudenziale. ....                                                                                                                                                               | p.590 |
| § 3. Uno sguardo comparatistico nell'orizzonte del sistema<br>internazionale (occidentale) <i>extra</i> europeo. Alcune<br>«spigolature», alcune rapsodiche riflessioni. ....                                                               | p.649 |
| BREVE NOTA CONCLUSIVA. PERCHÉ PARLARE DI «DIRITTO<br>ALL'AUTODETERMINAZIONE»? PER UNA PROPOSTA, PER UNA<br>RIFLESSIONE E PER UN APPROCCIO AL PROBLEMA CHE PRINCIPI E CHE<br>EPILOGHI NELL'UOMO <i>IN SE</i> , «SFIDANDO» LA MODERNITÀ. .... |       |
| INDICE ONOMASTICO. ....                                                                                                                                                                                                                     | p.681 |
| BIBLIOGRAFIA. ....                                                                                                                                                                                                                          | p.687 |





*“Quis est nostrum liberaliter educatus cui non educatores, cui non magistri sui atque doctores, cui non locus ipse ille mutus ubi alitus aut doctus est cum grata recordatione in mente versetur?”* (CICERONE, *Pro Plancio*, 81) Non dirò che oggi è un giorno diverso dagli altri, perché oggi si chiude un altro capitolo della mia vita, il quale io scorro nello scorrere delle pagine di questo Lavoro e ogni parola, ogni nota, ogni rigo, ogni pensiero mi rimembrano una persona, un episodio, un momento, un piacere, una sofferenza che a mio modo io serbo nel mio cuore e che a mio modo io associo a quella parola, a quella nota, a quel rigo, a quel pensiero. Non dirò nemmeno che oggi io mi sento come quel navigante che dopo un lungo viaggio approdi in una terra del tutto ignota e che accanto alla gioia dell’arrivo, avverta lo sgomento, l’ansia, l’angoscia per ciò che l’attende. Dirò solo questo e cioè dirò che sono grato a Iddio per avermi consentito di vivere e di vivere intensissimamente il viaggio intellettuale della mia formazione morale nelle cose del diritto: in questi undici anni di studio, infatti, ho avuto la grazia dell’ardimento e della passione costanti per ciò che ho fatto e per ciò che ho fatto sempre volentieri, sentendo il mio lavoro, il mio impegno e il mio dovere di uomo verso Dio, verso la mia famiglia, verso il mio maestro, verso la mia Patria, non un peso, ma al contrario un privilegio, un privilegio grande, un privilegio disinteressato che pochi hanno e che pochi hanno la *fortuna* di vivere coll’intensità che io ho vissuto, traendone purissime gioie e dilettevoli entusiasmi.

Nulla di questo appartiene al mio merito: per quello che mi riguarda, infatti, io posso solo dire, forse, di essermi inconsapevolmente limitato a scegliere di combattere alcune battaglie, le quali, poi, sempre per ragioni indipendenti da me e note solo a Iddio, si sono dimostrate «buone» e si sono dimostrate congeniali al mio gusto e al mio temperamento.

Non dirò, ora, né di avere cercato queste battaglie, né di averne definito la strategia, né, tantomeno, di averle vinte: mentirei! Non dirò, dunque, di essere arrivato alla meta, che è la maturità intellettuale, alla quale, forse, avrei dovuto arrivare e alla quale, senz'altro, avrei voluto arrivare, consapevole e anzi... ancora più consapevole (socraticamente), che la strada della conoscenza e della maturazione da percorrere è assai più lunga di quel breve tratto che pur lasciato alle mie spalle.

Dirò, allora – questo sì – di avere camminato e anzi... di avere corso, non senza inciampi, coll'entusiasmo e colla meraviglia di un bambino che scorgere scenari sempre più nuovi e orizzonti sempre più lontani; dirò anche di avere corso con fede incrollabile – perché è vero – senza mai tradire me stesso, il mio maestro, i valori e i principii in cui credo e pei quali avverto il dovere morale di continuare a combattere con rigore e disciplina, giammai sovrapponendo i calcoli umani al disegno d'Iddio. Potrò mai comprendere, io, anche solo in minima parte, questo disegno? Potrò mai sapere quale è la mia strada?

Il tratto fino a qui percorso non è molto, anzi... è ben poca cosa – lo so – ma di più non potevo camminare e se anche avessi potuto... me ne mancò, non il coraggio, ma la consapevolezza... Quel nulla che ho fatto, comunque, spero sia sufficiente per non avere lasciato rimpianti nel cuore di chi ha speso sé stesso, il suo nome, la sua *fama* per me e per darmi la possibilità di fare esperienze che altrimenti avrei solo potuto osservare da lontano.

*In magnis, et voluisse sat esse...*

Al di là di ogni cosa, io credo che questo sia il momento più opportuno per significare la mia profonda gratitudine e la mia sincera riconoscenza alle persone che, in vario modo e per diverse vie, mi hanno permesso non solo di portare a compimento questo Lavoro, ma soprattutto

mi hanno consentito di crescere e di maturare, facendomi essere, ora, l'uomo che, nel bene e nel male, sono diventato.

Una prima doverosa parola di gratitudine, allora, io debbo e voglio spendere per mia madre Marinella e per mio padre Franco, i quali mi hanno sostenuto moralmente e materialmente in tutti gl'istanti della mia vita, mai facendomi mancare – nei fatti e non solo colle parole (perché i fatti contano e il resto è niente: *homines cognoscimus ex operibus eorum*) – l'incoraggiamento e l'affetto che altrove non avrei potuto trovare. Non so, ora, quanto siano state condivise le mie scelte, né so, invero, quanto condivise siano le mie posizioni concettuali e le tesi che sostengo, ma questo non importa più che tanto: infondo... certe cautele sono più un segno di preoccupazione sincera e di affetto profondo, per me, che di disappunto ideologico. Se come figlio, io, ho mancato in qualche cosa, dando dispiacere ai miei genitori, non posso che esserne rammaricato, anche perché nulla sarebbe stato più distante dal mio intendimento; se incomprensioni hanno talvolta offuscato la serenità familiare, me ne assumo ogni colpa, sperando, tuttavia, che nella mia condotta possa scorgersi anche quel bene che c'è, oltre a quel male che io non veggo.

Con altrettanto affetto e con altrettanta sincerissima gratitudine, ricordo il mio maestro, il chiarissimo professore Danilo Castellano: non ho veramente parole per attestargli tutta la mia riconoscenza, nella consapevolezza e anzi nella certezza che la sua figura ha e avrà sempre un posto di primissimo piano nella mia vita, rappresentando, oramai, un (felice) punto di riferimento imprescindibile. Non solo, infatti, io debbo ringraziare il professore Castellano per quanto si è sempre prodigato nel mio interesse – più di quanto io meritassi – ma soprattutto gli debbo gratitudine devota e profondissima per l'insegnamento innanzitutto morale che costantemente, su ogni cosa, in ogni circostanza, dentro e fuori dall'Università, colla parola e coll'esempio, mi ha pazientemente impartito. Ciò va ben oltre l'interesse per

la materia o la passione per lo studio, ciò va oltre la materia e oltre lo studio, dando, a questi, un significato e un valore che sono unici e che radicano, nel sentimento e nel temperamento di un uomo, principii tra i più veri e tra i più capaci di cementare l'ossatura di un carattere e di una vita. Non ho l'ardire di credere di essere il degno allievo di un così grande maestro – e non è adulazione, questa, ma riconoscimento della realtà – spero solo di essere e di essere stato un allievo accettabile e obbediente nel vero senso della parola (il ch  non significa n  «esecutore», n  «ripetitore», n  «adulatore» acritico e incondizionato), avendo sempre apprezzato, nel professore Catellano e nel suo magistero, lo sforzo per penetrare i problemi dell'effettivit  e per insegnare dialetticamente la via pi  giusta, pi  razionale, pi  umana per risolverli, al di l  dei libri, al di l  delle mode, al di l  dei calcoli opportunistici. Per quanto mi sar  possibile io cercher  di spargere qui pochi semi che ho saputo e potuto cogliere, auspicando, cos , di onorare l'insegnamento ricevuto e di attestare la mia gratitudine e il mio affetto.

*Verba non sufficiunt!*

Una specialissima parola, ancora,   quella che mi   ispirata dal fresco pensiero della mia giovane fidanzata – la signorina Giulia – il cui bel sorriso allietta le mie giornate e il cui sostegno   forza contro gli sconforti. Io debbo essere grato a Iddio per questo incontro inatteso – avvenuto tra i corridoi delle biblioteche padovane e nei giardini della Basilica del Santo – che ha pur cambiato radicalmente la mia vita (e quella della mia famiglia), colmando un vuoto che c'era e portando quella luce che mancava. Spero che la grazia d'Iddio continui a vegliare su di noi e che il Suo disegno contempli, a breve, il coronamento cristiano dei nostri sentimenti, per una vita assieme. Spero, ancora, che Iddio ci doni e continui a donarci la sapienza e la prudenza per radicare la nostra vita e le nostre vite nelle cose pi  vere, assieme alle persone pi  care – quelle che nei fatti ci dimostrano il loro affetto e il loro interesse per noi – cos  riuscendo sempre a fuggire e a

fuggire lontano, dalle vane ed effimere chimere della modernità, falsa e traditrice, per trovare serenità, gioia e appagamento effettivi nel sostegno reciproco e nel reciproco abbraccio, mirando assieme a quelle semplici cose che tanto giovano all'animo umano e coltivando assieme quel bell'orto che tanto dà, al corpo e allo spirito e così poco richiede. Le difficoltà e i problemi – che per la più ampia parte vengono dall'esterno – non sono mancati, non mancano e probabilmente non mancheranno, come non mancherà lo sconforto, di fronte alle delusioni e l'afflizione, davanti alle ingiustizie; ciò che importa, tuttavia, non è questo, ma è la capacità di tenere fede a quei principii e quei valori che in fondo ci accomunano e in virtù dei quali ci siamo «trovati», avendo e preservando sempre la forza morale di guardare alle cose e alle persone per quello che esse effettivamente sono e avendo l'intelligenza di dare sempre ed effettivamente a ciascheduno il suo, secondo i suoi meriti e secondo le sue colpe... Non dirò, ora, che riconosco alla mia fidanzata – la signorina Giulia – una particolare e intelligente perspicacia nel cogliere le cose (della vita) in generale e quelle del diritto in ispecie, né dirò che troppo spesso, per circostanze tra le più varie, questa sua attitudine non è stata adeguatamente apprezzata, dirò solo questo e cioè, dirò che l'unico giudizio cui è mestieri di prestare fede è quello d'Iddio e che, oltre al Suo, merita considerazione sol quello di chi giudica con ragione, giustizia, intelligenza; degli altri *“non ragioniam di lor, ma guarda e passa”*.

Le ultime parole di gratitudine – che non sono di mero stile, ma tutt'affatto sostanziali – io voglio rivolgere alla Scuola di Dottorato in Giurisprudenza dell'Università di Padova e particolarmente al suo Direttore, il chiarissimo professore Roberto Kostoris. Riconosco di essere stato accolto – pur forestiero – con grande cortesia e riconosco che l'Università di Padova ha messo a mia disposizione spazii e materiali, i quali mi hanno reso più agevole il lavoro e i quali mi hanno dato modo di sentirmi parte – sia pure piccola – di un grande e prestigiosissimo contesto. Ho vissuto con senso di

sincero privilegio questi tre anni di esperienza patavina e ho cercato di sfruttarli meglio che potevo; ho avuto modo di frequentare luoghi e persone, nel cui vissuto veramente ho potuto cogliere il significato degli studi giuridici e di una consolidatissima tradizione. Tutto questo rimarrà in me e se non altro, rimarrà come uno tra i più lieti ricordi... Tra tutti voglio ringraziare particolarmente quei professori i quali, col loro consiglio, mi hanno direttamente favorito e stimolato negli studi e cioè, ringrazio di cuore, davvero, il chiarissimo professore Mauro Ronco e il chiarissimo professore Franco Todescan, sempre pronti al consiglio e sempre disponibili al dialogo.

Ringrazio, anche, il Personale amministrativo del Dipartimento di Diritto Pubblico, Internazionale e Comunitario e particolarmente la dottoressa Alessia Grani e il dottore Cristian Guarise, per la cortesia che hanno avuto nell'assecondare puntualmente le mie forse eccessive richieste.

Un ringraziamento, ancora, voglio spendere per il chiarissimo professore Mario Bertolissi il quale, non solo mi ha sempre incoraggiato nel mio Lavoro, non negandomi mai una parola, un sorriso, una stretta di mano, un consiglio, ma mi ha anche accolto nel suo Studio, con grandissima cortesia e disponibilità, consentendomi di fare esperienze che altrimenti mi sarebbero state precluse.

Malisana di Torviscosa, 29 Gennaio 2014

Rudi Di Marco.

*“felice te che al vento  
non vedesti cader che gli aquiloni!”*

(PASCOLI, *L'aquilone*, vv. 44 – 45)





## ESPOSIZIONE RIASSUNTIVA DEL LAVORO – *ABSTRACT*

L'indagine ha per oggetto il problema dell'autodeterminazione della persona umana, in ambito biogiuridico, con riguardo all'esperienza contemporanea.

Lo scopo del Lavoro è dimostrare che il diritto di autodeterminazione, in quanto diritto soggettivo, non può essere letto colle categorie  $\alpha$ -giuridiche proprie della modernità, pena una *petitio principii* che pone il diritto stesso in contrasto coll'Ordinamento giuridico, identificandolo, di fatto, come di diritto virtualmente aperto alla legittimazione dell'anarchia sostanziale, quindi... identificandolo, di fatto, come di diritto virtualmente aperto alla legittimazione dell'anti-giuridicità su sé stessi e contro sé stessi.

La proposta e il contributo che queste riflessioni tendono ad apportare, dunque, vorrebbero avere per iscopo quello di proporre una «lettura autenticamente giuridica» (*id est*, filosofico-teoretica) dell'autodeterminazione umana, come autodeterminazione del volere (assiologicamente) umano del soggetto, eppertanto come autodeterminazione del volere razionale e responsabile della persona, la quale rivendica di comportarsi e la quale si comporta in conformità della natura sua propria.

Il soggetto, allora, proprio esercitando il diritto di autodeterminar-si – inteso come noi lo intendiamo, ovviamente – non può affatto dare luogo a una condotta guidata dal puro auto-volere hegeliano, vale a dire posta in essere senza alcun criterio diverso da quello del volere autentico, ma esercita e deve esercitare un'opzione legittima e in sé giuridica, tra varie opzioni parimenti legittime e parimenti in sé giuridiche.

Il percorso seguito per l'analisi e per lo sviluppo dei temi *de quibus* si è articolato in cinque parti, corrispondenti ad altrettanti capitoli. Nella prima parte è stato affrontato il problema preliminare concernente il rapporto tra libertà, volontà e diritto subiettivo, così da dimostrare che il diritto, il quale sia diritto in sé, non rappresenta certo un limite all'esercizio della libertà umana, ma piuttosto esso invero in sé stesso uno strumento per essa e per la sua massimizzazione; nella seconda parte, poi, il problema *de quo* è stato letto e definito alla luce della c.d. autodeterminazione sul proprio corpo e l'indagine ha approfondito il rapporto tra la persona, che è soggetto in sé, e il corpo umano nel quale e attraverso il quale essa è, non potendo che essere ciò che è per natura e quindi... non potendo che essere latrice di un'essenza razionale oggettiva (*naturae rationalis individua substantia*), in sé normativa e regolativa per le condotte umane (comprese quelle del soggetto su di sé stesso). Il terzo capitolo del Lavoro, proseguendo nella rapidissima sintesi dei vari contenuti, ha portato innanzi l'analisi delle questioni in parola, con riferimento alla c.d. autodeterminazione procreativa, in relazione al problema della configurazione di un diritto a porre le premesse per procreare: il discorso è stato affrontato sulla base della condizione oggettiva degli aspiranti genitori e della loro attitudine, come coppia, ad autodeterminarsi in una famiglia in sé umana. La trattazione, a questo punto, si è condensata nell'analisi dei problemi concernenti l'autodeterminazione delle persone in ambito familiare – oggetto della quarta parte della Ricerca – e ciò ha consentito di considerare, in un quadro sistematico, le posizioni di tutti i soggetti coinvolti nella c.d. realtà familiare, in relazione alla struttura, alla natura e alla funzionalità dei loro diritti e delle loro obbligazioni. L'ultima parte del lavoro, in fine, ha voluto gettare uno sguardo sull'esperienza giuridica contemporanea e ciò, sia a livello di giurisprudenza e legislazione nazionale, che a livello di Sistema C.E.D.U., che – sia pure in parte – a livello internazionale. Un tanto, allora, ha consentito di considerare

il modo in cui i problemi e le questioni affrontati vengono a rappresentare veri e propri nodi gordiani per lo stesso operatore del diritto, a qualunque livello sia chiamato a svolgere i propri ufficii.

\* \* \*   \* \* \*   \* \* \*

*The enquiry focuses on the problem of the self-determination of the human person, in the bio-legal context, in reference to current experience.*

*The aim of the Work is to show that the right of self-determination, as a subjective right, cannot be understood with the  $\alpha$ -legal categories typical of modernity, unless one commits a *petitio principii* which causes the right to clash with the Legal system, by identifying it effectively as a right virtually open to the legitimation of substantial anarchy, thereby .... identifying effectively it as a right virtually open to the legitimation of anti-legality towards and against oneself.*

*The proposal and the contribution offered by these reflections, then, aim at proposing a “authentically legal (i.e., philosophical-theoretical) reading” of human self-determination, as the self-determination of the (axiologically) human will of the subject, and hence as the self-determination of the rational and responsible will of the person, which claims the right to behave and does behave in conformity to its nature.*

*Then, by precisely exercising the right of self-determination – understood as we to, obviously –, the subject cannot bring about a conduct guided by the pure, Hegelian self-will, i.e. a conduct brought about without any criterion apart from authentic willing. By contrast, the subject excises and must exercise a legitimate and intrinsically juridical choice, among equally legitimate and equally intrinsically juridical options.*

*The path followed for the analysis and the development of the above themes was articulated in five parts, each corresponding to a chapter. In the first part the preliminary issues of the relation between freedom, will and subjective right was dealt with: the aim was to show that a right which is intrinsically such does not certainly represent a limitation to the exercise of human freedom, but it represents a means for freedom and for its maximization; in the second, part, then, the main problem has been read and defined at the light of the so called self-determination about one's body: the investigation has dealt with the relationship between the person, which is the subject in itself, and the body in which and through which it exists; indeed, it cannot but be what it is by nature and then... it cannot but bear an objective rational essence (naturae rationalis individua substantia), which is in itself normative and regulative of human conduct (including conducts of the subject towards itself). Going on with the short summary of contents, the third chapter of the Work has carried on the analysis of the mentioned issues, by focusing on the so called reproductive self-determination, in connection with the problem of the framing of a right to set the premises for reproduction: the issues was dealt with on the base of the objective condition of the perspective parents and of their attitude, as a couple, to self-determination in a family which is human in itself. At this point, the discussion has turned to the analysis of the problems concerning the self-determination of persons in the sphere of the family – the topic of the fourth part of the Research. This allowed taking into account – in a systematic frame – the positions of all the subjects involved in the so called family reality, in connection with the structure, the nature and the function of their rights and their obligations. The last part of the Work, finally, aimed at glancing at contemporary legal experience, both at the level of court decisions and national legislation, at the level of the European Convention of Human Rights and – although only partially – at the international level.*

*The investigation, then, allows considering the way in which the problems and the issues dealt with represent an authentic Gordian knot for those who work in the legal sphere, regardless of the levels at which they are called to carry out their offices.*



## **PROPOSITIO BREVIS**

### **IL PROBLEMA DEL DIRITTO ALLA AUTODETERMINAZIONE DELLA PERSONA, COME PROBLEMA (IN SÉ) «πῶν-GIURIDICO». UNA INTRODUZIONE.**

*“Quid est enim libertas? Potestas vivendi, ut velis. Quis igitur vivit, ut volt, nisi qui recte vivit? Qui gaudet officio, cui vivendi via considerata atque provisa est, qui ne legibus quidem propter metum paret, sed eas sequitur et colit, quia id salutare esse maxime iudicat, qui nihil dicit, nihil facit, nihil cogitat denique nisi libenter ac libere, cuius omnia consilia resque omnes, quas gerit, ab ipso proficiscuntur eodemque referuntur, nec est ulla res, quae plus apud eum polleat quam ipsius voluntas atque iudicium; cui quidem etiam, quae vim habere maximam dicitur, Fortuna ipsa cedit, si, ut sapiens poeta dixit, suis ea cuique fingitur moribus. Soli igitur hoc contingit sapienti, ut nihil faciat invitus, nihil dolens, nihil coactus”.*<sup>1</sup> Di fronte al tema del diritto di autodeterminazione della persona, generalmente l’atteggiamento di chi si occupa delle «cose giuridiche» rischia di essere, se non superficiale, senz’altro poco interessato, o comunque distratto da quelle che potremmo chiamare le «sirene della modernità». Spesso, infatti, chi parla di autodeterminazione della persona si presta a una specie di volo pindarico, il quale esce ognora da ogni più lata forma di orizzonte giuridico, approdando ai falsi lidi del “s’ei piace, ei lice”<sup>2</sup> e un tanto – si badi bene – proprio perché il c.d. diritto di autodeterminazione viene agevolmente spogliato del suo *proprium* giuridico e viene vestito coi panni del volontarismo nihilista, come fosse, in un certo

---

<sup>1</sup> CICERONE, *Paradoxa stoicorum ad Brutum*, Paradoxon V, 34.

<sup>2</sup> TASSO, *Aminta*, Atto I – Coro – v. 681.

senso, una specie di ossimorico diritto all'anarchia e come se, conseguentemente, il problema da esso posto si compendiasse nella mera individuazione e definizione dei limiti operativi da porre a un potere, *soi-disant* giuridico, di per sé assoluto.

La questione che quivi intendiamo affrontare, pur senza veruna pretesa di verità e nemmeno di esaustività – questo è ovvio – non vuole certo creare polemica sterile intorno alle varie «scienze legali», tanto in voga nel nostro tempo sì da obliare il *proprium* umanistico degli studii *in se* giuridici e sì da soppiantare, quasi rinnegandola, la «vecchia» (diremmo, più correttamente, perenne) *prudentia iuris*, ma vuole solamente porre mente a un tema il quale, nell'ipotesi in cui non venisse adeguatamente affrontato, impedirebbe la stessa coerenza interna dei e nei Sistemi gius-positivi caratterizzati dalla vocazione, che è una pretesa virtualmente nihilistica, verso la più autentica autoreferenzialità (*id est*, veros la più autentica sovranità). Cotali Sistemi, invero, erroneamente definiti Ordinamenti giuridici, s'impongono *ex lege posita* col criterio della mera validità democratica (la quale, propriamente, coinciderebbe colla vigenza), vale a dire... che siffatti Sistemi si pretendono Ordinamenti, a prescindere dall'ordine e si pretendono giuridici, a prescindere dal giure: essi postulano, infatti, in sé stessi, la capacità di creare l'ordine e di creare il giure in guisa tutt'affatto convenzionale, *id est* attraverso il mero rispetto – più o meno rigoroso – delle procedure democratico-formali, autoreferenzialmente definite alla stregua del fondamento stesso della intiera loro struttura. I Sistemi in parola, infine, si-definiscono Ordinamenti, non perché ordinati secondo i criterii e secondo i principii dell'ordine (oggettivo), ma perché ordinanti, vale a dire... perché capaci di ordinare sovranamente, imponendosi *ex se* e si definiscono giuridici, non perché rispettosi della giustizia in virtù della quale si-legittimano, ma perché auto-fondativi di una loro giustizia convenzionale, che impongono *ex lege*, nel perseguimento di



fini tra i più indeterminati e indeterminabili. È nota, peraltro, la tesi giuspubblicistica secondo la quale lo Stato sarebbe punto un ente a fini indeterminati...

Il Lavoro che con grande umiltà presentiamo all'attenzione del Lettore – sempre (socraticamente) consci dei nostri molti limiti – e che sosteniamo, pur con una doverosa e irrefutabile apertura dialettica al confronto *ad eruendam veritatem*, con tutta la forza, con tutta la passione e con tutto l'entusiasmo ch'esso ci ha ispirato in questi bellissimi (e ahinoi brevissimi...) anni di studio, vuol porsi un problema, attraverso una domanda e vuol cercare, se non di rispondere, quantomeno di indicare alcuni elementi che segnino la via della risposta.

La domanda è questa: «esiste un diritto di autodeterminazione della persona? E quindi... si può propriamente parlare di diritto all'autodeterminazione soggettiva?»

Il nostro tempo – certo difficile per molti aspetti, ma infondo non più di altri tempi passati – ci ha abituato, anzi... ci ha assuefatto all'autodeterminazione, tanto che dall'autodeterminazione dei popoli e dal gran tema ch'essa ha sollevato e che continua a sollevare sullo scenario geopolitico internazionale, si è via via passati a parlare sempre di più di autodeterminazione della persona e lo si è fatto, com'era ovvio che si facesse, mantenendo le stesse categorie concettuali di fondo (per noi sbagliate, come vedremo), talché... così come si diceva che i popoli hanno il «diritto» di strutturarsi secondo il regime ordinamentale da essi stessi ritenuto migliore, per sè e quindi, così come si diceva che ai popoli dev'essere garantito il «diritto» (internazionale) di soggettarsi alle Leggi da loro stessi deliberate (il problema dell'autodeterminazione dei popoli, infatti, non a caso sta vieppiù assumendo le fogge di un problema concernente una

sorta di diritto alla democrazia<sup>3</sup>) e ai Poteri da loro stessi voluti, allo stesso modo si è arrivati a dire, parallelamente, che alla persona umana dev'essere garantita la libertà al massimo grado possibile, quale libertà negativa di fare ciò ch'essa stessa vuole per sé, anzi... quale libertà sovrana di autodeterminare contingentemente il proprio puro auto-volere hegeliano su di sé. Certo... la circostanza irrefutabile in virtù della quale l'essere umano vive e non può non vivere in un contesto sociale, ov'egli non è solo e al contrario abbisogna costantemente degli'altri, simili a lui, coi quale deve necessariamente rapportarsi sul piano intellettuale (che è quello proprio dell'uomo) prima ancora che su quello fisico, pone il grande problema del limite a questa libertà, del limite necessario, cioè, ch'essa deve incontrare affinché sia evitato il continuo scontro e la scontata prevaricazione del più forte sul più debole (il *bellum omnium contra omnes* di hobbesiana memoria). Illustrissimi Autori, allora – come è noto – si sono sprecati nel tentativo di sciogliere questo nodo gordiano: da Hobbes a Rousseau, da Locke a Montesquieu, solo per fare alcuni tra i nomi più celebri, hanno cercato, tutti, di quadrare il cerchio politico, contemperando la libertà, intesa come libertà negativa e la legge, intesa come strumento necessario alla convivenza umana. Il risultato che hanno ottenuto, però, è rappresentato da grandi e mirabili costruzioni teoriche, le quali, per quanto affascinanti, però, restano tutt'affatto destituite di fondamento, eppertanto incapaci anche solo di comprendere l'essere dell'effettività più immediatamente palese... Non si tratta, solo, di contestare la premessa convenzionale di uno stato di natura che non esiste e che non è mai esistito, né si tratta solamente della fallacia di un sistema liberale che nega la libertà affermando ch'essa termina ove inizia quella del prossimo, né si tratta, ancora, dell'errore concettuale consistente

---

<sup>3</sup> La tesi è stata autorevolmente sostenuta anche da Michele Freeman in un suo Lavoro risalente, oramai, a parecchi anni or sono: cfr FREEMAN, *National Self-Determination, Peace and Human Rights in Peace Review*, San Francisco, University of San Francisco, 1998, 10, 2.

nell'individuazione, in capo allo Stato, di un potere assoluto e incondizionato capace di fagocitare ogni diritto soggettivo, o di quello consistente nell'illusione di raggiungere l'equilibrio tra vari poteri, attraverso la loro divisione, ma si tratta, ancora prima e ancora più semplicemente – diremo – dell'incapacità che tali teoriche hanno, di spiegare ciò che è più immediato e ciò che è più immediatamente palese alla ragione umana, come la costante presenza, nello *ius in civitate positum*, di principii e di valori autenticamente giuridici, come la diffusa obbedienza, da parte dei soggetti, delle regole di diritto, al di là della loro conoscenza e al di là della costante minaccia d'una sanzione, come, ancora, la percezione subiettiva e collettiva in un tempo, della giustizia o dell'ingiustizia di una Legge la quale pur postula, per sé, l'essere fonte del diritto: tutto questo non è né spiegato né spiegabile sulla base delle teoriche moderniste e non lo è – si badi bene – perché esse partono da presupposti meramente convenzionali e tutt'affatto distanti dalla realtà, dalla ragione, dalla natura dell'uomo.

Sulla base di siffatti presupposti, i quali, peraltro, non consentono nemmeno di rendere ragione dell'esperienza, è del tutto scontato che il problema del diritto all'autodeterminazione umana, inteso come diritto all'anarchia, si sia sempre più condensato nel settore *lato sensu* biogiuridico, imperocché quest'ultima branca del Sistema invero in sé un ambito ove la dimensione del rapporto con sé stessi supera quella del rapporto cogli altri e quindi... invero in sé un ambito nel quale la necessità dell'intervento normativo-legislativo, inteso come mero intervento *ne cives ad arma ruant*, viene scemando e viene scemando grandemente... La modernità, dunque, nel suo essere e nella sua vocazione nihilistico-relativista, ha portato alla configurazione di un diritto all'autodeterminazione, il quale, confondendo l'autodeterminazione dell'essere coll'autodeterminazione del volere e facendo coincidere l'autodeterminazione del volere umano, coll'autodeterminazione del volere assoluto, resta virtualmente aperto anche

all'*iniuria* sostanziale e alla possibilità di compierla su sé stessi... nell'esercizio di una *facultas agendi ex norma agendi*.

La via che noi, allora, proponiamo è e si pone in radicale contrasto coi sentieri della modernità: noi, infatti, non respingiamo il diritto di autodeterminazione e non ne neghiamo, nemmeno, la natura e la portata di diritto in sé subiettivo, anzi, noi difendiamo proprio il diritto all'autodeterminazione, come diritto veramente afferente alla natura dell'essere umano, ma... proprio perché affermiamo il diritto all'autodeterminazione non lo spogliamo e non lo vogliamo spogliare del suo essere giuridico e anzi lo collochiamo idealmente in quell'aura di giuridicità sostanziale che gli è propria e che fuori da essa non sarebbe e non potrebb'essere diritto in sé.

Se dovessimo, allora, dire in estrema sintesi in che cosa consista il diritto di autodeterminazione della persona, dovremmo affermare ch'esso consiste nel diritto proprio di ogni uomo di operare scelte lecite e giuridiche, tra opzioni altrettanto lecite e altrettanto giuridiche, talché se dovessimo dire, sempre sinteticamente, in che cosa consista il diritto all'autodeterminazione della persona in ambito biogiuridico, dovremmo parallelamente affermare ch'esso consiste nel diritto proprio di ciascheduno di esercitare, in relazione al proprio corpo e sul proprio corpo, scelte lecite e giuridiche in quanto conformi alla natura del corpo stesso, tra opzioni altrettanto lecite e altrettanto giuridiche, dacché altrettanto conformi alla natura del soggetto che è persona e che, in quanto tale, è *naturae rationalis individua substantia*. Ne consegue, allora, che nell'ambito della nostra costruzione teoretica – *si parva licet componere magnis* – il diritto all'autodeterminazione esce dalla sua fisionomia πάλν-moderna di diritto all'autodeterminazione del volere in sé assoluto ed entra nello spettro concettuale di diritto all'autodeterminazione dell'essere in sé oggettivo, il

quale, infatti, s'infutura sì nell'esercizio di un diritto alla concretizzazione della propria volontà, ma postula che questa volontà sia aggettivata e aggettivabile dal carattere dell'umanità, della razionalità, della libertà e della giuridicità in sé sostanziali.

Si può autodeterminare la propria volontà, insomma, facendo qualunque cosa, ma ci si autodetermina in quanto uomini, esercitando il diritto all'autodeterminazione, solo autodeterminando la propria volontà in sé umana...

Buenos Aires – *Pontificia Universidad Católica Argentina* – Settembre 2014.



## CAPITOLO PRIMO

### DELL'AUTODETERMINAZIONE «NEL» DIRITTO SUBIETTIVO.

#### 1) *Voluntas, facultas, potestas*: un inquadramento teoretico del problema.

“*Deus hominem creavit rationabilem, ei dignitatem conferens personae quae capax est suos incipiendi et dominandi actus. Voluit enim Deus hominem relinquere in manu consilii sui [...], ita ut Creatorem suum sponte quaerat et libere ad plenam et beatam perfectionem Ei inhaerendo perveniat Homo vero rationabilis, et secundum hoc similis Deo, liber in arbitrio factus et suae potestatis*”.<sup>4</sup> Pensando ai *principia iuris*, o anche solo alle *rationes* che informano la dommatica di un «sistema ordinamentale», potremmo dire che il diritto soggettivo rappresenta, può e deve rappresentare il «luogo giuridico» per l'autodeterminazione del soggetto: il diritto soggettivo, infatti, invero *in se ipsum* «lo» strumento che l'Ordinamento pone nelle mani dell'essere umano, vale dire nelle mani dell'ente giuridicamente capace che è (l'unico) soggetto *in se*,<sup>5</sup> ond'egli determini (*rectius*, possa determinare) giuridicamente la propria volontà storica e così esprima sé stesso nell'ambito di ciò che rileva, in quanto giuridico, *in rebus iuris*. Se il diritto soggettivo, infatti, è “la signoria del volere, il potere di

---

<sup>4</sup> *Catechismus Catholicae Ecclesiae*, Pars tertia, Sectio prima, Caput primum, Articulus tertium, 1730.

<sup>5</sup> Correttamente Danilo Castellano osserva che “l'uomo [...] è innanzitutto un *ens* che, come gli altri enti, ha l'atto di essere. Il che significa che è un'essenza resa attuale, cioè una natura reale [talché egli, in quanto soggetto *in se* (nda)] non è [...] per esempio, un prodotto culturale, o il frutto di una situazione storica, o il risultato provvisorio del divenire” (CASTELLANO, *La libertà soggettiva. C. Fabro oltre moderno e antimoderno*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1984, pag. 88) e un tanto non vale solamente *ab externo*, vale a dire per gl'enti che si rapportano al soggetto storicamente considerato, ma vale, innanzitutto, diremo, pel soggetto stesso in guisa di criterio per la/alla/della propria condotta.

agire (*agere licere*) per il soddisfacimento di un proprio interesse individuale, protetto dall'Ordinamento",<sup>6</sup> esso deve necessariamente considerarsi alla stregua del mezzo d'elezione per l'esercizio di una «libertà soggettiva» che è lecita in quanto giuridica e che è giuridica in quanto «riconosciuta» (*rectius*, preveduta più o meno espressamente), come propria del soggetto, dal contesto normativo-prescrittivo di riferimento.<sup>7</sup> Di talché, il diritto soggettivo, in quanto tale e qualunque declinazione (o contenuto) assuma, viene necessariamente a configurare in sé stesso quella che tradizionalmente si definisce come *facultas agendi ex norma agendi*,<sup>8</sup> inverandosi e per certi aspetti risolvendosi, così, in una forma di potenzialità giuridica della volontà storica o, per essere più precisi, in una forma di potenziale attuabilità giuridica della volontà storica dell'ente (*rectius*, del corretto esercizio del suo libero arbitrio), comunque rimessa a una sua «opzione» (giuridica) individuale e soggettiva (*lato sensu*, morale), ma non autoreferenziale. Quest'opzione – giova precisarlo – deve necessariamente qualificarsi in guisa di opzione in senso proprio, eppertanto essa deve ritenersi ognor rimessa alla discrezionalità del soggetto, cionondimeno val

---

<sup>6</sup> TORRENTE – SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 2004, pag. 64.

<sup>7</sup> Potrebbe dirsi, più propriamente, «dal diritto», sì da significare che la facoltà di agire del soggetto, *sub specie* di diritto soggettivo, è una facoltà giuridica in sé, *id est* giuridica in senso sostanziale e non soltanto formale (afferente, allora, a quello *ius* che è *ars boni et aequi ut eleganter Celsus definit* e che è, pertanto, l'*id quod semper aequum ac bonum est*, non dunque a quello *ius* che è «solamente» *in civitate positum* e che, nel sua mera positivizzazione, trova il suo stesso fondamento e la sua stessa *ratio essendi*); un tanto, però, postulerebbe una concezione del diritto in genere e del diritto soggettivo in specie di tipo (autenticamente) filosofico-classico e non positivistico-teorico (moderno, in termini assiologici). È ovvio, allora, che proprio quella classica (*id est*, perenne perché universale e non transeunte) sia la «nostra» concezione del diritto (essa, in realtà, è «la» concezione del diritto, l'unica concepibile razionalmente e l'unica della quale l'esperienza mostri a tutti quella verità ontologica che punto la qualifica nella sua giuridicità non meramente convenzionale), tuttavia, per ragioni di ordine espositivo, manteniamo, nel Testo, la dizione proposta, una dizione che potremmo definire, con una certa approssimazione, di tipo meramente teorico; cercheremo di arrivare a una fondazione teoretica del diritto soggettivo e dell'autodeterminazione che per esso si concreta *in rebus iuris* in epilogo agli studi che quivi stiamo delineando nei loro tratti più generali.

<sup>8</sup> Cfr TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, C.E.D.A.M., 2005, pag. 3, dove l'Autore, in particolare, non manca di osservare 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» (*sic*).



bene considerare che siffatta discrezionalità può e deve rinvenirsi nella mera dimensione dell'*an agendum* e non anche in quella del *quomodo agendum*, né tantomeno in quella del *quia agendum*, con riferimento, per l'appunto, all'esercizio della stessa *facultas agendi* da cui ha scaturigine il problema trattato che è – si badi – un problema relativo all'analisi di una facoltà «aggettivata» dalla giuridicità e non, invece, di un potere esercitabile col mero criterio del potere stesso, vale a dire... senza alcun criterio (che non sia meramente operativo, nell'ambito del *quantum/quomodo posse*). Un tanto, invero – secondo la opinione che quivi proponiamo – resta del tutto pacifico proprio perché nel nostro discorso rileva, quale elemento dirimente con riferimento all'intrinseca caratteristica della scelta rimessa al soggetto, la sua qualità di «opzione (sostanzialmente) giuridica», vale a dire... di opzione giuridicamente qualificata *sub specie* di diritto subiettivo fruibile dal soggetto storico, di talché, il soggetto, titolare del diritto *de quo* ma non *dominus* «su» di esso, viene a trovarsi nella possibilità giuridica di operare due scelte altrettanto «giuridiche»: quella di esercitarlo (il diritto *de quo*) e quella di non esercitarlo, ma non viene assolutamente posto nella condizione di poterlo – diremo con un ossimoro – giuridicamente violare (il *subiectum agens*, infatti, non è sovrano «sul» diritto ma è soggetto «al» diritto, proprio in quanto egli è soggetto ed è, segnatamente, soggetto «di» diritto e in virtù del diritto), neppure conformandolo, nei suoi contenuti, *ad libitum voluntatis*. In quest'ultimo caso, infatti, non s'avrebbe esercizio ma violazione o abuso di quel “potere di agire”<sup>9</sup> che è rimesso a una forma giuridica di “signoria del volere”<sup>10</sup> (che signoria in senso proprio non può essere, ovviamente), onde l'opzione che ne rappresenta, per così dire, il primo motore immobile, non può non essere un'opzione che (se «nasce» in questi termini) «nasce» “*in interiore hominis*” come direbbe

---

<sup>9</sup> TORRENTE – SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 2004, pag. 64.

<sup>10</sup> TORRENTE – SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 2004, pag. 64.

Sant'Agostino,<sup>11</sup> già qualificata nei termini della giuridicità: essa, infatti, non può giammai venire considerata alla stregua di una volontà di scelta *sic et simpliciter* né, tantomeno, alla stregua di una volontà di scelta anche antiggiuridica o giuridicamente indifferente, pena... l'inidoneità di essa medesima a concretare, nel suo stesso attuarsi storico, l'epifenomeno di alcun diritto (soggettivo). Per aversi esercizio e/o fruizione, insomma, di un diritto soggettivo in senso «tecnico», per aversi, cioè, la spendita e l'uso di esso *in rebus hominis et iuris*, è giuoco forza postulare, a monte, in capo al soggetto (*subiectum agens*), la formazione di una volontà giuridica che si risolva nella determinazione storica di un'opzione altrettanto giuridica o, per essere più precisi, conseguentemente giuridica;<sup>12</sup> qualora, infatti, venga a interrompersi quel nesso, quel legame di giuridicità che vincola tra loro, permeandole, la volontà, l'opzione e l'azione, la figura stessa del diritto soggettivo, siccome testé definita e siccome dommaticamente definibile, non potrebbe avere luogo, mancandone il presupposto sostanziale e formale in un tempo. Da un tanto, allora, deve ben comprendersi che la citata “signoria del volere”, per essere effettivamente idonea a rappresentare il «volano» del diritto soggettivo nel suo farsi storico e giuridico non può essere né intesa né definita alla stregua d'una onnipotenza della volontà, come signoria «sul» volere, determinata, qualificata e giudicata sulla base della mera volizione storica che ne animerebbe il fenomeno – quindi insuscettibile di giudizio dacché *ab-soluta* in senso proprio – ma dev'essere colta per quello che essa stessa può e deve essere nel caso di specie, vale a dire... per una volontà di

---

<sup>11</sup> SANT'AGOSTINO, *De vera religione*, XXXIX, 72, il quale, infatti, ammoniva “*noli foras ire, in te ipsum redi, in interiore homine habitat veritas*” (Ivi).

<sup>12</sup> Vero è bene, infatti, che “la persona umana [...] è il criterio per stabilire ciò che è giusto [e quindi, anche ciò che rappresenta un diritto di essa (nda)...] in quanto ente sussistente [e non auto-prodotto per effetto della propria volontà (nda)], cioè in quanto «incarnazione» dell'essenza. In essa, pertanto, emerge *id quod iustum est* perché come in ogni ente emerge necessariamente un ordine metafisico [che è l'ordine dell'ente stesso, in virtù del quale l'ente medesimo è (nda)] così nella persona umana non può non manifestarsi, con quello metafisico, l'ordine etico e politico” (CASTELLANO, *L'ordine politico-giuridico «modulare» del personalismo contemporaneo*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2007, pag.74) eppertanto anche l'ordine giuridico che da essi promana.

agire (necessariamente) giuridicamente, la quale è, *in unum*, significante del controllo razionale sulla volontà impulsiva del soggetto e significato dell'azione qualificabile, *sub specie iuris*, in guisa di diritto subiettivo esercitabile, ovverosia di facoltà giuridica (*et* giuridicamente qualificata) dell'agire giuridico nel/col diritto (e nei/coi suoi strumenti).

Resta del tutto inteso, allora, che «la» volontà alla quale ci stiamo riferendo, quella, cioè, che nel suo tradursi in un'attività *lato sensu* intesa (attivo-commissiva od omissiva) può qualificarsi e si qualifica *sub specie iuris* come esercizio di un diritto soggettivo, è una volontà necessariamente giuridica, necessariamente qualificata e aggettivata, cioè, in guisa di *velle secundum «legem»*, non potendo giammai consistere in una volontà arbitraria (*velle quia volitum* [volo] o, addirittura, *velle contra legem*), di per sé strutturalmente inidonea a inverarsi nell'esercizio di un diritto – nemmeno e tantomeno di quello «più» grettamente positivistico – punto essendone la negazione. La volontà arbitraria, infatti, tende (quantomeno) virtualmente, all'*απαρχία* nel senso più proprio del termine, ond'essa postula segnatamente l'assenza, la privazione, la mancanza (assoluta del riconoscimento) di un principio proprio, l'*αρχή*, per l'appunto, cui fare riferimento, pretendendo-si conseguentemente sovrana nel più radicale significato del termine, vale a dire... *legibus soluta*, ovverosia dipendente in forma esclusiva ed escludente dal solo *volitum* che la definisce nella sua autenticità heideggeriana: <sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> È noto che per Heidegger la massima espressione del soggetto e della sua soggettività s'inverano nell'autenticità, vale a dire nell'attuazione e nella manifestazione più disinibite delle passioni che nascono in seno alla volontà assoluta dell'*agens* il quale, di conseguenza, sarebbe in virtù del farsi storico del suo volere contingente. In altri termini, potrebbe dirsi che Heidegger individua nell'istinto o in un suo «surrogato umano» il più verecondo carattere della persona, talché le inibizioni (anche morali) e i limiti alla manifestazione contingente dello stesso rappresenterebbero una vera e propria violenza al soggetto e ne conculcherebbero lo statuto ontologico. Anche impedire il concretamento di un proposito omicida, allora, dovrebbe essere letto alla stregua di un limite – eppertanto di un male – nei confronti dell'autentica determinazione di chi vorrebbe uccidere e nell'atto omicida vorrebbe esprimere sé medesimo. Questo è del tutto assurdo – almeno secondo la nostra proposta dottrinale – imperocché la stessa esperienza e la stessa «sensibilità comune» mostrano come l'elemento essenzialmente caratterizzante l'uomo non sia la sua passione e/o il suo istinto, quanto piuttosto la sua attitudine alla razionalità, intesa non solo come capacità di cogliere l'essere in sé delle

siffatta volontà luciferina, dunque, «rifiuta» (*rectius*, deve rifiutare) così la «norma autonoma» rappresentata dalla natura dell'ente che vuole e che volendo pur la manifesta nel suo essere *voluntas/voluptas*, come la norma eteronoma che promana da un qualsivoglia potere esterno e/o estraneo a essa, indipendentemente – è ovvio – dai contenuti che la norma *de qua* abbia o possa avere. La «volontà giuridica» della quale abbiamo parlato – quella, per capirci, che rappresenta l'innesto del c.d. diritto soggettivo – invece, è una volontà «nel» diritto e «col» diritto, è una volontà, insomma, la quale fa della regola il punto archimedeo per la propria configurazione e conformazione storica e concettuale in un tempo, quest'ultima *voluntas*, infatti, è una volontà che si-forma e che formando-si si-legittima, in virtù di un criterio cui afferire da un punto di vista (quantomeno) logico-formale: essa è, indissolubilmente, *voluntas agendi ex norma agendi*, ond'è la *norma agendi* che qualifica la *voluntas* come giuridica dandole legittimità e dignità di *facultas agendi... in/cum iure*. Siffatta «afferenza», tuttavia, oltre a essere logico-formale – si badi bene – diventa ed è (anche) ontologico-sostanziale nel momento in cui la si voglia scorgere nel diritto in sé e nella «sua» regola (quale *regula iuris*), nel momento in cui, cioè, si voglia attribuire alla (*recte*, riconoscere nella) parola diritto il significato suo proprio, che è un significato necessariamente filosofico e non meramente teorico-convenzionale. In una parola possiamo finalmente dire che la legittimazione e la legittimità della volizione giuridica nella quale alberga il germe del diritto soggettivo viene, secondo questa impostazione, a rinvenirsi nell'*id quod semper aequum ac bonum est*, vale a dire nel c.d. diritto naturale che si fa ed è *norma agendi* in sé e per sé (non convenzionale, non relativo), onde... la volontà di cui abbiamo testé parlato – quella che abbiamo

---

cose e di operare un giudizio sulle stesse, ma anche alla stregua di una capacità di dominio su sé stessi e di controllo (di signoria) sui propri atti; questo, invero, è il senso stesso del c.d. libero arbitrio che accompagna l'uomo (salvo stati patologici o di immaturità che lo facciano scemare o venire meno) durante tutta la propria vita assistendolo in ogni suo contegno e rendendo lo stesso veramente «suo».

chiamato *voluntas agendi ex norma agendi* – non può che essere una volontà morale, una *voluntas morlis* dalla quale ha scaturigine l'esercizio di quella *facults moralis* ove s'invera e s'infutura il diritto soggettivo secondo la nota analisi di Francesco Suarez.<sup>14</sup> Un tanto, tuttavia, già precorre le conclusioni teoretiche – se così possiamo dire – alle quali approderà la nostra riflessione...

Procediamo per gradi, come si suole dire e con ordine nel rigore dell'esposizione.

Precisato un tanto, allora – pur riservandoci di ritornare sulla questione e di chiarirne i termini – pare del tutto ovvio che il discorso appena posto all'attenzione del Lettore postuli alcune considerazioni, solo apparentemente «preliminari». *In primis*, infatti, il nostro ragionamento impone di considerare il titolare archetipico<sup>15</sup> del diritto soggettivo alla stregua d'un ente capace di volontà in senso proprio, capace, cioè, d'una volontà intesa non già in guisa di mero «potere istintuale» sul/del fatto storico-materiale (*possum quia possum*), quanto piuttosto come potenzialità razionale/responsabile di azione (*agere ↔ facere velle*) e di inibizione/controllo delle proprie pulsioni (*non-agere/non-facere posse*); possiamo chiamarla, per chiarezza, *voluntas hominis*,<sup>16</sup> così da significare

---

<sup>14</sup> Si veda, inoltre, la limpidiissima analisi sviluppata da Dario Composta sul problema della *facultas moralis* nel pensiero di Francesco Suarez in COMPOSTA, *La "moralis facultas" nella filosofia giuridica di F. Suarez...*, Torino, Società Editrice Internazionale, 1957.

<sup>15</sup> Il discorso proposto nel Testo – si badi bene – non vuole significare che la titolarità del diritto postuli la capacità razionale in atto, ma si limita a considerare, quest'ultima, alla stregua del carattere più proprio e peculiare del soggetto, onde il soggetto capace in questo senso divine ed è, di fatto, l'archetipo-prototipo del titolare del diritto, per quanto... l'elemento che veramente e propriamente caratterizza il soggetto *de quo* sia e resti necessariamente l'attitudine alla capacità razionale, la quale, in altri termini, è la natura razionale dell'essere umano di cui parla Severino Boezio nella sua nota «definizione» di/della persona (umana); "*persona* [infatti, (nda)] *est naturae rationalis individua substantia*" (BOEZIO, *Liber contra Eutichen et Nestorium (De persona et duabus naturis)*, c. 4.).

<sup>16</sup> Una precisazione: noi distinguiamo la c.d. *voluntas hominis* dalla c.d. *voluntas humana* sulla base del presupposto in ragione del quale la *voluntas hominis* partiene a ogni uomo in ragione del suo stesso essere uomo, eppertanto essa si manifesta ognora nell'estrinsecazione/esercizio del libero arbitrio, mentre la *voluntas humana* rappresenta una qualificazione ulteriore, assiologia, rispetto alla prima la quale, ovviamente, ne è presupposto concettuale e operativo in

ch'essa è necessariamente e inevitabilmente la volontà di un uomo, vale a dire la volontà di un ente peculiarmente dotato dell'attitudine alla razionalità, quale attitudine specificamente atta così alla comprensione ontologico-morale del (valore del) proprio *velle* e del (valore del) suo oggetto, come allo «orientamento» della propria condotta in modo conforme a una propria «decisione» consapevole, cosciente e responsabile (tra una pluralità di opzioni). Un tanto, per tutta evidenza, significa che l'ente *de quo* dev'essere considerato essenzialmente (*ut natura*) libero nella propria azione storica (e morale), com'egli è essenzialmente libero nella propria natura (*rectius*, nel proprio statuto ontologico), eppertanto significa che egli dev'essere ritenuto capace di libertà: capace, allora, di conoscere la libertà e di «fruirne» con coscienza; è vieppiù ovvio, tuttavia – si badi bene – che in questa sede occorra considerare la libertà della quale l'ente-soggetto fa continua e inevitabile esperienza come «libertà in senso lato»,<sup>17</sup> vale a dire... in guisa di libertà concretizzabile e sostanzialmente fruibile attraverso l'ineliminabile e irrefutabile esercizio (sempre consapevole/responsabile) del libero arbitrio; quest'ultimo, infatti, nel suo essere propriamente *Willensfreiheit*, caratterizza l'ente *de quo* ognora come uomo e *sub specie*

---

un tempo. La *voluntas humana*, infatti, non è solamente una volontà che promani dall'essere umano nell'atto in cui egli esercita il proprio *liberum arbitrium*, ma è una volontà aggettivata e qualificata dall'*humanitas*, dall'essere, cioè, confacente e rispondente ai principii proprii della natura dell'uomo e della sua ontologica razionalità. Per capirci meglio potremmo dire che la volontà di rubare è senz'altro una *voluntas hominis* in quanto promanante dal libero arbitrio di un essere umano che così voglia, tuttavia... dovremmo parallelamente ritenere che essa non è e – *coeteris paribus* – non potrà mai essere qualificata/definita in guisa di *voluntas humana* perché essa, a bene intendere, è... dis-umana, è, cioè, contraria alla natura dell'uomo nella cui essenza, infatti, v'è il rispetto razionale e morale del diritto di proprietà; lo stesso potrebbe dirsi per la volontà omicida *et coetera*.

<sup>17</sup> Ovviamente, nel Testo, usando l'espressione «libertà in senso lato», vogliamo riferirci a quella libertà che si esprime e che, per certi versi, si riduce all'esercizio del libero arbitrio, in una parola: a quella che Sant'Agostino d'Ippona definirebbe come *libertas minor*, ben consapevoli, infatti, che la libertà in senso stretto, la *libertas maior* di Sant'Agostino, per capirci, è quella libertà che s'invera nell'esercizio razionale, corretto, «puro» e umano (in senso assiologico) del citato libero arbitrio dacché... agire male e agire «per» il male non è e non potrà mai essere un atto di libertà, un atto di libertà umana in senso proprio, pur rappresentando necessariamente e inevitabilmente il portato storico, per così dire, del libero arbitrio (d'onde, peraltro, il biasimo per l'autore).

*iuris* come soggetto pienamente e veramente capace (*id est*, come *ens* titolare della c.d. capacità giuridica e se ve ne sono gl'estremi, della c.d. capacità di agire *sub* artt. 1 e 2 c.c., per stagliare una sorta di riferimento normativo a *pro* dei positivisti più «intransigenti»), talché l'essere umano, quando opera *in rebus mundi*, non può che operare nel continuo e costante affermarsi del proprio *liberum arbitrium indifferentiae*, vale a dire... nella signoria più piena e consapevole dei proprii atti (*rectius*, della propria condotta) i quali, pertanto, sono e restano «suoi» nel senso più pieno.<sup>18</sup> Si badi bene: una tale caratterizzazione, strutturata sull'essenza razionale dell'ente(-soggetto) che vuole sapendo «di» volere e sapendo «che cosa» vuole, qualifica l'uomo per quello che esso è *ut natura* (*et in iure*) rendendolo suscettibile di giudizio (morale/giuridico, *aut* positivo *aut* negativo), sia nel momento in cui l'esercizio del libero arbitrio si traduca in un atto (voluto) lecito, buono, in un atto che possiamo definire «di» libertà in senso stretto o proprio (Sant'Agostino direbbe di *libertas maior*), in un atto, infine, di libertà assiologicamente umana in quanto propria dell'uomo *in se*, e/perché coerente colla di lui natura; sia nel momento in cui l'atto stesso (parimenti voluto) si riduca in un'*iniuria*, in un atto, cioè, che sia contrario alla natura delle cose e che non sia affatto confacente (né coerente) allo statuto ontologico-razionale del *subiectum agens*, eppertanto... in un atto che non potremmo propriamente definire di libertà, se non in senso lato

---

<sup>18</sup> In questo senso, allora, noi «leggiamo» l'osservazione di Danilo Castellano, secondo la quale “l'esperienza giuridica non sarebbe possibile senza la libertà del soggetto, la cui caratteristica peculiare è di essere per natura un essere razionale” (CASTELLANO, *Ordine etico e diritto*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, pag. 46), vale a dire che condividiamo coll'Autore il fatto in virtù del quale anche il più positivistico dei Sistemi non possa prescindere e anzi implichi proprio, il carattere libero del soggetto di/al diritto. Un tanto, non, ovviamente, nel senso che il soggetto sia sempre libero, ma nel senso che il soggetto esercita sempre e necessariamente, in ogni cosa che fa, il proprio libero arbitrio; talché, se quest'ultimo è esercitato in conformità alla natura propria del soggetto stesso, egli sarà veramente libero perché la sua condotta lo rende libero, in quanto lo rende, nel piano dell'essere effettivo, conforme al proprio dovere-essere reale, mentre se quest'ultimo è esercitato male, vale a dire difformemente rispetto ai principii oggettivamente proprii della *natura subiecti*, egli non sarà affatto libero e non lo sarà, essenzialmente perché egli avrà dato luogo – responsabilmente, *id est* con consapevolezza morale – a una condotta la quale, di fatto, ne conculca l'essenza sua propria, la umilia e la deprime.

o improprio (sempre colle categorie di Sant'Agostino potremmo parlare, quivi, di *libertas minor*).<sup>19</sup> Potremmo dire, allora, che quest'atto, quest'*iniuria*, è un atto «della» libertà ma non è un atto «di» libertà, esso, infatti, invero in sé gl'estremi di una condotta la quale è sì dell'uomo, ma non è e non può essere veramente umana e non può esserlo – si badi bene – proprio in quanto essa è assiologicamente disumana, essa è, infatti, *contra hominis naturam ergo... contra hominem* dacché si riduce nel sovvertimento e nella violazione dell'ordine naturale delle cose che l'uomo stesso può e deve cogliere in virtù della sua propria ragione (*rectius*, razionalità). Siffatta «libertà negativa», allora, è un mero *phantasma libertatis*: essa, infatti, invero in sé medesima il prodotto «del» libero arbitrio, perché essa stessa promana dalla cosciente volizione di un ente *compos sui*, ma non concreta in sé stessa la libertà del soggetto agente, dacché essa è ontologicamente inidonea a esprimerne la natura propria di lui; potremmo dunque dire che questa libertà negativa è una libertà «di» – intesa come assenza di vincoli<sup>20</sup> – ma non è una libertà «da», ovverosia una libertà che derivi dall'*agere secundum natura*, che è, in estrema sintesi, l'*agere licere* cui il diritto è e si fa custode.<sup>21</sup> L'esercizio, quindi, del libero arbitrio che si concreti in una

---

<sup>19</sup> Correttamente osservava Guglielmo Weischedel – pur in un contesto *lato sensu* culturale non pienamente accoglibile (ci riferiamo all'ambito dello scetticismo) – che “chi getta uno sguardo sulle infinite discussioni circa la libertà [...] ammetterà che in merito ad essa predominano confusione e mancanza di chiarezza” (WEISCHEDEL, *Etica sciettica*, Genova, Il Melangolo, 1998, pag. 120).

<sup>20</sup> Coerentemente colle premesse del volontarismo materialista, ma altrettanto disumanamente e irrazionalmente, la libertà, intesa come libertà eminentemente negativa, è stata definita come qualche cosa che “consiste solo nel potere che ha un essere intelligente di fare ciò che vuole secondo la propria determinazione” (DIDEROT – D'ALAMBERT, *Enciclopedia*, voce *Libertà*, Roma, Editori Riuniti, 1976, pag. 143); la contraddizione, a nostro avviso, è *in re ipsa* dacché parlare di “essere intelligente” e diche ch'esso è libero solo quando può “fare ciò che vuole”, significa ridurre l'intelligenza a mera volontà e la volontà a mera autenticità heideggeriana.

<sup>21</sup> Non sfugge – a nostro avviso – da questo «turbine ideologico» nemmeno (e tantomeno, potremmo dire) la teoria di Emanuele Mounier, pur distinta e distinguibile, per altri profili, da quella di Gian Paolo Sartre imperocché anche per Mounier la libertà coincide colla c.d. libertà negativa tant'è vero che l'Autore – pur degno di considerazione – osservi che così “il liberalismo economico [come (nda)] la democrazia parlamentare si sono preoccupati di assicurare, almeno per un settore sociale privilegiato, la libertà [negativa (nda)] di pensiero e di movimento, il dialogo delle idee e la concorrenza delle iniziative” (MOUNIER, *Che cos'è il personalismo*, Torino, Einaudi, 1975, pag. 51). Un tanto è del tutto chiaro – si badi – proprio



condotta disumana, per quanto attribuibile su di un piano psicologico all'uomo, contrasta col suo statuto ontologico, di talché il soggetto storico, agendo male e per il male, si-rende *subiectum acturus* piuttosto che *subiectum agens* in senso proprio, asservendosi a ciò che degenera e non esalta la propria natura di uomo, ond'egli non si-rende libero in virtù della propria «libera» azione, ma si rende schiavo dell'azione stessa o, per meglio dire, della propulsione passionale che ne è causa efficiente.<sup>22</sup> Si tratterebbe, infatti, in quest'ultimo caso che configura una forma di esercizio perverso del *liberum arbitrium*, di un mero epifenomeno d'una volontà esercitata arbitrariamente, esercitata, cioè, col solo criterio della volontà, vale a dire senza alcun criterio, di un atto, infine, che è «figlio» della volontà contingentemente concretizzata la quale, nel suo essere effettiva ma non reale, darebbe luogo a una forma di inveramento della libertà meramente negativa dell'ente, di una *libertas hominis*, per capirci, che non è anche una *libertas humana*, di una libertà *sui generis*, dunque, che è «dello» (*id est*, proveniente dallo) uomo ma che non è «propria» dell'uomo *in se* (vale a dire, della di lui natura... razionale).<sup>23</sup> Di/per quest'atto di libertà negativa

---

perché Mounier intende la libertà non in senso πάν-subiettivo, ma in senso – potremmo dire – sociale o comunitario, onde lo Stato deve favorire la libertà di tutti, all'interno della comunità dalla quale pur non può prescindere, talché «una persona non è un fascio di rivendicazioni che si piegano su se stesse entro una frontiera arbitraria, e neppure un desiderio inquieto di affermazione. È un riduttore delle influenze, ma ad esse largamente aperto; una potenza orientata verso l'attesa e la recezione [di ciò che teoreticamente è il nulla ontologico o – che poi è lo stesso – il tutto storico (nda)]. È una forza nervosa [e irrazionale (nda)] di creazione e di dominio, ma [- ecco il punto di maggiore interesse - (nda)] entro una comunione umana in cui ogni creazione è irradiazione di luce [o di buio? (nda)], ogni dominio un servizio» (MOUNIER, *Rivoluzione personalista e comunitaria*, Milano, Edizioni di Comunità, 1949, pagg. 57-58).

<sup>22</sup> E rendendo-si schiavo di sé stesso, egli medesimo darebbe fattualmente luogo a una *figura libertatis* la quale, in verità, sarebbe – come osserva bene Marcello De Corte – «un agente di dissoluzione sociale di una potenza inaudita [e ciò proprio (nda)] perché l'uomo che ne è detentore si considera sempre nel suo intimo in relazione [financo sostitutiva ed equipollente (nda)] con la divinità, che [infatti (nda)] può essere ormai soltanto la sua persona» (DE CORTE, *Sulla giustizia*, Siena, Cantagalli, pag. 120).

<sup>23</sup> È ovvio, tuttavia, che l'atto di cui stiamo parlando e che abbiamo definito come atto «di» libertà, distinguendolo dall'atto «della» libertà, precisando che il primo è incompatibile colla natura razionale dell'uomo, risolvendosi in un'*iniuria* e che il secondo, invece, ne è viva espressione, resta sempre e necessariamente qualificabile alla stregua d'un «prodotto»

(dis-umana, figlio di un libero arbitrio esercitato [per il] male), infatti, l'uomo che lo pone in essere non è libero,<sup>24</sup> ma è, propriamente parlando, «servo» ed è servo – si badi – non già perché egli lo subisca (irresponsabilmente) dall'esterno come qualche cosa che si impone a lui (*rectius*, alla sua propria volontà storica) eteronomamente, quanto piuttosto perché egli stesso si asservisce volontariamente (*id est*, consapevolmente, anche se irrazionalmente, *contra rectam rationem*) alla «sua» stessa passione la quale (passione), lasciata (consapevolmente ↔ colpevolmente) prevalere sulla sua ragione, lo porta a comportarsi male, irrazionalmente (vale a dire, *contra tenorem naturae*), a comportarsi, cioè, difformemente dalla sua natura di uomo che è una natura... razionale; ciò, allora, offende l'umanità o, per meglio dire, l'*humanitas*, che è insita nel soggetto agente e che ne rappresenta lo statuto ontologico il quale, infatti, attraverso le condotte

---

dell'esercizio del c.d. libero arbitrio, eppertanto esso resta inevitabilmente attribuibile/imputabile, su di un piano morale/psicologico, al soggetto che lo ha volontariamente (con colpa o con dolo, pur sempre con coscienza e volontà, per usare le categorie penalistiche) posto in essere; di talché anche l'atto «di» libertà è un atto che afferisce alla πᾶν-categoria della *libertas hominis*, pur non essendo certamente considerabile sotto il profilo della *libertas humana*. Su di un piano diametralmente opposto, invece, vi sono gl'atti che l'essere umano, per immaturità o per patologia, pone in essere «meccanicamente», vale a dire senza ch'essi postulino l'esercizio del libero arbitrio; nel caso, infatti, dell'immaturità *ratione aetatis* o della patologia psicologica (i paradigmi sono sempre quelli dell'*amens*, del *demens* e del *mentecaptus*) l'atto posto in essere dal soggetto è solo fattualmente imputabile a lui, è un atto che non palesa alcuna forma di esercizio della c.d. *libertas hominis*, esso, infatti, non può dirsi supportato dal requisito essenziale della coscienza e della volontà che ne determinano l'attribuibilità psicologica al suo autore storico-materiale.

<sup>24</sup> *Contra*, la nota tesi del c.d. repubblicanesimo (moderno) – sostenuta, a esempio, da Felice Hoppenheim – secondo la quale la libertà dev'essere intesa in termini tutt'affatto «asettici», vale a dire ch'essa dev'essere intesa in guisa di “relazione sociale per la quale una determinata condotta di taluni agenti non è resa né impossibile né punibile da altri agenti” (OPPENHEIM, *Dimensioni della libertà*, Milano, Feltrinelli, 1964, pagg. 132 e ss.). Questa definizione a noi pare alquanto inidonea a rappresentare non solo la libertà intesa come libertà umana, ma anche il libero arbitrio, imperocché quest'ultimo già pone il problema della consapevolezza del valore dell'azione, quivi non considerato; con una battuta – forse inopportuna – potremmo dire che la libertà del repubblicanesimo, così intesa, è la libertà degli animali mansuefatti, ammesso che di libertà si possa parlare con riguardo alle bestie (cosa che noi escludiamo assolutamente, dacché queste sono prive di attitudine alla ragione) e ciò, inquantocché essi agiscono se hanno il potere fisico di farlo e se non sono dissuasi dalla minaccia di una sanzione (fisica). Ridurre, allora, la libertà dell'uomo all'assenza di vincoli fisici o morali (nel senso di psicologico-persuasivi) varrebbe – a nostro avviso – quanto perdere il senso umano della libertà stessa e, con esso, la sua peculiarità e la sua essenza giuridica.

disumane non si esprime e non si determina storicamente ma si irretisce e si conculca.

## **2) Intelligenza del volere: il problema del *velle humanum*.**

“La chiusura nei confronti dell’essere, operata particolarmente dalla «filosofia moderna», ha portato al disconoscimento dell’ordine morale e alla distruzione della libertà di scelta e, quindi, del fondamento della morale medesima”.<sup>25</sup> Il discorso testé disviluppato postula, ora, di considerare il soggetto *in se* alla stregua d’un *ens* capace non solo di volere, ma anche d’intendere e ciò, proprio in quanto non può aversi volontà, nei termini in cui abbiamo appena descritto la volizione umana (*rectius*, dell’uomo), come volizione razionale, se non previa comprensione, altrettanto razionale, delle cose, del loro ordine intrinseco e del loro più ampio contesto di riferimento storico, logico e ontologico, onde la comprensione in quanto tale, se è, è comprensione dell’essere e la comprensione dell’essere non può che inverarsi nella comprensione dell’essere-in-sé, *id est*, dell’essere ontico che è proprio di ogni ente. Sapere significa sapere «qualche cosa»; conoscere significa conoscere «qualche cosa» ed è ovvio che l’oggetto della sapienza e della conoscenza non dipenda da alcuna volontà e non dipenda da alcun potere, ma è altrettanto ovvio che esso non dipenda nemmeno e tantomeno dall’atto del conoscere (quale atto che porta alla conoscenza di esso) e/o dall’atto del sapere (quale atto che porta alla sapienza di esso), il quale, per l’appunto, non è atto di creazione/manipolazione d’un *quid*, bensì è atto di coglimento intellettuale e razionale «del» *quid* per come esso è *in se*. Il conoscibile che attraverso la conoscenza diviene conosciuto, infatti, è perché è ed è come è e se è conosciuto, è conosciuto perché ne è stata colta la natura

---

<sup>25</sup> CASTELLANO, *La libertà soggettiva. C. Fabro oltre moderno e antimoderno*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1984, pag. 87.

o, in altre parole, perché ne è stato (umanamente<sup>26</sup> *id est* razionalmente) colto lo statuto ontologico. Proseguendo il discorso, dunque, potremmo dire che il soggetto vuole e può volere coscientemente/razionalmente proprio in quanto, avendo contezza di sé e della propria natura di uomo, può comprendere e comprende, altrettanto coscientemente/razionalmente, l'oggetto della sua volizione attraverso l'intelligenza dello statuto ontologico dello stesso;<sup>27</sup> quest'ultimo, infatti, gli si dipana innanzi, per riprendere le parole testé usate, come il «conoscibile → conosciuto» al conoscente e ciò accade proprio attraverso l'ineliminabile esercizio delle facoltà razionali/intellettive che punto consentono (e impongono!) all'essere umano di *intus-legere*, vale a dire di leggere «dentro» alle cose, non essendo limitato, insomma, alla mera registrazione del fenomeno di esse e all'eventuale reazione «meccanica» verso lo stesso (come è, invece, per gli animali<sup>28</sup>). Un tanto precisato, a noi pare ognorpiù chiaro che la «forza» della comprensione razionale costituisca e rappresenti l'elemento più peculiarmente capace di rendere il soggetto(-uomo) libero, libero in quanto *dominus sui et suorum (actūum)*, «libero», dunque, nell'esercizio del libero arbitrio per gli atti che egli compie sopra le «cose» della cui natura egli ha piena contezza: in ciò, allora, può conseguentemente cogliersi, a nostro

---

<sup>26</sup> È ovvio che la conoscenza alla quale noi ci riferiamo è quella «umana», quella, cioè, che incontra tutti i limiti propri della ragione dell'uomo, caratterizzato, per l'appunto, da un'ontologica finitezza del sapere. Altro, infatti, tutt'altro è la onniscienza d'Iddio, solo questa, infatti, è la vera conoscenza assoluta delle cose; nondimeno, se è pacifico che l'uomo non possa nemmeno tendere al raggiungimento del sapere divino – “se possuto aveste veder tutto,/ Mestier non era parturir Maria” (ALIGHIERI, *La divina commedia, Purgatorio*, III, vv. ), scrive Dante nella sua opera più alta – è altrettanto ovvio che il suo intelletto possa, eppertanto debba, partecipare, sia pure in minima parte e sia pure colla consapevolezza del limite, della conoscenza in sé ed è ovvio che ciò possa e debba fare attraverso l'uso della ragione e attraverso l'esercizio costante e serio delle cc.dd. facoltà razionali.

<sup>27</sup> Non a caso, infatti, Antonio Rosmini ebbe a dire, con riguardo alla persona umana, ch'essa rappresenta ed è, in sé stessa, “un individuo sostanziale intelligente, in quanto [essa stessa (nda)] contiene un principio, attivo, supremo ed incommunicabile” (ROSMINI, *Antropologia in servizio della scienza morale*, in FAVIN (a cura di), *Opere di Antonio Rosmini*, vol. XXIV, Roma, Città Nuova, 1981, pag. 427).

<sup>28</sup> Ai quali, invero, “il diritto è assolutamente estraneo perché manca loro la [attitudine alla (nda)] libertà” (CASTELLANO, *Ordine etico e diritto*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, pag. 48).

avviso, il *proprium* di quella libertà che non è una mera libertà dell'opzione, come assenza di limiti all'agire (anche istintivo), ma che è un'autentica libertà della scelta... supportata e resa per così dire fruibile dall'elemento conoscitivo/razionale che la connota nel suo carattere propriamente noetico (l'uomo, infatti, conosce le cose nel loro essere, vale a dire per ciò che esse sono in sé). Nondimeno, giova tosto precisare che la facoltà razionale dell'uomo, dalla quale deriva e nella quale alligna il germe della sua stessa conoscenza (*sub specie* di νόσις), permette e nello stesso tempo impone di «riempire» d'un significato *lato sensu* morale la volontà degli atti che fa capo al soggetto agente (quale *subiectum agens* in senso proprio), d'onde la «onnipresente» e ineliminabile responsabilità del soggetto medesimo per ogni sua condotta, in qualsivoglia «direzione» rivolta (verso gli altri, verso sé stessi, verso Iddio *et coetera*): ciò è chiaro – si badi bene – proprio perché non può postularsi volontà di qualche cosa, in senso proprio, senza la conoscenza di ciò che ne costituisce l'oggetto<sup>29</sup> e non può predicarsi irresponsabilità o  $\alpha$ -responsabilità dell'agire se vi è (o se vi deve essere) coscienza dello stesso... *aut simul stabunt, aut simul cadent!*<sup>30</sup> Da un tanto, allora – per riprendere il discorso – deriva il significato più radicale della responsabilità dell'uomo per l'esercizio del proprio libero arbitrio o, in altri termini, per l'esercizio di quelle scelte in virtù delle quali egli ha coscientemente agito *in rebus mundi* nella piena consapevolezza del valore ontologico del proprio agire. L'uomo, insomma, risponde e non può non rispondere di(/per) quello che fa, perché egli è veramente *dominus* delle

---

<sup>29</sup> D'altra parte anche Ovidio ricordava questo concetto nel suo "*ignoti nulla cupido*" (OVIDIO, *Ars amatoria*, III, 397), poi ripreso dagli scolastici medioevali col più noto *nihil volitum, nisi praecognitum*.

<sup>30</sup> Si osservino le perentorie e chiarissime affermazioni di Danilo Castellano il quale, in una sua recente Opera, ha precisato che "non bisogna dimenticare [...] che è inconcepibile il diritto (come la morale) senza la responsabilità e l'imputabilità, vale a dire senza la signoria delle proprie azioni e ciò che [essa (nda)] comporta. Questa, la signoria delle proprie azioni, implica, da una parte, la libertà di scelta (libero arbitrio) [...] e, dall'altra, che la natura delle azioni non dipenda dalla volontà umana (sia essa dello Stato o dell'individuo)" (CASTELLANO, *Ordine etico e diritto*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, pag. 66).

proprie azioni, nel senso che le sue azioni derivano dalla sua volontà la quale è una volontà razionale,<sup>31</sup> eppertanto moralmente qualificata e qualificabile nel suo valore axiologico.<sup>32</sup>

Se quanto testé presentato all'attenzione del Lettore è logico ed è conseguente, è mestieri di considerare, ora, che la comprensione razionale del soggetto s'infutura nel coglimento dell'ordine sostanziale, dell'*ordo ordinatus*, il quale regola intrinsecamente e oggettivamente (*ex se*) ogni cosa – sé stesso compreso (!) – ogni ente e ogni rapporto, un tanto significa che la conoscenza, se è conoscenza in senso proprio, è comprensione razionale della regola, quale *regula ordinis* che promana, come direbbero i latini, *ex ipso facto*; conoscere qualche cosa, insomma, significa averne colto il principio, avere colto, cioè, la regola dell'ordine che s'invera nella realtà più profonda dell'ente e/o del rapporto conoscendi e ciò, ovviamente, a

---

<sup>31</sup> *Contra*, la nota tesi di Arturo Schopenhauer, a mente della quale “la volontà come cosa in sé, è una realtà originaria e indipendente [...] talché (nda) determinare la volontà non è affare dell'intelletto, poiché la volontà è per l'intelletto non solo inaccessibile ma perfino imperscrutabile” (SCHOPENHAUER, *Il mondo come volontà e rappresentazione*, Milano, Mondadori, 1989, pagg. 413 - 415), ovviamente il discorso schopenhaueriano ha una «sua» logica-interna e una «sua» coerenza colle premesse da cui parte l'Autore, nondimeno giova osservare – a nostro avviso, almeno – che la volontà espressa dall'essere umano, qualsiasi cosa egli, volendo, desideri, è sempre e necessariamente epifenomeno del suo intelletto, se per intelletto intendiamo una forma di consapevolezza morale intorno alla natura del voluto – salvo si tratti di soggetti incapaci d'intendere e di volere per una qualche forma di insania mentale – dacché ogni estrinsecazione di volontà è, in un certo senso, una forma di estrinsecazione dell'intelletto, proprio perché la volontà, in quanto tale, è voluta dal soggetto che ha, che deve avere e che non può non avere contezza, circa la natura e quindi circa il valore di ciò che egli stesso vuole *per se* e quindi... di ciò che egli stesso vuole portando la responsabilità del proprio volere, se attuato, evidentemente (*cogitationis poenam nemo patitur*, infatti).

<sup>32</sup> Con una osservazione, in sé considerata, tutt'affatto accoglibile Francesco D'Agostino precisa che “non è possibile [...] parlare dell'uomo, se non come del soggetto che è l'unico, in tutta la natura, che è in grado, ontologicamente [ma anche fattualmente, potremmo aggiungere (nda)] di autodeterminarsi” (D'AGOSTINO, *Introduzione ai lavori: paranoie della modernità*, in D'AGOSTINO (a cura di), *Autodeterminazione. Un diritto di spessore costituzionale? Atti del Convegno nazionale dell'U.G.C.I. Pavia 5 – 7 dicembre 2009 – Quaderni di Iustitia*, Milano, Giuffrè, 2012, pag. 1 ). Questo è assolutamente vero ed è vero – si badi bene – proprio perché l'autodeterminazione postula un atto di scelta, la quale, in quanto atto di volontà, è e può essere sola dell'uomo, perché lui solo ha contezza del valore delle cose e può decidere sulla/della propria condotta; nondimeno... la scelta, intesa come mera opzione, in sé non basta per aversi autodeterminazione giuridica, *sub specie* di esercizio del diritto di autodeterminazione, imperocché, per aversi questo, è giuocoforza che la scelta stessa sia in sé giuridica, eppertanto che essa sia in sé confacente alla natura umana e razionale del soggetto agente.

prescindere dal «dato storico» dell'effettività dell'ente (e/o del rapporto) stesso, il quale può anch'essere *contra ordinem*, ovverosia disordinato. Quanto detto – si badi bene – vuole significare che la conoscenza d'un *quid* postula un procedimento razionale di «astrazione» del *quid* stesso dalla sua effettività, la quale può anch'essere «viziata», al fine precipuo di coglierne l'essenza reale e segnatamente la regola di questa: ogni *quid* che venga in essere *in rebus mundi*, infatti, è suscettibile d'essere conosciuto, eppertanto di essere giudicato, (solamente) sulla base della conformità o meno dello stesso alla «sua» *regula ordinis*, ond'è quest'ultima che deve finalmente rappresentare l'oggetto dell'indagine e il valore della conoscenza nel loro essere «conoscenza ↔ indagine» di qualche cosa di reale e nel loro conseguente essere criterio e parametro (oggettivo) di giudizio per l'effettivo (*rectius*, per l'effettività). Un semplice esempio schiarirà i termini del problema. Si ponga mente a un contratto, alla compravendita, per ricordare quello che è, forse, il più immediato. Ebbene, la comprensione di «che cosa» sia un certo scambio che si verifica tra *Primus* e *Secundus*, sotto il profilo giuridico limitato all'analisi del contratto in parola, è data dal coglimento dell'essenza dello scambio *de quo*, vale a dire dall'intelligenza della sua natura di *emptio-venditio*: in primo luogo, allora, occorrà sapere che cosa sia un contratto *in se* e che cosa renda, uno «scambio», un contratto (anche pagare un riscatto per far riacquistare la libertà [di movimento] a una persona sequestrata è, in fondo, uno scambio, ma nessuno dirà che questo scambio rappresenta un *do ut des* contrattuale...) e in secondo luogo sarà necessario dire quali siano gli elementi idonei a qualificare la compravendita discernendola da ogn'altro negozio contrattuale, sì da renderla peculiarmente palese nella sua *causa... essendi*.<sup>33</sup> Fuori da queste risposte e

---

<sup>33</sup> Non è certo un caso se l'art. 1325 c.c. annovera tra i cc.dd. requisiti del contratto proprio la causa e non è affatto singolare se questa non viene (più) considerata in senso meramente soggettivistico (come causa dell'obbligazione *id est*, come mero scopo perseguito dal contraente), ma viene intesa in senso oggettivo, vale a dire... come causa del negozio giuridico in sé considerato, ovverosia come «funzione [...] cui assolve il contratto sotto il profilo

fuori da questo spettro gnoseologico non v'è conoscenza, tantomeno conoscenza giuridica, ma solo ideologia più o meno latamente intesa... Il giurista (!), allora, dirà che il contratto è un “accordo di due o più parti”, come recita il Codice Civile,<sup>34</sup> “per costituire [...] tra loro un rapporto giuridico patrimoniale” (art. 1321 c.c.) e dirà che la compravendita reca nel proprio statuto ontologico il *συνάλλαγμα* rappresentato dallo scambio di una *res* contro un *pretium*. Questa conoscenza, che è una conoscenza filosofica dacché essa postula la comprensione razionale della natura del rapporto *de quo*, è una conoscenza che si «definisce» e che si coglie nell'analisi della compravendita (*rectius*, del rapporto di compravendita) nel suo essere-in-sé, quale analisi, cioè, del suo statuto ontico o, per meglio dire, della regola del suo ordine intrinseco; tutto ciò – si badi molto bene – indipendentemente da eventuali patologie che possano «effettivamente/fattualmente» (*id est*, nell'effettività della contingenza storica) viziare il negozio «storicamente» concluso (tra i citati *Primus* e *Secundus*) o che possano anche impedirne una

---

economico-sociale” (GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2007, pag. 807). Ciò detto, giova segnalare che vi sono motivate e suggestive posizioni, in Dottrina, le quali «militano» a favore di un intelligente recupero della «soggettività della causa» (*ex plurimis*, possiamo ricordare GAZZONI, *Op. cit.*, pag. 808 e BIANCA, *Diritto civile*, Milano, Giuffrè, 2000, pagg. 452 e ss.), pur senza ritornare all'identificazione di essa colla ragione che avrebbe indotto il contraente ad assumersi un'obbligazione; come è noto, infatti, lo stesso Massimo Bianca propone di riferirsi alla “ragione concreta del contratto” (BIANCA, *Op. cit.*, pag. 452) e non invece alla sua astratta funzione giuridico-economica, ovverosia alla funzione che il tipo contrattuale tenderebbe ad assolvere *in abstracto*, come modello o schema pre-disposto. Di talché, con riguardo a siffatta impostazione dommatica della causa, “ciò che importa sapere è la funzione pratica che effettivamente le parti hanno assegnato al loro contratto” (*Ivi*, pagg. 452 e s.) onde l'elemento soggettivo viene per così dire «recuperato», non già con riguardo allo «stimolo» che porta il singolo contraente a contrarre, quanto piuttosto in considerazione dello scopo che ambedue le parti, per ragioni diverse e per certi versi opposte, assegnano congiuntamente allo strumento giuridico negoziale.

<sup>34</sup> Si badi: noi, quivi, citiamo il Codice Civile non perché esso sia, come le cc.dd. Preleggi vorrebbero ideologicamente (*rectius*, positivisticamente), fonte del diritto in quanto *lex posita*, ma piuttosto perché esso, nella formulazione della citata disposizione, recepisce e riconosce un principio di verità giuridica che è nella natura delle cose o, per meglio dire, nella natura del rapporto contrattuale *in se*, di talché è proprio vero e incontrovertibile che il contratto sia lo “accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale” (*ex art. 1321 c.c.*) così discernendosi, a titolo d'esempio, dagli atti unilaterali o dai negozi giuridici i quali, come il matrimonio, non hanno una struttura teleologicamente patrimoniale. Un tanto, allora, per tutta evidenza, significa che la dizione *testé* ricordata enuclea da sé il vero e proprio principio del contratto, ovverosia ciò che consente di leggere l'esperienza, con riguardo alla *subiecta materia*, in modo non contraddittorio.



qualificazione giuridica secondo il παράδειγμα del contratto in genere e del contratto di compravendita in specie (se fosse nullo, infatti, sarebbe *tamquam non esset*). Ciò detto, risulta ognor chiaro – almeno a nostro avviso – che il «reale», in questo caso il «reale» del contratto di compravendita *id est* lo statuto ontologico o regola propria dello stesso (del quale il soggetto ha fatto conoscenza attraverso un’analisi filosofico-razionale dello scambio «*res ~ pretium*»), diviene ed è, in quanto tale, parametro/criterio oggettivo e non transeunte per giudicare dell’effettività di ogni «scambio» vi sia astrattamente riconducibile. In termini più generali, allora, possiamo dire che la conoscenza, in quanto conoscenza dell’essere-in-sé delle cose, fornisce al conoscente – vale a dire al soggetto che ha razionalmente conosciuto – gli strumenti ontologico-gnoseologici idonei alla formulazione di un giudizio propriamente detto, il quale abbia buon agio per esprimersi su ogni elemento venga in essere nell’effettività delle cose.<sup>35</sup> Il giudizio *de quo*, infatti, viene a condensarsi nella valutazione della conformità o della difformità dell’elemento effettivo (fattuale) alla sua regola oggettiva; si tratta, quindi, di valutare se lo «essere» sia o meno assiologicamente sovrapponibile al suo «dovere-essere» o, in altri termini, se l’essere effettivo obbedisca alla sua regola reale, quale regola del suo ordine intrinseco. Insomma, per riprendere il discorso e per ribadire che la conoscenza è conoscenza della regola ontologica, *id est* della regola propria dell’*ordo entis* nel suo dovere-essere (reale, positivo), potremmo ricordare che non è certo un caso se gli stessi giureconsulti romani sostenevano, in termini generali, che *ex ipso facto oritur ius...* significando così che il diritto, se è diritto *in se*, non è mai una

---

<sup>35</sup> *Contra* l’impostazione mounieriana, a mente della quale “l’uomo è creato [non per conoscere ciò che è *in rebus mundi* (nda)] prima di tutto per creare la verità del mondo” (MOUNIER, *Rivoluzione personalista e comunitaria*, Milano, Edizioni di Comunità, 1949, pagg. 59) come a dire che la conoscenza non è conoscenza di ciò che è, ma è imposizione di ciò che si vuole che sia, per come effettivamente di desidera che ciò sia nell’effettività. La conoscenza, allora, non è conoscenza in sé e nemmeno auto-conoscenza come conoscenza di sé, ma è mera volontà creatrice o, al limite, mera consapevolezza di voler-creare e di poter-creare ciò che, in virtù dell’atto creativo, è però di per sé.

sovrastruttura ideologica im-posta eteronomamente (pel perseguimento d'un fine eletto arbitrariamente dal potere), o convenzionalmente assunta per adesione (della maggioranza), quanto piuttosto esso si definisce esplicandosi nella e colla conoscenza piena e compiuta della regola intrinsecamente configurata e delineata, nella sua oggettiva verità giuridica, nell'ambito di ogni «circostanza» venga in essere *in rebus mundi*, quest'ultima, infatti e non la norma *posita*, rappresenta la più autentica «fonte di cognizione» del diritto che è in essa e per essa razionalmente coglibile. Di talché... il diritto, nel suo essere «sistema normativo», può veramente definirsi come «coglimento del giuridico», eppertanto esso dev'essere inteso alla stregua d'un «ordine ordinato e ordinante», d'un ordine, cioè, che è, da un lato rispondente e dall'altro teleologicamente funzionale, all'ordine intrinseco delle cose; la prescrizione giuridica nel «suo» Ordinamento giuridico, insomma, è una prescrizione che regola (prescrive e/o vieta) le azioni dei soggetti e i rapporti tra loro e tra loro e le cose, allo scopo di preservare l'ἀρμονία – ovviamente nel significato che le attribuiva lo stesso Eschilo<sup>36</sup> – la quale, invero, dev'essere intesa non già come mera assenza «di» conflitti, quanto piuttosto come superamento del conflitto nell'ordine (oggettivo) e nella concordia proprii della *societas humana*, nell'ordine, alfine, che è appartenente a ciascheduno (dei consociati) e che è, nel contempo e conseguentemente, comune a tutti (i consociati).

Che cosa sono, infatti, il giusto e l'ingiusto, il giuridico e l'antigiuridico lo *ius* e l'*iniuria*, se non il frutto di giudizi che postulano un oggettivo discernimento sulla base di criterii e di parametri, altrettanto oggettivi, i quali, nella loro oggettività ontologica, non possono che dipendere dall'essere-in-sé delle cose ed essere, in questo, ognorpiù palesi? E che cos'è la prescrizione giuridica, la regola di diritto, se non un imperio,

---

<sup>36</sup> Ci riferiamo – come il Lettore avrà di già inteso – al significato che l'Autore greco dava al termine citato nell'ambito del suo Προμηθεὺς δεσμώτης.

un comando principalmente rispondente all'ordine giuridico delle cose e secondariamente funzionale al mantenimento (o al ristabilimento, anche *manu militari*) dello stesso? Da ultimo, allora, che cosa postula la *prudentia iuris* se non una forma di conoscenza delle regole intrinsecamente proprie di ciaschedun ente e di ciaschedun rapporto? E che cosa è la conoscenza in sé, intesa come conoscenza filosofica dell'essere ontico delle cose, se non la conoscenza delle «loro» regole intrinseche?

Abbiamo principiato i cimenti di questo discorso parlando della conoscenza cui può/deve tendere il soggetto in virtù della sua propria razionalità ontologica, ebbene, dobbiamo tosto osservare e ribadire che la conoscenza, per essere tale, deve necessariamente essere conoscenza di qualche cosa (che è): essa deve necessariamente essere, insomma, l'epifenomeno un sapere capace di fornire al soggetto gli strumenti necessari per rispondere alla domanda «che cosa è?»; di talché deve ritenersi fallace e perniciosa ogni via che porti a configurare una sorta di «conoscenza del come» alla stregua dell'archetipo della conoscenza, vale a dire che deve rifuggirsi, in qualsiasi campo dello scibile umano, da ogni impostazione *lato sensu* galileiana<sup>37</sup> la quale consenta e imponga di ridurre la conoscenza a una sorta di conoscenza meramente operativa invero in un'abilità tecnica atta al perseguimento di un risultato purchessia (pre-fissato senza alcun criterio diverso dal volere/potere), senza considerare l'essere-in-sé delle cose, la di loro natura e la «regola» che da essa promana. Un tanto

---

<sup>37</sup> È nota assai la posizione dottrinale di Galileo Galilei secondo la quale lo scienziato deve evitare di “tentare l'essenze”. Scienza e filosofia, a dispetto della comune genesi semantica (“scienza” deriva dal latino *scio*, *-is*, *scivi*, *scitum*, *-ire* mentre “filosofia” dal greco *φίλος – σοφία*) che richiama, la prima, il sapere, la seconda, la tensione (amore) verso la conoscenza, hanno assunto, nell'era moderna, significati grandemente diversi, anzi, opposti. Quando si parla di “scienza” infatti si fa, necessariamente, riferimento alla concezione galileiana, fondata su un'opinione di scienza che non deve “tentare le essenze” (cfr *ex multis* la Terza Lettera di Galileo a Marco Welser), un sapere meramente operativo, disinteressato alla natura degli enti coinvolti nei vari processi scientifici e guidato unicamente da fini eletti in via convenzionale dagli operatori stessi.

precisato, se è vero che il *subiectum agens* necessariamente<sup>38</sup> esercita il libero arbitrio e così s'esprime *in rebus mundi et iuris* e se è vero che ciò dipende dalla sua capacità razionale, vale a dire dalla sua capacità d'intendere (moralmente) il contenuto normativo/regolativo che è *in re ipsa* e che costituisce l'oggetto della sua conoscenza delle cose, è altrettanto vero – *a fortiori*, diremo – che deve considerarsi e cogliersi la capacità del soggetto e la sua «necessità morale» di conformarsi alla norma oggettiva che egli medesimo conosce e che da lui non dipende. Di talché... non può giammai confutarsi la capacità dell'essere umano di agire secondo una volontà autenticamente razionale e non istintuale, vale a dire che non può negarsi l'attitudine del soggetto a determinare il proprio volere secondo un volontà (*voluntas hominis*) che nel suo tradursi in azione è sottoposta al suo dominio e alla sua signoria autenticamente consapevoli: il *subiectum agens*, infatti, vuole perché vuole, potendo anche non-volere (o volere-non) o volere diversamente e agisce perché vuole agire, potendo anche non-agire (o agire-non), o agire diversamente. Che il soggetto, dunque, non sia deterministicamente portato a operare secondo la norma che conosce per effetto della sua capacità razionale, secondo la norma, cioè, che risulta inscritta ontologicamente nell'ordine delle cose e che egli non può non cogliere (razionalmente), è del tutto palese: l'uomo, infatti, può rispettare la regola *de qua*, ma può anche violarla... *secundum voluntatem*, che, però, egli abbia contezza morale del *principium ordinis* e che questa lo ponga ognorpiù nella posizione di portare sempre e comunque la responsabilità della sua condotta, è altrettanto pacifico ed evidente...<sup>39</sup> Dinnanzi a un altro

---

<sup>38</sup> È ben vero, infatti, che “il soggetto umano ed esso solo è chiamato ad agire esercitando il libero arbitrio” (CASTELLANO, *Ordine etico e diritto*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, pag. 48).

<sup>39</sup> *Contra*, la nota tesi di Feuerbach, giusta la quale “se gli uomini avessero prima dell'azione la consapevolezza o coscienza che essi hanno dopo l'azione, non avverrebbero azioni insensate e criminose” (FEUERBACH, *Spiritualismo e materialismo specialmente in relazione alla libertà del volere*, Bari, Laterza, 1993, pag. 90). La tesi è ovviamente coerente coi presupposti materialisti α-criticamente accolti dall'Autore e coll'impianto (anti-)dommatico ch'egli stesso

uomo – per fare un esempio – il soggetto ben sa di trovarsi al cospetto d'un ente ontologicamente identico a sé e latore di un'eguale dignità e soggettività umane e giuridiche, onde... nel rapporto con quest'ultimo egli ha gli strumenti concettuali e razionali per rispettarne la natura o, in altri termini, per obbedire a quella regola oggettiva che promana dall'ente *de quo* e che non dipende da alcuna volontà (salvo quella di Iddio...), nondimeno egli può anche decidere (co-)scientemente di violare siffatta regola rendendo schiavo il suo simile, provocandogli una lesione personale o financo sopprimendone la vita. Tutto questo, evidentemente, nell'esercizio di quello che abbiamo già definito come libero arbitrio, nell'esercizio, cioè, della *libertas hominis* la quale, in questi casi, non è affatto sovrapponibile alla *libertas humana*, postulando, quest'ultima, il rispetto dei *principia* propri dell'ordine ontico delle cose.<sup>40</sup> Ciò detto, allora, giova rilevare che

---

elabora, per quanto occorra tosto rilevare che una siffatta impostazione – secondo noi da rifiutarsi *in toto*, sul piano innanzitutto logico-razionale – porterebbe a escludere ogni forma anche lata di responsabilità sotto il profilo non solo della colpa, ma anche del dolo, imperocché qualora avesse da ritenersi che prima della realizzazione concreta della condotta, da parte dell'essere umano-*subiectum-agens*, non avrebbe da postularsi la consapevolezza del valore morale della stessa, non vi sarebbe ragione alcuna che giustifichi una lode o un rimprovero per l'atto effettivamente compiuto e ciò, proprio perché la condotta realizzata non rappresenterebbe la concretizzazione di una volontà buona e giuridica ovvero di una volontà non-buona e antigiuridica, propriamente afferente al *subiectum-volens*, ma rappresenterebbe la mera realizzazione storica di una «volontà in sé essente» e in quanto tale avulsa da valutazioni *lato sensu* morali, onde la condotta potrebb'essere buona o non buona, a seconda del parametro di riferimento, ma il suo autore sarebbe sempre insuscettibile di giudizio morale e giuridico. Se, infine, il giudizio morale può essere solo quello «del» fatto «sul» fatto e se ogni valutazione prognostica in relazione al fatto stesso è impossibile, perché prima dell'azione non può esserci consapevolezza o coscienza compiutamente formate sulla stessa, è altrettanto vero che il soggetto agente, in quanto agente-inconsapevole, o apparentemente-/limitatamente-consapevole, non può portare la responsabilità dell'azione che può essere buona o malvagia, solo dopo la sua stessa concretizzazione *in rebus mundi*. A nostro avviso, invece, non può affatto (e non deve) sostenersi che “prima dell'azione” il soggetto agente non abbia la consapevolezza del valore dell'azione o che possa averne solo in forma parziale, perché questo andrebbe a scardinare non solo il principio della libertà, come adempimento dei propri e come realizzazione di condotte ontologicamente umane, ma andrebbe anche a impedire la configurazione concettuale dello stesso libero arbitrio, il quale, per l'appunto, postula la piena consapevolezza dell'azione e la deliberazione responsabile di essa, da parte del soggetto che agisce come vuole agire, ben sapendo quello che è il valore ontologico-assiologico dell'atto che intende realizzare.

<sup>40</sup> In una costruzione analitica assai complessa e pur suscettibile di varie letture, Spaventa correttamente ebbe a precisare che “se il libero arbitrio opera con la coscienza di poter operare il contrario, la libertà opera necessariamente, ma non cessa di essere libera, perché questa

nell'esempio testé proposto l'intelligenza del *subiectum agens* relativa allo statuto ontologico del suo simile impone ch'egli porti necessariamente la responsabilità per la condotta antiggiuridica da egli stesso tenuta nei «rapporti» con questo.

### 3) Umanità e libertà: la *libertas humana* come *libertas iuris et in iure*.

“L'essenza della libertà è sempre consistita nella capacità di scegliere come si vuole scegliere e perché così si vuole, senza costrizioni o intimidazioni, senza che un sistema immenso ci inghiotta; e nel diritto di resistere, di essere impopolare, di schierarti per le tue convinzioni per il solo fatto che sono tue. La vera libertà è questa, e senza di essa non c'è mai libertà, di nessun genere, e nemmeno l'illusione di averla”.<sup>41</sup> Se noi, ora, proseguendo il discorso e ricollegandoci al problema del rapporto tra diritto subiettivo e autodeterminazione, ci domandassimo preliminarmente quale sia (*recte*, debba essere) il τέλος del diritto (in genere e in ispecie del diritto) positivo, vale a dire della prescrizione normativa promanante dal c.d. Ordinamento giuridico «co(-ntin-)-gente», dovremmo dire che questo alberga nella libertà e nel bene della libertà o, per riprendere più propriamente concetti di già enucleati, dovremmo dire che questo alberga nella *libertas humana* che è innanzitutto *libertas rationalis*, imperocché è precipuo ufficio del diritto (se è diritto in senso proprio) quello di garantire e anche d'imporre la libertà degli/agli esseri umani,<sup>42</sup> sia come singoli sia nelle

---

necessità è la sua stessa essenza, è la ragione [... talché (nda)] se io dico di determinarmi da me, ma conformemente a ciò che è estraneo [...] alla mia natura, io non mi determino davvero da me, e quindi non sono libero, poiché questa determinazione altera diminuisce quella medesimezza in cui consiste l'io e quindi l'intimità e la libertà del volere” (SPAVENTA, *Principi di etica*, in SPAVENTA, *Opere*, vol. I, Firenze, Sansoni, 1972, pag. 694).

<sup>41</sup> BERLIN, *Quattro saggi sulla libertà*, Milano, Feltrinelli, 1989, pag. 45.

<sup>42</sup> *Contra* le più note tesi rousseauiane a mente delle quali “l'uomo è nato libero e [*rectius*, ma (nda)] ovunque si trova in catene” (ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, Milano, Rizzoli, 2005, Libro I, Capitolo I, pag. 55), onde il «migliore modo» per rendere queste “catene”

---

concettualmente (e propagandisticamente) più sopportabili è quello d'intenderle alla stregua di un vincolo – nel suo significato etimologico – posto non da una volontà estranea al consesso sociale e a esso superiore (*ut natura* ovvero *ut ratio*), quanto piuttosto da una volontà definita generale e imputabile proprio al c.d. corpo politico. Ciò detto sia ben chiaro – a scanso d'equivoci – che la citata *volonté générale* resta, anche e soprattutto in Rousseau, irrimediabilmente e inevitabilmente identificata con quella volontà che è capace di rendersi effettiva, vale a dire... col potere (sia esso di uno, di pochi, di molti o finaco di tutti) o, per essere più precisi ancora, col potere-che-si-impone e che si impone in quanto meramente superiore a quello altrui, qualunque ne sia la foggia e/o la forma (militare, retorico, propagandistico, mediatico *et coetera*). Dello stesso avviso, *mutatis mutandis*, risulta essere la visione «pubblicistica», più recente nel tempo, di Anna Arendt. Quest'impostazione dottrinale, infatti, mira a sostenere che la politica – *rectius*, il potere esercitato colle forme della legge positiva e coi mezzi offerti dalle procedure – sia un “male necessario alla sopravvivenza dell'umanità” (ARENDT, *Che cos'è la politica?*, Milano, Edizioni di Comunità, 1995, pag. 23), sia, cioè, una «cosa» negativa della quale, però, non si possa fare a meno. L'Autrice, invero, postula che il potere c.d. politico rappresenti un limite alla libertà del soggetto e in quanto tale, un elemento di per sé negativo; è ovvio, però, che a monte di siffatte affermazioni vi sia una concezione «ideologica» in virtù della quale la libertà dell'uomo coincide colla mera libertà negativa di autodeterminare in termini assoluti il proprio puro auto-volere hegeliano. Anna Arendt, allora, a volere essere precisi nell'analisi, ritiene che il «bene» del e pel soggetto coincida colla massimizzazione di quest'ultima «forma» di libertà (negativa, libertà «di») assoluta inquantoché, attraverso di essa, s'invererebbe la sua felicità kantiana, intesa come archetipo della felicità (cfr KANT, *Sopra il detto comune “questo può essere giusto in teoria ma non vale per la pratica”* in BOBBIO FIRPO MATHIEU (a cura di), *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, [trad. it. Solari e Vidari], Torino, U.T.E.T., 1995, *passim*, in particolare, pag. 255 ). Il limite politico-giuridico, però, per quanto negativo – nell'opinione dell'Autrice – per quanto, cioè, impediente l'autenticità heideggeriana del soggetto, deve giuocoforza ritenersi ineliminabile, dacché teleologicamente funzionale alla «convivenza civile» degli uomini tra loro, alla loro preservazione e alla più ampia manifestazione possibile della loro stessa *voluntas/voluptas* nell'ambito della comunità da essi medesimi formata (quasi accidentalmente). Ciò posto, resta del tutto inteso – si badi bene – che la «convivenza» alla quale si riferisce Anna Arendt non può che essere quella lokiana, vale a dire... quella geograficamente esercitabile dagli esseri umani, gli uni accanto agli altri, ma non mai assieme, non mai, cioè, come popolo ciceronianamente inteso (cfr CICERONE, *De Re publica*, I, 25 – 39), non mai, insomma, come collettività di soggetti che condividono tra di loro un ideale di *communio utilitatis* e un'intesa riconducibile al *consensus iuris*. La convivenza per la quale è necessario il male della regola giuridica e del potere politico che limitano la libertà negativa dei soggetti e che ne conformano le condotte, insomma, è una convivenza che si articola e che si erge sulla base di un criterio operativo teleologicamente orientato al mero ordine pubblico formale e alla mera massimizzazione del piacere pel maggior numero di soggetti nel migliore modo possibile, essa, allora, è una convivenza che necessariamente prescinde dal fine di vivere bene e nel bene, dal fine della giustizia in senso classico (*id est*, perenne), in una parola... dal fine veramente politico secondo l'insegnamento di Aristotele (cfr ARISTOTELE, *Politica*, *passim*, in particolare, VII, 1328 b). Una tale forma di convivenza tutt'affatto convenzionale, dunque, non può e non potrà giammai inverarsi nell'esercizio di una libertà comune, in quanto propria di ciascheduno, ma s'infutura necessariamente in un contesto nel quale la libertà individuale trova il proprio termine nel momento in cui inizia quella altrui, come a dire che la libertà non esiste se non come porzione ricavabile a seconda delle circostanze (sul punto, cfr CASTELLANO, *La verità della politica*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, *passim*, in particolare, pag. 85 alla nota 10).

formazioni sociali<sup>43</sup> ch'essi compongono all'interno della c.d. comunità politica,<sup>44</sup> onde essi stessi vivano bene, vivano, cioè, «nel» bene, vivano, infine, secondo quel «bene ontologico» che è dato dal rispetto della loro stessa essenza di uomini (vale a dire, di soggetti «giuridici ↔ razionali» in senso proprio). La *regula iuris*, infatti, dev'essere considerata in guisa di norma teleologicamente diretta a determinare «giuridicamente» il contegno storico del soggetto (in un determinato contesto storico-fattuale<sup>45</sup>) e ciò, affinché egli sia come deve essere, affinché, cioè, egli sia conforme alla propria natura razionale di uomo e «adegui», così, la propria condotta

---

<sup>43</sup> Vero è, per usare una nota espressione di Giorgio Habermas che i vari «progetti di vita individuali non si formano al di fuori dei contesti di vita intersoggettivamente condivisi» (HABERMAS, *Il futuro della natura umana*, Torino, Einaudi, 2002, pag. 6)

<sup>44</sup> Ovviamente il riferimento alla «comunità politica» è aristotelico, se così possiamo dire, non certo costituzionalistico: le formazioni sociali che compongono la comunità politica, infatti, non sono le «formazioni sociali», di cui all'art. 2 cost., «ove si svolge la [...] personalità» (*sic*) dell'individuo. Queste ultime, infatti, hanno in sé una velleità volontaristica e – secondo la costante interpretazione della Corte costituzionale – rappresentano ogni forma di aggregazione sia concordemente voluta dai soggetti per la soddisfazione dei più disparati appetiti: dalle convivenze *more uxorio* tra concubini, alle convivenze tra persone dello stesso genere, dalle aggregazioni impropriamente dette politiche (in realtà partitiche o, meglio ancora, di fazione) alle formazioni c.d. culturali *et coetera*. Si consideri, in merito, che la citata Corte non ebbe remore nell'affermare che «un consolidato rapporto, ancorché di fatto, non appare [...] costituzionalmente irrilevante quando si abbia riguardo al rilievo offerto al riconoscimento delle formazioni sociali e alle conseguenti intrinseche manifestazioni solidaristiche» (13 Novembre 1986, Corte Costituzionale, Sentenza № 237, Presidente La Pergola, Relatore Borzellino), nonché si ponga mente alla più «ardita» pronunzia della medesima Corte a tenore della quale anche le associazioni istituite con lo scopo di «distruggere o deprimere il sentimento nazionale [...] costituirebbero formazioni sociali ove si svolge la personalità del singolo» (5 Luglio 2001, Corte Costituzionale, Sentenza № 243, Presidente Ruperto, Redattore Santosuosso) tanto da dichiarare – colla citata pronunzia – l'illegittimità costituzionale dell'art. 271 c.p. Gli esempi, ovviamente, potrebbero continuare... Le «formazioni sociali» che definimmo di stampo aristotelico, invece, quelle aggregazioni, cioè, delle quali parla lo stesso Aristotele nella sua Opera più nota (cfr ARISTOTELE, *Politica*, *passim*, in particolare 1252 – 1253), hanno in sé stesse non il germe della volontà *sic et simpliciter*, della volontà heideggerianamente autentica, quanto piuttosto quello d'un principio di/del diritto naturale o, per essere più precisi, di/dello ordine ontologico delle cose, esse, infatti, non dipendono dalla mera *voluntas/voluptas* dei singoli di aggregarsi *ad libitum*, ma derivano dall'indigenza ontologicamente avvertita dagli uomini di vivere assieme agli altri (e non solo accanto agli altri!) come veri e propri ζῷοι πολιτικοί e di concorrere, assieme, al c.d. bene comune.

<sup>45</sup> Si ponga mente, in proposito, al problema del c.d. giusto legale e del c.d. giusto naturale per come magistralmente posto e risolto da Aristotele. Il Filosofo, infatti, osserva che «del giusto in senso politico, poi, ci sono due specie, quella naturale e quella legale: è naturale il giusto che ha ovunque la stessa validità [...]; legale, invece, è quello che originariamente è affatto indifferente che sia in un modo piuttosto che in un altro, ma non è indifferente una volta che sia stato stabilito» (ARISTOTELE, *Etica nicomachea*, V, 7).



all'ordine oggettivo e naturale delle cose senza (mai) violarlo o sovvertirlo.<sup>46</sup> Potremmo dire, quasi con una battuta, che il diritto, se è strumento della libertà, nel senso che esso rappresenta il baluardo oggettivo (!) a sua difesa e a sua guarentigia, non è certo strumento della volontà arbitraria, né può essere eletto a mezzo funzionale alla «trasformazione ontologica» del capriccio in pretesa «legittima».<sup>47</sup> In altri termini, allora, potremmo opinare che se il diritto è strumento teleologicamente diretto alla tutela e all'espressione più piena della libertà, quale libertà umana<sup>48</sup> eppertanto

---

<sup>46</sup> Pur dovendo trattare la questione *cum grano salis* e pur dovendo contestualizzare adeguatamente le osservazioni presentate da Hartmann, deve osservarsi che questo Autore correttamente precisa che “il dover essere dell'uomo, significa da una parte che egli assolutamente dovrebbe essere come lo pretendono i valori morali [noi potremmo dire, forse più correttamente, come lo pretende la sua stessa natura umano-razionale (nda)]; ma dall'altra parte nello stesso tempo significa che questo suo essere-così non può essere qualche cosa di assoluto e inviolabile [vero è che il soggetto, in quanto dotato di libero arbitrio (nda)] deve essere sempre almeno capace di un essere-altrimenti, non può essere un essere-così-necessario. I valori [allora – ma noi preferiremmo dire la sua natura – (nda)] esigono di dominare incondizionatamente nella vita dell'uomo che li porta [*recte*, che li deve cogliere colla sua ragione umana (nda)] e tuttavia sono loro stessi ad esigere che questa loro autorità non sia incondizionata [noi non concordiamo con ciò, in quanto noi riteniamo che sia la natura umana *in se* a rendere l'uomo titolare del libero arbitrio e capace di fruirne: questo, infatti, secondo noi, non deriva da un valore in quanto valore, ma piuttosto da una condizione ontologica del soggetto in quanto soggetto umano (nda)]: essi pretendono di determinare perfettamente proprio quell'essere umano che è capace di loro in quanto è un essere da essi non perfettamente determinato” (HARTMANN, *Metafisica dei costumi*, in HARTMANN, *Etica*, vol. III, Napoli, Guida, pag. 169). I termini della questione sono chiari ed è corretto – a nostro avviso – sostenere che l'uomo abbia la possibilità di essere come non-dovrebbe-essere e di non-essere-come-dovrebbe-essere, nondimeno... giova precisare che non è il valore della libertà negativa, modernamente intesa, a determinare questo, né alcun altro valore in quanto tale, ma piuttosto la stessa natura dell'uomo che iscrive, nel suo stesso statuto ontologico, l'attitudine razionale, la conseguente facoltà razionale (che può anche non esserci per immaturità o per *dementia*) e l'ancora conseguente libero arbitrio, onde il soggetto, che ha gli strumenti concettuali per avere «contezza morale» delle cose, può comportarsi come deve, rispettando la *natura rerum*, *in primis* la sua propria, o può comportarsi difformemente dai principii del suo stesso statuto ontologico, violandola: nel primo caso egli stesso sarà libero, libero di essere quello che dev'essere, nel secondo non lo sarà, perché sarà schiavo della sua passione e della sua scelta disumanizzante.

<sup>47</sup> È ben vero, infatti, che “il diritto deve certamente tutelare la libertà ma, per fare ciò, non può assumerla come ‘negativa’. Se l'assumesse come ‘negativa’ esso si porrebbe come [...] sua negazione: il diritto sarebbe inevitabilmente ‘limite’ della libertà, anziché essere suo potenziamento” (CASTELLANO, *Ordine etico e diritto*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, pag. 80).

<sup>48</sup> Da considerarsi in guisa di “autonoma scelta dell'ordine giusto, che è la realizzazione più alta della libertà ovvero della libertà come liberazione da ogni ingiustizia e da ogni iniquità e, quindi, conformità alle esigenze più profonde dell'umanità. Questa liberà [allora, ovviamente, (nda)] non è assoluta, poiché [essa (nda)] è regolata dalla giustizia; essa, cioè, è libertà in

razionale, esso, nella sua essenza di *regula iuris*, non è mai e mai può essere inteso alla stregua d'un mezzo operativo funzionale alla libertà negativa, vale a dire al concretarsi del puro auto-volere hegeliano,<sup>49</sup> né, correlativamente, il puro auto-volere o la libertà negativa potranno mai costituire l'oggetto di alcun diritto propriamente detto stando agli antipodi (come l'anarchia alla regola!).<sup>50</sup> Ciò che è giuridico, in ultima analisi, è anche razionale e non è mai arbitrario, perché conforme a ragione e perché coglibile dalla ragione nella sua oggettività/verità e ciò che è razionale nella dimensione del *iustum* e dell'*aequum* è anche e necessariamente giuridico, inquantocché, argomentando in negativo, nulla di giuridico può essere irrazionale, pena una *petitio principii* e nulla di razionale e di ordinato secondo i principii dell'ordine ontologico degli enti e delle relazioni può mai essere antiggiuridico (o giuridicamente irrilevante/indifferente), data la relazione di «interdipendenza» tra i concetti. Un tanto precisato, allora, è mestieri di porre mente questo, che cogliere l'*ordo ordinatus* delle cose *sub specie* di *regula ordinis*, significa, in qualche modo, cogliere la giuridicità che ne è intrinseca e comprendere il valore giuridico delle cose e dei rapporti significa comprenderne razionalmente l'ordine ontico che non dipende da veruna volontà contingente essendo *in re ipsa*. Ciò – pare del tutto ovvio, financo scontato – può essere sostenuto e inteso correttamente solo in un contesto gnoseologico-filosofico, come quello che quivi proponiamo, nel quale «razionale» e «giuridico» vengano intesi non

---

quanto scelta dell'ordine oggettivo del bene e, quindi, scelta del bene" (CASTELLANO, *Ordine etico e diritto*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, pag. 50-51) inteso come bene in sé e non certo come bene soggettivisticamente/solipsisticamente ritenuto tale, per opportunità, per errore, per convenienza *et coetera*.

<sup>49</sup> Ci riferiamo alla nota definizione data da Giorgio Guglielmo Federico Hegel in relazione alla c.d. libertà del volere, per la quale, infatti, essa, è "determinata in sé e per sé, perché essa non è altro che l'autodeterminarsi" (HEGEL, *Lezioni sulla filosofia della storia*, Firenze, La Nuova Italia, 1965, pagg. 197-198).

<sup>50</sup> Correttamente, invero, è stato osservato che "l'uomo moderno ha sempre coltivato l'illusione di poter fare a meno della verità [e quindi anche della verità del/nel diritto, come verità in sé giuridica (nda)], di poter essere l'autore del bene e del male" (CASTELLANO, *Ordine etico e diritto*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, pag. 22).

«scientificamente/galileianamente» ma, potremmo dire, assiologicamente, vale a dire alla stregua di qualificazioni valoriali che si basano sull'essere-in-sé delle cose e che assumono questo soltanto a loro parametro oggettivo.

Riprendendo le fila del nostro discorso, ora, dobbiamo tosto osservare che il precetto (autenticamente) giuridico, se e in quanto abbia una sua dignità giuridica, deve fare in modo che l'essere umano si comporti da ente (naturalmente) razionale e razionalmente libero (*id est*, da ente libero «da», piuttosto che da ente libero «di») quale egli stesso è *ut natura*, in altre parole, dunque, la legge, proprio in virtù della giuridicità che la deve (!) caratterizzare e che la caratterizza ontologicamente (se e) in quanto *regula iuris*, non può che perseguire il fine (rosminianamente) agatologico d'imporre al soggetto una condotta umana, *id est* una condotta buona per l'uomo e funzionale al bene «dello» uomo, al bene umano in senso proprio; si tratta, allora, di prescrivere legittimamente una condotta... legittima, una condotta, cioè, autenticamente giuridica e razionale, in una parola: umana, «da uomo» in senso assiologico-sostanziale. La norma *de qua*, insomma, per assolvere il suo intrinseco scopo di *regula in/ad libertatem* e per rendere buona ragione di sé medesima, se è, dev'essere e non può non essere *regula iuris et regula rationis*, vale a dire regola aggettivata e qualificata da quella stessa giuridicità/razionalità la quale è *in re ipsa* ed essendo *in re ipsa* è razionalmente intelligibile, come ordine oggettivo delle cose, dal soggetto cui la prescrizione medesima ha da rivolgersi e necessariamente si rivolge... λογικῶς. Se questo è vero, allora, è mestieri di considerare la *regula iuris* di cui stiamo parlando alla stregua d'una regola giustificata ed esigita, in un tempo, sia dalla volontà consapevole (*recte*, dal libero arbitrio) del soggetto, vale a dire, del «suo» potere di decidere scientemente in ordine alla propria condotta, sia dall'irrefutabile e insopprimibile responsabilità che l'essere umano porta per l'azione o l'omissione a lui stesso riferibili (moralmente attribuibile in termini di *suitas*), *sub specie* di esercizio d'un diritto (atto

lecito: *qui suo iure utitur neminem laedit*), ovvero di *iniuria* (atto illecito), sia, da ultimo, dalla necessità del/pel soggetto stesso di conformarsi a quell'ordine ontologico che sempre egli coglie (*rectius*, può/deve cogliere) ma non sempre rispetta... come lo stesso Ovidio, peraltro, ricordava elegantemente già nel suo più noto Poema.<sup>51</sup> La norma, infatti – sia quella *posita ex auctoritate*, sia, *a fortiori*, quella «naturale», della quale, ovviamente, quella *posita* dev'essere «fenomeno» (o non è norma giuridica, ma arbitrio imposto col potere<sup>52</sup>) – in quanto norma è norma/regola «per» l'azione *lato sensu* intesa o, meglio, è norma/regola «per» la condotta del soggetto, dacché funzionale a orientarla *secundum ius et secundum rationem*. Essa, allora, nel suo essere norma in sé, è «contenutisticamente precedente», da un punto di vista logico, tanto rispetto alla *voluntas agendi* quanto rispetto all'*actus* (concreto) dell'essere umano il quale, infatti, nel suo agire, opera sempre in relazione a una norma (quella che è normativa e regolativa della sua condotta, in quanto promanante dall'ordine dell'ente col quale egli si rapporta e «sul» quale egli agisce), ancorché non sempre in virtù di essa. L'uomo, dunque, può agire bene, vale a dire conformemente alla norma o male, vale a dire difformemente a essa, nondimeno... nulla di ciò che egli pone in essere può dirsi sostanzialmente sottratto o sottraibile a un vaglio giuridico-razionale e nulla può ritenersi dipendente, quanto al giudizio e ai criteri dello stesso, dalla mera *voluntas agentis* o dal mero *actus actum* concretizzato storicamente.<sup>53</sup> Non v'è cosa che riguardi gl'esseri umani, insomma, la quale resti priva di una qualificazione/qualificabilità e di una valutazione/valutabilità autenticamente (!) giuridiche, né può darsi alcuna «volontà ↔ azione»

---

<sup>51</sup> Ci riferiamo, come il Lettore avrà di già inteso, al “*video meliora proboque sed deteriora sequor*” in OVIDIO, *Metamorfosi*, VII, 20.

<sup>52</sup> “*mihi lex esse non videtur quae iusta non fuerit*”, ricordava Sant'Agostino d'Ippona (SANT'AGOSTINO, *De libero arbitrio*, I, 5, 11).

<sup>53</sup> *Contra*, le note tesi di Gian Paolo Sartre. Cfr SARTRE, *L'être et le néant*, Parigi, Gallimard, 1943.

umana che sia *ab-soluta*, che sia *extra*-giuridica, o che sia fondativa della giuridicità *secundum eventum voluntatis*. L'essere umano, invero, è soggetto «di» diritto e in questa soggettività trova cimento la sua dignità di persona, in quanto tale, però, egli è giuocoforza soggetto «al» diritto, onde tutto ciò che lo concerne, in ispecie sotto il profilo dell'agire, o è giuridico o è antiggiuridico... *tertium non datur*.<sup>54</sup> Ciò posto – si badi molto bene – non potrà giammai parlarsi d'una giuridicità relativa rimessa o rimettibile alla mera sensibilità impulsivo-contingente (*id est*, passionale) dell'*agens*, i cui contenuti sostanziali vengano, cioè, di volta in volta palesati e definiti a seconda della *voluntas/voluptas* di colui il quale opera storicamente, essendo o ritendendo-si destinatario di un (non-)precetto «in bianco» che l'autorizzi ad agire in forma meramente potestativa (*possum, si volo*), vale a dire senza alcun contenuto prescrittivo-sostanziale, senza alcun criterio (*rectius*, a prescindere da ogni criterio). In quest'ultimo caso, infatti, non vi sarebbe regola alcuna, non vi sarebbe, invero, alcuna *regula agendi*, se mai, al limite, vi sarebbe un'azione per la «(non-)regola» o, in altri termini, più chiari, un'azione che concretandosi paleserebbe autopoieticamente la propria *regula acti*, pur essendo stata virtualmente posta in essere in assenza (*rectius*, in ispregio) di *regula actionis*, ovverosia in assenza (*rectius*, in ispregio) di criterii oggettivo-regolativi dettati dalla stessa natura, dallo stesso statuto ontologico di essa e degli enti sopra i quali gl'effetti di essa si sono estesi. Assurdo! Un vero paralogismo! Ogni azione, infatti, ha una «sua» natura la quale è oggettiva e la quale, nella sua oggettività sostanziale, dev'essere considerata normativa e regolativa della condotta posta in essere dall'autore *compos sui*. Le azioni, dunque, possono essere buone o malvagie,

---

<sup>54</sup> “l'uomo [...] è di natura razionale e per natura è libero o, meglio, destinato ad essere libero [...]. Ciò lo rende soggetto e, in quanto soggetto, necessariamente soggetto giuridico. La razionalità [come attitudine (nda)] e la libertà [come attitudine fruibile coll'esercizio del libero arbitrio e con esso anche violabile (nda)], pertanto, sono condizioni del diritto, sia di quello positivo, sia di quello naturale” (CASTELLANO, *Ordine etico e diritto*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, pag. 48).

commendevoli o disdicevoli non perché così vengono intese dal loro autore, *dominus absolutus*, non perché, quindi, dalla qualificazione datane dall'autore stesso ne promani la natura – ciò che ritiene l'*agens* rileva poco o... niente – ma perché così esse, se sono, sono nella loro realtà ontica, perché quella e non altra, è la di loro natura; ipotizzare (assurdamente) che un'azione sia, per fare un esempio, buona, solo perché ritenuta buona da chi la pone in essere, indipendentemente dalla sua stessa essenza, è inaccettabile, è razionalmente e logicamente inaccettabile, com'è inaccettabile ipotizzare che un diritto sia tale, solo perché una qualsivoglia *voluptas/voluntas* viene così passionalmente «sentita» da chi ne rivendica il «giuridico» esercizio. Questa sarebbe la più gretta deriva verso il relativismo, eppertanto verso il nihilismo più assoluto, il quale – si badi bene – non è da rifiutare e da combattere, come da rifiutare e da combattere è ogni ideologia in quanto tale e non è nemmeno da rifiutare e combattere perché semplicemente sbagliato e irrazionale, ma è da rifiutare e da combattere perché disumano, perché, invero, esso rappresenta il sistematico e concettuale rifiuto dell'elemento più proprio dell'uomo che è la ragione, quivi, infatti, l'uomo è ridotto a macchina de-pensante, ad “autonomo automa”, per usare un ossimoro elegantemente (e intelligentemente) proposto da Francesca Zanuso.<sup>55</sup> La natura delle cose – per bene intenderci – può essere rispettata o violata, anche e soprattutto dal c.d. potere legislativo (che è potere politico e giuridico solo se la rispetta, ovviamente!), questo è sociologicamente umano, nel senso che è proprio dell'esperienza, ciò che massimamente rileva, però, è rappresentato dalla circostanza in ragione della quale la *natura rerum* non può essere rimessa, quanto alla sua stessa definizione ontica, a un atto di suprema «volontà ↔ potere» posto da chi si-ritiene sovrano o da chi è lasciato libero di agire *ad libitum*, pur entro i

---

<sup>55</sup> ZANUSO, *Autonomia, uguglianza, utilità. Tre paradossi del razionalismo moderno*, in ZANUSO (a cura di), *Custodire il fuoco*, Milano, Franco Angeli, 2013, pag. 23.

limiti geografico-illuministici<sup>56</sup> (im-)posti dal *soi-disant* sovrano. In altri termini, allora, per cogliere l'*ubi consistam* del problema potremmo dire che il soggetto, determinando fattualmente la propria volontà, agisce – *coeteris paribus* – nella consapevolezza della regola che promana dall'ordine proprio del «contesto» in cui l'azione stessa ha da svolgersi, talché sarebbe assurdo e financo paralogistico ritenere ch'egli possa creare autonomamente la regola della propria azione, attraverso lo medesimo agire, come sarebbe illogico postulare che egli possa rimanere indifferente alla regola stessa e/o «immune» da essa. Di talché... l'*iniuria* è *iniuria* – per fare un esempio – in quanto violazione dello *ius* il quale, nel suo essere criterio e regola per l'azione umana, è logicamente e concettualmente precedente all'azione stessa e nella sua priorità logico-concettuale è indipendente dall'azione *de qua* come dalla volontà/intenzione del «suo» autore ed è necessariamente noto, quindi razionalmente intelletto, da parte del *subiectum agens*. Allo stesso modo – per fare un secondo esempio – l'*iniuria*, se è, è *iniuria* in quanto condotta contraria ai principii oggettivi del giure, i quali, così come non dipendono dall'azione (antigiuridica) posta in essere dall'agente storico e così come non dipendono nemmeno dalla volontà e/o dalle intenzioni dell'agente stesso, allo stesso modo risultano necessariamente intelletti e intelligibili alla/dalla coscienza di colui il quale agisce... necessariamente in funzione di essi, anche se non in virtù di essi, per riprendere un'espressione che già proponemmo all'attenzione del Lettore. Tanto l'atto lecito quanto quello illecito, dunque, vengono posti in essere dal soggetto in ragione di una norma, in ragione di una regola, cioè, alla quale l'azione dell'agente stesso è conforme, come nel primo caso (atto lecito), o è difforme, come nel secondo (atto illecito), onde la norma, la regola di cui stiamo parlando, deve necessariamente cogliersi nel suo essere norma «della» azione e «per»

---

<sup>56</sup> Vero è che la *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* del 1789, all'art. 4 prescrive che “*la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui*”.

l'azione (come i penalisti ben dovrebbero sapere, quando invocano il *nullum crimen sine lege*<sup>57</sup>), nel suo essere *norma agendi* in senso proprio, insomma,

---

<sup>57</sup> In realtà, a nostro avviso, il problema non è solo penalistico ma veramente πάλι-giuridico, tanto che dovrebbe più correttamente e più propriamente dirsi *nulla iniura sine lege* o, ancora meglio, *nullum iudicium sine regula (actionis et actuum)*. Sotto un primo profilo, allora, deve ritenersi che la questione cruciale in merito all'esegesi del citato «brocardo» alberghi nella necessità di riempire d'un significato oggettivo e non meramente «convenzionale» il binomio «*sine lege*» (segnatamente il termine *lex*!): interpretandolo in senso squisitamente «positivistico», infatti, il processo di Norimberga (come altri di simile «natura»: quello a Saddam Husayn o quello a Slobodan Milošević, solo per fare due esempi tra i più storicamente vicini) e l'esecuzione delle sentenze pronunziate in esito allo stesso – per fare un semplice esempio – altro non sarebbero che delitti tra i più efferati, se è vero, come è vero e inequivocabile, che ivi furono giustiziati coloro i quali, con zelo e puntualmente, rispettarono (!) le leggi e i regolamenti sovranamente vigenti all'interno del loro Stato e nessuna *norma posita* violarono attraverso la di loro condotta. Sotto un secondo profilo, però, risulta altrettanto vero – ecco l'*ubi consistam* di questa Nota – che la priorità logico-concettuale della regola rispetto al giudizio sull'azione e rispetto all'azione stessa, qualunque sia la regola assunta a parametro (anche quella «meramente» positiva, anche quella ingiusta, irrazionale, illogica) non promana da un'impostazione metodologica valida quanto un'altra, o da una mera volontà «di/del» potere, ma promana piuttosto da un'indigenza profonda e profondamente sentita della ragione umana, sia essa retta o *non-recta*. Di talché... è giuocoforza ritenere, anche su di un piano meramente positivistico/scientifico, che non v'abbia reato senza legge (concettualmente precedente a esso) in quanto il reato, se è, diremo, φαινόμενον ἀμαρτήματος, è violazione di una regola e lesione di un bene giuridico i quali non dipendono e non possono mai dipendere dal reato stesso, dalla volontà dell'autore (il *reus*) o da un potere che s'imponga contingentemente... *post factum* (meglio, *post delictum*) e che rivendichi per sé l'autorità di qualificare una condotta già realizzata sulla base di parametri «nuovi»; è piuttosto vero, invece, che la sussistenza di un «illecito» dipende essenzialmente e necessariamente dal sovvertimento di un «ordine» (anche di quello arbitrariamente im-posto dal potere, anche di quello meramente convenzionale o presupposto, i quali non sono affatto fenomeni dell'ordine) il quale ha da essere concettualmente precedente al reato e precedentemente al reato deve rilevare nella sua indigenza di tutela vera o presunta. Ciò... anche solo per considerare la prescrizione da un punto di vista meramente operativo e funzionale a un fine purchessia, sotto il profilo di quella che i penalisti sogliono chiamare funzione di prevenzione generale o general-preventiva. È del tutto ovvio – si badi bene – che concepire i reati come *mala in se* o intenderli come *mala quia prohibita* non sia la stessa cosa, ma è altrettanto ovvio che in ambedue le «posizioni concettuali» (giusta a prima, perché razionale, ingiusta la seconda, perché illogica!), per quanto quivi interessa, debba necessariamente rilevarsi la priorità, la necessaria priorità dell'elemento «regola» sul procedimento «giudizio», onde il secondo non può che plasmarsi in funzione della prima e la prima, per essere tale, deve rivolgersi *pro futuro*, deve... regolare, appunto! Un giudizio, quindi, il quale venga pronunziato in virtù di un criterio adottato e artatamente forgiato in un momento successivo al fatto da giudicare non è un giudizio «del» fatto, ma, semmai, una considerazione *a posteriori* «sul» fatto, la quale ripugnerebbe, se e in quanto giudizio (discriminazione dello *iustum* dall'*iniustum*), a qualsiasi coscienza umana, anche a quella «labile», idealmente disposta ad accogliere α-criticamente un compendio di regole ingiuste e a darne meccanica applicazione. Resta inteso – sia ben chiaro – che giudizi giusti e accettabili postulano regole giuste e razionali e che regole ingiuste e arbitrarie portano, come lapalissiana conseguenza, a giudizi che rappresentano la negazione dello *ius*, ovvero sia un oltraggio morale e razionale allo stesso, ciò non toglie, però, che la metodologia del giudizio, al di là della filosofia del giudizio, postuli la regola, anche ingiusta, e la valutazione del fatto in virtù di essa ed è questo il cuore – come si dice – del problema cennato nella Nota che quivi proponiamo. Che poi... su di un piano filosofico-teoretico l'ordine cui s'informa la regola *de qua* debba



essa non dipende e non può dipendere dall'*actus* nel quale si sostanzia la volontà dell'*agens*, né dipende o può dipendere dalla volizione/intenzione contingente di chi pur resta *dominus actionis*, ma non può certo dirsi *dominus acti (naturae)*.

---

necessariamente e – diremo noi – preliminarmente essere un ordine oggettivo e reale, quello, per intenderci, che è nella natura delle cose e che non dipende da una *voluntas imperii* concretantesi in una *norma posita*, è questione parzialmente diversa, per quanto connessa. È ben vero, dunque, che il giudizio il quale è giudizio di un fatto o di una condotta, per essere tale deve compendiare in sé stesso l'applicazione della regola-del-fatto, della regola razionale, cioè, che è intrinseca alla natura di ciò che costituisce, propriamente, l'oggetto del giudizio *de quo* ed è altrettanto ovvio che esso non possa limitarsi a un procedimento di geometrica sussunzione della c.d. fattispecie concreta entro gl'estremi di quella astrattamente postulata dal potere della norma e/o dalla norma del potere. Una sensibilità simile – come è noto – è stata opportunamente avvertita, tra i maggiori penalisti, da Giuseppe Bettiol il quale ebbe bell'agio di fare riferimento alla necessaria (e necessitata) distinzione tra fonte materiale o sostanziale del diritto e fonte formale, sì da individuare la prima nei principii morali o, per meglio dire, della morale e la seconda nello *ius in civitate positum*. Non v'è dubbio – lo si ricorda per opportunità di completezza – che nella Dottrina del citato Autore la fonte formale (*id est*, positiva), per essere legittima, debba plasmarsi sulle fogge di quella sostanziale/morale, essendo, quest'ultima, oggettiva e non meramente convenzionale: i precetti morali, insomma, rappresentano per Bettiol l'epifenomeno dei principii di diritto eppertanto essi soli sono idonei a esprimere l'essenza dell'ordine giuridico delle cose e la ragione della loro tutela normativa (penale). *Contra*, l'art. 1 delle cc.dd. Preleggi a mente del quale la legge è fonte del diritto, ovviamente... si fa riferimento alla legge positiva, a quella autolegittimante-si per effetto del mero potere (del) sovrano che la promulga. Ciò posto, allora, epilogando il discorso, può dirsi che il brocardo *nullum crimen sine lege* non potrebbe e non dovrebbe essere ridotto a una mera garanzia liberale – come persevera nel fare la più consolidata manualistica (cfr, a titolo d'esempio, FIANDACA MUSCO, *Diritto penale – parte generale*, Bologna, Zanichelli, 2007, pagg. 48 e ss.) – tale per cui non potrebbe legittimamente punirsi chi non fu messo nella mera condizione operativa di conoscere il valore attribuito *ex lege (posita)* o, meglio, *ex potestate*, alla sua condotta, ma dev'essere inteso in guisa di principio giuridico propriamente detto, onde non possa/debba darsi riprovazione e/o biasimo per una condotta che non sia, in sé, contraria a una regola ordinatamente definita dallo statuto ontologico/giuridico (ontogiuridico, potremmo dire) delle cose. Il problema, insomma, non è rappresentato dal *tempus* dell'entrata in vigore della legge, ma è veramente rappresentato dall'essenza della legge, come legge (in sé) e su di un piano parallelo, dall'essenza del reato come reato (in sé). Contrariamente, allora, a quanto sostenuto da vari Autori, tra cui ricorderemo *ex plurimis* Gian-Paolo Sartre (cfr SARTRE, *L'être et le néant*, Parigi, Gallimard, 1943), forse il più rappresentativo e noto, non è mai e non può mai essere l'esperienza che determina l'essenza – il *factum delicti* che determina il *delictum* – essendo, invece, proprio l'essenza delle cose a determinare, dal punto di vista del giudizio, la qualificazione morale (e giuridica) dell'esperienza nel suo essere esperienza di qualche cosa (di buono o di non buono!). Di talché deve arguirsi che l'essenza della regola rappresenta necessariamente il parametro pel giudizio dell'azione la quale è sempre posta in essere in funzione della regola ancorché non sempre in virtù di essa; conseguentemente dovrà ritenersi che giammai l'azione e/o la volontà *in/per se* possa autopoieticamente crear-si la regola legittimante o delegittimante sé stessa.

#### 4) *Ordo ordinatus in libertate*: l'Ordinamento giuridico come condizione «di» libertà giuridica.

“La fabbrilità dell'uomo moderno è certamente aporetica e si è dimostrata sotto un certo profilo, in-operativa; ma soprattutto [essa (nda)] condanna l'uomo alla [sua stessa (nda)] alienazione e quindi all'infelicità, come estraneazione da sé”.<sup>58</sup> Giusta le considerazioni formalizzate nelle pagine precedenti, deve tosto dirsi (e dedursi) che la norma giuridica, se e in quanto giuridica e *in apicibus* l'Ordinamento giuridico, se e in quanto ordinato secondo i principii del giure (diversamente s'avrebbe un dis-ordine anti-giuridico, non un Ordinamento giuridico!), non possono affatto essere concepiti e intesi alla stregua d'un limite alla *libertas humana*, vale a dire alla libertà dell'uomo di essere sé stesso, di determinare autonomamente (!) e di esprimere appieno la propria «natura → personalità» (di ente razionale), di operare scelte legittime e lecite tra opzioni altrettanto legittime e lecite, di rapportarsi, insomma, con sé stesso, cogli altri e colle cose in modo razionale (*id est*, conforme alla natura degli enti medesimi: sé stesso, i proprii simili, le cose) nella conformazione del proprio (giusto) operare storico alla propria volizione (che sia *voluntas humana*!), al proprio interesse, al proprio gusto, alle proprie inclinazioni «personali» *et coetera*: il diritto *stricto sensu* inteso, se è diritto, infatti, non persegue, ma addirittura rifugge l'omologazione o la meccanizzazione dell'uomo tendenti a «uniformare» tutti i «soggetti» secondo i canoni d'una condotta universalmente o generalmente pre-stabilita *in toto*, ma si caratterizza pel fatto di prescrivere o di vietare ciò che va prescritto o vietato necessariamente, secondo i principii della ragione e della giustizia, lasciando a ciascheduno, fuori da questi ristretti «ambiti necessitati» (*in necessariis*

---

<sup>58</sup> ZANUSO, *Autonomia, uguaglianza, utilità. Tre paradossi del razionalismo moderno*, in ZANUSO (a cura di), *Custodire il fuoco. Saggi di filosofia del diritto*, Milano, Franco Angeli, 2013, pag. 20.

*unitas!*<sup>59</sup>), la possibilità di esercitare le scelte e di perseguire i fini soggettivamente ritenuti più idonei a soddisfare le inclinazioni «personali» dell'agente storico (*in dubiis libertas*<sup>60</sup>). Deve correttamente ritenersi, quindi, che gli «strumenti giuridici», *in primis* l'Ordinamento giuridico, determinino il viatico più prospero e opportuno per la massima espressione possibile della stessa libertà umana, di quella libertà – sia ben chiaro – la quale è propria di ciaschedun uomo, eppertanto è ontologicamente comune a tutti gli uomini... nella/della comunità politica. Un tanto, ovviamente, in perfetta armonia colla dimensione concettuale classico-aristotelica del «liberi assieme», cui potrebbe contrapporsi ed effettivamente si contrappone l'ideologia moderna – quella lokiano-rousseauiana, per intenderci – del «limitati (*id est*, convenzionalmente liberi) accanto». La disposizione giuridica, prescrittiva o proibitiva di una determinata condotta, dunque, se è un limite e se dev'essere letta sulla base di questo «criterio», può solamente definirsi in guisa di limite o, meglio, di limitazione al/pel libero arbitrio del quale, infatti, essa (norma) ne vieta una forma di esercizio assoluto e finanche perverso (o ne prescrive una forma di esercizio necessario), consentendone, *au contraire*, una forma di esercizio «liberamente giuridico» e «giuridicamente libero». In altri termini, sempre ricollegandoci alle osservazioni *supra* proposte, potremmo dire che la *regula iuris* rappresenta ed effettivamente è il «fenomeno gius-positivo» delle colonne d'Ercole, il *non plus ultra* all'attività umana (lecita), il discrimine – se così possiamo esprimerci – tra *ius* e *iniuria*, tra *fas* e *nefas* con riguardo al parametro di giudizio sull'atto «liberamente ↔ responsabilmente» posto in essere dal soggetto (libero ← *compos sui*). Queste osservazioni – a nostro avviso – sono senz'altro vere e nella loro verità esse esprimono l'essenza di un principio autenticamente gius-politico, resta indispensabile e

---

<sup>59</sup> Così potremmo dire parafrasando Sant'Agostino d'Ippona.

<sup>60</sup> Sempre ricordando Sant'Agostino, che poi concluse opportunamente ricordando *in omnibus caritas...*

imprescindibile, tuttavia, considerare che i limiti legali (positivi o negativi, determinati dal *non-facere* o dal *facere* imperativi della legge) i quali siano, ovviamente e primamente limiti legittimi, debbono essere individuati e colti con riguardo alla mera dimensione (de-)concettuale della c.d. libertà negativa, con riguardo, cioè, solo a quella «concezione (assiologicamente) moderna» della libertà che si-pretende assoluta e che pretende-per-sé l'assenza di criteri nello/dello operare qualunque natura essi abbiano (l'apoteosi, insomma, del puro auto-volere hegeliano). Si tratta, in questo caso, di un *phantasma libertatis* non solo incompatibile colla natura dell'uomo e colla di lui collocazione «naturale» in-società, ma addirittura si tratta di un'ipotesi di libertà della quale nessuno ha mai potuto fare e mai potrà fare esperienza, nemmeno – si badi bene – colui il quale si-pretende e si-definisce sovrano secondo la formulazione bodiniana della sovranità,<sup>61</sup> imperocchè... anche il (*soi-disant*) sovrano è sovrano di uomini (e non di bestie) e deve giuocoforza ottenere, da loro, l'obbedienza – e non la mera esecuzione – dei precetti che intende comandare (*oboedientiam facit imperantem...*), onde vi sono limiti per così dire impliciti al potere i quali si stagliano sul crinale della razionalità (ontologicamente propria dei destinatari del precetti stessi), dell'opportunità, della convenienza politica *et coetera*. A ogni buon conto, la libertà «vera», quella non-negativa, per intenderci, quella che si lascia cogliere nella sua essenza di *libertas humana et rationalis*, è una libertà (*rectius*, «la» libertà) che compendia e ingloba in sé stessa, in guisa di *condicio sine qua non* della sua medesima (possibilità razionale di) estrinsecazione storico-concettuale, il senso e il significato più reale e radicale del limite *in se* (razionale ↔ razionalmente intelligibile), il senso, per essere maggiormente precisi, del parametro e del criterio (razionale) al quale informarsi per essere libertà e per non degenerare in

---

<sup>61</sup> “*Summa legibusque soluta potestas*” come è noto, infatti, così Gianni Bodin teorizzo o, meglio, definì il potere sovrano (*rectius*, del sovrano) in BODIN, *De Republica libri sex, latine ab autore redditi*, Lyon, 1586, I, 8.

arbitrarietà (disumana). In una parola... possiamo ben dire che la libertà propria dell'uomo non coincide affatto colla sua volontà – irascibile o concupiscibile – o col suo appetito (*nomina sunt consequentia rerum!*) e possiamo/dobbiamo altrettanto schiettamente dire ch'essa non si-fa né può farsi mero strumento per la gretta soddisfazione materiale delle pulsioni passionalmente avvertite o avvertibili ( $\alpha$ -razionalmente) dal soggetto. La libertà *humana*, infatti, può essere correttamente colta solo all'interno di una volontà altrettanto umana, altrettanto razionale, altrettanto «conformata», quindi, secondo i principii proprii dell'ordine naturale del soggetto che è umanamente libero e che umanamente vuole (sceglie) ciò che può volere (scegliere) *ut natura*. Di talché... dobbiamo osservare come il binomio «libertà ~ volontà», se da un lato non rappresenta affatto una tautologia, né un ripetizione del medesimo concetto, dall'altro non compendia nemmeno una formula ossimorica, vero è, infatti, che i due termini ben possono conciliarsi in quella che potremmo definire sintesi ontologica della soggettività/razionalità dell'essere umano: quivi, invero, nella natura razionale del soggetto – per intenderci – trovano stanza e reciproco completamento sia la libertà umana che la volontà umana, entrambe parimenti lontane da ogni velleità assolutistico-negativa e parimenti definite, nel loro essere reale, dall'elemento che ontologicamente caratterizza colui al quale esse stesse competono, essendone causa efficiente e fine, in un tempo e non mai mezzo!

Tornando, ora, al problema che rappresenta *le fil rouge* di questo discorso, possiamo e dobbiamo affermare che il diritto come limite o, in altri termini, la legge come limitazione (*recte*, regola limitativa) della libertà – grande problema «del» moderno, *maxime* in Rousseau che lo affrontò scientificamente attraverso la *fictio* (anzi, le *fictiones*) della c.d. volontà generale – è un problema e anzi è l'oggetto di un discorso il quale non può

che dimostrarsi «tecnicamente» aporico:<sup>62</sup> in esso, infatti, vi è un postulato (de-)concettuale che impone d'intendere la libertà medesima come libertà negativa, vale a dire come libertà «dal» diritto e «dalla» ragione, non, invece, come libertà «nel» diritto e «nella» ragione; ciò significa – attenzione! – che quivi si pretende, paradossalmente, di considerare e di istituzionalizzare la libertà dell'uomo come libertà disumana (*rectius*, de-umanizzata): irrazionale ( $\leftrightarrow$   $\alpha$ -razionale) e  $\alpha$ -giuridica. Un tanto – a nostro avviso – rappresenta una vera e propria contraddizione in termini, imperocché la libertà, se è libertà *in se*, è giuocoforza razionale, giuridica e (*recte*, quindi) umana, in quanto propria dell'uomo *naturae rationalis individua substantia* e di lui solo nel suo essere ζῷον πολιτικόν. Talché... lo statuto ontologico dell'uomo-soggetto rappresenta e deve rappresentare l'elemento oggettivamente conformatore della «sua» libertà (e quindi della libertà che, in quanto tale, non può che essere «sua»), ovverosia conformatore della libertà stessa sul piano rigorosamente oggettivo del *quomodo libertatis* (e anche, a maggiore ragione, su quello dell'*an* e del *quia*). Così posta, tuttavia, la questione potrebbe parere meramente assertoria e per certi versi potrebbe sembrare di scarso valore euristico, essa, però, ai fini del nostro Studio, viene dialetticamente emergendo nella sua struttura filosofica e quindi nella sua dignità dialettico-veritativa (perché tendente al vero), allorquando si consideri che <sup>a</sup> il potere di agire non coincide con <sup>b</sup> la libertà «di» agire (o libertà dell'atto) e che questa non coincide colla <sup>c</sup> libertà «dello» agire né (conseguentemente) col <sup>d</sup> diritto «di» agire, ovverosia colla pretesa giuridica di agire giuridicamente, onde... i «piani dell'analisi» debbono essere tenuti ben distinti per non ingenerare

---

<sup>62</sup> Con grande chiarezza, infatti, Danilo Castellano osserva che “libertà e diritto non sono affatto ‘confliggenti’: [vero è che (nda)] il diritto potenzia la libertà e la libertà trova nel diritto la sua giustificazione [... e il suo proprio principio/criterio (nda)] ciò viene evidenziato anche dal senso comune che definisce ‘cattivo’, cioè prigioniero, l'uomo vizioso, il quale pure ‘sceglie’ il male” (CASTELLANO, *Ordine etico e diritto*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, pag. 51).

equivoci e dalla loro distinzione deve ognor emergere il *proprium* del diritto subiettivo quale *via, condicio et medium (instrumentum) libertatis*. Vediamo bene di chiarire i termini del ragionamento; proporremo qualche ipotesi in funzione esplicativa. Che il soggetto, dunque, abbia <sup>a</sup>il potere di fare quello che gli è dettato dalla propria volontà è vero, salvo impedimenti di carattere empirico; potremmo parlare, in questo caso, di un mero potere di fatto: se, per fare un primo esempio, *Primus* intendesse volare senz'ali o porre la mano nel braciere senza ustionarsi, ciò sarebbe impossibile perché vi si contrapporrebbero forze (fisiche) preponderanti rispetto alle sue, qualora, però, *Secundus* volesse uccidere *Tertius* con una fucilata o volesse automutilarsi amputandosi un arto, nessuna forza contingente vi si potrebbe opporre, onde potremmo ben dire che *Primus* e *Secundus* possono o non possono fare le cose dette perché hanno o non hanno il potere o, meglio, la forza per farle. Con ciò, tuttavia, non siamo affatto entrati nel merito «giuridico(-assilogico-)morale» delle azioni poste in essere dai due *agentes* menzionati, ma ci siamo limitati a considerare gli aspetti effettivi della loro condotta come «empiricamente» possibile o impossibile. Facciamo un passo innanzi e guardiamo alle fattispecie con gli occhiali del giurista, ricordando un'immagine cara ad Arturo Carlo Jemolo. Che il soggetto *compos sui*, allora, abbia oltre che il potere <sup>b</sup>la libertà «di» agire come egli stesso crede – come vuole, per intenderci – è un altro dato irrefutabile, dacché egli è sempre consapevole ( $\leftrightarrow$  responsabile) delle proprie azioni, vale a dire delle azioni che appartengono «moralmente» a lui, in quanto da lui scientemente volute. Se *Primus*, infatti, desiderasse affrontare certi studii o impegnarsi in un matrimonio o, ancora, dedicare la propria vita al sacerdozio, egli sarebbe libero di farlo perché lo farebbe con coscienza e volontà razionali, come sarebbe parimenti libero di operare ogn'altra scelta e di fare ogn'altra cosa: egli, a titolo d'esempio, potrebbe desiderare di uccidere *Secundus*, oppure potrebbe desiderare di offendere *Tertius*, o, ancora, potrebbe avere in animo

di rubare una certa cosa a *Quartus*, ma potrebbe anche volere soccorrere *Quintus* che, in ipotesi, versa in istato di pericolo, o adempiere un'obbligazione assunta nei confronti di *Sextus* e via dicendo, anche in questi casi – ecco il punto – l'*agens* sarebbe sostanzialmente libero di portare a compimento il proprio proposito, non solo perché nulla, in termini di forza maggiore, vi si opporrebbe, ma segnatamente perché le azioni/condotte *de quibus* verrebbero poste in essere nell'esercizio del di lui libero arbitrio, verrebbero poste in essere, in altri termini, in ossequio a una data volontà consapevole dell'agente stesso. In quest'ultimo caso – sia ricordato *per incidens* – non può che valere il necessario e inevitabile parallelismo «tanta libertà quanta responsabilità» e l'*agens* dovrebbe giuocoforza rispondere delle condotte tenute, secondo giustizia ed equità: ne dovrebbe derivare, di conseguenza, un premio giusto o una giusta punizione a seconda del valore oggettivo (!) delle azioni *in se*. Il discorso è chiaro e conseguente: l'*agens*, infatti, era pienamente capace di rappresentarsi il significato/valore morale delle proprie condotte e di liberamente (*rectius*, senza coercizioni esterne a sé, eterodirette) deliberare in ordine alle stesse (all'*an* e al *quomodo* delle stesse), *ergo* ne deve derivare un'attribuzione morale a suo carico, nei termini del (giusto) biasimo o della (giusta) lode. In ultima analisi, ora, giova considerare i profili di quella che chiamammo libertà dell'agire, ebbene la libertà dell'agire si sostanzia sempre nell'esercizio del libero arbitrio, imperocché essa pur postula una forma di concretizzazione della volontà dell'*subiectum agens*, ma non si esaurisce nell'autenticità (heideggeriana) di esso, involgendo il più «ampio» e più «profondo» concetto di libertà umana o, meglio, di *libertas humana*. Vediamo di comprenderci bene: lo «agire libero» del soggetto, infatti, non è solamente un «libero agire», non è, cioè, un mero agire guidato solamente dalla possibilità fisica<sup>63</sup> e dalla volontà storico-razionale (*id est*,

---

<sup>63</sup> In questo caso saremmo nell'ambito di quella che Augusto Del Noce chiamava libertà come



consapevole) di compiere un atto ontologicamente noto all'intelligenza dell'*agens*, non è, insomma, il mero concretamento materiale della *libertas hominis* quale libertà dell'uomo di operare secondo una volontà coscientemente e razionalmente «deliberata» *in interiore*, ma è, propriamente parlando, un agire qualificato dalla libertà, a sua volta aggettivata dall'umanità e dalla razionalità (ontologiche) del soggetto umanamente agente e(/perché) umanamente volente.<sup>64</sup> Di talché... la libertà dell'agire umano (*rectius*, dell'umano agire) va ben oltre il limite del potere di agire, che è un limite «fisico» e concettualmente supera gl'estremi della libertà «di» agire, i quali si compendiano nella «mera» consapevolezza delle azioni poste in essere: la libertà che quivi rileva – quella «dello» agire – infatti, è una libertà assiologicamente qualificata dall'umanità e dalla razionalità dell'azione compiuta dal soggetto, il quale è... libero *ut natura* e liberamente agisce *in rebus mundi*; conseguentemente, siffatta libertà è caratterizzata dalla giuridicità dell'atto compiuto/voluto dal soggetto, quale conformità di esso all'ordine ontologico(/razionale) delle cose. Si tratta, insomma, di una libertà-fine e non già di una libertà-mezzo, imperocché essa, rappresentando la compiuta estrinsecazione dell'io-soggetto secondo una volontà «sua», è coessentemente propria del di lui statuto ontologico, in

---

“non impedimento” (DEL NOCE, *Il problema dell'ateismo*, Bologna, Il Mulino, 1990, pag. 326) vale a dire che saremmo nell'ambito di una libertà da intendersi come “affermazione dell'assoluta libertà dell'individuo, accompagnata dalla fiducia in un ordine razionale che garantisce la sua conoscenza e la sua azione” (*Ivi*, pagg. 302-303).

<sup>64</sup> In un certo senso, allora, aveva ragione Carlo Jaspers, quando osservava che “la libertà non si manifesta nell'intelligenza, ma nell'azione” (JASPERS, *Filosofia*, vol. II, Milano, Mursia, 1978, pag. 164), per quanto occorra precisare che la libertà umana è e resta innanzitutto un problema intellettuale, il quale propriamente concerne la necessità del coglimento dell'essere in sé delle cose. Vero è bene, infatti, che il concetto di libertà supera quello di libero arbitrio, onde se l'esercizio del libero arbitrio porta all'azione deliberata dal soggetto, qualunque essa sia e qualunque sia il suo valore morale, l'esercizio della libertà postula l'orientamento dell'azione e della condotta, quindi del libero arbitrio, verso un contegno che oggettivamente rispetti l'essere in sé delle cose e che oggettivamente non ne calpesti la natura. È vero, quindi, che “la libertà [...] si manifesta [...] nell'azione” (*Ibidem*), ma è altrettanto vero ch'essa si manifesta nell'azione libera, perché razionale e razionale perché razionalmente deliberata in conformità del *principium libertatis*, quindi... la libertà è innanzitutto coglimento intellettuale dell'essere della libertà stessa, come carattere propriamente peculiare della persona umana.

quanto essa medesima è conforme all'ordine oggettivo-razionale dell'ente in sé e delle relazioni o dei rapporti che l'ente in sé pone (liberamente) in essere con enti diversi da lui. Il soggetto – per intenderci bene – godendo e fruendo la libertà dell'agire, è sempre «libero di essere e di rimanere sé stesso», pur operando e determinando-si in diverse guise, mercé una coorte di scelte (libere ↔ lecite) rimesse alla sua opzione individuale. Ciò che massimamente rileva, però, è questo, che la determinazione libera del soggetto libero non si compendia e non potrà mai compendiarsi in una forma di snaturazione del soggetto stesso a *pro* di un'espansione assoluta della sua *voluntas/voluptas* eminentemente passionale (a lui riferibile o, meglio, riferibile alla sua anima concupiscibile o irascibile), ma anzi, essa si sostanzia nel compimento della sua essenza naturale che è necessariamente razionale. In ultima analisi, dunque, dobbiamo osservare che la libertà dell'agire postula un'azione libera del soggetto libero, la quale azione è e dev'essere finalizzata (!) alla libertà umana in senso sostanziale, talché... i parametri dell'azione *de qua* non possono e non debbono essere rimessi a quella volontà che pur ne rappresenta il «volano concettuale»: essi, invero, non possono mai dipendere dalla volontà in quanto tale, anzi... la debbono condizionare, nel senso che ne debbono rappresentare il criterio formativo e applicativo secondo ragione (*id est*, il crinale discreto tra volontà buona/razionale, da attuare e volontà non-buona/irrazionale, da reprimere). Conseguentemente – si badi bene – la volontà che invera il propulsore della libertà dell'agire è una volontà niente affatto assoluta e decisamente priva di ogni velleità autoreferenziale: essa è, per l'appunto, una volontà umana in senso assiologico, la quale può essere definita «platonicamente»<sup>65</sup> in guisa di volontà mediata dalla ragione o volontà razionale (*ergo*... ragionevole). Ne

---

<sup>65</sup> È mestieri, quivi, di fare riferimento al mito della biga alata nell'Opera di Platone, dove il Filosofo insegna che nell'uomo l'anima razionale – nella metafora del carro, il cocchiere o auriga – deve sempre guidare la temerarietà dell'anima irascibile, plasmandola in coraggio e la bramosità impulsiva dell'anima concupiscibile, facendo sì che s'esprima *sub specie* di desiderio buono.

deriva che l'elemento volontaristico – il *velle* per intenderci – non subisce alcuna forma di conculcazione nell'ambito della citata libertà dell'agire, ma anzi, esso viene posto in primissimo piano e nobilitato – se così può dirsi – proprio in conseguenza del vaglio razionale che lo «plasma» *in interiore hominis*, giusta i principii dell'*humanitas*, vale a dire... in conseguenza e in dipendenza di quei principii che sono ontologicamente proprii dell'uomo e che all'uomo stesso non vengono eteronomamente imposti da alcun potere arbitrario. Insomma: che l'uomo abbia la passione o, meglio, l'impulso passionale (irascibile/concupiscibile) e che esso rappresenti un «momento» significativo e imprescindibile del suo operare storico, non può giammai essere revocato in dubbio, che questi appetiti, però, non possano e non debbano rappresentare il *proprium* ontologico del soggetto, è altrettanto irrefutabile, inquantoché l'elemento peculiarmente caratterizzante la persona umana è e resta la sua attitudine razionale (Boezio *docet!*), ne deriva che l'uomo è veramente libero ed è veramente sé stesso sol quando la esercita ed esercitandola ne fruisce.<sup>66</sup> Di talché... siccome non può espungersi dalla libertà dell'agire il momento volitivo, non può *a fortiori* espungersi il vaglio razionale, quest'ultimo, infatti, rappresenta proprio il crinale discretivo tra la libertà qualificata dalla razionalità/umanità – la libertà dell'agire, secondo la «nostra» terminologia – e la libertà meramente consapevole – quella che chiamammo libertà di agire – la prima, allora, è sempre «retta» per definizione, dacché... *condicio sine qua non* di essa è la sua conformità a ragione/natura; la seconda, invece, non «offre» una simile garanzia, essa, infatti, se è sempre e necessariamente consapevole (*id est*, presente alla ragione dell'*agens*), non postula, altrettanto necessariamente,

---

<sup>66</sup> *Contra* la tesi assolutamente moderna di Emanuele Mounier, secondo il quale “la persona [non è un ente latore di una natura sua propria, ma (nda)] è un'attività vissuta come autocreazione, comunicazione e adesione, che si coglie e si conosce nel suo atto [quindi non nel suo essere qualche cosa (nda)], come movimento di personalizzazione” (MOUNIER, *Il personalismo*, Milano, Garzanti, 1952, pag. 8). La tesi a nostro avviso è assurda, dacché essa parrebbe ridurre la persona non a un essere, ma a un mero fenomeno del volere e ciò... senza adeguatamente spiegare, però, chi sia il soggetto di una siffatta volontà creatrice.

quel vaglio razionale che caratterizza la prima: anche il ladro – si badi bene – ruba perché è «libero» di rubare, nel senso che perpetra il furto consapevolmente (con coscienza e volontà) e anche l'omicida è «libero» di uccidere perché, in ipotesi, spara con coscienza e volontà di sparare, ma quivi non s'assiste affatto a una manifestazione di libertà dell'agire, quivi, infatti, l'agire non è libero *in se* ma è, propriamente, schiavo, schiavo delle passioni *lato sensu* intese... non è umano in senso assiologico, ma disumano. È ovvio – lo precisiamo per chiarezza – che anche la libertà di agire, la quale finalmente si compendia nella consapevolezza di agire, è propria solo dell'uomo, pur non rappresentandone l'elemento peculiare sotto il profilo ontologico: l'animale, infatti, non dispone di alcuna libertà consapevole e agisce per mero istinto (e/o in ragione della c.d. estimativa) onde.. non porta e non può portare affatto la responsabilità per le azioni compiute, né le «sue» azioni possono essere giudicate secondo i parametri del buono o del malvagio, del giusto o dell'ingiusto. Viceversa – questo l'*ubi consistam* del discorso – l'essere umano, proprio in virtù del fatto che operando *in rebus mundi* non può che esercitare il libero arbitrio – salvo i casi in cui non sia compote di sé stesso – risponde e deve sempre rispondere delle proprie condotte, anche di quelle irrazionali e disumane, queste ultime, infatti, non sono il prodotto di un dovere-essere cui il *subiectum agens* è giuocoforza sottoposto, ma sono l'effetto di una deliberazione sua, propriamente consapevole e consapevolmente contraria alla natura delle cose e allo statuto ontico del soggetto stesso.

Se questo è chiaro, allora, mettendo a sistema i vari passaggi del nostro discorso deve tosto rilevarsi che il <sup>d</sup>diritto di agire, quale fenomeno giuridico della libertà dell'agire, non può compendiarsi né nella giuridicizzazione (*recte*, positivizzazione) arbitraria del potere di agire,<sup>67</sup> né

---

<sup>67</sup> La qualcosa, infatti, varrebbe quanto ammantare con una veste giuridico-formale la condizione dello stato di natura hobbesiano, dove... *homo homini lupus* e dove,

nella formulazione simil-giuridica (positivistica), altrettanto vacua ed arbitraria, che contempra la libertà dell'uomo in guisa di mera libertà di agire, ciò, infatti, comporterebbe di elevare quest'ultima ad archetipo della libertà umana e conseguentemente alla dignità di diritto, quale diritto soggettivo dell'*agens*... di agire come vuole se e in quanto consapevole dell'azione posta in essere e del significato di essa, pretermesso ogn'altro «criterio» o, meglio, ogn'altra *regula agendi*.<sup>68</sup> Ebbene, vediamo di spiegare un poco questo passaggio logico ai fini di una piena comprensione dell'intero discorso proposto al Lettore: il punto è saliente! Nella prima delle due fattispecie testé citate, infatti, si avrebbe una radicale rinuncia al diritto da parte dell'Ordinamento e la norma c.d. giuridica si-ridurrebbe a mero strumento di attribuzione formale, *ex post*, della veste giuridica al potere effettivamente affermatosi come tale; se il diritto di agire, infatti, dipendesse dal potere di agire, il diritto – necessariamente successivo nella sua stessa concettualizzazione – coinciderebbe col potere stesso, eppertanto non sarebbe diritto, da un punto di vista teoretico, ma potere *sic et simpliciter*, potere formalmente legittimato dal Sistema o, per essere più precisi, formalmente auto-legittimantesi «pel» Sistema. Non solo: in questo caso, inoltre, il potere non avrebbe alcun criterio/parametro giuridico per essere esercitato (*ex ante*) e valutato (*ex post*), anzi... esso stesso si autoporrebbe in guisa di parametro per sé e pei poteri meno «forti» di lui. Il diritto soggettivo, allora, perderebbe la sua stessa struttura di *facultas agendi ex norma agendi* – ancorché considerata in termini di gretto positivismo – e

---

conseguentemente, il confronto tra contrapposti appetiti è giuocato sul terreno della mera violenza fisica, prevalendo il più forte mentre il più debole soccombe.

<sup>68</sup> È proprio questo – si badi bene – il presupposto concettuale del c.d. consenso informato al trattamento medico-chirurgico, per come inteso dalla *communis opinio* della maggioritaria dottrina e giurisprudenza moderne (in senso non solo cronologico, ma anche e soprattutto assiologico). Val bene considerare, infatti, che «la» condizione (*par excellence*) di liceità sostanziale dell'intervento medico viene individuata, piuttosto che nella pertinenza clinica dello stesso, nella volontà consapevole del paziente di riceverlo «su» di sé, talché... risulta lecito all'operatore sanitario praticare qualunque intervento, compreso quello *contra salutem et contra rationem*, purché esso sia compreso, pienamente compreso e voluto, pienamente voluto da chi «liberamente» vi si sottopone.

diverrebbe *potestas agendi ex vi agendi*, solo apparentemente compendiata in una norma formale (concettualmente successiva) dell'Ordinamento formalista; ne conseguirebbe, in un siffatto contesto, che l'Ordinamento stesso verrebbe a perdere ogni significato concettuale sia sotto il profilo c.d. pubblicistico che, sotto quello privatistico: da un lato, infatti, verrebbe a disgregarsi tanto la struttura normativa che quella istituzionale dello stesso Ordinamento e dall'altro, il regolamento dei rapporti *iure privatorum* sarebbe fattualmente depauperato di ogni garanzia giuridico-razionale e resterebbe concettualmente orbo d'ogni significato e di ogni riferimento, anche positivo, alla dimensione della norma, tutto essendo ridotto al potere e all'affermazione, *per speculum legis*, di quello maggiore. Quivi, insomma, s'avrebbe la negazione più radicale della norma stessa – non solo, *in apicibus*, del diritto – e ciò accadrebbe attraverso l'affermazione di una non-norma *id est*, di un potere che s'impone «con» la legge (intesa in guisa di mero strumento) e non «per» legge (quale precetto, anche sbagliato, purtuttavia «razionale»). Nel secondo caso, invece – il più «interessante» ai fini della nostra analisi – la coincidenza (de-)concettuale della libertà dell'uomo colla di lui libertà di agire e l'attribuzione d'una giuridicità formale a questa, *sub specie* di diritto soggettivo di agire, determinerebbe la mera positivizzazione *ex ante* di una norma solo formale (*id est*, di una norma non prescrittiva) e ciò – si badi molto bene – in ordine ad «ambiti giuridici» nei quali l'Ordinamento stesso decida di abdicare alla giuridicità sostanziale, o anche solo convenzionale com'è nel positivismo «puro», dei contenuti suoi propri, vale a dire... al suo essere insieme «ordinato» di regole *in se*, di prescrizioni. Il discorso a noi pare chiaro; per esplicarne ulteriormente i termini, tuttavia, è mestieri di considerare che nel momento in cui il Sistema individui degli ambiti di normatività «in bianco», vale a dire degli ambiti nei quali sia rimessa al soggetto-agente la definizione del contenuto sostanziale del suo diritto, sul presupposto (*recte*, alla condizione)

della mera «capacità naturale» dell'agente stesso – nel primo caso analizzato il presupposto era il mero potere, ecco l'elemento discreitivo tra le due fattispecie! – lo medesimo «concetto» di diritto soggettivo subirebbe un'inaccettabile frammentazione, tale per cui verrebbe a delinarsi una «forma di diritto», garantita dall'Ordinamento sotto il profilo della tutela da violazioni «esterne» e una «sostanza del diritto» completamente rimessa all'opzione individuale del *subiectum agens*, la quale sostanza, ovviamente, dovrebbe rientrare e di fatto rientrerebbe nello spettro di «tutela gius-positiva» definito da quella «forma di diritto», da quell'*simulacrum iuris* – per intenderci – ch'essa stessa tenderebbe a «riempire» di un contenuto... giuocoforza volontaristico e insuscettibile di «valutazione» (teoreticamente  $\alpha$ -giuridico, dacché indipendente dal diritto). Con una battuta, in proposito, potremmo ben dire che ciascheduno avrebbe il diritto che desidera di avere e che il diritto soggettivo, quale diritto «del» soggetto, si trasformerebbe in «diritto volitivo», quale attribuzione formal-convenzionale di giuridicità alla *voluntas/voluptas* dell'*agens*, di talché... di diritto in senso proprio – *ars boni et aequi, ut eleganter Celsus definit* – e anche di diritto in senso positivistico – *facultas agendi ex norma agendi (posita)* – qui non v'è nulla e non v'è nulla inquantoché, da un lato vi è un mero elemento formale – la «norma in bianco» che pretende di tutelare una qualsiasi manifestazione di libertà negativa del soggetto – e dall'altro l'elemento sostanziale non è propriamente giuridico, vale a dire giuridico in sé e non è nemmeno giuridico-convenzionale, vale a dire gius-positivistico, ma è tutt'affatto relativo, dipendente, invero, dalla mera volontà heideggerianamente autentica dell'agente che estrinseca la propria volizione incondizionata nell'*hic et nunc* del suo *velle* storico.<sup>69</sup> Riprendendo tosto le fila del discorso,

---

<sup>69</sup> Si potrebbe parlare di “autonomia, intesa come incondizionatezza dall'interferenza altrui” (ZANUSO, *Autonomia, uguglianza, utilità. Tre paradossi del razionalismo moderno*, in ZANUSO (a cura di), *Custodire il fuoco*, Milano, Franco Angeli, 2013, pag. 23), qualunque natura tale interferenza abbia.

per ulteriormente penetrare il problema, dovremmo ora osservare che nel contesto testé descritto l'Ordinamento riconosce al soggetto un diritto meramente formale o, meglio, «consegna» al soggetto una mera *forma iuris*, rimettendo a quest'ultimo di riempire siffatto «contenitore ( $\alpha$ -)giuridico» di qualunque contenuto risulti kantianamente<sup>70</sup> confacente alla sua propria *voluntas/voluptas*, di talché... diviene diritto soggettivo ciò che il soggetto vuole che sia suo diritto nell'*hic et nunc* della sua stessa volizione contingente. In altri termini, allora, sarebbe come dire che l'Ordinamento giuridico riconosce al soggetto, in alcuni contesti e relativamente ad alcune situazioni individuate *a priori* mercé la c.d. norma in bianco, il diritto di esercitare per giuridico (!) ciò che egli stesso intende volontaristicamente rivendicare come suo diritto; verrebbe da dire... sia o non sia un diritto in sé. Quest'ultimo commento, tuttavia, nel suo essere sulfureo rappresenterebbe e invero rappresenta, una forma di (*felix*) deviazione tangenziale dal e del ragionamento che stiamo analizzando: è presto detto, infatti, che una tale considerazione – pur posta a mo' di chiosa – postulerebbe che in ordine agli ambiti di c.d. giuridicità in bianco vi sia un qualche spazio per operare valutazioni «giuridiche» – sostanziali o anche meramente convenzional-teoriche (con riguardo al sistema di riferimento) – un tanto, però, sarebbe del tutto erroneo e rappresenterebbe una vera e propria *petitio principii* o, più correttamente, una vera e propria *petitio rationum* imperocché l'assetto concettuale della struttura analizzata trae origine proprio dall'assunto in forza del quale l'Ordinamento potrebbe individuare e di fatto individuerrebbe ambiti i quali, potremmo dire con un ossimoro, si caratterizzano pel fatto di

---

<sup>70</sup> Fu proprio Emanuele Kant – lo ricordiamo *per incidens* – a ritenere che “ognuno può ricercare la sua felicità per la via che a lui sembra buona” [KANT, *Sopra il detto comune “questo può essere giusto in teoria ma non vale per la pratica”* in BOBBIO FIRPO MATHIEU (a cura di), *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, (trad. it. Solari e Vidari), Torino, U.T.E.T., 1995, pag. 255]) e parafrasando questo discorso in chiave giuridica, potremmo ben dire il diritto soggettivo, in quest'ottica, dovrebbe avere ufficio d'apprestare al soggetto una tutela giuridica a *pro* di quanto egli stesso ritiene sia soggettivamente meritevole di una dignità giuridica.



compendiare «diritti non giuridici», ambiti, cioè, nei quali vi possa essere e fattualmente vi sia un «diritto soggettivo» *secundum eventum voluntatis* o, per riprendere figure già evocate, una forma di diritto e un contenuto di volontà (purchessia, comunque  $\alpha$ -giuridica  $\leftrightarrow$  *extra*-giuridica). Insomma: il «diritto volitivo» di cui abbiamo parlato. Se così è, almeno in linea teorica, allora non vi può essere verun parametro di alcun genere per sindacare quel contenuto di volontà che va a plasmarsi all'interno della forma giuridica e che va, in siffatta guisa, a riempirla di contenuto; se quel *phantasma iuris* che l'Ordinamento individua, infatti, è il «luogo della volontà» o, meglio, il luogo nel quale l'opzione individuale e soggettiva si «trasforma» alchimicamente in diritto subiettivo, la volontà medesima non può ivi trovare condizionamenti o criterii pel/nel suo estrinsecarsi. Un tanto precisato, allora, se proprio vuol porsi il problema del vaglio e del sindacato, *lato sensu* giuridici, in relazione al discorso in esame e se ciò vuol farsi senza tradirne la logica interna, siffatto problema/interrogativo va posto a monte: va posto, cioè, nel momento in cui opera quella sorta di *actio finium regundorum* in virtù della quale l'Ordinamento procede (per norma) coll'individuazione dei citati ambiti di c.d. giuridicità «in bianco», ond'è da domandarsi, *in pimis*, se ciò sia conforme alla stessa *ratio essendi* dell'Ordinamento giuridico, *in secundis* quali possano eventualmente essere siffatti ambiti e *in tertiis* in che cosa possano ragionevolmente consistere. Su questi tre punti, salienti assai, ritorneremo nel prosieguo della Trattazione, per ora riprendiamo il discorso osservando che l'assunzione della libertà di agire (quale capacità di agire consapevolmente, vale a dire quale capacità di esercitare il c.d. libero arbitrio) a παράδειγμα della libertà dell'uomo e quindi l'individuazione di una sua indigenza di protezione normativa, porta a una sua formulazione/tutela, in termini simil-giuridici, *sub specie* di diritto subiettivo di agire non altrimenti condizionato, anzi... a volere essere precisi, tutt'affatto condizionato da quella «norma formale» il cui

«contenuto sostanziale» è definito dalla medesima volontà di agire del soggetto storico. Ritorna, allora, la figura citata del c.d. diritto volitivo: sol questo, infatti (ponendo-si in guisa di *norma agendi*), definirebbe i «limiti» del diritto di agire (inteso come *faculta agendi*) e quindi, *a contrario*, della libertà di agire, limiti, ovviamente, che tali non sono e non possono essere considerati in quanto essi coinciderebbero colla *voluntas agendi* propria dell'*agens*... (auto-)limitato-si per effetto del suo stesso (auto-)volere; onde s'avrebbe il paradosso della volontà che hegelianamente (non-)limita sé stessa (*sub specie* di puro auto-volere autentico). Di talché – com'è palese – può ognor dirsi che l'assetto normativo-ordinamentale testé profilato apparecchi e predisponga, per tutta conseguenza, una sorta di legittimazione giuridica *a priori* di qualunque opzione venga esercitata nell'ambito formalmente/geograficamente definito dalla «norma» c.d. in bianco.<sup>71</sup> Quivi, prima di procedere, tuttavia, occorre fermarsi un poco e porre mente a una questione a nostro avviso cruciale; ciò dovrebbe servire a evitare di ingenerare equivoci nel nostro paziente Lettore. Ebbene, abbiamo detto che il paradosso della libertà negativa, *sub specie* di mera libertà «di» agire, elevata al rango di libertà umana, eppertanto elevata al rango di libertà giuridicamente propria del soggetto, porta all'inaccettabile conseguenza di definire (*rectius*, di degradare) il diritto soggettivo (di agire) come diritto volitivo, come diritto, cioè, dell'essere umano *compos sui*, di attuare ogni più autentica volizione passionale sia riconducibile al suo più intimo e

---

<sup>71</sup> Ciò incontrerebbe, peraltro, le posizioni di fondo del c.d. personalismo contemporaneo, il quale, infatti, “va sì oltre la dottrina liberale (che lascia tutto nelle mani dell'individuo, garantendogli la possibilità d'iniziativa e alcuni diritti essenziali), ma per consentire la sua effettiva, piena e universale realizzazione. Il personalismo contemporaneo propone, infatti, di assicurare alla persona la realizzazione dei suoi desideri e dei suoi progetti, di tutti i desideri e di tutti i progetti, per mezzo dello Stato [...]: l'ordinamento giuridico [che in questo caso non sarebbe affatto ordinato, né, tantomeno ordinante, men che meno ordinato secondo i principii del giure e ordinante gli stessi (nda)] deve, in questa prospettiva, garantire le condizioni formali e sostanziali dell'eguaglianza nella diversità e alla diversità delle opzioni, ritenute tutte legittime [anzi... proprio insindacabili, ben oltre, quindi, rispetto alla c.d. eguaglianza illuministica (nda)], perché tutte consentirebbero alla persona il suo sviluppo e la sua piena realizzazione” (CASTELLANO, *L'ordine politico-giuridico «modulare» del personalismo contemporaneo*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2007, pag. 11).

«incondizionato» desiderio (cosciente); un tanto – si badi molto bene – guardato da una diversa prospettiva, non impedirebbe e anzi imporrebbe, per certi versi almeno, d'individuare un correlato obbligo (positivo, *di facere*) dell'Ordinamento di apprestare la più ampia tutela e garanzia a siffatte situazioni (auto-)giuridiche, non va escluso, invero, ch'esse possano compendiare financo una fattispecie di «legittima» pretesa di prestazioni, *lato sensu* intese, del *civis* verso lo Stato. Ciò posto, al di là d'ogni ulteriore considerazione, giova rammentare che la funzione auspicabilmente costruttiva della nostra «critica» non intende giammai privare di significato e di legittimità giuridica la libera scelta (veramente libera, libera in sé) del soggetto libero (veramente libero, libero in sé), vale a dire... la libera determinazione della volontà subiettiva dell'agente storico (quale *voluntas humana*) e il corrispettivo diritto, ontologicamente proprio dell'essere umano, di esprimersi e di operare *in rebus mundi* secondo le sue inclinazioni personali e soggettive (purché – questo è il punto saliente – le sue attività e le sue azioni siano veramente «umane ↔ giuridiche» in senso sostanziale e non in senso meramente formale), ma intende solamente fare emergere l'assurdità teoretica e anche teorica – sia ben chiaro – di un'impostazione che concepisca ambiti dell'umano agire immersi nel limbo dell'assoluta irrilevanza giuridico-ordinamentale, i quali ambiti, però, siano contestualmente capaci di esprimere chimere giuridico-formali – i cc.dd. diritti volitivi di cui abbiamo cennato – completamente e indiscutibilmente rimesse, quanto ai loro contenuti sostanziali, alla mera volontà incondizionata e incondizionabile del *subiectum agens*, come a dar luogo, in fine, a un circolo vizioso tutt'affatto autoreferenziale, dove la volontà crea il diritto e il diritto legittima la volontà. Noi non neghiamo, insomma, che vi siano scelte e opzioni necessariamente rimesse (quanto alle dimensioni dell'*an*, del *quantum*, del *quomodo* e anche del *quia*, perlomeno in alcuni casi) al soggetto storico, in ordine alle quali non v'è norma giuridica che

possa tenere luogo alla volontà dell'ente razionale e razionalmente operante *in rebus mundi et iuris*, o che possa autoritativamente orientarla in un modo piuttosto che in altri, ma contestiamo e fermamente questo: <sup>a</sup> che l'ambito di siffatte scelte non rientri in un «contesto giuridico» e <sup>b</sup> che la scelta in quanto tale dia luogo al «suo» diritto. È tutt'affatto vero il contrario: in primo luogo, infatti, <sup>a</sup>i contesti nei quali al soggetto è dato di operare scelte insindacabili e insurrogabili *ex lege* sono necessariamente contesti giuridici e giuridicamente rilevanti, tant'è... che il soggetto stesso può e per certi aspetti deve (!) rivendicare e difendere il proprio diritto di scegliere, vale a dire, il proprio diritto di determinarsi «come» egli stesso crede, secondo le sue proprie inclinazioni personali e in secondo luogo <sup>b</sup> non è e non può essere la scelta in sé, l'opzione (operata dal soggetto storico) in quanto tale, a determinare e a ingenerare palingeneticamente il «diritto di scegliere», ma è proprio quest'ultimo, ognor legato nella sua oggettività alla natura dell'essere umano<sup>72</sup> e più in generale alla natura delle cose e delle relazioni, che impone a tutti – primamente allo Stato-Ordinamento – di consentire e di rispettare la scelta liberamente operata dall'*agens*, vale a dire... l'opzione in quanto opzione liberamente/responsabilmente esercitata dal soggetto stesso, nel suo essere «soggetto interessato», *id est*, soggetto titolare di un giuridico interesse a operare quella scelta giuridica che è nel suo proprio diritto di operare. *Ictu oculi* il discorso potrebbe parere articolato oltremodo e per certi versi complesso. Non è così: alcuni esempi schiariranno i termini della *quaestio* e il Lettore stesso vedrà da sé ch'essa risulta più lineare e più vicina

---

<sup>72</sup> *Contra* la tesi di Sigismondo Bauman, secondo il quale nella fase c.d. premoderna in cui la vita era nelle mani della religione e il significato di essa dipendeva dalla credenza – questione amplissima, ma a nostro avviso già mal posta e peggio impostata – “la vita non era nelle mani dei viventi [cosa impossibile che accada: la vita, infatti, non è mai “nelle mani” dei soggetti, dipendendo, questa, nella sua stessa natura, dal suo essere oggettivo e segnatamente dal suo proprio statuto ontologico (nda)]. La vita non era un compito [... né aveva in sé un compito obiettivo, talché (nda)] l'idea di un significato della vita [...] può comparire solo una volta che il significato [...] è stato già costruito [*id est*, auto-costruito (nda)] come compito” (BAUMAN, *Mortalità, immortalità e altre strategie della vita*, Bologna, Il Mulino, 2012, pag. 124) per sé, ma non certo in sé.

all'esperienza, anche dei semplici, di quanto possa apparire dall'articolazione degli argomenti proposti. Abbiamo detto, sintetizzando, che laddove è dato al soggetto di operare scelte e opzioni normativamente incoercibili e insurrogabili, ivi non v'è affatto il «vuoto giuridico» (e nemmeno, a rigore, il «vuoto normativo[-positivo]»), ma anzi vi è il diritto soggettivo (!) della persona di determinarsi a seconda delle proprie inclinazioni «individuali» e abbiamo anche detto che, nelle ipotesi *de quibus*, non è mai la scelta fatta-si (*in se*) che determina il diritto di scegliere e che autonomamente si-(auto-)legittima *per se*, ma è invece il diritto di scegliere che determina la liceità dell'opzione o, per meglio dire, la liceità dell'esercizio dell'opzione medesima. Ebbene, poniamo mente al matrimonio: consideriamo, *in primis*, il diritto che ciascheduno ha di scegliere se sposarsi o non sposarsi e *in secundis*, consideriamo il conseguente diritto del soggetto di scegliere con chi sposarsi e quando sposarsi, ovviamente dopo avere liberamente deliberato una «scelta di vita» nel senso del matrimonio e della famiglia. Ne deriva – pare chiaro – il correlato diritto soggettivo, proprio di ciaschedun soggetto, a non subire un'imposizione (*recte*, una violenza) che prescriva il matrimonio, piuttosto che il celibato/nubilato e nel caso del matrimonio, che imponga al nubendo una sposa (determinata: *Prima*, piuttosto che *Secunda*) o alla nubenda uno sposo (determinato: *Tertius*, piuttosto che *Quartus*). Com'è del tutto evidente, siamo in un «contesto concettuale» nel quale spicca il diritto soggettivo (!) degli esseri umani di operare scelte conformi alla di loro inclinazione personale (rileva il gusto, il sentimento, l'aspettativa di vita *et coetera*), ond'emerger palese il conseguente diritto a non subire ingerenze/pressioni *ab externo* (dalla legge, dall'Ordinamento, da altri soggetti *et coetera*), o forme di surrettizia delegittimazione del proprio diritto di scegliere e/o della conseguente scelta, indissolubilmente libera e giuridica in un tempo. Di talché... *Primus* può ben scegliere se sposarsi o

non sposarsi e se intende sposarsi, può liberamente decidere di sposarsi con *Secunda* piuttosto che con *Tertia* o con *Quarta*: nulla vi può ostare a livello giuridico/normativo, salvo – ma questo è un discorso *a latere* – il corrispondente diritto di *Secunda*, di *Tertia* e di *Quarta* di liberamente scegliersi lo sposo. Un tanto, però – si badi molto bene – non significa che siffatto «contesto matrimoniale» sia o possa essere considerato in guisa di un contesto  $\alpha$ -giuridico o, comunque, privo d'una giuridicità e d'un ordine oggettivo suoi proprii (anche sotto il profilo del rilievo giuridico e delle conseguenze giuridiche che ne derivano), né significa che le scelte del soggetto – nell'esempio, quelle di *Primus* – siano o possano essere considerate irrilevanti pel diritto: se queste opzioni, infatti, sono e debbono essere «giuridicamente libere», esse non sono e non possono giammai essere «giuridicamente irrilevanti», o comunque prive di significato e di valore giuridici (né, *a fortiori*, possono essere «creatrici» del loro diritto). La libertà (di scelta) aggettivata e qualificata dalla giuridicità, dall'umanità e dalla razionalità – trionfo indissolubile e necessariamente coessente – non coincide affatto colla libertà negativa, (non-)limitata dal puro auto-volere hegeliano... I termini del discorso vanno opportunamente chiariti, ce ne rendiamo conto; vediamo, allora, di fissare bene questo punto... archimedeo. Al soggetto chiamato a esercitare una libertà, nel caso di specie quella di sposarsi o meno ed eventualmente di scegliere la moglie o il marito, a seconda dei casi, non è dato affatto di attuare, sotto l'egida della forma giuridica (*id est*, del diritto meramente formale), qualunque istanza provenga dalla sua volontà passionale, non è dato, insomma, di esercitare arbitrariamente il libero arbitrio e di concretare qualsiasi volizione promani dai suoi appetiti e della sua passione (non è questa, infatti, l'apoteosi della c.d. libertà di agire di cui abbiamo cennato!): il diritto di determinare liberamente le proprie inclinazioni e propensioni, infatti, è e resta un diritto, è e resta un diritto in sé – attenzione (!) – non è e non può essere considerato

alla stregua d'un potere assoluto, né può degenerare in esso (mantenendo la *forma iuris* originaria); di talché... trattandosi di un diritto in senso proprio, esso può cogliersi ed esprimersi solo nella razionalità e nell'ordine che ne rappresentano l'*anima* e la *ratio essendi*. Il titolare di siffatto diritto, allora, può attuare e determinare qualunque propensione personale e soggettiva egli ritenga, per sé stesso, meritevole di attuazione – nessuno vi si può legittimamente opporre (!) – purché... essa rientri nei canoni di giuridicità/razionalità sostanziale del diritto *de quo* e non s'inveri, invece, in una pretesa (illegittima) strumentalizzazione del diritto medesimo, tale per cui il diritto di esercitare una legittima opzione divenga financo diritto alla realizzazione di un'*iniuria*, vale a dire... alla realizzazione di ciò che rappresenta (ed è) il contrario del diritto stesso e la sua negazione (ontologica e anche sistematica).<sup>73</sup> Se fino a qui i termini del ragionamento risultano chiari, non sarà certo difficile comprendere che la libertà di scelta, necessariamente e giustamente rimessa al *subiectum agens*, quale epifenomeno del suo diritto soggettivo di determinare la propria volontà giuridica, secondo il proprio temperamento personale, non può giammai compendiarsi nel «diritto» di definire *ad libitum* gl'estremi della fattispecie giuridico-soggettiva in virtù della quale l'agente stesso è legittimato a esprimersi liberamente, in questo caso, infatti, non s'avrebbe l'esercizio legittimo del diritto di operare scelte parimenti legittime, ma s'avrebbe la signoria assoluta sul diritto stesso o, per essere più precisi, non si avrebbe alcun diritto e alcun esercizio di diritto, ma solo un atto di potere che si auto-legittimerebbe (*ex post*) per «giuridico» e che pretenderebbe di forgiare *ex se* la sua stessa norma. Torniamo all'esempio del matrimonio e vediamo di

---

<sup>73</sup> Non a caso, infatti, Danilo Zolo, commentando l'Opera di Antonio Rosmini, ebbe a precisare correttamente che “esiste [...] un principio di limitazione della libertà [che noi definiremmo «criterio» di affermazione/esercizio della stessa (nda)] della persona nell'esercizio dei diritti soggettivi che, in applicazione dell'imperativo morale generale 'usa delle cose secondo i loro fini naturali', esclude la legittimità di un uso arbitrario del diritto” (ZOLO, *Il personalismo rosminiano*, Brescia, Morcelliana, 1963, pag. 115) *sub specie*, potremmo dire, di diritto di fare qualunque cosa, compreso il male.

definire e di dipanare ancor meglio l'assetto logico del ragionamento proposto in queste Riflessioni. Ebbene, la stessa natura del diritto subiettivo proprio di ciaschedun essere umano (se e in quanto capace), di operare quelle «scelte matrimoniali» la cui disponibilità giuridica, da parte del soggetto agente, abbiamo veduto essere pienamente e irrefutabilmente legittima – se sposarsi o meno e con chi – e la stessa essenza del matrimonio nella sua realtà giuridico-morale, fanno ben comprendere che l'esercizio del diritto di qualunque persona di operare le scelte *de quibus*, non integra affatto gl'estremi di un potere, di una signoria della persona medesima sulle scelte stesse, né si sostanzia o può sostanziarsi in un «diritto» di definire arbitrariamente/volontaristicamente la natura del matrimonio e la sua (conseguente) struttura giuridica: a titolo d'esempio, infatti, *Primus* non potrebbe «volere» contrarre matrimonio con un animale, ma non potrebbe nemmeno «volere» contrarre matrimonio con una bambina e nemmeno con una donna, se la donna in questione fosse sua madre, sua figlia o sua sorella. Allo stesso modo – si badi – non potrebbe nemmeno rivendicare per giuridica, attraverso il formale esercizio del diritto di determinare liberamente le proprie inclinazioni personali, la scelta di formare una «famiglia» con una persona del suo stesso genere: anche in questo caso, infatti, egli non eserciterebbe una «scelta libera e legittima», non eserciterebbe, dunque, una forma di libertà dell'agire matrimoniale, *sub specie* di diritto di agire umanamente e liberamente *in rebus matrimoniis*, dando così soddisfazione alle proprie intime inclinazioni umane, giuridiche e razionali, ma rivendicherebbe, di fatto e magari surrettiziamente, la pretesa d'imporre per giuridico il proprio potere di agire senza alcun criterio, il proprio potere, insomma, di concretare una libertà (negativa) di agire purchessia, sul mero presupposto che quest'ultima sia concettualmente sorretta dalla consapevolezza (reciproca, cioè di «tutti» gl'interessati coinvolti) di essa. Non è tutto qui: la parte più interessante, infatti, si



compendia in un'ulteriore considerazione, forse caustica, ma non crediamo inopportuna. Ciò che è e che deve essere rimesso, infatti, alla libera e giuridica disponibilità del soggetto, non può sostanziarsi nel matrimonio *in se*, nell'istituto e nel negozio matrimoniale, il quale ha un suo statuto ontologico che è e che resta quello che è... *ut natura* (per i positivisti «puri» dovremmo dire, *ex lege*), indipendentemente da ogni opzione; il soggetto, allora, può scegliere se sposarsi, o meno e con chi, tenendo ben presente che la sua scelta di libertà è una scelta di libertà giuridica e umana (↔ responsabile), la quale non può – pena una vera e propria *petitio principii* – sovvertire l'ordine proprio del matrimonio al quale egli liberamente e giuridicamente «accede».<sup>74</sup> La libertà del soggetto, dunque, non è e non può giammai essere una libertà «sul» matrimonio, la quale sarebbe disumana, irrazionale e antiggiuridica, ma è, propriamente, una libertà «di» matrimonio. Lo stesso discorso – *mutatis mutandis*, è ovvio – vale anche per gli effetti e per le obbligazioni che dall'atto di volontà matrimoniale e dal conseguente negozio matrimoniale hanno a derivare: questi, invero, non dipendono dalla volontà, dall'opzione, dalle inclinazioni, dagli appetiti di chi liberamente/responsabilmente/giuridicamente sceglie di sposarsi, ma derivano giuocoforza dalla natura (per i positivisti intransigenti, diremmo dalla disciplina normativa) del matrimonio stesso, per come esso è *in iure* (*in iure posito*, per i positivisti), onde il marito e la moglie vi sono ognor soggetti, su di un piano giuridico e morale, lo vogliano (ancora) o non lo vogliano (più). La soggezione ai cc.dd. doveri coniugali – si badi – deriva e trova certamente la propria causa «remota» nella libera scelta dei coniugi di (liberamente/giuridicamente/razionalmente) contrarre matrimonio, ma non dipende affatto da essa, né a essa è rimessa o rimettibile: le obbligazioni e i

---

<sup>74</sup> Vero è che la libertà umana è “un bene naturale dell'uomo cui nessuno può rinunciare senza perdere la propria dignità e calpestare la propria umanità: al soggetto [infatti (nda) non è consentito di farsi oggetto” (CASTELLANO, *Ordine etico e diritto*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, pag. 51).

doveri che per effetto del matrimonio incombono sugli sposi, infatti, trovano la loro genesi o, per essere più precisi, la «fonte» della loro stessa legittimazione ed essenza giuridiche, nella natura (per i positivisti, diremo nella disciplina normativa) del matrimonio, nella natura, cioè, del negozio e del rapporto matrimoniale, per come oggettivamente definito nel suo proprio ordine razionale e nella sua propria struttura giuridica. Sintetizzando con una laconica battuta, quindi, dovremmo ben dire che l'uomo, se può sempre volere l'atto, il quale inevitabilmente dipende da lui e dalla sua stessa signoria, non può mai deciderne «sovraneamente» gl'effetti, i quali punto dipendono dall'atto in sé e non dalla volontà dell'*agens*, né può decidere, *a fortiori*, la natura (buona/malvagia, giuridica/antigiuridica, morale/immorale *et coetera*) dell'atto stesso, la quale è... quella che è *in se*. Ciò detto, non si venga, ora, a contestare che tutto questo comporti, in qualche modo, una forma di conculcazione della libertà del soggetto libero e del suo libero diritto di determinarsi secondo le proprie inclinazioni e secondo i propri convincimenti interiori, no! Non è così, non è affatto così: onestà intellettuale e rigore di metodo, invero, impongono di seguire il «filo» del nostro ragionamento, lo si condivida o meno e questo «filo» porta altrove rispetto alla paventata violazione della libertà (*humana*), a dire il vero... esso porta proprio all'opposto, vale a dire alla sua affermazione e alla sua più schietta tutela *in iure* (i positivisti direbbero... *sub lege*<sup>75</sup>). Ben deve comprendersi, infatti, che altro è la scelta legittima di esercitare liberamente un diritto, onde esprimere, attraverso di esso, la propria personale vocazione – la qualcosa è e dev'essere doverosamente rimessa all'opzione giuridica (e

---

<sup>75</sup> Non è affatto un caso se il motto vergato sul labaro della Polizia di Stato rechi la dicitura "*sub lege libertas*", quale affermazione – ideologicamente positivista, questo è palese – tendente a suggerire che precipuo ufficio del Corpo è quello di presidiare e garantire la libertà giuridica (*recte*, legale) dei cittadini. Resta del tutto inteso, però, che la libertà dell'uomo (*recte*, del cittadino) cui quivi si fa riferimento non è e non può essere intesa in guisa di libertà negativa o, meglio, in guisa di libertà «dalla» legge, di libertà di attuare comunque la propria volontà heideggerianamente autentica, ma dev'essere colta, tutelata e difesa (proprio e massimamente dalle cc.dd. Forze dell'Ordine) nel suo essere libertà legale, in altri termini: nel suo essere libertà «nella» legge e «colla» legge.

giuridicamente tutelata!) del soggetto<sup>76</sup> – ma tutt’altro è la pretesa che il soggetto stesso passionalmente invochi e rivendichi, affinché un suo mero desiderio (non un suo diritto d’esercizio della libertà dell’agire!) divenga «diritto soggettivo» – *recte*, diritto volitivo – formalmente tutelato e garantito dall’Ordinamento, nel contenuto meramente volontaristico che a siffatto «diritto» il suo «fautore» intende attribuire *ex voluntate arbitrii*. Nel primo caso, infine, la libertà è umana, eppertanto essa è giuridica e razionale, sostanziandosi nella possibilità di operare scelte legittime tra legittime opzioni; nel secondo caso, invece, la libertà è disumana, è negativa, è luciferina, dacché essa s’infutura nella pretesa di creare un diritto dal nulla o, meglio, da un mero appetito della volontà e questo è tutt’affatto irrazionale! Anche da un punto di vista grettamente lessicale, peraltro, un siffatto discorso non potrebbe che stridere, se è vero – come è vero – che «diritto» e «appetito» non sono sinonimi... e anche su di un piano squisitamente positivistico (ci riferiamo al c.d. positivismo forte, quello teorizzato *ex multis* da Nicola Matteucci, per intenderci<sup>77</sup>) – si badi – una simile impostazione non potrebbe ch’essere riprovata, se è vero – com’è vero – che pel positivismo la legge sovranamente *posita* è fonte del diritto, e non lo è, invece, il desiderio più o meno radicato di chicchessia.<sup>78</sup> Per concludere, ora,

---

<sup>76</sup> *Contra* – lo segnaliamo «polemicamente» – la tesi di Stefano Rodotà, secondo la quale “la regola giuridica non può risolvere il problema di che cosa significhi essere pienamente liberi nel momento delle scelte” (RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bari, Laterza, 2012, pag. 275). È vero – sia chiaro – che l’Autore, dove dice questo, affronta un discorso diverso dal nostro, ma è altrettanto vero che, per lui, la norma giuridica altro non rappresenta che un limite, un argine rispetto alla scelta del soggetto e che la libertà di questa dovrebb’essere intesa in termini tutt’affatto negativi, come libertà assoluta. Noi, invece, riteniamo che la norma in sé giuridica rappresenti addirittura la condizione per l’esercizio della scelta libera, vale a dire... della scelta veramente informata ai principii della libertà umana.

<sup>77</sup> Cfr MATTEUCCI, *Lo Stato moderno*, Bologna, Il Mulino, 1993, *passim*, in particolare pagg. 30 e ss., dove l’Autore 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”.

<sup>78</sup> Il problema è stato posto, nel Testo, in forma di «battuta» e per certi versi in guisa di provocazione, nondimeno giova seriamente rilevare il c.d. sistema politologico, ampiamente descritto da Gustavo Zagrebelsky (cfr ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992, *passim*), tende proprio a scardinare quel «dogma» del positivismo «forte» che vede nella legge sovrana dello Stato «la» fonte del diritto vera e propria nella sua imperatività strutturale e

giova considerare che il citato assetto non potrebbe trovare legittimazione alcuna nemmeno e tantomeno su di un «piano politico» o, comunque, attraverso una chiave di lettura prettamente politica (politica in sé): esso, infatti, rappresenta il più prospero viatico alla vera e propria disgregazione della comunità politica e quindi alla sua (assurda, disumana) negazione sostanziale: se il diritto dipendesse dal desiderio, infatti, ogni desiderio darebbe luogo a un diritto e ciascheduno vanterebbe o potrebbe vantare diritti assolutamente contrapposti a quelli altrui e giuocoforza incontinentabili (tra loro). Vero è, allora, che il «principio di diritto», come παράδειγμα (giuridico) che consente di leggere l'esperienza giuridica in modo non contraddittorio,<sup>79</sup> verrebbe a mancare nella sua stessa dimensione concettuale, oltretutto, *a fortiori*, nell'ambito di quella operativa... pertanto non vi sarebbe spazio alcuno per il giudizio e per l'assegnazione d'un torto e d'una ragione giuridici (anche solo teoricamente giuridici, *id est* giuridici secondo le *rationes* del Sistema convenzionalmente assunto per giuridico), non vi sarebbe spazio, insomma, per la dialettica risoluzione dei conflitti secondo i *principia iuris* – unico elemento/valore che consente veramente la

---

funzionale. È presto detto, infatti, che la politologia s'incentra sulla c.d. negoziazione delle leggi da parte dei gruppi maggiormente rappresentativi e maggiormente influenti nell'ambito del «contesto (α-)sociale» di riferimento, sicché... «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)» (ZAGREBELSKY, *Op. cit.*, pag. 44), onde la norma positiva «dello» Stato, solo formalmente generale e astratta e solo formalmente espressiva della volontà sovrana, verrebbe ad assumere su di sé il mero ufficio di compendiare sotto lo specioso nome di «diritto» ciò che, invece, altro non rappresenta se non la volizione rivendicata e negoziata da parte delle cc.dd. *lobby*, con lo Stato e in particolare tra di esse. Ne deriva – questo lo ricordiamo incidentalmente, per mere ragioni di completezza espositiva – che in un contesto siffatto le istituzioni statuali altro non potrebbero rappresentare (e di fatto altro non rappresentano!) se non «luoghi concettuali» arbitrariamente/convenzionalmente deputati all'internazione dei conflitti – dalla «piazza» alle «istituzioni» medesime, per intenderci – e alla prosecuzione dei medesimi conflitti secondo quelle che Francesco Gentile definirebbe «regole del gioco» (α-)politico (cfr GENTILE, *Intelligenza politica e ragion di Stato*, Milano, Giuffrè, 1984, *passim*). I conflitti *de quibus*, però, non troverebbe alcuna soluzione dialettica, né, tantomeno, giuridica secondo equità.

<sup>79</sup> Ci riferiamo alla «felice» definizione che Danilo Castellano ha dato con riguardo al concetto espresso dal termine «principio»: l'Autore, infatti, precisa che «il principio [...] è ciò che consente di «leggere» l'esperienza in maniera non contraddittoria. Ove, pertanto, c'è contraddizione, lì non c'è principio» (CASTELLANO, *Ordine etico e diritto*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, pag. 20).

convivenza sociale (*ubi societas, ibi ius, ubi ius, ibi societas*) – ma tutto si ridurrebbe all'hobbesiano *bellum omnium contra omnes*... Il discorso è chiaro, almeno a nostro avviso, d'altro canto, infatti, in un contesto come quello che stiamo analizzando non vi sarebbero neppure le condizioni più basilari per instaurare una conversazione *ad eruendam veritatem*: tutti, invero, postulerebbero come *a priori* la giuridicità sostanziale delle loro rivendicazioni (sulla base del medesimo *velle*, non condizionato da alcun riferimento oggettivo al giure) e la correlata antigjuridicità di quelle che ne impedirebbero l'attuazione pratica.<sup>80</sup>

**5) Prescrizione e autodeterminazione (giuridica) dell'essere del soggetto:  
la norma come condizione (positiva o negativa) della «libertà umana».**

Le argomentazioni proposte, nel loro nucleo concettuale, non riguardano, ovviamente, solo il matrimonio, ma possono ben essere estese ai più varii ambiti «del giuridico» e ai più disparati contesti ove emerga o debba emergere il «problema» della libertà soggettiva, *sub specie* di libertà propria del soggetto in ordine alla determinazione giuridica (!) della propria volontà umanamente libera (!). A volere essere precisi nell'analisi, fin quasi alla ricerca cavillosa delle più recondite «sfumature concettuali», dovremmo ora dire che la questione *de qua* si pone e dev'essere posta – si badi – in tutti (!) i contesti giuridico-morali nei quali non debba cogliersi una sorta di doverosità della condotta, sotto il profilo del *facere* giuridicamente necessario o del *non-facere*, altrettanto imposto dalle oggettive indigenze della giustizia (e del diritto che in essa ha fondamento). Altro, infatti, è dire

---

<sup>80</sup> Infatti: la libertà hobbesiana (che è quella propria della «cultura» moderna) altro non è che l'assenza di limiti e di criteri nell'estrinsecare contingentemente il proprio puro – usiamo un'espressione *ante litteram* – auto-volere, talché “il diritto naturale [...] è la libertà [ovviamente negativa (nda)] che ogni uomo ha di usare il proprio potere come desidera” (HOBBS, *Il Leviatano*, c., XXI).

assurdamente che vi siano, nella vita e nell'attività dell'essere umano, spazi d'irrelevanza giuridica o, comunque, spazi nei quali abbia stanza d'esprimersi la volontà passionale del soggetto senza condizionamento alcuno e così la «di lui» libertà negativa – questa sarebbe proprio l'apoteosi della disumanità o, per usare un'espressione mutuata dall'Opera di Alessandro Ordóñez, dell'animalità<sup>81</sup> – altro, però, tutt'altro, è affermare quello che noi affermiamo e cioè che sussistano, *in rebus hominis et iuris*, condotte umanamente/giuridicamente/razionalmente libere e rimesse, nell'esercizio delle libertà ch'esse stesse compendiano, alla «discrezionalità» operativo-concettuale del soggetto medesimo e condotte, al contrario, umanamente/giuridicamente/razionalmente necessitate pel doveroso rispetto dell'ordine oggettivo che «è» nella natura delle cose, delle relazioni e dei rapporti. In questo secondo caso – sia ben chiaro – non viene affatto depressa o conculcata la libertà umana del soggetto – se mai, invero, ne viene giuridicamente condizionato l'esercizio del libero arbitrio – ma viene proprio imposta, per norma, l'umanità all'uomo (contro l'animalità criticata da Ordóñez) e quindi la libertà ontologica delle condotte *de quibus* diviene l'oggetto e il τέλος di una prescrizione cogente nella sua propria giuridicità sostanziale e nella sua propria umanità, quivi, dunque, viene imposto al

---

<sup>81</sup> Con non trascurabile acume e con meritorio rigore giuridico-argomentativo Alessandro Ordóñez ha sviluppato un'analisi interessante, alla luce della quale emerge come il roboante richiamo al «libero sviluppo della personalità», troppo spesso impropriamente riecheggiato dai testi normativi e *in apicibus* dalle Costituzioni, in realtà venga inteso (*ab origine*, vale a dire dai «legislatori» del caso) o interpretato (*ex post*, vale a dire dai «giudici» chiamati ad applicare la norma) nel senso di dare assurda dignità giuridica alla libertà negativa del soggetto, vale a dire nel senso di tendere al riconoscimento giuridico di ogni sua più heideggerianamente autentica volizione passionale. Un tanto, ovviamente, porta l'uomo non a determinarsi umanamente e a pienamente disviluppare la propria personalità in senso filosofico-ontologico, ma a scadere, da un punto di vista morale e giuridico, nel turbine degli istinti, proprio come fosse un animale, anzi peggio: l'animale, infatti, non avendo e non conoscendo la libertà (e nemmeno il libero arbitrio) è sempre sé stesso, nel senso che è sempre come deve essere *ut natura*. Ciò detto... se precipuo ufficio del diritto è quello di portare l'uomo, anche mercè una coorte di prescrizioni imperative e grandemente incidenti sul di lui libero arbitrio, a essere sempre più uomo *id est*, sempre più conforme alla sua propria natura, con l'impostazione (anti-)giuridica (e disumana) giustamente criticata da Ordóñez Maldonado, possiamo ben dire d'essere agli antipodi (cfr ORDÓÑEZ MALDONADO, *Hacia el libre desarrollo de nuestra animalidad*, Bucaramanga, Universidad Santo Tomás, 2003)!

*subiectum iuris* di «fare la cosa giusta», di «fare ciò che va fatto» e fare la cosa giusta, così come fare ciò che va fatto – sia ben chiaro – non significa mai rinunciare alla propria libertà di uomo libero, ma significa, al contrario, esprimerla ed esprimerla nell'unica forma (!) nella quale essa stessa può plasmarsi, vale a dire... in una forma ontologicamente giuridica e ontologicamente razionale in un tempo. Può sembrare un paradosso – ce ne rendiamo conto – ma a nostro avviso non è affatto assurdo né paralogistico ritenere che un *facere* o un *non-facere* obbligatorii e giuridicamente coatti (*rectius*, coerciti), possano integrare gl'estremi di una prescrizione/imposizione, all'ente cui si rivolgono, avente a oggetto la «sua» libertà o, per essere più precisi, una condotta, da parte sua, ontologicamente libera. Ciò è del tutto chiaro e palese, imperocchè la libertà in senso proprio (non, quindi, quella meramente negativa) non può giammai essere colta fuori dai parametri obiettivi dell'umanità/razionalità – data dallo statuto ontologico del *subiectum agens* – e della giuridicità – palesata dall'ordine giuridico-morale (rosminiano<sup>82</sup>), quale ordine *in se* – e non può, correlativamente, non cogliersi nell'ambito degli stessi, al di là del fatto che essi trovino «allocazione» in una spontanea condotta del soggetto, o in una normazione autoritativa a lui rivolta *ex lege*. Di talché... quella prescrizione normativa che, *in necessariis*, imponga al soggetto di tenere un determinato contegno giuridico, essendo ognorpiù antiggiuridico qualunque altro contegno (diverso da quello giuridicamente necessario) egli abbia il potere concreto di tenere, di fatto e soprattutto teoreticamente (*id est*, sul piano dell'analisi filosofica della prescrizione stessa) gl'impone una condotta giuridica *in se* e razionale *in se*, la quale, nella giuridicità e nella razionalità ch'essa esprime, è necessariamente e ineludibilmente una condotta libera *in se*. Gli opposti

---

<sup>82</sup> Come è ognorpiù noto, invero, lo stesso Antonio Rosmini ebbe a significare che “è l'ordine morale ciò a cui tende ogni ordine e senza il quale nessun ordine ha merito” (ROSMINI, *Teodicea*, Roma, Città Nuova, 1977, pag. 529), sicché l'ordine morale è quell'ordine oggettivo e oggettivamente vero che partine all'uomo e all'uomo soltanto e che è obiettivamente coglibile dalla sua stessa intelligenza delle cose.

termini del discorso, allora, non possono essere manicheisticamente individuati nella «libertà», da un lato e nella «doverosità» (per norma/legge), dall'altro,<sup>83</sup> ma debbono essere colti e schematizzati, se mai, nell'ideale contrapposizione tra obbligatorietà e discrezionalità: vi sono, infatti, ambiti nei quali non sussiste l'obbligo di una determinata condotta ed essa (nell'*an*, nel *quando* e nel *quomodo*) è tutt'affatto rimessa alla discrezione/opzione legittima e giuridica del soggetto e ambiti nei quali, invece, siffatto obbligo veramente incombe sul soggetto agente perché così è nell'ordine giuridico delle cose. Ebbene... nel primo caso il soggetto ha facoltà (giuridico-razionale) di determinare il proprio operato nel modo in cui egli stesso ritiene siano maggiormente soddisfatti i suoi proprii interessi ed è, in questo senso, libero di agire giuridicamente e umanamente, tuttavia – questo è il punto più saliente – non può certo dirsi che nel secondo caso, ove la condotta è giuridicamente dovuta «dal» soggetto *de quo*, la libertà del soggetto medesimo venga depressa da una norma che gl'imponga di tenere il prescritto contegno: ciò non può essere razionalmente sostenuto – sia ben chiaro – dacché l'adempimento delle proprie obbligazioni e l'ottemperamento dei proprii doveri è sempre e necessariamente un atto di libertà umana, in quanto esso stesso è *ut natura* esigito, prima che da qualsivoglia precetto normativo che lo comandi, dalla ragione e dalla giustizia, dunque dall'umanità dell'uomo.<sup>84</sup> La *summa divisio* che l'essere umano deve sempre avere bene a mente e che massimamente deve interessare il giurista (*vir bonus* [!], *iuris peritus*), per concludere, è necessariamente rappresentata dal discrimine tra *ius* e *iniuria*, tra diritto e

---

<sup>83</sup> Ciò, infatti, postulerebbe di considerare la libertà come libertà meramente negativa, vale a dire come libertà di esprimere e di concretare comunque la propria volontà passionale e arbitraria, in verun modo condizionata o condizionabile *ab externo*.

<sup>84</sup> Vero è, infatti, che “il primato della persona non è primato del singolo in quanto tale: esso non è subordinato, solamente in tanto in quanto rivendica il diritto all'esercizio del dovere. Cioè in quanto pretende di adempiere al dovere di conseguire la propria perfezione secondo i dettami morale” (CASTELLANO, *L'ordine politico-giuridico «modulare» del personalismo contemporaneo*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2007, pag. 83) dacché solo questa lo rende e lo può rendere veramente libero; vale a dire... libero in sé, libero in quanto uomo.



ingiustizia, tra torto e ragione, tra giusto e sbagliato, onde la libertà umana può e deve sempre manifestarsi in guisa di libertà giuridica, dovendo conseguentemente tradursi in attività assiologicamente qualificata dall'umanità, *ergo* dalla giustizia/giuridicità e dalla ragione; non rileva, allora, con riguardo al «problema della libertà», il fatto in ragione del quale l'atto ontologicamente libero sia stato posto in essere, dal soggetto, «spontaneamente», ovvero in ottemperanza (*recte*, in obbedienza) a un precetto autoritativamente imposto col/dal potere (legittimo): esso è e rimane un atto di libertà, infatti, anche se non fu hegelianamente voluto dal suo autore, ovverosia se gli fu imposto *ex auctoritate*. Allo stesso modo – si badi – sempre in merito al discorso *de libertate*, nulla importa che la condotta di un soggetto sia stata realizzata, dall'artefice di essa, in ossequio a un autentico appetito dello stesso *agens*, senza condizionamento alcuno: non è affatto questo il punto sul quale poggiare la struttura concettuale del discorso. La condotta *de qua*, infatti, sarà libera se è libera in sé e al contrario, non sarà libera se lo statuto ontologico della stessa non è confacente ai principii della libertà umana. Nella prima ipotesi, allora, la dimensione giuridica della condotta consente d'individuare un vero e proprio diritto soggettivo della persona a esprimersi e a determinarsi liberamente *in rebus mundi*; nella seconda ipotesi, invece, l'antigiuridicità strutturale del veduto contegno nega ogni valore e ogni dignità giuridici all'eventuale pretesa del soggetto in tale senso. Che *Primus* rubi perché vuole rubare (l'ipotesi del ladro comune), ovvero perché gli è comandato di rubare (l'ipotesi dell'esattore tributario che applichi una legge iniqua) – per fare un esempio – non ha nessun rilievo per quanto attiene alla qualificazione del furto come atto di libertà o meno. Il furto, infatti, non è e non può mai essere considerato un atto di libertà: esso, infatti, è disumano, antigiuridico e irrazionale; voluto o non voluto, spontaneo o imperato, allora, il furto stesso è e resterà un atto di negazione ontologica della libertà

umana e non si potrà mai «trasformare» in un atto di/della sua affermazione. Che *Secundus*, poi – ulteriore, ma opposto esempio – adempia le proprie obbligazioni contrattuali a favore della propria controparte e che ciò faccia perché spontaneamente avverta il desiderio di farlo o perché a ciò vi è comandato dal Codice Civile, non rileva in ordine al problema concernente la giuridica qualificazione dell'adempimento (negoziale) in sé: quest'ultimo, infatti, è un atto giuridicamente/moralmente dovuto, eppertanto esso è un atto lecito, è un atto di libertà in senso proprio, di libertà umana e razionale, a nulla rilevando, quindi, i «motivi» che hanno o che possono avere spinto l'autore a compierlo. Diverso, ovviamente, è l'ultimo caso che proponiamo, sempre *ad explicandum*, all'attenzione del Lettore: si ponga mente, allora, a *Tertius* il quale spontaneamente opti per lo svolgimento degli studi musicali, al Conservatorio. Ebbene, quivi dobbiamo rilevare che il discorso transita in un campo tutt'affatto distinto da quelli precedenti: la scelta libera di *Tertius*, infatti, non involge né l'ambito del giuridicamente dovuto, né quello del giuridicamente proibito, ma propriamente interessa quel contesto nel quale il diritto subiettivo dell'*agens* si compendia proprio nella possibilità, libera e giuridica, di determinare altrettanto liberamente e giuridicamente i proprii studi, in ossequio alle proprie inclinazioni personali. Di talché... in questo caso la vera e propria *iniuria*, il vero e proprio atto che violerebbe il diritto subiettivo del soggetto e che ne frustrerebbe la libertà e la legittima manifestazione/attuazione di essa, consisterebbe proprio nell'imposizione o nel divieto, per norma *lato sensu* intesa (o per comando, o per provvedimento), di intraprendere il veduto, legittimo, percorso formativo.

Ciò posto, torniamo *in medias res* e riprendiamo l'esemplificazione dei concetti che fino a qui abbiamo cercato di illustrare e di intersecare logicamente gli uni agli altri. Si presti attenzione, allora – dopo avere già diffusamente parlato del diritto soggettivo «di» matrimonio – all'esempio

offerto dal diritto proprio di ciaschedun essere umano di scegliere liberamente quale professione(/mestiere/arte) svolgere e come campare, di conseguenza, la propria vita (terrena) in società. È giuoco forza ritenere che *in parte qua* nessuna norma possa legittimamente imporre al soggetto d'intraprendere una determinata carriera o di dedicarsi a un'attività *pre*-stabilita piuttosto che ad altre, un tanto, infatti, rappresenterebbe un'inaccettabile e ingiustificata violazione della «sua» libertà di determinare (giuridicamente ↔ razionalmente ↔ liberamente ↔ umanamente) il proprio ingegno secondo le inclinazioni, gl'interessi, le propensioni, le aspettative, i talenti e quant'altro attenga al più intimo (e legittimo) convincimento di lui e al suo più personale temperamento (potremmo anche dire alle sue più «intime» doti), onde... possiamo e dobbiamo tosto affermare che pel soggetto (*compos sui*) vi sia una vera e propria libertà giuridica dell'agire e quindi un vero e proprio diritto di agire, per quanto attiene ai citati «ambiti» che concernono l'*an* e il *quomodo* dell'organizzazione lavorativo-formativa della propria «vita privata». La persona, allora – per usare un'espressione più tecnicamente corretta – ha veramente il diritto soggettivo (*in se*) di non subire interferenze esterne, ovvero ostruzioni, che possano in qualche modo (illecito) deprimere o conculcare la libera esplicazione della sua libertà e il libero esercizio delle sue prerogative giuridiche (di libertà dell'agire) nella «determinazione» libera di quegli (e di altri, ovviamente) «aspetti discrezionali» i quali concernono la propria «esistenza» e segnatamente riguardano il proprio *iter* professionale e formativo(/scolastico). Se *Primus*, infatti, avesse in animo di dedicarsi agli studii umanistici e di ivi cercare una propria carriera professionale o accademica, sarebbe antigiuridica la norma/prescrizione (*recte*, il provvedimento autoritativo) che gl'imponesse, in ipotesi, di svolgere il mestiere del sarto o del fabbro ferraio; a quale titolo, infatti, la norma stessa potrebbe/dovrebbe farlo? Quale sarebbe l'indigenza di giustizia a essa sottesa? Quale sarebbe, insomma, il diritto *in se* da

tutelare (mercé la prescrizione *de qua*)? Le domande, ovviamente, sono retoriche e le risposte scontate. Procediamo dunque nel nostro ragionamento. Poniamo mente all'ipotesi in cui *Secundus*, sempre per esemplificare i concetti, avesse in animo di cimentarsi nelle arti figurative o in istudii scientifici, ebbene... violerebbe il «suo» diritto quella legge (*recte*, quel provvedimento) che glielo impedisse, prescrivendogli, a esempio, di dedicarsi agonisticamente a un'attività sportiva o al sacerdozio o ad altro. Lo stesso potrebbe valere – e con quest'ultima esemplificazione ci fermiamo – per colui il quale vantasse la legittima (!) ambizione di dedicarsi all'editoria e di ivi cimentare il proprio talento e la propria fortuna: nulla di autenticamente giuridico, infatti, potrebbe impedirglielo e nessuna norma legittima (*in se*) potrebbe conculcarne la libertà che punto gli compete nel merito. Diversamente – si badi – verrebbe violato il diritto soggettivo della persona a determinare liberamente/razionalmente/giuridicamente la propria attività professionale e lavorativa, secondo le proprie «intime» e insindacabili inclinazioni, passioni, attitudini *et coetera*. Premesso, infatti, che ufficio precipuo del diritto è imporre all'essere umano di comportarsi umanamente, vale a dire giuridicamente, liberamente e razionalmente, così il divieto (il *non-facere* imperativo), come la prescrizione (il *facere* imperativo) giuridici, *id est* aggettivati e qualificati dalla giuridicità, debbono essere sempre e necessariamente supportati da una «giuridica ragione» e ciò... proprio perché giuridico (e/perché umano) è lo scopo che debbono perseguire. Di talché, così come le norme giuridiche non possono consentire l'*iniuria*, vale a dire ch'esse non possono consentire, tantomeno formalizzandola in un «diritto soggettivo», una condotta contraria a diritto, a ragione, a giustizia e a libertà umana, allo stesso modo esse non possono legittimamente impedire l'estrinsecazione libera, giuridica, razionale e umana di una condotta altrettanto libera, giuridica, razionale e umana: nel primo come nel secondo caso, infatti, la norma positiva violerebbe il diritto.

Nella prima delle due fattispecie considerate, invero, la norma *soi-disant* giuridica violerebbe il diritto perché essa andrebbe a consentire – e in ipotesi, a legittimare addirittura per «diritto soggettivo» (ovviamente «solo» positivo) – una condotta ontologicamente anti-giuridica, vale a dire una condotta che punto rappresenta la negazione del diritto e il suo opposto logico-concettuale. Nella seconda fattispecie, invece, il diritto stesso sarebbe parimenti violato inquantoché la *norma posita* andrebbe arbitrariamente (*id est*, ingiustificatamente) a impedire il libero esercizio della libertà umana da parte del *subiectum agens*, vale a dire ch'essa andrebbe a impedirlo nell'esercizio di un suo diritto soggettivo e nella determinazione «volontaria» (*rectius*, nell'esplicazione/esercizio) delle prerogative di libertà umana a esso teleologicamente connesse. Per vie differenti e in diverse guise, insomma, entrambe le ipotesi considerate compendierebbero in sé stesse la negazione della libertà e della razionalità/giuridicità, quale *proprium* del diritto in genere e del diritto subiettivo in ispecie, l'una in forma inclusiva, cioè vestendo coi paramenti del diritto l'*iniuria*, l'altra in forma esclusiva, cioè «bandendo» dal diritto (positivo) una libera e giuridica manifestazione/determinazione di una volontà razionale, assiologicamente umana. Date queste «premesse», è del tutto ovvio che il discorso così posto possa «urtare» in qualche modo la sensibilità del positivista intransigente – ciò è comprensibile e ce ne rendiamo perfettamente conto – tuttavia... anche il più rigoroso e severo tra i positivisti, se non vuole ammettere che il diritto non possa e non debba trovare una sua «fonte» nel potere sovrano (*rectius*, del sovrano), dovendo, invece, esso, trovare il proprio fondamento nella giustizia, non può certo attribuire al c.d. sistema delle fonti la potestà assoluta di trasformare l'irrazionale in razionale e il razionale in irrazionale: ne verrebbe meno la stessa *ratio* del sistema e la stessa logica formale del suo equilibrio; pertanto, pur senza scendere ulteriormente nel merito del problema *de quo*, è mestieri di considerare che gl'esempi proposti palesano

vere e proprie indigenze di ragione (per noi, ovviamente, anche di diritto, ma questo è un altro discorso) e di ordine (anche convenzionale) affinché il soggetto abbia ufficio giuridico di esprimersi e di determinarsi, nei veduti ambiti della sua stessa vita, accondiscendendo liberamente (*id est*, umanamente e razionalmente) le proprie volontà (legittime), gl'interessi (legittimi), le passioni (legittime), le inclinazioni (legittime) e quant'altro attenga alla sua personale e umana disposizione d'animo nel momento in cui è chiamato (*recte*, si-chiama) a operare le opzioni *de quibus*. Ebbene, se il discorso così proposto al Lettore risulta chiaro – come a noi sembra – e se è stato opportunamente «fissato», in esso, l'*ubi consistam* della libertà soggettiva, propria di ognuno, per quanto attiene al citato diritto (subiettivo) di organizzare liberamente quel che concerne gli studii, l'arte, la professione, il mestiere e ogn'altra cosa vi sia connessa, non rientrando concettualmente *in necessariis... iuris*, ben tosto deve osservarsi che il diritto subiettivo *de quo*, se da un lato rappresenta il «mezzo (necessariamente) giuridico» per l'espressione e per la tutela più ampia della libertà umana, dall'altro non rappresenta certo l'apoteosi concettuale della libertà negativa e del correlato «diritto volitivo» di ottenere il giuridico riconoscimento e la giuridica dignità di diritto (anche solo formali o formalistici) per qualsiasi volontà possa essere heideggerianamente avvertita dalla persona nel suo *velle* storico.<sup>85</sup> Il diritto e la libertà giuridica di

---

<sup>85</sup> Infondo il problema della concezione moderna del diritto soggettivo, la quale postula una netta scissione di esso dall'essere-in-sé del soggetto, ad appannaggio di un riferimento pressoché incondizionato al suo mero volere è determinato dalla stessa concezione moderna della persona umana la quale – come ha osservato Danilo Castellano, sia pure in un contesto parzialmente diverso da questo, perché oggetto del suo studio è stato il problema posto dal c.d. movimento personalista (anzi, per essere coerenti coll'analisi dell'autore, dovremmo dire, al plurale, dai cc.dd. movimenti personalisti) – “attualmente sembra essere più una «convinzione» che un'«idea», poiché i personalisti [...] non l'hanno fondata metafisicamente. Non si è colto in essa [cioè (nda)] l'assolutezza dell'ente [intesa come assolutezza dell'essere dell'ente, nel suo proprio e oggettivo statuto ontologico (nda)]. Al contrario, si è reso assoluto ciò che tale non era [*id est*... il mero volere dell'ente stesso (nda)] vale a dire ciò che nella persona è relativo ed opinabile” (CASTELLANO, *L'ordine politico-giuridico «modulare» del personalismo contemporaneo*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2007, pag. 63) come relative e opinabili,

determinare umanamente/giuridicamente/razionalmente la propria vita formativo-professionale, infatti, non tolgono e anzi escludono proprio che il soggetto possa rivendicare un «diritto soggettivo» di fare quello che egli vuole o, meglio, radicalmente escludono ch'egli possa rivendicare il diritto volitivo affinché ogni sua scelta venga considerata in guisa di lecito esercizio d'una libertà giuridica e come tale (come mestiere/arte/professione legittimi) venga opportunamente tutelata dall'Ordinamento.<sup>86</sup> La persona, infatti, potrebbe anche perversamente desiderare di sostentarsi e di mantenere la propria famiglia giovandosi dei proventi del crimine e facendo, del crimine, il proprio «mestiere»:<sup>87</sup> ella, invero, potrebbe ricavare costante e sufficiente profitto ricettando *res furtivae*, incassando il prodotto delle estorsioni, rubando i beni altrui, ottenendo ragione di lucro dagli artifizi e dai raggiri coi quali si dedica alle truffe *et coetera*. Nessuno negherà – è evidente – che le citate «attività» possano essere svolte colla «sistematicità» e colla «organizzazione (razionalistica, ma non razionale, ovviamente)» proprie d'una professione *lato sensu* intesa e nessuno potrà parimenti negare ch'esse siano o possano essere così redditizie da soddisfare abbondantemente le esigenze del *reus* e dei suoi famigliari (amici, parenti, conviventi, domestici

---

infatti, sono o possono essere le sue stesse opzioni contingenti, il suo stesso piacere, il suo stesso desiderio *et coetera*.

<sup>86</sup> Prima di procedere innanzi, *per incidens*, ci permettiamo di fare rilevare – scomodando ancora una volta il vocabolario – che anche su di un piano linearmente «lessicale» le parole professione, arte, mestiere, impresa *et similia* recano seco una connotazione ben precisa e tutt'affatto indipendente dalla volontà di chi pretendesse di farvi rientrare ciò che semanticamente andrebbe tenuto distinto. Non che – si badi – tra loro questi termini siano fungibili: l'arte non è il mestiere e l'impresa non è la professione, solo per fare due esempi, purtuttavia esse esprimono un comune denominatore logico-concettuale il quale rimanda al «concetto» di attività lavorativa, innanzitutto lecita.

<sup>87</sup> Si noti che la «professionalità nel reato» è stata considerata alla stregua d'una fattispecie penalmente meritevole di disciplina dallo stesso Codice Penale del 1930 (c.d. Codice Rocco, dal nome del Ministro Guardasigilli che ne curò la compilazione) e tutt'ora vigente, il quale pur ne fa derivare una formale dichiarazione a carico del *reus* (cfr art. 105 c.p.), oltretutto significative conseguenze in ordine al *quantum* di pena e in ipotesi di recidiva. Ne deriva che anche la «sensibilità» del legislatore fortemente positivista – quale effettivamente era quello degli anni Trenta – ebbe a cogliere le peculiarità e le specificità di «un tipo particolare di delinquente abituale [... il quale ricava (nda)] i mezzi di sussistenza dal reato [... determinando, così (nda)] nella coscienza sociale un alto grado di riprovazione» (FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale – parte generale*, Bologna, Zanichelli, 2007, pag. 819).

*et coetera*), financo eccedendo quelle indigenze che potremmo definire di mera sussistenza. La questione – come il Lettore avrà già ben colto – però, non è affatto questa: essa non riguarda, invero, l’adeguatezza meramente «economica» dell’attività svolta rispetto ai «suoi» fini, o, meglio, rispetto ai fini che le vengono assegnati da parte dell’*agens* (*id est*, il profitto quando non addirittura il lucro), né, tantomeno, essa concerne la «struttura» operativo-organizzativa della medesima attività in disamina e non riguarda nemmeno – si badi – la contrarietà esplicita di essa al precetto penale (si può frustrare la libertà e si può abusare del diritto di cui stiamo parlando, infatti, anche senza violare il Codice Penale), ma involge proprio la natura stessa del diritto e della libertà di cui stiamo trattando. Il problema – a nostro avviso – essendo un problema proprio dell’esperienza giuridica, «chiama in causa» anche i più rigorosi tra i positivisti: a essi, infatti, non è dato di ignorarlo e nemmeno di «scansarlo» attraverso il ricorso al formalismo e al sistema delle procedure o ai meccanismi di c.d. sussunzione della fattispecie concreta entro gl’estremi di quella legal-astratta.<sup>88</sup> Vediamo bene, dunque, di inquadrare correttamente il tema e cerchiamo di esporre con chiarezza, in merito, le nostre riflessioni e le nostre argomentazioni. Il diritto e la libertà *de quibus*, invero, non si sostanziano in un diritto (quello che chiamammo «diritto volitivo») e in una libertà (assoluta ← *ab-soluta*) meramente formali e conseguentemente a «contenuto indifferente»,<sup>89</sup> *id est* discrezionale e

---

<sup>88</sup> Ricordiamo *per incidens* le acute osservazioni di Ernesto Simonetto, il quale ha correttamente scritto che “il formalismo è [...] il contrario della certezza del diritto; infatti il formalismo è formula vuota e avulsa dalla realtà, mero sofisma o loicismo astratto e quindi perfettamente governabile a piacimento con semplice artificio logico” (SIMONETTO, *Crisi del diritto e interpretazione*, in AA.VV., *Sulla crisi del diritto*, Padova, C.E.D.A.M., 1972, pag. 141) il riferimento, come è ovvio, è al potere dello Stato che attraverso il rispetto delle forme comanda qualsiasi contenuto, ma la questione può essere veduta, *mutatis mutandis*, anche dal punto di vista del potere del soggetto, il quale potrebbe, infatti, usare delle formule vuote messe a sua disposizione dall’Ordinamento per fare quello che vuole attraverso la norma.

<sup>89</sup> Richiamiamo l’osservazione di Danilo Castellano, il quale punto osserva che nell’ambito dei moderni Ordinamenti giuridici “prevalse [come opzione originaria (nda)] la linea *lato sensu* ‘liberale’ che assumeva la libertà come indifferenza garantita [proprio (nda)] dall’ordinamento giuridico positivo [...] talché si arrivò alla concezione della libertà (nda) in termini adulativi” (CASTELLANO, *Ordine etico e diritto*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, pag. 58).



volontaristico, non si sostanziano, cioè, in un mero vestimento giuridico della/alla libertà negativa e del/al puro auto-volere hegeliano del soggetto (auto-giuridico), tale per cui ogni suo desiderio di ricavare il proprio sostentamento da un'attività qualsiasi assurga al rango di diritto (volitivo) di praticare l'attività stessa (purché idonea al fine attribuitole volontaristicamente), *sub specie* di libertà di scegliere come determinare il proprio talento professionale/lavorativo: no, non è affatto questo! Questo, invero, sarebbe disumano, antiggiuridico (*rectius*,  $\alpha$ -giuridico), contrario ai principii stessi della libertà umana e giuridica in un tempo, sarebbe tutt'affatto irrazionale imperocché... una siffatta impostazione darebbe all'essere umano un armamentario (meramente) «tecnico» (convenzional-giuridico) idoneo a consentirgli la rivendicazione, *sub specie iuris*, di qualsiasi appetito egli stesso brami passionalmente di realizzare in funzione tendenzialmente satisfattiva dei proprii «bisogni» ordinarii/quotidiani (*rectius*, desiderii). Ebbene, abbiamo *supra* proposto alcuni esempi molto «lineari», i quali trovano agevole soluzione giusta la consultazione e la conseguente applicazione del Codice Penale, essi, tuttavia, anche da un punto di vista meramente teorico, possono mettere in chiara luce il significato più profondo e più ampio del nostro discorso, il quale, infine, ben si compendia nella giuridica necessità di riconoscere all'essere umano il diritto soggettivo di organizzare la propria esperienza *lato sensu* lavorativa, come egli stesso crede, purché... giuridicamente, vale a dire, razionalmente, liberamente e umanamente, non è, quindi, il mero «dato *positum*» dell'antigiuridicità (positivo-)penale che rileva in forma impediente rispetto alla rivendicazione del diritto volitivo al giuridico riconoscimento di qualsiasi attività, in guisa di esercizio della libertà di scegliere quale lavoro svolgere, ma è propriamente l'umanità e la razionalità intrinseche alla natura dell'attività stessa, che *viceversa* consentono al soggetto, in termini positivi, di liberamente sceglierla per ricavarne quanto occorre al sostentamento suo e

della di lui famiglia. Potremmo anche dire, allora, che è la meritorietà propria dell'attività in questione e la conformità di essa all'ordine giuridico delle cose, alla natura dell'uomo e alla sua stessa libertà razionale, a imporre – *in primis* all'Ordinamento – ch'essa rientri nello spettro ideale (che non vi possa essere un *numerus clausus* è ovvio) delle opzioni giuridiche ove il soggetto possa liberamente determinarsi sotto il profilo *lato sensu* professionale. Come il Lettore avrà notato, noi abbiamo inteso e intendiamo porre la questione in termini «positivi» e non meramente «negativi», vale a dire che noi intendiamo valutare il problema del diritto di svolgere, per professione, una data attività, non già sotto il profilo (*lato sensu* negativo) del divieto espresso dalla norma *posita*, onde ritenere diritto soggettivo della persona quello di determinarsi lavorativamente attraverso qualsiasi attività non sia sussumibile entro gl'estremi di una proibizione legale (penale e non solo), ma piuttosto riteniamo di porre la questione *de qua* sotto il profilo «positivo» della razionalità, umanità e giuridicità intrinseche all'attività stessa. Altro, infatti, è dire che una determinata condotta merita o non merita d'essere perseguita e punita dall'Ordinamento e altro, tutt'altro, è dire che siffatta condotta possa inverare in sé stessa il contenuto della giuridica libertà del soggetto di esercitare liberamente il proprio diritto soggettivo a svolgere la professione, l'arte o il mestiere più vicini alle proprie personali inclinazioni e ai propri più intimi interessi. Altro, quindi, è dire che una determinata attività non è perseguita/perseguibile dalla legge e altro è dire ch'essa veramente rappresenti una professione *lato sensu* intesa, legittimamente eleggibile dal soggetto ai fini del suo stesso determinarsi lavorativo-sociale-economico. La domanda, allora, cui è mestieri di rispondere «prima» e «per» dire se l'esercizio di una determinata attività obiettivamente economica possa o non possa integrare gl'estremi di un atto (lecito) di fruizione della libertà umana – razionale e giuridica in un tempo – da parte di un soggetto *compos sui*, il quale atto si compendi veramente nella

libera determinazione della propria vita professionale e di conseguenza, la domanda cui giova rispondere per dire se il soggetto *de quo* abbia effettivamente titolo per rivendicare un diritto soggettivo (!) in tale senso, è questa: «l'attività in questione è buona in sé o non è buona in sé? E se è buona in sé, essa è o non è ontologicamente idonea al fine che le viene assegnato?». Anche in questo caso – si badi bene – noi non crediamo che la questione cennata sia meramente cavillosa, né crediamo che sia metodologicamente corretto evitarla, rimettendola alla polemica sterile e fine a sé stessa dei legulei più dissoluti, crediamo fortemente, invece, ch'essa vada colta e affrontata filosoficamente (*id est*, teoreticamente) nei problemi che effettivamente pone alla/nella stessa esperienza giuridica «di ogni giorno». Poniamo mente, allora, a un paio d'esempi, attraverso l'esame dei quali sarà nostro intendimento schiarire un poco i termini del problema. Ipotizziamo, dunque, che *Prima* abbia in animo di campare la propria vita a prezzo del disonore, dedicandosi al meretricio. Si può forse dire ch'ella, concedendo per mercede il proprio corpo al fine di trarre profitto dalla soddisfazione delle libidini altrui, sia umanamente libera e che liberamente eserciti, in siffatta guisa, il proprio diritto soggettivo (!) di esprimere in una «professione» i proprii talenti e il proprio interesse personale, sul piano lavorativo? Si può forse dire ch'ella abbia liberamente esercitato un'opzione razionale e giuridica, tra altre parimenti razionali e parimenti giuridiche? Si può forse dire, ancora, che il meretricio sia un modo libero, razionale, umano e giuridico per trarre i sostentamenti economici necessari ai bisogni quotidiani? E si può dire, poi, che una tale «attività», pur spontaneamente scelta dall'agente storico – nel nostro caso da *Prima* – sia un'attività idonea a compendiare in sé stessa una libertà (veramente) soggettiva e (veramente) umana? Onde... può forse ritenersi che tale libertà «di» agire riempia o possa riempire di contenuto il (vero e proprio) diritto subiettivo di ciascheduno, in virtù del quale il soggetto stesso può liberamente,

umanamente, razionalmente scegliere come «organizzare» la propria vita e in quale modo trarre i mezzi economici che pur servono? È, quella di *Prima*, insomma, una vera e propria libertà «dello» agire, sostanziandosi nella giusta e libera fruizione di un vero e proprio diritto «di» agire? O forse è più corretto dire che la scelta di *Prima* rappresenti proprio la negazione della sua libertà soggettiva e il «tradimento» concettuale della sua stessa umanità/razionalità? Per concludere: non è forse corretto ritenere che qualora *Prima* rivendichi per sé stessa la «libertà giuridica» di dedicarsi al meretricio, eppertanto il «diritto» di determinare così il proprio talento lavorativo, ella stessa cada nella mefistofelica rivendicazione di quell'utopia giuridica che è il «diritto volitivo»? Domande retoriche, si dirà... ebbene: nella forma, lo sono! Ma non è certo rettorico il significato e il contenuto ch'esse hanno bell'agio di palesare, vero è, infatti, che quivi s'intende dimostrare dialetticamente come la pretesa personale di un soggetto, di ottenere un giuridico riconoscimento alla/della propria arbitraria decisione/opzione di dedicarsi al meretricio, altro non voglia rappresentare se non la rivendicazione, non solo del «diritto ↔ potere» di affermare «una» libertà negativa *sic et simpliciter*, ma soprattutto di un «diritto formale», idealmente apprestato dall'Ordinamento in guisa di contenitore vuoto, il quale sia legalmente possibile riempire di qualsivoglia contenuto soddisfi il desiderio contingente dell'*agens*, onde l'*agens* stesso ottenga, in questo modo, la tutela giuridica di una volizione purchessia, elevata al rango di diritto pel sol fatto d'essere autenticamente voluta (*rectius*, auto-voluta), pur entro gl'estremi «geografici» della citata norma (meramente) formale. A questo punto del ragionamento ci potrebbe essere posta, *ex multis*, una precisa obbiezione: se *Prima* avesse veramente desiderio di dedicarsi al meretricio e se ciò veramente incontrasse il suo gusto e la sua più genuina volontà, per quanto attiene al «modo» di ricavare i proventi necessari o utili ai fini della soddisfazione dei propri «bisogni», per quale ragione il suo non

sarebbe e non potrebbe essere giuridicamente considerato un vero e proprio atto di libertà nel diritto (e col diritto; *id est*, di libertà giuridica)? E per quale ragione, di conseguenza, ella non potrebbe legittimamente rivendicare un vero e proprio diritto subiettivo in tal senso? È inteso – ce ne rendiamo conto – che non rispondere adeguatamente al quesito varrebbe quanto destituire d’ogni fondamento l’intero impianto argomentativo proposto. Nondimeno... riteniamo che la più ampia e schietta risposta possa ognorpiù trovarsi nelle «premesse», concettuali e metodologiche in un tempo, dell’intero nostro ragionamento, a suo tempo già ampiamente disviluppate. È ben vero, infatti, che alla domanda *de qua* non vi sia e non vi possa essere risposta qualora il «concetto» di libertà invocato venisse inteso in senso assiologicamente moderno (*id est*, qualora venisse deconcettualizzato), vale a dire che l’obiezione non troverebbe alcuna ragione di replica qualora si dovesse postulare che la libertà dell’uomo coincida colla sua volontà hegeliana o, per meglio dire, l’obiezione sarebbe fondata e il nostro discorso andrebbe riprovato, se si postulasse che la libertà umana, per essere tale, debba infuturarsi nella più autentica, assoluta (*ab-soluta*) e incondizionata concretizzazione storica del puro auto-volere del soggetto, *id est*... nella sua mera libertà «di» agire, quale estrinsecazione fattuale, illimitata, del «suo» proprio volere consapevolmente contingente (espresso ed esercitato, ovviamente, *in rebus mundi*, mercé il c.d. libero arbitrio). Abbiamo però dimostrato – si badi bene – che la libertà dell’uomo non è perfettamente coincidente colla sua volontà, anche passionale, della quale egli può pur desiderarne l’attuazione: abbiamo detto, infatti, che la libertà dell’uomo, per essere veramente tale, per essere veramente «sua» in senso ontologico, cioè, deve esprimere una volontà umana, dev’essere, quindi, aggettivata e qualificata da quella stessa umanità oggettiva che caratterizza lo statuto ontico del *subiectum volens et agens*. Di talché... abbiamo detto che la libertà umana concettualmente «supera» la c.d. libertà «di» agire,

inverandosi in quella che abbiamo chiamato libertà «dello» agire, quale libertà caratterizzata innanzitutto dalla razionalità, visto che quest'elemento rappresenta il «*proprium* ontico» di ogni essere umano. Onde... l'agire fondatamente e autenticamente umano rende veramente libero il soggetto, dacché gli consente di determinare umanamente la propria condotta e di essere uomo in senso assiologico e ciò, dando seguito e per certi versi «attuazione», al proprio umano volere. Conseguentemente, il volontario e umano determinarsi del soggetto consente al soggetto stesso di essere sé medesimo, di essere uomo nelle proprie azioni (e attraverso di esse) e di perseguire, quindi, anche attraverso di esse, il proprio fine naturale nell'ordine del bene e del razionale, in una parola... nell'ordine dell'umano (*id est*, di ciò che è conforme all'umana natura). Ne deriva, *more geometrico*, diremo, che certamente la volontà giuoca un ruolo di primo piano, per quanto attiene all'estrinsecazione della libertà umana, ma... rileva soprattutto questo, che la volontà in questione dev'essere una volontà umana in senso sostanziale, dev'essere, cioè, ontologicamente confacente alla natura del soggetto (*in se* volente), onde la libertà di cui trattasi deve conseguentemente ritenersi niente affatto assoluta, niente affatto priva di criterii e di parametri oggettivi ai quali informarsi, ma essenzialmente dipendente (!) dall'ordine oggettivo-giuridico della persona che razionalmente e umanamente vuole e che volendo in siffatta guisa... vuole essere libera di essere sé stessa e di determinare, *secundum humanam voluntatem*, le libere scelte che umanamente e razionalmente le competono *in iure*.<sup>90</sup> Se questo è vero ed è «pacifico» – rimandando alle pagine precedenti ogn'altro approfondimento in merito – non può coerentemente

---

<sup>90</sup> *Contra* si pone quella che intelligentemente Eugenio Garin definiva la “linea Pico/Sartre”, dove “Pico” indica Giovanni Pico della Mirandola. Questo «modo di intendere» il rapporto tra essere del soggetto ed essere della sua libertà, infatti, porta coerentemente e assurdamente – a nostro avviso – a sostenere che l'essere umano “non ha una natura (una specie, una forma) ma è un atto che si sceglie” (il riferimento è a una lettera che Garin scrisse a Leonardo Amoroso il 17 Luglio 1991, citata da Michele Ciliberto in CILIBERTO, *Eugenio Garin. Un intellettuale del Novecento*, Bari, Laterza, 2011, pagg. 68-69).

ritenersi che l'esercizio del meretricio rappresenti, in sé, un atto di libertà e che quindi la volontà di praticarlo possa «sussumersi» entro gl'estremi di un diritto soggettivo – in senso proprio – che lo consenta in funzione teleologicamente orientata verso la libertà dell'uomo: sarebbe, il tutto, decisamente irrazionale.





## CAPITOLO SECONDO

### DELL'AUTODETERMINAZIONE «NEL/COL/SUL» CORPO.

#### 1) Sovranità o regalità sul proprio corpo? Il problema del soggetto-in-sé.

“Tutti gli appelli alla liberazione che si rimandano come un’eco ai quattro angoli del pianeta ne sono la prova: sono tutti impregnati di mistica; anche l’esortazione alla liberazione sessuale e alla libertà di aborto: se ‘i nostri ventri sono solo nostri’ come proclamava uno striscione nel corso di una sfilata di abortiste nelle strade di Parigi, vuol dire che la persona [in questo caso (nda)] della donna è *causa sui*, causa [sartriano-pichiana (nda)] di se stessa”.<sup>91</sup> Un tanto precisato, alla domanda che c’impone di dire per quale ragione affermiamo l’irrazionalità del meretricio, eppertanto l’inidoneità ontologica di esso a rappresentare così il contenuto di un diritto soggettivo, come l’epifenomeno di una libertà umana, dobbiamo rispondere, quasi banalmente, sottolineando che la natura stessa del corpo umano non è quella di un mezzo per trarre profitto,<sup>92</sup> non è quella, cioè, di un bene da mettere a frutto in senso «economico-imprenditoriale».<sup>93</sup> La questione si fa

---

<sup>91</sup> DE CORTE, *Sulla giustizia*, Siena, Cantagalli, 2012, pag. 120.

<sup>92</sup> Correttamente Francesco Paolo Casavola, parlando della dignità dell’uomo, precisa che “il corpo, da cui ottenere forza-lavoro nella schiavitù o piacere nello sfruttamento sessuale o nei giochi pubblici cruenti [...] questo corpo vivo è un oggetto” (CASAVOLA, *Bioetica. Una rivoluzione postmoderna*, Roma, Salerno editrice, 2013, pag. 55).

<sup>93</sup> Lasciamo volutamente da parte, nel Testo, ogni considerazione in merito alla «natura» delle «prestazioni intime» e *lato sensu* affettive: anch’esse, infatti, su di un piano logico-razionale (e in ispecie sotto un profilo morale) non potrebbero (*a fortiori*) rappresentare la «controprestazione» da eseguire, a fronte di una prestazione in denaro, in guisa di adempimento d’una obbligazione contrattuale. Quivi rileva – si badi – non tanto e non solo la disciplina legale del contratto in sé, ma piuttosto la fisionomia intrinseca e la ragion d’essere della prestazione stessa, la quale, in verità, non può neppure dirsi prestazione in senso tecnico... Procediamo con ordine. È ben chiaro, infatti, che la «intimità» della condotta posta in essere dal soggetto, rende questa condotta ognorpiù peculiare rispetto a quella che può essere dedotta in una prestazione *strictu sensu* intesa, anche di natura c.d. personale: se è vero, infine, che le prestazioni contrattuali rilevano, tutte e necessariamente, pel loro valore economico, anche astratto, o,

«delicata» e forse «sottile» proprio nel momento in cui si voglia ulteriormente considerare che il corpo umano non è la «sua» attività, non è, cioè, l'attività che attraverso di esso il soggetto pone in essere nel perseguimento dei fini che intende «liberamente/responsabilmente» attuare *in rebus mundi*; di conseguenza, nella/colla attività umana il corpo umano non coincide e non può coincidere, tantomeno può confondersi. Altro, allora, è mettere a frutto, cioè destinare a uno scopo *lato sensu* economico, l'attività umana, quale attività dell'uomo realizzata, ovviamente, col corpo e altro, tutt'altro, è metterne a frutto il corpo stesso, come fosse *res frugifera*. Procediamo con ordine e vediamo di schiarire tutti i termini del problema. Per essere più perspicui nell'analisi, ora, dovremmo dire che il corpo umano non è propriamente un bene, una *res* di per sé suscettibile di valutazione/considerazione/destinazione *lato sensu* economica: non si tratta solamente di dire, insomma, che il corpo dell'uomo non possa essere economicamente «sfruttato», cioè usato in modo tale da farne esprimere appieno le proprie potenzialità «economiche», fino alla sua consunzione,

---

meglio, anche considerato *sub specie* di attitudine delle prestazioni stesse a essere economicamente valutate/quantificate/qualificate e se è vero che anche le prestazioni cc.dd. personali, dove pur rileva l'*intuitus personae*, non perdono questo primo ed essenziale carattere, pur non esaurendosi in esso, è altrettanto vero che quelle che abbiamo definito «prestazioni intime» o «prestazioni affettive» radicano la loro essenza nell'intimità del rapporto personale instaurato tra le «parti», se non proprio nella natura affettiva dello stesso, ond'è proprio in virtù del rapporto intimo/affettivo *de quo*, ch'esse hanno ragione di essere «adempite». Anzi, a volere essere veramente corretti nell'analisi, riprendendo il cenno *supra* profilato, ciò di cui stiamo parlando, proprio in virtù del rapporto affettivo e personale entro il quale nasce e trova il suo ontologico sviluppo, non è obbligazione propriamente detta e non è oggetto di adempimento contrattuale: la condotta in questione, infatti, nel suo essere in sé, è necessariamente spontanea, la qual cosa non significa «istintuale», ma significa consapevolmente posta in essere in risposta a un personale desiderio affettivo, nella consapevolezza di non adempiere alcun obbligo (giuridico), ma di inverare un reciproco «piacere affettivo». Di talché... dedurre siffatte «prestazioni intime» in un contratto e assegnare loro un valore economico, o un'attitudine a essere economicamente valutate, significa proprio sovvertire l'ordine razionale delle cose. Insomma, ciò che è dovuto/voluto per affetto e che nell'affetto trova la sua propria ragion d'essere, non può essere contrattualmente pattuito e non può, di conseguenza, trovare nel contratto la propria fonte obbligatoria. Ne deriverebbe una sorta di eterogenesi dei fini, la quale – al di là di ogni valutazione morale o d'opportunità – sovvertirebbe l'ordine naturale delle cose col dare un prezzo a ciò che prezzo non ha e non può avere e col rendere astrattamente obbligatorio ciò che può sol nascere da uno spontaneo afflato del sentimento.

inquantoché esso non può nemmeno essere economicamente usato, nemmeno *una tantum*, nemmeno se ciò non alterasse la sua integrità, il corpo umano, insomma, non può essere destinato a un fine produttivo nell'ordine dell'economia o, meglio, dell'impresa e ciò... proprio in quanto un siffatto atteggiamento ne violerebbe lo statuto ontologico e ne «tradirebbe» la sua propria naturale destinazione. Non si tratta, dunque – si badi bene – di definire i limiti del *quantum* o del *quomodo* dello «uso economico» del corpo, ma si tratta proprio di comprendere ch'esso non è affatto un «bene economico», imperocché «economico-produttivo» non è il suo fine ontologico e naturale. Il corpo umano, insomma, è, per usare un'espressione mutuata dalle Istituzioni di Diritto Privato romano, una *res extra commercium*... in tutti i sensi. Ciò detto, tosto s'impone la necessità logica e razionale, ma soprattutto e principalmente teoretica, di dire quale sia la natura del corpo dell'uomo (in sé), la qualcosa, ovviamente, non equivale a dire quale sia la natura dell'uomo e ciò, proprio perché l'uomo non «è» il suo corpo (e il corpo umano non coincide con l'attività umana), anche se il suo corpo è un elemento sostanzialmente (!) e funzionalmente (!) connesso alla sua propria essenza. Già dicemmo, ricordando le parole di Severino Boezio, che l'uomo è *naturae rationalis, individua substantia*;<sup>94</sup> su una tale definizione... *nulla quaestio*! Noi ora dobbiamo capire, però, quale sia la natura del corpo umano nella sua «sostanzialità individuale» e quindi dobbiamo comprendere quale sia il suo «fine ontologico»: solo così, infatti, potremmo cimentarci nel tentativo di dare una razionale risposta alle provocazioni sopra cennate e solo così potremmo tentare di comprendere, conseguentemente, la ragione in virtù della quale l'uomo stesso non possa fare mercimonio del proprio corpo... senza abusarne. Vale a dire senza rapportarsi al proprio corpo in modo assiologicamente dis-umano, irrazionale, violandone e sovvertendone, cioè, l'ordine oggettivo e naturale,

---

<sup>94</sup> BOEZIO, *Liber de persona et duabus naturis contra Eutychen et Nestorium*, in PL 64, 1343.

in ultima istanza... senza usare violenza a sé stesso e senza deprimere la propria natura di ente razionale e razionalmente libero attraverso (in/con) un atto di mera libertà negativa («di» agire), quale punto sarebbe la strumentalizzazione economica della propria «persona». Principiamo, dunque, i cimenti di questa breve analisi dall'affermazione in virtù della quale l'uomo non sarebbe il suo corpo e – potremmo dire – nel suo corpo non si ridurrebbe in termini meramente «anatomici». Ebbene, giova considerare, prima di ogn'altra cosa, un dato di comune esperienza ed evidenza: il corpo cambia, cambia costantemente, ma l'uomo resta sempre sé stesso.<sup>95</sup> È ben vero, infatti, che ogn'essere umano, nell'arco della propria vita, assiste alla trasformazione pressoché continua e inarrestabile delle proprie fattezze e dei tratti della propria figura, senza, per ciò, diventare qualche cosa di altro rispetto a sé (*rectius*, al sé subiettivo che ne rappresenta il carattere ontologico). Non solo: *ab imiis* le cellule che formano e compongono l'embrione diventano feto, il feto diventa neonato, il neonato bambino, il bambino diventa adulto, l'adulto anziano *et coetera*. Queste – come è ovvio – sono «trasformazioni radicali» nella loro evidenza fenomenologica, se così possiamo dire, esse, tuttavia, restano

---

<sup>95</sup> Sia pure nei limiti che risentono delle ipoteche romanistiche, dalle quali il Legislatore non ha saputo/voluto affrancarsi, una tale affermazione non può che essere coerentemente accolta anche da un «rigoroso» positivista che si limiti a declinare i paradigmi del Codice Civile. L'art. 1 c.c., infatti, quando riconosce (il positivista direbbe «attribuisce») la c.d. capacità giuridica all'essere umano (nato) in vita e così lo qualifica come soggetto di diritto in seno proprio, non la fa dipendere dal nessuna caratteristica legata a quella che potremmo chiamare «funzionalità» del suo corpo (vitale), onde l'uomo è e rimane soggetto giuridicamente capace fino alla sua morte. *Viceversa* – cenniamo solo un esempio – lo medesimo Codice Civile fa correttamente dipendere la c.d. capacità di agire dalla maturità intellettuale del soggetto (cfr art. 2 c.c.) e a essa la lega, quasi indissolubilmente, tanto da contemplare la previsione di disposizioni normative (cfr artt. 414 e ss. c.c.) atte a «privare» il soggetto stesso della citata capacità di agire (noi diremmo, a riconoscere che il soggetto l'ha perduta) e a surrogare questa sua deficienza coll'istituto giuridico della tutela (*sub* artt. 418 e ss. c.c.). È ben chiaro, allora, che l'uomo possa pur perdere la sua «attitudine [...] a porre in essere validamente atti idonei ad incidere sulle situazioni giuridiche di cui è titolare» (TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, C.E.D.A.M., 2005, pag. 256), per quanto resti del tutto impossibile ch'egli possa perdere o essere privato della sua dignità giuridica di soggetto, della sua soggettività giuridica *pleno iure*, della sua «idoneità a divenire titolare di diritti e di doveri» (TORRENTE – SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato* Milano, Giuffrè, 2004, pag. 79).

trasformazioni del corpo ma non del soggetto,<sup>96</sup> del fenomeno, ma non del noumeno – per usare le note categorie kantiane – imperocché il soggetto medesimo, l'essere quale essere-in-sé, è, rimane e (fenomenologicamente) diviene sempre quello che esso è *ut natura*: vale a dire, un essere umano perfettamente compiuto nella sua essenza di uomo e di soggetto (magari non sviluppato nel corpo o privato di certe abilità/funzioni). La persona umana, quindi, rimane e non può non rimanere sempre sé stessa pur «mostrando-si» in modi diversi, onde... l'evoluzione del «suo» corpo resta un'evoluzione di un corpo umano, il quale, se cambia forma, non cambia certo la sostanza dell'umanità che lo caratterizza ontologicamente: insomma, il mutamento che il corpo umano subisce in vita, non può giammai «trasformare» il corpo umano stesso in un corpo «non-umano» o in un corpo «meno-umano», né può, *a contrario*, far diventare un corpo «non-umano» o «meno-umano», un corpo umano: *natura non facit saltum*! Solo la morte di un essere umano, quale evento che fa cessare la vita del/nel suo corpo, trasforma il corpo umano in cadavere, ma questo è un altro discorso. Ponendo mente, poi, a «cose» di minore impatto, non può non osservarsi che gli stessi tratti somatici si modificano ognora, dacché i capelli crescono, la barba pure, i lineamenti del volto risentono dell'avanzare degl'anni e fino a qui rimaniamo nell'ambito di aspetti puramente fisiologici. Ciò detto, poi, può intervenire anche una patologia la quale imponga, per finalità terapeutiche, una qualche mutilazione del corpo, oppure può anche capitare che il corpo ne venga deturpato o che subisca gl'effetti deformanti del morbo stesso... insomma non v'è dubbio che il corpo cambi, sia nella sua normale, fisiologica evoluzione, sia nella sua possibile esposizione a eventi

---

<sup>96</sup> *Contra*, almeno per la porzione di esempio che va dal concepito al nato, coloro i quali negano la sussistenza di soggettività giuridica all'embrione, prima della nascita, costoro, allora, debbono ritenere che l'evento nascita abbia un effetto quasi alchemico, vale a dire... un effetto capace di trasformare un ente in qualche cosa di diverso, in questo caso, un non-soggetto in un soggetto. Assurdo!

eccezionali e patologici.<sup>97</sup> Ma – questo è il punto archimedeo dell’intera Trattazione – cambia forse l’uomo? Amputare un arto, a titolo d’esempio, significa mutilare l’umanità di un uomo? Significa, cioè, privarlo di una porzione della sua soggettività/personalità? Significa incidere sulla sua natura di essere umano? Sul suo *status personae*? Essere feto incapace di relazione comunicativa – per usare la categoria di Mounier<sup>98</sup> – significa essere ente non-umano, essere non-soggetto, non-persona? Versare in condizioni tali da non potersi esprimere o da non potersi esprimere razionalmente, significa, forse, versare in uno stato di semi-umanità, di «umanità di seconda categoria»? Significa, forse, essere meno-uomo di quello che riesce a intrattenere le relazioni che vuole? In fine: è forse la salute del corpo (*salus*) e l’integrità del fisico (*validudo*) che rendono uomo, un uomo, vale a dire... umano, un corpo umano?<sup>99</sup> La risposta negativa pare

---

<sup>97</sup> Non va dimenticato, poi – lo evidenziamo in nota, per mere ragioni di completezza concettuale – che anche l’uomo stesso, per sua volontà arbitraria può provocare lesioni, mutilazioni o altre forme di violenza sul proprio corpo, deturpandolo, senza per questo perdere la propria natura di essere umano (si pensi ai cc.dd. tatuaggi, alle mutilazioni dei lobi auricolari provocate da anelli che tendono al loro prollasso, all’inserimento sotto cute di ganci, chiodi o quant’altro). Un tanto, ovviamente, al di là di ogni giudizio sulla liceità o meno delle citate pratiche.

<sup>98</sup> Ci riferiamo al c.d. personalismo politico di Mounier – definito in questi termini da Raffaele Flewelling (cfr RUNES, *Dizionario di filosofia*, vol. II, trad. it. DEVIZZI, Milano, Mondadori, 1972, pag. 695) – più noto come personalismo comunitario, il quale si basa sull’assunto indimostrato secondo cui “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” (MOUNIER, *Il personalismo*, Milano, Garzanti, 1952, pag. 8), quindi il feto, proprio perché incapace di “autocreazione [volontaristica (nda)], comunicazione [nelle forme ordinarie della parola (nda)] e adesione” (*Ibidem*) a una progetto e/o a una progettualità purchessia, non dovrebbe e non potrebbe rientrare nella nozione di persona, *ergo* nello spettro di «tutela» offerto da questo personalismo. Un personalismo – a noi pare – il quale proprio prescinde dalla persona...

<sup>99</sup> In un intelligente Lavoro Laura Palazzani dedica un lungo paragrafo al tema. Il paragrafo *de quo* è stato acutamente e provocatoriamente intitolato *Non tutti gli esseri umani sono persone*. L’Autore, invero, segnala che “le teorie che [...] negano la coincidenza tra persona ed essere umano, ritengono che non tutti gli esseri umani siano persone e viceversa [...]. Nel primo senso riduzionista si assiste a una teorizzazione della posticipazione dell’inizio della persona rispetto all’inizio della vita [...] e ad una (possibile) anticipazione della fine della persona rispetto alla fine della vita umana [...]. Le teorie che separano la persona dall’essere umano sono le teorie che ritengono che la vita umana non abbia un valore in sé, ma che abbia valore solo subordinatamente alla manifestazione di certe qualità (siano esse proprietà o funzioni): in questo senso se la vita non manifesta le qualità ritenute indispensabili per attribuire ad un essere umano uno statuto personale, nonostante sia vita umana, non è ritenuta sufficientemente degna di essere rispettata” (PALAZZANI, *Introduzione alla biogiuridica*, Torino, Giappichelli, 2002, pag. 21).

ognor scontata! Di conseguenza, pare scontato che l'uomo in sé non sia il suo corpo e che non coincida ontologicamente col suo corpo, altrettanto scontato, però – si badi molto bene – è che senza il corpo (umano), magari malato, deturpato, mutilato, ridotto a un agglomerato di cellule embrionali *et coetera* (non rileva!), purché vivo e vitale, non vi sia e non vi possa essere alcun uomo e che ogniquale volta vi sia un corpo umano (*id est*, umanamente concepito), in qualunque condizione esso versi (sia un agglomerato di cellule, sia un baldo giovine nel vigore della sua età, sia una persona gravemente malata, financo in coma, o un anziano privato delle sue facoltà fisiche e/o razionali), questo sia e debba necessariamente essere considerato uomo, *id est* ente latore di una dignità e di una umanità che non dipendono da altro, rispetto alla sua stessa natura di sostanza individuale-personale, di soggetto-persona, di ente *in se* razionale. L'uomo, infatti, resta ed è, propriamente, una sostanza individuale, un individuo nel senso aristotelico dell'espressione, anzi... più correttamente dovremmo dire che l'uomo è un individuo vivente – perché il cadavere, il corpo umano privo di vita, non è un uomo, questo è chiaro – ma altrettanto correttamente dobbiamo aggiungere che l'uomo, nel suo essere individuo vivente, si manifesta in/con un corpo (umano) vivo, ontologicamente dotato (!) di un'attitudine alla razionalità e quest'ultimo elemento, propriamente, lo qualifica nel suo essere uomo in senso ontologico. Un corpo «non» umanamente nato, infatti, pur strutturato morfologicamente in guisa simile a quella di un uomo, ma naturalmente (vale a dire, *ut natura*) privo di quest'attitudine alla razionalità, di questa natura razionale, non è un corpo umano e l'individuo (che è un individuo!) che in/con/per esso si-rappresenta non è un uomo; si pensi alla scimmia o, comunque, ai cc.dd. primati. È quindi la natura razionale figliuola del concepimento umano, infondo, che «instilla» l'umanità ontologica nel corpo dell'individuo e che, di un corpo-individuo, fa un corpo propriamente umano (*id est*, umano sul piano ontologico). L'essere umano, nel suo essere-

in-sé, dunque, non può «rientrare» nelle costruzioni ideologiche proprie delle cc.dd. teoriche separazioniste, in virtù delle quali più elementi concorrerebbero, in vario modo, a seconda dei casi, a formare il soggetto/persona,<sup>100</sup> ma dev'essere descritto unitariamente per quello che esso è *ut natura*, vale a dire un ente indiviso e indivisibile (*sine interitu dividi non potest*), ontologicamente caratterizzato pel fatto di avere, in virtù della procreazione umana che l'ha generato, l'attitudine alla razionalità: da un lato, quindi, non si tratta di una «corporeità sinusoidale o elastica», la quale acquista e perde le sue proprie caratteristiche ontiche a seconda degli eventi che la interessino<sup>101</sup> (come accade pei tratti della fisicità del corpo umano che cambiano in virtù delle varie avventure della vita) e dall'altro non si tratta nemmeno di una «razionalità spiritualistica» (e/o ideale e/o astratta), la quale possa esserci o possa non esserci nel «corpo umano», in dipendenza di circostanze che involgono l'integrità fisica, *lato sensu* intesa, dello stesso. Il corpo umano, insomma, è una realtà ontica sostanziale e individuale, pur nel suo essere soggetto a mutamenti fisiologici e patologici, ed è umano... in virtù della sua umana procreazione; allo stesso modo la sua «essenza» ontologica è necessariamente razionale, in quanto il carattere della razionalità (ontologica) rappresenta e definisce lo statuto naturalmente proprio di ogni soggetto il quale è nel suo essere-in-sé.

Che le «funzioni»<sup>102</sup> razionali, poi, si possano esercitare solo attraverso il corpo o, per meglio dire, attraverso una parte del corpo

---

<sup>100</sup> Sul punto rinviano a PALAZZANI, *Introduzione alla biogiuridica*, Torino, Giappichelli, 2002, pagg. 30 e ss.

<sup>101</sup> Ivi comprese le decisioni autopoietiche dell'ente medesimo che pretendessi di realizzare attraverso di sé il progetto arbitrariamente/volontaristicamente elaborato per sé medesimo.

<sup>102</sup> Si badi a questo: le funzioni razionali sono una cosa, la natura o attitudine razionale è un'altra. Se è vero, infatti che laddove non vi sia la seconda, certamente non si possono avere le prime, come laddove manca il presupposto non può aversi conseguenza, non è altrettanto vero che la presenza della natura/attitudine razionale si traduca sempre e costantemente nella coorte di funzioni razionali ch'essa implicherebbe: un conto, infatti, è dire che un essere umano, in quanto tale, è un ente dotato di natura razionale, un altro conto è dire ch'egli possa effettivamente esprimere la sua natura razionale, ch'egli possa, cioè, effettivamente fruire e fare esperienza della razionalità che lo caratterizza sul piano ontologico. Si pensi al bambino, che



identificantesi nell'encefalo, il quale *naturaliter* presiede e sovrintende ogn'altra, è vero, ma è altrettanto vero che tutti gli animali sono dotati di encefalo, tutti i loro corpi, infatti, ne contemplano uno, pur di differenti fogge e dimensioni, ma – ecco il *quia* del discorso – solo quello umano, perché umano, consente all'uomo di essere latore di quell'attitudine alla razionalità che, come uomo, lo qualifica oggettivamente (*recte*, ontologicamente). Un tanto, allora, proprio depone a favore della «nostra» tesi, giusta la quale è l'umano concepimento dell'ente (vivo e vitale) che rende sempre e necessariamente umano il corpo dell'ente stesso, eppertanto che rende uomo in senso teoretico il soggetto che in esso si manifesta ed esprime (per quello che è *ut natura*) cogli «organi» che ha.<sup>103</sup> In definitiva – si badi bene – dobbiamo dire che nessuna parte del corpo, in quanto tale, dà all'essere umano la dignità sua propria (come, potremmo dire, nessuna parte del corpo, in sé considerata, gli dà la vita), non gli arti, non le viscere, non il

---

quest'ultimo sia un essere umano perfetto, non v'è dubbio, eppure egli non ha la maturità e quindi la possibilità di esprimersi razionalmente, in una parola... non può esercitare le funzioni razionali che deriverebbero dal suo essere un ente di natura razionale; un altro esempio: si ponga mente all'anziano colpito da una demenza senile degenerativa (*exempli gratia* dal c.d. morbo di Alzheimer), che questo sia un uomo in senso proprio non v'è dubbio, egli, però, ha perduto le facoltà razionali che punto gli consentivano d'esprimersi conformemente alla sua propria natura. Il problema – si badi – non è né astratto né cavilloso: esso, in verità, emerge pure da una lettura attenta dello stesso Codice Civile e dello stesso Codice Penale, in particolare la citata questione si appalesa nella diversa disciplina della capacità giuridica, coesistente all'uomo nato (il requisito della nascita altro non è che un errore mutuato dall'impostazione c.d. romanistica) e «in» esso perdurante *usque ad mortem*, e della capacità di agire, presente nell'uomo col raggiungimento della maggiore età, vale a dire col raggiungimento della maturità piena, ma suscettibile di venire meno per l'insorgere di problemi che lo rendano incapace di intendere e di volere. Quanto al Codice Penale, si pensi alla complessa e articolata disciplina dell'imputabilità: piena, salvo prova contraria dalla maggiore età, esclusa *iuris et de iure* prima dei quattordici anni ed esclusa *iuris tantum*, ammessa, quindi, la contraria prova, nel/pel periodo che va dai quattordici ai diciotto anni d'età.

<sup>103</sup> *Contra*, quelle teoriche ideologiche giuste le quali la c.d. “cessazione [*soi-disant* (nda) irreversibile delle funzioni dell'encefalo” (*sic* in Legge 578/1993, art. 1) determinerebbe la morte della persona: questa è un'impostazione teoreticamente sbagliata e giuridicamente «criminale», in quanto essa pretenderebbe di definire il «concetto» di morte, prescindendo dalla morte stessa e pretenderebbe di surrogare la c.d. morte naturale con un'elaborazione scientifica (quella della c.d. morte celebrale che è stata definita nell'ambito degli *Harvard Criteria*; cfr BEECHER, *A definition of irreversible coma: report of the Harvard Medical School Comm to examine the definition of brain death*, J.A.M.A. – Journal of the American Medical Association, 1968, 205(6), pagg. 337 e ss.), peraltro già smentita dai suoi stessi autori, sostanziantesi in una *fictio... iuris et scientiae*.

cuore ma nemmeno l'encefalo in sé considerato (nell'embrione, infatti, il cervello non è definito nella sua struttura e nel feto si sviluppa via via col svilupparsi dell'intero corpo), il quale, in quanto organo, come detto, non è proprio solo dell'uomo ma è comune a tutti gli animali, infatti... è veramente l'attitudine alla razionalità della persona (umana), nella sua propria unità ontica, è la sua attitudine al pensiero e alla comprensione morale delle cose (*id est*, del loro essere in sé, della loro natura) che rende umano «anche» il cervello stesso e con esso tutto il corpo, formato o non formato, nato o non nato, integro o deficiente, al quale l'encefalo, come ogn'altra parte, è fisiologicamente e naturalmente pertinente (in virtù del fatto di essere stato umanamente concepito). È l'umanità dell'uomo in sé, allora, che consente, colta la sua natura razionale, di «allocare» le funzioni intellettive nell'ambito del suo encefalo, onde risulta possibile e financo doveroso riscontrare ch'esso è la «sede» fisico-anatomica nella quale si sviluppa il ragionamento e alla quale fanno capo tutte le altre funzioni corporee, ciò non significa, però – si badi molto bene – che il cervello sia razionale in quanto tale, in quanto cervello-materia, in quanto organo in sé pensante, in quanto struttura anatomica capace di ragionamento, no! Questo sarebbe un grave errore: sia perché significherebbe confondere o, meglio, ridurre la dignità ontologica della persona alla «dignità funzionale» del suo encefalo, sia perché significherebbe attribuire *per relationem* il valore e lo *status* personale-soggettivo all'essere umano, come a dire che sarebbe la «funzionalità» operativo-razionale del cervello a fare, di un uomo, un essere umano/soggetto in senso proprio. Questo è assurdo ed è veramente inaccettabile, imperocché un simile ragionamento confonderebbe lo statuto ontologico dell'essere umano, rappresentato dall'attitudine alla razionalità, colla «mera» capacità del soggetto storico di fruire e di esprimere, nell'*hic et nunc* dell'esperienza, la razionalità stessa, in termini giuridici... varrebbe

quanto confondere la capacità giuridica (l'essere soggetto<sup>104</sup>) colla capacità di agire (il comportamento responsabile); in secondo luogo, un discorso come quello *supra* proposto determinerebbe la necessità logico-tecnico-operativa di non riconoscere alcuna «forma di umanità» a quegli'esseri umani i quali fossero (o diventassero) privi di capacità intellettuale (i *dementes*, i *mentecapti*, i *furiosi et coetera*) e ciò... proprio perché ne mancherebbe il «presupposto», inteso in senso meramente operativo (e funzionale). È ognorpiù vero il contrario, invece: non è, infatti, la «capacità di funzione», intesa come capacità funzionale all'elaborazione razionale dell'esperienza, che caratterizzi e che sia il *proprium* dell'essere umano, quale *proprium* del suo statuto ontologico, della sua natura, ma è la sua natura razionale, è il suo statuto ontologico-razionale che, in quanto tale, consente, a un organo del suo corpo, di esercitare fisiologicamente le funzioni razionali proprie del suo *status personae*.

Fermiamoci qui col discorso: crediamo, infatti, di avere ampiamente esposto al Lettore le nostre posizioni sui punti «toccati» dal ragionamento.

Un tanto premesso, allora, con una espressione certamente laconica, ma crediamo altrettanto efficace ai fini della nostra ricerca – la quale, quivi, ha per iscopo quello di definire la natura del corpo umano – possiamo ben dire che il corpo umano «serve» l'uomo o, più precisamente, ch'esso «serve» l'umanità dell'uomo. Sia chiaro, però, che il concetto del «servire», in questa sede, non dev'essere inteso in senso strumentale – sarebbe un errore – ma dev'essere inteso in senso teleologico-ontologico, vale a dire nel senso del perseguimento e del compimento naturale d'una finalità intrinseca

---

<sup>104</sup> Contra, la nota tesi di Francesco Santoro-Passarelli, secondo il quale, infatti, l'essere umano, nel suo essere soggetto dotato di capacità giuridica “è investito dall'ordinamento dello stato di persona come e in quanto membro di quel sommo aggregato sociale che è la comunione di tutti gli uomini o di tutti i liberi” (SANTORO-PASSARELLI, *Lineamenti di Diritto civile. Persone fisiche*, Padova, C.E.D.A.M., 1940, pagg. 11-12). *Contra* la tesi più vicina alla nostra sensibilità, sostenuta da Francesco Degni, a mente della quale “non v'è dubbio che ogni uomo, come tale, è persona, cioè soggetto di diritto: onde capacità giuridica è sinonimo di personalità” (DEGNI, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, Torino, U.T.E.T., 1939 – XVII, pag. 1).

allo statuto ontologico dell'ente-soggetto, finalità... alla quale il corpo umano «tende» e deve tendere proprio in virtù della sua stessa natura umana<sup>105</sup> (data dall'umano concepimento). Non è affatto corretto, quindi, opinare che il corpo umano serva all'uomo per realizzare i suoi proponimenti (più arbitrari) e per dare attuazione alle brame della sua volontà, ciò significherebbe, per l'appunto, intendere il «servire» in senso meramente strumentale e quindi il corpo alla stregua di un bene/mezzo posto alla mercé dell'uomo e della sua stessa *voluntas/voluptas*, è ognorpiù corretto, invece, ritenere che il corpo umano «serva» all'uomo... per «essere» e segnatamente per «essere umanamente uomo», ond'erge ben tosto la citata relazione teleologico-ontologica tra «corpo umano» e «uomo *in se*». Il fine naturale e razionale, dunque, del corpo umano è la vita dell'uomo che in/per esso si manifesta ed «è» nella sua sostanzialità individuale; il corpo, quindi, non può razionalmente/umanamente essere ritenuto alla stregua d'uno strumento dell'uomo per realizzare i più arbitrari obbiettivi ch'egli passionalmente si prefiggesse, non può servire all'uomo per svolgere qualsiasi attività egli avesse desiderio di svolgere, non può servire all'uomo per realizzare su di sé una progettualità purchessia, ma serve all'uomo – come testé dicemmo – per essere, per essere umanamente e per essere umanamente uomo. La natura del corpo umano, quindi, non è e non può essere considerata quella di un bene a disposizione del soggetto (pel soddisfacimento di ogni sua brama, compreso quella più disumana possibile che è rappresentata dalla negazione fisica di sé, attraverso il c.d. suicidio), ma è quella di una «condizione ontica del soggetto», nella quale,

---

<sup>105</sup> Talché – come osserva correttamente Giacomo Leclercq – “se esiste una natura umana, deve essere invariabile [... in quanto (nda)] la natura non è altro che l'insieme dei caratteri permanenti che caratterizzano un essere” (LECLERCQ, *Dal diritto naturale alla sociologia*, Roma, Edizioni Paoline, 1962, pag. 128). Ne deriva che lo statuto ontologico del soggetto non è suscettibile di trasformazioni e/o di adattamenti, nemmeno se questi fossero voluti/tentati da parte del soggetto stesso.

evidentemente, il soggetto stesso è espresso e si esprime nella/colla sua umanità e razionalità ontologiche.

## **2) Corpo e soggetto: la necessità/opportunità della «sintesi concettuale».**

“Tutti gli uomini, pronunciando il pronome «io» che necessariamente «accompagna» ogni individuo dal concepimento alla morte, fanno un’affermazione teoretica. In altre parole colgono e proclamano che l’*ens* umano ha coscienza ontica in quanto ente dotato della capacità naturale di «dire» legittimamente io”.<sup>106</sup> Il corpo umano, come detto, infine, non è il soggetto o, meglio, non è la struttura anatomico-noetica della soggettività del soggetto stesso, la quale andrebbe a inverarsi nella sua dimensione corporale, infatti, mutilare un corpo (umano) non significa privare di dignità soggettivo-umano-personale il soggetto stesso, ma è, propriamente, la condizione sostanziale per la sussistenza ontica della persona umana, condizione evidentemente coessente alla stessa condizione teleologico-ontologica, rappresentata dall’attitudine alla razionalità, propria dell’*ens humane conceptus*. Di talché... la mutilazione e/o l’automutilazione del corpo, se non è finalizzata alla salvaguardia del corpo stesso (quindi, se non è veramente terapeutica), come ogni atto che rechi nocimento al corpo umano, in altro non si può compendiare, se non in una violenza al corpo medesimo, la quale, *ex funditus*, non può che tradursi – ma non transitivamente (!) – in un’offesa, in un oltraggio alla persona e alla soggettività della persona stessa. Si badi, lo ribadiamo: la mutilazione *de qua* non si traduce in una mutilazione della personalità, nel senso di una *capitis deminutio* con riguardo alla sua stessa dignità umano-soggettiva, questo sarebbe impossibile in virtù delle vedute considerazioni, ma si

---

<sup>106</sup> CASTELLANO, *L’ordine politico-giuridico «modulare» del personalismo contemporaneo*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2007, pag. 5.

traduce, propriamente parlando, in un atto che dev'essere ritenuto contrario allo *ius*, al *mos* e al *fas* in quanto esso si sostanzia in una forma d'indebita violenza su quel corpo che è umano e che, in quanto umano, rappresenta la «condizione naturale» della stessa umana esistenza del soggetto. Nessun «atto indebito» verso il corpo (umano) – a bene intendere le cose – è, in sé, un atto capace di privare il soggetto/persona della sua propria umanità (salvo la soppressione della vita dacché *mors omnia solvit* e il cadavere non è uomo), nemmeno quell'atto turpe che gl'imponga di vivere come vivono le bestie e nemmeno quell'atto che privi radicalmente il soggetto stesso di ogni possibilità di esprimersi, di relazionarsi *et coetera* (si pensi alla riduzione in ischiavitù), ma certamente questi atti, posti in essere da qualcheduno contro qualchedun altro, o dal soggetto contro sé stesso (magari per «contratto»), non rileva, sono atti che offendono l'umanità della persona, sono atti, cioè, che offendono – pur senza farla venire meno – la sua stessa dignità di soggetto (giuridico) – la quale è e resta ontologicamente (!) propria dell'ente in questione – e ciò... proprio perché, se è vero che il soggetto non è il suo corpo, è altrettanto vero che il suo corpo è lo «elemento costitutivo» della sua stessa individualità sostanziale ed è la condizione normale, naturale e reale (ontica) attraverso la quale l'essere umano è e si-manifesta *in rebus mundi* nella sua umanità (ontologica).

Un esempio, forse inopportuno, ma crediamo efficace, schiarirà il nostro pensiero. Si pensi a un quadro, ebbene uno sfregio alla tela non è, propriamente parlando, uno sfregio al quadro nel suo essere opera d'arte, opera dell'ingegno e ciò, in quanto lo sfregio medesimo nulla toglie al valore artistico e alla qualità dell'opera, la quale, infatti, ha valore (ἄξια) nella sua espressione d'arte e in virtù di essa e ciò, ovviamente, al di là del suo stesso «stato di conservazione». Vero è... che se l'opera artistica fosse latrice di un valore artistico nella mera misura in cui il sostrato materiale ov'essa è rappresentata fosse integro, lo stesso restauro delle cc.dd. belle arti

sarebbe illogico e inspiegabile e parimenti inspiegabile sarebbe ogni forma di «visita» e di ammirazione ai Fori imperiali di Roma o a ogn'altra «espressione» del passato non perfettamente conservata: il degrado dovuto all'obsolescenza dei materiali, infatti, dovrebbe determinare il venire meno di ogni pregio e di ogni valore artistico delle opere stesse. Così non è: l'opera, infatti, vale... pel suo valore, vale, cioè, pel valore dell'opera stessa, non già pel valore o per l'integrità materiale, del *corpus mechanicus* ov'essa è impressa. Il quadro, quindi, dal quale abbiamo tratto le mosse, ha un suo valore, che possiamo definire *lato sensu* artistico, non in virtù dell'integrità della tela, la tela integra, infatti, non è, di per sé, un quadro, né vale come quadro o come opera d'arte, ma in virtù della bellezza estetica e dell'equilibrio figurativo che ne caratterizza il disegno, quale «visione artistica» dell'autore. È ben vero, ora, che distrutta la tela, infondo viene a mancare il quadro inquantoché esso non può più esprimersi pel valore che ha e non può più rappresentare la «visione artistica» che ne fu cagione di pregio. Ebbene, lo medesimo discorso – *mutatis mutandis* – può ben plasmare il contenuto delle riflessioni che ci anno affaticato nelle pagine precedenti e anzi... può renderlo davvero piano agl'occhi del Lettore. Si pensi, allora, all'essere umano come a un quadro di pregio, dove la tela rappresenta il corpo umano e la «visione artistica» del dipinto rappresenta la natura, l'essenza del soggetto. Ne viene che senza tela non vi possa essere il quadro e che nel momento in cui la tela venisse completamente distrutta, distrutto dovrebbe ritenersi pure il quadro, similmente... senza corpo umano non c'è uomo e la morte del corpo umano determina la cessazione (terrena) dell'uomo, nel suo essere soggetto. In secondo luogo, val bene considerare che ogni sfregio arrecato alla tela del quadro, ogni sua forma di consunzione *et coetera*, se deturpano la tela stessa, anche gravemente, certo non intaccano il valore dell'opera d'arte, la quale è e resta nella «visione artistica» da essa medesima espressa; in virtù di un tanto, allora, se ne deve

fare e se ne fa il c.d. restauro, vale adire che si deve intervenire per mantenere la tela stessa e per preservarla dal degrado che sta subendo. Ciò detto, spostando l'attenzione sul problema della persona, giova rilevare che anche la mutilazione del copro umano, come il suo invecchiamento o la sua malattia, se rappresentano «vizi», più o meno gravi, del corpo stesso, certo non determinano una perdita o una diminuzione (*capitis deminutio*) dell'umanità del soggetto e in virtù di questo – si badi – è doveroso procedere colle terapie medico-clinico-chirurgiche – fin quando possibile secondo scienza e coscienza (mediche, *id est*, proprie dell'arte medica) – atte alla preservazione del corpo e in/con esso del soggetto. Il quadro, da ultimo, non è la tela, come abbiamo già detto, allo stesso modo possiamo e dobbiamo dire (*recte*, ripetere) che il corpo umano non è il soggetto, tuttavia... come la tela rappresenta il *corpus mechanicus* ontico del quadro stesso e ciò perché essa ingloba in sé medesima il valore e il significato ontologico dell'opera d'arte: la tela non è l'opera d'arte, insomma, ma l'opera d'arte è in essa indissolubilmente inscritta; allo stesso modo il corpo umano non è il soggetto e non è il valore della soggettività della persona, ma esso rappresenta ed è il presupposto, *recte*, la condizione ontica dell'individualità sostanziale nella quale si esprime ed è pienamente compiuto il valore e lo statuto ontologico del soggetto.

Arrivati a questo punto della Trattazione, ora, crediamo di avere posto quantomeno le basi (teoretiche) per abbozzare una risposta alla domanda dalla quale traemmo le mosse del nostro ragionamento. Ci chiedemmo, infatti, quale fosse la natura del corpo dell'uomo e ciò, allo scopo precipuo di potere dire per quale ragione il corpo stesso non possa essere oggetto di «destinazione economica» da parte della persona, *sub specie* di uso/sfruttamento di esso a fini di trarre profitti e mercedi. Giungemmo a dire che il corpo umano rappresenta la condizione ontica del soggetto, ovverosia quella sua stessa sostanza individuale, nella quale è e si



manifesta lo statuto ontologico che caratterizza l'essere umano nel suo essere in sé. Ciò significa – pare oltremodo chiaro – che ufficio proprio del corpo non è quello di servire la *voluntas/voluptas* dell'essere umano, come fosse un bene posto alla sua mercé, per dar prova del proprio talento imprenditoriale o altro, ma è segnatamente quello di servire l'essere umano pei fini della sua umana esistenza, è quello di rappresentare ed essere, quindi, la sostanza ontica del soggetto. Il fine del corpo umano, allora, nella sua datità ontica, è teleologico-ontologico e giammai strumentale, in quanto esso serve all'uomo per essere nella propria condizione naturale (di *ens naturae rationalis, individua substantia*). Se fino a questo punto i collegamenti e i nessi del/nel ragionamento disviluppato risultano chiari e palesi agl'occhi di Chi legge, tostò il Lettore dovrà convenire con noi nell'osservare che il corpo umano non è affatto una *res* – tantomeno una *res in commercium* – e che sarebbe non solo singolare, ma addirittura improprio e inopportuno, teoreticamente assurdo, impossibile ed errato, usare del corpo umano come fosse *res frugifera*. Ciò sarebbe assurdo in sé, ovviamente, giusta le premesse, ma lo sarebbe *a fortiori* se sol volesse considerarsi che una siffatta condotta determinerebbe *ex se* una forma di oltraggio all'umanità del soggetto, non una forma di *capitis deminutio*, questo no, lo abbiamo ampiamente detto, ma certamente una forma di offesa, di *iniuria* e ciò, proprio perché ne verrebbe lesa, di fatto, la sua condizione ontica, ne verrebbe lesa, cioè, quella sostanza individuale in virtù della quale il soggetto medesimo è ed essendo, è sé stesso. Non solo, l'uso per scopi economici o comunque strumentali del corpo, correlativamente, rappresenterebbe pure una sorta di «eterogenesi dei fini», o, per meglio dire, una sorta di uso irrazionale del corpo umano, di uso del copro umano, quindi, per finalità diverse da quelle che esprime il suo proprio statuto ontologico(-teleologico): la natura stessa degli enti, infatti, ivi compresa quella del corpo umano, è normativa e regolativa delle condotte da tenere in

relazione agl'enti medesimi. Ebbene, se la natura del copro umano è quella che testé abbiamo detto essere, ogn'altro «uso» (strumentale) o, meglio, ogni «uso» in senso stretto, ne rappresenterebbe una violazione.

Alle domande cui i rigi precedenti hanno tentato di rispondere noi pervenimmo, in seno al nostro ragionamento – lo rammenterà, il Lettore – con lo scopo di argomentare e di fondare (teoreticamente, *si parva licet componere magnis*) l'assunto in forza del quale l'attività del meretricio non avrebbe potuto considerarsi «decita» in sé, o, meglio, non avrebbe potuto considerarsi alla stregua di un atto della libertà «dello» agire e quindi non avrebbe potuto inverare in sé stessa una forma di diritto «di» agire e segnatamente... di diritto di/a sceglierlo liberamente, umanamente, razionalmente quale professione, arte o mestiere da svolgere per trarne i sostentamenti necessari alla quotidianità della vita. Il meretricio, insomma, in virtù delle considerazioni fatte, oltre a non potere rappresentare un'opzione valida, per quanto attiene alla determinazione del soggetto in ambito lavorativo e all'esplicazione dei suoi «talenti professionali», dev'essere considerato (*recte*, giudicato) irrazionale, eppertanto disumano, proprio perché esso non consiste nello sfruttamento economico di un'attività che l'uomo stesso svolge mercé il proprio corpo, la quale pur darebbe adito a valutazioni in ordine alla «meritorietà» (*id est*, bontà, giuridicità, razionalità, umanità), o meno, dell'attività stessa,<sup>107</sup> ma segnatamente consiste nello sfruttamento (diremo *lato sensu* imprenditoriale, ma solo per quanto attiene alle modalità esecutive, non certo per quanto concerne la sostanza

---

<sup>107</sup> La dedizione al furto o all'omicidio su commissione, all'estorsione o alla truffa, certamente non rappresentano forme di sfruttamento del corpo umano, inverandosi, infatti, in attività dell'uomo poste in essere, ovviamente, col proprio corpo o, meglio, colla forza, coll'ingegno *et coetera* del proprio corpo, nondimeno... sulla illiceità sostanziale (e anche formale, giusta il Codice Penale: si pensi all'art. 624 c.p. pel furto, all'art. 575 c.p. per l'omicidio, all'art. 629 c.p. per l'estorsione, all'art. 640 c.p. per la truffa) di siffatte condotte, *nulla quaestio*! Ne deriva che altro è considerare illecito lo sfruttamento del corpo umano per finalità di comodo e questo è sempre illecito proprio perché ciò s'invera nell'uso del corpo stesso in ispregio alla sua natura e altro è vagliare razionalmente/umanamente/giuridicamente la liceità o meno di un'attività posta in essere dall'uomo.

dell'attività d'impresa che, se è impresa in sé, non può che essere «buona», *id est*, razionale e umana) del corpo umano per fini di profitto economico; ne deriva che il meretricio, in quanto tale, postula una forma di reificazione del corpo dell'uomo e un approccio, a esso, sovrapponibile a quello che potrebbe descrivere l'abuso di un bene materiale, di una *res fruigifera*, da parte del titolare del diritto di proprietà su di essa. Abbiamo testé usato l'espressione «abuso», intendendola in senso moderno, al di là della sua etimologia<sup>108</sup> – si badi molto bene – proprio per dire che il meretricio medesimo s'invera nell'uso del corpo umano, nel suo sfruttamento, in ispregio (!) alla natura dello stesso, in ispregio, cioè, al suo proprio statuto ontologico, quindi in palese «violazione» della sua natura oggettiva, d'onde... l'irrazionalità evidente, innanzitutto si di un «piano logico», della pratica della prostituzione, *ergo* la sua evidente disumanità e anti giuridicità.

Che l'Ordinamento giuridico positivo non la punisca, poi, è un discorso diverso il quale, però, non può consentirci di farne derivare una sorta di legittimazione «*a contrario*» né, tantomeno, una sorta di diritto soggettivo-positivo (*sub specie*, di diritto volitivo) che la contempli o che la possa, anche latamente, contemplare come «pratica in sé lecita».<sup>109</sup>

---

<sup>108</sup> Il verbo «abusare», infatti, deriva dal latino *ābūtor, ābūtēris, abusus sum, ābūti*, il cui significato dev'essere reso – per quello che quivi rileva – coll'espressione italiana «consumare», vale a dire... usare del bene, anche fino alla sua piena consunzione, nel modo, però, conforme alla natura del bene stesso; così, peraltro, dev'essere inteso il significato dello *ius utendi et abutendi* che defini(va)sce il contenuto del c.d. diritto di proprietà, quale diritto del *dominus*, allora, di usare dell'oggetto del suo diritto e financo di consumarlo, nel rispetto – questo è il punto – della natura e della funzione del bene medesimo. Un esempio: il proprietario di un campo di grano ha senz'altro il diritto di usare del grano che produce per venderlo o per trarre farina per sé (o alimento pei proprii animali) o per altro scopo, ma non ha certo il diritto, a titolo d'esempio, di lasciarlo marcire o di bruciarlo, perché un tanto, nell'ottica dello *ius utendi et abutendi*, rappresenterebbe un arbitrio, in termini moderni, diremmo... un abuso, *id est* un uso del bene scorretto, contrario alla natura del bene stesso. Su questi presupposti, infondo, si basava anche la logica della spigola e del legatico nella loro essenza autenticamente giuridica, la quale, *de iure condito*, è stata arbitrariamente sovvertita e anzi snaturata coll'impostazione napoleonica; oggi, infatti, spigola e legatico, assieme al raspollamento, rappresentano fattispecie attenuate di furto, punibili a querela dell'offeso, giusta il disposto dell'art. 626 co. I n. 3) c.p.

<sup>109</sup> Oltrecché contrario alle stesse *rationes* del Sistema positivo: vero è, infatti, che la Legge penale – ci riferiamo alle disposizioni «penali» della c.d. Legge Merlin (l. 75/1958) – persegue

---

“chiunque recluti una persona al fine di farle esercitare la prostituzione” (l. 75/1958, art. 3, co. IV) e non persegue, invece, il datore di lavoro che assuma dipendenti comandando loro di svolgere, presso terzi, prestazioni *lato sensu* professionali, come a esempio quelle che competono a un barbiere, a un sarto, a un infermiere, a un fisioterapista *et coetera*. Un tanto – a noi sembra lapalissiano – tosto vuole significare che lo medesimo Ordinamento positivo giudica o quantomeno considera «negativamente», *rectius* non-giuridica (*in se*), l'attività del meretricio; vale a dire che un'interpretazione sistematica dell'intero (!) complesso normativo, letto per quello che esso dice e per quello che esso non-dice (espressamente/esplicitamente), porta a ritenere che il mercimonio di «prestazioni intime», *sub specie legis*, abbia da essere considerato come qualche cosa di contrario ai principii della ragione e del diritto e quindi come qualche cosa di «inadatto» a rappresentare un modo di estrinsecazione giuridica della propria «sensibilità» e del proprio «interesse» in campo lavorativo, altrimenti... (*argumentum a contrario*) non vi sarebbe motivo alcuno di perseguire e di punire colui il quale lo favorisca o lo gestisca (come i tenutarii delle case di tolleranza amministravano la loro «attività economica») in forma *lato sensu* imprenditoriale. Perché punire, infatti, colui il quale promuove od organizza, col consenso e colla volontaria adesione dei proprii «dipendenti», un'attività redditizia perfettamente legittima, morale e giuridica? Perché impedire, ancora, a un «imprenditore» di esplicitare in siffatta guisa il proprio «genio» e la propria libertà d'impresa? E perché impedire – guardando al problema dall'altro lato – alle meretrici di giovare delle cautele proprie di coloro i quali prestano la loro libera e giuridica opera professionale alle dipendenze di un padrone? Forse che queste... non sono vere libertà? Forse che questi... non sono veri diritti? Forse che quest'attività... non è giuridica, ma ontologicamente anti-giuridica? *Caveat!* È ben vero, ora, che la legge non punisce la prostituta in quanto tale, vale a dire in quanto esercente il meretricio... nulla, però – si badi bene – consente di legittimare un'interpretazione che da quest'aspetto ricavi la giuridicità/liceità sostanziale della prostituzione stessa, ond'essa abbia ragione per essere considerata e rivendicata in guisa di diritto subiettivo, finalizzato al libero esercizio della libertà umana da parte di chi decida di praticarla... per mestiere (o per altro). L'assenza di trattamento sanzionatorio a carico della prostituta, invero, avviene per mere ragioni di «politica del diritto» o, meglio, per mere ragioni di opportunità gius-normativa: da un lato, infatti, la funzione general preventiva della norma (repressiva della prostituzione in sé) sarebbe comunque scarsa: colei la quale è disposta a prostituirsi, difficilmente potrebbe esserne dissuasa dalla minaccia di una sanzione; da un altro lato, poi, si potrebbe financo ritenere che l'Ordinamento abbia assunto una siffatta conformazione in quanto abbia ritenuto ognorpiù iniquo comminare una pena a colei la quale (idealmente) versa in condizioni tali da arrivare a «punire» moralmente e materialmente sé stessa, punto facendo(-si) mercato del proprio corpo. Ciò detto, senza incardinare ulteriormente la questione sul problema teorico-penalistico, è mestieri di osservare che ai medesimi «esiti interpretativi» si deve e si può arrivare anche considerando il Codice Civile e segnatamente l'art. 2035 c.c., ov'è disciplinata la «sorte» della prestazione eseguita da una parte in adempimento di contratti nei quali entrambe le parti versano *in re illicita*. La citata disposizione – come è noto – recepisce la tradizionale regola in virtù della quale *melior est condicio possidentis*, onde ne emerge una valutazione d'opportunità giuridica svolta dal Legislatore, giusta la quale nel caso in cui un'obbligazione venga assunta *ob turpem causam*, come nell'ipotesi, «da manuale», del contratto colla meretrice (contratto evidentemente *contra bonos mores*) e una delle due parti abbia adempiuto, qualora l'altra non volesse adempiere, essa non sarebbe tenuta alla *restitutio*. Tanto interessa, insomma, all'Ordinamento di evitare la realizzazione d'un proponimento oggettivamente illecito, che fa «passare in secondo piano» lo stesso ipotetico arricchimento senza causa o, per meglio dire, che riconosce all'arricchimento *de quo* una causa *extra*-contrattuale ed *extra*-obbligatoria, pur giuridicamente meritevole, sì da considerarlo in guisa di «giusto compenso» per avere, la *pars desistens*, receduto dal proposito di compiere l'atto illecito cui sarebbe stata contrattualmente obbligata. In verità... andrebbe prima considerato che ogni contratto latore di una causa illecita è giuridicamente nullo *ex art. 1418 c.c., co. II* e che è parimenti illecito, sempre a mente della medesima disposizione, ogni negozio (contrattuale) che sia supportato da motivi illeciti, comuni

Ciò detto, si badi a questo che noi non ci siamo soffermati, nel nostro ragionamento, sulla valutazione del meretricio *sub specie* di attività, non l'abbiamo proprio considerato un'attività e un tanto, in virtù del fatto ch'esso non è, propriamente parlando, una attività e non può giammai essere inteso in questo modo: sarebbe un errore concettuale e teoretico, imperocché la pratica stessa del meretricio non s'invera in una condotta, magari turpe, che il soggetto pone in essere attraverso il proprio corpo per realizzare un obbiettivo anche ignobile o disdicevole sul piano morale, no! Il meretricio, infatti, si sostanzia nello sfruttamento materiale e diretto del proprio corpo, nella locazione del corpo in quanto tale, o, per meglio dire, in quanto «bene/valore (ritenuto) economico» da cui ricavare frutti, in definitiva... il meretricio *in se* si qualifica *sub specie «iuris»*, in quella che le Istituzioni di Diritto Privato romano definirebbero alla stregua d'una *locatio rei*, d'una locazione di cosa, ovviamente, allo scopo precipuo di ottenerne una mercede in danaro o in altra utilità. Un tanto precisato, è mestieri di porre mente ad alcune riflessioni e tosto giova renderle palesi, all'attenzione del nostro Lettore, proprio al fine di apparecchiare una prudente risposta alle possibili «obbiezioni critiche» che pur potrebbero mettere in discussione il nostro ragionamento: si potrebbe contestare, infatti, che anche il manovale o il bracciante o, comunque sia, quella persona che lavorasse prevalentemente usando delle proprie forze fisiche e che da queste traesse, così il «significato» della propria attività lavorativa, come la cagione degli emolumenti che giustamente avrebbe titolo di percepire, in fondo, altro non faccia che mettere a frutto il proprio corpo, vero è... che la sua forza-lavoro dipende, in definitiva, dalla sua *validudo*, dunque dalla sua costituzione

---

ad entrambe i contraenti. Un tanto significa che la stessa libertà o, per essere più corretti, la stessa autonomia contrattuale non si compendia affatto in una sorta di diritto volitivo privo di contenuto, tale per cui il *subiectum contrahens* possa dedurre in obbligazione qualsiasi cosa e possa dedurla con qualsivoglia scopo. A di là di ogn'altra considerazione, anche in questo caso si può agevolmente notare come l'Ordinamento non riconosca per giuridica e conseguentemente per meritevole di tutela, ogni volizione soggettiva dell'essere umano ancorché essa venga formalizzata in un negozio simil-contrattuale.

fisica, la quale, com'è evidente, dev'essere «adeguata» e «prestante» nell'ordine del rendimento operativo cui è destinata. Si pensi, a titolo d'esempio, al minatore, ebbene, potrebbe dirsi che egli, nell'adempire i proprii obblighi lavorativi, altro non faccia che mettere a disposizione del padrone il proprio corpo, invero.... il suo lavoro vale, nell'ambito del c.d. contratto di lavoro, per la forza che il suo stesso corpo riesce a esprimere e segnatamente a esprimere nell'ambito delle attività manuali (di c.d. prestazione di manodopera) cui è destinato. Nessuno, infatti, potrà contestare che un essere umano, il quale non riuscisse a sollevare pesi, soffrisse di claustrofobia o avesse una costituzione gracile e inadatta alle fatiche della miniera, non potrebbe materialmente (*rectius*, fisicamente) svolgere l'attività di minatore; allo stesso modo si potrebbe correttamente dire che un bracciante agricolo svolge la sua attività, proprio mettendo a frutto il corpo che ha: anche in questo caso, invero, per adempire i compiti che sono proprii del suo stesso «ruolo» è necessario ch'egli disponga di una prestanza fisica adeguata, *ibidem* pel manovale edile, il quale è pur soggetto a portare pesi, a lavorare con attrezzi impegnativi sotto il profilo fisico, a rimanere esposto a condizioni climatico-atmosferiche non sempre ideali *et coetera*. Gli esempi, ovviamente, potrebbero continuare. Se noi, tuttavia, dovessimo considerare attentamente le ipotesi *de quibus* e porle in confronto col meretrizio, dovremmo tosto rilevare, non solo, che non sussiste alcuna somiglianza tra essi, ma, addirittura, che non sussistono proprio termini per operare un siffatto paragone. Procediamo con ordine, allora, e vediamo di definire più chiaramente i concetti da un punto di vista logico-critico. Ebbene, è certamente vero – si badi – che il bracciante, il manovale *et coetera* abbiano una loro «posizione» lavorativa e un loro scopo, nell'ordine dell'attività d'impresa, solo in virtù della «forza muscolare» e della «resistenza fisica» che riescono a mettere a frutto nell'ambito delle fatiche cui viene destinata la loro manodopera ed è anche vero che, spesso, le

condizioni di lavoro possono essere o essere ritenute tali da recare nocumento alle ragioni della salute del loro corpo, tuttavia... nulla, davvero nulla consente di dire che i soggetti *de quibus* abbiano locato il proprio corpo in guisa di *res frugifera*, nulla, cioè, consente di dire che nei casi veduti vi sia o vi sia stata una forma di reificazione del corpo umano, data dal fatto in virtù del quale i compensi pattuiti e corrisposti ai lavoratori, dipendano dalla disponibilità di usare del loro corpo, sia pure nei limiti di un ipotetico contratto di locazione (di cosa), da parte di un terzo soggetto. È ben vero, invece, che nei veduti casi, la controprestazione corrisposta in forma di salario o, comunque, in forma di emolumento, rappresenta il compenso per una «attività» svolta (non per un bene ceduto in regime di locazione), rappresenta, cioè, il «prezzo» pagato dal padrone o dal committente per compimento di determinate operazioni (!) comandate ai braccianti o ai manovali di cui abbiamo parlato. E le «operazioni» *de quibus* – sia ben chiaro – richiamano il concetto di attività, di attività lavorativa, non certo quello di rendita, intesa come rendita economica di un bene-capitale da mettere a frutto, facendolo usare ad altri e ottenendone pigioni. I manovali e i braccianti di cui abbiamo parlato, sia pure a titolo d'esempio, quindi, adempiono e hanno adempiuto il loro obbligo contrattuale proprio ponendo in essere una attività, un'attività materiale, un lavoro e non già concedendo ad altri di trarre «vantaggi e/o utilità» dallo sfruttamento del proprio corpo, in quanto tale. Semplificando: i due termini del ragionamento, per così dire, da un lato vedono lo svolgimento di un'attività, da parte dei soggetti chiamati a svolgerla e lo sfruttamento economico della stessa, da parte del padrone o del committente e dall'altro vedono la messa a disposizione del corpo umano, da parte della meretrice lo sfruttamento diretto e immediato dello stesso da parte del «conduttore-cliente». Sono due cose diverse, evidentemente! Fare qualche cosa per qualcheduno, infatti, non equivale a lasciare che qualcheduno usi di un bene proprio. Che l'attività di

manovalanza di cui abbiamo parlato, poi, sia un'attività prevalentemente fisica e non (solo) intellettuale e che essa consista nell'impegno muscolare del corpo umano, ai fini della produzione di forza attiva e di c.d. manodopera, è vero ed è pacifico, ma essa è e resta – lo ribadiamo – un'attività «del» soggetto, un'attività posta in essere dal soggetto attraverso il proprio corpo, il cui fine, infatti, è quello di realizzare un determinato *opus* o di svolgere un determinato compito. Si tratta, insomma, di un lavoro manuale il cui *dominus* è e rimane colui il quale lo svolge... colle proprie mani, si tratta, quindi, di un lavoro in sé, il quale – come è ovvio – non è né un valore, né un bene, ma è, propriamente parlando, una attività dell'uomo (!), vale a dire un'attività che l'uomo pone in essere per fini economici e anche, auspicabilmente, per gratificare sé stesso, nella consapevolezza di adempiere un dovere morale che involge gl'obblighi verso la propria famiglia, verso la patria *et coetera*. È ovvio – lo diciamo subito a scanso di equivoci – che ci sia lavoro e lavoro e che un'attività, in quanto tale, non basta per nobilitare sé stessa e per consentire un giudizio di razionalità, umanità e giuridicità in ordine a essa: già ricordammo, infatti, che anche il ladro svolge un'attività, quella di rubare e anche l'assassino svolge un'attività, quella di uccidere ed è pur possibile che entrambe svolgano la loro attività in guisa di lavoro, vale a dire per procurarsi i proventi necessari o utili ai fini del sostentamento, tuttavia... le attività in questione sono e si definiscono illecite, proprio in quanto esse sono contrarie alla ragione, alla natura umana e ai principii del diritto, però... anch'esse sono attività in senso proprio, a differenza del meretricio che, per l'appunto, è atto di concessione del proprio corpo in regime di *locatio rei*. Già spiegammo, peraltro – lo rammenterò, il Lettore – la ragione in virtù della quale le citate attività e con esse, quelle consimili, non possono affatto essere oggetto di rivendicazione d'una libertà dell'agire, quindi di un diritto di agire, propriamente detti.



I termini del discorso sono già ben chiari, almeno a nostro avviso, più chiari saranno, però, allorquando si volesse considerare che, *mutatis mutandis*, alle medesime conclusioni ben potrebbe/dovrebbe arriversi principiando da un esempio il quale contempi una prestazione d'opera intellettuale, sia essa realizzata nell'ambito di un rapporto professionale (*exempli gratia*, quello del medico, verso il paziente o quello dell'avvocato verso il cliente) o di dipendenza. Anche in questo caso, infatti, non v'è alcuna locazione di cose, materiali o immateriali, da parte del professionista verso il proprio «committente»: il professionista, infatti, non concede in regime di locazione il proprio «sapere professionale», il proprio «genio tecnico», tantomeno il proprio cervello, ma «si limita» a svolgere un'attività – la quale ha in sé il carattere dell'intellettualità e non quello della muscolarità (carattere peculiare delle attività contemplate negl'esempi di prima) – a favore o, meglio, nell'interesse di chi ha domandato la sua opera. Ciò che discerne, insomma, la prestazione d'opera intellettuale, dalla prestazione di manodopera non è la natura del rapporto, che resta quella di una prestazione *lato sensu* di *facere*, ma è l'oggetto dello stesso, il quale certamente incide sulla disciplina negoziale, per quanto non la possa trasformare in termini radicali. È ben corretto, allora, che una fattispecie sostanziantesi in un rapporto professionale rientri nell'ambito di quella che tradizionalmente si definisce come *locatio operis*: essa, infatti, si distingue giustamente dalla prestazione di manodopera – la c.d. *locatio operarum* – perché diverso è il contenuto dell'attività richiesta e svolta e perché diverso è, generalmente, il regime delle rispettive obbligazioni (di risultato quelle che conseguono a una *locatio operarum*, di diligenza quelle che derivano da una *locatio operis*), ma – questo è il punto archimedeo del discorso – la *locatio operis*, infondo, partecipa della medesima essenza della *locatio operarum* e ciò... sotto il profilo dello svolgimento di un'attività, sotto il profilo, cioè, della locazione «non» di un bene, ma di un servizio, di un

lavoro, di una attività... materiale, nel secondo caso o intellettuale, nel primo. Entrambe, la *locatio operis* e la *locatio operarum*, dunque, si discernono e debbono discernersi radicalmente, dalla c.d. *locatio rei*, dove l'oggetto della locazione, evidentemente, è rappresentato da un bene (non più da un'attività), da una *res* e le obbligazioni del locatore si riducono alla messa a disposizione del conduttore del bene stesso e alla manutenzione di questo, nello stato idoneo all'uso convenuto. In quest'ultimo caso, quindi, la obbligazione del locatore è un'obbligazione di *dare*, ovviamente non è il *dare* che grava in capo all'alienante, ma è comunque un *dare* che ha a oggetto un bene materiale, contrattualmente rilevante per l'utilità che da esso può trarre o ritiene di potere trarre il conduttore, tenuto a pagarne il canone locatizio o pigione; nelle prime due fattispecie, invece, l'obbligazione è di *facere* e nell'attività di «questo» *facere* dell'obbligato viene a definirsi l'utilità economica della controparte, tenuta a corrispondere un salario o a pagare una parcella a fronte della prestazione ricevuta.

Il discorso fino a qui portato innanzi e i ragionamenti ch'esso ci ha imposto di sviluppare – si badi molto bene – non rilevano solamente con riguardo alla citata fattispecie del meretricio, questo, infatti, è un esempio che abbiamo voluto usare per rendere più agevole e scorrevole la lettura del testo e la sua stessa comprensione, ma esplicano il loro interesse su ogni situazione nella quale il corpo umano venga «trattato/considerato» alla stregua di un bene da usare al fine di trarne profitto o, comunque, per finalità di comodo, *lato sensu inteso*. La nostra Trattazione, infondo, dovrebbe consentire, in termini generali o, meglio, universali, di dire per quale ragione ogni forma di mercificazione/reificazione del corpo umano sia, non solo turpe su di un piano morale, ma soprattutto antigiuridica su di un piano tecnico, perché disumana, contraria alla libertà dell'uomo, irrazionale e inaccettabile sul piano della radicale difformità di essa all'ordine naturale

delle cose e segnatamente del corpo umano nel suo statuto ontologico-teleologico.

### **3) Il corpo, le sue parti i suoi prodotti: l'impossibile «mercato»...**

Un'ipotesi fenomenologicamente diversa dalla fattispecie del meretricio, ma infondo sovrapponibile dal punto di vista dell'analisi «teoretica», invero, è quella che riguarda la «cessione», a qualunque titolo, di porzioni (fisiologicamente necessarie) del proprio corpo, il cui «distacco» rechi, ovviamente, un (certo) nocumento al corpo stesso.<sup>110</sup> Si pensi, allora, alla «cessione» di quegli organi o di quelle porzioni di organo, la quale, se provoca un ovvio ed evidente danno al fisico, alla sua salute e alla sua integrità, non comporta (*ex se*) eziologicamente la morte o l'inabilità totale della persona che punto subisce la citata «privazione». L'esempio più immediato, per intenderci, è quello che concerne la «cessione» del rene: il cedente non subisce, infatti, per effetto dell'ablazione dell'organo stesso, una lesione mortale e ragionevolmente non patisce, nemmeno, una forma di totale inabilità, certo che, però, il di lui fisico non può che averne un detrimento e ciò... in termini di «benessere» e di «funzionalità» non solo operativa. Al fine di delimitare, allora, il *thema* del nostro discorso, dovremmo dire ch'esso non concerne quegli atti dispositivi del proprio corpo che non rechino alcun detrimento al corpo stesso e nemmeno concerne, all'opposto, quelli che provocano una lesione causalmente idonea a determinare la morte del soggetto, ovvero la di lui totale e irreversibile

---

<sup>110</sup> Non parliamo, quindi, della compravendita (o comunque della cessione) di quelle porzioni del copro umano il cui distacco dal corpo medesimo sia naturale e del tutto fisiologico e che si caratterizzi, quindi, pel fatto di non arrecare alcun danno e di non essere foriero di alcuna menomazione: si pensi, a titolo di mero esempio, alla cessione/vendita delle chiome, o alla cessione/donazione di un quantitativo di sangue il quale non alteri assolutamente l'equilibrio fisico dell'organismo. Ritorneremo, comunque, nel Testo su questo punto per meglio svilupparlo in appresso.

inabilità; il discorso, infatti, riguarda l'atto dispositivo del proprio corpo, sì nocivo per l'integrità del corpo stesso ma non letale o debilitante in senso radicale e l'esempio fatto della cessione del rene, «calza» – come direbbero i semplici – perfettamente. Definito, ora, l'oggetto del nostro esame, è mestieri di rilevare che anche nei casi *de quibus*, similmente alla fattispecie del meretricio di cui abbiamo parlato nelle pagine precedenti, il corpo umano viene giuocoforza considerato alla stregua di un bene, alla stregua, cioè, di una risorsa, di un «giacimento» da far sfruttare pei fini che la cessione delle sue «parti» tende a realizzare *secundum eventum voluntatem (aut necessitatem)*. Il soggetto, infatti, che decidesse di cedere a qualunque titolo, un proprio organo, si approcerebbe al proprio corpo, da un punto di vista sostanzial-teoretico – *mutatis mutandis* – nello stesso modo in cui vi si approccia la meretrice, vale a dire che lo considererebbe alla stregua di un bene, *rectius* di un bene materiale, nella sua più ampia e piena disponibilità, eppertanto egli lo considererebbe alla stregua di una *res* da potere sfruttare pel perseguimento di uno scopo arbitrariamente eletto, in virtù delle più disparate ragioni. Il Lettore, ora, avrà un «sobbalzo» e forse avrà in animo di contestare *claris verbis* siffatta analisi, ce ne rendiamo perfettamente conto, ma...ci permettiamo comunque di domandare un poca d'indulgenza e un po' di pazienza nel seguire il nostro ragionamento nella sua completezza (almeno soggettiva!). Ebbene, se si vorrà guardare le cose per quello che esse sono nella realtà, dunque, si dovrà proprio convenire che non v'è nulla di singolare, né tantomeno di astruso, nella nostra osservazione, imperocché, come la meretrice concede ad altri di usare del proprio corpo – e su questo, *nulla quaestio* – allo stesso modo colui il quale consentisse all'ablazione, dal proprio corpo, di un organo, concederebbe ad altri, di fatto, di attingere al proprio organismo – privandolo di ciò che naturalmente in esso svolge le funzioni fisiologiche cui è deputato – ai fini di ottenere una certa utilità. Rileva, sia pure in guise diverse, sempre e comunque un uso ognorpiù

strumentale del corpo umano, ben l'ungi da quella funzione teleologico-ontologica cui esso è *naturaliter* deputato. In verità, allora... dovremmo addirittura osservare che l'uso del corpo umano posto in essere dalla meretrice è un uso il quale, pur nella sua illiceità sostanziale e nella sua irrazionalità ontologica (oltrecché nella sua depravazione morale), resta comunque inidoneo (*coeteris paribus*) a recare un danno fisico permanente all'organismo della meretrice stessa, mentre l'uso che ne fa chi cede organi o parti del proprio corpo, è un uso veramente e inevitabilmente nocivo per il corpo stesso e ciò, già sotto il «profilo anatomico» dell'integrità fisica dell'organismo. Per tutta conseguenza... da un punto di vista logico e senz'altro dal punto di vista del «modo» di approccio al corpo umano da parte del soggetto, allora, sarebbe ed effettivamente è (ancora) più grave cedere una porzione (ablata) del proprio corpo, rispetto a consentirne ad altri un uso, di esso, che avvenga senza recare lesioni fisiche. Che poi... nella «cessione di organi» vi sia o vi possa essere<sup>111</sup> un fine nobile, quale, a titolo d'esempio, quello di salvare una vita umana e che nel meretricio, invece, non vi sia generalmente alcuno scopo meritorio, tutto riducendosi alla volontà di ricavare danaro (dal proprio corpo) «con poca fatica», o addirittura «con piacere», è assolutamente vero ed è ben presente alla nostra attenzione, tuttavia occorre essere avvertiti che altro è il fine dell'atto e altro è l'atto stesso, onde nessun fine può essere idoneo a giustificare un atto illecito e nessun atto illecito può mai divenire lecito e buono, in virtù della finalità ch'esso persegue, per quanto nobile questa possa essere.<sup>112</sup> Se noi, infatti, partiamo dal presupposto (ampiamente dimostrato nelle precedenti pagine, ci pare) in ragione del quale il corpo umano non è naturalmente

---

<sup>111</sup> La forma dubitativa è d'obbligo, dacché sovente s'è costretti ad assistere allo «spettacolo ignobile» di persone che mettono in vendita i propri organi per ottenerne vantaggi economici dall'eventuale acquirente e non già per fini di nobile altruismo (cfr 8 Maggio 2011, *Corriere della sera*, pag. 30; 26 Marzo 2010, *Corriere della sera*, pag. 9; 28 Novembre 1997, *Corriere della sera*, pag. 48; 8 Febbraio 1995, *Corriere della sera*, pag. 11; 7 Aprile 1993, *Corriere della sera*, pag. 48; 29 Settembre 1992, *Corriere della sera*, pag. 17).

<sup>112</sup> *Contra*, come è noto, la «(il-)logica» machiavelliana.

destinato a servire l'uomo affinché egli possa perseguire, per mezzo del proprio organismo, qualunque scopo egli stesso ritenga di dovere/potere/volere perseguire e se consideriamo il correlato presupposto in ragione del quale il corpo umano non è un bene che si possa mettere a frutto, o comunque usare in quanto tale, dobbiamo derivarne – *more geometrico*, diremo – che ogni uso del corpo o di parti (*lato sensu* necessarie) del corpo rappresenti, in sé, una condotta incompatibile colla natura stessa del corpo umano e dei suoi organi i quali, per l'appunto, sono «ontologicamente» suoi, nel senso che servono alle funzioni fisiologiche dell'organismo tutto. Resta fuori, ovviamente, da questo «contesto argomentativo» l'atto di disposizione avente a oggetto quelli che potremmo chiamare – un po' impropriamente – «prodotti del corpo» i quali possono essere «distaccati» da esso *sine interitu*, vale a dire... senza provocare lesioni di alcun genere all'organismo d'onde provengono e che li ha naturalmente generati. Si pensi, a titolo di esempio, alle chiome e alla loro vendita per la confezione delle bambole; si pensi, ancora, al latte materno e alla sua somministrazione a un bambino (che non sia il figlio della puerpera), in adempimento agl'obblighi derivanti da un contratto di balatico, o anche, più semplicemente, in adempimento agl'obblighi di cura e alimentari che gravano in capo alla madre, in quanto madre. Altri potrebbero essere gli esempi, ma quivi non giova fare un elenco fine a sé stesso: i presupposti argomentativi per chiarire il «concetto», infatti, sono già, quivi, ben espressi. In ambedue le citate fattispecie, allora – questo è l'*ubi consistam* del nostro discorso – non v'è né una forma di uso del corpo umano in quanto tale, né una forma di uso di un organo o di una parte del corpo stesso: ciò che viene usato, infatti e che rappresenta l'oggetto dell'atto dispositivo (e quindi il «motivo» della liceità dello stesso), è un «prodotto» naturale del corpo, il quale naturalmente può (o addirittura deve) abbandonare il corpo da cui promana, senza recarvi nocumento. Ecco quindi che la questione ha bell'agio di farsi sempre più «sottile» e «delicata»

imperocchè altro è concedere a terzi, quindi usare per fini di comodo, il proprio copro, altro è concedere a terzi, quindi usare per fini di comodo, una parte o un organo di esso e altro, tutt'altro è concedere a terzi, quindi usare per fini di comodo (o in adempimento a obbligazioni naturali, come quella che grava in capo alla madre di allattare il figliolo), un prodotto che il corpo stesso genera e che può (o deve) «abbandonare» l'organismo che lo ha generato senza arrecargli pregiudizio (sul piano della salute). Date queste tre fattispecie e con esse le rispettive «classificazioni», l'elemento che segna il crinale veramente discreto, sotto il profilo della liceità/razionalità/umanità degli atti posti in essere dal soggetto *in subiecta materia*, è rappresentato dall'oggetto dell'atto dispositivo: un conto, infatti è disporre del corpo nel suo insieme, o di una sua parte e un conto è disporre di un suo prodotto. Nel primo caso – si badi bene – la differenza tra il tutto e la parte, differenza che evidentemente c'è, non rileva per quanto attiene alla valutazione dell'atto dispositivo che involge il corpo, nel suo tutto, o l'organo del corpo, nel suo essere parte: in entrambe le circostanze, infatti, l'approccio al corpo umano è strumentale, eppertanto esso è deviante rispetto alla natura stessa dell'organismo (umano) e al suo fine teleologico-ontologico: in definitiva, in questi casi, il corpo viene considerato alla stregua di una risorsa da sfruttare in modo diretto, per quello che la risorsa stessa «è», nel suo essere organismo, o parte di organismo, anatomicamente umano. Diverso, invece, è il secondo caso, vale a dire il caso in cui l'oggetto dell'atto dispositivo sia un «prodotto del corpo», sia, cioè, un *quid* che il corpo stesso genera nella fisiologia (!) delle sue proprie funzioni e indigenze. In quest'ipotesi, allora, non si può dire che il corpo umano venga considerato alla stregua di un bene da sfruttare, perché il bene sfruttato non coincide con esso, ma è rappresentato da un suo prodotto. Il criterio dirimente, quindi, ai fini del discorso che stiamo portando innanzi, è rappresentato dalla differenza tra «parte od organo» del corpo e «prodotto» dell'organismo: vero è, infatti, che

– a titolo d’esempio – il polmone, il rene, il cuore *et coetera* rappresentano parti od organi del corpo umano, fisiologicamente deputati alla funzionalità organica del corpo medesimo (come anche gl’arti, le cornee *et coetera*), mentre la crescita dei capelli, delle unghie, come la produzione del latte *et coetera* rappresentano, per l’appunto, prodotti in senso lato, i quali l’organismo umano naturalmente, in determinate condizioni, «secerne». Non si può, quindi, alla luce di tali considerazioni, ritenere che la liceità o meno degl’atti dispositivi del corpo umano dipenda dal fatto in virtù del quale l’atto stesso rechi o non rechi nocimento all’organismo: questo sarebbe del tutto improprio e rappresenterebbe una vera aporia; si pensi al meretricio di cui abbiamo parlato, ebbene, il meretricio in sé non comporta nessun danno fisico/anatomico al corpo di chi vi si dedica (anzi, potrebbe pur darsi che porti piacere, un piacere ovviamente perverso), eppure esso invero, senza dubbio, una forma di violenza la corpo, un abuso del corpo umano da parte del soggetto, un uso di esso divergente rispetto alla sua stessa teleologia ontologica. Ciò da cui può e deve derivare, allora, un giudizio di liceità o di illiceità sostanziale del c.d. atto dispositivo, è veramente rappresentato dal suo oggetto: il corpo umano e le parti del corpo umano, quelle che lo compongono nell’ordine e nella fisiologia del suo essere organismo, non possono «scadere» al rango di beni materiali cui attingere per ricavare utilità, di qualunque natura esse siano, quindi... non possono razionalmente/umanamente/giuridicamente rappresentare l’oggetto di un atto dispositivo di alcun genere; mentre, ciò che il corpo produce ed è, quindi, naturalmente destinato o fisiologicamente atto a «staccarsi» da esso, può, *coeteris paribus*, rappresentare un bene sfruttabile pel perseguimento di fini tra i più varii. In fondo, sia ricordato *per incidens*, quella che quivi abbiamo tentato di enucleare è la medesima «logica» che sovrintende il ragionamento *supra* sviluppato in relazione al rapporto tra meretricio e attività professionali/lavorative propriamente dette: anche nell’ambito di



queste ultime, infatti, a differenza di ciò che accade col meretrizio, non è il corpo a essere sfruttato ma è il «suo» lavoro, la «sua» energia, vale a dire, pur con una certa approssimazione, un suo «prodotto», qualche cosa, cioè, che il corpo medesimo «sviluppa» nell'esercizio delle sue proprie funzioni fisiologiche. La c.d. forza lavoro, come il c.d. genio professionale, alfine, certamente non si concretano in un sostrato materiale visibile e tangibile come potrebbero essere le chiome, ma come le chiome, infondo, rappresentano un prodotto che deriva dal corpo umano e che il corpo umano esternalizza... naturalmente (*recte*, fisiologicamente), *ergo* senza averne danno diretto. Un tanto precisato, sempre per ragioni di completezza e sempre per tentare di rispondere a possibili obiezioni, val bene porre mente a un problema di non poco momento, il quale, se non inteso e definito correttamente, potrebbe ingenerare equivoci ed errori. Abbiamo testé osservato come nulla osti – sotto il profilo della legittimità sostanziale – all'atto dispositivo che involga i cc.dd. prodotti (naturali) del corpo umano, ciò non significa e non può significare, però, che il corpo umano possa essere altrettanto legittimamente sfruttato ai fini della produzione dei beni *de quibus*: in questo caso, infatti, ritornerebbe alla luce il problema dell'uso del corpo umano per finalità contrastanti col suo proprio statuto ontologico, quindi ritornerebbe ad appalesarsi l'illiceità, l'irrazionalità e la disumanità sostanziali della condotta ipotizzata. Per chiarire meglio i termini della questione, poniamo mente a tre esempi, due dei quali richiamano fattispecie di già considerate. Abbiamo detto che l'atto dispositivo avente a oggetto le chiome non s'invera in una forma di uso/abuso del proprio corpo umano: non è il corpo umano, infatti, a rappresentarne l'oggetto ma i capelli, d'onde la sua liceità sostanziale. Abbiamo poi veduto che l'allattamento, nel suo essere una forma naturale di somministrazione del latte al bambino, non si caratterizza pel fatto di rappresentare uno sfruttamento del corpo della donna, in quanto il suo latte, come i capelli di prima, è naturalmente

prodotto dall'organismo umano ed è naturalmente destinato a «lasciare» l'organismo che lo produce; *nulla quaestio*, allora, sulla liceità di esso, anche *sub specie* di adempimento agli obblighi del c.d. baliatico.<sup>113</sup> Possiamo aggiungere, sempre rimanendo nel solco tracciato con lo medesimo vomere, che anche una «minima» quantità di sangue può essere oggetto di libera disposizione da parte del soggetto e ciò, proprio in quanto anche il sangue può essere considerato un «prodotto» che l'organismo genera e ri-genera fisiologicamente: il sangue, infatti, non è un organo che, una volta tolto o tolto in parte, non può essere rigenerato fisiologicamente e richiede una forma di «compensazione» da parte di altri organi (con ovvio nocumento al/pel corpo nel suo insieme), ma è proprio una linfa la quale, nel suo essere di vitale importanza per l'organismo, versa nella duplice condizione di essere auto-(ri-)generabile dal corpo stesso e di trovarsi, nel copro, in un quantitativo parzialmente superiore rispetto alle esigenze fisiologiche di esso. Nel caso, dunque, che concerne l'atto dispositivo<sup>114</sup> di una minima

---

<sup>113</sup> Se mai... potrebbe porsi un problema, con riguardo al diritto del figlio della donna di essere alimentato col latte materno e ciò, qualora l'adempimento degli obblighi di baliatico da parte della madre andasse a suo detrimento, nella misura in cui la madre stessa non avesse sufficiente latte da destinare alla di lui alimentazione. Questo, però, è un discorso diverso, il quale concerne l'esattezza dell'adempimento, da parte della madre, delle sue obbligazioni (naturali) di madre, verso il figlio, tra le quali punto rileva quella c.d. alimentare.

<sup>114</sup> Ci si potrebbe financo domandare se sia lecita la compravendita di sangue umano. Ebbene, sotto il profilo esaminato nel Testo ed entro i limiti ivi definiti, l'atto dispositivo del sangue per fini di lucro non dovrebbe rappresentare un «problema»; tuttavia... val bene considerare che l'uso dell'organismo umano in guisa di *res frugifera* non è l'unico parametro cui informarsi ai fini di valutare la razionalità/umanità/liceità/libertà di una condotta. Certamente, allora, non potrà dirsi che la vendita del sangue umano rappresenti, nei veduti limiti, una forma di sfruttamento del corpo dell'uomo, ma altrettanto certamente dovrà osservarsi ch'essa è contraria alla sensibilità e alla morale umana. La legge italiana, sul punto, è oltremodo chiara: l'art. 4 della l. 219/1995 prevede, infatti, che «il sangue umano non è fonte di profitto» e rende cogente siffatta disposizione col prescrivere, all'art. 22 co. III, che «chiunque cede il proprio sangue o i suoi componenti a fini di lucro è punito con l'ammenda» (*sic*). Una sanzione penale, dunque, sovrintende al divieto di fare mercimonio del proprio sangue. Ribadiamo, però, che questa comprensibile e condivisibile disciplina trova la sua *ratio* nella sensibilità umana e – potremmo dire – nel principio di solidarietà che dovrebbe informare la convivenza civile. Alla luce di un tanto – si badi molto bene – non può dirsi (né può derivarsi) che la natura del sangue, in minima parte prelevato dal corpo umano, sia assolutamente/ontologicamente quella di *res extra commercium*, dacché il sangue stesso ha ufficio di servire alla funzionalità fisiologica del corpo umano: anche il cibo, infatti, ha questo scopo, anche l'acqua, eppure essi sono correntemente oggetto di mercimonio sotto i più disparati profili tecnico-giuridici. Né può dirsi che sia la

quantità di sangue, ovviamente assume carattere e rilievo dirimente il *quantum* del prelievo stesso, dacché il prelievo è e può considerarsi legittimo, fintantoché esso non comprometta le funzioni fisiologiche del corpo e quindi la sua salute e la sua integrità, la qualcosa significa che il prelievo *de quo* è possibile/lecito/razionale/umano/libero nella misura in cui l'organismo riesce, senza turbamenti del/al proprio ordine intrinseco, a provvedere alla reintegrazione fisiologica del sangue prelevato. Prima degli esempi *de quibus* abbiamo cennato a un «problema» e in funzione della disamina di esso li abbiamo proprio portati all'attenzione del Lettore; vediamo, ora, di enuclearne il punto di maggiore criticità. È presto detto, allora, che la liceità sostanziale degli atti dispositivi di cui abbiamo parlato potrebbe surrettiziamente «celare» una forma di illecita reificazione del corpo umano, la quale, invero, non potrebbe che rientrare nel generale divieto di disporre del proprio organismo come fosse un bene da mettere a frutto per il perseguimento di fini tra i più disparati. Qualora, infatti, «sul» corpo di quell'essere umano il quale intendesse disporre (per restare negli esempi), delle proprie chiome, o del proprio latte o, infine, di un modestissimo quantitativo del proprio sangue, si verificasse un intervento esterno, in ipotesi di natura farmacologica (ma anche chirurgica, *a fortiori*), il quale perseguisse il fine di portare l'organismo *de quo* a produrre più capelli, più latte o più sangue di quello che fisiologicamente esso dovrebbe produrre, in questo caso la violazione dello statuto ontologico del corpo umano e lo stravolgimento del suo τέλος, sarebbe ognorpiù palese,

---

provenienza dal corpo umano del sangue a fare, di quest'ultimo, un bene non commercializzabile: anche i capelli, infatti, provengono dall'organismo umano, eppure nulla osta alla loro compravendita. Se tutto questo è chiaro, allora, deve proprio convenirsi che il divieto legale e morale alla commercializzazione di sostanze ematiche trova la propria ragion d'essere e il proprio fondamento in una (corretta e condivisibile assai) valutazione di opportunità e in una attenzione alla sensibilità solidaristica della collettività umana. Certo che – chiudiamo la nota con una domanda provocatoria – qualora ci domandassimo se fosse più «giusto» far pagare il sangue prelevato da un corpo umano al Servizio Sanitario Nazionale, o un pasto a chi è digiuno per indigenza (non imputabile alla sua volontà o alla sua colpa), la risposta non potrebb'essere così pacifica come potrebbe parere giusta una superficiale (non-)analisi dei problemi *de quibus*.

inquantoché il corpo stesso verrebbe considerato e trattato alla stregua di un bene da sfruttare (*recte*, di cui abusare) a fini produttivi. Il punto appena posto in luce, allora, ci consente di esprimere con ancora maggiore forza esplicativa la condizione o, meglio, il presupposto di liceità dell'atto dispositivo di un bene, il quale sia stato naturalmente/fisiologicamente «prodotto» dal corpo umano. Siffatta condizione, per l'appunto, è rappresentata proprio dalla naturalità e dalla fisiologicità della «produzione» del bene *de quo*, essa è rappresentata, cioè, dal fatto in virtù del quale il «bene» secreto dal corpo umano dev'essere oggetto di un fisiologico e naturale ciclo biologico-produttivo dell'organismo da cui deriva, talché il suo distacco dal corpo non gli sia foriero di nocumento alcuno. Ecco dunque che l'atto dispositivo avente a oggetto le chiome, per riprendere il primo esempio, è lecito, è perfettamente lecito e praticabile, dacché le chiome stesse non sono il corpo, ma una sua produzione; qualora, però, il corpo umano venisse posto forzatamente nella condizione di produrre più capelli e di aumentarne in modo innaturale il volume, ai fini della loro stessa messa in commercio, ciò determinerebbe una violazione dello statuto ontologico-teleologico del corpo e quindi una violenza allo stesso, indipendentemente – si badi bene – dal fatto che le condizioni e/o i mezzi di forzatura della produzione tricologica rechino o non rechino pregiudizio alla salute e all'integrità fisica dell'organismo. Identiche, anche se più complesse considerazioni, poi, varrebbero per il caso in cui la donna venisse messa nelle condizioni di produrre latte o di produrre più latte, ai fini di potere adempiere, per mercede, alle obbligazioni di balatico, cioè, si badi bene, potrebbe avvenire in modo palese e artificiale, a esempio con farmaci a base di ormoni individuati *ad hoc* – e in questa circostanza varrebbero le osservazioni testé fatte per il caso della forzata produzione di capelli – o in modo «criptico» e *lato sensu* naturale, attraverso l'ingravidamento della donna ai fini di una «maternità strumentale» alla produzione del latte, come

accade, peraltro, nelle stalle colle cc.dd. giovenche da latte, che punto vengono ingravidate al fine della lattificazione.<sup>115</sup> In entrambe i casi il corpo della donna diverrebbe strumento, oggetto, deputato alla produzione di latte ai fini di una sua disposizione *ad libitum*; come si vede, allora, non rileva il danno arrecato al fisico, il quale, se sussiste, rende («solo») ancor più grave la cosa, ma rileva segnatamente lo «approccio» e il «modo di approccio» al corpo umano. Di talché... solo un approccio che ne rispetti la natura e il naturale fine può dirsi legittimo e buono, può, insomma, inverarsi in un atto di libertà «dello» agire e può, conseguentemente, compendiare gl'estremi di un diritto di agire esercitando una legittima opzione, tra altre, parimenti legittime; mentre ogn'atto che s'infuturi in una strumentalizzazione, dannosa o non dannosa (!), del corpo umano, da chiunque posto in essere (!), necessariamente si configura in una forma di violenza al/sul corpo stesso e quindi di «uso» di esso in modo difforme dalla di lui natura, *ergo*... si sostanzia in una condotta tenuta in ispregio alla norma e alla regola, che il corpo umano in quanto tale impone di rispettare, giusta il suo proprio statuto ontologico.

---

<sup>115</sup> È ovvio – la riflessione non è scontata – che pel caso delle cc.dd. giovenche da latte non si ponga alcun problema: esse, infatti, in quanto animali, non sono e non possono essere considerate soggetti di diritto, *ergo*, come tutti gli animali, valgono in funzione del loro corpo, in funzione, cioè, del corpo che hanno e col/nel quale, potremmo dire, s'identificano. Il bue – è ben chiaro – non vale in quanto bue, in quanto soggetto, ma vale o per la resa in termini di carne che può dare al macello o per la forza muscolare che può sprigionare nell'abito dei lavori agricoli (e non solo). Quindi è e resta nella natura delle cose un uso razionale del corpo animale, il quale sia orientato al fine di trarre quei profitti ch'esso è destinato a produrre. Ovviamente noi parliamo di «uso razionale», non a caso, infatti intendiamo dire che la natura del corpo animale, come la natura di ogn'altro ente, è normativa e regolativa delle condotte da tenere nei confronti dell'ente che la esprime. Di talché, non solo debbono ritenersi irrazionali e illecite le sevizie gratuite contro il corpo di un animale, ma addirittura debbono biasimarsi tutte quelle condotte che si sostanzino nell'uso dell'animale stesso difformemente dalla sua natura. Potremmo dire, allora, che l'animale (come ogn'altro «bene») è oggetto di doveri da parte dell'essere umano (che è, invece, soggetto di diritti). È ben chiaro, allora, che un cavallo possa essere allevato sia al fine della produzione di carne equina, come al fine di trarne forza lavoro ed è altrettanto chiaro, per citare un altro esempio, che anche le api possono essere tenute sia ai fini dell'impollinazione dei frutteti che ai fini della produzione di miele, certo è, però, che non vi sarebbe giustificazione alcuna qualora i cavalli, le api o altri animali, venissero destinati, senza scopo meritorio (quale potrebb'essere la ricerca scientifico-farmacologica o l'addomesticamento circense), ad attività del tutto contrarie alla loro stessa natura.

#### 4) Segue. Il problema della disposizione dei gameti: la questione intorno alla loro natura.

Nelle intenzioni che ci hanno portato a formulare le riflessioni esposte e a considerare gl'esempî favoriti all'attenzione del Lettore prevale, tra tutte, quella di definire in modo chiaro e inequivocabile le condizioni di liceità/umanità/libertà/razionalità del rapporto «uomo-corpo umano»; nel merito... crediamo di avere ampiamente palesato la «nostra» impostazione teor(-et-)ico-concettuale col dire che l'organismo dell'uomo non è un bene da sfruttare o da usare per trarre vantaggi legati al soddisfacimento di interessi più o meno arbitrariamente eletti dalla *voluntas/voluptas* dell'*agens*, ma è, propriamente, la condizione sostanziale e individuale di umana esistenza del soggetto/persona: il corpo stesso, infatti, reca seco un oggettivo e ineliminabile statuto ontologico, il quale può essere inteso solamente nell'ordine teleologico della vita umana<sup>116</sup> in quanto tale e non

---

<sup>116</sup> *Contra*, ovviamente, tutte le varie teoriche che nascono «per gemmazione» dalle tesi foucaultiane secondo le quali la vita dev'essere considerata «un'invenzione recente» (TARIZZO, *La vita. un'invenzione recente*, Bari, Laterza, 2010), per dirlo colle parole del titolo di un interessante (ma – secondo noi – difficilmente condivisibile nei contenuti) volume compilato da Davide Tarizzo. Michele Foucault, infatti, sostiene che «se la biologia era sconosciuta, [lo (nda)] era per una ragione assai semplice: [prima di essa, vale a dire prima dell'affermazione di essa come capacità concreta di manipolare la ζωή e di intervenire sui processi naturali di questa (nda)] la vita stessa non esisteva. Esistevano soltanto esseri viventi: [i quali e il cui «essere-vivo/vivente/vitale» (nda)] apparivano attraverso una griglia del sapere costituito dalla storia naturale» (FOUCAULT, *Le parole e le cose. Un'archeologia delle scienze umane*, Milano, Rizzoli, 1967, pagg. 143-144). Ciò significa che per questo affascinante Autore (anche se – a nostro avviso – da respingere nelle tesi sostenute) l'essere della vita e quindi la sua stessa dignità giuridico-morale, dipendono essenzialmente dalla capacità propria del vivente di dominarla attraverso la tecnica *lato sensu* biologica, come a dire che, allora, per Foucault, quando questa «abilità fabbrile» di intervenire attivamente sulla ζωή non c'era o era assai limitata, la vita in quanto tale non poteva essere colta – o addirittura essa non era proprio presente *in rebus hominis* – inquantoché, tutta l'esperienza umana si riduceva alla contingente affermazione degl'esseri viventi, più o meno inconsapevoli di sé stessi, i quali agivano, se agivano; pensavano, se pensavano; operavano, se operavano)... orbi del loro stesso essere attuale e potenziale, eppertanto in modo quasi deterministico, in modo quasi istintuale-animalesco. La tesi, sia pure diversamente formulata e con sfumature che certo la contraddistinguono nel panorama culturale di oggi, non è «nuova»: essa, infatti, già richiama lo spettro del c.d. *homo faber* di hobbesiana memoria, il quale, invero, è portato (meglio sarebbe dire vocato) a plasmare il mondo (si parla di *annihilatio mundi*, non a caso [cfr HOBBS, *Elementi di legge naturale e politica*, Firenze, La Nuova Italia, 1972, *passim*, in particolare pagg. 10-11]) secondo il suo proprio contingente desiderio e ciò, essenzialmente, per poterlo dominare, per poterne essere signore e padrone e per potere, così, affermare sé stesso in quanto

può, conseguentemente, giammai essere letto in chiave strumentale od operativa (vale a dire... *sub specie* di mezzo da utilizzare per perseguire obbiettivi, siano essi meritorii o non-meritorii). Abbiamo poi parlato degl'atti dispositivi del copro e li abbiamo distinti dagl'atti dispositivi che involgono i «prodotti» fisiologicamente «secreti» dall'organismo umano. A questo punto occorre uno sforzo di ancora maggiore «penetrazione» delle problematiche coinvolte dai temi trattati e ciò, non solo allo scopo di evitare equivoci, ma soprattutto al fine di arrivare a una matura e compiuta consapevolezza in ordine alla *subiecta materia*: abbiamo detto che l'atto dispositivo del «prodotto» naturalmente e fisiologicamente secreto dal corpo umano, il quale, staccandosi dalla sua «fonte» (l'organismo umano vivente) non le rechi nocumento, non può ritenersi in sé illecito: esso, infatti, non si sostanzia in una strumentalizzazione del corpo umano e quindi in una forma di oltraggio alla dimensione ontica della persona; ciò non significa, però – si badi molto bene – che qualsiasi uso si faccia di un tale «prodotto» resti e sia assolutamente insindacabile sotto il profilo della liceità o meno dello stesso. Ogni ente, infatti, ha una sua propria natura la quale è, *in se*, normativa e

---

operatore-manipolatore delle cose. Quindi... l'*homo faber* hobbesiano, quale antesignano logico dello «uomo biologo/biologista» di cui parla lo stesso Foucault, e quale «precipitato concettuale» dell'uomo manipolatore di Anassagora, «che è intelligente perché ha le mani» (si ricordi, infatti che “Ἀναξαγρας μὲν οὖν φησι διὰ τὸ χεῖρας ἔχειν προνιμώτατον εἶναι τῶν ζῴων ἄνθρωπον” [ARISTOTELE, *De partibus animalium*, 687a]), è chiamato, potremmo dire, prima di tutto, a plasmare sé stesso secondo il proprio contingente *velle* razionalistico e un tanto – sia chiaro – al precipuo fine di essere non quello che egli stesso è *ut natura*, ma quello che egli medesimo vuole essere e può essere secondo il proprio volere-potere di plasmar-si *ad libitum* e di affermarsi *secundum tenorem voluntatis*. Un tanto, ovviamente, trascendendo, anzi misconoscendo, il proprio statuto ontologico (*homo faber fortunae suae*) e ogni riferimento a qualsivoglia parametro oggettivo del/pel proprio agire: ogni limite *lato sensu* inteso, infatti, non esisterebbe e non potrebbe esistere, in quanto l'essere-in-se (relativistico) del soggetto, come quello di ogn'altro ente, sarebbe rappresentato dal mero «prodotto prometeico» (il riferimento, ovviamente, è al noto mito di Prometeo che avrebbe donato il fuoco agli uomini per plasmare l'essere in sé delle cose, contro la volontà di Zeus) della volontà conseguente all'atto del volere che si-fa e che facendo-si è quello che vuole essere nell'*hic et nunc* del suo stesso far-si. *Per incidens* rileviamo che un Autore contemporaneo, tale Paolo Sommaggio, parrebbe proprio avere perspicacemente colto questa «fabbrilità strutturale» dell'uomo biologo in un suo recente (e pregevole, a nostro avviso) contributo dottrinale (cfr SOMMAGGIO, *La conseulenza (gen)etica. Nuovi miti. Nuovi oracoli. Libertà della persona*, Milano, Franco Angeli, 2010, pagg. 19-81).

regolativa dei rapporti e/o delle relazioni che con l'ente stesso hanno agio d'essere intrattenuti, questo discorso, ovviamente, vale anche (*a fortiori*) pei «beni» che promanano dall'organismo umano ed è su questo «punto archimedeo», allora, che giova porre la leva della valutazione, sotto il profilo della liceità o della illiceità, delle condotte dispositive/manipolative che involgono i «beni» *de quibus*. La questione non è affatto oziosa, anzi... essa è di peculiare interesse e di notevole rilevanza, soprattutto per potere comprendere bene i problemi posti dall'esperienza (e in particolare, dall'esperienza dell'attualità, dall'esperienza del nostro tempo). Basti pensare, a titolo d'esempio, alla questione legata agl'atti posti in essere sui/coi gameti umani (femminili o maschili). I gameti, invero, sono e restano «prodotti» secreti dal corpo e da esso «staccabili» senza pregiudizio; *nulla quaestio*, allora, sulla liceità dell'atto di disposizione che li abbia a oggetto, ma... certamente occorre valutare, su di un più profondo piano di analisi, la liceità/bontà/razionalità/giuridicità/umanità/libertà dell'uso che s'intende farne una volta «distaccati(-si)» dal corpo che li ha prodotti e quest'ultima «valutazione teoretica», invero, non può prescindere dalla natura dei gameti stessi, anzi... la presuppone! Di talché... potremmo/dovremmo certamente ritenere lecito un uso fattone per finalità terapeutiche o diagnostiche e potremmo/dovremmo, pure, ritenere lecito un uso fattone per ragioni di peculiare interesse scientifico, legate alla cura e alla tutela dell'essere umano, ma non potremmo parimenti ritenere accettabile un (ab-)uso di essi, il quale non ne consideri la natura e la dimensione *lato sensu* vitale, pur nell'ordine del comparto mono-cellulare che li compone. I gameti, infatti, sono latori di una loro propria «funzionalità vitale» legata alla loro stessa struttura (mono-)cellulare naturalmente predisposta pei fini dell'umana riproduzione, ciò non significa, ovviamente, che il gamete sia l'embrione, eppertanto ch'esso sia latore di un'essenza, di una dignità e di una vitalità propriamente umane, ma significa «solo» che il gamete non può essere



considerato alla stregua di uno «scarto inerte» del corpo, alla stregua, cioè, di qualche cosa che è ontologicamente priva di una sua propria dimensione e funzione/funzionalità vitale nell'ordine delle «cose umane». Alla luce di un tanto, allora, sarebbe ognorpiù contrario alla stessa essenza dei gameti farne un uso che sia «di mero comodo» e che, segnatamente, non ne consideri/rispetti, anche in forma indiretta o funzionale, la loro stessa natura e la loro stessa «destinazione naturale». I gameti, insomma, non possono essere trattati come possono essere trattati i capelli: i primi, infatti, rappresentano e sono delle entità, pur monocellulari, comunque vive e destinate fisiologicamente alla vita (*sub specie* di riproduzione) umana, i secondi, invece, si strutturano in una dimensione assolutamente e meramente materiale. Va da sé, allora, che l'uso lecito dei gameti umani sia solamente quello che si pone nell'ordine della loro dimensione ontologica, ne consegue che ogni forma di approccio agli stessi dev'essere cauta e oculata e deve limitarsi a interventi strettamente necessari o utili al fine dell'umano benessere (ovviamente, noi parliamo di un benessere oggettivo, naturale e fisiologico, non certo volontaristico, ovverosia legato alla soddisfazione di volizioni passionali); abbiamo citato, infatti, le finalità diagnostiche, le quali punto tendono alla verifica di certi parametri, con lo scopo di indagare le ragioni biologico-patologiche di una determinata condizione del soggetto, abbiamo citato, anche, la ricerca clinico-medica, la quale, per l'appunto, se è ricerca scientifica in senso etimologico e non galileiano<sup>117</sup> del termine, tende al nobile fine di migliorare le condizioni di vita dell'uomo. *Viceversa...* l'uso dei gameti umani per scopi di mero comodo o, addirittura, per scopi strettamente speculativi sotto il profilo economico (fine a sé stesso, o, meglio, fine al mero profitto), andrebbe riprovato e censurato proprio in

---

<sup>117</sup> Vale a dire nel senso di una ricerca tesa all'acquisizione del sapere (*scio*, *-is*, *scivi*, *scitum*, *scire*) in virtù di ciò che «è» *in rerum natura* e non nel senso di un'analisi (più o meno tecnicistica) dei dati misurabili e/o comunque riscontrabili, ai fini di elaborare un sistema-progetto grettamente funzionale alla realizzazione di obbiettivi arbitrariamente eletti dall'operatore stesso (nell'ottica del “non tentar le essenza” galileiano) o da chi per esso.

quanto esso rappresenterebbe una forma di totale, completa e radicale violazione della stessa essenza dei gameti e rappresenterebbe, conseguentemente, una forma di (ab-)uso strumentale (*rectius*, strumentalistico) degli stessi, diametralmente opposta a quella che è la loro natura. Un ragionamento consimile, poi, potrebb'essere portato innanzi anche con riferimento al sangue umano, già dicemmo, infatti, che la disposizione di esso, se prelevato dall'organismo in minime e fisiologiche quantità, non rappresenta e non può rappresentare una forma di abuso del corpo umano e quindi deve considerarsi in sé lecito, altro, però, è il giudizio sull'utilizzo – razionale o meno – del sangue oggetto del citato prelievo... Vero è, infatti, che l'uso del sangue può essere buono e quindi lecito/razionale/umano/libero/giuridico, solo nell'ipotesi in cui l'attività posta in essere con esso o su di esso ne rispetti la natura e la funzione ontologica, all'opposto, invece, dovremmo ritenere non-buono/disumano/irrazionale/antigiuridico ogni atto che s'infuturi in una forma di frustrazione della natura stessa del liquido ematico per perseguimento di finalità arbitrarie o, comunque, di mero comodo. Anche il sangue, infatti, come i citati gameti, non può essere inteso alla stregua di uno scarto dell'organismo umano o, comunque, di un suo prodotto privo di una funzionalità sua propria e privo di una sua propria «dimensione vitale», esso, invero, non solo ha una dimensione ontica che può essere colta solamente nell'ambito della fisiologia del c.d. sistema linfatico, ma è pure una linfa composta da cellule vive e vitali, da cellule, cioè, che in essa adempiono una funzione strettamente connessa e dipendente da quella che il sangue medesimo svolge nell'organismo della persona. Di talché, se possiamo/dobbiamo ritenere lecito e legittimo un uso del sangue per finalità emo-trasfusionali, rientranti nella dimensione *lato sensu* terapeutica, dacché in questa sede l'utilizzo di esso è conforme alla sua stessa natura e se dobbiamo pure ritenere razionale un uso di esso per finalità di ricerca

medica o farmacologica, non possiamo parimenti ritenere degna/umana/libera/giuridica una destinazione della sostanza ematica, a finalità arbitrarie, del tutto avulse dalla sua medesima essenza. A maggior ragione, allora, similmente a ciò che concerne i gameti, deve ripudiarsi ogni uso del sangue, il quale persegua fini di mero profitto, a esempio, nell'ambito di un processo produttivo di beni materiali o in altre circostanze.

A questo punto del nostro ragionamento, il passo successivo che ci porta ancora più all'interno delle questioni trattate e che ne fa emergere un profilo di peculiare interesse, nell'ordine del più generale discorso affrontato, concerne la destinazione dei gameti umani a finalità *lato sensu* riproduttive. *Ictu oculi*, la questione potrebbe parere insussistente sotto ogni profilo argomentativo: quella della riproduzione, infatti, è la finalità ontologicamente propria dei gameti, *ergo*... destinarli a essa non dovrebbe porre problemi di alcun genere, tutto rientrando nella naturalità del c.d. ciclo vitale. È così! Non v'è dubbio alcuno: lo scopo dei gameti consiste proprio nel loro «incontro biologico», vale a dire nell'incontro di quello maschile con quello femminile, ai fini della fecondazione e della conseguente procreazione. Il problema, tuttavia, non riguarda quest'aspetto, peraltro naturale e fisiologico, ma si pone nel momento in cui intervenga eteronomamente e artificialmente un'attività tecnica, la quale determini nel vero senso della parola, provocandolo ad arte, lo «incontro» dei gameti stessi (in una forma che potremmo definire asessuata), sì da rappresentare, *de facto*, la causa efficiente del «risultato» fecondativo, *ergo* procreativo che è conseguenza diretta dell'inseminazione del gamete femminile a opera di quello maschile; il problema, insomma, si pone nel momento in cui l'uso dei gameti per finalità riproduttive avvenga in modo innaturale, vale a dire... al di fuori del fisiologico e normale incontro dell'uomo (portatore del suo proprio gamete maschile) colla donna (portatrice del suo proprio gamete femminile) e segnatamente del corpo maschile col corpo femminile. In

questo caso, infatti, potrebbero determinarsi due ipotesi: in una prima si potrebbe avere la «creazione» e la relativa coltura dell'embrione umano in laboratorio, *in vitro*, come dicono gli «scienziati» e ciò, proprio in quanto l'incontro dei gameti potrebb'essere eziologicamente determinato dall'intervento tecnico del c.d. innesto fecondativo (del gamete maschile nel gamete femminile), cui dovrebbe conseguire, sempre su di un piano meramente tecnico-operativo, il c.d. impianto del «gamete fecondato» – che gamete non è più, propriamente parlando, perché è embrione – nell'utero della donna; in una seconda, invece, si potrebbe avere l'inserimento «meccanico» del gamete maschile all'interno del corpo della donna o, per essere più precisi, all'interno del suo apparato riproduttivo e ciò, ai fini di ottenere la fecondazione «(semi-)naturale» dei gameti da essa stessa (*naturaliter*) prodotti e in essa stessa presenti nella loro condizione «normale» e «fisiologica». Ebbene, le due fattispecie testé menzionate – come il Lettore avrà già perfettamente inteso – meritano di essere autonomamente considerate e valutate. Principiamo dall'analisi della prima: può ritenersi lecito e razionale l'uso che, in essa, si fa dei gameti umani? La risposta del tutto negativa pare scontata, in coscienza e diritto: quivi, infatti, non rileva solo l'uso strumentale dei gameti stessi, ma segnatamente rileva il fatto in ragione del quale la di loro unione forzata, meccanica, artificiale e innaturale, dà luogo a una vita umana in atto e perfettamente compiuta nella sua essenza ontologica, quale è, per l'appunto, quella dell'embrione umano («derivato» dall'incontro fecondativo dei gameti). Di talché... il problema si sposta, o, per meglio dire, si amplia, involgendo quello della tutela della vita del concepito e con esso, quello della tutela e della garanzia dei suoi «diritti naturali» (di essere umano *in se*). Non si tratta più, quindi, di dire solamente se sia lecito, in astratto, disporre in un determinato modo dei gameti umani, ma si tratta, in concreto, di vedere che cosa «provochi» l'atto dispositivo *de quo* e conseguentemente si tratta di dire se sia lecita, o meno, una

«operazione meccanica» atta alla «creazione» *in vitro* di un embrione umano (*id est*, di un soggetto, di un essere umano, di una persona *pleno iure*!), il quale, in quanto tale... avrebbe diritto (!), *ut natura*, di essere concepito naturalmente, *in vivo* e di «risiedere» fin dai primordi della sua esistenza (e svilupparsi, crescere) nella sua sede naturale che è... l'utero materno. Alla luce di un tanto, allora, la *quaestio* relativa al citato atto dispositivo del gamete viene a intersecarsi con quella graviosa che concerne il più ampio e complesso rapporto tra tecnica di «laboratorio bio-genetico» e dignità dell'essere umano, tra tecnica di laboratorio sostanziandosi nell'abilità «meccanica» di ottenere determinati risultati operativi nel campo della vita umana, cioè, e valore ontologico del corpo umano e della «sua» persona (sia pure ridotto, il corpo *de quo*, in termini quantitativi, a un agglomerato di cellule), *in se* latrice di una soggettività/dignità pienamente e perfettamente compiuta (dal punto di vista ontologico), al di là – è inteso – del modo di essere o del *quantum* dello sviluppo del suo stesso organismo vitale. Se così debbono impostarsi i termini del ragionamento, allora, potremmo ben dire che, prima di ogn'altra considerazione, giova intendersi sulla necessità/possibilità/doverosità, o meno, di porre un limite di carattere razionale/umano/giuridico alle possibili «espressioni pratiche» della tecnica genetica;<sup>118</sup> giova dire, cioè, in via preliminare, se possa/debba essere ritenuto lecito (e liberamente/giuridicamente praticabile) tutto ciò che risulti tecnicamente possibile, pel solo fatto di essere tecnicamente possibile o se, invece, la tecnica, in quanto tale, debba essere sempre e comunque asservita ai fini della giustizia e dell'umanità, eppertanto se questi, nella loro oggettività dianoetica, ne debbano giuocoforza rappresentare su di un piano concettuale e anche operativo, da un lato il *τέλος* e dall'altro il *non plus ultra*, vale a dire... l'obiettivo cui tendere e il limite invalicabile per la

---

<sup>118</sup> Il problema – come è noto – è stato ampiamente affrontato nell'ambito dei Lavori presentati al Convegno internazionale della *Pontificia Academia pro Vita*, tenutosi presso la Città del Vaticano nel Febbraio del 2012, sul tema *Management of infertility today*.

stessa esperienza tecnico-operativa. La nostra posizione sul punto è ben chiara ed è stata oltremodo chiarita – almeno così a noi sembra – già quando discutemmo della natura del corpo umano: in quella sede, infatti, ampiamente dicemmo che il corpo umano non è un bene (una *res*) da potere «sfruttare» pel perseguimento di fini tra i più arbitrari, rappresentando, esso, infatti, *ut natura*, la condizione ontica del soggetto il quale... proprio in quanto soggetto (di/al diritto) non può e non potrà mai legittimamente essere trattato alla stregua di un oggetto, ne consegue che il suo corpo, quale sostanza individuale ov'esso s'invera, non può e non potrà mai razionalmente ridursi a un *quid* sul/col quale operare *al libitum*. Ne deriva – *more geometrico*, diremo – che la tecnica o, per meglio dire, le tecniche genetiche debbono considerarsi lecite e razionali sol quando esse siano funzionali rispetto ai fini dell'umanità e sol quando si dimostrino, pertanto, strumentali alla più ampia tutela della salute e del benessere umani (*id est*, della natura umana in quanto tale). La tecnica fine a sé stessa, allora, quale pratica «meramente virtuosistica» atta al perseguimento di un obbiettivo scientificamente eletto al di fuori dello statuto ontologico dell'essere umano, o addirittura contro di esso, non è funzionalmente latrice di alcun valore (*in se*), anzi... essa è, propriamente, espressione di un dis-valore.<sup>119</sup> Vero è,

---

<sup>119</sup> Si pensi, per citare un esempio «estremo», alla clonazione umana: che essa sia o possa essere tecnicamente possibile è una questione sulla quale non giova intrattenersi più che tanto, ciò che rileva, invece, è l'indagine sulla liceità/razionalità della stessa. Non si tratta, dunque, di dire se sia possibile, sotto il profilo tecnico, «creare» o, meglio, «coltivare» esseri umani in laboratorio, ma si tratta di dire se questo sia o possa essere considerato accettabile sul piano giuridico/razionale/umano. La risposta del tutto negativa, allora, non potrà allignare in una posizione ideologica valida tanto quanto quella opposta («non mi piace, perché non mi piace»; «non s'ha da fare, perché ripugna al sentimento comune» *et coetera*), come la risposta assurdamente positiva non potrebbe invocare a proprio sostegno lo «stato di avanzamento» delle tecniche biologiche («la scienza va avanti e non si deve mai fermare»; «il progresso tecnico è progresso in sé» *et coetera*), ma deve punto fondarsi sulla natura stessa del soggetto umano, su quelle «essenze» che Galileo insegnava a «non tentare», onde non potrà che convenirsi sull'impossibilità morale, giuridica e razionale di procedere con pratiche *lato sensu* di clonazione, proprio perché esse determinerebbero una forma di reificazione del copro umano e con esso del soggetto, la quale reificazione – si badi – verrebbe a sostanziarsi nella «creazione meccanica» di individui selezionati/selezionabili in ragione di caratteristiche pre-stabilite e pre-definite a seconda degl'interessi da soddisfare volta per volta.

infatti, che se la tecnica *de qua* coinvolgesse un essere umano e il suo corpo, essa potrebbe/dovrebbe ritenersi lecita solo quando l'essere umano, nella sua stessa datità ontica e nel suo stesso statuto ontologico, rappresentasse il fine di essa, rappresentasse, cioè, lo scopo dell'intervento tecnico in questione, nell'ordine del bene fisiologico (e ontologico-morale) del soggetto medesimo; *viceversa*, nessuna pratica c.d. scientifica potrà mai essere considerata meritevole, sotto un profilo giuridico e razionale, allorquando il soggetto, la persona sottopostavi, rappresentasse un mezzo, uno strumento, come altri, utilizzabile e di fatto utilizzato, per trarre il frutto che operativamente esso stesso potrebbe «rendere», nell'ambito della pratica esercitata, anche *contra naturam* (*ergo... contra ius*).

**5) Segue. Il «fenomeno riproduttivo» come problema dell'autodeterminazione «sui» proprii gameti: la «nuova» soggettività dello e nello embrione umano.**

Un tanto precisato, i termini del ragionamento e le premesse concettuali paiono opportunamente definiti. Procediamo, allora, con ordine e vediamo di svolgere linearmente il nostro discorso riprendendone le fila. È ben vero, dunque, che colla fecondazione del gamete femminile da parte del gamete maschile cessa, se così possiamo dire, ogni forma di disposizione dei gameti stessi, in quanto la fecondazione medesima dà vita, nel vero senso della parola e per natura, vale a dire per ragioni indipendenti dalla volontà dell'operatore tecnico, a un ente che «è» e che è ontologicamente e morfologicamente (anche anatomicamente) diverso rispetto ai gameti *de quibus*. Insomma... pare del tutto chiaro e financo scontato che in virtù della loro propria natura, i «gameti fecondati» cessino di essere gameti e si trasformino in embrioni, *id est* in esseri umani in atto e pienamente compiuti nella loro umanità ontologica, cioè... proprio in ragione di quello che

potremmo chiamare, con una certa approssimazione lessicale, il loro «incontro fecondativo». Quest'ultimo, invero, una volta avvenuto, in qualunque modo esso sia avvenuto – si badi molto bene – non consente più di parlare di gameti, sia perché la fusione procreativa di due gameti dà vita a un *quid* di unitario, nella sua sostanzialità individuale, il quale non può giuocoforza coincidere nemmeno su di un piano meramente «empirico» coi gameti stessi, sia (e soprattutto) perché il *quid* individuale che ne deriva è latore di una natura diversa rispetto a quella dei gameti i quali, «unendosi», l'hanno generato (*recte*, procreato) diverso da essi. La domanda, allora, cui è mestieri di apparecchiare una risposta, si «riduce» a una valutazione circa la liceità/razionalità del concepimento di un embrione umano in un contesto biologico e fisico diverso da quello naturale, questo significa interrogarsi, quindi, sulla liceità o meno di procedure (galileianamente scientifiche) atte alla «manipolazione genetica» (relativa, cioè, alla sua genesi) dell'embrione umano ai fini del suo concepimento artificiale e del suo successivo (ed eventuale) impianto intrauterino. La risposta da doversi dare, giusta le premesse disviluppate in ordine alla natura del corpo umano e al suo proprio statuto ontologico, non potrà che essere negativa, non potrà che inverarsi, infatti, in una censura netta e senza riserve delle pratiche *de quibus*. Siffatte pratiche, invero, riprendendo i termini del discorso *supra* disviluppato, in altro non si sostanziano, se non in una forma di dominio della tecnica (genetica) sull'essere umano, in una forma, cioè, di strumentalizzazione tecnico-genetica della persona, la quale viene arbitrariamente «degradata» a mezzo strumentalmente eletto pel perseguimento di un fine «tecnicamente» possibile e «tecnicamente» ritenuto perseguibile, pertanto... meritevole *ex se* d'essere perseguito (in un'ottica prettamente autoreferenziale, ovviamente). Il rifiuto morale, concettuale, razionale e giuridico di consimili impostazioni – a nostro avviso – deve trovare il proprio fondamento argomentativo-razionale (*id est*, dialettico) nella circostanza in virtù della quale la vita



umana dell'essere umano, in quanto vita di un soggetto *pleno iure*, non può giammai costituire l'oggetto disponibile di attività dirette alla sua stessa manipolazione e ciò, ovviamente, non solo nella fase dello «sviluppo vitale» successiva al concepimento, ma anche e segnatamente in quella che punto concerne il momento genetico della vita stessa e con essa, dello stesso essere umano/soggetto. Ne consegue che l'*ubi consistam* del rifiuto delle pratiche di c.d. fecondazione *in vitro*, debba sussistere non solo e non tanto nel fatto ch'esse postulano un uso dei gameti umani nell'ambito di una pratica «di/da laboratorio» del tutto innaturale e irrazionale, con riguardo al rapporto tra attività sui gameti stessi e scopo di essa (l'attività *de qua* non si limita, infatti, a usarne dei gameti, ma... procedendo alla di loro unione fecondativa, li trasforma in qualche cosa di diverso da essi e segnatamente in un *ens* che non può essere inteso alla stregua di un oggetto, proprio essendo un soggetto), ma soprattutto nel fatto in virtù del quale esse tendono a «trasformarsi» in una catena di atti dispositivi, i cui anelli vanno inevitabilmente a coinvolgere esseri umani e conseguentemente vengono a determinare una surrettizia (ma non troppo!) reificazione degli stessi, sostanziantesi nella violazione dei più fondamentali diritti dei «soggetti-embrioni», quali quello di nascere naturalmente, di non essere oggetto di selezione genetica, e di potersi sviluppare, senza soluzione di continuità, nella «sede» naturalmente destinata a curarne lo sviluppo: *id est* nel ventre materno.

Epilogando, ora, questo discorso, pur senza entrare nel merito di altri profili di problematicità,<sup>120</sup> è mestieri di comprendere che l'irrazionalità e

---

<sup>120</sup> Non sarebbe affatto trascurabile, invero, la circostanza in virtù della quale la fecondazione *in vitro*, nella sua stessa pratica operativa, non opererebbe con riguardo a due soli gameti e non si risolverebbe nella «creazione» di un solo embrione, ma vedrebbe l'impiego – per ragioni di mera utilità operativa – di più gameti, eppertanto essa rappresenterebbe la causa efficiente di più concepimenti umani ovverosia di più embrioni. Un tanto, ovviamente, porrebbe il problema della «destinazione» degli embrioni non impiantati nell'utero femminile: essi, infatti, non possono considerarsi cose rimesse all'arbitraria disponibilità del tecnico di laboratorio, il quale,

l'illiceità sostanziali della c.d. fecondazione *in vitro* non trova la propria ragione solo nel momento dispositivo dei gameti umani, ma la trova, segnatamente, nelle conseguenze di esso, se così possiamo dire, inquantoché la natura stessa dei gameti comporta il fatto in virtù del quale la di loro «unione fecondativa» determina *ex se* il concepimento umano *sub specie* di generazione biologica dell'embrione; è la «presenza» di quest'ultimo, allora, che rende irrazionale e antiggiuridica la citata disposizione dei gameti pei fini della c.d. fecondazione *in vitro* e ciò, proprio in quanto la natura di soggetto/persona/essere umano, propria dell'embrione, impone ch'egli non possa essere strumentalizzato e non possa essere «concepito» al di fuori di quello che è il «suo» naturale ciclo biologico.

Per quanto concerne, ora, l'uso dei gameti umani ai fini della c.d. inseminazione artificiale, ovverosia ai fini della c.d. fecondazione *in vivo* – la seconda delle ipotesi *supra* paventate – giova porre mente a questo, che in un siffatto contesto rileva esclusivamente l'atto dispositivo a scopi riproduttivi dei gameti maschili e ciò, inquantoché la c.d. inseminazione artificiale si sostanzia nel meccanico/strumentale inserimento nel corpo della donna o, per essere più precisi, nel suo apparato riproduttivo, dei citati gameti (maschili), lasciando che ivi avvenga, se dovrà avvenire, la naturale, umana e fisiologica fecondazione dell'ovulo, d'onde... il concepimento dell'embrione *in situ*. Come il Lettore può già avere bene inteso, la questione è completamente diversa rispetto alla precedente, dacché nell'ambito della citata fattispecie non opera alcuna forma di manipolazione dell'embrione umano (quale sostanza individuale di natura razionale necessariamente latrice della dignità/soggettività personale propria del suo stesso statuto ontologico), quivi, infatti, non viene riprodotta in laboratorio la fecondazione (umana) dell'ovulo e non viene conseguentemente

---

a titolo d'esempio, ottenuto il risultato (l'impianto di un embrione nell'utero della donna richiedente) potrebbe pure eliminarli in guisa di rifiuti o di «scarti» (o eccessi) di produzione.

«provocata», in forma artificiale, la generazione di un soggetto da «inserire» poi, *coeteris paribus*, nell'utero femminile, come fosse un bene del quale disporre per le più disparate ragioni scientifiche e attraverso le più varie tecniche operative. Nell'ambito della c.d. fecondazione *in vivo*, infine, si assiste alla mera meccanizzazione clinico-medico-chirurgica dell'atto virtualmente aperto alla fecondazione stessa.<sup>121</sup> Ciò detto, nell'ambito della citata fattispecie, *in primis* non può postularsi alcuna forma di uso arbitrario dei gameti maschili (di quelli femminili, infatti, non si dispone affatto: essi non rientrano proprio nella procedura tecnica *de qua*), dei quali, infatti, si dispone solo ai fini dello «innesto fecondativo» intrauterino e quindi se ne dispone solo per lo scopo loro proprio, vale a dire per l'obiettivo di ottenere (*recte*, favorire) la fecondazione del gamete/ovulo femminile; *in secundis*, non si può dire che nell'ambito delle procedure *de quibus* esseri umani (nei/coi loro corpi umani, qualunque foggia abbiano) siano oggetto di un qualche uso strumentale, vero è, infatti, che nella c.d. inseminazione artificiale l'atto dispositivo concerne solo i gameti maschili e non provoca alcun concepimento umano «fuori» dal contesto naturale in cui esso deve avvenire: nessun embrione, insomma, diviene oggetto di una qualche pratica *lato sensu* dispositiva, né subisce alcun trattamento incompatibile colla sua propria natura di soggetto e colla sua propria vita di organismo umano. *In tertiis* deve finalmente considerarsi, sempre con riguardo alla c.d. inseminazione artificiale *in vivo*, che lo stesso intervento inseminativo non può, quivi, neppure qualificarsi alla stregua di una pratica censurabile sotto il profilo del rapporto ch'essa presuppone e viene a instaurare col corpo della donna sottopostavi; è ben vero, infatti, che non potrebbe parlarsi, in

---

<sup>121</sup> Si badi: non si tratta, propriamente, di un atto fecondativo in sé e ciò, proprio in quanto il gamete maschile non viene inserito, nell'ambito della citata procedura di inseminazione artificiale, nell'ovulo femminile, ma solamente nell'apparato genitale della donna: si tratta, propriamente parlando, allora, di un'attività meccanico-tecnica «meramente» tesa a porre i gameti maschili nelle migliori condizioni biologiche per potere, autonomamente e naturalmente, procedere all'eventuale fecondazione dell'ovulo femminile.

questo caso, di strumentalizzazione/abuso del corpo femminile, proprio perché esso, colla inseminazione artificiale *de qua*, verrebbe solamente posto nelle condizioni per svolgere le funzioni procreative cui è naturalmente destinato, non vi sarebbe, insomma, nell'ambito di questa pratica medica, alcun uso strumentale della donna, proprio perché è nella sua stessa natura (in determinate condizioni) quella di essere ingravidata e di procreare. Se una «pratica», allora, o comunque una «tecnica operativa», surroga le deficienze *lato sensu* patologiche di una naturale e libera forma di inseminazione, ciò non significa che l'attuazione di essa sul corpo umano rappresenti (*coeteris paribus*) una sorta di destinazione del corpo stesso a scopi incompatibili colla sua medesima natura, né significa ch'esso sia sottoposto a trattamenti contrarii al proprio statuto ontologico e/o alla dignità propria del «suo» soggetto.

Anche in questo caso apparentemente «lineare», però, il problema è ben più complesso di quanto potrebbe *ictu oculi* parere: il nostro discorso, infatti, gravita attorno all'asse concettuale rappresentato dai limiti di liceità/razionalità/giuridicità/umanità dell'uso del corpo umano, delle sue parti e dei suoi «prodotti». Non si tratta, allora, di limitarsi a considerare l'intervento (tendenzialmente) fecondativo in sé, quale innesto intrauterino dei gameti maschili, attraverso una procedura meccanica di tipo tecnico-ginecologica, ma si tratta di valutare se la (tensione alla) fecondazione stessa sia e possa considerarsi legittima e razionale, in ragione, non già del mero mezzo col quale (essa) viene favorita, ma piuttosto in virtù delle circostanze nelle quali essa stessa avviene (o, per essere più precisi, viene richiesta dalla donna). Per dire, allora, se l'atto dispositivo del gamete maschile sia effettivamente e concretamente lecito, nell'ambito della c.d. procreazione medicalmente assistita (*rectius*, nell'ambito dell'inseminazione artificiale *in vivo*) e soprattutto per dire se il corpo della donna sottoposta a siffatta pratica sia «trattato» in modo conforme alla

natura stessa di esso e quindi per valutare se la richiesta della donna di una tale procedura inseminativa invero o meno una pretesa legittima – quale volontà di esercitare razionalmente e umanamente un diritto soggettivo (eppertanto una libertà «dello» agire pienamente confacente alla natura stessa dell'essere umano) – non può che valutarsi, *sub specie iuris*, se il «desiderio di maternità» espresso dalla donna, quale «movente» della sua richiesta (di essere sottoposta a pratiche inseminative), sia umano e razionale o disumano e irrazionale. Ovviamente, si tratta di una valutazione che può e che deve essere portata innanzi considerando attentamente tutto il contesto coinvolto e tutti i problemi che in esso s'appalesano, vale a dire che la valutazione circa la liceità/razionalità, o meno, della istanza fecondativa dev'essere sviluppata ponendo ben mente alla natura – razionale o volontaristica, umana o disumana – della richiesta della donna e ciò, nell'ambito delle circostanze concrete in cui essa viene espressa.<sup>122</sup> Val bene considerare, allora, in modo assolutamente attento e scrupoloso, le conseguenze che l'inseminazione *de qua* determinerebbe con particolare riguardo ai diritti di tutti (!) i soggetti potenzialmente coinvolti, tra i quali – si badi – non può non rientrare, ovviamente, anche e in speciale modo l'embrione e con/in esso il soggetto al concepimento del quale la pratica inseminativa deve ritenersi ed è teleologicamente orientata. La domanda cui dovere dare una risposta, allora, è questa: la donna che richiede l'inseminazione artificiale, ha il diritto soggettivo di aspirare alla maternità, eppertanto di ambire a procreare? Versa, ella, nella situazione

---

<sup>122</sup> Sul punto – come è noto – si è espresso anche il Comitato Nazionale per la Bioetica, con un documento del 1995 (cfr C.N.B., *La fecondazione assistita. Documenti del Comitato Nazionale per la Bioetica*, collana *Società e Istituzioni*, Roma, Istituto poligrafico e Zecca dello Stato, 1996), ove ha precisato che “ogni forma di F.A. va ritenuta, in linea di principio, giuridicamente non sindacabile qualora esperita su donna coniugata con seme del marito, previo il consenso delle due figure genitoriali” (*Ivi*, pag. 75); nondimeno rileva, però, che per alcuni membri dello stesso Comitato “la predetta insindacabilità va estesa anche alle ipotesi di F.A. su donna non coniugata, purché stabilmente convivente con un *partner*” (*Ibidem*) e che per altri, nessun problema si porrebbe nemmeno qualora “la F.A. [venisse realizzata (nda)] su donna coniugata – o stabilmente convivente – con seme di donatore (AID), in presenza di formale consenso del coniuge (o del convivente)” (*Ibidem*).

personale (fisica, giuridica, morale *et coetera*) per potere legittimamente/giuridicamente/umanamente/razionalmente «desiderare» di porre le (legittime) condizioni per avere un figlio? In fine: il concepimento cui tende la procreazione medicalmente assistita, nel contesto in cui essa dev'essere realizzata, può ritenersi alla stregua di una pratica lecita, ovverosia inidonea a ledere i diritti dei soggetti coinvolti e in specie il diritto del (possibile) concepito? Con una «diversa» impostazione del problema, allora, ci si dovrebbe/potrebbe domandare se il desiderio di maternità della donna che avanzi una richiesta di fecondazione artificiale (*in vivo*) sia teso verso un atto di libertà umana, quindi se sia un desiderio razionale e compendiabile entro gl'estremi d'una pretesa autenticamente giuridica di esercitare di un diritto soggettivo vero e proprio, o se esso, *viceversa*, s'infuturi piuttosto nella mera pretesa (negativa) di esercitare una forma di libertà negativa *sub specie* di «diritto volitivo», ovverosia in una pretesa arbitraria di «copertura giuridica» a *pro* d'una propria *voluntas/voluptas* del tutto irrazionale e ingiustificata sul piano logico, morale e naturale. Il problema, allora, parrebbe involgere la delicatissima questione relativa al c.d. diritto alla procreazione e/o alla genitorialità e ciò, nell'ordine di un indagine la quale valuti i criterii che presiedono agli atti dispositivi del corpo umano posti in essere pei fini della procreazione *de qua*: occorre ben vedere, cioè, se il corpo umano venga usato, in una sua funzione naturale, quale è, per l'appunto, quella procreativa, per gli scopi cui la procreazione stessa tende e deve tendere *ut natura* e nei contesti in cui essa medesima deve dirsi naturale, razionale e umana o se esso, invece, rappresenti un mero strumento (!) per soddisfare un desiderio di genitorialità non altrimenti qualificato e non razionalmente giustificabile.<sup>123</sup> Altro, infatti, è desiderare un figlio per avere un figlio e

---

<sup>123</sup> Il problema, per come affrontato dalla Corte costituzionale, invero, pretermette tutte le questioni da noi cennate: i Giudici romani, infatti, sostengono che “la determinazione di avere o meno un figlio, anche per la coppia assolutamente sterile o infertile, concernendo la sfera più

per compiere, così, il fine naturale della coppia uomo-donna nell'ambito della *familia proprio iure dicta* e altro, tutt'altro è desiderare un figlio *uti singuli* per mere ragioni di ambizione personale o di interesse egoistico nell'assecondare una volontà tutt'affatto capricciosa e assolutamente priva di criterii giustificativi sul piano morale, sociale e giuridico: nel primo caso, infatti, verrebbe messo al centro – come si suole dire – il bene della vita del figlio e quindi verrebbe colto appieno il senso della responsabilità genitoriale, eppertanto anche della potestà a essa connessa;<sup>124</sup> nel secondo caso, invece, al centro si collocherebbe, in modo vieppiù esclusivo ed escludente di ogn'altro criterio, il desiderio solipsistico del genitore di essere genitore pel gusto di vantare una genitorialità, intesa non più come dovere verso il figlio, verso la famiglia e verso la società, ma come piacere

---

intima ed intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile, qualora non vulneri altri valori costituzionali, e ciò anche quando sia esercitata mediante la scelta di ricorrere a questo scopo alla tecnica di P.M.A. di tipo eterologo, perché anch'essa attiene a questa sfera. In tal senso va ricordato che la giurisprudenza costituzionale ha sottolineato come la legge n. 40 del 2004 sia appunto preordinata alla 'tutela delle esigenze di procreazione', da contemperare con ulteriori valori costituzionali, senza peraltro che sia stata riconosciuta a nessuno di essi una tutela assoluta, imponendosi un ragionevole bilanciamento tra gli stessi [...]. Va anche osservato che la Costituzione non pone una nozione di famiglia inscindibilmente correlata alla presenza di figli [...]. Nondimeno, il progetto di formazione di una famiglia caratterizzata dalla presenza di figli, anche indipendentemente dal dato genetico, è favorevolmente considerata dall'ordinamento giuridico, in applicazione di principi costituzionali, come dimostra la regolamentazione dell'istituto dell'adozione. La considerazione che quest'ultimo mira prevalentemente a garantire una famiglia ai minori [...] rende, comunque, evidente che il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia stessa. La libertà e volontarietà dell'atto che consente di diventare genitori e di formare una famiglia, nel senso sopra precisato, di sicuro non implica che la libertà in esame possa esplicarsi senza limiti. Tuttavia, questi limiti, anche se ispirati da considerazioni e convincimenti di ordine etico, pur meritevoli di attenzione in un ambito così delicato, non possono consistere in un divieto assoluto, come già sottolineato, a meno che lo stesso non sia l'unico mezzo per tutelare altri interessi di rango costituzionale" (9 Aprile 2014, Corte Costituzionale, Sentenza № 162, Presidente Silvestri, Redattore Tesauro).

<sup>124</sup> Non a caso, invero, è stato osservato – e giustamente – che “il potere morale e giuridico della ‘patria potestà’ non è un potere arbitrario [...] ciò che lo regola intrinsecamente [infatti (nda)] è il bene del figlio che deve essere aiutato [e costretto, se riluttante (nda)] a crescere e maturare nel rispetto e in conformità alla sua natura umana” (CASTELLANO, *Ordine etico e diritto*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, pag. 80).

fine a sé stesso e come momento di sintesi egoistica di un *velle* e di un *posse* assoluti e... irrazionali nella loro assolutezza.<sup>125</sup>

---

<sup>125</sup> *Per incidens* segnaliamo che il Comitato Nazionale per la Bioetica ha precisato, con riguardo al divieto di P.M.A. c.d. eterologa che “alcuni membri sono favorevoli al divieto posto dalla L. 40/2004 alla fecondazione con donatori di gameti ritenendo che tale pratica sia carenti di eticità” (C.N.B. *Conoscere le proprie origini biologiche nella procreazione medicalmente assistita eterologa*, 25 Novembre 2011, pag. 6) *et coetera*. È tutto vero ed è tutto condivisibile, ma il problema non è questo, a nostro avviso... il problema, infatti, concerne proprio la sussistenza o meno del diritto, in capo alla coppia, di accedere alla genitorialità e prima ancora quello riguardante l’essere della genitorialità stessa: da un lato, infatti, rileva che una coppia ha titolo per rivendicare il diritto di porre le premesse per accedere alla genitorialità sol quando essa coppia costituisca e dia luogo a una famiglia *in se* e in secondo luogo occorre considerare che la coppia di genitori, non è quella che autoreferenzialmente decide, *per se*, di essere coppia di genitori, ma è segnatamente rappresentata dalla coppia uomo-donna i cui gameti si sono incontrati nel momento fecondativo. Talché... la stessa dizione «fecondazione eterologa» è del tutto impropria, in quanto la fecondazione è sempre omologa, vale a dire che essa è sempre data dall’incontro di due gameti appartenenti alla coppia uomo-donna che darà luogo alla coppia padre-madre, *id est*... alla coppia di genitori.



## CAPITOLO TERZO

### DELL'AUTODETERMINAZIONE PROCREATIVA

#### 1) Il c.d. diritto alla genitorialità: una pericolosa chimera.

A questo proposito è mestieri di precisare che secondo la nostra «sensibilità giuridico-filosofica» la natura stessa delle cose e in particolare quella della procreazione (umana), impedisce di potere propriamente parlare di «diritto alla procreazione», ovvero di «diritto alla genitorialità», *sub specie* di signoria del soggetto «sulla» procreazione e «sulla» genitorialità in quanto tali. L'impedimento, come vedremo, non è solo tecnico-giuridico, ma è propriamente... naturale, vale a dire legato alla *rerum natura* e in particolare alla natura stessa dell'evento-fenomeno procreativo. Prima di proseguire nel ragionamento, allora, è necessario chiarire un aspetto preliminare di rilievo assolutamente dirimente con riguardo ai temi affrontati: si tratta della «necessità logica» (e tecnica) di discernere il c.d. diritto alla procreazione/genitorialità, dal diritto a porre in essere le «premesse di fatto» affinché essa abbia a verificarsi naturalmente. Come il Lettore può bene intendere, invero, si tratta di fattispecie completamente diverse su di un piano innanzitutto concettuale: altro, infatti, è postulare un diritto a diventare genitore e quindi ad avere un figlio... *sic et simpliciter* e tutt'altro è postulare un diritto a usare del proprio corpo ai fini di porre in essere le «condizioni fisiologiche» per generare una vita umana, ovviamente nel contesto «di coppia» uomo/donna, ove ciò può *naturaliter* avvenire. Nel primo caso – quello che concerne il c.d. diritto alla genitorialità o a procreare, per intenderci – s'avrebbe un'ipotesi del tutto assurda e impraticabile su di un piano logico e massimamente su di un piano giuridico

(in ispecie, gius-filosofico), imperocché il concepimento di un essere umano, già nel dato dell'esperienza delle cose, non dipende affatto e non può affatto dipendere dalla volontà dell'uomo:<sup>126</sup> non è l'uomo, infatti, che «provoca» e che «determina» il concepimento *in se*, avendone la disponibilità, non è l'uomo, infine, che realizza la fecondazione del gamete femminile con quello maschile gestendo *uti dominus* l'*iter* biologico che a ciò porta, non è l'uomo che crea l'embrione *ex voluntate*, insomma e non è, conseguentemente, dalla volontà mera dell'uomo che deriva la sua possibile condizione di genitore; tutto avviene, se avviene e se deve avvenire, infatti, in forma naturale e «indipendentemente» dalla volontà dei soggetti, i quali, invero, hanno solo il «potere» o il «diritto», a seconda delle circostanze (!), di porre le condizioni per procreare (e di desiderare/non-desiderare ciò) e quindi per favorire (favorire, non determinare!) il concepimento del figlio

---

<sup>126</sup> *Ictu oculi* si potrebbe contestare la nostra impostazione dommatica con un riferimento all'istituto dell'adozione e in ispecie col riferimento all'ipotetico diritto di adottare: si potrebbe opinare, cioè, che una tale fattispecie giuridico-normativa invero in sé stessa una forma di rappresentazione traslata (eteronoma) del citato diritto alla genitorialità. Ebbene, al di là della correttezza di una siffatta qualificazione giuridica – si potrebbe anche ipotizzare, infatti, che il richiedente l'adozione versi in una condizione di «interesse legittimo» affinché il procedimento adottivo venga portato innanzi nel rispetto della legge – e al di là del fatto in virtù del quale l'istituto dell'adozione non è funzionale a soddisfare un desiderio degli adottanti, ma è teleologicamente orientato a rispondere, nel modo migliore possibile, alle indigenze dell'adottato, vale a dire alla sua necessità naturale di vivere e di crescere all'interno di un contesto simil-familiare, ciò che rileva segnalare, in questa sede, è rappresentato dalla circostanza, secondo noi scontata, giusta la quale l'adozione non tiene luogo dell'esercizio di alcun diritto a procreare, né invero in sé l'esercizio di un diritto alla genitorialità: l'adottante, infatti, non diventa genitore dell'adottato che in virtù di una *fictio iuris* (e ciò, proprio perché egli stesso non l'ha generato!) e l'adottato è e resta figlio dei suoi «genitori naturali», anche se per la legge egli assume lo *status familiae* del c.d. padre putativo. *Nulla quaestio* sulla meritorietà giuridica e morale dell'istituto dell'adozione e *nulla quaestio* nemmeno sulla disciplina legale che struttura il rapporto adottante/adottato a immagine di quello tra padre e figlio, ma certamente rileva che l'adozione stessa non può fare presumere in capo al soggetto la sussistenza di alcun diritto alla genitorialità e ciò, sia perché se vi è, nel soggetto o nella coppia, una forma di *impotentia generandi* o comunque di sterilità, nessuna legge e nessuna *fictio iuris* possono superarla, provocando, di fatto, la loro filiazione naturale, sia perché nessun procedimento amministrativo o giudiziario può cambiare la natura del rapporto oggettivo e biologico tra genitori e figli; vero è, infatti, che il provvedimento del giudice può disporre l'imposizione all'adottato del cognome dell'adottante e può determinare la disciplina dei loro rapporti facendo riferimento ai diritti e ai doveri *lato sensu* familiari, ma non può certo alterare le condizioni naturali dei soggetti *de quibus*; la legge che disciplina le adozioni, peraltro, tiene ben conto di questi aspetti, essa, infatti, non è scevra di aperture verso la ricostituzione funzionale del nucleo familiare che effettivamente e naturalmente è rappresentato dai genitori (naturali) e dai figli (naturali).

che, di fatto, li renderebbe genitori (naturali). È ovvio – sia chiaro – che senza il compimento da parte dei soggetti stessi degl'atti necessari ai fini della procreazione essa non possa mai verificarsi, ma è altrettanto ovvio che gli atti *de quibus*, essendo meramente funzionali, non siano affatto sufficienti a determinare la procreazione medesima: quest'ultima, invero, come è nella comune esperienza, non ha luogo ogniqualvolta gl'atti medesimi vengano posti in essere da parte di due soggetti che formano una coppia, ancorché essi perseguano il fine di procreare e per contro, l'evento procreativo ha o può avere luogo anche qualora la coppia in questione, pur avendo voluto porre in essere gli atti in parola, non ne avesse desiderato (o avesse addirittura scongiurato) il possibile effetto (quello procreativo). Potremmo dire, allora, per semplificare i termini del ragionamento, che gli atti funzionalmente diretti alla procreazione rientrano nell'ambito di una *condicio sine qua non* del concepimento, il quale, per l'appunto, li presuppone necessariamente, tuttavia... essi non inverano certo una *condicio ad quem* del momento fecondativo rappresentato dalla venuta al mondo di una nuova vita *sub specie* di embrione (umano), imperocché... l'attività umana di cui trattasi non può giammai definirsi alla stregua di un «presupposto sillogistico» dell'essere dell'embrione, tale per cui il concepimento dell'embrione medesimo ne dovrebbe rappresentare la conseguenza meccanicamente necessitata e logicamente necessaria, posta, come gl'atti di cui trattasi, nell'ambito di signoria di colui il quale fattualmente ha il potere di compiere o di non compiere gli atti stessi. Così non è – come veduto – consta, infatti, che l'essere umano abbia signoria sugl'atti che dipendono da lui, in questo caso sugl'atti che sono virtualmente tesi alla procreazione, ma non anche su quegli eventi in relazione ai quali la sua stessa condotta, per quanto indispensabile su di un piano eziologico, non è di per sé sola sufficiente a determinarli nella loro effettività storica. Ciò posto, deve radicalmente escludersi, su di un piano concettuale prima ancora

che tecnico-giuridico, anche la più astratta ipotizzabilità/configurabilità di un diritto a procreare *tout-court*, ovverosia di un diritto alla genitorialità in quanto tale: questo, infatti, sarebbe assurdo proprio in ragione della circostanza (oggettiva e naturale) che il fenomeno procreativo è ognorpiù sottratto alla piena signoria e disponibilità del soggetto: esso (il fenomeno procreativo), certamente ne presuppone una condotta teleologicamente orientata al suo stesso verificarsi, ma in questa non s'esaurisce; oltre a quest'ultima, infatti, è necessario – parliamo in termini prettamente tecnici e asettici da un punto di vista morale e religioso – che si verifichi e che vada a buon fine lo «incontro fecondativo» del gamete maschile con quello femminile e ciò... nell'ambito della fisiologia dell'evento-fenomeno fecondativo e procreativo. In ordine a siffatto evento-fenomeno – come è ovvio – la volontà → azione dell'uomo, il quale pur ne pone i presupposti fisiologici, non ha alcuna possibilità di giuocare un ruolo decisivo; determinante, sì, ma non decisivo. Pel credente, allora, la verità sarà palese nel ritenere che i figli rappresentano un dono d'Iddio e che a Lui è da imputarsi il venire al mondo dell'embrione;<sup>127</sup> per l'ateo, tutto si ridurrà al caso che scientificamente (*rectius*, tecnicamente) può essere spiegato attraverso le dinamiche biologiche, chimiche, ormonali *et coetera* le quali pur rappresentano la bio-meccanica dell'*iter* fisiologico dei gameti nell'ambito dell'apparato riproduttivo.

Un tanto precisato in ordine alla configurabilità anche solo teorica di un diritto alla procreazione e/o alla genitorialità in quanto tali, è mestieri, ora, di considerare che nell'altra fattispecie ipotizzata la configurazione in termini astratti del diritto a porre in essere gl'atti necessari ai fini della procreazione umana ha senso ed è coerente colla natura delle cose, infatti... si può ben dire che in determinate circostanze, delle quali parleremo in

---

<sup>127</sup> Si rammenti il Salmo 127: 3-5 a mente del quale “*Ecce hereditas Domini filii, merces fructus ventris. Sicut sagittae in manu potentis, ita filii iuventutis. Beatus vir, qui implevit pharetram suam ex ipsis: non confundetur, cum loquetur inimicis suis in porta*”.

appresso, il soggetto sia effettivamente titolare di un vero e proprio diritto a disporre del proprio corpo e del prodotto del proprio corpo, al fine di porre le premesse per diventare naturalmente genitore e quindi al fine di perseguire lo scopo di dare la vita a un nuovo soggetto, assumendosi, ovviamente, le responsabilità (tutte!) che derivano dagli atti *de quibus*. Il problema della «qualificazione» giuridica, morale e filosofica, nell'ordine della liceità/razionalità/umanità o dell'illiceità/irrazionalità/disumanità dell'atto tendente alla procreazione, allora, può e deve porsi nei termini in cui il nostro ragionamento cerca di enuclearlo – sia ben chiaro – in ragione del fatto che il soggetto, salvo «eccezioni patologiche» (o fisiologiche, tra cui rientrerebbe l'impubertà), versa sempre nella condizione (fisica) di potere realizzare gli atti funzionali alla procreazione, come, peraltro, egli è sempre nella condizione di potere disporre del proprio corpo e di potere fare ciò che «vuole», al di là del valore o del disvalore della sua stessa condotta. L'essere-in-sé della condizione umana del soggetto, quindi, impone di operare un sindacato sugli atti da egli medesimo posti in essere, giusta i parametri di quella razionalità che è nell'ontologia della persona umana e che non è sempre e necessariamente «presente» nelle *rationes* delle sue condotte storicamente apprezzabili e contingentemente operative: il libero arbitrio, infatti, proprio solo dell'essere umano, consente all'uomo di agire in conformità delle decisioni da egli stesso deliberate responsabilmente, buone o malvage che siano, conformi o difformi, nel loro «essere» (storico), dal loro «dovere essere» (filosofico). Il fatto di porre, allora, le «premesse umane» alla procreazione – si badi attentamente – è e resta prerogativa e «potere» dell'uomo anche al di fuori dal contesto di giuridicità che abbiamo testé evocato: val bene considerare, invero, che l'essere umano (salvo condizioni fisiologiche o patologiche del proprio organismo che lo impediscano) ha sempre il «potere» di porre in essere gli atti necessari ai fini del concepimento d'un (soggetto-)embrione, egli, infatti, è *dominus* dei

propri atti ed è nelle condizioni di (potere) realizzare le condotte che egli stesso vuole, ivi comprese quelle teleologicamente orientate alla fecondazione e alla conseguente procreazione umana. In questo, peraltro, alberga la sua responsabilità per gl'effetti degli atti compiuti e delle condotte tenute... Altro, però, è il potere (di fare qualche cosa) e altro, tutt'altro è il diritto (di agire). Anche in questo contesto – diremo... soprattutto in questo contesto – invero, è mestieri di ben distinguere l'esercizio legittimo, razionale e libero di una prerogativa giuridica, quale ben può essere quella di porre le condizioni per dare la vita a un essere umano (*id est*, per porre le condizioni pel suo concepimento), dal compimento del medesimo «atto materiale», non supportato, però, dal «requisito morale» della giuridicità, ma solamente da quello del potere esercitato col mero criterio della *voluntas/voluptas*, vale a dire... senza criterio alcuno, in modo, cioè, non-libero, non-umano e non-razionale. La condotta materiale – si badi – è e resta la medesima: essa si sostanzia sempre e comunque, infatti, nel fare ciò che è funzionale alla procreazione, tuttavia la qualificazione filosofica e giuridica di essa diverge, col differenziarsi dei «contesti» in cui essa stessa viene realizzata dai soggetti coinvolti. Una precisazione: se è vero che l'atto ha una sua natura indipendente da ogn'altro elemento esterno a esso, è altrettanto vero, però, che la natura dell'atto può essere determinata eziandio dal contesto in cui esso medesimo trova la propria concretizzazione storica, talché... un determinato contegno può essere ritenuto buono e opportuno in presenza di una determinata condizione di tempo, di luogo o di circostanza, mentre può essere ritenuto malvagio e inopportuno in presenza di altri elementi *lato sensu* circostanziali. Un esempio schiarirà i termini del ragionamento: si ponga mente al figliolo adulto che porti una torta in dono alla madre anziana, certamente quest'azione, in termini generali e astratti, è e viene considerata buona, tuttavia... qualora la madre soffrisse particolari patologie – note al figlio – come il diabete, in virtù delle quali ella dovesse

seguire una dieta il più possibile povera di zuccheri, certamente il gesto del figlio non potrebbe che assumere una connotazione negativa. Come si vede, allora, non è il contesto esterno all'atto che qualifica l'atto stesso, ma è senz'altro l'atto in questione che reca seco una natura oggettiva, alla cui compiuta definizione, però, concorre una coorte di circostanze da considerare nel loro insieme, per quel significato ontologico ch'esse hanno ed esprimono, nel loro essere in sé, con riguardo all'atto considerato nell'*hic et nunc* del suo stesso fenomeno storico: nel caso portato a esempio, infatti, non è la malattia della madre a rendere malvagio il gesto del figlio, ma è il gesto del figlio che è malvagio in quanto esso, di fatto e... nei fatti, reca effettivo nocumento alla salute (già precaria e compromessa pel diabete) della madre; in un contesto diverso, invece, l'atto medesimo dovrebbe considerarsi non lesivo del bene salute, con riguardo alle condizioni fisiche della madre, eppertanto esso non avrebbe ragione di sopportare un giudizio negativo. Ritornando, ora, al problema relativo alla natura dell'atto tendente alla procreazione, giova rilevare che la valutazione *de qua* non risente (negativamente) solo delle circostanze in cui venga usata violenza da parte di un essere umano contro un altro, ai fini di perseguire lo scopo *lato sensu* fecondativo, come potrebbe accadere nell'ipotesi del ratto a scopo di libidine (o di matrimonio), ma assume un rilievo dirimente anche e soprattutto con riferimento a quelle fattispecie nelle quali debba apprezzarsi il mutuo consenso dei (due) soggetti che concorrono a porre in essere le pratiche *de quibus*: non è, infatti, la reciproca volontarietà (*sub specie* di reciproco consenso) dell'atto tendente alla fecondazione che rende l'atto stesso giuridico, libero e razionale presso coloro i quali hanno concorso alla sua stessa realizzazione, ma è la natura (!) dell'atto stesso, data in speciale modo dalle condizioni oggettive del contesto «di coppia» in cui esso medesimo avviene, a palesarne la giuridica qualificazione nei termini dell'esercizio giuridico d'un diritto, ovvero nei termini dell'esercizio irrazionale e

antigiuridico (immorale) di una libertà negativa e d'una passione purchessia, ingiustificata e ingiustificabile (razionalmente) su di un piano logico, morale e giuridico.

Un tanto, per tutta evidenza, richiede di significare una valutazione *in casibus* dei vari contesti nei quali vi sia la necessità di dire se sussista o meno, in capo a un determinato soggetto (più propriamente devremmo dire, a due determinati soggetti), il diritto di ambire, nei/coi fatti, alla genitorialità: questo diritto, invero, non è un «diritto assoluto», non è, cioè, un diritto che partine al soggetto, in quanto soggetto e che lo accompagna, come *propriuum* giuridico, dal concepimento alla morte, ma è un diritto che il soggetto medesimo «acquista» (o, meglio, ha) in considerazione di determinate circostanze legate al suo stesso sviluppo fisico e morale e massimamente alle sue stesse «scelte di vita». È un diritto – potremmo dire – che certamente postula *in abstracto* il «potere fisico» di realizzare l'atto tendente alla procreazione e di procreare, ma senz'altro non si esaurisce in esso e con esso coincide perfettamente; allo stesso modo, dovremmo poi dire che la medesima possibilità fisiologica di procreare non si esaurisce né si definisce nella possibilità fisica di porre in essere l'atto tendente alla fecondazione, dacché il soggetto ben potrebbe avere i «presupposti endocrini» per (potere tendere a) procreare, ma potrebbe non avere le «forze/capacità fisiche» per realizzare l'atto meccanico e materiale che sarebbe *naturaliter* funzionale allo scopo procreativo. L'esempio più immediato, per chiarire i termini del discorso – potrebb'essere quello rappresentato dalla differenza tra *impotentia generandi* e *impotentia coeundi*, dove la prima è data dalla sterilità *sic et simpliciter*, mentre la seconda consiste nell'incapacità fisica di porre in essere l'atto tendenzialmente fecondativo, a prescindere dalla «capacità astratta» di procreare o meno. A questo punto, allora, un'analisi giuridica della questione che non voglia limitarsi a considerazioni di ordine generale deve



considerare la liceità della procedura fecondativa posta in essere, ovvero richiesta da un soggetto, con riguardo all'intero contesto dell'istanza medesima e non solo in riferimento alle condizioni fisiche del richiedente (o al suo desiderio contingente): anche il soggetto impotente, sotto il profilo della citata *impotentia coeundi*, infatti, potrebbe versare nella condizione del diritto soggettivo a porre le premesse per la procreazione e ciò, ovviamente, qualora le sue stesse condizioni «personali» e «di coppia» facessero ritenere lecita, razionale, umana e giuridica una siffatta «ambizione» di genitorialità; al contrario... un soggetto perfettamente abile a procreare, sotto il profilo fisico ed endocrino, potrebbe trovarsi in una situazione personale, oggettiva, tale per cui la natura di essa imponga di escludere dal novero dei suoi diritti subiettivi quello di porre le premesse alla procreazione, l'esempio più semplice e immediato, infatti, potrebb'essere quello dell'uomo scapolo o della donna nubile o, per non entrare troppo presto nel merito tecnico-morale-giuridico della questione, quello dell'uomo o della donna non inseriti in un contesto di coppia ove si legittimi e sia legittimata la volontà genitoriale (ovviamente dovremmo dire di famiglia!). Al di là di questo – ritorneremo sul punto, evidentemente – v'è tosto da dire, a scanso d'equivoci, che il diritto di cui stiamo parlando, vale a dire quello di porre le premesse per la procreazione, non può essere letto e studiato con riferimento al mero soggetto, nel suo essere individuale, ma dev'essere indagato con riguardo al testé citato «contesto di coppia», all'interno del quale, solamente, esso ha modo di potersi esprimere e di potersi estrinsecare nella sua veste giuridica e anche fattuale: è del tutto scontato, infatti, che la possibilità di porre le premesse alla procreazione umana, sia essa realizzata *sub specie* di potere legato all'esercizio della mera libertà negativa, o sia essa realizzata *sub specie* di diritto, postula comunque, *ut natura*, l'incontro di un uomo con una donna, quindi... essa postula una situazione essenzialmente e irrefutabilmente caratterizzata da due (!) sole (!) persone di genere diverso

(!): fuori dalla coppia uomo-donna, infatti, non può esservi e non può ipotizzarsi alcuna forma di procreazione, esclusa la partenogenesi che, a quanto consta nella comune esperienza, non è propria degli esseri umani. Resta del tutto inteso, allora, che un'analisi intorno alla «coppia» e alla sua funzione ontologica nel/pel momento procreativo, non solo non possa essere pretermessa nell'ambito dell'indagine che stiamo portando innanzi, ma che addirittura essa assume un carattere peculiare e dirimente in ordine sia alla qualificazione giuridica degli atti compiuti dai soggetti in funzione procreativa, che alla natura dello medesimo rapporto uomo-donna che, infine, ai doveri della coppia-genitori verso il concepito, vale a dire... verso quell'essere umano la cui venuta al mondo, i membri della coppia stessa hanno favorito attraverso il compimento degli atti procreativi essenzialmente posti nella loro disponibilità e necessariamente rimessi alla di loro volontà e alla di loro opzione individuale e collettiva in un tempo.

Vediamo bene di svolgere l'argomento, interessante assai anche ai fini della prosecuzione del nostro Lavoro. Per tutta conseguenza, allora, la qualificazione giuridico-morale dell'atto tendenzialmente/virtualmente «aperto» alla procreazione, in termini di diritto o di *iniura*, non può prescindere da una valutazione «complessa» che metta a sistema la condizione dell'uomo, quella della donna e quella della coppia, vale a dire dell'uomo e della donna nel loro essere veramente «assieme» o semplicemente «accanto», a seconda dei casi: non si tratta – sia ben chiaro – di scindere tre posizioni distinte e autonome, ma si tratta, *au contraire*, di valutare l'una in riferimento alle altre e di comprendere se il contesto che esse stesse definiscono sia quello nel quale possa/debba ritenersi lecito, umano e razionale l'atto tendente alla procreazione, ovvero se esso realizzi una circostanza del tutto estemporanea, nella quale la condotta virtualmente aperta alla fecondazione non possa che qualificarsi alla stregua d'una attività irrazionale, vale a dire... realizzata in ossequio ai meri appetiti della c.d.

libertà negativa (*rectius*, del libertinaggio). Come detto, allora, l'*ubi consistam* del problema che stiamo cercando di enucleare e di trattare, ai fini del più ampio discorso portato innanzi, va ben oltre rispetto alla questione relativa al consenso dei soggetti coinvolti negl'atti in parola: il mutuo consenso dei componenti la coppia, in relazione alle condotte da essi medesimi tenute al fine di favorire la procreazione, infatti, in altro non rileva, se non sotto il profilo della valutazione del comportamento della donna verso l'uomo e dell'uomo verso la donna e ciò, al fine precipuo di dirimere l'eventuale *quaestio* circa la sussistenza o meno di una c.d. violenza carnale, onde il mutuo consenso l'esclude e il mancato consenso di una delle parti (massimamente *sub specie* di dissenso palese) la integra a carico dell'altra, nel rilievo anche penale ch'essa potrebbe assumere (*ex artt. 609bis e ss. c.p.*). Un tanto significa – come l'accorto Lettore avrà di già inteso – che il consenso o il dissenso (palese o presumibile) dei soggetti *de quibus* rileva solo con riguardo alla valutazione di liceità, o meno, degl'atti compiuti da parte dell'uomo sulla donna e da parte della donna sull'uomo, quindi la valutazione degl'atti stessi, giusta il parametro del consenso, è una valutazione che ha a oggetto le condotte in questione solo in quanto condotte che involgono il «contatto corporale» delle due persone interessate, eppertanto trattasi d'una valutazione che rileva solamente sotto il profilo delle fattispecie *lato sensu* riconducibili alla eventuale ipotesi di violenza privata e ciò... per affermarla o per escluderla, ovviamente. Il problema dello (mutuo) accordo e del consenso, dunque, non consente di entrare nel merito del vaglio di legittimità/razionalità/umanità posto a carico dei fatti tendenti alla procreazione, considerandone la dimensione teleologico-ontologica, imperocché la dommatica del consenso prescinde dalla eventuale apertura, o meno, delle condotte considerate, all'evento/fenomeno fecondativo: il consenso, infatti, rende relativamente lecito, *inter volentes*, il mero contatto fisico tra di essi, nell'ambito del loro rapporto personale, nulla

dice, invece, sulla natura giuridica dell'atto mutualmente voluto pel suo effetto virtualmente/idealmente aperto alla procreazione di un «nuovo» soggetto (l'embrione). Peraltro... l'ipotesi della fecondazione determinerebbe una forma di «estensione» del rapporto uomo-donna, la quale verrebbe a coinvolgere giocoforza un terzo soggetto, vale a dire l'embrione, ovviamente ed evidentemente estraneo all'eventuale accordo o disaccordo, tra i genitori di lui, col quale essi medesimi hanno mutualmente consentito o unilateralmente dissentito al reciproco «incontro (tendenzialmente) riproduttivo». Altro, dunque, è parlare di liceità relativa del contatto fisico tra due persone, sotto il profilo dell'eventuale violenza da parte di chi l'atto stesso ha posto in essere verso chi lo ha «sopportato» (desiderandolo o subendolo *obtorto collo*) e altro, tutt'altro è parlare della legittimità assoluta di esso, nel suo fisiologico tendere alla procreazione: nel primo caso, infatti, ha da aversi riguardo all'accordo tra le parti, onde se questo vi è, non vi è violenza (*inter partes*, vale a dire... *inter marem et feminam*) e se questo non vi è, vi è violenza; mentre nel secondo caso ha da aversi riguardo alla natura stessa dell'atto considerato nel suo essere qualche cosa di più e di diverso rispetto a un mero incontro/contatto corporale e ciò, proprio in virtù degli effetti *ultra partes* – potremmo dire – di esso, di talché vengono giocoforza ad assumere peculiare rilievo i diritti e le posizioni giuridiche del «nuovo» soggetto eventualmente coinvolto. Si tratta – questo è chiaro, financo scontato – del concepito, quale soggette attualmente (al *tempus acti*) estraneo così all'eventuale accordo come all'ipotetica violenza, la cui esistenza *in rebus mundi* come essere umano e *in rebus iuris* come soggetto (giuridicamente capace), però, rappresenta proprio il prodotto, la conseguenza (non esclusiva ma co-causale) degl'atti virtualmente tesi alla fecondazione e alla procreazione umane; ne consegue, *more geometrico*, che la di loro valutazione *sub specie iuris* non possa e non debba prescindere da un'attenta considerazione dei diritti stessi del *conceptus* e dei doveri che,

verso di lui, *naturaliter* incombono sopra i suoi genitori (responsabili del/pel suo concepimento<sup>128</sup>). Se, dunque, il consenso esclude una forma di violenza tra i componenti la coppia (*volenti non fit iniuria*), esso non è affatto di per sé solo idoneo a legittimare, sotto un profilo giuridico, morale, razionale e umano l'atto tendenzialmente procreativo realizzato «dalla» coppia stessa e

---

<sup>128</sup> Ovviamente, nell'ipotesi di una violenza che abbia costretto uno dei genitori a subire gl'effetti dell'atto tendente alla procreazione posto in essere dall'altro, in ispregio al suo fermo e inequivocabile rifiuto, il problema della di lui responsabilità genitoriale assume una connotazione tutt'affatto peculiare e tragica, nel suo essere oggettiva. Nel caso ipotizzato, infatti, il soggetto *de quo* ben si trova a portare, verso il proprio figlio, una responsabilità, punto quella del/di genitore, pur senza ch'egli stesso si sia messo volontariamente e/o colpevolmente nelle condizioni per assumere siffatta posizione giuridica (e morale). Il caso, come è evidente, potrebbe riguardare sia una donna che avesse subito una violenza da parte di un uomo, rimanendone gravida sia – più difficilmente sul piano dell'esperienza, ma non certo impossibile – un uomo il quale fosse stato oggetto di pratiche da lui non volute, né consentite, né colpevolmente agevolate, le quali si fossero sostanziate in un uso a fini fecondativi dei propri gameti. Che nelle vedute ipotesi l'uomo e la donna in questione diventino e biologicamente siano genitori dell'embrione e poi del nato, è tutt'affatto inequivocabile: i loro gameti si sono incontrati e fecondati, loro sono il padre e la madre... *ut natura*. Che l'essere umano venuto al mondo in forza del concepimento – anche violentemente realizzato – poi, sia assolutamente innocente e tutt'affatto estraneo alle dinamiche che ne hanno determinato la venuta al mondo, è altrettanto scontato e ovvio. *Quid iuris?* Poniamo il caso più probabile (da un punto di vista sociologico): una donna subisce una violenza, da questa diviene madre; lei non ha consentito, né agevolato la violenza stessa, né ha tenuto condotte equivoche o tali da farne presumere una certa dedizione al libertinaggio, insomma, si tratta di una donna onesta, dai costumi morigerati, pudica, per bene. Una sventurata, insomma. Ebbene, ella si trova a dovere sopportare i gravi oneri della genitorialità, pur non avendo affatto voluto o cagionato, nemmeno in forma «blanda» od «obliqua», la stessa. Perché? Se è giuoco forza, infatti, rispondere dei propri atti, perché rispondere anche per quelli altrui? Perché portare una responsabilità che non è propria? La via dell'aborto risolverebbe il problema... meno drastica, quella del c.d. parto in incognito eviterebbe di sopprimere l'innocente... Ebbene, a nostro avviso entrambe le strade risultano e debbono risultare razionalmente/giuridicamente/umanamente impraticabili. *In primis*, infatti, non è con un male maggiore, un omicidio di un innocente, che si può porre rimedio a un male minore, vale a dire a una violenza carnale e per quanto possa essere doloroso diventare madre in siffatto modo, la colpa non è del figlio, ma del padre e sarebbe del tutto irrazionale fare pagare proprio al figlio, una responsabilità non sua, al di là dell'adeguatezza e/o della congruità del mezzo abortivo. *In secundis*, la responsabilità genitoriale non deriva dal rapporto di affetto tra i genitori, né deriva dalla meritorietà e/o dalle circostanze del momento fecondativo e non deriva nemmeno da un dovere scaturente dai legami e dai vincoli di/della coppia, essa deriva, infatti, dalla mera circostanza del rapporto genitoriale tra padre/madre e figlio. È, insomma, il vincolo genitoriale in sé, nella sua oggettività e nella sua realtà anche biologica, che determina, in capo al genitore, l'obbligo di adempiere i suoi doveri verso il figlio che è suo. Di talché... partorire in incognito significa proprio violare i doveri del genitore verso il figlio, significa, cioè, spogliarsi di una responsabilità che non ha altra fonte né altra genesi se non nell'effettività e nella naturalità del vincolo genitoriale stesso, significa, in ultima istanza, commettere una grave *iniuria* verso il figlio che, in quanto figlio del suo genitore, ha diritto di essere mantenuto, istruito ed educato (per ricordare, parafrasandola, la formola dell'art. 30 cost. e quella dell'art. 147 c.c.) da chi gli è padre e da chi gli è madre, in quanto padre e in quanto madre, al di là delle circostanze che a ciò portarono, per tragiche ch'esse possano essere.

«nella» coppia stessa e ciò... proprio perché il fenomeno (tendenzialmente) procreativo *de quo* non è e non può ritenersi alla stregua di un *quid* di «privato» e di «riservato» (*res inter alios acta, tertio neque prodest, neque nocet*) ai soli soggetti che lo hanno voluto, in seno alla coppia che formano, ambendo o alla genitorialità (desiderandola in modo specifico) o a essa rimanendo virtualmente disponibili (accettandone il rischio pur sotto un profilo meramente eventuale), ma è – propriamente parlando – qualche cosa di ontologicamente e inevitabilmente «aperto» a un soggetto terzo, vale a dire... al *conceptus*, nella cui natura e nella cui disciplina giuridica non può certo allignare la responsabilità del/pel suo stesso concepimento. È proprio questo ambire, questo tendere coi fatti (quelli aperti alla procreazione, ovviamente) a dare la vita, *id est* a determinare la venuta al mondo di un essere umano estraneo rispetto alla coppia, invero, che impone giuocoforza di considerarne in termini rigorosi e oggettivi i diritti e la posizione giuridica, sì da metterli al centro (!) dell'analisi che ha a oggetto il diverso ma connesso diritto dei componenti la coppia di porre in essere gl'atti idonei alla procreazione *de qua*. Siffatto diritto, quello dell'uomo e della donna di porre le premesse per la procreazione, alfine, va letto e non può non essere letto nel combinato disposto – per così dire – col diritto del concepito a vivere umanamente, naturalmente, razionalmente, liberamente la propria vita di uomo: si tratta, infatti, di un nesso inscindibile e insurrogabile *ut natura*, si tratta, cioè, di un legame giuridico (e prima ancora naturale) che va oltre rispetto alle stesse responsabilità del/pel concepimento e che si fonda proprio nel vincolo biologico della genitorialità e nella natura (anche giuridica in senso proprio) di essa.<sup>129</sup> È quest'ontologica «apertura» e

---

<sup>129</sup> *Contra* le osservazioni del Consiglio Nazionale per la Bioetica, a mente delle quali “a favore di una rigorosa tutela dell'anonimato del donatore [il riferimento è al donatore di gameti umani (nda)] milita il fatto che, donando i propri gameti, egli non persegue certamente alcun progetto parentale nei confronti del nascituro [come se la genitorialità potesse essere l'effetto volontaristico di un progetto, del tutto slegato dall'elemento oggettivo-biologico del fenomeno fecondativo-procreativo (nda)] e che la sua figura, di conseguenza, non può facilmente essere

tensione verso una nuova vita umana, dunque, che impone di ampliare – se così possiamo dire – lo spettro d’indagine intorno al problema del diritto a porre le basi per procreare e intorno al problema delle «condizioni di coppia» in cui esso possa effettivamente e razionalmente dirsi sussistente in termini autenticamente giuridici, umani e razionali. Il discorso, quindi, non può essere correttamente portato innanzi «su due piani»: quello <sup>a</sup> dell’uomo e quello <sup>b</sup> della donna... nella coppia eventuale, *id est* nella coppia che rappresenta un mero momento di vicinanza geografica dell’uomo alla donna e della donna all’uomo, come è pel problema del consenso, in relazione all’ipotesi di violenza carnale, ma va svolto su tre piani interconnessi tra loro, vale a dire... <sup>a</sup> quello dell’uomo e quello della donna nella coppia, <sup>b</sup> quello della coppia *in se* e <sup>c</sup> quello del concepito (sia esso uomo o donna, non rileva), quale persona *pleno iure*, titolare, cioè, di una soggettività piena e pienamente giuridica nella sua autonoma rilevanza e nella sua altrettanto autonoma dipendenza, razionale e morale, rispetto al padre, alla madre e alla coppia che essi stessi formano *ex voluntate eorum*. Se queste premesse, allora, paiono chiare e lineari nella loro «sintassi argomentativo-espositiva», dovrebbe tosto risultare ognorpiù ovvio che nell’ambito della fattispecie del concepimento umano s’abbia a rilevare uno schema «bipartito» della responsabilità: certamente, infatti, v’è quella «bidirezionale» dei membri della coppia, l’uno verso l’altra e qui il momento del consenso assume –

---

assimilata a quella di un genitore” (C.N.B., *La fecondazione assistita. Documenti del Comitato Nazionale per la Bioetica*, collana *Società e Istituzioni*, Roma, Istituto poligrafico e Zecca dello Stato, 1996, pag. 79). La tesi *de qua* secondo noi è tutt’affatto insostenibile, proprio perché essa non fonda la genitorialità in ciò che la rende effettivamente sussistente, vale a dire nell’evento della procreazione, quanto piuttosto in un non meglio precisato/precisabile progetto di apparentamento... come se genitore fosse colui il quale desiderasse di esserlo e non colui il quale effettivamente lo è. A nostro avviso, peraltro, la stessa pronunzia del C.N.B. pare contraddire siffatta impostazione, allorquando essa sottolinea che nel caso della c.d. donazione di gameti, “ove il donatore fosse coniugato [...] il (nda) consenso [di lui (nda)] dovrebbe essere avvallato da quello del coniuge [...] per il fatto che [...] la donazione può [e giustamente, riteniamo noi (nda)] essere pericolosamente vissuta – dal coniuge del donante – come un adulterio” (*Ivi*, pag. 84) e che “andrebbe rigorosamente proibita [...] la mescolanza di semi di donatori diversi o del seme di un donatore esterno col seme del marito” (*Ibidem*). Tutto ciò significa – a nostro avviso, almeno – che la genitorialità, se è, è biologiche ed è indipendente da ogni progettualità...

come già abbiamo veduto – un carattere di eminente rilevanza, ma poi v'è il più significativo e interessante «profilo» rappresentato dalla responsabilità univoca e unidirezionale dei genitori – ambedue – verso il concepito. Siffatta responsabilità – si badi bene – trova la propria cagione e il proprio significato remoti (!) innanzitutto nel «libero» (*recte*, volontario) compimento degl'atti tendenti al concepimento stesso, atti... che i componenti la coppia hanno mutualmente posto in esse, esercitando il libero arbitrio, o col fine precipuo di tendere al concepimento medesimo o comunque assumendone il rischio; in secondo luogo, poi, il problema della responsabilità dei genitori verso il concepito (e quindi, *in apicibus*, del diritto degli «aspiranti genitori» ad ambire al concepimento), trova la sua causa prossima (!), se così possiamo dire, proprio e autonomamente rispetto a quella che abbiamo testé chiamato causa remota, nell'evento del concepimento o, per meglio dire, nel concepimento stesso come evento che «è» *in se* e che non può non essere considerato per gli effetti di esso <sup>a</sup> verso il *conceptus*, <sup>b</sup> verso l'uomo che diventa padre del *conceptus* e <sup>c</sup> verso la donna che diventa madre del *conceptus* e ciò... a di là di ogni considerazione circa la volontà degli stessi di partecipare all'atto virtualmente fecondativo o di realizzarlo per fine suo proprio. Il concepimento, insomma, determina il venire al mondo di un soggetto che non è responsabile della sua stessa esistenza e che è naturalmente figlio di sua madre e di suo padre, ond'essi – indipendentemente da ogni elemento che rilevi in seno al loro rapporto – ne debbono portare la responsabilità la quale, ovviamente, è e resta tutt'affatto inscindibile rispetto al vincolo genitoriale medesimo d'onde promana:<sup>130</sup> ov'è l'uno (il vincolo biologico

---

<sup>130</sup> *Contra* l'assurdo contenuto dell'art. 9 co. I *et* co. III della Legge 40/2004, a mente del quale, infatti, superando lo stesso vincolo genitoriale biologico, si afferma che “qualora si ricorra a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo in violazione del divieto [...] il coniuge o il convivente il cui consenso è ricavabile da atti concludenti non può esercitare l'azione di disconoscimento della paternità [...] né l'impugnazione di cui all'art. 263 [...] c.c.,



della genitorialità) è, dev'esserci e non può non esservi l'altra (la responsabilità genitoriale) e ov'è l'altra, è, dev'esserci e non può non esservi il primo (salvo, per quanto rileva nell'ambito di questa seconda affermazione, l'ipotesi eccezionale dell'adozione che pone in capo all'adottante gl'obblighi genitoriali verso l'adottato, pur senza che vi sia il vincolo biologico della genitorialità tra di essi).<sup>131</sup> Giova dunque precisare che se le premesse pel concepimento – come il concepimento, ovviamente – non possono che essere individuate all'interno di una coppia uomo/donna e non possono che essere poste «dalla» coppia stessa, risulta del tutto naturale che la valutazione in ordine alla liceità/razionalità/giuridicità degli atti tesi a porre concretamente le condizioni *de quibus*, non possa che essere portata innanzi con riferimento all'intero contesto, di coppia, di volta in volta interessato e ciò – lo ribadiamo – proprio in considerazione degl'obblighi naturali dei genitori verso i figli e dei diritti, altrettanto naturali, dei (figlio) concepiti verso chi li ha generati.<sup>132</sup> Considerando, allora, i tre piani

---

nè (nda)] il donatore di gameti [...]acquisisce alcuna relazione parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto, né essere titolare di obblighi”.

<sup>131</sup> Parrebbe stagliarsi su posizioni vieppiù opposte la stessa disposizione della L. 40/2004, la quale, infatti, prescrive che “in caso di applicazione di tecniche di tipo eterologo in violazione del divieto di cui all'articolo 4, comma 3, il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi” (*ex art. 9. Co. III, L. 40/2004*). La *ratio legis* è chiara: da un lato scongiurare il più possibile la c.d. fecondazione eterologa, vale a dire posta in essere utilizzando gameti appartenenti a un donatore estraneo alla coppia e dall'altro evitare che il donatore stesso abbia a poter rivendicare il diritto all'esercizio della propria potestà genitoriale verso quello che oggettivamente e naturalmente (*id est*, biologicamente) sarebbe suo figlio. Al di là di ciò, però, appare del tutto chiaro che questa disposizione vada contro quella che è la stessa natura delle cose: non può dirsi, infatti, che il donatore non “acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato” proprio perché egli ne è il genitore e se non lo è all'anagrafe o, comunque, per l'Ordinamento giuridico, non lo è solo in virtù di una *fictio iuris* assolutamente priva di fondamento e di giustificazione. Di conseguenza se il donatore stesso “non può far valere nei suoi confronti [*id est*, nei confronti del di lui figlio (nda)] alcun diritto né essere titolare di obblighi” ciò non potrà fare solo perché una norma glielo impedisce per ragioni di supposto ordine pubblico. Insomma, il problema è questo: i gameti non si possono donare, proprio perché essi non sono oggetti di cui potere disporre *ad libitum* e il loro «impiego naturale» porta o può portare a quell'evento fecondativo che è in sé generativo di una vita umana e che, pertanto, determina in termini radicali la relazione genitore ↔ figlio.

<sup>132</sup> Potrebbe considerarsi, per una riflessione meditata sul tema, in parte da accogliere, l'osservazione – dissenziente rispetto al contenuto del Parere stesso, quindi minoritaria – proposta da Maria Luisa Di Pietro, nell'ambito del Documento elaborato dal Consiglio

d'analisi cui facemmo cenno qualche rigo più sopra, giova osservare che la sussistenza del diritto a porre le premesse per un concepimento dipende essenzialmente <sup>a</sup> dalle condizioni dell'uomo, <sup>b</sup> da quelle della donna e <sup>c</sup> dalle condizioni della coppia e ciò, non per ideologia, ma per natura – potremmo dire – vero è, infatti, che il concepito ha diritto di nascere, di crescere e di vivere umanamente, come abbiamo già detto, vale a dire che egli ha diritto di avere un padre il quale sia in grado di osservare i propri doveri di padre, ha diritto di avere una madre che abbia presenti le sue obbligazioni verso il figlio e che abbia la consapevolezza di doverle adempiere coll'inclinazione d'animo che esse stesse richiedono e ha il diritto di avere una famiglia che sia effettivamente una famiglia e che gli offra la stabilità e la sicurezza morale e materiale propria di un vero contesto familiare. Sono questi tre elementi, i quali, in fondo, si riducono al concetto di famiglia naturale già elaborato da Aristotele, allora, che veramente riescono a delineare e a definire la struttura giuridico-morale del diritto di un uomo e di una donna a porre le premesse per procreare. Quando, dunque, *Primus* e *Secunda*, nel loro essere coppia, possono veramente dire di essere titolari del diritto (!) a porre le condizioni fisiologiche per avere un figlio? Per soddisfare, cioè, il loro legittimo, libero, giuridico e umano desiderio di genitorialità? Vediamo un poco di svolgere questo nostro ragionamento con linearità e di dare una risposta ai quesiti *de quibus*.

---

Nazionale per la Bioetica in data 25 Novembre 2011, a mente della quale Di Pietro ha osservato che “il ricorso alla Procreazione Medicalmente Assistita [...] ha portato a un profondo sconvolgimento del significato del generare e della genitorialità. Dilatando [*recte*, eliminando completamente (nda)] i ruoli parentali [...] la PMA nella forma eterologa spezza quel nesso fondamentale per ogni individuo umano tra identità biologica e identità sociale. A nulla rilevano il desiderio di un figlio da parte dei genitori committenti, l'avvallo della società [...]: la PMA nella forma eterologa priva – di fatto – il nascituro [notare che Di Pietro intende il nascituro – molto correttamente – in guisa di portatore di diritti, *ergo* – inferiamo noi – in guisa di soggetto (nda)] della garanzia di essere pensato e portato all'esistenza all'interno di una relazione interpersonale esclusiva, viola il suo diritto a conoscere la propria identità familiare [...] alcuni membri del Comitato [...] vogliono porre – con questo documento – un argine alla grave ingiustizia di essere privati della conoscenza delle proprie radici genetiche [...] ma non è assolutamente sufficiente. Non si tiene, infatti, presente che tale violazione è la mera conseguenza del ricorso alla PMA nella forma eterologa” (C.N.B. *Conoscere le proprie origini biologiche nella procreazione medicalmente assistita eterologa*, 25 Novembre 2011, pag. 19).

## 2) Il «diritto a porre le premesse per procreare»: la c.d. prospettiva genitoriale.

Ebbene, noi abbiamo ritenuto di affermare che l'ordine oggettivo della vita umana impedisca, innanzitutto su di un piano logico-razionale, di dire che la procreazione in quanto tale e/o la genitorialità in quanto tale, costituiscano o possano costituire diritti soggettivi dell'essere umano (*sic et simpliciter*) e ciò, proprio in quanto l'essere umano non può dirsi titolare in termini assoluti (!) del diritto di avere un figlio... «a ogni costo» e di sviluppare, conseguentemente, la propria tendenza genitoriale «al di là di ogni proprio limite», o, per meglio dire, in ossequio a un qualsivoglia desiderio espresso e a una qualsiasi opzione esercitata nell'*hic et nunc* delle contingenze della «propria» vita. Un tanto – crediamo sia già emerso dai rigli precedenti – non solo perché sarebbe *contra tenorem rationis* postulare una tale fattispecie giuridica, ma soprattutto perché essa non potrebbe essere letta nemmeno in termini  $\alpha$ -giuridici, *extra*-giuridici o antiggiuridici, *sub specie* di mero potere fattuale e contingente di avere un figlio... «a prescindere» da tutto ciò che non sia la volontà impulsiva di averlo: nessun essere umano, infatti, ha o può vantare questo diritto – un tanto è chiaro e forse è anche scontato – ma nessun essere umano non ha nemmeno questo potere di fatto, non ha nemmeno il potere di fatto, cioè, di avere un figlio se lo vuole e solo perché lo vuole... imperocché l'esistenza di una vita umana e la venuta al mondo di essa non dipende da lui, non dipende, cioè, dal soggetto che vorrebbe «dare la vita», essendo, egli, un semplice strumento della vita, certo indispensabile (*condicio sine qua non*), pur tuttavia meramente «asservito» ai fini di essa, ond'egli ha effettivamente la possibilità – giuridica o di mero fatto, a seconda dei casi – di porre in essere le «condizioni biologiche» affinché la vita medesima abbia a sorgere *in*

*rebus nudi*, la fecondazione e la conseguente procreazione, poi, però, dipendono da «elementi» estranei alla sua sfera di signoria. Con una battuta, allora, potremmo dire che la vita umana non dipende dall'uomo: all'essere umano, infatti, è dato «solo» di porre le condizioni (umane) affinché essa venga in essere e si sviluppi naturalmente (semprecché ciò debba *naturaliter* accadere) ed è da questo *a priori* nella disponibilità dei soggetti, invero, che promanano, poi, le responsabilità proprie del concepimento a essi (*rectius*, ai loro atti liberi in quanto realizzati nell'esercizio del c.d. libero arbitrio) eziologicamente imputabile... qualora avvenuto. Se, dunque, di «diritto a procreare» non può tecnicamente parlarsi (come non può parlarsi di potere assoluto di procreare, ovviamente), è tosto mestieri di considerare con attenzione sollecita il problema del c.d. diritto a porre le premesse umane della procreazione, onde discernere, *in subiecta materia*, il diritto vero e proprio di ambire alla genitorialità, dal mero potere  $\alpha$ -giuridico e in ipotesi, anche antigiuridico, di compiere gl'atti che ne rappresentano il presupposto fattuale, in ossequio a una *vultus/voluptas* purchessia e inqualificabile (moralmente/giuridicamente/umanamente). Questi si rappresentano un fatto umano e dipendente dalle «libere» (abbiamo di già trattato il problema del consenso nell'ambito della coppia) scelte dei soggetti che eventualmente orientano in tale senso la di loro condotta; in quanto fatto umano, allora, esso può essere letto con gli occhiali del giurista – per ricordare l'immagine evocata da Carlo Augusto Jemolo – e può essere valutato «nei termini» e coi criteri oggettivo-razionali del diritto subiettivo, per affermarlo o per escluderlo, *in casibus*. Ebbene, in merito a questa fattispecie abbiamo già osservato ch'essa, nella sua conformazione giuridica, non può sussistere in termini assoluti (!) come diritto soggettivo, né potrebbe conformarsi in siffatta guisa per effetto dello *ius in civitate positum* e ciò... proprio perché sarebbe del tutto assurdo postulare che il diritto *de quo* possa integrare gl'estremi di una *facultas agendi ex norma agendi*. I problemi quivi posti –

si badi bene – pur connessi e interdipendenti, riguardano due differenti sfaccettature della medesima questione: una concerne l'assolutezza del diritto soggettivo a porre le premesse per potere procreare e l'altra concerne l'ipotetica positività (*sub specie* di genesi eminentemente positiva) di esso. Per quanto attiene a quest'ultimo aspetto, allora, pare oltremodo chiaro e financo scontato che sarebbe del tutto assurdo postulare la natura positiv(-istic-)a del diritto *de quo* e ciò... proprio perché non è nella *norma iuris* che alberga la fonte del diritto di orientare le proprie condotte ai fini della procreazione, né, tantomeno, esso può trovare in questa il proprio fondamento o la propria causa efficiente: l'attitudine a procreare, infatti, è una «condizione» o, per meglio dire, una «capacità/tensione fisiologica», la quale appartiene all'essere umano... *ut natura*; è nella sua natura di uomo (*recte*, di essere vivente), invero, che trovano cagione così gli appetiti e le passioni che determinano il consolidarsi dei vincoli (legittimi o illegittimi, a seconda dei casi) necessari alla procreazione, come la consapevolezza dei doveri che da essa stessa derivano verso la prole (rispettati o violati, a seconda dei casi), come, da ultimo, la capacità di cogliere il significato umano e razionale dell'atto tendente alla procreazione medesima, nel suo essere essenzialmente e radicalmente diverso dall'accoppiamento istintuale e inconsapevole proprio degli animali (sia o meno colto e rispettato, nel caso concreto). Val bene osservare, quindi, che né il fatto, né il diritto a porre le premesse per la genitorialità possono trovare (o trovano) una qualche scaturigine nella(/dalla) norma positiva o, comunque, in(/da) una prescrizione umano-volontaristico-sovrana, qualunque essa sia e qualunque «fonte» essa esprima: per quanto attiene al contesto meramente fattuale degli atti *de quibus*, infatti, non può non considerarsi ch'essi rinvergono la loro causa propulsiva nella mera natura e nella mera struttura fisico-biologico-ormonale degli esseri umani in quanto tali, cui è dato di tendere alla procreazione pel medesimo principio darwiniano di conservazione della

specie, il quale – sia ricordato *per incidens* – è pur presente, ancorché in forma irrazionale e inconsapevole, in tutti i viventi. Per quanto attiene, poi, sotto il secondo profilo di analisi, al diritto di porre le premesse per procreare, vale a dire alla legittima/giuridica/razionale/libera/umana tensione della persona alla genitorialità, non può parimenti non escludersi ch'esso abbia la propria genesi ontologico-teoretica in una norma (*posita*) purchessia e ciò, inquantocché, così come non è la norma di legge a dare all'uomo il potere di agevolare la procreazione, non può essere lo *ius positum* a dargli il diritto di fare quanto naturalmente serve ai fini di favorirla (*id est*, di favorire la venuta al mondo di un nuovo soggetto), né – si badi bene – sono o possono conseguentemente essere le condizioni (im-)poste dalla fattispecie legale che definiscono i limiti e i parametri di tale diritto: invero, allora, è la natura dell'uomo, quella della donna e quella della coppia, in relazione alla natura e ai diritti del concepito (e ai doveri dei genitori verso di esso), che delineano oggettivamente e irrefutabilmente la struttura ontologico-giuridica del diritto di un essere umano a (fare ciò che serve per) procreare, anzi... per essere precisi dovremmo dire del diritto di due esseri umani a procreare, dacché la procreazione può fattualmente (e giuridicamente) avvenire solo nell'ambito di una coppia e per essere ancora più perspicui nell'analisi, dovremmo dire del diritto di un uomo e di una donna di procreare, dato che la coppia di cui trattasi non può che essere formata da individui di genere diverso, fuori da questo contesto, infatti, mancano i «presupposti fisico-biologici» per la stessa fecondazione dei gameti. Se la procreazione, alfine, avviene e può fattualmente avvenire solo in un determinato contesto, quello rappresentato – come detto – dalla coppia uomo-donna, è giuocoforza che la natura oggettiva di essa sia regolativa e normativa dello medesimo evento-fenomeno procreativo, analizzato e definito *sub specie* di regola della/alla procreazione, ovverosia *sub specie* di diritto del soggetto (*rectius*, dei soggetti nella coppia) a tendervi e ciò, nei termini dell'*an*, del *quando*, del

*quomodo* e fors'anche del *quia* di esso. Diversamente opinando si correrebbe il rischio – pernicioso assai, anche sotto il profilo meramente teorico della questione – di definire arbitrariamente il diritto a porre le premesse per la procreazione e cioè di definirlo prescindendo dal contesto nel quale essa stessa può, per natura, verificarsi; si correrebbe il rischio, cioè, di definire il diritto in questione come se siffatto diritto fosse qualche cosa di altro rispetto alla *facies* giuridica agl'atti tendenti alla riproduzione. Così non è: la qualificazione giuridica in questione, infatti, concerne proprio gl'atti *de quibus*, ond'è la loro stessa essenza naturale, per così dire, che ne deve palesare e definire la *ratio* nei termini del diritto soggettivo o, per meglio esprimerci, nei termini del principio giuridico che è definito e che necessariamente «è», nel suo «essere» principio dell'atto giuridicamente/liberamente/umanamente/razionalmente posto in essere, da un uomo e da una donna, pei fini dell'umana riproduzione.

Ciò detto – passando alla seconda delle sfaccettature cennate – giova considerare che il diritto a porre le condizioni per procreare, di cui stiamo parlando, è senza dubbio un diritto soggettivo (ma non «positivistico», non, cioè, inteso come potere attribuito da una fattispecie legale sorretta dal dogma della sovranità<sup>133</sup>) dell'essere umano in quanto essere umano, è senza dubbio, cioè, una sua *facultas moralis* – per ricordare la felice formola di Suarez – cionondimeno... per la sua stessa natura non può essere considerato in termini assoluti e meramente «astratti», ma dev'essere propriamente valutato nell'ambito della concreta situazione che concerne il determinato soggetto storico del cui diritto trattasi; va da sé, allora, che per potere parlare di un vero e proprio diritto a procreare, debbono considerarsi le oggettive condizioni della persona, nelle contingenze in cui essa si trova e

---

<sup>133</sup> Sul problema della sovranità, quale categoria (anti-)giuridica moderna che non esiste né *in rebus mundi*, né *in rebus iuris*, se non come presupposto, come *fictio*, indimostrata e indimostrabile, purtuttavia teoricamente (non teoreticamente!) idonea a legittimare, sul mero piano della coerenza endo-sistemica, la concezione rousseauiano-kelseniana dell'Ordinamento giuridico, ci permettiamo di rinviare a un nostro precedente Lavoro.

quelle del citato contesto «di coppia», nel quale il diritto/potere *de quo* può, solamente ed esclusivamente, essere esercitato. Questo *modus procedendi*, peraltro, non costituisce un *quid* di nuovo o di straordinario, nell'ambito delle «cose» del diritto, l'immagine elastica ch'esso lascia paventare, infatti, è ben propria anche di altre, consolidate e «pacifiche» *figurae iuris*: si pensi, a titolo d'esempio, al diritto di operare autonomamente quelle scelte per le quali è richiesta la c.d. capacità di agire. È certamente vero, infatti, che il soggetto, in quanto soggetto umano, abbia il diritto, a titolo di esempio, di impegnarsi contrattualmente o di rispondere (sotto il profilo del dover) in sede civile e penale delle proprie condotte o di chiedere conto di quelle altrui, ma è parimenti vero che per potersi dire effettivamente sussistente, in capo al soggetto storico, un siffatto diritto e una siffatta responsabilità, è necessario valutare – e questo, al di là dei parametri normativi, per vere e proprie ragioni di giustizia – l'effettiva capacità del soggetto di «agire» *iure privatorum* e di avere contezza morale delle proprie condotte, nell'*hic et nunc* del contesto in cui ciò assume rilevanza: questa «capacità», infatti, può non-esservi, può esservi, può acquistarsi e può perdersi *secundum eventum vitae*; lo stesso vale – *mutatis mutandis*, ovviamente – per quel che attiene al diritto di porre le premesse del/pel concepimento: esso ci può essere o ci può non essere a seconda delle circostanze che rilevano ai fini della sua stessa «sussistenza giuridica» (e anche fattuale). Ebbene... se fino a questo punto i termini del ragionamento risultano abbastanza chiari presso il nostro paziente Lettore, possiamo ora riprendere l'analisi sopra la peculiare natura del diritto a porre le condizioni per potere umanamente procreare, così da definirne compiutamente gl'estremi. Prima di entrare davvero *in medias res*, anzi... proprio per potere compiutamente entrarvi, tuttavia, è giuoco forza principiare dalla valutazione oggettiva del rapporto tra «potere» di porre le premesse della procreazione e «diritto» di farlo e ciò – si badi molto bene – in quanto la natura stessa del diritto in questione postula, per la sua



medesima esistenza e per la sua medesima configurabilità giuridica, il presupposto fisico/fisiologico del «potere» di realizzare (fisicamente) gl'atti idonei ad agevolare la procreazione stessa: non che il potere fisico determini il diritto – questo è ovvio – ma certamente l'assenza del potere in questione rende o potrebbe rendere del tutto impossibile individuare, come effettivo e sussistente, in capo al soggetto storico considerato, il diritto in parola. Vero è, infatti, che solo laddove un cotale potere sussista (o abbia ufficio di poter sussistere) vi è – *coeteris paribus* – lo «spazio logico» per valutare la possibile copertura «legale» di esso, qualora, invece, una tale abilità/capacità fisica non abbia a pertenerne al soggetto, un tanto determinerebbe *ex se* la necessità di negare ogni «dignità razionale» alla ipotetica configurazione del diritto *de quo*... salvo eccezioni tutt'affatto peculiari, è evidente. Solo ipotizzare, infatti, la configurabilità «teorica» (*rectius*, astratta) di un diritto a porre le premesse della procreazione, in capo a colui il quale fosse privo delle «capacità» e del «potere» (fisico) di farlo, in virtù della sua stessa costituzione fisica, ovviamente, significherebbe apparecchiare la via alla perversione del riconoscimento di un diritto a procreare «a ogni costo», vale a dire... al di là e indipendentemente, rispetto alla stessa condizione fisica del proprio organismo. Un assurdo, dacché l'organismo non è solamente uno «strumento» della procreazione, né esso rappresenta il mero «luogo» fisico in cui essa avviene o può avvenire, l'organismo umano, infatti, è – se così possiamo dire – l'antecedente logico causalmente necessario del fenomeno fecondativo e procreativo; non che tutto dipenda dalla volontà del soggetto che vive nel/col suo organismo (*id est*, nel/col suo corpo) e dall'uso che egli stesso ne fa – lo abbiamo già detto e argomentato – ma certamente tutto dipende dalle condizioni fisiologiche dell'organismo dell'uomo e di quello della donna, nell'*hic et nunc* del loro incontro ai fini della procreazione; di talché... sarebbe assurdo e finanche paralogistico ipotizzare una fattispecie di diritto a (tendere a) procreare, prescindendo dalle condizioni oggettive del

corpo umano dei componenti la coppia. Ovviamente – sia ben chiaro – questo discorso vale in termini generali: vedremo in appresso, infatti, che v'è anche da considerare la possibilità giuridica/razionale/libera/umana di sopperire, da un punto di vista clinico-medico e attraverso procedure tecniche tutt'affatto lecite e razionali, a una particolare (e peculiare) deficienza fisica del soggetto e ciò, proprio al fine precipuo di «aiutarlo» a esercitare quel diritto di porre in essere le premesse per la procreazione, il quale, pur concretamente (e attualmente) sussistente in capo a lui, in virtù delle (altre) condizioni in cui egli medesimo versa nell'ambito della coppia che concorre a formare, non può, da lui stesso, essere esercitato in forza della patologia di cui soffre. In questo caso, insomma, il diritto a porre le premesse per il concepimento ci sarebbe, in capo al soggetto, anche perché non gli mancherebbe in termini assoluti la «virtù fisica» di generare/produrre gameti fertili, quindi non gli mancherebbe, tecnicamente, il potere astratto di realizzare siffatte premesse, mancandogli, infatti, per così dire, il solo «mezzo attuativo» della condotta virtualmente aperta alla procreazione, *id est...* mancandogli la mera «forza fisica» per attuare e per esercitare quel diritto che pur gli partine in potenza, giusta le sue condizioni fisico-organiche e di coppia. Il problema, come il Lettore avrà di già inteso, è vieppiù delicato e merita una profondità di analisi la quale ben impone di rifuggire da banalizzazioni e da semplificazioni stereotipe. Giova porre mente, quindi – per meglio illustrare la consequenzialità dei nostri argomenti – al problema della fertilità/infertilità: che tutti, infatti, in quanto esseri umani abbiano astrattamente il diritto (ad/)di ambire a procreare e (ad/)di ambire alla genitorialità, è vero ed è inconfutabile, non si potrà dire, tuttavia, che un soggetto sterile (per patologia o per età), in quanto tale, nelle condizioni in cui egli versa e in ragione di esse, abbia, di fatto e concretamente, il diritto di porre comunque le condizioni per procreare a ogni costo e per diventare genitore al di là di ogni suo limite (fisico), vale a

dire... andando financo contro, non diremo la sua stessa natura, ma senz'altro le sue stesse oggettive condizioni fisiche. È ovvio, infatti, che, come essere umano, nessuno possa vedersi frustrare il diritto naturale (della persona) di ambire alla genitorialità – purché tale diritto ci sia, ovviamente, in considerazione del contesto ch'esso postula a livello personale e di coppia – ma è altrettanto ovvio che per potere dire se un siffatto diritto partenga effettivamente (!) al soggetto storico, in termini concreti, deve valutarsi – *coeteris paribus* (!) – la sua propria condizione, *in primis* quella fisica, dato che l'atto virtualmente procreativo è un atto fisico per natura. Certamente, allora, ogni persona può avere (ed è bene che abbia) un legittimo, libero e razionale desiderio di procreare e in un determinato contesto, che poi vedremo, ella può pure vantare un diritto a porre le condizioni per la procreazione, ma altrettanto certamente non deve dirsi che l'uomo possa vantare – e abbia – il diritto di porre in essere gl'atti idonei a procreare, quando la sua stessa condizione fisica glielo impedisca. Quivi, però, è giuocoforza distinguere l'impotenza a generare (la c.d. *impotentia generandi* del Diritto canonico), dalla impotenza a porre in essere l'atto tendente alla procreazione (la c.d. impotenza copulativa o *impotentia coeundi*, sempre con riguardo al Diritto canonico); quanto al primo profilo, infatti, è indiscutibile che una siffatta patologia, se incurabile, ovviamente, impedisca *tout-court* di configurare in capo al soggetto che la soffre, al di là delle sue stesse condizioni di coppia, un diritto a porre in essere le premesse per la procreazione: se egli è radicalmente, assolutamente e irreversibilmente sterile, infatti, non può certo vantare il diritto a fare ciò che è naturale fare ai fini di tendere alla genitorialità. Questo non significa – si badi bene – che il soggetto *de quo* non abbia il diritto di vivere la propria «vita (sentimentale) di coppia» secondo natura e secondo le inclinazioni personali di lui e dell'altro componente la coppia medesima, sempre che la coppia sia ontologicamente tale da determinare l'effettiva sussistenza del diritto in

parola (!), sempre che, cioè, la coppia sia una famiglia – torneremo sul punto – ma significa che egli non versa nelle condizioni personali per potere vantare un diritto ad ambire alla procreazione, quale diritto, cioè, di strumentalizzare il proprio corpo, affinché esso dia, in termini meramente operativo-scientifici, il risultato voluto dal soggetto e contingentemente eletto, sempre dal soggetto *de quo*, a scopo funzionale del proprio organismo; un tanto, invero, varrebbe quanto usare del proprio corpo oltre e al di là rispetto sua stessa conformazione fisico-strutturale. Pur trattandosi, infatti, di una condizione patologica e non fisiologica – quale punto è la sterilità (in questo caso parliamo di quella assoluta a generare) – cionondimeno essa resta sempre una condizione del fisico, vale a dire che essa resta pur sempre una condizione del corpo umano, dalla cui effettività (non realtà!) non può prescindersi. Ora... che sia legittimo e perfettamente giuridico/umano/razionale tentare di curarla, tentare, cioè, di ripristinare, nel disordine dell'organismo malato, l'ordine della «sua» fisiologica, con riguardo all'apparato *lato sensu* riproduttivo, è vieppiù scontato, come, peraltro, per ogn'altra ipotesi patologica; che la «terapia», però, sia legittima anche se e quando si sostanzi in una forma di abuso del/sul corpo umano e in una sua mera strumentalizzazione scientifica, è altrettanto palesemente da escludere, quanto meno sotto il profilo giuridico-razionale della questione. Occorre, dunque, ben discernere l'intervento medico finalizzato a (tentare di) curare la sterilità, nel rispetto dell'organismo umano e pel bene ontologico-fisiologico di esso (!), dalla pratica tecnico-scientifica apprestata sopra un corpo, con lo scopo precipuo di ottenere, dal corpo *de quo*, un risultato preordinatamente definito nell'ordine o, meglio, nella *ratio* operativa eteronomamente assegnata (*recte*, imposta) a esso. La persona (umana), insomma, non può e non deve essere trattata alla stregua di un «riproduttore», sul quale potere operare qualunque pratica, al fine di consentirne l'espletamento della funzione riproduttiva sua propria, ma

dev'essere rispettata per la dignità ch'essa ha e mantiene, in qualunque condizione versi il suo organismo; onde la terapia e la cura di una patologia, anche invalidante, quale può essere quella che porta alla sterilità, deve sempre e necessariamente essere intesa come cura e come terapia della persona, nel suo essere *in se*, eppertanto deve necessariamente essere intesa come cura e come terapia dell'organismo malato, non può giammai essere intesa – si badi bene – come cura e come terapia della malattia (*rectius*, della patologia) in quanto tale, vale a dire del «problema fisico», considerato a prescindere dalla persona e dall'organismo, tutto, che lo soffre. Di talché, se è e resta del tutto pacifico e inequivoco il diritto del soggetto di curarsi, anche per potere, una volta guarito, naturalmente esercitare il proprio diritto a porre le premesse della procreazione, quale conseguenza della riacquisizione del «potere fisico» – endocrino e funzionale – in tale senso, è e resta altrettanto scontato che il desiderio di ambire alla genitorialità del soggetto stesso non possa giammai legittimarlo nell'eventuale uso strumentale del proprio corpo, financo in danno a sé medesimo, alla propria salute e alla propria costituzione fisica tutt'insieme considerata. Il crinale discretivo, allora, tra intervento lecito e intervento illecito, con riguardo alla «terapia dell'infertilità», è proprio da valutarsi in ordine alle considerazioni testé presentate: giova valutare, cioè, se l'intervento *de quo* sia e rappresenti un bene per la persona, nel suo essere persona, organismo vivente in sé (*individua substantia*), nel quale vi è il ripristino di un ordine fisiologico, prima disturbato, o se esso, invece, le cagioni un danno, da un punto di vista fisico e psichico, andando così ad aggravare il disordine patologico in essere, pur risolvendo, da un punto di vista eminentemente operativo, il «problema» dalla sterilità/infertilità. A noi pare di avere sufficientemente chiarito la nostra posizione sul punto.

Ciò detto, allora, è mestieri di osservare che nel secondo caso *supra* ipotizzato, quello – per intenderci – che postula la c.d. *impotentia coeundi*, le

condizioni fisiche del soggetto non sono tali da renderlo assolutamente incapace di generare, non sono tali, cioè, da incidere in termini negativi sulla fertilità dei proprii gameti o sulla loro fisiologica produzione da parte del sistema endocrino del corpo, ma si sostanziano nella «mera» impossibilità fisica di realizzare l'atto (fisico) teleologicamente orientato alla fecondazione. Ebbene, impregiudicato il discorso *supra* proposto, in relazione al diritto del soggetto di curare la propria disfunzione fisica, vale a dire quella patologia che gli determina, nel caso di specie, l'impossibilità di realizzare l'atto virtualmente aperto alla fecondazione – dacché un siffatto diritto può e deve apprezzarsi, ovviamente nei veduti limiti, anche in questo frangente patologico – quivi rileva che qualora le (altre) condizioni personali e di coppia del soggetto medesimo (*recte*, qualora le condizioni della coppia di cui il soggetto *de quo* è parte) siano tali da far ritenere sussistente, in capo al soggetto stesso o, per meglio dire, in capo alla coppia (di cui il soggetto è parte, ovviamente), il diritto a porre le premesse della procreazione, *nihil obstat* affinché il soggetto in questione (*recte*, la coppia) ricorra alla pratica medica, finanche alla tecnica chirurgica, al fine precipuo di ottenere quel risultato che il suo corpo è potenzialmente orientato a dare, pur non essendo fisicamente in grado di realizzare nell'atto concreto, nemmeno – in ipotesi – dopo ch'esso sia stato sottoposto a eventuale terapia per tentare di guarire la patologia in parola. Qui sì, allora, che si può e che si deve parlare – *coeteris paribus* – di diritto del soggetto a tendere alla genitorialità, epperò a fare quanto umanamente/razionalmente/liberamente/giuridicamente possibile per realizzarla, diversamente, infatti, una condizione meramente fisico-operativa della persona, andrebbe a discriminarla, provocandone la insensata e ingiustificata conculcazione, o addirittura la negazione, nell'esercizio di un suo effettivo diritto e ciò – si badi – non già su di una base ontologica o strutturale, legata, cioè, al suo essere ovvero alle condizioni (ontiche) del suo essere, ma solamente in virtù di un accidente, peraltro superabile, se non

risolubile (se risolubile, ovviamente). A questo punto, però, è d'uopo un chiarimento: il discorso testé presentato all'attenzione del Lettore non vuole significare che il soggetto «impotente», sotto il profilo veduto, sia o possa essere ritenuto titolare di un diritto assoluto a porre le premesse per procreare: questo sarebbe assurdo e insensato – così per lui, come per qualunque altro che versi in «condizioni normali» – ma significa solamente che la sua patologia, in quanto patologia legata al «modo» e non alle «condizioni» della capacità (virtualmente) riproduttiva, al «funzionamento», cioè, dell'apparato riproduttore e non alla «funzionalità» di esso, non può determinare e non è giusto che determini la di lui *capitis deminutio* (sul versante pratico-fattuale dell'esercizio del diritto) con riferimento al diritto in esame. Si tratta, infatti, di una patologia del corpo, la quale, se può essere curata, la cura risolve il problema *ex funditus*, ma se non può essere curata e se può essere «superata» grazie alla praxia medica, non v'è ragione di mantenere il soggetto nello *status quo* ov'egli rimarrebbe, di fatto, impossibilitato nell'espletamento di una sua «funzione naturale», quale punto è quella riproduttiva (*recte*, tendente alla riproduzione). Anche in questo caso, allora, rileva la *quaestio* relativa alla natura dell'intervento medico testé paventato in funzione «adiuvante»: quest'ultimo, infatti, è e deve ritenersi legittimo/giuridico/razionale/umano in tanto in quanto esso non si sostanzia in una forma di «umiliazione» della persona e di reificazione *ad libitum* del suo organismo, data, evidentemente, dalla gretta strumentalizzazione a fini riproduttivi del suo stesso corpo, vale a dire che la pratica *de qua* è da ritenersi legittima sol quando essa inveri in sé stessa un ausilio al soggetto, un aiuto, cioè, a lui, nell'espletamento di una sua (!) funzione fisiologica e nel contempo, nell'esercizio di un suo (!) diritto subiettivo, quello di ambire alla genitorialità, per intenderci. *Viceversa*, la pratica in parola dovrebbe ritenersi arbitraria quand'essa si dimostri essere «sostitutiva» del soggetto, o, per meglio dire, quand'essa trovi la propria *causa essendi* non già nella necessità/possibilità giuridica di consentire alla

persona il raggiungimento di un fine operativo che le è interdetto, pur appartenendole *ut natura*, ma piuttosto nelle mere potenzialità operative di essa, sì da autolegittimarsi in quanto meccanicamente capace di raggiungere un dato obbiettivo e ciò... usando del corpo del soggetto in guisa di un mero strumento, ovvero in guisa di una mera fonte di cui disporre secondo le «indigenze applicative» di volta in volta avvertite dalla pratica stessa e dalla sua *ratio operandi*. Ne consegue – il Lettore lo avrà di già inteso – che la richiesta del soggetto di sottoporsi a pratiche clinico-tecniche funzionali al superamento della sua deficienza riproduttiva, sotto il profilo della impossibilità a porre in essere l'atto funzionalmente e teleologicamente idoneo alla procreazione, può e deve ritenersi legittima/giuridica/umana/razionale, quindi può e deve – *coeteris paribus* – essere assecondata, nei soli limiti in cui essa lo porti a realizzare l'adempimento di un proprio diritto, senza violare o mettere a repentaglio, ovviamente, altri diritti suoi propri di più alto lignaggio giuridico e tutt'affatto sottratti alla di lui disponibilità: il primo tra tutti, ovviamente, cui facciamo riferimento è il diritto alla vita, alla salute e all'integrità fisica. In una parola, allora, potremmo tosto dire che la legittimità delle tecniche *de quibus*, sotto questo profilo, è rappresentata dalla natura e dalla funzione autenticamente terapeutica di esse, dove il «concetto terapeutico», ovviamente, va inteso per quello che esso è *ut natura* e cioè in confronto dell'ammalato quale soggetto e quale organismo ordinato secondo la propria essenza fisiologica, e non della mera patologia, quale accidente negativo che disturba il citato ordine fisiologico del corpo. Si tratta, insomma, di considerare – anche alla luce di tutta la riflessione presentata nelle pagine precedenti di questo Lavoro – che il soggetto non ha il diritto di determinare la propria volontà – in questo caso, per quanto attiene alla possibilità di porre le premesse per la procreazione – nel modo in cui egli passionalmente desidera, in ispregio alle sue stesse condizioni fisiche: egli non può – in ultima



istanza – fare del proprio corpo uno strumento, un mezzo per soddisfare un proprio desiderio contingente – per apprezzabile che sia – recando o rischiando di recare pregiudizio alla sua stessa salute. Certamente, allora, la persona che soffra una patologia (non curabile, *id est* non guaribile) all'apparato riproduttivo potrà ricorrere a quelle pratiche cliniche che, sopperendo alla sua deficienza funzionale, senza recargli danno e senza umiliare la sua persona reificandone il corpo, siano in grado di porlo «strumentalmente» nelle condizioni per procreare, siano, cioè, in grado di fare in modo che i suoi stessi gameti seguano il loro *iter* naturale, ai fini della procreazione medesima; ciò, ovviamente, se vi sono i presupposti personali e di coppia affinché possa dirsi sussistente il diritto di porre le premesse per procreare, ma questo *a priori* rappresenta, oramai, una costante tutt'affatto imprescindibile sul piano logico del nostro discorso.

Un tanto definito in termini «analitici», pare chiaro, ora, che l'ipotesi della sterilità assoluta e incurabile da un punto di vista fisico-biologico-clinico, con riguardo al soggetto, sgomberi il campo – come si suole dire – da ogni «problema giuridico» riguardante un ipotetico diritto del soggetto sterile a porre le premesse per procreare: quest'ultimo (il soggetto), infatti, versando in una condizione patologica tale da impedirgli di generare ed essendo essa irreversibile, non può certo (né vantare, né) ritenersi ed essere titolare di un diritto a porre le premesse per la propria genitorialità, qualunque foggia esso possa contingentemente assumere e ciò... impregiudicato, ovviamente – lo ribadiamo – il suo (diverso) diritto di «gestire» comunque, in modo naturale e umano, la propria relazione di coppia e i propri legittimi (!), razionali (!) e umani (!) desideri.<sup>134</sup> Una tale impostazione dommatica del problema,

---

<sup>134</sup> Peraltro, anche il Codice di Diritto Canonico vigente, al can. 1084, § 3., stabilisce che “*sterilitas matrimonium nec prohibet nec dirimit*”, tanto da significare che l'assoluta impossibilità fisica di procreare non osta al matrimonio e non contrasta coi fini di esso, facendo rimanere, il vincolo coniugale, perfettamente valido ed efficace tra gli sposi, ancorché entrambe sterili o ancorché uno di essi lo sia (salvo il caso del dolo di cui al richiamato can. 1098). Riprendendo, allora, le «vecchie categorie» del Diritto canonico, precedenti alla riforma

peraltro – giova precisarlo – «vale» sia per l'uomo che per la donna: entrambe, infatti, possono versare nella condizione patologica dell'*impotentia generandi* e per ambedue deve applicarsi il (medesimo) principio testé enucleato, nei termini in cui lo abbiamo proposto e illustrato: è del tutto evidente, infatti, che la di loro sterilità impedisca di configurare, in capo a essi, un diritto a porre le premesse per procreare, da intendersi – è ovvio – (non come diritto a vivere liberamente/umanamente l'intimità di coppia, ma) come diritto di manipolare il proprio corpo per soddisfare un volizione, anche astrattamente meritoria, pur sempre capricciosa e avulsa dalla «realità» dei fatti (*rectius*, dall'effettività delle loro stesse condizioni fisiche), nel contesto concreto in cui i soggetti *de quibus* vengono a trovarsi. Passando, allora, al connesso, ma diverso problema della incapacità fisica di realizzare l'atto tendente alla procreazione (vale a dire, all'impotenza copulativa), è ovvio che il caso di più immediato richiamo sia quello dell'uomo affetto dalla citata *impotentia coeundi*, il quale – alla luce dei principii testé enucleati – versando in una condizione personale e di coppia tale da farlo ritenere giusto titolare del diritto a porre le premesse per la procreazione, non sia in grado, da sé

---

codicistica del 1983 ed espresse nella versione del *Codex* del 1917 – come è noto – può ben esplicitarsi (anche) la «economia interna» e la interna *ratio* del canone in parola: il can. 1084, infatti, prima di dettare la veduta disciplina dell'*impotentia generandi*, prevede che “*impotentia coeundi antecedens et perpetua, sive ex parte viri sive ex parte mulieris [...] matrimonium ex ipsa eius natura dirimit*” come a dire che l'impossibilità di generare in quanto tale, non «aggravata», cioè, dalla impossibilità di realizzare l'atto naturalmente tendente alla procreazione, non inficia la validità del vincolo coniugale e non impedisce, su di un piano giuridico e morale, ai coniugi, di esercitare comunque il loro diritto a vivere secondo natura la loro unione coniugale e un tanto – a nostro avviso – inquantocché il matrimonio svolge comunque, al di là della nuova formulazione codicistica, quella funzione di *remedium concupiscentiae* che ben era espressa al can. 1013, §1., del vecchio Codice e ciò – si badi – non perché il matrimonio stesso abbia mero ufficio di ricondurre all'ordine della coppia e della famiglia gli appetiti libidinosi dei soggetti, ma soprattutto perché all'essere umano è dato solo di porre le premesse della fecondazione, la quale, per l'appunto, non dipende da lui ma dalla Volontà d'Iddio, ond'è naturale che i coniugi abbiano il diritto di realizzare gl'atti copulativi *de quibus* essendo essi, comunque virtualmente aperti a quello che potremmo, un po' impropriamente, chiamare *bonum prolis*. Un tanto pare vero e incontrovertibile – si badi – che anche sulla base dell'attuale disciplina canonistica del sacramento matrimoniale, la quale dispone – come testé veduto – la nullità del matrimonio inficiato da impotenza copulativa dell'uomo o della donna, intendendola in guisa di incapacità di uno o di entrambe i soggetti di realizzare quanto è naturalmente/umanamente dato loro di realizzare pei fini della procreazione medesima.

medesimo, di compiere gl'atti a ciò necessari... pur avendone «astrattamente» il diritto; *mutatis mutandis*, tuttavia, un caso consimile potrebbe riguardare anche la donna, affetta da una forma di sterilità che potremmo  $\alpha$ -tecnicamente definire «non-assoluta» ma «relativa»: l'*impotentia coeundi*, invero, può colpire – in forme diverse e con differenti patogenesi – sia l'uomo che la donna, come, peraltro, è correttamente precisato al canone 1084, paragrafo primo, del *Codex Iuris Canonici* vigente. Per definire, allora, l'assetto teoretico del nostro discorso, in ossequio alle considerazioni premesse, senza entrare – evidentemente – nella disamina medica delle patologie citate, deve dirsi che, nei termini veduti, i soggetti *de quibus* siano e debbano essere ritenuti titolari del diritto di porre comunque in essere gl'atti necessari alla procreazione e ciò... *sub specie* di diritto a «subire» – *in corpore vel per corporem* – un intervento terapeutico, il quale realizzi o coadiuvi il soggetto stesso nella realizzazione dell'atto aperto alla procreazione *de qua*, al quale atto, egli, sarebbe altrimenti interdetto (non per la sostanza del diritto, ma per gli accidenti del corpo, vale a dire,) a causa della patologia. Ovviamente – si badi bene – questo diritto non alberga nella patologia in quanto tale e non alligna in essa il suo fondamento, ma deriva, per così dire, dalle altre condizioni personali e di coppia che lo rendono oggettivamente ed effettivamente sussistente in capo alla persona, onde la patologia *de qua* dev'essere e dev'essere letta in guisa di impedimento all'esercizio del diritto stesso e degl'atti in cui esso avrebbe ufficio di appalesarsi. L'intervento *lato sensu* terapeutico, di conseguenza, nella sua liceità/razionalità/giuridicità/umanità strutturale, dev'essere funzionalmente idoneo a rimuovere l'ostacolo *de quo*, quale «accidenti patologico» che renderebbe impossibile il fisiologico esprimersi d'una «sostanza giuridica» oggettiva e oggettivamente fondata. Si pensi, allora, all'ipotesi della c.d. inseminazione artificiale, quale pratica *lato sensu* dispositiva dei gameti maschili, ai fini di favorire la di loro fecondazione del gamete femminile;

oppure si pensi alla somministrazione, alla donna, di un farmaco che ne stimoli la naturale (!!) ovulazione: in questi casi – sia e resti ben chiaro – nessun intervento e nessun atto dispositivo concerne, riguarda o interessa l’embrione, egli neppure c’è ancora... gli atti e le pratiche in questione, infatti, hanno il mero scopo di favorirne e di agevolarne il concepimento naturale e umano. Il problema dei diritti dell’embrione, quindi, in questa sede, rileva – come già ampiamente detto – con mero riguardo al diritto dei componenti la coppia di desiderare la genitorialità e di ambirvi nei fatti. Le pratiche in parola, allora, se in capo ai soggetti che vi si sottopongono c’è il diritto di ambire a procreare, debbono ritenersi lecite e razionali, nella misura in cui non inverino una forma di strumentalizzazione arbitraria del corpo umano, come, peraltro, abbiamo ampiamente detto in precedenza. La questione, così definita e così sottoposta all’attenta analisi del Lettore, appare chiara e lineare, almeno secondo la nostra sensibilità, essa, tuttavia, presenta profili di soverchia problematicità allorquando trattasi di «calarla» nell’effettività delle contingenze della vita e di «utilizzarla» dialetticamente per tentare di offrire una soluzione ai cc.dd. casi concreti. Poniamo l’ipotesi che *Prima* si trovi nelle condizioni «di coppia» tali da far ritenere sussistente, in capo a essa, il diritto di tendere alla procreazione – vedremo in appresso quali sono queste «condizioni» e perché, per ora *transeat* – tuttavia la situazione clinico-fisica in cui ella versa glielo impedisce. *Quid iuris?* Ebbene, abbiamo detto che nulla osterebbe al riconoscimento *in abstracto* del di lei diritto a procedere colle pratiche cliniche teleologicamente dirette e orientate a sopperire alla sua deficienza. Ciò è vero, purtuttavia l’impostazione teoretica del nostro discorso (*si parva licet componere magis...*) impone, prima di affermare con ragionevole sicurezza la sussistenza in capo al soggetto storico del diritto *de quo* (meglio, la sua sussistenza *in rebus iuris*), di ben indagare <sup>a</sup> le condizioni personali di *Prima*, <sup>b</sup> le ragioni cliniche della sua incapacità, <sup>c</sup> la natura patologica o meno di essa e <sup>d</sup> la qualità propria dell’intervento tecnico-medico

richiesto. Per quanto attiene, allora, a quest'ultimo aspetto, già abbiamo detto e ampiamente precisato che possono ritenersi giuridicamente/razionalmente/umanamente/liberamente praticabili solo quegli interventi i quali non s'infuturino in un'arbitraria strumentalizzazione del corpo umano e più altro non è mestieri di aggiungere. Per quel che riguarda, però, gli altri tre profili cennati, merita considerare, *in primis*, la condizione generale della persona – nel caso in disamina, quella di *Prima* – ond'è da valutare se ella sia o meno compote di sé stessa e se ella sia o meno consapevole di ciò che comporta, su di lei e per lei, la sottoposizione alle pratiche cliniche di cui trattasi: non solo – si badi – da un punto di vista immediato, relativo, cioè, alle contingenze della procedura, ma anche – e soprattutto, diremo – da un punto di vista mediato, con riguardo, cioè, alle responsabilità genitoriali che l'atto in parola potrebbe portare in capo a essa qualora diventasse madre. Rileva e massimamente, quindi, la genuinità e l'effettività del consenso e/o della richiesta che la persona in questione – nell'ipotesi in discorso, *Prima* – è tenuta a esprimere liberamente; *Prima*, infatti, potrebb'essere, anche, una donna «nel fiore degl'anni», come si dice, naturalmente sposata e in perfette condizioni fisiche – eccezione fatta pel problema dell'infertilità, ovviamente – la quale, però... soffre una patologia mentale sì grave da renderla mentecatta, eppertanto incapace, o non pienamente capace, di intendere e di volere. Ebbene, in questo caso, così come non sarebbe legittimo che il di lei marito usasse del suo corpo per soddisfare le proprie brame o i propri, più «nobili», desiderii di genitorialità – egli, in questo caso, infatti, agirebbe «sulla» moglie e non «colla» moglie – allo stesso modo non sarebbe legittimo ch'ella fosse sottoposta a pratiche cliniche, funzionali a superarne le deficienze dell'apparato riproduttivo e ciò, ancorché queste ultime fossero da lei stessa «volute» o «richieste»... inconsapevolmente: si tratterebbe, invero, di un consenso o di una richiesta non «suoi», vale a dire non proprii di lei, in quanto inconsapevoli e

irresponsabili per effetto della sua stessa deficienza mentale. Ecco quindi che le condizioni personali del soggetto – in questo caso, quelle di *Prima* – pur astrattamente inserito in un contesto favorevole all'individuazione, in capo a lui, del diritto di tendere a procreare, fanno emergere sfaccettature giuridiche della questione, tali da non ritenere, su di un piano razionale e umano, concretamente praticabile/esercitabile il diritto in parola o, guardando la questione in negativo, tali da qualificare nei termini dell'antigiuridicità e dell'irrazionalità le pratiche *de quibus* eventualmente poste in essere (in qualunque modo e con qualunque mezzo ciò sia avvenuto o possa avvenire). Lo medesimo discorso, *mutatis mutandis*, dev'essere portato innanzi nell'ambito di tutte le fattispecie concrete ove abbia da considerarsi la posizione giuridica di un soggetto, il quale, pur essendo inserito in un contesto naturale di coppia (quale è famiglia, ove dovrebb'essere ritenuto sussistente, in capo ad ambedue coniugi, reciprocamente, il diritto a porre le premesse della procreazione), versi in condizioni tali da non potere partecipare o, meglio, compartecipare dell'atto – e prima ancora della volontà di esso – tendente alla procreazione, sia pure nella dimensione terapeutica che l'atto *de quo* dovrebbe assumere, in virtù della patologia di uno dei due componenti la coppia. Il caso – si badi bene – non è «di mera fantasia», ma potrebbe veramente essere quello di una persona che vive in uno stato di incoscienza (*exempli gratia* si potrebbe ipotizzare lo stato di coma o lo stato c.d. vegetativo): anche in quest'ipotesi, infatti, sarebbe ognorpiù assurdo ritenere che il tutore possa surrogarsi all'interdetto, nell'esercizio di quello che inequivocabilmente e irrefutabilmente è e rimane un diritto personalissimo di lui. Stiamo parlando – è ovvio – del diritto di porre le premesse per diventare genitore e dell'esercizio libero/responsabile/umano/giuridico/razionale della relativa «opzione fattuale» (legittima). Invero... sarebbe del tutto assurdo che una persona venisse portata (*recte*, spinta) ad accedere alla genitorialità, indipendentemente dalla sua stessa volontà attuale e concreta di determinare

la propria vita verso di questa... in una parola, di esercitare così il proprio diritto di autodeterminazione in ambito familiare. Il marito, insomma, che pretendesse l'inseminazione della moglie in istato d'incoscienza, con lo scopo precipuo di farle portare comunque innanzi la gravidanza fino al parto, o la moglie che pretendesse d'essere fecondata coi gameti «estratti» dal marito «in coma» – per fare due semplici esempi, ma non peregrini né estranei all'esperienza – avanzerebbero, entrambe, richieste assolutamente incontinentabili sia colla natura stessa dell'atto virtualmente aperto alla procreazione, che (conseguentemente) con quella del diritto di porre in essere l'atto medesimo: si tratta, infatti, di un atto che «è di due persone» e che partine *ut natura* a due persone, vale a dire ch'esso è e deve essere realizzato in ossequio alla mutua, attuale e coerente volontà umana/libera/razionale/giuridica di due soggetti, i quali partecipino effettivamente la medesima scelta della genitorialità; il diritto a realizzare l'atto in parola, allora, è certamente, come tutti i diritti, un diritto personale e soggettivo, proprio, cioè, della persona *in se*, ma nella sua attuale appartenenza al soggetto, esso postula necessariamente e irrefutabilmente la dimensione di coppia e presuppone, altrettanto necessariamente un'analogha e simmetrica appartenenza dello stesso diritto, in capo all'altro componente la coppia medesima e ciò... in una sorta di specularità perfetta e perfettamente complementare della fattispecie giuridica considerata nella sua intierezza. Se questo è vero, allora, deve coerentemente ritenersi che pur in presenza – per entrambe i membri della coppia – dei presupposti astratti del diritto in parola, esso, così come sussiste, se sussiste, simultaneamente in capo ad ambedue, allo stesso modo viene simultaneamente meno per tutti e due, quando viene meno per uno. Di talché, non avrebbe neppure senso ipotizzare la facoltà di un componente la coppia di esercitare il diritto *de quo*, qualora l'altro componente fosse oggettivamente e assolutamente impossibilitato a esercitare il proprio (pur astrattamente essendone titolare), né avrebbe

senso – si badi bene – postulare la possibilità di ricorrere a una sorta di rappresentanza, come è quella prevista dalla disciplina della tutela: ciò sarebbe del tutto assurdo, invero, non solo per la natura personalissima del diritto di tendere (nei/coi fatti) alla genitorialità, ma soprattutto perché l’incapacità di decidere (*id est*, di autodeterminar(-si)e la propria volontà) razionalmente/liberamente/giuridicamente/umanamente se esercitare o meno il diritto *de quo*, determina *ex se* la «perdita» del diritto stesso (sotto il «profilo operativo-attuativo» di esso), sia pel componente la coppia oggettivamente impossibilitato, sia, simultaneamente, per l’altro, data la necessaria e complementare specularità della fattispecie giuridica in parola. Riprendendo l’esempio di prima, infatti, è mestieri di rilevare che qualora un componente la coppia versasse in istato di incoscienza, l’altro non avrebbe il (proprio) diritto di porre le premesse per procreare (con lui, *id est*, assieme a lui) e ciò, proprio in quanto il di lui diritto sarebbe venuto (*ex se*) meno per effetto del venire meno del diritto dell’altro (componente la coppia), determinato, quest’ultimo, dalla sua stessa impossibilità di autodeterminarsi liberamente/razionalmente/responsabilmente/umanamente per quanto attiene al contesto, *lato sensu*, della genitorialità.

### **3) Segue. L’intervento suppletivo (esterno) delle deficienze procreativo-riproduttive: *ius o iniuria*?**

Il discorso è complesso – ce ne rendiamo conto – tuttavia esso merita di essere attentamente considerato e scrupolosamente inteso, al di là di ogni sterile superfetazione, proprio nei problemi che affronta nel loro essere problemi dell’effettività, della vita di ogni giorno, non (solo) dei libri... come direbbero i semplici. Come si nota agevolmente, allora, in questi casi il problema giuridico è anticipato, per così dire, rispetto all’apprezzamento dei diritti dell’eventuale concepito, i quali pure potrebbero porre questioni di



non poco momento anche in merito a questo discorso, avendo, egli, *in abstracto*, il diritto di crescere, di svilupparsi e di nascere in un contesto familiare «normale», con un padre e con una madre veramente tali, sotto tutti i profili, morali e materiali. A ogni buon conto, quivi la *quaestio* è giuocoforza diversa: essa, infatti, concerne la titolarità del diritto di un componente la coppia di ambire alla genitorialità (necessariamente premesso che anche l'altro è titolare di analogo e speculare diritto), pur non disponendo dei «mezzi fisici» per realizzare l'atto necessario; abbiamo veduto che per rispondere alla domanda in questione giova interrogarsi sia sulla legittimità della «pratica tecnica» necessaria a sopperire alla deficienza fisica del soggetto, ond'essa non deve essere tale da strumentalizzarne il corpo, sia sulle condizioni generali della persona, in relazione alla natura stessa del diritto *de quo* e alla insurrogabilità della decisione determinativa della volontà genitoriale. A questo punto non può che considerarsi e approfondirsi, all'unisono, l'analisi degl'altri due problemi prima cennati: si tratta, allora, di valutare le «ragioni» dell'incapacità fisica a porre le premesse per procreare e la natura, patologica o meno, di essa. La questione non è inutilmente sofisticata, come potrebbe *ictu oculi* parere, ma è «di concetto» – come si dice – imperocché essa coglie, o vorrebbe cogliere, un problema cruciale nella dommatica del diritto di realizzare fattualmente gl'atti necessari per dare la vita a un nuovo soggetto – determinandosi, così, nella propria propensione genitoriale – finanche ricorrendo all'ausilio di tecniche medico-cliniche capaci di superare le eventuali deficienze fisiche della persona astrattamente titolare del diritto in parola o, comunque, teleologicamente diritte a ciò. Vero è, allora, che l'impossibilità di realizzare l'atto procreativo, come l'impossibilità di generare in sé, peraltro, può essere determinata da una patologia, oppure può rappresentare la conseguenza di una condizione fisiologica del soggetto, legata all'età biologica del proprio organismo: *l'impotentia generandi* e *l'impotentia coeundi*, insomma,

possono dipendere – come nell’uomo, così nella donna – sia da una malattia del corpo, da un disordine, cioè, dell’organismo in quanto sistema che «funziona» sulla base delle regole proprie di esso e della di lui natura, sia da una condizione *lato sensu* naturale del corpo medesimo, la quale condizione può ben essere legata alla deficienza strutturale e funzionale del corpo umano, dovuta all’avanzare degli anni e alle condizioni in cui il soggetto *de quo* si è trovato a vivere la propria esperienza terrena. Si badi: non è, questa, una peculiarità dell’apparato riproduttivo, ma si tratta di un «principio biologico» naturale, il quale ha ragione d’applicarsi e di apprezzarsi in ogn’altro aspetto dell’organismo umano (e animale, ovviamente); si pensi, infatti, a titolo d’esempio, alla funzionalità del c.d. apparato locomotore, oppure al compenso emodinamico del sistema cardio-circolatorio *et coetera*. Anche in queste fattispecie, allora, deve distinguersi l’eventuale sintomatologia, o l’eventuale riduzione della funzionalità, imputabile a una patologia specifica, da quella che dipende, «semplicemente», diremo, dall’avanzare degli anni. Ebbene, la difficoltà nella deambulazione, per riprendere il primo esempio testé proposto, pur rappresentando sempre e inevitabilmente, per chi la soffre, qualche cosa di negativo e financo d’invalidante (può raggiungere livelli di dolore anche insopportabili e anche gravemente incidenti sulla c.d. qualità della vita, questo è scontato) se in molti casi può certamente essere patologica, in quanto essa sia dovuta a uno specifico morbo (una stenosi vertebrale, una *claudicatio intermittens* da vasculopatia periferica, un’artrite reumatoide *et coetera*), in altri, essa può anche dipendere, però, solo da una peculiare forma di invecchiamento dell’organismo umano: se nel primo caso, allora, è d’uopo di tentare una terapia per ripristinare l’ordine fisiologico dell’apparato locomotore e/o scheletrico, proprio perché esso è stato compromesso da una patologia in atto, nel secondo caso la terapia non avrebbe motivo di praticarsi (se non sotto il profilo antalgico, che pur rappresenta un diverso problema) e non avrebbe

motivo di praticarsi – sia ben chiaro – proprio perché la vecchiaia non è un malattia, ma è una condizione normale (!) della persona, come sono normali quelle forme di indebolimento, *lato sensu* inteso, che ne conseguono. Coerentemente, allora, la vecchiaia stessa non può e non deve essere «curata» in quanto tale, siccome non possono e non debbono essere «curate», cioè eliminate, le conseguenze che essa medesima o può recare in capo alla persona la quale – buon per lei – ha raggiunto un'età avanzata; altro, poi, tutt'altro, è lenire i fastidii che la vecchiaia medesima arrechi all'anziano quando vi sono, questo è scontato; come è scontato – si badi – che anche l'anziano possa effettivamente soffrire una patologia la quale deve necessariamente essere curata, allo stesso modo in cui dev'essere curata nel giovinotto, ma.... altro è la malattia e altro è la condizione fisiologica legata all'età. Questo discorso, invero, può essere fatto, *a contrario*, anche con riguardo al bambino, nei primi mesi/anni di vita, anch'egli, infatti, versa in una condizione «delicata», tale per cui il suo stesso organismo potrebbe presentare situazioni di «debolezza fisiologica», vale a dire di debolezza legata al normale (!) stato e alla normale (!) condizione dello sviluppo del suo stesso corpo: si pensi, allora, a titolo di esempio, agli stati febbrili e/o infiammatorii legati allo sviluppo dentinale. Che questi ultimi siano fastidiosi e a volte dolorosi, pel bambino e che possa essere opportuno dargli sollievo, nei limiti del possibile, del proporzionato e del razionale, è ovviamente scontato, che essi, però, rappresentino e possano essere considerati alla stregua di una malattia da curare, è altrettanto palesemente da escludere. Insomma: dobbiamo ben tosto renderci conto che non tutte le «condizioni di disagio» presentate dal corpo umano, sono condizioni patologiche e curabili: alcune lo sono, certamente e vanno trattate come malattie da sanare, altre non lo sono, però, punto essendo modi di essere del corpo, nella fisiologia dello stato in cui esso medesimo si trova nell'*hic et nunc* del dato momento storico-anagrafico-personale. Ne deriva, allora,

tornando *in medias res*, che di fronte a una condizione di «disagio/malessere fisico» non imputabile direttamente a una patologia, ma riconducibile al «modo» dell'invecchiamento della persona considerata (non tutti invecchiano nella stessa maniera!), la eventuale terapia proposta e/o praticata e/o richiesta (arditamente, dal soggetto) – fatta eccezione per quella che assolve una funzione *lato sensu* analgesica o di mero sollievo – sarebbe non solo inutile, ma addirittura inaccettabile sotto un profilo giuridico, razionale e umano e ciò... inquantoché essa, da un lato non avrebbe nessuna prospettiva di cura (se mai, di inaccettabile trasformazione della condizione fisiologica precaria *ratione aetatis*, in un condizione artificiale, idonea a soddisfare un obbiettivo meramente operativo, scientifico-galileiano e strumentale), quindi di assolvere il compito suo proprio che è, per l'appunto, quello di curare le malattie, quivi assenti e dall'altro la terapia *de qua* si potrebbe sostanziare in una mera forma di strumentalizzazione *ad libitum* del corpo umano, non rispettato nel suo fisiologico invecchiamento e nelle condizioni, altrettanto fisiologiche, di esso. Se il “vecchierel canuto e stanco” ricordato da Petrarca, insomma, non riuscisse a camminare, ovvero non riuscisse a tenere un passo di marcia sufficientemente sostenuto (giusta certi parametri non meglio fondati e definiti) – per continuare nell'esempio della deficienza dell'apparato locomotore, *supra* proposto – a meno che ciò non sia effettivamente e clinicamente imputabile a una malattia del suo fisico, egli non va affatto curato, egli non va affatto trattato, cioè, alla stregua di un malato da sottoporre a terapia – sarebbe umiliante per lui e pel terapeuta – ma va aiutato umanamente: se ha dolori, va aiutato a lenirli nei limiti del possibile e se non ne ha, o quando non ne ha, va aiutato a muoversi e a deambulare coi tempi e nei modi in cui la sua condizione gli consente e ciò, rispettando quest'ultima per quello che essa è *ut natura* e rispettando lui, *in primis*, per l'età che ha maturato coi *pro* e coi *contra* – se così possiamo dire – ch'essa reca inevitabilmente seco. Lo medesimo discorso, poi, *mutatis*

*mutandis*, può essere svolto con riguardo alle citate deficienze del compenso cardiocircolatorio, altro esempio eloquente: anche in questo caso, infatti, è mestieri di distinguere quelle disfunzioni che sono imputabili a una patologia specifica (l'ipertensione arteriosa grave, l'*angina pectoris*, la fibrillazione, la pericardite o la miocardite *et coetera*), da quelle che, invece, non sono affatto patologie, rientrando, invero, nell'ambito di quel fisiologico decadimento fisico, costante e inevitabile, che è determinato dall'avanzare degl'anni e dalle condizioni in cui la persona ha condotto, o si è trovata a (dovere) condurre la propria vita (personale, familiare, lavorativa *et coetera*). È ben ovvio, allora, che nel primo caso, indipendentemente dall'età, sia giuoco forza ritenere lecita e razionale, se non addirittura doverosa, la pratica terapeutica teleologicamente orientata a ripristinare il compenso emodinamico e a eliminare la causa dello scompenso, ma è altrettanto ovvio che in questo secondo caso, quello, cioè, della deficienza emodinamica dovuta solamente (!) all'età e al normale depauperamento delle funzioni fisiologiche dell'organismo, non più «tonico» ed «effervescente» (si parla, in letteratura medica, di “malattia del cuore stanco”, non a caso...) – potremmo dire – deve ritenersi che la terapia eventualmente ipotizzata e/o praticata non abbia alcuna ragione medico-clinico-fondativa che la giustifichi, qualunque *ratio* operativa essa abbia e in qualunque pratica (chirurgica, farmacologica o altro) essa consista. Ovviamente – questo dev'essere molto ben chiaro presso il nostro Lettore – non ci riferiamo a quelle «terapie» o, meglio, a quelle prescrizioni mediche che abbiano per iscopo il miglioramento delle condizioni di vita del soggetto e che tendano a trovare, nel di lui organismo, un equilibrio fisio-clinico accettabile e il più possibile duraturo ai fini della sua stessa sopravvivenza, nell'ambito – è inteso – di un contesto naturalmente e non patologicamente compromesso *ratione aetatis*, né ci riferiamo alle terapie propriamente dette che effettivamente curano patologie in atto, ma ci riferiamo, contestandole e

vigorosamente, a quelle pratiche che proprio pretendano di imporre al/sul soggetto un ordine virtualmente e astrattamente (*id est* scientificamente) fisiologico, del tutto artificiale e tutt'affatto incompatibile colla naturale obsolescenza del corpo umano, considerato nel suo insieme di organismo-non-macchina.<sup>135</sup> Se nel primo caso, infatti, la pratica *lato sensu* clinica deve ritenersi assolutamente meritoria sotto tutti i profili, *in primis* sotto quello morale, dacché essa rispetta la persona e il suo corpo, nelle condizioni normali in cui esso versa, pur essendo, queste, più o meno precarie, in virtù dell'età avanzata; nel secondo caso, invece, l'intervento *in corpore* dev'essere ritenuto – a ben guardare – un intervento *contra personam*, inquantocché esso altro non farebbe che strumentalizzare l'organismo umano per ottenere o, meglio, per tendere a ottenere un prodotto, in termini di risultato pratico-operativo, del tutto avulso rispetto all'essere in atto della persona e alla naturale condizione del suo stesso fisico. La persona e il suo corpo (ma anche la persona nel suo corpo, sia chiaro), insomma, vanno rispettati e vanno rispettati – si badi – per quello che essi sono... così nella fisiologica condizione della salute, come nella patologica condizione della malattia ed è ovvio... che per rispettarli nella salute sia doveroso non nuocere loro (*neminen laedere*, infatti...) e per rispettarli nella malattia sia altrettanto necessario apprestare loro tutte le provvidenze terapeutiche più opportune; ciò detto, però, rileva soprattutto l'indigenza teoretica e clinica (in senso proprio) – questo il punto archimedeo dell'intiera analisi – di

---

<sup>135</sup> Molto acutamente Francesca Zanuso osserva, a proposito del c.d. *homo faber*, che “la fabbrilità dell'uomo moderno è certamente aporetica e si dimostra, sotto un certo profilo, inoperativa; ma soprattutto condanna l'uomo alla alienazione e quindi all'infelicità, come estraneazione da sé” (ZANUSO, *Autonomia, uguglianza, utilità. Tre paradossi del razionalismo moderno*, in ZANUSO (a cura di), *Custodire il fuoco*, Milano, Franco Angeli, 2013, pag. 20). Come a dire, allora, che quando l'uomo riduce sé stesso a mezzo pel compiacimento del proprio auto-volere, determina la meccanizzazione di sé in funzione d'un fino non proprio di esso, eppertanto egli determina *ex se* la propria incapacità di soddisfare le sempre crescenti brame del suo *velle*: se è vero, infatti, che “l'uomo manifesta sé stesso solo quando trasforma” (*Ivi*, pag. 21), è altrettanto vero che “l'uomo deve dominare il mondo non solo per migliorarlo o per possederlo ma per essere sé stesso, per affermarsi come soggetto” (*Ibidem*)

comprendere bene che cosa sia la salute e che cosa sia la malattia. Solo così, infatti, la persona e il suo corpo potranno essere veramente rispettati nella loro dignità, anche «biologica», espressa in/attraverso un organismo vivente latore di una soggettività giuridica viva e vitale. Occorre, quindi, attentamente considerare il naturale sviluppo che il corpo stesso inevitabilmente palesa, nell'ambito delle condizioni e/o delle circostanze ov'esso manifesta la «sua» salute e la «sua» malattia e ciò occorre fare – si badi bene – senza imporre al corpo umano un preconconcetto «ideale-archetipo» (*recte*, idealizzato) di salute e di malattia cui doversi uniformare per mero scopo di consentire, al c.d. sapere scientifico (galileiano) – che sapere non è – una coerenza interna tutt'affatto autoreferenziale sotto il profilo meramente statistico. Non che la salute e la malattia siano «concetti relativi» (cioè.. non-concetti), sia chiaro: esse dipendono, infatti, dalla realtà dell'ordine (la salute) o dall'effettività del disordine (la malattia) dell'organismo, ond'è la natura di essa a definire la sua salute e in negativo, la sua malattia – questo è ovvio – ma certamente il modo di essere dell'una e dell'altra non può giammai considerarsi *in abstracto*, vale a dire... a prescindere dall'organismo storicamente e concretamente sano o malato, il quale dev'essere valutato, quindi, nel suo «modo» di essere e di esprimere la propria condizione, in considerazione dell'equilibrio interno che esso ha o non ha, a seconda dei casi. Di talché – si badi molto bene – non può giammai trasformarsi artificialmente in malattia ciò che è salute, in virtù di una stereotipa, preconconcetta e  $\alpha$ -veritativa definizione dei canoni della salute stessa: la salute, infatti, come non è il benessere in sé e non è nemmeno l'assenza di fastidii,<sup>136</sup> non è neanche la pedissequa rispondenza di dati

---

<sup>136</sup> Molte condizioni di disagio e finanche di dolore – come è noto alla comune esperienza – non sono e non possono essere considerate patologiche, espressioni, cioè, di una malattia in atto. Si pensi al parto. Ebbene, al di là del «moderno», paranoico approccio all'evento e della «corsa», altrettanto assurda, alla frenetica ospedalizzazione delle partorienti, mossa piuttosto da motivi utilitaristici (quali la opportunità insensata di apprestarsi uno «scudo processuale» nel caso in cui, verificandosi problemi, venisse chiesto conto, al medico o alla levatrice, del perché non

strumentali a parametri fissi e fissati su base statistica; allo stesso modo, poi, come la malattia non è il malessere in sé, né la presenza di un fastidio purchessia, essa non è nemmeno la divergenza del dato misurato e misurabile sul copro, rispetto al valore-tipo astrattamente definito come «indice di patologia»: la salute, infatti, è l'ordine ontologico-fisiologico del corpo, nelle condizioni ontologico-fisiologiche che il corpo medesimo ha in quanto corpo vivo e vitale, in continua e inarrestabile trasformazione. La salute, allora, non è la forza fisica dei vent'anni o, comunque, la rispondenza del dato strumentalmente rilevato sul corpo, al parametro definito in termini generali, come la malattia non è la lentezza e la debolezza degli ottanta anni o il mancato raggiungimento (o il superamento) dei valori-tipo *de quibus*, ma è – come detto – l'ordine ontologico dell'organismo, il quale (ordine) si esprime o, meglio, esprime il suo fenomeno in diverse guise, a seconda delle varie circostanze di tempo e di condizione che involgono l'essere umano (ma, in genere, l'essere vivente). Ciò non significa – si badi molto bene – che la salute dei vent'anni sia ontologicamente diversa dalla salute degli ottanta – per riprendere i termini della battuta di prima – ma significa solamente che la medesima salute o, per meglio dire, lo medesimo «principio della salute» hanno agio di esprimersi, nel loro fenomeno storico, in modo diverso a vent'anni, rispetto a quello nel quale s'esprimono o possono esprimersi a ottanta; allo stesso modo, infatti, la malattia dei vent'anni è identica alla malattia degli ottanta: essa è sempre data da un disordine dell'organismo, per quanto... a vent'anni essa possa manifestarsi

---

hanno optato per l'ambiente più attrezzato dell'ospedale) che da motivi medici in senso proprio, rileva ch'esso, pur provocando dolore e ansie alla donna, non può certo qualificarsi alla stregua di una malattia del corpo, essendo, infatti, assolutamente naturale. Non è, quindi, il dolore che fa la malattia e non è nemmeno il sintomo del fastidio o del disagio a determinarla, ma è la malattia, se effettivamente c'è, che può – ma non è detto che accada sempre – presentarsi in una data sintomatologia, piuttosto che in un'altra. Scrive Laura Palazzani (cfr PALAZZANI, *Introduzione alla biogiuridica*, Torino, Giappichelli, 2002, pag. 22) che per l'utilitarismo ciò che rileva “non è tanto l'attitudine a ragionare [...] quanto la capacità di provare piacere e dolore, o meglio, la capacità di preferire il piacere al dolore [...] la ricerca del piacere [...] è considerato il movente [...] dell'atto: in tale contesto il bene viene definito in funzione dell'utile” (*Ibidem*).



in modo diverso rispetto a come può manifestarsi a ottanta. Di talché – per epilogare il discorso – comprendere e rispettare la salute e/o la malattia del soggetto, significa comprenderle e rispettarle per come esse stesse si manifestano concretamente, sulla persona considerata, nel proprio essere individuo, eppertanto nella propria individualità e specificità/unicità storica di soggetto che vive la propria vita umanamente, come gl'altri della sua specie, ma non in modo standardizzato e uniforme rispetto a parametri astrattamente definiti col metodo medio-matematico. Questo, infatti, potrebb'essere un metodo adatto e provvido per la gestione tecnico-sanitario-veterinaria di un allevamento, dove, infatti, l'animale che non soddisfi determinati requisiti di qualità, produzione, fecondità o altro dev'essere ritenuto anormale eppertanto o curato o soppresso. Invero – non possiamo tacerlo – nemmeno in un allevamento razionale, vale a dire filosoficamente condotto, *id est...* condotto bene, può applicarsi il metodo scientifico-galileiano testé paventato imperocché anche l'animale è un essere vivente la cui natura dev'essere rispettata dall'uomo per quello che essa è e il cui organismo, se può senz'altro essere sfruttato in ragione di quelle che sono le sue stesse caratteristiche, non può essere considerato alla stregua di una macchina da regolare ed eventualmente da costruire, secondo parametri eterodeterminati, cioè determinati prescindendo dalla natura dell'animale stesso.<sup>137</sup>

---

<sup>137</sup> Un caso che potrebbe ben chiarire i termini del problema è senz'altro quello che concerne l'allevamento delle galline ovaiole. Ebbene, che queste ultime possano essere destinate alla produzione di uova è pacifico ed è nella natura delle cose, che, però, esse possano essere trattate in modo difforme da quella che è la di loro natura, senza rispettarla, è altrettanto pacificamente ingiusto, non – si badi – nei confronti della gallina che è un oggetto, ma nei confronti dei principii della giustizia e della ragione che impongono ai soggetti di rapportarsi agli altri enti in modo conforme alle di loro natura, adempiendo, cioè, i doveri che in capo a loro stessi incombono verso di essi. Di talché l'allevatore di galline ovaiole non può indurre forzatamente la produzione di uova con ormoni: questo sarebbe disumano; non può, poi, non rispettare il ciclo naturale che comporta periodi in cui le galline chiocciano e non producono uova *et coetera*. Anche l'allevamento, insomma, se ben fatto – come qualunque altra attività umana – postula un sapere e un approccio filosofici alle cose, pena l'eversione e il sovvertimento dell'ordine naturale delle cose.

Ritorniamo, ora, al problema da cui traemmo le mosse per questa «digressione riflessiva», il quale problema, invero, c'impone di presentarla all'attenzione del Lettore per meglio schiarire un punto assolutamente cruciale di tutta la nostra analisi, anche in ragione di quanto ci apprestiamo a dire nei prossimi rigli. Ci domandavamo, allora, premessa l'incapacità/impossibilità fisica del soggetto di procreare e premesso un contesto di coppia (familiare) nel quale dovrebbe astrattamente ritenersi sussistente il diritto di realizzare gl'atti tendenzialmente procreativi, in quali ipotesi fosse effettivamente lecito procedere con pratiche clinico-tecniche idonee a coadiuvare, il soggetto medesimo, nella realizzazione degl'atti teleologicamente diretti al concepimento e così... all'esercizio del (suo) diritto in parola; dicemmo – lo ricorderà il Lettore – che la risposta al quesito può essere data solo considerando le condizioni personali dell'uomo o della donna, il cui sistema riproduttivo è compromesso e solo valutando la natura dell'intervento da realizzare. Su questi due punti già abbiamo detto a sufficienza. Al di là di un tanto, poi, precisammo anche che sarebbe stato necessario definire e prima ancora indagare, la natura del «problema» che colpisce il soggetto, nella sua impossibilità fisica di procreare, eppertanto – dicemmo – è uopo di comprendere bene le ragioni di essa sotto il profilo fisiologico o patologico. Ebbene, parlavamo delle fattispecie di *impotentia* e del diritto del soggetto di accedere alle pratiche mediche funzionali a sopperire questa sua deficienza, postulata, *coeteris paribus*, l'astratta titolarità, in capo a esso, del diritto *de quo* giusta le «condizioni di coppia» nelle quali egli medesimo versa. Alla luce di tutte le considerazioni disviluppate, allora, è mestieri di osservare che nel caso in cui la sua deficienza fisica abbia da essere imputata a una patologia, resta impregiudicato il discorso già sostenuto, vale a dire che debbono ritenersi razionali/libere/giuridiche/umane tutte le pratiche mediche che siano funzionali al ripristino dell'ordine fisiologico del corpo, senza recare,

ovviamente, nocimento alla persona (*primum: non nocere!*), *id est...* senza strumentalizzarla per fini *lato sensu* utilitaristico-edonistici, indipendentemente dall'età e da ogn'altro «accidenti». Il diritto di porre le premesse per procreare, quindi, (nel caso della patologia al sistema *lato sensu* riproduttivo) c'è e permane; con esso, peraltro, *pari passu ambulat* il diritto di realizzare le attività terapeutiche necessarie alla fruizione del primo. L'esempio più immediato potrebb'essere quella della donna che soffra una deficienza ormonale, ovvero una forma patologico-morfologica di dispareunia (nel primo caso s'avrebbe, in senso lato, una forma di *impotentia generandi*, nel secondo una forma di *impoentia coeundi*): in entrambe i casi, invero, vi sarebbe una situazione morbosa ostativa al compimento degli atti naturalmente vocati alla procreazione. Ebbene, l'intervento medico – farmacologico o chirurgico, a seconda dei casi – che potesse risolvere o tentare di risolvere la condizione *de qua*, senza arrecare, ovviamente, danno alla persona e senza offenderne la dignità, dovrebbe senz'altro ritenersi pienamente legittimo e tutt'affatto coerente coi principii giuridici cui abbiamo informato il nostro discorso e ciò, proprio perché in questo caso si tratterebbe, «solamente», di eliminare un «impedimento patologico» (di natura pratica) all'esercizio di un diritto, il quale pur permane ed è in capo al soggetto, dacché, per effetto dell'impedimento medesimo, esso (il diritto) non è affatto venuto meno, né potrebbe venire meno... *ut ratio* è chiaro. Un caso analogo, peraltro, potrebb'esse quello dell'uomo affetto – per fare un esempio – da varicocele o da una forma patologica di altra natura che non gli consenta proprio di compiere l'atto tendente alla procreazione (sia essa una disfunzione «funzionale» o «meccanica»); anche nelle fattispecie *de quibus*, allora, deve valere il medesimo discorso veduto in riferimento alla donna e al problema della sua stessa infertilità, ovverosia deve valere quel principio in virtù del quale ha da ritenersi pienamente lecito l'intervento terapeutico finalizzato a sanare la

patologia in questione e a fare (ri-)acquistare, alla persona, nei fatti, il libero esercizio dei propri diritti a porre le premesse per procreare... sempreché – è ovvio – questi diritti vi siano oggettivamente: l'intervento chirurgico e/o la terapia farmacologica, invero, in questi casi non potrebbero essere messi in discussione, salvo che essi veramente nuocciano alla persona e al suo organismo, ma questo... è un problema diverso sul quale già dicemmo abbastanza. Arrivati a questo punto della trattazione, adunque, crediamo di avere raggiunto, con argomenti dialettici e sempre dialetticamente aperti al confronto – sia chiaro – una «tappa» significativa, nell'economia del più ampio e generale discorso portato innanzi: crediamo, cioè, di avere dimostrato che il diritto a porre le premesse per procreare meriti una considerazione e una disamina più ampia di quella che potrebbe *ictu oculi* parere sufficiente, in ispecie abbiamo sostenuto che siffatto diritto abbia ragione di essere invocato solo in un determinato contesto di coppia – del quale diremo in appresso la natura (soffermandoci oltremodo) – e solo in presenza di altrettanto determinati requisiti fisici, pur postulando, esso, la legittimità – *coeteris paribus* – di interventi medici che sanino o che tendano a sanare le patologie del corpo, contingentemente impedienti, da un punto di vista meccanico-funzionale ovvero da un punto di vista biologico-ormonale, la realizzazione, su di un piano teleologico, dello scopo procreativo legittimamente optato dal soggetto che ne abbia diritto.<sup>138</sup> Abbiamo altresì detto, però, che gl'impedimenti fisici a porre le premesse per procreare possono anche non avere natura patologica, eppertanto essi possono anche non dipendere da una malattia del corpo e/o da una disfunzione anormale di esso, potendo anch'essere determinati, infatti, proprio da una fisiologica e

---

<sup>138</sup> Ha ragione, a nostro avviso, Fulvio De Giorgi quando precisa che “il problema non è rifiutare la scienza umana (che noi definiremmo più tosto tecnica [nda]), ma se mai fare sì che la scienza umana (stessa [nda]) sia sempre a servizio dell'uomo e non diventi potere o strumento per asservire l'uomo” (DE GIORGI, *Testamento (anche) biologico*, Trento, Il Margine, 2009, pag. 46) eventualmente – aggiungerei – anche al suo stesso capriccio, il quale ben potrebbe essere di nocumento per la sua stessa realtà ontologico-soggettiva.

normale condizione della persona, in una ben definita «fase» della sua vita. Fino a ora abbiamo considerato il versante patologico di quella che possiamo chiamare, in senso lato, impotenza (patologica); ora, dunque, è mestieri di analizzare e di approfondire questo secondo profilo di problematicità, punto rappresentato dalla «impotenza fisiologica», *id est* dall'impotenza non dovuta a una condizione patologica dell'organismo, ma piuttosto a uno stato normale (ancorché non «ideale») del copro. Entreremo, così, nel merito del rapporto tra questa «impotenza fisiologica» e una possibile/eventuale «soluzione» (parlare di terapia sarebbe improprio, anzi errato dacché la terapia postula una patologia o, comunque, uno stato morboso che quivi oggettivamente mancherebbe) clinico-tecnica della stessa o, per meglio dire, entreremo nel merito del rapporto tra l'*impotentia de qua* (la «impotenza fisiologica», è inteso) e un possibile superamento artificiale della condizione naturale in cui la stessa s'appalesa *in corpore hominis*. Ovviamente... noi quivi dobbiamo fare riferimento al discorso già sviluppato in ordine al problema teoretico e concettuale, in un tempo, rappresentato dalla disamina dell'approccio, razionale o meno, a una forma di deficienza o di inefficienza fisica non dovuta a una patologia, ma all'età e alle condizioni, comunque fisiologiche, per quanto precarie, del soggetto: dicemmo, nel merito, che un intervento *lato sensu* medico orientato a far rientrare il corpo umano *de quo* entro parametri preconcetti e meramente statistici, ovvero orientato a fare in modo che esso dia i risultati operativi arbitrariamente eletti a suo contingente scopo, rappresenta un'*iniuria* in sé, rappresenta, cioè, un'*iniuria* verso la persona e il di lei organismo, quindi si sostanzia in forma di gretta strumentalizzazione arbitraria del soggetto, per fini ultronei e tutt'affatto inconferenti rispetto al suo proprio stato naturale (fisico, anagrafico, biologico, corporeo *et coetera*). Lo stesso principio, allora, deve valere ed effettivamente vale anche (e soprattutto, diremo!) pel caso della citata impotenza fisiologica *ratione aetatis*. Vediamo di delineare

meglio il discorso, riferendoci a un paio d'esempi esplicativi. Si pensi, allora, al c.d. climaterio femminile (la menopausa, per intenderci), dovuto – come è noto – alla irreversibile cessazione della funzione ovarica nell'ambito dell'apparato genitale e riproduttivo della donna; ebbene, che questa situazione crei o possa creare disagio, anche fisico, oltretutto relazionale e psicologico, alla donna e nella donna in cui tale «stato» compare, è pacifico, come è pacifico che la donna *de qua* abbia esaurito, coll'affermarsi in lei dello stato di c.d. menopausa, il suo «periodo fertile», vale a dire il suo arco di vita nel quale ella è virtualmente aperta e fisicamente idonea a procreare; che, però, tutto ciò rappresenti o possa essere inteso alla stregua di una patologia o di una disfunzione morbosa dell'organismo femminile, è altrettanto pacificamente da escludere, di talché – si badi molto bene – è giuoco-forza da escludere la legittimità di ogni «terapia», la quale persegua o intenda perseguire lo scopo di ripristinare la fertilità nella donna in istato di c.d. menopausa: si tratta, infatti, di una condizione tutt'affatto fisiologica, la quale naturalmente compare e deve comparire coll'avanzare dell'età e col valicamento metaforico del solco della vecchiaia. Ancorché possa essere/fare «male» (su più fronti – è inteso – quello psicologico, quello fisico, quello relazionale e/o di coppia, quello caratteriale *et coetera*), non è certo «un» male, insomma, per la donna, entrare in menopausa – come si dice – anche se questo fatto/evento naturale e fisiologico può ben essere fonte di malessere, di disagio e di un impedimento oggettivo alla determinazione della volontà genitoriale della donna stessa. Ciò detto, può forse ritenersi che la donna in menopausa abbia il diritto soggettivo di (tentare di) accedere alla maternità? Può forse ritenersi, invero, che ella abbia il diritto di richiedere (o di praticare da sé medesima), sul proprio corpo, un intervento clinico-tecnico, il quale la porti artificialmente a ottenere un ristabilimento forzato della funzione ovarica oramai perduta, non per patologia ma per lo scorrere del suo stesso

«orologio biologico»? Può forse dirsi, da ultimo, che sia umano e giuridico, libero e razionale un intervento *in corpore feminae* il quale, di fatto, sovverta o tenda a sovvertire l'ordine intrinseco dell'organismo della donna, per imporre, in/a esso, un disordine funzionale ad assecondarne un capriccio, quale proprio sarebbe, oggettivamente, quello che porterebbe la donna in questione, a desiderare (e a volere tentare) di procreare, pur non essendone (più) fisicamente in grado? La risposta negativa a tutti i quesiti testé (retoricamente) posti all'attenzione del Lettore è, non solo tosto doverosa, sotto ogni profilo: razionale, morale, umano, giuridico, medico *et coetera*, ma è soprattutto scontata ed è scontata – si badi bene – inquantoché un siffatto intervento<sup>139</sup> (quello tendente a una stimolazione forzata [!] e artificiosa [!]) della c.d. funzione ovarica) in altro non si sostanzierebbe, se non in una vera e propria «strumentalizzazione razionalistica» del corpo della donna e quindi della sua persona, la quale... verrebbe conseguentemente trattata alla stregua di una «macchina da riproduzione» che sta fuori da ogni più elementare e basilare forma di percezione dell'essere umano e della sua vita, ancorché essa sia legata alla mera esperienza e prescinda da una riflessione teoretico-filosofica nel merito. A maggior ragione, poi, l'aporia si fa palese in tutta la sua disumanità e in tutta la sua irrazionalità strutturale, alla luce di un'analisi autenticamente (*id est*, veramente filosofica) speculativa dell'essere in sé delle cose, mercé la quale, infatti, emerge chiarissimamente così la natura dell'essere umano, quella del suo corpo e del suo organismo, come il valore e la funzione dell'intervento terapeutico... onde potere oggettivamente definire e delineare la *ratio distinguendi* che discerne quest'ultimo, rispetto a un approccio «*ad personam*» meramente tecnico-funzionale-scientifico, *ergo* preordinato non

---

<sup>139</sup> Se possibile, ovviamente, ma questa è *res facti* della quale nulla ci cale: la pratica operativa idonea o funzionale a «riattivare» la funzione ovarica, infatti, potrebbe non essere possibile oggi e diventarlo domani, onde... il problema è nel concetto, nel principio, nell'*an* – come sempre, del resto – non è nel *quando* o nel *quomodo*, quale momento operativo-attuativo di una determinata pratica tecnico-scientifica.

già al ristabilimento di un ordine reale, intrinseco all'organismo umano, eventualmente compromesso dall'effettività di una patologia, ma alla conformazione morfologica e funzionale dell'organismo medesimo, in funzione del raggiungimento di uno scopo tutt'affatto estraneo al corpo umano *de quo* e assolutamente incoerente colle condizioni naturali (ancorché precarie e/o «fastidiose») di esso. Ovviamente... il fatto che sia la donna stessa – nel caso in disamina – a richiedere e/o ad autorizzare la pratica di una siffatta procedura *supra se* o, meglio, *contra se*, poco, anzi nulla rileva: non è questa, infatti, una questione legata al valore del consenso, relativo all'*iniectio in corpore alieno*, sotto il profilo *lato sensu* riconducibile alla dommatica della c.d. violenza privata, trattandosi, invece, di una questione proprio legata alla giuridicità, o meno, dell'atto in sé, quale atto umano o disumano *ut natura*... Di talché, l'atto di imporre al corpo umano sano, una funzionalità che non gli partiene, in virtù – nel caso di specie – del suo proprio modo fisiologico di essere, legato all'età e alla naturale cessazione della propria funzione riproduttiva, è un atto di autentica e radicale violenza, il quale oggettivamente reca e non può non recare nocumento, mediato o immediato che sia, all'organismo sul quale esso medesimo s'impone «per forza» (sia essa consentita e/o richiesta dallo «interessato», o meno), d'onde il più fermo e radicale rifiuto di esso.

Se questo è vero – e a noi pare proprio che lo sia, sempre rimanendo dialetticamente aperti a ogni confronto, ovviamente – val bene osservare, ora, che un medesimo discorso, eppertanto un identico approccio, dev'essere portato innanzi, con assoluto rigore, anche con riguardo a un'ipotesi di sterilità fisiologica dell'essere umano di genere maschile; finora, infatti, ci siamo limitati a considerare la mera deficienza *lato sensu* riproduttiva della/nella donna, determinata dal fenomeno naturale e normale – ancorché potenzialmente «fastidioso» e potenzialmente latore di «disagii» tra i più



disparati – della c.d. menopausa.<sup>140</sup> Ebbene, è ognorpiù noto e incontrovertibile che il processo di «quiescenza» dell'apparato riproduttivo e

---

<sup>140</sup> Altro si potrebbe dire con riguardo alla c.d. agenesia uterina, ovverossia la mancanza di utero, nella donna, in virtù della stessa costituzione congenita del suo proprio apparato genitale (dalla nascita o, per meglio dire, dalla formazione dell'embrione nel ventre materno); anche in questo caso – com'è del tutto evidente – la donna *de qua* sarebbe assolutamente incapace di procreare, eppertanto tutt'affatto sterile in virtù della sua stessa costituzione. Quivi, però, la questione relativa alla legittimità, o meno, di un intervento atto a «porre rimedio» all'anomalia in parola, non può essere risolta, senza un particolare approfondimento, facendo mero rinvio al discorso disviluppato in relazione alla c.d. menopausa. Nel caso *de quo*, infatti, non ci troviamo in un contesto di assoluta fisiologia, in un contesto normale – per intenderci – come sarebbe ed effettivamente è quello del c.d. climaterio femminile, imperocché... nell'anatomia fisiologica (umana, normale) della donna è giuocoforza contemplata la presenza dell'utero (nella sua naturale sede), proprio per lo svolgimento delle funzioni fisiologico-normali a lui demandate *ut natura*, come è fisiologicamente contemplata, nello sviluppo del suo stesso organismo e nello svolgimento ordinario delle sue stesse funzioni, la citata menopausa. Di talché... la mancanza dell'utero dev'essere ritenuta e valutata – ai fini della nostra analisi – alla stregua di un'anomalia vera e propria, di una deficienza, cioè, del copro umano, non certo sovrapponibile al fenomeno dell'infertilità sopravvenuta, legato allo scorrere normale del c.d. orologio biologico nel corpo femminile. L'agenesia uterina, infatti, è anormale; la menopausa, invece, è perfettamente e pienamente normale sotto tutti i profili di analisi. Si badi: non stiamo riferendoci, con riguardo alla mancanza dell'utero nel corpo femminile, a una deficienza, vera o presunta, di carattere *lato sensu* funzionale, legata, cioè, all'incapacità dell'organismo di raggiungere determinati parametri/risultati/livelli di ordine vieppiù statistico, ma ci riferiamo a una deficienza strutturale e apprezzabile su di un piano ontico, senza la necessità di riferirsi ad altri criterii diversi dall'organismo umano e dalla sua stessa realtà oggettiva. Di talché, la mancanza dell'utero, in una donna, è anormale non perché la maggioranza media delle donne ne contemplino uno, ma proprio perché nella natura e nell'anatomia naturale della donna esso deve – *recte*, dovrebbe – esserci, come deve (o dovrebbe) esserci ogn'altro organo, più o meno indispensabile ai fini dell'umana sopravvivenza. È ovvio – ma questo non rileva troppo – che se mancasse il cuore o qualche altro organo indispensabile, il problema non si porrebbe affatto, inquantocché l'organismo medesimo perirebbe o addirittura non si formerebbe e non nascerebbe e ciò, proprio in ragione della sua stessa natura, come è ovvio, per contro, che la mancanza di altri organi – un rene, un polmone, alcune parti di apparato genitale *et coetera* – non strettamente indispensabili alla sopravvivenza del corpo, possa comunque consentire la vita dell'organismo *de quo*; ciò non vuol dire – ovviamente – che la loro mancanza sia normale e fisiologica... Al di là di un tanto, tuttavia, deve ben tosto dirsi che altro è l'anomalia (ci riferiamo a quella oggettiva, non a quella relativo-statistica che nemmeno consideriamo degna di nota) e altro è la patologia: la prima, infatti, definisce un particolare, anormale modo di essere dell'organismo il quale, comunque, trova in sé stesso e nelle sue medesime condizioni un proprio «ordine relativo» (*recte*, un proprio disordine fisiologico, stabile e non nocivo per le condizioni generali di esso), la seconda, invece, esprime *ex se* un disordine assoluto, all'interno dell'organismo stesso, mettendone in discussione la sua stessa funzionalità e stabilità generali. La patologia, infatti, è – per usare le parole dei semplici – un male contingentemente effettivo che va curato e va curato – si badi bene – proprio per salvare l'organismo nel suo complesso e per consentirne la sopravvivenza; l'anomalia strutturale del corpo, *viceversa*, è e rappresenta, «solamente», un'errata conformazione fisico-somatica dell'organismo medesimo, l'anomaia di cui stiamo parlando, cioè, rappresenta una «mera» deficienza del corpo, rispetto all'anatomia normale di esso, la quale deficienza, invero, se pur ne impedisce o ne compromette alcune funzioni, certamente non crea, all'interno dell'organismo *de quo*, un disordine tale da metterne a repentaglio, da impedirne o da aggravarne la funzionalità essenziale e sostanziale di esso. Un esempio che si riferisca ad altro potrà schiarire i termini del discorso. La persona che nascesse

genitale dell'uomo sia meno «definito», più «lento» e per certi versi meramente «eventuale», rispetto a quello «sicuro», «netto» e «immediato» che interessa l'organismo della donna, arrivata a un'età più o meno definita sui cinquant'anni ed è pur vero – si badi – che il c.d. climaterio maschile dipenda da una pluralità di concause (cardio-circolatorie, muscolo-scheletriche, psicologiche, urologiche *et coetera*) e si manifesti in una coorte di aspetti – molto diversi da persona a persona e molto difficili da ricondurre a unità concettuale (dall'ipogonadismo alle deficienze strutturali dell'apparato uro-genitale; dallo squilibrio ormonale al «depauperamento» delle reazioni e dei riflessi provocati dal nucleo paraventricolare e dall'area preottica mediale dell'ipotalamo) – i quali non sono affatto così

---

orba o deforme, infatti, pur versando in una condizione anormale e pur dovendo convivere con disagi di non poco momento, non potrebbe, a rigore, definirsi malata e ciò... a meno che la cecità o la deformazione medesime siano la conseguenza, ovvero il sintomo, di una malattia, come potrebb'essere, per la prima, il glaucoma o la maculopatia retinica degenerativa e per la seconda, la spondilite anchilosante o la poliomielite; è ovvio, allora, che gli orbi e i deformati soffrano e soffrano tutti, più o meno, allo stesso modo, ma è altrettanto ovvio che l'orbo per malattia abbia prospettive di cura, mentre quello per nascita o, per essere più precisi, per sua stessa costituzione, non ne abbia e sotto il profilo strettamente terapeutico non ne possa avere. Noi, allora, parlando dell'agenesia uterina, stiamo parlando di una malformazione congenita, non di una malformazione patologica, quindi l'approccio medico-clinico al problema dev'essere ben cauto. Invero – questo sia molto chiaro presso il nostro Lettore – è oltremodo ovvio che la natura comunque anormale della condizione del soggetto fisicamente imperfetto per sua stessa costituzione non possa che far guardare positivamente a interventi e/o pratiche capaci di sopperire alle deficienze dell'organismo *de quo*, sì da consentirgli migliori condizioni di, per quanto... anche l'anormalità di una persona dev'essere rispettata e comunque accettata, *in primis* da chi si trova effettivamente a vivere siffatta, grama condizione; occorre, quindi, valutare attentamente e prudentemente caso per caso e fattispecie per fattispecie, sì da comprendere quando l'intervento sia veramente opportuno e adiuvante, pel soggetto e quando, invece, esso s'infuturi in una forma di strumentalizzazione e di meccanizzazione della persona, sul presupposto sbagliato e inaccettabile in virtù del quale anche l'handicappato e l'invalido debbono, a ogni costo, riuscire a raggiungere obiettivi asetticamente e irrazionalmente ritenuti, non solo meritevoli, ma addirittura indispensabili ai fini della «gratificazione» fine a sé stessa di un perverso e anormale «concetto» di dignità. Per epilogare, allora, questa digressione, giova osservare che, se da un lato, per il problema della agenesia uterina non può ragionarsi coi paradigmi definiti discettando del rapporto tra diritto a tentare la procreazione e infertilità dovuta a climaterio, dall'altro non può semplicisticamente farsi rientrare la fattispecie *de qua* entri gli estremi della patologia sempre e comunque legittimamente suscettibile d'essere curata; la citata assenza strutturale e congenita di utero, invero, definisce un'anomalia dell'organismo, l'approccio alla quale dev'essere oltremodo cauto. Non neghiamo che possa anch'essere lecito un intervento ipoteticamente capace di dare alla donna ciò che la natura non le diede, ma riteniamo che la questione sia così delicata da necessitare approfondite e severe diamine caso per caso.

immediatamente rapportabili alla mera funzionalità, compromessa, parziale o del tutto assente, degli organi preposti alla riproduzione, né sono o possono ritenersi così immediatamente e oggettivamente determinati da essi, su di un piano clinico-eziologico, rilevando, infatti, tutta una serie di «altri» fattori i quali pur concorrono alla (buona ed efficiente) funzionalità del citato apparato riproduttivo: si pensi al mero sistema cardio-circolatorio, solo per fare un semplice esempio, altri ve ne sarebbero, ovviamente, ma non è questa la sede per discuterne, né disponiamo, noi, delle competenze medico-andrologiche per operare gli opportuni approfondimenti sul punto. Ciò detto sul piano della comune esperienza, allora, è e resta ognorpiù corretto e finanche doveroso registrare che possono apprezzarsi casi di effettiva deficienza o inefficienza dell'apparato genitale maschile, di natura non propriamente patologica ma punto fisiologica, vale a dire... non anormale, ma normale con riguardo alla struttura, alla funzionalità e al «percorso» di invecchiamento dell'organismo, considerato nel suo insieme: facciamo riferimento – ovviamente – alla citata condizione del climaterio (dell'uomo), volgarmente chiamato andropausa. Sia ben chiaro: il riferimento è al climaterio maschile, *ergo* all'andropausa, che abbia genesi fisiologica, vale a dire... a quella «inattività» e a quella «insufficienza/deficienza strutturale» dell'apparato genitale-riproduttivo, la quale sia dovuta al mero avanzare degli anni e al mero processo di normale «decadimento fisico» dell'organismo umano, determinato dall'età, dalle condizioni generali di vita, dalle condotte tenute in gioventù, dalla costituzione fisica *et similia*. Per quel che attiene all'*impotentia* – *generandi* o *coeundi* che sia – di natura patologica (o anche iatrogena in senso lato, data all'assunzione di farmaci, da interventi chirurgici *et coetera*, i quali abbiano provocato *in corpore viris* una temporanea o cronica deficienza dell'apparato genitale), dunque, rimandiamo al discorso già sviluppato e ampiamente argomentato qualche pagina più sopra: quivi non rileverebbe, nell'economia della riflessione

attuale, ribadire la naturale, razionale e giuridica trattabilità/curabilità medica di essa... *coeteris paribus*, ovviamente.

A ogni buon conto, allora, è mestieri di domandarsi tosto, in un'ottica tutt'affatto giuridica e prima ancora «logico-razionale», come sia o possa essere conciliabile questo stato oggettivo e non patologico dell'uomo – quello del citato climaterio, per intenderci – comunque ostativo e financo impediente, rispetto a una «naturale» e «ordinaria» fruizione dell'apparato genitale suo proprio, coll'astratto diritto del soggetto in parola a porre le premesse fisiche per procreare, ammesso e dato per scontato, evidentemente, che un tale *fumus iuris (in abstracto)* sussista in capo alla persona storicamente considerata e ciò, ovviamente, in ragione delle sue (altre) condizioni personali e in ragione delle condizioni, *lato sensu* di coppia, nelle quali egli stesso ha (auto-)determinato le proprie scelte di vita (affettiva o meno; stabile o eventuale; naturale o innaturale *et coetera*; meglio vedremo la questione e meglio l'analizzeremo in appresso). Ci troviamo, quindi, in ipotesi, di fronte a un uomo il quale, avendo astrattamente il diritto di ambire a procreare – dato dal sussistere, in lui, delle condizioni personali e familiari che caratterizzano e che implicano la situazione giuridica postulata – pur tuttavia si trovi a non poterne fruire, sul «versante pratico» e quindi a non poterlo esercitare fattualmente, in virtù dello stato di effettiva e oggettiva precarietà (*sub specie* di impotenza) che pur ne condiziona l'organismo; deve trattarsi – questo è chiaro, nell'economia dell'esempio – di una «deficienza» non patologica ma fisiologica, ovverosia non dovuta a un morbo, a una malattia, a una disfunzione anormale dell'organismo stesso, quanto piuttosto al mero avanzare dell'età e al conseguente depauperamento progressivo delle varie «funzioni corporee», quale punto è la c.d. andropausa (*rectius*, il climaterio maschile). Il quesito, allora, si condensa in ciò: può, alla luce di un tanto, dirsi veramente che il soggetto *de quo* sia titolare del diritto in parola? E

conseguentemente... può, egli, ritenersi titolare del (correlato) diritto di accedere alle eventuali «pratiche tecniche» funzionali a consentirgli di porre, comunque e al di là del suo stato (anzi... a prescindere da questo), le premesse per procreare e quindi per esercitare *de facto* il citato diritto? *Aut simul stabunt, aut simul cadent*, ovviamente! Se v'è il diritto in parola, infatti, v'è anche quello di accedere alle tecniche mentovate, se non v'è il diritto-presupposto di porre le premesse fattuali per la procreazione, non può, ovviamente, esservi nemmeno (e tantomeno!) il diritto-conseguenza di accedere alle pratiche cliniche che tendano a sopperire alla deficienza fisica impediente, su di un piano fattuale, la fruizione del primo... È ovvio – si badi bene – che alla domanda, al *quid iuris* che abbiamo appena profilato, non possa e non debba risponderci, se non facendo riferimento alle argomentazioni di già presentate e approfondite, proprio parlando dello medesimo problema in relazione alla donna e alla sua «infertilità fisiologico-normale»: il ragionamento da farsi è sostanzialmente identico, data l'identità ontologia dell'uomo e della donna, quali esseri umani compartecipi della medesima natura (umano-razionale), pur nelle sostanziali differenze dei rispettivi organismi e delle rispettive condizioni (o modi di essere). Pertanto – il Lettore ricorderà bene – deve giuocoforza ritenersi, anche nel caso di specie, che l'uomo in istato di c.d. andropausa o, comunque, in condizioni fisiologiche (!) tali da non consentirgli il compimento degli atti funzionali alla procreazione, non (!) abbia alcun diritto di compiere gli atti medesimi – non potendoli fisicamente fare<sup>141</sup> – eppertanto... deve conseguentemente ritenersi ch'egli non abbia alcun diritto di pretendere l'applicazione e/o la

---

<sup>141</sup> È ovvio che il diritto di compiere gli atti *de quibus* non derivi dal mero potere di compierli, come è vero che il mero potere di compierli non sia di per sé solo sufficiente a integrare il diritto, ma è altrettanto vero che quando la deficienza del potere in parola ha natura e genesi fisiologica, vale a dire che essa definisce e appalesa un modo normale (e non patologico, anormale, malato, effettivo ma non reale) di essere dell'organismo umano, la deficienza medesima proietta – per così dire – un fascio di luce negativa sulla fattispecie giuridica in questione, tale da essere tutt'affatto impediente rispetto alla configurabilità concreta di essa, sopra il soggetto storico interessato.

somministrazione, sul proprio corpo, di provvidenze *lato sensu* medico-cliniche, o addirittura chirurgiche, funzionali a consentire (*recte*, a imporre) all'organismo medesimo l'espletamento di compiti contingentemente assegnati a esso, da parte del soggetto storico in questione, al mero fine di soddisfare le sue proprie arbitrarie pretese e le sue assurde, *ab-solutae* e irrazionali aspettative verso di sé e segnatamente verso del proprio apparato riproduttivo. Tutto ciò, infatti, rappresenterebbe una mera, irrazionale e ingiustificata «marcia» ideologico-volontaristica e razionalistico-scientista del soggetto storico... contro di sé e(/perché) contro il proprio corpo, la quale «marcia», inverandosi in una vera e propria *iniuria* – evidentemente – si determinerebbe in un sicuro nocumento per l'organismo (umano) del soggetto in parola e pel suo equilibrio fisiologico. Il danno in questione, quale danno-al-fisico del soggetto, invero, troverebbe la propria causa genetica in ciò, ovverosia nell'essere stato arbitrariamente imposto al *corpus* (*subiecti*) quello che potremmo chiamare un «disordine funzionale», *id est*... un disordine (*id est*, un non-ordine o, per meglio dire, un anti-/contro-ordine) operativamente-scientificamente necessario, sul piano teleologico dell'intervento (*lato sensu* medico) di cui trattasi, all'ottenimento di un dato scopo/risultato irrazionalmente optato *a priori*, vale a dire, assurdamente definito come obbiettivo da raggiungere a prescindere da ogn'altro elemento oggettivo diverso dalla volontà del soggetto medesimo (in questo caso, funzionale a realizzare gl'atti tendenti alla procreazione *de qua*), comprese – questo è il *punctum dolens* – le condizioni fisiologiche del corpo umano in discorso. È del tutto ovvio, allora, che pratiche siffatte abbiano a risolversi in procedure giuocoforza destabilizzanti (e quindi nocive per) l'ordine fisiologico-biologico dell'organismo umano, il quale, nel caso di specie, pur potendo ben essere considerato carente, in quanto caratterizzato da una forma di deficienza (*sub specie* di impotenza) *lato sensu* intesa, non potrebbe certo essere ritenuto anormale o affetto da una qualche patologia,

se mai... la patologia è o può essere proprio conseguente rispetto all'attuazione delle pratiche in parola, sostanziantesi, invero, nella modificazione delle funzioni fisiologiche dell'organismo, al fine di ottenere ciò che esso naturalmente non potrebbe (più) dare. L'intervento, dunque, il quale «ripristinasse» una innaturale e artificiale funzionalità dell'apparato riproduttivo, fisiologicamente quiescente, non curerebbe alcuna malattia del corpo e dell'organismo, non essendovi, per l'appunto, alcuna patologia in atto da curare, ma, al contrario, nuocerebbe proprio alla persona, dacché esso andrebbe a imporre al di lei fisico un disordine funzionale estraneo a essa o, meglio, non più proprio di essa e ciò... contro un ordine naturale che, invece, gli partiene (*ut natura*) nell'*hic et nunc* del suo stato, pur nella peculiarità ch'esso appalesa *ratione aetatis*.

Un tanto deve ritenersi ognorpiù scontato – sia ben chiaro – proprio per la necessità, logica e concettuale in un tempo, di rilevare che la fisiologica impotenza dell'uomo, dato il suo essere naturale e normale (*id est*, non patologica), impedisce *tout-court* di vedere e di considerare configurato in forma perfetta e compiuta, in capo esso (*id est*, al soggetto storico *de quo*), quel *fumus iuris* di cui parliamo con riguardo al diritto di porre le premesse per procreare, astrattamente considerabile come diritto subiettivo proprio della persona in questione, giusta i due elementi già cennati, vale a dire, giusta lo «stato di coppia» e giusta gl'altri aspetti dello «stato personale»: proprio (e solo) la carenza fisiologica e normale – non patologico-anormale – della capacità di procreare, della capacità fisica di procreare, infatti, determina la radicale, immediata e automatica impossibilità di configurare, in capo al soggetto (*de quo*), il diritto a porne le «premesse fattuali», conseguentemente... non può che caducarsi la dignità giuridica (e morale) di ogni più lata aspettativa la quale avesse in animo di configurare un «diritto di accesso» a pratiche e/o a interventi (*lato sensu* medici), atti a sovvertire l'ordine (sia pure precario e sotto un certo profilo,

inefficiente) dell'organismo e a determinarlo/forzarlo verso un'attività virtualmente procreativa tutt'affatto artificiale, innaturale e strumentale. L'uomo – si badi bene – non è una macchina che può essere modificata per ottenere, da essa, prestazioni diverse da quelle che attualmente essa stessa è capace di offrire:<sup>142</sup> l'uomo è e si manifesta, infatti, in un organismo vivente (di natura razionale, *id est* razionale per natura), latore di un dignità e di una soggettività giuridica, le quali impongono un rispetto e una considerazione di esso, basati su principii e su verità vie maggiori e vie diversi rispetto alle grette potenzialità fisiche del suo corpo, ond'esse... debbono e possono essere considerate, trattate, usate ed eventualmente ripristinate terapeuticamente, in ragione di quello che esse medesime naturalmente sono, in ragione di quello che la fisiologia dell'organismo *de quo*, cioè, è in grado di esprimere secondo natura e secondo condizione sue proprie. Ritenere, allora, ipotizzabile un diritto di autodeterminazione assoluta nella gestione e financo nello sfruttamento irrazionale e dis-umano del proprio apparato riproduttivo,<sup>143</sup> senza neppure considerare – anzi, proprio violandoli – i limiti fisici e fisico-fisiologici di esso, equivarrebbe a negare ogni dignità giuridica alla procreazione umana, sì da relegarla non solo in un

---

<sup>142</sup> In verità... nemmeno le macchine possono subire modifiche tutt'affatto incoerenti colla loro *ratio* progettuale: non solo, infatti, ne verrebbe meno la sicurezza sotto il profilo operativo, ma soprattutto esse stesse – se radicalmente modificate per ottenerne ciò che non è coerente colla loro struttura – sarebbero destinate a un logoramento assai repentino, quando non addirittura ad avarie difficilmente riparabili o addirittura irreparabili. Tuttavia, quello che nel caso del macchinario non è altro, se non un problema di opportunità o di legalità (modificare un'arma da fuoco, a titolo d'esempio, è un reato giusta il disposto dell'art. 3 l. 110/1975), nel corpo umano si sostanzia in una vera e propria violenza, in una vera e propria *iniuria*, cioè, contro la persona imperocché ne verrebbe, di fatto, perturbato l'ordine fisiologico con un fine del tutto incoerente colla condizione attuale dell'organismo e viepiù strumentale: si tratta – per intenderci – dell'obiettivo di «imporre» al corpo umano il raggiungimento d'obiettivi incoerenti colla sua struttura fisica e colle fisiologiche condizioni di essa.

<sup>143</sup> L'opzione di fondo, invero, sarebbe quella di considerare la libertà come epifenomeno della proprietà, nel senso che io soggetto sarebbe tanto più libero, quanto più riuscisse ad affermare, su di se, il proprio *ius utendi et abutendi* modernamente inteso; è la nota teoria anarchista di Stirner, a mente della quale “l'autentico universale è l'io che pone sé stesso sopra ogni cosa [... onde (nda)] finché continua ad esistere anche una sola istituzione [qualunque essa sia e qualunque sia la di lei natura (nda)], io sono ancora lontano dall'essere proprietà di me stesso” (STIRNER, *L'unico e la sua proprietà*, Milano, Mursia, 1990, pagg. 191 et 222).



contesto di assoluto e puro volontarismo, ma addirittura orbandola del suo stesso ontologico «incardinamento» nel corpo umano, quindi... nella dimensione organica che esso palesa e nell'ordine intrinsecamente oggettivo ch'esso presuppone nella propria e colla propria fisiologia e anatomia (normale) ontiche. Altro, tutt'altro rispetto a questo discorso – lo ribadiamo anche con riferimento alla questione in disamina, sempre per (tentare di) essere chiari nella nostra parola – è il diritto del soggetto di vivere normalmente e umanamente la propria vita e la propria condizione «di coppia», imperocché un conto è parlare del diritto a porre le premesse per procreare, assolutamente carente nel caso dell'impotenza fisiologica e del correlato diritto a curare le disfunzioni fisiche del soggetto che lo impedissero, di fatto, nell'esercizio legittimo dello stesso e un conto del tutto diverso è parlare del diritto alla citata intimità di coppia: quest'ultima fattispecie, invero, prescinde dal primo e dipende, per la sua stessa sistenza e configurabilità *sub specie iuris*, solamente dalla naturalità/umanità/razionalità del «contesto di coppia» storicamente considerato con riguardo al soggetto *de quo* (meglio, ai soggetti *de quibus*).

Il caso esemplare – per epilogare i temi trattati e per ricondurli *ad unum* – che meglio potrebbe offrire occasione di schiarimento, in ordine alle riflessioni testé presentate, ben potrebb'essere quello dell'ottantenne<sup>144</sup> il quale, convolato a giuste nozze con una donna assai più giovane di lui, (cosa di per sé non illecita, ancorché possa essere, in alcuni casi, discutibile sul piano morale, ma non è questa la sede per entrare nel merito di siffatto problema) pretendesse, al di là di ogni suo limite fisiologico (*id est*, «a tutti i costi», come dicono i semplici) di ingravidarla e di averne un erede e ciò... pur non essendo, egli, «fisicamente» in grado di fare quanto naturalmente e

---

<sup>144</sup> L'età, invero, è un elemento che poniamo *pour parler*, dacché non è dato di tracciare, *in subiecta materia*, alcun crinale discretivo assoluto. Già osservammo, infatti, che il climaterio maschile, a differenza di quello femminile, è non solo insuscettibile d'essere ricondotto a una fenomenologia comune e standardizzata, ma è anche eventuale e tutt'affatto dipendente da elementi vieppiù variabili da soggetto a soggetto.

umanamente necessario, anzi – per essere più corretti nella disamina del caso – dovremmo dire, pur non disponendo, egli stesso, (più) di un fisico, di un organismo pienamente «recettivo», sul piano pratico-attuativo, della sua stessa volontà e quindi... pur essendo, il corpo di questa persona, del tutto incapace, giusta l'ordine della sua stessa fisiologia, di attuare *naturaliter* quel *velle* il quale, siccome partiene alla di lui (in-)coscienza, non egualmente afferisce allo spettro operativo del di lui *posse* storico-pratico-contingente. Dato siffatto contesto a mo' d'esempio, ora, è oltremodo necessario rilevare che quivi il soggetto in questione – *coeteris paribus* – potrebbe anche avere, astrattamente, il diritto di realizzare gl'atti necessari alla procreazione, considerata la sua stessa condizione personale di uomo maturo e sano di mente (se sano di mente, ovviamente) e considerata, anche, la sua stessa condizione di coppia, ben idonea a integrare gl'estremi di una famiglia umana<sup>145</sup> (sempreché, ovviamente, ciò sia nei fatti), tuttavia... la deficienza fisica, fisiologica e non già patologia del soggetto in questione, data, cioè, non da un morbo che lo invalidi, ma dal mero avanzare degl'anni (il quale – come è noto – logora il fisico e lo depauperava di alcune sue funzioni non necessarie ai fini della sopravvivenza e inadatte, per così dire, all'età di esso), lo priva *ipso facto* e *ipso iure*, potremmo dire, del medesimo diritto, anzi... la sua stessa condizione fisica (normale) impedisce proprio *ex funditus* di configurare, in capo a costui, il diritto in parola, vale a dire... il citato diritto a porre le condizioni di fatto per potere ambire a procreare: per la compiuta integrazione dello stesso *ius ad procreandum*, infatti, non bastano i due elementi cennati, pur essendo indispensabili e insurrogabili (stato personale e stato familiare), ma occorre anche la «capacità fisica» di realizzare gl'atti aperti alla procreazione, anzi... occorre la capacità fisico-fisiologico-naturale di fare ciò che naturalmente, umanamente, liberamente e

---

<sup>145</sup> Come egli ha, senza dubbio, il diritto di vivere la propria intimità di coppia umanamente, nell'accordo e nel mutuo consenso della sua legittima consorte.

razionalmente serve ai fini di procreare. Qualora questa mancasse – come di già osservato e argomentato – per potere giustamente e legittimamente dire che il diritto *de quo* sussista comunque e ancora, è necessario e indispensabile che la deficienza in questione abbia natura e genesi tutt'affatto patologica, è necessario e indispensabile, cioè, ch'essa alberghi in un disordine anormale dell'organismo umano storicamente considerato per quello che esso stesso è. Ne consegue, dunque, che per potere razionalmente/legittimamente/giustamente/umanamente accedere a pratiche *lato sensu* cliniche, le quali abbiano ufficio di sopperire alla deficienza in parola, curandola o tentando di curarla, è giuocoforza ch'essa abbia cagione in una patologia, vale a dire in una forma di «disordine» dell'organismo umano ed è altrettanto necessario, per tutta conseguenza, che l'intervento *de quo* persegua il fine di ripristinare l'ordine reale, violato dall'effettività della malattia concretamente patita dal soggetto. Quando, infatti, la deficienza *de qua* alligna in una condizione normale e fisiologica della persona – nel nostro caso... dell'ottantenne novello sposo – essa stessa determina, di per sé e senza riserve di alcun genere, uno stato personale oggettivo e naturale del soggetto medesimo, il quale stato – ovviamente – esprime la condizione fisica normale, della persona, nel suo stesso essere storico. Se questo è vero, allora, resta altrettanto scontato che la condizione fisiologica *de qua*, siccome non può e non deve essere modificata, oltraggiata, alterata o sovvertita nella sua fisiologica appartenenza all'organismo umano, essendo espressione della medesima salute o fisiologia di esso, allo stesso modo non può e non deve essere considerata in guisa di accidenti irrilevante... il modo normale di essere del soggetto, infatti, rileva, rileva eccome! Vero è, alfine, che ne definisce una condizione, sia pure precaria, purtuttavia naturalmente propria del soggetto storico, nel suo essere uomo e non macchina. Tentare, allora, di superare queste colonne d'Ercole biologiche, poste dalla natura umana, all'uomo, per segnare oggettivamente le varie «stagioni della vita» –

e non senza ragione o criterio, dobbiamo dire – significa sia offendere l’organismo umano, che privare di dignità il soggetto, inquantoché il suo corpo verrebbe eletto a mero strumento meccanico, a mero meccanismo da programmare *secundum eventum voluntatis* e da sfruttare indipendentemente da quelli che sono gli equilibri biologici suoi propri.

#### **4) Dinamica e cinetica «giuridiche» della procreazione umana nella/della coppia.**

È ben vero – lo si rammenterà dagli studi delle Istituzioni di Diritto romano (e soprattutto di Filosofia del Diritto) – che *ex ipso facto oritur ius* in quanto è la natura del fatto o dell’ente concretamente e attualmente considerati a definire e a determinare lo statuto giuridico proprio di essi, come è la di loro natura, evidentemente, a rendere palese la «loro» regola e la «loro» norma, quale regola e quale norma da rispettare – in quanto ontologicamente proprie del fatto o dell’ente di cui trattasi – per non violarne e per non sovvertirne l’ordine oggettivo; tant’è vero... che nelle fattispecie finora esaminate in seno alla nostra Riflessione (e segnatamente nel modo d’esaminarle che abbiamo inteso praticare, in guisa di approccio alle problematiche da esse palesate) s’esprime, o, meglio, vorrebbe esprimersi in tutta la sua più vivida chiarezza, proprio la validità razionale e logica di siffatto principio giuridico, financo sul piano più concreto dell’esperienza (giuridica *in se*): abbiamo detto, infatti, che <sup>a</sup> la condizione oggettivo-normale della coppia (*id est*, la natura della coppia) e <sup>b</sup> la condizione fisica, normale e fisiologica, dei soggetti che la compongono (*id est*, la di loro natura), definiscono *ex se*, mutualmente, i presupposti concettuali del diritto di essi – se e in quanto sussistente *in re ipsa*, ovviamente – a porre reciprocamente le premesse per la procreazione. Con riguardo al diritto in parola, allora, il fondamento è tutt’affatto naturaleo,

meglio, *in rerum natura*: non si tratta, invero, di alcuna sovrastruttura eteronoma che abbia a imporsi *ope legis* (vale a dire sovranamente, *ergo...* senza fondamento, ovvero a prescindere da esso), né si tratta d'una fattispecie rimessa o rimettibile al puro volontarismo dei soggetti storici e/o alla loro più heideggerianamente autentica libertà negativa, *sub specie* di esercizio arbitrario di un «diritto volitivo» definito autoreferenzialmente nell'*an*, nel *quomodo*, nel *quantum* e nel *quando* dal mero accordo volontaristico ed eventualmente occasionale, dei componenti la coppia stessa (rimandiamo alle prime pagine di questo Lavoro per l'analisi della *figura* del diritto volitivo, in relazione alla dommatica del c.d. diritto soggettivo). Il diritto di porre le premesse di fatto per procreare, invero, è un diritto che alligna nella natura del contesto ov'esso ha ufficio d'essere concretamente esercitato, vale a dire... nella natura della coppia *et* nelle condizioni naturali e fisiologiche dei due soggetti che la compongono. Ne consegue, dunque, che qualora le «condizioni di coppia» non fossero quali debbono essere (e vedremo quali debbono essere), il diritto in parola mancherebbe *ex se*, pel mancare di quello che potremmo definire il presupposto coniugale (o, canonisticamente, *bonum coniugum*); allo stesso modo, poi, ne consegue che qualora il fisico, anche solo di uno dei componenti la coppia, nella sua fisiologia e nella sua normalità, versasse in condizioni tali da non essere naturalmente adatto a compiere gl'atti necessari alla procreazione, il soggetto che si trovasse in siffatte condizioni (lo ripetiamo: per sua natura, o, meglio, per la naturalità del suo percorso di vita e non in virtù di una sua patologia) non avrebbe e non potrebbe avere (*ergo*, non gli può essere riconosciuto) alcun diritto a porre in essere gl'atti *de quibus* e conseguentemente... non avrebbe e non potrebbe avere alcun diritto di compiere, su (*rectius*, contro) di sé, alcuna pratica atta a consentirgli di superare quella che potremmo definire la sua «deficienza fisiologica». Un intervento (chirurgico e/o farmacologico) come quello

ipotizzato, il quale tendesse a modificare funzionalmente la fisiologia del corpo umano, con lo scopo di consentirgli (*recte*, di imporgli) la realizzazione degli atti virtualmente aperti alla procreazione, infatti, si sostanzierebbe in una vera e propria violenza, in una violenza – si badi bene – contro l'ordine fisiologico del corpo e contro il soggetto, la quale andrebbe, in verità, a forzare l'organismo medesimo, operandone una strumentalizzazione vieppiù nociva per la salute e per le condizioni ontologico-generalì della persona, considerata, nel suo essere in sé, organismo vivo e vitale. Ciò detto, è parimenti evidente e tutt'affatto conseguente, in ultima istanza, sempre con riguardo alla natura del contesto considerato ai fini della valutazione circa la sussistenza o meno del diritto in parola, che qualora avesse a verificarsi una ipotesi come quella testé cennata e come quella dell'esempio relativo alla giovine donna ammogliatasi con un ottantenne, la carenza fisiologica del diritto di ambire (nei/coi fatti) a procreare, propria di uno dei due componenti la coppia – nell'esempio si trattava del vecchio marito – si proietterebbe immediatamente, *sub specie iuris*, sopra l'altro, determinando *ex se* l'impossibilità di configurare anche in capo a colui il diritto in parola e ciò... proprio in ragione della circostanza giusta la quale il diritto di porre in essere gli atti necessari ai fini della procreazione umana non può che cogliersi e definirsi, per l'uno e per l'altro componente la coppia, contemporaneamente (!) all'interno della coppia stessa (!) nella sua unità concettuale e fisica (!), imperocché questa e questa soltanto è la «sede naturale» ove siffatto diritto ha modo d'essere (naturalmente e fisicamente) esercitato e ha modo d'essere esercitato – si badi bene – colla compartecipazione giuocoforza inevitabile e irrefutabile, nella sua ontologica contemporaneità, di ambedue: dell'uomo e della donna. Di talché... così come la «sussistenza giuridica», in capo a un soggetto, del diritto in parola postula la naturalità dell'elemento familiare (quello che finora abbiamo chiamato «contesto di coppia») e la naturalità dell'elemento

fisico-personale, a lui afferenti, allo stesso modo essa presuppone la comunanza, anzi la coesistenza della capacità fisico-fisiologica di realizzare gl'atti virtualmente diretti alla procreazione in capo, anche, all'altro componente la coppia stessa; quindi... ai fini della configurazione del diritto di cui trattasi, in capo al soggetto considerato, *coeteris paribus* è giuocoforza che la capacità fisico-fisiologica *de qua* alberghi contemporaneamente così in lui medesimo, come nell'altro membro della coppia considerata: solo in siffatta guisa, infatti, colla perfezione, cioè, dei due elementi citati, vale a dire colla naturalità dello stato di coppia – che più avanti analizzeremo – e colla fisiologica sussistenza, in capo ad ambedue i soggetti, di «tutte» le condizione personali necessarie (*id est* quelle psico-fisiche generali e quelle legate alla funzionalità dell'apparato riproduttivo in ispecie), possono dirsi veramente integrati gl'estremi della fattispecie concreta, i quali ne consentono la sussunzione ideale entro i presupposti giuridico-razionali dell'astratto diritto di compiere gl'atti necessari ai fini della procreazione umana, quale diritto dei soggetti «nella» coppia e in virtù di essa. La fertilità fisiologica, insomma, quale presupposto naturale e fattuale del diritto a porre le premesse per procreare, se può e se deve, per certi aspetti, essere valutata con riguardo a ciascheduno dei due componenti la coppia, singolarmente, va considerata, *sub specie iuris*, nel suo essere o nel suo non essere, alla stregua di un elemento determinante, in un tempo, pel soggetto fertile o sterile, per l'altro componente la coppia e per la coppia stessa. Se da un punto di vista clinico, infatti, un soggetto può essere fertile o non fertile e lo è o non lo è sempre *uti singulus*, da un punto di vista giuridico, avuto riguardo alla necessità di definire la sussistenza o meno del diritto a porre in essere le premesse fattuali per la procreazione (e nel merito di questo «problema»), la fertilità stessa è o non è, *rectius*, può essere o può non essere, solamente in guisa di fertilità o infertilità «di» coppia, imperocché l'infertilità anche di uno solo dei componenti la coppia, orba *ipso iure et ipso facto* la coppia

stessa della possibilità di (porre le premesse per) procreare o, per meglio dire, orba ciascheduno dei due membri di essa del diritto in parola, orba, insomma, anche l'atro componente la coppia del diritto di ambire alla procreazione, dacché siffatto diritto egli medesimo potrebbe esercitare solo e solamente colla compartecipazione morale e fisica del membro sterile.

Una precisazione, ritornando *in medias res*. Si badi: nell'ipotesi prima considerata dell'impotenza fisiologica *ratione aetatis*, propria dell'ottantenne sposato con una donna relativamente giovine e comunque (in età) fertile – pigliata a esempio – noi abbiamo detto che non ha proprio ragione di configurarsi, in capo all'uomo, il diritto di porre le premesse per procreare e che, conseguentemente, non ha affatto ragione di ipotizzarsi alcun suo diritto di accesso a pratiche tecnico-mediche, strumentalmente capaci (o idonee) di provocare un forzoso e artificiale «ripristino» della funzionalità del di lui apparato genitale: un tanto, infatti, rappresenterebbe – come osservato – una vera e propria *iniuria* verso il corpo del soggetto, eppertanto verso il soggetto stesso, lesa (o comunque destabilizzata) nel suo ordine fisiologico e/perché trattato alla stregua di un oggetto meccanicamente (ri-)programmabile per l'ottenimento di risultati ultranei rispetto alle naturali e fisiologiche potenzialità del suo stesso organismo (sano) vivo e vitale. Ne consegue – come abbiamo appena veduto, peraltro – che anche la donna, rappresentando l'altra «parte» della coppia cui afferisce l'uomo in parola, dovrebbe (anch'ella!) ritenersi ed effettivamente sarebbe ognorpiù priva del diritto a porre le premesse per procreare e ciò... proprio in virtù del fatto ch'ella medesima verrebbe a trovarsi nella naturale necessità, logica e fisica in un tempo, di dovere «condividere» (*rectius*, compartecipare) col marito questa sua condizione di inabilità fisiologica alla procreazione (come, peraltro, avrebbe condiviso con lui la sua eventuale piena capacità *ad procreandum*). Non che l'infertilità dell'uomo provochi eziologicamente quella della donna sul piano clinico dell'analisi – questo



sarebbe assurdo, rappresentando una condizione personale di lui e del suo proprio fisico – ma certamente l'impossibilità fisico-fisiologica del primo a porre le premesse per procreare e quindi la carenza, in lui, del relativo diritto, priva su di un piano fattuale, prima ancora che giuridico, la donna stessa, pur fertile in sé, del potere di procreare (nell'*hic et nunc* della condizione considerata), inquantocché, quest'ultima, avrebbe agio di esercitare siffatto potere solo nell'ambito della coppia che ella medesima concorre a formare col di lei (*lato sensu*) sterile marito,<sup>146</sup> onde... passando su di un piano squisitamente tecnico-giuridico, è tosto da osservarsi la conseguente insussistenza, nella donna *de qua*, del diritto a porre le premesse per procreare, in quanto ciò andrebbe contro la natura del suo stesso rapporto coll'altro componente la coppia alla quale ella appartiene, concorrendo a formarla. Se l'uomo non può procreare, infatti, come potrebbe farlo la donna, all'interno della medesima coppia, potendo darsi le premesse della procreazione solo nell'ambito di essa (coppia), tra i soggetti

---

<sup>146</sup> Certamente... potrebbe dirsi che la donna abbia il potere di fatto di realizzare gl'atti necessari ai fini della procreazione al di fuori dalla coppia che ella forma col marito, eppertanto all'interno di una coppia diversa, formata, cioè, da lei e da un altro uomo. Questo è ben possibile, sul piano pratico e non è detto che non accada: si pensi all'ipotesi della c.d. fecondazione eterologa, sulla quale pure torneremo, nel Testo, in appresso. Come già il Lettore avrà inteso, però, in un'ipotesi siffatta verteremmo in una condizione del tutto estranea rispetto a quella determinata dal solco tracciato col vomere del nostro ragionamento: da un lato, infatti, occorrerebbe interrogarsi sulla legittimità della «nuova coppia», sotto il profilo della valutazione relativa alla condizione di coppia, assolutamente necessaria ai fini della configurazione del diritto in parola – come ampiamente veduto nella disamina dei problemi, in seno alla nostra Trattazione – e dall'altro non potrebbe affatto dirsi superato il problema dell'infertilità di uno dei due componenti la coppia, con riguardo al componente fertile. In ordine a questo secondo aspetto, infatti, è mestieri di considerare che il mutamento unilaterale della coppia, sotto il profilo soggettivo, si limita a creare una situazione di fatto diversa – legittima o illegittima, razionale o irrazionale, umana o disumana è tutto da vedere – nella quale entrambe i componenti siano virtualmente fertili e ciò – si badi molto bene – senza dirimere affatto l'irrisolvibile problema del rapporto tra l'infertilità di uno e la fertilità dell'altro, nel senso di un'apertura alla possibile procreazione da parte di entrambe. Quest'ultima situazione, infatti, se va risolta all'interno della coppia e se può giuocoforza essere razionalmente risolta solamente in seno a essa, non può che compendiarsi nella considerazione dell'impossibilità fisica, anche del componente fertile, di procreare, dato che la procreazione postula due soggetti fertili. Ne deriva che la soluzione giuridica alla situazione *de qua* dev'essere data nel senso della negazione del diritto del componente fertile a porre le premesse per procreare, dato, ovviamente, che il diritto in parola non può che essere considerato ed esercitato nell'ambito di un contesto di coppia – quello, per intenderci, uomo/donna – ove esso medesimo ha ufficio di potersi esplicare *naturaliter*.

che la formano? Molto indelicatamente e molto semplicemente, alfine, possiamo dire che, su di un piano fattuale, le presse per procreare possono porsi... in due, possono porsi, cioè, solamente tra due soggetti parimenti capaci di porle fisiologicamente: se uno dei due, allora, non ne è capace, la di lui incapacità si «riverbera» sull'altro, impedendogli *ipso facto* di concretare le sue stesse potenzialità riproduttive e ciò, ovviamente, all'interno della «loro» coppia. Di talché... da un punto di vista eminentemente giuridico possiamo e dobbiamo dire che il diritto di porre siffatte premesse è un diritto il quale... se vi è, esso è in capo ad ambedue i componenti la coppia e se non vi è, esso non vi è in capo ad alcuno, essendo determinato inscindibilmente, per entrambe, dai due elementi veduti, vale a dire... dalla condizione legittima della coppia e dalla/e condizione/i personale/i dei membri di essa, quindi, in speciale modo, dal loro stesso «potere fisiologico» di compiere gl'atti funzionali all'esercizio del diritto in parola. Al di là di un tanto, però, per mere ragioni di chiarezza e di completezza espositiva è uopo di considerare che nell'esempio portato dell'ottantenne sposatosi colla donna giovine, non potrebbe correttamente parlarsi di una caducazione, di un venire meno del diritto di (porre le premesse per) procreare, ma dovrebbe proprio farsi riferimento a una sua radicale assenza (*ab origine*, diremo): siffatto diritto, invero, sempre nel caso di specie, non verrebbe meno e non potrebbe venire meno, proprio in quanto esso non ebbe mai avuto modo di perfezionarsi e di configurarsi in capo ai soggetti considerati o, per meglio dire, alla coppia considerata e ciò – si badi bene – in conseguenza del fatto che l'uomo stesso si trovò nelle condizioni (di coppia) astrattamente idonee a fare paventare il diritto in parola, in un momento della sua propria vita – nei citati ottant'anni – nel quale il suo stesso organismo già versava nel veduto stato di fisiologica incapacità a generare, come a dire, allora, che la condizione del contesto di coppia, vieppiù necessaria ai fini della configurazione del diritto in parola,

venne a perfezionarsi, in capo al soggetto *de quo*, quando un aspetto delle sue stesse condizioni personali, parimenti indispensabile allo medesimo scopo, già non poteva più dirsi e ritenersi proprio del suo organismo. È ben vero, allora, che la coppia di cui stiamo trattando nell'esempio, dev'essere ritenuta alla stregua di una coppia che «nasce» sterile e che nasce radicalmente orba del diritto a porre le premesse per procreare; che uno dei due componenti – nell'ipotesi in parola, la donna; ma... *mutatis mutandis*, potrebb'essere anche l'uomo<sup>147</sup> – infatti, sia astrattamente fertile, non rileva e non può rilevare, giusta il discorso di già affrontato, dacché il suo proprio diritto a mettere a frutto la propria fertilità, ai fini di tendere alla procreazione, è un diritto che si perfeziona e che può perfezionarsi, anzi... che esiste, nel suo essere, vale a dire nel suo rilievo e nel suo significato giuridico, solo nell'ambito del contesto di coppia ove esso medesimo potrebbe costituire l'oggetto di una naturale e razionale fruizione e solo in confronto, anzi... in regime di complementarità reciproca, rispetto all'analogo diritto dell'altro componente la coppia stessa.

Prima di procedere colla Trattazione – arrivati a questo punto del discorso – è mestieri di fugare una possibile critica: il nostro ragionamento potrebb'essere contestato, infatti, sulla base di una osservazione, anche acuta, purtuttavia, secondo la nostra sensibilità, del tutto inconferente ai fini dell'analisi che stiamo cercando di portare innanzi. Potrebbe dirsi, invero, che noi abbiamo dato per scontato il meccanismo di «proiezione» degli effetti dell'infertilità fisiologica di un componente la coppia, su quello fertile, ritenendo, quindi, che la deficienza del diritto di porre le premesse per procreare, in capo al primo, determini, *ex ipso facto*, una speculare e

---

<sup>147</sup> È presto detto, invero, che anche un uomo giovine, nel fiore degli anni, perfettamente sano e con un apparato riproduttivo pienamente capace di compiere gl'atti necessari ai fini della procreazione potrebbe ammogliarsi, convolando a giuste nozze con una donna di età oltremodo avanzata, in istato di c.d. menopausa. La situazione, pur invertita, sarebbe ontologicamente, giuridicamente, razionalmente identica rispetto a quella riportata nell'esempio dell'ottantenne che si è sposato con la donna perfettamente fertile.

identica carenza anche in capo al secondo, che noi, per l'appunto, abbiamo (pre-)supposto essere perfettamente fertile. Questo è in parte vero e riducendo all'essenziale, per sommi capi, il nostro ragionamento, potrebbe pur rappresentarne una grossolana sintesi, tuttavia... essa già paleserebbe – a bene intendere – una banalizzazione e una «distorsione logica» del nostro impianto analitico-argomentativo: noi, infatti, abbiamo sostenuto la tesi della «proiezione in negativo», sul componente fertile, degl'effetti della incapacità fisiologica a procreare, propria del «membro sterile», non già sulla base di un astratto meccanismo di «fagocitazione concettuale» del positivo, da parte del negativo, quanto piuttosto sulla base della natura stessa della procreazione umana, la quale postula – si badi bene – l'attualità della capacità procreativa (fisiologica) in capo ai due soggetti che formano la coppia, ov'essa, solamente, può vedere poste le premesse per la propria realizzazione. Di talché, la «proiezione» (o il riflesso) di cui abbiamo parlato – per essere davvero precisi – è una «proiezione» la quale ha a oggetto gl'effetti dell'incapacità a procreare, ma non la causa dell'impedimento (oggettivo) *de quo* e ciò... sotto un duplice profilo. Vediamo di svolgere bene questo punto. Sotto il profilo eminentemente soggettivo, infatti, la causa, albergando nella costituzione fisica di uno dei componenti la coppia, non si può affatto proiettare sull'altro, il cui organismo e le cui funzioni fisiologiche sono giuocoforza autonome e indipendenti rispetto a quelle del primo, *ergo*... la proiezione di cui stiamo parlando può avere ed effettivamente ha a oggetto «solo» gli effetti dell'infertilità, impedendo, al membro fertile, di realizzare, con l'altro, gl'atti virtualmente aperti alla procreazione e di dare un senso fisiologico-naturale-effettivo, quindi, alla sua stessa fertilità (con lo scopo di realizzare quest'ultima, ovviamente).<sup>148</sup> Sotto un profilo πάν-oggettivo, invece, il quale abbia riguardo al contesto di

---

<sup>148</sup> Altro – lo abbiamo già detto, ma giova ribadirlo – sono gli atti o, meglio, le attività nelle quali s'invera l'intimità di/della coppia: essi prescindono, ovviamente, dalla capacità di procreare.

coppia in sé considerato, la causa dell'impedimento a procreare non è da individuarsi unilateralmente nella costituzione del soggetto sterile, ma è, propriamente, da individuarsi nella (dis-)funzionalità procreativa della coppia, intesa nella sua unità concettuale e anche biologica, visto che... in essa e in essa solamente, può realizzarsi l'attività diretta alla procreazione. Nell'ambito questo secondo profilo d'analisi, allora, la causa dell'incapacità a procreare non è affatto proiettata, dal componente sterile, sul componente fertile, come fosse un *quid* di soggettivo e di limitato alla sfera privata del primo e per accidenti riferibile anche al secondo, ma è strutturalmente propria della coppia nel suo essere coppia, la quale, in quanto tale e nella sua stessa costituzione, è oggettivamente incapace di (porre le premesse per) procreare, onde... siffatta incapacità, partenendo alla coppia, non può che partenere, *in unum*, a entrambe i «suoi» componenti (contemporaneamente). Ecco dunque che la proiezione degli effetti dell'incapacità a porre le premesse per procreare, propria di uno dei due componenti la coppia, sull'altro, rappresenta il fenomeno immediatamente coglibile di una condizione complessa, le cui «cause genetiche», in relazione alla natura stessa della procreazione, non possono che essere individuate unitariamente in seno alla coppia stessa e al rapporto di coppia oggettivamente instaurato nell'*hic et nunc* dell'esperienza storica di essa. Ne deriva, sul piano della speculazione giuridica e della giuridica qualificazione della(/delle) fattispecie analizzata(/e), la necessità di considerare che il diritto di porre le premesse per la procreazione umana ha ragione di cogliersi e di affermarsi solamente (!) nell'ambito del contesto di coppia ove esso può effettivamente esprimersi ed esercitarsi *naturaliter*: all'infuori di una coppia e segnatamente di una coppia legittima (vedremo in appresso che cosa debbesi intendere per coppia legittima), questo diritto non c'è e non può esserci e non c'è e non può esserci – si badi bene – prima di tutto perché non ci sono e non vi possono essere i presupposti di fatto per porre in essere le premesse

concretamente tese al compimento degli atti teleologicamente diretti alla procreazione stessa. Per tutta conseguenza, allora, abbiamo precisato e precisiamo quivi che... mancando, il potere fisico-fisiologico in capo a uno dei due soggetti che formano la coppia in parola di realizzare gl'atti *de quibus* e mancando, in capo a colui, conseguentemente, il diritto di realizzarli, l'altro componente la coppia non avrebbe e non potrebbe affatto avere titolo per rivendicare il proprio diritto a compiere gl'atti necessari ai fini della procreazione, in quanto, il diritto *de quo*, ha e non può non avere la sua propria conformazione e la sua propria origine genetica solo all'interno della coppia, sulla base delle condizioni personali, attualmente e concretamente proprie di ambedue i componenti la coppia medesima (impregiudicata, ovviamente, la natura della coppia in parola, sulla quale ci soffermeremo in appresso). Non si tratta, quindi, di dire semplicisticamente che la carenza del diritto di (ambire, nei fatti, a) procreare in capo a uno dei due componenti la coppia, priva l'altro del proprio analogo diritto, ma si tratta proprio di osservare che le condizioni personali-fisiologiche del primo, impediscono *tout-court* di configurare i presupposti di fatto necessari, per la coppia (!) e nell'ambito della coppia (!), a ipotizzare e a valutare la configurabilità/ipotizzabilità del diritto in parola, proprio di ciascheduno e nel contempo ontologicamente comune a entrambe. Come a dire, allora, che l'impossibilità di procreare del soggetto fertile e così l'assenza, in lui, del relativo diritto, non hanno origine derivativa, non derivano, cioè, *aliunde*, rispetto al soggetto stesso, ovverosia non derivano dall'analoga posizione, fisica e giuridica in un tempo, dell'altro componente la coppia, ma hanno «genesì originaria» nel suo stesso *esse* storico – se con quest'immagine possiamo rendere il significato del nostro discorso – imperocché... così la carenza del potere fisico, come l'assenza del diritto in parola, con riguardo al citato soggetto fertile, trovano la loro più autentica scaturigine nella sua stessa condizione personale. Certamente... potremmo dire che non è la

condizione anatomico-fisica di lui a rilevare *tout-court*, ma senza dubbio dobbiamo, altrettanto pacificamente, convenire che è la sua (sua, non di altri!) più oggettiva condizione «di» coppia, quale condizione «della» coppia ove egli medesimo si trova «inserito» in concreto, a orbarlo *ipso iure et ipso facto* del diritto di porre in essere le condotte necessarie ai fini di tendere all'umana procreazione e questo – sia chiaro – proprio in virtù della sterilità strutturale di essa. Ciò detto, se è vero che siffatto ragionamento postula, *ex funditus*, una complementarità (ontologica e genetica) tra le posizioni e le condizioni giuridiche e fisiche dei due soggetti che formano la coppia – la quale complementarità è, in un tempo, strutturale, logica e ontologica rispetto al diritto, di ciascheduno e di entrambe, di porre le premesse per procreare – è altrettanto vero che sulla base dello medesimo presupposto (ecco la possibile [infondata] obiezione) potrebbe anche ritenersi (assurdamente) che il «riflesso delle condizioni», quale riflesso degli effetti e non della causa – come veduto – operi, o possa operare, in positivo, anziché solo in negativo. Vale a dire che potrebbe (erroneamente su di un piano ontologico, ma correttamente su di un piano logico-deduttivo) financo opinarsi la sussistenza, in capo al soggetto sterile, del diritto(-presupposto) a porre le premesse per procreare e conseguentemente... del diritto(-conseguenza) di accedere alle pratiche tecniche che ciò consentono o possono tentare di rendere possibile su di un piano meramente fattuale-scientifico, proprio e solamente in virtù della fertilità naturale e della naturale capacità, dell'altro componente la coppia, di compiere gl'atti virtualmente funzionali alla procreazione umana. In quest'ottica, allora, si potrebbe anche dire che data la naturale capacità di procreare di uno dei due componenti la coppia e data – ammesso che vi sia – la naturalità del vincolo di coppia, quindi... ritenuto autonomamente (!) sussistente il diritto del componente fertile a compiere gl'atti necessari per procreare, il componente fisiologicamente sterile potrebb'essere o, addirittura, dovrebb'essere

specularmente ritenuto (parimenti) titolare dell'analogo diritto, essendo, egli stesso, parte della coppia in parola e ciò – per tutta evidenza – a prescindere dalle (*rectius*, contro le) sue stesse condizioni fisico-fisiologiche, anzi... indipendentemente da esse. Si potrebbe dire, insomma, *sub specie iuris* (meglio, *sub specie iniuriae*), che nell'ambito del contesto di coppia considerato, non rileva in forma impediante, rispetto alla configurazione del diritto a porre le premesse per procreare, l'infertilità fisiologica del soggetto sterile (come noi stessi abbiamo detto), ma rileva, all'opposto, in forma consenziente e implicante il diritto *de quo*, proprio la fisiologica fertilità e il fisiologico potere dell'altro componente la coppia, di compiere gl'atti funzionali alla procreazione; di talché... dovrebbe opinarsi la sussistenza, in seno alla coppia considerata nel suo essere (in sé), del diritto di realizzare le condotte finalizzate alla procreazione, pur senza ch'essa abbia, nel complesso fisiologico che consideri la condizione attuale dell'uomo e della donna che la compongono, le potenzialità fisico-fisiologiche rappresentanti e costituenti il presupposto fattuale e logico per l'esercizio di esso. Il discorso testé presentato e con esso l'obiezione al nostro impianto argomentativo – si badi bene – potrebbero anch'essere «convincenti» qualora, però... si pretermettesse il «concetto di coppia» o, meglio, la «coppia come concetto», nella sua unità logica, ontologica, naturale e giuridica. Noi abbiamo sostenuto, infatti, che la sterilità di un componente la coppia privi la coppia stessa del potere e del diritto di (porre le premesse per) procreare, quivi, all'opposto, si dice che la fertilità di uno dei componenti la coppia in parola, faccia sussistere il potere e il diritto *de quibus* in capo alla coppia, eppertanto in capo ad ambedue i suoi componenti indipendentemente e a prescindere dalla sterilità dell'altro. Perché questa seconda impostazione è inaccettabile? Non rappresenta, forse, essa, un mero cambio di prospettiva, valido tanto quanto il primo? No, non è affatto così! Le ragioni sono presto dette... Siffatta «struttura argomentativa» va respinta, invero, in quanto essa postula



un'erronea e contraddittoria impostazione concettuale del «significato» e del «senso proprio» della coppia: quest'impianto (il-)logico, infatti, considera la coppia alla stregua di un'entità non unitaria ma strutturalmente divisa e divisibile, non una coppia, quindi, ma due soggetti autonomi che si uniscono *secundum eventum voluntatis* (*recte*, che si accoppiano) ai fini della procreazione (disumana, irrazionale, anti giuridica *et coetera*). La sterilità di uno dei componenti la coppia, infatti, determina *naturaliter* la sterilità della coppia stessa e ciò, non per ideologia, ma per natura – potremmo dire, quasi con una battuta – dal momento che questa coppia oggettivamente sarebbe incapace di porre le premesse di fatto, fisiologicamente necessarie per la procreazione umana. Postulare, allora, che l'infertilità di uno dei due componenti la coppia, all'opposto, rappresenti un *quid* d'insignificante, ai fini della definizione del potere e del conseguente diritto della coppia stessa di (porre le premesse per) procreare, rilevando e facendo rilavare la sola capacità fisica dell'altro componente di compiere gl'atti necessari ai fini della procreazione – quindi... dando rilievo alla mera fertilità dell'altro componente – significa andare contro logica e contro natura. Per quanto attiene all'aspetto naturale, allora, rileva che la coppia in parola, al di là di ogni considerazione astratta, non è e non può essere fisicamente aperta alla procreazione, ancorché uno dei suoi due membri sia effettivamente fertile: essa è naturalmente impedita, infatti, a realizzare e a compiere gl'atti che ne rappresentano il presupposto di fatto, dacché essi postulano, *ut natura*, la fertilità di entrambe i componenti la coppia in parola e ciò... nell'unitarietà, anche fisica, che la coppia stessa rappresenta ognora in quanto coppia. Non si tratta, invero, di dare prevalenza a una condizione, quella del soggetto sterile, rispetto all'altra, quella del soggetto fertile, ma si tratta di considerare oggettivamente le cose per quello che esse sono nella loro effettività: se un soggetto è fertile e l'altro è sterile, la coppia da essi formata è e non può non essere una coppia sterile. *Tertium non datur*... Per quanto attiene al citato

profilo logico della (nostra) censura, da ultimo, non può non rilevarsi che la considerazione della fertilità di un componente la coppia, alla stregua dell'*ubi consistam* sul quale poggiare la (assurda e insensata) leva del potere e del diritto, della coppia medesima e quindi di entrambe i suoi componenti, di porre le premesse per procreare, altro non rappresenta, se non una considerazione non unitaria della coppia, nel suo essere in sé, ma *lato sensu* frammentaria, atomistica e contraddittoria rispetto allo stesso «concetto di coppia». Vero è, infatti, che una tale impostazione non considera affatto la coppia e le condizioni di essa, ma si limita a considerarne i due componenti distintamente e altrettanto distintamente si limita a valutare le loro autonome condizioni e co-implicazioni reciproche e ciò... proprio al fine di potere, da un lato, artatamente pretermettere l'infertilità oggettiva della coppia *de qua* e intenderla unitariamente, in guisa di mera infertilità del soggetto incapace di porre le premesse per procreare e dall'altro, al fine di fare altrettanto artatamente rilevare, non già l'assente fertilità concreta della coppia, ma la mera, effettiva fertilità astratta (e meramente fisico-personale) del componente fertile. Date queste premesse, poi, sarebbe tutt'affatto conseguente non solo postulare l'assurdo diritto, «nella» coppia sterile, di realizzare gl'atti necessari ai fini della procreazione – e ciò... non sulla base delle condizioni della coppia, ma sulla base delle condizioni di uno solo dei suoi due componenti, ovviamente – ma addirittura rimettere ipoteticamente, a ciascheduno dei due componenti la coppia medesima, un autonomo e autoreferenziale «diritto» (volitivo) di decidere *ad libitum* (?) quale fra le due condizioni soggettive far rilevare, di volta in volta, ai fini della configurazione di un «diritto» (volitivo), astrattamente proprio di entrambe – ma non mai proprio della coppia (!), la quale, invero, non ci sarebbe nemmeno – a porre o a non porre le citate premesse per la procreazione. Siffatto «diritto» (propriamente qualificabile *sub specie* di diritto volitivo, giusta le nostre considerazioni iniziali), peraltro, non potendo, in concreto,

essere esercitato singolarmente, ma dovendo essere giuoco forza esercitato «assieme» all'altro (*rectius*, con l'altro) componete la «coppia», rappresenterebbe, in verità, il contenuto del mero accordo volontaristico dei due soggetti *de quibus*, quindi... esso altro non potrebbe palesare, se non un'assurda giuridicizzazione della loro volontà infondata, vale a dire... della volontà esercitata da essi, contemporaneamente ma non propriamente assieme, come coppia, col mero criterio della volontà stessa, ovverosia, senza alcun criterio (e/o fondamento) oggettivo. Si tratta, insomma, della volontà a essi medesimi riferibile e da essi medesimi resa contingentemente palese, caratterizzata e determinata dal mero incontro, tutt'affatto eventuale, delle libertà negative esercitate da coloro i quali si-pretendono coppia, pur invocando, per sé stessi, il diritto di superare i limiti, anche fisiologici, della coppia che astrattamente formerebbero (o potrebbero formare). L'impostazione concettuale opposta alla nostra e quivi criticata – per epilogare il discorso e per schiarire i termini – postulerebbe di pretermettere l'infertilità come condizione della coppia, eppertanto come limite oggettivo e «fisico» alla determinazione assoluta dei componenti la stessa, verso quella che potremmo chiamare tensione (legittima o illegittima, a seconda dei casi) alla genitorialità, consentendo loro, invece, di invocare, *per se*, un forma di paralogistico individualismo solipsista, anche in relazione a un contesto – come evidentemente è quello relativo alla procreazione – tutt'affatto incardinato sul rapporto dei due soggetti in parola e tra i due soggetti in parola, la cui condizione oggettiva – per tutta evidenza – reciprocamente definisce e non potrebbe non definire la natura e le condizioni della unione da essi e con essi inverata. Ovviamente... una tale assurda impostazione, non può che essere il migliore viatico per l'affermazione e la radicalizzazione del conflitto all'interno della «coppia», privata, anche, del suo proprio equilibrio biologico-naturale determinato dal regime oggettivo della fertilità o dalla infertilità di essa medesima.

Il discorso pare complesso ed effettivamente, sul piano concettuale esso non è, o potrebbe non sembrare, così immediato, tuttavia... deve osservarsi che il significato di un'obiezione come quella che abbiamo ipotizzato contro la nostra tesi, o, meglio, la sua funzione in chiave pratico-fattuale e anche (anti-)giuridica, si riduce alla mera (assurda, insensata, irrazionale e disumana) possibilità di sostenere la fondatezza e la configurabilità del «diritto» del soggetto sterile ad accedere alle pratiche tecniche funzionali a sopperire alla deficienza fisiologica del suo stesso organismo. *Parturient montes nascetur ridiculus mus...* Null'altro, dacché il ragionamento (sofistico) testé ipotizzato, per quanto suadente e per quanto apparentemente vocato a consentire l'inveramento (più assoluto e irrealistico, *id est* contro natura) della tensione genitoriale dei soggetti considerati nel loro contesto di coppia, non può certo determinare, in essi, il sorgere di poteri e/o di facoltà fisiche che non partengono (più) ai loro stessi organismi e che ai loro stessi organismi sono interdetti in ragione della peculiare fisiologia dei loro apparati *lato sensu* anatomici. *Contra factum, argumentum non valet*, dicevano i Latini ed effettivamente la *vis* persuasiva di un'impostazione (peraltro assente, in questo caso, secondo noi) come quella che negherebbe il principio della infertilità di coppia determinata dalla infertilità fisiologica di uno dei due componenti la stessa, non potrebbe certo rendere fertile la coppia medesima, ma potrebbe solamente legittimare, su di un piano tecnico-scientifico-( $\alpha$ -/anti-)giuridico, l'accesso, da parte del membro sterile, a forme di strumentalizzazione del proprio corpo, pur capaci di indurre in esso una fertilità artificiale, eppertanto capaci di consentire, ai membri della coppia in parola, l'accesso agli atti funzionali a porre le premesse per una procreazione... tutt'affatto innaturale. Per tutta conseguenza, allora, quasi invocando la proprietà geometrico-transitiva tra i ragionamenti testé presentati, dovremmo dire che il discorso in parola si condensa nell'artificiosa individuazione del diritto riferito alla coppia, eppertanto

riferibile ai due componenti la stessa, di accedere a una procreazione ognorpiù artificiale e del tutto estranea alla struttura logico-fisiologico-naturale della coppia stessa e dei suoi due componenti, nel loro essere componenti la coppia, ovviamente. Ecco dunque che si fa palese il tentativo di «copertura giuridica» all'arbitraria e perversa tensione all'assoluta determinazione della (mera) volontà genitoriale dei due soggetti *de quibus* e ciò... in ispregio alle stesse condizioni fisiologiche di essi e della loro unione.

Un tanto precisato, passiamo ora – al di là di queste considerazioni – all'analisi critica dell'impostazione argomentativa testé profilata e vediamo le ragioni che impongono il netto rifiuto di essa. Ebbene, il discorso *de quo*, principiato, all'apparenza, dalle medesime premesse da noi poste, *ictu oculi* potrebbe financo parere non essere in istato di difetto per incongruenza logica, pur ponendosi in netta e inconciliabile antitesi rispetto alle argomentazioni da noi disviluppate nel Testo e alle conclusioni che ivi, noi stessi, abbiamo cercato di condensare. *Inter verum et falsum, tertium non datur*, però! Questo l'insegnamento di Aristotele (e della Scolastica medioevale), questo un principio logico irrefutabile, ond'è mestieri di dire quali siano i motivi in virtù dei quali deve assolutamente rigettarsi la «proposta positiva» che abbiamo testé paventato, vale a dire... quella che porterebbe, *in primis*, a ritenere sussistente, in capo alla «coppia sterile» (per la sterilità [fisiologica] di uno dei suoi due componenti), il diritto di porre comunque le premesse per procreare e ciò... giusta la fertilità fisiologica di uno solo dei due componenti di essa e *in secundis*, la conseguente sussistenza, in capo all'altro soggetto, quello fisiologicamente incapace di compiere gl'atti necessari ai fini della procreazione, del diritto di accedere alla pratiche tecniche teleologicamente orientate a forzare l'organismo di lui, per renderlo virtualmente produttivo nell'ordine (*recte*, nel disordine) della procreazione (dis-)umana... meccanizzata. Orbene, può essere davvero

questa la «via per risolvere» (*secundum voluptatem hominis*) il problema della infertilità di coppia «unilaterale», vale a dire... di quella infertilità che è dovuta all'incapacità di uno solo dei componenti la coppia stessa di porre in essere gl'atti fisicamente (e fisiologicamente) necessari ai fini della procreazione? Può forse dirsi, in guisa di eccezione al principio aristotelico citato, che entrambe le «impostazioni» del discorso, quella proposta in tesi e quella presentata in antitesi, valgano allo stesso modo e che siano entrambe corrette nel caso di specie, sì da dovere/potere rimetterne ai soggetti stessi l'opzione verso l'una o verso l'altra? *Quid iuris*, insomma? Ebbene, premesso che la (il-)logica della doppia o della plurima verità è da respingere, non solo perché insensata, dacché non possono dirsi contemporaneamente vere due affermazioni contraddittorie, ma soprattutto perché disumana: essa, infatti, ammetterebbe il c.d. relativismo assoluto,<sup>149</sup> incompatibile colla stessa natura razionale dell'uomo e premesso che non può rimettersi alla scelta soggettiva, incondizionata e incondizionabile – come, peraltro, già dimostrato – la definizione di una *quaestio iuris* la quale impone di tracciare un crinale discretivo tra ciò che è giuridico e ciò che è antiggiuridico, per quanto attiene al rapporto tra l'astratto diritto di porre le premesse per procreare e la concreta impossibilità di realizzarne gl'atti funzionali, è bene procedere, nell'analisi della fattispecie mentovata e nell'esplicazione del nostro *mos argumentandi*, con rigore e disciplina *lato sensu* dialettici (per quanto ne possiamo essere capaci, ovviamente). Invero, allora, noi non abbiamo seguito questa (im-)possibile via argomentativa, dacché noi stessi crediamo fermissimamente ch'essa sia latrice di un «vizio genetico» e di un «vizio funzionale», tutt'affatto inaccettabili, i quali la rendono assolutamente priva di dignità giuridica, razionale e umana, anzi...

---

<sup>149</sup> La cui intrinseca contraddizione è stata ampiamente rilevata anche da Danilo Castellano il quale, infatti, giustamente osserva che “il relativismo assoluto [...] è una contraddizione in termini in quanto l'assolutezza del relativismo [stesso (nda)] è la sua simultanea confutazione: non sarebbe ‘relativa’, infatti, la verità del relativismo” (CASTELLANO, *Ordine etico e diritto*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, pag. 19).

prima di tutto la pongono contro natura (*rectius*, contro la natura umana dell'uomo)! Certamente, una siffatta prospettiva potrebbe sembrare suadente e allettante e ciò, soprattutto pei «cultori» del c.d. diritto di autodeterminazione assoluta: essa parrebbe offrire, infatti, un *commodus discessus*, una «via» (il-)logica, (in-)coerente e fors'anche (πάν-)tecnicamente/(α-)scientificamente praticabile (*recte*, razionalistica), alla «soluzione» del problema *de quo* in chiave volontaristica, ovviamente. La «(non-)soluzione», invero, consisterebbe nel consentire ai componenti la coppia sterile la determinazione pratica della volontà, (se e in quanto) propria di entrambe, di realizzare tra loro gl'atti virtualmente aperti alla procreazione e teleologicamente funzionali a porre le premesse pel loro medesimo accesso alla desiderata genitorialità e un tanto – questo il *vulnus* concettuale, come è palese – pur nella deficienza e nella carenza strutturale, (e fisiologica) oggettivamente (e fisiologicamente) proprie della coppia in parola, delle relative potenzialità fisico-fisiologiche. Quanto al vizio genetico poc'anzi citato, allora, giova tosto rilevare che una siffatta impostazione postula un'inaccettabile equivalenza logica tra la funzione naturale «del» corpo (la fertilità fisiologica) e un'eventuale induzione artificiale di essa «sopra» (*rectius*, contro) un corpo (la fertilità artificialmente indotta/provocata) fisiologicamente privo; quanto al vizio funzionale, invece, è mestieri di rilevare che l'impostazione criticanda non si «preoccupava» della strumentalizzazione che la sua stessa applicazione concreta comporterebbe con riguardo al corpo umano del soggetto (fisiologicamente) sterile, anzi... l'impostazione *de qua* determina e comporta proprio siffatta strumentalizzazione, dacché porterebbe, il corpo stesso, a divenire (e a essere) mero strumento per la procreazione meccanicamente forzata, al di là della natura, della struttura e delle condizioni fisico-fisiologiche di esso. Sotto il primo profilo, dunque, deve tosto rilevarsi che l'incapacità fisiologica di procreare non può essere

considerata alla stregua di una condizione deteriore o disordinata, rispetto alla fisiologica fertilità: entrambe, infatti, rappresentano «modi di essere» normali dell'organismo umano... *ratione aetatis*; non siamo quivi, invero, di fronte alla dicotomia, concettuale e teoretica in un tempo, «salute *versus* malattia», ma ci troviamo di fronte a diverse guise di essere e di manifestarsi della salute *in se*, vale a dire... dell'ordine fisiologico del corpo umano: a poco, anzi a nulla rileva che uno di questi «normali modi di essere» del corpo stesso, rendano l'organismo *de quo* funzionalmente inadatto allo svolgimento di determinate attività e strutturalmente inidoneo a soddisfare le pretese che, verso di esso, ha o potrebbe avere il soggetto medesimo, nella sua tensione irrazionale all'assoluta (auto-)determinazione della propria volontà... attraverso il proprio organismo. Tutto ciò non rileva e non può assolutamente rilevare – lo ribadiamo – con riguardo al giudizio di normalità/salute-anormalità/malattia relativo alla condizione fisica della persona considerata in un dato momento storico della sua vita: la realtà della salute e l'effettività della malattia, infatti, non dipendono certamente dal «livello di risultato/i» che l'organismo umano riesce a raggiungere, sul versante pratico-operativo-attuativo, con riferimento alla *voluntas/voluptas* storico-contingente del soggetto medesimo. Di talché... sarebbe del tutto improprio ritenere sussistente, in capo al soggetto fisiologicamente sterile, il diritto di realizzare gl'atti idonei alla procreazione, sulla base della fertilità parimenti (!) fisiologica dell'altro soggetto (*sub specie* di idoneità funzionale dell'altro soggetto a compiere gl'atti *de quibus*), in quanto tutto ciò equivarrebbe a confondere, mettendole sullo stesso piano concettuale e operativo, la fisiologia, nel suo essere «ordine generale-naturale del/pel corpo», colla eteronoma induzione, nel corpo stesso, di una «funzionalità specifica» tutt'affatto innaturale, meccanica e disordinata – nell'*hic et nunc* del momento storico considerato (pel soggetto in questione) – ed esclusivamente servente, non al bene (e nemmeno al benessere) del corpo,



ma al mero soddisfacimento materiale di scopi tutt'affatto ultronei rispetto a quelli naturali del fisico in parola; scopi – è ovvio – arbitrariamente/assolutamente eletti, al rango obbiettivi operativi da raggiungere «a tutti i costi», da parte della persona in questione e segnatamente da parte della sua volontà arbitraria (*id est*, disumana, irrazionale,  $\alpha$ -giuridica) di «auto-determinarsi» alla luce (*recte*, al buio) della sua mera *voluntas/voluptas* (financo andando *contra se*). Anzi... per essere più precisi, dovremmo dire alla luce di una *voluntas/voluptas* contingentemente e autenticamente espressa, in modo reciproco e per certi aspetti vicendevole, da parte di ambedue i soggetti che compongono la coppia in parola e ciò, ovviamente, nell'ambito di un contesto «di coppia» inteso in senso (atomistico) tutt'affatto artificiale e meramente servente rispetto al comune «interesse pratico» dei suoi due membri. Ed ecco che ritorna, allora, quasi a chiudere il cerchio argomentativo, la già citata, assurda e paralogistica visione dualistico-atomistica della coppia, in luogo di una concezione tutt'affatto unitaria – *id est*, ontologica – della coppia medesima e segnatamente del vincolo familiare ch'essa dovrebbe compendiare in sé: la coppia, nel contesto che stiamo analizzando, infatti, si ridurrebbe alla mera «occasione» auto-creata, a opera dei suoi due componenti, pel mero raggiungimento meccanico di un obbiettivo, autonomamente deliberato da parte di ciascheduno e solo occasionalmente comune ad ambedue, perseguibile solamente coll'incontro (meramente) fisico dei soggetti *de quibus* o, per meglio dire, dei loro corpi... se e in quanto fisicamente idonei al compimento degl'atti necessari in vista dello scopo volontaristicamente prefissato. Di talché... l'efficienza fisica (nell'ordine del fine volontaristicamente perseguito) dei corpi e degli organismi in parola, quale condizione degli stessi oggettivamente diversa rispetto alla loro salute e anzi prescindente da questa, non può rappresentare un mero *quid* di eventuale e di auspicabile, nell'economia e nella *ratio*

dell'unione (propriamente familiare) tra l'uomo e la donna, ma deve necessariamente rappresentare – e di fatto rappresenta – la stessa *causa essendi* dell'essere (*per se* ma non *in se*, ovviamente!) della coppia di cui trattasi: l'efficienza fisica dei corpi o, meglio, degli organismi, cioè, rappresenta la medesima ragione pratico-operativa in virtù della quale l'uomo e la donna *de quibus* si sono uniti e hanno progettualmente formato la «loro» coppia, ovvero... se non vi fu questa progettualità originaria, la citata efficienza fisica dell'uomo e della donna viene a rappresentare la ragione pratico-operativa, attuale e contingente, giusta la quale essi ritengono autoreferenzialmente e volontaristicamente di giustificare e di dare significato al perdurare (tutt'affatto volontario ed eventuale) del vincolo, anzi, meglio, dell'unione che li tiene legati o, per essere più precisi, che li lega non per dovere ma per mera, reciproca volontà (quindi... non li lega affatto, ma li unisce solamente). Com'è evidente, allora, tutto si riduce al «nulla ontologico»: tutto si riduce, cioè, a un sistema vacuo, teleologicamente orientato ad apprestare una coorte di strumenti e di guarentigie contingenti, incoerenti e confusi, il cui unico scopo è quello di soddisfare, precariamente e instabilmente (vale a dire, al di fuori dell'ordine, anche solo istituzional-formale, di una coppia familiare), la volontà e il desiderio attuali e concreti dei soggetti che non riconoscono altro valore, rispetto a quello – che valore non è affatto – rappresentato dall'ottenimento di un obbiettivo purchessia voluto e ciò, ovviamente, senza limite alcuno, nemmeno se il limite stesso è fisico e se è del fisico sano. Il corpo umano del soggetto fisiologicamente sterile, insomma – per ritornare al ragionamento che stiamo disviluppando e per conchiuderlo – non è un corpo malato, ma è un corpo sano, di talché... intervenire su (*recte*, contro) di esso per assecondare una volontà capricciosa e arbitraria, al fine d'imporgli una diversa – e perversa – «ideologia strumentalmente relativa» di salute convenzionale, significa lederlo ognora e ognora indurlo, innaturalmente, a

esprimere funzionalità che non gli partengono (più), sì da sovvertirne l'ordine naturale e da cagionandogli sicuro nocumento, sia sul piano strettamente fisico, che su quello psicologico. La persona, infatti, oltre a essere forzata a fare qualche cosa che non è (più) propria della sua condizione fisica (sana!) e oltre a riceverne sicuro danno (anche se non immediatamente percepito e/o percepibile), viene o può venire psicologicamente portata a percepire, sé stessa, alla stregua di un soggetto malato e/o invalido, da curare o da aiutare ai fini del raggiungimento di risultati avvertiti per necessari e per fisiologico-naturali, pur non essendo affatto tali. Non solo: pratiche e teorie come quella che stiamo criticando nel suo proprio «vizio genetico» ingenerano – come vedremo in appresso – una sorta di giudizio e di valutazione sopra sé stessi e sopra il proprio corpo, sulla base di parametri disumani, irragionevolmente mitizzati e – ciò che è più grave davvero – assolutamente privi di ogni più elementare forma di contestualizzazione oggettiva, sì da determinare nel soggetto stesso, non troppo surrettiziamente, peraltro, una sorta di possibile (*rectius*, probabile) rifiuto di sé, attraverso il rifiuto irrazionale e tutt'affatto impulsivo delle stesse condizioni normali (!) del proprio organismo sano... Per quanto attiene, da ultimo, al citato «vizio funzionale» dell'impostazione criticata, ora, v'è solo da aggiungere ch'essa, sostanzandosi nel configurare, da un punto di vista (de-)concettuale, in capo alla coppia fisiologicamente sterile, un assurdo diritto di accedere alla procreazione e agl'atti a essa strumentali, indipendentemente dalle condizioni oggettive della stessa e dei suoi medesimi componenti, si riduce nell'astratta configurazione del «diritto» proprio del membro (fisiologicamente) sterile di realizzare su di sé (meglio, *contra se*) quegli interventi clinico-medico-chirurgici, i quali abbiano a consentirgli – se andati a buon fine, evidentemente – su di un piano meramente operativo, la realizzazione delle progettualità arbitrariamente elette, *per se*, da lui stesso (o, per meglio dire, dalla coppia che egli concorre

a formare) e ciò... attraverso un uso meramente strumentale del proprio corpo eteronomamente ri-definito con riferimento alla sua «nuova» efficienza operativa. Ecco quindi che si fa ancora più palese la struttura aporetica di quello che noi chiamammo – forse a ragione – «vizio funzionale» imperocché esso si sostanzia proprio nella perversità e nella assurdità concettuale della procedura testé definita, giusta la quale il corpo del soggetto fisiologicamente sterile, oltre a subire il veduto nocumento, dato dall'intervento che lo forzerebbe verso una «funzionalità biologica» non (più) propria della sua stessa fisiologia, subirebbe giuocoforza una forma di (contemporanea) strumentalizzazione tutt'affatto incompatibile colla sua stessa natura di corpo umano e colla sua stessa dimensione ontica. In quest'ipotesi, infatti, il corpo stesso non servirebbe al soggetto e alla sua vita umana, ma verrebbe grettamente asservito, dal soggetto medesimo, alla mera volontà contingentemente disumana di lui, financo determinando-si in guisa di mezzo eteronomamente gestito pei fini di una procreazione puramente strumentale e tutt'affatto legata, non alla natura stessa della persona e alla condizione ontologico-fisiologica della coppia, quanto piuttosto al mero capriccio contingentemente affermatosi *ex voluntate maris et feminae*. Se il c.d. vizio genetico, allora, si compendia nella distorsione del significato dell'ordine fisiologico proprio dell'organismo umano e se esso s'invera nell'errata concezione della salute (*salus*), giusta la quale essa stessa coinciderebbe colla mera funzionalità/abilità del corpo (*valitudo*) a raggiungere determinati obbiettivi etero-fissati, in guisa di parametri artificiali (se non proprio artefatti) di normalità entro i quali il «sano», per essere «sano» (secondo i parametri de *quibus*, ovviamente), dovrebbe rientrare in tutti i modi e a tutti i costi e se il vizio *de quo*, conseguentemente, si palesa in un'assurda equiparazione della salute e del suo ordine fisiologico «nel» corpo umano, all'imposizione «sopra» (*id est*, sul *rectius*, contro) il corpo umano medesimo, di una funzionalità non

propria dei suoi stessi requisiti strutturali (e anatomico-fisiologici), esso vizio si sostanzia, di fatto (e conseguentemente), nella negazione della salute e dell'ordine ontologicamente proprii dell'organismo *in se*, ad appannaggio di una abilità/capacità fisica, strumentalmente idonea al perseguimento d'un fine purchessia e ciò, indipendentemente dal fatto che il perseguimento di quest'ultimo nuoccia o possa nuocere (*de facto*) oggettivamente all'essere umano storico e al suo corpo vivo e vitale. Ebbene, se un tanto descrive e riassume – per così dire – il citato vizio genetico, per quanto concerne il vizio funzionale di cui abbiamo appena finito di parlare, non può non osservarsi tosto ch'esso «completa» coerentemente – se così possiamo dire – il «quadro delle aporie», coll'inverare in sé medesimo la citata strumentalizzazione di un organismo umano, posto artificialmente nelle condizioni tali da riuscire a produrre risultati determinati e definiti a prescindere dalla sua stessa struttura fisiologico-anatomica. Schematizzando i termini del discorso, insomma, si nota agevolmente che prima rileva un'impostazione strumentale e funzionale del concetto di salute (vizio genetico), tutt'affatto discostantesi dalla fisiologia delle funzioni proprie dell'organismo e poi opera, di conseguenza, una sorta di attuazione pratica della medesima impostazione teorico-concettuale e ciò, proprio coll'intendere e nell'intendere il corpo umano in guisa di mezzo strutturalmente funzionale ai meri fini del raggiungimento di un obbiettivo e volontaristicamente ritenuto meritevole d'essere perseguito (vizio funzionale). Tutto ciò, come resta ognora evidente, è e rappresenta qualche cosa di assolutamente inaccettabile da parte della ragione umana, imperocché il corpo della persona stessa perderebbe la sua dignità di organismo nel quale il soggetto «è» e si manifesta (nella sua attuale vitalità) e diverrebbe mero strumento, mero oggetto, cioè, nella/della volontà incondizionata e incondizionabile di lui; tuttavia – si badi bene – una impostazione siffatta invererebbe in sé stessa un assurdo e un arbitrio, da un

punto di vista logico, morale e giuridico, anche se il copro in parola partenesse a un animale. Certamente, in questa ultima ipotesi non vi sarebbe pregiudizio alcuno ai danni della soggettività e della dignità giuridica di un essere umano, ma... non può non ammettersi che anche l'animale, pur non potendo essere e non essendo affatto titolare di diritti, resta comunque un ente oggettivo nella cui costituzione biologica vi è un ordine e una natura oggettivi, i quali lo rendono giuocoforza destinatario dei doveri che promanano proprio dall'ordine della di lui natura e che propriamente incombono sull'essere umano il quale coll'animale medesimo si rapporta o, per meglio dire, incombono sull'uomo che, dell'animale *de quo*, pretende di usare legittimamente.

Abbiamo principiato i cimenti di questa lunga riflessione parlando della coppia «originariamente sterile» (*rectius*, sterile *ab origine*), vale a dire di quella coppia che, dal momento della sua stessa costituzione «come coppia», si rende latrice di una fisiologica sterilità unilaterale, *id est*... di una sterilità (non cagionata da alcuna malattia) dovuta alla incapacità non patologica di compiere gl'atti idonei ai fini della procreazione, da parte di uno solo dei suoi due membri. A titolo d'esempio abbiamo ipotizzato l'unione di una persona anziana, fisiologicamente sterile *ratione aetatis*, con una giovine, fisiologicamente fertile. Un caso (solo) fenomenologicamente diverso potrebbe darsi qualora l'infertilità fisiologica della coppia avesse a comparire in un momento successivo rispetto a quello relativo alla formazione della coppia stessa e quindi... in costanza del rapporto già «consolidato». Ebbene – come il Lettore può agevolmente intendere – si tratta di una fattispecie, sì oggettivamente diversa sul piano pratico, rispetto alla precedente, ma la diversità ch'essa palesa e che in essa deve apprezzarsi, tuttavia, è una diversità rilevante solo da un punto di vista fenomenologico-temporale e non anche da un punto di vista strutturale o essenziale: si tratta, insomma, di una differenza che rileva solo sotto il profilo del *quando* e per

certi aspetti del *quomodo*, del fenomeno della infertilità in parola, nulla cambiando, invero, per quanto attiene al profilo sostanziale dell'*an* o del *quia*: in ambedue i casi, infatti, si tratta pur sempre di una (identica) sterilità fisiologica, la quale, partenendo a uno dei due componenti la coppia, giuocoforza si riverbera sulla coppia stessa *sub specie* di «infertilità della coppia» – e quindi anche del membro fertile – considerata nella sua unità strutturale e funzionale, con riguardo al fenomeno della procreazione che punto richiede la contemporanea e coessente fertilità dell'uomo e della donna, nell'ambito del medesimo contesto di coppia da entrambe formato. Anziché porre, allora, l'esempio dell'ottuagenario ammogliatosi con una donna fertile, si potrebbe ipotizzare, per esemplificare la fattispecie testé delineata, il caso di un uomo il quale, avendo formato una coppia fisiologicamente fertile, si fosse trovato nel corso della sua propria vita, prima nelle condizioni personali (e di coppia) tali da fare effettivamente ritenere sussistente, in capo a lui, alla coppia da lui composta e all'altro componente la stessa (*coeteris paribus*, ovviamente), il diritto di porre in essere gl'atti necessari ai fini della procreazione e a un certo punto fosse venuto a trovarsi nelle condizioni fisiche della c.d. andropausa, o comunque nella fase di normale e fisiologico climaterio, sì da perdere, in un tempo, il potere e il diritto di compiere gl'atti virtualmente aperti alla fecondazione dei gameti femminili e sì da determinare, *ipso facto et ipso iure* – potremmo dire – la caducazione del potere e del diritto di accedere alle pratiche virtualmente aperte all'umana, razionale e naturale procreazione, anche da parte della coppia da egli stesso (co-)formata, eppertanto (conseguentemente)... anche da parte dell'altro componente la coppia stessa (in questo caso, anche da parte della donna che con l'uomo *de quo* forma la coppia in parola); oppure – ipotesi, forse, di più immediata percezione e di più comune esperienza – potrebbe darsi il caso della donna la quale, pur sposatasi fertile e pur avendo vissuto in siffatta condizione fisica ampia

parte della sua stessa vita coniugale, a un certo momento del suo naturale «ciclo biologico» fosse entrata nella fase della c.d. menopausa, mentre il di lei marito (più giovine, si potrebbe pensare, ma non è affatto detto) versava ancora in condizioni di piena fertilità, sia da un punto di vista endocrinologico, che da un punto di vista più generale (con riguardo, cioè, alle generali condizioni fisiche di lui, e alla loro idoneità al compimento degl'atti funzionalmente idonei a porre le premesse della procreazione): anche in questo caso, invero, dovrebbe e deve (!) dirsi che la perdita del naturale «potere fisico-fisiologico», da parte della donna, di accedere alla procreazione, determini un'immediata e oggettiva caducazione, di lei, dal suo diritto di porre in essere gl'atti necessari ai fini della procreazione medesima, col conseguente venire meno, in modo altrettanto necessario, inevitabile e immediato, in capo alla coppia da lei stessa (co-)formata, dello medesimo potere e dello medesimo diritto, *ergo*... colla conseguente perdita del potere e del diritto *de quo* anche da parte del di lei marito e ciò... proprio in forza della naturale unità logica, ontologica e anche fisica, della coppia stessa, in riferimento al fenomeno della procreazione letto e analizzato, sia come fatto in sé, che come diritto dell'uomo e della donna nella/della coppia. Come la moglie di prima, infatti, il marito di adesso forma «la» coppia (non una *ex plurimis*, ma quella ben determinata) – più correttamente dovremmo dire «la» famiglia (anche qui... non una *ex multis*, ma quella che è in quanto tale) – assieme e non solamente accanto (!) al proprio coniuge e assieme, non solo accanto, al proprio coniuge concorre a definire quella che è la condizione oggettiva della coppia stessa e quelli che sono i reciproci presupposti, innanzitutto fattuali e bio-fisiologici, del diritto di ciascheduno e di entrambe, *in unum*, di accedere, giuocoforza assieme, (nei/coi fatti) alla genitorialità. Ambedue le fattispecie, insomma, quella del marito divenuto fisiologicamente sterile e quella della moglie arrivata alla naturale «fase biologica» del climaterio, pur avendo «invertiti» i capi



d'imputazione causale del fenomeno rilevante, trovano identica e speculare soluzione giuridico-razionale. Nelle due ipotesi testé paventate, considerando sia la posizione dell'uomo che quella della donna, in riferimento all'intervenuta infertilità fisiologica di uno di essi in un momento successivo rispetto alla formazione della loro unità coniugale (diamo per scontato, infatti, che la coppia in parola sia una famiglia... vedremo meglio in appresso il significato di quest'aspetto essenziale), allora, ben potrebbe/dovrebbe dirsi che il rapporto di coppia, originariamente caratterizzato dalla fisiologica fertilità, derivante dall'altrettanto fisiologica fertilità dei due componenti la coppia medesima, è venuto a caratterizzarsi naturalmente per una fisiologica e normale infertilità, parimenti derivata dalla infertilità fisiologica dell'uomo o della donna, anche se non di entrambe contemporaneamente. Di talché... è da registrare come il diritto a porre in essere gl'atti necessari ai fini della procreazione sia effettivamente venuto meno, nell'ambito della coppia divenuta sterile, per ambedue i suoi membri – come prima sussisteva, se sussisteva, per tutti e due, ovviamente – e ciò... dato il venire meno del (presupposto) relativo potere fisico-fisiologico da parte di uno di essi: siffatto diritto, invero, prima c'era (ed era per entrambe, sussistendo, ovviamente, il presupposto di coppia, ammesso che esso sussistesse nella sua giuridica, razionale e umana validità ontologica), dacché sussisteva, contemporaneamente in capo ai due componenti la coppia medesima, il presupposto della capacità fisica a porre in essere le condotte necessarie ai fini della procreazione e poi è venuto naturalmente a mancare, in forza del decadimento fisico, fisiologicamente/naturalmente dovuto all'avanzare dell'età dell'uomo o della donna, il quale ha oggettivamente modificato, per la coppia in sé e pei suoi due componenti, quella situazione di fatto nel cui essere e nel cui manifestarsi – ricordando la riflessione di prima – deve individuarsi e cogliersi la «fonte», o, meglio, il fondamento oggettivo e naturale del diritto

in parola. Come a dire, allora, che il sorgere della fisiologica infertilità dell'uomo o della donna ha compromesso la capacità fisica di entrambe i componenti la coppia di procreare, determinando, così, la caducazione immediata del presupposto fattuale da cui il diritto *de quo* nasce e ha logica scaturigine (oltrech  nella condizione di coppia, ma questo   un discorso diverso, ovviamente)... nell'oggettivit  e nella razionalit  del suo proprio essere legato alla e dipendente dalla *natura rerum* o, per meglio dire, *natura familiae*.

##### **5) Segue. Intimit , fertilit /infertilit  e attitudine procreativa: il «significato» della dimensione umano-giuridica della coppia.**

Da tutto il ragionamento disviluppato e proposto all'attenzione del nostro Lettore – epilogando il discorso – tosto deriva che la disciplina giuridico-razionale dell'infertilit  non pu  che essere definita principiando dal presupposto in virt  del quale l'infertilit  stessa   e non pu  non essere... «della» coppia, a nulla<sup>150</sup> rilevando ch'essa sia genetica, rispetto al sorgere e al formarsi della coppia medesima, o ch'essa sopraggiunga in un momento successivo, eppertanto in costanza di rapporto (*id est*, del rapporto di coppia): la disciplina dell'infertilit  (di/)della coppia,<sup>151</sup> allora, in quanto

---

<sup>150</sup> Invero... la natura e il momento genetico della incapacit  a procreare potrebbero rilevare con riguardo alla validit  del vincolo formativo della coppia, vale a dire... che potrebbero avere un certo peso nell'ambito non del diritto a procreare della coppia, quanto piuttosto in riferimento alla sussistenza, o meno, di una coppia propriamente detta e capace, *in se*, di integrare gl'estremi del vincolo naturale-familiare che, solo, pu  rendere avverata e operativa quella condizione di coppia la quale, assieme e contemporaneamente alle condizioni personali dei due componenti la coppia medesima, rappresenta il presupposto naturale per la sussistenza del diritto in parola, vale a dire... del diritto proprio dell'uomo e della donna e/perch  comune a entrambe di porre le premesse per la legittima procreazione umana.

<sup>151</sup> Vedremo in appresso, nel Testo, sia pure per brevi cenni che ogni «forma» di infertilit  s'invera in una infertilit  della coppia, cos  come la fertilit , se  ,   della copia, dacch ...   solamente nell'ambito della coppia che la fertilit  o l'infertilit  ha modo di esprimersi e di rilevare in quanto tale, tuttavia... nel contesto (delicato assai) dell'infertilit  della coppia, oltre a quella che trova cagione in seno alla sterilit  di uno dei due componenti la coppia medesima, v'  quella che proprio deriva – se cos  possiamo dire – dalla coppia in s , vale a dire... che

disciplina dell'unico (!) «modo» in cui l'infertilità stessa possa esprimersi – vedremo di enucleare meglio, tra qualche rigo, il fondamento di quest'osservazione – si sostanzia sempre e necessariamente nella «presa di coscienza» (*ex ipso facto oritur ius!*) di uno stato di fatto naturale e imm modificabile (senza recare nocumento alle persone, ovviamente) – se trattasi di infertilità *lato sensu* fisiologica, ovviamente – dal quale deriva una condizione oggettiva e normale della coppia medesima, eppertanto una condizione reciprocamente e vicendevolmente propria di ciascheduno dei due componenti (la coppia *de qua*) di essa; la quale condizione, invero, è definibile e dev'essere definita proprio nella radicale assenza, o nel altrettanto radicale venire meno, a seconda dei casi (impotenza di/della coppia originaria o sopravvenuta), del «potere → diritto», di entrambe, di accedere alla genitorialità o, per meglio dire, del «potere → diritto», di entrambe, di porre in essere gl'atti necessari e oggettivamente funzionali ai fini della procreazione umana... col precipuo scopo procreativo, questo è chiaro. Un tanto, allora – com'è ovvio – va considerato a prescindere dal fatto in virtù del quale la cagione remota – pratico-eziologica, per così dire – dell'infertilità *de qua* alberghi nelle condizioni fisiche di uno solo o di entrambe i componenti la coppia in parola: quest'ultima, infatti, con

---

potrebbe darsi l'ipotesi in cui i due componenti la coppia si trovino entrambe nelle condizioni fisiche per potere proficuamente porre in essere gl'atti funzionali alla procreazione, ma, come coppia, non riescano a raggiungere il fine procreativo al quale essi stessi tendono; in questo caso, allora, dovrebbe propriamente parlarsi di infertilità «di» coppia, proprio in quanto essa stessa resterebbe legata non già alla funzionalità dell'organismo di uno o dell'altro componente la coppia medesima, ma proprio all'inattitudine a procreare della coppia come coppia. Questo discorso – si badi molto bene – non smentisce ma addirittura rafforza la nostra tesi, in ragione della quale noi stessi abbiamo sottolineato come la fertilità e l'infertilità abbiano modo di essere intese solamente nell'ambito del contesto di coppia ove possono fattualmente – e se del caso anche giuridicamente – realizzarsi gl'atti aperti, se non addirittura tesi all'evento procreativo. Ne deriva, allora, per tutta conseguenza, che anche il soggetto astrattamente fertile, il quale formi una coppia con un altro soggetto parimenti fertile, in astratto, possa essere effettivamente e concretamente sterile, in quanto la coppia che egli medesimo concorre a formare, per ragioni più o meno esplicabili da un punto di vista tecnico-scientifico, sia una coppia sterile, vale a dire... una coppia incapace di porre (concretamente) in essere gl'atti teleologicamente aperti e diretti alla procreazione. Ciò, ovviamente, non ha nulla a che fare – come direbbero i semplici – colla capacità meccanica dei soggetti *de quibus* di vivere secondo natura e secondo passione la loro intimità di coppia.

riguardo alla questione *lato sensu* procreativa, deve giuocoforza essere considerata nella sua ontologica e strutturale «unità», data proprio dall'essere in sé dell'unione (virtualmente procreativa) dei due soggetti considerati e dalla necessità/naturalità di essa con riguardo al fine cui naturalmente possono o non possono tendere (*id est*, con riguardo alla procreazione di cui trattasi). Tutt'altra questione, invero – lo ribadiamo per chiarezza espositiva e per evitare inutili equivoci – è quella che concerne il «potere ← diritto» alla c.d. intimità di coppia, eppertanto al compimento degli atti naturalmente e umanamente funzionali a soddisfare le legittime e razionali (se legittime e razionali, ovviamente!) pretese, in tale senso, dell'uomo e della donna che punto formano la coppia in parola: la questione è sottile, ma non per questo pretestuosa o vacua. Vediamo di svolgerla un poco, allora, e di chiarirne i principii. È ben vero, infatti, che da un punto di vista eminentemente «materiale e fisico» – *ictu oculi* – l'intimità di coppia possa anche tradursi nel compimento di «azioni» e/o di condotte latamente riconducibili a quelle necessarie ai fini della procreazione umana, ma – questo è il punto – un conto è porre in essere le azioni siffatte coll'*animus* di chi sa trovarsi nella condizione di fatto e di diritto che lo legittima ad ambire alla procreazione e nel caso in cui questa non abbia a verificarsi spontaneamente, lo legittima a ricorrere a una terapia medica – se possibile, razionale e umana, ovviamente – la quale, altrettanto legittimamente, cerchi di curare l'eventuale patologia (impediente l'atto aperto alla procreazione) e di ripristinare, di conseguenza, nel corpo malato, l'ordine della fisiologia e un conto tutt'affatto diverso è porre in essere gl'atti in parola nella consapevolezza di avere sì il diritto di compierli (immediatamente), ma... solo sotto il profilo del diritto alla mera intimità di coppia, eppertanto, solamente entro i limiti fisiologici che l'organismo dell'uomo e quello della donna effettivamente e contingentemente esprimono, senza che al diritto in parola, dunque, consegua o possa/debba conseguire un analogo e

«complementare» diritto di accedere, qualora il fisico non rispondesse alle pulsioni della volontà e della passione, a pratiche cliniche che tentino di ingenerare, in esso, le funzionalità oramai non più proprie di lui; questo, ovviamente, sia nell'ottica di ripristinare la funzione procreativa fisiologicamente perduta e (pertanto) giuridicamente non (più) appartenente ai soggetti stessi, sia – *a fortiori, a maiori ad minus* – in quella di ripristinare la mera funzionalità meccanica dell'organismo medesimo, pel mero conseguimento del «piacere fisico-intimo» della coppia, fine a sé stesso. Non è, questa – si badi bene – una questione di squisita sofistica, né è una forma di superfetazione argomentativa che si (auto-)compiace di enucleare i cavilli dell'Azzeccagarbugli manzoniano, ma è una questione tutt'affatto sostanziale e rilevante – almeno secondo la nostra sensibilità – imperocché altro è avere (o postulare) il diritto alla intimità di coppia, il quale è sempre e necessariamente proprio dei componenti la coppia in parola, se e in quanto coppia legittima, ovviamente e in questo caso il diritto *de quo* sussiste, in capo alla coppia stessa, dalla sua origine come coppia, alla sua (naturale) disgregazione e sussiste – sia ben chiaro – secondo il potere e secondo le potenzialità fisiche dell'organismo proprio dell'uomo e della donna (e quindi... entro i limiti fisici [fisiologici] di esso) e altro, tutt'altro, è avere (o postulare) il diritto di accedere alla procreazione, mercé gl'atti fisici a essa teleologicamente funzionali: se è ben vero, infatti, che questo secondo diritto postula e presuppone<sup>152</sup> necessariamente e inevitabilmente il primo, dacché

---

<sup>152</sup> Forse, più correttamente, dovremmo dire che il diritto a realizzare le premesse per la procreazioni implica – non presuppone, quindi – il diritto all'intimità di coppia e ciò... in una sorta di priorità logica e concettuale del primo rispetto al secondo: vero è, infatti, che la natura e la funzione ontologica – per così dire – della coppia, è e resta proprio quella di essere virtualmente aperta alla procreazione e di tendere a essa, come al proprio fine naturale, quindi... il diritto alla intimità tra i componenti la coppia deve ritenersi, pur separato e separabile su di un piano concettuale e anche pratico-operativo, rispetto a quello di (porre le premesse per) procreare, comunque servente o, meglio, funzionale a esso. Ovviamente – si badi bene – trattasi di un'ancillarità non assoluta, non tale per cui, cioè, il venire meno del diritto a compiere gl'atti virtualmente procreativi, determini *ipso facto et ipso iure* il conseguente venire meno anche del diritto alla intimità di coppia, questo no: il diritto alla intimità di coppia, infatti, è un diritto legato alla natura stessa della coppia, al di là della sua precipua funzione procreativa, ma

non può darsi diritto al compimento degl'atti in parola, senza diritto all'unione e all'intimità coniugale, è altrettanto vero e per certi versi lapalissiano che il primo diritto citato, vale a dire quello che ha a oggetto l'intimità di coppia e gl'atti attraverso i quali essa (intimità) si-fa palese tra l'uomo e la donna, non postula, né implica necessariamente il secondo. Basti considerare il caso vieppiù possibile della coppia sterile, la quale, *coeteris paribus*, è (se è, ovviamente) coppia legittima, di talché... i suoi due componenti sono legittimamente/naturalmente/razionalmente/liberamente titolari del diritto alla loro propria (naturale/umana/razionale/libera) intimità di coppia, quindi... essi sono irrefutabilmente titolari del diritto al compimento (sempre naturale/razionale/umano) degl'atti che l'intimità stessa implica, tuttavia... rileva palesemente che la condizione fisiologico-oggettiva di essi nei loro stessi organismi e quindi della coppia ch'essi stessi formano *in actu*, non consente di ritenere loro altrettanto titolari del diritto di accedere alla procreazione, eppertanto del diritto di compire, con questo scopo e in quest'ottica, gl'atti che a essa sono teleologicamente funzionali e ciò – si badi bene – sia in chiave «ordinaria» e «immediata», vale a dire secondo l'inclinazione e la struttura fisica dei due componenti la coppia in parola, sia in chiave «straordinaria» e «mediata» *id est*, ricorrendo a una pratica clinico-medica, la quale tenda a sopperire alle eventuali deficienze – in questo caso non patologiche, ovviamente – di uno o di entrambe i componenti la coppia medesima. L'intimità di coppia e il diritto a essa, insomma, non possono essere confusi coll'atto virtualmente procreativo e

---

certamente... se questo diritto c'è e se trova la sua dimensione, logica e naturale in un tempo, nella costituzione stessa della coppia e nella natura stessa dell'essere umano – non diremo in guisa di mero vestimento giuridico a un *rimedium concupiscentiae* purchessia, ma certamente in risposta a quelle che sono le normali pulsioni (sia pure sempre dominate e dominabili dalla ragione o anima razionale) della persona – esso, come diritto, pur germina nel solco tracciato col vomere del diritto a porre le premesse per procreare, dacché è proprio e segnatamente questo il suo «principale» movente funzionale (anche in chiave evolucionistico-darwiniana), il secondo movente, peraltro riconducibile pur sempre al primo o agl'effetti di esso (vale a dire... alla cura della prole), è senz'altro rappresentato dall'unità e dall'unione fisico-affettivo-intima della coppia medesima, nella sua indissolubile continuità.

col diritto di compierlo e ciò... per quanto, su di un piano eminentemente pratico, possa essere financo difficile definirne il crinale discretivo; nondimeno rileva, innanzitutto da un punto di vista logico-concettuale, eppertanto giuridico, che l'intimità di coppia ha modo di palesarsi in una coorte di «attività» e di «effusioni», tra l'uomo e la donna, nell'ambito delle quali può certamente rientrare e senz'altro rientra anche il citato atto aperto alla procreazione, ma esso non l'esaurisce né rappresenta la *condicio sine qua non*, su di un piano fattuale, dell'esercizio del diritto in parola. Parlare, dunque, di un diritto alla intimità di coppia e al compimento degli atti ch'essa stessa presuppone, discernendolo dal diverso diritto a realizzare le fattispecie concrete tendenti all'evento procreativo, significa operare una distinzione logica, basata sulla *natura rerum*, la quale riconosce, o cerca di riconoscere, la dignità teoretica, filosofia e razionale, in un tempo, sia dei soggetti che compongono la coppia, singolarmente considerati come esseri umani (giuridicamente capaci, *id est* come soggetti «di» diritto), sia della coppia stessa nella sua unità e nella sua natura di coppia umana, vale a dire... nella sua unità e nella sua natura di famiglia «in sé» (*id est*, di famiglia nel suo essere-in-sé) e non già di mera occasione d'incontro estemporaneo e disordinato tra due persone purchessiano o, meglio, tra le volontà contingenti e capricciose di esse. È mestieri di rilevare, infatti, che la formazione della coppia, (se e) in quanto formazione di una coppia umana, vale a dire di una famiglia (!) composta da un uomo e da una donna – ma vedremo meglio, più avanti, questi aspetti e il loro fondamento – dà vita a un contesto naturale, *ex se* attributivo, ai componenti di esso, del diritto a compiere gl'atti relativi alla «gestione» di quella che abbiamo chiamato «intimità di coppia», vale a dire... che l'essere-in-sé di una coppia umana (*id est*, di una famiglia) esprime *ut natura* il diritto, proprio di ciascheduno dei soggetti che tale coppia concorre a formare, eppertanto ontologicamente comune ad ambedue, di determinare assieme (non meramente accanto!) la

reciproca, comune volontà di vivere umanamente l'intimità del loro rapporto. In altri termini, allora, potremmo dire che quivi si compendia – per usare un'espressione «in linea» col generale tema del nostro Lavoro – il diritto di autodeterminazione della coppia umana come coppia umana (quale diritto in sé, di autodeterminazione in sé) e quindi, possiamo dire che quivi si compendia, giuocoforza, il riconoscimento, attraverso di essa (*id est*, «per» essa, nel suo essere ontico), ai suoi due componenti, del diritto alla intimità mutualmente reciproca, in seno alla realtà che loro medesimi hanno umanamente formato. Non si tratta, ovviamente, di riconoscere ai due componenti la doppia il «diritto volitivo» a fare, nell'intimo del rapporto che li unisce, tutto ciò che essi stessi vogliono o possono passionalmente volere, ma si tratta, invece, di riconoscere il loro naturale diritto ad avere un intimo rapporto umano, *id est*... un rapporto che, nell'intimità di esso, palesa, secondo le comuni e reciproche inclinazioni dei soggetti, il razionale, umano e libero, quindi giuridico, desiderio di loro di vivere come coppia, come coppia umana *ex se* latrice di una natura regolativa e normativa delle stesse condotte dei suoi due componenti. Un tanto rileva massimamente – si badi bene – proprio perché il diritto in parola dipende e quindi promana, nel suo essere e nei suoi limiti, solamente dallo «essere» della coppia o, in altri termini, dalla coppia come realtà umana/naturale in-essere e non già come mera giustapposizione volontaristico-effettivo-contingente di due enti i quali, nella/colla loro vicinanza meramente eventuale e tutt'affatto (solo) effettiva, ma non reale, ambiscono (assurdamente) a inverare una condizione volontaristicamente ritenuta capace di soddisfare il loro capriccio del momento. Certamente – lo diciamo a scanso di equivoci – la coppia si forma, come coppia di due soggetti, (anche) per effetto della mutua volontà di entrambe (altrimenti si potrebbe avere una mera comunanza forzata degli spazi), ma... non è questa volontà in sé a determinare l'essere della coppia come coppia umana, come famiglia naturale, come realtà, infine, dalla quale



hanno a scaturire, pei soggetti *de quibus*, i diritti di cui stiamo parlando: infatti, è la natura dell'unione stessa a definirne lo statuto ontologico, è la natura del «contesto» formatosi tra(/con) un uomo e una donna che fa, di quest'unione, una famiglia in sé – se essa è effettivamente tale<sup>153</sup> – è la natura dell'unione stessa, in definitiva, che inverte il presupposto naturale, concettuale, morale, logico e giuridico dei diritti in parola, così differenziandosi ontologicamente da ogn'altro contesto e da ogn'altra «realtà diversa», pur latrice – se del caso, ovviamente – di diversi diritti o addirittura di nessun diritto. Ecco dunque che la coppia umana, proprio nel suo formar-si come coppia *in se* e nel suo essere qualche cosa di ontologicamente diverso rispetto a una mera vicinanza geografica tra enti soggettivi, ovvero rispetto a una relazione contrattuale purchessia, dà vita a una realtà d'onde promanano peculiari e tutt'affatto caratteristici diritti e doveri, determinati dalla sua stessa natura e giuocoforza impossibili da rinvenire fuori di essa, *id est...* in un contesto oggettivamente diverso da quello in parola; si tratta, evidentemente, di diritti e di doveri che rilevano non solo pei componenti la coppia stessa, ma anche per chi altri abbia a rapportarsi con essa e coi soggetti che la formano. È, dunque, questa realtà ontologica della coppia, che esprime e che definisce oggettivamente il citato diritto alla intimità di coppia, *sub specie* di diritto dell'uomo e della donna che la formano, di compiere, tra di loro, senza interferenze eteronome, quegli atti umani, liberi e razionali i quali siano, ovviamente, coerenti coll'umanità, colla libertà e colla razionalità del vincolo stesso e i quali abbiano bell'agio di inverare il comune e reciproco diritto alla

---

<sup>153</sup> Gli stessi soggetti, infatti, in un contesto diverso e con diverse premesse, pur poste da loro stessi, secondo le reciproche volontà e secondo i reciproci interessi, potrebbero dare luogo a una società commerciale, a una associazione, a un vincolo contrattuale in genere, a un concorso nel reato *et similia*: la causa dell'unione eppertanto la natura di essa, non potrebb'essere quella della coppia umana, della famiglia in sé, ma sarebbe, a seconda dei casi, quella propria del rapporto instaurato; conseguentemente... la disciplina di esso sarebbe o dovrebbe essere conforme alla sua stessa natura.

determinazione soggettiva della loro volontà altrettanto umana, altrettanto libera e altrettanto razionale.

Se fino a questo punto, allora, i termini del ragionamento sono chiari e se la disamina delle fattispecie è stata sufficientemente logica e conseguente in sé, ora non può non comprendersi come il diritto alla intimità di coppia, quale diritto dei componenti la coppia stessa di vivere la loro relazione personale, confidenziale e intima, innanzitutto secondo natura e conseguentemente secondo la natura della loro (assiologicamente) umana volontà,<sup>154</sup> rappresenti un *quid* di ontologicamente diverso rispetto al diritto degli stessi di porre in essere gl'atti virtualmente aperti alla procreazione (in quanto tali): entrambe questi diritti – si badi bene – allignano certamente nella essenza umana, razionale e libera della coppia in parola, ma... mentre il primo, non sostanziandosi in qualche cosa di teleologicamente diretto a un fine specifico (e ultroneo, potremmo dire), per il quale occorranzo determinate capacità dell'organismo, non richiede peculiari caratteristiche fisiche dei soggetti *de quibus*, ben potendo essere «legittimamente esercitato» in diverse guise, quelle – per intenderci – che il fisico stesso dei due

---

<sup>154</sup> È del tutto ovvio e finanche scontato che noi, quivi, ben facciamo riferimento a una volontà assiologicamente qualificata dalla umanità, vale a dire che noi facciamo riferimento a una volontà libera perché «umanamente libera», ovverosia... perché libera nel modo in cui l'essere umano, per sua natura, può e deve essere libero. Ciò detto, rileva immediatamente che noi rifuggiamo e teniamo a debita distanza – come dicono i semplici – ogni più lata ipotesi che contempli una forma di (non-)libertà riconducibile alla c.d. libertà negativa, *id est* alla libertà non definita secondo i paradigmi oggettivi dell'umanità, ma definita in termini tutt'affatto assoluti, secondo la più autentica, impulsiva e irrazionale volontà del soggetto-per-sé-volente, ma non volente-in-sé, vale a dire... del soggetto volente in quanto capace di volontà heideggerianamente autentica, ma non volente in quanto uomo, in quanto persona *naturae rationalis*, la quale vuole con ragione e nella ragione della sua stessa essenza di essere umano (libero, responsabile, razionale *ut natura*). Ne consegue, allora, che la volontà umana non è – e qui richiamiamo i primi discorsi di questo Lavoro, proposti molte pagine addietro – una volontà purchessia, essa non è, cioè, una volontà voluta perché voluta passionalmente, ma è una volontà che certamente incontra l'interesse e fors'anche la passione del *subiectum volens* e alla soddisfazione di essi tende, evidentemente, ma – questo è il punto archimedeo del nostro ragionamento – essa trova *aliunde* la sua più propria essenza: segnatamente, allora, essa trova, così la sua propria natura di volontà umano, come la sua propria dignità di volontà libera (*id est*, umanamente libera) e il suo proprio valore assiologico, nella ragione, nella razionalità dell'uomo che la guida e che la porta ad assecondare, su di un piano teleologico, tutte e sole quelle passioni e quelle inclinazioni, le quali siano effettivamente e oggettivamente proprie dell'uomo e/perché confacenti alla di lui natura.

componenti la coppia consente loro nell'*hic et nunc* del momento considerato; il secondo... nella sua strutturale e ontologica «tensione» al fenomeno procreativo, richiede, invece, *ut natura*, la sussistenza della capacità fisica, sia endocrinica che funzionale *tout-court*, di porre in essere gl'atti a ciò necessari e quindi... richiede *ipso facto* – potremmo dire – che sussista in capo al soggetto *de quo* (anzi... ai soggetti *de quibus*) la fisico-fisiologica possibilità(/capacità) di realizzarli fruttuosamente, attraverso l'uso normale del proprio corpo sano e «capace».<sup>155</sup> Tutto questo – ad avviso nostro – è (quasi autopticamente) chiaro ed è inequivocabile. Di talché... qualora mancasse (fisiologicamente), in uno solo o in ambedue i membri della coppia, il potere fisico in parola, nulla, nulla davvero legittimerebbe a ritenere sussistente, in capo agli stessi soggetti, il diritto di porre in essere gl'atti funzionali alla procreazione, dacché ne difetterebbe *ex funditus* il presupposto logico-fisiologico-funzionale, eppertanto, nella fattispecie *de qua*, nulla legittimerebbe a configurare, in/per essi, un ipoteticamente consequenziale diritto a strumentalizzare e a reificare il proprio corpo, al fine di «accessoriarlo» di (*recte*, al fine di imporgli) quelle provvidenza fisico-operative ch'esso non ha e ch'esso non può *naturaliter* avere, quindi... ch'esso non deve avere affatto. Si badi bene: il nostro *mos argumentandi* e con esso la nostra analisi, non sono funzionali a gabbellare per logico e per conseguente quello che, invece, altro non rappresenta se non un paralogismo inverantesi nella concatenazione artificiosa di elementi disomogenei, né mirano a «far passare» per fondamentale quello che è meramente accessorio, ma ambiscono, invece, a cogliere – *si licet uti*

---

<sup>155</sup> La salute e la capacità di procreare – come detto – sono «cose» diverse: un conto, infatti, è che l'organismo sia sano, cioè che esso sia ordinato secondo la fisiologica del suo essere reale e un conto diverso... è dire che l'organismo medesimo sia in grado, sia capace di procreare. Per avere quest'ultima «capacità», infatti, è necessario tanto che l'apparato riproduttivo del corpo umano presenti i caratteri della salute, quanto che esso presenti, nel contempo, quelli della fisiologica funzionalità nell'ordine dell'umana riproduzione e abbiamo veduto – lo rammenterà il Lettore – che i due profili non hanno a coincidere sempre e necessariamente, basti porre mente al caso della donna in istato di c.d. menopausa.

*grandibus exemplis in parvis...* – un’essenza di verità logia e giuridica, in un tempo, la quale alligna nella natura dello stesso essere-in-sé della coppia, eppertanto nella natura dei diritti facenti capo, in essa e in virtù di essa, reciprocamente e vicendevolmente, ai suoi due componenti. Ne deriva, allora – *more geometrico*, potremmo dire – che l’assenza, «nella» coppia, del diritto a porre in essere gl’atti funzionali alla procreazione, priva l’uomo e la donna del diritto a porre in essere gl’atti medesimi in quanto tali (!) e quindi... non consente affatto di configurare l’oggettiva impossibilità a realizzarli (*de facto*), in guisa d’un impedimento legittimamente superabile coll’accesso (illegittimo, irrazionale, antigiuridico, disumano) a pratiche tecniche che siano dirette al perseguimento della capacità *lato sensu* riproduttiva, intesa e considerata in alla stregua d’un mero obbiettivo operativo da raggiungere «a tutti i costi»<sup>156</sup> (vale a dire, «forzare» l’organismo affinché esso sia capace di realizzare gl’atti tendenti alla procreazione, pur non essendo, questi, proprii della sua stessa condizione normale e fisiologica). Questo ragionamento – si badi molto bene – pur complesso, palesa tutta la sua logicità interna, nell’economia del generale discorso ov’esso s’inserisce, inquantocché la carenza strutturale del diritto a

---

<sup>156</sup> L’ipotesi è quella dello sterile che volesse procreare «a tutti i costi», vale a dire... dello sterile che volesse strumentalizzare il proprio corpo al fine di ottenere, per mezzo di esso, un risultato arbitrariamente eletto, dalla sua volontà contingente, a fine precipuo del suo stesso essere o, per meglio dire, a fine precipuo del suo stesso voler-essere-per-sé, ma non in-sé, ovviamente. Si tratterebbe, cioè, di un obbiettivo arbitrariamente/assolutamente eletto al rango di risultato operativo, in quanto ritenuto, dal soggetto stesso, capace, se e quando raggiunto, di provocargli quello che potremmo immaginificamente, ma non impropriamente definire «piacere kantiano». Parliamo di «piacere kantiano» – si badi bene – a ragione veduta e cioè... con riferimento al fatto in virtù del quale fu proprio Emanuele Kant a dire che “ognuno può ricercare la sua felicità per la via che a lui sembra [più (nda)] buona” (KANT, *Sopra il detto comune “questo può essere giusto in teoria ma non vale per la pratica”* in BOBBIO FIRPO MATHIEU [a cura di], *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, [trad. it. Solari e Vidari], Torino, U.T.E.T., 1995, pag. 255) e così a legittimare qualunque via e qualunque mezzo vengano ritenuti, su di un piano eminentemente soggettiv(-istic-)o, buoni e giovevoli da parte dell’essere umano storico, il quale, *per se* ma non *in se*, li persegue nell’intento di realizzare la sua volontà assolutamente ed esclusivamente autentica, *id est* incondizionata e incondizionabile, dunque... radicalmente priva di ogni più lata forma di parametro e/o di criterio (anche solo operativo). Rimaniamo, insomma, nell’ambito del *volo quia volo* e del conseguente *ius quia volutum*.

porre in essere le premesse per procreare, in capo ai soggetti di cui trattasi, non (!) è determinata dall'imperio di una norma estranea a essi e al contesto «di coppia» ch'essi medesimi hanno formato ed effettivamente formano, non si tratta, cioè, di una «prescrizione eteronoma» che fa divieto di realizzare una tale condotta sulla base della mera *vis imperii* (vale a dire, sulla base della mera sovranità, sub specie di “supremazia interna”<sup>157</sup>), valida quanto quella ipoteticamente contraria a essa, ma si tratta, propriamente, di una *regula in se*, di una regola, cioè, la quale ha ufficio di condensare nel suo essere-regola, il principio giuridico promanante dalla stessa natura del fatto considerato; si tratta, insomma, di una regola autonoma, potremmo dire... autonoma – si badi – non in quanto auto-data-si dal soggetto, ovviamente, ma in quanto auto-definita-si nella/colla di lui natura e nella/colla di lui condizione oggettiva; la regola in questione, infatti, scaturisce propriamente dalla stessa dimensione fisiologica dell'organismo (umano) dell'uomo e della donna, nell'ambito naturale coppia da essi medesimi formata in quanto coppia umana. La deficienza, dunque, nei soggetti in parola, del diritto a porre le premesse per procreare, d'onde ha da trarsi l'impossibilità (giuridica, morale, logica e umana) di ritenere superabile l'impedimento a realizzare gl'atti «della» procreazione con lo scopo precipuo di essa, mercé il ricorso a una qualche tecnica scientifico-galileiana a ciò servente (*rectius*, asservita-si), deriva – questo è *l'ubi consistam* del ragionamento – da quella

---

<sup>157</sup> È nota – lo ricordiamo quasi *ad abundantiam* – la definizione di Giandomenico Falcon, giusta la quale “la sovranità significa [...] in primo luogo, una supremazia nei confronti di ogni altro soggetto o organizzazione operante nel territorio statale. Non, ovviamente, che non possano esistere organizzazioni diverse dall'istituzione statale; ma lo Stato non sarebbe realmente sovrano se non riuscisse a determinare le condizioni alle quali esse possono esistere ed i modi nei quali esse possono operare, ed a colpire eventuali trasgressioni in modo mediamente efficace” (FALCON, *Lineamenti di diritto pubblico*, Padova, C.E.D.A.M., 1993, pag. 110). Resta del tutto palese l'ipoteca bodiniana che porta l'Autore – ma con lui la *communis opinio* della giuspubblicistica moderna (moderna in senso sia storico che assiologico...) – a ritenere la sovranità, quale elemento (co-)costitutivo dello stato, alla stregua della *summa legibusque soluta potestas*, vale a dire... alla stregua d'un potere supremo e tutt'affatto autoreferenziale, il quale è e si auto-legittima in virtù della sua stessa effettività contingente. Ovviamente... quest'impostazione disumana, irrazionale, anti-storica *et coetera* non risponde e non può rispondere alla provocazione di Sant'Agostino, quando si domanda “*remota iustitia quid sunt regna nisi magna latrocinia?*”).

stessa (!) condizione fisico-fisiologica dei soggetti, la quale s'invera nella fisiologica sterilità di uno solo o di entrambe, talché... alla luce di siffatta sterilità (fisiologico-normale), i componenti la coppia in parola non possono oggettivamente/razionalmente ritenersi, né possono (altrettanto oggettivamente e razionalmente) essere ritenuti titolari del diritto a porre le premesse per la procreazione: “*naturae non consonat, a iure communi deviat aequitatis rationibus non consentit*”, per usare la nota formola che Federico II usò nell'esame e nella critica della pratica del duello.<sup>158</sup>

---

<sup>158</sup> FEDERICO II, *Constitutionum regni siciliarum*, Libro III, Napoli, Sumptibus Antonii Cervonii, 1773, pag. 261.

## CAPITOLO QUARTO

### DELL'AUTODETERMINAZIONE FAMILIARE.

#### 1) La famiglia: il «suo» essere, il «suo» dovere-essere, il «suo» diritto.

Il «cerchio argomentativo», insomma, si conchiude là dove è principiato: vale a dire ch'esso si conchiude nell'oggettività della natura umana e della condizione fisiologica del soggetto e ciò, ovviamente, nell'ambito concettuale e fisico in un tempo, della coppia alla quale il soggetto stesso naturalmente ( $\leftrightarrow$  umanamente) partiene, se e in quanto vi partenga *ut natura*... questo è chiaro. Assodato un tanto, allora, non può che ritenersi rilevante e ognorpiù dirimente – con riguardo a tutto il discorso presentato all'attenzione del Lettore – non già in forma prevalente, ma addirittura in forma esclusiva, il solo «essere reale» della condizione fisiologica <sup>a</sup> dei soggetti coinvolti nella(/dalla) coppia che essi medesimi formano e <sup>b</sup> della coppia stessa, imperocché... solamente siffatta condizione naturale della persona e della («sua») famiglia, nel suo ordine oggettivo e nel suo essere naturalmente ordinata secondo il «principio naturale» che l'informa, definisce (*coeteris paribus*) i giusti criterii e i giusti limiti di «legittimità» delle posizioni personali e giuridiche dei soggetti *de quibus* e delle condotte da essi tenute, con riguardo al contesto in disamina. Ovviamente – riprendendo ed epilogando il discorso di prima – da tutta l'analisi disviluppata ben s'osserva che la carenza del diritto a realizzare gl'atti teleologicamente orientati ai fini della procreazione umana (con lo scopo precipuamente procreativo) e la conseguente carenza della legittimazione giuridico-morale a «superare» l'impedimento che è oggettivamente e fattualmente ostativo rispetto alla configurazione del

diritto *de quo*, non fanno venire meno e non possono certo fare venire meno, in capo ai soggetti di cui trattasi, il diverso (!) – anche se non del tutto estraneo e avulso – diritto ad avere una loro intimità di coppia e a viverla (purché umanamente e razionalmente e liberamente) secondo le loro proprie personali inclinazioni e passioni (umane e legittime), nei limiti, giuocoforza, delle potenzialità e delle «capacità operative» dei rispettivi organismi fisici e nei limiti di ciò che è opportuno e confacente alla natura umano-razionale di essi e della coppia ch'essi medesimi concorrono a (co-)formare: il fondamento di questo diritto all'intimità di coppia, infatti, alligna nella natura giuridica, razionale, umana e libera della coppia stessa, come coppia umana, eppertanto come famiglia... tanto basta a renderlo sussistente (in capo ai coniugi) in tutto il suo più ampio spettro di (legittime/razionali/libere/umane) opzioni attuative, punto rimesse alle libere/razionali/umane scelte dei coniugi relative all'autodeterminazione di sé e alla determinazione libera della propria (comune) vita coniugale. Il diritto prima cennato, invece, vale a dire quello a porre le premesse fattuali per la procreazione, con lo scopo precipuamente procreativo, oltre ad allignare nello medesimo presupposto «di coppia», alligna anche e necessariamente nella coessente, naturale e fisiologica capacità in tale senso degli organismi (*id est*, dei corpi) di ambedue i componenti la coppia in parola, di talché... per dirsi sussistente, esso abbisogna di entrambe i requisiti citati, vale a dire che il diritto *de quo*, per essere «nei/dei» soggetti in parola e per partenere loro (*ut natura*), abbisogna di un *quid pluris* rispetto a quel diritto subiettivo di essi che li tutela e che li garantisce nella mera intimità del loro rapporto e ciò – si badi molto bene – è tutt'affatto logico, imperocché un cotale diritto rappresenta e definisce (anche per le conseguenze *ultra partes* dell'esercizio di esso) qualche cosa di diverso e di viemaggiore rispetto a quello che tutela/garantisce la «mera» natura del rapporto di coppia in sé, vale a dire... in quanto coppia umanamente unita



mercé la c.d. *affectio coniugalis*. Il diritto di (porre le premesse per) procreare, infatti, ha a oggetto non (solo) l'essere della coppia, come coppia e il perdurare (naturale) del «suo» vincolo tra i coniugi, ma (soprattutto) l'essere, nella coppia, della sua funzione naturale, se e in quanto sussistente nel caso concretamente considerato mercé la direzione teleologica alla quale essa è – se è – naturalmente(/fisiologicamente) vocata. Il *quid pluris* in questione, allora, è determinato e non può non essere determinato proprio dalla fisiologica condizione della fertilità dei soggetti in parola, *sub specie* di loro concreta e attuale attitudine a (porre le premesse per) procreare... come coppia: ciò solo consente di «completare» – per così dire – il diritto che comunque i soggetti in parola avrebbero e hanno, *coeteris paribus*, a vivere normalmente la loro vita intimo-familiare, coll'ulteriore, diverso ma connesso diritto di essi ad ambire (nei/coi fatti) al fenomeno naturale della procreazione, nel suo essere fine ultimo, τέλος, anche se non *condicio sine qua non*, della coppia/famiglia umana (*id est*, propria degli uomini). Abbiamo detto, infatti, che la carenza del «potere fisico(-fisiologico)» di porre in essere gl'atti diretti alla procreazione, nella loro precipua funzione (possibilmente, auspicabilmente) procreativa, determinata dalla fisiologica condizione dell'organismo di uno o di entrambe i componenti la copia, fa venire meno *ex se* il diritto (o impedisce ch'esso abbia a sorgere) di ambedue e presso ambedue i soggetti in parola di realizzare gl'atti *de quibus* con lo scopo procreativo (impregiudicata la sussistenza e la «dignità» morale e giuridica della coppia, ovviamente), quindi... non di realizzarli in assoluto, ma di realizzarli in virtù e in funzione della loro specifica attitudine alla procreazione, ai fini di perseguirla nei/coi fatti; dicemmo anche, poi, per tutta conseguenza, che un tanto determina la necessità di negare il diritto dei soggetti stessi all'accesso a «provvidenze» le quali abbiano ufficio di alterare le condizioni dei loro organismi, ai fini di renderli strumentalmente capaci, su di un piano eminentemente pratico-operativo, di compiere gl'atti

in parola e ciò... pur essendo vero e irrefutabile che questa «catena negativa» non infici e non possa affatto inficiare il diverso diritto, dell'uomo e della donna, alla c.d. intimità di coppia e al compimento degl'atti ch'essa (intimità) presuppone *in rebus humanis* (sulla base delle condizioni fisico-concrete dei soggetti storicamente considerati come coppia), ivi compresi quelli latamente riconducibili, su di un mero piano fisico-empirico, non dunque su quello teleologico-funzionale, al fenomeno procreativo. Quest'ultimo, invero, pur rimanendo e dovendo rimanere sempre e comunque «aperto» alla verifica concreta, anche quand'essa andrebbe (e di fatto va) esclusa per l'infertilità della coppia, nel caso in cui l'infertilità stessa impedisca di configurarlo alla stregua di un diritto subiettivo dei coniugi, presuppone e postula il compimento di atti umani naturalmente rientranti tra quelli che pur inverano l'intimità dell'uomo e della donna componenti il nucleo familiare di cui stiamo parlando; ebbene, si tratta di una coincidenza meramente fattuale e non già teleologica tra le condotte, per quanto... siffatta coincidenza, nel suo concreto fenomeno, non sia e non possa affatto essere ritenuta irrilevante. *In primis*, infatti, è mestieri di considerare che la coincidenza *de qua* postula di ritenere la coorte delle condotte rientranti nell'ambito della c.d. intimità di coppia, molto più «ampia» rispetto a quella nella quale ha agio d'esprimersi il mero fenomeno procreativo, di talché... le condotte funzionalmente dirette alla procreazione non esauriscono in sé stesse l'intimità della coppia, pur presupponendola. *In secundis*, rileva che il compimento degl'atti procreativi, anche quando abbiano a essere realizzati dalla coppia sterile, nel mero esercizio del diritto all'intimità, non possono trovare una loro estrinsecazione fattuale a prescindere dalla loro stessa (ipotetica) «vocazione naturale», eppertanto a prescindere dalla loro (sì virtuale e tutt'affatto ipotetica) naturale apertura alla procreazione, di talché... l'assenza del diritto a porre le premesse per procreare, data dalla carenza della fertilità fisiologica in capo alla coppia,

non legittima la coppia stessa a impedire meccanicamente anche una remotissima possibilità che il fenomeno fecondativo/procreativo abbia a verificarsi, imperocché un tanto significherebbe stravolgere il *proprium* ontologico e funzionale dell'atto stesso e porlo in essere a prescindere dal suo stesso *esse* storico. Non diremo – si badi bene – che l'atto in parola, meccanicamente impedito nel suo remoto effetto, verrebbe posto in essere *sine causa*, perché la causa ci sarebbe ed effettivamente essa alberga proprio nell'esercizio del diritto all'intimità di coppia, ma certamente dovremmo dire che esso verrebbe realizzato *contra naturam acti*, ovverosia in ispregio alla naturale vocazione dell'atto medesimo. Ne deriva, allora, che la carenza del diritto a procreare opera «in negativo» ma non «in positivo», vale a dire ch'essa opera, negativamente, impedendo ai componenti la coppia di strumentalizzare i loro organismi per ottenere un risultato (quello procreativo) del tutto innaturale, essa opera, insomma, come *longa manus* ideale e come causa specifica (nel contesto *de quo*), in un tempo, del divieto di abusare del proprio corpo per finalità di comodo (pel piacere fine a sé stesso), ma non opera positivamente, ovverosia essa non opera configurando in capo ai soggetti *de quibus* un perverso e infondato diritto al rifiuto assoluto della genitorialità, quand'essi ne volessero porre e di fatto ne ponessero in essere le premesse operative (ancorché non funzionali o remotissimamente funzionali). La coppia sterile, infine, se non ha il diritto di porre le premesse per procreare col fine specifico (!) della procreazione, data la sterilità dei suoi componenti e se ha il diritto all'intimità, data la natura di essa quale coppia umana/famiglia, non ha e non può affatto rivendicare il diritto di compiere gl'atti virtualmente funzionali alla procreazione, senza volerne accettare anche la più remota eventualità ch'essa abbia a verificarsi e anzi ostacolandola meccanicamente: tale eventualità, infatti, è e resta ontologicamente connessa e connaturata all'essere in sé degl'atti *de quibus*, onde la decisione verso il compimento di essi è e non può non essere una

decisione, o per meglio dire, un'apertura verso gl'effetti che ne potrebbero derivare, pur anche in una condizione di sterilità e di obiettiva impossibilità del loro verificarsi. La circostanza in virtù della quale gl'effetti in parola siano da escludere e anzi, il fatto che essi, su di un piano clinico-scientifico vadano proprio esclusi, è palese, data la sterilità di uno o di entrambe i componenti la coppia, tant'è... che tale condizione proprio impedisce di configurare il diritto (pretensivo-positivo) di essi a (porre le premesse per) procreare; altro, però, è l'ipotetico diritto (negativo-impeditivo) di apprestare guarentigie meccaniche al fine di scongiurare anche la più remota delle eventualità che il fenomeno procreativo abbia a verificarsi: questo sarebbe ognorpiù illecito, irrazionale e disumano, non solo in ossequio a una sorta di *favor procreationis* che è e che dev'essere ontologicamente radicato nella coppia, in quanto famiglia e nell'intimità di essa, ma principalmente perché questo pseudo-diritto a ostacolare la possibilità del fenomeno procreativo equivarrebbe a significare una «copertura» giuridico-morale alla volontà dell'atto, disgiunta dalla volontà/responsabilità degl'effetti (anche remotissimi) di esso, come a dire, con un ossimoro, che la volizione dell'atto possa essere «giuridicamente assoluta», *id est* giuridicamente slegata dalla responsabilità che l'atto medesimo porta in capo a chi «liberamente» lo compie... *quoad effectum*. Questa condizione giuridico-concettuale – si badi bene – non è propria solamente della coppia sterile, orba del diritto a (porre le premesse per) procreare e titolare del diritto alla intimità, ma è oggettivamente propria anche della coppia fertile, titolare giusta di entrambe i diritti e ciò... imperocché l'antigiuridicità dell'atto meccanicamente tendente a impedire il concepimento, nell'ambito della condotta a esso naturalmente aperta, non è data dalla condizione della coppia in parola, ma è oggettivamente determinata dallo statuto ontologico proprio dell'atto in parola e della sua naturale funzione.<sup>159</sup> Un siffatto impianto argomentativo,

---

<sup>159</sup> In questo caso – si badi – l'ipotesi paventata è solo apparentemente opposta rispetto a quella

---

ove venisse ipotizzata una sorta di meccanizzazione medico-chirurgico-farmacologica strumentale a forzare l'evento fecondativo, imperocché... se è vero che questa, rispetto a quella, è effettivamente diversa e addirittura antitetica da un punto di vista eminentemente pratico-materiale, dacché essa medesima si sostanzia nell'impedimento di ciò che con l'altra viene perseguito ardentemente, da un punto di vista logico e soprattutto teoretico, tale fattispecie si dimostra ed è tutt'affatto sovrapponibile all'altra e ciò, proprio in quanto anch'essa inverte il fenomeno della medesima tensione volontaristica a sovvertire l'ordine naturale delle cose, colla pretesa di imporre un disordine voluto dal *subiectum agens*, giusta il mero criterio del «suo» puro auto-volere hegeliano (*ergo*... senza criterio alcuno). Vale a dire che la fattispecie *de qua*, come la precedente, si definisce e si determina nella mera (pseudo-)legittimazione concettuale a fare, della *voluntas/voluptas* contingente il criterio, anzi... il solo criterio dell'agire dell'uomo, *rectius* dell'agire disumano proprio di un uomo disumanizzato, assolutamente auto-determinantesi *ex voluntate eius, etsi contra naturam (eius)*. Anzi: a ben guardare una siffatta impostazione (de-)concettuale espunge proprio e definitivamente il «problema» della natura, dell'essere-in-sé della persona e delle cose, riducendo tutto al rapporto tra volontà del soggetto e potere fisico-tecnico di attuarla *in rebus mundi* e ciò... ancorché essa (volontà) sia effettivamente/contingentemente contraria alla natura del soggetto in parola e quindi ancorché essa nuoccia al di lui fisico o lo porti a una condotta disumana, irrazionale, antiggiuridica e non-libera (nuocendogli, quindi, a quella che potremmo chiamare la sua anima o essenza di uomo). Il caso di specie, come cennato nel Testo, è quello del soggetto o, per meglio dire, dell'uomo e della donna della/nella coppia, i quali, anziché volere (irrazionalmente) compiere – come accadeva in seno alla precedente ipotesi – gl'atti tendenti alla procreazione, con lo scopo precipuo di realizzarla, pur essendo fisiologicamente sterili, vogliono compierli in vista dell'ottenimento di un fine diverso (*recte*, antitetico, opposto) rispetto a quello procreativo e ciò... ancorché la loro naturale condizione sia quella della fisiologica fertilità. In altri termini, allora, potremmo dire che in questo secondo caso i soggetti in parola intendono realizzare l'atto virtualmente procreativo e intendono, nel contempo, assurdamente e contraddittoriamente, impedire che il fenomeno procreativo cui l'atto stesso è naturalmente preordinato abbia a verificarsi o, meglio, abbia la naturale possibilità di verificarsi; come a dire, allora, che i soggetti in parola vogliono l'atto, ma non vogliono gl'effetti naturali di esso e quindi... come a dire che essi vogliono l'atto non in virtù della natura stessa dell'atto (che è procreativa *in se*), quanto piuttosto per la mera e autoreferenziale soddisfazione di una loro brama e/o di un loro desiderio tutt'affatto slegati dall'essere in sé delle cose (e anzi... da realizzare in ispregio alla stessa *natura rerum*), «delle cose» – si badi – non in generale... ma proprio di quelle che contingentemente intendono fare e fanno. Così come, allora, è assurdo, disumano, illogico e antiggiuridico che un soggetto abusi del proprio corpo fisiologicamente sterile, ingenerando in esso un «potenziale meccanicamente procreativo», al mero fine di soddisfare un suo astratto desiderio di genitorialità tutt'affatto *ab-solutus* rispetto alla effettività – anzi, alla realtà – della sua stessa condizione fisica, allo stesso modo è perimenti assurdo che un soggetto fisiologicamente fertile (tanto più se «inserito» in un contesto di coppia umano-familiare), intenda sì realizzare (per voluttà o libidine) gl'atti virtualmente aperti alla procreazione umana, ma non intenda accettarne la naturale vocazione (procreativa), eppertanto intenda realizzarli apprestando guarentigie e provvidenze, *lato sensu* meccaniche e tutt'affatto irrazionali, le quali abbiano bell'agio di impedire strumentalmente (!) che il fine eventuale/potenziale dell'atto in parola abbia a compiersi (*recte*, abbia la possibilità di compiersi) *naturaliter*. In tutti e due i casi mentovati, invero, non potrebbe che apprezzarsi una identica forma di reificazione del corpo umano – anche se diversa od opposta nel fenomeno – pel/col mero (biasimevole) scopo di soddisfare il piacere, vale a dire la *voluntas/voluptas* contingente del soggetto storico, il quale, in quest'ottica perversa, si-pretenderebbe signore e padrone assoluto non solo di sé e del «proprio» organismo, ma addirittura degli atti che egli stesso compie attraverso il corpo che pur (funzionalmente ma non strumentalmente) gli partine. Ovviamente – questo è del tutto chiaro, almeno ad avviso nostro – forzare la genitorialità quand'essa è innaturale, o forzatamente ostacolarla quando invece essa è (sarebbe o potrebbe essere) normale, rappresenta

---

l'inveramento di due condotte le quali, se da un lato tendono alla realizzazione fattuale di meri desideri, di mere «aspirazioni volitive» tutt'affatto diverse e anzi opposte tra loro, dall'altro pongono il medesimo «quesito teoretico», dacché l'*ubi consistam* della questione non muta pel mutare del «semplice» fenomeno empirico: si tratta pur sempre di dire, cioè, se l'uso fatto, da parte del soggetto storico, del suo corpo, sia legittimo o illegittimo, razionale o irrazionale, giuridico o antiggiuridico, giusta la natura del corpo stesso e giusta la natura delle funzioni fisiologiche sue proprie. Ebbene, impedire il compiersi della (apertura alla) procreazione naturale, o ingenerare una (forma di meccanica apertura alla) procreazione artificiale, contro l'ordine fisiologico della condizione umana e contro l'ordine naturale dell'organismo e degli atti che per esso hanno a essere compiuti, significa, allo stesso modo, così accogliere una visione tutt'affatto strumentale del corpo – da rifiutarsi *tout-court*, come già ampiamente detto – inteso alla stregua di un (mero) mezzo qualunque per ottenere un fine qualunque, come pretermettere, nell'azione e negl'obbiettivi di essa, la natura stessa dell'atto compiuto o da compiere. Il caso concretamente ipotizzabile nell'ambito del ragionamento che quivi interessa – per esemplificare i termini della questione – potebb'essere quello della coppia umana fisiologicamente fertile, per la fisiologica fertilità di ambedue i coniugi (vale a dire, dell'uomo e della donna), ovviamente, la quale pretendesse di avere diritto a compiere gl'atti tendenti alla procreazione, senza che la procreazione stessa abbia a potersi realizzare, vale a dire... che il caso potebb'essere quello della coppia fisiologicamente fertile, la quale rivendicasse un doppio, contemporaneo e antitetico «diritto volitivo»: quello a compiere gl'atti tendenti alla procreazione e quello a impedire meccanicamente/strumentalmente il fine procreativo di essi o, per meglio dire, quello a impedire che l'effetto procreativo stesso abbia la naturale possibilità di compiersi e di realizzarsi, come altrettanto naturale conseguenza dell'atto in parola; in altri termini, dunque, si tratta dell'ipotesi in cui la coppia in narrativa rivendichi il diritto volitivo a realizzare gl'atti tendenti alla procreazione per fini diversi da quelli ontologicamente propri di essi. Un caso, insomma, non così raro nell'esperienza peraltro, di rivendicazione del «diritto» all'eterogenesi dei fini... Al di là della battuta, ora, ben tosto rileva che si fa ognor palese la chimera di una rivendicazione *lato sensu* giuridica, *id est* di un'ipotesi di diritto subiettivo, la quale pretende di allignare nella mera volontà dei soggetti, pur essendo essa contraria, non a una prescrizione promanante da un sistema valoriale-razionale di riferimento – opportuna o inopportuna che sia – ma proprio alla natura e anzi... al più immediato «fenomeno empirico» dell'atto compiuto. La questione non è sofistica e nemmeno astratta – si badi bene – essa concerne, infatti, l'esperienza alla quale il nostro tempo ci fa (vorremmo dire ci costringe ad) assistere continuamente: si pensi alle pratiche/tecniche/provvиденze cc.dd. anticoncezionali il cui uso (non terapeutico, questo dev'essere chiaro!) viene rivendicato come diritto da parte dei componenti una coppia umana, vale a dire da parte dei coniugi (nel caso in cui il vincolo di coniugio non sussista, il problema non avrebbe neppure ragione d'essere posto in questi termini, mancando *ex funditus* il requisito «di coppia» per ritenere giuridica, razionale, libera e umana l'unione tra i due [o più] soggetti che eventualmente abbiano a dedicarsi al libertinaggio), al fine di non procreare, pur volendone porre le premesse di fatto. Ebbene... rivendicazioni di siffatta natura, altro non esprimono se non la volontà di ottenere una copertura giuridica a *pro* di condotte le quali, sostanzandosi nel compimento degli atti virtualmente e naturalmente tesi alla procreazione umana da parte dei componenti una coppia naturalmente fertile, abbiano a essere realizzate attraverso l'uso meccanico-strumentale di «accorgimenti tecnici» tutt'affatto funzionali a impedire che la virtuale apertura procreativa degli atti *de quibus* abbia a potersi esprimere *in rebus natuare*. Ne consegue, epilogando i termini della questione, che la rivendicazione in parola concerne una copertura giuridica, *sub specie* di diritto soggettivo (nella dimensione, però del diritto volitivo, non certo in quella del diritto subiettivo *stricto sensu* positivistico, né, tantomeno, in quella della *facultas moralis* di Suarez), a favore della volontà capricciosa di compiere una coorte di attività in ispregio alla natura stessa degli atti che la inverano e ciò... pel mero soddisfacimento di un piacere contingentemente fine a sé stesso e privo di giustificazione morale e razionale. L'aberrazione filosofica e logica di tutto ciò è chiara e nella sua chiarezza essa invera la sovrappponibilità concettuale rispetto quella provocata dall'opposta fattispecie, ove invece era il

---

fine procreativo a volere essere perseguito contro la natura e contro la condizione oggettivo-fisiologica dei due componenti la coppia: come tosto si nota, infatti, in entrambe le ipotesi è «posto al centro» il piacere passionale e il soddisfacimento di esso a tutti i costi, tendendo, ambedue (le fattispecie *de quibus*), alla mera realizzazione contingente di un desiderio altrettanto effimero. Nel primo caso il desiderio dei componenti la coppia era quello di avere un figlio, pur non essendo fisiologicamente in grado di averlo, mentre nel secondo caso il desiderio è quello di non avere un figlio, pur essendo virtualmente in grado di averlo e (soprattutto!) pur volendo realizzare le condotte astrattamente tendenti al fine procreativo. Se questo discorso è conseguente e logico in sé, deriva, altrettanto logicamente, l'identità della matrice volontaristica tra la prima e la seconda fattispecie e ciò – si badi bene – al di là del *quomodo* relativo alle condotte concretamente tenute dai soggetti nell'ambito dei due casi considerati: è ben vero, infatti, che nell'ipotesi in cui la coppia sterile volesse accedere alla genitorialità, questo implicherebbe una *iniectio in corpore* apparentemente più distorsiva dell'ordine fisiologico dell'umano organismo ed è anche vero che in questo caso la meccanizzazione della procedura potrebb'essere, allo stato delle conoscenze tecniche, più o diversamente invasiva rispetto alla mera provvidenza c.d. anticoncezionale, purtuttavia... il modo della realizzazione del proponimento non cambia la natura di esso, né modifica lo statuto giuridico degli atti che lo inverano, infatti l'antigiuridicità/irrazionalità/disumanità di questi sta proprio e segnatamente nel volere usare del proprio corpo, financo nuocendogli o strumentalizzandolo nei modi più varii, al mero fine di ottenere uno scopo passionalmente desiderato, nell'ordine del mero piacere esistenziale (se il desiderio è volere un figlio senza averne le capacità fisiche) o fisico (e il desiderio è non «rischiare» di avere un figlio, pur volendo realizzarne gli atti funzionali) e tutt'affatto privo di fondamento razionale. Se è vero, ora, che la tecnica finalizzata a forzare il concepimento potrebbe formalizzarsi, come cennato, in una coorte di interventi variamente incidenti sull'equilibrio fisiologico della persona, è altrettanto vero che la tecnica anticoncezionale non determina necessariamente un minore impatto sull'organismo umano: essa, infatti, può essere chirurgica (legatura delle tube o vasectomia), meccanica (uso di barriere o altre provvidenze atte a impedire che i gameti femminili entrino in contatto con quelli maschili) o farmacologica (assunzione di ormoni estrogeni-progestinici o altro) e in tutte e tre queste ipotesi, fatta forse eccezione, in parte, per quella «meccanica», l'organismo stesso della persona che vi si sottopone subisce giuocoforza una violenza la quale si esprime nel sovvertimento dell'equilibrio fisiologico suo proprio. Ciò detto per mere ragioni di completezza e ribadendo che non è il «modo attuativo» della condotta a definirne e/o a condizionarne la natura, è mestieri di rilevare questo, in epilogo alla disamina delle fattispecie testé considerate e cioè che l'atto teleologicamente diretto alla procreazione ha e non può non avere una sua essenza e una sua naturale direzione teleologica, onde... il compimento di esso o, per meglio dire, il diritto al compimento di esso non può non riguardarlo nel suo insieme, come atto e come naturali effetti suoi propri, essendo del tutto e assolutamente impossibile – *in primis* su di un piano logico – ipotizzare un diritto al compimento degli atti in parola e un coessente diritto a impedirne gli effetti o a non portarne la responsabilità. Né giova – si badi – riferirsi al diritto della coppia sterile di vivere la propria intimità secondo natura, financo realizzando gli atti astrattamente tendenti alla procreazione, ma concretamente inidonei a porne le premesse di fatto: ciò non rileverebbe, né servirebbe a invocare e/o a fondare una sorta di legittimazione alla/della pretesa dei coniugi fertili a porre in essere l'atto procreativo e contemporaneamente a impedire che gli effetti di esso abbiano a compiersi naturalmente: in questo caso, infatti, la coppia sterile, avendo il diritto al compimento degli atti *de quibus*, nel loro nel loro essere funzionali all'esercizio del diritto alla intimità di coppia, non ha – né, invero, mai abbiamo detto che abbia – il diritto a impedire che l'effetto procreativo possa ipoteticamente verificarsi e anzi... se esso, per avventura (potremmo dire, per miracolo), dovesse avvenire, la coppia medesima dovrebbe ben portarne la più ampia responsabilità morale/giuridica/umana/razionale, infatti... l'impedimento alla procreazione proprio della coppia sterile è riferito non alla volontà della coppia, né al capriccio dei suoi due componenti, ma piuttosto alle condizioni fisiche di essi, eppertanto l'inattitudine dell'atto in parola a procreare invero in sé stessa una prerogativa

allora, più che sanzionare un ipotetico ostacolo alla procreazione, vieppiù improbabile (anzi esclusa!) in un contesto di sterilità di coppia – per quanto... la sterilità stessa abbia o possa avere diverse con-cause eppertanto diversi modi di manifestarsi e per quanto essa possa, in alcuni casi, essere «naturalmente reversibile» – vuole contestare la meccanizzazione, la strumentalizzazione e funzionalizzazione degl'atti che a essa naturalmente tendono, determinate dalla snaturazione degli stessi pel mero soddisfacimento di un piacere autoreferenzialmente fine a sé medesimo e moralmente, umanamente, giuridicamente inqualificabile sul piano teoretico della disamina. Questo è il punto archimedeo di tutto il discorso! La medesima riflessione, peraltro – lo (ri-)facciamo notare *per incidens* – vale *a fortiori* anche e massimamente per la coppia fertile, latrice del diritto a porre le premesse per procreare (come veduto in nota, peraltro e come *supra* cennato): invero, non è e non può giammai considerarsi diritto dei suoi componenti, quello di impedire meccanicamente il verificarsi del fenomeno procreativo, pur volendone compiere gl'atti che ne rappresentano le premesse di fatto. Un tanto varrebbe – come il Lettore stesso può agevolmente osservare – alla stregua di una (forma di) strumentalizzazione arbitraria dell'organismo umano pel mero soddisfacimento di un piacere, di un desiderio tutt'affatto infondati e privi di dignità morale e giuridica e un tanto – si badi – egualmente a quanto accadrebbe qualora la coppia sterile volesse meccanicamente forzare il concepimento per soddisfare le infondate brame di genitorialità contingentemente avvertite dai coniugi *de quibus*. Non solo: volere l'atto tendente alla procreazione e porlo in essere, ma non volerne gl'effetti possibili e addirittura ostacolarli meccanicamente, dà luogo a una ver e propria eterogenesi dei fini tutt'affatto perversa, proprio in quanto contraria alla natura stessa degl'atti in parola e alla loro stessa

---

otologica dell'atto stesso, quale elemento oggettivo del suo stesso essere e del suo stesso concreto estrinsecarsi.



estrinsecazione fattuale. *In tertiis* giova rilevare – da ultimo – che la «sovrapponibilità fenomenica» delle condotte tendenti alla procreazione, con quelle della medesima foggia, le quali, invece, «si limitano» a inverare l'esercizio del (mero) diritto all'intimità di coppia da parte dei componenti la coppia stessa, rientra nella natura del loro medesimo rapporto (di coppia) e infondo, anche, si potrebbe dire, nella «direzione» teleologico-ontologica di esso e della famiglia ch'esso medesimo definisce e invera *in rebus humanis*, onde... non può che emergere, così la naturale vocazione della coppia umana all'evento procreativo (cui la coppia stessa, se e in quanto coppia umana, è e dev'essere sempre aperta), come l'impossibilità di fondare sulla attuale e concreta capacità procreativa della coppia in parola (*id est*, sulla fertilità di essa, data dalla convergente e coincidente fertilità dei suoi due componenti), la *causa essendi* e anche l'*anima essendi* del vincolo medesimo. Questa non è una contraddizione – sia ben chiaro – e ciò, proprio perché il fondamento di siffatto vincolo tra l'uomo e la donna non alberga nella procreazione in quanto tale, vale a dire... in quanto il fenomeno di essa inveri necessariamente, *hic et nunc*, l'essenza di un risultato operativo da raggiungere e anzi raggiunto «a tutti i costi», *secundum eventum voluntatis*, ma alberga proprio in quel «progetto di vita familiare comune» che è definito dalla e connaturato nella c.d.  *affectio coniugal*is tra i due soggetti che si-uniscono, nell'ambito del “*consortium omnis vitae*” di cui parla già Erennio Modestino, per citare un sommo e preclaro giureconsulto romano del III secolo *p. Ch.* (peraltro non direttamente riferibile al Magistero della Chiesa Cristiana Cattolica Apostolica e Romana). È questo *consortium*, infatti, nella sua naturalità e nell'oggettività del suo ordine ontico, che rappresenta il contesto ontologicamente funzionale alla procreazione umana e razionalmente idoneo al verificarsi della stessa, con riguardo alla situazione e alla posizione giuridica non solo dei due coniugi, vale a dire di coloro i quali pongono in essere l'atto tendente alla procreazione e ne

portano la responsabilità, ma anche e massimamente dell'eventuale *conceptus*, come vedremo meglio in appresso, alla cui umana esistenza e al cui umano sviluppo gl'atti «del» concepimento e il concepimento stesso tendono *ut natura*. È del tutto evidente, invero, che l' *affectio coniugalis* di cui abbiamo parlato, nel suo essere causa e condizione in un tempo del consorzio familiare – il quale, per essa, punto si distingue da ogn'altro consorzio umano e si qualifica per quello che è nella sua essenza (di famiglia) – è anche causa e ragione intrinseca dell'intimità di coppia e del diritto dei coniugi medesimi alla stessa, di talché... ha da cogliersi, sia pure colle dovute «cautele» e sia pure considerando la «economia» dell'intera Trattazione, una sorta di «priorità logica» del diritto all'intimità di coppia, rispetto al diritto dei coniugi a porre le premesse per procreare e ciò, proprio perché questo presuppone quello, come lo «incontro carnale» presuppone o dovrebbe presupporre la «confidenza intimo-personale» tra i soggetti<sup>160</sup>... Vero è, infatti, che il diritto a porre le premesse per procreare (umanamente) presuppone necessariamente la naturalità, la giuridicità e l'umanità del vincolo familiare, vale a dire ch'esso presuppone, *in primis*, la giuridicità e la razionalità intrinseca del rapporto tra i due soggetti storicamente considerati, nell'ordine naturale della famiglia umana, pur postulando, esso, anche l'ulteriore (e concettualmente successiva) condizione della fisiologica fertilità di ambedue i componenti la coppia *de qua*, senza la quale, infatti,

---

<sup>160</sup> Sia ben chiaro: siamo consapevoli che non sempre è così. Siamo consapevoli, cioè, che l'effettività ci pone di fronte a fattispecie nell'ambito delle quali l'incontro carnale avviene «a prescindere» dall'intimità personale-confidenziale tra i due soggetti: un esempio per tutti, forse il più emblematico, è quello della prestazione offerta dalla meretrice e accolta dal c.d. cliente; in questo caso l'incontro carnale è tutt'affatto estemporaneo e assolutamente slegato così da ogni forma di conoscenza, come da ogni legame affettivo. Nondimeno... il piano del/nel nostro discorso – quello portato innanzi nel Testo – si staglia sul versante del dovere essere, eppertanto è giuocoforza osservare che in esso, nella natura delle cose, nella realtà, il momento della conoscenza reciproca e dell'intimità personale è necessariamente precedente rispetto a quello che definisce l'unione carnale tra l'uomo e la donna. Un tanto – si badi – se vale in termini assoluti per ciò che attiene alle «cose familiari», *id est* al rapporto tra marito e moglie, vale anche, pur senza copertura giuridica alcuna e financo in violazione del diritto in sé, al di fuori della naturalità del vincolo *de quo*, imperocché è nella *ratio* stessa dei rapporti reciproci tra le persone, definire una gradazione della confidenza, riservando l'intimità al momento più intensamente sentito di essa.

pur avendosi o potendosi avere «coppia/famiglia umana», non s'avrebbe «coppia/famiglia fertile» (*id est*, naturalmente idonea a procreare). Ne deriva, allora, che il più immediato «portato giuridico» del formarsi della coppia umana, come(/quale) *familia proprio iure dicta*, è rappresentato dal diritto dei coniugi alla loro naturale (!) intimità e al conseguente compimento degli atti che essa contempla e ciò – ovviamente – nel rispetto della natura che gli stessi atti hanno, in virtù e in ragione della loro direzione teleologica e degli effetti ch'essi stessi riverberano in capo a coloro i quali li pongono in essere (*sub specie* di responsabilità); che poi, la coppia in parola versi o possa versare anche nelle condizioni fisiologiche idonee a far ritenere sussistente, in capo ai due componenti la stessa, l'ulteriore e conseguente diritto a (porre le premesse per) procreare e quindi a porre in essere gl'atti «della» loro intimità, colla precipua funzione procreativa, è un discorso diverso, il quale rappresenta – come il Lettore avrà già ben inteso – un *posterius* logico rispetto al «primo» e «immediato» diritto, derivante dalla naturalità/giuridicità dell'unione familiare. Ovviamente – e qui il cerchio argomentativo si conchiude – il «progetto» di vita comune che definisce e che rappresenta l'essere in sé della coppia e la sua dignità giuridico-logico-umano-morale<sup>161</sup>, non è, né può essere un progetto qualsiasi, un progetto purchessia (anche la società di persone, infatti, esprime una progettualità comune tra i socii, finalizzata “allo scopo di dividerne gli utili” [ex art. 2247 c.c.]; anche una associazione *iure privatorum* si forma e si struttura per

---

<sup>161</sup> *Contra* l'impostazione che parrebbe presentare Arturo Carlo Jemolo precisando, con riguardo all'essere della famiglia, che questa rappresenterebbe non una realtà πᾶν-giuridica in sé, ma una mera “isola che il mare del diritto può lambire soltanto [... ond'essa è (nda)] la rocca sull'onda ed il granito che costituisce la sua base appartiene al mondo degli affetti, agl'istinti primi, alla morale, alla religione, non al mondo del diritto” (JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Catania*, 1949, III, pag. 57). Noi riteniamo, invece, che il “il granito che costituisce la sua base” (*Ibidem*), rappresentato proprio dalla causa obiettiva del vincolo e dall'elemento teleologico-ontologico del rapporto, trovi la propria più compiuta espressione nell'ambito della disciplina in sé giuridica, ché solo quest'ultima, infatti, secondo noi, può esprimere l'ordine oggettivo della realtà familiare, in quanto realtà giuridica, morale, libera, razionale e umana, tutt'affatto sottratta all'imperio dell'arbitrio e delle passioni finì a sé stesse.

effetto della comune volontà degl'associati di realizzare un progetto della più varia natura [a'sensi delle disposizioni del Capo II, Libro I c.c.], culturale, ricreativo, morale *et coetera*) ma è e dev'essere un «progetto familiare» in senso proprio, ovverosia... esso deve inverar-si in una progettualità di vita nell'ordine del significato ontologico della famiglia umana. Di talché... non è né può essere una progettualità qualsiasi a rappresentare la *causa* del vincolo *de quo*, né è o può essere lo «affetto passionale» in sé, a determinare e a definire l'*ubi consistam* del vincolo in parola. Vediamo d'intenderci. Quanto al primo aspetto, allora, tosto rileva che la *causa essendi* del vincolo familiare non alberga nella comune volontà dei «coniugi» di perseguire uno scopo vicendevolmente ritenuto meritevole d'essere perseguito e nemmeno – si badi – essa alberga nella comune volontà degli stessi soggetti di vivere assieme (*recte*, di coabitare), pel mero soddisfacimento di un piacere reciproco, o per la mera soddisfazione vicendevole delle reciproche indigenze di vita, ma è tutt'affatto vero che la «ragione» del vincolo familiare, in quanto tale, alligna nella virtuale direzione teleologica della famiglia stessa verso i fini della procreazione umana. Diversamente, essa, come famiglia, non avrebbe ragione d'esistere e non esisterebbe *in rebus naturae*, quindi... non avrebbe e non potrebbe avere alcuna dignità (e disciplina) *in rebus iuris*, tantomeno – si badi – essa (famiglia) potrebbe rivestire quel peculiare ruolo che lo stesso Ordinamento giuridico positivo le riconosce (i positivisti direbbero... le attribuisce) e tantomeno potrebbe essere destinataria di quel peculiare assetto normativo che la legge pur le riserva.<sup>162</sup> La famiglia, insomma, non è una associazione tra due soggetti (o più, variamente considerati), né una società, o altro e ciò

---

<sup>162</sup> Senza entrare troppo nel merito della questione, a suffragio di quanto testé riferito nel Testo, con riguardo al ruolo della famiglia, basti considerare che lo medesimo art. 29 co. I cost. non manca di prevedere che “la Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio”; per quanto attiene, poi, alla disciplina normativa del vincolo familiare e alla peculiarità della stessa nell'ambito del vigente Ordinamento giuridico positivo, è sufficiente richiamare la disciplina dettata dall'articolato del Titolo IV, Libro I del Codice civile.

– sia ben chiaro – non perché il Codice civile la contempli e la disciplini in/con disposizioni tutt'affatto peculiari rispetto a quelle che normano le cc.dd. persone giuridiche (e/o i contratti in generale), quanto piuttosto perché la famiglia stessa esiste – se esiste, ovviamente – in funzione di un suo (ipotetico e finanche astratto, ma non assurdo o artificiale) fine naturale tutt'affatto peculiare e specifico, ontologicamente incompatibile con quello dei cc.dd. enti morali, eppertanto strutturalmente (ed essenzialmente) insurrogabile da parte di qualsivoglia «forma giuridica» *lato sensu* alternativa; tale fine, invero, è punto rappresentato dalla virtuale apertura della famiglia medesima alla procreazione e alla «cura», complessivamente considerata, della eventuale prole. Il rapporto «di coppia», insomma, non è e non può essere definito alla stregua di un rapporto contrattuale, tipico o atipico che sia, proprio perché esso non regola la volontà delle parti in funzione di un obbiettivo, più o meno meritevole di tutela sul piano economico, morale, sociale o altro, da esse stesse definito<sup>163</sup> secondo le loro

---

<sup>163</sup> Si badi: nemmeno il contratto è definito in termini assoluti dalla volontà delle parti, per quanto la disciplina di esso possa rientrare e in parte rientri, nella disponibilità libera dei soggetti che addivengono all'accordo negoziale, ciò, ovviamente, entro i «limiti» posti dalla legge, anzi... dalla natura del contratto, dovremmo dire per essere precisi e corretti da un punto di vista teoretico. Un esempio, per schiarire i termini del discorso, non potrà che agevolare la esplicazione del nostro pensiero: dato un contratto di compravendita, allora, è ben ovvio che le parti possano concordarne il prezzo, le modalità di consegna, i tempi *et coetera*, nondimeno... qualora le parti stesse ritenessero di «espungere» il pagamento del prezzo dal rapporto in parola, esso, per legge e soprattutto (!) per la sua stessa natura, non darebbe luogo a una compravendita, ma a una donazione, in quanto verrebbe proprio a mancare la causa del contratto di compravendita e si invererebbe, invece, quella dell'accordo liberale. Lo stesso discorso vale per la locazione-conduzione: qualora, infatti, le parti, pur libere di determinare il *quantum*, il *quando*, il *quomodo et coetera* delle pigioni, convenissero di non far gravare in capo al conduttore l'obbligo di corrispondere i canoni di locazione, il contratto *de quo* non potrebb'essere di locazione-conduzione, ma sarebbe, propriamente, di comodato, venendo a cadere la causa del primo e a sorgere quella del secondo. Un tanto, allora, ben mette in luce che è sempre la natura del rapporto a definirne l'essenza e con essa la disciplina, onde... se alle parti è rimesso di scegliere di accordarsi o meno e come, non è certo dato loro di fare assumere un vestimento giuridico (e logico-razionale), al rapporto, diverso a quello che il rapporto stesso ha in virtù della sua stessa essenza. *A fortiori*, allora, quando si parla della famiglia e della struttura giuridica di essa, rileva e deve rilevare quello che è il suo fine naturale e la sua altrettanto naturale direzione teleologica: solo questi «elementi», infatti, consentono di comprendere quello che è il suo *proprium* e di giustificare/legittimare una peculiare disciplina di essa. È ben vero, ora, che pel positivista più «schietto» e «rigoroso», il Legislatore potrebbe definire *ad libitum* lo stesso negozio matrimoniale, eppertanto la stessa disciplina giuridica della

volontà convergenti, pei motivi intimi alla loro stessa «determinazione a contrarre», ma dev'essere oggettivamente inteso per l'unico elemento, tutt'affatto naturale, oggettivo e «fisso» che lo discerne da ogn'altro vincolo umano, ovverosia... pel fine suo proprio, il quale è rappresentato – come detto – dalla tensione al fenomeno procreativo e dall'attitudine naturale alla cura (naturale) dell'eventuale prole.<sup>164</sup> Ciò solo – si badi bene – distingue la

---

famiglia, ma resta altrettanto vero, però, che per evitare contraddizioni endo-sistematiche, vale a dire... per evitare contraddizioni al livello anche solo di teoria generale dell'Ordinamento, il Legislatore stesso dovrebbe «trovare» una idonea (e convincente, almeno su di un piano passionale) *ratio distinguendi* tra la famiglia e le altre forme di umana associazione, oppure... sempre nell'esercizio di un potere che si-assume per sovrano, dovrebbe espungere la disciplina della famiglia dall'Ordinamento medesima e dovrebbe «limitarsi» a dettare quella che concerne, a titolo d'esempio, la associazione o la società. Ebbene... al di là della fantascienza del diritto, questa *ratio distinguendi*, tra famiglia e ciò che famiglia non è, c'è sia a libello teorico che a livello teoretico (anzi... essendo a livello teoretico, la si può/deve cogliere anche a livello teorico) e nella sua oggettività essa s'invera proprio nella tensione alla procreazione propria della famiglia medesima: solo questo – e quanto ne deriva a livello di obbligazioni (naturali) verso la prole – infatti, può legittimare e legittima una peculiare disciplina obbligatoria del vincolo/legame tra i due soggetti che, unendosi in matrimonio, formano un legame/vincolo familiare.

<sup>164</sup> *Contra* le posizioni (positivistiche) maggioritarie e già ampiamente consolidate in Dottrina, secondo le quali l'impossibilità di sussumere la fattispecie del matrimonio entro gl'estremi del contratto è dovuta, non alla «univocità naturale» del matrimonio stesso e alla sua natura di «negozio» costitutivo del nucleo e del vincolo familiare, ma piuttosto all'impossibilità di ritenere, il matrimonio *de quo*, in guisa di regolamento/accordo diretto a costituire un "rapporto giuridico patrimoniale" (ex art. 1321 c.c.). molto correttamente – a nostro avviso – scrive e insegna Alberto Trabucchi quando annota che "nella dottrina civilistica le difficoltà per far rientrare il matrimonio nel *παράδειγμα* contrattuale sono date sia dall'atteggiamento delle parti, al cui accordo è lasciata soltanto la facoltà di aderire con un duplice «sì», sia dall'intervento dell'ufficiale celebrante, il quale non si limita a documentare la volontà degli interessati, ma partecipa attivamente, quale rappresentante dell'autorità, all'atto di costituzione del nucleo familiare. Si è detto perciò che nel matrimonio mancherebbero tanto la sostanza, quanto la forma del contratto" (TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, C.E.D.A.M., 2005, pagg. 346 e s.). In altri termini, allora, potremmo dire che la Dottrina nega la struttura contrattuale del matrimonio sulla base della causa non patrimoniale di esso, ovverosia... sulla base del fatto che la «natura» (per i positivisti, diremo la «struttura normativa») del matrimonio medesimo, non è quella propria di un regolamento – *rectius*, di un contratto – relativo a rapporti giuridici *lato sensu* patrimoniali, pur potendo avere e avendo, di fatto, il matrimonio stesso, anche effetti di rilievo patrimoniale tra i coniugi, per nulla trascurabili (si pensi, a titolo d'esempio, al regime della c.d. separazione o comunione dei beni; si pensi, per fare un secondo esempio, alla c.d. presunzione muciana, ora abrogata, prevista *sub* art. 70 del R.d. 267/1942, prima delle riforme del 2005; si pensi, da ultimo, agli obblighi alimentari di cui agli artt. 433 e ss. c.c. o ai doveri dei genitori di "mantenere, istruire ed educare i figli" previsti dall'art. 30 co. I cost. e in termini sovrapponibili dall'art. 147 c.c.). Questo è vero – si badi bene – è vero e noi stessi conveniamo, infatti, che il matrimonio non sia un contratto, proprio perché la causa di esso non è quella *lato sensu* economica che informa la disciplina dei contratti e che ne rende ragione *in rebus iuris*, tuttavia... rileva, *in primis*, che la questione non è tecnica ma sostanziale, imperocché la essenza/causa non patrimoniale del matrimonio non è tale in virtù della

famiglia in sé, da un'associazione, da un comitato, da un vincolo (giuridicamente irrilevante!) di carattere amicale tra due persone, da un rapporto di lavoro subordinato (*exempli gratia*, si potrebbe ipotizzare il lavoro domestico pel disbrigo delle attività cc.dd. ancillari), da un contratto di società, da un negozio c.d. fiduciario, da un rapporto di locazione *et similia*: in tutti gli esempi citati, infatti, se vi è la possibilità di riscontrare vincoli, anche giuridicamente coercibili, in capo ai due o più (!) soggetti obbligati (*id est*, ai due o più contraenti) e se vi è la possibilità di individuare, tra essi, una «unione», o, meglio, un rapporto giuridicamente stabile finalizzato alla soddisfazione di bisogni, veri o presunti, tra i più disparati, non è certo possibile cogliere (in essi) quel *proprium* della famiglia, il quale è punto rappresentato dalla naturale vocazione (teleologica) della stessa al concepimento umano, alla cura della prole e alla realizzazione di un contesto naturale di «vita in comune», il più normalmente (e realmente, *id est*, sotto il profilo della realtà ontologica) idoneo al mantenimento, all'educazione, alla crescita (umana e razionale) e all'istruzione dei figli e alla maturazione intellettuale e morale, del marito e della moglie, nella consapevolezza del loro vincolo e dei doveri reciproci che da esso promanano *ut natura* (e anche...*ex lege*). Non è, dunque, per la cura della casa che esiste (*in rebus naturae et in rebus iuris*) la famiglia e che essa ha dignità giuridica, né pel sostentamento materiale (o morale) dell'uomo e della donna, né, ancora, pel bisogno di compagnia che le

---

previsione di legge che lo disciplina, ma è tale in virtù e in ragione della sua stessa natura, *id est* della sua stessa essenza ontologica e noi abbiamo detto, per l'appunto, che la natura del matrimonio medesimo è quella di costituire una famiglia (non certo un vincolo contrattuale societario, associativo *et similia*) e che essa naturalmente tende alla procreazione e all'adempimento degli obblighi genitoriali verso la eventuale prole, di talché... non può essere un contratto a disciplinarne il momento costitutivo e a regolarne il rapporto, prescindendo, questi, da un interesse di natura economica (anzi... guardando alla «cosa» sulla base dei criteri economici, dovremmo dire che i figli rappresentano una causa di depauperamento patrimoniale del reddito dei genitori, piuttosto che di incremento dello stesso). *In secundis*, poi, è mestieri di rilevare che la peculiare disciplina legal-positiva del matrimonio – al di là di errori e aberrazioni, come quelle che ne consente lo scioglimento *ope legis* (ci riferiamo alla normativa contemplata dalla c.d. Legge Fortuna-Baslini № 898 del 1970 e ss.mm.ii.) – in altro non si sostanzia, se non nel riconoscimento della natura di esso e della sua ontologica funzione.

persone possono, a volte, avvertire *et coetera*, infatti... a tutte queste «necessità» ben possono sopperire – finanche con minori impegni/obblighi rispetto a quelli promananti dal vincolo matrimoniale/familiare – altre fattispecie le quali abbiano natura propriamente contrattuale.<sup>165</sup> Per la gestione e per la amministrazione della casa padronale, infatti, è sufficiente assumere una governante e una o alcune serve le quali disbrighino le mansioni domestiche. Pel sostentamento materiale dell'uomo e della donna, allo stesso modo, basta concludere contratti di appalto o di prestazione d'opere, a seconda delle necessità: se servisse, a esempio, una sarta, una cuoca o un'infermiera, invero, basterebbe contrattualmente domandarne (*rectius*, appaltarne) i servigi a fronte della controprestazione pattuita, similmente, se servisse un giardiniere o un autista, sarebbe parimenti sufficiente reperirlo sul c.d. mercato del lavoro e remunerarlo secondo gl'accordi (finanche col vitto e alloggio, in casa o un una *dépendance* di essa) *et coetera*. Lo stesso «ragionamento», in fine, ben può essere proposto anche con riguardo alla necessità, potenzialmente avvertibile da parte dei soggetti, di avere compagnia, di «condividere» con altri le proprie opinioni e/o di avere un confronto che non sia solo con sé stesso (oppure di essere

---

<sup>165</sup> In questo senso – si badi bene – va letta la «definizione» data da Aristotele della famiglia, quale “comunità che si costituisce per la vita quotidiana secondo natura” (ARISTOTELE, *Politica*, I (A), 1, 1252 b, 13-14, trad.it a cura di Laurenti, Bari, Laterza, 2005, pag. 5): devesi rilevare, cioè, che l'interpretazione più corretta del passo non è quella che mette in luce la direzione funzionale del consorzio familiare, verso il soddisfacimento materiale delle indigenze quotidiane (alimentazione, pulizia, cura della casa *et coetera*), come a dire che quest'ultimo rappresenti e sia il fine proprio della famiglia umana, ma è quella che, *au contraire*, dalla naturalità dell'unione tra l'uomo e la donna, in vista della procreazione umana secondo natura, fa derivare, come conseguenza e non quindi, come causa, la coorte di doveri, anche di carattere *lato sensu* organizzativo, i quali pur competono al marito e alla moglie, secondo le loro reciproche capacità. Il *proprium* della famiglia aristotelica, insomma, è rappresentato dalla sua attitudine alla umana procreazione e alla umana cura della prole, sotto il profilo innanzitutto morale (e poi, anche materiale): questo è, infatti, l'elemento che caratterizza il nucleo familiare in sé e la dignità giuridico-razionale di esso, che poi... da esso e per esso abbia a germinare (anche) tutta una coorte di rapporti (diritti e dovere) funzionali al migliore e più ampio sviluppo, nel bene, della famiglia stessa è vero ed è maggiormente vero se si pone mente al contesto lato di *familia* cui pure Aristotele faceva riferimento, il quale – come è noto – non comprendeva solo marito, moglie e prole, ma anche gli schivi che punto servivano al disbrigo della attività ancillari necessarie o utili presso la casa padronale.



consigliati *et coetera*): anche in questo caso, invero, chi lo credesse opportuno potrebbe rivolgersi alle cc.dd. dame di compagnia (note, come figura *lato sensu* professionale, eppertanto remunerata, *ab immemorabili*: si rammenti la loro funzione a corte), ovvero alle cc.dd. badanti, ad amici o a consulenti, onde il risultato operativo ne sarebbe garantito... «per contratto» o «per favore», pur al di fuori del e a prescindere dal c.d. contesto familiare. La famiglia, insomma, non serve nemmeno a questo!

Ciò detto – al di là di quest’ultima *boutade* – come agevolmente si vede, nell’ipotesi in cui al matrimonio e alla famiglia venisse negato, o nell’ipotesi in cui, in relazione a essi, venisse pretermesso il loro *proprium*, vale a dire la loro essenza e funzione naturali, essi stessi si ridurrebbero a una mera sovrastruttura (anti-/α-)sociale, assolutamente eventuale e tutt’affatto priva di significato e di valore *in se*, peraltro indistinguibile, su di un piano innanzitutto logico e concettuale – si badi bene – rispetto a ogn’altra forma di negozio contrattuale e di rapporto personale vincolante le parti *secundum eventum voluntatis*: essa (la famiglia), insomma, in altro non si ridurrebbe, rispetto a un mero agglomerato di soggetti tenuto assieme da accordi reciprocamente definiti nell’ambito dei loro stessi contenuti e finalizzati al raggiungimento di scopi, tra i più disparati, contingentemente eletti dai vari contraenti (o dai socii o dagli associati *et similia*) al rango di «fine operativo» della loro stessa unione. L’elemento propriamente caratterizzante la famiglia, invero – della quale il matrimonio è «il» presupposto causale necessario (diremo... *condicio sine qua non*) – è ognora rappresentato, come già ampiamente detto, non dalla comunanza di un obbiettivo purchessia, ma proprio dalla tensione/vocazione di essa, in quanto famiglia umana, all’evento (naturalmente) procreativo e alla cura, in senso lato affettivo-genitoriale, della prole che «nasce» – se naturalmente «nasce», è ovvio – dall’unione naturale dei(/tra i) due coniugi. Ebbene... è questo «aspetto» e questo «aspetto» soltanto che discerne e che qualifica *ut natura*

*et in iure* la famiglia stessa, distinguendola da ogn'altro rapporto umano (anche buono in sé e anche meritevole in sé) e conferendole unicità e dignità giuridico-razionale, prima di tutto su di un piano logico e conseguentemente su di un piano tecnico-normativo. Che poi... dal matrimonio e dall'essere del contesto familiare derivino anche – e pure con significativa importanza, ce ne rendiamo conto – tutti i doveri prima citati (e anche altri), vale a dire, quello relativo alla cura e alla amministrazione della casa, quello concernente l'assistenza morale e materiale tra i coniugi *et coetera*, è vero, è assolutamente vero, ma ciò rappresenta – potremmo dire con terminologia aristotelica – una coorte di accidenti, rispetto alla sostanza dell'elemento caratterizzante l'unione/coppia tra marito e moglie, il quale – lo ribadiamo – è la virtuale tensione di essa alla procreazione e alla cura della prole. Rileva ancora questo, prima di passare al secondo punto *supra* paventato, e cioè che la naturale attitudine della famiglia alla cura della prole, conseguente alla vocazione procreativa che ne definisce lo statuto ontologico, non può essere confusa e/o fraintesa col mero apprestamento di provvidenze materiali *a pro* dei fanciulli e financo dei neonati: altro, infatti, è la cura e l'affetto familiari dei genitori verso i figli e altro è il mero sostentamento (alimentare, economico *et coetera*) di essi, ancorché quest'ultimo sia *naturaliter* assorbito dai primi e rientri in quelli, non potendosi parlare, invero, di affetto e di cura «del» genitore, propriamente ed effettivamente detti, senza che ne sia presupposta e connaturata la materiale soddisfazione delle esigenze che promanano dai bisogni *lato sensu* fisiologici «del» figlio; in fondo, quindi, si potrebbe e si dovrebbe dire che l'affetto e la cura genitoriale, ontologicamente proprii del rapporto padre/figlio-mare/figlio, rappresentano un *prius* logico rispetto al dovere dei genitori stessi di soddisfare i bisogni primari del fanciullo, pur essendo materialmente possibile, su di un diverso piano argomentativo e logico, soddisfare questi ultimi anche a prescindere dai (e al di fuori dei) primi. Se è ben vero, dunque, che l'essere umano è

concepito e nasce all'interno della coppia, è altrettanto vero che il suo proprio sviluppo e la sua propria crescita personale (sotto il profilo materiale e morale) debbono fisiologicamente e naturalmente avvenire in essa e per mezzo di essa e ciò – attenzione (!) – al di là della circostanza in virtù della quale i bambini possono essere (bene) educati e (bene) istruiti anche al di fuori delle loro famiglie o, per meglio dire, anche senza che vi concorrano il padre e la madre (naturali); questo può avvenire – come è noto – fino dai primi istanti di vita *extra-uterina*: si pensi, infatti, alla funzione svolta dagli orfanotrofi, dai brefotrofi ovvero dalle altre strutture ricettive, deputate alla cura, *lato sensu* intesa, degli esposti, degli abbandonati o comunque dei bambini privi, per le più disparate ragioni, della «loro» famiglia o, per essere più precisi, del padre e dalla madre che li accudiscano o che li vogliano accudire<sup>166</sup> (oggi si suole fare riferimento alle cc.dd. case-famiglia, proprio

---

<sup>166</sup> Si può fare riferimento alla situazione degli orfani che hanno perduto i loro genitori, ovvero a quella degli abbandonati, a esempio dalla madre, per ragioni di «orgoglio» o di «opportunità sociale», oppure si potrebbe fare riferimento, ancora, ai figli nati a seguito del c.d. parto in incognito, assurdamente, antiggiuridicamente e disumanamente consentito, per legge (*ex art. 30 co. I D.P.R. 396/2000*), alle gestanti che non volessero adempiere gl'obblighi naturali verso i di loro figli, derivanti dallo stesso concepimento di essi *et coetera*. In tutti i casi citati – e in altri, ovviamente – il figli si trovano a dovere vivere, per scelta (illegittima) dei loro genitori o per avventura, al di fuori del contesto familiare loro proprio; ciò non significa – si badi bene – che essi saranno inevitabilmente orfani dei mezzi necessari al loro stesso sostentamento, ma altrettanto certamente significa che a essi mancherà sempre... la loro famiglia, potremmo dire con una battuta, quasi banalizzando e ciò, imperocché loro stessi saranno sempre e comunque privati di una vita normale nell'ambito di quel contesto naturale ove furono concepiti e ove avrebbero avuto il diritto di crescere e di vivere. *Per incidens...* ricordiamo, al di là delle precedenti ipotesi, che l'allontanamento dei figli dai loro genitori potrebbe essere anche necessario ai fini della stessa cura materiale e morale di essi e ciò... qualora i genitori stessi, venendo meno ai loro propri doveri e mancando di adempiere le loro proprie obbligazioni (naturali), trascurassero i figli medesimi nel mantenimento, nell'educazione o nell'istruzione di essi (i genitori, infatti, potrebbero finanche essere degli oziosi o dei vagabondi, oppure potrebbero «semplicemente» disinteressarsi dei propri figli; potrebbero essere, ancora, dei mentecatti o degli intossicati, quindi radicalmente incapaci di provvedere a sé stessi e alle necessità della prole; potrebbero, infine, essere dediti a pratiche illecite o contrarie morale e/o alla pubblica decenza *et similia*). In questi casi... è ovvio che l'affidamento dei fanciulli a una struttura di formazione ovvero a una famiglia c.d. adottiva rappresenti, per essi, il male minore o addirittura un bene, sotto il profilo morale e materiale, dato il contesto «familiare» in cui sarebbero stati costretti, altrimenti, a vivere. Ciò non toglie, però, che siffatta situazione eccezionale rappresenti e continui a rappresentare un rimedio e un ripiego, senz'altro opportuno e provvido, verso una condizione di abbandono morale e materiale, anche se non fisico, la quale avrebbe arrecato ai fanciulli *de quibus* un nocimento viemaggiore. Potremmo dire, allora, per rendere bene chiaro il concetto, che una siffatta soluzione – quella dell'affidamento alle

per indicare le strutture *de quibus*<sup>167</sup>). Questo è vero ed è altrettanto vero che i fanciulli cresciuti nell'ambito dei citati contesti possano anche vivere e maturare in un ambiente più «retto» (sotto il profilo morale), rispetto a quello familiare che loro spetterebbe *ut «natura»* ed è parimenti vero ch'essi possono anche essere educati in modo eccellente, ricevendo una formazione e una istruzione financo migliori e maggiori, rispetto a quelle che avrebbe potuto dare loro la famiglia «di origine», nondimeno... è mestieri di rilevare oggettivamente che tutto questo altro non rappresenta e altro non può rappresentare, se non un insieme di provvidenze atte a «mitigare» una situazione anormale e patologica e atte a scongiurare una sorte dei fanciulli stessi ancora più grama rispetto a quella che comunque ne caratterizza (e ne segna) la vita: è assolutamente incontrovertibile, infatti, che per quanto «bene» possano crescere i bambini all'interno delle citate strutture, non è affatto quello il loro «luogo naturale» e non è certo la «educazione istituzional-collegiale» (e giustamente istituzionalizzata) delle strutture medesime, quella che loro spetterebbe in quanto esseri umani, vale a dire... in virtù della loro natura e condizione (naturale) di figli-dei-loro-genitori. L'educazione impartita, lo stile di vita e quant'altro possa «provenire» dalle strutture, anche latamente familiari (il riferimento implicito è alle cc.dd. famiglie adottive o putative), nell'ambito delle quali i fanciulli *de quibus* vengono accolti e cresciuti, infatti, è tanto più buona e tanto più giovevole alla causa della loro formazione ed educazione, quanto più essa venga realizzata a immagine di quella propriamente familiare, vale a dire... di quella naturale, definita e determinata, cioè, dalla normalità e dalla realtà del rapporto familiare e genitoriale *in se* (vale a dire, nel suo essere-in-sé). Ciò è

---

strutture idonee alla cura dei fanciulli – rappresenta la terapia, il rimedio alla e della patologia, ma non certo la fisiologia dell'ordine naturale della famiglia umana.

<sup>167</sup> La disciplina normativa di riferimento è contenuta nella Legge № 328/2000, ampiamente nota e nel relativo Decreto ministeriale di attuazione № 308/2001, dove vengono indicati i requisiti delle cc.dd. case-famiglia, i presupposti per l'accesso *et coetera*. La disciplina è tecnico-specialistica e la trattazione di essa ultronea rispetto ai fini della nostra analisi, omettiamo, dunque, la disamina della citata normativa: bastino i riferimenti cennati nel testo..

talmente vero – si badi bene – che la «migliore soluzione» ipotizzabile, ai fini della cura e dell'educazione degli orfani – come la stessa legge prescrive – è proprio rappresentata dalla c.d. adozione, vale a dire... dal giuridico e definitivo inserimento degli orfani (o comunque dei fanciulli che non possono vivere, per le più disparate ragioni, coi loro genitori) in un contesto il più possibile riconducibile a quello della famiglia naturale e ciò... per quanto resti del tutto ovvio che nessuna famiglia, diversa da quella formata e composta dai genitori, possa essere naturale *in se*, possa essere, cioè, con riguardo al fanciullo considerato, la «sua» famiglia, come nessun padre e nessuna madre putativi, possono essere, in sé, «suo» padre e «sua» madre, al di là della *fiction iuris* – senz'altro provvida e opportuna – realizzata dal fenomeno dell'adozione. Il legame «genitore ↔ figlio», insomma, è un legame definito dall'essere della *natura rerum*, come dallo medesimo essere della *natura rerum* sono definite le obbligazioni del genitore verso i figli e i doveri di questi verso quello; tutto ciò che sopperisce o tenta di sopperire, nell'effettività, a eventuali deviazioni dalla normalità, per quanto opportuno possa essere, non può certo creare, mercé una o più finzioni logico-tecnico-giuridiche, un'ipotetica e assurda «realità parallela» (torneremo sul tema in appresso, per ora bastino questi cenni), né può negare la ontologia del rapporto normale tra il figlio e il «suo» genitore o, per essere più precisi, tra il *filius familias* e la «sua» famiglia. Ideologia? No, assolutamente no! Non è per ideologia che i figli dovrebbero crescere nell'ambito della «loro» propria famiglia, vale a dire nell'ambito di quella coppia umana che li ha generati, ma è proprio dall'essere-in-sé del loro stesso concepimento, che deriva questa verità nel suo essere, in un tempo, obbligo dei genitori (*recte*, obbligazione naturale di essi) e diritto dei figli medesimi (diritto naturale di essi, ovviamente): così come, infatti, essi vengono concepiti da un uomo e da una donna, i quali danno loro la vita – come si suole dire – allo stesso modo è o dovrebb'essere quell'uomo e quella donna, nella loro qualità

ontologica e insurrogabile di genitori, che provvedono alla indigenze dei loro figli e alla loro crescita umana e ciò, ovviamente, nell'ambito del contesto familiare in cui furono o avrebbero dovuto essere concepiti. Torneremo su questi temi, quando parleremo della famiglia e dei «problemi» a essa connessi.

## **2) L'autodeterminazione «coniugale» come diritto in sé: i soggetti fondano «una» loro famiglia, ma non creano «la» famiglia in quanto tale.**

Alla luce di un tanto, ora, se tutta l'analisi presentata all'attenzione del Lettore è chiara e se il ragionamento proposto risulta conseguente e lineare in sé – nell'ambito delle argomentazioni che abbiamo fino a qui sviluppato – ben deve convenirsi, a questo punto, che una siffatta coorte di concatenazioni dialettiche (*si parva licet...*) agevolmente apparecchia la «strada argomentativa» che porta al coglimento e che agevola la disamina del secondo aspetto prima cennato, vale a dire di quello relativo all'analisi del rapporto «affettivo» tra i componenti la «coppia umana», o, più correttamente, di quello relativo all'analisi della natura propria dell'*affectio coniugalis* la quale – come detto – deve necessariamente informare il «legame familiare» dei coniugi e ne deve rappresentare, altrettanto necessariamente (*recte*, ne deve essere), la «causa remota», se così possiamo esprimerci (vedremo, infatti, che proprio l'*affectio coniugalis*, in quanto tale, rappresenta la causa genetica di quelle che possiamo chiamare obbligazioni naturali-familiari). Vediamo di definire un poco i termini della questione. Non si tratta – sia ben chiaro – di svolgere una indagine *lato sensu* «psicologica» (o, peggio, psicoanalitica) circa il «movente affettivo-passionale» del vincolo *de quo*, né si tratta di sindacare il sentimento intimo della/e persona/e: questi aspetti, infatti, ammesso che possano essere valutati su di un piano oggettivo, non rilevano certo ai fini della nostra analisi, ma si

tratta, propriamente, di operare una valutazione *lato sensu* gius-filosofica, in ordine ai «costitutivi ontologici» del vincolo familiare, eppertanto... in ordine ai «costitutivi ontologici» della famiglia nella sua propria essenza di «scelta di vita» (comune e comunemente/mutualmente operata dai coniugi), di legittima «opzione di vita» (tra altre, parimenti legittime!), cioè, oggettivamente umana, oggettivamente razionale, oggettivamente libera e oggettivamente giuridica (in sé), la quale «scelta legittima» – si badi – è e dev'essere liberamente, umanamente, giuridicamente e razionalmente operata, in comune, dall'uomo e dalla donna storicamente considerati e dev'essere da essi operata – questo è l'*ubi consistam* del discorso – si secondo la di loro volontà (umana, razionale, libera e giuridica, non certo *ab-soluta*), ma... in virtù di quello che la scelta medesima «è» e di quello che essa determina *ut natura*, vale a dire che la scelta *de qua* deve essere operata, dai soggetti in parola, certamente in ossequio a una personale e mutua propensione volitiva di essi, la quale, però (anziché essere assoluta), per essere legittima e dunque per inverare l'esercizio effettivo del diritto di autodeterminazione in tale senso, dev'essere protesa al fine di dare consapevolmente (e irrevocabilmente) luogo alla «realtà familiare» – intesa non come effettività di comunione purchessia tra persone, ma come realtà «della» famiglia-in-sé – in virtù del (*id est*, col/pel/nel) libero/umano/giuridico «vincolo matrimoniale» che lega indissolubilmente tra loro i coniugi medesimi (*id est*, in virtù del vincolo al quale i coniugi medesimi hanno contingentemente dato luogo). Come a dire, allora, che l'*affectio coniugalis* rappresenta ed effettivamente è quella causa *in se* del reciproco impegno, «di vita» e «per la vita», che i coniugi mutualmente si scambiano, nell'ordine ontologicamente familiare della loro umana unione, così dando luogo, *in parte qua*, all'esercizio del loro oggettivo e inconculcabile diritto all'autodeterminazione *lato sensu* personale-familiare; la citata *affectio coniugalis* propria dei coniugi *de quibus*, insomma, è e

rappresenta il «ciò per cui» del vincolo familiare, al quale, solo, è dato di fondare obbiettivamente la realtà della famiglia, *ex se* latrice di uno statuto ontologico suo proprio e tutt'affatto sottratto all'arbitrio delle volontà contingenti di chicchessia (coniugi compresi!). Di talché... il «momento» dell'unione matrimoniale rappresenta e non può che rappresentare il momento di(/della) «sintesi formale» (ma non formalistica, è ovvio!) dell'esercizio d'una libertà umana, giuridica e razionale – non negativa, ovviamente – nell'ordine dell'esercizio del diritto di autodeterminazione della/e persona/a in ambito *stricto sensu* familiare, quale diritto di autodeterminazione propriamente detto e propriamente esercitabile, dai soggetti in parola, nel suo essere reale, nel suo essere, cioè... *in rebus hominis, in rebus humanis et in rebus iuris*, nel suo essere e nel suo rappresentare (*rectius*, nel suo costituire), infine, l'estrinsecazione epifenomenica di una libertà umana e giuridica tutt'affatto estranea rispetto alla c.d. libertà negativa, ovverosia... tutt'affatto estranea rispetto alla chimera del c.d. diritto volitivo alla determinazione assoluta della propria volontà contingente e contingentemente effettiva di unirsi agli altri (senza alcun criterio diverso dall'autentico piacere di farlo) e di rivendicare, per le unioni *de quibus*, lo «statuto giuridico» di volta in volta ritenuto kantianamente capace di soddisfare le aspettative autenticamente (*rectius*, heideggerianamente) attese dai *subiecti-agentes* (nel caso che ci interessa, ovviamente, si tratterebbe dello *status familiae*). Che cosa è, dunque, che qualifica in termini oggettivi e oggettivamente giuridici, il *proprium* del vincolo familiare tra i coniugi e che, di conseguenza, legittima i coniugi medesimi a invocare, per la di loro unione, lo *status iuris* proprio della famiglia in sé? Ebbene, abbiamo detto – è vero – che la natura dell'essere della famiglia è quella di tendere virtualmente, quindi di essere virtualmente aperta, alla umana procreazione e all'umano adempimento delle obbligazioni che essa pone in capo ai genitori(-coniugi) e abbiamo anche



detto – ovviamente – che solo questo «aspetto essenziale» discerne e può discernere la famiglia, da ogn'altra umana aggregazione, punto qualificandola come famiglia in sé; ora, dopo avere detto che cosa sia la famiglia e quale ne sia la natura, giova comprendere l'essenza del vincolo familiare, intesa *sub specie* di essenza del vincolo geneticamente determinativo dell'essere della famiglia *in se*, vale a dire che ora giova comprendere la «struttura» della stessa causa (*essendi*) del vincolo in parola, il «ciò per cui», insomma, il vincolo medesimo ha e non può non avere dignità giuridico-fondativa del nucleo familiare, *sub specie* di (esercizio del) diritto subiettivo dei soggetti che ne integrino le condizioni oggettive (!) a «essere famiglia», vale a dire... *sub specie* di diritto soggettivo dell'essere umano di determinare la propria volontà costituendo un vincolo propriamente familiare e quindi di auto-determinarsi umanamente in(/per) quella famiglia cui egli stesso «da vita», «da causa» e «da origine». Ovviamente... come già abbiamo reso palese nell'ambito della Trattazione, la natura del vincolo familiare, il «ciò per cui» dell'unione – se così possiamo dire – non può che partecipare dell'essere della famiglia verso la quale esso è teleologicamente diretto o, per meglio dire, non può che informarsi secondo i principii oggettivi dell'essere-in-sé, del *proprium* della realtà familiare cui l'unione medesima (*rectius*, il vincolo) tende in quanto tale, ma ciò non è sufficiente a palesarne il *quia*: il discorso – si badi bene – non è virtuosistico, né esso ambisce a inverare una forma di superfetazione stilistica tutt'affatto inutile, ma è (o, meglio, vorrebbe essere) fondato – *si parva licet*... – sull'analisi della natura delle cose, esso, infatti, vorrebbe proprio gettare un fascio di chiara luce su questo e cioè sul fatto in ragione del quale la «definizione» del *proprium* della famiglia non esplicita, in sé stessa e per sé stessa, il «*quia* causale» del vincolo tra i due soggetti che la famiglia formano, postulando, quest'ultimo, «anche» qualche cosa di diverso rispetto alla funzione naturalmente propria della realtà familiare e

concorrendo, nel contempo, a definire in forma vieppiù compiuta lo statuto ontologico della famiglia, ch  dunque non s'esaurisce nell'attitudine alla procreazione in s , ma si completa – se cos  possiamo dire – in una coorte di obbligazioni reciproche, tra i coniugi, le quale allignano nell'essere della natura propria del loro rapporto/vincolo e prescindono dall'attualit  (anche *sub specie* di possibilit  [umanamente] concreta, *id est* di fertilit  reciproca dei coniugi) o meno del fenomeno procreativo (pur essendo, comunque, latamente considerabili nell'ordine di questo). Vediamo di schiarire un poco i termini del problema. Invero... dire che la famiglia ha come sua naturale vocazione la tensione al fenomeno procreativo e alla cura umana della prole, non dice – anche se suggerisce, ovviamente – quale sia, possa e debba essere la causa, il perch  ontologico-filosofico (meglio sarebbe dire, il *quia*) del vincolo che effettivamente determina i soggetti medesimi a legar-si in guisa di famiglia umana, non dice, alfine, «perch » i (due?) soggetti in parola si-uniscono e si-vincolano «come» famiglia, n  dice, conseguentemente, «che cosa» questo vincolo sia, debba e possa essere, proprio per rappresentare l'estrinsecazione oggettiva (dell'esercizio) del diritto di autodeterminazione dei soggetti *de quibus*, nel senso della loro stessa unione familiare, intesa come *coniunctio ad familiam* (logicamente preordinata alla *coniunctio familiaris* propriamente detta). Altro, infatti,   dire che il vincolo *de quo* determina l'essere-in-s  della famiglia, la quale ha un suo proprio statuto ontologico e altro   dire quale sia lo statuto ontologico del vincolo causativo della realt  familiare. La ragione, insomma – questo   il punto archimedeo della *quaestio* in disamina – che porta due soggetti a unirsi nella *coniunctio* della famiglia umana e la giuridica dignit  di essa (di essa ragione *id est*, di essa causa),<sup>168</sup> certamente (con-)partecipano dell'essere in s  (*et/ergo*, del fine) della coppia e della sua natura, ma debbono avere ed effettivamente

---

<sup>168</sup> Da intendersi –   ovvio – in guisa di giuridica dignit  della causa del vincolo in parola e quindi del vincolo in parola nel suo essere a dare luogo alla realt  altrettanto giuridica della famiglia.

esse hanno una causa, nel senso più proprio del termine, sensibilmente diversa rispetto a quello che «è» lo statuto ontologico della famiglia stessa, anche se la causa in parola, ovviamente, è funzionalmente connessa – in senso sia «attributivo», che «derivativo» – all'*esse* della realtà familiare *de qua*. Tutto questo – sia ben chiaro – dev'essere confermato e condiviso ognora, anche perché lo statuto ontologico della famiglia consente sì, di dire che cosa la famiglia medesima sia, che cosa essa debba essere e quale sia il suo fine naturale, vale a dire... il fine suo proprio, eppertanto il fine che, *per* essa, i suoi membri debbono (*rectius*, debbono volere e avere voluto) perseguire ed effettivamente perseguono, ma non consente di dire, compiutamente almeno, per quale motivo e in virtù di quale «causa remota» due soggetti debbano/possano dare luogo a una famiglia, nel significato umano e giuridico che essa palesa mercé la sua propria natura e «nella» coorte di obbligazioni che essa pone concretamente e razionalmente in capo ai coniugi (e non solo: la realtà della famiglia, infatti, impone [*rectius*, imporrebbe] all'Ordinamento giuridico il riconoscimento in senso proprio di essa), al di là dal fine o, meglio, al di là dalla dimensione teleologico-generale della di loro famiglia. È del tutto ovvio – si badi bene – che le obbligazioni *de quibus*, facendo capo ai coniugi tra loro e pur partecipando, ovviamente, dell'essere della famiglia in quanto essere del loro stesso contesto genetico, siano latrici di una «causa remota» la quale non si definisce (solo) nello statuto teleologico-naturale della coppia, ma s'invera propriamente nell'ontologia del («perché» del) vincolo causativo/formativo la coppia stess, quale «vincolo in-sé-voluto», dai coniugi per sé stessi, come atto «di» unione (voluto, deliberato), eppertanto come atto «della» loro comune autodeterminazione subiettiva (a unir-si... *id est*, come atto della comune *voluntas maritandi* propria dei soggetti in parola). Ciò detto, allora, è parimenti evidente che le fattispecie obbligatorie in parola siano obbligazioni *in se*, vale a dire obbligazioni promananti non già dalla volontà

(attuale) dei componenti la coppia umana/famiglia, intesa come volontà contingente di essere-obbligati (*voluntas obligationis*), ma piuttosto dal rapporto che oggettivamente, tra essi, sussiste (*id est*, dal rapporto familiare in sé) e che altrettanto oggettivamente li-obbliga (non solo l'uno all'altro) secondo la sua propria natura oggettiva e secondo la sua propria struttura/causa altrettanto oggettiva, pur essendo vero e incontrovertibile che, *ex funditus*, le obbligazioni in parola sussistono in forza della primigenia volontà dei soggetti *de quibus* di dare luogo al rapporto medesimo per quello ch'esso è e per quello che esso deve essere, quindi... col compendio di conseguenze obbligatorie che giuocoforza esso medesimo reca seco e pone in capo ai proprii «autori». Ciò è vero, ma... altra è la volontà dell'atto, la quale partiene *ex se* all'essere umano-agente e altra è la volontà degli effetti: ebbene, se è auspicabile che chi voglia l'atto lo voglia in ragione degl'effetti che esso produce e quindi ne voglia anche gli effetti stessi, è altrettanto scontato che la responsabilità umana, giuridica, libera e razionale per gli effetti dell'atto posto liberamente in essere, compete e partiene necessariamente a chi l'atto medesimo realizzò con coscienza e volontà e ciò, ovviamente, al di là del compendio volitivo che presiedeva o che avrebbe potuto/dovuto presiedere il momento della realizzazione storica dell'atto stesso, al di là, cioè, del fatto in virtù del quale l'autore dell'atto volesse o non volesse gl'effetti di esso (atto) al *tempus acti*.<sup>169</sup> Vale a dire,

---

<sup>169</sup> La Dottrina *lato sensu* civilistica ha sviluppato assai il punto in questione discernendo l'atto, per il quale sarebbe bastevole la volontà di realizzarlo, dal negozio, in relazione al quale dovrebbe ritenersi necessaria, anche, la volontà degl'effetti. In parte – intendiamoci – questo discorso può anche essere vero, tuttavia ben deve rilevarsi che anche in ambito negoziale la volontà del negozio è e deve ritenersi sufficiente a porre in capo al contraente gl'effetti proprii del negozio medesimo, altrimenti... il negozio non vincolerebbe alcuno, anzi, vincolerebbe solamente chi avesse in animo, autenticamente, d'essere vincolato. È ben vero, infatti, che il negozio giuridico vincola, eppertanto pone in capo ai suoi «autori» gli effetti proprii della sua struttura ontologico-tecnica, chiunque liberamente abbia concorso, obbligandosi, alla sua stessa realizzazione giuridica, salvo che... la partecipazione in parola non abbia da essere intesa come partecipazione apparente per sussistere di una divergenza tra la volontà del contraente e la rappresentazione che, di essa, egli ebbe a fare. Il caso dell'errore, della violenza e del *dolus* – come noto, cause di annullabilità del contratto – è lapalissiano, imperocché esso pone in luce

allora, «plasmando» questo discorso sul nostro tema, che la volizione del vincolo di coppia, liberamente espressa dai coniugi reciprocamente, dev'essere intesa e non può non essere intesa in guisa di volontà del rapporto che il vincolo in parola realizza *ut natura*, eppertanto essa dev'essere umanamente/giuridicamente/razionalmente intesa (se non in guisa di volizione, quantomeno) in guisa di responsabilità per le «conseguenze obbligatorie» che esso pone inevitabilmente in capo a chi il rapporto in parola volle e realizzò autodeterminando in/per/con esso la propria volontà libera, umana, giuridica e razionale (*sub specie* – già lo abbiamo detto – di esercizio del diritto soggettivo all'autodeterminazione in «ambito» familiare). Potremmo parlare, dunque, con riguardo alla volizione subiettiva del rapporto, di *voluntas ad obligandum [sibi]*, di volontà, cioè, «dello» atto *ex se* foriero di/della responsabilità obbligatoria in ordine a quelle obbligazioni che il rapporto medesimo comporta e non può non comportare, *ipso facto et ipso iure*, per la sua stessa natura, a carico dei soggetti che lo vollero e che lo realizzarono *in rebus hominis et in rebus iuris*. Un esempio di queste obbligazioni, per tradurre il nostro discorso in termini «concreti» e per renderlo meglio «fruibile» e forse anche più chiaro presso il Lettore, potrebb'essere offerto dall'obbligo gravante in capo a entrambe i coniugi di fedeltà reciproca (*id est*, l'uno verso l'altro), oppure si potrebbe fare riferimento all'obbligo di assistenza morale e materiale (che un po' ricorda di *mutuum adiutorium* del diritto canonico *ante* riforma del 1983) che i coniugi medesimi debbono vicendevolmente adempiere in tutta la coorte di sfumature applicative che in esso può esservi ricompresa; peraltro – come è noto, ovviamente – si tratta di obblighi espressamente preveduti anche dalla vigente disciplina positiva del matrimonio: basti rammentare, in proposito, il contenuto *sub* art. 143, co. II c.c. Ebbene, le obbligazioni in parola – come è

---

come l'estrinsecazione oggettiva della volontà, effettivamente realizzata dal contraente, non sia espressione di una vera e propria partecipazione morale di esso alla *voluntas contracti*.

del tutto evidente – pur gravitando attorno all’asse concettuale dell’*esse* ontologico della famiglia e del suo proprio fine naturale (*id est*, la virtuale apertura alla procreazione), allignano essenzialmente nella causa remota, eppertanto nel *quia* sostanziale, del vincolo che lega (*ex voluntate*) i due coniugi in guisa di famiglia o, per meglio dire, del vincolo attraverso il quale i due coniugi si-sono-legati, dando vita a una famiglia *in se*; in termini più schietti, allora, potremmo dire che il fondamento teoretico delle obbligazioni *de quibus* alligna nel «perché» (causa remota) la famiglia stessa si è formata, piuttosto che nella dimensione teleologico-ontologica di essa, pur nell’interconnessione e nella co-implicazione reciprocamente necessarie tra i due piani del ragionamento. Il banco di prova – si badi – ove può vagliarsi il buon senso della nostra Analisi potrebb’essere offerto dall’interrogazione circa il perché delle prescrizioni *de quibus*. È presto detto, infatti, che il dovere di fedeltà, come l’obbligo di assistenza – per citare le due fattispecie testé ricordate in guisa di obbligazioni che fanno capo ai coniugi, giusta il di loro vincolo matrimoniale e a prescindere dalla loro concreta e attuale volontà (dei coniugi stessi) di adempierle – non allignano, da un punto di vista logico e ontologico, nello statuto teoretico-teleologico della famiglia *stricto sensu* inteso (inteso, cioè, in guisa di τέλος rappresentato dalla virtuale apertura della famiglia in sé alla procreazione e alla cura della [eventuale] prole) pur ponendosi, ovviamente, in regime di piena coerenza e continuità concettuale con questo, ma allignano proprio nell’essenza, nel *quia* sostanziale del vincolo di coppia in sé, il quale è e dev’essere definito alla stregua d’un «vincolo (umanamente/razionalmente/liberamente/giuridicamente) voluto» per sé stessi, dai soggetti in parola, come atto voluto di unione e per l’unione, *ex se* «fondativo» della coppia umana, eppertanto normativo e regolativo delle condotte che i «suoi» membri/componenti debbono vicendevolmente tenere (*id est*, tenere «nella» coppia e «come» coppia), d’onde... la di loro responsabilità, intesa come responsabilità razionale,

morale, giuridica, libera e umana in ordine alle obbligazioni promananti dall'essere del vincolo di coppia (*in se*) cui i soggetti in parola hanno dato luogo e attraverso il quale essi stessi si sono autodeterminati alla stregua d'una famiglia in sé (*proprio iure dicta*). Il fondamento delle prescrizioni testé menzionate, insomma, alligna nella ragione sostanziale e oggettiva – non nel motivo psicologico-passionale, è inteso – che ha portato e che porta i coniugi ad autodeterminarsi come tali (*id est* come coppia umana, nel/col/pel vincolo di coniugio), vale a ch'essa alligna fondatamente nell'*affectio coniugalis*, intesa non già come sentimento fine a sé stesso e tutt'affatto irrazionale (e/o passionale) – dal quale non potrebbe germinare alcuna obbligazione, ovviamente – ma come «causa remota» dell'essere della famiglia, assolutamente oggettiva (e libera e razionale e giuridica e umana), eppertanto... assolutamente meritevole di considerazione, di rilievo (*lato sensu* obbligatorio) e di tutela *sub specie iuris*. La giuridicità *in se* del vincolo matrimoniale, infatti, quale dignità giuridica dell'unione umana, libera e razionale dei soggetti, nell'ordine della naturale tensione di essi (come coppia) ai fini della costituzione della famiglia (virtualmente aperta alla procreazione e alla [eventuale] cura genitoriale), trova il suo proprio fondamento non solo nella meritorietà oggettivo-razionale(-naturale) del fenomeno procreativo-educativo (*naturaliter* fondativo dello stesso compendio sociale,<sup>170</sup> peraltro) e nella tensione al suo concreto perseguimento, ma anche e segnatamente nel «significato morale» del vincolo di *affectio coniugalis* che effettivamente lega e deve legare i coniugi... «per» essere tali;<sup>171</sup> non «in quanto tali» – si badi bene – ma

---

<sup>170</sup> È ben nota, infatti, la tripartizione aristotelica tra famiglia, società civile e Stato... ripresa anche da Hegel, pur in termini radicalmente diversi e tutt'affatto privi di fondamento razionale-naturale.

<sup>171</sup> Si badi molto bene: non si tratta di un legame «a prescindere» dallo statuto teleologico-ontologico della famiglia e quindi «a prescindere» dalla virtuale apertura di essa alla procreazione umana, ma si tratta di un legame la cui essenza dev'essere proprio colta nell'ordine dell'ontologia della famiglia, vale a dire che l'*affectio coniugalis*, pur essendo «causa autonoma» del vincolo familiare, rispetto alla natura di esso, non è affatto indipendente

proprio «per essere tali»: vale a dire che l' *affectio coniugalis* non è, non può essere intesa e non rappresenta affatto la conseguenza, magari volontaristico-passionale, del vincolo di coniugio, né la sua causa impulsiva, ma ne è e ne deve essere il presupposto oggettivo, umano, razionale e libero; essa ne è e ne deve essere, insomma, la causa in senso proprio e tutt'affatto obbiettivo. Di talché... l' *affectio coniugalis* di cui stiamo parlando, quale causa *in se* del vincolo di coppia (umano-familiare), non può giammai essere «riempita» d'un contenuto purchessia, anche irrazionale, anche antiggiuridico, anche immorale *et coetera*, ma dev'essere obbiettivamente colta, se è, per quello che essa stessa è e deve essere *ut natura*, nel suo valore (*id est*, nel suo essere) e nel suo significato  $\pi\acute{\alpha}\nu$ -razionale e  $\pi\acute{\alpha}\nu$ -giuridico, *ergo*...  $\pi\acute{\alpha}\nu$ -fondativo della famiglia umana (razionale, libera, giuridica *ut natura*), della società propriamente civile e dello Stato(-Ordinamento giuridico) propriamente detto. Ne deriva, allora, che l' *affectio coniugalis*, nella sua oggettività sostanziale, non potrà mai rappresentare l'epifenomeno ( $\alpha$ -/anti-)causale della determinazione *ab-soluta* di una volontà purchessia di unir-si per unir-si, o comunque per soddisfare un attuale e contingente desiderio (*voluntas/voluptas*) di unione, «accidentalmente» appartenente a due soggetti (o più e per caso coincidente in un punto, in guisa di «convergenza fattual-sentimentale») e ciò... proprio

---

da esso, né può cogliersi fuori da esso. Vero è, infatti, che può aversi  *affectio coniugalis* solo nell'ambito di un contesto soggettivo ove non manchi l'attitudine al fenomeno procreativo, per quanto questa non sia sufficiente a far presumere in termini assoluti la sussistenza della prima, eppertanto l'essere causativo della famiglia in sé. Vedremo meglio nel Testo, infatti, che se da un lato non può esservi famiglia ove non vi sia la virtuale e naturale apertura al fenomeno procreativo, eppertanto il sentimento che eventualmente anima i soggetti interessati non può certo essere posto nel solco concettuale tracciato col vomere teoretico dell' *affectio coniugalis*, dall'altro... l'attitudine alla procreazione non basta a formare una famiglia, né è sufficiente a far ritenere che il legame tra i soggetti pur capaci di procreare sia un legame familiare in senso proprio: per aversi quest'ultimo, infatti bisogna che la causa del legame in parola non sia passionale o impulsiva, ma razionale e che essa non sia posta nell'ordine della soddisfazione d'una volontà purchessia, ma che sia tutt'affatto funzionale alla soddisfazione di una volontà propriamente giuridica, eppertanto che sia tutt'affatto funzionale all'esercizio di un diritto in sé (*id est*, del diritto di autodeterminazione della persona in ambito familiare); ebbene... i caratteri *de quibus* sono proprio quelli che definiscono e discernono la citata  *affectio coniugalis*, quale causa in sé del vincolo di coppia.



perché essa è «causa remota e obiettiva», non già di un'unione volontaristico-autentica (nel significato heideggeriano del termine), di un'unione purchessia, ma di un'unione propriamente familiare, vale a dire che l' *affectio coniugalis* in parola è «causa remota» di una unione umana sotto il profilo assiologico, quindi di un'unione «di coppia» ontologicamente qualificata (!) dal fatto di essere fondativa della realtà (umano-)familiare *in se*, eppertanto... ontologicamente qualificata (!) dal fatto di essere fondativa di un'unione fenomenologicamente idonea a rappresentare l'inveramento, *in rebus hominis et iuris*, della volontà libera, umana, razionale, giuridica e responsabile, dei soggetti, di esercitare *per se et in se* il loro diritto soggettivo all'autodeterminazione (della/e persona/e) in ambito intimo-familiare-personale. Ciò che dunque massimamente rileva è ognor rappresentato dall'intrinseca giuridicità della «causa» dell'unione familiare e dall'essenzialità di questa, accanto al momento volitivo – sempre razionale e giammai (solo) passionale – che pur presiede e deve presiedere il formarsi del vincolo umano di cui trattasi, proprio in quanto «vincolo πάλυ-*giuridico*», ovverosia... in quanto vincolo <sup>a</sup> giuridicamente voluto, <sup>b</sup> conforme a diritto, <sup>c</sup> rilevante pel diritto e <sup>d</sup> capace di dar luogo a una dimensione, quella della famiglia, la quale è giuridica in sé... *id est* legittima e riconosciuta, in un tempo, dall'Ordinamento giuridico alla stregua del «principio (razionalmente) informatore» della società umana, *rectius*... del consorzio umano (*id est*, caratterizzato ontologicamente dall'*humanitas*) nel suo essere dimensione naturale e necessaria dell'uomo e per l'uomo.

### 3) Segue. Il vincolo coniugale come vincolo in sé giuridico: la sua natura.

L' *affectio coniugalis*, insomma – questo è il punto di Archimede – non si riduce in un motivo psicologico, in un *velle quia volutum*, in una volontà di unir-si tradotta in fatto (*rectius*, in potere materiale) dell'unione,

ma si qualifica nel binomio inscindibile di «volontà giuridica» e di «potere giuridico», *ergo* si qualifica e ben si aggettiva in guisa di volontà e di potere ontologicamente liberi, umani, responsabili, legittimi e razionali, tutt'affatto protesi verso l'esercizio giusto (!) del diritto (!) subiettivo all'autodeterminazione delle persone (in ambito personale-familiare) «nello» e «con lo» essere oggettivamente giuridico proprio della «loro» famiglia... *in se* umana. Ne deriva, dunque, che <sup>a</sup> il «momento concettuale» (e logico) della volizione concreta – del *velle subiecti* (genitivo soggettivo, *caveat!*), per intenderci – come <sup>b</sup> l'antecedente «momento concettuale» del sentimento che anima la persona portandola a volere qualche cosa, *id est* ingenerando in essa la propulsione psicologica della volontà di operare «la» scelta (*velle optare*), effettivamente cagionano, provocano il far-si storico della coppia-famiglia, data la loro intrinseca e oggettiva natura di «movente remoto» (*id est*, causale) alla «determinazione concreta» della stessa opzione del (*rectius*, operata dal) *subiectum agens* – o, per meglio dire, dei *subiecti agentes* – verso e per l'unione familiare «di» coppia cui essi stessi danno origine, *ergo* la qualificazione morale e giuridica dell'*affectio coniugalis*, nel suo essere causa remota e oggettiva della famiglia *in se*, non può che essere tutt'affatto informata ai principii proprii dell'essere-in-sé della realtà familiare, quindi... non può che essere oggettivamente conforme a diritto, a ragione e a umanità, così discernendosi da ogn'altra forma di comunione/unione umana, pur sentimentalmente propria dei soggetti in essa coinvolti, ma non razionalmente propria della di loro natura (unioni disumane, innaturali, patologiche), ovvero irrilevante pel diritto (rapporti cc.dd. amicali). È ben vero, infatti, che i soggetti *de quibus* (i coniugi), determinando la propria volontà assiologicamente umana ed esercitando il proprio diritto (subiettivo all'autodeterminazione in ambito familiare), si auto-determinano effettivamente come esseri umani «in/nella» società politico-giuridica e «in/nella» famiglia umana e ciò... proprio attraverso

(*per*) l'opzione mutualmente posta in essere in ossequio alla loro volontà che fu e che non potette non essere stata retta, morale, giuridica, razionale, essendo essa causa efficiente dell'esercizio del diritto di formare una famiglia (*in se*). Di talché, la volontà e il motivo intimo (*id est*, la causa remota) che portano due soggetti a unirsi in guisa di coppia umana e che noi abbiamo voluto inglobare ed esplicitare nel concetto dell' *affectio coniugalis* (*rectius*, nell' *affectio coniugalis* come concetto), non possono non assumere un significato tutt'affatto rilevante in seno alla Trattazione che stiamo proponendo al nostro Lettore, onde ne giova un'opportuna indagine. Peraltro... v'è da dire che il momento della volizione e quindi della determinazione intimo-soggettiva, riveste un ruolo di preminente interesse – come già ampiamente veduto in principio di queste Riflessioni – non solo nel caso dell'esercizio del diritto di autodeterminazione in ambito familiare, ma ogniqualvolta un soggetto abbia a esercitare un diritto suo proprio o, per meglio dire, ogniqualvolta un soggetto abbia ad autodeterminarsi – come soggetto «di» diritto, eppertanto come soggetto «al» diritto – attraverso la concreta fruizione dei «suoi» diritti subiettivi propriamente detti... e questo è ovvio – si badi molto bene – dacché l'esercizio d'un diritto (*in se*) postula sempre e necessariamente la consapevole volontà e la consapevole scelta di esercitarlo, vale a dire che l'esercizio di un diritto postula sempre e necessariamente l'opzione giuridica – quindi l'opzione qualificata dalla giuridicità in termini oggettivi, non dunque un'opzione purchessia – verso il diritto stesso o, se si preferisce, verso gl'effetti assiologicamente giuridici del suo stesso esercizio, *id est* della sua concreta fruizione *in rebus (hominis et) iuris*. Ovviamente... non è solo nell'ambito del «giuridico» che rilevano la volontà e il momento volitivo, essendo, questi, ontologicamente propri dell'azione umana (*id est*, proveniente dall'uomo anche se non propria di lui, vale a dire anche se non propria della di lui natura) in quanto tale, qualunque natura essa abbia: difatti... la volontà, come l'azione, può essere giuridica o

antigiuridica, vale a dire che la volontà, come l'azione, può essere buona, umana *id est* confacente alla natura del soggetto che vuole qualche cosa o che fa qualche cosa in quanto soggetto (di/al diritto), ovvero può essere non-buona, disumana, *id est* non confacente all'essenza del *subiectum agens* o *volens* a seconda dei casi. Nondimeno... il movente della volontà e la volontà stessa assumono sempre e necessariamente una «coloritura» morale e giuridica (*id est*, rilevante sotto il profilo morale e giuridico) giuocoforza determinata, in termini di stretta univocità, dal loro oggetto, eppertanto ontologicamente (co-)determinata dalla natura di ciò che il soggetto volente e agente è portato a volere e conseguentemente a fare. È ben vero, infatti, che la volontà può essere retta (giuridica) o non-retta (anti-giuridica) a seconda di che cosa il soggetto voglia, siccome la sua azione può essere giusta o in giusta a seconda di che cosa, attraverso di essa, il soggetto stesso abbia a concretare *in rebus hominis*; peraltro... non può correlativamente negarsi che una volontà buona, cioè retta, abbia a determinare un'azione buona, cioè giuridica e una volontà malvagia, cioè non retta, abbia a determinare necessariamente un'azione non-buona, cioè antigiuridica. Un tanto, ovviamente, resta del tutto scontato salvo casi eccezionali di divergenza tra la volontà e l'azione, come potrebbe accadere, a titolo d'esempio, nell'ipotesi del c.d. reato erroneamente supposto contemplata *sub* art. 49 c.p. ove, per l'appunto, un impulso malvagio – soggettivamente improntato al male, dovremmo dire per essere corretti nella forma esplicativa – si traduce, invece, in un'azione «neutra» sotto il profilo penale (*rectius*, criminale, potendo importare comunque l'applicazione di una misura di sicurezza, come abbiamo veduto in nota), eppertanto in una azione/condotta da considerarsi «formalmente lecita»... (se lo sia anche sostanzialmente e se, di conseguenza, essa azione/condotta sia anche libera, giuridica, razionale e umana in termini ontologici, poi, è questione che richiede l'analisi teoretica circa la natura dell'azione/condotta medesima, al

di la del dettato positivo delle prescrizioni che compongono il c.d. Ordinamento giuridico).

Arrivati a questo punto della Trattazione – a ogni buon conto – un esempio per quanto «banale» concorrerà a schiarire i termini del concetto testé espresso e concorrerà, anche, ad apparecchiare il successivo approfondimento delle questioni: ebbene, fuori dalla fattispecie dell'autodeterminazione in ambito familiare, se si ipotizza l'esercizio – poniamo – del diritto soggettivo a ottenere ragione d'un credito legittimamente vantato presso un debitore, si deve ritenere che ciò abbia a essere necessariamente fatto (agito), da parte del creditore, in ossequio alla di lui volontà di ottenere quello che «è» l'oggetto del proprio (diritto di) credito, eppertanto, *in apicibus*, si deve ritenere che ciò abbia a essere necessariamente fatto con lo scopo precipuo di ottenere il riconoscimento della giuridicità oggettiva (*sub specie* di meritevolezza giuridica) della pretesa *de qua* e di dare, conseguentemente, concreta risposta a un «motivo», a un «sentimento», a una «indigenza», più o meno profondi e certamente intimo-soggettivi, ma comunque e necessariamente giuridico-razionali in sé, i quali punto determinano il soggetto in questione ad agire *secundum (legem/)*ius e segnatamente ad azionare le proprie legittime (!) pretese creditorie verso il giusto (!) debitore. In una parola, allora, potremmo dire che queste istanze legittime portano il *subiectum agens*, legittimamente, ad autodeterminarsi come soggetto-creditore, vale a dire che lo portano ad autodeterminarsi *in rebus hominis et iuris* come soggetto di diritto titolare del diritto di credito e quindi... meritevole di essere riconosciuto, *sub specie iuris*, come tale. Di talché – con termini diversi – possiamo dire che l'azione posta in essere da chi «è» il creditore (*agere licere et agere posse*) non può che caratterizzarsi, essenzialmente, pel fatto di tendere alla soddisfazione di una legittima volontà e di un legittimo desiderio di lui, in fruizione degl'effetti giuridici di quella che è «la» sua propria *facultas moralis*

(oltrecché, *coeteris paribus*, la sua *facultas agendi ex norma agendi*), o – se si preferisce non usare la felice formola di Suarez – in fruizione degl'effetti giuridici di quella che è «la» sua propria *facultas iuris* in senso ontologico, onde l'agire in parola, quale agire del *subiectus iuris* (potremo parlare di *actio subiecti*), è e dev'essere considerato alla stregua d'un agire propriamente giuridico (*id est*, qualificato dalla giuridicità) e la volontà dell'agire che «muove», che «determina» il soggetto all'azione *de qua* è e dev'essere parimenti considerata alla stregua d'una volontà πάλν-giuridica (*id est*, qualificata dalla giuridicità), dacché essa dà luogo a una altrettanto giuridica rivendicazione (per sé) o pretesa (*velle secundum legem/ius*) «del(/dal)» soggetto storicamente considerato. Ciò posto, allora, deve osservarsi che è sempre e necessariamente giuridica, razionale, libera e umana la volontà che tende al riconoscimento e all'esercizio di un diritto in sé, ma non è mai la volontà in quanto tale a definire la natura della rivendicazione come giuridica, imperocché essa natura è definita dall'oggetto della volizione medesima e segnatamente dalla sua propria essenza. Torneremo sul punto per meglio chiarire il concetto; a ogni buon conto deve osservarsi che quanto testé detto rileva e non può che rilevare valutando e analizzando, con attenzione *lato sensu* filosofica, il profilo assiologico della questione. Ritornando, ora, *in medias res*, deve tosto osservarsi che se la «causa prossima e obiettiva» dell'azione legittima e quindi dell'atto giusto del creditore, è l'essere oltrecché l'apparire del credito e la soddisfazione (giuridica) contingente di esso *secundum leges*, la «causa remota» della sua azione *lato sensu* satisfattoria dev'essere ricercata nel motivo (giuridico), o per meglio dire nel movente (giuridico), che lo spinge ad agire come effettivamente egli agisce; ovviamente si tratta e deve trattarsi di un motivo o di un movente tutt'affatto oggettivi e non certo meramente psicologico-romantici, questo è ovvio. Ne deriva, allora, che l'essere-in-sé della «causa remota» dell'azione (*id est*, il motivo in parola)

non risponde immediatamente alla domanda «perché il soggetto *de quo* agisce?» – *quaestio* che punto attiene all'analisi della causa prossima dell'azione stessa – ma risponde *ex se* alla domanda «per quale ragione (giuridica o antigiuridica; legittima o illegittima) egli pretende/rivendica di agire?», quindi... l'essere-in-sé della «causa remota» dell'azione risponde alla domanda «ha, il soggetto in parola, ragione nel decidere di agire come intende agire? E sono, conseguentemente, legittime, giuridiche, libere, umane e razionali, la sua richiesta e la sua pretesa?». Insomma: l'analisi di quella che abbiamo chiamato «causa remota» dell'azione coglie e pone, in un tempo, il problema della legittimità della rivendicazione del soggetto e della sua volizione storica (può trattarsi – nel caso del credito in narrativa – di un'azione/rivendicazione motivata dal bisogno, dall'utilità, dal lucro, dal significato economico d'un affare, da un pretesa arbitraria, dal συνάλλαγμα contrattuale *et coetera*). Questo è il punto archimedeo! Un tanto, allora – si badi bene – viene ad assumere un preminente rilievo «prima», ma non al di là, rispetto al problema riguardante la causa obiettivamente intrinseca all'azione, la quale noi abbiamo chiamato «causa prossima» si essa, infatti... la «causa remota» indaga il movente dell'azione, *sub specie* di pretesa e di rivendicazione del soggetto, mentre la «causa prossima» definisce la causa in senso funzionalistico dell'azione medesima e quindi definisce la funzione giuridica di essa nella sua obbiettività, senza considerare il valore assiologico di ciò che spinge il soggetto ad agire come agisce o a rivendicare di agire come intenderebbe agire. Se questo è chiaro, ora, dev'essere altrettanto chiaro che cogliendo l'essere-in-sé della «causa remota» e trattando di essa, non si tratta (per dare una qualificazione e un'impostazione «giuridica» del/al problema) di limitarsi a dire se l'azione in parola sia legittima o meno secondo il παράδειγμα *lato sensu* normativo, ma si tratta proprio di dire se lo sia o meno la volontà di essa: si tratta di dire, cioè, se la volontà dell'azione sia o meno giuridica, razionale, umana, libera e legittima

*in se*, quindi si tratta di dire se essa abbia o possa avere dignità giuridica «di» diritto subiettivo in sé (*id est*, dignità *in rebus iuris*), di *facultas moralis*. Ora... se la distinzione logica tra «essere della volontà dell'azione» (causa remota) ed «essere dell'azione stessa» (causa prossima) è ognorpiù evidente su di un piano analitico, è e resta altrettanto evidente e del tutto incontrovertibile, su di un piano logico – lo abbiamo testé cennato dicendo che il problema della «causa remota» si pone prima, ma non (!) al di là di quello concernente la «causa prossima» – che la qualificazione morale-giuridica della volontà dell'azione(/condotta) dipenda e non possa che dipendere essenzialmente dal valore ontologico dell'azione(/condotta) cui la *voluntas* stessa è preordinata e ciò... proprio perché è e non può non essere la natura dell'azione (buona o non buona) *in se* che qualifica moralmente/giuridicamente la volontà di essa, *id est* è e non può non essere la natura dell'azione (buona o non buona) *in se* che qualifica moralmente/giuridicamente la volizione soggettiva che porta l'*agens* storico a rivendicare di determinar-si mercé una data fattispecie di contegno fattuale e ciò, evidentemente, in guisa di *voluntas* legittima e giuridica o in guisa di *voluntas* illegittima e antigiuridica a seconda di quello rappresenta ed effettivamente è l'oggetto della volizione in parola. Se questo è vero, come è vero, in quanto non è giammai la volontà dell'azione che rende l'azione stessa buona, giuridica, libera, umana e legittima, ma è sempre la natura di quest'ultima (i positivisti direbbero la qualificazione normativa della fattispecie concreta operata dalla fattispecie astratta contemplata dalla legge vigente) che qualifica l'essere-in-sé della volontà, legittimandola o delegittimandola sotto il profilo della rivendicazione autenticamente giuridica e quindi se potrebbe *ictu oculi* parere «inutile» la nostra analisi circa l'essere della volizione soggettiva, quale causa remota della condotta, tutto riducendosi (sotto il profilo ontologico), per l'appunto, alla «natura» della condotta stessa e alla sua «causa prossima» per come definita *in rebus*



*positi iuris*, è altrettanto vero – a ben volere intendere le cose – che la distinzione tra i due «piani logici» del ragionamento pare oltremodo opportuna, onde pare che la loro differente analisi abbia (e non possa non avere!) una sua dignità argomentativo-espositiva soprattutto nell’ambito di un Lavoro, come quello che quivi proponiamo, il quale ha a oggetto il diritto di(/alla) autodeterminazione della persona, letto in chiave gius-filosofica (e non grettamente positivistica). Insomma, questa nostra impostazione non ci pare affatto singolare, né peregrina o artificiosa, proprio (*rectius*, anche) perché nella disamina che quivi interessa non ci si può affatto limitare a una valutazione sopra la «causa prossima» delle azioni e delle condotte giuridicamente rilevanti, né intendendo la «causa prossima» in senso teoretico-ontologico, come valore in sé della condotta, né, tantomeno, intendendola in senso tecnico-positivistico sotto il profilo della sussumibilità di essa entro un tipo (pre-)definito dallo *ius in civitate positum*, ma si tratta proprio di sindacare – si badi molto bene – se la volizione soggettiva, intesa come istanza di autodeterminazione del soggetto *in rebus iuris* e non solo *in rebus facti*, sia legittima o meno, come aspirazione, come opzione e come rivendicazione «del» soggetto, a seconda della natura – ecco che riemerge il significato teoretico (e non meramente teorico) della «causa prossima» – di ciò che il soggetto stesso vuole, o, per meglio dire, a seconda della natura di ciò che rappresenta l’oggetto della di lui volizione storica. La domanda, quindi, non si limita a indagare la fondatezza ontologica di un «diritto soggettivo», inteso come *facultas agendi ex norma agendi*, astrattamente contemplato dall’Ordinamento, ma cerca di comprendere se sia o meno diritto del soggetto in quanto soggetto (di/al diritto), attuare quella volontà che egli stesso ha maturato *in interiore* e attraverso l’estrinsecazione materiale della quale egli stesso pretenderebbe/rivendicherebbe di autodeterminarsi giuridicamente, ovverosia di autodeterminarsi «nel» e «col» diritto. La questione – a noi pare – non è affatto di poco momento.

Un tanto precisato, allora, può correttamente parlarsi di volontà buona e giuridica (*velle secundum legem/ius*) o di volontà non-buona e antiggiuridica (*velle contra legem/ius*), solo avendo piena contezza ontologica dell'azione cui la volontà tende e solo avendola teoreticamente qualificata, *in concreto*, come azione buona e giuridica o come azione non-buona e antiggiuridica secondo la sua propria natura (*id est*, secondo il suo proprio essere oggettivo).<sup>172</sup> Non sono, dunque, la volontà, l'impostazione soggettivistico-relativa del «punto di vista» (ideologia), il sentimento, il potere *et coetera* che qualificano moralmente/giuridicamente/razionalmente/umanamente l'azione e la condotta poste in essere dall'*agens*, o da lui rivendicate in guisa di diritti (né lo è la *norma posita*), ma è l'essenza di queste ultime, eppertanto la di loro conformità (ontologica) o meno a ragione, a morale, a umanità e a giustizia oggettive, che consentono di dare un valore assiologico alla volizione storica del soggetto, punto definendone la natura e la dignità sotto il profilo della qualificazione *moralis* o *α-moralis* della *facultas* che esse stesse intenderebbero definire come propria del soggetto, o, per meglio dire, sotto il profilo della qualificazione giuridica o antiggiuridica della opzione

---

<sup>172</sup> Un tanto – si badi bene – resta del tutto incontrovertibile, pur dovendo giuocoforza ammettere che la volontà dell'azione e l'azione stessa si pongono, per loro essenza, su piani distinti e distinguibili; vero è, infatti, che vi può essere volontà senza azione (o volontà autenticamente giuridica non «attuabile» nel/col/pel diritto positivo) e che la volontà stessa può essere buona o non-buona a seconda di quello che è il suo oggetto. Invero – come già detto nel Testo – parlando di diritto all'autodeterminazione della persona e segnatamente di diritto del soggetto al riconoscimento della giuridicità delle sue pretese, opzioni e rivendicazioni, massimamente rileva comprendere se quanto il soggetto rivendica come diritto di lui, sia effettivamente un suo diritto o se, invece, questo rappresenti una mera pretesa, un mero desiderio tutt'affatto scevro da ogni valore e da ogni dignità/meritevolezza *in rebus iuris*... resta del tutto inteso, allora, che l'unico modo per dare una risposta veramente fondata al quesito, sia quello di operare un'indagine obbiettiva sopra l'oggetto della pretesa rivendicata dal soggetto *de quo*. Diversamente... o si scadrebbe nella «(anti-)religione del positivismo», per cui solo le fattispecie normativamente contemplata dal Legislatore definiscono diritti soggettivi e solo in/per/con esse il soggetto può autodeterminarsi (come cittadino rousseauiano), o si scadrebbe nel soggettivismo relativistico, tale per cui ogni pretesa, che non pretenda di valicare i confini kantianamente geografici della libertà individuale, intesa come liberà meramente negativa, è di per sé sola idonea a fondare un diritto, un diritto... soggettivo perché volitivo: ontologicamente parlando, dovremmo dire un potere che si-qualifica come giuridico in forza dell'effettività che lo connota storicamente.

soggettiva, contingentemente operata e rivendicata(/pretesa, esigita) dal *subiectum agens* come suo proprio... diritto (subiettivo). Ciò che importa – si badi molto bene – e ciò che veramente assume una connotazione tutt'affatto peculiare e significativa, nell'economia del nostro Discorso, dunque, non è rappresentato – ritornando all'esempio dell'adempimento esigito dal legittimo creditore – dalla volontà del creditore in quanto volontà e basta, in quanto *velle* storico (*velle posse*) di ottenere un *quid* di soggettivamente definito, né è rappresentato dalla mera «causa prossima» della sua rivendicazione *lato sensu* giuridica, quale causa astrattamente qualificata/qualificabile «dallo» e «nello» Ordinamento positivo e quale «funzione economico-sociale» (autolegittimantesi per/nella norma) della di lui pretesa di qualche cosa, ma è rappresentato dalla qualificazione ontologica e ontologicamente razionale, umana, giuridica e libera della volontà stessa e del «sentimento» che determinano il soggetto in parola verso l'azione (e nell'azione) soddisfattoria cui egli stesso tende. Sicché... non può non rilevarsi che la volizione storica e il «sentimento», i quali ben portano alla iattanza del creditore, risultano oggettivamente qualificati dalla dimensione realmente giuridica, morale, razionale e umana che punto definisce l'*agens* come creditore in sé, eppertanto che lo definisce e che lo qualifica *sub specie iuris*, come *agens iustus* (o, se si preferisce, come *agens ad/in iustitiam*), come colui il quale esercita, dunque, una vera e propria *facultas moralis* e come colui il quale ha giusto titolo per rivendicare e per pretendere il riconoscimento (*in iure*) della sua stessa volizione, alla stregua non d'una *voluntas/voluptas* purchessia (financo arbitraria), ma d'una volontà giuridica in senso proprio (*ergo*, giuridicamente tutelanda). Ciò posto, deve coerentemente affermarsi che solo il fondamento oggettivo del diritto di credito discerne e può (ontologicamente) discernere il creditore legittimo, l'*agens iustus* cui abbiamo cennato, dall'estortore, dal truffatore che avanza pretese verso il truffando, dal rapinatore, dal camorrista che

pretende il c.d. pizzo *et similia*, ne deriva... che solo (!) il fondamento oggettivo del diritto di credito in quanto diritto in sé, rappresenta e può rappresentare l'*ubi consistam* sostanziale ove alligna il significato veramente giuridico della rivendicazione e della pretesa di un *quid*, da parte di un soggetto verso un altro, nell'ordine dell'esercizio (*ex latere creditoris*) del diritto all'autodeterminazione dell'*agens* storico come soggetto e come creditore, diritto – si badi bene – che a lui compete e spetta... *ut natura*. *Per incidens*, infatti, ben deve rammentarsi che anche il rapinatore, l'estortore, il camorrista, il truffatore *et coetera* pretendono qualche cosa da qualcheduno e [auto-]determinano così la loro volontà di ottenere un *quid*, nondimeno la volontà di costoro, giusta la natura e giusta il fondamento della loro rivendicazione e della loro pretesa, deve qualificar-si e si-qualifica alla stregua d'una volizione anti-giuridica, dacché non-razionale, non-legittima, non-libera e non-umana *ergo* qualificar-si e si-qualifica alla stregua d'una volizione «incapace», assolutamente «incapace» di (e inidonea a) fondare un diritto soggettivo in senso proprio, ovverosia... vieppiù inadatta a rappresentare il presupposto obiettivo per l'esercizio dell'autodeterminazione giuridica (razionale/umana/libera) del soggetto *in se*.<sup>173</sup> Un tanto, ovviamente, vale e deve ognor valere a prescindere e financo – se del caso – «*contra*» il c.d. Ordinamento positivo: vero è, infatti, che il diritto di credito del soggetto, il quale effettivamente versò nella situazione di «creditore giusto» – per rimanere nell'esempio – è e resta un «suo» diritto ancorché esso non sia «preveduto» dallo *ius in civitate positum* e ancorché esso sia assurdamente violato (o fatto violare) dalla legge positiva, tant'è...

---

<sup>173</sup> Vero è che il soggetto che si-autodetermina e che ha diritto per auto-determinare sé come soggetto “è soggetto spirituale e, in quanto tale, [...] libero e, quindi, può realizzarsi, esprimere cultura, modificare la situazione storica, decidere del divenire perché è e perché è libero. va osservato però che, se la sua realizzazione avviene nella libertà, non è assolutamente libera. In altre parole [infatti (nda)] mentre [il soggetto *de quo* (nda)] sul piano morale [...] è interamente libero, non altrettanto può dirsi per quel che attiene alla sfera dell'essere” (CASTELLANO, *La libertà soggettiva*. C. Fabro oltre moderno e antimoderno, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1984, pag. 89) vero è che il soggetto stesso, essendo è soggetto in sé e non può essere qualche cosa di diverso da quello che egli è obiettivamente.

che il soggetto in parola, nei casi citati, avrebbe effettivamente e assolutamente il diritto soggettivo (non volitivo!) non solo, verso il debitore, all'ottenimento dell'oggetto del credito che legittimamente vanta presso colui, ma anche, *in apicibus*, verso lo Stato-Ordinamento giuridico, al «riconoscimento normativo-positivo» della rilevanza *in rebus iuris* e della reale giuridicità della sua propria «posizione creditoria» e conseguentemente della sua propria istanza/rivendicazione/pretesa di auto-determinarsi come creditore. Ne consegue, allora, che il diritto del soggetto *de quo* di autodeterminarsi come soggetto (!) e come creditore (!), esercitando quella che è una sua vera e propria *facultas moralis* (di ottenere il *quantum* dovutogli), è e resta un diritto soggettivo che non gli deriva né dalla sua volontà, né da un'ipotetica norma *posita*, quanto piuttosto dalla natura di quel rapporto che effettivamente lo vede in guisa di creditore *in se*; da un siffatto fondamento oggettivo e non da altro, allora, trova legittimazione giuridica e giuridica dignità quella istanza, quel sentimento e quella rivendicazione del soggetto stesso, che punto tendono a portarlo verso la materiale concretizzazione del suo credito e quindi... verso il materiale esercizio del suo diritto di autodeterminazione come creditore. Il problema che quivi rileva, dunque – si badi molto bene – è rappresentato dalla natura del sentimento e della volontà che animano la determinazione personale del soggetto (*velle licere*): l'*ubi consistam* dell'intera questione, infatti – andando a rendere ragione logica dell'*excursus* – è definito e circoscritto, per così dire, nell'ambito dell'indagine circa il «che cosa» si vuole, vale a dire che il punto archimedeo si compendia nell'analisi ontologico-teoretica che abbia a oggetto la natura della volontà (e del sentimento) dell'opzione del soggetto, intesa come sua propria rivendicazione *lato sensu* giuridica o, per meglio dire, intesa come sua propria rivendicazione *ad ius*. Non si tratta, allora, di dire solamente «se» una volizione/rivendicazione/pretesa vi sia(/vi sia stata) o meno in guisa di movente della condotta (la qualcosa è del tutto

ovvia!), né si tratta di farne derivare in modo assurdamente automatico un diritto, ma si tratta proprio di capire se essa sia(/sia stata) o meno legittima, secondo i principii oggettivi (!) del giure e quindi si tratta di capire se essa sia effettivamente fondativa di una rivendicazione/istanza di autodeterminazione in senso ontologicamente giuridico. La *quaestio*, allora, non consiste nel capire se l'esercizio di un diritto abbia a essere mosso, o meno, da una volontà, da una passione, da un interesse, da un motivo *et coetera*, cosa che è del tutto ovvia, come è ovvio che chiunque agisca *in rebus hominis*, lo faccia nel perseguimento d'uno scopo, d'un movente (intimamente) suo proprio, ma consiste essenzialmente nel sindacare e nel qualificare ontologicamente l'essere-in-sé della «tensione propulsivo-psicologico-morale» in parola... e qui ci rifacciamo – e rimandiamo – alle Riflessioni delle prime pagine, da cui traemmo le mosse per questa Trattazione.

Ritornando, allora, al problema dell'*affectio coniugalis* e della necessaria qualificazione di essa in guisa di «causa remota» e oggettiva della famiglia umana, è giuocoforza comprendere che nell'ipotesi in cui un sentimento e una volizione soggettivi aspirino (similmente a quanto testé rilevato nel caso della richiesta di adempimento del credito) a tradursi in una rivendicazione propriamente giuridica e la loro concretizzazione storica ambisca a essere considerata in guisa di esercizio d'un diritto subiettivo capace di fondare un *quid* di giuridicamente <sup>a</sup> lecito e <sup>b</sup> rilevante – nell'ipotesi dell'*affectio coniugalis*, capace di fondare un'unione tra persone, latrice di un valore giuridico-morale in sé (quello familiare) – il sentimento e la volizione in parola, pur senza rinunciare al loro «essere intimo» e alla loro genesi *in interiore hominis*, debbono porsi in guisa di volontà e di sentimento tutt'affatto razionali e giuridici, anzi.... debbono proprio essere sentimenti e volizioni giuridiche e razionali in sé. Un tanto significa – si badi bene – che la volontà e i sentimenti in parola non debbono certo essere

«cervellotici», «artificiosi» o «studiati a tavolino», ma nemmeno impulsivi, heideggerianamente autentici e liberi in senso hegeliano (vale a dire nel senso di un puro autodeterminarsi del volere assoluto<sup>174</sup> nell'ambito della c.d. libertà negativa): infatti... deve trattarsi di sentimenti e di volizioni <sup>a</sup> oggettivamente legittimi e <sup>b</sup> meritevoli, per loro natura, di considerazione e di rilevanza *in rebus iuris*. Torneremo sulla bipartizione cennata, ch  non rappresenta un problema di poco momento. Se questo   vero, a ogni buon conto, ben tosto rileva che tutto il nostro discorso nulla toglie alla «bellezza» e alla «purezza» *lato sensu* romantiche del sentimento che pur lega e deve legare i componenti la coppia umana/famiglia: nulla di tutto il nostro discorso, infatti, lo formalizza o lo costringe entro stilemi e/o entro artificiose superfetazioni logico-impositive... Vero   proprio il contrario, imperocch  tutto il nostro discorso radicalizza nella fondazione teoretico-giuridica il valore assiologico e razionale del sentimento *de quo*, il quale – si badi bene –   e resta quello che   *ut natura*: un sentimento libero e spontaneo (ma non autentico in senso heideggeriano), ma... proprio nel suo essere reale e nella spontaneit  del suo essere reale, esso non   «pura(/mera) passione» o «puro(/mero) istinto», rappresentando invece l'epifenomeno vero di una «passione (assiologicamente) umana», *ergo* di una passione non istintuale (non animalesca, come   la tensione all'accoppiamento propria di tutte le specie viventi), ma nobile e nobilitata dall'umanit  propria del soggetto che la vive liberamente come uomo in senso assiologico. Ci  significa, allora, che la nostra Tesi tende a riconoscere, nel sentimento dell'*affectio coniugalis*, la dignit  ontologica della ragione, dell'umanit  (!),

---

<sup>174</sup> Acutamente Francesco D'Agostino osserva che "l'autodeterminazione [... modernamente intesa (nda)] trasforma i diritti dell'uomo [in quanto tale (nda)] in diritti dell'io [vale a dire, in diritti non del soggetto, ma della sua mera volont , *id est* in diritti che conseguirebbero a mere rivendicazioni contingenti, non fondate sull'essere oggettivo della natura del soggetto (nda)], riducendoli al rango di pretese aspre, ma vuote alimentate da passioni inutili" (D'AGOSTINO, *Introduzione ai lavori: paranoie della modernit *, in D'AGOSTINO (a cura di), *Autodeterminazione. Un diritto di spessore costituzionale? Atti del Convegno nazionale dell'U.G.C.I. Pavia 5 – 7 dicembre 2009 – Quaderni di Iustitia*, Milano, Giuffr , 2012, pag. 8).

della libertà e del diritto, quindi... la dignità ontologica dell'istanza di autodeterminazione soggettiva che essa reca seco e che porta, l'uomo e la donna la cui unione è punto informata dall'*affectio coniugalis* in parola, a coniugarsi nel vincolo della famiglia umana e così a essere famiglia in senso proprio, rivendicando, per sé stessi, la giuridica condizione del (vincolo di) coniugio. Allo stesso tempo, però – su questo non può transigersi, senza tradire il nostro convincimento dommatico-teoretico più radicato nell'analisi della realtà (meglio dovremmo dire, nell'analisi della *natura rerum*) – le nostre argomentazioni ben tracciano e ben vogliono tracciare un crinale discretivo netto, su di un piano innanzitutto logico (ma anche morale), tra questo sentimento razionale e giuridico – l'*affectio coniugalis* – il quale dà luogo a una razionale e giuridica istanza (*rectius*, rivendicazione), da parte dei soggetti che in forza di essa «sono» coppia, avente a oggetto il loro proprio diritto di autodeterminarsi in guisa di famiglia umana, da ogn'altra «causa sentimentale», ma non razionale, libera, giuridica e umana che pur possa legare emotivamente due persone, ovvero... da ogn'altra «causa sentimentale» che, pur razionale, libera, giuridica (in sé) e umana, legando tra loro due (o più?) persone, non sia comunque idonea a dare luogo a una realtà oggettiva meritevole di tutela e di considerazione sotto il profilo dello *ius* (ovvero meritevole di considerazione negativa, *sub specie* di giudizio di anti-giuridicità). E con quest'ultima osservazione abbiamo ripreso la «bipartizione» sopra cennata, che d'appresso svilupperemo meglio; ora, tuttavia, al fine di chiarire il concetto e al fine di non lasciare «zone d'ombra» nel corso della Trattazione, possiamo limitarci a osservare che il nostro riferimento rimanda all'ontologica differenza tra la famiglia, (al/)nel cui fondamento sta l'*affectio coniugalis* e altre forme di consorzio tra soggetti, caratterizzate da una diversa ontologia. Da un lato, infatti, possiamo trovare plurime e differenti «realità collettive» (tra soggetti), non solo lecite, ma anche rilevanti nel/pel diritto, come potrebb'essere



nell'ipotesi delle associazioni o delle società *et similia* e da un altro lato possiamo trovare «realità collettive», sempre lecite, ma per loro natura inidonee a rappresentare un *quid* di giuridicamente rilevante, come potrebb'essere nell'ipotesi del vincolo amicale o della c.d. convivenza non altrimenti qualificata e qualificabile (si pensi alla convivenza c.d. *more uxorio*, alla coabitazione *et coetera*); in fine – e qui la questione può apparire ultronea rispetto al tema, ma è comunque a esso connessa – possono aversi «effettività collettive» (non a caso abbiamo usato il termine «effettività», in luogo di «realità»!) sì rilevanti pel diritto, ma in termini negativi, ovverosia possono aversi «effettività collettive» che il Diritto considera... proprio al fine di negare loro non solo dignità, ma addirittura giuridicità e legittimità, come potrebbe punto accadere nell'ipotesi della *societas latronum* o in ordine a qualsivoglia fattispecie di associazione ispirata da intendimenti (scopi, mezzi, struttura, organizzazione *et coetera*) antiggiuridici.

Un tanto schiarito, ora, dobbiamo e possiamo agevolmente proseguire, nel solco dell'autodeterminazione soggettiva in ambito familiare, coll'approfondimento della disamina dell'*affectio coniugalis* quale causa remota e obbiettiva del vincolo di coppia (*id est*, del vincolo familiare, *ergo* del vincolo di «coppia umana» *in se*), anzi, potremmo dire... quale causa remota e obbiettiva qualificate, nella sua propria umanità, il vincolo umano in parola e qualificantesi razionalmente-logicamente *per* esso. Ebbene, che <sup>a</sup> il libero arbitrio, inteso come consapevole auto-coscienza da parte dell'uomo e della donna che concorrono a formare e che effettivamente formano la coppia *de qua* del proprio *velle* storico (e del valore morale di esso) e che <sup>b</sup> il loro potere, inteso come *posse* fattuale di concretizzare qualche cosa *in rebus mundi*, come *agere posse*,<sup>175</sup> cioè, nell'ambito del «contesto»

---

<sup>175</sup> Potremmo ritenere che il potere, in questo caso, abbia a coincidere colla reciproca volontà dei soggetti di unir-si, vale a dire che potremmo intendere il potere non già alla stregua di una mera estrinsecazione di forza bruta, come potere di trattenere l'altro con sé, ma piuttosto come

rappresentato dalla convergenza delle volontà reciproche dei soggetti *de quibus* e delle «altre» circostanze fattualmente concorrenti al darsi concreto della loro unione e del loro rapporto (coniugale), giuochino un ruolo di prim'ordine in seno alle «dinamiche» in esame, può pure essere vero, anzi, richiamando quanto già cennato *supra*, sarà senz'altro vero e addirittura normale(/reale), fisiologico, financo necessario... È mestieri di osservare, tuttavia, che il momento della volizione autocosciente dei soggetti *de quibus*, come il momento del loro fattuale potere di concretizzare la volizione medesima, assumono, quivi, una coloritura tutt'affatto peculiare, dacché due persone si-uniscono e danno luogo a una coppia (*rectius*, possono unir-si e possono dare luogo a una coppia) – può trattarsi di una coppia/famiglia umana o di qualsivoglia altra aggregazione, il discorso vale comunque – sia <sup>a</sup> perché ciascheduna di esse lo vuole, sia e in speciale modo <sup>b</sup> perché entrambe lo vogliono reciprocamente, quindi... sia <sup>a</sup> perché gl'enti in parola lo vogliono in termini soggettivi (intimi, potremmo dire), sia e soprattutto <sup>b</sup> perché essi possono farlo in termini oggettivi e possono farlo in termini oggettivi – si badi molto bene – solamente in quanto vi sia mutua e vicendevole adesione di ambedue al progetto «che è», «che deve essere» e «che non può non essere» tra loro comune, *id est* solamente in quanto vi sia mutua e vicendevole adesione di ambedue (*idem sentire*) al progetto di unir-si, comunemente condiviso da entrambe, *rectius* comunemente condiviso dall'identica e coincidente (sovrapponibile) volontà di entrambe. Rimanendo sul piano (disumano) del gretto volontarismo, allora, in termini tutt'affatto generali, potremmo osservare (quasi con una *boutade*) che la c.d. autodeterminazione assoluta della volontà, *in subiecta materia*, è impossibile (come lo è sempre, ovviamente) o, se si preferisce usare tale «categoria ( $\alpha$ - /anti-)dommatica»... è possibile solamente in una dimensione che va

---

potere di essere unito all'altro, che si compendia nella volontà dell'altro della stessa unione, eppertanto... che si compendia nella mutua volontà dei soggetti di essere uniti l'uno all'altro.

(geograficamente) oltre rispetto al soggetto e che abbraccia tutte le singole volontà individuali degl'interessati; ne deriva, allora, ch'essa è «predicabile» e «possibile» solamente con riguardo alla volontà comune di coloro i quali concorrono a formare il consorzio in questione, quale volontà auto-affermantesi, cioè, esponenzialmente replicata pel numero dei soggetti che danno luogo al determinato vincolo d'unione. Non può parlarsi – si badi – di sommatoria delle volontà individuali proprio perché non sono più volontà che si uniscono, convergendo in un volere (razionalmente o passionalmente) condiviso, ma è un'unica volizione che è avvertita da tutti e che si replica per/in ciascheduno identica a quella degl'altri. Di talché, deve osservarsi che l'autodeterminazione (relativamente) assoluta nel contesto di cui trattasi è concettualmente possibile solo «riferendola», in una sorta di *reductio ad unum*, a tutti gl'enti-soggetti coinvolti, in una sorta di dimensione collettivistica; vale a dire che essa è possibile solamente a condizione che la volontà di uno dei due o più soggetti necessari ai fini dell'inveramento del rapporto di unione, sia «matematicamente» e «meccanicamente» coincidente con quella dell'altro o degli altri, la qualcosa sta a significare – si badi molto bene – che la volontà stessa, *sub specie* di volontà dell'altro, si pone di per sé sola e su di un piano logico-fattuale, non certo ontologico-teoretico (!), alla stregua di un limite o, se si preferisce, alla stregua di una condizione operativa, oggettivamente rilevante per la stessa determinazione concreta della volontà individuale nei/coi rapporti interpersonali...umani, razionali, liberi, giuridici o disumani, irrazionali, non-liberi, antiggiuridici che siano. È dunque da considerare questo, che per aversi una qualsiasi forma di unione e/o rapporto tra esseri umani deve aversi sia <sup>a</sup> la volontà individuale (*id est*, la propensione volitivo-volontaria) dei soggetti di essere uniti (ad altri), sia <sup>b</sup> la volontà collettiva di essi di unirsi tra loro, onde il potere del singolo di dare luogo a un rapporto con l'altro è condizionato del volere dell'altro di essere parte nel/del rapporto *de quo*... ed ecco il *proprium* del potere di cui

trattasi, ovverosia del potere del soggetto di «creare» un rapporto e/o una relazione con un altro soggetto. Se la volontà individuale dei soggetti di dare luogo a una forma di unione (potremmo parlare in senso lato di «relazione» che coinvolga altre persone, ovviamente), quindi, è data dalla loro personale propensione/tensione verso il rapporto che la relazione stessa invero o dovrebbe inverare, l'oggettività del potere dei singoli di unir-si è data, nel caso di specie, non dalla maggiore forza o, comunque, dalla possibilità di «sopraffazione» che un soggetto potrebbe esercitare verso (*recte*, contro) l'altro – la qualcosa di per sé sarebbe radicalmente inidonea a dare luogo a una unione di/tra esseri umani (anche irrazionale e/o disumana e/o priva di rilievo/valore giuridico), nella cui ontologia, per l'appunto, vi è la volontarietà dell'adesione reciproca (*sub specie* di auto-determinazione subiettiva dell'ente nella/colla unione) – quanto piuttosto è data dalla convergente auto-decisione «dell'altro», ovverosia, per meglio dire, è data dal mutuo convergere di due volontà autonome e autodeterminantesi che si compendiano in un unico volere storico (in un *idem sentire*), quale volere effettivo e concreto di dare luogo alla coppia nell'*hic et nunc* della sua stessa formazione storica o, in termini più generali, quale volere effettivo di dare luogo al rapporto di unione tra i soggetti *de quibus* nel momento stesso in cui il rapporto in parola viene in essere per effetto delle loro volontà libere (libere – si badi – sotto il profilo del libero arbitrio: il problema della libertà in senso proprio per ora può essere pretermesso, nell'economia della trattazione) di realizzarlo.<sup>176</sup> Si badi bene: non trattasi affatto di una coincidenza cronologica di volizioni effettive, tese a dare luogo a una coppia purchessia o a un rapporto di unione/relazione purchessia, ma trattasi

---

<sup>176</sup> Occorre anche rilevare che la citata oggettività del potere dei singoli di dare luogo a una coppia, intesa come unione di esseri umani (e massimamente a una famiglia), alberga pure e per certi aspetti in «forma preliminare» nelle circostanze di fatto che favoriscono e rendono concretamente possibile l'incontro interpersonale dei soggetti; ciò è e resta del tutto vero – intendiamoci – per quanto, questo aspetto, gravitando nell'orbita delle cc.dd. *res facti*, quivi non importa, se non in via del tutto marginale.

proprio e segnatamente di una coincidenza teleologica di due voleri individuali che concretano, *in unum*, il desiderio di dare luogo a «quella» copia e/o a «quel» rapporto di unione/relazione che il primo soggetto vuole effettivamente formare col secondo e che il secondo vuole effettivamente formare col primo; dunque – si ponga bene mente a ciò – quello che potremmo chiamare il «momento della volontà cosciente», o momento di auto-determinazione intimo-soggettiva della volizione storica e quello che potremmo chiamare il «momento del potere», o momento della auto-determinazione concreta e oggettiva del libero arbitrio, trovano, nell'ambito dei rapporti tra esseri umani (umani/razionali/liberi/giuridici o disumani/irrazionali/non-liberi/antigiuridici che siano), la loro sintesi e il loro punto di maggiore problematicità inquantocché... la volontà concreta del soggetto di dare luogo al rapporto che egli desidera di avere con qualcuno può estrinsecarsi ed effettivamente si estrinseca nel potere di dare luogo al rapporto *de quo*, solamente nell'ipotesi in cui essa volontà trovi una convergente corrispondenza nella volontà propria di quel qualcuno che dovrebbe concorrere alla formazione storica del rapporto in parola, come a dire, allora, che la auto-determinazione concreta e oggettiva della volontà del soggetto di costituire un rapporto di unione può concretamente realizzarsi solo qualora l'altro «protagonista» dell'unione stessa abbia a condividere col primo lo medesimo proponimento soggettivo e la medesima volontà di auto-determinare nella stessa unione il proprio libero arbitrio. Mancando siffatta convergenza di/tra volontà – un tanto è e dev'essere ben chiaro – viene a mancare radicalmente, in capo ai soggetti in parola, lo stesso potere di porre in essere il rapporto, potendo, essi, eventualmente, dare luogo solamente a una mera forma di avvicinamento fisico forzato e/o a una mera forma di forzata condivisione geografica di spazii. Il sequestro di persona, insomma (pur *lato sensu* inteso) non ha nulla a che vedere, da un punto di vista innanzitutto logico, con la relazione, anche

perversa, anche criminale (si pensi alla associazione per delinquere) tra due soggetti: nel primo, infatti, non c'è alcun rapporto tra uomini, ma c'è una mera costrizione/sopraffazione fisica tendente a imporre al sequestrato (*id est*, al più debole) un determinato contegno e una altrettanto determinata «vicinanza ambientale» al/col sequestratore, nel secondo, invece, c'è un concorso delle volontà soggettive che tendono al fine precipuo del rapporto *in se*, il quale – si badi – è libero nel senso dell'idoneità di esso a estrinsecare concretamente il libero arbitrio dei soggetti che ne hanno dato luogo, anche se, in ipotesi, esso rapporto potrebbe non essere sempre proprio della libertà dell'uomo, *id est*... anche se, in ipotesi, esso rapporto potrebbe non essere sempre confacente alla di lui natura di soggetto *naturae rationalis*.

#### **4) Dommatica dell'autodeterminazione. \*) L'autodeterminazione nelle/delle cc.dd. relazioni interpersonali: il fondamento giuridico dello (eventuale) diritto.**

Ciò detto, se è vero che l'unione, *sub specie* di rapporto (di)/tra soggetti – qualunque essa sia e qualsivoglia natura essa abbia – è una «condizione» effettiva degli stessi, necessariamente voluta dai componenti il consorzio medesimo, è altrettanto vero che il potere di ciascheduno di unir-si all'altro e/o agl'altri postula il volere dell'altro e/o degli altri di unirsi a lui, come abbiamo testé dimostrato, *ergo*... il fenomeno delle unioni di persone, tra le quali ovviamente rientra la coppia umana/famiglia, pur non esaurendosi, quelle, in essa, presuppone per il suo stesso essere storico la identità strutturale e concettuale delle volontà individuali coinvolte: per aversi unione in senso proprio, infatti, è necessario che il dato *consortium* (storico) sia voluto, «per come» esso è e «così come» esso è, da tutti coloro i quali vi concorrono... resta del tutto palese, infatti, che il potere storico dei

soggetti di dare luogo all'unione *de qua* si «esaurisca» – come ampiamente veduto *supra* – nell'effettività e nella contingenza del volere altrettanto storico dell'altro e/o degli'altri d'essere uniti e di unir-si nel medesimo rapporto voluto dai (*recte*, con i) primi. Se questo è corretto e financo scontato – siccome noi crediamo veramente che sia – è e dev'essere altrettanto vero ed evidente che la natura dell'unione storicamente affermata o affermantesi in guisa di rapporto tra esseri umani non dipende né dal sentimento, né dalla volontà o dall'intenzione di quanti vi danno o vi vogliono dare luogo, pur essendo e dovendo essere, sentimento, volontà e intenzione dei soggetti-protagonisti, necessariamente omogenei, tra loro, nell'ambito di essa (unione): altro, però, è la omogeneità strutturale di un *velle* e altro, tutt'altro, è l'i(-ni-)doneità teoretica di esso a definire l'essenza ontologica del *volutum*... La natura dell'unione-relazione tra soggetti, infatti, è necessariamente oggettiva e assolutamente definita «dalto» e «nello» essere-in-sé del rapporto storicamente realizzato o desiderato, ond'è il rapporto in essere o *in fieri* ed esso soltanto che esprime il proprio statuto ontologico e che rende ragione del proprio valore oggettivo e ciò, essenzialmente in virtù di quanto il rapporto medesimo palesa o tenderebbe ad appalesare *in rebus humanis et iuris*, al di là dei proponimenti intimo-soggettivi condivisi da quanti ne sono *subiecti agentes/volentes* e al di là delle intenzioni e/o degli scopi personali *et* collettivi di essi. È tutt'affatto vero, infine – quasi all'opposto, potremmo dire – che la natura dell'unione (ovviamente oggettiva, come oggettiva è la natura di ogni cosa [!]) determina una qualificazione per così dire retrospettiva della stessa essenza delle volontà individuali che all'unione in parola hanno concorso a dare luogo, o che a essa intendono protendere, di talché... deve tosto osservarsi che è sempre l'essere-in-sé del rapporto (realizzato o desiderato/rivendicato), quindi la di lui natura, a «dire» se la volontà/volizione di esso, facente capo ai soggetti che lo hanno realizzato o

che lo vogliono realizzare, sia buona, libera, umana, razionale e giuridica, ovvero se essa sia malvagia, non-libera, irrazionale, disumana e antiggiuridica. Ne deriva, per tutta conseguenza – il Lettore converrà con noi – che un'unione ontologicamente buona (*id est*, giuridica, legittima, umana e razionale) qualificherà come buona (*id est*, come umana, legittima, giuridica e razionale) anche la tensione soggettiva che all'unione stessa intende portare o ha portato, mentre un'unione ontologicamente non-buona (*id est*, illegittima, antiggiuridica e irrazionale) comporterà un giudizio radicalmente negativo, sul piano logico e morale, ovviamente, della stessa tensione subiettivo-collettiva al rapporto di cui trattasi, propria dei soggetti in parola. Su di un piano pratico-tecnico, ora, potremmo distinguere due fattispecie. Una prima potrebbe darsi qualora il rapporto tra persone, di cui stiamo parlando, non sia stato ancora concretizzato dai soggetti che lo vogliono per sé e rappresenti solamente il contenuto di un desiderio, di una volontà di essi in istato, potremmo dire, di «potenza» (*volutum*, inteso come oggetto di desiderio); ebbene, in questo caso dovrebbe opinarsi che la natura del rapporto e/o della relazione voluti e non ancora realizzati – intellettualmente colta e coglibile (solo) mercé un procedimento di prefigurazione mentale e di analisi *in abstracto* – rileva con riguardo al «giudizio» sopra il «desiderio» (*id est*, sopra la volontà) di esso, per come espresso dai soggetti che intendono dare luogo al rapporto *de quo*: la loro rivendicazione, infatti, rappresenterà un diritto subiettivo e segnatamente un epifenomeno del diritto di autodeterminazione in senso proprio, solo (!) se il rapporto desiderato abbia a essere considerato (*recte*, giudicato) e sia conforme a diritto, a giustizia, a ragione, a umanità e a libertà, *viceversa* il desiderio in parola dovrà essere giudicato alla stregua d'una volontà non-buona e d'una rivendicazione illegittima, non solo radicalmente inidonee a dare luogo all'esercizio di un diritto, ma addirittura funzionali alla negazione del suo stesso principio, dacché nessuno può rivendicare il diritto di fare qualche



cosa di anti-/α-giuridico... “per la contraddizion che nol consente”.<sup>177</sup> Una seconda fattispecie, poi, potrebb’essere ipotizzata qualora il rapporto in parola avesse trovato la sua concretizzazione storica *in rebus hominis*; ebbene, in questo caso il giudizio avrà a oggetto il rapporto stesso quale atto (umano, *id est* riferito alla determinazione soggettiva del libero arbitrio dei soggetti coinvolti in esso) concreto dei soggetti che lo hanno posto in essere, eppertanto non si pone già il problema di valutare una loro rivendicazione, ma piuttosto s’impone la necessità di giudicarne la condotta, che pure consegue – come è ovvio – a una volontà cosciente di attuarla. Similmente a quanto prima considerato, allora, dovrà osservarsi che la condotta in parola – «figlia» di una analoga (!) e precedente volizione subiettiva – avrà a essere ritenuta buona e giuridica (razionale, libera, umana, morale *et coetera*) solo se e quando la natura oggettiva (!) del rapporto stesso (*id est*, se e quando la natura della stessa condotta) abbia a esprimere il valore autenticamente giuridico d’una relazione razionale e umana, onde potrà dirsi che il concretamento dell’atto in parola veramente rappresenti e abbia rappresentato l’esercizio del diritto di autodeterminazione nell’ambito dei rapporti personali, da parte dei soggetti che ne hanno dato luogo, solo nell’ipotesi in cui il rapporto medesimo sia un rapporto ontologicamente giuridico, umano, libero e razionale (*id est*, giuridico *ut natura*). In questo caso, allora, certamente potrà qualificarsi la tensione volitiva che ha portato i soggetti *de quibus* a realizzare il rapporto storicamente considerato e certamente la qualificazione in parola dipenderà dalla natura della relazione effettivamente posta in essere, ma siffatto «problema» risulta – potremmo dire – oggettivamente assorbito da quello che riguarda la valutazione del rapporto interpersonale, quale atto dei soggetti stessi: nel caso in cui la relazione *de qua* sia effettivamente e storicamente realizzata *in rebus mundi*, infatti, non si tratta di dire se i «protagonisti/soggetti» di essa abbiano diritto

---

<sup>177</sup> ALIGHIERI, *La divina commedia* – *Inferno*, XXVII, 120.

ad attuare una loro rivendicazione, ma si tratta segnatamente di capire se l'attuazione concreta della loro volontà, che essi medesimi hanno contingentemente realizzato *de facto et in factis*, sia o meno legittima. *Ergo...* il giudizio non è – potremmo dire – legato alla giuridicità/moralità/libertà/umanità o meno d'un *velle*, di un desiderio che vorrebbe'essere realizzato, ma è tutt'affatto «attuale» e «contingente» in quanto esso è relativo proprio alla storica realizzazione d'una (precedente) volontà che-si-concreta nel suo atto storico (quivi rappresentato dal rapporto e/o dalla relazione tra i soggetti in parola); di talché, qualora il giudizio *de quo* volesse essere letto ed espresso «attraverso la lente» del diritto di(/alla) autodeterminazione, ben tosto dovrà dirsi se l'atto compiuto inveri o meno l'esercizio concreto di un tale diritto, essendo oramai superato (dai/nei fatti) il problema relativo alla qualificazione della rivendicazione soggettiva di giuridicità/legittimità del *velle*, eventualmente espressa *ante factum* dai soggetti in parola: non si tratta più di dire, insomma, se i soggetti *de quibus* abbiano o meno diritto di fare qualche cosa che desiderano di fare e che rivendicano in guisa d'una legittima prerogativa giuridico-morale di essi (*id est*, per forma di legittimo esercizio del loro diritto di autodeterminarsi), ma si tratta di dire se la condotta effettivamente tenuta da essi medesimi, magari nell'intimo convincimento di loro che essa sia giuridica, sia o meno una condotta «attualmente» giuridica/morale/libera/umana/legittima, in quanto oggettivamente foriera d'un contenuto ontologico di giuridicità. Non solo: nella questione in disamina rileva, come «portato logico» di quanto testé detto, anche questo e cioè rileva che non è e che non può mai essere prerogativa dei soggetti quella di qualificare i loro rapporti secondo le loro intime e condivise (necessariamente dai consocî) «impostazioni/categorie concettuali». Se è vero, infatti, che i soggetti *de quibus* possono decidere autonomamente (esercitando il proprio *liberum arbitrium indifferentiae*) di dare luogo a un tipo di relazione piuttosto che a un altro e che, in questo

senso, la loro volontà crea, dà vita alla relazione in parola, non è giammai vero che essi abbiano il potere (di trasformare ciò che è in ciò che non-è e ciò che non-è in ciò che è) di dare luogo a una relazione, a titolo d'esempio a un rapporto amicale, e di qualificarla, nel contempo ed *ex voluntate absoluta*, secondo le categorie proprie di un rapporto diverso, a titolo d'esempio secondo le categorie proprie del rapporto familiare o contrattuale o altro.<sup>178</sup> Ne deriva, allora, operando una sintesi dei due ragionamenti testé presentati, che rimangono avulsi dalla sfera di signoria dei soggetti sia la definizione/qualificazione ontologica della natura del rapporto, secondo i criteri della giuridicità-moralità o della antigiuridicità-amoralità, sia la «qualificazione concettuale» della stessa relazione: da un lato, infatti, i soggetti non possono qualificare giuridicamente/moralmente una relazione oggettivamente antigiuridica/immorale e dall'altro essi non possono nemmeno classificare un rapporto (giuridico o antigiuridico che sia) secondo i paradigmi di un «contesto» diverso da quello che gli è oggettivamente proprio; ciò è impedito, infatti, dalla natura, dall'essenza oggettiva, dall'essere-in-sé del rapporto medesimo che si-esprime nel suo più immediato «esse-storico». Un esempio (che mutuiamo dalle pagine

---

<sup>178</sup> La questione può risultare palese anche solo ponendo mente alle istituzioni di diritto privato: è del tutto ovvio, infatti, che non è prerogativa dei contraenti quella di qualificare *secundum eventum voluntatis* la natura, l'essenza (o anche solo la *ratio* normativo-positiva) del contratto stesso, pur essendo inequivocabile che i contraenti medesimi abbiano ragione e diritto di scegliere se e quale contratto fare e dunque se e a quale relazione negoziale dare concretamente luogo. Se è vero, infatti, che le parti possono decidere di dare realizzare tra loro un comodato, anziché a una locazione, non è giammai vero che esse possano dare luogo a una locazione in senso sostanziale e qualificarla giuridicamente alla stregua d'un comodato (magari per lucrare vantaggi di natura fiscale, come potrebb'essere nel caso della locazione di bei immobili). La questione pare sofistica, ma non lo è: basti considerare la disciplina *sub* artt. 1414 e ss. c.c. ov'è disciplinata la c.d. simulazione negoziale; ebbene – senza entrare nel merito di una questione ovviamente ultronea rispetto ai fini della nostra Analisi – tosto rileva che anche la norma positiva, pur in un ambito (come è quello del diritto privato in genere e del contratto in specie) in cui la volontà delle parti *magis spectanda est*, potremmo dire parafrasando il noto brocardo in tema di diritto successorio, si trova «costretta», innanzitutto per ragioni di igiene razionale e logica, a distinguere se non direttamente e immediatamente la natura dell'accordo, quantomeno la sua qualificazione secondo il procedimento di sussunzione della fattispecie concreta entro gl'estremi di quella astratta preveduta dallo *ius positum*, così da potere cogliere il significato della simulazione stessa e gl'effetti di essa, al fine di rendere cogente il negozio dissimulato, quantomeno rispetto ai cc.dd. terzi di buona fede.

precedenti, richiamando, quivi, i concetti allora espressi) in ordine a quest'ultimo problema renderà ognor palesi i termini del nostro ragionamento. Ebbene, si ponga mente alla circostanza nell'ambito della quale più soggetti bramino di costituire una associazione per delinquere finalizzata a ricavare, coi profitti dei reati «in programma», i mezzi necessari al di loro sostentamento familiare. Di fronte a una siffatta ipotesi – a nostro avviso – nessuno dovrebbe contestarci se sosteniamo che non potranno certo essere la condivisione mutua e vicendevole del proponimento o il suo scopo (di per sé astrattamente meritorio), a rendere buona l'unione *de qua*: essa, infatti, è non-buona... *in se*, vale a dire che essa, nel suo essere-in-sé, è disumana, immorale, irrazionale, non-libera e antiggiuridica, dacché questa è la sua natura oggettiva, indipendentemente da come l'associazione stessa sia stata concettualmente intesa dai di lei «autori» o da come essi l'abbiano voluta operativamente intendere. Ne consegue, astraendo il principio generale del problema quivi considerato – si badi molto bene – che l'unanimità dell'adesione al progetto non sarà e non potrà mai (!) essere idonea a qualificare in termini assiologicamente giuridici l'opzione operanda dai soggetti che possono pur avere in animo di costituire il tale *consortium*.<sup>179</sup> Ergo... non potrà affatto dirsi che rappresenti o che possa rappresentare un diritto di essi, quello di dare luogo alla ipotetica *societas latronum* pel sol fatto di volerla assieme, o pel sol fatto di volerla allo scopo di ottenere un determinato *quid*. Il diritto in genere e il diritto subiettivo in ispecie, infatti, non «nascono» e non

---

<sup>179</sup> Lo medesimo discorso, *mutatis mutandis* – si badi – vale anche nel campo del c.d. diritto pubblico, imperocché la legittimità della norma e/o del sistema dell'Ordinamento giuridico non è né può essere data dalla condivisione habermasiana delle scelte, essendo, essa, dipendente dalla sola natura delle norme stesse e dalla loro essenza oggettiva, indipendentemente al fatto che una data collettività storica (che non è il popolo in senso proprio, vale a dire... in senso ciceroniano) le abbia volute, le voglia e le ritenga o possa ritenere giuste o addirittura fondative del diritto e quivi rimandiamo al problema delle cc.dd. fonti del diritto, già cennato in un nostro precedente Lavoro e ampiamente analizzato da Danilo Castellano in un suo recente Saggio (CASTELLANO, *Il diritto tra fonte e fondamento*, in *Derecho público iberoamericano*, Santiago (Cile), Universidad del Desarrollo – Facultad de Derecho, 2013).

possono mai «nascere» da una rivendicazione purchessia, anzi... per essere perspicui nell'analisi diremo che il diritto in sé non nasce e non può mai nascere da una rivendicazione in quanto tale, anche se legittima: il diritto, invero, «nasce» dalla giustizia che ne è condizione obiettiva e non da altro. L'indigenza di giustizia, poi – questo sì – può essere «causa» e anzi... essa è necessariamente «giusta causa» delle rivendicazioni legittime avanzate dai soggetti, eppertanto essa è «giusta causa» dei diritti soggettivi di essi, propriamente detti (*facultates morales* ↔ *facultates iuridicae*); onde potremmo dire che il diritto soggettivo, se non è necessariamente un “rimedio al dovere violato” – come parrebbe «liberamente» intenderlo Gustavo Zagrebelsky – dacché non è detto che il diritto di un soggetto abbia a emergere (né tantomeno a esistere) solo in seguito a una *iniuria* da egli stesso subita (se mai, in alcuni casi, è il mero «problema pratico» del diritto che si coglie solo a seguito della sua violazione... ma il diritto, se c'è, c'è a prescindere dalla violazione, anzi... la *iniuria* in parola può sussistere solo in quanto violazione di un diritto che le preesiste, quantomeno su di un piano concettuale), esso è senza dubbio l'espressione *in singulis* della necessità/opportunità/convenienza d'una data concretizzazione/rappresentazione storica del giure, ritenuta attualmente utile od opportuna, per sé, da parte del soggetto che la rivendica come prerogativa legittimamente propria di lui (*rectius*, della sua condizione subiettiva), ovverosia... come una sua *facultas moralis* di esigere il proprio, di determinare la propria umana (*et libera*, razionale, giuridica, morale) volontà storica in un dato modo, di non subire illegittime (*id est*, anti-giuridiche → *contra ius*) ingerenze *ab externo*. Vero è, infatti, che il diritto trova il proprio necessario e ontologico fondamento solo (!) nella giustizia-in-sé, la quale – si badi bene – «è» perché «è», non perché voluta o perché desiderata *secundum eventum temporum, personarum, voluntatum/voluptatum et coetera*; di talché... l'essere-in-sé proprio della

giustizia non dipende dalla volontà e/o dal potere di alcuno, nemmeno se la volontà e/o il potere in questione hanno a essere storicamente condivisi da parte di coloro che ne sono «coinvolti»: essa è e si esprime palese alla ragione dell'uomo, infatti, nella natura delle cose, o, per meglio dire, nell'ordine naturale e ontologico delle cose che si manifestano in seno all'esperienza umana (*id est* che riguarda l'uomo, anche se non sempre propria della di lui natura, anche se assiologicamente disumana). Giammai, dunque, quella che potremmo chiamare la «opzione kantiana» (*rectius*, quella che potremmo chiamare la opzione «edonistico-kantiano-nordamericana», con riferimento anche ai cc.dd. principii delle Costituzioni nordamericane e in particolare di quella statunitense),<sup>180</sup> o comunque la auto-decisione teleologicamente orientata alla ricerca della felicità romantico-passionale, potrà essere fondativa in senso proprio di una fattispecie ontologicamente giuridica, né potrà essere in qualche modo (auto)attributiva di giuridicità/legittimità al *velle quia volutum*, contingentemente espresso e/o agito del *subiectum* «*volens ↔ agens*» che non esprima un *velle humanum*, ovverosia che non esprima un *velle secundum tenorem rationis et naturae suae conveniens (congruens)*. La rivendicazione del soggetto storico, quindi, è legittima e propriamente si appella in guisa di diritto soggettivo, se e in quanto essa partecipi – diremo con terminologia platonica – dell'idea di giustizia, siccome la determinazione storica della volontà dell'*agens* può riflettere in sé stessa gli stilemi del di lui diritto «di» e «alla» autodeterminazione, solamente nella misura in cui la volizione medesima abbia a essere giuridica, ovverosia... solamente nella misura in cui la volizione medesima abbia a

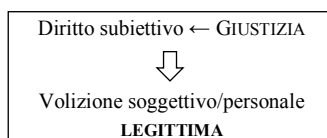
---

<sup>180</sup> È noto il testo della Dichiarazione d'Indipendenza americana del 4 Luglio 1776, secondo la quale i cc.dd. Padri fondatori dichiararono “*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*”.

essere conforme allo (primigenio e precedente) archetipo-parametro della giustizia «in sé» e «in quanto tale» (oggettiva).

**5) Dommatica dell'autodeterminazione. \*\*) Volontà e volontà giuridica, opzione e opzione giuridica «di fronte» al diritto di autodeterminar-si.**

Da un tanto consegue – a nostro avviso, almeno – che è mestieri di considerare più propria e opportuna una diversa impostazione dei termini della *quaestio*: secondo noi, infatti, non si tratta di individuare e/o di definire una sorta di «relazione orizzontale» tra volontà soggettiva e giustizia oggettiva o, per meglio dire, tra volizione personale del soggetto (di/al diritto) e diritto subiettivo di lui, tale per cui la prima abbia a essere fondativa o comunque conformativa della seconda, su di un piano direttamente attributivo (volizione soggettiva → diritto soggettivo), ovvero su di un piano biunivocamente implicativo (volizione soggettiva ↔ diritto soggettivo), ma riteniamo sia più pertinente e corretto, anche da un punto di vista concettuale, «ribaltare» l'assetto dell'impostazione in parola, per porla all'interno di una «struttura» logico-dommatico-razionale assolutamente verticale e giuocoforza univoca (unidirezionale, potremmo dire con un'espressione «d'effetto»), tale per cui abbia a cogliersi *ictu oculi* il necessario e irrefutabile primato (logico e ontologico) del diritto soggettivo, o per meglio dire della giustizia nel suo plasmarsi sopra un dato «contesto» storico-personale (rappresentato dalla volizione/rivendicazione del soggetto), sulla volontà intimo-soggettiva contingentemente affermantesi, giacché è e resta solo il riferimento mediato o immediato al diritto subiettivo in sé, quale partecipazione o fenomeno dell'idea di giustizia, a rendere legittima la volizione soggettiva,



eppertanto a qualificarla giuridicamente sotto il profilo assiologico d'una rivendicazione libera, umana, razionale e morale, atta a esprimere *in rebus iuris* l'autodeterminazione personale (e umana in senso proprio) del soggetto in questione, nel suo essere uomo e nel suo «comportarsi» umanamente (vale a dire... da/come uomo libero *in se*). Non è, dunque, la volontà che auto-legittima sé stessa in quanto «materialmente/fattualmente capace» d'essere effettiva (potere in atto), ma è la conformità di essa ai principi della giustizia che rende legittima la tensione e l'opzione del soggetto verso una data condotta, al di là di quanto abbiano a rilevare gl'effetti e le conseguenze tecnico-giuridici di essa sul piano material-legale. Di talché – si badi bene – la citata autodeterminazione, da intendersi necessariamente come diritto soggettivo esercitato (*in concreto*, o rivendicato) o, comunque, come estrinsecazione storica d'una facoltà giuridico-morale partecipativa (su di un piano logico e ontologico) della idea di giustizia (che non dipende dalla determinazione della volontà, ma che la rende legittima, se a essa conforme), non può giammai qualificarsi in guisa di «diritto volitivo» definito *ad libitum* da parte del *subiectum agens*, dovendo ben essere considerata, invece, alla stregua d'un contegno storico tenuto dal soggetto stesso (perché da lui voluto autonomamente per sé), intrinsecamente latore d'un contenuto/valore di umanità e di giuridicità tutt'affatto oggettivi così nel loro *an*, come e soprattutto nel loro *quia*. Ciò detto... tosto rileva, con riguardo all'autodeterminazione e al diritto soggettivo di realizzarla *in rebus hominis* – si badi bene, a scanso d'equivoci – che non deve necessariamente trattarsi d'una («situazione» storico-morale e/o di una) attività umana immediatamente «carica» di significati ovvero di effetti individuati o individuabili, *in concreto*, sul piano tecnico-applicativo dell'operatività giuridico(-amministrativo)-legale, dacché il soggetto può legittimamente auto-determinare la propria umana (!) volontà, anche senza che ciò risulti di un qualche rilievo «diretto» e «automatico» nell'ambito dello *ius quo ūtīmur*



e «per» lo *ius quo ūtīmur*, ma altrettanto necessariamente si tratta e deve trattarsi – questo è di radicale importanza – d’una coorte di condotte, di atti umani, cioè, giuocoforza rientranti nella «orbita gravitazionale» della giustizia e del diritto *in se* (propri del soggetto in parola), talché... la di loro realizzazione storica, pur secondo la volontà del soggetto che la brami, abbia a rappresentare (sempre e) comunque un diritto soggettivo di lui, il quale non gli può essere conculcato o impedito senza che ciò non inveri un arbitrio e un’*iniuria* nei suoi confronti, *id est* contro di lui come persona ontologicamente libera in senso proprio (si tratta – è ovvio – del diritto proprio del soggetto *de quo* di operare una opzione oggettivamente legittima, da lui soggettivamente ritenuta meritevole d’essere esercitata). Potremmo dire, allora, quasi con una *boutade*, che il diritto di autodeterminazione si compendia nel diritto di attuare la propria volontà di fare ciò che è comunque lecito (*et* giuridico, libero, umano, razionale) fare o non-fare, con riferimento alla natura e alle condizioni di un determinato soggetto in un altrettanto determinato momento storico e un tanto... ancorché la realizzazione concreta dell’atto in questione, o la non-realizzazione di esso, non dia necessariamente luogo a situazioni rilevanti pel citato *ius quo ūtīmur* (o astrattamente pre-ipotizzabili da esso nella sua positivizzazione concreta), o non le implichi *ictu oculi* in forma diretta e immediata. Ebbene, la problematica quivi enucleata è senz’altro «delicatissima» – ce ne rendiamo conto – ma forse l’esempio del rapporto amicale, già in parte veduto *supra*, potrà risultare vieppiù idoneo a schiare il punto: vero è, infatti, che dando luogo a una relazione di confidenza personale, tra loro, due soggetti non integrano mai in modo diretto e immediato alcuna fattispecie giuridico-operativa, tantomeno gius-positiva, d’onde derivino o abbiano a derivare relazioni o vincoli azionabili sul piano giuridico-legale *stricto sensu* inteso, pur essendo diritto di essi – ciò è assolutamente palese – quello d’instaurare il detto

rapporto di amicizia, o, più perspicuamente, pur rientrando siffatta «opzione comune» nel di loro diritto ad autodeterminarsi umanamente (*et* giuridicamente/liberamente/razionalmente/moralmente) in modo conforme alla loro natura e alla loro *voluntas/voluptas* responsabile. Ecco dunque «il» problema di fondo: si tratta infatti di comprendere come una condotta non astrattamente pre-qualificabile in guisa di diritto soggettivo, sotto un'ottica squisitamente tecnica e tecnico-positiva, possa e anzi debba rappresentare il contenuto proprio di un diritto subiettivo della persona, propriamente detto, quale punto è il c.d. diritto di autodeterminazione. In altri termini, allora, si tratta di comprendere come possa concepirsi un diritto – quello di autodeterminazione – il quale abbia ad apparire privo di contenuto formalizzabile in(/con) una fattispecie (di diritto soggettivo) astrattamente suscettibile di pre-configurabilità in termini generali e necessariamente rimesso alla libera volizione umana del *subiectus agens et volens*; resta, infatti, inequivocabilmente vero e a nostro avviso incontrovertibile che i soggetti *de quibus*, «colla» loro relazione e «nella» loro relazione amicale, esercitino o abbiano esercitato il («loro») diritto di autodeterminare la loro umana volontà, nell'ambito – potremmo dire – dei cc.dd. rapporti interpersonali rimessi, *ut natura*, alla autonoma, incompressibile e insurrogabile auto-decisione libera di essi, quanto alla dimensione dell'*an*, del *quando*, del *quomodo et coetera*. Ciò posto, ora, se possiamo approssimativamente sostenere che il contenuto dell'atto (legittimo/libero/giuridico/umano/razionale) di autodeterminazione della volontà soggettiva potrebbe anche non sostanzarsi immediatamente (*rectius*, apparentemente) nella fruizione d'un diritto subiettivo, considerato sotto il profilo *stricto sensu* tecnico della *facultas agendi ex regula in iure agendi* (il diritto soggettivo di fare amicizia parrebbe una fattispecie difficile da enucleare, da un punto di vista tecnico, nel suo essere *facultas agendi ex norma agendi*), esso – a bene intendere le cose – è e non può non essere

necessariamente giuridico, ovverosia... esso è e non può non essere necessariamente latore d'una giuridicità che s'esprime, proprio mercé il fenomeno dell'atto in parola, se non sempre palesemente «in positivo», come quando l'autodeterminazione soggettiva si espliciti effettivamente nell'esercizio di un diritto subiettivo il cui *proprium* è pre-definito o pre-definibile in modo specifico (come oggetto d'una regola giuridica), quantomeno indirettamente «in negativo», vale a dire come diritto a contenuto dipendente dalla volontà (non arbitraria, ma umana, *ergo* giuridica) del soggetto stesso, e sostanziantesi nel (diritto subiettivo di) non-essere impedito di realizzare concretamente quel *quid* di non-arbitrario, non-illecito e confacente alla natura dell'*agens-volens* che punto rappresenta l'oggetto immediato del suo stesso contenuto-essere effettivo. Tanto precisato, un cotale assetto dommatico, pur concettualmente complesso e senz'altro articolato, a noi parrebbe ognorpiù corretto e accoglibile almeno per due ordini di ragioni del tutto fondate e sostanziali. Vediamo d'intenderci bene su questo «punto nodale». *In primis*, infatti, l'atto (assiologicamente umano) di autodeterminazione (*in iure*) dev'essere conforme a giustizia e quindi esso dev'essere idoneo a esprimere «in sé» il contenuto di giuridicità o, meglio, di non-antigiuridicità che lo qualifica nella sua umanità, libertà, moralità e giustizia ontologiche; quest'ultimo atto di affermazione della volontà/libertà umana (*id est*, qualificata dall'*humanitas* in sé), allora, come già suggerito *supra*, è e dev'essere caratterizzato proprio dalla circostanza in virtù della quale esso deve giuocoforza rientrare nella sfera delle legittime (!) opzioni esercitabili o non-esercitabili, dal *subiectum agens/volens*, secondo quella che è e deve essere (*ut natura*) una sua propria scelta autonoma e discrezionale (umana e non arbitraria, ovviamente): se così non fosse, infatti, non s'avrebbe certo autodeterminazione giuridica, quindi legittimo (libero, umano, razionale) esercizio della «prerogativa» del soggetto stesso di agire (o di agire-non)

liberamente *secundum voluntatem* [*subiecti* (genitivo oggettivo)], ma s'avrebbe mera determinazione fattuale (*in factis*) d'una *voluptas* disumana e quindi s'avrebbe, in definitiva, violazione o abuso dello medesimo diritto ad autodeterminarsi *in/sub iure* e a esprimersi *in rebus humanis* come persona/soggetto *in se* (nell'ambito concettuale di questa che potremmo chiamare «giuridicità in positivo», poi rientra anche, come è ovvio, l'esercizio dei diritti soggettivi propriamente individuabili nello *ius quo ūtīmur*; vedremo meglio il punto in appresso). *In secundis*, su di un piano d'analisi correlato a quanto testé detto, l'atto di autodeterminazione soggettiva rappresenta e invero *in se ipsum*, sia pure mediatamente, una forma di attuale esercizio di un vero e proprio diritto soggettivo, quale è, per l'appunto, quello che potremmo definire «a contenuto variabile» (ma non arbitrario) di determinare *secundum eventum voluntatis humanae* il proprio *velle* contingente, vale a dire... quale è quello del soggetto-persona – giuridicamente capace e necessariamente capace di agire in senso proprio (*compos sui*)<sup>181</sup> – di determinare il volere contingente ch'egli stesso avverte come «spinta propulsiva» del suo attuale agire *in rebus hominis et iuris*. Un cotale diritto all'autodeterminazione, però – si badi bene – può essere individuato nella sua struttura concettuale di diritto-in-sé, solamente in quanto lo stesso *velle* del soggetto che lo rende attuale sia oggettivamente giuridico... *id est*, solamente in quanto il suo stesso *velle* integri gl'estremi logici e ontologici d'una opzione oggettivamente umana, razionale, libera e morale in sé, tra altre astrattamente possibili e lecite, dello stesso «valore»

---

<sup>181</sup> Sui problemi della capacità giuridica e della capacità di agire – rimandando, anche, alle osservazioni presentate in un nostro precedente Lavoro – giova osservare brevemente che il «primato logico» della capacità giuridica, quale definizione/qualificazione *in iure* della persona (umana), nel suo essere “diritto sussistente” [ROSMINI, *Filosofia del diritto*, (a cura di Rinaldo Orecchia), I, Padova, C.E.D.A.M., 1967, pag. 192], eppertanto del suo essere, *in se*, capo d'imputazione di situazioni giuridiche attive e passive, giusta la di lei attitudine alla razionalità, non si può analizzare in forma compiuta senza comprendere bene il legame ch'essa implica colla c.d. capacità di agire. Vero è, infatti, che quest'ultima rappresenta il compimento dei presupposti della prima, in quanto riconosce che l'attitudine alla razionalità, quale carattere proprio del soggetto, diviene effettiva capacità di fruizione delle facoltà razionali.

assiológico. Un tanto significa, allora, che in forza della giuridicità oggettiva e positiva dell'opzione operata dal soggetto storico, o da egli stesso rivendicata come prerogativa legittima di sé, diviene ed è suo diritto «negativo» fare ciò che egli autonomamente e liberamente ritiene di fare, ancorché il contenuto contingente di questa sua opzione possa non avere quel rilievo immediato nello *ius quo ūtīmur* cui abbiamo poc' anzi cennato e ancorché il contenuto medesimo non sia suscettibile di pre-determinazione e/o di pre-definizione su di un piano formale, prescrittivo-generale, normativo *et coetera*. Di talché, in siffatta «palindromia concettuale» del diritto all'opzione legittima (*id est* del diritto di autodeterminazione della persona compote di sé), dove la giuridicità ha da essere colta in una forma di reciproca compenetrazione delle sue stesse caratteristiche, quella che abbiamo definito «in positivo» e quella che abbiamo chiamato «in negativo» (al di là delle fattispecie astrattamente prevedibili dalla prescrizione/norma generale giusta, *posita* o non-*posita*), si compendia – a nostro avviso – il *proprium* logico e concettuale del c.d. diritto di autodeterminazione o, per meglio dire, si compendi il *proprium* logico e concettuale della autodeterminazione subiettiva come diritto inconculcabile del soggetto. Ne consegue, allora – sempre secondo la nostra sensibilità – che il diritto «di» autodeterminazione o, più correttamente, l'autodeterminazione «della» persona come diritto soggettivo, si qualifica e non può che qualificarsi alla stregua di un diritto «di primo grado» e a «contenuto multiforme»: esso, infatti, è un diritto «di primo grado» perché invero in sé stesso il presupposto concettuale e logico per l'esercizio di qualsivoglia opzione giuridica(/libera/legittima/umana), ivi compresa quella astrattamente compendiabile nella «figura tecnica» del diritto soggettivo (*facultas agendi ex norma [in iure] agendi*), onde... ogni diritto soggettivo concretamente esercitato rappresenta ed esprime, *in se*, «oltre al» e «col» proprio fenomeno giuridico, il fenomeno altrettanto giuridico dell'autodeterminazione

subiettiva propria del soggetto che auto-decide liberamente di determinare sé medesimo e la propria volontà storica, attraverso la fruizione del diritto *de quo*. Vero è, infatti, che ogniquale volta abbia a esercitarsi un diritto, qualunque esso sia (diritto di proprietà *ex art. 832 c.c.*, diritto all'adempimento delle obbligazioni *ex artt. 1176 e ss. c.c.*, diritto al risarcimento del danno aquiliano *ex art. 2043 c.c.*, diritti matrimoniali *lato sensu* intesi *ex artt. 143 e ss. c.c. et coetera*), concretamente e concettualmente si esercita, *in unum*, il diritto di auto-determinar-si e di auto-determinare la propria volontà secondo la disciplina, per così dire, del diritto esercitando; sicché la «fruizione mediata» del citato diritto di autodeterminazione della persona, in questo caso, può cogliersi proprio nella scelta di esercitare immediatamente un diritto soggettivo, ovverosia nella scelta di azionare una fattispecie giuridica preveduta in capo al soggetto in parola in termini generali e astratti, come prerogativa(/opzione) legittima di lui. Se tutto questo è ben chiaro, ora, non può non essere altrettanto chiaro che il diritto di autodeterminazione di cui stiamo trattando è «anche» un diritto a contenuto «multiforme», come abbiamo prima suggerito e ciò crediamo di potere dire – si badi bene – tanto perché esso prelude, su di un piano concettuale, all'esercizio di tutti (!) i diritti soggettivi propriamente detti nella loro generalità e astrattezza (potrebbe parlarsi di anche di «diritto a fattispecie aperta», parafrasando e adattando al caso di specie la dizione usata dalla Corte costituzionale in relazione all'esegezi dell'art. 2 cost.), indistintamente, quanto perché esso prelude – ed ecco il punto archimedeo del nostro discorso – all'estrinsecazione *in/sub iure* di ogni (!) volontà soggettiva, lecita e legittima, la quale abbia a scaturire *in interiore hominis* e la quale ambisca di esternarsi *in rebus mundi (et iuris)*. Ovviamente – questo è ognuor fondamentale – deve trattarsi d'una volontà soggettiva la quale, ancorché non rientri direttamente nell'ambito di fattispecie (direttamente/immediatamente) rilevanti per lo *ius quo utimur* e ancorché

non sia compendiabile in esso coi termini della generalità e dell'astrattezza proprii della *norma iuris*, trovi la sua propria e oggettiva «dignità giuridica» segnatamente nel valore di quella che potremmo chiamare «autonomia soggettiva», vale a dire – epilogando il discorso – che l'estrinsecazione contingente della volontà, per rientrare nello spettro concettuale del diritto «di» autodeterminazione, deve (avere e) trovare la sua propria «dignità giuridica» nel valore della libertà (axiologicamente umana) razionale e morale del soggetto di operare scelte oggettivamente libere, razionali, umane e morali, *id est...* nel valore della libertà del soggetto di operare scelte che siano oggettivamente confacenti alla natura e allo statuto ontologico di lui, in quanto ente-persona *in se*. Si tratta, insomma – a bene volere intendere le cose – di «vedere» nel diritto di autodeterminazione l'epifenomeno concettuale e storico di quello che potremmo chiamare «diritto alla libertà» in senso proprio (che richiama la *libertas maior* insegnata da Sant'Agostino d'Ippona), quale diritto appartenente all'essere umano *compos sui*, cioè, di comportarsi, in autonomia, secondo i principii (oggettivi e non-negoziabili) dell'umanità che lo caratterizza nel suo oggettivo statuto ontologico di persona-in-sé... *naturae rationalis individua substantia*. Di talché... agevolmente e tosto si comprende come il diritto «di» autodeterminazione così inteso abbia a qualificarsi, propriamente, in guisa di diritto «alla» autodeterminazione libera e autonoma del soggetto... che «è» soggetto e che si-comporta «da» soggetto-in-sé, volendo e perseguendo, «per» sé, (tra le più disparate opzioni, parimenti legittime, solamente) ciò che è consono al suo stesso *esse*-ontologico e ciò che è obbiettivamente opportuno secondo la sua stessa natura di uomo. Ond'è del tutto palese – almeno a nostro avviso – che il diritto in parola presupponga e postuli, innanzitutto su di un piano concettuale, l'atto di esercizio del libero arbitrio da parte del *subiectum volens et agens*, il quale soggetto storico, per l'appunto, vuole e deve volere, agisce e deve agire secondo quella che necessariamente è e dev'essere una

sua autonoma scelta, per quanto – sia chiaro – il diritto *de quo* non possa identificarsi immediatamente coll'autenticità (heideggeriana) d'una opzione purchessia, deliberata «dal» libero arbitrio contingente della persona storicamente considerata. L'atto di estrinsecazione del libero arbitrio, insomma, è condizione necessaria per l'esercizio del diritto (soggettivo) di autodeterminazione, ma non è condizione sufficiente, imperocché... oltre a questa «spinta» propulsivo-volitiva verso un dato *quid*, punto rappresentata dal libero arbitrio che si-manifesta *in rebus mundi*, è necessario che la manifestazione stessa, intesa come manifestazione di volontà e/o come manifestazione concreta d'una condotta effettiva, abbia a essere declinata e declinabile secondo il παράδειγμα oggettivo rappresentato dall'essere-in-sé, dal *proprium* ontologico della natura del soggetto *volens* → *agens*. Il diritto di autodeterminazione propriamente detto, infatti, s'invera solamente in quello che potremmo chiamare «esercizio buono» (*id est* umano, razionale, giuridico, morale e libero) del *liberum arbitrium (indifferentiae)*, ovverosia... potremmo dire che il diritto di autodeterminazione s'invera solamente nell'esercizio del libero arbitrio non *ab-solutus*, ma qualificato (ontologicamente e oggettivamente) dall'*humanitas* ontologicamente propria dell'ente-soggetto che lo esercita, punto esprimendo una scelta necessariamente consona alla di lui natura di uomo (razionale e libero in sé). Se nell'orbita concettuale del libero arbitrio, infatti, rientra qualsivoglia opzione operata e/od operabile dal soggetto capace di agire – come già dicemmo – nell'ambito della libertà umana estrinsecantesi in guisa di (esercizio del) diritto di (→ alla) autodeterminazione, rientrano tutte e sole le opzioni legittime, vale a dire che nel diritto di autodeterminazione, in quanto diritto-in-sé «della» persona (genitivo oggettivo), rientrano e possono rientrare tutte e sole le opzioni oggettivamente razionali, giuridiche, umane e morali (*in se*), che il soggetto auto-decide di realizzare e/o di perseguire per sé, secondo il proprio personale (ma non arbitrario) intendimento;



*viceversa*... le opzioni eventualmente irrazionali (immorali, anti-giuridiche, non libere *et coetera*), che pur possono storicamente allignare nell'esercizio del libero arbitrio (dis-)umano, se rivendicate/perseguite dal soggetto stesso, inverano il più autentico epifenomeno dell'abuso *et* della violazione, da parte dell'*agens-volens* storico, del diritto *de quo* nella sua stessa *ratio essendi*. Di talché potrebbe agevolmente dirsi – a nostro avviso, almeno – che nell'autonomia soggettiva cui testé abbiamo cennato trova giusto albergo il concetto dell'autodeterminazione come diritto subbiettivo *in se*, ovverosia... potrebbe agevolmente dirsi che nell'autonomia soggettiva trova giusto albergo il concetto autenticamente giuridico dell'autodeterminazione personale, da intendersi in guisa di prerogativa (*recte*, di diritto) inconculcabile, inalienabile e inviolabile del soggetto (umano) di determinare liberamente le proprie legittime volontà, nell'esercizio di altrettanto legittime opzioni e ciò, per tutta evidenza, in ordine a condotte *lato sensu* intese per le quali non sussista né uno specifico (pre-)obbligo giuridico di *facere* (o di *agere*), né uno specifico (pre-)obbligo giuridico di *non-facere* (o di *pati*, o di *abstine*). Rimane vieppiù evidente, alfine, che qualora un obbligo siffatto avesse a (pre-)gravare giuridicamente in capo al soggetto storico, egli stesso, da un punto di vista gius-razionale, non si troverebbe già in una situazione riconducibile al concetto di *facultas* (*moralis ad agendum*)<sup>182</sup> e quindi egli stesso non si troverebbe nella possibilità giuridico-morale di «fare» o di «non-fare» secondo il proprio personale e contingente intendimento (umano), ma si troverebbe ognora nella situazione propria di colui il quale è oggettivamente(/giuridicamente) gravato da un obbligo (o addirittura da un'obbligazione) propriamente detto,

---

<sup>182</sup> Qui vi possiamo precisare il passo segnalando che la situazione di *facultas* cui facciamo riferimento nel Testo non è solo quella determinata dalla sussistenza di un diritto soggettivo propriamente e tecnicamente definito in capo al *subiectus*, ma abbraccia anche tutte quelle fattispecie (non pre-definibili/pre-formalizzabili) le quali sono comunque idonee a dare luogo a una situazione «neutra», non direttamente coinvolta nello/dallo *ius quo ūtimur*, nell'ambito delle quali e attraverso le quali ha ognor modo di estrinsecarsi il diritto di autodeterminazione della persona, giusta la di lei volontà libera, umana, razionale e giuridica.

positivo o negativo a seconda dei casi, di comportarsi in un determinato modo, secondo certi principii indipendenti dalla sua stessa *voluntas/voluptas* storica. Onde – si badi bene – il diritto di autodeterminazione, inteso come diritto a inverare *in rebus mundi et iuris*, secondo la propria volontà, una propria opzione legittima e giuridica, tra altre (!) opzioni parimenti legittime e giuridiche, parrebbe *ictu oculi* non avere ragione d'essere quivi invocato, imperocché, nel caso di specie, la condotta giuridicamente necessitata sarebbe sol quella imposta dal detto principio di giustizia ed essa sola dovrebb'essere tenuta dal soggetto in parola (siccome necessaria *in iure*) per non incorrere in una *iniuria*, vale a dire... che nel caso di specie il soggetto *de quo*, per comportarsi secondo diritto e quindi per avere il diritto di comportarsi come intende comportarsi, parrebbe non essere «chiamato» a esercitare alcuna «scelta personale», dovendo, egli, necessariamente tendere al contegno prescritto dalla norma (intesa come principio) e non potendo agire diversamente: in altri termini, allora, l'*agens* quivi considerato, per non violare il diritto e per autodeterminarsi umanamente in senso assiologico (e giuridico), non potrebbe affatto tenere un contegno purchessia, indifferente al precetto (giuridico in sé) e ciò, proprio perché egli non avrebbe e non potrebbe affatto rivendicare (*recte*, avere) il diritto di tenere una condotta ipoteticamente consistente nell'esercizio dell'opzione (comunque fattualmente possibile *ex latere agentis*, giusta l'esercizio del libero arbitrio) di fare ciò che è giuridicamente vietato di fare (*vel* proibito), ovvero nell'esercizio dell'opzione di non-fare ciò che è giuridicamente imposto di fare (*vel* comandato), a seconda dei casi. L'opzione legittima, libera, razionale, giuridica e umanamente accettabile, infatti, in questo caso, è una sola ed essa, nella sua univocità, si condensa unicamente nella scelta di adempiere il proprio dovere, per come preveduto dal principio di giustizia che punto esige, da parte del soggetto storico, un dato e specifico contegno fattuale: ogni contraria scelta dell'*agens* e ogni atto che tenda a diversi fini,

invero, pone immediatamente il soggetto *de quo* nella condizione dell'antigiuridicità, pur restando, ovviamente, l'opzione dell'antigiuridicità medesima nel novero di quelle perseguibili dal soggetto in parola, secondo le scelte orientate dal proprio contingente libero arbitrio (disumano)... Nell'ipotesi testé menzionata, dunque, il problema del diritto di/alla autodeterminazione parrebbe non porsi – come abbiamo appena detto – in termini diretti e immediati e per un certo verso questo è vero – si badi – imperocché lo «orizzonte concettuale» del diritto alla autodeterminazione si coglie nel suo *proprium* logico piuttosto in seno alla coorte di fattispecie nelle quali il soggetto si comporta giuridicamente sia (!) operando la scelta della «azione», del *facere*, dell'*agere*, sia (!) operando la scelta della «inazione», del *non-facere*, del *non-agere*, tuttavia... (a noi pare doveroso rilevarlo!) a un'attenta analisi rileva che il problema in parola (quello dell'autodeterminazione come diritto subiettivo) è comunque presente, almeno *sub specie* di *quaestio iuris*, anche nell'ipotesi paventata della condotta univocamente necessaria per ragioni di giustizia, pur assumendo, quivi – potremmo dire – una coloritura parzialmente diversa rispetto a quella sua propria. Vediamo un poco d'intenderci e di schiarire i termini del discorso. È ben vero, infatti – riprendendo concetti già approfonditi a suo tempo – che qualora in capo al soggetto gravi un obbligo di *facere* o di *non-facere* imposto dai principii del giure (ed eventualmente comandato dalla norma positiva), egli stesso, ancorché coarti la propria volontà all'azione o all'inazione prescritta e ancorché imponga a sé un contegno diverso da quello passionalmente voluto/desiderato nell'*hic et nunc* del momento storico in cui opera, comunque <sup>a</sup> si-autodetermina nel proprio *velle* e comunque <sup>b</sup> si-autodetermina (in senso proprio) come essere umano, quindi... il soggetto in parola che obbedisce al precetto giuridico, perché sceglie di obbedirvi, ovviamente, nell'esercizio (buono, libero, giuridico, morale, umano) del proprio libero arbitrio, dà necessariamente e

irrefutabilmente luogo a quello che potremmo chiamare un «fenomeno» dell'esercizio del proprio diritto all'autodeterminazione, intendendo quest'ultimo *sub specie* di atto d'adempimento del dovere di auto-determinar-si umanamente imposto dal principio ubbidito.<sup>183</sup> Vale a dire, allora, che il contenuto del diritto di autodeterminazione esercitato «attraverso» il perseguimento d'un principio di giustizia, ha da essere colto nell'adempimento dello stesso dovere giuridico di tenere un dato contegno storico, *ergo*... l'esercizio del diritto di autodeterminazione, in questo caso, ha da essere colto, *sub specie iuris et rationis*, in guisa di adempimento del dovere di auto-determinar-si conformemente alla propria natura (razionale, libera, giuridica, morale) di uomo, dacché è precipuo ufficio del principio di giustizia imporre all'uomo l'umanità della sua condotta *in rebus mundi*.<sup>184</sup> Il postulato logico, per tutta evidenza, infatti, è che il «principio di giustizia» cui l'*agens* informa la propria scelta e la propria condotta sia un principio di giustizia in senso proprio, autenticamente giuridico (razionale, libero, umano, morale), cioè, eppertanto che esso sia vieppiù idoneo e funzionale a imporre all'uomo di «essere» uomo e di «comportarsi» umanamente, ma su quest'aspetto ci permetteremo di non indugiare oltre, dandolo per scontato nell'economia della Trattazione... Ecco dunque – riprendendo il discorso – che nell'adempimento del dovere cui testé abbiamo cennato concorrono entrambe gl'elementi necessari ai fini dell'esercizio reale (potremmo dire, dell'epifenomeno reale) del diritto di/alla autodeterminazione, sia pure con le peculiarità che d'appresso analizzeremo: vi è, infatti, <sup>a</sup> l'elemento della

---

<sup>183</sup> Vero è che – come osserva Danilo Castellano – l'uomo “non è nelle mani di nessuno, non è cioè nella disponibilità di alcuno, nemmeno [e ni diremo... tantomeno (nda)] di se stesso sotto il profilo della sua essenza [potendo, infatti, egli, decidere come comportarsi e che cosa fare, ma non certo che cosa essere (nda)], del suo essere, della sua finalità” (CASTELLANO, *L'ordine politico-giuridico «modulare» del personalismo contemporaneo*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2007, pag. 6).

<sup>184</sup> Non possiamo che ricordare, a questo proposito, la felice e acuta osservazione di Gustavo Zagrebelsky secondo la quale, per quella che egli stesso definisce “idea antica” del diritto, quest'ultimo altro non sarebbe e altro non potrebb'essere che un “rimedio al dovere violato”. Cfr ZAGREBELSKY, *La disputa dei diritti tra credenti e laici*, in *La Stampa*, Torino, La Stampa, 2004, 7 Febbraio 2004, pag. 26.

volontà e della opzione, dacché l'adempimento del dovere postula l'esercizio del libero arbitrio, nel senso di una volizione effettiva della condotta in parola (dovuta, certamente, ma non coartata *ex vi*) e vi è <sup>b</sup> l'elemento della giuridicità/razionalità/umanità dell'atto stesso, che punto qualifica la determinazione storica dell'agente *sub specie* di determinazione giuridica (*et morale et razionale et umana*) del soggetto. Che vi sia, allora, anche in questa fattispecie una forma seppur *sui generis* di estrinsecazione storica (del fenomeno) del diritto all'autodeterminazione, a noi pare del tutto sostenibile e ciò, almeno per due ordini di ragioni vicendevolmente esplicantesi: *in primis*, infatti, il soggetto *de quo*, pur agendo giuridicamente secondo il principio cui obbedisce, afferma sempre e comunque una propria volontà, che è la volontà dell'atto posto in essere e quindi... egli si-esprime e si-auto-determina ognora *per* ciò che egli stesso contingentemente vuole affermare (*etsi coactus, tamen voluit*) e per ciò che egli stesso liberamente sceglie di affermare nell'*hic et nunc* dell'atto compiuto, al di là del fatto che la volontà razionale di lui coincida (*recte*, abbia coinciso) o meno col suo passionale desiderio (*rectius*, piacere passionale). Insomma, il soggetto *compos sui* che agisce nell'adempimento di un suo proprio dovere giuridico (*et morale et razionale et umano*), pur avendo una sola «opzione giuridica (*in se*)» da esercitare, ogn'altra essendo antigiuridica, non lo fa deterministicamente, per necessità sottratta al suo potere di signoria, non lo fa, cioè, in guisa di strumento agito *ab externo*, ma lo fa in quanto *dominus* dei proprii atti e lo fa in forma consapevolmente deliberata *ex voluntate*, quindi... l'atto giusto che egli stesso pone in essere, pur essendo l'unico lecito possibile, è «suo» in senso proprio, dacché questo è psicologicamente attribuibile a lui (richiamiamo la *suitas* della dommatica penalistica) e dacché questo è da lui voluto quale espressione della sua consapevole opzione contingente.<sup>185</sup> In ultima istanza, allora, il momento determinativo

---

<sup>185</sup> È ben vero, infatti, che anche Spaventa rilevava come “l'azione ha due lati: la sua radice o

della volontà e dell'opzione personale del soggetto, necessari per potere parlare di autodeterminazione, sia pure *lato sensu* intesa, non vengono meno pel solo fatto in virtù del quale l'atto stesso è dovuto per ragioni di giustizia e segnatamente non vengono meno in virtù del fatto che l'atto in parola è l'unico lecito e l'unico possibile per non scadere nell'*iniuria*: la realizzazione dell'atto *de quo*, infatti, siccome rimane sempre nella disponibilità discrezionale del libero arbitrio dell'*agens*, è ineludibilmente imputabile alla volontà del soggetto che opera *in rebus mundi* e che ivi determina coscientemente il proprio volere (e in questo caso, anche il proprio essere, trattandosi di atto giuridico in sé), pertanto... l'estrinsecazione storica della condotta giusta, secondo i principii oggettivi del giure, è sempre espressione della determinazione concreta e attuale della volontà del suo autore il quale, attraverso la condotta *de qua*, punto afferma sé stesso e la propria volizione soggettiva, *ergo*... si auto-determina ed esercita il proprio «diritto ← dovere» di autodeterminarsi da uomo. Ciò che quivi «manca», invero, rispetto al *παράδειγμα* archetipico del diritto di autodeterminazione inteso in senso proprio e segnatamente inteso come noi stessi lo stiamo enucleando nel corso della Trattazione, non riguarda il momento attuativo del *velle*, il quale s'invera nel concretamento d'una volizione giuridica, deliberata dal soggetto stesso, eppertanto s'invera in un atto oggettivamente riconducibile alla *figura* dell'esercizio del diritto... di autodeterminazione *lato sensu* inteso, ma riguarda – se così possiamo dire – il momento deliberativo dell'opzione, il quale momento, invero, non si caratterizza pel fatto di contemplare (*rectius*, di offrire all'*agens*) una pluralità di fattispecie tra loro analoghe sotto il profilo della rispondenza ai principii della giustizia, come per l'appunto è nel diritto di

---

intimità del volere che sa e vuole [certo, in virtù del libero arbitrio proprio del *subiectum volens* (nda)] e la sua esteriorità o il tramite dell'attività del volere [di talché (nda)] se nella esteriorità dell'azione non c'è niente che io abbia saputo o voluto [*ergo*, se l'azione non mi sia attribuibile sul piano psicologico (nda)], l'azione non è moralmente mia" (SPAVENTA, *Principi di etica*, in SPAVENTA, *Opere*, vol. I, Firenze, Sansoni, 1972, pag. 732).

autodeterminazione in senso stretto (e proprio), ma si caratterizza per l'unicità della condotta possibile nell'ambito della giuridicità e ciò... secondo lo schema concettuale dell'*aut/aut*, in quanto se il principio giuridico ipotizzato impone una data condotta, questa, o (*aut*) viene tenuta e sarà giuridica, o (*aut*) non viene tenuta e sarà antigiuridica: *tertium non datur*. Ecco dunque che tenendo la condotta (dovuta e doverosa) *de qua* il soggetto esercita sì un proprio diritto (in ipotesi, quello di adempiere il proprio dovere) e così autodetermina sé come persona, ma non tenendola non esercita il medesimo diritto, ponendo in essere, infatti, una vera e propria *iniuria*, onde la «opzione (*in se*) giuridica» che egli ha in questo contesto è una sola: tenere la condotta imposta dal principio di diritto; *viceversa*, il contesto concettuale ove il diritto di autodeterminazione propriamente detto trova il suo *quia*, è rappresentato dall'identica legittimità di più opzioni, financo contrapposte, ognor rimesse alla (sempre) libera e discrezionale scelta dell'*agens*. Il diritto di autodeterminazione *stricto sensu* inteso, infatti, è rappresentato – come ampiamente detto – dalla pluralità di opzioni parimenti legittime già nel «momento deliberativo» (e conseguentemente in quello «attuativo»), nel cui ventaglio concettuale proprio si coglie l'identica giuridicità della scelta soggettiva operata dall'*agens* storico, nel suo essere scelta necessariamente rimessa alla prerogativa del soggetto stesso, eppertanto nel suo essere opzione da egli medesimo discrezionalmente operabile *secundum eventum voluntatis*. Talché... il soggetto in parola, per qualunque alternativa opti, esprime sempre e necessariamente una preferenza legittima, abbia essa a determinarsi nell'attuazione di una o di un'altra delle varie *facultates*-opzioni possibili; ne deriva, allora, che l'*agens* storico, così operando e così determinando la propria libera volontà (nel contesto dell'autodeterminazione propriamente detta), rimane sempre e comunque nell'ambito del giuridico, *ergo* egli ha agio di operare discrezionalmente le varie opzioni senza violare

alcun diritto e anzi... esercitando quello di autodeterminazione. La questione testé enucleata potrebb'essere difficile a comprendersi – ce ne rendiamo conto – ma questa rappresenta il *proprium* discretivo che è mestieri di cogliere per intendere bene i termini dell'intero discorso, almeno secondo la nostra sensibilità. Nel caso di specie, infatti, ove vi è un principio di diritto da ubbidire necessariamente e in un'unica «forma operativo-applicativa», non vi sono più scelte legittimamente operabili, ma vi è una sola, vale a dire che l'unica opzione idonea a dare luogo a una condotta (*in se*) giuridica è quella di adempiere il dovere in parola, ogn'altra essedo in sé illegittima e quindi foriera di *iniuriae*, sicché... il diritto di autodeterminazione inteso come diritto di esercitare opzioni legittime, tra *facultates* (*in agendum*) legittime, può essere quivi colto solamente «in guisa monca» – se così possiamo dire – imperocché esso potrebb'essere (immediatamente/direttamente) colto solo nel momento attuativo della condotta necessaria, il quale momento effettivamente dà luogo a un fenomeno <sup>a</sup> voluto dal soggetto e <sup>b</sup> voluto (dal soggetto) nella sua giuridicità, ma non potrebb'essere immediatamente colto anche nel momento deliberativo (concettualmente antecedente) dell'opzione soggettiva, dacché il soggetto stesso non avrebbe potuto operare scelte diverse rimanendo nell'ambito della giuridicità; di talché... la condizione di giuridicità della sua stessa opzione determinativa della propria volontà non è affatto rimessa a una di lui scelta discrezionale nell'ambito d'un ventaglio potenzialmente indefinito di opzioni assiologicamente identiche e sovrapponibili (parimenti giuridiche), ma è necessitata *ope rationis* (potremmo anche dire... *ut natura*), vale a dire ch'essa è imperata nell'*an* e nel *quomodo* dal principio cui è mestieri d'ubbidire per giustizia (potremmo anche dire «per legge» secondo il significato platonico-agostiniano della legge<sup>186</sup>). Ciò detto, poi, il

---

<sup>186</sup> Sant'Agostino dirà, infatti, “*non videtur esse lex quae iusta non fuerit*” (AGOSTINO, *De libero arbitrio*, I, 5, 11).



fenomeno dell'esercizio della autodeterminazione soggettiva può leggersi anche nell'ambito di quello che abbiamo chiamato «momento deliberativo» dell'atto di adempimento d'un dovere e ciò, sia pure in termini tutt'affatto mediati, proprio perché nel momento deliberativo in parola, ove si forma e si palesa concettualmente la *volutas actionis* della persona che è *subiectum agens* (e non *obiectum actum*), ha da cogliersi la scelta che essa stessa fa, quindi... ha da cogliersi la di lei determinazione consapevole verso una data condotta e segnatamente verso la condotta giuridica, potendo, il soggetto in parola, ovviamente, anche agire in modo diverso, scadendo nell'antigiuridicità: in qualche modo, allora, anche qui vi è un atto di autodeterminazione, anzi... esso c'è indiscutibilmente. Ma... l'atto in questione, oltre a esse un atto che contingentemente afferma la autodeterminazione del soggetto, è anche un atto di esercizio del di lui diritto di autodeterminazione? Questa è la domanda cruciale! Val bene considerare, allora, che nello scegliere tra il giuridico e l'antigiuridico, tra il lecito e l'illecito, non si esercita propriamente il diritto di autodeterminazione, ché invece si esercita solo scegliendo il giuridico tra il (e nel) giuridico e il lecito tra il (e nel) lecito, ma si esercita giuridicamente, moralmente, umanamente, razionalmente, liberamente «solo» il c.d. libero arbitrio e solo conseguentemente alla opzione giuridica, libera, lecita, morale e umana può dirsi esercitata l'autodeterminazione della volontà subiettiva in guisa di diritto, anzi... solamente in virtù della razionalità, giuridicità, umanità, libertà e moralità della scelta in parola può dirsi che l'atto in cui essa s'invera è un atto di esercizio del diritto *de quo*, vero è che la opzione opposta determinerebbe e sarebbe foriera di un condizione opposta, vale a dire ch'essa determinerebbe e sarebbe foriera d'una *iniuria*. Potemmo dire, allora, epilogando il discorso, che il soggetto *de quo*, se esercita sempre e necessariamente il proprio diritto di auto-determinar-si allorquando operi scelte giuridiche e inveri condotte altrettanto giuridiche, al di là di ciò che lo

muove all'azione lecita, non esercita mai il diritto in parola – anzi lo viola proprio – allorquando deliberi/rivendichi di porre in essere azioni contrarie a diritto e allorquando le realizzi nell'esercizio storico del proprio libero arbitrio, sicché... se da un lato resta dommaticamente vero che la «compiutezza concettuale» del diritto di autodeterminazione postula la legittimità delle molteplici opzioni cui l'*agens* può accedere e tra le quali gli è dato di scegliere, è altrettanto vero che la struttura del diritto *de quo* «attrae» inevitabilmente a sé ogni opzione legittima esercitata, ancorché essa sia (stata) l'unica possibile sotto il profilo dell'*agere licere* (e non anche, ovviamente, sotto quello materiale dell'*agere posse*: in questo caso, infatti, mancherebbe la stessa possibilità dell'opzione, intesa come possibilità di esercizio del libero arbitrio e il soggetto in parola non sarebbe *dominus* dei proprii atti, ma mero strumento per essi; si ipotizzi il caso della *vis corpori illata* o a quello analogo della *vis cui resisti non potest*), vale a dire che se l'esercizio in sé del diritto di autodeterminazione presuppone una pluralità di opzioni lecite, rimesse alla scelta discrezionale del soggetto storico, il compimento di un atto lecito, sia anche, esso, l'unico lecito nel caso di specie, invero sempre in sé una forma di giuridica determinazione del soggetto, ond'è sempre suo diritto quello di agire nel modo in cui agisce in obbedienza al principio giuridico. Ciò detto, allora, tosto rileva – su di un piano più «profondo» dell'analisi, se così possiamo dire – che l'adempimento di un proprio dovere giuridico da parte del soggetto, sia questo spontaneo (autentico in senso heideggeriano), ovvero intimamente coartato dal predominio della ragione sulla passione, sempre e necessariamente infutura in sé stesso la più vereconda forma di esercizio dell'autodeterminazione umano-soggettiva come diritto *in se* e ciò... in quanto, adempiendo i proprii doveri, il soggetto stesso autodetermina sempre e necessariamente sé, come persona ontologicamente libera e razionale, *ergo* come uomo in senso proprio. Ne consegue, allora, che

l'adempimento del proprio dovere giuridico-morale, da parte dell'essere umano, rientra sempre e necessariamente nello «spettro dommatico» del diritto di autodeterminazione della persona e non ne può mai rappresentare una violazione, qualsiasi motivo o movente vi sia alla base dell'azione giusta; *viceversa*... l'autenticità di una pulsione e di una *voluptas/voluntas*, che pur possono nascere *in interiore subiecti*, non dà luogo ad alcuna forma di esercizio del diritto di autodeterminazione, a meno che essa non sia in sé razionale e in sé confacente alla natura umana dell'*agens*, quindi... a meno che essa non sia in sé giuridica. Non rileva, infatti, per la autodeterminazione giuridica del soggetto, la spontaneità del proprio sentimento passionale, ma solamente la deliberazione cosciente e consapevole d'una volontà oggettivamente razionale, coerente collo statuto ontologico del soggetto stesso che «è» uomo e che «da» uomo deve comportarsi. Ora – si badi bene – è del tutto chiaro che in quest'ultimo discorso il momento concettuale della volontà – che noi abbiamo definito momento deliberativo – e quindi della scelta avente a oggetto l'azione, non riguarda il *quomodo* dell'esercizio del diritto all'autodeterminazione, inteso in guisa di modalità attuativa del diritto in parola attraverso l'esercizio d'una opzione legittima tra altre d'identico valore assiologico-morale, ma ne concerne – per così dire – la dimensione dell'*an*, ovverosia concerne la dimensione dell'opzione relativa alla scelta avente a oggetto l'alternativa logica, ma non equigiuridica, tra l'esercizio del diritto di/ad adempiere il dovere imperato dal principio di giustizia, quale diritto di (adempiere il dovere di) autodeterminarsi giuridicamente e la violazione del diritto stesso, coll'inadempimento del dovere *de quo*. L'alternativa in parola, allora, vale a dire l'alternativa che il *subiectum agens* ha tra l'azione giusta e quella ingiusta – alternativa che si pone al cospetto del di lui libero arbitrio e che dall'esercizio di esso dipende nella sua attuazione storica – è sì un'alternativa logica, inquantoché la possibilità del soggetto stesso di

operare l'una o l'altra opzione è coglibile su di un piano logico-critico, ma non è anche un'alternativa equi-giuridica, nel senso ch'essa non è un'alternativa indifferente sotto il profilo giuridico-morale dell'opzione che prospetta, infatti... la scelta operabile dal soggetto *de quo* non dà necessariamente luogo a una condotta legittima, potendo inverare anche gl'estremi d'una fattispecie d'*iniuria*; *ergo*... per potere opportunamente parlare, in questo caso, di (fenomeno del) diritto di autodeterminazione e di esercizio del diritto di autodeterminazione nell'ambito di una scelta che può essere lecita o illecita, è giuocoforza considerare i problemi testé palesati all'attenzione del Lettore, ove dovrebb'emergere questa peculiarità: vale a dire che la fattispecie determinativa della volontà subiettiva dell'*agens* (se e in quanto esercizio del diritto di autodeterminazione, *rectius* se e in quanto esercizio della auto-determinazione come diritto), nel caso di specie, si caratterizza pel fatto di essere – ed è – ontologicamente giuridica (*ergo*... la attuazione di essa è diritto di lui) sol quando la di lui condotta consegua alla di lui opzione verso la giuridicità, *id est* verso l'adempimento del proprio dovere (giuridico-morale) e non anche quand'essa abbia a determinarsi nell'opzione opposta (o nella non-azione ov'essa sia necessaria *in iure*). Talché... potremo dire, quasi con una battuta, che la sussistenza del diritto di autodeterminazione e il suo esercizio in concreto, nel caso di specie, dipendono non già dalla possibilità (equi-giuridica) della scelta e dell'opzione rimesse al soggetto e segnatamente alla di lui discrezionalità, ma piuttosto dalla natura e dal carattere ontologico della scelta e dell'opzione stesse, per con concretamente e contingentemente esercitate dall'*agens* storico. Vero è, infatti, che il diritto di autodeterminazione propriamente inteso, o, meglio, l'autodeterminazione come diritto, giuoca la sua partita concettuale – se così possiamo dire – nel terreno delle scelte comunque giuridiche e non in quelle che postulano un'opzione verso la giuridicità o verso l'antigiuridicità, non essendo e non potendo mai essere

diritto di alcuno quello di concretare una volizione contraria ai principii del giure, nondimeno – come detto – anche la deliberazione consapevolmente cosciente di adempiere un proprio dovere è ed invero in sé stessa un atto di autodeterminazione e segnatamente un atto di auto-determinazione propriamente giuridica del soggetto: abbiamo parlato, infatti – forse non a caso – di una *vis atractiva* che la dommatica del diritto di autodeterminazione «esercita» verso ogni opzione giuridica operata dal *subiectum agens* e verso ogni atto giuridico da esso posto in essere, come a dire, allora, che se il diritto di autodeterminazione postula una pluralità di opzioni equi-giuridiche (*id est*, tutte egualmente legittime, libere, umane, razionali), ogn'atto *in se* giuridico rappresenta una sorta di epifenomeno della giuridica auto-determinazione dell'*agens* anche nell'ipotesi in cui, «a monte» (*recte*, nel c.d. momento deliberativo), l'*agens* stesso non avesse avuto alcuna alternativa possibilità di condotta-giuridica e quindi anche se, per comportarsi giuridicamente (*id est*, conformemente alla propria natura), il soggetto *de quo* non avesse avuto la possibilità di tenere condotte diverse rispetto a quella concretamente tenuta. Ebbene, tutto questo discorso noi quivi confermiamo e lo confermiamo – si badi – sia «in positivo», vale a dire considerando l'adempimento del dovere in guisa di atto d'esercizio del diritto di autodeterminazione *in se*, sia «in negativo», vale a dire considerando diritto del soggetto, *id est* rivendicazione giuridica, legittima, umana, razionale di lui, quello di adempiere il proprio dovere ubbidendo al principio giuridico che gl'impone una data condotta, onde... il diritto subiettivo *de quo* verrebbe violato, qualora il soggetto medesimo fosse impedito di fare ciò che egli vuole fare e ciò che è giusto/doveroso che egli faccia. Sicché, il soggetto che rivendicasse come legittima prerogativa di sé l'adempimento di un dato dovere giuridico, rivendicherebbe il proprio diritto di autodeterminarsi e di autodeterminare la propria volontà giuridica e umana secondo un principio di giustizia cui egli stesso intende prestare

ossequio e ciò, ovviamente, pur non avendo, egli, altre legittime alternative, ma conservando comunque quella signoria sui proprii atti e quella alternativa di mero fatto, le quali gli consentirebbero, in ipotesi, anche la violazione del «dovere ↔ diritto» in parola e quindi anche una condotta *contra ius et contra tenorem rationis*.

**6) Dommatica dell'autodeterminazione. \*\*\*) Segue. Il contenuto necessariamente giuridico del diritto all'autodeterminazione: un limite sostanziale... *in re ipsa*.**

Ciò detto, ora – proseguendo nella «spiegazione» e nell'analisi del carattere multiforme del diritto di autodeterminazione – a noi pare del tutto chiaro che le opzioni in cui esso potrebbe inverarsi, trovando la loro più intima scaturigine nella volontà del soggetto e trovando il loro «unico» limite/parametro di legittimità nella «sola» natura umano-razionale di lui, rientrano in un sì vasto spettro di ipotesi da essere, *ex ante*, tutt'affatto indefinite e indefinibili, in termini normativo-general, nel *quantum*, nel *quomodo* e nell'*an*: non può dirsi, infatti, quale sia il contenuto concreto e specifico del diritto di autodeterminazione del soggetto storico, se l'autodeterminazione stessa richiede in sé – come effettivamente essa richiede – una libera e autonoma scelta inevitabilmente rimessa alla contingente volontà umana (!) dell'*agens*. Se questo è vero, ora, è giuocoforza ritenere che le varie fattispecie in cui potrebbe manifestarsi il contenuto del diritto all'autodeterminazione non potranno giammai trovare una loro compiuta ed esaustiva «elencazione» nell'ambito di verun Ordinamento/Sistema giuridico-positivo (nemmeno di quello informato realmente ai principii della giustizia) – come vorrebbe *ex multis* Rousseau<sup>187</sup>

---

<sup>187</sup> Invero... “le buone istituzioni sociali sono quelle che meglio riescono a snaturare l'uomo” (ROUSSEAU, *Emilio o dell'educazione*, (trad. it. a cura di Paolo Massimi), Roma, Armando,

e come di fatto vogliono (anche senza formalizzarlo in un «dogma» o addirittura negandolo formalmente) le teorie «pure» del positivismo giuridico<sup>188</sup> – anzi... postulare un'esaustiva positivizzabilità/prevedibilità (anche analogica) di tutti i contenuti astrattamente compendiabili nell'ambito della *figura iuris* di cui trattasi equivarrebbe proprio a negarla nella sua essenza di diritto, frustrando e conculcando arbitrariamente il principio razionale e giuridico dell'autonomia umana e responsabile della persona, alla tutela e alla guarentigia della quale il diritto «di ↔ alla» autodeterminazione tende *ut natura*. Un tanto vuole significare, allora – si badi bene – che il citato diritto di autodeterminazione della persona, *sub specie* di diritto alla «sua» libera e umana determinazione volontaria e autonoma, si caratterizza pel fatto di essere un diritto non-(pre-)formalizzabile e non-(pre-)definibile, in termini *πáv*-generali, in tutti i suoi propri contenuti e ciò... in quanto i contenuti di esso sono necessariamente rimessi alla contingente opzione del soggetto che lo esercita, nell'*hic et nunc* del momento in cui egli medesimo opera giuridicamente (*id est*, razionalmente, umanamente, moralmente, liberamente) le «sue» libere scelte; ciò non toglie, però, che i principii e gli «istituti dommatici» del giure possano contemplare *in abstracto*, nelle (*rectius*, attraverso le) varie declinazioni della figura suareziana del diritto soggettivo propriamente detto, «alcuni» contenuti pre-definiti sui quali il soggetto stesso ha facoltà di plasmare la propria *voluntas* contingente e così di autodeterminare sé come

---

1994, pag. 192). Molto critica verso l'impostazione rousseauiana si dimostra la riflessione di Luigi Palma, a mente della quale “da una parte Rousseau fa suonare tanto alto il suo principio della inalienabilità della libertà [...] dall'altro lato con istraña contraddizione insegna l'alienabilità di ogni associato con tutti i suoi diritti alla comunità, il che è per lui libertà [...] onde risulta (nda)] malagevole fra le sue fantasticherie democratiche intendere la possibilità della libertà coll'assolutismo della sua volontà generale” (PALMA, *Corso di diritto costituzionale*, Firenze, Pellas, 1883, pag. 143)

<sup>188</sup> Il problema emerge, sia pure indirettamente, anche quando si postuli, nel diritto positivo vigente, inteso come insieme di norme/prescrizioni effettive, il solo limite contingente al diritto di autodeterminazione della persona e ciò, attraverso la nota formola in virtù della quale «tutto ciò che non è vietato è permesso». In questo caso, infatti, il novero dei contenuti da potere attribuire al diritto in parola deriverebbe, in negativo, da una sorta di esclusione di quelli che, per norma *posita*, per l'appunto, non potrebbero essere realizzati.

persona-soggetto *in iure*; né toglie, poi, che il contenuto del diritto di autodeterminazione in parola non possa declinarsi anche all'interno delle figure giuridiche cui è ufficio di contemplare, prevedere, prescrivere l'adempimento di specifici doveri od obblighi in capo all'*agens* storico: anche in quest'ultimo caso, infatti, rimandando ai cenni prima proposti al Lettore, giova considerare che la prescrizione giuridica, se e in quanto prescrizione autenticamente (*rectius*, veramente) giuridica – è ovvio – non conculca affatto la libertà del soggetto, ma la impone, per così dire, inquantoché la prescrizione medesima, informata ai/dai principii del giure, esige dal soggetto storico l'unica condotta che nella data circostanza possa (*licere posse*) essere legittimamente/umanamente tenuta da lui, eppertanto l'unica condotta che debba (*licere velle*) essere da lui razionalmente voluta (ricordando Sant'Agostino d'Ippona [?] e adattandone il pensiero alla questione quivi cennata, potremmo dire che *in necessariis unitas*). Nondimeno – sempre secondo la nostra sensibilità – rileva anche questo, con altrettanto palese evidenza e cioè che il diritto di autodeterminazione cui stiamo dedicando le nostre Riflessioni, se non può certo essere «ingabbiato» dagli/negli stilemi del c.d. positivismo giuridico e se non può nemmeno essere concettualmente compreso da esso, non può *a fortiori* essere inteso, come nel nostro tempo viene comunemente inteso (tra le molte, ricordiamo l'autorevole e lucidissima posizione di Stefano Rodotà<sup>189</sup>), alla stregua d'un «diritto in bianco», ovvero alla stregua d'un (non-)diritto volitivo – per richiamare un'espressione usata in principio della Trattazione – tutt'affatto caratterizzato da una sorta di anti-giuridicità dai presupposti (de-concettuali) anarchico-nihilistici, ove il contenuto necessariamente πάν-volontaristico di una volizione soggettiva che si auto-erge al rango di diritto subiettivo è e deve rimanere assolutamente rimesso alla (auto-)decisione autentica del

---

<sup>189</sup> Cfr RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bari, Laterza, 2012.



soggetto che esercita nietzschianamente<sup>190</sup> e che persegue hegelianamente il proprio puro auto-volere: una cotale impostazione, infatti – vieppiù opposta anche alla nostra, per verità – altro non farebbe che inverare in sé stessa gl'estremi d'una sostanziale e radicale violazione del diritto in parola, sia in quanto regola cogente (prospettiva *πάν*-positivistica), sia in quanto diritto *in se* (prospettiva gius-filosofica classica)... anzi, ne tradirebbe proprio i principii concettuali e dommatici e lo porterebbe fuori – per così dire – dall'ambito logico del problema ontologicamente giuridico, tutto riducendosi a una sorta di equilibrio precario di forze materiali che si contrappongono coi mezzi necessariamente contingenti del c.d. potere di fatto. Certamente, in quest'ultimo «caso» saremo agli antipodi rispetto alla teorica *πάν*-positivista (o del «positivismo forte») secondo la quale il diritto di autodeterminazione avrebbe da essere esercitato (solamente ed esclusivamente) coi soli contenuti – diretti o indiretti, positivi o negativi (non riecheggiano, un poco, le “forme” e i “limiti” di cui all'art. 1 cost.?) – previsti dall'Ordinamento contestualmente vigente, ma l'errore teoretico o, meglio, la petizione di principio sarebbe identica, indentica essendo la frustrazione del valore (!), del principio (!) e del concetto (!) della autodeterminazione e della autonomia umane, quali prerogative del soggetto in virtù della sua stessa natura razionale di uomo, *ergo*... in virtù della sua

---

<sup>190</sup> Val bene considerare che “il superuomo ha senso per Nietzsche solo in funzione del [c.d. (nda)] eterno ritorno [... e (nda)] l'eterno ritorno non è una specie di salto mortale nell'irrazionale alla ricerca di un altro «mondo dietro il mondo» o peggio ancora un esangue surrogato di religione; il superuomo [...] non è un atleta estetizzante [...] l'eterno ritorno voluto dal superuomo [infatti (nda)] vanifica il problema stesso della giustificazione dell'esistenza, chiudendo l'orizzonte non mediante il «mito tragico», bensì con la «eternizzazione» del carattere integralmente terrestre e immanente della vita” (MONTINARI, *Che cosa ha veramente detto Nietzsche*, Roma, Ubaldini, 1975, pag. 97). Considerando, infatti, che lo *Über-Mensch* nietzschiano “è quello che è stato reso obiettivamente possibile dallo sviluppo della scienza e della tecnica [...] si comprende bene che (nda)] il cosiddetto irrazionalismo di Nietzsche si svela così per quello che esso davvero è, la rivolta della creatività dionisiaca che oggi è maturata nell'uomo, contro tutte le forme di oppressione esterne e interiorizzate che ancora si oppongono al suo libero sviluppo” (VATTIMO, *Il soggetto e la maschera*, Milano, Bompiani, 1974, pagg. 346 – 348) dove il “libero sviluppo” (*ivi*) altro non è che l'assoluta autodeterminazione della sua propria volontà contingente, ovverosia... il concretamente *in rebus mundi* della di lui libertà negativa.

stessa capacità giuridica manifestantesi nella/colla di lui capacità di agire. In seno alla «versione» *πáv*-positivista (o del «positivismo forte»), infatti, il diritto di autodeterminazione verrebbe definito come diritto «dello» e «nello» Ordinamento, nel senso che esso dovrebbe essere inteso alla stregua d'un diritto comunque attribuito al soggetto dall'Ordinamento sovrano e sovranamente vigente, giusta le *rationes* operative di esso e segnatamente giusta le prescrizioni/norme cogenti e contingenti; nella seconda impostazione concettuale ricordata, che potremmo definire propria del «positivismo debole», *au contraire*, il diritto di autodeterminazione dovrebbe essere inteso in guisa di diritto «verso» o «contro» l'Ordinamento, vale a dire che esso dovrebbe essere inteso in guisa di diritto alla «libertà negativa», ovverosia dovrebbe essere inteso, sempre in una dimensione grettamente operativa (non potrebbe certo accedersi al momento speculativo), come diritto *ab-solutus* alla non-ingerenza nelle proprie opzioni «personali» da parte della norma (espressione del c.d. pubblico potere, ma non coincidente con esso), qualunque essa sia e qualunque natura/fondamento essa abbia (morale, giuridico, religioso *et coetera*).<sup>191</sup> In altri termini, allora, potremmo sintetizzare dicendo che il soggetto, esercitando il proprio diritto di autodeterminazione, nel primo caso sarebbe e si-manifesterebbe (negativamente) libero «nello» e «con lo» Ordinamento, mentre nel secondo caso, egli sarebbe e si-manifesterebbe (negativamente) libero «dallo» Ordinamento e «contro» l'Ordinamento, anzi... più correttamente potremmo dire che nel secondo caso, la libertà negativa del soggetto autodeterminantesi sarebbe e si-manifesterebbe in guisa di libertà (negativa) «attraverso» l'Ordinamento, nel senso, però, che l'Ordinamento

---

<sup>191</sup> Come è noto, la più limpida cristallizzazione di una siffatta struttura (de-)concettuale si appalesa nella giurisprudenza delle cc.dd. Corti europee – Corte di Giustizia e soprattutto Corte Europea dei Diritti dell'Uomo – ove il problema dell'autodeterminazione come diritto del soggetto viene costantemente risolto col riferimento all'art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, eppertanto col riferimento al “rispetto della propria vita privata e familiare” tale per cui “non può esservi ingerenza di una Autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto” (*ivi*).

dovrebbe essere strumentale all'inveramento della opzione e della volontà purchessia, manifestata dal soggetto e da egli medesimo auto-rivendicata e auto-qualificata come proprio diritto. Se quindi nella prima ipotesi il soggetto avrebbe dovuto «indossare le vesti» dello strumento dell'Ordinamento, ovverosia del mezzo di cui l'Ordinamento usa per concretare la propria sovranità e per imporla a un mero «soggetto obiettivato» (*rectius*, all'oggetto subiettivato), il quale «sarebbe» solo in funzione dello stesso Ordinamento, nel secondo la sovranità apparterrebbe, *coeteris paribus*, al soggetto in quanto *dominus ab-solutus*, il quale, infatti, parrebbe proprio messo nella condizione di usare dell'Ordinamento al fine di attuare la propria *voluntas/voluptas* e quindi... al fine ricavarsi quel «recinto kantiano» di libertà negativa, ove nessuna ingerenza dovrebb'essere tollerata.<sup>192</sup> Ecco allora lo scopo o, meglio, la funzione (operativa) dell'Ordinamento giuridico quale Sistema normativo di regole (autoreferenziali): rendere meccanicamente possibile la geografica vicinanza tra gli arbitrii individuali, senza entrare, ovviamente, nel merito giuridico, morale *et coetera* degli stessi<sup>193</sup> e ciò – si badi bene – al precipuo fine non di ordinare la comunità politica secondo la propria natura, ma di servire la *voluntas/voluptas* contingente dei vari soggetti che insistono sullo medesimo territorio e segnatamente... di servire (*rectius*, di asservir-si) quella dei più forti tra di essi. Il diritto di autodeterminazione, insomma, in siffatto contesto, ridurrebbesi al potere di esercitare la propria libertà

---

<sup>192</sup> Vero è, infatti, che per Emanuele Kant la condotta umana è “conforme al diritto quando, per mezzo di essa [...] la libertà dell'arbitrio di ognuno può coesistere con la libertà di ogni altro” (KANT, *Scritti politici di filosofia della storia e del diritto*, Torino, U.T.E.T., 1956, pag. 407).

<sup>193</sup> Attenzione: abbiamo parlato di vicinanza tra gli arbitrii, non di convivenza tra persone, ché sono «cose» tutt'affatto differenti: la vicinanza degli arbitrii, infatti, non postula né determina alcuna forma di società e/o di convivenza, riducendosi alla mera condivisione di spazi più o meno animata da contrapposizioni (anche gli animali vivono gli uni accanto agli altri); *viceversa* la convivenza, la vita degli uni assieme agli altri, supera grandemente il mero dato geografico per inverarsi in una compartecipazione civile, morale, giuridica e sociale ben espressa nel concetto di popolo ciceroniano, quale insieme di soggetti, di persone, caratterizzato dal *iuris consensus* dal mutuo perseguimento della *communio utilitatis* (cfr CICERONE, *De Re publica*, I, 25 – 39).

negativa all'interno del recinto che abbiamo appena evocato ricordando la nota impostazione di Emanuele Kant<sup>194</sup> ed è ovvio – ora – che lo spazio (necessariamente chiuso) di ciascheduno e quindi l'ambito di estensione del proprio «potere ← diritto» di auto-determinarsi sarà più ampio o più stretto non già sulla base di criteri ontologico-oggettivi (di giustizia, di merito *et similia*), quanto piuttosto sulla base della maggiore o minore possibilità effettiva di imporsi che ciascheduno riuscirà ad affermare contingentemente *per se*. Riprendendo il discorso, ora, giova rilevare che poco sopra abbiamo osservato come entrambe le impostazioni (anti-/α-)dommatiche – quella πάλν-positivistica o del positivismo forte e quella soggettivo-volontaristica o del (anti-)positivismo debole – palesano la medesima *petitio principii*, ebbene, questo è del tutto evidente se solo si voglia considerare che in nessuna delle due concezioni presentate, il soggetto, esercitando il «diritto» di autodeterminazione per come ivi inteso, è effettivamente libero-in-sé, vale a dire che in nessuno dei due «casi» *de quibus* egli è libero in quanto soggetto, in quanto persona, in quanto uomo latore di una natura (oggettiva) sua propria, *ergo...* né l'una, né l'altra impostazione cennate consentono effettivamente e veramente al soggetto *de quo* di autodeterminarsi in senso proprio (*id est*, di auto-determinare il proprio essere-uomo), come a dire, allora, che in nessuna delle due proposte (anti-)dommatiche il soggetto auto-determina sé in quanto ente dotato di un proprio statuto ontologico, ma in entrambe egli «si limita» ad auto-determinare una propria contingente volontà, la quale, nel «caso» del positivismo forte dev'essere coincidente con quella della norma ed è da essa plasmata secondo le fogge della *voluntas* sovrana (quindi non è sua, ma è a lui imposta financo coi mezzi della persuasione psicologica), mentre nel «caso» del positivismo debole è *absoluta* essa stessa e non dev'essere perciò limitata o conformata da

---

<sup>194</sup> Cfr KANT, *Sopra il detto comune "questo può essere giusto in teoria ma non vale per la pratica"* in BOBBIO FIRPO MATHIEU [a cura di], *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, [trad. it. Solari e Vidari], Torino, U.T.E.T., 1995, pag. 255.

alcuna norma o da alcun principio, essa dovendo rappresentare, infatti, il criterio, il parametro e il contenuto d'una disposizione necessariamente «in bianco», deputata alla garanzia dell'esercizio soggettivo-solipsistico (in termini berkeleyani<sup>195</sup>) di una volontà purchessia, autopoieticamente e autoreferenzialmente effettiva e auto-legittimante-si *per se*. Alla luce, però, di quanto abbiamo cercato di rappresentare all'attenzione del Lettore, all'opposto rispetto alle teoriche testé criticate, il diritto «di» autodeterminazione, *sub specie* di diritto «alla» autodeterminazione della persona, non è e non può essere inteso come diritto alla determinazione assoluta della volontà purchessia propria dell'*agens* storico, né può essere inteso come «mero» diritto all'esercizio dei vari diritti soggettivi previsti dallo *ius positum*, o comunque rilevanti/rilevabili nello e per lo *ius quo ūtīmur*, ma dev'essere inteso come diritto alla determinazione libera, umana, morale, responsabile e giuridica della volontà altrettanto libera, umana, morale, responsabile e giuridica del soggetto (*compos sui*) che autonomamente decide per sé. Talché ha da rilevarsi come il soggetto in parola eserciti il proprio diritto alla autodeterminazione, decidendo per sé in quanto uomo, eppertanto decidendo umanamente (razionalmente/liberamente/giuridicamente/moralmente) per sé, sia laddove gli sia oggettivamente dato di potere decidere *ad libitum*, vale a dire laddove l'opzione esercitanda (il *facere* o il *non-facere*) sarebbe comunque giuridica, sia (*vis atractiva* del diritto di autodeterminazione o, meglio, della determinazione subiettiva come diritto del soggetto) laddove egli stesso decida per sé operando la scelta «giusta ← giuridica», qualora gli sia imposto dai principii del giure di tenere una data condotta e non altre. Se questo è ben chiaro, ora, dobbiamo osservare – e crediamo che il nostro

---

<sup>195</sup> Si consideri l'impostazione solipsistica di Giorgio Berkeley sintetizzata nel suo *esse est percipi* (cfr BERKELEY, *A treatise concerning the principles of human knowledge*).

paziente Lettore possa convenire con noi «almeno» in questo – che il parametro ontologico effettivamente capace di rappresentare il vero (!) e l'unico (!) criterio del/pel/al diritto di autodeterminazione della persona è rappresentato dall'essere oggettivo della persona stessa e quindi dalla sua stessa essenza di uomo, ovverosia... crediamo di potere affermare che il parametro oggettivo del/pel/al diritto di autodeterminazione della persona è ognor rappresentato dalla natura, dall'essenza stessa del soggetto che si-autodetermina *in se* e che ha ragione di autodeterminarsi solo (!) per ciò che esso «è», in virtù del suo stesso essere-in-sé, *ergo*... solo (!) come soggetto e come persona latrice di quello che potremmo chiamare «principio della umanità». Di talché, il diritto alla autodeterminazione (in sé) non ha da essere inteso in guisa di diritto alla (auto-)determinazione assoluta della volontà, in quanto volontà-voluta, ma ha da essere inteso in guisa di diritto alla autodeterminazione della persona, in quanto persona, dunque... ha da essere inteso in guisa di autodeterminazione umana della umana volontà del *subiectum agens* di comportarsi da uomo (*id est*, razionalmente). Invero – epilogando il discorso – ridurre il diritto di autodeterminazione alla mera e heideggerianamente autentica possibilità fattuale della determinazione contingente della volontà, significa non cogliere il *proprium* ontologico e del diritto *de quo* – che non sarebbe diritto, ma mero fatto – e della persona che è soggetto in sé e che è il «titolare naturale» del diritto di autodeterminazione di cui trattasi, anzi, a bene intendere le cose, significa proprio cogliere un mero aspetto, un mero carattere della persona, quale è la di lei volontà passionale, la di lei anima concupiscibile, ricordando il mito platonico, facendo erroneamente e ideologicamente di questo carattere pur proprio del soggetto, il «principio informatore» del suo stesso statuto ontologico: cosa che è del tutto errata, ovviamente. In ultima istanza, allora, opinare una sorta di parallelismo ideologico tra diritto di autodeterminazione e potere di affermare una qualsivoglia volontà passionale, significa postulare

la riduzione (de-)concettuale della persona stessa a(/in) siffatto carattere, come se l'ontologia di essa potesse compendiarsi in un mero fascio d'istinti i quali, inverandosi *in rebus mundi*, affermerebbero sé medesimi e attraverso cotale affermazione renderebbero palese il «fenomeno» del soggetto e anzi renderebbero palese il soggetto stesso come pulsione «auto-volente → essente» in senso quasi cartesiano<sup>196</sup> (è del tutto scontato, infatti, che il *cogito* di cui parla Renato Cartesio non è l'atto del pensare classicamente inteso, vale a dire inteso in guisa di atto di coglimento intellettuale di ciò che «è», per come «è» *in rebus naturae*, ma è un atto meramente celebrale che si compendia in una sorta di concepimento del *velle imaginationis*<sup>197</sup>). No: la persona non è questo. La persona non è affatto un ente di natura istintuale, un fascio d'impulsi che «è» in funzione della contingente affermazione del proprio «*velle* → *facere*» vitalistico (hobhouseiano<sup>198</sup>) – come lo sono gli

<sup>196</sup> Cfr CARTESIO, *Principi philosophiae*, 1644. Non a caso Roberta Raffaetà, pur in un contesto di studi diverso dal nostro, ebbe correttamente a precisare che “il ‘*cogito ergo sum*’ di Cartesio [...] sono considerati come le prime concettualizzazioni moderne dell'identità come auto-identificazione” (RAFFAETÀ, *Identità compromesse. Cultura e malattia: il caso dell'allergia*, Milano, Ledizioni, 2011, pag. 111).

<sup>197</sup> Sia pure in termini diversi dalla nostra impostazione, anche Emanuele Severino non omette di precisare che nell'ambito del *cogito* cartesiano, “proprio perché posso ingannarmi anche a proposito di ciò che ritengo più evidente, è una verità assolutamente indiscutibile che io esisto, cioè che la mia coscienza ingannata esiste [come a dire che io esisterei anche in funzione di un mio auto-inganno e che (nda) ...] il pensiero [allora (nda)], cioè la certezza, appare indubitabile proprio nell'atto in cui si dubita della verità del suo contenuto [...]; il pensiero [...] dunque (nda)] è dubitabile, in quanto vien posto in relazione alla realtà in sé stessa [...] e ci si domanda che cosa corrisponda a esso in realtà. Ma se non è considerato in relazione alla realtà in sé (ossia alla realtà esterna), allora il pensiero [che fuori dalla realtà sarebbe pensiero del nulla, *ergo* non pensiero, negazione del pensiero in sé e mera auto-immaginazione, mero auto-inganno, mero auto-volere qualche cosa di inesistente (nda)] non solo è indiscutibile, ma è anche qualcosa di reale in sé stesso [*rectius*, di autoreferenzialmente reale, vale a dire di reale a prescindere dai principii della realtà (nda)]: è l'essere che è originariamente affermato [vale a dire che il pensiero sarebbe l'essere auto-affermantesi, a prescindere dalla realtà *in se* e necessariamente reale, al di là della realtà *in se* (nda) ...]. Ciò vuol dire che, considerato in sé stesso il pensiero è la certezza e insieme la verità: non la verità della realtà che sta al di là della certezza, ma la verità che compete alla certezza in quanto anche la certezza è una realtà e non è un niente” (SEVERINO, *La filosofia moderna*, Milano, Rizzoli, 1984, pag. 49); resterebbe da domandarsi, tuttavia, quale realtà possa inverare la certezza del nulla, ovvero la certezza di un mero *phantasma sensus et imaginationis*.

<sup>198</sup> Non è poco noto, infatti, che lo stesso Leonardo Hobhouse ponga alla base del «suo» liberalismo il vitalismo (cfr HOBHOUSE, *Liberalismo*, Firenze, Sansoni, 1964, *passim*, in particolare pag. 53), vale a dire il fare per il fare del soggetto facente per se, quindi del soggetto che facendo si esprime ed è quello che fa, indipendentemente dalla sua stessa natura, la quale,

animali i quali s'esprimono nell'istinto e coll'istinto<sup>199</sup> – ma è segnatamente un ente di natura razionale – Boezio *docet* – dotato (*ut natura*) di attitudine alla intelligenza dell'*in se* delle cose e alla conseguente «fruizione» del c.d. libero arbitrio, eppertanto... essa persona è un ente dotato *ut natura* di piena signoria e consapevolezza morale (dei/sui proprii atti e (delle/)sulle proprie condotte: la persona, infatti, nel suo essere ontologicamente soggetto, ha per sua stessa essenza quella che possiamo chiamare la possibilità/capacità di cogliere le *res mundi* per ciò che esse effettivamente sono e ha, conseguentemente, la possibilità di palesare il proprio comportamento per come coscientemente da essa voluto e inteso nell'*hic et nunc* dell'azione medesima. La persona-soggetto, dunque, salvo eccezioni – patologiche come la *dementia*, o fisiologiche come l'impubertà – è *dominus et compos sui*, ond'essa si distingue dagl'altri esseri viventi e si-colloca in una posizione moralmente e giuridicamente superiore rispetto alle «cose», vale a dire, *sub specie iuris*, che la persona si colloca in una posizione moralmente e giuridicamente superiore rispetto agli oggetti animati o inanimati che siano: la persona, infatti, ricordando l'insegnamento di Aristotele,<sup>200</sup> è l'unico *ens* che «ha» *in se* la parola (oltre alla voce che è propria di tutti gl'esseri viventi), la quale, discernendosi dal mero suono (che promana anche dagli animali i quali – come si dice – hanno il «verso» e attraverso di questo esprimono l'attualità del loro istinto), punto si caratterizza pel fatto di essere latrice della facoltà di esprimere giudizi veramente e propriamente razionali, quindi... la parola che è propria solo dell'essere umano<sup>201</sup> si caratterizza pel fatto di rappresentare, appalesandole in forma intelligibile, quelle valutazioni oggettive intorno all'essere-in-sé delle *res mundi*, le quali

---

infatti, non viene nemmeno considerata; considerarla, invero, già porrebbe un limite al vitalismo liberale...

<sup>199</sup> Agl'animali, infatti, è dato di esprimere sé stessi solo attraverso una volontà(-non-voluta-in-sé [*id est*, non voluta razionalmente]) che s'invera nell'istinto, in virtù del quale, alfine, essi sono ed essendo così come sono, essi sono sempre come debbono essere: animali in sé.

<sup>200</sup> Cfr ARISTOTELE, *Politica*, I, 1253 a.

<sup>201</sup> Cfr ARISTOTELE, *Politica*, I, 1253 a.



postulano il di loro coglimento intellettuale/morale (*rectius*, filosofico). Parlare, insomma, come solo gl'uomini possono, significa propriamente giudicare, dare giudizi e giudicare significa *ius dicere*, quindi... parlare significa dire il diritto e significa dire ciò che è secondo la realtà del diritto-che-è; onde, l'atto di dire il diritto e di dire secondo diritto, ovviamente, ha da essere inteso, così in guisa di atto conseguente alla comprensione dello *ius* che c'è e che non è affatto creato dalla parola (ma solo da essa espresso), come in guisa di atto espressivo della verità ontologico-giuridica degl'enti che sono quello che sono-in-realtà, eppertanto... che sono quello che sono secondo la di loro natura e che esprimono la propria condizione giuridica per come essa partiene al loro oggettivo statuto ontologico. Potremmo dire, dunque, che qualsiasi parola, se e in quanto parola, è un atto di effettivo e contingente giudizio, imperocché essa ha ufficio di rendere giusta qualificazione dell'ente che definisce e che chiama col «proprio» nome (*nomina sunt consequentia rerum*): dire, allora, che un cavallo è un cavallo – per fare un banale esempio – significa giudicare l'ente-cavallo in virtù della sua stessa natura equina, quindi... significa dire che esso è quello-che-è-in-realtà e che non-è qualche cosa di diverso rispetto a quello che è. Tutto ciò, invero, non si pone oltre rispetto ai confini del diritto e dello *ius dicere*, ma si pone nel cuore del diritto – se così possiamo dire – e pone *ex se* la prima e preliminare questione giuridica, nel senso che tutto questo pone la questione d'onde emerge l'indigenza di dire il «che cosa è» di un dato ente secondo la sua oggettiva natura, eppertanto... secondo il diritto o, meglio, secondo la condizione giuridica che gli è propria (*rectius*, che gli pertiene): vero è bene, infatti, che ogni considerazione razionale intorno alle cose pone il primigenio problema della di loro qualificazione (logico-giuridico-razionale), la quale, in ultima istanza, non ha da essere intesa in guisa d'una sovrastruttura eteronoma che si sovrappone, «vestendola a festa», sulla natura dell'ente stesso (come vorrebbero i positivisti e in ispecie i

rousseauiani) o che addirittura la surroga, ma ha da essere intesa in guisa di qualificazione dell'ente in parola giusta il suo proprio statuto ontologico, giusta la sua propria natura di ente-che-è e che esprime il significato di un principio oggettivo necessariamente rilevante sul piano del giure. Riprendendo l'esempio del cavallo, allora, deve osservarsi come dire che un cavallo «è» un cavallo significa dire che l'ente considerato e definito è quello che esso è-per-natura e significa dire che esso è giuridicamente un cavallo e non, a titolo d'esempio, un essere umano, o un albero, o un aratro, o un ammasso di carne macellata squartata da destinare all'uso alimentare, o quant'altro; ne consegue – il Lettore converrà – che la condotta umana, la quale abbia a oggetto il cavallo che «è» un cavallo e che è stato qualificato (*rectius*, giudicato) come cavallo perché «è» un cavallo e non altro, per essere veramente umana, libera, giuridica, morale, razionale e legittima non potrà prescindere dalla natura equina del cavallo stesso, siccome espressa e appalesata attraverso il giudizio di qualificazione del cavallo come cavallo e dovrà, conseguentemente, conformarsi a essa rapportandosi all'ente-cavallo come è giusto (*ut natura*) rapportarvisi in virtù di ciò che esso oggettivamente «è». Questo a noi pare oltremodo evidente e quasi scontato, dacché noi riteniamo sia del tutto umano, *id est* del tutto proprio della natura umana del soggetto, riconoscere le cose per quello che esse sono e dunque, nel caso del cavallo *de quo*, riconoscere ch'esso oggettivamente è un cavallo, vale a dire... riconoscere la natura del cavallo per ciò che essa è, individuarla nell'ente che è cavallo-in-sé e comportarsi verso di esso come la sua stessa essenza equina esige di comportarsi. Di talché, l'azione umana, per essere *in se* umana (*id est*, ontologicamente propria dell'uomo), vale a dire... per essere *in se* giuridica, *in se* libera, *in se* morale, *in se* legittima e *in se* razionale, non potrà, sempre a titolo d'esempio, nominare il cavallo *de quo* Senatore, come fece Caligola, ma nemmeno potrà attribuirgli soggettività giuridica, come surrettiziamente (e forse inconsapevolmente)

fanno oggidì coloro i quali «parlano» (assurdamente) di diritti degli animali, ma neppure potrà sottoporlo a fatiche intollerabili per le sue stesse caratteristiche fisiche, o dividerlo a metà in guisa di cosa divisibile *et coetera*: il cavallo, come ogn'altro ente, infatti, ha una natura sua propria che è normativa e regolativa delle condotte umane che l'abbiano a oggetto e sulla base di essa le azioni *de quibus* debbono essere giudicate (vale a dire... qualificate per quello che esse sono in realtà e per come esse sono in realtà). Pertanto, riprendendo il nostro discorso, la persona in quanto tale ha *ut natura* la ontologica «competenza morale» a deliberare consapevolmente intorno alle proprie condotte storiche, le quali, allora, proprio in virtù di questo, sono e possono dirsi effettivamente/veramente «sue» e a lei attribuibili (non ritorna, forse, la *siutas* dei penalisti?), dacché esse sono e non possono non essere «liberamente» volute e «liberamente» compiute, *in sé* e *per sé*, dall'agente storico, *id est* da quell'ente-soggetto che potremmo puntualmente chiamare *dominus actionis*.<sup>202</sup> Ebbene, in forza d'un tanto, tosto è mestieri di rilevarsi che la condotta del *subiectum agens* (se e in quanto *compos sui*) può essere oggettivamente qualificata come «buona», se

---

<sup>202</sup> Il soggetto che «è-soggetto» e che in quanto «soggetto-essente» sia *compos sui*, eppertanto *dominus actionis* – si badi bene – non è e non può essere considerato anche *dominus acti*, nel senso che il soggetto, se è necessariamente *ut natura* signore e padrone (responsabile) delle proprie azioni e delle proprie condotte, in quanto egli stesso esercita su di esse una consapevole signoria e in quanto egli stesso le pone in essere se e perché le vuole porre in essere, necessariamente consapevole di quello che esse valgono sul piano giuridico-morale, egli medesimo non è e non può giammai essere signore o, meglio, sovrano dell'atto in quanto atto *in se* e ciò, nel senso che al soggetto *de quo* non è dato e non può essere dato di conformare la natura degli atti – e in generale quella di ogni ente che esista *in rebus mundi* – secondo il proprio contingente e puro auto-volere passionale: un tanto, infatti, cozzerebbe proprio colla natura razionale del soggetto in parola, imperocché l'ente razionale che è soggetto proprio in virtù di siffatta attitudine alla ragione (meglio potremmo dire alla *recta ratio*), per sua stessa essenza, è portato a cogliere ciò che è e a conoscere (*rectius*, a intellegere) le cose per quello che esse sono e per come esse sono nella loro oggettiva realtà, non a crearle e/o a deciderne la natura. Di talché... il soggetto-persona non è affatto posto nella condizione – nemmeno su di un piano *lato sensu* teorico – assimilabile a quella di un creatore onnipotente cui è ufficio di decidere e di (im-)porre *ad libitum* le cose e la di loro essenza; vero è bene, infatti, che l'intelligenza e la sapienza – come suggerisce e insegna già (il «maturo») Platone – postulano l'essere-dato (e il dato-essente) di ciò che è intelligibile o intelletto e di ciò che è conoscibile o saputo: sapienti si è, invero, in ragione delle cose sapute e le cose si sanno in quanto si conoscono per ciò che esse sono e come esse sono, non già in quanto le si possa creare *ex nihilo* o in quanto le si abbia create/conformate *ex voluntate*.

essa è conforme ai principii del bene (*rectius*, del giure ↔ della natura delle cose che sono come sono-in-realtà), o come «non-buona», se essa è difforme da questi e ciò – si badi attentamente – non già in termini meramente meccanico-oggettivi, vale a dire sulla base di un ipotetico (etero-)procedimento geometrico (posto fuori dal soggetto) di sussunzione della fattispecie concreta entro un astratto παράδειγμα ognor estraneo alla sfera gnoseologico-concettuale dell'autore, ma in termini tutt'affatto orientati alla dimensione soggettivo-responsabile dell'*agens* stesso; sicché... lo medesimo autore può essere considerato *agens iustus*, se agisce bene, quindi se agisce legittimamente, giuridicamente, umanamente, razionalmente liberamente e moralmente nel rispetto della natura giuridica degl'enti ai quali si-rapporta, oppure può essere considerato *agens iniustus* se agisce male, vale a dire se agisce disumanamente, antiggiuridicamente, irrazionalmente, immoralmente e illegittimamente violando l'ordine che è oggettivamente intrinseco a ogni *ens*. Tutto questo – sia ben chiaro – può e deve (a nostro avviso) essere sostenuto non in quanto incomba sul soggetto *de quo* il dovere di rispettare una norma eteronoma rispetto ai costitutivi concettuali della sua propria condotta, la quale norma abbia da essere ubbidita (*rectius*, eseguita) e assecondata, se conosciuta o conoscibile, pel semplice fatto di essere (stata) ἔτετα-posita e pel semplice fatto di essere (stata) ἔτετα-imposta, ma piuttosto dev'essere sostenuto in virtù della circostanza secondo la quale la regola della condotta soggettiva (o, per meglio dire, la regola dello stesso *agere iustus* del soggetto) è e resta inscritta, se così possiamo dire, nella condotta medesima dell'*agens* storico, in quanto condotta dell'uomo esplicantesi «in» ciò che è (*ex ipso facto oritur ius*); sicché... la regola dell'agire, quale *regula acti* e (solo) conseguentemente quale *regula actionis*, è e non può non-essere ognorpiù palese nella sua propria dimensione morale e giuridica all'intelligenza e alla ragione dell'autore, il quale punto si-comporta consapevolmente come effettivamente auto-decide

di comportar-si, nella piena coscienza del valore che il suo comportamento ha *in rebus mundi et iuris* e un tanto a noi pare evidente – si badi – proprio perché è prerogativa del soggetto medesimo quella di comprendere l'essere-in-sé delle cose alle quali egli stesso si rapporta e delle relazioni che egli stesso instaura o che concorre a instaurare. *Ergo...* l'autodeterminazione della persona intesa come diritto proprio di essa, intesa, cioè, come diritto che le partiene e che le compete, sostanziantesi nella giuridica (!) possibilità di *agere secundum eventum voluntatis humanae*, non può essere colta né può essere compresa prescindendo da quello che è lo statuto ontologico-razionale-morale del soggetto-in-sé, quale soggetto dell'autodeterminazione (genitivo oggettivo), vale a dire... quale soggetto «di» diritto, quale soggetto «del» diritto e quale soggetto «al» diritto di cui trattasi: l'autodeterminazione giuridica della persona, insomma, non coincide e non può affatto coincidere colla determinazione contingente, o di (mero) fatto, della volontà passionale dell'*agens*, né può essere intesa in guisa di vestimento formale d'un potere purchessia di affermarsi contingentemente ed effettivamente, essendo, essa, piuttosto, definita «dalla» e «nella» libera determinazione razionale dell'umano volere espresso dal soggetto che «è» e che si-comporta (assiologicamente) da uomo *in se*. La razionalità ontologica che è in un tempo la causa e il fine del diritto «di → alla» autodeterminazione della persona, dunque, rappresenta e deve rappresentare, nel(/attraverso il) diritto *de quo* o, se si preferisce, nel(/attraverso il) principio del diritto alla autodeterminazione che estrinseca la giuridicità ontologica della determinazione razionale dell'ente, il *proprium* giuridico dell'auto-decisione soggettiva (e autonoma), quel *proprium*, invero, il quale giustifica ed esige in un tempo il riconoscimento in capo all'essere umano di un diritto subiettivo (ma non volitivo, ovviamente) a compiere liberamente scelte che siano oggettivamente libere e razionali, eppertanto a compiere

liberamente scelte che siano oggettivamente confacenti alla di lui natura umana.

Che la volontà e il suo «momento attuativo», allora, giuochino un ruolo di prim'ordine in seno alla dommatica del diritto di autodeterminazione è ognorpiù vero – lo abbiamo diffusamente detto, quivi lo confermiamo (*ad abundantiam...*) – ma la volontà medesima, per rientrare nel παράδειγμα della *figura iuris* in parola in guisa di «volontà → opzione» in sé legittima, abbisogna d'una aggettivazione morale e giuridica tutt'affatto dipendente dall'ontologia (ovviamente oggettiva) del soggetto volente, ond'essa ha da essere innanzitutto una volontà in sé umana, *id est* una volontà *in se* qualificata e qualificantesi col/nel principio oggettivo dell'*humanitas subiecti*, quindi... essa (volontà) ha da essere una volontà assiologicamente caratterizzata dall'elemento-principio razionale, la razionalità essendo il *proprium* ontologicamente caratterizzante l'*in se* dell'essere umano e il suo più evidente ἀρχή naturale. Il diritto «di → alla» autodeterminazione, allora, se da un lato non può essere né letto né inteso prescindendo dall'essere oggettivo del «giuridico», pena una *petitio principii* rappresentata da un potenziale «diritto (a contenuto) α-giuridico» e virtualmente (a contenuto) anti-giuridico, dall'altro – e conseguentemente, diremo, in quanto *hominum causa omne ius constitutum est* – non può nemmeno essere letto o inteso a prescindere dal volere soggettivo della persona in quanto persona *in se*, talché il diritto in parola dev'essere inteso in guisa di diritto alla concretizzazione/realizzazione di una volontà giuridica «razionalmente ↔ umanamente» espressa dall'*agens* storico, vale a dire, infine, che il diritto «di → alla» autodeterminazione dev'essere inteso in guisa di diritto alla concretizzazione/realizzazione d'una volontà razionale e umana, confacente all'essere oggettivo del soggetto che si-autodetermina (umanamente) e confacente al «suo» diritto di uomo di autodeterminar-si

(umanamente) come tale.<sup>203</sup> Ecco allora che i due momenti, quello della giuridicità oggettiva e quello della volontà soggettiva, si compendiano e trovano la di loro sintesi concettuale proprio nel principio di razionalità che è radicato nella natura dell'essere umano e che rappresenta la causa e il fine, in un tempo, del diritto in generale, come concetto e del diritto di autodeterminazione in ispecie, vero è bene, infatti, che non può neppure concepirsi una fattispecie giuridica, la quale sia o ambisca a essere radicalmente orba della razionalità, ovvero una forma di determinazione umana della volontà (umana) soggettiva, la quale non risponda alle più profonde e radicate indigenze della ragione: nel primo caso come nel secondo, infatti, non ci troveremo a essere né nell'ambito del giuridico, né nell'ambito della umana determinazione del volere, ma saremo nell'ambito del mero arbitrio e del mero potere che si-fa effettivo e che effettivamente si-(auto-)impone *de facto* (come si ritiene – peraltro infondatamente – possa accadere in seno ai contesti [α-]dommatico-[de-]concettuali della c.d. sovranità<sup>204</sup>). Il diritto, però... è davvero un'altra cosa! Singolare caratteristica, invero, è nel soggetto-persona: quella di potere agire anche in modo non coerente col proprio statuto ontologico, ciò significa che nel soggetto-persona alberga la peculiarità di potere «essere» effettivamente, in modo diverso rispetto al dato oggettivo-naturale del proprio «dovere-essere» reale e quindi il nostro discorso vuole osservare che nel soggetto-persona alberga la peculiarità di potere comportarsi anche in modo non confacente e consoni alla propria natura umano-razionale: il *subiectum agens*, infatti, in

---

<sup>203</sup> *Contra* le note e discutibili – a nostro avviso – tesi di Emanuele Mounier, il quale punto sostiene che la persona “non apprende se stessa che già situata e comunicata in quest’inserzione originale. Essa non si deve immaginare a guisa di un contenuto, di un’entità astratta, non si definisce; ma sorge, si espone e affronta. Non è sostanza data dietro ai fenomeni, un retro-mondo, ma un’esistenza creatrice [*recte*, auto-creatrice (nda)] dentro e mediante il fenomeno” (MOUNIER, *Che cos’è il personalismo?*, Torino, Einaudi, 1975, pagg. 62-63) talché “l’assoluto umano è la totalità della storia dell’uomo” (*Ivi*, pag. 43).

<sup>204</sup> Rimandiamo – *si vis* – alle nostre brevi riflessioni sul «dogma» positivistico della sovranità, il quale trova la più radicale smentita nella realtà contingente dell’esperienza e nella natura razionale dell’essere umano.

quanto essere umano *naturae rationalis individua substantia*, ha il potere – potere in senso proprio, si badi – di esercitare come «coscientemente ↔ responsabilmente» egli medesimo vuole il c.d. libero arbitrio di cui è *naturaliter* dotato. Vero è bene, infine, che il libero arbitrio infutura – se così possiamo dire – l’epifenomeno, concretamente fruibile da parte del soggetto *de quo*, dell’attitudine alla razionalità che è peculiare al suo stesso essere-in-sé, ond’egli può fruire ed effettivamente fruisce della libertà che «virtualmente» (cioè, *ut natura*) gli partiene, proprio potendo esercitare ed esercitando il *liberum arbitrium indifferentiae* e proprio potendo realizzare e realizzando (*in mundo*) le opzioni che contingentemente egli stesso auto-decide di realizzare... per sé. Ovviamente – questo dev’essere ben chiaro – la fruizione della sua stessa attitudine razionale e della sua stessa libertà umana, la quale avviene e non può che avvenire per mezzo dell’atto (*rectius*, degl’atti) di volontà realizzato mercé l’esercizio contingente del libero arbitrio, potrebbe sostanziarsi e si sostanzierebbe in un atto oggettivamente razionale, oggettivamente libero e oggettivamente umano (*ergo* confacente alla natura dell’*agens*) solamente nell’ipotesi in cui il libero arbitrio venisse esercitato in modo *in se* razionale, *in se* libero e *in se* umano, vale a dire... solamente nell’ipotesi in cui esso venisse esercitato conformemente alla *natura rationalis* del *subiectum rationalis*; all’opposto, invece, l’atto in parola, pur sempre nato per gemmazione dal libero arbitrio – per così dire – si sostanzierebbe in un atto di non-libertà, di non-razionalità e di non-umanità qualora il libero arbitrio stesso venisse esercitato irrazionalmente, disumanamente e non-liberamente, vale a dire, qualora esso venisse esercitato difformemente rispetto all’essenza ontologica dell’*agens* storico. La libertà umana, invero, come la razionalità e come la stessa umanità, rappresentano condizioni ontologicamente naturali del soggetto, ma non costituiscono necessariamente il «carattere» contingentemente (e ineludibilmente) attuale della sua condotta, talché il soggetto, libero per



natura, razionale per natura, umano per natura, è e può essere (*recte*, è e può comportarsi in modo) libero, umano e razionale, nell'effettività della sua storia personale, siccome è o può essere (*recte*, è e può comportarsi in come un essere) schivo, disumano e irrazionale e ciò... proprio ed essenzialmente in virtù del suo stesso consapevole contingente modo di comportarsi (comportamento o contegno storico-fattuale), *id est* in virtù dei suoi stessi atti di auto-determinazione del proprio libero arbitrio e del proprio *velle*. In forza del c.d. libero arbitrio, infatti, è e resta prerogativa indisponibile (!) e insurrogabile (!) del *subiectum agens* (*compos sui*) quella di porre in atto una condotta umana, quindi una condotta coerente colla sua stessa natura, ovvero quella di porre in essere una condotta disumana, quindi una condotta incoerente col suo stesso statuto ontologico; ne deriva – come noi riteniamo sia ognora evidente – che l'esercizio del «potere fattuale» promanante dal e facente capo al libero arbitrio possa sostanziarsi tanto nell'estrinsecazione d'una fattispecie giuridica (di diritto *in se*), come accadrebbe nel primo caso ipotizzato, quanto nell'estrinsecazione d'una fattispecie antiggiuridica (di *iniuria* in sé), come accadrebbe, *au contraire*, nel secondo e questo – si badi bene – sempre e necessariamente sulla base di una auto-decisione (*recte*, di una scelta/opzione) del soggetto cui è fattualmente dato il potere – ma non anche il diritto – di fare consapevolmente ciò che egli vuole (effettivamente) fare, ancorché la di lui volontà sia oggettivamente illegittima (*id est*, ancorché lui voglia ciò che egli stesso non dovrebbe volere, perché sarebbe *in se* illegittimo e contrario alla sua stessa natura di uomo volerlo). Insomma: è il soggetto che consapevolmente auto-decide di auto-determinare la propria condotta, secondo la propria volontà (necessariamente consapevole), verso ciò che è giuridico, perché è giuridico-in-sé, ovvero verso ciò che è antiggiuridico, perché è antiggiuridico-in-sé, come a dire, infine, che l'essere giuridico o antiggiuridico dell'opzione contingentemente esercitata dal soggetto *de quo* non dipende né dalla

opzione stessa, né dalla volontà o dall'intenzione (mutuando dalle istituzioni di Diritto civile potremmo dire i motivi) dell'*agens*, ma dipende essenzialmente ed esclusivamente dalla oggettiva natura di essa e del suo essere-in-sé. Ciò che dipende, invece, dall'agente storico e ciò che a lui solo fa capo – si badi bene – è la «mera» decisione di attuare o meno l'opzione *in se* giuridica o *in se* antigiuridica, *ergo*... ciò che da lui dipende è «solamente» quella che potremmo chiamare auto-decisione o, meglio, possibilità di auto-decisione intorno a una data potenzialità operativa, ove sia «contemplabile» così la possibilità/facoltà dell'azione/condotta giusta (perché giuridicamente/moralmente/umanamente necessaria o perché giuridicamente possibile), come la possibilità/facoltà dell'azione/condotta ingiusta (perché giuridicamente/moralmente/umanamente vietata), talché sarà e dovrà necessariamente essere diritto subiettivo dell'*agens* fare ciò che è giusto fare e non sarà suo diritto, anzi gli sarà giuridicamente vietato, fare ciò che è ingiusto fare.<sup>205</sup>

Tutto il discorso che abbiamo testé presentato, riprendendo *le fil rouge* della nostra Trattazione, ha riguardo alla persona e si plasma, per così dire, sullo statuto ontologico di essa, dunque il παράδειγμα di riferimento è necessariamente rappresentato dal trinomio «attitudine alla razionalità/libertà *in se* → capacità razionale/libero arbitrio ↔ responsabilità», il quale trinomio – a nostro avviso – riesce a esprimere sinteticamente, ma «esaustivamente», quantomeno gl'assi cardinali della dimensione propria del soggetto-persona e ciò... nella ragione ontologica del suo essere (*naturaliter*) capo d'imputazione di situazioni giuridiche

---

<sup>205</sup> A questo punto resta del tutto evidente – a nostro avviso per lo meno – che intorno alla (macro-)questione *de qua* gravitano i presupposti archetipici dell'intera problematica concernente il diritto soggettivo e anche il c.d. diritto oggettivo, *sub specie* di problematica relativa a quello che propriamente dev'essere definito diritto «di → alla» autodeterminazione subiettiva della persona e ciò... imperocché se non può prescindersi dalla circostanza di fatto, la quale vede il soggetto *compos sui* sempre posto nella possibilità (di fatto) di *agere secundum ius* ovvero di *agere contra ius*, non può nemmeno prescindersi dalla circostanza logica che impone di non postulare una derivazione dello *ius* dalla volontà, in quanto volontà passionale, o dal potere in quanto potere contingentemente capace di affermarsi.

attive e passive (*id est*, nel suo essere ente dotato di c.d. capacità giuridica). Su di un piano radicalmente distinto, *viceversa*, si pongono tutti gl'altri esseri viventi e animati (gli animali, per intenderci) i quali, non essendo latori di una natura razionale e quindi non potendo essere dotati di libero arbitrio, non decidono mai in senso proprio, per sé e non estrinsecano mai una propria volontà autonoma e auto-determinata ( $\leftrightarrow$  responsabile). La estrema schematizzazione della «struttura base» che descrive l'essere animale, infatti, può compendiarsi nella definizione del binomio «natura istintuale  $\rightarrow$  condotta istintualmente attuata», onde non v'è e non vi può essere alcun «filtro», *sub specie* di decisione volontaria e consapevole intorno alla propria condotta, che si frapponga tra la dimensione ontologica dell'essere-in-sé dell'animale medesimo e la dimensione effettiva del suo stesso far-si storico, ovviamente nell'ambito d'una azione necessariamente comandata, all'animale che la realizza e che attraverso di essa si-realizza come *ens* di natura non-razionale, dal di lui istinto (che lo «anima» *ut natura*) e quindi non affatto deliberata *ex voluntate* da esso. Gl'animali, infatti, sono sempre come debbono essere *ut natura*, eppertanto essi determinano sempre sé medesimi e la di loro essenza attraverso le loro contingenti «condotte»; la condotta dell'animale, quindi, non è e non può mai essere (qualificata) buona o malvagia, siccome l'animale stesso non è e non può mai essere (qualificato/giudicato) buono o malvagio: vero è bene che l'animale e la sua condotta, infine, sono sempre come essi debbono essere e nel loro essere contingentemente effettivo sono sempre caratterizzati dall'animalità loro propria, vale a dire... che l'animale, facendo quello che istintualmente fa, deve fare e non può non fare, pone in essere un «contegno» che è sempre e inevitabilmente coerente e confacente alla di lui natura animalesca (*rectius*, bestiale; *id est*, di bestia). Se questo è vero – come a noi pare che sia – non dovrebb'essere scorretto né illogico sostenere che gl'animali, pur determinando-si sempre per quello che essi

sono e pur potendo realizzare «condotte» tra le più disparate, non possono giammai auto-determinar-si in senso proprio, imperocché l'auto-determinazione *in se* richiede necessariamente una forma compiuta di autonomia «nella» e «della» decisione contingentemente affermantesi; pare del tutto evidente, infatti, che l'atto autonomo di auto-determinazione postuli, innanzitutto su di un piano logico-concettuale, un atto di capacità razionale/decisionale che partenga al soggetto agente, ciò non significa – si badi – che l'atto di auto-determinazione postuli necessariamente un atto qualificato dalla razionalità, a meno di intendere l'auto-determinazione in senso radicale/filosofico-puro come determinazione del sé-oggettivo e della propria essenza razionale, ma significa solamente che l'atto di auto-determinazione postula l'esercizio consapevole della facoltà intellettuale/morale di volere e di comprendere l'*in se* delle cose.<sup>206</sup> Ciò posto, ora, potremmo agevolmente considerare questo e cioè che gl'animali non sono *domini actionis*, vale a dire che potremmo considerare la radicale inattitudine degl'animali stessi a essere signori in senso proprio della di loro «condotta», onde la di loro «condotta» non è affatto imputabile alla di loro volontà (consapevole), non essendo, essi, capaci di volontà *in se* e potendo solamente agire nel modo in cui effettivamente agiscono *per* istinto. Gl'animali, infatti, proprio perché non hanno un'ontologica attitudine alla razionalità/libertà (*in se*), non possono conseguentemente «disporre» del libero arbitrio, eppertanto essi non possono disporre della possibilità di operare (ed *ex ante* di volere) consapevolmente opzioni le quali siano attribuibili a essi medesimi, in senso proprio, su di un piano psicologico. Il

---

<sup>206</sup> Per questa ragione, peraltro, possiamo osservare che nemmeno l'essere umano incapace perché privo della c.d. facoltà razionale, può veramente auto-determinarsi: l'incapace di intendere e di volere, infatti, potrà certo estrinsecare una data condotta e potrà certo desiderare determinate «cose», ma non potrà giammai porre in essere atti o manifestare opzioni, desiderii *et coetera* i quali siano coscientemente deliberati e coscientemente voluti da lui. Di talché... colui il quale versi in istato di effettiva incapacità di agire, perché effettivamente incapace di ragione, non potrà mai autodeterminarsi, propriamente parlando e ciò, proprio perché egli stesso si troverebbe nella incapacità di auto-determinare quella «propria volontà» della quale infatti non potrebbe fare esperienza.

cavallo, infine, per fare un esempio d'immediata percettibilità, non avendo attitudine razionale e non potendo fruire del libero arbitrio che punto non gli partiene, essendo un animale (*sub specie iuris* un oggetto), è sempre come egli deve essere, vale a dire che il cavallo *de quo*, come ogn'altra bestia, si comporta sempre in modo conforme alla propria natura equina, *id est* si comporta sempre e necessariamente da cavallo e ciò... sia quando traina il carro o l'aratro, sia quando frange la biada per nutrirsi, sia quando si accoppia ai fini della riproduzione (altri fini non gli partengono, peraltro), sia quando scalcia e in ipotesi ferisce lo stalliere mentre lo sta strigliando o il maniscalco mentre gli sta mantenendo le ferramenta; con un'espressione sintetica, dunque, potremmo dire che il cavallo, per restare nell'esempio, ma lo stesso può e deve dirsi per ogni altro animale, è sempre e necessariamente dominato dal proprio istinto (equino), in virtù del quale, infatti, egli pone in essere le proprie condotte contingenti. Al contrario, invece, l'essere umano può comportarsi umanamente, eppertanto può esercitare il proprio diritto di autodeterminazione, volendo operare e operando scelte giuridiche e lecite tra opzioni altrettanto giuridiche e lecite, ovvero ubbidendo a principii indisponibili/inderogabili del giure quando questi impongano determinati contengni fattuali, oppure... può comportarsi disumanamente, vale a dire in modo contrario alla propria natura, sì da violare il proprio diritto di autodeterminazione attraverso l'inadempimento dei doveri giuridici e morali che gli competono in quanto essere umano razionalmente capace (eventualmente, anche *sub specie* di abuso del proprio diritto, ove questo vi sia). Da quest'ultima riflessione, ora, a noi sembra che possa derivare un ulteriore elemento la cui considerazione giovi alla «sistemica» della più ampia trattazione in disamina: segnatamente parrebbe emerge, infatti, che il diritto di autodeterminazione in parola abbia – per così dire – due facce nell'ipotesi del suo esercizio e una sola in quello della sua violazione, per quanto... quest'ultima si presti a essere intesa sia <sup>a</sup> da un punto di vista

«interno», *id est* come abuso/violazione posto in essere da parte dello stesso titolare del diritto di cui trattasi, sia <sup>b</sup> da un punto di vista «esterno», *id est* come violazione *tout court* realizzata «contro» il titolare del diritto *de quo*, a opera di un terzo (talché la citata «unicità» della prospettiva d'analisi rileva solo nella prima fattispecie, come peraltro vedremo in appresso). Ebbene, quanto al primo aspetto relativo alla duplice forma dell'esercizio del diritto in parola – si badi – è presto detto che l'esercizio del diritto di/alla autodeterminazione s'infutura così <sup>a</sup> nella scelta giuridica e legittima operata tra più opzioni dello stesso valore assiologico (*facere* giuridico ovvero *non-facere/pati* altrettanto giuridico), come <sup>b</sup> nell'adempimento del dovere giuridico imperato da un precipuo principio di diritto, il quale imponga la propria ragione ineludibile nel caso concreto (*facere* giuridico ovvero *non-facere* antiggiuridico ~ *non-facere/pati* giuridico ovvero *facere/non-pati* antiggiuridico), *ergo*... può dirsi, con una battuta, ch'esso si presta a due forme di manifestazione parimenti espressive del suo stesso essere opzione intrinsecamente legittima e liberamente deliberata dal *subiectum agens*, può dirsi, cioè, ch'esso si presta a essere veduto sotto due diverse (non opposte, ma complementari) prospettive ugualmente idonee a integrarne i presupposti logico-concettuali: una prima, infatti, riguarda la possibilità dell'opzione comunque giuridica tra molte altrettanto giuridiche e una seconda concerne la possibilità dell'opzione giuridicamente necessaria, in luogo di opzioni a questa (assiologicamente) contrarie e *in se* illecite. Non si trascuri, invero, la circostanza in virtù della quale l'esercizio del diritto di autodeterminazione c'è ed è effettivo anche in questa seconda ipotesi, imperocché essa contempla, perfetti, entrambe i «formati concettuali» del diritto in parola, vale a dire che l'atto di adempimento d'un proprio dovere/obbligo giuridico invero in sé medesimo così il momento concettuale della scelta soggettiva, come quello, coessente e coessentemente necessario, della legittimità ontologico-giuridica di essa, dacché il soggetto adempiente il proprio dovere

sceglie legittimamente di fare ciò che è lecito (perché doveroso) fare nel caso concreto (avendo anche il potere [potere di mero fatto, è inteso] di fare diversamente, *id est* di esercitare diverse e illegittime opzioni). Per quanto riguarda, invece, l'aspetto relativo alla violazione del diritto di/alla autodeterminazione, tosto rileva che quest'ultima possa manifestarsi e si manifesti esclusivamente attraverso l'inosservanza di un precipuo dovere imperato dai principii del giure, imperocché il soggetto stesso viola il proprio diritto di autodeterminarsi – abusandone – sol quando e ogniquale volta egli venga meno (in quanto vi sia) al proprio oggettivo e puntuale dovere/obbligo di tenere, in un determinato contesto, una altrettanto determinata condotta (*facere, non-facere, pati*). In altri termini, allora, anche riprendendo aspetti di già esaminati, rileva che la persona esercita quello che è il proprio diritto alla autodeterminazione in tutte le circostanze nelle quali ella ponga in essere una condotta (*in se*) non giuridicamente illecita, vale a dire in tutte le circostanze fattuali in cui ella tenga un contegno oggettivamente (!) razionale e umano, eppertanto... un contegno coerente coi principii dell'umanità e della razionalità che ne definiscono lo statuto ontologico; un tanto, ovviamente – come detto – può verificarsi così allorquando il soggetto *de quo* concretizzi proprie decisioni, le quali non abbiano un immediato rilievo nell'ambito del c.d. *ius quo utimur* perché esse stesse non sono contingentemente imperate – siamo nel «campo» delle opzioni legittime tra opzioni parimenti legittime – come allorquando egli faccia ciò che, per lui (*id est*, in forza della sua concreta condizione, non certo in virtù di una sua opinione soggettiva), in una data condizione di tempo, di luogo *et coetera* è oggettivamente «necessario ↔ giusto» fare, dacché così è imposto dal principio<sup>207</sup> di/del diritto emergente

---

<sup>207</sup> Principio essendo – si badi bene – ciò che consente di leggere e di intendere l'esperienza in modo non contraddittorio; nell'ambito del giuridico, allora, potrà e dovrà definirsi, propriamente, «principio di diritto» solo (!) ciò che permette di comprendere l'esperienza giuridica senza che ne emergano contraddizioni. Non sono principii, infatti, le cc.dd. *rationes* o clausole generali – pur impropriamente chiamate principii generali – imperocché esse non

*ex ipso facto*. Passando, ora, al secondo profilo di analisi prima cennato, vale a dire al problema relativo alla violazione del diritto di cui trattasi, tosto rileva ch'essa effettivamente può compendiarsi in un'unica fattispecie concettuale solo (!) nell'ipotesi in cui venga letta «dal punto di vista» del titolare del diritto *de quo* – noi abbiamo parlato, in merito, di punto di vista interno – imperocché il titolare stesso del diritto di autodeterminazione lo viola, abusandone, sol quando egli medesimo eserciti un'opzione (traducentesi in una condotta omissiva o commissiva) illecita, avendo l'obbligo o il dovere (*in se*) giuridico di porre in essere un determinato, diverso contegno lecito; laddove quest'obbligo o questo dovere (*in se*) giuridico non vi fosse, infatti, qualunque opzione sarebbe un'opzione legittima, eppertanto... qualunque opzione esercitata inverrebbe in sé stessa l'esercizio del diritto di autodeterminazione dell'*agens* storico. Qualora, però, passando al secondo aspetto cennato, la violazione del diritto di autodeterminazione avesse da essere considerata sotto il profilo di quella che possiamo chiamare «violazione esterna» o «violazione interferente» – noi abbiamo parlato, prima, in merito, di un punto di vista esterno – vale a dire nell'ipotesi in cui il diritto *de quo* venisse leso da parte di un soggetto terzo rispetto al «suo» titolare, riviverebbe, per così dire, anche in questo caso, una duplicità di fattispecie, ovverosia rilevarebbe che il diritto in parola potrebb'essere violato (ovviamente da un terzo), sia <sup>a</sup> impedendo al titolare di esso di esercitare concretamente un'opzione legittima tra altre opzioni parimenti legittime, sia <sup>b</sup> impedendolo nell'esercizio del proprio diritto di

---

hanno ufficio di fornire filosoficamente una chiave di lettura coerente dell'esperienza, ma si limitano solamente a definire, in senso meramente ricognitivo-teorico, quelle che sono le opzioni «di fondo» assunte,  $\alpha$ -veritativamente e  $\alpha$ -criticamente, come presupposti (meramente) operativi per la costruzione di un sistema che sia o che pretenda di essere in sé coerente. Nell'Ordinamento giuridico ispirato ai e definito dai canoni del c.d. positivismo giuridico, invero, non vi possono essere, da un punto di vista (anti-)dommatico, veri e propri principii – salvo, poi, questi, emergere inevitabilmente per elementari indigenze di giustizia e di razionalità (*felix contradictio*) – ma vi possono solamente essere clausole generali o *rationes*, cui è precipuo ufficio quello di rappresentare i capisaldi (de-)concettuali dell'intera architettura (dis-)ordinamentale.



autodeterminarsi adempiendo quello che è, nel dato contesto operativo, un proprio dovere oggettivo e giuridicamente contingente. Alla luce di un tanto, allora, per epilogare i termini del nostro discorso è mestieri di rilevare come i vari momenti e i vari passaggi della nostra modesta riflessione cerchino di analizzare e di definire, nel suo significato più profondo, quello che è il *proprium* del diritto di autodeterminazione, sì da coglierne l'essenza – se ci è data licenza di usare quest'espressione – di «diritto πάλι-giuridico», vale a dire... di diritto che è concettualmente presupposto a ogn'altra fattispecie giuridico-soggettiva e che va oltre rispetto alle situazioni nelle quali sia pre-definibile e pre-determinabile, in guisa di diritto subiettivo, il contenuto fattuale di una data condotta. Se questo è vero, ora, potremmo agevolmente sostenere che l'esercizio, sotto il profilo della facoltà (prevista/prevedibile o non-prevista/non-prevedibile dallo *ius quo ūtīmur*), o l'adempimento, sotto il profilo del dovere/obbligo (previsto/prevedibile o non-previsto/non-prevedibile dallo *ius in civitate positum*), di ogni «opzione *in se* giuridica», altro non sono se non forme, *figurae* di esercizio *in concreto* del diritto di autodeterminazione facente capo al titolare di esse, in quanto soggetto che auto-decide di determinarsi *in rebus mundi et iuris* come «vuole ↔ può» o come «vuole ← deve». Allo stesso modo, allora, l'inadempimento di ogni obbligazione/dovere giuridico gravante in capo a un soggetto, da parte del soggetto medesimo, altro non è se non una forma di abuso e di violazione «interna» del proprio diritto di autodeterminarsi umanamente, giuridicamente, liberamente, razionalmente.

#### **7) Ancora sul problema della famiglia: essenza del vincolo e statuto teleologico-ontologico del rapporto.**

Tutto questo ampio e articolato *excursus* su quelli che potremmo chiamare i «meccanismi» dell'autodeterminazione giuridica – riprendendo

ora *le fil rouge* della nostra disamina – non va affatto a detrimento della «costruzione dommatica» che abbiamo proposto, proprio mettendo in correlazione il problema giuridico della persona che auto-decide per sé, con il concetto (in senso proprio) della famiglia ove i soggetti si-autodeterminano assieme e assieme esprimono sé medesimi, come coppia (*in se*) umana, in ragione d'un presupposto (*l'affectio coniugalis*) e in funzione d'un fine (l'essere famiglia in sé) i quali non sono e non possono mai essere convenzionalmente rimessi all'arbitrio degli stessi (nel loro essere *agentes* storici). Se è corretto dire, allora, che l'esercizio di un diritto – nel caso di specie, del diritto all'autodeterminazione familiare-personale dei *subiecti familiae* che compongono o che rivendicano di comporre il c.d. nucleo familiare *in se* considerato – postula necessariamente una forma di esplicazione effettiva del libero arbitrio (e del potere di renderlo concreto *in factis*), quale volontà subiettiva di esercitare il diritto stesso – nell'ambito dell'autodeterminazione familiare potremmo dire quale volontà effettiva del rapporto familiare *in se* – è parimenti necessario osservare che la natura del rapporto medesimo (*id est*, il suo essere, la sua causa e il suo fine) non dipende affatto dall'atto di volontà in parola o dalla condivisione di esso tra i soggetti «coinvolti»,<sup>208</sup> imperocché... *ex uno latere* il diritto esercitato, qualunque esso sia, non si riduce giammai (e non può giammai ridursi!)

---

<sup>208</sup> Vero è che “il valore che sta a fondamento dell'etica, cioè il bene e il valore che sta a fondamento del diritto, cioè la giustizia, hanno una struttura relazionale: dipendono dall'oggettività del rapporto e non dalla volontà soggettiva di chi del rapporto è parte” (D'AGOSTINO, *Introduzione ai lavori: paranoie della modernità*, in D'Agostino (a cura di), *Autodeterminazione. Un diritto di spessore costituzionale? Atti del Convegno nazionale dell'U.G.C.I. Pavia 5- 7 dicembre 2009 – Quaderni di Iustitia*, Milano, Giuffrè, 2012, pag. 6). Anche questo discorso è corretto e coglie nel segno – come si dice – tuttavia occorre considerare che il diritto di autodeterminazione nell'ambito del rapporto, qualunque esso sia, non è dato dalla disponibilità di interessi meramente interni alla propria sfera di signoria, né dal mero limite geografico rappresentato dalla «presenza» dell'altro o dall'accordo coll'altro, ma è dato dalla giuridicità oggettiva della condotta che attraverso il rapporto e nel rapporto si appalesa; di talché parrebbe risultare un po' ambigua l'affermazione in forza della quale “siamo liberi di autodeterminarci esclusivamente quando sono in gioco nostri interessi e purché questi siano strettamente autoreferenziali: altrimenti la determinazione dell'uno deve mediarsi con quella dell'altro secondo una legge universale di libertà (per usare l'espressione kantiana)” (*Ibidem*).

alla/nella fattuale concretizzazione del libero arbitrio ed *ex alio* non ogni occasione di esercizio di quest'ultimo dà di per sé luogo all'esercizio d'un diritto subiettivo inteso in senso proprio (come, peraltro, già dicemmo nei primi cimenti di questa Trattazione). Sotto il primo profilo, infatti, rileva che l'esercizio di un diritto (di qualsivoglia diritto) presuppone, oltre al «libero arbitrio» che contingentemente infutura l'opzione consapevole e la sua concreta affermazione sul piano espertivo della *facultas operata in actu*, la «libertà» ontologicamente propria dell'opzione stessa (*sub specie* di libertà-in-sé dell'atto umano), la quale sia epifenomeno concreto della libertà ontologicamente propria dell'*agens*: quest'ultimo, infatti, può auto-determinar-si in senso proprio come soggetto, esercitando il diritto che gli partiene *ut natura*, solamente attraverso (in/con/per) una condotta autenticamente libera, vale a dire che il soggetto-in-sé può auto-determinar-si e si-autodetermina in senso giuridico, umano e razionale, solamente affermando una volontà che gli sia propria sul piano ontologico (e non solo su quello psicologico), *id est...* solamente attraverso (in/con/per) un atto – potremmo dire – di *libertas minor*, il quale sia in sé (necessariamente) partecipativo della *libertas maior* agostinianamente intesa e ciò – si badi bene – segnatamente in virtù del fatto che il soggetto stesso è «libero ↔ razionale» per essenza, vale a dire in virtù del fatto che il soggetto stesso è ontologicamente libero in quanto soggetto-essere umano dotato di attitudine alla ragione e di effettiva capacità di raziocinio. Se questo è vero, allora, deve tosto osservarsi che il *subiectum iuris* di cui stiamo trattando non potrebbe certo auto-determinar-si e auto-determinare-sé, in quanto soggetto libero e libero-per-natura, attraverso un atto il quale non sia ontologicamente caratterizzato dall'essere in sé libero, il quale non sia, cioè, ontologicamente caratterizzato dal principio oggettivo della libertà/razionalità/umanità/giuridicità che punto partiene, *ut natura*, all'autore-soggetto (*recte*, al soggetto-autore) di esso; come a dire, dunque,

che la natura dell'atto posto in essere dal soggetto deve rispecchiare, partecipandola, la natura del soggetto medesimo, solo così, infatti, l'atto contingentemente posto in essere dal *subiectum agens* gli è e può essergli proprio da un punto di vista teoretico e morale. Attenzione: non si tratta, quivi, di una attribuzione psicologica data dalla consapevolezza dell'atto da parte del suo autore e quindi non si tratta della imputabilità dell'atto, giusta le facoltà intellettuali dell'*agens*, ma si tratta di una attribuzione ontologica, data dalla conformità dell'essere dell'atto alla natura dell'autore, sotto il profilo della umanità o della disumanità dell'atto conseguente alla scelta/opzione consapevolmente operata dal «suo» soggetto. Qualora, infatti, riprendendo il discorso, l'atto voluto e realizzato dal soggetto non fosse libero-in-sé, *id est* giuridico-in-sé, razionale-in-sé, umano-in-sé, morale-in-sé, l'*agens* stesso determinerebbe non già il proprio essere persona *naturae rationalis individua substantia*, ma «solamente» la propria volontà autentica e in questo caso assiologicamente disumana, immorale, antiggiuridica, non-libera: la libertà dell'*agens* storico che rileva in seno alla dommatica del diritto di autodeterminazione e che deve riflettersi – se così possiamo dire – nel suo atto e nella sua condotta, infatti, proprio per essere libertà giuridica e non negativa (ergo, virtualmente aperta anche all'*iniuria*, a seconda della contingente volizione dell'*agens*), è e dev'essere intesa in guisa di libertà umana e razionale (ergo, giuridica) di fare quello ch'egli intende fare, perché egli medesimo può o deve farlo secondo ragione, secondo umanità e secondo diritto. Vale a dire, allora, che l'esercizio del diritto soggettivo – il quale è sempre e necessariamente *παρόντων* (dell'esercizio) del diritto di autodeterminazione – presuppone, oltre all'opzione (*facultas*), la legittimità sostanziale e oggettiva (non relativ[-istic]-o-passionale) di essa, nel suo proprio essere *facultas... moralis*, per l'appunto; di talché può essere ed effettivamente è diritto soggettivo di ciascheduno, nell'ottica dell'autodeterminazione giuridico-soggettiva della persona (umana), solo e

solamente l'esercizio da parte di quest'ultima d'una opzione legittima (*id est*, libera, umana, giuridica e razionale) tra opzioni altrettanto legittime (*id est*, altrettanto libere, umane, giuridiche e razionali), ovvero dell'unica opzione legittima, in alternativa ad altre condotte in sé comunque illecite (quivi ci riferiamo all'adempimento dell'obbligo/dovre giuridicamente contingente *in factis*): pare del tutto evidente, infatti, *a contrario*, che chiunque esercitasse un'opzione «sbagliata», dacché illegittima su di un piano teoretico-giuridico-morale (ovviamente, *sub specie* di opzione non-libera, dis-umana, anti-giuridica e irrazionale), non eserciterebbe e non potrebbe affatto esercitare alcun diritto, né potrebbe rivendicarne per sé l'esercizio e ciò... pur inverando egli, nell'ipotesi di specie, col proprio contegno effettivo e colla propria ipotetica scelta/opzione antiggiuridica, una forma di estrinsecazione storico-fattuale del proprio libero arbitrio, *id est*... della propria *voluntas/voluptas* più autenticamente contingente nel senso heideggeriano dell'espressione (*recte*, dell'avverbio). Sotto un diverso ma correlato profilo, poi, tosto rileva che l'atto d'esercizio del *liberum arbitrium* (*indifferentiae*), in quanto tale, vale a dire... in quanto atto d'esercizio d'un *velle secundum voluntatem (hominis)*, ovverosia in quanto *velle* cosciente ma non necessariamente libero-in-sé (*id est*, non necessariamente umano, razionale, giuridico e morale), non può ritenersi alla stregua d'un atto sartrianamente fondativo del diritto di fare ciò che effettivamente e concretamente si fa o s'è fatto: un tanto, infatti, negherebbe *ex se* lo stesso principio logico, non solo del giure-in-sé, del diritto come principio, ma addirittura quello del diritto come regola nel significato più prossimo della regola in quanto comando regolativo-prescrittivo di una data condotta (umana): la regola, invero, se è regola (anche assurda), è regola, è criterio «per l'azione» (*id est*, in funzione dell'azione) e non può mai, *au contraire*, essere definita in virtù, in conseguenza dell'essere contingente dell'azione medesima (*id est*, la regola non può mai essere dipendente dall'azione che

essa stessa, invece, deve regolare). La regola in quanto regola, infatti, trova il proprio «ufficio logico» e la propria ragione d'essere segnatamente nella disciplina (anche assurda, illogica, antigiuridica, irrazionale *et coetera*: questo è un discorso diverso e ulteriore, ovviamente) d'una data fattispecie, non potendo, ovviamente, giammai dipendere dal contenuto fattuale dell'effettività contingente di essa, in quanto *quid* storicamente accaduto; come a dire, allora, che non è il fatto-che-si-fa o che è (stato) compiuto nella storia, a determinare e a definire la «propria» regola, ma è la regola-che-è *in se*, a determinare il parametro pel vaglio di conformità del fatto stesso alle *rationes*, quando non a principii, di essa. Vero è bene, infine, che se il fatto *de quo*, in quanto fatto, esprime la propria regola oggettiva (*ex ipso facto oritur ius*) – come effettivamente è vero che esprime – esso non l'esprime perché questa dipenda da quello, in guisa di mero *posterius* fattuale da accogliere per buono perché effettivo, ma piuttosto... il fatto esprime la propria regola perché, in quanto fatto, esso è suscettibile d'una valutazione giuridico-razionale sulla base degli obiettivi principii del giure, sicché il fatto in parola risulta oggettivamente latore di una verità ontologica, il cui essere resta un *prius* concettuale del tutto indisponibile e del tutto qualificabile secondo parametri che il fatto stesso – per così dire – invoca *per se* ma non pone. Di talché... noi diremo che un dato fatto (può trattarsi d'una condotta o d'un rapporto) è buono, se esso è in-sé buono, ovverosia se la sua natura è conforme ai principii del bene, i quali non dipendono dalla contingenza del fatto medesimo, né dalla circostanza che un dato fatto si sia effettivamente concretizzato *in rebus mundi* e diremo, invece, che un dato fatto (sia esso una condotta o un rapporto o altro) è non-buono, antigiuridico, se esso oggettivamente devia da quella che è la *recta ratio actionis humanae*, pur essendo stato realizzato e voluto dal suo autore storico e magari pur essendo stato realizzato – come dicono i semplici – con le migliori intenzioni. Insomma – schiarendo il concetto e tornando al punto archimedeo della

questione in disamina – non può ritenersi che il diritto di porre in essere una data condotta derivi dal fatto che la condotta in questione sia stata posta in essere, a opera di un determinato soggetto, con coscienza e volontà, vale a dire... nell'esercizio responsabile del suo proprio libero arbitrio, imperocché ciò negherebbe, innanzitutto da un punto di vista logico, la stessa *ratio essendi* della regola e del suo concetto, anzi... ciò negherebbe radicalmente la stessa dignità logica e la stessa legittimità morale di una qualsivoglia valutazione sul fatto stesso: se il criterio alla luce del quale il fatto dev'essere giudicato, invero, è definito ed è determinato dalla medesima contingenza del fatto *de quo* e dalla mera volontà autopoietica del suo autore, l'essere contingente del fatto andrebbe  $\alpha$ -criticamente accolto come tale o, se si vuole usare le categorie della giuridicità, in questo caso peraltro impropriamente, andrebbe accolto (non qualificato, si badi) come giuridico-perché-effettivo; il fatto stesso, quindi, potrebbe tutt'al più, su di un piano meramente teorico (vale a dire su di un piano relativo alla mera teoria e non dunque su di un piano speculativo-ontologico-filosofico), rappresentare una sorta di parametro per un eventuale giudizio successivo e relativo a fatti «minori» di esso... Intendiamoci: il discorso non è affatto peregrino o astruso, senza entrare troppo nella disamina di un problema diverso, infatti, possiamo osservare come ciò che abbiamo appena delineato altro non descrive se non la struttura (anti-)politico-(anti-)giuridica teorizzata nell'ambito della (anti-)dommatica relativa al c.d. potere sovrano dello Stato moderno. È presto detto, infatti, che giusta i criteri operativi della sovranità, la legge *lato sensu* intesa, come ogn'altro atto del Sovrano, altro non è che un fatto effettivamente realizzato in forza della c.d. volontà e del potere sovrani, il quale si pone in guisa di fonte del diritto per tutto l'Ordinamento che esso stesso concorre a formare e quindi si pone automaticamente (e immotivatamente, sul piano logico, teoretico, morale *et coetera*) al di fuori da ogni possibile vaglio, pretendendo, *au contraire*, di rappresentare e di

essere, in quanto *positum*, «il» solo e unico criterio pel giudizio relativo a ogn'altra fattispecie, la cui contingenza dipenda, ovviamente, da un potere sottomesso (perché meno forte sul piano pratico) a quello sovrano-statale. A nostro avviso, però, epilogando in parte il discorso, pare assolutamente vero il contrario: infatti è proprio la giuridicità in sé dell'atto a legittimare il soggetto al compimento di esso, *sub specie* di legittimazione umana, giuridica, razionale e libera, del soggetto in parola, all'esercizio del suo stesso diritto subiettivo di fare ciò che è legittimo fare (dato oggettivo), se crede di farlo (dato soggettivo ↔ esercizio del libero arbitrio) o se deve farlo perché così impongono esigenze di giustizia (obbligo oggettivo → scelta soggettiva ↔ giuridicità dell'opzione). Lasciamo al Lettore ogni considerazione, peraltro ultronea rispetto ai fini di questo Lavoro, sulle conseguenze che quest'ultima affermazione dovrebbe comportare in ordine alla (sovra-)struttura dello Stato (assiologicamente) moderno...

Chiariti almeno in parte questi aspetti, ora – tornando *in medias res*, come si dice – dovrebb'essere vieppiù «giustificato» presso il nostro Lettore, quantomeno sotto il profilo della logica coerenza nel e del discorso, che il riferimento teleologico-ontologico (!) e non grettamente passionale all'*affectio coniugalis*, quale causa oggettiva e remota, o, per dire meglio, oggettivamente remota della famiglia *in se*, non potrà mai essere propriamente utilizzato o invocato (a sproposito) per qualificare un «presupposto (geometrico-)volontaristico» purchessia, arbitrariamente posto dai *subiecti agentes* a fondamento, a motivo dell'esercizio del loro mero potere di unirsi e di condividere una qualche esperienza personale, giusta le (mere) prerogative del proprio libero arbitrio, né potrà postularsi, per tutta conseguenza, che la citata *affectio coniugalis*, nel suo essere oggettiva causa del vincolo familiare, abbia a rappresentare una categoria  $\alpha$ -giuridica priva di contenuto, atta a legittimare sempre e comunque, i soggetti *de quibus*, sotto il profilo dell'esercizio del «loro» diritto volitivo all'auto-



determinazione contingente d'un *velle ad unionem* arbitrario, infatti... qualora essi pretendessero di essere e di essere riconosciuti come famiglia, pur non essendo la causa della loro unione riconducibile al παράδειγμα oggettivo (!) e reale (!) della citata *affectio coniugalis*, essi stessi rivendicherebbero per sé, assurdamente e disumanamente, non già la libertà di esercitare il diritto subiettivo all'autodeterminazione (umana, giuridica, libera, razionale, morale) nell'ambito c.d. familiare, ma piuttosto – come appena paventato – essi rivendicherebbero per sé medesimi (assurdamente e anti-/α-giuridicamente) il «diritto volitivo» di ottenere la qualificazione (simil-)giuridica di famiglia(/coppia-umana), ad appannaggio di ciò che famiglia non è e non potrebb'essere... giusta la deficienza strutturale del fondamento obiettivo di essa. Vale a dire, allora, che laddove abbia a verificarsi un'ipotetica dimensione collettiva di unione personale *inter homines* e laddove abbia, questa, a essere vissuta *more uxorio* dai componenti di essa, la mera volontà e il mero desiderio heideggerianamente autentici (pur coscienti e pur consapevoli) di «essere famiglia» e di unirsi nel/col vincolo dell'*affectio coniugalis*, proprii di chi effettivamente dà luogo all'unione in parola con un atto di arbitraria estrinsecazione del proprio libero arbitrio, non è e non può affatto essere bastevole a soddisfare il requisito logico, ontologico, razionale, morale e giuridico proprio dell'essere-in-sé, del *quia* oggettivo del vincolo familiare in quanto tale: la mera volizione storica consapevole e condivisa, infatti, non basta a qualificare la *ratio unionis* in guisa di *affectio coniugalis*, eppertanto essa non basta a qualificare l'unione *de qua* in guisa di famiglia-in-sé, giusta il suo principio (oggettivo e non disponibile, per definizione). Qualora più soggetti, invero, siano essi due, tre, cinque... il numero non importa, dello stesso genere o di genere diverso, decidessero di vivere in comune *more uxorio* e di «essere» una famiglia, *rectius*... di strutturarsi a immagine di una famiglia in sé, rivendicando per sé stessi lo *status familiae* pur non essendo e

pur non potendo essere una famiglia, in quanto la «causa» del loro vincolo alberghi in una opzione purchessia (si può ipotizzare che la «causa» sia rappresentata dalla ricerca perversa d'un piacere fisico immorale, oppure ch'essa sia rappresentata dal perseguimento d'una utilità economica o altro), costoro darebbero luogo a una condizione la quale, ancorché possa obiettivamente verificarsi sul piano della mera effettività storica (si pensi agli *harem* dei maomettani o ai consorzii tra persone che praticano la sodomia *et coetera*), non potrebbe assolutamente dare luogo alla realtà familiare propriamente detta in senso ontologico, giuridico, umano e morale e ciò, proprio perché le condizioni collettive *de quibus* difetterebbero *ex se* e *ab origine* del loro più peculiare e specifico carattere fondativo, vale a dire ch'esse difetterebbero in termini assolutamente oggettivi del presupposto qualificante-in-sè, definito nella e dalla *affectio coniugalis*, cui è, invero, esclusivo ufficio di fondare l'essere della famiglia umana, in quanto «dimensione collettiva» di due soggetti, liberamente voluta dai componenti di essa, ma in virtù di un principio familiare, il quale non dipende dai soggetti medesimi e il quale non è assolutamente rimesso o rimettibile alla di loro disponibilità. Vero è bene, infine, che il fondamento dell'*affectio coniugalis* è definibile alla stregua d'un legame umano – attenzione (!) – sì propulso da un sentimento (puro e nobile) e financo da una passione, ma non riducendosi in esso, dato il carattere fondativo di una realtà ontologica, quale è la famiglia umana, proprio della stessa (*affectio coniugalis*), talché si potrebbe correttamente dire che il sentimento e la passione *de quibus*, per essere veramente propulsivi della citata *affectio coniugalis* e quindi per essere eziologicamente causativi della realtà familiare *in se*, hanno da essere qualificati e qualificabili in guisa di sentimento e di passione *in se* umani, *id est* hanno da essere aggettivati e aggettivabili, *in se*, dal requisito ontologico della umanità, *ergo...* della libertà (ontologica), della razionalità (ontologica), della moralità (ontologica) e della giuridicità (ontologica)

assiologicamente coerenti alla/colla natura dei soggetti stessi che si uniscono e che compongono la famiglia e assiologicamente coerenti colla natura stessa della famiglia in sé. Se questo è vero – si badi bene – la citata  *affectio coniugalis* non potrà, correlativamente, nemmeno essere o essere intesa in guisa di fonte di obbligazioni le quali non le competono e le quali non promanano oggettivamente da essa: l' *affectio coniugalis*, infatti, non si compendia in una attribuzione  *ex post*, in una aggettivazione successiva e automatica, cioè, della causa del vincolo di coppia, giusta un procedimento di sussunzione, ovverosia di «geometria a ritroso», ma si sostanzia nello stesso  *quia* ontologico e oggettivo del vincolo familiare-umano, quindi... essa si sostanzia nell'essere principio in sé (αρχή) della famiglia la quale, in virtù di siffatto carattere ontologico, è famiglia umana, è famiglia-in-sé e non è qualche cosa di diverso. Di talché... il contenuto dell' *affectio coniugalis* ( *id est*, che cosa essa sia) non è rimesso né rimettibile all'arbitraria decisione dei soggetti storici che si-autodeterminano nel vincolo di coppia, ma resta tutt'affatto oggettivo nel suo proprio essere-in-sé e quindi la sua integrazione concreta  *in casibus* è condizione di sussistenza del presupposto ontologico-giuridico pel/del diritto subiettivo dei soggetti di autodeterminarsi liberamente in guisa di famiglia umana e nell'ambito di siffatta realtà giuridica (si badi: abbiamo detto «realtà giuridica», non mera effettività contingente). Allo stesso modo, peraltro – lo osserviamo  *en passant* – il contenuto dell' *affectio coniugalis* non è nemmeno definito o definibile sulla base del dato positivistico-normativo, imperocché nemmeno il sovrano (che non esiste  *in rebus humanis*, peraltro) può effettivamente definire «famiglia» ciò che «famiglia» non è: sembrerebbe del tutto chiaro, infatti, che il sovrano non sia il δημιουργός platonico, cui è dato di plasmare le cose imprimendo in esse la di loro natura, anche perché – a nostro avviso – questa «figura» non appartiene al mondo degli umani. Al limite – se così possiamo dire – il potere effettivo di chi pretendesse d'imporsi  *per* norma e

di chi pretendesse d'essere conseguentemente titolare d'una *potestas* (*condendi leges* sovrana) ideologicamente (e assurdamente e illogicamente) idonea alla fondazione del diritto, avrà modo di affermarsi *de facto*, financo sovvertendo l'ordine delle cose, eppertanto financo creando *ex nihilo* un arbitrario e inesistente modello di famiglia convenzionale, ma questo... questo è un discorso diverso, il quale, col diritto – come direbbero i semplici – non ha nulla a che vedere e nemmeno ha qualche cosa a che vedere colla famiglia in sé quale realtà ontologica: si può prescrivere, infatti, per norma, che anche un insieme di soggetti il cui scopo sia quello di massimizzare i profitti nell'ambito di una determinata attività economica abbia a essere famiglia e abbia a essere disciplinato come tale, prevedendo – a titolo d'esempio – la figura del padre, o, se si preferisce, del primo genitore, in chi svolge determinate funzioni, quella della madre o, se si preferisce, quella del secondo genitore, in chi ne svolge altre, quella del figlio in soggetti ancora diversi *et coetera*, colle varie conseguenze, a titolo d'esempio, anche in ambito successorio e avanti di questo passo, ma... altro è parlare di che cosa possa fare il potere che s'impone in quanto effettivo e altro è parlare di ciò che è nella realtà del diritto in sé. *Intelligentibus pauca*... Un tanto, allora, riprendendo il discorso, vuole significare che la qualificazione della causa di un rapporto «umano» (*id est*, tra esseri umani) in guisa di *affectio coniugalis* fondativa e causativa della famiglia, su di un piano oggettivo, non dipende – questo è il punto archimedeo del passaggio logico in analisi – dalla volontà dei soggetti e/o dal modo in cui essi stessi intendono passionalmente il loro legame, ma dipende dalla «sussumibilità» della fattispecie concreta entro gl'estremi logico-concettuali della realtà ontologica oggettivamente causativa e fondativa *in se* del vincolo di coppia (*id est*, del vincolo familiare), vale a dire che l'essere del rapporto effettivo, per dare luogo a una famiglia in sé, deve rispettare in principii del dovere-essere reale proprio dello statuto ontologico della famiglia stessa in quanto

famiglia umana. Invero – si badi bene – lo «essere» (*in se*) del presupposto in parola non è sentimentale o passionale, anche se il sentimento e la passione, ovviamente, giuocano un ruolo di non poco momento nella dinamica e anche nella cinetica, probabilmente, del rapporto di cui trattasi, ma è... *πάν*-razionale, nel senso ch'esso è e dev'essere razionalmente e logicamente ordinato secondo i principii dell'ontologia, *lato sensu* intesa, propria della realtà familiare in quanto tale e non, quindi, in quanto unione purchessia, «voluta» perché «voluta assolutamente» (*id est*, senza alcun legame oggettivo) e autenticamente (in senso heideggeriano), senza alcun criterio o a prescindere da qualsivoglia criterio e senza alcuna fondazione morale, razionale, umana, libera e giuridica o a prescindere da essa. Potremmo dire, allora, con riguardo alla citata *affectio coniugalis* – quasi con una *boutade* – che vi dev'essere, in essa, un ordine nel sentimento, ovverosia che il «sentimento» (*rectius*, l'aspetto sentimentale della causa medesima) in parola dev'essere ordinato e anzi... teoreticamente-razionalmente ordinato, affinché la causa stessa del vincolo di coppia non abbia a rappresentare una mera propensione psicologico-passionale del soggetto, giuridicamente irrilevante (anche se sindacabile, comunque, sotto un profilo morale, etico, educativo *et coetera*), ma abbia a rappresentare e rappresenti, invece, la di lui tensione o propensione all'esercizio *in se* del diritto (*in se*) di autodeterminazione in ambito familiare, quindi... del diritto subiettivo di determinazione giuridica, libera, razionale e umana della propria volontà legittima, *id est*... della propria volontà giuridica, libera, razionale e umana di costituire «il» nucleo essenziale e fondamentale della società e dello Stato, secondo (il trionomio indissolubile) ragione, diritto e natura. Altro, ovviamente, tutt'altro (!) è un qualsivoglia consorzio umano la cui causa e il cui statuto ontologico non siano quelli proprii della famiglia: dalla società di persone alla realtà associativa, dal legame amicale all'associazione per delinquere, infatti, si dipana una coorte di contesti nei

quali vi sono più soggetti che compartecipano dei medesimi interessi e che svolgono in comune le attività da essi stessi ritenute meritevoli di essere svolte, pei fini che essi stessi si-sono, di volta in volta auto-assegnati, ovviamente, senza che tutto questo possa dare luogo ad alcun fenomeno familiare e ciò... rimanendo nell'ambito del giuridicamente lecito, nell'ambito del giuridicamente illecito o nell'ambito del giuridicamente riconosciuto, a seconda dei casi. Vero è, infatti, che la associazione per delinquere è illecita, la società di persone, oltre a essere lecita, è riconosciuta dal diritto ed è latrice di una foggia giuridica tutt'affatto disciplinata dalla Legge, mentre il vincolo amicale *lato sensu* inteso (o il c.d. fidanzamento non ufficializzato nella promessa di matrimonio *et coetera*), pur non incontrando limiti *in rebus iuris*, non può nemmeno dirsi meritevole d'un inquadramento specifico entro una realtà disciplinata, tutelata e garantita dallo *ius*: ciò, peraltro, è del tutto ovvio, imperocché il vincolo in parola, come ogn'altra «relazione umana» che non sia familiare *in se* o contrattuale, risulta ed è del tutto inidonea a rappresentare un *quid* di giuridicamente fondativo con riguardo a una realtà veramente giuridica, ovvero di giuridicamente obbligatorio, con riguardo alla posizione dei soggetti che danno luogo alla realtà medesima. Un tanto precisato – ritornando al tema della nostra Analisi – l'*affectio coniugalis* in parola, lungi dall'essere nulla più che un sentimento passionale, o un interesse giuridicamente irrilevante, nella sua oggettività logico-concettuale e nel suo proprio ordine ontologico, che è quello della famiglia in sé, si obbiettiva proprio attraverso l'atto di volontà razionale invariantsi nell'autodeterminazione subiettiva dei coniugi medesimi, attraverso il «loro» vincolo razionalmente fondativo della «loro» famiglia. *Ad abundantiam* ribadiamo che tutto – *esse* naturale del vincolo (*affectio coniugalis*) ed *esse* naturale della coppia/famiglia (virtuale apertura/tensione al fenomeno procreativo e genitoriale) – concorre a definire lo statuto ontologico della famiglia *in se*, nel suo significato

teoretico più proprio, dacché essa non è «solo» coppia virtualmente aperta alla procreazione e non è «solo» vincolo di due soggetti nell'ordine della coppia umana, ma è, in un tempo, vincolo formativo/causativo della coppia e coppia qualificante il vincolo medesimo e qualificantesi per esso... torneremo sul tema nel prosieguo della Trattazione. A questo punto delle argomentazioni proposte, ora, crediamo sia giuocoforza osservare che il compendio obbligatorio vicendevolmente gravante in capo ai coniugi abbia ad afferire al *proprium* del loro vincolo, oltrecché, conseguentemente, al *proprium* della famiglia cui il vincolo medesimo ha dato e dà vita, come a dire... che le obbligazioni *de quibus* trovano la loro «fonte remota» nell'*affectio coniugalis* che ha dato origine al vincolo familiare e trovano, nel contempo (e *pro futuro*), la loro «fonte prossima» nell'essere attuale e ontologicamente indissolubile della famiglia stessa, *ergo*... crediamo sia logico e coerente in sé che le obbligazioni «dei» coniugi, «tra» i coniugi, abbiano da essere considerate indipendentemente, o, per meglio dire, al di là rispetto alle obbligazioni che gravano o che possono gravare in capo a essi, verso soggetti terzi (si pensi alla posizione del concepito, ché è quella di maggiore rilevanza), proprio in forza della virtuale apertura alla procreazione umana che caratterizza lo statuto ontologico della famiglia *de qua*. Ne deriva – a nostro avviso, almeno – che l'indigenza di tutela dei «terzi», non possa sovvertire, ovvero modificare l'ordine intrinseco al vincolo familiare e al rapporto familiare oggettivamente fondato sull'*affectio coniugalis* e quindi sul libero, incondizionato e vicendevole dono-di-sé dei coniugi medesimi, vero è bene, infatti, che l'*affectio coniugalis* – come detto – che è la razionale e obiettiva cagione della coppia umana in sé e quindi essa è la «causa remota» delle obbligazioni vicendevolmente gravanti in capo ai (due: un uomo e una donna) componenti la stessa. Che il rapporto/vincolo in parola, poi, abbia a essere considerato «volontario», nel senso in cui esso fu effettivamente e fattualmente voluto dai soggetti *de*

*quibus*, non solo in ossequio a una di loro volontà (umana, non assoluta), ma addirittura nell'esercizio del di loro diritto subiettivo (inteso come *facultas moralis*) di autodeterminarsi in/per esso, è vero ed è vero – si badi – proprio perché è nella natura delle cose che l'unione (*in se* umana) di due persone, in guisa di coppia umano-familiare, abbia a trovare cagione nella reciproca volontà dei soggetti medesimi di unirsi umanamente,<sup>209</sup> ma ciò non significa affatto – ed ecco il punto archimedeo – che l'essere delle obbligazioni derivanti dal rapporto in parola, o che il rapporto in parola medesimo, abbiano a dipendere o possano dipendere dalla concreta, attuale e autentica *voluntas/voluptas* dei soggetti stessi di essere o di non essere contingentemente obbligati (*id est*, obbligati nell'*hic et nunc* del momento obbligatorio, quale momento dell'adempimento dell'obbligazione), né significa – si badi ancora – che gli stessi obblighi reciproci tra i componenti la famiglia possano dipendere o dipendano, in sé, da una data «modalità» di esercizio dell'opzione operata *ab origine* dai soggetti *de quibus*, ovvero da una coorte di condizioni da essi stessi volontaristicamente (ed estemporaneamente) poste in seno al negozio *de quo*, vale a dire... che le obbligazioni in parola, non solo non possono dipendere dall'attuale desiderio dei soggetti in capo ai quali esse stesse debbono ricadere *ex se*, anzi... *ex ipso facto*, ma anche ch'esse non possono nemmeno dipendere (per ciò che concerne l'essere obiettivo-ontologico della famiglia, ovviamente) da una opzione purchessia, ancorché condivisa, espressa all'atto storico della concreta formazione della famiglia umana e all'atto storico della coessente assunzione oggettiva delle obbligazioni che ne derivano *ut natura*. In

---

<sup>209</sup> Vero è, infatti, che qualora i legami familiari fossero imposti *ex vi* (a esempio, per legge o in forza d'un provvedimento amministrativo legale, vale a dire, rispettoso della procedura prevista dalla norma a esso superiore sul piano gerarchico) da un potere effettivamente contingente, essi, pur potendo essere anche forieri del risultato procreativo, giammai potrebbero dare luogo a una famiglia in sé, impregiudicata, ovviamente, la coorte di obbligazioni comunque gravanti in capo ai genitori, verso gl'eventuali figli e ciò – si badi bene – proprio perché l'essere in sé del vincolo che deve legare, tra loro, i coniugi non è coincidente colla mera potenzialità procreativa o con la mera attitudine alla procreazione di essi, albergando, infatti, in quella che già chiamammo *affectio coniugalis*. Il testo, nel suo prosieguito, renderà ben conto della questione.



quest'ultimo caso, infatti, vale a dire nell'ipotesi in cui i soggetti deliberassero di accedere al vincolo familiare «a determinate condizioni»,<sup>210</sup> il vincolo stesso non avrebbe *ex funditus* ragione d'essere ritenuto sussistente e formato, tra di essi, giusta il principio familiare quale principio *in se* ordinatore (ed esclusivamente fondativo) del vincolo medesimo. Quelle che potremmo chiamare «riserve mentali» *lato sensu* intese, invero, altro non farebbero che destituire d'ogni fondamento il presupposto necessario per aversi coppia umana/famiglia-in-sé, rappresentato dall' *affectio coniugalis* quale movente oggettivo e razionalmente intelligibile (*ergo*, animato da una passione guidata e illuminata dall'intelletto) al dono incondizionato e incondizionabile di sé all'altro, pei fini naturali della famiglia da perseguire assieme (assieme nel vero senso della parola: non, quindi, meramente accanto), senza etero-condizioni e per tutta la vita. Di talché... le «riserve» o «condizioni» variamente ipotizzabili, pur consensualmente ponibili all'accordo di unione intersubiettiva (parlare di accordo familiare o di coppia sarebbe errato, dacché le condizioni medesime ne impedirebbero l'integrazione degli'estremi oggettivi) di cui trattasi, rappresenterebbero immediatamente un impedimento a considerare l'unione stessa in guisa di unione familiare in senso proprio: non potrebbe dirsi, infatti, che i soggetti *de quibus* (potremmo, forse, parlare di contraenti in senso proprio) convergano in un'unione personale nel principio dell' *affectio coniugalis*, inquantoché altro ne animerebbe il contingente desiderio di stare accanto (e non assieme) e ne determinerebbe il fine convenzionale del rapporto; nello stesso tempo – ovviamente – questo *quid* giustificativo-causativo del vincolo *de quo* impedirebbe l'essere, anche sotto forma di co-

---

<sup>210</sup> Le quali «condizioni» possono essere «di tempo» (per un determinato periodo), «di luogo» (solo fino a quanto vi sia la condivisione di determinati spazi), «di sentimento» (solo fino a quando entrambe partecipino del medesimo gusto personale e della medesima attrazione verso l'altro: si tratterebbe, quivi, di condizioni cc.dd. meramente potestative), «di opportunità» (solo se si verificano o solo se non si verificano determinate contingenze più o meno favorevoli/sfavorevoli) *et coetera*.

essere, della famiglia in quanto tale. Vero è, infatti, che il rapporto «integrato» (non creato *ex nihilo*, ovviamente) dai soggetti in parola tra di loro, giusta gl'effetti del vincolo che liberamente, umanamente e giuridicamente li unisce «nel» principio obiettivo dell'*affectio coniugalis* e del correlato *vinculum familiae*, siccome gl'effetti obbligatorii «prossimi», se così possiamo dire, proprii dell'unione familiare medesima, vale a dire proprii del rapporto di coniugio (in quanto tale), derivano non già da una volontà demiurgica o da più volontà convergenti, potenzialmente creatrici di volta in volta d'un *quid* rilevante nel/pel diritto e latore *secundum eventum voluntatis* di situazioni giuridiche attive e passive, ma derivano veramente dall'essere *in se* del vincolo, in quanto vincolo *in se* giuridico e segnatamente in quanto vincolo *in se* fondativo della (oggettività della) realtà familiare, la quale – si badi bene – è tale e si fa tale nell'effettività, se è tale *per* realtà, se è tale, cioè, in virtù della concreta integrazione *in factis* del suo stesso principio ontologico, onde... se essa è, il suo essere è e resta oggettivo e del tutto indisponibile da parte di chicchessia e se essa non-è – ovviamente – il suo non essere resta parimenti oggettivo e altrettanto «insuperabile» da parte qualsivoglia volizione contingentemente contraria. Vale a dire, allora, che l'essere oggettivo del rapporto familiare, come l'essere oggettivo degl'obblighi da esso *naturaliter* derivanti, essendo ognor sottratti alla «disponibilità funzionale» dei loro «protagonisti» (*recte*, dei loro soggetti), derivano dalla realtà e dall'effettività, in un tempo, del vincolo volontariamente e liberamente assunto *ab origine* (in quanto tale) dai soggetti che altrettanto volontariamente e liberamente hanno deliberato di dare luogo a una condizione giuridica *in se* e giuridicamente vincolante (per sé medesimi e non solo...), quale punto è la «loro» famiglia umana. Di talché, se la «causa remota» delle obbligazioni in parola trova la sua propria scaturigine «genetica» nella volontà dei soggetti di vincolarsi (*ad familiam*) e trova il suo proprio movente oggettivo-razionale nell'*affectio coniugalis*

spontanea e consapevole in essi, la loro «causa prossima» – ammesso che si possa usare questa espressione – alberga nell'effettiva contingenza dell'essere-in-sé del vincolo, eppertanto essa alberga nella natura oggettivo-razionale di esso, in quanto vincolo giuridico (*vinculum iuris*) che è e che resta *ex se* nell'effettività; onde... dal vincolo *de quo* e dai suoi oggettivi effetti non può giammai prescindersi, nemmeno in forza della comune volontà dei soggetti che lo compongono e che ne hanno dato origine (*quod factum est infectum fieri nequit*), qualora essi stessi desiderassero di non-essere obbligati secondo la natura del vincolo medesimo o, addirittura, qualora essi desiderassero di non-essere più quello che oggettivamente sono e debbono essere, giusta il vincolo stesso e giusta la sua realtà effettiva (*id est*, una famiglia umana). Insomma: se la genesi del vincolo familiare dipende necessariamente dal convergere di due volontà razionali e consapevoli, le quali tendano all'oggettività giuridico-morale della famiglia, la dimensione operativa di esso, sotto il profilo delle obbligazioni ch'esso stesso reca in capo ai coniugi (e non solo...), non può ritenersi parimenti dipendente da uno o più atti di volontà contingente e ciò, proprio in quanto gl'effetti del vincolo di cui trattasi non dipendono e non possono dipendere da alcuna volontà, ma dipendono esclusivamente ed essenzialmente dal vincolo stesso che è in quanto tale e che in quanto tale obbliga *ex se*. Ciò detto, allora, ben tosto ha da rilevarsi che ai soggetti in parola, se è dato di vincolarsi o meno, secondo la di loro volontà umana, libera, giuridica e razionale, autodeterminandosi, quindi, «nel» loro diritto di costituire una famiglia (*in se* umana), non è e non può affatto essere dato di decidere l'*an*, il *quantum* e il *quomodo* del rapporto *lato sensu* obbligatorio o di disporre *ad libitum* di esso e ciò... nel senso che non è e non può affatto essere dato ai soggetti in parola di decidere se, come e quando adempiere quelle obbligazioni le quali in capo a essi giuocoforza gravano e debbono gravare, proprio ed essenzialmente in virtù del rapporto cui loro medesimi hanno

dato causa esercitando il di loro diritto di (*rectius*, alla) autodeterminazione in tale senso.

Da tutta questa coorte di riflessioni e di osservazioni, ora, a nostro avviso deriva e consegue che la risposta intorno al «perché», intorno alla domanda sulla «causa», cioè, del legame familiare volontariamente (non volontaristicamente!) auto-determinato da parte dei coniugi tra di loro e per sé medesimi, pur essendo oggettivamente definita e definibile (*in parte qua*) sulla base della natura e del fine proprio della famiglia (in quanto il τέλος ontologico del vincolo in parola s'esprime nel compimento e nella realizzazione del significato essenziale della coppia umana [che è l'adempimento delle obbligazioni da essa derivanti]), è intrinsecamente completata – se così possiamo dire – da un *quid pluris* logico e ontologico individuabile nel «movente razionale» dell'unione stessa, individuabile nel movente razionale, cioè, che porta due soggetti ad auto-decidere di far-si famiglia in senso proprio e conseguentemente ad assumersene le obbligazioni relative. Vediamo un poco d'intenderci e di schiarire il punto, anche al fine di confutare, *per implicitum*, le tesi secondo le quali l'istituto giuridico della famiglia e quindi la dignità oggettiva di essa *in rebus iuris*, abbia solamente a rispondere alle necessità, più o meno contingenti ed operative, del sentimento romantico-passionale tra persone e abbia ragione di sussistere, di conseguenza, solamente in quanto e fino a quando siffatto sentimento vi sia, come se quest'ultimo ne fosse la causa (e la giustificazione) vera e propria. Ebbene, quello che abbiamo chiamato «movente razionale» dell'unione familiare e che potremmo definire anche come «causa remota» di essa, si sostanzia, come peraltro abbiamo già suggerito nel corso della Trattazione, piuttosto che in un mero impulso della passione o del desiderio più heideggerianamente autentici, in una propensione soggettiva dell'uomo e della donna al reciproco, mutuo, incondizionato e vicendevole dono di sé all'altro, quale tensione soggettiva

certamente carica di emozioni, ma necessariamente e inevitabilmente intelletta (e vissuta) e voluta, in termini razionali, da parte di entrambe i soggetti *de quibus* e ciò – per tutta evidenza – non già nell’ordine (*rectius*, del disordine) della passione fine a sé stessa (la quale, peraltro, escluderebbe *ex se* il dono e tutto ridurrebbe all’uso e all’abuso del corpo proprio e altrui), del desiderio in quanto tale, del piacere *et coetera*, ma nell’ordine *in se* del sentimento umano e dell’auto-decisione umana, responsabile, libera e giuridica in vista della «fondazione» d’una realtà familiare (*in se*), quale realtà altrettanto umana, responsabile, libera e giuridica eppertanto... foriera di obbligazioni (*ex se* naturali). Ecco: in questo si compendia l’essere oggettivo di quella che noi abbiamo voluto chiamare *affectio coniugalis*, quale propulsione dell’uomo, ancorché pregna di sentimenti, purtuttavia ontologicamente caratterizzata dal fatto di essere razionale e razionalmente ordinata secondo la verità (obiettiva) e secondo la realtà (obiettiva) della famiglia umana in quanto tale. Ciò detto, allora, da un punto di vista concettuale e solo per ragioni di chiarezza espositiva ben può «scindersi» l’analisi della causa dell’unione familiare, dall’analisi della natura dell’unione stessa, per quanto sia e debba restare ben chiaro – lo ribadiamo *ad abundantiam* – che ha necessariamente da esservi (e che vi è, ovviamente) un’ontologica coesistenza di entrambe, tale per cui non può mai darsi «causa dell’unione», senza l’essere oggettivo e reale dell’unione medesima e non può mai darsi «unione in sé (umana)», senza causa altrettanto oggettiva e reale di essa. Di talché è mestieri di osservare che la causa dell’unione in quanto *affectio coniugalis*, si completa e si definisce compiutamente solo attraverso la enucleazione concettuale dello statuto ontologico della famiglia, la quale rappresenta, invero, il «prodotto» per così dire del vincolo di cui la stessa *affectio coniugalis* è cagione oggettiva, allo stesso modo, poi, sotto un diverso ma connesso profilo di analisi, rileva che la stessa *affectio coniugalis* ha ufficio di svolgere una «funzione

specificativa» rispetto alla compiuta definizione dell'essere ontologico della famiglia stessa e ciò, proprio nel senso che essa concorre alla precipua qualificazione del suo *proprium*, vale a dire che essa concorre alla precipua giustificazione del suo essere consorzio umano, liberamente voluto dai soggetti che lo compongono, in forza di una opzione razionale, libera e legittima ove s'invera l'esercizio del di loro diritto all'autodeterminazione in ambito personale-familiare. Il discorso – si badi bene – è più semplice e più lineare di quanto potrebbe *ictu oculi* parere, imperocché, come abbiamo detto, la natura del vincolo familiare e la natura della famiglia possono e debbono essere analizzate distintamente solo (!) per ragioni di indagine speculativa e solo per rendere la Trattazione del tema di più agevole lettura, per quanto debba tenersi sempre ben presente che entrambe concorrono a dire, *in unum*, che cosa sia e che cosa debba essere la famiglia umana nella sua unitarietà logica, ontologica e concettuale; vero è, infatti, che non c'è vincolo familiare (nell'ordine dell'*affectio coniugalis*) senza famiglia e che non c'è famiglia senza vincolo familiare, onde non può darsi un *quia* del vincolo di coppia e quindi non può darsi un *quia* dell'*affectio coniugalis*, senza ch'esso dipenda in parte dal e in parte concorra a definire il *proprium* della famiglia in quanto realtà oggettiva e non può darsi statuto ontologico della famiglia, senza che esso dipenda in parte da e in parte concorra a definire la causa del vincolo tra i coniugi... ciò non toglie, ovviamente, che la natura della famiglia e il perché ontologico-giuridico del legame umano tra il marito e la moglie abbiano le vedute specificità e che, per esse, si qualifichino ciascheduno nel suo *proprium* ed entrambe nell'ordine della unitarietà ontologico-strutturale della famiglia umana in quanto tale. Dire, dunque, che l'*affectio coniugalis* definisce e qualifica l'essere-in-sé del vincolo di coniugio, eppertanto dire ch'essa ne definisce e ne qualifica la causa (o il *proprium* causale), dopo avere detto quale sia il fine proprio della famiglia umana, significa dire che in esso, inteso, dunque, alla stregua del

*quia* dell'unione in parola, alberga già la ragione remota (!) della naturale tensione dei coniugi verso l'adempimento delle obbligazioni proprie del vincolo familiare e significa anche dire che l'essere-in-sé della famiglia, oltre ad avere la qualificazione ontologico-teleologica detta (*id est*, la virtuale apertura/tensione al fenomeno procreativo e alla cura della eventuale prole) si compenetra dello scopo di rendere ragione del *quia* razionale, proprio del vincolo che a essa porta e che effettivamente invero *in se* l'esercizio del diritto di autodeterminazione della persona in ambito familiare. Detto questo... un *caveat* per evitare equivoci forse non nuoce all'economia del Lavoro. Quando noi distinguiamo, infatti, lo statuto ontologico della famiglia in sé, rispetto alla causa del vincolo familiare, non vogliamo assolutamente porre la questione su di un piano grettamente cronologico (prima/dopo) o eminentemente logico (causa/effetto), come se la causa del vincolo familiare stesso rappresentasse un mero *prius* rispetto alla natura della famiglia ch'esso effettivamente determina *in rebus hominis et iuris* e come se quest'ultima costituisse un mero *posterius* fattuale rispetto al primo (*causa* → *causatus*). No! Un siffatto *mos argumentandi*, invero, rappresenterebbe un grave errore teoretico: la questione *de qua*, infatti, va impostata da un punto di vista ontologico, non cronologico o (squisitamente) logico e sotto quest'ottica πάν- filosofica – se così possiamo dire – essa dev'essere colta, enucleata e intesa, imperocché, come più volte già abbiamo segnalato, i due «elementi» di cui trattasi (causa del vincolo familiare e natura di esso) non rappresentano qualche cosa di autonomo e di indipendente l'uno dall'altro – o di «dipendente» sotto il mero profilo della causa e dell'effetto – ma si compenetrano l'un l'altro e l'un l'altro si esplicano, in una dimensione giuocoforza coessente e coessenziale, nel (e pel) concetto di famiglia umana oggettivamente intesa e nel(/pel) legame altrettanto umano ch'essa impone (!) ai coniugi e che essa determina tra di loro obbligandoli a essere quello che essi obiettivamente sono in realtà,

quindi... obbligandoli ad adempiere i loro proprii doveri (sub specie di obbligazioni naturali, perché *ut natura*) i quali sussistono oggettivamente sul piano del giure e s'impongono in capo ai soggetti *de quibus* proprio in virtù d'una legittima, razionale, libera e giuridica opzione (scelta, *sub specie* di esercizio del loro diritto di auto-determinazione in ambito familiare/personale) operata *in unum* da essi medesimi. Vero è bene, infatti, che così come il vincolo familiare è e deve essere «in funzione» della famiglia, quindi esso è e deve essere in funzione della stessa dimensione teleologico-ontologica di essa, quale è, propriamente, la tensione e l'apertura al concepimento (e all'adempimento delle obbligazioni che ne derivano) – da un tanto non può prescindersi, è del tutto evidente – allo stesso modo l'essere in sé della famiglia è e dev'essere non solo causalmente determinato *ab origine*, ma ontologicamente compenetrato nel suo essere contingente della causa oggettiva che rappresenta il *quia* del legame tra i coniugi, la quale causa, come detto, è proprio definita dalla citata *affectio coniugal*is cui compete di legare, anzi... che effettivamente lega, il marito alla moglie e questa a quello per tutta la loro vita indipendentemente da ogn'altro aspetto... come è, invero, nell'essenza del matrimonio in quanto matrimonio. Ne deriva, allora, che l'*affectio coniugal*is si aggettiva e si qualifica in virtù della sua propria funzione causativa del vincolo familiare e che il vincolo familiare medesimo si permea, nella sua stessa struttura ontologica, oltrecché del fine procreativo suo proprio, anche e coessentemente del «sentimento» naturalmente affettivo-familiare-maritale proprio del c.d. legame o vincolo coniugale, quale sentimento – si badi – non (solo) passionale e autentico in senso heideggeriano, ma (soprattutto) razionale e in-sé-umano ed è proprio (in/per) questa razionalità strutturale che il «sentimento» in parola si fa ed è, nel suo essere *causa familiae*, fonte obiettiva d'un vincolo giuridico... sì da assumere e da avere *in se* – si badi bene – una coloritura giuridico-morale-razionale, tale da renderlo



obiettivamente capace di fondare un qualche cosa di rilevante e di vincolante *sub specie iuris*, come punto è la famiglia umana fondata *naturaliter* sul matrimonio. Da un tanto deriva, allora, su di un piano logico e concettuale in un tempo – attenzione – che il sentimento in parola non è e non può giammai essere inteso in termini puramente o eminentemente passionali, ma esso deve essere colto, *au contraire*, per la sua obbiettivazione razionale e giuridica *in se*, come a dire, dunque, che il sentimento di affetto che causa il vincolo matrimoniale e che informa il significato agatologico-ontologico dell'essere della famiglia, deve umanamente afferire alla dimensione del *velle secundum tenorem (humanae) rationis...* e quindi esso deve razionalmente afferire alla dimensione del *velle* proteso alla realizzazione concreta d'una realtà familiare, in quanto realtà-in-sé, oggettivamente sottratta, nel suo essere, alla disponibilità dell'arbitrio individuale (*recte*, individualistico). Ne consegue, allora, che l' *affectio coniugalis* in parola deve afferire, pur partecipando di sentimenti anche profondi e radicati, alla «dimensione» o, per meglio dire, alla disciplina della volontà razionale e consapevole (*rectius*, consapevolmente razionale) propria del soggetto in quanto tale: solo in questo caso, infatti e solo così intesa, essa può oggettivamente rappresentare una fonte *ex se* di diritti, di doveri e di responsabilità, i quali, per tutta conseguenza, non si esauriscono e giammai potrebbero esaurirsi nell'*hic et nunc* dell'estrinsecazione pratico-contingente della volontà stessa (del *volutum*), ma si perpetuano – se possiamo usare questa espressione – «nello» e «con lo» essere *in rebus hominis (et iuris)* proprio dell'atto volontariamente/scientemente realizzato da parte del *subiectum agens* e delle sue oggettive «conseguenze», onde... il soggetto *de quo*, da un lato ne deve rispondere secondo natura e diritto e dall'altro deve (per tutta conseguenza) accettare, come essente-in-sé e indisponibile, la condizione (e/o lo *status*) che la di lui opzione libera comporta per sé, *sub specie iuris et in iure*. Di talché – si badi bene – se è vero che l'impulso

remotissimo o il motivo più intimo, il quale porta due persone ad avvertire la «necessità» di autodeterminare sé medesime nell'ambito di un vincolo familiare e quindi nell'ambito di un vincolo giuridico obbiettivantesi nell'*affectio coniugalis*, può anche albergare *in interiore hominis* e cioè può anche albergare nell'affetto, nella passione, nel sentimento *et coetera*, è altrettanto vero sia <sup>a</sup> che tale propensione volitiva è e dev'essere umana in senso assiologico, *ergo* libera, morale, giuridica e razionale, sia <sup>b</sup> che essa dev'essere informata alla natura, all'essere in sé proprio di ciò a cui tende e di ciò a cui dà o vuole dare luogo, ond'essa deve essere informata al «principio della famiglia» e alla sua dimensione teleologico-ontologica: qualora dovesse mancare anche uno solo di questi due «elementi concettuali e costitutivi», infatti, la realtà della famiglia e del vincolo familiare non potrebbero dirsi integrate, imperocché o ne difetterebbe la causa dell'*affectio coniugalis* e allora il vincolo virtualmente aperto alla procreazione altro non sarebbe se non un mezzo per la realizzazione d'una volontà capricciosa e contingente, quale potrebb'essere l'assoluta tensione alla c.d. genitorialità *extra-familiare* (l'esempio della c.d. maternità surrogata o del c.d. utero in affitto è emblematico), o difetterebbe l'elemento teleologicamente-ontologicamente caratterizzante il *proprium familiae* rappresentato dalla virtuale apertura di essa al concepimento e alla cura umana della prole e allora... il vincolo affettivo, eventualmente sussistente tra soggetti, perderebbe ragione e valore giuridici sotto il profilo della causalità fondativa della famiglia e si ridurrebbe, di conseguenza, a un legame, se non irrazionale/immorale, comunque privo di rilievo *in rebus iuris* e segnatamente *in rebus familiae*... Insomma: se vi fosse «unione» (vicinanza geografica, non convivenza in sé umana) di due persone finalizzata alla procreazione, senza che tra di esse vi sia il legame dell'*affectio coniugalis*, l'unione stessa non sarebbe e non potrebbe affatto essere famiglia in senso proprio, riducendosi, essa, a uno o a una pluralità di rapporti strumentali a un

fine convenzionalmente (ed estemporaneamente) eletto dai soggetti coinvolti, in guisa di reciproco e vicendevole uso del proprio e dell'altrui corpo per un obiettivo purchessia; al contrario, se vi fosse un sentimento e una disposizione d'animo tale per cui una pluralità (due, tre, quattro...) di soggetti intendessero costituire *inter se* un legame simil-familiare, ma non vi fosse, tra di essi, il presupposto oggettivo affinché possa aversi una famiglia umana, rappresentato dalla virtuale apertura del rapporto *de quo* alla procreazione (il caso delle cc.dd. coppie omosessuali è emblematico), il legame in parola, non solo non potrebbe giammai essere fondativo di un vincolo familiare *in se*, ma non potrebbe nemmeno dare luogo a un *quid* di giuridicamente rilevante, salvo che esso avesse i presupposti per potersi «tradurre» – ma questo è un discorso diverso, evidentemente – in una fattispecie contrattuale tipica o atipica (la quale, però, non potrebbe fondarsi sul dono reciproco di sé all'altro e nemmeno sull'uso strumentale dei propri corpi, ma dovrebbe avere un'idoneità teleologica finalizzata alla realizzazione “di interessi meritevoli di tutela” [ex art. 1322 co. II c.c.], nonché una «causa» apprezzabile sul piano economico [ex art. 1321 c.c.]).

I concetti sono sottili – ce ne rendiamo conto – e la loro disamina, come la loro comprensione, non sono così immediate anche perché il nostro tempo (*en dépit de nous-mêmes...*) ci ha abituati alla banalizzazione sistematica di ogni cosa e alla accettazione acritica e irrazionale di ogni dato dell'esperienza effettiva, tuttavia... abbiamo l'ardimento (intellettuale) di credere che un esempio, forse, possa schiarire i termini della questione presso il nostro paziente Lettore. Ebbene, il *proprium* della famiglia umana è rappresentato dall'attitudine alla procreazione e alla cura della prole, lo abbiamo già detto più volte e quivi lo confermiamo, ciò, però, è sufficiente a dire quale sia la causa del vincolo in parola? *Ictu oculi* si potrebbe essere tentati a dare una risposta affermativa sulla base di un ragionamento semplicistico, giusta il quale potrebbe dirsi che se la famiglia è in virtù della

procreazione umana, anche il vincolo familiare è e dev'essere in virtù di essa; ora... che il vincolo familiare sia «anche» in virtù di essa (*id est*, in virtù del fine naturale della famiglia), è vero ed è financo scontato, ma la domanda, adesso, è questa: esso è «solo» in virtù di essa? È solo quella la sua (sola) causa? Il suo *proprium*? La sua essenza? Ponendo la questione in siffatti termini, allora... a noi parrebbe che una risposta certamente negativa e prudentemente negativa non debba sembrare così peregrina, tant'è che, ragionando *a contrario*, qualora s'indagasse la causa *de qua* facendola derivare, quasi geometricamente, dalla definizione (pur giusta e ontologicamente fondata) testé fatta palese con riguardo al *proprium* della famiglia, si dovrebbe coerentemente dire che anche l'*harem* costituito da un poligamo (in ipotesi potrebb'essere un maomettano) rappresenti e sia un fenomeno familiare in senso proprio, si dovrebbe coerentemente dire, cioè, che anche l'*harem* costituito dal Turco debba essere considerato in guisa di famiglia umana (gravitante attorno all'asse concettuale dell'*affectio coniugalis*) e ciò, dacché la «funzione» di esso è pur sempre quella di tendere, sia pure in forme perverse e sia pure sulla base di un'edonistica (e unilaterale) ricerca della soddisfazione di brame e libidini tra le più deplorande, alla procreazione e alla cura *lato sensu* intesa della prole. Provocatoriamente, allora, sulla base di una siffatta (assurda) concatenazione di definizioni, dovremmo addirittura dire che il citato *harem* inveri il senso della famiglia in modo ancora più netto e àmpio rispetto alla c.d. famiglia (naturale) monogamica, vale a dire... rispetto all'unica forma di famiglia che possa (invece) essere razionalmente, giuridicamente, liberamente, umanamente e moralmente intesa. Non solo: andando ancora più in profondità nella disamina del problema e portando ancora più all'estremo il paradosso, noi potremmo financo dire che i «matrimonii» (non matrimonii non sono, ma *corruptio nuptiae*) i quali costituiscono gli *harem* e ne danno luogo, in forza di una mutua e convergente volizione dell'uomo e delle

donne di realizzarli per loro stessi e di esserne parte, altro non farebbero che estrinsecare nel modo più ampio possibile il diritto di autodeterminazione in ambito familiare proprio dei soggetti *de quibus* e ciò, ovviamente, senza ledere affatto l'ontologia del vincolo familiare e della famiglia in sé, anzi... realizzandola nel più compiuto e «pieno» dei modi possibili. Ovviamente tutto questo è assurdo, ma non è assurdo – si badi bene – per ideologia o per fideismo (così a un credo che professi la monogamia, come a un Ordinamento giuridico che persegua la poligamia alla stregua di un reato [si vedano gli artt. 556 e ss c.p. ], magari per mere ragioni di c.d. ordine pubblico), quanto piuttosto è assurdo perché nello statuto ontologico della famiglia *in se* non vi è solo l'elemento propriamente caratterizzante la realtà familiare su di un piano teleologico (apertura alla procreazione), ma vi rientra *pleno iure*, potremmo dire, anche l'elemento propriamente caratterizzante la natura del vincolo che unisce l'uomo alla donna e questa a quello, nella sua causa più intrinsecamente oggettiva e fondativa della famiglia stessa (*affectio coniugalis*). Vale a dire, allora, che nell'ontologia della famiglia rientra anche e con un «ruolo» di primario rilievo, quella che potremmo chiamare la «ragione» oggettiva del vincolo familiare, *id est* la ragione oggettiva (razionale, reale, non passionale) dell'esser-ci effettivamente, con riguardo all'unione dell'uomo e della donna nel reciproco impegno del matrimonio quale... *coniunctio maris et feminae consortium omnis vitae*. Ebbene, come è del tutto evidente, siffatta *causa familiae* in altro non può rivenirsi, se non nella realtà dell'*affectio coniugalis*, la quale si riverbera sull'*in se* della famiglia stessa in guisa di causa remota di essa, eppertanto in guisa di elemento concorrente alla compiuta definizione del di lei statuto ontologico. Ciò... allo stesso modo in cui – come prima vedemmo, peraltro – l'*affectio coniugalis* partecipa e non può non partecipare, nel suo essere-in-sé, in una corrispondenza biunivoca di co-implicazioni reciproche, della natura e del fine della famiglia alla cui

costituzione essa tende *naturaliter* e fuori dalla quale essa non avrebbe alcuna possibilità nemmeno d'essere ipotizzata. Un tanto è del tutto chiaro – si badi bene – proprio perché l'essere-in-sé della famiglia non alberga nella procreazione e nella cura della prole *tout court*, intese, cioè, in senso teleologico-strumentale, tale per cui, laddove la procreazione non abbia a verificarsi, possa o addirittura debba venire meno la famiglia medesima e laddove questa, invece, abbia a verificarsi, ci sia famiglia *ex se*, al di là di ogn'altro aspetto, ma ha da essere inteso in senso teleologico-ontologico *in unum* colle ragioni (remote) del vincolo personale dei coniugi. Di talché, come abbiamo già detto, il *proprium* della famiglia alberga essenzialmente in un principio il quale dev'essere colto in entrambe le sue sfaccettature, vale a dire che il *proprium* della famiglia dev'essere colto <sup>a</sup> nella virtuale (non necessariamente nella attuale!) apertura, nella virtuale tensione di essa alla procreazione, si verifichi o non si verifichi concretamente l'evento procreativo (cui la famiglia, in quanto tale, è e dev'essere aperta) e <sup>b</sup> nel coessente/coessenziale contesto dell'unione indissolubile dei coniugi e tra i coniugi, in adempimento, da parte di entrambe, delle reciproche obbligazioni naturali conseguenti al vicendevole dono-di-sé che essi stessi si fanno l'un l'altro, umanamente, razionalmente, liberamente e giuridicamente, assumendosi le responsabilità del e nel legame matrimoniale. Riprendendo il paradosso di prima, allora, tosto rileva che *l'harem* del Turco maomettano non è e non può affatto qualificarsi in guisa di famiglia umana non perché in esso difetti l'attitudine alla procreazione e alla cura (magari dis-umana) della prole, ma proprio in quanto esso è del tutto orbo della causa fondativa del vincolo familiare *in se*: nella dimensione poligamica, infatti, non può cogliersi alcun aspetto dell'*affectio coniugalis* la quale proprio non c'è e non può esservi, presupponendo, questa, il dono totale, incondizionato e incondizionabile di sé all'altro, nell'ordine dell'assunzione libera, razionale, umana, giuridica e morale di obbligazioni (naturali) da adempiere per tutta la

vita e senza la possibilità ch'esse possano variamente ripartirsi tra una pluralità, più o meno indefinita, di soggetti (attivi o passivi, indifferentemente) o essere disattese secondo diritto, ragione, morale, libertà, umanità e giustizia. La digressione è stata ampia – ce ne rendiamo conto – tuttavia essa ha forse giovato a mettere in luce una questione nodale pel problema affrontato e pel più ampio tema oggetto dell'intero Lavoro: si tratta, infatti, in particolare, di comprendere che l'esercizio del diritto di autodeterminazione in ambito familiare-personale (ma questo è un esempio, forse il principale, di certo non l'unico) postula necessariamente, innanzitutto da un punto di vista logico, un oggettivo e (in sé) giuridico concetto di (persona e di) famiglia, onde il diritto proprio dei soggetti (che ne siano obiettivamente titolari) di costituirla *in rebus humanis*, non possa e non debba – pena una *petitio principii* – essere inteso in guisa di diritto volitivo a crearne una *secundum eventum voluntatis*, vale a dire che il concetto giuridico-teoretico di famiglia impedisce anche solo di ipotizzare un «diritto senza contenuto» affinché ogni opinione di famiglia e ogni opzione di famiglia contingentemente realizzata sia accolta, tutelata e disciplinata (*recte*, recepita) dall'Ordinamento in guisa di fenomeno della famiglia propriamente intesa. Un tanto, infatti, postulerebbe <sup>a</sup> da un punto di vista ontologico, l'inesistenza della famiglia quale realtà in sé, <sup>b</sup> da un punto di vista logico, l'impossibilità di dire in termini generali e astratti che cosa essa sia e che cosa essa debba essere (difetterebbe, insomma, la premessa maggiore dell'eventuale sillogismo) e <sup>c</sup> da un punto di vista normativo, il vuoto assoluto o, meglio, l'assolutezza del vuoto che prelude a una «tutela» e a un accoglimento indiscriminato e indiscriminabile, ma oggettivamente discriminatorio, di ogni manifestazione di c.d. libertà negativa, la quale abbia ad auto-definirsi come autentica manifestazione familiare. Insomma, rinunciando alla verità della famiglia e rinunciando, *in apicibus*, alla ricerca di essa, sul presupposto assurdo che non vi sia alcuna verità familiare

oggettiva e che la struttura della famiglia dipenda essenzialmente da una o da più opzioni variamente assunte (può trattarsi dell'opzione c.d. sovrana dello Stato, può trattarsi dell'opzione individuale del soggetto, può trattarsi dell'opzione collettiva e condivisa dai più in senso habermasiano *et coetera*), si perviene al più radicale nihilismo, onde dovrebbe propriamente rinunziarsi anche all'uso della parola famiglia in guisa di qualificazione reale di un dato dell'effettività: infatti... di famiglia non si dovrebbe proprio parlare,<sup>211</sup> perché essa sarebbe il «nulla» da un punto di vista logico, ontologico e giuridico, tutto si ridurrebbe, invero, alla dimensione volontaristicamente contingente di una unione *inter vivos* o di una pluralità di unioni, i cui componenti, reciprocamente sceltisi senza alcun criterio diverso dalla mera volontà (non quindi sulla base dell'*affectio coniugalis*) e nell'ordine di nessun fine diverso da quello arbitrariamente eletto nell'*hic et nunc* del momento relativo al *factum unionis* (non quindi nell'ordine della virtuale apertura alla procreazione), si considerino autoreferenzialmente e assolutamente in guisa di membri d'una unione-legittima in quanto auto-legittimantesi e «solo» convenzionalmente familiare, pur potendo, essi, ovviamente, anche considerarsi qualche cosa d'altro e pur non avvertendo, per sé medesimi, alcun vincolo indipendente dal proprio immediato volere attuale. Ciò detto, resta del tutto evidente che il problema non sia risolubile nemmeno postulando da un punto di vista logico, o prevedendo normativamente una *forma familiae* purchessia, ovvero una *forma familiae* così generica da non dire nulla intorno all'essere della famiglia e da riproporre, sia pure con una diversa veste, la citata «assolutezza del vuoto» ( $\alpha$ )-normativo, (im-)morale, (anti-)giuridico, (ir-)razionale *et coetera*: nel primo caso, infatti, altro non s'avrebbe che un arbitrio imposto per norma,

---

<sup>211</sup> La parola, infatti, “è fatta per esprimere ciò che è giovevole e ciò che è nocivo e, di conseguenza, il giusto e l'ingiusto: questo è, infatti, proprio [solo (nda)] dell'uomo rispetto agli altri animali, di avere egli solo, la percezione del bene e del male, del giusto e dell'ingiusto e degli altri valori” (ARISTOTELE, *Politica*, I, 1253 a).



mentre nel secondo si presenterebbe il più agevole viatico all'esercizio disumano della «libertà negativa» e dell'assoluta auto-determinazione del volere più contingente e autentico dei soggetti, i quali desiderino (contingentemente) di definirsi famiglia secondo il loro personale e soggettivo «modello» di famiglia, qualunque esso sia (abbia, esso, a oggetto l'unione tra poligami, tra sodomiti/omosessuali, tra uomini e animali *et coetera*, ovvero persegua il naturale fine procreativo, nell'ordine del vincolo matrimoniale [*in se*] causalmente giustificato dall'*affectio coniugalis* tra un uomo e una donna). Di talché, sia imponendo un modello simil-familiare *ex vi*, sia «riconoscendo» come famiglia ogni modello contingentemente realizzato *ex voluntate*, non potrebbe dirsi risolto e a rigore nemmeno affrontato, il problema intorno al «che cosa» della famiglia e segnatamente il problema relativo all'esercizio del diritto di autodeterminazione dei soggetti in ambito familiare. Il problema *de quo*, infatti, per essere risolto può essere affrontato solamente percorrendo la via teoretica, *id est* solamente percorrendo la via giuridica in seno proprio, vale a dire che il problema in parola, come ogn'altro problema che interessi il diritto e segnatamente il diritto soggettivo all'autodeterminazione della persona *in omnibus rebus (iuris)*, deve e può essere risolto solamente attraverso l'assunzione del concetto/principio (potremmo anche riferirci alla *ιδέα* platonica) giuridico in sé, in guisa di parametro pel vaglio della legittimità dell'opzione subiettiva; nel caso di specie, allora, il problema può essere risolto e addirittura evitato, solamente attraverso l'assunzione del concetto (in sé) giuridico di famiglia, in quanto famiglia *in se* umana e attraverso la conseguente disciplina normativa di essa secondo il suo stesso παράδειγμα naturale-oggettivo. In questo caso, infatti e solo in questo caso, si può veramente disporre di una *vis argumenti* atta a porre «fuori» dall'orbita della famiglia e dalle sue legittime guarentigie, tutto ciò che in essa non vi possa rientrare in termini razionali e logici. Solamente questo, infatti, consente non solo di superare,

ma proprio di evitare *ab origine* ogni forma di arbitrio e di discriminazione ingiustificata, imperocché il coglimento del principio, inteso come intelligenza di ciò che consente di leggere l'esperienza senza contraddizioni, permette e impone, in un tempo, di discernere ciò che è conforme al principio stesso, da ciò che devia da esso, nel caso di specie, allora, il coglimento del principio familiare *in se*, permette e impone, in un tempo, di discernere ciò che è famiglia, da ciò che famiglia non è, onde potere applicare a ciascheduna fattispecie la «sua» norma (intesa come *regula iuris*).

#### **8) Segue. Il figlio nato/concepito come soggetto (eventuale) della famiglia: le obbligazioni «dei» genitori.**

Riprendendo ora il discorso, anche con riguardo a quanto già diffusamente detto nelle pagine precedenti, tosto giova osservare che se non è l'atto procreativo in quanto atto-che-si-fa contingentemente, a definire il *proprium* della famiglia, ma è la mera «apertura/attitudine» della coppia alla procreazione, di conseguenza non è nemmeno la fertilità attualmente compresente in entrambe i coniugi, a rappresentare il significato ontologico e la ontologica condizione dell'essere *in se* del matrimonio,<sup>212</sup> né può ritenersi, ovviamente, che il figlio-nato esprima o possa esprimere *ex uno latere*, la ragione oggettiva dell'unione tra i coniugi stessi ed *ex alio*, l'oggetto di una loro rivendicazione sempre e comunque legittima e sempre e comunque giuridica, a prescindere da ogn'altra obiettiva condizione del marito e della moglie i quali, peraltro – si badi bene – tali sono e tali restano al di là della loro del tutto eventuale condizione di genitori, anzi... indipendentemente da essa. A volere essere davvero perspicui nell'analisi, a

---

<sup>212</sup> Basti considerare, a titolo d'esempio, l'Ordinamento giuridico Canonico e la disciplina della c.d. *impotentia generandi*. Cfr can. 1084 § 3 cod.dir.can.

questo punto, dovrebbe osservarsi che la condizione di genitori proprio non incide (determinandolo) e non può affatto incidere (determinandolo) sullo *status familiae* relativo all'uomo e alla donna in parola, vero è che due soggetti possono essere genitori, pur non essendo coniugi e che il vincolo di coniugio tra essi, colle obbligazioni che farebbe sorgere reciprocamente in capo agli stessi, non sussiste e non potrebbe certo sussistere *ex se*, pel «mero» fatto ch'essi medesimi abbiano procreato assieme: la procreazione, alfine, determina «solamente» il sorgere del vincolo genitoriale e la conseguente fondazione ontologica delle relative obbligazioni verso il (e – in ipotesi – anche dal) figlio,<sup>213</sup> ma non incide, per tutta evidenza, sul rapporto tra i genitori, il quale è e resta quello che esso è nella «sua» effettività senza subire «trasformazioni» per effetto dell'atto procreativo (e delle sue conseguenze), onde potrà trattarsi d'un rapporto naturale (libero, razionale, morale e giuridico) quale è quello matrimoniale, ovvero di un rapporto innaturale, quale potrebb'essere quello occasionale, quello di concubinato, quello di mero comodo *et similia*. Il *proprium* ontologico

---

<sup>213</sup> *Contra* le disposizioni *sub* art. 9 L. 40/2004 e – a livello giurisprudenziale – il consolidato orientamento della Corte di Cassazione, secondo il quale, ancora prima dell'entrata in vigore della citata Legge, la paternità avrebbe dovuto essere attribuita (non, dunque, riconosciuta) sulla base del consenso all'atto insemminativo, prestato dal marito eventualmente sterile, sicchè il nato avrebbe dovuto essere considerato figlio del marito consensiente e non del padre che, invece, lo ha generato e del quale porta lo statuto genetico (16 Marzo 1999, Suprema Corte di Cassazione, Sez. I, Civile, Sentenza № 2315). Vero è, alfine, che “la legge [il riferimento è alla L. 40/2004 (nda)] intende attribuire al nato uno stato certo: il bambino è figlio del marito (o del *partner*) che ha dato il suo consenso all'inseminazione della sua compagna [...] si tratta di una regola a garanzia dei diritti del nato” (FERRANDO, *La donazione dei gameti in prospettiva bioetica e nella Legge 40, alla luce delle recenti pronunce giurisprudenziali*, in BARENGHI (a cura di), *Procreazione assistita e tutela della persona*, Padova, C.E.D.A.M., 2011, pag. 25.). Noi non concordiamo con Gilda Ferrando, proprio perché la regola citata, a nostro avviso, non è posta a garanzia dei diritti del nato, ma è posta in violazione degli stessi, imperocché al nato, in questo caso, s'impedisce di avere per genitore il genitore suo proprio e quindi gli si impedisce, oltretutto di avere la sua famiglia e di vivere nel contesto di essa, di ricevere l'adempimento delle obbligazioni genitoriali da parte di colui il quale avrebbe il dovere e il diritto di adempierle verso di esso; la norma in questione, infatti, persegue come mero scopo quello di soddisfare, con una *fictio iuris*, il desiderio assoluto e autoreferenziale di genitorialità della coppia che ha ricorso alla c.d. fecondazione eterologa e ciò, proprio perché la norma in questione, lungi dal garantire il diritto del figlio, dà solo al compagno della donna che ha partorito il bambino in «diritto» (antigiuridico) di esserne il padre... pur non essendolo in realtà e attribuisce il «crisma formale» della genitorialità a due soggetti che, in quanto coppia, non l'hanno.

della famiglia, dunque, alberga non mai nel risultato procreativo concretamente/operativamente raggiunto, ma alberga, segnatamente, nella virtuale attitudine e nella virtuale apertura alla capacità procreativa, propria della coppia (umana) che i soggetti formano e che in/per essa loro stessi si auto-determinano (*id est*, esercitano il loro diritto di auto-determinar-si) in guisa di famiglia umana; allo stesso modo, allora, il *proprium* causale del vincolo formativo la famiglia *de qua*, non può essere colto nella «mera» tensione al concepimento «di» due soggetti o nella «mera» loro tensione alla genitorialità, eventualmente (e assurdamente) anche scissa dal concepimento, ma va colto – come *supra* veduto – in un *prius* logico, il quale è punto rappresentato dal sentimento di affetto, qualificato dal requisito obiettivo e razionale del principio familiare (*principium familiae* o, platonicamente, ἰδέα οἰκίας) – non a caso, infatti, abbiamo parlato di *affectio coniugalis* – cui è ufficio di legare l'uomo e la donna che si-vincolano l'uno all'altro umanamente, liberamente, razionalmente, giuridicamente e moralmente (*id est* in regime di famiglia-in-sé), per tutta la vita in virtù di un dono incondizionato e irrevocabile ch'essi stessi si-fanno *secundum tenorem rationis (familiae)*. Siccome, allora, la virtuale apertura alla procreazione propria dell'essere ontologico della famiglia, altro non significa – il passo è decisivo, si faccia attenzione – se non... che la famiglia ha da essere composta e non può che essere composta da un uomo e da una donna (in età adeguata: si veda, a titolo d'esempio, il can. 1083 § 1 cod.dir.can.<sup>214</sup>), dacché la di loro unione, soltanto, può dirsi virtualmente aperta alla procreazione, allo stesso modo il sentimento che è causa del vincolo familiare dev'essere sì di affetto puro e genuino, ma altrettanto razionale e consapevole, tra i due soggetti, nell'ordine della loro attitudine alla fondazione della famiglia umana, *id est* nell'ordine della loro virtuale attitudine e capacità a procreare,

---

<sup>214</sup> Ove viene opportunamente fissata un'età diversa per l'uomo e per la donna (rispettivamente sedici e quattordici anni), in virtù del diverso sviluppo puberale, e quindi in virtù della diversa maturazione della capacità/attitudine alla procreazione (fisica).

*ergo*... anch'esso, in quanto sentimento razionale, libero, giuridico, umano e morale, causativo della famiglia in sé, può sussistere solamente tra un uomo e una donna: ciò significa, allora, che la famiglia in quanto famiglia può sussistere in via esclusiva solo tra un uomo e una donna e un tanto, sia sotto il profilo del «loro» vincolo, sia sotto il profilo del «loro» rapporto. Quivi, dunque, il cerchio logico dell'intero nostro ragionamento si conchiude, per così dire, inquantoché questo «momento di sintesi» compendia in sé stesso il costitutivo ontologico della famiglia e la sua regola archetipica (quale *regula iuris*), circoscrivendolo a un'unione libera tra un uomo e una donna determinata da un vincolo razionale e giuridico, la cui indisponibilità e indissolubilità è *in re ipsa* (il vincolo *de quo*, ovviamente, è definito nell'*affectio coniugalis*) e s'impone su qualsivoglia volontà contraria. Che l'evento procreativo, allora – ma siamo nell'ambito delle *res facti*, non più in quello della speculazione teoretico-giuridica *in se* – possa verificarsi o meno, a seconda di una coorte amplissima di condizioni, di situazioni e di circostanze, la cui strutturale variabilità da caso a caso già palesa l'inidoneità di esse a concorrere alla definizione ontologica del significato proprio della famiglia, è vero ed è anche per questo che abbiamo osservato come il vincolo familiare sia, debba essere e non possa non essere, essenzialmente, un vincolo il quale non ha cagione nella mera attitudine procreativa di due soggetti, ma piuttosto nel loro legame intersubiettivo oggettivamente qualificato dalla razionalità/umanità/libertà/moralità/giuridicità *et* teleologicamente proteso nel senso della virtuale attitudine a procreare e a educare la prole che, assieme, le due persone considerate debbono avere *ut natura*. Ciò detto, allora, ben rileva che la causa dell'unione, la quale pur deve necessariamente partecipare di un siffatto elemento teleologico-ontologico – quale è quello della «tensione procreativa», per intenderci – (pena una eterogenesi dei fini inaccettabile su di un piano logico e soprattutto ontologico) dev'essere ricercata nella «ragione» razionale e

oggettiva che porta due soggetti ad autodeterminarsi, assieme, in guisa di realtà familiare; ebbene, questa «ragione» noi vediamo essenzialmente ed esclusivamente in quella che abbiamo chiamato *affectio coniugalis*, quale «sentimento affettivo», che non è una mera pulsione/passione, intelligibile e qualificabile razionalmente in guisa di *voluntas* libera, umana, giuridica, razionale e morale, cui è ufficio di vincolare due persone nell'ordine del significato ontologico-teleologico proprio del legame familiare in sé. Se questo è chiaro, ora, ben tosto deve rilevarsi che la *causa essendi* del vincolo matrimoniale, eppertanto del vincolo che determina l'essere della famiglia (rappresentata proprio dalla c.d. *affectio coniugalis* [dei/]tra i coniugi), invero e riflette, se così possiamo dire, *in se ipsa* il significato oggettivo dell'unione familiare e della sua stessa «ragione giuridica», la quale ha da essere intesa, riprendendo i concetti esplicitati qualche rigo più sopra, *sub specie* di diritto delle persone di accedere allo *status familiae* e di autodeterminarsi in/per esso secondo una loro volontà, la quale sia e la quale non possa che essere umanamente, giuridicamente, razionalmente, moralmente e liberamente qualificata, vale a dire... la quale sia e la quale non possa che essere qualificata secondo il principio ordinatore della volontà familiare in sé, *id est* della volontà costitutiva della famiglia in sé: deve trattarsi, insomma, di una vera e propria *voluntas ad familiam* – non già d'una volontà negativa o assoluta (*id est*, capricciosa) – mutualmente e reciprocamente propria dei soggetti *de quibus* di dare effettivamente luogo a una dimensione reale sul piano teoretico, quale punto è quella della famiglia umana (*in se*). Di talché... è la causa dell'*affectio coniugalis* o, meglio, è l'*affectio coniugalis* come causa (remota) dell'essere della famiglia, a discernere propriamente il vincolo familiare, sotto il profilo causale, quindi sotto il profilo sostanziale, da ogn'altra unione pur umana, pur razionale, pur libera, pur giuridica e pur giuridicamente rilevante (se giuridicamente rilevante, è ovvio). Vediamo d'intenderci e di chiarirci «un poco per volta»,

come si suole dire. Ebbene... tosto rileva che i due piani del ragionamento, quello relativo alla natura (*id est*, all'essere in sé) della famiglia e quello concernente la struttura essenziale (diremo l'ontologia) del vincolo «di coppia» (tra l'uomo e la donna) – tenuti separati solo per ragioni di opportunità espositivo-argomentativa – si compenetrano l'un l'altro e concorrono, assieme, alla compiuta definizione dell'essere-in-sé della realtà (!) familiare e del suo (complesso ma naturale) proprio statuto ontologico, eppertanto essi concorrono – potremmo dire – alla «giustificazione» razionale e giuridica, umana e logica, di essa, nel suo essere *in rebus humanis* (meglio, forse, *in rebus hominis naturae*) e nella «sua» stessa peculiare disciplina *in rebus (positi) iuris*. Un tanto, ovviamente, rileva non solo in termini «positivi», vale a dire con riguardo alla definizione teoretica del concetto di famiglia in sé stesso considerato, ma rileva anche e conseguentemente – diremo – in termini «negativi», ovverosia rappresentando un impedimento logico e ontologico, in un tempo, così alla possibilità pratico-effettivo-operativa di considerare «famiglia» un'aggregazione umana purchessia, sulla base della mera volontà (o del Legislatore o) dei soggetti che tale aggregazione formano (autodeterminando in essa il loro puro auto-volere hegeliano), come alla possibilità (teorica e teoretica) di riservare o di destinare, magari surrettiziamente, a qualsivoglia agglomerato di persone, la medesima (o una simile) disciplina dettata per quella che potremmo chiamare, ricordando le parole dell'art. 29 della Costituzione italiana, la “società naturale fondata sul matrimonio”. In questo secondo caso, infatti, vale a dire nell'ipotesi in cui la disciplina normativa «della» famiglia<sup>215</sup> venisse «estesa» *ex lege* a contesti i quali «famiglia» non

---

<sup>215</sup> Si badi: dicendo disciplina giuridica «della» famiglia, il Testo non vuole limitarsi a un riferimento concernente la normazione del rapporto familiare in sé, ma vuole riferirsi a tutta la disciplina che afferisce al rapporto familiare medesimo e che da esso dipende nella sua *ratio essendi*. Non si tratta, infatti, di limitarsi a considerare il vincolo di coniugio e i doveri che ne derivano, *sub specie* di doveri cc.dd. genitoriali o di assistenza e fedeltà tra marito e moglie, ma si tratta di considerare, anche, tutta la normativa contemplata dall'Ordinamento giuridico, la

sono e non possono essere considerati (deficitandone la causa ed essendone diversa la natura), anche sulla base delle mere *rationes* dell'Ordinamento<sup>216</sup> e ciò potrebbe accadere, in ipotesi, coll'intento perverso di riconoscere dignità fondativa del vincolo (simil-)familiare a una contingente manifestazione di affetto tra due persone, non altrimenti qualificato né qualificabile, s'avrebbe già una palese violazione del c.d. principio di eguaglianza formale (latamente ricondotto *sub* art. 3 cost.) – e con tanto rimaniamo sul «semplice» piano teorico dell'argomentazione (a livello teoretico la *petitio principii* andrebbe ben oltre il problema della coerenza sistematica e involgerebbe i contenuti/principii di giustizia in sé) – imperocché una medesima disciplina normativa verrebbe utilizzata ai fini di normare fattispecie strutturalmente (e ontologicamente) diverse da quella originale e originaria, *id est...* fattispecie fundamentalmente diverse da

---

quale, proprio postulando il vincolo familiare e in virtù di esso, disciplina in un determinato modo altri rapporti *verbi gratia* di natura economica: si pensi, per fare un esempio di immediata chiarezza, alle norme in materia di successione e alla c.d. quota di legittima spettante al coniuge superstite *ex* art. 536 c.c.; si pensi, ancora, al diritto di abitazione che compete al coniuge con riguardo alla c.d. casa coniugale e al correlato diritto di uso dei beni in essa contenuti, a sensi dell'art. 540 co. II c.c.; si pensi, poi, al diritto della moglie (*recte*, del coniuge) superstite ad accedere alla c.d. pensione di reversibilità, preveduto *ex* art. 1 co. XLI, l. 335/1995; si pensi, da ultimo, alla intera disciplina dei cc.dd. obblighi alimentari di cui al disposto dell'art. 433 c.c., la quale – si badi bene – non si limita a contemplare l'obbligazione di un coniuge verso l'altro, ma... proprio considerando la complessità dei rapporti familiari che il matrimonio stesso determina, ben oltre il vincolo coniugale strettamente considerato, estende l'obbligo di somministrare gl'alimenti anche al genero (e alla nuora) o al suocero (e alla suocera), solo per citare due fattispecie. Tutto ciò, allora, senza entrare più oltre nel dettaglio, altro non significa, se non che l'Ordinamento giuridico medesimo riconosce (i positivisti direbbero, attribuisce) un peculiare rilievo al vincolo familiare, in quanto vincolo ontologicamente familiare, eppertanto in virtù della sua stessa natura oggettiva. *A contrario*, per verificare la «tenuta logica» delle osservazioni testé presentate, infatti, ben potremmo osservare che nessuna norma prevede diritti successori (addirittura insuscettibili di essere lesi dallo medesimo testatore), per fare un esempio, a favore del consocio, né prevede, a favore dell'amico o del coobbligato solidale o altro soggetto non-coniuge, diritti in relazione al trattamento pensionistico c.d. di reversibilità ovvero doveri di carattere alimentare. Ne deriva, su di un piano squisitamente teorico – come si può *ictu oculi* comprendere – che il «concetto» (*recte*, la definizione) di famiglia non può essere rimesso alla decisione heideggerianamente autentica dei singoli soggetti e ciò... proprio perché questo scardinerebbe lo medesimo equilibrio interno al Sistema, informato secondo le sue proprie *rationes*. Certamente... nemmeno il Legislatore può arbitrariamente definire il significato di «famiglia» e non lo può fare – sia ben chiaro – proprio perché, qualora così facesse, oltre ad andare contro la natura stessa delle cose (su di un piano teoretico), egli non riuscirebbe a rendere ragione del «suo» stesso Ordinamento-sistema. Vedremo in appresso, sempre nel Testo, di approfondire un poco le questioni qui vi cennate.

<sup>216</sup> Viepiù espresse (nel «caso» italiano) dal Libro primo del Codice Civile.



quella per la quale la disciplina stessa fu preveduta *in/ab origine* dallo medesimo Legislatore (per i positivisti la previsione in origine è meramente sovrana, per i «giuristi [assiologicamente] classici», invece, essa rappresenta il giuridico riconoscimento di ciò che è nell'ordine naturale delle cose, in questo caso... nell'ordine naturale della famiglia umana). Se la disciplina legale della famiglia, infatti – per rimanere sempre su un'impostazione teorica del ragionamento – venisse estesa, magari in parte, ai rapporti amicali tra persone o a rapporti anche caratterizzati da una «maggiore» intimità e confidenza tra soggetti, ma non qualificantesi in guisa di rapporti familiari giusta la deficienza ontologica, in essi, dei due elementi che concorrono (necessariamente assieme) alla qualificazione della famiglia in sé, vale a dire... giusta la deficienza, in essi, della virtuale attitudine alla procreazione e della c.d. *affectio coniugalis* – per fare un banale (?) esempio – questo rappresenterebbe ognora un'insanabile antinomia «del», oltrecché «nel» Sistema, la quale ben tosto dovrebbe ritersi censurabile anche (ma non solo e non certo in primo luogo) sotto il mero profilo della citata eguaglianza formale-illuministica tra i «cittadini rousseauiani»: ciò sarebbe del tutto palese – si badi bene – proprio in quanto i costitutivi del vincolo amicale, anche se di «livello» soggettivamente intimo-confidenziale, sono e restano, *de iure condito*, del tutto diversi rispetto a quelli del vincolo familiare, o, per meglio dire, i costitutivi tecnico-giuridici (e anche ontologico-naturali, *a fortiori: a minori ad maius*) del vincolo familiare postulano premesse logico(-ontologico-)fattuali ben diverse e ben «superiori» rispetto a quelle che pur sovrintendono o possono sovrintendere la relazione c.d. di amicizia e/o di «vicinanza», anche intima, tra persone che avvertono una certa συμπάθεια l'una verso l'altra. Di talché... non può darsi la medesima disciplina per entrambe, senza (s-)cadere in una coorte di insanabili contraddizioni e financo di aporie, certamente, *in apicibus*, di carattere ontologico-sostanziale – questo è ovvio – ma anche rilevabili sotto il profilo

della mera coerenza sistematico-generale, con riguardo al contesto normativo-positivo di riferimento. A livello teoretico, ovviamente, il problema si radicherebbe ed effettivamente si radica ancora di più e ancora più in profondità, se così possiamo dire, in quanto esso prescinderebbe (ed effettivamente prescinde) dal «semplice» e «immediato» profilo della gretta coerenza endo-sistematica e gravitando, ognora, attorno all'asse concettualdommatico rappresentato dallo statuto ontologico delle cose, in questo caso... dei rapporti *lato sensu* personali; di talché, un'analisi filosofico-giuridica in sé, porterebbe a rilevare che l'estensione (il-)legale della disciplina del vincolo familiare al legame amicale *lato sensu* inteso – per riprendere l'esempio appena proposto – non sarebbe solo incoerente, per la diversa «struttura tecnico-normativa» dei rapporti *de quibus*, ma sarebbe proprio irrazionale, disumano, antiggiuridico e immorale per la diversa natura, *id est* pel diverso statuto ontologico di essi e per la diversa «norma in sé» che il loro «essere reale» esprime (*per se*) e palesa alla ragione umana. Se sotto il profilo dell'incoerenza teorica, infatti, il problema potrebbe apparentemente «risolversi», su di un piano eminentemente tecnico-operativo del tutto astratto, colla «banale» ridefinizione complessiva dell'assetto ordinamentale di riferimento, vale a dire... modificando l'opzione di partenza che sarebbe la premessa maggiore del c.d. sillogismo-ἐνθύμημα giuridico-formale,<sup>217</sup> sotto il profilo dell'aporia teoretica, invece, il problema *de quo* sarebbe (ed effettivamente è) e rimarrebbe del tutto insolubile e insormontabile: nulla, infatti, consente o potrebbe consentire di trasformare ciò che «è» in ciò che «non-è», ovvero consente o potrebbe consentire di trasformare ciò che «è», in qualche cosa di diverso da quello che ciò che «è» ed «è-per-sua-natura».

Un tanto precisato, allora, rileva che anche su di un piano eminentemente teorico è giuocoforza individuare il «*proprium*» della

---

<sup>217</sup> Cfr VINCENTI, *Metodologia giuridica*, Padova, C.E.D.A.M., 2008, pagg. 80 e ss.

famiglia e del suo stesso *esse* «normativo» e ciò... per quanto il «*proprium* teorico» (ossimoro quasi impronunziabile...) abbia a coincidere colla mera *ratio* del «sistema» familiare così come delineato positiv(-istic-)amente dallo *ius in civitate positum* e nello *ius in civitate positum*; nondimeno, è comunque opportuno condurre la «indagine (squisitamente) ricognitiva» *de qua* – eppure con rigore e precisione, si badi – non perché ci possa essere la prospettiva, con essa, di una qualche guarentigia di giuridicità e/o di razionalità sostanziali, peraltro impossibile senza la «precedente» fondazione metafisica del Sistema stesso o comunque del tutto eventuale,<sup>218</sup> quanto piuttosto perché l'individuazione della *ratio* in parola consente (oltre alla corretta comprensione di essa) la coerenza nello e dello «impianto normativo» di riferimento e quindi ne consente quello che potremmo chiamare lo «ordine» formale-convenzionale (magari disordinato dal punto di vista sostanziale e ontologico) necessario affinché il Sistema in parola sia sistema in quanto sistema e non *χάος*, che poi si tratti di un Sistema legittimo o illegittimo, nella sede *de qua* non importa, ma questo è un discorso diverso... *ça va sans dire*. Vale a dire, allora, che anche in un c.d. Ordinamento giuridico nelle cui premesse concettuali vi sia il rifiuto (però) della fondazione *in se* giuridica e vi sia il conseguente rifiuto dell'idea di giustizia come un *quid* di dato e di oggettivo del tutto indipendente dalla struttura e dai meccanismi del Sistema medesimo, al quale doversi conformare,<sup>219</sup> è comunque necessaria una certa coerenza strutturale rispetto

---

<sup>218</sup> In realtà non è eventuale ma è logica: un Sistema completamente e radicalmente privo di razionalità non avrebbe certo modo di imporsi e di affermarsi, vero è che *oboedientia facit imperantem* e che financo l'esecuzione più immediata e  $\alpha$ -critica di un comando, postula non solo la sua comprensione intellettuale da parte dell'esecutore, ma anche la partecipazione morale di esso: *etsi coactus, tamen voluit*... Ne deriva – sintetizzando fino quasi a banalizzare (rinviando – si vis – a un nostro precedente Lavoro sul punto) – che anche il Sistema più lontano da un'impostazione razionale-naturale, per potersi contingentemente affermare deve in parte conformarsi ai più elementari principii della ragione e in parte deve convincentemente gabbellare per razionale, giuridico, umano e morale quel precetto o quella coorte di precetti che, non essendolo, hanno comunque da trovare esecuzione da parte dei loro destinatari.

<sup>219</sup> È il caso di tutti i cc.dd. Ordinamenti giuridici i quali assumano (anti-)dommaticamente la «dottrina» delle fonti del diritto: è il caso – a mero titolo d'esempio – del Sistema italiano che

alle premesse arbitrariamente assunte in guisa premesse assiomatico-convenzional-volontaristiche, imperocché... senza una siffatta coerenza interna – la quale, invero, richiama la struttura del c.d. Ordinamento giuridico teorizzata dal «positivismo forte» – s'avrebbe l'assoluta disgregazione del Sistema e anzi... s'avrebbe proprio l'assenza di esso sul mero piano dell'esperienza: vero è, infatti, che orbato di un impianto strutturalmente solito e in sé omogeneo, il c.d. Ordinamento giuridico in altro non si ridurrebbe che in una coorte di prescrizioni contrastanti l'una con l'altra e di per sé foriere non più del c.d. ordine pubblico convenzionalmente stabilito dal potere sovrano, ma piuttosto dell'anarchia fattualmente realizzata e realizzanda per norma, *id est* (non contro, ma) attraverso la legge la quale, di per sé, verrebbe a rappresentare una “espressione di un disordine”,<sup>220</sup> piuttosto che un criterio «ordinatore» (pur nel senso positivistico, quindi meramente formale dell'espressione). Un tanto precisato, ben dovrebbe emergere che la nostra Ricerca tende ad andare «oltre» rispetto alla norma (*posita*) e al Sistema di norme (*positae*) e quindi dovrebbe tosto emergere ch'essa tende a cogliere l'essere-in-sé della famiglia stessa (anche per come esso si esprime «nella» norma e per mezzo di essa), al di là di come essa possa essere disciplinata dalla legge positiva *lato sensu* intesa; vale a dire, allora, che la nostra Ricerca non vuole avere a oggetto una «semplice» ricognizione (magari critica) del vigente assetto normativo-giurisprudenziale, peraltro strutturalmente transeunte,<sup>221</sup>

---

all'art. 1 delle cc.dd. Preleggi elenca le fonti del diritto mettendo al primo posto, da un punto di vista gerarchico e concettuale in un tempo, la Legge positiva dello Stato ed è il caso – si badi – di ogni Sistema *lato sensu* kelseniano (compreso quello italiano, *post-costituzionale*), il quale ponga in guisa di fonte primaria e superiore del diritto quella *Grundnorm* alle cui spalle o, se si preferisce, nelle cui fondamenta altro non v'è se non la testa della Gorgone del potere.

<sup>220</sup> ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992, pag. 45.

<sup>221</sup> L'essere transeunte delle disposizioni positive afferenti all'Ordinamento giuridico vigente – si badi bene – non è legato alla naturale «inesauribilità» della conoscenza umana e alla naturale tensione dialettica della *lex posita* verso una sempre maggiore partecipazione dell'idea di giustizia, ma è determinato proprio dal presupposto (de-)concettuale dal quale esso Ordinamento deriva e sul quale esso Ordinamento poggia la propria «autorità» (*rectius*, la propria *vis coercitiva*), vale a dire... sul (anti-)dogma della sovranità bodiniana la quale, in

riguardante la disciplina del vincolo e del rapporto di coniugio, ma tende proprio a coglierne la natura, l'essenza ontologica... *si parva licet componere magnis*. Insomma: il nostro *Opus* ha l'ardimento quantomeno di tentare di cogliere l'essenza oggettiva della famiglia, per quello che essa è *ut natura* e quindi – si badi bene – pel suo carattere ontologicamente e irrefutabilmente normativo e regolativo, così della *lex in civitate posita* che ne disciplina la struttura tecnico-legale *in iure*, come (*a fortiori*, *a maiori ad minus*, diremo) della volontà contingente dei soggetti che si-uniscono tra loro e che pretendono/invocano, per sé stessi, lo *status familiae* e le guarentigie che ne derivano secondo l'essenza giuridica del loro stesso rapporto (*ut natura* e... *ut ratio*, con riguardo alla provvidenze contemplate dalla normativa vigente, *a pro* della famiglia). In virtù di queste considerazioni, allora, ritornando *in medias res* e proseguendo col nostro discorso, ben tosto giova ribadire che il vincolo familiare (*in se*) è determinato e addirittura provocato, nella sua «qualità/natura» di vincolo tra due persone fondativo della famiglia in sé, proprio dalla citata  *affectio coniugalis*, la quale effettivamente lega e deve legare i componenti la coppia, giusta la volontà di unirsi in guisa di famiglia (*in se* [!]) ch'essi medesimi hanno e ch'essi medesimi reciprocamente, solennemente e irrevocabilmente/incondizionatamente si-manifestano, in forma razionale, libera, umana, giuridica e morale, proprio col e proprio nel c.d. negozio matrimoniale, il quale, ovviamente, è (*ex se*) foriero di obbligazioni giuridiche (naturali) in capo a entrambe i coniugi, indipendenti nel loro momento genetico (nascono col matrimonio e per effetto di esso, onde non può volersi il l'uno e non le altre) e nel loro momento funzionale (dipendono

---

fondo, altro non definisce, se non un potere meramente effettivo e tutt'affatto franco rispetto a ogni criterio diverso dalla volontà di chi contingentemente è capace (perché può, nei fatti e coi fatti) di esercitarlo. È del tutto ovvio e financo scontato, allora, che i precetti imposti da un potere di tal fatta non possano che essere transeunti, mutevoli, cangianti, privi, alfine, anche di un mero impianto istituzionale, dacché la volontà, come tale, è ognora mutevole e nel suo mutare non è soggetta a criterio alcuno.

dall'essere del matrimonio, onde non può esserci l'uno e non le altre) dalla volontà degli stessi di essere o di non-essere contingentemente obbligati. In termini gius-filosofici, allora, potremmo (cautamente) far rilevare che l'*affectio coniugalis* di cui stiamo parlando è e rappresenta la «causa» del vincolo familiare, eppertanto essa è e rappresenta, *in se*, la ragione d'essere remota, ma anche il principio in senso proprio, che ha determinato i coniugi a unirsi e segnatamente a unirsi nell'ordine oggettivamente familiare della coppia umana; di talché non potremmo dire, seguendo la Dottrina c.d. funzionalistica della causa, che l'*affectio coniugalis*, in quanto *causa negotii*, rappresenti «una» mera funzione o «la» mera funzione del vincolo matrimoniale (*a fortiori* non potremmo opinare ch'essa rappresenti la “funzione economico-sociale”<sup>222</sup> dello stesso), tantomeno potremmo opinare, seguendo la teorica della c.d. causa concreta,<sup>223</sup> che l'essenza funzional-causale dell'*affectio coniugalis* vada individuata *in casibus*, secondo il contingente intendimento negoziale dei soggetti: se nel primo caso, infatti, il problema riguarda la sovrapposizione della causa del vincolo, alla funzione del rapporto che il vincolo crea, nel secondo la relativizzazione del concetto (*id est*, questa de-concettualizzazione della causa) porterebbe non solo a non comprendere la natura della causa del vincolo familiare, confondendola con lo scopo comune del negozio e fors'anche del rapporto, ma addirittura determinerebbe l'impossibilità di parlare in termini oggettivi di causa, essendo, quest'ultima, definita e definibile non in quanto tale, ma secondo le circostanze di fatto proprie del singolo accordo (matrimoniale), per come contingentemente intese/volute dai soggetti che ne hanno dato

---

<sup>222</sup> Alberto Trabucchi definisce la causa del negozio come “proprio scopo immanente, come la ragione e la funzione economico-sociale di ciascun negozio” (TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, C.E.D.A.M., 2005, pag.134).

<sup>223</sup> Si consideri, infatti, che “abbandonato il riferimento alla causa tipica, quale astratta funzione del negozio, occorre piuttosto riconoscere nella causa la ragione concreta del contratto. In tal senso è decisivo osservare che la nozione di causa quale funzione pratica del contratto può avere una sua rilevanza solo in quanto si accerti la funzione che il singolo contratto è diretto ad attuare” (BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, Milano, Giuffrè, 2000, pagg. 452 e s.).

luogo. Di talché, al di là di ogni discussione, anche pertinentissima, sul problema della causa negoziale che in questa sede non intendiamo approfondire, a nostro avviso rileva la necessità di scindere e di distinguere – attenzione – la causa *in se* (vale a dire la causa ontologica) del vincolo matrimoniale, dalla funzione teleologico-ontologica del rapporto cui il vincolo medesimo dà naturalmente/oggettivamente luogo ed ecco che (forse) si comprendono meglio – almeno a noi sembra che possa essere così – i motivi che c’hanno indotto a sottolineare pervicacemente e con diverse argomentazioni la distinzione ontologica tra il *proprium* dell’unione familiare e il *proprium* della famiglia in sé, pur nella loro vicendevole compenetrazione concettuale e dommatica. Vediamo dunque d’intenderci chiaramente su questo passaggio logico. Ebbene, postulare che l’ *affectio coniugalis* inveri in sé stessa la causa del vincolo familiare, sulla base di un’impostazione πάλυ-funzionalistica di essa, la quale non consideri *in unum* il *proprium* del vincolo e il *proprium* del rapporto, con riguardo al negozio matrimoniale, striderebbe non poco con l’essere-in-sé della famiglia, la cui funzione, per l’appunto, *ex uno latere* non s’invera nella «copertura» giuridico-formale di un rapporto affettivo tra i coniugi, inteso come rapporto di «attrazione passionale» purchessia ed *ex alio* rappresenta il ciò-per-cui del rapporto tra di essi (invero conseguente al vincolo libero, umano, razionale, giuridico e morale che li lega reciprocamente), virtualmente aperto alla procreazione, in funzione del quale solamente è e si può cogliere in tutta la sua giuridica dignità e in tutto il suo giuridico significato sostanziale la citata *causa familiae*, sicché... intendere la «causa della famiglia» come se essa coincidesse colla sua funzione (sociale), pur nobile (*id est*, giuridica, morale, umana), significherebbe o ridurla al fine procreativo, espungendo il «contributo» dommatico-concettuale fondamentale dell’ *affectio coniugalis*, proprio dell’essere-in-sé del vincolo che cagiona e informa il rapporto *de quo* – ne abbiamo veduto le conseguenze aberranti (*exempli gratia* la

legittimazione formal-familiare della c.d. poligamia) – o ridurre la famiglia medesima a una formalizzazione del sentimento più o meno fine a sé stesso, senza comprendere che il sentimento crea il vincolo in funzione del rapporto e che quest'ultimo qualifica il primo in ragione della sua stessa essenza teleologico-ontologica. Ecco dunque che la causa in sé della famiglia non alberga – come già cennato – né nella attitudine alla procreazione di due soggetti, *per se* considerata, né essa alberga nel loro reciproco sentimento di affetto in quanto tale, ma risiede – si faccia attenzione – nel sentimento affettivo che lega e che deve (!) legare i coniugi oggettivamente definito nel suo essere in virtù del vincolo familiare *in se*, ovverosia oggettivamente definito nel suo essere in virtù del vincolo umanamente, liberamente e razionalmente teso alla procreazione e all'adempimento congiunto (non solidale, tantomeno parziario<sup>224</sup>) delle obbligazioni naturali che da essa derivano. È ben vero, allora, che abbia a rilevare – e massimamente – l'elemento della mutua e convergente «volontà affettiva» dei soggetti di auto-determinar-si come coppia (*rectius*, come coppia umana...) e di esercitare assieme il loro diritto di fondare una famiglia umana, questo, però, come ogni «esercizio giuridico» (*id est*, come ogni attività giuridica, vale a dire qualificata dalla giuridicità), peraltro, non può giammai essere inteso in termini assoluti e/o volontaristici, in guisa di «affinità elettiva» di goethiana

---

<sup>224</sup> Vedremo meglio d'appresso, invero, che le obbligazioni genitoriali verso la prole non possono inquadarsi, nella loro fisiologia, né nell'ambito di quelle cc.dd. solidali, le quali possono indifferentemente essere adempiute da uno o dall'altro debitore (salve eventuali azioni di regresso c.d. interno tra con-debitori), con piena soddisfazione del creditore, né possono – tantomeno – inquadarsi nell'ambito della disciplina di quelle cc.dd. parziarie, le quali postulano adempimenti distinti in capo a ciascheduno dei debitori, onde la soddisfazione del creditore si ha solamente coll'adempimento *pro quota* posto in essere dai vari debitori, secondo il loro titolo obbligatorio. I figli, insomma, non possono ritenersi soddisfatti, sul piano della cura e dell'educazione cui essi stessi hanno diritto e che essi stessi hanno diritto di ricevere dai loro genitori, se queste vengono adempiute da uno solo dei loro genitori, ovvero se queste vengono adempiute, in forma del tutto indipendente, in parte da uno e in parte dall'altro genitore: i figli, infatti, hanno diritto di ricevere le cure necessarie al loro sviluppo e alla loro crescita, così come hanno diritto di ricevere l'educazione che è opportuna ai fini del loro sviluppo intellettuale e morale da entrambe i genitori, congiuntamente, vale a dire... da entrambe i genitori, assieme, nell'ambito della famiglia umana ch'essi stessi hanno creato. Ritorneremo sul punto, nel Testo.



memoria, ma va colto... nell'ordine familiare, se così possiamo esprimerci, *id est* va colto nell'ordine della famiglia inteso come ordine oggettivo proprio della realtà (ontologica) di essa. Un tanto significa, allora, che la volontà dei soggetti di unirsi in guisa di famiglia e di costituire, pertanto, una famiglia che sia sì la «loro» famiglia, ma che non dipenda (assolutamente) dal loro modello e/o dalla loro opinione *ab-soluta* e del tutto autoreferenziale di famiglia, va colta nell'ordine della naturale tensione della coppia umana, in quanto tale, alla ontologica apertura di essa verso i diritti, i doveri e le condizioni oggettive propriamente afferenti alla «dommatica» e alla «natura» del matrimonio e della realtà familiare nel loro essere-in-sé, nello loro essere reale, nel loro essere-oggettivo, insomma... vale a dire, *in primis*, nella loro ontologica tensione e apertura verso il concepimento, verso la cura umana della eventuale prole e verso l'adempimento reciproco e vicendevole delle obbligazioni sussistenti *ut natura* tra i coniugi, l'un l'altro vincolatisi giuridicamente/liberamente in forza dell'*affectio coniugal*is. Se questo è vero – come noi auspichiamo di essere riusciti a dimostrare che è – è altrettanto vero che nel complesso «arco cinetico» della famiglia (*in se*, vale a dire della famiglia umana in senso assiologico) s'inseriscono e si colgono aspetti di «dinamicità sostanziale», determinati dalla stessa attuazione e dalla stessa realizzazione fenomenica della natura propria di essa, determinati – potremmo dire, per riprendere l'immagine *de qua* – dallo stesso moto naturale di essa, la quale va dove deve (*recte*, dove può) *naturaliter* andare e quindi dà i frutti che deve (*recte*, che può) *naturaliter* dare... *sub specie iuris*, evidentemente, in termini di obbligazioni. Ci riferiamo, in particolare, agli aspetti relativi alla figliazione *lato sensu* intesa, imperocché essa, rappresentando l'inveramento del fine teleologico-ontologico della famiglia umana, determina l'inserimento in questa di soggetti terzi rispetto ai coniugi, verso i quali soggetti, i coniugi stessi, in quanto genitori e non in quanto coniugi *sic et simpliciter*, ovviamente,

assumono e hanno obbligazioni correttamente e naturalmente adempibili solo (!) nell'ambito del contesto familiare-coniugale in cui il concepimento umano, razionale, libero, morale e giuridico (non a caso si parla – e a piena ragione – di filiazione legittima, in contrapposizione a quella oggettivamente illegittima che avviene fuori dal matrimonio<sup>225</sup>) avrebbe dovuto avvenire e in cui dovrebbe avvenire, per ovvia conseguenza, anche la cura, il mantenimento, l'educazione e la formazione intellettuale dei figli, quale atto di adempimento delle obbligazioni derivanti dal concepimento medesimo.<sup>226</sup> Ovviamente... la questione si fa viepiù complessa proprio allorché l'evento procreativo si verifichi al di fuori dell'ambito razionale, umano, libero, morale e giuridico della famiglia *in se*: in questo caso, infatti, il figlio (la persona terza rispetto al vincolo di coniugio *id est*, il concepito prima e il nato poi) vivrebbe *ex ipso facto*, vale a dire in virtù delle stesse «circostanze esterne» del suo concepimento (indipendenti da lui, *ça va sans dire*), in una situazione di *iniuria* che egli sarebbe giuocoforza costretto a subire e che effettivamente egli subirebbe da parte e per colpa (e forse anche per dolo) dei propri genitori. L'*iniuria* in parola, però, nella sua oggettività sostanziale – si badi molto bene – non s'invera assolutamente nel fatto o nel fatto del concepimento in sé, o della nascita: il concepimento, infatti, come la nascita, non può giammai essere inteso in guisa di danno per *conceptus*, rappresentando, piuttosto, ciò in virtù del quale il *conceptus* stesso è ed è soggetto-persona, *ergo*... l'ipotesi di un «danno da

---

<sup>225</sup> *Contra* non solo la c.d. Riforma del diritto di famiglia risalente al 1975, ma soprattutto il D.lgs 154/2013, col quale si è operato (*rectius*, si è portato a compimento) un radicale e assurdo sovvertimento dei più elementari e basilari principi di civiltà, di razionalità e di semplice buon senso, per mere ragioni di gretto demagogismo. Vero è, infatti, che con la disciplina introdotta dalle disposizioni citate viene a operarsi un pareggiamento, anche sul piano formale, tra situazioni oggettive del tutto impareggiabili. La eliminazione della distinzione tra figli legittimi e figli naturali (l'espressione figli illegittimi era già stata abbandonata dalla Riforma del 1975, distruttiva, più che riordinativa del diritto di famiglia), peraltro, porta a non potere nemmeno prendere atto dell'effettività di una filiazione avvenuta al di fuori del contesto familiare suo proprio.

<sup>226</sup> Non può non segnalarsi, infatti, che quivi siamo in presenza “di fatti (il concepimento e il parto) dai quali nasce necessariamente un diritto e un corrispondente dovere” (CASTELLANO, *Ordine etico e diritto*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, pag. 59).

concepimento», qualunque foggia essa possa assumere, non solo è peregrina, ma è addirittura disumana, antigiuridica e irrazionale sotto tutti i possibili profili di analisi e sotto tutte le prospettive,<sup>227</sup> come lo è, *a fortiori*, un'ipotesi di «danno da nascita».<sup>228</sup> Il problema, allora, dev'essere impostato in termini radicalmente diversi, tuttavia... non si potrebbe «serenamente» parlare, con riguardo al caso in disamina, nemmeno di «danno da concepimento illegittimo», pur essendo, questa, un'espressione che contempla un'ipotesi essenzialmente diversa da quella del «semplice» danno da concepimento *sic et simpliciter*. Una cotale configurazione della fattispecie *de qua*, vale a dire della fattispecie in cui il figlio venga concepito e nasca al di fuori di una famiglia umana (e quindi venga privato di essa, nella sua stessa esperienza di vita), infatti, si presenta pernicioso assai, imperocché essa richiama – se così possiamo dire – una «declinazione» del citato (assurdo) danno da concepimento o da nascita e ciò, come se il concepimento stesso o la nascita, in una determinata forma, ovvero in una determinata circostanza, quale sarebbe, nel caso di specie, l'illiceità, l'irrazionalità e l'amoralità del contesto *extra-familiare* in cui esso è avvenuto, potessero essere dannosi per *conceptus* prima e per nato, poi, la qualcosa, ovviamente, non può essere affatto sostenuta sul piano oggettivo per le vedute (ovvie) ragioni e segnatamente per il fatto in virtù del quale concepimento e conseguente nascita sono sempre un bene per il soggetto concepito e nato e giammai possono essere interpretate alla stregua di un danno per lui. Ebbene la dizione in parola, letta in questa prospettiva, andrebbe *ictu oculi* respinta come la prima, tuttavia... potremmo far rilevare – auspice un'interpretazione più attenta e sensibile al problema – che

---

<sup>227</sup> Nemmeno i genitori potrebbero l'un l'altro imputarsi un danno da concepimento, ovvero potrebbero, congiuntamente, imputarlo a un terzo *e.g.* alla casa farmaceutica la quale ha confezionato un sistema anticoncezionale inefficace.

<sup>228</sup> *Contra* tesi a sostegno della teoria del danno da concepimento, la cui risarcibilità “è sancita ogniquale sia accertata la violazione del diritto alla procreazione cosciente e responsabile” (CENDON (direzione e cura di), *Trattato dei nuovi danni*, Padova, C.E.D.A.M., 2011, III, pag. 263).

l'aggettivazione dell'illegittimità del concepimento, attorno alla quale gravita la formola testé menzionata, non riguarda il concepimento stesso, nella prospettiva della vita del figlio-*conceptus* (la quale non è mai antigiuridica e quindi non è mai dannosa per nessuno), ma concerne la circostanza dell'atto, teleologicamente diretto alla procreazione, realizzato dall'uomo e dalla donna in quanto atto realizzato dagli stessi, fuori dal contesto naturale, libero, giuridico e morale in cui esso avrebbe dovuto essere realizzato, eppertanto... l'illegittimità *de qua* concerne l'atto (e il comportamento) realizzato illegittimamente dai genitori e non il suo «effetto generativo» della vita del figlio – *vitiatur sed non vitiat*, potremmo dire con una battuta mutuata dalle istituzioni di diritto contrattuale – onde... potrebbe ritenersi che l'espressione «danno da concepimento illegittimo» – pur nella sua ambiguità – già palesi in sé stessa gli estremi concettuali del danno che effettivamente il figlio, in quanto tale, subirebbe nell'ipotesi di un suo concepimento e di una sua nascita *extra familiam* (potremmo dire *extra nuptias*), per colpa (o per dolo) dei proprii genitori che hanno agito illegittimamente, antigiuridicamente, immoralmente, facendo quello che non avevano il diritto di fare pur avendone il potere e la volontà... Non sarebbe corretto dire – si badi bene – che l'uomo e la donna in parola non avevano e non avrebbero potuto avere, in termini assoluti, il diritto di porre le premesse per procreare e quindi, in ipotesi, di dare luogo a un fenomeno vero e proprio di filiazione, dacché tale diritto loro compete *ut natura, ut natura hominis*, sia chiaro, tuttavia... questo è un diritto non proprio di entrambe *uti singuli*, ma proprio di essi in quanto coppia-umana, vale a dire che il diritto *de quo* appartiene ai soggetti in parola, congiuntamente, solo se e in quanto essi siano coniugi, solo se e in quanto, cioè, essi stessi abbiano, *ex ante*, dato luogo a una famiglia umana, quale sede o contesto naturale-razionale-libero-giuridico per il concepimento, per il concepimento il quale, allora, sotto il profilo dell'atto realizzato dall'uomo e dalla donna *de quibus*, dev'essere

propriamente definito concepimento legittimo (*versus* il concepimento illegittimo di cui *supra*). Potremmo dire – tuttavia sembrerebbe un'approssimazione grossolana, ce ne rendiamo conto – che il diritto *de quo*, in certa parte, è un diritto «sottoposto alla condizione del coniugio», ma l'affermazione dev'essere colta davvero *cum grano salis*, inquantoché la condizione *de qua* non è una vera e propria condizione per l'esercizio del diritto, ma è una condizione fattuale e giuridica in un tempo, dalla quale dipende lo stesso essere e quindi la stessa sussistenza del diritto in parola, infatti... gl'esseri umani tutti possono vantare un diritto vero e proprio a porre le premesse per procreare (di diritto a procreare non può propriamente parlarsi, come abbiamo detto *supra*) e quindi possono vantare un vero e proprio diritto ad auto-determinarsi giuridicamente realizzando ciò che serve per accedere alla genitorialità umana, solo e solamente in quanto essi stessi vivano nella dimensione naturale in cui il concepimento può umanamente, razionalmente, liberamente, moralmente e giuridicamente avvenire, eppertanto solo se essi vivono nella dimensione della famiglia umana in sé. *Nec extra, nec ultra...* Non è dunque, il vincolo di coniugio, un elemento condizionale cui compete di provocare gl'effetti proprii di un dato rapporto, in sé già sussistente ma inefficace, quanto piuttosto rileva che il vincolo coniugale e la famiglia ch'esso stesso crea, rappresentano il contesto-rapporto obiettivo dalla cui sussistenza dipende, segnatamente, l'essere del diritto di porre le premesse per procreare e non già la sua «mera» operatività; non è, infine, che i soggetti abbiano tutti il diritto a porre le premesse per procreare, potendolo legittimamente esercitare solo se costituiscono una famiglia, ma è la costituzione umana e giuridica della famiglia che fa sorgere, in capo ai soggetti *de quibus*, nel loro essere marito e moglie, il vero e proprio diritto di (fare ciò che serve per) accedere alla procreazione. Di talché, gl'aspetti trattati, nella loro strutturale complessità, meglio possono essere colti – almeno a nostro avviso – in un'espressione più

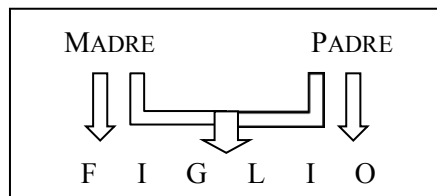
felice e meno equivoca, quale è quella di «danno da privazione del proprio naturale contesto familiare». In quest'ultima espressione e con la dizione che essa propone, invero, secondo la nostra sensibilità si riesce a «uscire» dal possibile equivoco e dall'errore di considerare il fatto del concepimento alla stregua di una causa di danno ingiusto pel concepito (e successivamente pel nato): il danno, l'*iniuria* di cui stiamo parlando, infatti, alberga non in ciò che dà cagione alla vita – la quale è sempre un bene e un bene grande per la persona, *condicio sine qua non* per ogn'altro – quanto piuttosto in ciò che priva il soggetto-in-vita di un diritto suo proprio, quale è quello di nascere, crescere e svilupparsi all'interno della propria famiglia e nell'ordine oggettivo-razionale di essa, *ergo...* il danno in parola non trova la sua *causa essendi* nella nascita o nel concepimento in quanto tale, ma nel contegno irresponsabile, antigiuridico, disumano, illegittimo e immorale dei genitori, i quali hanno procreato *extra nuptias* e avendo procreato *extra familiam*, non hanno adempiuto il loro primo dovere di genitori, verso il loro figlio, consistente nel renderlo parte della loro e della sua famiglia umana e nel farlo umanamente vivere in essa. Il danno che il «figlio senza famiglia» subisce per colpa o per dolo dei proprii genitori (se vi è colpa o dolo, cosa da verificare *in casibus*, ovviamente), infatti e del quale i genitori stessi portano, gravissima, la responsabilità, consiste nella privazione, non necessariamente di beni e/o di guarentigie *lato sensu* materiali o affettive (aspetto che non rileva per nulla, almeno in questa sede), ma senz'altro nella privazione del «proprio» contesto familiare, *rectius* nella privazione dell'ordine del proprio contesto familiare naturale, ben più rilevante sotto tutti i possibili profili di analisi rispetto a ogn'altro *quid* funzionale alla cura e alla crescita psico-fisica del figlio medesimo, sicché il soggetto in parola, per quanto possa anche ricevere tutto ciò che occorre al suo proprio sostentamento e alla sua propria educazione (questo forniscono, peraltro, gli orfanotrofi ove i bambini crescono sani ed educati, salvo degenerazioni

patologiche del tutto irrilevanti ai fini del nostro discorso) e pur potendo financo godere l'affetto (genuino e sincero) genitoriale del padre e della madre, è e resterà sempre e comunque orbato di quello che è il suo primigenio diritto naturale – pur conseguente al diritto alla vita – di avere (non una *ex multis*, ma) la propria famiglia e di vivere (non in una *ex multis* ma) nella propria famiglia, vale a dire... di vivere in un contesto (naturale-familiare) ordinato secondo i principii (oggettivi) della famiglia umana, che sia il proprio *ut natura*, cioè... che sia il proprio *ex iure sanguinis*, potremmo dire per comprendere bene il concetto. Il punto è questo, insomma: due persone procreano e la procreazione è sempre un bene, per loro in quanto genitori e pel concepito in quanto soggetto che c'è, che esiste e che vive in ragione di essa, tuttavia... se il contesto nel quale il concepimento *de quo* è avvenuto non è quello naturale-familiare e se, quindi, il *conceptus* nasce senza famiglia, se nasce, cioè, al di fuori della sua famiglia, perché questa non c'è per colpa o per dolo dei proprii genitori, un tanto espone i genitori stessi, che sono e che restano genitori in virtù del concepimento medesimo, a una gravissima responsabilità verso loro figlio, quale è quella di averlo privato (e di perseverare nel privarlo) del suo contesto familiare-naturale o, per meglio dire, quale è quella di aver violato il di lui diritto subiettivo (naturale) a nascere e a crescere nell'ordine fisiologico, umano, razionale, morale, libero e giuridico della sua famiglia-naturale. Si badi: quivi non rilevano affetto, beni materiali, provvidenze educative, impegno personale, cura morale, istruzione *et coetera*, tutte cose le quali, in vario modo e con varie forme, posso pur essere «date» al figlio anche nell'ambito di contesti diversi da quello familiare-*in-se*, o in forme tra le più disparate; quivi rileva un elemento oggettivo, incontrovertibile e sottratto, nella sua immediata semplicità, a qualsiasi discussione, quale è quello che considera la sintesi, *in unum*, del rapporto tra i genitori e del rapporto tra questi e il figlio, nell'ordine della famiglia umana: i genitori, infatti, sono entrambe tali in

virtù del figlio e il figlio è tale (*rectius*, è) in virtù di entrambe i genitori e segnatamente in virtù della loro unione (*una caro*). Di talché, non solo vi è un legame genitoriale oggettivo, raffigurabile in forma verticale, dal genitore al figlio singolarmente,



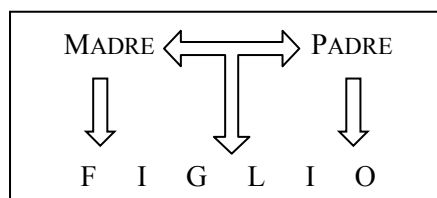
ma vi è anche un legame trasversale che va da entrambe i genitori verso il figlio e che vede, in quest'ultimo, un oggettivo punto di unione o, meglio di convergenza;



ora... se è ovvio che quest'ultimo vincolo, pur nella sua obiettività, non possa fondare *ex se* il diverso vicolo coniugale tra i genitori, tale per cui essi, in quanto genitori, siano anche coniugi (la procreazione, infatti, può anche essere irrazionale, disordinata *et coetera*) e quindi se è ovvio che il legame in parola non possa completare orizzontalmente lo schema in modo universale, automatico e assertivo, è altrettanto vero che il vincolo genitoriale o, per meglio dire, la prospettiva virtuale di esso, che noi abbiamo chiamato *attitudine/apertura* al concepimento e alla cura della prole, rappresentando uno dei due elementi costitutivi l'essere in sé della famiglia e segnatamente rappresentando l'elemento teleologico-ontologico del rapporto, rende piena ragione dell'altro co-elemento qualificante il *proprium* della famiglia stessa, vale a dire ch'esso rende piena ragione dell'*affectio coniugalis* la quale, essendo causa oggettiva del vincolo



famigliare, né invero il *quia*, nell'ordine del suo proprio τέλος. Vero è bene, infatti, che l'*affectio coniugalis*, provocando il legame matrimoniale, *sub specie* di vincolo di coniugio, rende, su di un piano innanzitutto logico-razionale, stabilmente fisso, nell'indissolubilità ontologica, il rapporto giuridico, morale, libero, legittimo e umano tra i coniugi, i quali, solamente in quanto famiglia, possono o potrebbero adempiere bene, cioè adempiere *sic et simpliciter*, le obbligazioni non solo reciproche, afferenti alla qualità di coniugi, ma anche quelle «congiunte» (ma non solidali, ovviamente) derivanti dal c.d. rapporto di filiazione, eppertanto anche quelle afferenti alla qualità di genitori, prima tra tutte... quella di far nascere il proprio figlio all'interno (non di una, ma) della sua famiglia umano-naturale.



Insomma: il discorso testé presentato all'attenzione del Lettore, riprendendo l'analisi già disviluppata in ordine ai due elementi ontologicamente costitutivi della famiglia in sé, vale a dire l'*affectio coniugalis* e la naturale (tensione e) apertura al fenomeno procreativo e all'adempimento delle obbligazioni che ne derivano, esplica ancor meglio – almeno secondo il nostro intendimento – l'unità concettuale e la indissolubilità teoretica degli stessi nella loro reciproca giustificazione/fondazione, imperocché quivi si mette ancora più chiaramente in evidenza come l'*affectio coniugalis*, cagionando il vincolo familiare, determini non solo l'essere della famiglia tra l'uomo e la donna e la ragione obbiettiva del conseguente sorgere, in capo ad ambedue, di reciproche e vicendevoli obbligazioni (prima tra tutte quella della fedeltà e dell'assistenza morale e materiale per tutta la vita, come è, peraltro, nella logica [prima ancora che nell'ontologia] del dono di sé che

rappresenta l'essenza del matrimonio), ma si colleghi intrinsecamente anche alla dimensione più ampia, rappresentata dall'elemento della virtuale apertura della famiglia stessa alla procreazione e alla cura della (eventuale) prole, quale *proprium* ontologico del rapporto *in se* familiare. Il nesso *de quo* – si badi bene – è strettissimo ed è cristallino nella sua evidenza teleologico-ontologica e ciò, non solo in forza del legame necessario tra l'uomo e la donna ai fini di procreare, il quale legame potrebb'essere (patologicamente) anche eventuale ed estemporaneo-passionale, ma soprattutto in ragione del fatto che solo e solamente il legame familiare provocato dall'*affectio coniugalis*, tra i coniugi, nella sua stabilità razionale, morale e giuridica consente veramente e propriamente, ai coniugi stessi, di adempiere le obbligazioni che essi medesimi vengono ad assumere nell'ipotesi del concepimento d'un figlio e che essi medesimi potrebbero bene adempiere (cioè adempiere *sic et simpliciter*) solamente nell'ambito della loro famiglia. L'unità e l'indissolubilità della famiglia, infine, quale portato logico-concettuale dell'*affectio coniugalis* cui, proprio nell'ordine della famiglia, è virtù di legare l'uomo-marito alla donna-moglie, non è solo funzionale alla soddisfazione del *proprium* ontologico del rapporto tra i coniugi, ma è anche funzionale a consentire loro di adempiere bene (*id est*, di adempiere *sic et simpliciter*) le obbligazioni che essi stessi vengono ad assumere, nell'ipotesi in cui abbia a compiersi in fine naturale della famiglia stessa, che è la procreazione.

È del tutto inteso, ora, riprendendo il discorso di prima, che il citato «danno da privazione del proprio naturale contesto familiare» (per sua natura non suscettibile di azionabilità [*erga parentes*] in sede risarcitoria, data la radicale l'assenza, in esso, di un profilo immediatamente rilevabile sul piano economico [ma non è solo questa la ragione, come vedremo d'appresso])<sup>229</sup> si verifichi «col» momento della nascita e perduri

---

<sup>229</sup> Cfr CARNEVALE SCARNO, *Il danno alla persona*, Padova, C.E.D.A.M, 2010.

(quantomeno) per tutta la fase educativo-formativa della vita del figlio (se non, addirittura, per tutta la sua stessa vita), *ergo*... è del tutto chiaro che si tratti di un «danno (*in se*) ingiusto», il quale è obiettivamente subito dal figlio stesso, non già pel fatto-in-sé di essere nato – ipotesi che sarebbe ognorpiù assurdo sostenere e anche solo latamente paventare – quanto piuttosto in virtù della conseguenza derivante dalla scelta (disumana, irrazionale, antiggiuridica e immorale) operata dai di lui genitori, di auto-determinare la propria volontà (arbitraria) non-costituendo, tra di loro, una famiglia *in se* e ponendo in essere le premesse per procreare fuori dall'ordine naturale della famiglia umana, segnatamente, diremo... nel disordine del proprio egoismo pratico-passionale (se così possiamo esprimerci latamente ricordando l'impostazione schopenhaueriana<sup>230</sup>). Questo è il punto sul quale è mestieri di riflettere – almeno a noi pare – vediamo un poco, allora, di schiarirne i termini. È ben vero, dunque, che lo «egoismo pratico» in parola sia senz'altro «proprio» di ambedue i genitori singolarmente considerati, come padre del figlio e come madre del figlio e che esso rappresenti una forma di «esclusione concettuale/morale» del figlio medesimo, inteso in guisa di mero strumento pel raggiungimento di una *voluntas/voluptas* solipsistica, ma è altrettanto ovvio – si badi bene – che l'egoismo *de quo* rappresenti anche una forma di esclusione concettuale/morale dell'altro genitore e quindi della coppia in quanto tale: l'altro genitore, infatti, fuori dalla coppia-famiglia umana, è inteso dal primo in guisa di mero mezzo per l'ottenimento del risultato praticamente voluto, onde la volontà egoistica di figliare *extra familiam* (intesa come volontà egoistico-edonistica di porre le premesse per la figliazione, o di compiere

---

<sup>230</sup> È noto, infatti, che Arturo Schopenhauer definisce il c.d. egoismo pratico come quella *facies* dell'egoismo “che considera e tratta realmente come persona solo la propria persona, e tutte le altre invece come meri fantasmi” (SCHOPENHAUER, *Il mondo come volontà e rappresentazione*, I 124-125, § 19, trad. it. a cura di Giametta, Milano, Bompiani, 2006, pag. 231).

l'atto sconiurandone l'effetto) non è, né potrebb'essere «comune» a entrambe nel senso più pregno dell'espressione e un tanto – lo appuntiamo *per incidens* – in quanto la comunione in sé, *maxime* se si tratta di comunione umano(-familiare)-procreativa, propriamente detta, postula non solo un'identità di intenti e un consenso materiale intorno all'atto (elemento di per sé sufficiente ai fini dell'associazione, compresa quella «a delinquere», o della società), ma presuppone, anche e principalmente, una compartecipazione morale dello «essere dell'altro» e quindi la comunione *de qua*, per essere comunione procreativa *in se* umana e non mero «accoppiamento»,<sup>231</sup> presuppone, da parte dell'uomo e della donna, un atto di reciproco e vicendevole riconoscimento della comune e identica soggettività/dignità giuridica e presuppone il riconoscimento, nella oggettività di questa, della «natura → funzione» regolativa e normativa che essa ha, con riguardo alla condotta di ambedue i soggetti *de quibus* come singoli e come coppia. Insomma: per aversi comunione vera e propria e in particolare per aversi comunione nell'ordine della procreazione umana (ordinata *in se*), è vieppiù necessario che l'uomo e la donna riconoscano, così in sé medesimi, come nell'altro, l'essere oggettivo della loro natura e in questa, la comune *regula actionis*... vale a dire la *regula actionis* ontologicamente propria di ciascheduno (e per ciò comune a entrambe) e obiettivamente idonea a rappresentare il criterio «dello» (e «per lo») operare storico di ambedue. Nel rispetto e nell'ordine di siffatta «essenza ontologica», la quale determina l'eguaglianza sostanziale «dello» uomo e della donna e «tra» l'uomo e la donna, allora, la comunione medesima è e deve essere realizzata pel fine suo proprio, non per un fine purchessia, arbitrario, egoistico e convergente, per mera avventura, nel medesimo *velle*-strumentale, *ergo*... essa dev'essere realizzata per un fine innanzitutto

---

<sup>231</sup> Si badi: gli animali si accoppiano, ma il loro accoppiamento non è patologico inquantoché esso è conforme alla di loro natura, dalla quale, infatti, il principio della famiglia è del tutto alieno.

umano, dacché l'umanità stessa del fine rende il fine medesimo coerente con lo statuto ontologico degli enti che danno luogo alla comunione in parola, di talché, nel caso di specie, la necessaria umanità del fine si riverbera e anzi si traduce nell'umanità del fenomeno procreativo, dunque... nella sua razionalità, legittimità, giuridicità, moralità e libertà (ontologiche). Il τέλος della coppia umana, allora, non può e non potrebbe mai essere egoistico(-pratico), pena una *petitio principii*: la comunione in sé e la coessente coerenza dello scopo di essa alla natura del vincolo umano realizzato dai soggetti *de quibus*, infatti, esclude *ex se* l'opzione solipsistica e porta i soggetti stessi fuori dalla «isola» dell'egoismo, già proiettandoli – se così possiamo dire – verso una dimensione ontologicamente loro propria, come soggetti e loro comune, come coppia. La famiglia umana, invero, la quale è per essenza comunione-di-vita libera, morale, giuridica e legittima tra un uomo e una donna, per sua stessa natura esclude radicalmente ogni anche più lata forma di egoismo riconducibile al marito e/o alla moglie: essa, infatti, postula, nell'ordine della citata *affectio coniugalis*, il dono reciproco di sé all'altro, pel bene oggettivamente comune di entrambe e pel fine oggettivamente proprio della comunione stessa, quale punto è la tensione al fenomeno procreativo e alla conseguente cura umana della prole. Nel caso di specie, *au contraire*, vale a dire nel caso della figliazione illegittima (*id est*, fuori dal contesto familiare suo proprio), vi è solo una reciproca reificazione, da parte dell'uomo e della donna, funzionale all'ottenimento di uno scopo ritenuto meritevole d'essere kantianamente perseguito, tale per cui i soggetti stessi si uniscono e uniscono i loro corpi, pur senza mettere nulla in comune e pur senza creare alcuna forma di umana comunione e ciò, al solo fine di ottenere un risultato pratico contingentemente ritenuto capace di soddisfare un desiderio altrettanto contingente, sicché... l'incontro fisico tra i soggetti *de quibus* non è conseguenza di un incontro morale, fondativo di una comunione umana, nell'ordine dell'*affectio coniugalis*, come è e come

dev'essere nella famiglia, ma è un mero «passaggio procedurale» inevitabile per (tentare di) realizzare lo scopo arbitrariamente prefissato, dall'uno e dall'altro, in modo autonomo, anzi... in modo egoistico! Se questo è chiaro, allora, è altrettanto chiaro che il nocumento oggettivo subito dal «figlio senza famiglia», pel fatto stesso di non «avere» la propria famiglia e di non potere conseguentemente vivere nel contesto naturale di essa, alligna (salvo che si tratti di un errore, comunque loro imputabile) nell'opzione dei suoi stessi genitori di accedere alla procreazione col mero scopo di soddisfare un loro desiderio, quello della genitorialità, tutt'affatto autoreferenziale e fine a sé stesso (*rectius*, al compiacimento di sé stessi): la figliazione fuori dalla famiglia (umana) e a prescindere o indipendentemente da essa, infatti, non postula le premesse umane e razionali del concepimento, quale atto realizzato assieme, dai coniugi (*una caro*), nella reciproca donazione di sé all'altro e nell'aspirazione comune alla *datio vitae*, intesa come aspirazione comune al dono della vita da fare congiuntamente al figlio, senza riserve e senza condizioni, ma presuppone un egoistico e assoluto desiderio di soddisfare il proprio contingente (magari genuino, non lo si discute, è ovvio) volere, strumentalizzando non solo sé stessi e il proprio corpo, ma anche l'altro soggetto coinvolto e il suo corpo, nonché il figlio concepito e poi nato, il quale, in siffatto contesto, diviene nulla più che l'istrumento pei genitori funzionale alla soddisfazione grezza e immediata del loro desiderio di essere tali (a meno che non si tratti, con riguardo al figlio *de quo*, di un mero «incomodo» dovuto a un *error in procedendo* relativo al compimento degli atti cc.dd. procreativi, non supportati *ex ante* dalla volontà [*rectius*, dal desiderio] del loro effetto naturale). In questo caso, infatti, i genitori *de quibus* non hanno posto in essere l'atto funzionale alla procreazione nel perseguimento del fine proprio dell'unione coniugale (che non c'è) e quindi non l'hanno posto in essere in guisa di atto di libera, morale, umana, giuridica e legittima auto-determinazione procreativa, con conseguente

(auto-)assunzione altrettanto libera, morale, umana, giuridica e legittima di tutte le obbligazioni ch'esso comporta, ma lo hanno posto in essere – potremmo provocatoriamente dire – *uti singuli*, cioè usando l'uno dell'altro e ambedue del figlio... strumento del piacere di entrambe. Tutto ciò, ovviamente, accade e si verifica nell'effettività di in un (regime di) disordine irrazionale, il quale è in sé perverso e il quale lo rimane – si badi molto bene – ancorché da esso germini qualche cosa di assolutamente buono come è una nuova vita e segnatamente come è la vita del *conceptus*; né, però, la bontà ontologica di quest'ultima può determinare una diversa e opposta qualificazione assiologica della condotta realizzata dai genitori *de quibus* e non può nemmeno superare il *vulnus* concettuale e logico che essa stessa determina alle prerogative legittime del figlio medesimo: in questo caso, infine, la condotta dei genitori è e rimane una condotta illecita innanzitutto nei confronti del loro figlio e ciò... proprio perché essa si sostanzia non in un atto umano tendente all'umana procreazione e cura della prole, quanto piuttosto in un atto disumano, tendente al disumano e irresponsabile accoppiamento e alla disumana e irresponsabile figliazione. Da un tanto, allora, deriva la frustrazione e anzi la radicale negazione del diritto del figlio ad avere la propria famiglia e a vivere normalmente in essa.<sup>232</sup> Che poi il «contegno intimo» dei genitori abbia luogo pel mero piacere fisico dell'atto, o pel piacere «sociale» dell'eventuale prodotto di esso, poco rileva: nel primo caso la possibile figliazione rappresenterà l'effetto di un errore operativo (*error in procedendo*), mentre nel secondo essa rappresenterà il

---

<sup>232</sup> Si badi: il problema non può essere «spostato» sul piano – potremmo dire, con una battuta – dell'albero genealogico, in quanto il diritto del figlio ad avere la propria famiglia e a vivere in essa non si esaurisce nel mero diritto del figlio stesso – pur sussistente, sia chiaro – a conoscere le proprie origini. Anzi... a ben intendere le cose potremmo dire che questo secondo diritto consegue al primo, in quanto il soggetto ha il diritto a conoscere la propria «storia biologico-familiare», proprio perché egli diritto di avere la propria famiglia e di vivere in essa. Sicché il diritto alla consapevolezza delle proprie origini e il diritto all'indagine sulle stesse, peraltro latamente richiamato dagli artt. 7 e 8 della nota Convenzione di Nuova York del 1989 (ratificata dall'Italia con la L. 176/1991) da un lato non si escludono e dall'altro si implicano, sia pure in modo non così diretto.

risultato effettivamente voluto; in entrambe le circostanze, comunque, la scelta operata dai genitori, mercé un atto di esercizio del loro libero arbitrio, è e rimane oggettivamente foriera di un danno e quindi di un'*iniuria* in sé, pel proprio figlio, verso il quale, infatti, essi stessi vengono meno (o sono venuti meno) al loro dovere di farlo vivere in una famiglia umana che sia la sua e che sia ordinata secondo il principio che le è oggettivamente/naturalmente proprio. Ogn'altro aspetto, secondo la nostra sensibilità, perde «cittadinanza logica» in seno a questo discorso; soprattutto – sempre a nostro avviso – non ha cittadinanza alcuna la (ipotetica) tesi che abbia a sostenere l'impossibile configurabilità del danno *de quo*, a carico dei genitori, sulla scorta di una (pseudo-)argomentazione la quale consideri unitariamente e inscindibilmente il fatto del concepimento-nascita con quello della privazione del diritto alla famiglia, come a dire che il primo, avvenendo di fatto in un contesto *extra*-familiare, rappresenti non solo la condizione di esistenza del figlio (buona in sé) *sic et simpliciter*, ma addirittura la condizione necessaria del «modo di essere» della sua stessa esperienza di vita e del suo stesso rapporto coi genitori, onde i genitori medesimi, per evitare il danno *de quo* e la responsabilità che ne deriva, avrebbero solamente la (im-)possibilità materiale, ma non certo giuridica (!), di sopprimere il figlio (attraverso l'omicidio che, in questo caso, si chiamerebbe aborto), eppertanto, di evitarne la nascita e così di evitarne il danno che a essa conseguirebbe *ex se*... Sicché, facendo nascere e crescere il figlio, pur nel «contesto di illegittimità» *extra*-familiare in cui esso è stato concepito (per volontà arbitraria o per «errore materiale»), il fatto stesso della sua nascita (e prima ancora quello del suo concepimento) farebbe venire meno *ex funditus* l'antigiuridicità della condotta dei genitori e quindi impedirebbe *ex se* di ritenere sussistente (in capo al figlio *de quo*) un danno da privazione del contesto familiare, in qualsiasi forma quest'ultimo abbia a essere declinato; un tanto – si badi bene – proprio in quanto la privazione del



contesto familiare, *de qua*, verrebbe assurdamente intesa in guisa di *condicio sine qua non* della vita e della esistenza stessa del figlio, in una sorta di *aut-aut* concettuale, tale per cui il figlio stesso, o nasce/vive *extra familiam*, non avendocela per scelta (colpa o dolo) dei proprii genitori, o non nasce/vive affatto... Ora, se da un lato siffatta «alternativa infelice» potrebbe anch'essere, in un certo senso, rispondente alla effettività – lo vedremo meglio in appresso – dacché il vincolo familiare non può trovare causa in senso proprio nell'adempimento delle obbligazioni genitoriali, causa essendone l'*affectio coniugalis* e quindi, se quest'ultima manca, il figlio o nasce fuori dalla famiglia che oggettivamente non c'è e non può esserci, o non nasce proprio, da un altro lato essa pone un «termine di scelta» del tutto inconferente e fuorviante – almeno secondo la nostra sensibilità – imperocché il problema *de quo* non gravita attorno all'asse del diritto alla vita/nascita del figlio e del possibile bilanciamento di esso con fattispecie diverse e contrastanti, ma gravita attorno all'asse concettuale (diverso) relativo all'adempimento delle obbligazioni genitoriali conseguenti al fatto del concepimento, onde non può dirsi e nemmeno può ipotizzarsi – evidentemente – che per evitare il danno derivante da una loro frustrazione abbia a potersi paventare la lesione di un diritto tutt'affatto diverso, né può dirsi – analizzando la questione «in positivo» – che il rispetto del primo faccia venire meno, *ex ipso facto*, la violazione del secondo... Ebbene, noi non riteniamo sia né lecito, né razionale, né logico aderire a un'impostazione siffatta (la quale «odora» di *commodus discessus*, più rettorico che dialettico): vero è, alfine, che altro è il concepimento e la nascita – in sé sempre e necessariamente buoni – e altro, tutt'altro, è il contesto educativo-formativo in cui il figlio avrebbe da essere cresciuto ed educato (umanamente): infatti, se è oggettivamente vero che la vita del figlio sia sempre un bene per lui e in quanto tale rappresenti sempre un suo diritto

(giammai un'*iniuria*!), senza riserve e/o bilanciamenti<sup>233</sup> di alcun genere, è altrettanto vero che privarlo del contesto naturale di vita e di formazione personale, rappresentato dall'ordine della propria (!) famiglia, è e invero sempre e necessariamente un male per lui, eppertanto un'*iniuria* a suo danno, un'*iniuria*, cioè, la quale, per quanto possa essere inevitabilmente legata alle circostanze contingenti del suo stesso concepimento e per quanto possa essere obiettivamente insuperabile, è e resta tutt'affatto riferibile non già al *quia* della sua vita/nascita, ma piuttosto alla dinamica dell'adempimento degli obblighi genitoriali verso di lui. Quest'ultima fattispecie – si badi bene – non interessa, almeno direttamente, il problema (diverso, anche se connesso, ovviamente) relativo al rispetto del (diverso) diritto alla vita del figlio stesso, ma riguarda una diversa dimensione del dovere genitoriale: un conto, infatti, è rispettare il diritto alla vita, portando a termine la gravidanza e provvedendo alle cure necessarie pei fini dell'umana sopravvivenza della persona e un conto diverso è adempiere gli altri e differenti obblighi che conseguono alla «condizione» di genitore: nel primo caso, allora, si staglia il παράδειγμα del generale dovere di *neminem laedere*, il quale si adempie e si soddisfa colla «semplice» astensione da condotte lesive, ovviamente intese anche nell'ambito delle fattispecie cc.dd. commissive mediante omissione, nel secondo caso, invece, emerge il diverso e più complesso dovere di una condotta attiva, la quale si sostanzia, in termini generali, nella cura umana della prole e in particolare nell'inserimento della stessa in un contesto ontologicamente ordinato secondo i principii umani della famiglia *in se*. Nessuno, infatti, può o potrà legittimamente contestare, ai genitori, di avere dato la vita al proprio figlio e in ciò di avergli nuociuto, qualsivoglia sia stata la condizione del concepimento e della nascita, se mai – ma questo è un discorso diverso, *ça*

---

<sup>233</sup> Il bilanciamento è sempre antigiusuridico, perché esso si sostanzia nel sacrificio di un diritto operante non col criterio della giustizia, ma con quello dell'opportunità.

*va sans dire* – potrà rimproverarsi, all'uomo e alla donna *de quibus*, la loro condotta con riguardo alla violazione (forse si potrebbe parlare di abuso) del loro diritto all'autodeterminazione procreativa, avendo posto le premesse di fatto per procreare, pur non avendone (essi stessi) avuto il diritto (soggettivo); allo stesso modo, però, questa «evidenza logica» del concepimento e della nascita come «bene assoluto» pel figlio, non supplisce alle deficienze della condotta dei genitori in ordine all'adempimento dei loro doveri, dacché il rispetto del diritto alla vita del figlio non esaurisce il contenuto delle obbligazioni che gravano in capo al genitore: così come, infine, il fatto di avere dato la vita al proprio figlio non legittima i di lui genitori a sopprimerlo, dacché ciò rappresenterebbe una negazione di un diritto subiettivo suo proprio e così come il fatto di avere dato la vita al proprio figlio non legittima i genitori a venire meno al dovere di mantenerlo, di istruirlo e di educarlo, allo stesso modo il concepimento illegittimo (*id est*, avvenuto in un contesto irrazionale, disumano, immorale, antiggiuridico, ovverosia... *extra familiam*) e la nascita di esso in una condizione di «oggettivo disordine», non rendono legittima, da parte dei genitori, la negazione al proprio figlio di uno sviluppo morale e materiale all'interno del naturale contesto familiare suo proprio e ciò... per quanto siffatta circostanza oggettiva sia e resti del tutto insuperabile. Si tratta, insomma, di situazioni e di fattispecie del tutto distinte tra loro: altro è il fatto del concepimento e della nascita, con riguardo al diritto del figlio, altro è il contesto in cui ciò è avvenuto con riguardo alla posizione subiettiva dei genitori e altro ancora è il «possibile» o «impossibile» adempimento dei proprii doveri genitoriali da parte di chi ha concepito il figlio e il profilo di responsabilità che ne deriva. È del tutto ovvio, ora – riprendendo il cenno poc'anzi proposto all'attenzione del Lettore – che il contesto familiare *de quo* non possa essere «creato» dai genitori pel/col solo scopo di adempiere (bene) i proprii doveri verso il figlio e pel/col solo scopo di non lederlo in

una sua legittima prerogativa giuridica e ciò... dacché esso postula, tra i coniugi, quel vincolo dell'*affectio coniugalis* e quei presupposti che da esso derivano, i quali certo non possono dipendere o essere comunque ingenerati dal fenomeno della figliazione: questo «dato di fatto», però, il quale registra una situazione contingente non superabile, cagionata a monte da un'opzione illegittima dei soggetti *de quibus*, insuscettibile d'essere receduta (*quod factum est, infectum fieri nequit*), quale punto è quella che ha comportato il concepimento *extra familiam* del figlio in parola, non toglie nulla alla sostanziale *iniuria* che il «figlio senza famiglia» oggettivamente subisce «per colpa» dei proprii genitori. Se questo è vero, allo stesso modo dev'essere vero, ora, che il danno *de quo*, i cui presupposti remoti si integrano col concepimento fuori dal matrimonio, *id est* fuori dalla famiglia umana, può essere «evitato» attraverso la formazione libera, umana, razionale, giuridica, consapevole e responsabile, da parte dei genitori, della loro famiglia se, ovviamente, ne sussistono i presupposti oggettivi: l'*iniuria* al figlio che si troverebbe a dovere vivere senza la propria famiglia, eppertanto esternamente a essa, cioè, può essere evitata col matrimonio c.d. riparatore tra il padre e la madre, anche se – si badi molto bene – in questa sede la riparazione in quanto tale, non rileva (avendo essa a oggetto non già il danno al figlio, il quale non si è ancora verificato, ma piuttosto il nocumento alla dignità e alla reputazione dei futuri genitori [della donna, ma noi diremo anche dell'uomo<sup>234</sup>]) e non rileva perché essa non va a sanare in via diretta una situazione di *iniuria* ai danni del figlio, ma va a ordinare umanamente, razionalmente, giuridicamente, moralmente e liberamente una situazione di disordine nel rapporto tra i genitori, costituendo, tra di essi,

---

<sup>234</sup> È vero che la gravidanza fuori dal matrimonio è motivo di vergogna per la donna, ma è altrettanto vero che essa, intesa in guisa di concepimento d'un figlio, è motivo di biasimo anche per l'uomo e ciò, non per ragioni di assurda parificazione tra i generi, ma piuttosto perché per l'uomo e per la donna, allo stesso modo, è irrazionale, immorale, antigiuridico, disumano e non-libero figliare fuori dal contesto naturale in cui la figliazione stessa dovrebbe avvenire, dacché ne rappresenta l'elemento teleologico-ontologico.

quella che è che deve essere la loro famiglia. Di talché... l'essere oggettivo, umano, libero, giuridico, morale e razionale della famiglia, tra il padre e la madre, consente agli stessi, per tutta conseguenza, di potere adempiere pienamente le proprie obbligazioni verso il figlio e segnatamente l'obbligazione di farlo vivere umanamente, all'interno della sua famiglia umana. *Per incidens* si rilevi questo e cioè che la costituzione *subsequens* della famiglia, da parte del padre e della madre del concepito (*matrimonium subsequens legitimos facit*), per essere idonea a porre veramente gli stessi nella condizione di fatto, di diritto e di ordine necessaria ad adempiere le obbligazioni genitoriali loro proprie, dev'essere essenzialmente e autenticamente tale, vale a dire ch'essa dev'essere oggettivamente rispondente ai principii suoi propri e segnatamente... essa dev'essere informata, quanto al vincolo tra l'uomo e la donna *de quibus*, dall'*affectio coniugalis* e quanto allo scopo del loro rapporto, dal carattere teleologico-ontologico dell'apertura alla naturale procreazione e alla cura umana della prole (rimandiamo, per ogni altra, ulteriore considerazione a quanto detto *supra* sul tema); insomma: non deve trattarsi di un «rimedio formale» per un «danno sostanziale», la qualcosa, infatti, varrebbe quanto tentare di sanare un'*iniuria* con un'*iniuria* diversa, ma deve trattarsi di un atto libero di assunzione umana, giuridica, morale e razionale di responsabilità verso sé stessi e verso l'altro... potremmo dire, infondo, ma non vorremmo essere fraintesi, che nell'ambito di questa auto-decisione dell'uomo e della donna di costituire una famiglia, dopo avere già concepito un figlio, la prospettiva del figlio non dev'essere considerata (quantomeno in guisa di movente prossimo della stessa) e la decisione *de qua* va presa, da parte dei genitori medesimi, come se il figlio non ci fosse e come se l'obbligazione di farlo vivere nella sua famiglia non gravasse sul loro capo. Non si tratta – è inteso – di ragionare nel periodo ipotetico dell'irrealtà, vale a dire di non ragionare affatto, ma di fantasticare, si tratta, piuttosto, di comprendere bene il termini

del problema per risolverlo con una soluzione che, se possibile, sia la sua soluzione, di talché il problema non va affrontato nella dimensione giuridica del figlio o, se si preferisce, nella dimensione giuridica delle obbligazioni genitoriali, ma va affrontato nella dimensione giuridica dell'uomo e della donna in quanto coppia, vale a dire ch'esso deve essere affrontato e risolto ordinando il rapporto tra i soggetti *de quibus* secondo i principii proprii della famiglia umana, indipendentemente da ogn'altro aspetto relativo a terzi soggetti. Un tanto – si badi – non per irresponsabilità, ma per responsabilità razionale, logica, morale e giuridica: nel caso in cui, infatti, i genitori in parola procedessero a formare una famiglia col mero scopo di offrire al loro figlio un contesto formal-familiare e col mero scopo di adempiere formalmente, sotto questo profilo, alle loro obbligazioni, ciò determinerebbe un sovvertimento tale dell'*ordo familiae*, in virtù del quale non solo i soggetti in parola violerebbero, per sé stessi e vicendevolmente, abusandone, il proprio diritto all'autodeterminazione familiare (sì da realizzare, di fatto, una violenza a sé medesimi e all'altro), ma neppure riuscirebbero nell'intento operativo da essi perseguito, imperocché l'obbligazione verso il figlio non si adempie e non si può adempiere attraverso la formalistica costituzione di un *phantasma familiae*, vale a dire... di una famiglia purchessia, definita dal mero vincolo genitoriale e occasionata solamente da esso, ma si adempie e si può adempiere solamente colla costituzione della «sua» famiglia, la quale sia una famiglia-in-sé e segnatamente una famiglia in-sé-umana; di talché... è del tutto evidente che un legame formalistico tra i genitori, non ordinato secondo i principii familiari, al di là del rispetto più o meno rigoroso di formule sacramentali, sia vieppiù inidoneo a dare luogo alla famiglia cui il figlio avrebbe diritto in quanto tale: egli, insomma, continuerebbe paradossalmente a non-avere la propria famiglia, pur vivendo con genitori formalmente sposati. Oltre a questo, peraltro, un *phantasma familiae* che resti orbato del *proprium familiae* invero in sé stesso una forma

di abuso del diritto, dell'uomo e della donna, di auto-determinarsi liberamente, legittimamente, razionalmente e giuridicamente in ambito personale-familiare e ciò, proprio in quanto un situazione siffatta, oltre a frustrare i principii dell'ordine familiare, rappresenta una forma di arbitraria strumentalizzazione, da parte dei soggetti *de quibus*, di sé stessi e del «coniuge-formale».

Un tanto precisato non vi sia dubbio, ora, sul significato da attribuire alla dizione «propria famiglia», con riguardo alla posizione del figlio: quivi, infatti, non rilevano questioni tecnico-legali da dirimere sulla base di articolati stilemi concettuali, afferenti a un eventuale e del tutto irrilevante rapporto tra dante e avente causa, né rileva il problema dell'esercizio in concreto e della titolarità della c.d. potestà genitoriale (assurdamente derubricata a responsabilità genitoriale<sup>235</sup>), la quale segue o può seguire «vie giuridiche» dipendenti dalle più disparate variabili, no... quivi la questione, pur nella sua strutturale trilateralità (padre/madre; marito/moglie; genitori/figlio), è di lapalissiana chiarezza ed è immediata all'intelligenza della ragione, dacché essa trova la sua più semplice soluzione – a nostro avviso, almeno – nell'evidenza della *natura rerum*, onde la famiglia «del» figlio, quale famiglia oggettivamente propria di lui, se effettivamente c'è, essa è «nel» ed è rappresentata «dal» rapporto umano, libero, giuridico, morale e razionale dei di lui genitori e tra i di lui genitori (biologici, se si vuol essere cauti rispetto al nostro tempo, ma... ve ne sono forse di altro tipo? Esistono forse genitori non-biologici?<sup>236</sup>), rapporto nel quale, come di

---

<sup>235</sup> La recente riforma del Codice civile – lo segnaliamo solo *per incidens* – ha inteso sostituire la dizione «potestà genitoriale» colla dizione «responsabilità genitoriale»: la sostituzione è priva di significato: da un lato, infatti, la potestà postula e comporta una responsabilità, la quale ne è il carattere dirimente rispetto al potere arbitrario e dall'altro la responsabilità senza potestà non coglie l'essenza del rapporto tra genitori e figli, erroneamente collocandolo nell'ambito di una dimensione simil-contrattuale.

<sup>236</sup> Alla domanda posta nel Testo dovrebbe darsi solamente una risposta negativa, imperocché non esistono altri genitori rispetto a quelli che hanno generato il figlio: nessuno è o può essere genitore in senso proprio, infatti, se non ha generato. Ciò detto, è mestieri di considerare il problema della c.d. genitorialità adottiva: è ben vero, allora, che attraverso l'istituto

già segnalato, il figlio stesso, in quanto figlio, avrebbe diritto di nascere, di crescere e di essere educato pur senza averne concorso alla formazione e pur non potendovi concorrere, data la distinzione netta e radicale tra la causa del rapporto coniugale ( $\leftrightarrow$  *affectio coniugalis*) e la causa del (diverso) rapporto genitoriale ( $\leftrightarrow$  figliazione in sé). Invero, allora, se solo le due persone che hanno oggettivamente generato il figlio grazie allo «incontro fecondativo» dei proprii gameti, sono e possono dirsi genitori di lui in senso proprio, solo il loro rapporto, se e in quanto informato secondo i principii della famiglia umana (!) – cosa niente affatto da dare per scontata, come veduto (la figliazione può, infatti, anch'essere illegittima, *id est* può avvenire *extra familiam*) – è e può essere effettivamente e correttamente considerato in guisa di «famiglia del figlio» in senso stretto: la trilateralità dello schema naturale, nella sua struttura oggettivamente fissa, è del tutto evidente ed è definita dalla coesistenza del rapporto coniugale (tra la madre del figlio e il padre del figlio) e del rapporto genitoriale (tra il figlio e ciascheduno dei proprii genitori,) nella natura e nella funzione oggettiva della famiglia medesima, laonde il primo abbia a ordinare in senso giuridico e morale la relazione tra l'uomo e la donna, in guisa di epifenomeno dell'esercizio del di loro diritto soggettivo all'autodeterminazione familiare e il secondo abbia a definire il vincolo obbligatorio tra genitori e figli, adempibile, sotto il profilo che quivi interessa, solo nell'ambito del detto contesto familiare-naturale, di talché... il rapporto «padre ~ madre» e il vincolo «genitori  $\leftrightarrow$  figlio», si completa nell'ordine proprio della relazione  $\pi\acute{\alpha}\nu$ -familiare «marito  $\leftrightarrow$  moglie  $\equiv$  madre  $\leftrightarrow$  padre ► genitori  $\leftrightarrow$  figlio». Ogn'altra situazione contingente, per quanto possa giovare alle ragioni della cura e dell'educazione del figlio *de quo*, è e dev'essere ritenuta innaturale ancorché

---

dell'adozione, un soggetto, pur non essendo genitore e anzi, proprio perché non è genitore, può procedere all'adozione di una persona, la quale non essendo figlio suo, può diventarlo per legge e così lui può diventarne il genitore adottivo. La formola genitore adottivo (padre adottivo ÷ madre adottiva), come la formola figlio adottivo, però, sono tutt'affatto improprie, anche se opportune, dacché esse snaturano in un certo senso l'essere della genitorialità.



essa sia necessaria e financo inevitabile: vale a dire che qualora il figlio non possa vivere nel contesto della propria (!) famiglia (!), per i più vari motivi, egli stesso, pur potendo ricevere sul piano materiale e morale tutto ciò che giova alla sua crescita e alla sua formazione, è e rimarrà sempre orbato di un suo diritto naturale; che poi siffatta privazione/*iniuria* sia «assoluta» e abbia da imputarsi a colpa o a dolo dei genitori, ovvero sia «relativa» e abbia da imputarsi ad accidenti imponderabili (potrebbe trattarsi di un orfano, a titolo d'esempio), questo rappresenta un discorso diverso il quale, come si suole dire, si commenta da sé e da sé esprime l'*ubi consistam* del problema trattato. *In primis*, allora, occorre considerare la privazione della famiglia come qualche cosa di diverso rispetto alla privazione del rapporto o, meglio, della cura genitoriale, dacché – lo abbiamo veduto – il figlio può patire la lesione del proprio diritto ad avere la propria famiglia e a vivere nella propria famiglia, pur avendo rapporti con ambedue i genitori e pur convivendo con essi: è il caso, ovviamente, dei genitori-non-coniugi, i quali abbiano figliato *extra familiam* e i quali non abbiano costituito, tra di loro, una famiglia che sia la loro *in se* e che, essendo la loro, sia anche quella del loro figlio (come accade quando i genitori convivono dis-umanamente/irrazionalmente/anti-giuridicamente/im-moralmente al modo dei concubini); *in secundis*, poi, è mestieri di considerare la privazione della famiglia, come conseguenza della privazione (unilaterale o bilaterale) del rapporto genitoriale, vale a dire che si verifica una fattispecie del tutto diversa da quella testé paventata, qualora il figlio venga a essere privato della propria famiglia pel venire meno d'uno e d'entrambe i suoi genitori. Le due situazioni sono ben distinte e ben distinguibili – a nostro avviso – e proprio nella loro diversità strutturale esse mettono in chiara luce l'essenza del «diritto alla propria famiglia» e le peculiarità ontologiche dello stesso, rispetto al diverso «diritto alla cura genitoriale»; vediamo bene, allora, di comprendere i termini del problema, anche con riguardo alla disciplina

normativa sul punto, ch     interessante assai per cogliere la *Weltanschauung* dell'Ordinamento vigente. Ebbene,   ognorpi  vero che proprio la necessit  di apprestare al «figlio senza genitori» guarentigie necessarie a sopperire le deficienze della condizione contingente (effettiva, ma non reale) in cui egli si trova, come possono essere i provvedimenti che lo collocano in un orfanotrofio *lato sensu* inteso (pu  trattarsi anche di una c.d. casa famiglia<sup>237</sup>) o che lo dichiarano adottabile e che ne dispongono l'adozione – unico «problema» che l'Ordinamento si pone e che tenta di risolvere – esprime *ex se* la necessit  della famiglia e il diritto del figlio alla stessa, ancorch  ci  emerga – si badi bene – in forma indiretta e *per implicitum*, in quanto, propriamente parlando, i provvedimenti *de quibus* hanno ufficio non di surrogare l'insurrogabile, vale a dire di dare al figlio la famiglia che non potr  mai essere la sua, ma adempiono la (provvida) funzione di porre il minore nelle «mere» condizioni per potere ricevere ci  che egli stesso avrebbe avuto diritto di ricevere, dai propri genitori, nell'ambito della propria famiglia. Il problema, dunque,   pi  profondo e pi  radicato di quanto possa *ictu oculi* parere: questo, infatti, non si pu  risolvere in una forma di «allocazione tecnica» della potest  genitoriale attraverso il ricorso a pur consolidati istituti giuridici (come potrebb'essere quello), ma involge il significato del diritto alla famiglia, imponendo di distinguere siffatta situazione giuridico-naturale dalla mera condizione di fatto della genitorialit  (ovviamente foriera di obbligazioni): altro, invero,   il problema dell'esercizio delle veci dei genitori e dell'adempimento dei doveri (*rectius*, delle obbligazioni) di cura che tale ufficio importa verso il minore e altro   il pi  grave problema della infungibilit  dell'ambiente familiare e del diverso,

---

<sup>237</sup> *Recte*, di una “comunit  di tipo familiare” *ex art. 2 co. II L. 149/2001*, regolamentata dal D.M. 308/2001: in particolare l'art. 3 precisa che “le comunit  di tipo familiare [...] che accolgono fino ad un massimo di sei utenti [...] minori o adolescenti [...], per i quali la permanenza nel nucleo familiare sia temporaneamente o permanentemente impossibile o contrastante con il progetto individuale, devono possedere i requisiti strutturali previsti per gli alloggi destinati a civile abitazione”.

ma correlato, dovere dei genitori di dare al proprio figlio la sua famiglia naturale; il primo è un problema che «agevolmente» si supera cogli strumenti (giuridici in sé) dell'Ordinamento, il secondo, invece, è un problema insuperabile, dacché l'essere in sé della realtà familiare non si presta a surrogazioni normative e non può essere ridotto al modo di adempiere obbligazioni *lato sensu* materiali verso chi ha titolo per ricevere (anche, ma non solo) le provvidenze del mantenimento, dell'istruzione e dell'educazione. Se è vero, infatti, che i «contesti» in cui i minori debbono essere «inseriti», qualora i loro genitori non adempiano o non possano adempiere le obbligazioni (*lato sensu* materiali) verso di essi, dovrebbero essere il più possibile strutturati secondo il παράδειγμα della famiglia umana (apparentemente parrebbe essere questa la *ratio* della L. 184/1983, ma non è così), è altrettanto vero che quest'ultima rappresenta e deve rappresentare lo ὀρχέτυπον naturale del luogo in cui il figlio medesimo dovrebbe essere umanamente cresciuto; è del tutto ovvio, allora, che lo ὀρχέτυπον in parola non possa ridursi al contesto di fatto, rappresentato dalla mera coabitazione del figlio coi proprii genitori e di questi tra loro (com'è nelle *rationes* del Sistema positivo), dovendo essere oggettivamente informato dal principio ordinatore dell'unione medesima in guisa di famiglia umana, il quale principio, pur esigendo il dato della coabitazione, concettualmente eccede quest'ultimo, rendendone giuridica ragione sotto il profilo dell'ontologia della causa del rapporto coniugale e del fine di questo. È ovvio, ora, che l'Ordinamento non possa superare il *vulnus* della deficienza familiare: la famiglia, infatti, o c'è perché c'è *naturaliter* o non c'è affatto, ma è altrettanto ovvio che la struttura familiare-naturale abbia a rappresentare *in se* il modello cui l'Ordinamento stesso ha da ispirarsi, per superare quel (diverso) *vulnus* che è suo proprio compito di superare, vale a dire per superare il *vulnus* relativo all'adempimento delle obbligazioni (*lato sensu*) materiali proprie dei genitori, quando essi non vi adempiano verso il figlio o

non vi possano adempiere. È ben chiaro, allora – almeno secondo la nostra sensibilità – che vi siano due piani del ragionamento e dell’analisi: il primo piano riguarda il diritto del figlio alla propria famiglia, mentre il secondo riguarda il diritto del minore alle cure genitoriali. Che questi due piani si intersechino è tutt’affatto ovvio, imperocché i genitori hanno il dovere di mantenere, istruire ed educare i figli e hanno (*rectius*, avrebbero) il «dovere naturale» di farlo all’interno della loro famiglia, onde... la normalità teoretica della situazione è data dalla famiglia umana ove i genitori adempiano tutte le loro obbligazioni verso il figlio e, come coniugi, l’uno verso l’altro; che, però, non vi sia la necessità concettuale di tenere distinti questi due aspetti dello medesimo problema è altrettanto chiaramente da escludere. Vero è, infatti, che da un lato i genitori possono adempiere le loro obbligazioni materiali senza adempiere quella di dare al proprio figlio la «sua» famiglia naturale (il caso del figlio di conviventi *more uxorio*) e che da un altro lato, quest’ultima può esservi (formalmente), pur dando luogo a situazioni patologiche tali per cui il figlio non riceva tutte quelle «provvidenze materiali» che avrebbe diritto di ricevere dai proprii genitori (il caso dei genitori sposati che trascurino i proprii doveri verso la prole), inoltre può darsi una terza ipotesi, nell’ambito della quale il figlio stesso non abbia la propria famiglia e non riceva nemmeno, dai proprii genitori, le cure cui avrebbe diritto (il caso del figlio abbandonato, anche in forma legale *ex art. 30, co. I, D.P.R. 396/2000* nell’ambito del c.d. parto in anonimato<sup>238</sup>). Se questo è vero, allora, è parimenti vero che alla deficienza della famiglia non può trovarsi rimedio alcuno, onde il figlio che ne sia privo patisce un’*iniuria*

---

<sup>238</sup> È stato correttamente osservato che “la norma dell’ordinamento italiano (D.P.R. 396/2000) [è stata (nda)] occasionata da una finalità apprezzabile [...] ma essa si limita a tutelare un non-diritto, vale a dire... il non-diritto (nda)] della madre di liberarsi di ogni obbligazione naturale e di ogni obbligo positivo legati al fatto del concepimento [...] perciò [in quest’ottica (nda)] non rilevano i diritti del figlio [...] onde (nda)] il citato D.P.R. 396/2000 tutela sì la ‘libertà negativa’ della madre ma, per fare ciò è costretto a misconoscere il diritto del figlio a vedere adempiute le obbligazioni naturali dei genitori verso di lui” (CASTELLANO, *Ordine etico e diritto*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, pag. 81).

insuscettibile d'essere ristorata, *viceversa* all'inadempimento delle obbligazioni (materiali) genitoriali, qualunque ne sia la cagione, il rimedio può esservi e può essere strutturato dall'Ordinamento in forme tra le più varie. Detto questo, ora, tosto rileva che le forme *de quibus* non possono essere arbitrariamente definite dalla norma, secondo *rationes* del tutto interne a essa e ciò – si badi – essenzialmente perché lo scopo da raggiungere è oggettivo ed è definito dalla cura *lato sensu* intesa del minore, *ergo* gli strumenti che l'Ordinamento può prevedere a tale fine debbono giuocoforza informarsi ai principii oggettivi del naturale contesto in cui il minore stesso avrebbe (fisiologicamente) avuto diritto di crescere. E di ricevere quanto gli spetta. A questo punto, però, un *caveat* ben giova a mettere ordine in senso alla trattazione: il riferimento, infatti, ai rimedii cui l'Ordinamento ricorre per sopperire alla carenza degl'adempimenti genitoriali, *rectius* alla carenza dell'adempimento delle «obbligazioni materiali» da parte dei genitori (si potrebbero richiamare i brefotrofi dell'*ancien régime*,<sup>239</sup> le moderne [cc.dd.] case-famiglia, o anche la disciplina delle adozioni *ex* L.184/1983 [modificata dalla L. 149/2001] *et similia*), potrebbe dare l'impressione di uno «spostamento» dei termini del problema, da un contesto teoretico-giuridico in senso proprio, sull'*in-se* della famiglia umana e sull'inscindibile asse «genitori-coniugi → figli», a un contesto scientifico-operativo-sociologico relativo alla mera cura dei minori, imperocché il problema affrontato da questi ultimi «rimedii normativi» – come detto – non concerne il diritto del figlio a vivere nella propria famiglia e prima ancora ad avere la propria famiglia, composta dai proprii genitori uniti dal vincolo di coniugio, diritto... che a egli medesimo spetta innanzitutto ed essenzialmente, *ut natura*, verso il padre e verso la madre, ma concerne, propriamente, il diritto del “minore ad una famiglia” (come

---

<sup>239</sup> Come è noto la L. 149/2001 ha previsto la chiusura, entro il 2006, degli orfanotrofi e la collocazione dei minori esclusivamente presso comunità di accoglienza o case-famiglia.

recita il titolo della L. 184/1983, modificato dall'art. 1 della L. 149/2001. Si badi: l'uso delle parole è significativo, talché... parlare di "minore" e non di «figlio» pesa assai nell'economia del discorso, come assai pesa l'uso dell'espressione "una famiglia" piuttosto che «la sua famiglia»), inteso come diritto del minore, verso lo Stato, a vivere e a crescere in un contesto *lato sensu* familiare – sarebbe più corretto dire, in un contesto *lato sensu* genitoriale – ov'egli possa ricevere quanto necessario alla propria crescita e al proprio sviluppo in termini, potremmo dire, di «benessere materiale» (e anche *lato sensu* morale). Al centro, quindi, delle «dinamiche normative» quivi evocate non è collocata la famiglia umana e il diritto del figlio a vivere nella propria (circostanza, peraltro, non suscettibile di previsione normativa, né, *a fortiori*, di coazione, in virtù le già vedute ragioni: la famiglia in sé o c'è o non c'è, non potendosi creare *ad hoc* per adempiere le obbligazioni genitoriali), ma è collocato il diverso problema delle obbligazioni genitoriali e il diverso diritto, del figlio, a ricevere quanto (di materiale) esse contemplano. *Lex imperat, non docet* e in questo caso ben può ricordarsi tale monito, dacché la dizione usata dal Legislatore appare del tutto equivoca e fuorviante, per quanto, effettivamente, essa dia pronta contezza di quelle che sono le opzioni di fondo a livello dell'Ordinamento giuridico positivo: quivi si nota, infatti, quanto poco rilevi, in seno al Sistema, il valore della famiglia o, meglio, la famiglia come valore giuridico-morale... tutto riducendosi a una dinamica, peraltro grandemente discutibile e financo schizofrenica, del vincolo e del rapporto genitoriale, inteso quasi come rapporto economico-negoziale. Vediamo di intenderci. Quando, infatti, l'art. 1 della citata L. 184/1983, nella sua nuova formulazione (definita dalla novellazione di cui alla citata L. 149/2001), recita che "il minore ha diritto di crescere ed essere educato nell'ambito della propria famiglia", non viene affatto affermato il principio di diritto naturale, del quale noi abbiamo parlato, sostanziantesi nel diritto del figlio alla realtà ontologica e all'ordine oggettivo della propria

famiglia, umanamente, razionalmente, liberamente, giuridicamente e moralmente intesa, ma viene sancito – attenzione – il diverso diritto al mero «contesto genitoriale», arbitrariamente e fittiziamente assunto al rango di famiglia, come se la famiglia si sostanziasse esclusivamente in questo e come se in questo essa esaurisse il suo *proprium* (di fronte al figlio), onde il minore... avrebbe un mero diritto a vivere con i proprii genitori – si badi bene – per ricevere da costoro le necessarie cure, diritto, peraltro, grandemente affievolito dacché difficilmente configurabile verso i genitori stessi (dato che pur esiste un c.d. diritto della madre al parto in incognito) e più presto individuabile verso il solo potere della mano pubblica *lato sensu* intesa. Al limite, poi, si potrebbe intendere siffatto diritto al contesto genitoriale in termini negativi, vale a dire... come diritto del minore, *erga omnes*, a non essere impedito dal godere il rapporto coi proprii genitori, onde, chi lo impedisse *ab externo* ne dovrebbe rispondere in sede risarcitoria, se e in quanto venisse provato il danno ingiusto, ovviamente. È anche vero, in proposito, che certa giurisprudenza<sup>240</sup> considera il c.d. danno da privazione del rapporto parentale-genitoriale, ma è altrettanto vero che una siffatta posta di danno, latamente declinabile nel παράδειγμα del c.d. danno esistenziale, è ben lungi dal cogliere il problema di fondo che noi abbiamo significato, parlando dell'*iniuria* subita dal figlio pel fatto di non avere la propria famiglia e di non vivere nell'ordine naturale di essa; la fattispecie quivi ipotizzata, infatti, si limita a cogliere la mera perturbazione psicologica che il minore potrebbe subire in conseguenza di una scarsa o di una assente frequentazione dei proprii genitori. Di talché, il genitore che non si curasse di seguire il proprio figlio e di instaurare rapporti significativi con lui, potrebb'essere tenuto a risarcirgli l'eventuale danno, non perché lo abbia privato del bene della famiglia, ma essenzialmente perché, come genitore,

---

<sup>240</sup> Cfr 7 Giugno 2000, Suprema Corte di Cassazione, Sez. I, Civile, Sentenza № 7713; cfr 30 Giugno 2004, Tribunale di Venezia; cfr 22 Luglio 2014, Suprema Corte di Cassazione, Sez. I, Civile, , Sentenza № 16657.

non ha trascorso abbastanza tempo con lui. È del tutto ovvio – il Lettore lo intenderà da sé, ma giova precisarlo per ragioni di chiarezza e di completezza espositiva – che la fattispecie quivi ipotizzata non coincide affatto con quella che potrebbe verificarsi nel caso in cui il genitore omettesse di provvedere alle ragioni della «cura materiale» del proprio figlio: in quest’ultima ipotesi, infatti, la questione si riduce a un aspetto *lato sensu* economico, onde il genitore che non facesse fronte alle indigenze del figlio verrebbe meno ai suoi doveri di provvedere al di lui mantenimento *lato sensu* inteso e ciò, anche sotto il profilo penalistico della questione (*sub specie* di “violazione degli obblighi di assistenza familiare” ex art. 570 c.p.); *viceversa* nell’ipotesi prima menzionata il discorso riguarda non il mantenimento, ma la sussistenza di una significativa rete di rapporti interpersonali, talché il genitore, pur contribuendo (se contribuisce, ovviamente) al sostegno economico del figlio, lo lederebbe in una sua legittima prerogativa, qualora omettesse di porre in essere, con lui, un’adeguata rete di rapporti e di frequentazioni. Del tutto estraneo, però – si badi molto bene – rimane il problema del vincolo familiare e della *iniuria* patita dal figlio, nell’ipotesi in cui egli stesso non possa vivere e crescere nell’ambito della propria famiglia umano-naturale... Ciò detto, resta ognorpiù chiaro che in siffatto «contesto (de-)concettuale» la famiglia *in se* non abbia verun rilievo: a nulla rileva, infatti, ch’essa vi sia o non vi sia e che il figlio viva nell’ambito della sua famiglia o meno; tutto si riduce, allora, alla «qualità» (o alla mera quantità?) del mero rapporto genitoriale, da considerarsi, sia sotto il profilo del mantenimento, sia sotto quello della relazione/frequentazione, relegato in una dimensione tecnico-negoziale la cui funzione parrebbe essere piuttosto quella di disciplinare il rapporto genitore-figlio pei fini del c.d. ordine pubblico, che quella di prescrivere l’adempimento delle obbligazioni sussistenti *in re ipsa* e conseguenti al compendio di responsabilità derivante dall’atto del concepimento posto in



essere, assieme, dal genitore-padre e dal genitore-madre. Tutto ciò, ovviamente, senza tenere nel debito conto la circostanza oggettiva in forza della quale la genitorialità stessa ha da essere e non può non essere considerata per l'aspetto essenziale di «duplicità attiva» che essa assume e che essa esprime nelle le figure necessarie, coessenti e coessenziali della madre e del padre, dalla cui unione, infatti, il figlio stesso è nato (*rectius*, è stato concepito); invero... la disciplina del rapporto genitoriale, come disciplina negoziale atta a garantire una certa qualità del mantenimento e una certa quantità/quantità delle frequentazioni del genitore (al singolare! *Id est* di ciaschedun genitore singolarmente), non considera che la genitorialità stessa s'invera nell'essere necessario del padre e della madre in quanto genitori (al plurale [!]) e che le obbligazioni a essa afferenti non sono suscettibili, nella loro dimensione concettuale, per lo meno, di adempimento assolutamente autonomo da parte di ciaschedun genitore a prescindere e indipendentemente dall'altro. Sia pere con una *boutade* – per concludere questo ragionamento – potremmo dire, ora, che il figlio non abbisogna solamente delle cure della madre e del padre, di per sé necessarie, ovviamente, ma abbisogna... della madre e del padre, in quanto genitori, i quali lo crescano assieme (e non solo accanto) nell'ambito della loro famiglia umana e ciò – si badi bene – non per convincimento ideologico o per convenzione sociale, ma segnatamente perché un tanto deriva dalla stessa natura dell'umano concepimento, dalla sua stessa dimensione ontologica, dall'essere-in-sé del rapporto familiare e dall'essenza degl'oggettivi bisogni del fanciullo. Ogni situazione contingente, allora, la quel devii dall'ordine di una siffatta struttura naturale, per quanto effettiva e per quanto, eventualmente, inevitabile, è e dev'essere considerata patologica, essendo del tutto insufficiente il mero rapporto genitoriale, la mera frequentazione del padre e della madre, la mera coabitazione del padre della madre e del figlio fuori dal contesto della famiglia umana e le mere

provvidenze del mantenimento: tutto ciò serve ed è essenziale – sia ben chiaro – nella disciplina dell’adempimento delle cc.dd. obbligazioni genitoriali, ma innanzitutto – cosa che il Legislatore dimostra di non considerare affatto (per quanto, come vedremo, un flebile lumen rationis può essere scorto) – sarebbe razionalmente, moralmente, giuridicamente, umanamente e liberamente necessario che il figlio avesse la propria famiglia e che egli vivesse nel contesto naturale di essa. *Procedamus igitur...* Abbiamo parlato, *supra*, di una schizofrenia di fondo nell’assetto che l’Ordinamento assume con riguardo ai temi *de quibus*; ebbene, prima di proseguire colla trattazione e senza entrare troppo nel merito di questo discorso, è mestieri di rilevare incidentalmente che, se da un lato l’Ordinamento stesso sancisce un diritto del figlio alla propria famiglia, più correttamente definibile in guisa di diritto del figlio al rapporto genitoriale e se in questo senso risulterebbe comunque praticabile, *de iure condito*, una via risarcitoria a carico del genitore che non si adoperasse per intrattenere adeguati rapporti colla propria prole, dall’altro è comunque riconosciuto – attenzione – il diritto al c.d. parto in incognito, vale a dire che è comunque riconosciuto il diritto di non assumere alcuna obbligazione verso il figlio e di «abbandonarlo» a sé stesso (l’abbandono, ovviamente, deve avvenire nelle forme previste dalla Legge e nell’ambito delle strutture ricettive preposte all’accoglienza degli infanti)<sup>241</sup> immediatamente dopo la sua nascita; come a significare, allora, che nell’ipotesi in cui il genitore abbia pochi rapporti col figlio o non ne curi adeguatamente il mantenimento, egli deve venire sanzionato e deve essere chiamato a rispondere per le proprie omissioni (giustamente, anche se insufficientemente), mentre qualora il genitore medesimo decida, così autodeterminando il proprio volere assoluto, di non

---

<sup>241</sup> Il problema giuridico e filosofico è rilevato anche da Danilo Castellano il quale, infatti, ha invocato l’esempio del c.d. parto in anonimato per significare quella liberazione propria del liberalismo, la quale “ha preteso di essere assoluta, di essere riconosciuta senza se e senza ma, persino di fronte alle obbligazioni naturali” (CASTELLANO, *Ordine etico e diritto*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, pag. 59).

avere alcun rapporto e di non assumersi alcuna responsabilità in ordine all'adempimento di quelle che sono obbligazioni naturali sue proprie, derivanti dall'atto del concepimento, egli stesso eserciterebbe... un diritto soggettivo. Lasciamo ogni considerazione alla sensibilità del nostro paziente Lettore. Ritornando, ora, *in medias res*, occorre rilevare che la disposizione in disamina, *sub* art. 1 della L. 184/1983, sancisce il «preliminare» diritto del minore a vivere coi proprii genitori – pur usando impropriamente la dizione “propria famiglia” – e ciò, non in quanto i genitori medesimi abbiano il dovere di vivere col proprio figlio o, per meglio dire, di far vivere il proprio figlio con essi,<sup>242</sup> ma in quanto il figlio stesso ha il diritto di non essere privato, *ab externo*, della convivenza coi proprii genitori, se, ovviamente, questi ultimi non ebbero a optare per una radicale abdicazione, sotto il profilo tecnico-normativo-amministrativo, allo *status* genitoriale. Ecco dunque che il bene giuridico tutelato dalla norma in parola non risiede nella famiglia e nel diritto del figlio a vivere nell'ambito di quella che gli dovrebbe essere propria e non risiede nemmeno nel diritto assoluto del figlio al rapporto coi proprii genitori, ma risiede nel mero diritto del figlio a continuare a convivere coi proprii genitori, se e in quanto questi ultimi abbiano voluto convivere con lui. Da un tanto, allora, emerge che il problema della famiglia, veduto *ex latere filiōrum*, si permea così del problema relativo all'autodeterminazione dei genitori in campo *lato sensu*

---

<sup>242</sup> Una lettura sistematica del problema, infatti, consente, anzi impone, di intendere (*de iure condito*) il fatto della genitorialità in guisa di fatto non necessariamente foriero di obbligazioni pel genitore, potendo, egli, anche (assurdamente) rinunciare alle obbligazioni che la sua stessa condizione impone, attraverso il «sistema luciferino» del c.d. parto in incognito. Che poi siffatta prerogativa competa, per norma, alla sola madre e che, quindi, la scelta *ab-soluta* di essa determini una condizione di fatto e di diritto oggettivamente rilevante anche pel padre, è un discorso diverso, il quale, per vero, farebbe emergere quantomeno un'asimmetria di fondo nell'impostazione del problema da parte del Legislatore e nella sua disciplina pratico operativa. È ben vero, infatti, che la madre possa «partorire in incognito» spogliandosi di ogni responsabilità la quale, dal fatto del concepimento, le deriverebbe *ut natura*, ma è anche vero che, così facendo, ella pone lo stesso padre del bambino nelle condizioni di non potere adempiere le proprie obbligazioni di padre nell'ipotesi in cui egli medesimo lo volesse, sicché la norma in parola risulta oggettivamente discriminatoria anche sulla base di una impostazione illuministica della c.d. eguaglianza, come recepita dall'art. 3 cost.

familiare, come di quello concernente l'autodeterminazione pratica della loro volontà nell'ambito dei rapporti col proprio figlio, onde il figlio nato, *ex uno latere* non viene tutelato nel «diritto alla propria famiglia» – diritto del tutto ignoto all'Ordinamento – ed *ex alio* viene tutelato nel «diritto al rapporto coi proprii genitori», solo se e in quanto costoro (*rectius*, dovremmo dire, la madre, ch  a essa sola compete di partorire in regime di anonimato) abbiano optato per l'assunzione della responsabilit  genitoriale verso di lui: in quest'ultimo caso, infatti – e solo in esso – il figlio che venisse trascurato moralmente e/o materialmente da parte di uno o da parte di entrambe i genitori, avrebbe ragione di rivendicare il proprio diritto alle provvidenze dell'educazione, del mantenimento e dell'istruzione, nonch  a un'adequata frequentazione personale sia del padre che della madre e ci , *mutatis mutandis*, egli stesso avrebbe ragione di azionare anche contro terzi se fosse imputabile loro una condotta perturbativa/lesiva della situazione giuridica in parola. Riprendendo, perch , la *boutade* sulla schizofrenia del Sistema (il quale si-pretende coerente in s  e capace di auto-legittimar-si), non pare affatto peregrino rilevare una ulteriore *felix contr dictio* e ci  , non pare affatto peregrino rilevare che per quell'Ordinamento giuridico il quale non riconosce verun diritto ad avere la propria famiglia – inteso in senso ontologico – e a vivere in essa, limitandosi a tutelare il mero diritto al c.d. rapporto genitoriale, “l'adozione   consentita (solamente [nda]) a coniugi uniti in matrimonio da almeno tre anni” e a essi soltanto (*ex art. 6 L. 184/1984*), rimanendo pertanto interdetta – e giustamente, sia chiaro – a soggetti i quali versino in condizioni diverse da quella ordinata secondo il modello di famiglia... definito dalla Legge. Se da un lato, allora,   lapalissiano che la guarentigia normativa in parola essenzialmente dipenda dal contenuto che l'Ordinamento predispone in ordine all'istituto del matrimonio, il quale, *de iure condendo*, potrebbe assumere le pi  disparate e disumane (antigiuridiche, irrazionali, immorali) forme, da un altro lato,

*legibus sic stantibus*, è parimenti vero che siffatta disposizione dia, in qualche modo, un «segnale di fondo» in relazione all'ineliminabile razionalità dei principii che potremmo definire di diritto naturale, con riguardo al «diritto di autodeterminazione in ambito familiare» *lato sensu* inteso. Questo breve inciso in seno alla disposizione mentovata, infatti, appalesa che anche il Legislatore più «insensibile» alla verità ontologica dell'essere-in-sé della famiglia, infondo, ne riconosce (*rectius*, ne deve riconoscere) il τέλος naturale e ciò – si badi – proprio prescrivendo che solo i coniugi, in quanto tali, *coeteris paribus*, possono accedere all'istituto dell'adozione. Ergo... soggetti non sposati si trovano, in virtù del loro stesso *status civilis*, nella condizione di non potere adottare un figlio, por potendo, essi stessi, in ipotesi, dare ampia prova della loro capacità di mantenere, istruire ed educare un fanciullo e pur potendo dimostrare la più ampia «serietà» con riguardo al regime di rapporti e di frequentazioni che avrebbero da garantire al loro figlio putativo. Per quale ragione? Perché, cioè, a due soggetti non uniti in matrimonio o a un soggetto singolarmente considerato, la procedura *de qua* è interdetta? Per quale ragione, insomma, è previsto un particolare *status civilis* e quindi un peculiare *ordo civilis*, per potere accogliere un figlio nella propria famiglia, in regime d'adozione? E quindi... perché è giuocoforza che vi sia una famiglia, per potere avviare, a favore dei coniugi, l'*iter* dell'adozione? Ebbene, se effettivamente la realtà della famiglia umana e quindi la realtà dell'ordine familiare, fosse del tutto irrilevante pel bene del figlio e se l'unico elemento «degno di nota» fosse rappresentato dalla capacità di educare e di mantenere il figlio stesso, in una rete di stabili frequentazioni/rapporti, la disposizione in disamina sarebbe del tutto illegittima, anzi... essa sarebbe proprio illogica e assurda: ben si dovrebbe, allora, seguendo a titolo d'esempio la *ratio* della Convenzione europea in materia di adozioni di minori (Strasburgo 24 Aprile 1967),<sup>243</sup>

---

<sup>243</sup> Come è noto l'art. 6 della citata Convenzione europea in materia di adozioni di minori,

consentire a chiunque di adottare figli, al di là della propria condizione familiare e ciò, col mero «vaglio burocratico-amministrativo» della capacità e della attitudine personale-economica dell'adottante, alla cura *lato sensu* intesa del fanciullo e alla costante frequentazione di esso (come parrebbe auspicare, in un *obiter dictum*, la stessa Corte di Cassazione<sup>244</sup>). Così, invece, *de iure condito*, sul piano del diritto positivo nazionale, non è e non è – si badi bene – proprio perché il Legislatore non arriva a negare, nemmeno *per inplicitum* (anzi... la afferma proprio, sia pure in forma indiretta), la ontologica necessità pel soggetto-fanciullo del proprio contesto familiare e la conseguente, speculare necessità, per l'adottando, di entrare a fare parte di una «dimensione sociale» ordinata secondo i principii naturali della famiglia umana; che poi sia del tutto ovvia la circostanza in ragione della quale la c.d. famiglia adottiva non possa mai essere, in senso proprio e in senso stretto (*id est*, in senso biologico), la famiglia «del» fanciullo *de quo* e che lo divenga, alfine, a tutti gl'effetti giuridici, *in iure*, in virtù della

---

firmata a Strasburgo il 24 Aprile 1976 e ratificata dall'Italia, con L. 357/1974, prevede che “la Legge permette l'adozione di un minore solo da parte di due persone unite in matrimonio [...] o da parte di un solo adottante”, si da mettere in discussione – con quest'ultimo paradossale inciso – l'assetto normativo italiano ordinato secondo quello che, un po' approssimativamente, potremmo chiamare «principio familiare-naturale». Invero, la Corte costituzionale, investita della legittimità di tale disciplina (9 Maggio 1994, Corte costituzionale, Sentenza № 183, Presidente Casavola, Redattore Mengoni.), ha farisaicamente ritenuto di dichiarare non fondata la questione, rimettendo al Legislatore ordinario la disciplina dell'adozione, onde... siccome nulla osta alla limitazione di essa a soggetti sposati, allo stesso modo, *de iure condendo*, nulla osterebbe a un'estensione dei requisiti tale da ricomprendervi anche gli uomini celibi e le donne nubili. La Corte, infatti, coerentemente assume che “i principii costituzionali [...] non vincolano l'adozione dei minori al criterio dell'*imitatio naturae* in guisa di non consentire l'adozione da parte di un singolo [...] essi esprimono (infatti [nda]) una (mera [nda]) indicazione di preferenza per l'adozione da parte di una coppia di coniugi [...] fermo questo criterio di preferenza [...] gli artt. 3, 29 e 30 Cost. non si oppongono a un'innovazione legislativa che riconosca in misura più ampia la possibilità che [...] l'adozione da parte di una persona singola sia giudicata la soluzione in concreto più conveniente all'interesse del minore” (*ibidem*).

<sup>244</sup> Il Supremo Collegio, infatti, dopo avere correttamente significato che “deve [...] escludersi che [...] allo stato della legislazione vigente soggetti singoli possano ottenere [...] il riconoscimento in Italia dell'adozione di un minore pronunciata all'estero” si premura di precisare che “il Legislatore nazionale ben potrebbe provvedere, nel concorso di particolari circostanze, ad un ampliamento dell'ambito di ammissibilità dell'adozione di minore da parte di una singola persona” (14 Ottobre 2010, Suprema Corte di Cassazione, Sez. I, Civile, Sentenza № 3572). Conformemente a tale pronunzia, la Suprema Magistratura già si era espressa in precedenza: cfr 31 Gennaio 2006, Suprema Corte di Cassazione, Sez. I, Civile, Sentenza № 6078.

(provvida, è ovvio)  *fictio*  proprio rappresentata dall'istituto dell'adozione, giusta il quale l'adottato diviene figlio (putativo) degli'adottanti e questi ultimi divengano genitori (putativi) del primo (pur non essendovi un rapporto di filiazione e anzi, proprio perché questo non v'è<sup>245</sup>), è del tutto vero, ma il presupposto vincolante del rapporto coniugale tra gl'adottanti, eppertanto dell'essere della loro famiglia, ai fini di accedere all'istituto dell'adozione è indice – a nostro avviso irrefutabile – di un'indigenza di «ordine naturale» o, per meglio dire, di un'indigenza di imitazione dell'ordine naturale, ognorpiù avvertita (anche) dal Legislatore (positivista) che si appresta a definire un rimedio giuridico funzionale a sanare una situazione di oggettivo «disagio» dell'orfano (*lato sensu*). Insomma: se il Legislatore prescrive che solo due coniugi, in quanto coniugi,  *ergo...*  in quanto famiglia legittima (umana, giuridica, libera, morale, razionale) posso,  *coeteris paribus* , accedere al sistema delle adozioni, ciò non può non significare che per lo medesimo Legislatore il contesto normale nell'ambito del quale un fanciullo ha da essere cresciuto e prim'ancora accolto/inserito, è rappresentato da quello familiare in sé, non, dunque, da quello ove abbia a «regnare» il c.d. amore romantico, ovvero da quello ove vi sia un rapporto più o meno stabile tra soggetti adulti non altrimenti definito, ovvero, ancora, da quello in cui siano riscontrabili provvidenze economiche di vario genere  *et coetera* , ma segnatamente da quello ordinato secondo i principii dell'essere (trattandosi di Legislatore positivistico, diremo più propriamente dell'essere normativo) della famiglia umana. Che poi, come in un  *coup de théâtre* , questa «attenzione giusta» del Legislatore alla dimensione naturale, sia più presto individuabile in seno alla disciplina delle adozioni, che nell'ambito dell'ordinaria normazione relativa al rapporto tra genitori e figli, è pur anche vero, infatti... noi intendiamo fare emergere il riconoscimento

---

<sup>245</sup> Come è noto e come è ovvio, infatti, i genitori non possono adottare i loro figli i quali, se mai, possono essere riconosciuti nelle forme previste dalla Legge.

normativo-positivo del principio irrefutabile dell'*ordo familiae*, proprio invocando una normativa «eccezionale» deputata a far fronte a una situazione, quella dell'orfano *lato sensu* inteso, tutt'affatto patologica o, comunque, deviante dalla normalità. A ogni buon conto – si badi bene – noi non crediamo che un siffatto «assetto generale» abbia a significare la radicale assenza o, meglio, la radicale indifferenza, in seno al Sistema vigente, di un criterio oggettivo-ontologico con riguardo alla realtà familiare (sempre nel contesto positivistico, in cui l'ordine è quello definito dal Sistema e non quello che dovrebbe informare il Sistema stesso), se mai... riteniamo che il criterio medesimo, di per sé sussistente *in nuce*, non trovi una sua coerente, diffusa applicazione in tutte le branche normativo-positive in cui esso avrebbe da essere seguito e segnatamente crediamo ch'esso non trovi coerente applicazione nell'ambito della disciplina relativa alla fisiologia del rapporto tra i genitori e il figlio. Sia chiaro: abbiamo contezza – riprendendo il problema *supra* cennato – della oggettiva difficoltà di entrare nel merito di questioni siffatte, imperocché, laddove al fanciullo manchi la propria famiglia, pur godendo, egli, del rapporto genitoriale (è il caso della figliazione *extra familiam* e dei genitori-non-coniugi), è del tutto evidente l'impossibilità di imporre per norma lo *status* familiare al di lui padre e alla di lui madre, la qualcosa, infatti, sarebbe primariamente contraria all'ontologia stessa del vincolo familiare-coniugale – come abbiamo ampiamente venuto – nondimeno resta del tutto evidente che l'Ordinamento si preoccupi più di garantire una certa effettività del rapporto tra il padre e il figlio e tra la madre e il figlio, relativamente all'adempimento delle obbligazioni materiali incombenti sui genitori, che non di tutelare il diritto del figlio alla propria famiglia, per esempio... negando o aggravando l'accesso alla procedura (di per sé assurda<sup>246</sup>) di

---

<sup>246</sup> È del tutto evidente – a nostro avviso – che l'introduzione del c.d. istituto del divorzio, nell'ambito dell'Ordinamento giuridico, abbia da un lato depauperato il matrimonio stesso del suo significato naturale di vincolo indissolubile e dall'altro – si badi – abbia leso il diritto di



scioglimento del matrimonio, laddove i coniugi siano anche genitori, ovvero predisponendo altre guarentigie a favore del figlio che perda la propria famiglia in virtù di una illegittima, anche se legale, auto-decisione di uno o di entrambe i genitori di sciogliersi dal reciproco vincolo coniugale. Nel merito di quest'ultima osservazione, ora, è vero che l'Ordinamento abbia apprestato, anche recentemente, provvidenze a tutela della posizione del minore, *in primis* attraverso la previsione del c.d. affidamento congiunto (*ex* L. 54/2006, la quale ha novellato il Codice civile agli artt. 155 e ss.), nondimeno, a conferma della citata *Weltanschauung*, resta del tutto evidente che, attraverso un tale intervento, l'Ordinamento stesso persegue piuttosto la precipua finalità di strutturare in forma alternativa rispetto a quella propriamente familiare, il rapporto tra genitore e figlio, senza che quest'ultimo ne abbia eccessivo nocumento, che quello di impedire o comunque di rendere più gravoso il procedimento di dissoluzione della famiglia stessa. È emblematico – almeno secondo la nostra sensibilità – che la presenza, in una famiglia, di un figlio, non impedisca o quantomeno non renda più articolato il procedimento di dissoluzione della stessa, magari relegandolo a ipotesi del tutto eccezionali (sarebbe comunque una violazione del principio familiare e con essa del diritto del figlio alla propria famiglia, questo è chiaro); di talché, resta ognorpiù evidente come l'attenzione del Legislatore sia rivolta, in termini quasi esclusivi, alla dinamica del rapporto genitoriale e alla salvaguardia dello stesso, anziché alla tutela dell'integrità della famiglia, contro l'egoismo, il capriccio, l'assenza di senso del dovere e

---

autodeterminazione dei soggetti i quali volessero effettivamente contrarre matrimonio nel senso e nel significato più proprio del termine. Quanto al primo profilo, infatti, la dissolubilità del matrimonio non consente di distinguerlo, su di un piano innanzitutto concettuale, da un'unione sentimentale tra soggetti di natura non-matrimoniale: che cosa, infatti, distinguerebbe il matrimonio dissolubile, a titolo d'esempio, dal c.d. fidanzamento? Quanto al secondo profilo, poi, rileva che un Ordinamento il quale contempli la dissolubilità del matrimonio, di fatto nega, alle coppie che volessero sposarsi contraendo matrimonio in sé, di esercitare il loro proprio diritto ad autodeterminarsi umanamente, giuridicamente, liberamente, moralmente e legittimamente in ambito familiare, dacché a esse sarebbe giuocoforza precluso l'accesso a un istituto diverso da quello contemplato dal Legislatore, vale a dire che esse non disporrebbero della possibilità di contrarre matrimonio *in se*, dunque... matrimonio indissolubile.

della responsabilità che appalesano i coniugi allorquando intraprendano la via dello scioglimento del matrimonio, andando a privare i proprii figli di un loro diritto naturale. Un tanto rilevato, allora, riprendendo *le fil rouge* del nostro discorso, riteniamo sia vieppiù corretto dare alla disposizione in disamina un'interpretazione (anche solo) teoricamente conforme alle sue proprie *rationes*, di conseguenza riteniamo vada accolto, per quanto concerne il regime giuridico delle adozioni *sub* L. 184/1983, il c.d. principio dell'*imitatio naturae*<sup>247</sup> e ciò... pur nella consapevolezza che, stante l'ideologia positivistica «di fondo», di principio in senso proprio e di natura in senso proprio non possa parlarsi, dovendosi, piuttosto, fare riferimento a una opzione, a una «clausola generale» definita del Legislatore per l'Ordinamento vigente e nell'Ordinamento vigente, con riguardo alla «struttura tipica» (più correttamente, potremmo dire tipizzata) della famiglia; nondimeno... possiamo ritenere che l'opzione operata dal Legislatore, in questo caso e nei limiti *de quibus*, non sia (e forse non avrebbe potuto essere) affatto arbitraria e ciò, proprio perché essa alligna, *ex funditus*, nella verità del dato oggettivo-naturale rappresentato dall'ordine ontologico della famiglia umana e dal riferimento a esso per la disciplina normativa dei presupposti delle adozioni (*ius quia iustum*, in questo caso...). Invero, occorre rilevare che il regime delle adozioni pare effettivamente strutturato, almeno secondo la attuale disciplina normativa, «a immagine» dell'ordine naturale-razionale proprio della famiglia umana, la quale informa ancora la fattispecie legale-normativa del matrimonio, sì da consentire effettivamente il perseguimento del preliminare fine di offrire al fanciullo disagiato un contesto il più possibile «vicino» a quello ch'egli medesimo avrebbe avuto diritto (!) di ricevere da parte dei proprii genitori. È del tutto ovvio, però, che il riferimento in parola sconti necessariamente le ipoteche

---

<sup>247</sup> Il quale, peraltro, è anche confermato dalla previsione di limiti e di criteri anagrafici, i quali punto richiamano quelli normali e naturali che dovrebbero distinguere la generazione dei genitori dalla generazione dei figli.

del Sistema del diritto positivo, prima tra tutte quella relativa alla struttura normativa della «famiglia di riferimento»: che, infatti, la famiglia disciplinata dal Codice civile sia – come detto – vieppiù strutturata secondo il modello della famiglia in sé umana, è vero (e non potrebbe essere diversamente, stante l'impostazione di fondo aristotelica del Codice stesso), nondimeno... è altrettanto vero, *ex uno latere* che questa potrà mutare attraverso un qualsivoglia intervento del Legislatore ed *ex alio*, che siffatta disciplina ha comunque da essere integrata colla normativa che ha introdotto (*ex* L. 898/1970 c.d. Legge Fortuna - Baslini) l'istituto del c.d. divorzio. Talché... la guarentigia della famiglia, prevista dalla L. 184/1983 a favore dell'adottando, rimane una garanzia effimera ed effettivamente presente solo pel momento dell'adozione, ben potendo accadere, infatti, che i genitori dell'adottato, dopo avere completato l'*iter* per l'adozione, disgregolino, come possono fare, peraltro, i genitori di qualunque figlio che nasca in costanza di matrimonio, la propria famiglia, così privando il fanciullo della possibilità di crescere e di vivere in quel contesto naturale, umano, giuridico, libero e morale, al quale egli stesso avrebbe diritto. Volendo, ora, epilogando il discorso, trovare una ragione obiettiva che giustifichi su di un piano giuridico e logico il requisito necessario della famiglia, per accedere alla procedura dell'adozione, occorre rilevare che essa, oltre a offrire una ragionevole garanzia con riguardo alla coorte di provvidenze necessarie ai fini dell'educazione, della cura e della soddisfazione dei bisogni del figlio, invero in sé stessa, anche e principalmente – diremo – un contesto il quale è effettivamente ordinato (più correttamente dovremmo dire strutturato, dato che il riferimento è la norma positiva e non la *natura rerum*) secondo il modello naturale (*recte*, secondo il modello di famiglia definito dallo e nello Ordinamento giuridico vigente), inquantoché essa si struttura nella figura di una moglie, alla quale compete il ruolo di madre e di un marito al quale compete il ruolo di padre, i quali sono reciprocamente vincolati (*omnis*

*vitae*) dal negozio matrimoniale, avente causa nell'*affectio coniugalis* e fine nella cura umana, morale, libera, giuridica e razionale della prole.

Ciò detto, riprendendo il problema del rapporto tra il diritto del figlio alla propria famiglia e il contegno dei genitori che non adempiono siffatta obbligazione naturale verso la prole, occorre porsi la domanda intorno al *quia* del loro diritto/potere (?) di autodeterminazione. Un siffatto problema – si badi – non interessa solo l'ipotesi della c.d. figliazione *extra familiam*, ma involge anche quella in cui, pur avendo figliato in costanza di matrimonio, i genitori-coniugi *de quibus* abbiano dato luogo alla sua dissoluzione, facendo venire meno quel contesto familiare alla «perpetuazione» del quale, i figli stessi, avrebbero avuto diritto. Prima di entrare, però, *in medias res* è mestieri di porre mente a un'osservazione preliminare e cioè è necessario considerare attentamente che l'indissolubilità del vincolo familiare non ha da essere letta e intesa solo in funzione della prole, come, peraltro, abbiamo già significato parlando di questo problema, ma ha da essere letta e intesa principalmente in ragione dell'essere in sé della famiglia umana, il cui vincolo trova la propria causa oggettiva nell'*affectio coniugalis* e il cui elemento teleologico-ontologico alberga nell'attitudine alla naturale procreazione e all'altrettanto naturale cura dei figli, onde il vaglio della posizione giuridica dei figli stessi, di fronte all'assenza o alla «dissoluzione» della loro famiglia, rappresenta un *posterius* logico rispetto al preliminare problema dell'essere-in-sé e dell'essere in-sé-indissolubile della famiglia umana, sicché... l'*iniuria* subita dai figli che «perdono» o che «non-hanno» la loro famiglia, si qualifica necessariamente in guisa di *iniuria* «derivata» dalla violazione, da parte dei genitori-coniugi, del principio familiare e si qualifica in guisa di *iniuria* «di secondo grado» rispetto a quella che i coniugi stessi pongono in essere contro sé medesimi e contro l'ordine naturale-oggettivo della realtà familiare. Di talché... ogniqualvolta i coniugi vengano meno al loro dovere oggettivo-razionale di adempiere

reciprocamente le rispettive obbligazioni derivanti dal vincolo coniugale stesso e dall'essere naturale della loro famiglia (o di obbligarsi nell'ordine oggettivo di questa), sempre ledono, col disordine del loro volontarismo egoistico, l'ordine naturale-familiare-sociale della coppia in sé umana e sempre si rendono inadempienti, l'uno verso l'altro ed entrambe verso il principio di giustizia, alle obbligazioni che pur assunsero reciprocamente coll'impegno/negozio matrimoniale, mentre essi violano il diritto dei figli alla loro famiglia solo se e in quanto la coppia stessa abbia figliato, come a dire, infine, che nella dissoluzione della famiglia c'è sempre un'*iniuria* necessaria e inevitabile, rappresentata dalla dissoluzione stessa di ciò che è *ut natura* indissolubile e solo in alcuni casi v'è anche l'*iniuria* «derivata» e «di secondo grado», rappresentata dalla lesione del diritto della prole. Vero è bene, infatti, che l'indissolubilità del vincolo *de quo*, quale conseguenza del vincolo stesso, liberamente, razionalmente, umanamente e giuridicamente voluto, per sé, dai coniugi, trova la propria ragione d'essere oggettiva tanto nella causa del vincolo in parola, quanto nella sua «dimensione teleologico-ontologica»: in relazione, allora, alla strutturale indissolubilità del matrimonio, rispetto alla causa di esso, tosto rileva che l'*affectio coniugalis*, nel suo essere «amore oblativo» e non sentimento romantico fine a sé stesso e nel suo essere razionalmente qualificata e qualificabile e non certo definibile come passione heideggerianamente autentica, postula il completo, incondizionato e definitivo dono di sé all'altro, nel perseguimento comune del fine, altrettanto comune, di dare luogo alla «realtà teoretica» della famiglia umana, *ergo*... lo scioglimento dal vincolo stesso determinerebbe *ex se* una petizione di principio con riguardo alla natura della sua stessa causa e ciò... pur restando sul piano meramente logico-razionale del discorso. In relazione, poi, al correlato elemento teleologico della tensione procreativa e della cura della prole, è presto detto che il carattere indissolubile della famiglia e quindi del vincolo matrimoniale, trovi la

propria *causa essendi* nella necessità non solo di dare ai figli quella sicurezza materiale che consente loro di crescere e di essere educati in un contesto idoneo a fornire loro tutte le provvidenze necessarie alla crescita, alla formazione e alla educazione, ma anche nella necessità di adempiere verso gli stessi all'obbligazione, propria dei genitori, di accoglierli e di farli vivere in un contesto umano, razionale, libero, morale e legittimo, ordinato secondo gl'oggettivi principii della realtà naturale-familiare. Premesso questo, ora, riteniamo sia più agevole l'indagine intorno al problema relativo all'autodeterminazione dei genitori che intendessero sciogliersi dal vincolo coniugale o che deliberassero di non dare luogo a una famiglia, pur avendo concepito un figlio. Ebbene: *in primis* giova domandarsi se i genitori *de quibus* abbiano o meno il diritto di autodeterminare la propria «volontà procreativa», concependo figli fuori dal matrimonio e decidendo di provvedere alla loro cura in un contesto diverso da quello naturale-familiare; *in secundis* giova domandarsi se i coniugi che siano anche genitori, abbiano o meno il diritto (*ex latere filiōrum*) di autodeterminare la propria volontà, sciogliendosi dal vincolo matrimoniale e curando la propria prole *uti singuli* e *in tertiis* giova domandarsi se il diritto di autodeterminazione dei genitori debba essere letto in considerazione della posizione giuridica del figlio, o se esso debba essere inteso in termini tutt'affatto assoluti e autoreferenziali. A tenore di legge – come si suole dire – la risposta negativa ai quesiti *de quibus* non dovrebb'essere revocata in dubbio, né dovrebbe discutersi sull'assoluta libertà (negativa) dei genitori di gestire il loro rapporto di coppia, indipendentemente dalla posizione dei figli, col mero limite di fornire a questi ultimi le provvidenze materiali necessarie alla lo stessa cura, istruzione ed educazione: si tratta di aspetti già considerati nell'ambito delle precedenti riflessioni. Da un punto di vista, però, propriamente giuridico e quindi teoretico, con una battuta pungente, quasi sulfurea, la quale ci porta a leggere *a contrario* il problema in parola, potremmo ribaltare l'assetto testé

delineato e arrivare a conclusioni opposte, vale a dire... alle stesse cui arriveremmo (e alle quali siamo arrivati) considerando lo scioglimento della realtà familiare, non in relazione ai figli, ma in relazione allo stesso essere oggettivo di essa: se è vero, infatti, che *qui suo iure ūtītur neminen laedit*, i genitori i quali figlino fuori dal matrimonio, ovvero i quali dissolvano la propria famiglia, privando i loro figli del diritto alla stessa, non esercitano affatto un loro diritto soggettivo, ma si rendono, quantomeno verso la prole, responsabili di un'*iniuria*. Il problema è questo: se l'esercizio di un diritto soggettivo non può essere mai foriero di un'*iniuria*, l'*iniuria* non può mai essere determinata dall'esercizio di un diritto; ora, se è diritto soggettivo dei figli vivere e crescere nell'ambito naturale della loro famiglia e quindi se rappresenta un'*iniuria* verso gli stessi la privazione di questa, il contegno dei genitori che non dia o che tolga ai figli stessi l'ordine ontologico-naturale della famiglia umana, non può giammai essere considerato esercizio d'un loro diritto, per quanto... resti del tutto incontrovertibile che la natura stessa della causa (oggettiva) del vincolo familiare lo renda tutt'affatto insuscettibile di coazione diretta o indiretta. Ne deriva – si badi bene – che i genitori non-famiglia, *id est* non sposati, i quali abbiano concepito un figlio cui hanno di fatto negato il diritto di vivere in un contesto familiare che sia il suo *ut natura* (un figlio oggettivamente illegittimo), non hanno e non possono avere certo esercitato un loro diritto, né, tantomeno, possono avere esercitato il proprio diritto di autodeterminazione in ambito procreativo: costoro, infatti, hanno posto in essere il mero potere fattuale di accoppiarsi e di figliare nel disordine contingente d'una loro egoistica opzione, la quale, propriamente parlando, è disumana, perché non conforme a umanità (“dal dì che nozze [...] / diero alle umane belve / esser pietose di sé stesse e d'altrui”, scrive il Poeta<sup>248</sup>), è antigiuridica, perché non conforme a diritto (anche se

---

<sup>248</sup> FOSCOLO, *Dei sepolcri*, vv. 91 – 93. Non ha bisogno di commenti il verso di Niccolò Ugo Foscolo il quale, contestando l'empia legge napoleonica che “impone oggi i sepolcri / fuor de' guardi pietosi” (*Ivi*, vv. 51 – 52), ben ricorda come l'istituto del matrimonio, l'amministrazione

essa non violasse alcuna norma positiva) ed è irrazionale, perché non conforme a ragione (è un'indigenza della ragione, infatti, che i figli nascano nella loro famiglia, con un padre – il suo – e una madre – la sua – che siano anche coniugi tra di loro) e ciò... essendo del tutto incontrovertibile che la condotta posta in essere dai soggetti *de quibus* sia foriera, prima ancora che di una *iniuria* verso i figli, di un'ingiustizia oggettiva verso sé stessi, in quanto, con essa, entrambe i soggetti in parola hanno ridotto sé e l'altro al rango di meri strumenti del piacere (*voluptas*) e del volere (*voluntas*) reciproco. Né, da ultimo – lo precisiamo per evitare equivoci – rileva in questo discorso il fatto in ragione del quale la nascita del figlio e prima ancora il suo concepimento, sia e rimanga sempre e comunque un evento positivo in termini assoluti e un bene oggettivo pel soggetto che «vede la vita»: altro, però, è l'essere necessariamente buono della vita umana e altro, tutt'altro è l'adempimento, naturale e giuridico *in unum*, degli obblighi che graverebbero in capo ai genitori... ne abbiamo già discusso. Ecco quindi che, propriamente parlando, con riguardo alla figliazione c.d. illegittima, vale a dire con riguardo alla figliazione avvenuta fuori dalla famiglia e dal matrimonio (la illegittimità concerne la condotta dei genitori, non certo la vita del figlio), siamo nell'ambito concettuale dell'abuso del diritto alla autodeterminazione procreativa, piuttosto che in quello dell'esercizio del diritto sesso, per quanto resti del tutto incontrovertibile che alla situazione oggettivamente disordinata, creata dai genitori stessi, non abbia modo di porsi rimedio (salvo accedere al c.d. matrimonio riparatore, che sia, però, un matrimonio in senso proprio, come abbiamo già detto), ma solo... di contenere nei limiti dell'accettabilità – se così possiamo dire – il nocumento al figlio, il quale, trovandosi obiettivamente senza la sua famiglia (alla quale avrebbe diritto [!]), abbia quantomeno la «garanzia» di ricevere, da parte dei

---

della giustizia e la pietà verso i defunti rappresentino i tre pilastri di civiltà che punto qualificano l'umanità degli uomini, discernendola dalla natura brutta degli animali.



genitori, il necessario ai fini della propria crescita e del proprio sviluppo umani.

Riconducendo, allora, tutto il più ampio discorso sulla famiglia, per come affrontato e trattato, nei termini del diritto all'autodeterminazione della persona e segnatamente nei termini del diritto all'autodeterminazione subiettiva in ambito familiare/personale/affettivo, immediatamente rileva che certamente il soggetto ha il diritto di determinarsi, come essere umano, nell'ambito di una famiglia da lui stesso formata col libero concorso di un altro essere umano, così come egli ha certamente il diritto di formare un diverso legame umano/razionale/libero/giuridico con altri soggetti che condividano con lui lo medesimo proponimento, tuttavia... non rientra, non è e non può giammai rientrare nelle «sue» giuridiche prerogative, il «diritto volitivo» di definire volontaristicamente la natura del consorzio cui egli stesso, *sponte sua*, appartiene e ciò resta vero e impregiudicato – si badi bene – qualunque foggia (giuridica o anti-giuridica) il consorzio *de quo* abbia o possa(/debba) avere *in rebus humanis et iuris*: sia esso una famiglia, una società di capitali o di persone, una associazione, un vincolo di natura amicale e quant'altro. Ne deriva – schiarendo un poco i termini della *quaestio* – che il diritto soggettivo (!) della persona di decidere se formare o meno una famiglia (umana) e con chi, auto-determinando-si in/per questa, così come il diritto di essa persona di decidere se formare o meno una qualsiasi altra aggregazione umana,<sup>249</sup> non contempla affatto il diritto di qualificare e di definire *secundum eventum voluntatis* la natura (*id est*, lo statuto ontologico) dell'aggregazione stessa e la sua stessa «causa»: il diritto proprio di ogni persona, infatti, di costituire con altre un qualsivoglia consorzio (umano), sia esso una famiglia – e noi di questo ci stiamo

---

<sup>249</sup> Si badi: abbiamo detto «umana», intendendo umana, giuridica, libera e razionale, non abbiamo fatto riferimento al diritto di realizzare un'aggregazione purchessia, financo quella «a delinquere», la «formazione» della quale, per l'appunto, non potrebbe rappresentare l'esercizio di alcun diritto, salvo ammettere una *petitio principii*. Rimandiamo alle pagine precedenti per la trattazione più compiuta dell'argomento.

occupando – un comitato, una società, un’associazione *et similia*, al fine di perseguire gli scopi proprii «del» consorzio stesso (proprii di esso... per sua natura ed eventualmente dettagliati in virtù del suo stesso atto costitutivo/statuto), non comprende e anzi esclude nei termini più radicali e assoluti il «diritto volitivo» del soggetto medesimo (o dei soggetti medesimi che convergano in una volontà financo unanime) di definire la natura dell’aggregazione *de qua* e ciò... sia <sup>a</sup> sotto il profilo della qualificazione a essa spettante *sub specie iuris* (che cosa è?), che <sup>b</sup> sotto il diverso ma connesso profilo della legittimità giuridico-razionale di essa (è lecito/legittimo? È illecito/illegittimo). Un soggetto, insomma, se può decidere, *coeteris paribus*, di intrattenere rapporti sociali cogli altri consocii afferenti alla medesima realtà societaria cui egli stesso appartiene (per adesione successiva o per fondazione originaria), i quali lo corrispondano nel mutuo interesse economico-lucrativo,<sup>250</sup> proprio della società medesima,

---

<sup>250</sup> Quale è, per l’appunto, l’interesse societario a mente dell’art. 2247 c.c. ov’è indicato – come è noto – che “con il contratto di società due o più persone conferiscono beni o servizi per l’esercizio in comune di un’attività economica allo scopo di dividerne gli utili”, sicché la causa del contratto di società e così la sua stessa natura, è proprio rappresentata dalla costituzione di una persona giuridica dotata da un determinato compendio organizzativo (materiale, economico, direzionale, progettuale *et coetera*), la quale abbia a operare sul mercato e a ricavare profitti da suddividere tra i consocii. Ne deriva, allora, che se i consocii decidono di dare vita alla società stessa e di conformare lo statuto di essa secondo il loro comune intendimento, non significa – e anzi... è del tutto escluso – che sia dato loro di decidere volontaristicamente che cosa è e che consa non è società, vale a dire... che cosa rientra e che cosa non rientra nello spettro concettuale del fenomeno giuridico-societario, di guisa che i socii stessi non possono qualificare il loro rapporto secondo paradigmi giuridici diversi da quelli sui quali il loro stesso rapporto si staglia oggettivamente; a titolo d’esempio, infatti, non è dato, ai consocii, di ritenersi membri di una associazione e non, quindi, di una società, ai fini di evitare, per essa, l’assoggettamento alla disciplina societaria. Si veda, sul punto, la riflessione di Francesco Galgano, il quale ben osserva che sono “del tutto inconsistenti le ragioni che hanno indotto [...] a qualificare come società anche i gruppi che perseguono, con l’esercizio di attività economiche, scopi di natura ideale” (GALGANO, *Diritto commerciale – le società*, Bologna, Zanichelli, 2005, pag. 17): l’Autore, insomma, dimostra di cogliere, molto opportunamente, il *proprium* del contratto di società (ciò non significa – si badi bene – che Galgano abbia inteso approfondire l’essere in sé del contratto di società, vale a dire... che Galgano non ha portato innanzi un’indagine teorica in ordine a esso, tuttavia – questo va rilevato – egli ha bene inteso la struttura teorica del contratto medesimo, con riguardo al contesto sistematico-ordinamentale di riferimento) e di discernerlo da altre forme di consorzio umano caratterizzate da peculiarità e/o specificità tutt’affatto differenti. Dello stesso avviso – lo ricordiamo *per incidens* – parrebbe essere anche la giurisprudenza di legittimità; la Suprema Corte di Cassazione, infatti, ebbe a chiarire che “la partecipazione dei soci agli utili è un requisito del contratto di società ed entra a

non può certo dire che i rapporti *de quibus* abbiano o possano avere una natura contrattuale diversa da quella che essi effettivamente hanno: il soggetto in parola, insomma, non può dire, a titolo di mero esempio, che i rapporti che lo vincolano agl'altri socii siano o possano essere riconducibili al παράδειγμα tecnico del contratto locazione o di associazione in partecipazione, allo stesso modo, allora – così portiamo innanzi il nostro discorso sul *proprium* della famiglia umana – egli non può dire che il rapporto sociale dia o possa dare luogo a una famiglia in sé, ovverosia... egli non può dire che la causa del citato vincolo di comunanza negl'interessi proprii della società cui egli medesimo partiene *ex contracto*, alberghi nell'*affectio coniugalis* che lo legherebbe agl'altri consocii e che vincolerebbe quelli a lui nell'ambito d'una famiglia in sé umana. Un tanto, infatti, sarebbe vieppiù assurdo su di un piano logico e su di un piano ontologico, imperocché l'accordo associativo è altro, è teoreticamente (e anche teoricamente), logicamente e razionalmente altro rispetto al vincolo familiare di coniugio: altra ne è la causa, altra ne è la natura, altri ne sono gl'effetti... *res ipsa loquitur!* Lo medesimo discorso, ovviamente, può essere fatto *a contrario*, ovverosia «partendo» dalla realtà effettiva di un vincolo familiare: è ben vero, infatti, che il membro della famiglia non può assolutamente rapportarsi al coniuge come potrebbe rapportarsi, al socio, il consocio e ciò... proprio perché la famiglia non è la società e il rapporto/vincolo familiare non è il rapporto/vincolo sociale e non lo è – si badi molto bene – non perché ciò non incontri (*ex nunc*) o non abbia incontrato (*ex tunc*) la mutua e convergente volontà dei soggetti coinvolti (ovvero, *in apicibus*, quella del Legislatore *soi-disant* sovrano), ma segnatamente perché la natura, la struttura e i fini della società sono

---

far parte della causa di esso [... onde (nda)] se due o più persone conferiscono determinati beni per esercitare in comune un'attività economica e destinare gli utili di essa alla beneficenza si è fuori dallo schema del contratto di società e si rientra nello schema del contratto di associazione" (14 Ottobre 1958, Suprema Corte di Cassazione Civile, Sez. III, Sentenza № 3251).

ognorpiù diversi da quelli della famiglia umana e l'interesse economico-lucrativo «della» (causa della) società stessa, non è affatto sovrapponibile, assimilabile o fungibile rispetto all' *affectio coniugalis* (proprio della causa) «della famiglia». La società, infatti, è per il lucro (lecito) dei consocii e in virtù di esso ha una sua propria dignità, struttura e configurazione giuridica (e anche logica e anche morale, sia chiaro), mentre la famiglia è... per la famiglia in sé (e tutto il resto non può che rappresentare una coorte di elementi accessori rispetto a tale sostanza *id est* al  *proprium* del vincolo familiare), vale a dire che la famiglia esiste, *in rebus naturae et in rebus iuris*, nella sua giuridica, morale e ontologica configurazione, per rendere «ragione razionale» alla causa dell' *affectio coniugalis* la quale lega e deve giuocoforza legare, l'un l'altro, i due soggetti che la compongono come coniugi e ciò, ovviamente... nell'ordine teleologico-ontologico della virtuale apertura della loro unione libera, razionale, giuridica e umana verso il c.d. fenomeno procreativo e verso quella che potremmo chiamare «cura umano-genitoriale» della prole. La prole, infatti, *ex uno latere* non rappresenta il prodotto economico-funzionale della famiglia stessa, né l'elemento necessario di essa, ovvero la sua causa, intesa come causa del vincolo familiare ed *ex alio* non invero, in sé, il mero destinatario di adempimenti concettualmente afferenti alla dommatica delle obbligazioni *lato sensu* economiche e un tanto – si badi bene – proprio perché i figli non hanno «solamente» il diritto di ricevere dai proprii genitori provvidenze materiali (quali possono essere i beni che servono ai fini del sostentamento), o comunque suscettibili di valutazione latamente patrimoniale (come potrebb'essere l'istruzione, la formazione educativa *et coetera*), ma hanno, in senso proprio, diritto a una famiglia e a una famiglia che, in quanto tale, presti loro tutte le cc.dd. cure genitoriali di cui essi medesimi abbisognino in quanto figli e in quanto esseri umani. In altri termini, allora, sempre «usando» lo *spěcīměn* della società, potremmo agevolmente dire che

siccome la società in quanto tale non è e non può essere considerata alla stregua d'una famiglia, avendo una natura tutt'affatto diversa, allo stesso modo, nemmeno la famiglia che sia famiglia in sé,<sup>251</sup> può essere considerata alla stregua di una società, eppertanto – questo è il punto di Archimede – come al socio non è dato di «gestire» e di «considerare» *ad libitum*, o anche a immagine d'una famiglia, il rapporto contrattuale-sociale che lo obbliga verso i/il consocio/i e come, *in apicibus*, ai consocii medesimi non sarebbe dato di disciplinare – pur concordemente tra loro e pur in ossequio alla di loro unanime volizione – secondo il παράδειγμα della società, quel rapporto o quella relazione tra essi, che società non sia e non possa essere,<sup>252</sup> allo stesso modo e *a fortiori*, non è giammai dato ai soggetti che si uniscono *ex voluntate*, di invocare per la propria unione la disciplina del vincolo familiare, qualora l'unione medesima non sia e non possa essere considerata famiglia in sé, secondo i principii proprii oggettivi di essa e del suo ordine ontologico-giuridico. Un tanto precisato, ora, restando sempre nel solco tracciato con questo vomere, possiamo osservare, in ordine alla realtà familiare, che non è dato e che non può giammai essere dato al coniuge (o ad altri, ovviamente) d'intendere la propria famiglia (o al nubendo di intendere la realtà che è in procinto di formare) e il vincolo familiare che lo lega all'altro, secondo un fine, una struttura e un principio, i quali siano ontologicamente diversi da quelli naturali di essa e della sua realtà oggettiva, pena... una vera e propria *petitio principii*. Di talché, a titolo d'esempio, non potrebbe ritenersi che la famiglia «serva» per raggiungere uno scopo

---

<sup>251</sup> La c.d. famiglia mafiosa, infatti, non è una famiglia nel senso vero e oggettivo del termine, ma, propriamente, è una associazione per delinquere, nell'ambito della quale gl'affigliati possono anch'essere legati da «vincoli di sangue» e possono anche vivere, in alcuni casi, a immagine di una famiglia umana. Quest'ultimo aspetto, tuttavia, rappresenta un dato del tutto eventuale e certamente non idoneo a qualificare la *societas latronum* in parola, in guisa di realtà in sé familiare: essa è e rimane quello che è per natura, indipendentemente dal volere di chicchessia, vale a dire... una congrega di banditi.

<sup>252</sup> Gl'esempî sono molti, primo tra tutti quello della c.d. associazione in partecipazione. Sotto una diversa luce, poi, la figura del socio occulto ben dimostra che non è la volontà a determinare la natura e l'essere-in-sé delle cose e delle relazioni...

economico-lucrativo (opportunamente proprio del vincolo societario), ovvero per ordinare secondo la sua *forma iuris* un legame c.d. amicale (o parentale *stricto sensu* inteso<sup>253</sup>), oppure, da ultimo, per assecondare il desiderio di formalizzare, in un accordo *lato sensu* giuridico, un'unione puramente edonistica tra soggetti, la quale abbia come scopo la «comune» ricerca di un piacere fine a sé stesso, nell'ambito di un rapporto (fisico) volontaristicamente orientato verso una vicendevole reificazione, dei componenti medesimi, al fine di trarre, l'uno dall'altro, un reciproco godimento (fisico o meno, non rileva). Gli esempi, in relazione a questi aspetti, certamente paradossali, ma senz'altro non alieni dall'esperienza, non sono difficili da rinvenire: si pensi, infatti, al c.d. matrimonio per convenienza, ove la famiglia viene intesa, da uno o da entrambe i coniugi, in guisa di mezzo per il consolidamento o per l'incremento dei patrimoni; si pensi, poi, alle rivendicazioni, da più parti espresse,<sup>254</sup> di consentire il c.d.

---

<sup>253</sup> Rileva, infatti, che il rapporto di parentela non solo non è e non può affatto coincidere col vincolo di coniugio, ma addirittura esso è proprio impediente, su di un piano logico, ontologico, morale, giuridico e anche normativo lo stesso instaurarsi del vincolo familiare, imperocché non è dato di contrarre matrimonio tra/con parenti. La natura del divieto, come è noto, è ontologica, vale a dire ch'essa è legata all'essere in sé delle cose e alberga nel fine procreativo della famiglia stessa, infatti il matrimonio tra consanguinei è foriero di nocumento genetico alla prole, ma – si badi bene – trattasi anche e conseguentemente, potremmo dire, di un divieto normativamente espresso dallo stesso Codice Civile il quale, per l'appunto, prescrive che “non possono contrarre matrimonio tra loro 1) gli ascendenti e i discendenti in linea retta, legittimi o naturali; 2) i fratelli e le sorelle germani, consanguinei o uterini; 3) lo zio e la nipote, la zia e il nipote” (art. 87 c.c.).

<sup>254</sup> *In primis* merita ricordare le varie Risoluzioni del Parlamento europeo sulla questione: si notino, allora, la Risoluzione del 16 Marzo 2000 (rif. A5-0050/2000) colla quale, al § 56, si “chiede agli Stati membri di garantire alle coppie non sposate e alle coppie dello stesso sesso parità di diritti rispetto alle coppie e alle famiglie tradizionali, in particolare in materia di legislazione fiscale, regime patrimoniale e diritti sociali”, la Risoluzione del giorno 8 Febbraio 1984 (rif. A3-0028/84), nell'ambito della quale, al § 9 il supremo Organo “invita gli Stati membri a vietare in tutti i settori ogni discriminazione basata sull'orientamento sessuale ed ad aprire alle coppie omosessuali tutti gli istituti giuridici a disposizione di quelle eterosessuali ovvero a creare per le prime istituti sostitutivi equivalenti”, la Risoluzione del 5 Luglio 2001 (rif. A5-0223/01) e la Risoluzione del 4 Settembre 2003 (rif. A5-0281/2003) la quale, al § 81, “raccomanda agli Stati membri di riconoscere, in generale, i rapporti non coniugali fra persone sia eterosessuali che omosessuali, conferendo gli stessi diritti riconosciuti alle persone sposate, adottando tra l'altro le disposizioni necessarie per consentire alle coppie di esercitare il diritto alla libera circolazione nell'Unione”. *In secundis* potrebbero menzionarsi i vari disegni di legge presentati in Parlamento (italiano), al fine di apprestare una qualche «tutela normativa» alle cc.dd. unioni civili di fatto... che ambiscono a un riconoscimento (*recte*, a un inquadramento

matrimonio tra omosessuali, o, comunque, tra persone dello stesso genere, ove la famiglia – come in un *coup de théâtre* – dovrebb'essere deputata a rappresentare il vestimento/riconoscimento formale-giuridico di un'unione, ancorché fondata sul reciproco affetto di coloro che ne danno luogo, non certo declinabile secondo il paradigma (oggettivo-razionale) della causa del vincolo coniugale in sé e dell'essere teleologico-ontologico del rapporto propriamente familiare, vero è... che tra soggetti dello stesso genere, se vi può anch'essere affetto e attrazione (viziosi o patologici, *tertium non datur*: l'innaturalità e la anormalità della c.d. omosessualità sono tutt'affatto da darsi per scontate), non può certo esservi *affectio coniugalis*, essendo, quest'ultima, razionalmente ordinata secondo i principii proprii dell'essere oggettivo della famiglia umana, eppertanto, (*ex multis*) secondo l'ordine teleologico di essa, alla virtuale apertura verso la procreazione e verso la cura normale della prole. E l'elencazione delle varie fattispecie potrebbe proseguire... Il discorso, però, si «riduce» a questa considerazione, la quale impone di osservare che così come ogni consorzio umano è tale in virtù della sua propria natura e non può essere disciplinato secondo gli stilemi di uno diverso, pena un paralogismo sul piano teoretico e una incoerenza su quello teorico, onde – come abbiamo veduto – la società è tale in virtù del lucro e del peculiare vincolo societario che punto lega i consocii, l'associazione è tale in virtù dell'interesse *lato sensu* morale perseguito comunemente dagli associati, il vincolo amicale è tale in virtù della sua natura non obbligatoria sul piano tecnico giuridico *et coetera*, allo stesso

---

amministrativo) «di diritto»: in particolare si può ricordare il d.d.L. № 1211, presentato al Senato della Repubblica il 19 Dicembre 2013 e rubricato “modifiche al Codice civile in materia di disciplina delle unioni civili e dei patti di convivenza”; oppure il diverso d.d.L. № 314 del 25 marzo 2013, sempre presentato al Senato, il quale si prefiggerebbe di dettare una “disciplina dei diritti e dei doveri di reciprocità dei conviventi”, oppure, ancora, il d.d.L. № 239 del 20 Marzo 2013 (sempre presentato al Senato) il cui testo tenderebbe a tipizzare un “contratto di convivenza e solidarietà”, poi vi sarebbe l'ulteriore d.d.L. №909 del 3 Luglio 2013 (data di comunicazione alla Presidenza del Senato) sulle “unioni civili e sulle unioni di mutuo aiuto” e il d.d.L. № 197 del 15 Marzo 2013 (anch'esso presentato al Senato) che vorrebbe introdurre un “patto di convivenza”, solo per menzionare le iniziative più recenti.

modo... anche la famiglia, che è e che resta la principale e più importante *figura* di consorzio umano, è tale in virtù e in ragione della causa sua propria e della sua propria natura, la quale, evidentemente, è oggettiva e nel suo essere oggettiva, essa è giuocoforza normativa e regolativa del fenomeno familiare in quanto fenomeno (*in se*) giuridico, (*in se*) morale, (*in se*) razionale, (*in se*) libero e (*in se*) umano, necessariamente sottratto alla arbitraria disponibilità di chicchessia: abbiamo detto, infatti, che il diritto di autodeterminazione in ambito familiare, quale diritto dei soggetti di creare la propria famiglia, non si sostanzia certo nel «diritto volitivo» degli stessi di definire *ad libitum*, come famiglia, un'unione di e tra essi, la quale difetti dei caratteri proprii della realtà *in se* familiare, *ergo*... se un uomo e una donna, *coeteris paribus*, possono sposarsi e possono dare luogo a una famiglia che sia la loro famiglia, secondo una loro comune volontà umana, razionale, libera, morale e giuridica, la quale li animi e li porti a esercitare un'opzione, quella familiare, altrettanto umana, altrettanto razionale, altrettanto libera, altrettanto morale e altrettanto giuridica, due uomini o due donne non potrebbero farlo, pur volendolo e pur volendolo concordemente, né potrebbero farlo un uomo e una donna, i quali, a titolo d'esempio, siano padre e figlia, o fratello e sorella, o altrimenti legati dal vincolo della consanguineità<sup>255</sup> e ciò... proprio perché un tanto osterebbe all'integrazione concettuale della fattispecie familiare, quale fattispecie in sé reale e in sé razionale, nel suo essere causata dall'*affectio coniugalis* e dalla virtuale apertura al concepimento umano e alla cura umana della prole. Non basta: è

---

<sup>255</sup> Non a caso e non certo per imporre una limitazione arbitrariamente fine a sé stessa, il Codice penale punisce “chiunque [...] commette incesto con un discendente o un ascendente, o con un affine in linea retta ovvero con una sorella o un fratello” (*ex art. 564, co. I c.p.*), per quanto resti del tutto vero che l'inciso “in modo che ne derivi pubblico scandalo” (*ibidem*) porta a interpretare la disposizione in modo deviante rispetto al principio ch'essa dovrebbe tutelare; vero è infatti, che nell'atto d'incesto e *a fortiori* nella c.d. relazione incestuosa il bene giuridico leso non può essere rappresentato dal mero costume sociale, ma dev'essere rappresentato, piuttosto, da quella stessa tensione alla “integrità della stirpe” – per riprendere la dizione del Titolo X, Libro II del Codice penale – la quale porta il Legislatore civile a fare divieto di nozze tra consanguinei (*ex art. 87 c.c.*).



ben vero, infatti, che solamente la natura del vincolo familiare, quale vincolo oggettivo e *in se* oggettivamente giuridico, può effettivamente discernere la famiglia medesima da ogn'altra umana aggregazione<sup>256</sup> e queste da quella, sotto il profilo teoretico del «che cosa» essa sia – innanzitutto pei coniugi e per la prole – e sotto il profilo teorico del «come» essa abbia da essere normata *in rebus (positi) iuris* e del «come» abbiano da essere intese e disciplinate le obbligazioni, i diritti e i doveri ch'essa stessa comporta. Ciò detto, allora, per quanto attiene alla giuridica qualificazione dell'essere-in-sé (eppertanto della «causa remota») del vincolo familiare oggettivamente considerato e per quanto attiene alla natura di esso, sotto il profilo ontologico dell'*affectio coniugalis* e teleologico della virtuale apertura alla procreazione e alla cura della prole, è mestieri di non confondere la sostanza del «vincolo ↔ rapporto» *de quo* coi suoi accidenti. Nel merito, dunque – anche riprendendo un poco «in controluce» il problema delle cc.dd. obbligazioni genitoriali – è mestieri di rilevare che un rapporto giuridico di natura contrattuale-economica (potrebbe essere un contratto associativo, un contratto di locazione, un contratto di comodato, un contratto di lavoro, un contratto di baliatico *et similia*), qualunque esso sia, ancorché «unisca» e reciprocamente obblighi tra sé i contraenti e ancorché crei, *per* questi, una realtà comune (*id est*, una persona giuridica che operi nel mercato secondo il sistema della c.d. rappresentanza organica), coerente colla loro volontà e col loro diritto di autodeterminarsi in/per esso, definisce *ex se* una coorte di obbligazioni e di responsabilità, le quali sono e restano del tutto estranee (nella loro causa genetica) a quelle, pur anche in parte similari sotto il

---

<sup>256</sup> *Contra*, a titolo d'esempio, *ex multis*, Giuseppina Palmeri, la quale afferma che “le svariate forme di convivenza [...] non possono essere guardate come deviazioni rispetto a un unico modello predefinito, ma rappresentano momenti di espressione della diversità di ogni singola individualità e della rilevanza delle scelte personali nelle relazioni affettive (talché [nda]) la negazione dell'esercizio delle fondamentali libertà rispetto a tali scelte dà luogo a una ingiustificata disparità di trattamento” (PALMERI, *Diritti fondamentali della famiglia e multiculturalismo*, in ALESSI – MAZZARESE – MAZZAMUTO (a cura di), *Persona e diritto. Giornate di studio in onore di Alfredo Galasso*, Milano, Giuffrè, 2013, pag. 145).

profilo «attuativo-operativo-funzionale» (ma non causale [!]), che promanano o che possono promanare, in forma accessoria e tutt'affatto collaterale, dal rapporto/vincolo di natura familiare (*sub specie* di rapporto/vincolo di coniugio, d'onde originano anche obbligazioni *lato sensu* economiche); *ergo*... l'accordo familiare – se possiamo usare quest'espressione – non è e non può mai essere inteso *sub specie* di accordo contrattuale se l'accordo contrattuale ha, come effettivamente ha e deve avere, una natura e quindi una *causa essendi* meramente economica e ciò... imperocché il *proprium* del vincolo di famiglia non può essere colto nelle relazioni *lato sensu* economiche ch'esso oggettivamente crea e determina tra i coniugi e tra questi e la prole, vero è bene, infatti, che il profilo latamente economico delle stesse è tutt'affatto accessorio rispetto alla loro *causa essendi* e che le relazioni economiche *de quibus* sono tutt'affatto funzionali a questa e da questa dipendenti, talché... la prestazione che il coniuge deve adempiere verso l'altro o che i genitori-coniugi debbono congiuntamente adempiere verso i figli, pur potendo anch'essere suscettiva d'un rilievo e d'una estimazione economica, trova e deve necessariamente trovare cagione intrinseca nella causa del vincolo coniugale, che è data dall'*affectio coniugalis* e nell'essere obiettivo dello stesso statuto teleologico-ontologico della famiglia, il quale è punto definito dall'attitudine alla cura genitoriale(-familiare). Tutto insomma, nella famiglia – questo è il «cuore» della questione – si riporta e alligna (*rectius*, deve allignare) in quella che è la causa obiettiva del vincolo familiare stesso e in quella che è la natura e la funzione teleologico-ontologica di essa, onde... i costitutivi essenziali dell'essere in sé della famiglia e delle obbligazioni familiari non possono essere definiti *ad libitum*, ovvero adattati alle «mode del momento» e un tanto – si badi bene – non perché vi sia la necessità o l'opportunità di mantenere fissi determinati schemi sociali e/o determinate forme di «igiene civile» legate al buon costume e al c.d. ordine pubblico, no! Non è questo

«il» problema, questo, se mai, potrebb'essere «un» problema, uno dei molti, ma «il» problema vero e proprio, quello da cui nascono per gemmazione tutti gli altri, è segnatamente rappresentato dalla necessità di comprendere che l'idea di famiglia e quindi l'idea di famiglia come istituto giuridico, forse più presto che ogn'altra idea di istituto giuridico, è radicata nel più palese degli elementi naturali, il quale è punto rappresentato dal contesto in cui il soggetto umano dovrebbe essere concepito e dalla normalità del suo concepimento e della sua umana crescita coi proprii genitori, i quali siano tra loro umanamente legati dal vincolo di coniugio. Allo stesso modo, allora, l'idea di obbligazione familiare, come obbligazione derivante dall'essere in sé della famiglia – e lo medesimo discorso potrebbe farsi anche con riguardo ai diritti e ai doveri che gravitano attorno all'asse della esperienza familiare *lato sensu* intesa (disciplina successoria, normativa previdenziale, regime tributario, agevolazioni fiscali, ordinamento dello Stato civile *et coetera*) – non può essere «traslata» in contesti diversi da quello suo proprio, dacché, in questo caso, ne verrebbe frustrato non solo il principio teoretico, ma anche la *ratio* teorica, anzi... a dire il vero, la «traslazione (meramente) normativa» in un contesto che non sia quello «della» famiglia umana, del compendio obbligatorio proprio della realtà familiare *in se* e dei diritti/doveri che essa postula *ut natura*, ovvero che essa postula *secundum tenorem legum rationis*, determinerebbe *ex ipso facto* la carenza oggettiva della causa, con riguardo alle «obbligazioni» stesse, nonché della giustificazione (quantomeno) logica con riguardo alle altre situazioni giuridiche (positive). Le discipline e le obbligazioni *de quibus*, infatti, non troverebbero cagione obiettiva nella realtà del vincolo da cui dovrebbero originare, o in virtù del quale avrebbero ragione di rientrare nella coerenza del Sistema, ma troverebbero la loro mera «giustificazione contingente» nella volontà dei soggetti stessi di obbligarsi per obbligarsi, ovverosia – con una battuta – di obbligarsi per non-obbligarsi in senso proprio (è il caso dei soggetti che, pur

potendo accedere al matrimonio, ricusino di farlo), o non-potendo-si obbligare in senso proprio (è il caso dei soggetti che non possono accedere al matrimonio, come potrebb'essere quello degli omosessuali). Il problema – si badi bene – non è affatto ammantato di astrattezza, imperocché esso coinvolge direttamente il vivace e attualissimo dibattito sulle cc.dd. unioni civili e sul c.d. riconoscimento di diritti (che non ci sono) alle coppie di fatto – abbiano, esse, luogo tra persone dello stesso genere o tra persone di genere diverso – le quali rivendichino di accedere a una coorte di «posizioni giuridiche» propriamente afferenti alla dinamica e alla dommatica della famiglia umana. Il *punctum dolens*, però, non riguarda il riconoscimento di diritti *lato sensu* intesi, a soggetti ai quali questi non vengono ancora riconosciuti, né riguarda l'estensione analogica di situazioni giuridiche, ove vi sia una *eadem legis ratio*, ma concerne la proiezione artificiosa di *figurae iuris* sopra schermi i quali sono del tutto carenti dei presupposti fattuali per riceverli: con una *boutade* – forse un po' fuori luogo – allora, potremmo dire che quivi non si tratterebbe di riconoscere o di estendere diritti, ma proprio di scialacquarli, di regalarli, di distribuirli senza criterio alcuno, depauperandone il senso e il significato anche più immediati e superficiali. Il riconoscimento d'un diritto sul piano teoretico, infatti, così come l'estensione di esso (in quanto diritto positivo) sul piano teorico, postulano l'individuazione razionale e logica, nella fattispecie concreta, del formante concettuale proprio della norma oggetto del riconoscimento ovvero dell'estensione, non possono poggiarsi sul sentimento, sulla «opportunità elettorale» (dire «opportunità politica» significherebbe ridurre la politica alla mera contrapposizione partitica), sulla mera istanza contingente o sulla mera pretesa avanzata da parte di chi autoreferenzialmente si-ritiene (senza argomenti) titolare degli stessi e ciò non può essere accettato – si badi bene – proprio perché in questo caso ogni istanza varrebbe quanto le altre e tutto si appiattirebbe nel nihilismo giuridico più improponibile e disumano

(irrazionale, immorale, anti-giuridico *et coetera*); la stessa regola, peraltro, perderebbe, quivi, il suo carattere di regola (giusta o ingiusta che sia) e scadrebbe al rango di un mero oggetto di scambio nell'ambito del c.d. "mercato delle leggi",<sup>257</sup> anzi... a bene intendere le cose, essa scadrebbe al rango di mero artificio nell'ambito della «truffa legislativa», inquantoché la norma ipotizzata non si limiterebbe a rappresentare l'oggetto di una rivendicazione, magari assurda, ottenuta in cambio di voti, ma oltre a questo e con questo determinerebbe un'arbitraria equiparazione tra fattispecie tutt'affatto differenti, scardinando quello che è e che deve essere l'ordine naturale della comunità e della convivenza umane. Nel merito della questione in disamina, allora, a nostro avviso sarebbe del tutto illogico estendere la disciplina della famiglia, in qualsiasi modo ciò avvenga o possa avvenire, a fenomeni dell'esperienza i quali stiano *ex se* al di fuori rispetto all'ordine concettuale di essa: un tanto, infine, rappresenterebbe la più radicata delle *iniuriae* non solo verso le famiglie *in se*, le quali si troverebbero equiparate, di fatto, a contesti ontologicamente diversi dai loro propri e si troverebbero destinatarie delle medesime provvidenze «elargite» a questi ultimi, ma anche e soprattutto – si badi bene – nei confronti dei soggetti che andrebbero a integrare fattispecie differenti da quella familiare e pur sarebbero destinatari della medesima *regula* sostanziale: costoro, infatti, subirebbero l'ingiustizia oggettiva – magari da sé medesimi non percepita come tale e anzi rivendicata, desiderata, voluta sul piano eminentemente passionale – di ricevere quanto a essi stessi non spetta, giusta l'oggettività

---

<sup>257</sup> ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992, pag. 44. L'Autore, infatti, correttamente osserva che "l'epoca attuale è caratterizzata dalla polverizzazione del diritto legislativo attraverso la moltiplicazione di leggi a carattere settoriale e temporaneo [... onde (nda)] le ragioni di questa dissoluzione [...] possono in sintesi essere colte soprattutto in relazione ai caratteri della società attuale, determinati da un'estesa diversificazione di gruppi e strati sociali [...] che (nda)] determinano una accentuata differenziazione dei trattamenti normativi [...] in conseguenza della pressione sul legislatore degli interessi corporativi [...] talché (nda)] l'atto creativo di diritto legislativo è l'esito di un processo politico [politico, quivi, va inteso in senso moderno, vale a dire partitico (nda)] nel quale operano numerosi soggetti sociali particolari" (*Ivi*, pagg. 43 e s.).

della loro medesima condizione contingente. Il *suum cuique tribuere* ulpiano,<sup>258</sup> insomma, verrebbe frustrato e con una piccola provocazione, non certo polemica, ma tutt'affatto intellettuale, potremmo dire che il nocumento maggiore sarebbe proprio quello patito da chi si troverebbe ad avere, sul proprio capo, una coorte di situazioni giuridiche attive e passive non giustificate da altro rispetto alla mera opzione e al mero desiderio assolutamente privi di fondamento oggettivo. Certamente, la famiglia in quanto famiglia umana avrebbe danno dall'essere trattata come quell'aggregazione tra soggetti che famiglia non è, se non altro pel fatto di perdere il ruolo centrale che le spetterebbe nell'ambito dell'Ordinamento giuridico e prim'ancora della società e del consorzio umani, ma il danno maggiore – si ponga mente – anche se non percepito (si dice *volenti non fit iniuria*, ma noi non siamo d'accordo, almeno in termini generali...) e anche se inteso in guisa di vantaggio contingente, è proprio quello «subito» dai soggetti i quali, formando tra di loro un contesto non-familiare, verrebbero disciplinati sostanzialmente come fossero una famiglia: se la famiglia propriamente detta, infatti, continua comunque ad avere la disciplina che le spetta, pur perdendo, certo, il ruolo di primazia morale e giuridica che le compete, sono colori i quali danno luogo al contesto non-familiare, che ricevono quanto non partiene alla loro condizione, eppertanto che ricevono, in modo vieppiù diretto, un'*iniuria* vera e propria, la quale *iniuria*, ovviamente, è e resta tale anche se da essa promanano o possono promanare certuni «vantaggi materiali e contingenti» (*exempli gratia* la c.d. pensione di reversibilità, attualmente prevista<sup>259</sup> pel solo coniuge superstite e non anche

---

<sup>258</sup> ULPIANO, *Digesta*, 1, 1, 10.

<sup>259</sup> Si pensi alle risalenti disposizioni dall'art. 13 del R.D.L. 636/1939, nonché a quelle dell'art. 9 della L. 898/1970 e dell'art. 1 della L. 335/1995. Si pensi, ancora, all'intervento della Corte costituzionale, la quale – correttamente, a nostro avviso – ha precisato che “deve essere riconfermato il principio [...] secondo cui la mancata inclusione del convivente *more uxorio* tra i soggetti beneficiari del trattamento pensionistico di reversibilità trova una sua non irragionevole giustificazione nella circostanza che il suddetto trattamento si collega geneticamente ad un preesistente rapporto giuridico che, nel caso considerato, manca. È, quindi,

pel soggetto convivente *more uxorio*) e anche se i destinatari di essa la percepiscono come «applicazione giuridica» e quindi come un bene *in se*, anzi... come un diritto riconosciuto. L'*iniuria*, invero, consiste sia nel non-dare e quindi, *ex adverso*, nel non-ricevere, quanto spetterebbe, sia, all'opposto – e questo è proprio il caso di specie – nel dare e dal diverso punto di vista nel ricevere, quanto non sarebbe dovuto: si tratta, anche se potrebbe non sembrare, della medesima *iniuria* la quale dà luogo a fenomeni diversi e speculari, ma non certo opposti sotto il profilo ontologico-sostanziale, vero è... che “ἔστιν ἄρα τὸ δίκαιον ἀνάλόγον τι”<sup>260</sup> e che è sempre più arduo fare emergere l'ingiustizia «del/nel troppo», rispetto quella «del/nel troppo poco», imperocché... il «troppo» porta alla soddisfazione viziosa degli appetiti e tende a fare prevalere la passionalità del giudizio positivo, sulla razionalità della valutazione obiettivamente negativa, mentre il «troppo poco» induce alla sollecitazione, in un tempo passionale e razionale, delle rivendicazioni subietive variamente considerate e considerabili. La questione in analisi, tornando *in medias res*, a noi pare decisiva e ciò anche perché questa – a rigore – non potrebb'essere trascurata nemmeno dai «sostenitori» dell'eguaglianza illuministico-positivistica di cui all'art. 3 cost., imperocché anch'essa, pur nella sua assurdità teoretica, postula di trattare egualmente situazioni eguali e di trattare diversamente situazioni diverse, per quanto... se il principio in sé dell'uguaglianza

---

da escludere che nella disciplina censurata sia ravvisabile un *vulnus* agli artt. 2, 3, 31 e 38 cost.” (11 Marzo 2009, Corte Costituzionale, Sentenza № 86, Presidente Amirante, Redattore Finocchiaro); *per incidens* si rilevi che la pronunzia *de qua* è da considerarsi conforme alla decisione dello stesso Organo, la quale ebbe a precisare che “va affermato, indipendentemente da ogni altra e diversa considerazione, come gli attuali caratteri della convivenza *more uxorio* rendano non irragionevole la scelta, operata dal legislatore in ambito previdenziale, di escludere il convivente dal novero dei soggetti destinatari della pensione di reversibilità. Diversamente dal rapporto coniugale [infatti (nda)] la convivenza *more uxorio* è fondata esclusivamente sulla *affectio* quotidiana – liberamente e in ogni istante revocabile – di ciascuna delle parti e si caratterizza per l'inesistenza di quei diritti e doveri reciproci, sia personali che patrimoniali, che nascono dal matrimonio” (23 Ottobre 2000, Corte Costituzionale, Sentenza № 461, Presidente Mirabelli, Redattore Marini). Sul punto, cfr MASCIA, *Famiglia di fatto: riconoscimento e tutela*, Macerata, Halley editrice, 2006.

<sup>260</sup> ARISTOTELE, *Etica nicomachea*, V, 3, 25, 1131 a.

«razionale ↔ filosofica» (non-illuministica, quindi) esige il riferimento al dato oggettivo della realtà, quello dell'uguaglianza «meramente illuministica» si basa sul contingente riferimento alla «semplice» e «immediata» coerenza endo-sistematica in un dato contesto (indiscusso e indiscutibile nelle sue stesse premesse) e quindi esso non rende ragione di alcun principio propriamente detto, ma solo di una *ratio* operativa. Un tanto vuole significare, allora, proseguendo la riflessione *in subiecta materia*, che l'estensione (sostanziale, al di là dell'aspetto nominalistico) del modello normativo proprio della famiglia, a contesti i quali non ne integrino i presupposti concettuali e di fatto, oltre a rappresentare una grave petizione di principio con riguardo all'essere-in-sé della famiglia stessa, rappresenta anche un elemento d'incoerenza formale e quindi di negazione sostanziale, dello stesso impianto sistematico-positivo di riferimento, nel cui ambito operativo vi sia il riconoscimento (i positivisti direbbero... la previsione) dell'istituto della famiglia e questo sia strutturato, *coeteris paribus*, a immagine di quello che esso è *ut natura*. Le cc.dd. unioni civili, allora (variamente definite e definibili<sup>261</sup>), perseguirebbero il precipuo fine di configurare un dato compendio di diritti e di doveri, proprio del vincolo matrimoniale-coniugale, ad appannaggio di coloro i quali non intendono o non possono autodeterminare la di loro volontà (giuridica o di mero fatto) all'interno di una famiglia umana,<sup>262</sup> eppertanto... questi nuovi «strumenti

---

<sup>261</sup> Si pensi ai cc.dd. Di.Co., vale a dire ai “diritti e doveri delle persone stabilmente conviventi” che avrebbero dovuto essere disciplinati secondo da proposta del d.d.L. № 1339 presentato alla Presidenza del Senato della Repubblica in data 20 Febbraio 2007; oppure si pensi alla c.d. Pa.C.S., cioè alla “disciplina del patto civile di solidarietà e delle unioni di fatto” presentata alla Presidenza della Camera dei Deputati con d.d.L. № 3296 del 21 Ottobre 2002, la quale richiama il contenuto della Legge francese № 99-944 del 15 Novembre 1999, punto rubricata “*du pacte civil de solidarité et du concubinage*”; oppure, da ultimo, si ponga mente alla c.d. D.U.S., *id est* alla “disciplina del contratto di unione solidale” contenuta in seno al d.d.L. № 589, presentato in Senato il giorno 8 Giugno 2006.

<sup>262</sup> Correttamente registra, infatti, Elena Falletti, che “l’iniziativa presa da alcuni Comuni di istituire un registro delle (cc.dd. [nda]) unioni civili, che abbiano quale scopo la regolarizzazione delle convivenze sia etero sia omosessuali, è l’unica forma (peraltro arbitraria [nda]) di formalizzazione presente in Italia [... col precipuo scopo (nda)] di dare rilevanza giuridica (... a quei contesti nei quali [nda]) molte coppie conviventi non erano legate da



civilistici» del diritto positivo andrebbero a creare ambiti normativi assolutamente aperti all'opzione (senza argomenti) di chicchessia, ove chiunque potrebbe accedere *sine causa*, anzi... *praeter causam*, alla titolarità di situazioni giuridico-soggettive attive e passive, secondo il suo proprio desiderio e a prescindere da qualsivoglia fondazione teoretica e anche solo teorica delle stesse. L'obbligazione artificialmente creata per rispondere a un *velle quia volutum*, infine, allignerebbe nel nulla-oggettivo, anzi, più propriamente... nel nulla-giuridico-teoretico. Non solo: *a fortiori*, infatti, il negozio contrattuale, strumentalmente individuato e delineato per norma al mero scopo di creare e di definire la fonte formal-convenzionale dell'obbligazione stessa o, per meglio dire, il *phantasma* di essa, risulterebbe assolutamente privo di causa e assolutamente inidoneo a “realizzare interessi meritevoli di tutela” (ex art. 1322, co. II c.c.); si tratterebbe, infatti, di un negozio non-negoziale, perché privo d'una *causa negotii*, o di un contratto non contrattuale, perché privo di *causa contracti* (fattispecie più ristretta, da un punto di vista concettuale, rispetto a quella della c.d. causa negoziale, se è vero, come è vero, che tutti i contratti sono negozi giuridici, ma non tutti i negozi giuridici sono contratti<sup>263</sup>), eppertanto... si tratterebbe d'una chimera normativa tutt'affatto inidonea a rappresentare il viatico per l'esercizio del diritto di autodeterminazione della persona e ciò, proprio perché in essa difetterebbe quel contenuto minimo di giuridicità sostanziale-causale (e anche solo formale) necessaria per non aversi una mera formula vuota, atta solamente a «vestire coll'abito del diritto» ciò che rappresenta un semplice volere arbitrario e assoluto dei *subiecti* «*volentes* ↔ *agentes*». Certamente –

---

vincolo coniugale e quindi (erano [nda]) prive di tutela giuridica tanto nei rapporti reciproci, quanto nei rapporti con le pubbliche Amministrazioni” (FALLETTI, *Famiglia di fatto e convivenze*, Padova, C.E.D.A.M., 2009, pag. 106).

<sup>263</sup> Si ricorderanno le osservazioni d'un grande civilista – Alberto Trabucchi – il quale osservava che “la più importante categoria degli atti volontari e leciti è formata dai negozi giuridici, i quali sono manifestazioni di volontà rivolte a uno scopo pratico che consiste nella costituzione, modificazione o estinzione di una situazione meritevole di tutela” (TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, C.E.D.A.M., 2005, pag. 99) talché... “fra tutti i negozi giuridici il contratto trova nel Codice la più ampia e diffusa disciplina” (*Ivi*, 166).

diranno i positivisti più rigorosi – se l’Ordinamento prevede un dato contratto, come potrebbero essere quelli atti a disciplinare le cc.dd. unioni civili, non può revocarsi in dubbio la presenza in esso di una causa e la «meritevolezza giuridica» della stessa, onde... all’interprete – enzima d’un Legislatore onnipotente<sup>264</sup> e indiscutibile – altro non resterebbe che di individuarla, di coltivarla e di darne attuazione: *hoc opus, hic labor!* La causa *de qua*, però, anche intesa manualisticamente come funzione economico-sociale del contratto,<sup>265</sup> in questo caso non potrebb’essere individuata all’interno dell’accordo stesso e non potrebb’essere ivi individuata – si badi bene – proprio perché esso non ha causa, non ha alcuna funzione economico-sociale oggettiva che lo definisca nel suo essere «negozio/contratto di qualche cosa (di reale/giuridico/oggettivo)»: il contratto<sup>266</sup> dell’unione civile, invero, qualunque foggia assuma o possa assumere, non è e non potrà mai essere capace di esprimere alcuna oggettiva funzione economico-sociale e una siffatta affermazione – sia chiaro – non rappresenta certo, né la conseguenza d’un preconconcetto o d’una pregiudiziale ideologica, né il precipitato d’una speculazione particolarmente «intensa» sul piano analitico, vero è che l’assenza di causa, nell’ambito dell’ipotetico

---

<sup>264</sup> Cfr GENTILE, *Ordinamento giuridico. Controllo o/e comunicazione? Tra virtualità e realtà*, in PAGALLO, *Testi e contesti dell’ordinamento giuridico. Sei studi di teoria generale del diritto*, Padova, C.E.D.A.M., 1999, pag. 22.

<sup>265</sup> Cfr, *ex multis*, IUDICA – ZATTI, *Linguaggio e regole del diritto privato*, Padova, C.E.D.A.M., 2004, *passim*, in particolare pag. 297.

<sup>266</sup> Lo segnaliamo *per incidens*: di contratto non potrebbe assolutamente parlarsi e non solo per la citata carenza dell’elemento causale, ma anche perché, pur volendo ipotizzare (*rectius*, immaginare) una causa, in esso, sulla base della mera tipizzazione normativa, comunque resterebbe palese l’inidoneità dello strumento *de quo* a rappresentare un regolamento relativo alla disciplina d’un “rapporto giuridico patrimoniale” (*ex art. 1321 c.c.*), e ciò, inquantoché il precipuo fine della c.d. “unione civile” sarebbe quello di dettare una disciplina normativa, a immagine di quella familiare, atta a regolare un legame intersubiettivo di carattere *lato sensu* sentimentale e non patrimoniale (pur con effetti patrimoniali, ma questo è un discorso diverso, ovviamente). Sempre impropria, ma comunque più propria di quella di contratto, allora, parrebbe essere la nozione di negozio, ove il carattere dell’essenza patrimoniale non è affatto preminente (anche il matrimonio, invero, è un negozio giuridico). *Contra* – come è noto – la stessa dizione di D.U.S., *id est* di “disciplina del contratto di unione solidale” contenuta in seno al d.d.L. № 589, presentato alla Presidenza del Senato della Repubblica il giorno 8 Giugno 2006.

negozio atto a disciplinare le cc.dd. unioni civili, emerge proprio dalla loro configurazione, dal loro oggettivo essere unione, consorzio tra persone, fondato, causato e giustificato dal mero sentimento e dalla mera *voluntas/voluptas* dei soggetti *de quibus* di stare gli uni accanto agli altri. Ciò posto, è ovvio – almeno a nostro avviso – che quest'unione *lato sensu* sentimentale sia di per sé insuscettibile d'una pre-definizione, anche solo teorica, sotto il profilo tecnicamente causale, essendo, essa, tutt'affatto rimessa alla contingente volontà dei suoi stessi componenti i quali, propriamente, ne definiscono l'*an*, il *quando*, il *quantum*, il *quomodo* e anche il *quia* al di fuori, non solo da ogni regola e da ogni disciplina, ma dallo stesso concetto di regola e di disciplina vincolante sul piano della giuridica meritevolezza oggettivo-razionale. Con una battuta potremmo dire, allora, che consentire la contrattualizzazione, cioè la formalizzazione sotto il profilo giuridico, di quelle che correttamente si chiamano «coppie di fatto», di fatto... proprio perché non di diritto, varrebbe quanto prevedere l'istituzionalizzazione, a esempio nella struttura di un Ente pubblico retto da un proprio statuto, di un c.d. movimento anarchico: ciò non significa dare una connotazione necessariamente e universalmente negativa, sul piano giuridico, ai vari rapporti tra soggetti, i quali siano privi di causa oggettiva (o anche «solo» privi d'una funzione economico sociale meritevole di tutela/disciplina), anche il rapporto amicale lo è, per fare un esempio, eppure l'amicizia (che sia veramente tale) è assolutamente nobile e degnissima, ma significa solamente precisare questo e cioè che laddove nella natura del rapporto interpersonale non sia veramente riscontrabile, sul piano razionale dell'oggettività, una causa intrinseca tecnicamente intesa, il rapporto *de quo*, lecito o illecito, morale o immorale, è da vedere *in casibus*, deve rimanere sul piano meramente fattuale (che gli è proprio *ut natura*) per quanto attiene alla sua struttura e alla sua configurazione dinamica, non potendo accedere ai ranghi del riconoscimento giuridico e della giuridica disciplina. Altro,

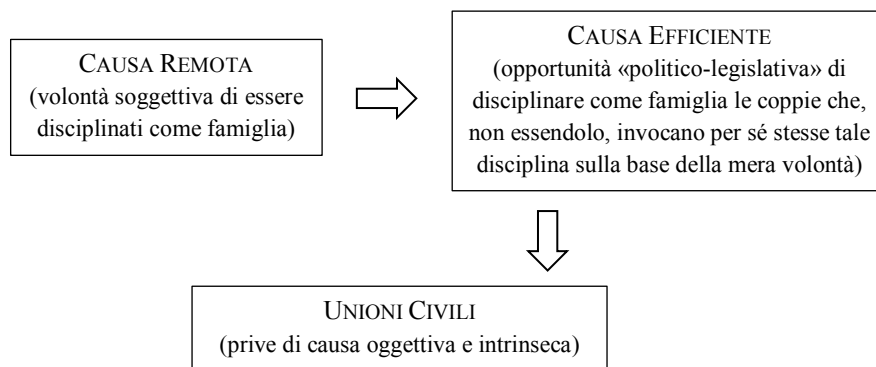
infatti, è dire che un dato rapporto intersubiettivo sia lecito, morale, giuridico, umano, libero *et coetera*, quindi idoneo a definire il contenuto del diritto di autodeterminazione dei soggetti in ambito *lato sensu* sociale e altro – come abbiamo di già osservato in principio della Trattazione – è dire ch'esso sia «rilevante» pel diritto e segnatamente per lo *ius quo ūtīmur* (sotto il profilo della possibile disciplina normativo-negoziale); che il rapporto di amicizia, invero – per riprendere l'esempio testé proposto – sia lecito e che in esso gli amici possano estrinsecare il loro diritto all'autodeterminazione è tutt'affatto pacifico, *nulla quaestio*, ch'esso, però, possa essere istituzionalizzato in un ipotetico «contratto amicale» è altrettanto da escludersi ed è da escludersi – si badi – non in forza di pregiudiziali ideologiche, ma proprio perché il vincolo amicale difetta di una causa propriamente giuridica, eppertanto di un legame propriamente obbligatorio; l'ipotetico «negozio amicale», infatti, se mai avesse da essere preveduto da parte di un Legislatore demiurgico e tutt'affatto improvvido, si paleserebbe in guisa di negozio obbiettivamente orbo della causa – come orbi della causa sono i (cc.dd.) contratti finalizzati alla giuridicizzazione delle cc.dd. coppie di fatto<sup>267</sup> – dacché esso difetterebbe *ex funditus* d'una funzione economico-sociale, la quale sia oggettiva e la quale non dipenda, volta per volta, dalla contingente opzione dei vari «contraenti».<sup>268</sup> L'unica causa dell'ipotetico negozio ( $\alpha$ -)giuridico finalizzato a disciplinare le cc.dd. unioni civili, allora (ovviamente parliamo *de iure condendo*, perché fino a oggi il Legislatore italiano, *rara avis*, non ha introdotto nell'Ordinamento una tale chimera), andrebbe individuata, più propriamente, all'esterno di esso e andrebbe individuata in guisa di mera «causa efficiente», ciò significa ch'essa

---

<sup>267</sup> Icasticamente e con piglio senz'altro polemico Cairoli si domandava se “la convivenza di fatto non sarà [forse (nda)] convivenza di cortesia” (CAIROLI, *La riva destra dell'Adda (invito al Vassalli faceto)*, in *Rivista di Diritto Civile*, Padova, C.E.D.A.M., 1981, II, pag. 432).

<sup>268</sup> Alla stessa considerazione arrivasi principiando da una diversa nozione di causa negoziale: anche superando la teorica funzionalistica, resta sempre orbo della causa quel contratto che non abbia un contenuto oggettivo-razionale *in se*.

andrebbe individuata nell'opportunità *lato sensu* politica di dare una «regola convenzionale» (con un ossimoro, potremmo dire una «regola arbitraria») a un rapporto che non l'ha e che non potrebbe averla, se e in quanto i protagonisti di esso lo desiderino *ex voluntate*, se e in quanto i protagonisti di esso, cioè, desiderino di accedere, *sine causa et praeter causam* (il riferimento è alla causa interna, non alla causa efficiente, esterna), a una disciplina simil-negoziale strutturata a immagine di quella familiare, vale a dire... se e in quanto i protagonisti del rapporto *de quo* desiderino di accedere a una disciplina che non sia la loro propria, né su di un piano teorico, né, tantomeno, su di un piano teoretico, la quale, tuttavia, incontri, per le strade della passione, il loro comune piacere contingentemente *absolutus*. La «causa remota» del negozio in parola, allora, pur sempre esterna come la causa efficiente, ma concettualmente antecedente rispetto a essa, andrebbe propriamente individuata nella mera volontà dei componenti la c.d. unione civile di potere disporre, da sé medesimi, di una disciplina normativa e di un riconoscimento giuridico-formale declinati secondo il παράδειγμα concettuale della *regula* familiare:



vero è che la disciplina in parola non verrebbe «estesa» e «imposta» *ex auctoritate legis* ai contesti *de quibus* in forza di un procedimento analogico, di per sé impossibile stante l'assenza della *eadem legis ratio*, ma verrebbe meccanicamente traslata, per norma espressa, solo in ragione di un ossequio

acritico, da parte del Legislatore, verso una rivendicazione priva di argomenti razionali e di fondamenti obiettivi, anzi... strutturata proprio sulle fondamenta di un impulso eminentemente passionale, quale punto è l'attrazione fisica, l'amore romantico, il piacere intimo *et similia* alla base della c.d. coppia/unione di fatto. Ecco, questo, a nostro avviso, pone un problema tecnico «di fondo» che non si riesce a superare o, quantomeno, che a noi pare insuperabile, imperocché nell'ambito di disciplina delle cc.dd. unioni civili la regola e il regolamento che le norme *de quibus* avrebbero ufficio di prevedere con riguardo al rapporto in parola, cessa di rappresentare la condizione di sussistenza del vincolo stesso in quanto vincolo giuridico e giuridicamente obiettivo – tale per cui, o il vincolo è informato secondo i principii della regola medesima, o esso non esiste affatto come *vinculum iuris* – e «scade» al livello d'un mero strumento eventualmente utilizzabile a suffragio di un rapporto di fatto, il quale rapporto di fatto, ovviamente, esiste e sussiste indipendentemente dalla regola stessa e dal rispetto di essa, talché... i componenti di quest'ultimo «rapporto fattuale» avrebbero la possibilità di usare della regola loro gratuitamente offerta (*id est*, messa a loro disposizione senza causa oggettiva), se, come e quando autoreferenzialmente ritenessero di usarne, pei fini ch'essi stessi eleggessero al rango di obbiettivo della loro unione (dopo avere insindacabilmente ritenuto di qualificare la unione stessa come unione intersoggettiva da disciplinare, *coeteris paribus*, come se fosse una famiglia). Ne deriva, allora, che la regola in parola non è regola «del» rapporto (propria di esso) e non è nemmeno regola «al» rapporto (imposta a esso), ma è propriamente regola «nel» rapporto (auto-decisa per esso da parte dei protagonisti dello stesso) o, per essere più cauti, regola «sul» rapporto, vale a dire ch'essa è regola funzionale a disciplinare un rapporto intersoggettivo, il quale esiste ed è strutturato, di fatto, indipendentemente da essa, ond'essa, come regola (inidonea a regolare), può esservi o può non

esservi a seconda della volontà dei componenti la coppia in parola di accedere alla disciplina *de qua* o di non accedervi. Non solo: l'eventuale «accesso» volontario alla regola *lato sensu* negoziale, da parte di coloro i quali danno luogo alla c.d. unione civile, infine, non ha da essere inteso in guisa di accesso alla regola propria di essa, l'unione c.d. civile, invero, altro non rappresenta che una dimensione (coppia) di mero fatto priva *ex se* di *regula/causa essendi* e non ha da essere inteso nemmeno in guisa di accesso a una regola imposta *ab externo*, proprio perché la regola *de qua* non è affatto imposta, essendo solamente «messa a disposizione», ma ha da essere inteso in guisa di accesso a una regola convenzionalmente utilizzabile (per norma), non tanto per disporre d'una disciplina oggettiva e obbligatoria cui fare riferimento nell'ambito dei rapporti interni tra componenti la coppia (ma nulla impedirebbe un allargamento a più soggetti), quanto piuttosto per ottenere una qualificazione «di sé» e uno «*status*» giuridico-formale (*rectius*, formalistico) vincolanti per gli altri, i quali, infatti, giusta l'opzione dei componenti la c.d. coppia di fatto di accedere alla disciplina *de qua*, versano, *ex lege*, nella formale doverosità/necessità giuridico-amministrativo-operativa di rapportarsi a costoro come (fossero una) «coppia di diritto» e quindi come titolari di un rapporto veramente giuridico e veramente fondato su una causa obiettiva... pur non essendoci alcun rapporto giuridico, ma una mera unione di fatto vestita d'un abito non suo. In questo, allora, finalmente si compendia la natura della c.d. unione civile formal(-istica-)mente incardinata nell'Ordinamento giuridico positivo (qualunque *nomen* essa assuma) e cioè... nel offrire a chicchessia la possibilità tecnico-amministrativa di accedere a una dimensione collettiva contemplata dallo *ius positum*, la quale «dimensione», essendo strutturata (secondo le contingenti istanze degl'interessati) a immagine della *regula familiae*, dia un rilievo e una dignità giuridico-formale alla unione di fatto, ond'essa assuma una specificità, all'interno del Sistema stesso, simile a quella della famiglia, se

non coincidente con essa, per quanto riguarda le posizioni giuridico-soggettive attive dei suoi componenti, non tra di loro, che restano «negativamente liberi» (*id est*, liberi d'una libertà luciferina, quale è quella c.d. negativa), ma rispetto ai terzi, siano questi ultimi soggetti privati o Enti *lato sensu* istituzionali. Sicché... il potere demiurgico d'una norma che contempra previsioni siffatte alberga non tanto nell'individuazione o nella creazione di obbligazioni tra coloro i quali ne intendono usare, quanto piuttosto nella trasformazione alchimistica d'un rapporto di mero fatto, giuridicamente privo di rilievo, in un rapporto formalmente giuridico, latore, pei suoi protagonisti, d'un ben preciso *status iuris* (comparabile a/con quello familiare *in se*) e di altrettanto precisi diritti da esercitare e da agire (*erga alios*, eppertanto) *erga omnes*, senza che questi diritti, ovviamente, siano corrisposti da altrettanti doveri...<sup>269</sup> Né si dica – attenzione – che il precipuo scopo dell'introduzione nel Codice, o altrove, d'una *figura* atta a giuridicizzare le cc.dd. unioni di fatto (sulla base della volontà *ab-soluta* dei componenti le stesse di dare un vestimento formale alla loro vicinanza personale), trovi cagione nell'opportunità di consentire ai soggetti che ne danno luogo, una disposizione dei loro compendii patrimoniali coerente col loro legittimo desiderio di autodeterminare la loro stessa volontà in ambito latamente economico: questa sarebbe una vera e propria frode intellettuale – *absit iniuria verbis* – imperocché l'Ordinamento già conosce, eppure da

---

<sup>269</sup> Non si tratta di esigere, come sarebbe corretto e razionale fare, che il dovere rappresenti “la nozione primigenia del diritto”, ma si tratta, *de minimis*, di richiedere almeno una corrispondenza, anche lata, tra diritti azionabili *erga omnes* e doveri da adempiere necessariamente, corrispondenza che, nel caso delle cc.dd. unioni civili non v'è e non può esservi, imperocché i componenti le stesse avrebbero il diritto positivo (piuttosto volitivo, che subiettivo in sé) di essere riconosciuti in guisa di «coppia di diritto» e di ricevere le provvidenze previste, per essi, dalla Legge, pur mantenendo tutte le prerogative *in utilibus* delle cc.dd. coppie di fatto, vale a dire... pur senza avere alcun dovere, nemmeno di coerenza, verso i terzi, verso la società civile e verso lo Stato. Vero è, infatti, è che le cc.dd. unioni civili, *sub specie*, a titolo d'esempio, di “contratto di convivenza e solidarietà” (*sub* d.d.l. № 239 presentato al Senato della Repubblica il 20 Marzo 2013) si possono sciogliere per “1) accordo delle parti; 2) recesso unilaterale; 3) matrimonio di uno dei contraenti” (*Ivi*, art. 1986-*septies*) *et coetera* e ciò, senza considerare in alcun modo la situazione di disordine, anche solo amministrativo, che una siffatta elasticità incondizionata e incondizionabile, dell'istituto in parola, può comportare all'interno del Sistema *lato sensu* civile.



millenni, tutti gli strumenti contrattuali e successorii idonei allo scopo, siano essi i contratti di alienazione (e.g. la compravendita *sub* artt. 1470 e ss. c.c.), siano essi gli strumenti della rappresentanza negoziale (come il mandato, *sub* artt. 1703 e ss. c.c., e come la procura *ex* artt. 1387 e ss. c.c.), siano essi gl'istituti variamente afferenti al negozio della donazione (*sub* artt. 769 e ss. c.c.), siano essi gl'atti dispositivi per testamento (*ex* artt. 587 e ss. c.c.), siano essi i provvedimenti configurabili all'interno della varia e navigata disciplina della rendita (*ex* artt. 1861 e ss. c.c.) *et coetera*. Insomma, per instaurare tra due o più soggetti rapporti di natura variamente economica e per disciplinarli nel modo più efficace ai fini di realizzare compiutamente il diritto di essi all'autodeterminazione in ambito patrimoniale, non v'è necessità alcuna di ricorrere a formole vuote e tecnicamente orbe di causa obiettiva cui sia ufficio di dare una «collocazione giuridica» a quello che, per sua stessa essenza, è e resta un rapporto di mero fatto «giustificato» sul piano affettivo e non anche su quello tecnico-giuridico-obbligatorio, anzi, *a fortiori*, dovremmo dire che per consentire a uno o a più soggetti la regolamentazione dei proprii interessi *lato sensu* patrimoniali non v'è nessuna necessità di disciplinare, in termini generali, l'eventuale relazione in cui essi stessi possono essere sentimentalmente coinvolti, bastando, invero, la disciplina specifica per l'atto o per gl'atti di disposizione patrimoniale necessari a riscontrare, *secundum eventum voluntatis*, l'intendimento negoziale dei soggetti *de quibus*; questo è peraltro evidente, almeno a nostro avviso, dato che i singoli contratti, nella loro utilità giuridico-operativa, già perseguono il precipuo fine di disciplinare rapporti giuridico-patrimoniali tra soggetti, al di là di quella che è o che può essere la di loro condizione sul piano affettivo-personale. Se poi... gli strumenti dello *ius positum* fossero ancora insufficienti allo scopo in parola, certo residuerebbe una coorte innumerabile di negozi atipici, definibili dalla comune e concorde volontà delle parti, con l'unico criterio dell'idoneità di essi alla realizzazione

d'interessi meritevoli di tutela (*ex art. 1322 c.c.*): il ventaglio di opzioni, insomma, a nostro avviso è così ampio e articolato (*de iure condito*) da non necessitare di alcun correttivo, tantomeno esso necessita dell'introduzione eccentrica, in seno allo *ius in civitate positum*, d'uno strumento simil-contrattuale privo di causa oggettiva e finalizzato solamente a rendere ragione simil-giuridica d'una situazione di fatto, in ossequio al *velle quia volutum* degli stessi protagonisti di essa, sì da garantire loro la titolarità formale di diritti e di obbligazioni (*extra omnes*) prive d'un fondamento diverso dalla loro stessa volizione contingente non tanto d'essere obbligati, ma di obbligare... Lo scopo ideologicamente precipuo delle c.d. unioni civili e della loro codificazione/giuridicizzazione, allora, non è affatto quello di apprestare uno strumento per consentire una regolazione, la più autonoma possibile, dei vari rapporti patrimoniali o di altro tipo tra soggetti che intendano condividere una data esperienza di vita, ma è essenzialmente quello di (consentire a chicchessia di) dare luogo a una dimensione collettiva, rilevante pel diritto, la quale abbia una sua struttura formale valida *erga omnes* e la quale sia latrice, per coloro che hanno volontaristicamente deciso di aderirvi, di uno *status* ben definito e di diritti azionabili «all'esterno», in termini tutt'affatto generali, a immagine di quello che accade colla famiglia *proprio iure dicta*, vale a dire... colla famiglia fondata sul matrimonio umano, libero, giuridico, morale e razionale tra persone che lo possono contrare *secundum naturam eius*. Potremmo dire, allora, che la previsione normativa di un'unione civile comunque definita, alla quale sia dato libero accesso senza nessun criterio diverso dalla mera volontà di accedervi, contingentemente palesata da due (o più [?]) soggetti concordi nel loro proponimento e senza alcuna causa oggettiva e intrinseca diversa dal sentimento e/o dalla passione *lato sensu* romantica, altro scopo non persegue che quello di consentire a costoro la più assoluta autodeterminazione del loro stesso volere contingente «di essere»,

formalmente e giuridicamente (*recte*, per lo *ius in civitate positum*), una «entità collettiva» meritevole di considerazione giuridica e destinataria di provvidenze strutturate secondo il παράδειγμα di quelle spettanti, *in (posito) iure*, alla famiglia propriamente detta. Che poi si parli o non si parli di famiglia/matrimonio, con riguardo alle cc.dd. unioni civili relative alle coppie di fatto (omosessuali o eterosessuali che siano), è una questione meramente nominalistica, come di poco momento è quella che concernesse il «numero» dei diritti da estendere a queste «formazioni sociali» di carattere personale: siamo nell'ambito del mero *quantum* o, con riguardo al problema del *nomen iuris*, siamo nell'ambito della «forma meramente formalistica», vale a dire... della forma radicalmente incapace di rendere conto e ragione della sostanza ch'essa stessa plasma e va a plasmare; il problema vero, infatti, almeno secondo la nostra sensibilità, concerne la dimensione dell'*an* e quella del *quia*, onde rileva che non ha senso e che non è giuridicamente lecito riconoscere una «dignità» giuridico-normativo-obbligatoria a fattispecie essenzialmente di mero fatto, prive di causa propria e del tutto orbe di fondazione razionale e di *vis obligandi* intrinsecamente giustificata dalla *natura rerum*, o, per meglio dire, dalla *natura vinculi*. Vero è bene, allora, che una volta riconosciuto formalmente (e assurdamente) che un'unione di fatto, per la sola circostanza in virtù della quale vi è la unanime volontà dei componenti la stessa, assurge al rango di «unione di diritto», s'è già aperta, anzi s'è già spalancata la porta all'estensione vieppiù crescente, verso di essa, di fattispecie giuridico-positive attive proprie del modello familiare, al quale i soggetti *de quibus*, infatti, rimirano come a un parametro (normativo) da equiparare e in relazione al quale rivendicare la propria «omologazione» giuridico-positiva. Un esempio, riprendendo *le fil rouge* del discorso, potrà forse schiarire i termini della questione. Ebbene, se si ponesse mente alla famiglia *in se*, tosto si osserverebbe ch'essa o è strutturata secondo la regola sua propria (i positivisti direbbero, secondo la

regola prevista dal Codice), o non è famiglia, onde il rispetto della disciplina familiare è condizione di esistenza della famiglia medesima, sicché... due soggetti i quali non intendessero contrarre matrimonio non potrebbero dare luogo a una realtà rilevante per il diritto sotto il profilo della disciplina familiare; lo stesso, *mutatis mutandis*, può dirsi per il contratto di compravendita: una compravendita, infatti, o è disciplinata secondo le regole sue proprie (pei positivisti, secondo le regole del Codice), o non è compravendita, onde due soggetti che barattassero alcuni beni o che ponessero in essere una locazione, un comodato *et coetera*, non avrebbero titolo per disciplinare il loro rapporto, o per rivendicarne la disciplina, secondo le norme in materia di *emptio-venditio*, vero è, infine, che la condizione soggettiva di compratore e di venditore, come quella di marito e di moglie, colla coorte di situazioni giuridiche attive e passive ch'essa comporta, non dipende dalla mera volontà dei soggetti stessi di essere marito, moglie, compratore o venditore *et coetera*, ma deriva dalla oggettiva integrazione, della loro stessa condotta concreta, degl'estremi obiettivi definiti dalla fattispecie astratta di riferimento e questo discorso vale – si badi bene – per qualsivoglia fattispecie giuridica: non basta, infatti, la volontà o il desiderio di un certo *status iuris* o di accedere a una certa disciplina, per averne la titolarità giuridica sul piano formale e sostanziale di essa, vero è bene, infine, che per questo occorre integrarne gl'estremi sotto il profilo della meritevolezza e dell'oggettività causale; che poi, pei positivisti il termine di riferimento sia rappresentato dalla fattispecie astratta normativamente definita dallo *ius positum*, anziché dall'essere in-sé-oggettivo di essa, *ut natura*, è un discorso del tutto diverso, come, peraltro, il Lettore avrà già autonomamente inteso. Nel caso delle c.d. unioni civili disciplinate per norma a immagine della famiglia, invece, come in un *coup de théâtre*, accade proprio il contrario e cioè, accade che i componenti le coppie di fatto, pur non integrando gl'estremi della fattispecie familiare e

pur non integrando alcuna fattispecie giuridico-oggettivo-obbligatoria *in se*, possono accedere alla relativa disciplina o, comunque, a una disciplina declinata secondo quel παράδειγμα – non altrimenti giustificata o giustificabile – sulla base della loro stessa volontà di accedervi e un tanto, proprio perché il Legislatore avrebbe creato una vera e propria «scatola vuota» ove chiunque avrebbe titolo per porvi il contenuto da lui preferito, ove, cioè, qualunque rapporto, privo di causa e privo di giuridica obbligatorietà/vincolatività, avrebbe ragione di trovare una disciplina *per se*, motivata dal mero *velle* dei protagonisti dello stesso di disporre di quella disciplina pei fini autoreferenzialmente ritenuti meritevoli (si tratta di una «meritevolezza kantiana», ovviamente) di perseguimento. Questa, solamente questa, infine, è la causa, peraltro tutt'affatto esterna e non certo giuridica (tantomeno giuridico-negoziale), come abbiamo già detto, dei vari contratti/negozi atti a disciplinare le cc.dd. unioni civili: non c'è, in essi, alcuna ragione intrinseca che li giustifichi sul piano logico-giuridico-razionale-morale *in se*. Le unioni *de quibus*, infatti, hanno impulso solamente nel mero sentimento e nel mero *velle ad unionem* che i componenti le stesse ritengono di manifestar-si reciprocamente e vicendevolmente, pel mero piacere egoistico non di «essere uniti», ma di «stare uniti» e cioè... di stare l'uno accanto all'altro (non certo assieme) e un tanto, lungi dall'essere, questo piacere, un piacere razionale/umano di adempiere le proprie obbligazioni naturali e giuridiche e di corrisponde, coll'ossequio ai propri doveri, ai diritti dell'altro, nel comune adempimento delle rispettive obbligazioni. L'autodeterminazione come diritto esercitabile in ambito familiare, attraverso il giusto adempimento delle obbligazioni liberamente e responsabilmente assunte, infatti, non è proprio delle unioni cc.dd. di fatto, per quanto esse siano o possano essere giuridicizzate e giuridicizzabili dallo/nello Ordinamento di riferimento, ma partiene solamente ed esclusivamente alla dimensione logica e ontologica del matrimonio e

dell'essere della famiglia umana, inquantoché essa sola è obiettivamente strutturata in forza del vincolo giuridico-razionale-libero-umano fondato sull'*affectio coniugalis* e sulla virtuale apertura della stessa alla procreazione e alla cura naturale della prole (ciò, peraltro, partiene anche alla *ratio familiae* emergente dallo *ius positum* [in particolare dalla disciplina del Codice civile]). Spostare, allora, il baricentro del problema meramente sociologico rappresentato dalle cc.dd. coppie di fatto, verso l'essere e verso la disciplina della famiglia, o, meglio, utilizzare quest'ultima per tentare di assecondare un fenomeno certamente effettivo e contingente, ma non anche reale, cioè non anche ordinato secondo principii oggettivi e oggettivamente giuridici, collo scopo precipuo di dare mero riscontro normativo a un desiderio di formalizzazione legale d'un rapporto affettivo non altrimenti qualificato e qualificabile e non altrimenti giustificato e giustificabile, significa assecondare istanze di «allargamento» della forma familiare a contenuti non familiari, così operando un'ingiustizia sotto tutti i possibili profili di analisi. Il problema, invero, concerne due differenti fattispecie: una prima riguarda le cc.dd. coppie di fatto tra soggetti i quali potrebbero astrattamente accedere, *coeteris paribus*, alla «via del matrimonio» e così autodeterminarsi giuridicamente in ambito familiare, mentre una seconda concerne le cc.dd. unioni di fatto composte da soggetti ai quali, per natura e per norma, sarebbe del tutto interdetta la formazione e la fondazione di una *familia proprio iure dicta*, in questo caso, invero, potrebbe darsi l'ipotesi di una coppia di cc.dd. omosessuali, ma anche di un gruppo più ampio di persone rappresentato da soggetti dediti a una qualche forma di perversione intima (come potrebb'essere la dedizione a riti variamente orgiastici), oppure potrebbe darsi il caso di una relazione incestuosa, o quello dell'*harem* in uso presso i Maomettani *et similia*. Ebbene, quanto alla prima fattispecie (singolare assai, forse, per certi aspetti, ancora più della seconda) tosto rileva che in questo caso si tratterebbe di «coppie» formate sì da un

uomo e da una donna di per sé astrattamente «abili» al matrimonio e portatori di una lata progettualità di vita comune, ma solo apparentemente (!) da due soggetti uniti in virtù del «formante oggettivo» di una coppia *in se* umana (!) e in sé rilevante pel diritto (!): i soggetti *de quibus*, infatti, non costituiscono la loro coppia in ragione dell' *affectio coniugalis* (quale fenomeno giuridico dell'amore oblativo [che non è l'amore c.d. romantico, ovviamente]) teleologicamente diretta al precipuo fine naturale della famiglia *in se*, ma ne danno luogo solo in ragione d'una contingente volontà e d'un altrettanto contingente desiderio di «stare accanto» e di condividere qualche cosa al di fuori da ogni contesto obbligatorio sul piano morale e sul piano giuridico. Vero è, dunque, che la coppia in parola (*per facta concludentia*), pur caratterizzata da una «vicinanza affettiva» tra i componenti la stessa, non può ritenersi strutturata, sul piano ontologico, nell'ordine della fondazione della famiglia umana e quindi nell'ordine dell'assunzione delle posizioni giuridiche attive e passive ch'essa comporta e ciò... proprio in quanto, se così fosse, la coppia stessa avrebbe dato luogo a una realtà familiare in sé (*rectius*, a una realtà in sé familiare) e non avrebbe posto in essere una mera convivenza di fatto (*more uxorio constructa*), né avrebbe perseverato nel mantenimento di siffatta condizione *extra-giuridica*<sup>270</sup> dopo averne eventualmente dato causa. È del tutto ovvio, infine, che qualora l'unione di coppia fattualmente riscontrabile nel caso di specie avesse in sé i costitutivi ontologici per essere un'unione familiare, o

---

<sup>270</sup> Si badi: non parliamo di condizione  $\alpha$ -giuridica, perché, con riguardo alla coppia c.d. di fatto non si tratta di una condizione indifferente pel diritto (nulla di mano lo è, peraltro), ma piuttosto di una condizione giuridicamente neutra o, meglio, giuridicamente tollerata, né parliamo di condizione anti-giuridica, perché, sempre con riferimento alle coppie di fatto, non si tratta, *coeteris paribus*, di una condizione che violi il diritto in quanto integri gl'estremi d'una *iniuria* oggettiva, ma proprio parliamo di condizione *extra-giuridica* perché la condizione *de qua* si pone nell'ambito di quei rapporti intersubiettivi, nei quali i soggetti pur hanno ufficio di estrinsecare la loro personalità e così di autodeterminare la loro volontà umana, i quali non inverano, però, in sé stessi il fenomeno di una dimensione collettiva giuridicamente vincolante e giuridicamente idonea ad attribuire ai componenti la stessa un peculiare *status iuris*, onde i soggetti in parola non possono rivendicare il diritto al riconoscimento formale della loro unione, come unione meritevole di una forma e di un significato normativo-oggettivo, essendo, questa, rilevabile sul piano delle mere *res facti*.

comunque per essere un'unione inter-subiettiva rilevante per il diritto e latrice di obbligazioni *lato sensu* personali tra i suoi componenti, questa «unione» non sarebbe un'unione di fatto, ma sarebbe un'unione giuridica e segnatamente... essa sarebbe una famiglia *in se*, inquantocché i componenti la «unione» medesima avrebbero sostanza(-lizza-)to la loro «vicinanza passionale» (per sé stesso  $\alpha$ -causale) in un vincolo morale, giuridico, libero, razionale e umano quale è e può essere solo quello matrimoniale. La circostanza, allora, che i soggetti *de quibus* non siano una famiglia e che, *rebus sic stantibus*, non possano esserlo, è essenzialmente determinata dal fatto in virtù del quale essi effettivamente-non-lo-sono e/perché non-lo-sono-effettivamente, vale a dire – al di là del giuoco di parole – che la mancata assunzione delle obbligazioni familiari da parte dei componenti la c.d. coppia di fatto, i quali hanno punto preferito autodeterminarsi in ambito personale optando per la convivenza in luogo del matrimonio, *ex se* appalesa la mancanza nel loro stesso rapporto del presupposto ontologico-giuridico necessario affinché vi sia, tra di essi, il vincolo familiare, quale è, per l'appunto, l'assunzione delle obbligazioni propriamente conseguenti al rapporto stesso. Un tanto, dunque, non può che esprimere la mancanza in/tra essi dell'elemento razionale, morale, giuridico, libero e umano ognora rappresentato dell'*affectio coniugal*is in quanto tale, *id est* in quanto volontà/tensione dei nubendi di obbligarsi e di autodeterminarsi giuridicamente nell'ordine della famiglia, per quello che essa è nella sua obiettività teoretico-giuridica: tutto si riduce, infatti, in seno alla c.d. convivenza *more uxorio*, a una «semplice» estrinsecazione del sentimento romantico/passionale di vivere accanto per il piacere della vicinanza, del tutto inadatto alla fondazione di qualsivoglia obbligazione e concettualmente opposto rispetto all'assunzione dell'obbligo coniugale/familiare *stricto sensu* inteso. Un conto, insomma, è avvertire la necessità morale e umana di vincolarsi l'uno all'altra, assumendosi tutte le obbligazioni conseguenti al



vincolo stesso e perseguendo il fine naturale e oggettivo di esso, cosa che può accadere solo col matrimonio, nella famiglia umana e un conto tutt'affatto diverso è stare l'uno accanto all'altra pel mero piacere di condividere una certa esperienza non meglio qualificata né qualificabile sul piano morale, giuridico e razionale. Mancando, allora, nell'oggettività delle circostanze *de quibus*, quest'ultimo vincolo matrimoniale – tutt'affatto sostanziale e non certo meramente formale – non vi si può certo sopperire *ab externo* e un tanto – si badi – proprio perché la famiglia o c'è o non c'è, essendo impossibile sia crearla *ex nihilo*, sia creare *ex nihilo* una fattispecie simil-familiare che ne tenga luogo ove difettino certi presupposti di essa. L'*ubi consistam* del problema, invero, non concerne un riconoscimento *ab externo* di una determinata situazione di fatto e la qualificazione della stessa giusta varii parametri normativi, come se la struttura giuridico-formale del matrimonio altro non rappresentasse che un vestimento eteronomo a un legame in sé già perfetto nella sua causa e nel suo essere legame giuridico-familiare, ma concerne proprio la qualificazione del rapporto *de quo*, il quale, per essere in sé familiare, dev'essere ordinato secondo il vincolo matrimoniale che punto ne rappresenta la *condicio sine qua non*, vero è, infatti, che il matrimonio non rappresenta una qualità esterna della famiglia umano-giuridica, ma ne rappresenta la condizione obiettivo-causale, talché... senza vincolo obiettivamente matrimoniale non v'è famiglia alcuna e ove questa vi sia, vi dev'essere (su di un piano concettualmente precedente, anche se storicamente coessente) il primo *sub specie* di atto, di rapporto e di negozio *in se* matrimoniale. Quando abbiamo precisato, allora, che la c.d. coppia di fatto oltre a non-essere una famiglia, non può nemmeno diventarla, a meno che muti la stessa causa del rapporto relativo ai soggetti in parola, non abbiamo voluto né provocare il Lettore, né presentare affermazioni apodittiche prive di argomenti, ma abbiamo solamente voluto esprimere un concetto che riteniamo fondamentale, vale a dire che abbiamo

solamente voluto precisare che la differenza tra coppia di fatto e famiglia non è meramente formale, né non dipende da un'attribuzione esterna di valore, occasionata dalla mera sussumibilità della fattispecie concreta entro gl'estremi di quella astrattamente compendiata nello *ius positum*, anzi... la differenza tra le due situazioni non è proprio formale, ma è tutt'affatto ontologico-teleologico-causale, imperocché la ragione soggettiva nella quale alligna il rapporto di fatto, vale a dire il c.d. amore romantico (o altre forme di vicinanza passionale), non ha nulla a che vedere – come si suole dire – coll'*affectio coniugalis* che porta un uomo e una donna ad assumersi vicendevolmente e reciprocamente tutte (!) le obbligazioni proprie del vincolo familiare, nella consapevolezza che queste non dipendono dalla loro volontà e rispondono ai principii oggettivi della *natura rerum* e segnatamente della *natura matrimonialis vinculi*. Nel caso in disamina, allora, il riconoscimento ai soggetti *de quibus* di prerogative *lato sensu* familiari, o comunque di fattispecie gravitanti anche tangentemente attorno a quest'orbita, varrebbe quanto riconoscere tra di loro una specie di «matrimonio di fatto», pur con un *nomen iuris* differente, concorrente (e quindi contraddittorio) sul piano normativo con quello «di diritto», *id est* con quello vero e proprio e ciò rappresenterebbe – a nostro avviso, almeno – un'aporia concettuale e logica in un tempo, un vero e proprio paralogismo, imperocché è del tutto assurdo che se i soggetti in parola non intendono autodeterminarsi nel/col matrimonio, pur potendolo astrattamente fare, qualora ne integrassero i presupposti, ovviamente, a essi venga riconosciuto (*recte*, elargito) il «diritto volitivo» di accedere a una «figura giuridica», sia pure diversa e diversamente conformata rispetto a quella matrimoniale-familiare, altrettanto rilevante per lo *ius in civitate positum* e altrettanto idonea a legittimare *in iure* la di loro unione sotto i più varii profili di interesse. Un diverso ma correlato problema, ora, è quello posto dalle cc.dd. coppie di fatto cui sarebbe razionalmente preclusa la via propriamente

familiare-matrimoniale: abbiamo cennato alle unioni tra omosessuali, alle ipotesi di concubinato, agli incesti *et coetera*. Ebbene, se quanto detto tende a palesare la contraddittorietà intrinseca e la illogicità strutturale di un Sistema normativo (considerato anche solo dal punto di vista del più stretto positivismo) che disciplini le cc.dd. unioni di fatto tra soggetti ai quali, *coeteris paribus*, sarebbe pur consentito di accedere alla «via maestra» del matrimonio, qualora, ovviamente, ne sussistessero tutti i presupposti causali oggettivi necessari, non meno illogico e non meno contraddittorio – anzi – si dimostrerebbe quel Sistema che perseguisse lo scopo di dare una forma e una veste giuridico-normativa (anche o esclusivamente<sup>271</sup>) a fattispecie fattuali ove i «protagonisti» delle stesse abbiano *ex funditus* precluso l'accesso alla via matrimoniale-familiare. In particolare ci riferiamo, con riguardo a quest'ultima ipotesi, alla (im-)possibile disciplina normativa delle unioni tra cc.dd. omosessuali, ma potrebbe anche darsi il caso dell'unione incestuosa<sup>272</sup> o dell'unione *lato sensu* poligamica *et coetera*, ovviamente... dovrebbe trattarsi di istituti (anti-)giuridici diversi dal matrimonio, con esso concorrenti e non già di una forma di «allargamento» del matrimonio *in se*, tale da farvi rientrare qualunque rapporto intersubiettivo venga volontaristicamente rivendicato, dai suoi stessi membri, come rapporto

---

<sup>271</sup> L'Ordinamento giuridico tedesco, a quanto consta, prevede l'istituto della *Eingetragene Lebenspartnerschaft*, pur limitandola alle sole unioni cc.dd. omosessuali, vero è, infatti, che il § 1 della *Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft* del 16 febbraio 2001 prevede che “Zwei Personen gleichen Geschlechts, die gegenüber dem Standesbeamten persönlich und bei gleichzeitiger Anwesenheit erklären, miteinander eine Partnerschaft auf Lebenszeit führen zu wollen (Lebenspartnerinnen oder Lebenspartner), begründen eine Lebenspartnerschaft. Die Erklärungen können nicht unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung abgegeben werden”. Un tanto, a nostro avviso, come cerchiamo di dimostrare nel testo, non supera affatto il problema legato all'equiparazione del modello familiare in sé a contesti che familiari non sono e non possono essere, giusta la loro stessa natura.

<sup>272</sup> Soprattutto dopo che è stata paventata la possibilità di configurare – ovviamente sul pianto scientifico-tecnico-normativo – il c.d. diritto all'incesto. Il capo-cordata, in questa discesa nel baratro dell'antigiuridicità e dell'immoralità – se ci è consentito di usare questa metafora – è lo Stato tedesco, nell'ambito del quale l'*Ethikrat* ha ritenuto di considerare l'incesto alla stregua di un mero tabù sociale da rimuovere dalla cultura e dalla tradizione – *in primis* e a maggiore ragione dal novero dei divieti penalmente presidiati – per consentire la più libera e incondizionata autodeterminazione sessuale da parte di chicchessia.

coincidente con quello matrimoniale-familiare e a esso sovrapponibile (*rectius*, in esso rientrante *de plano*): in questo caso, infatti, il problema sarebbe diverso e interesserebbe – come abbiamo già veduto – la destrutturazione di fatto e di diritto dello medesimo istituto matrimoniale e non quindi la «mera» incoerenza col/nel Sistema di una nuova *figura iuris*. Ne abbiamo già parlato e il Lettore lo rammenterà. La questione allora, tornando *in medias res*, non gravita più in questa «nuova» sfaccettatura del problema attorno al «mero» discorso relativo alla causa del vincolo tra i soggetti *de quibus*, dacché nell'ipotesi dell'unione tra persone radicalmente inabili al matrimonio (prendiamo il caso paradigmatico dell'unione tra cc.dd. omosessuali, ma non è l'unico, come già segnalato) non si tratta solo di osservare come la di loro unione non alligni in una «funzione causale» giuridicamente rilevante e giuridicamente rilevabile nell'ordine di un consorzio umano latore d'un significato *in se* giuridico (e comunque, pei positivisti, giuridico-normativo), ma si tratta anche e specialmente – diremo – di osservare come lo stesso rapporto tra i soggetti medesimi, ancorché venisse formalizzato in una struttura *lato sensu* normativa (latamente ipotizzabile, con causa tutt'affatto esterna), sarebbe vieppiù inidoneo a rappresentare una dimensione subiettiva meritevole d'essere considerata, disciplinata e tutelata dall'Ordinamento, in quanto l'unione in parola, oltre a essere «giustificata» dal mero sentimento (sempreché quest'ultimo venga assurdamente ritenuto sufficiente ai fini del profilo causale della fattispecie) e quindi oltre a non-essere giustificata sul piano razionale/giuridico, è del tutto inadatta e inadeguata a conseguire qualsivoglia fine riscontrabile sul piano oggettivo: se l'unione di fatto tra un uomo e una donna, invero, pur radicalmente priva di causa intrinseca e oggettiva, potrebbe comunque perseguire il fine operativo (e non certo giuridico-razionale-teleologico-ontologico) della procreazione e della cura della prole fuori dal contesto umano, giuridico, libero, razionale e morale della famiglia, l'unione di fatto

tra soggetti inabili al matrimonio, perché, a esempio, appartenenti al medesimo genere, non potrebbe certo essere orientata nel perseguimento di tale obiettivo, né potrebbe perseguirne altri, fuori dagli schemi e dalle strutture negoziali già proprie dell'esperienza giuridica, i quali siano apprezzabili e rilevabili sul piano dell'effettività... Intendiamoci: il discorso testé presentato non vuole certo portare il Lettore a credere che vi sia, da parte nostra, una forma di legittimazione (magari «obliqua») con riguardo alla disciplina normativa dei cc.dd. rapporti di fatto, quando questi abbiano luogo tra soggetti astrattamente abili al matrimonio, in opposizione a una radicale delegittimazione delle cc.dd. unioni civili tra persone che, comunque, non potrebbero sposarsi, no! Tutto il discorso presentato nelle pagine precedenti – almeno secondo le nostre intenzioni – invero dovrebbe palesare una radicale difficoltà e una fondata riluttanza ad accettare qualunque (!) forma di disciplina normativa abbia a essere plasmata sopra rapporti «di mero fatto» in concorrenza a quella propriamente matrimoniale e ciò, a prescindere dalle condizioni personali dei componenti gli stessi e a prescindere dalle astratte e possibili condizioni della loro «relazione disordinata», quindi... a prescindere dalla circostanza in ragione della quale i soggetti *de quibus* possano o non possano accedere alla via (ordinata) della famiglia umana. Tutto questo – si badi bene – rileva non già per ragioni ideologiche, ma piuttosto perché i rapporti cc.dd. di fatto, qualunque foggia possano assumere, sono e restano radicalmente privi di causa (intrinseca) o, quantomeno, si dimostrano radicalmente privi di «causa giuridica» e giuridicamente/razionalmente rilevante sul piano dello *ius quo ūtīmur*; di talché riteniamo sia corretto sostenere l'impossibilità di concepire fattispecie giuridiche, le quali abbiano a rappresentare un *tertium genus* tra il negozio matrimoniale e l'istituto del contratto *lato sensu* inteso. Ciò detto, ora, le riflessioni che c'hanno condotto a questo punto della trattazione dovrebbero sollecitare intellettualmente l'interesse verso l'analisi di un peculiare

elemento di «comunanza ontologica» tra le due situazioni ipotizzate: rapporto di fatto tra soggetti «abili» al matrimonio e rapporto di fatto tra soggetti «inabili» al matrimonio. Vale a dire che le riflessioni *de quibus* dovrebbero portarci a considerare attentamente la mancanza, in entrambe, di un fine e/o di una funzione oggettivamente definibili sul piano della razionalità, della moralità e della giuridicità in quanto tali e in quanto tali sottratte alla disponibilità di chicchessia e un tanto – si badi bene – pur nella consapevolezza d’una differenza fenomenologica tra i due contesti in disamina proprio definita dalle caratteristiche fisico-oggettive degl’enti che ne danno luogo. Questo significa, allora – il Lettore lo avrà di già ipotizzato – che noi non riteniamo sia certo dirimente, sul piano giuridico-razionale-morale, il fatto in ragione del quale la coppia virtualmente abile al matrimonio sia comunque astrattamente idonea a dare luogo al fenomeno procreativo (al di fuori, ovviamente, dell’ordine ontologico-giuridico in cui esso dovrebb’essere umanamente e razionalmente perseguito) e che la coppia non-abile al matrimonio, *viceversa*, non possa farlo o, potendolo fattualmente realizzare, se lo facesse commetterebbe un’*iniuria* sì grave da violare i più radicati principii del diritto, della giustizia e della morale in danno alla stessa salute fisica del figlio. Il riferimento, in quest’ultimo caso, è alla relazione c.d. incestuosa. Sicché... la radicale assenza di causa nei rapporti in parola e la radicale inattitudine degli stessi al perseguimento d’un fine meritorio sotto il profilo giuridico-razionale, non si supera nemmeno (e tantomeno, diremo) attraverso la fattuale attitudine dei soggetti in essi coinvolti a dare luogo al fenomeno procreativo e ciò, proprio perché l’eventuale capacità procreativa delle coppie di cui trattasi non si sostanzierebbe in una capacità giuridica, vale a dire in una facoltà giuridica di estrinsecare il proprio diritto all’autodeterminazione procreativa nell’ordine della realtà familiare in cui essa avrebbe da estrinsecarsi *naturaliter*, ma s’infortunerebbe in una mera possibilità di fatto, in un mero

potere fisico non altrimenti qualificato e/o qualificabile, di per sé del tutto insufficiente a giustificare sotto il profilo causale l'essere del rapporto personale in questione e l'essere dello stesso atto virtualmente procreativo. Sulla base di quest'osservazione, ora, ben tosto rileva che l'eventuale procreazione realizzata da parte della coppia eterosessuale non unita in matrimonio, *id est* non-famiglia, altro non rappresenta che un mezzo per soddisfare il piacere reciproco dei componenti di essa, senza che questo piacere abbia verun fondamento razionale, in sé legittimante e senza ch'esso possa auto-nobilitarsi pel/col fatto della *datio vitae*, in quanto quest'ultima, pur effettiva (se effettiva, ovviamente) e pur in sé buona, perché la vita è sempre un bene, non invero in sé stessa un fine umanamente perseguito dalla coppia umana nell'ordine della sua natura umana, ma piuttosto definisce il mero mezzo utilizzato dai soggetti *de quibus* per soddisfare il proprio desiderio di genitorialità (quando non rappresenta – ovviamente – il frutto di un mero «errore procedurale») usando l'uno del copro dell'altro ed entrambe della vita del figlio. Allo stesso modo, allora, *mutatis mutandis*, nel contesto delle coppie di fatto tra cc.dd. omosessuali, ove l'inattitudine procreativa è dipendente dalla costituzione fisica degli stessi soggetti che le compongono – *ça va sans dire* – questa non rappresenta l'elemento dirimente con riguardo alla insussistenza della causa intrinseca del rapporto stesso imperocché, come nell'ambito delle coppie eterosessuali testé citate, lo scopo concretamente perseguito è sempre (!) e inevitabilmente (!) quello di trovare soddisfazione ai/dei propri appetiti nell'ambito fattuale della medesima relazione e siffatta soddisfazione – pare ovvio – è anche in questo caso assolutamente inidonea a esprimere alcun fondamento con riguardo all'essere giuridico (*rectius*, all'essere  $\alpha$ -giuridico) della coppia in parola. Tosto rileva, allora, che la circostanza della virtuale attitudine alla procreazione eventualmente presente nelle cc.dd. coppie di fatto, non incide né in termini «additivi», né (tantomeno) in termini «minorativi» con

riguardo al profilo causale delle stesse inteso *sub specie iuris et in iure*, vale a dire... inteso *sub specie rationis et in ratione* e un tanto – si badi bene – proprio perché il fatto della procreazione (effettiva o possibile che sia) non può di per sé solo essere eletto a causa legittimante il rapporto intersubiettivo (come non può esserne eletto il c.d. amore romantico e/o il c.d. piacere fisico e/o la c.d. volontà passionale di stare accanto *et coetera*), vero è che quello, in quanto tale, definisce un mero potere fisico degl'enti *de quibus* del tutto sovrapponibile e assimilabile a al potere proprio degli animali di accoppiarsi nella/pella mera conservazione/evoluzione darwinina della specie. Invero... la procreazione *in se* umana si distingue dall'accoppiamento animale proprio pel fatto ch'essa è e dev'essere razionalmente, moralmente e giuridicamente ordinata secondo i principii indisponibili e oggettivi proprii dell'*ordo familiae*, talché... fuori da quest'ordine morale e giuridico (ma anche politico nel senso aristotelico del termine) non può aversi procreazione umana propriamente detta, causalmente giustificata/giustificante (il rapporto) e giuridicamente legittimata/legittimante (il rapporto), ma solo accoppiamento passionale fine a sé stesso, assiologicamente deteriore rispetto a quello istintuale proprio dell'animale, imperocché l'animale, accoppiandosi per istinto, si accoppia conformemente alla propria natura brutta, mentre l'uomo, al quale è richiesto *ut natura* di comportarsi razionalmente, cioè umanamente, se determinata la propria volontà procreativa fuori dall'ordine razionale ch'essa dovrebbe avere, si auto-determina difformemente dal proprio statuto ontologico, *id est* si auto-determina disumanamente, così facendo *iniuria* innanzitutto a sé stesso e senz'altro non esercitando alcun diritto proprio di sé in quanto uomo-soggetto. Per quanto concerne, da ultimo, le coppie di fatto eterosessuali, ma comunque incapaci di dare luogo alla realtà familiare, il problema si complica e con esso la riflessione che esige, pur restando del tutto scontato che l'eventuale procreazione realizzata dai soggetti *de quibus*



anche in questo caso, *a fortiori* – diremo – *a minori ad maius*, altro non inveri se non un mero mezzo pel contingente soddisfacimento, da parte dei protagonisti degli stessi rapporti, d'un *velle* tutt'affatto arbitrario e senz'altro inidoneo a legittimare la relazione stessa sul piano morale e giuridico, anzi... nel caso di specie la situazione si complica e si aggrava inquantocché oltre all'aspetto obiettivo del disordine morale e giuridico, vi è anche un aspetto altrettanto contingente, rappresentato dall'*iniuria* non solo «morale» ai danni del figlio e dal sovvertimento dell'ordine politico-sociale (fondativo *in se* dell'Ordinamento giuridico), proprio della comunità umana di riferimento. Facciamo riferimento – come il Lettore avrà di già inteso – all'ipotesi dei rapporti incestuosi e a quelli *lato sensu* poligamici. Se è vero, infatti, che nell'ambito dei contesti *de quibus* può anche avere luogo un evento fecondativo, eppertanto generativo di una nuova vita, data la eterosessualità che questi postulano, è altrettanto vero che, con riguardo alla prima ipotesi, l'evento della figliazione oltre a rappresentare qualche cosa di contrario ai più elementari principii di civiltà, di moralità e di giuridicità e oltre a inverare una dimensione aberrante sotto ogni possibile profilo di analisi, in particolare sotto quello *lato sensu* politico, certamente rappresenta anche qualche cosa di grandemente pregiudizievole per l'integrità fisica e psichica pel concepito (e per i di lui discendenti), inquantocché la figliazione tra consanguinei – come è noto<sup>273</sup> – è potenzialmente foriera di pregiudizii a livello genetico e fisico pel soggetto che punto nasce dall'atto d'incesto, il quale, peraltro, dalla consapevolezza delle circostanze del suo concepimento potrebbe subire anche una forma di «destabilizzazione» psicologica.<sup>274</sup>

---

<sup>273</sup> Rimandiamo alle ricerche di Paolo Mantegazza, già pubblicate in MANTEGAZZA, *Studj sui matrimoni tra consanguinei*, Milano, Gaetano Bricola, 1868, ov'è argomentatamente sostenuto che “benchè il matrimonio tra parenti non sia sempre né necessariamente fatale per la prole, pur è assai probabile che [...] sia più sfavorevole ad essa dell'unione di due genitori che non hanno fra essi alcun vincolo di parentela” (*Ivi*, pag. 35).

<sup>274</sup> Cfr VANZI, *Incapacità educativa dei coniugi verso la prole come incapacità ad assumere gli oneri essenziali del matrimonio (can. 1095, 3°)*, Roma, Gregorian University Press, 2006, *passim*, in particolare pagg. 216 e s.

Dunque... nel caso di specie il compimento di atti tendenti al fenomeno della procreazione, da parte della «coppia di fatto» che versi in condizione d'incesto (si ipotizzi il rapporto tra genitori e figli ovvero quello tra fratelli, per avere «chiaro» il quadro di riferimento), non è solo espressione di un disordine giuridico interno a essa e a essa relativo in via «esclusiva», come lo è nella coppia di fatto virtualmente abile al matrimonio, né è mera espressione di una forma di «disprezzo» (o di disattenzione [?]) irrazionale verso il diritto, del concepito prima e del figlio-nato poi, a vivere nella propria famiglia e anzitutto ad averla e ad averla umanamente, ma rappresenta addirittura l'integrazione concreta di un vero e proprio *delictum*,<sup>275</sup> di una vera e propria violazione (ἐκλείπω), cioè, d'un principio giuridico cui è ufficio non solo di preservare l'ordine morale e razionale dei/nei rapporti intersubiettivi e familiari, ma anche e soprattutto di tutelare l'integrità psico-fisica delle persone e l'ordine politico-giuridico reale-razionale – nel senso in cui lo intende Danilo Castellano<sup>276</sup> – della società civile in quanto *consortium* assiologicamente e ontologicamente umano, gravitante attorno all'asse concettuale della famiglia e del matrimonio altrettanto (e necessariamente) giuridici, razionali e umani. Di talché – lo osserviamo *per incidens* – non è affatto condivisibile l'impostazione del Codice penale italiano il quale prevede il “pubblico scandalo” (*ex art. 564*

---

<sup>275</sup> Facciamo riferimento – è inteso – alla concezione «moderno-deciana» del *delictum* e non a quella romana, inquantoché non riteniamo che il *delictum* di cui trattasi nel testo abbia a essere annoverato tra i “delitti privati [... che (nda)] incidono su interessi privati” (PUGLIATTI, *Dei delitti in generale*, in voce *Delitto*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1964, vol. XII, pag. 2), come lo era per il diritto romano, ma riteniamo che esso “*est factum hominis vel dictum aut scriptum dolo vel culpa a lege vigente sub poena prohibitum, quod nulla iusta causa excusari potest*” (DECIANI, *Tractatus criminalis utriusque censurae*, II, II), nel cui fondamento, ovviamente, vi sia il sovvertimento dell'ordine oggettivo delle cose. Insomma, l'impostazione di Tiberio Deciani va accolta, nella misura in cui – secondo noi – essa possa purgarsi dalle ipoteche del c.d. positivismo giuridico, onde la proibizione legale cui l'Autore fa riferimento non sia una mera proibizione (non-)fondata sul semplice potere sovrano dello Stato, ma sia una proibizione fondata sulla necessità oggettiva di preservare l'ordine naturale delle cose e sull'opportunità di ripristinarlo in modo oggettivamente giusto, se violato.

<sup>276</sup> Cfr CASTELLANO, *L'ordine della politica*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1997.

c.p.) in guisa di elemento costitutivo della fattispecie del reato d'incesto<sup>277</sup> e ciò non è condivisibile, secondo la nostra sensibilità, proprio in quanto il «male in sé» dell'incesto non alberga nel pubblico scandalo che da esso potrebbe derivarne – quest'ultimo, infatti, a bene intendere le cose, altro non sarebbe che la conseguenza del male – ma alberga piuttosto nel nocumento che da esso deriva così all'ordine politico-morale della società civile e della famiglia nella sua realtà e nel suo essere-reale, come all'integrità psicofisica dell'eventuale figlio che nasca dalla incestuosa relazione. L'incesto, insomma, «prima» e «per» offendere (fondatamente) il comune senso della decenza, offende il valore in sé della famiglia nel suo stesso rilievo politico e giuridico, scardina gl'equilibrii dell'ordine sociale e – qualora avvenga il concepimento – determina conseguenze gravissime per la salute e per l'equilibrio psichico del eventuale figlio,<sup>278</sup> talché... è sulla base di questo, quindi è per causa di tutto ciò, che l'incesto stesso – se e in quanto noto, ovviamente – cagiona uno scandalo e segnatamente uno scandalo motivato e

---

<sup>277</sup> Accogliamo, nel testo [*ex multis*: cfr CARMONA, *Morale familiare*, in voce *Morale*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1964, vol. XXVII, pagg. 29 e ss dove lo stesso Angelo Carmona precisa che “è quasi del tutto pacificamente acquisito in dottrina che [...] l'oggettività specifica dell'art. 564 (incesto) non possa essere ravvisata nella morale familiare” (*Ibidem*), ma piuttosto nella tutela del buon costume pubblico], la tesi di Francesco Antolisei il quale, per l'appunto, considera il pubblico scandalo in guisa di elemento costitutivo della fattispecie (cfr ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, I, Milano, Giuffrè, 1996, pag. 460), consapevoli, peraltro, che altri (cfr *ex plurimis* la tesi di Vincenzo Manzini, il quale precisa che (cfr MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, VII, Torino, U.T.E.T., 1984, pag. 785) lo ritengono in guisa di «mera» condizione obiettiva di punibilità intrinseca, postulando ch'esso incida sulla dimensione offensivo-lesiva del fatto in questione, cui sarebbe ufficio di ledere l'immagine della famiglia che l'Ordinamento impone di prendere a modello.

<sup>278</sup> Onde non andrebbe accolta nemmeno la tesi della stessa Corte costituzionale, la quale ebbe a precisare che la «condizione» del pubblico scandalo rappresenta un “non irragionevole bilanciamento [...] tra l'esigenza di repressione dell'illecito e la protezione della tranquillità degli equilibri domestici da ingerenze intrusive, quali investigazioni della pubblica autorità alla ricerca del reato” (15 Novembre 2000, Corte Costituzionale, Sentenza № 518, Presidente Mirabelli, Redattore Zagrebelsky). È vero che quest'esegesi della disposizione (pur contrastante con la stessa *ratio* di essa per come emergente dalla Relazione del Guardasigilli sul Progetto definitivo del Codice penale, Libro II, punto № 628) recupera *in parte qua* la nostra lettura dell'incesto quale «male in sé», ma è altrettanto vero ch'essa non lo coglie per la gravità e per l'offensività intrinseca di cui è latore, ritenendo infatti del tutto bilanciabile l'interesse al perseguimento penale dello stesso *delictum*, con quello a non perturbare l'equilibrio (quale equilibrio? Verrebbe da domandarsi, quasi con sarcasmo...) della famiglia ove l'incesto medesimo ha avuto luogo.

obiettivamente fondato nell'ambito contesto sociale ov'esso si verifichi. Sia chiaro: la «preoccupazione» del c.d. Codice Rocco di perseguire l'incesto è laudabile – non c'è dubbio – ma essa presenta, alla luce di quanto testé osservato, un profilo non trascurabile di censura, inquantoché il citato art. 564 c.p. non punisce l'atto di incesto in quanto tale, ma solo in quanto da esso abbia a derivarne un turbamento della comune sensibilità, come a lasciare intendere, allora, che è quest'ultimo il bene giuridico tutelato e non quello «direttamente» leso e/o esposto a pericolo dal comportamento *de quo*.<sup>279</sup> È ovvio – ora – che se il Codice punisce l'incesto, qualora questo cagioni uno scandalo pubblico, il Codice stesso debba necessariamente postulare, da un lato, che l'incesto dia un fondato motivo di scandalo e dall'altro, conseguentemente, che esso non possa né essere inteso in guisa di esercizio del diritto all'autodeterminazione in campo affettivo-intimo, né, tantomeno, in guisa di atto lecito, ma resta parimenti vero che l'introduzione nella fattispecie astratto-normativa – qualunque interpretazione se ne dia – della condizione *lato sensu* intesa rappresentata dal pubblico scandalo, tende a scemare grandemente la portata concettuale (e sanzionatoria, ovviamente) della stessa disciplina e tende a «esporla» a interpretazioni tra le più varie; potremmo ricordare quella notissima di Francesco Antolisei o quella più recente – sempre inseribile nello stesso solco – di Giovanni Findaca ed Enzo Musco, peraltro, come detto in nota, plausibilmente coerenti col tenore letterale della Relazione del Guardasigilli sul Progetto definitivo del Codice penale. Al di là di un tanto, comunque, ben tosto ha da rilevarsi – riprendendo *le fil rouge* del discorso – che il piacere contingentemente perseguito dai componenti la coppia incestuosa, qualunque esso sia, si

---

<sup>279</sup> *Contra* l'interpretazione della Corte costituzionale, a mente della quale, infatti, colla previsione del reato d'incesto il Legislatore “offre protezione alla famiglia, come è testimoniato dalla sua collocazione nel Titolo XI del Libro II del codice penale [...] più precisamente, in corrispondenza a un ethos le cui radici si perdono lontano nel tempo, mira a escludere i rapporti sessuali tra componenti della famiglia diversi dai coniugi: un'esclusione determinata dall'intento di evitare perturbazioni della vita familiare” (15 Novembre 2000, Corte Costituzionale, Sentenza № 518, Presidente Mirabelli, Redattore Zagrebelsky).

qualifica non solo come un piacere perverso e ingiustificato, quindi del tutto privo di rilevanza causale con riguardo al rapporto di fatto tra di essi, ma anche e soprattutto alla stregua di un piacere rispondente a un *velle* intrinsecamente antiggiuridico. Non solo. Qualora, infatti, il piacere in parola s'infuturi nel perseguimento d'un desiderio di procreare, l'eventuale procreazione non potrebbe certo essere intesa alla stregua del fine, magari disordinato, perseguito della coppia *de qua* – come è nel caso della relazione di mero fatto tra soggetti comunque «abili» al matrimonio – imperocché ciò significherebbe confondere lo scopo di un rapporto, o comunque la virtuale apertura di esso verso un obiettivo anche *in se* illegittimo e senz'altro deviante dalla *recta ratio*, col mero mezzo perseguito ai fini di realizzare un proprio *velle quia volutum* tutt'affatto edonistico e autoreferenziale, eppertanto tutt'affatto interno alla sfera volitivo-passionale dei singoli soggetti. Coloro che figliano, insomma, in regime d'incesto, non figliano con lo scopo di procreare, ma figliano con lo scopo di soddisfare o un proprio desiderio fisico – se la procreazione è stata fortuita e accidentale – o un proprio perverso desiderio di genitorialità, incompatibile coi più elementari principii della civiltà giuridica, politica e sociale che caratterizza l'esistenza umana, come peraltro insegna anche il mito greco.<sup>280</sup> Ora, se è vero che chiunque figli fuori dal matrimonio, non tende alla figliazione in un contesto ordinato *in se* e *in se* giuridico, morale, umano, libero *et coetera*, con lo scopo di adempiere le proprie obbligazioni (razionali, libere, giuridiche, morali e umane) per come definite nel e dal rapporto coniugale, ma lo fa essenzialmente per soddisfare un proprio interesse non altrimenti qualificato – facciamo riferimento a cose già dette e analizzate *supra* – è altrettanto vero che occorre ben distinguere l'ipotesi della figliazione illegittima tra soggetti, *coeteris paribus*, abili al matrimonio, da quella non

---

<sup>280</sup> Si pensi al mito di Κινύρας e Μύρρα, dalla cui incestuosa unione è nato Ἴδωνις, o a quello di Θυέστης e Πελοπεία che generò Αἴγιος.

solo (ovviamente) illegittima ma addirittura incestuosa. Ebbene, qualora la filiazione avvenga tra soggetti virtualmente abili al matrimonio si deve rilevare che nell'ipotesi *de qua* vi è «solamente» un (gravissimo, certo) disordine nel e del rapporto tra l'uomo e la donna, onde la di loro relazione, in forza della deficienza strutturale della causa, si pone fuori dal giuridico e non legittima affatto i componenti di essa a vantare, tantomeno a esercitare, un ipotetico diritto di porre in essere le premesse per procreare, sicché... la loro condotta diretta in tale senso non potrà giammai inverare l'esercizio di alcun diritto all'autodeterminazione procreativa, dando piuttosto luogo a un fatto in sé antiggiuridico perché non-razionale, non-libero e non-umano, tuttavia... in questo caso è mestieri di rilevare che l'antigiuridicità *in se* della condotta posta in essere dai conviventi *more uxorio* alberga essenzialmente nel fatto della convivenza, ond'è la antiggiuridicità di questa a riverberare sull'atto tendente al concepimento e sull'eventuale concepimento un'ombra di illegittimità, tanto è vero che l'atto *de quo*, posto in essere dagli stessi soggetti, qualora essi fossero uniti in matrimonio, non solo sarebbe legittimo, ma esprimerebbe addirittura il contenuto del loro proprio diritto all'autodeterminazione procreativa. *Viceversa* nell'ipotesi in cui la filiazione avvenga tra soggetti del tutto inabili a matrimonio, pel vincolo di consanguineità che li lega (o pel vincolo di affinità che pur li pone all'interno della stessa famiglia *lato sensu* intesa<sup>281</sup>), non è solo l'antigiuridicità del rapporto a compromettere e anzi a privare di legittimità, l'atto posto in essere dai soggetti *de quibus* col fine di procreare, ma è essenzialmente questo, al di là del contesto in cui esso possa avvenire, che reca seco un contenuto di immoralità, di irrazionalità, di anti-libertà e di

---

<sup>281</sup> Rileva – a quanto consta – che la configurazione dell'incesto tra affini è radicalmente diversa da quella tra consanguinei: questa, infatti, tutela l'integrità della stirpe e ha ufficio di preservare in concepito da patologie e/o debolezze fisico-costituzionale legate alla consanguineità tra genitori, quella, invece, ha per iscopo la tutela dell'unità familiare (cfr LEVITICO, 18; 15-16, ov'è detto “*turpitudinem nurus tuae non revelabis, quia uxor filii tui est, nec discooperies ignominiam eius. Turpitudinem uxoris fratris tui non revelabis, quia turpitude fratris tui est*”).

illegittimità sostanziale, tale da renderlo «autonomamente» illecito e antigiusuridico, onde l'antigiuridicità di esso gli è tutt'affatto propria e non deriva dalla antigiusuridicità della eventuale convivenza *more uxorio* tra consanguinei. Anzi... a volere proprio essere perspicui nell'analisi, dovremmo dire che nell'ipotesi dell'incesto si ribaltano i termini del problema per come impostato con riferimento alla convivenza nelle cc.dd. coppie di fatto tra soggetti virtualmente abili al matrimonio: in quest'ultimo caso, invero, l'atto tendente alla procreazione – come detto – è illecito intanto in quanto esso deriva l'illiceità dal disordine del rapporto *a quo*, rapporto di per sé inidoneo a fondare giuridicamente/razionalmente la eventuale pretesa dei soggetti che lo compongono di porre in essere gl'atti tendenti alla procreazione *sub specie* di diritto all'autodeterminazione procreativa, mentre nell'ipotesi dell'incesto è essenzialmente (anche se non esclusivamente, questo è chiaro) la relazione intima inverantesi nella realizzazione di atti astrattamente idonei alla procreazione a qualificare come incestuosa, eppertanto come antigiusuridica, immorale, non-libera e illegittima la relazione ed eventualmente la convivenza tra consanguinei, vero è che, infatti, essa, *coeteris paribus*, non potrebbe dare adito a nessun profilo di censura qualora non si caratterizzasse in virtù degli atti *de quibus*. Ecco dunque che la convivenza *more uxorio* tra soggetti virtualmente abili al matrimonio è di per sé illecita in quanto convivenza *extra-familiare* e l'illiceità di essa, nel suo essere «contesto fattuale» della/pella coppia-non-famiglia (dunque dis-umana), rende conseguentemente illecito l'eventuale atto tendente alla figliazione realizzato dai soggetti stessi, infatti, se quest'ultima si verificasse nell'*hic et nunc* del rapporto *de quo*, correttamente essa si definirebbe (*recte*, definiva<sup>282</sup>) figliazione illegittima e

---

<sup>282</sup> Il riferimento è all'assetto normativo precedente rispetto alle varie riforme del Codice civile: già con la Riforma del 1975 (L. 151/1975) era stata «sostituita» la dizione figlio illegittimo, con quella più moderna e più politicamente corretta – ma a nostro avviso del tutto inadeguata e fuorviante – di figlio naturale; da ultimo anche questa distinzione – il cui contenuto pur resta nell'effettività, in quanto... *quod factum est, infectum fieri nequit* – è del tutto sparita, sia pure

ciò... proprio perché realizzata fuori dal suo contesto naturale e dal suo ordine giuridico, razionale e umano quale punto è solo quello *in se* familiare. *Au contraire*... la convivenza tra consanguinei è del tutto lecita e certamente naturale, basti considerare l'ipotesi di due fratelli che vivano assieme o il caso – comune assai nella civile prassi – della sorella non sposata che viva colla famiglia e nella famiglia del fratello o, ancora, a quello della figlia che, non essendosi maritata, continui ad abitare coi proprii genitori *et coetera*; ciò che renderebbe illecite siffatte relazioni di convivenza e segnatamente ciò che le renderebbe incestuose, invero, è proprio rappresentato dal compimento, tra i soggetti che le realizzano, di atti virtualmente tendenti al fenomeno procreativo, inquantoché proprio ed essenzialmente nell'autonoma illegittimità di questi ultimi albergherebbe il punto archimedeo sul quale dovrebbe poggiarsi la leva della censura sul piano giuridico e morale degli stessi rapporti. Ecco... in questo senso noi riteniamo che le due situazioni considerate – pur essendo entrambe illecite e pur essendo entrambe inaccettabili sotto il profilo giuridico, morale e razionale – abbiano a essere distinte e a essere distintamente considerate. Una parola, ora – per concludere il discorso – sul problema posto dalle relazioni ispirate al regime poligamico inteso in tutte le sue più late accezioni. Ebbene, anche in questo caso, pur essendovi una «certa» eterosessualità nel rapporto, in quanto nella fattispecie della c.d. poliginia vi sono più donne legate a un unico uomo e in quella – più rara – della c.d. poliandria vi sono più uomini legati a un'unica donna, certamente v'è una radicale inattitudine al matrimonio e alla fondazione (*rectius*, integrazione) della realtà familiare propriamente detta, sotto tutti i possibili profili di analisi. Su quest'aspetto – lo rammenterò il Lettore – ci siamo già soffermati in particolare per rilevare l'impossibile configurazione, nei rapporti *de*

---

nella forma del mero linguaggio, (cfr. D. lgs. 154/2013) in forza di una finzione giuridica che, almeno a nostro avviso, preferisce rincorrere le mode, piuttosto che plasmarle secondo i principii della ragione e in particolare della retta ragione.



*quibus*, dell'*affectio coniugalis*, ma non può essere ritenuta meno significativa anche un'ulteriore osservazione, vale a dire quella che, in essi, coglie un'ovvia incapacità di dare luogo al fenomeno procreativo... Ci rendiamo perfettamente conto, ora, che questa considerazione possa sembrare non solo contraddittoria, ma addirittura assurda e decisamente incompatibile col dato effettivamente presentato dall'esperienza; nel contempo, però, crediamo di potere proporre una lettura del problema, se non corretta, quantomeno coerente coll'intiera trattazione presentata, la quale pur risente della nostra sensibilità e del portato delle nostre riflessioni. Vediamo allora d'intenderci opportunamente e di mettere ordine nel discorso. Ebbene, con riguardo al primo aspetto relativo alla deficienza, nell'ambito del rapporto poligamico, della c.d. *affectio coniugalis*, abbiamo già detto che la donazione reciprocamente totale di sé, al coniuge, ai fini della costituzione della famiglia in quanto tale, esigita dal vincolo matrimoniale in guisa condizione necessaria di esso e anzi... come essenza di esso, è *ex ipso facto* esclusa nell'ipotesi della c.d. poligamia, tra i vari motivi, già per effetto della pluralità di (pseudo-)coniugi che la poligamia stessa andrebbe a realizzare e quindi, in siffatto contesto, non potrebb'esservi alcuna donazione totale di sé, ma, al limite, una pluralità di donazioni parziali, a fronte di una donazione totale forse esclusiva, ma non certo escludente. Quanto al secondo aspetto, poi, rileva questo e cioè che il fenomeno procreativo può verificarsi solamente tra un uomo e una donna che compiono, tra di essi e tra di essi soltanto, l'atto teleologicamente idoneo al fine del concepimento, onde... il sistema poligamico, anche se può fattualmente dare luogo a una moltitudine di concepimenti, non può certo descrivere, né rappresentare concettualmente, l'essere naturale e fisico del concepimento stesso, il quale, per l'appunto, se è, è sempre e necessariamente frutto di un atto posto in essere soltanto da due persone che siano di genere diverso e non può certo essere inteso in guisa di attività

realizzabile da parte di una pluralità, più o meno varia, di soggetti che pretendano di concorvi *ad libitum*; invero... anche nei contesti poligamici la procreazione, se avviene, avviene sempre e comunque in forza d'un rapporto di coppia, il quale ha da essere realizzato o dall'uomo con una delle donne che formano il suo *harem*, o dalla donna con uno degli uomini che rientrano nel novero dei suoi (pseudo-)mariti. Di talché... la dimensione della poligamia, qualunque foggia assuma o possa assumere, resta radicalmente inidonea a rendere ragione anche dell'attività procreativa che pur può verificarsi all'interno del contesto cui essa stessa dà luogo; di conseguenza l'inattitudine alla procreazione, propria del contesto poligamico, deriva dalla stessa natura dell'atto tendente alla procreazione, il quale postula due soli soggetti. Se volessimo, allora, alla luce di un tanto, inquadrare la relazione poligamica nell'ambito del più generale discorso portato innanzi, dovremmo dire ch'essa definisce una forma ancor più degenerata di quella realizzata dalle coppie eterosessuali che convivono *more uxorio* e che figliano fuori dal matrimonio. Vero è, infatti, che il contesto della poligamia in altro non si qualifica, se non in una pluralità di rapporti di coppia, ovviamente privi di qualsivoglia criterio giuridico, morale, umano e razionale, composti da un soggetto fisso, il quale rappresenta il collante del vincolo poligamico *de quo* e una pluralità di soggetti variabili che cambiano coll'avvicinarsi delle varie relazioni intime. La poligamia, insomma, altro non descrive se non una pluralità di coppie di fatto, ove cambia il solo membro femminile, se siamo nell'abito di una poliginia, o il solo membro maschile, se siamo nell'ambito di una poliandria. In ultima istanza, allora, potremmo dire che la poligamia, come fenomeno giuridicamente rilevante sotto il profilo dell'analisi del contenuto del diritto di autodeterminazione in ambito *lato sensu* familiare, non dà luogo a nessuna specificità degna di autonomo rilievo e ciò, proprio perché essa, da un lato esclude qualsivoglia vincolo tra l'uomo e le donne o tra le donne e l'uomo, rimanendo comunque, il poligamo stesso, sciolto da

ogni legame e dall'altro perché essa non ha la possibilità di esprimere alcuna forma di tensione alla fattispecie procreativo-generativa, essendo, questa, prerogativa di due soli soggetti (invero, la procreazione postula l'incontro di un gamete femminile con un gamete maschile e i gameti in questione non possono comporsi di porzioni di gamete appartenenti a vari soggetti).

Un tanto precisato, ora, approssimandoci all'epilogo del discorso e riprendendo alcuni tra i vari problemi già trattati, *in primis* quello relativo all'ipotetica giuridicizzazione delle cc.dd. coppie di fatto (secondo lo *specimen* – implicito o esplicito – della famiglia umana), ben tosto è da osservarsi che al di là d'ogni aspetto formale del vincolo e del rapporto *in se* familiare (forma del matrimonio, atti dello Stato civile *et coetera*) e al di là di quelle che sono o che possono essere le fattispecie ancillari rispetto all'essenza di esso e da esso ognorpiù dipendenti, il *proprium* della famiglia in quanto tale non è e non può certo essere rappresentato da una coorte di obbligazioni incardinate nell'interesse economico (o economico-lucrativo) dei soggetti coinvolti, ovvero in un loro interesse purchessia (*lato sensu* passionale, vale a dire... morale o immorale, affettivo od opportunistico *et coetera*) e ciò, in quanto il *proprium familiae*, se è, è e resta essenzialmente rappresentato dalla causa oggettiva e oggettivamente giuridica (*et umana et razionale et libera et morale*) d'una relazione, per quanto propiziata da sentimenti di affetto e financo da passioni umane tra le più pure, necessariamente qualificata e qualificabile, sotto il profilo ontologico, dall'ordine razionale dell'*affectio coniugalis* e dalla conseguente naturale tensione e vocazione di essa al fenomeno procreativo e alla cura umana della prole e ciò, ovviamente, nella consapevolezza dell'adempimento delle obbligazioni che *naturaliter* scaturiscono dal rapporto in questione e che gravano in capo ai componenti di esso reciprocamente (ed eventualmente anche verso la prole). Tutto questo – ecco il punto di Archimede – è e resta giuocoforza estraneo a ogn'altra relazione *inter homines* qualsivoglia essa

sia e qualunque struttura essa abbia, di talché – a nostro avviso – non v'è alcun motivo fondato dal punto di vista in-sé-giuridico, ma neanche da un punto di vista eminentemente logico-sistematico, per ipotizzarsi quella giuridicizzazione di cui abbiamo fatto cenno con riguardo ai rapporti intersoggettivi di fatto non altrimenti giustificati o giustificabili sul piano obiettivo. Siffatte «relazioni intersoggettive», invero, in virtù della loro stessa natura, non sono e non possono essere *in se* giuridiche, salvo – è ovvio – ch'esse esprimano un'autonoma (!) dimensione obbligatorio-contrattuale, tutt'affatto indipendente dalla «tensione *ad familiam*» eventualmente palesata dai soggetti che le compongono, né, tantomeno, esse sono o possono essere... in sé familiari, vale a dire che tantomeno esse possono essere idonee a inverare in sé stesse il *principium familiae* nella sua dimensione attualmente storica: si tratta, infatti, con riguardo alle relazioni *de quibus*, o <sup>a</sup> di rapporti insuscettibili d'interesse per lo *ius quo ūtīmur*, o <sup>b</sup> di rapporti in sé illeciti e quindi contrarii al diritto o, da ultimo, <sup>c</sup> di rapporti giuridici i quali non hanno nulla a che spartire con quelli propriamente familiari, riducendosi, questi, a una dimensione eminentemente contrattuale, inidonea, eziandio sotto il profilo causale, a dare luogo al fenomeno familiare in quanto tale. Si badi bene: il discorso *de quo* non rappresenta – secondo noi, per lo meno – il «precipitato (il-)logico» di un'impostazione ideologica del problema, quanto piuttosto esso dovrebbe e vorrebbe limitarsi a «descrivere» la conseguenza naturale *aut* <sup>a</sup> della palese antiggiuridicità dei rapporti di fatto non-familiari (l'esempio è quello dell'incesto o della poligamia), *aut* <sup>b</sup>, se la relazioni in questione non fossero in-sé-illegittime, della loro strutturale  $\alpha$ -giuridicità (e qui l'esempio è quello dell'amicizia, ovvero della c.d. convivenza *more uxorio* tra soggetti virtualmente abili alle nozze) *aut* <sup>c</sup>; qualora queste fossero comunque relazioni suscettive di rilievo *in rebus iuris*, della loro «costitutiva» *extra-familiarità*, ad appannaggio di un loro stesso «inquadramento  $\pi\acute{\alpha}\nu$ -contrattuale», inteso in senso esclusivo

ed escludente rispetto a ogn'altra configurazione giuridica (in questo caso l'esempio sarebbe quello del rapporto negoziale-contrattuale che risponda a esigenze di regolamentazione di diritti e di interessi suscettibili di valutazione/rilievo sotto il profilo eminentemente economico). È ovvio, ora, che in quest'ultima ipotesi l'impossibilità logico-concettuale della giuridicizzazione del rapporto non andrebbe intesa con riguardo al rapporto che è già in sé giuridico, in quanto rapporto contrattuale, ma andrebbe intesa con riferimento all'ipotetica volontà dei contraenti stessi di dare luogo a una dimensione collettiva simil-familiare, essenzialmente in forza del contratto che pur già li vincola (*alibi*) e quindi... mutuandone e traslandone (*recte*, falsificandone) la causa in un contesto il quale ne sarebbe radicalmente privo (quello del rapporto personale  $\alpha$ -giuridico): il caso potrebb'essere quello di due persone che contraggano in regime di coobbligazione solidale un mutuo per l'acquisto dell'immobile ove intendono abitare l'uno «accanto» all'altra e che, in forza di tale contratto, abbiano a rivendicare, pel loro rapporto personale (di amicizia? di convivenza *more uxorio*? di fidanzamento? di comodo? *et coetera*), una configurazione e una disciplina tutt'affatto giuridiche, viepiù impostate secondo i criteri della famiglia, da essi medesimi autoreferenzialmente eletti a «modi d'essere» contingenti della loro stessa relazione (e quindi del motivo<sup>283</sup> che li ha spinti a concludere il contratto *de quo*). Nulla cambierebbe, poi – lo segnaliamo *per incidens* – qualora, in luogo del contratto di mutuo per l'acquisto dell'immobile da adibire ad abitazione, il vincolo giuridico tra i soggetti *de quibus* albergasse in una forma di contitolarità del contratto di locazione (a esempio relativo

---

<sup>283</sup> Si badi: usiamo il termine «motivo» in senso tecnico-civilistico, vale a dire che lo usiamo – per ricordare la chiarissima Lezione di C. Massimo Bianca – a indicare “gli interessi che la parte tende a soddisfare mediante il contratto ma che non rientrano nel contenuto di questo [eppertanto (nda)] i motivi [*de quibus* (nda)] sono di regola irrilevanti in quanto le finalità esterne al contenuto del contratto non possono incidere sui diritti ed obblighi delle parti” (BIANCA, *Diritto civile. Il Contratto*, Tomo III, Milano, Giuffrè, 2000, pag. 461) né – aggiungeremo noi – sulla configurazione *sub specie iuris et in iure* del loro stesso rapporto (giuridico).

all'appartamento in cui essi stessi coabitano), o dei vari contratti di fornitura (energia elettrica, utenza telefonica *et similia*), o del contratto di conto corrente, o di uno o più contratti di mandato, con o senza potere rappresentativo *et coetera*: tutte queste situazioni giuridiche e giuridicamente rilevanti, infatti, pur mantenendo la loro fisionomia *in rebus iuris* e con essa la loro propria struttura obbligatoria, non possono *ex se* definire la causa di un diverso rapporto, preteso come giuridico, ma di fatto  $\alpha$ -giuridico, intercorrente sul piano meramente personale tra i vari contraenti e/o coobbligati in questione. Altro, infatti, è il vincolo giuridico, latore di una causa tutt'affatto intrinseca e intrinsecamente obiettiva e altro, tutt'altro, è il contesto personale/sociale che a tale vincolo porta, rappresentandone l'occasione e/o lo scopo esterni a esso... e a noi parrebbe del tutto illogico che il «contesto» *de quo* abbia a essere incardinato in una peculiare *figura iuris* e sia destinatario di un altrettanto peculiare disciplina normativa, solo in ragione del fatto che dalle condizioni fattuali e contingenti di esso abbia avuto occasione (per l'appunto: occasione, non causa [!]) il vincolo contrattuale medesimo e solo in ragione del fatto che i contraenti *de quibus* desiderino, per sé stessi, un peculiare *status iuris*. Vero è, infatti, che i contratti in parola hanno e mantengono la loro causa, recando seco la disciplina che loro compete e spetta *ut natura*, senza che un tanto possa dare luogo alla fondazione giuridico-razionale di alcun rapporto personale meritevole di considerazione e di disciplina *in rebus iuris*, il quale rapporto (di mero fatto) possa mutuare la propria causa dalla causa dei contratti medesimi, ovvero dalla sommatoria delle loro cause specifiche. Invero, noi riteniamo che il rapporto personale tra i soggetti *de quibus*, fuori dai vari contratti in forza dei quali essi sono vicendevolmente legati e obbligati, sia e debba restare quello che esso è, vale a dire... un rapporto privo di interesse e di rilievo giuridici; tanto più riteniamo che il rapporto *de quo* non possa essere equiparato e nemmeno assimilato a quello

propriamente familiare: ne difetterebbe, infatti, oltre alla causa *lato sensu* intesa, la struttura del vincolo e la finzione giuridica del rapporto. Insomma: le ipotesi di rapporti intersoggettivi non sussumibili concettualmente entro gl'estremi del παράδειγμα familiare sono molteplici e spaziano – come testé veduto – da quelle che integrano i presupposti di situazioni *ex se* illecite, a quelle che inverano in sé contesti leciti, ma irrilevanti pel diritto sotto il profilo della loro struttura e quindi sotto il profilo della loro disciplina *lato sensu* obbligatoria, a quelle, in fine, che sono lecite e rilevanti nello e per lo *ius quo ūtīmur*, ma... all'interno di un contesto completamente diverso e distinto, per essenza causale, rispetto a quello della dimensione familiare. Di talché – sempre a nostro avviso – ha da convenirsi su questo e cioè sul fatto in ragione del quale non è l'unione anche «forte» tra due o più persone a fondare una famiglia, né e la loro volontà di essere famiglia, a fare, della loro «vicinanza», una famiglia in sé, né – si badi – è o può essere la loro volontà di vivere a immagine della famiglia umana e secondo lo *specimen* di essa, a determinare tra loro il vincolo familiare nel suo essere oggettivo, né, da ultimo, questo può essere eteronomamente dato dalla sussistenza, tra i vari soggetti del rapporto *de quo*, di un compendio obbligatorio sul piano giuridico, latamente e occasionalmente riconducibile a quello potenzialmente occasionato dal vincolo familiare (contitolarità del contratto di conto corrente, per fare un esempio; coobbligazione solidale nel contratto di mutuo, per farne un altro). Nulla di tutto questo! Non è, quindi, la divisione o, meglio, la condivisione della casa, della mensa, delle risorse o di quant'altro, a determinare l'essere in sé della famiglia: anche i militari in caserma, o i seminaristi al seminario, o gli studenti al collegio *et similia*, infatti, condividono tetto, mensa e vettovaglie, eppure famiglia non sono. Non è nemmeno il comune intendimento o proponimento, di due (o più) soggetti, di curare, accudire e crescere un fanciullo, a determinare e a radicare nell'oggettività della natura delle cose, tra di loro, il vincolo

familiare in quanto tale: anche le suore all'orfanotrofio o le istitutrici dedicano la loro vita (*lato sensu* professionale) ai fanciulli e a seguirne la maturazione morale e intellettuale fino all'età adulta, senza per ciò costituire famiglia alcuna. Non è nemmeno la fiducia che i soggetti ripongono in altri, ai fini di farsi rappresentare nel compimento di atti giuridici, a fondare il *proprium familiae*: chiunque, infatti, concluda un contratto di mandato, attribuendo al mandatario il c.d. potere rappresentativo, ripone in costui la fiducia necessaria per incaricarlo di assumere obbligazioni pel suo conto e nel suo nome, senza che vi sia, tra di essi, alcun tipo di legame familiare. Né la funzione/attitudine procreativa fonda la famiglia, vero è che anche le meretrici e i loro clienti, *in abstracto*, possono figliare, pur non dando luogo ad alcuna *figura familiae*,<sup>284</sup> lo stesso dicasi per le cc.dd. relazioni incestuose *et coetera*... No! La famiglia, infatti, non è tutto questo, anche se, ovviamente, tutto questo «deriva» – potremmo dire – dal vincolo familiare:

---

<sup>284</sup> Si badi: noi abbiamo detto che il «principio» caratterizzante, su di un piano ontologico-giuridico, la famiglia umana è rappresentato da due elementi i quali si definiscono e si completano a vicenda, ovverosia dall'elemento della naturale tensione della coppia umana al fenomeno della procreazione e della cura della eventuale prole e dall'elemento dell'*affectio coniugalis* che unisce e che vincola i soggetti *de quibus* in/come coppia-famiglia in sé. Di talché... non è la sola attitudine alla capacità di procreare, propria di due soggetti, che rappresenta il costitutivo della famiglia, né è o può essere solo il loro vincolo di affetto: è giuocoforza, infatti, per aversi famiglia umana in sé, che l'unione di due persone, in regime di vincolo reciproco, abbia luogo tra soggetti virtualmente idonei a generare prole e a occuparsene, in quanto attratti l'un l'altro da un sentimento affettivo qualificato dal requisito morale della familiarità *sub specie*, ovviamente, di propensione oggettiva – non, quindi, intimo-soggettivistico-psicologica – al vincolo coniugale nell'ordine suo proprio. Se è vero, infatti, che l'elemento teleologico-ontologico della famiglia è quello di tendere al fenomeno dell'umana procreazione e se è altrettanto vero che la effettiva e contingente incapacità di procreare della «coppia storica» (intesa come *impotentia generandi*) non possa certo scalfire la dignità giuridica e morale della coppia umanamente e razionalmente formata da parte di un uomo e di una donna, in guisa di *familia proprio iure dicta*, è altrettanto vero che il «fondamento primo», anzi... la causa prima di quest'unione possa e debba individuarsi non già in una forma di affetto e/o di attrazione purchessia tra due soggetti che si-piacciono a vicenda, ma solamente in un peculiare sentimento, pur anche affettivo, ovviamente, il quale partecipi, però, sul piano logico e ontologico, del fine proprio e naturale della famiglia medesima. Non è, dunque, il legame d'affetto tra due soggetti reciprocamente attrattisi a rappresentare il *proprium* della famiglia umana, ma – come noi abbiamo già diffusamente detto – esso è rappresentato da una peculiare forma di «affetto razionale» o, se si preferisce, di «ragione affettiva», correttamente e propriamente definiti nella c.d. *affectio coniugalis*, ovverosia... in una «figura» di sentimento razionale nell'ordine del significato ontologico e morale della famiglia alla quale essa tende e della quale essa stessa è oggettivo, libero, giuridico e umano fondamento.



la famiglia, invero, è il consorzio, l'unione, la vicinanza liberi, umani, giuridici e razionali di due soggetti, virtualmente aperti alla umana procreazione e alla umana cura della prole, il quale (consorzio) sia «provocato», «animato» e «alimentato» dalla citata *affectio coniugalis*, ovverosia da quel sentimento-razionale (che può essere letto anche palindromicamente in guisa di ragione-sentimentale) di mutua unione morale e materiale intimamente vissuta dai coniugi, nell'ordine del significato propriamente ontologico della famiglia in sé, della famiglia, cioè, nel suo essere-in-sé, nel suo essere famiglia-in-quanto-tale e non mera unione progettualmente determinata – o, per essere più precisi, progettualmente auto-determinata/auto-determinantesi – verso un obbiettivo tutt'affatto autoreferenziale e tutt'affatto finalizzato a soddisfare un piacere contingentemente avvertito dai soggetti stessi, come meritevole d'essere perseguito secondo le volontà contingentemente assolute di essi; detto questo... è ben vero che la famiglia in sé porti *naturaliter* alla condivisione del tetto, della mensa, dei beni, al desiderio e all'attitudine verso la figliazione, al desiderio e alla capacità di cura della prole, all'esercizio di vari poteri rappresentativi tra i coniugi, alla contitolarità di vincoli contrattuali *et coetera*, ma tutto questo, come detto, non è «causa» della famiglia, ma mero «effetto», conseguenza sociologicamente normale di essa.



## CAPITOLO QUINTO

### DELL'AUTODETERMINAZIONE NELL'ESPERIENZA GIURIDICA CONTEMPORANEA: CASI, PROBLEMI, CONTRADDIZIONI.

#### I. Una breve premessa di carattere metodologico.

Dopo avere cercato di analizzare il problema posto dall'accezione (assiologicamente) moderna del c.d. diritto di autodeterminazione della persona, dimostrando ch'essa esprime in sé stessa il fenomeno di una chimera concettuale e di un paradosso logico rappresentato da un «diritto *α-/extra-giuridico*» e quindi da una *figura iuris* virtualmente «aperta» anche all'anti-giuridicità sostanziale e dopo avere indagato i problemi che questo «punto di vista» della fattispecie in parola pone, con riguardo al rapporto tra il soggetto e sé stesso (anche sotto il profilo del rapporto tra il soggetto e il proprio corpo) e tra il soggetto e il proprio contesto *lato sensu* familiare, è mestieri, ora, di porre mente a come il c.d. diritto di autodeterminazione della persona venga inteso, strutturato e applicato nell'ambito della «esperienza giuridica» contemporanea. Il quest'ultima (più breve) parte del nostro Lavoro, infatti, vorremmo proporre all'attenzione del Lettore un'analisi che abbia a oggetto il «momento applicativo» dei concetti in parola e un tanto, sia con riferimento alla norma *posita* che direttamente o indirettamente lo contempli, sia, soprattutto, con riferimento all'interpretazione che di esso ne dà la più varia giurisprudenza, proprio risolvendo o credendo di risolvere – spesso complicandoli – i vari casi e i vari problemi di volta in volta posti all'attenzione del Giudice. Ovviamente, l'ambito dell'indagine *de qua* non potrà essere limitato all'Ordinamento e al contesto italiani, ma dovrà coinvolgere anche il c.d. Sistema del diritto dell'Unione Europea e – sia pure in parte – quello che

interessa il panorama *extra*-europeo e ciò, non tanto per una ragione di completezza espositiva fine a sé stessa, quanto piuttosto per potere cogliere appieno la portata e la gravità concettuale dei problemi fino a questo momento analizzati e sviluppati *in abstracto*, sì da avere contezza delle ricadute ch'essi palesano sul piano personale, sociale, politico, morale del nostro tempo. Vero è, infatti, che il nostro tempo è un tempo caratterizzato, nel bene e nel male – come si dice – da una complessità dei rapporti e da una intersecazione dei contesti, tali da rendere ogni problema e ogni aspetto dell'approccio allo stesso, un problema e un aspetto che interessa contemporaneamente, non solo vari piani e vari livelli di analisi, ma anche e segnatamente vari linguaggi, vari metodi, vari Sistemi di riferimento, varie sensibilità *et coetera* onde tutto concorre a dire quale sia la visione del problema *de quo*, che più propriamente partiene alla *Weltanschauung* di questi anni.

L'analisi *de qua* – lo precisiamo per ragioni di chiarezza – non avrà certamente il carattere dell'esaustività, né, invero, essa tende a questa sotto il profilo della analitica considerazione di tutti i casi giudiziari e *lato sensu* normativi in cui avrebbe rilievo il tema trattato, infatti precipuo scopo del nostro discorso è quello di cogliere, registrandola, la situazione «di massima» che descrive l'attuale modo d'intendere l'autodeterminazione c.d. giuridica della persona al fine di valutarne la «tenuta logica», di vagliarne la coerenza e di coglierne l'eventuale apertura verso contraddizioni più o meno insanabili...

# **1. Il «dialogo», il «problema», il «paradosso» tra contenuto classico dei Codici e giurisprudenza moderna della Corte costituzionale. Rapsodia di un «fenomeno eccentrico».**

Che il tema del diritto di autodeterminazione della persona nell'esperienza giuridica contemporanea, sia un tema «difficile da

affrontare» e che per certi versi esso presenti profili di criticità tali da fare cadere in contraddizione financo un Sistema giuridico di sicura e consolidatissima tradizione, come indubbiamente è (*rectius*, era) quello italiano (erede di Roma), pare del tutto scontato soprattutto alla luce delle riflessioni che abbiamo proposto al Lettore nella trattazione delle varie questioni *supra* affrontate. Le ragioni di una siffatta difficoltà, tuttavia, non sono – a nostro avviso – interne alla dommatica del diritto di/alla autodeterminazione subiettiva, né dipendono dall'impostazione «di fondo» dei Codici ovverosia dei «pilastri» giuridico-normativi del nostro Ordinamento, ma dipendono essenzialmente da un approccio del tutto moderno e laicista<sup>285</sup> ai problemi gius-politici della libertà dell'uomo e del diritto subiettivo, approccio... il quale è conseguente alla *Weltanschauung* affermata a livello di dottrina, di giurisprudenza e soprattutto di c.d. opinione pubblica dopo l'entrata in vigore della Carta costituzionale e in virtù di essa. Al di là, infatti, delle interpolazioni e delle snaturazioni che i Codici hanno subito nel corso degli ultimi anni, sotto l'empia scure di un Legislatore improvvido e di una Corte costituzionale chiamata a far rispettare la legalità nihilista del Testo (della Costituzione democratica) entrato in vigore nel 1948, il loro impianto resta aristotelico, vale a dire che il loro impianto resta *in se* filosofico, eppertanto... *in se* latore di una vocazione autenticamente giuridica, nell'ambito della quale il diritto di autodeterminazione non solo viene affrontato nel modo corretto, *id est*, nel modo che gli è proprio, ma nel suo essere «diritto in sé giuridico» non pone nemmeno alcun profilo di problematicità concettuale e/o di coerenza

---

<sup>285</sup> Danilo Castellano ha acutamente distinto, pur riconducendole entro il medesimo schema concettuale, due forme di laicità: quella “escludente” e quella “includente” (CASTELLANO, *Ordine etico e diritto*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, pag. 31). La c.d. laicità escludente, infatti, comporta “da una parte, l'esclusione del fenomeno religioso dall'Ordinamento giuridico [e (nda)] dall'altra [... la pretesa (nda)] di regolamentare la coesistenza senza interferenze, né dirette né indirette, del potere religioso” (*Ibidem*), *viceversa* la c.d. laicità includente, “considera e include [nel c.d. Ordinamento giuridico (nda)] il fenomeno religioso ma come diritto all'esercizio della libertà negativa, non come dovere esercitato nella libertà” (*Ibidem*).

intrinseca al Sistema (codicistico) stesso, anzi... il diritto subiettivo *de quo* risulta perfettamente coerente colle prescrizioni dei Codici e i Codici stessi paiono essere un vero baluardo a difesa di esso: il diritto di autodeterminazione della persona, infatti, se letto attraverso le lenti giuridiche del Codice civile e del Codice penale, si mostra tutelato e preservato, quanto mai opportunamente, nella sua essenza di diritto subiettivo pertinente all'essere umano che è *persona naturae rationalis*. Certo: il Codificatore degl'anni Trenta e Quaranta, come il Codificatore napoleonico prima (sotto la guida del noto giurista Gian-Antonio Maria Portalis), non era – diremo con un eufemismo – tra i più attenti al problema metafisico o, meglio, non lo era nelle «dichiarazioni d'intenti» e nella forma dei suoi interventi sulla struttura dell'Ordinamento giuridico positivo, basti considerare il tenore letterale dell'art. 1 delle cc.dd. Preleggi al Codice civile e l'accoglimento dell'opzione *πάv*-moderna relativa alle cc.dd. fonti del diritto che ne sta alla base (il diritto, infatti, non ha fonti, se mai, esso, ha un fondamento il quale alligna nell'essere della giustizia, come insegna Danilo Castellano), cionondimeno... nella redazione dei Codici (autentici monumenti del Diritto per rigore, coerenza e contenuto, assai distanti, invero, dalle moderne leggende dispensate a iosa da un Legislatore privo di valori, di ideali e di disegno politico-giuridico) ancora vigenti, s'apprezza palese un diffuso senso di giustizia sostanziale e di equilibrio illuminato dal sapere del giure,<sup>286</sup> i quali concorrono a favorire la stessa obbedienza ai principii in esso contenuti e così a rendere «naturale» e diuturna l'osservanza delle loro disposizioni; vero è... che la massima parte dei precetti codicistici trovano rigoroso e spontaneo ossequio anche presso quei semplici i quali neppure conoscono l'esistenza e la portata prescrittiva di

---

<sup>286</sup> Il quale sapere, per sua natura, in quanto sapere aggettivato dalla giuridicità (sapere giuridico), è sapere di qualche cosa che è e segnatamente è sapere di qualche cosa che è in sé giuridico, non potendo affatto essere «sapere del nulla», cioè ignoranza o immaginazione, cioè creazione di una dimensione parallela ed estranea rispetto alla realtà che è.

essi e ciò è comprensibile – si badi bene – solo considerando che le prescrizioni *de quibus* altro non fanno se non sintetizzare e formalizzare nella loro norma tecnicamente corretta e in sé coerente rispetto all’ordinamento intiero, indigenze di giustizia sostanziale, le quali sono proprie della ragione umana e le quali, quindi, afferiscono all’umanità che partiene *ut natura* a ciaschedun uomo singolarmente e a tutti gli uomini assieme. Si tratta, infatti, con riguardo a quello del giure che ha guidato il Legislatore nella redazione dei Codici, di un sapere autenticamente filosofico, il quale s’impone *ex se* per la verità giuridico-razionale che reca seco, onde il naturale radicamento *in rebus hominis* dei principii espressi dai Codici del Novecento (prima metà), s’apprezza e si coglie anche nello medesimo consolidamento sociale (e sociologico) di tradizioni giuridiche tra le più radicate<sup>287</sup> e nella necessità, anche pratica, della giustizia che è ontologicamente propria del consorzio umano.<sup>288</sup> Non che manchino contraddizioni o imperfezioni nei Codici – questo è ovvio – basti leggere l’art. 1 c.c., il quale – scontando le note ipoteche romanistiche<sup>289</sup> – fa

---

<sup>287</sup> Come lo stesso Portalis, peraltro, ebbe a dire in difesa della «sua» codificazione, al precipuo scopo di discernere la *ratio* costruttiva di questa, dallo spirtito eminentemente rivoluzionario (*ergo*, distruttivo), al quale pure, egli, colla sua stessa opera aderì e concorse. Si rammenteranno, infatti, le parole di quest’illustre Autore il quale ebbe a dire che “*nous avons fait, s’il est permis de s’exprimer ainsi, une transcripcion entre le droit écrit et les coutumes*” (PORTALIS, *Discours préliminaire prononcé lors de présentation du projet de la commission du gouvernement 1<sup>er</sup> Pluviôse an IX*, in EWALD, *Naissance du Code civil*, Parigi, Flammarion, 1989, pag. 52) e il quale non mancò di precisare che “*nous appelons éprit révolutionnaire le désir exalté de sacrifier violemment tous les droits à un but politique et de ne plus admettre d’autre considération que celle d’un mystérieux et variable intérêt d’Etat*” (Ivi, pag. 37).

<sup>288</sup> Si badi: anche la c.d. *societas latronum*, per potere essere *societas* abbisogna che i suoi membri rispettino, tra loro, la giustizia e ciò, proprio in quanto l’indigenza di giustizia è e rimane una tra le più profonde necessità della ragione umana. Il discorso – come è noto – è stato affrontato e brillantemente esplicitato anche (*in apicibus*) da Platone, il quale ha punto affermato che “*εὖ γε σὺ ποιῶν: ἀλλὰ δὴ καὶ τόδε μοι χάρισαι καὶ λέγε: δοκεῖς ἂν ἡ πόλιν ἢ στρατόπεδον ἢ ληστὰς ἢ κλέπτας ἢ ἄλλο τι ἔθνος, ὅσα κοινῇ ἐπὶ τι ἔρχεται ἀδίκως, πρᾶξαι ἂν τι δύνασθαι, εἰ ἀδικοῖεν ἀλλήλους [...]* τί δ’ εἰ μὴ ἀδικοῖεν; οὐ μᾶλλον [...] στάσεις γάρ που, ὧ Ἰθρασύμαχε, ἢ γε ἀδικία καὶ μίση καὶ μάχας ἐν ἀλλήλοις παρέχει, ἢ δὲ δικαιοσύνη ὁμόνοϊαν καὶ φιλίαν: ἤ γάρ” (PLATONE, *La Repubblica*, I, XXIII, 351 c – 351 d)

<sup>289</sup> Alberto Burdese – grande giusta e preclarissimo studioso – il quale, nella sua pur laudabile Opera, pare leggere il diritto romano attraverso le categorie moderne, correttamente afferma che “solo a determinati effetti, specie se favorevoli al nascituro, il diritto romano prende in considerazione il momento del concepimento, anziché quello della nascita, quale momento

dipendere la c.d. capacità giuridica dalla nascita e non (come sarebbe stato corretto, logico e razionale) dal concepimento, tuttavia ciò che è ben lungi dalla struttura e soprattutto dal contenuto dei Codici stessi – al di là delle premesse hegeliane che pur animavano il Legislatore dell’epoca e il cui riflesso ancor si trova qua e là – è la pretesa di autoreferenzialità quale pretesa e rivendicazione, in un tempo, d’un assoluta e incontrovertibile *potestas condendi ius*, la quale pretesa, invece, caratterizza proprio l’ideologia modernistico-laicista della Costituzione (l’art. 1 cost., col suo riferimento alla sovranità ne è il più loquace testimonio) e della Legislazione *post-bellica*: i compilatori dei Codici, infatti, se anche rivendicavano per lo Stato la c.d. *potestas condendi leges* e se anche affermavano autoritariamente la primazia rousseauiana della *persona civitatis* (arbitrariamente confusa nella nozione di Stato e di Patria), in un tempo ordinamento e soggetto, sull’individuo, erano vieppiù consci di non avere alcuna possibilità di disporre *ad libitum* di quello *ius* il quale ben sapevano che *ex ipso facto oritur*.<sup>290</sup>

Al di là di un tanto, ora, entrando *in medias res*, è mestieri di rilevare, per quanto attiene al nostro tema, che i Codici definiscono con giusto rigore e vera intelligenza politica l’assetto del c.d. diritto di autodeterminazione della persona in ambito biogiuridico: da un lato, infatti, la norma *sub* art. 5 c.c. fa divieto di compiere “atti di disposizione del proprio corpo [...] quando [questi (nda)] cagionino una diminuzione permanente dell’integrità fisica, o quando siano altrimenti contrarii alla legge, all’ordine pubblico o al buon costume” e dall’altro, l’art. 50 c.p. coerentemente prescrive che “non è punibile chi lede o pone in pericolo un diritto, col consenso della persona che può validamente disporne”, onde... l’operatività tecnica dell’esimente in

---

d’inizio dell’esistenza, sempreché la nascita consegua” (BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, Torino, U.T.E.T., 2003, pag. 138).

<sup>290</sup> Cfr CASTELLANO, *Ordine etico e diritto*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, pagg. 70 e ss.



parola, con riguardo a ciò che concerne la condotta pregiudizievole pella vita, pella salute e pel corpo (al di là di altri aspetti i quali, quivi non affrontiamo), non è subordinata al mero consenso effettivamente prestato dal titolare del diritto (alla vita e) all'integrità fisica, ma è ulteriormente soggetta a un vaglio di legittimità sostanziale (*rectius*, di validità) del consenso medesimo, giusta criterii tutt'affatto oggettivi e indipendenti dal *velle subiecti*. L'avverbio "validamente", infatti, di cui al citato art. 50 c.p., non si riferisce alla mera «certezza» relativa all'autodeterminazione del volere del soggetto-offeso, come se la validità dipendesse dalla genuinità del di lui consenso, ma si riferisce, più propriamente, al contenuto della volontà stessa, sicché la scriminante *de qua* (il c.d. "consenso dell'offeso", ricordando il titolo della nota Opera di Filippo Grispigni<sup>291</sup>) ha agio di operare sol quando il consenso prestato dall'offeso sia oggettivamente valido (oltrecché soggettivamente genuino), eppertanto essa ha agio di operare nella sola ipotesi in cui l'agente, facendo ciò che è stato autorizzato a fare, leda o esponga a pericolo beni giuridici *ut natura* (pei positivisti «puri», diremo *ex lege*) disponibili da parte del loro titolare, vale a dire... beni giuridici rimessi, quanto al loro stesso uso, alla opzione insindacabile di colui al quale appartengono (potrà tagliare i capelli di chi lo autorizzi a questo, ma non potrà, nemmeno se autorizzato, amputare un arto). *Viceversa*, la scriminante in parola non opera allorquando il diritto in questione sia sottratto, per sua stessa natura (a *pro* dei positivisti diremo, per sua stessa conformazione normativa), alla piena disponibilità di colui il quale pur lo annoveri nel suo proprio corredo giuridico-soggettivo, di talché... nell'ipotesi in cui qualcheduno leda o esponga a pericolo diritti di siffatta natura (i positivisti direbbero, di siffatta struttura legale/normativa), se pur lo faccia col consenso del loro titolare, non potrà giovargli affatto dell'esimente definita come "consenso dell'avente diritto", stante l'invalidità

---

<sup>291</sup> GRISPIGNI, *Il consenso dell'offeso*, Roma, Athenaeum, 1924.

obiettiva della «autorizzazione» ricevuta, o, per meglio dire, stante l'invalidità obiettiva dell'atto dispositivo cui è conseguita l'autorizzazione stessa; con un'espressione *lato sensu* civilistica, infine, potremmo dire che in questo caso il consenso virtualmente autorizzativo è da considerarsi *tamquam non esset*. L'assetto che deriva, allora, leggendo le mentovate disposizioni alla luce del combinato disposto cui giuocoforza esse danno luogo, vicendevolmente co-implicandosi nel momento ermeneutico,<sup>292</sup> pare strutturarsi, *in primis*, sul riconoscimento in termini generali della sussistenza (*in rebus iuris*) di diritti indisponibili, la qualcosa sta a significare che i Compilatori del Codice – correttamente – non ritenevano del tutto avulsa la categoria dell'indisponibilità, da quella del diritto soggettivo (come fa oggi, invece, la c.d. cultura liberale, per la quale il diritto soggettivo coincide col c.d. diritto volitivo) e *in secundis* pare strutturarsi sul conseguente riconoscimento che nel novero dei diritti subiettivi proprii della persona, vi siano anche diritti il cui essere (*in se*) giuridico persegue non già il fine di attribuire un potere più o meno ampio al di loro titolare, ma piuttosto quello di proteggere un bene e un valore (giuridico), in sé assoluti e in sé fondanti pel Sistema nel suo complesso, contro qualsiasi forma di pregiudizio oggettivo e al di là dell'opinione espressa da parte del titolare (non assoluto [!]) dei diritti stessi. Una cotale coorte di premesse concettuali, allora – pur essendo il frutto di un'opzione giusta, paradossalmente esercitata sulla base di presupposti fallaci<sup>293</sup> – ha

---

<sup>292</sup> Si consideri, anche, *ad adiuvandum*, il tenore letterale dell'art. 580 c.p. (rubricato "istigazione o aiuto al suicidio"), nonché il regime di procedibilità d'ufficio pel delitto di lesioni personali *sub* artt. 582 e 583 c.p.: tutto concorre, invero, a corroborare l'interpretazione offerta nel Testo.

<sup>293</sup> È del tutto chiaro, infatti, che il Legislatore del Codice non avrebbe giammai negato il dogma moderno della sovranità statuale, come è altrettanto chiaro che non avrebbe certamente potuto sostenere la tesi (giusta) secondo la quale il diritto alla vita e il diritto all'integrità fisica allignano nella natura stessa dell'uomo, quali diritti veramente proprii di lui. Il Codificatore, infatti, non avrebbe giammai potuto revocare in dubbio che i diritti in parola rappresentano il «mero» riflesso sul soggetto, d'una opzione sovranamente esercitata dallo Stato-fonte-del-diritto. Insomma, è vero che il Legislatore degl'anni Trenta e Quaranta ha codificato diritti autentici e autenticamente partecipi dell'idea di giustizia ed è vero che, *in parte*

ben condotto il Codificatore d'inizio secolo all'individuazione di un diritto del soggetto a disporre *manu propria* o *manu aliena* del suo stesso copro e della sua stessa vita, nella sola (!) misura in cui l'atto dispositivo posto in essere autonomamente, o per mercé dell'altrui intervento, non (!) sia idoneo a ledere o a esporre a pericolo la salute e l'integrità del copro medesimo, *sub specie* di integrità fisico-fisiologica rilevabile sul piano oggettivo. Non solo: correttamente intendendo il significato dei Codici, invero e in particolare il significato del Codice civile, è mestieri di rilevare che i limiti di liceità degl'atti dispositivi del proprio corpo non si esauriscono in quelli che perseguono la mera preservazione della salute e dell'integrità fisica in quanto tali, ma s'estendono, anche, alla tutela del decoro e della dignità che dovrebbero essere proprii della persona in sé umana. Vero è, infatti, che il citato art. 5 c.c. oltre a vietare gl'atti che "cagionino una diminuzione permanente dell'integrità fisica", fa espresso divieto anche di quelli che siano "altrimenti contrarii [...] al buon costume", come a dire, dunque, che la tutela del diritto all'integrità e al decoro del corpo, proprio per l'importanza giuridica che rivestono *in rebus iuris* e proprio pel significato morale che assumono con riguardo alla persona, causa e fine in un tempo di tutto il diritto (*hominum causa omne ius constitutum est*, infatti), giustificano una forma di conculcazione della *potestas agendi in se ipso*, propria del soggetto stesso, la quale va oltre rispetto al mero *non nocere* sul piano fisico e si estende anche (per usare un'espressione forse un po' ardita) al *non nocere* sul piano, se non autenticamente (dianoetico-)morale, quantomeno

---

*qua*, li ha opportunamente difesi anche contro il volontarismo del loro titolare, ma è altrettanto vero che a ciò esso è pervenuto, non per forza d'un esercizio filosofico, quanto piuttosto in virtù di semplice e più banale «buon senso». Invero, la indisponibilità dei diritti *de quibus*, commentata nel Testo, è comunque stata interpretata – dal Legislatore dell'epoca – come indisponibilità prescritta dallo Stato *ope legis*, ma allo Stato non certo imposta *ex veritate iuris* e ciò, proprio in quanto il Legislatore dei Codici, permeo di positivismo giuridico (è lo stesso Legislatore, infatti, delle cc.dd. Preleggi al Codice civile), non ha di certo messo in discussione il dogma πᾶν-moderno, giusta il quale il diritto soggettivo è e rimane una *facultas agendi ex norma agendi* e giusta il quale la *norma agendi* è sol quella dello Stato (che – come osservava coerentemente Benedetto Croce "non sbaglia mai").

(noetico-)estetico. Ne deriva, allora, non solo un divieto generale di tutti gl'atti idonei a ledere in modo permanente la salute del corpo o a farne permanentemente scemare una qualche funzionalità fisiologica, ma anche una radicale proibizione di tutte le più varie forme di *iniectio in corpore*, le quali, pur non inficiando la fisiologia dell'organismo umano, ne deturpino l'aspetto, ovvero si risolvano in un'oggettiva «umiliazione» della *figura personae* percettibile sul piano fisico di essa (ovviamente restano estranee alla fattispecie in parola le «condotte umilianti» cui un soggetto si sottopone *sponte sua*, nella misura in cui queste non si risolvano in un atto dispositivo del corpo). Senza entrare ulteriormente, dunque, nel merito di siffatte questioni – le quali pure meriterebbero una trattazione a sé – è giuoco forza rilevarsi, anche per fugare dubbii e scongiurare equivoci, che i due piani della tutela apprestata dall'Ordinamento (dei Codici) alla persona *in se*, testé veduti – tutela dell'integrità fisica da un lato e tutela del «decoro» fisico dall'altro – pur partecipando d'una genesi comune e pur allignando nei medesimi presupposti concettuali, non sono identici. Invero, non può tacersi che l'ampiezza della «protezione» *de qua*, sotto il profilo penalistico, riguardi (ragionevolmente, peraltro) la sola preservazione dell'integrità fisica del soggetto, dacché la citata tutela penale non dipende esclusivamente da una lettura dell'art. 50 c.p. in combinato disposto coll'art. 5 c.c., ma dipende anche e principalmente – diremo – dalla previsione normativa della fattispecie di reato concretamente integrabile dalla condotta storica dell'*agens* e ciò... segnatamente in quanto lo spettro applicativo dell'esimente, postula *ex ante* l'integrazione (*de facto et in factis*) degl'elementi obiettivi d'una data fattispecie tipica. Ebbene, con riguardo al nostro discorso, tosto rileva che la fattispecie tipica *de qua* è tutt'affatto manchevole, nel caso in cui, senza che sia provocata una lesione fisica al corpo, venga vilipeso il «mero» aspetto della persona (in questo caso, infatti, manca una norma penale che tuteli direttamente un siffatto bene giuridico,

per cui... la fattispecie, in quanto tale, non darebbe luogo *ex se* a un'ipotesi di reato); di talché, per fare un esempio, se la lesione personale non-grave è scriminata per effetto del consenso (valido) dell'offeso, in quanto l'art. 582 c.p. configura la fattispecie tipica delle lesioni personali, le quali, però, non costituiscono reato se ne difetta il requisito dell'antigiuridicità (per effetto della scriminante in parola) e se la lesione personale grave o gravissima, come la mutilazione d'un arto (*ex art. 583 co. II pt. 3*), sussumendosi entro gl'estremi della fattispecie tipica, non viene scriminata per l'inoperatività tecnica dell'esimente *sub art. 50 c.p.*, in quanto l'eventuale consenso non sarebbe "validamente" prestato, certo la dipintura dell'epidermide con inchiostri, pur essendo oggetto di divieto *ex art. 5 c.c.* pel suo essere atto dispositivo del proprio corpo, contrario al buon costume (e fors'anche all'ordine pubblico), non integra – *coeteris paribus* – una fattispecie di reato, né, ovviamente, postula o può postulare, in funzione scriminante, l'invocazione della citata esimente *ex art. 50 c.p.*: si tratta, invero, in questo caso, di una condotta, anche se illecita e anche se civilisticamente proibita, tollerata sul piano penale per ragioni – potremmo dire – di politica del diritto. Né si dica, ora, che non esiste tutela alcuna fuori dalle previsioni penali o che le condotte penalmente non-sanzionate siano *ex se* lecite: questo sarebbe un errore – a nostro avviso – non solo perché l'intervento penale *in rebus hominis* rappresenta («solo») l'*extrema ratio* cui ricorre l'Ordinamento per la tutela di determinati beni giuridici (essa è l'eccezione, non, quindi, la regola), ma anche perché la questione *de qua* non può essere affrontata e svolta unicamente sotto il profilo del compendio sanzionatorio e della sua ampiezza. *In primis*, infatti, è mestieri di considerare che non è la sanzione a fare la norma e anzi, che la sanzione in sé è del tutto estranea alla norma come concetto giuridico e dal punto di vista pratico, come prescrizione; di talché... il procedimento sanzionatorio (in sé accessorio rispetto alla norma) è sì funzionale alla tutela della *ratio normae*, ma non

aggiunge, se c'è e non toglie, se non c'è alcunché all'essere oggettivo e oggettivamente cogente dell'*imperium* normativo, infatti l'*imperium* stesso è e si definisce giuridico o anti-giuridico, non in ragione delle conseguenze previste pella sua violazione – se vi fossero – ma in virtù di ciò che effettivamente esso prescrive, eppertanto in virtù di quello che ne è il contenuto obiettivo. Se questo è vero, come noi riteniamo che sia, è tanto più vero, allora, che non possa ridursi il problema della sanzione e del rapporto di essa colla norma, all'operatività tecnica della disciplina penale, imperocché la conseguenza *lato sensu* repressiva può rilevarsi anche in sede civile o amministrativa e può rilevarsi, sia in guisa diretta e immediata – per effetto di un compendio di conseguenze esplicitamente legate alla violazione del precetto *de quo* – sia in guisa indiretta e mediata quand'anche non meramente eventuale e rimessa a un impulso di parte variamente definito *ex lege*. Si può avere, cioè, una disposizione che contempli un regime sanzionatorio immediato e diretto pell'ipotesi in cui venga violata una data prescrizione – e questo è il caso delle conseguenze penali operanti *ex officio*, ovvero, in sede civile, delle cc.dd. nullità *sub* artt. 1418 e ss. c.c. – come si potrebbe avere una coorte di disposizioni sanzionatorie le quali intervengono solo nell'ipotesi in cui vi sia un dato impulso dell'interessato – e questo è il caso della procedibilità su querela della persona offesa in sede penale o, per fare un esempio civilistico, dell'annullabilità contrattuale *ex* artt. 1427 e ss. c.c. (o, ancora, del risarcimento del danno aquiliano *ex* artt. 2043 e ss. c.c.) – come potrebbe accadere, da ultimo, che la norma ponga un divieto apparentemente privo di previsione sanzionatoria e sicuramente sprovvisto di una disciplina che definisca direttamente gl'effetti della sua violazione, i quali effetti, però, oltre a non apportare alcun contributo all'essere giuridico in sé della prescrizione medesima e alla validità della stessa in quanto *regula iuris*, possono comunque operare in forza d'una elaborazione sistematica del precetto *de quo*, considerato alla luce dell'intero Ordinamento di

riferimento. Quest'ultima ipotesi, infatti, inverte proprio il problema posto dal citato art. 5 c.c. con riguardo alla configurazione dei limiti del/al diritto di autodeterminazione in ambito biogiuridico, da esso definiti: totale disposizione, invero, non contempla uno spettro sanzionatorio (diretto o indiretto, officioso o su iniziativa) funzionale alla c.d. prevenzione generale (mutuiamo il «termine» dalle istituzioni di diritto penale), vale a dire, funzionale a operare una forma di deterrenza co(-ntin-)gente contro le violazioni dello stesso, per quanto... debba convenirsi che la disposizione *de qua* riveste comunque un significativo rilievo sul piano dell'operatività tecnico-giuridica e ciò, sia – come abbiamo di già veduto – in sede di ermeneutica dell'art. 50 c.p., sia, anche, in sede applicativa delle medesime disposizioni del Codice civile ed è su questo «piano concettuale», allora, che meglio si coglie e che meglio si deve cogliere, *ab imis*, la portata effettiva ed effettivamente contingente della norma in parola.<sup>294</sup> Basti pensare – solo per fare un esempio – alla disciplina contrattuale: infatti, qualora un contratto abbia a contemplare, nella funzionalità o nella genesi del συνάλλαγμα che lo definisce, atti dispositivi del proprio corpo, vietati dalla norma in parola, questo contratto, a seconda dei casi, *coeteris paribus*, potrebb'essere nullo<sup>a</sup> per illiceità della causa (*ex* artt. 1418 *et* 1343 c.c.), nell'ipotesi in cui la c.d. funzione economico-sociale di esso si sostanziasse in una forma di arbitraria

---

<sup>294</sup> Si ponga mente a quanto detto dai Giudici della Cassazione, secondo i quali “premesse che per la integrazione della scriminante in questione [l'art. 50 c.p. (nda)] occorre, non solo che la persona offesa sia titolare del diritto leso o posto in pericolo, ma che ne possa validamente disporre, cioè che si tratti di un diritto rispetto al quale il titolare possa compiere validi negozi giuridici i quali importino la perdita o la diminuzione di essi. Di regola tutti i diritti sono disponibili, sempre che se ne disponga mediante negozio giuridico valido e, cioè, non contrario a una norma imperativa [...]. L'art. 5 cod. civ. stabilisce che [...] in tali casi il consenso è improduttivo di effetti giuridici perché il negozio che ne deriva è nullo in modo assoluto [...] nella specie il consenso della persona offesa, poiché contrario al buon costume [...] è invalido epperanto non ha [...] effetto discriminante” si fa riferimento a “lesioni lievi prodotte in diverse parti del corpo, durante gli amplessi, con la brace di una sigaretta” (24 Aprile 1968, Suprema Corte di Cassazione Penale, Sezione I, Sentenza № «omissis» [così citata da *Il Foro italiano*, Roma, Società Editrice Il Foro Italiano A.R.L., 1969, vol. 92, numero 12 (Dicembre 1969), pagg. 636 e ss.]).

«fruizione» del copro umano in cambio di una data controprestazione, o <sup>b</sup> per la «impossibilità giuridica → illiceità» dell'oggetto (*ex artt. 1418 et 1346 c.c.*), qualora il corpo umano o una sua parte (il cui distacco provochi all'organismo un nocumento o un deturpamento vietati *ex art. 5 c.c.*), venisse a rappresentare il bene della vita sul quale si dovrebbero riverberare gl'effetti (pregiudizievoli) del contratto medesimo. Quanto alla prima fattispecie, allora, solo per fare un semplice esempio, si potrebbe ipotizzare il caso in cui un soggetto concluda un contratto con un'impresa commerciale, sulla base del quale, in cambio d'una prestazione in danaro, egli stesso s'impegni a usare/far usare il proprio corpo a scopi pubblicitari, in ipotesi, facendosi tatuare l'insegna dell'impresa stessa e obbligandosi a farne mostra in determinati tempi e luoghi (è ovvio che in questo caso vi sia un vero e proprio atto dispositivo del proprio corpo, il quale, invece, difetti nell'ipotesi in cui il soggetto *de quo* si impegni solamente a indossare degli abiti recanti le medesime indicazioni commerciali: in questo secondo caso, infatti, non c'è alcun atto dispositivo del copro, ma solo l'esercizio – *coeteris paribus* – di un'opzione legata all'abbigliamento); quanto alla seconda fattispecie, invece, si potrebbe ipotizzare il caso in cui un soggetto faccia mercimonio di un proprio arto, affinché chi abbia interesse lo acquisti per la realizzazione delle più varie, *secundum eventum voluntatis*. Entrambe i contratti *de quibus* – questo è quanto rileva, a nostro avviso, almeno – hanno da essere ritenuti nulli proprio perché, state la disposizione imperativa dell'art. 5 c.c., essi sono latori di una causa o di un oggetto tutt'affatto illeciti, dove l'illiceità non è solo il frutto di un'interpretazione «prudente» delle disposizioni *sub artt. 1343, 1346 et 1418 c.c.*, ma è anche il frutto più immediato di un'interpretazione che ponga a sistema, assieme a siffatte disposizioni, quella contenuta proprio nell'art. 5 c.c., la quale, infatti, colla sua stessa prescrizione, riempie di significato – se così possiamo dire – il riferimento all'illiceità contenuto nei citati articoli... e questo discorso – lo



osserviamo *per incidens*, senza alcuna pretesa di esaustività, sia chiaro – dovrebbe essere tanto più condiviso, quanto maggiormente è radicato, nel Lettore, il positivismo giuridico... (sia chiaro: in questo caso vale davvero il rapporto *ius quia iustum*, dato che l'art. 5 c.c., come le disposizioni *sub* artt. 1343, 1346 *et* 1418 c.c. sono latrici di valori e principii oggettivamente giuridici).<sup>295</sup>

Ci rendiamo perfettamente conto che – così posti – i problemi *de quibus* potrebbero anche sembrare del tutto peregrini e potrebbero anch'essere considerati alla stregua di meri filosofemi retorici, privi di utilità e del tutto lontani da quello che si suol chiamare lo *ius quo utimur*, tuttavia abbiamo l'ardire di credere che le cose non stiano affatto in questi termini e che questi problemi siano davvero «i» problemi del nostro tempo. Noi, in questa sede, non entreremo più oltre nel merito di essi, anche perché, in parte, già abbiamo approfondito discorsi di tal fatta nell'ambito della precedente trattazione, tuttavia... non possiamo esimerci dal rilevare che lo stesso Legislatore ha percepito, sia pure parzialmente e sia pure in termini non del tutto consapevoli, la sussistenza del problema *de quo*: egli medesimo, infatti, ha ritenuto di proporre (*recte*, imporre) una «sua» sia pur parziale soluzione di esso (limitata *ratione materiae*), la quale si presenta – potremmo dire – a cavaliere tra intelligenza politica e ragion di Stato. Si badi: la soluzione proposta dal Legislatore, cui tosto faremo puntuale riferimento, senz'altro non sarà «la» soluzione e senz'altro non sarà nemmeno una soluzione radicalmente informata ai principii del giure e della

---

<sup>295</sup> È bene vero, infatti, che “l'art. 5 cod. civ. esprime un limite non alla sola libertà contrattuale del soggetto e il divieto in esso contenuto estende la sua operatività a tutti gli atti, qualunque sia la loro natura, incidenti sull'integrità psico-fisica del soggetto [...] a favore di questa tesi milita l'osservazione che la legge del 1967 sul trapianto del rene [...] con l'affermare che è ammesso disporre del rene [...] in deroga al divieto di cui all'art. 5 cod. civ. da un lato ha tradotto in esplicita norma permissiva la suddetta esigenza dall'altro ha assunto il preciso valore di univoca interpretazione chiarificatrice dell'art. 5 cod. civ. [...] si ritiene pertanto [...] la illiceità di tutti gli atti non solamente negoziali che comportino un danno irreparabile alla salute...” (D'ADDINO SERRAVALLE, *Atti di disposizione del corpo e tutela della persona umana*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1983, pag. 156).

ragione umana, anche perché essa non definisce principi generali, limitandosi ad affrontare, *ad hoc*, casi specifici, ma comunque rappresenta – questo occorre rilevarlo – tanto il segnale di un problema che c'è e la necessità di provvedervi, quanto il coglimento, sia pure tangenziale e per certi aspetti più legato a contingenze pratiche che ad analisi e a speculazione teoretiche, della contraddizione di fondo che caratterizza la moderna concezione del c.d. diritto all'autodeterminazione biogiuridica. Il Legislatore, infatti, nei propri interventi, pur non svincolandosi appieno dalla *Weltanschauung* modernista e anzi, pur cercando di assecondarla, ha comunque dato luogo a previsioni normative nel cui sfondo caliginoso si coglie e non si può non cogliere una certa aura di luce, quest'aura di luce, invero, alberga proprio nei limiti e nelle restrizioni che il Legislatore stesso pone, *ex lege*, a freno dell'assoluta tensione all'autodeterminazione del volere, manifestata da chi rivendicasse il diritto di disporre *uti dominus* del proprio corpo. Si pensi, allora – per fare un esempio tra i più significativi – alla Legge 458/1967 in materia di “trapianto del rene tra persone viventi” e alla sua *ratio* nell'ambito del Sistema giuridico-positivo di riferimento: ebbene, innanzitutto è mestieri di rilevare che la Legge in questione, all'art. 1, fa espresso richiamo al contenuto *sub* art. 5 c.c., dichiarando di dettare, *in parte qua*, una disciplina derogatoria dello stesso e quindi... implicitamente riconoscendone la portata generale e la validità oggettiva, nell'ordine delle considerazioni che abbiamo *supra* proposto all'attenzione del Lettore e in secondo luogo, poi, la normativa in parola consente al soggetto, sì di disporre del proprio rene al fine di favorirne il trapianto su una persona bisognosa, ma solo (!) nell'ipotesi in cui l'atto dispositivo *de quo* venga realizzato a titolo gratuito e solo nell'ipotesi in cui sia stata accertata, dal Collegio medico *ex* art. 3 della citata L. 458/1976, l'idoneità del donante ad effettuare la donazione e l'idoneità/necessità del donatario a riceverla. Un tanto significa – almeno secondo la nostra sensibilità – *ex uno latere* che

l'atto dispositivo *de quo* non è rimesso al mero «arbitrio potestativo-volitivo» del donante e del donatario, ma è subordinato, quanto alla sua stessa validità, al vaglio di legalità del Giudice (dovremmo dire al vaglio pretorile, dacché la Legge è entrata in vigore prima che fosse soppresso l'Ufficio del Pretore) e al vaglio tecnico di un'apposita e qualificata Commissione medica, ed *ex alio*, che il Legislatore riconosce, «attraverso» la norma in questione e «nella» norma in questione, un elemento di verità ontologica, vale a dire... che il corpo umano e sue parti rappresentano una *res extra commercium*, cioè rappresentano beni giuridici la cui funzione teleologico-ontologica non è certo quella di agevolare un «mercato biologico» – di per sé macabro, oltre che immorale e disumano – né, tantomeno, quella di dare frutti sotto il profilo del lucro economico... e anche questo si pone, in fondo, nel solco delle considerazioni che abbiamo sviluppato a suo tempo. Ne deriva, quindi, che l'Ordinamento, pur consentendo la disposizione a titolo gratuito del rene, in presenza di un'oggettiva necessità del donatario e in presenza di un'altrettanto effettiva capacità/idoneità fisica del donante (e con preferenza delle donazioni *inter parentes* [cfr. art. 1, co. II *et* III, L. 458/1967] rispetto a quelle al di fuori della famiglia) e quindi pur consentendo un atto di disposizione del proprio corpo, gravemente pregiudizievole per la salute e l'integrità fisica della persona che lo richiede, non si limita a prescrivere la necessità di vagliare la mera genuinità e la mera informazione del consenso espresso dal dante e dal ricevente, ma pone altre guarentigie e altri limiti, i quali, *ex se*, sarebbero incompatibili coll'assunto dell'autodeterminazione assoluta del volere, in ambito biogiuridico, quale diritto subiettivo (*recte*, volitivo) della persona. Anzi... i limiti *de quibus* negano proprio l'essenza del «diritto» in parola. Che poi si possa discutere sulla legittimità sostanziale, eppertanto sulla giuridicità obiettiva, d'una norma che consenta l'espianto di un rene a fini non terapeutici, questo è un discorso diverso, il quale impone di capire se il

fine nobile di salvare una vita umana giustifichi o meno l'atto permanentemente pregiudizievole per la salute del donante. Noi, con molta cautela e con altrettanta umiltà, anche in considerazione dei discorsi già disviluppati, riteniamo di proporre una risposta negativa e ciò, proprio perché partiamo dal presupposto che la vita e il corpo non siano beni giuridici sui quali il loro titolare abbia a esercitare un diritto strutturato a immagine di quello dominicale, ma riteniamo, invece, ch'essi rappresentino l'oggetto di un dovere e segnatamente l'oggetto del dovere di vivere bene, in salute e conformemente alla natura umana che è propria del soggetto in sé. Ciò ci porta a nutrire soverchie perplessità sulla legittimità sostanziale di un atto il quale, per quanto nobile e per quanto liberalmente compiuto, rechi un sicuro e grave nocumento alla salute della persona: la persona, infatti – a nostro avviso – è soggetto, il quale, in quanto soggetto, che ha innanzitutto doveri verso sé stesso, non è, non può essere considerata e non può considerarsi alla stregua d'una «miniera» cui attingere per salvare la vita altrui, la vita altrui, infatti, va salvata, ma va salvata preservando la propria e ciò – sia ben chiaro – non per egoismo, ma per la necessità di adempiere il proprio dovere di vivere e di vivere bene (*primum vivere*), anche a costo di un sacrificio morale e di una sofferenza personale, più grandi di qualunque forma di sofferenza fisica...

Ritornando *in medias res*, ora, possiamo notare che una struttura concettuale «sovrapponibile» a quella della citata L. 458/1967, appartiene, *mutatis mutandis*, anche alla più recente disciplina in materia di “sperimentazioni cliniche di medicinali per uso clinico”, *sub* D.P.R. 211/2003. Siffatto intervento normativo-legislativo, invero, nega la sussistenza di uno *ius in corpore* assoluto, il quale consenta alla persona di disporre (legalmente) del proprio organismo senza limite alcuno, appaltandolo secondo il proprio comodo personale e secondo le proprie opzioni volontaristiche, *ergo*... viene nuovamente destituita di fondamento,

*ex lege*, l'ipotesi (del tutto assurda) del diritto all'assoluta autodeterminazione del volere (auto-soggettivo-solipsistico) in ambito biogiuridico, anzi, a bene intendere le cose, viene proprio affermato il contrario e cioè, viene affermato sì il diritto all'autodeterminazione biogiuridica, dacché alla persona viene consentito di sottoporsi, se lo vuole, a determinate pratiche cliniche di tipo sperimentativo, ma tale *facultas agendi* viene riconosciuta entro i limiti in cui l'esercizio di essa non si traduca in una forma di «anarchia legalizzata», virtualmente aperta anche allo sfruttamento indiscriminato di sé e al nocimento più radicale del proprio organismo, in una parola... all'*iniuria* sostanziale *contra se*. La normativa in disamina, infatti, nega *expressis verbis* la possibilità legale di appaltare l'organismo umano a fini di testare l'operatività farmacologica di determinati principi attivi, salvo l'ipotesi in cui le sperimentazioni *de quibus* non rientrino entro i rigorosi parametri della medesima Legge e non siano sottoposte a un controllo e a una vigilanza costanti sia di tipo «tecnico» che di tipo «etico»: infatti, accanto alla «componente scientifica» che sovrintende alle operazioni sperimentative, vi dev'essere un «comitato etico» (art. 6 D.P.R. 211/2003), il quale vagli tutti i profili e tutte le implicazioni che derivino dalle procedure *de quibus*, con riguardo alla posizione di tutti i soggetti coinvolti e in particolare con riguardo alla posizione giuridico-morale dei pazienti. Innanzitutto, allora, è fatto divieto di retribuire coloro i quali intendessero mettere a disposizione il proprio corpo per fini di una sperimentazione farmacologica (*ex art. 1 co. V, D.R.P. 211/2003*) e ciò, altro non fa che confermare quanto già detto in sede di analisi della normativa sulla donazione del rene vale a dire... che il corpo umano non può costituire l'oggetto sul quale esercitare diritti di godimento e di uso per fini *lato sensu* lucrativi. Questo aspetto – si badi bene – non è di mero costume o di mera opportunità, valido quanto il suo contrario, a seconda delle opzioni *a priori*, ma è un aspetto fondamentale e

fondamentalmente teoretico, dal quale emerge una valutazione e una indigenza autenticamente giuridiche: infatti, il divieto di retribuire quanti si sottopongono a sperimentazioni farmacologiche, dimostra che l'Ordinamento proibisce di considerare il corpo umano per quello che esso non-è *ut natura*, vale a dire che proibisce di trattarlo alla stregua di una *res frugifera* e ciò, proprio in considerazione della sua essenza di corpo umano, *id est* di organismo nel quale s'invera l'essere di una persona(-soggetto) *naturae rationalis*. Insomma, se l'Ordinamento fa divieto di appaltare il proprio corpo *ad libitum*, consentendo la sperimentazione di farmaci su di esso solo a determinate condizioni e se, comunque, fa divieto di retribuire i soggetti che si sottopongono alle sperimentazioni *de quibus*, ciò significa... sia che il corpo umano, per la Legge, non è un bene di proprietà del soggetto, ond'egli possa farne quello che vuole, sia che il corpo stesso, in quanto corpo umano, non può essere, né può essere considerato, oggetto economico suscettivo di valutazione e di uso economici e un tanto, diversamente da come è, invece – a titolo d'esempio – per il corpo di un animale, il quale, infatti, è un oggetto economico (che si aliena, che si acquista, che si usa per lavoro o per gli spettacoli, che si macella *et coetera*) e tale è proprio perché l'animale è oggetto e non soggetto-persona. Ovviamente – lo segnaliamo *per incidens*, senza approfondire, anche perché di queste cose ne abbiamo già ampiamente parlato a suo tempo – non vi è una «coerenza granitica» all'interno dell'Ordinamento giuridico-positivo vigente, con riguardo ai temi *de quibus* e ciò... proprio perché la *Weltanschauung* modernista si è più volte imposta nello scenario normativo e ha sortito esperienze in netto contrasto coll'impostazione (*lato sensu*) classica testé considerata in relazione al Codice civile e al Codice penale, basti ricordare, infatti, il contenuto della Legge in materia di “rettificazione di attribuzione di sesso” (L. 164/1982), colla quale – in estrema sintesi – il Sistema gius-positivo consente al soggetto che abbia affrontato il

procedimento chirurgico di ablazione degli organi genitali suoi propri e di innesto di quelli appartenenti al genere opposto (procedimento di per sé illecito, stante il principio di cui all'art. 5 c.c.), di ottenere una modifica degli Atti dello stato civile che lo riguardino, che prenda formalmente atto della sua nuova «forma fisica» e che ne faccia menzione nei documenti ufficiali.<sup>296</sup> La Legge in parola, allora, si caratterizza pel fatto di consentire ai soggetti, sia pure formalizzandone la procedura, un atto dispositivo del proprio corpo, il quale non solo rechi un pregiudizio significativo all'integrità fisica della persona, ma inveri, anche e simultaneamente, un'offesa al c.d. buon costume e una certa «destabilizzazione» del c.d. ordine pubblico<sup>297</sup> (con riguardo, in ispecie, al problema della famiglia, ma non solo): la norma *de qua*, infatti – non subordina la legittimità degli interventi in parola alla sussistenza d'un fine terapeutico, ma li consente e anzi li asseconda, sulla base del mero *velle absolutus* dell'interessato, cui l'Ordinamento, per l'appunto, offre gli strumenti formali non solo per raggiungere il proprio scopo pratico (in sé anti-giuridico), ma anche per ottenere di essere considerato dalla Legge, anziché quello che egli è per natura e per nascita, quello che egli vuole essere e quello che egli ha cercato di diventare sul mero piano estetico, sfruttando una certa ri-definizione artificiale della sua stessa *figura corporis*. Il problema che la Legge *de qua* non vuole cogliere, infatti – ma non è una forma di ignoranza, è una forma di ideologia (quella dell'autodeterminazione assoluta [radicale, *id est*, propria del radicalismo moderno], quella *gender*, per usare un'espressione

---

<sup>296</sup> La citata Legge, infatti, precisa che “le attestazioni di stato civile riferite a persona della quale sia stata giudizialmente rettificata l'attribuzione di sesso sono rilasciate con la sola indicazione del nuovo sesso e nome” (art. 5 L. 164/1982).

<sup>297</sup> È stato autorevolmente sostenuto, con riguardo all'art. 50 c.p. e in riferimento all'interpretazione di esso «informata» al c.d. contesto costituzionale, che è il limite del buon costume è “incompatibile con l'idea – imposta dalla Costituzione – di un diritto penale laico e ispirato al pluralismo etico, che non può tollerare l'imposizione di limiti all'autodeterminazione dell'individuo sul proprio corpo in funzione della tutela della morale dominante” (VIGANÒ, *Commento all'art. 50 c.p. – Consenso dell'avente diritto*, in DOLCINI – MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, I.P.S.O.A., 2011, pag. 20).

alla moda) – è proprio questo e cioè, quello che non si tratta di operare, con riguardo alla posizione giuridica del c.d. transessuale, una rettificazione degli Atti dello stato civile, viziati da errore o non più conformi alla realtà delle cose – come pure la *rubrica* della citata Legge 164/1982 vorrebbe lasciare intendere – ma si tratta, all’opposto, di «adeguare» gl’atti stessi non alla realtà ma alla finzione, non alla sostanza delle cose, cioè, ma alla forma arbitrariamente e artificiosamente imposta alle stesse, in ossequio di una volontà altrettanto arbitraria e altrettanto assoluta del soggetto auto-volente, vale a dire... del soggetto che vuole – *per se*, ma non *in se* – essere ed essere considerato non per com’egli è e per com’egli è nato, ma per com’egli non-è, *id est*, per com’egli vorrebbe essere pur non essendo(-lo). Non è assolutamente vero, infine, che l’intervento chirurgico di modificazione del genere – il quale sarebbe comunque illecito, giusta l’art. 5 c.c.<sup>298</sup> – trasformi una donna in un uomo o un uomo in una donna, sicché l’uomo che era prima di entrare in camera operatoria divenga – quasi per magia – la donna che esce dalla stessa, o la donna che è entrata prima, divenga l’uomo che è uscito dopo. No! Non si tratta e non può trattarsi, infatti, anche solo sul piano scientifico della disamina del problema, di un procedimento alchemico capace di trasformare l’essere-in-sé delle persone, in quella che è la di loro proiezione psicologica (diremo, psichiatrica dacché se un uomo si trova a

---

<sup>298</sup> *Contra* l’impostazione della Corte costituzionale, la quale, proprio con riferimento agli interventi chirurgici funzionali alla modificazione degli organi genitali, ha affermato che “anche a tacere del rilievo che il principio dell’indisponibilità del proprio corpo è salvaguardato, nella legge in esame, dalla necessità del previo intervento autorizzatorio del Tribunale [...], resta comunque che, per giurisprudenza costante, gli atti dispositivi del proprio corpo, quando rivolti alla tutela della salute, anche psichica, devono ritenersi leciti [la Corte, infatti, postula che colui il quale avverta l’indigenza di modificare i propri tratti sessuali sia mentalmente disturbato – la qualcosa è vera – e ritiene che l’intervento di chirurgia estetica *de quo* possa risolvere il problema, cosa non vera, proprio perché il disturbo della personalità non può sanarsi per effetto di un mutamento estetico del proprio corpo (nda)]. La natura terapeutica che la scienza assegna all’intervento chirurgico - e che la legge riconosce - nella fattispecie considerata ne esclude la illiceità, mentre le norme che lo consentono, dettate a tutela della persona umana e della sua salute ‘fondamentale diritto dell’individuo e interesse della collettività’ non offendono per certo i parametri costituzionali invocati” (6 Maggio 1985, Corte Costituzionale, sentenza № 161, Presidente Elia, Redattore Malagugini).



disagio col/nel proprio corpo, ciò significa – a nostro avviso, è chiaro – che la sua mente è disturbata) su sé stessi: il transessuale, invero, resta uomo, se è nato uomo e resta donna, se è nato donna, al di là della forma estetica che possono assumere, dopo l'intervento, i suoi stessi organi genitali, al di là del tono che la sua voce potrà avere a seguito di terapie ormonali, al di là della forma fisica che il suo corpo potrà assumere in esito a interventi chirurgici e farmacologici di varia natura *et coetera*. L'intervento, infatti, qualunque esso sia e in qualsiasi cosa consista la modalità operativa dello stesso, potrà solo realizzare delle amputazioni, ovvero degl'inserimenti (o comunque delle modificazioni fisiche) di carattere prettamente estetico, così da modificare il mero aspetto esteriore di chi vi si sottopone, ma non potrà giammai cangiare quella che è la natura femminile o maschile del soggetto: l'intervento, insomma, potrà operare solo sul mero piano dell'apparenza, ma non potrà certo incidere su quello della realtà, esso potrà, cioè, fare sì che un uomo appaia come una donna e che una donna appaia come un uomo, ma l'uomo è e resta uomo, anche se evirato e la donna è e resta donna, anche se isterectomizzata e mastectomizzata... Con una battuta forse sprezzante, ma senz'altro efficace – ci scusiamo col Lettore – potremmo proporre un «parallelismo iperbolico» e dire che un uomo il quale si faccia innestare un occhio al centro della fronte – intervento fors'anche possibile da un punto di vista pratico-operativo – non diventa Ciclope per questo, anche se la sua stessa intenzione è quella di diventarlo: egli è e rimane uomo, infatti, proprio perché questa è la di lui natura... egli è e rimane, infine, quello che è nato, proprio in quanto il suo stesso aspetto estetico non incide e non può incidere sulla sua essenza. Allo stesso modo, allora, chiunque intervenga sul proprio corpo colla pretesa di trasformarlo in qualche cosa di diverso da ciò che esso è, se anche potesse, sul piano operativo – commettendo *iniuria*, o non commettendola, a seconda dei casi – dar-si un aspetto non proprio della sua stessa natura, rimarrebbe pur sempre quello che è in virtù del suo

concepimento, da questo non può prescindersi, pena il sovvertimento concettuale della sostanza cogli accidenti e della forma colla materia. Si badi bene: la questione non concerne solamente gl'interventi sul corpo umano di ampia portata e tutt'affatto illegittimi, come quelli che manomettono i tratti caratteristici del genere, ma riguarda, *de minimis*, anche cose di assai poco conto, come il colore degl'occhi, dei capelli *et coetera*, imperocché la di loro indicazione documentale, per essere veritiera, non può fare riferimento all'aspetto artificialmente creato da provvidenze operative tra le più varie, come la parrucca, come la dipintura delle chiome, come l'innesto di lenti a contatto *et similia*, ma dovrà considerare la villosità o la calvizie per quello che sono, allo stesso modo dovrà essere considerato il colore dell'iride per quello che esso è, non potendosi confondere il colore dei capelli col colore della loro tintura o il colore degl'occhi con quello delle lenti... se così si facesse, infatti, non verrebbero definiti e rilevati definiti i connotati caratteristici della persona, ma verrebbero registrati quelli della maschera. Di talché – a nostro avviso – precipuo ufficio dell'Ordinamento giuridico e della Legge, i quali siano Ordinamento giuridico e Legge in sé, è quello di preservare la realtà delle cose e di considerare le cose per ciò che esse sono *ut natura*, senza che abbia a darsi rilievo alcuno alle manomissioni estetiche e agl'interventi artificiali atti alla trasformazione dell'aspetto esteriore e ciò, indipendentemente dal fatto che questo crei o possa creare problemi *lato sensu* esistenziali a qualcheduno: così come una persona può sentirsi donna, pur essendo uomo, infatti, un'altra persona può sentirsi bionda pur essendo mora, o può sentirsi dagl'occhi cerulei, pur avendoli castani, tutte queste impressioni soggettive, però, non legittimano e non possono affatto legittimare l'Ordinamento giuridico a cogliere e a imporre per vero ciò che non lo è e questa – sia chiaro – non è una questione di sensibilità o di vicinanza morale alla sofferenza e al disagio altrui, ma è un questione di

verità e di giustizia, le quali impongono, razionalmente, di dare alle cose il valore giuridico, razionale e umano ch'esse anno.

La questione posta è enorme – a nostro avviso – ed essa va ben oltre i limiti privatistici che si potrebbero ipotizzare: l'assetto definito dalla citata L. 164/1982, infatti, segna una tappa fondamentale non solo nella corsa verso lo «indifferentismo di Stato», *id est*, verso il nihilismo radicale del c.d. Ordinamento giuridico (*ergo*, verso il nihilismo per legge),<sup>299</sup> ma segna anche una vittoria decisiva nella battaglia (macabra e irrazionale assai) per la configurazione teorica (e per l'esercizio pratico) di un «diritto» all'autodeterminazione assoluta della propria volontà sul proprio corpo e un tanto... in ispregio alle «guerre di civiltà», difficilmente vinte dalle conquiste giuridiche d'inizio secolo, le quali hanno portato, non senza travaglii, al veduto sistema (non certo perfetto, ma comunque vocato alla verità) del combinato disposto tra l'art. 5 c.c. e l'art. 50 c.p.; a ogni buon conto, senza ulteriormente entrare nel merito di siffatte questioni, non può tacersi questo e cioè... non può tacersi che gran parte dell'evoluzione (*recte*, dell'involuzione) la quale sta portando il Sistema giuridico vigente nel baratro del liberalismo nihilista, con ispeciale riguardo ai problemi biogiuridici, ma non solo, è stata ed è determinata dall'imperio della Costituzione repubblicana e soprattutto dalla coerente interpretazione di essa, affermatasi «nella» e «colla» giurisprudenza della Corte costituzionale. Solo per rimanere, allora, nel tema e quindi nello spettro di disciplina della testé citata Legge 164/1982, in materia di “rettificazione [nei Registri dello stato civile (nda)] di attribuzione di sesso” (*sic*, dalla *rubrica* della Legge stessa), può tosto rilevarsi che i Giudici di Palazzo della Consulta sono recentemente intervenuti dichiarando l'illegittimità costituzionale degli artt.

---

<sup>299</sup> Basti considerare – solo per fare un «banale» esempio – il Disegno di Legge № 1138 del 1988, col quale il Governo italiano propose di introdurre, per norma, il c.d. diritto alla pornografia di Stato, vale a dire che propose, per norma, l'introduzione nell'Ordinamento di un diritto dei soggetti a fruire di spettacoli osceni, i quali avrebbero dovuto essere erogati dal c.d. Servizio pubblico televisivo.

2 et 4 del medesimo Testo normativo (L. 164/1982) “nella parte in cui [questi (nda)], non prevedono che la sentenza di rettificazione dell’attribuzione di sesso di uno dei coniugi che provoca lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili [... perché questo disponeva il combinato disposto degli artt. 2 et 4 della ] consenta, comunque, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti ed obblighi della coppia medesima”.<sup>300</sup> La *ratio sententiae* è ognor chiara – il Lettore lo intenderà da sé – dacché il Giudici costituzionali, dichiarando illegittima la norma che determinava *ope legis* lo scioglimento del matrimonio, in presenza di un cambiamento dei tratti esteriori del genere, da parte di uno dei coniugi, non hanno (certo) voluto tutelare il matrimonio in sé, nel suo essere vincolo indissolubile (*consortium omnis vitae*, direbbe il giurista Erennio Modestino), né hanno voluto preservare il diritto(/dovere) del coniuge a mantenere il proprio *status coniugalis*, né, da ultimo, hanno voluto prendere atto che la modificazione estetica dell’aspetto fisico, pur nella sua radicalità, non ha certo determinato una mutazione dell’essenza femminile o maschile che è e che rimane comunque propria del c.d. transessuale, per quanto gli aspetti legati alla funzionalità del suo apparato genitale possano anch’essere stati irrimediabilmente compromessi, ma hanno voluto preservare una cosa sola e cioè... il diritto all’assoluta autodeterminazione delle persone in ambito familiare: colla pronunzia in parola, infatti, si è solamente voluto garantire ai coniugi il «diritto volitivo» di mantenere – se questa fosse la concorde volontà di essi, evidentemente – uno *status* giuridico-familiare riconosciuto e tutelato dalla Legge e amministrativamente valido innanzi nel sistema del c.d. Ordinamento civile dello Stato. Ora: se da un lato risulta netta

---

<sup>300</sup> 11 Giugno 2014, Corte Costituzionale, sentenza № 170, Presidente Cassese, Redattore Morelli.

l'inversione di rotta rispetto al tenore concettuale dell'art. 5 c.c. e in generale rispetto a quella sensibilità giuridica la quale, pur nel radicamento positivista, ha comunque sortito l'impostazione classico-filosofica dei Codici, da un altro lato non vi dev'essere alcuna ragione di sorpresa di fronte a un siffatto atteggiamento della Corte costituzionale, imperocché la citata pronunzia del 2014, altro non fa che radicalizzare ed estendere, *in subiecta materia*, quella *Weltanschauung* nihilistico-volontaristica che ha sempre caratterizzato e che continua ancora a caratterizzare la sua giurisprudenza. Vero è, che la Corte costituzionale, proprio traendo le mosse dal testo della Costituzione, il quale accoglie pienamente il dogma della sovranità (*ex art. 1 cost.*), non può che far coincidere la libertà colla libertà negativa e il diritto di autodeterminazione, col diritto di estrinsecare contingentemente il proprio *velle* storico, incondizionato e incondizionabile: la Corte, infatti, con riguardo al problema biogiuridico, non ha remore nell'affermare che "il consenso informato trova il suo fondamento negli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione [e che questo (nda)] pone in risalto la [...] funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione [assoluta, salvo i limiti dell'Ordinamento, per ragioni di c.d. ordine pubblico (nda)] e quello alla salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni [...] che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta [*ab-soluta* (nda)] da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all'art. 32, secondo comma, della Costituzione".<sup>301</sup> È del tutto chiaro, allora, che i Giudici delle Leggi pongano sullo stesso piano la salute e la libertà personale, lette attraverso lo schermo dell'autodeterminazione soggettiva del volere assoluto e ciò – si badi bene – non in ragione di un «livellamento

---

<sup>301</sup> 15 Dicembre 2008, Corte Costituzionale, sentenza № 438, Presidente Flick, Redattore Saulle.

concettuale» tra posizioni giuridiche *in se* diverse, ma in virtù del fatto che il diritto alla salute, come il diritto alla libertà personale, come ogn'altro diritto,<sup>302</sup> viene del tutto orbato della fisionomia sua propria – sia di quella

---

<sup>302</sup> Si pensi al «caso» del giuramento, più volte affrontato dalla Corte costituzionale e risolto, pur in presenza dello medesimo Testo di riferimento, in differenti guise. Senza entrare, ora, nel merito della *quaestio*, ai fini del ragionamento che quivi proponiamo, occorre solamente rilevare che in una prima pronunzia (25 Maggio 1963, Corte Costituzionale, Sentenza № 85, Presidente Ambrosini, Redattore Cassandro) la Corte ha ritenuto la formula giuratoria *sub* art. 251 c.p.c. perfettamente legittima dacché esso “non viola la eguale libertà delle confessioni religiose davanti alla legge, dato che esso ha come destinatari tutti i cittadini, quale che sia la religione che essi professino, né interferisce negli ordinamenti statutari delle confessioni non cattoliche o nel procedimento previsto per la disciplina dei rapporti tra queste confessioni e lo Stato [...], ed essendo non meno evidente l'altro fatto che quell'obbligo dei testimoni non ferisce il diritto che tutti hanno di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione [...], diritto che resta in tutta la sua ampiezza garantito ai cittadini ai quali l'ordinamento imponga un comportamento della natura di quello previsto dalla norma impugnata” (*Ibidem*), quindi i Giudici hanno ritenuto che l'imposizione di una determinata formola giuratoria non leda il diritto di autodeterminazione delle persone, né, tantomeno, quello alla c.d. eguaglianza formale, giusta la tesi secondo la quale la legge, in quanto generale, non può discriminare (testi autorevolmente sostenuta anche da Carnelutti e Santosuosso *et alii*). In una seconda pronunzia, invece (30 Settembre 1996, Corte Costituzionale, Sentenza № 334, Presidente Ferri, Redattore Zagrebelsky) – tralasciamo i casi intermedi (rinviando a CASTELLANO, *Costituzione e costituzionalismo*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013, pagg. 111 e ss) – la medesima Corte ha ritenuto che le disposizioni dei Codici di Procedura, le quali imponessero di giurare invocando il nome di Dio, cioè di giurare *sic et simpliciter* (lo stesso Cicerone, infatti, diceva che “*est enim iurandum adfirmatio religiosa, quod autem adfirmata quasi Deo teste promiseris, id tenendum est*” [CICERONE, *De officiis*, 3, 29, 104]) andavano a conculcare il diritto all'assoluta autodeterminazione dei soggetti, eppertanto la Corte stessa dichiarò illegittimità la formola allora vigente nella parte in cui, per l'appunto, prevedeva il riferimento a Dio. Il problema che quivi si pone, però, va ben oltre rispetto alla sensibilità laicista della Corte (la quale, infatti, si preoccupa di scrivere che “non si tratta [...] soltanto della coscienza – e della sua protezione – dei non credenti, i quali non possono essere obbligati al compimento di atti il cui significato contrasti con le loro convinzioni. È in causa la natura stessa dell'essere religioso, ciò che, nell'ordine civile, per l'ordinamento costituzionale può essere solo manifestazione di libertà [ovviamente negativa (nda)]. Qualunque atto di significato religioso, fosse pure il più doveroso dal punto di vista di una religione e delle sue istituzioni, rappresenta sempre per lo Stato esercizio della libertà dei propri cittadini: manifestazione di libertà che, come tale, non può essere oggetto di una sua prescrizione obbligatoria, indipendentemente dall'irrelevante circostanza che il suo contenuto sia conforme, estraneo o contrastante rispetto alla coscienza religiosa individuale. In ordine alla garanzia costituzionale della libertà di coscienza non contano dunque i contenuti. Credenti e non credenti si trovano perciò esattamente sullo stesso piano rispetto all'intervento prescritto, da parte dello Stato, di pratiche aventi significato religioso: esso è escluso comunque, in conseguenza dell'appartenenza della religione a una dimensione che non è quella dello Stato e del suo ordinamento giuridico, al quale spetta soltanto il compito di garantire le condizioni che favoriscano l'espansione della libertà di tutti e, in questo ambito, della libertà di religione” [*Ibidem*]) e invoglia proprio la questione del «diritto» all'autodeterminazione assoluta, imperocché, se la vecchia formola giuratoria effettivamente violava il c.d. diritto all'autodeterminazione dell'ateo o, comunque, di chi non avesse avuto in animo di riferirsi a Dio, quella attuale, imposta a tutti e prettamente basata su una solenne dichiarazione di auto-

autenticamente giuridica, che di quella prettamente legale – e viene inteso alla stregua d'una mera proiezione soggettivistico-volontaristica dell'unico «diritto» che è ritenuto veramente fondamentale e cioè, del c.d. diritto di assoluta autodeterminazione del volere, quale «*figura iuris*» posta a presidio di «una» (opzione di) dignità (dis-/anti-)umana gabellata per «la» dignità dell'uomo, coincidente non già coll'essere soggettivo della persona che rosminianamente è “diritto sussistente”,<sup>303</sup> ma col suo mero auto-volere e segnatamente, colla mera capacità/possibilità del volere stesso di auto-affermarsi incondizionatamente, nell'*hic et nunc* della sua medesima estrinsecazione storica. La Corte costituzionale, insomma, al di là di quella che può sembrare una forma di tutela dei diritti inviolabili dell'uomo di cui all'art. 2 cost., cerca, pur entro l'Ordinamento costituito e anzi, più propriamente, attraverso di esso,<sup>304</sup> di massimizzare gli spazi di libertà negativa dei soggetti, ponendo come primo tra i diritti fondamentali di cui all'art. 2 cost. il c.d. diritto all'autodeterminazione incondizionata e incondizionabile del *velle quia volutum*. Ed è del tutto ovvio – a nostro avviso, almeno – che per ragioni di c.d. ordine pubblico (formale) i «settori»

---

responsabilità, viola il diritto all'autodeterminazione di coloro i quali desiderassero di giurare in senso proprio, vale a dire, invocando il nome d'Iddio.

<sup>303</sup> Vero è che “la persona ha nella sua natura stessa tutti i costitutivi del diritto: essa è dunque il diritto sussistente, l'essenza del diritto” (ROSMINI, *Filosofia del diritto*, (a cura di Rinaldo Orecchia), I, Padova, C.E.D.A.M., 1967, pag. 192) e questo porta cperentemente a sostenere che “tutto ciò che è nell'uomo e che non costituisce il principio supremo [...] non è propriamente la persona umana ma forma parte dell'umana natura [...] quanto si trova nella sfera dell'umana natura è [...] legato all'umana persona ed a questa subordinato [...] la signoria dunque dell'umana persona sull'umana natura delinea la sfera de'diritti materiali innati” (*Ivi*, pag. 193).

<sup>304</sup> Come è noto, la Corte costituzionale ha interpretato l'art. 2 cost., dapprima come norma a fattispecie chiusa, vale a dire, come norma la cui funzione avrebbe dovuto essere prettamente «ricognitiva» dei diritti costituzionalmente individuati, *id est* dei diritti contemplati in Costituzione e ivi espressi come proprii del soggetto (22 Marzo 1962, Corte Costituzionale, Sentenza № 29, Presidente Cappi, Redattore Petrocelli); mentre con un più recente e oramai consolidato orientamento ha stabilito che la disposizione *sub* art. 2 cost dev'essere intesa in guisa di norma a fattispecie chiusa, vale a dire che dev'essere intesa alla stregua di una norma sotto il cui spettro di protezione ricadono o possono ricadere, a secondo delle interpretazioni di volta in volta date dalla Corte, alla luce del Dettato costituzionale, tutti i vari diritti subiettivi che l'Ordinamento contempla e che siano anche latamente riconducibili alla *ratio tutelae* della Costituzione medesima (6 Febbraio 2006, Corte Costituzionale, Sentenza № 61, Presidente Marini, Redattore Finocchiaro).

ove possa maggiormente affermarsi tale *Weltanschauung* siano quelli che concernono la c.d. autodeterminazione in ambito personale<sup>305</sup> e quindi... quelli che concernono la c.d. autodeterminazione nell'ambito della tutela della salute, intesa come tutela dell'auto-sovrani   sul proprio corpo e nell'ambito della tutela *lato sensu* familiare, intesa come tutela dei rapporti intersubiettivi rimessi alla mera opzione dei soggetti auto-decidenti per s  . Non pu   stupire, allora, che la Corte costituzionale confermi sempre di pi   il proprio orientamento volontaristico-nihilista, sia «svuotando» la famiglia formal(-istica-)mente citata all'art. 29 cost. (ma in esso non recepita per quello che questa    e dev'essere *ut natura*), del suo significato pi   proprio, sia relegando la tutela della salute, *sub* art. 32 cost., a una mera tutela del soggetto contro le ingerenze esterne non autorizzate da lui o non legittimate dalla Legge<sup>306</sup> (per ragioni, potremmo sinteticamente dire, di sanit   pubblica<sup>307</sup>). Ci   detto, peraltro, non pu   nemmeno sostenersi che l'interpretazione offerta (*recte*, imposta) dalla Corte costituzionale sia un'interpretazione «deviante» rispetto alla *ratio* (e alla *causa*)

---

<sup>305</sup> Non a caso, infatti, la Corte costituzionale ha affermato che “deve anzitutto essere ribadito che la scelta di tale coppia di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli costituisce espressione della fondamentale e generale libert   di autodeterminarsi, libert   che, come questa Corte ha affermato, sia pure ad altri fini ed in un ambito diverso,    riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost., poich   concerne la sfera privata e familiare. Conseguentemente, le limitazioni di tale libert  , ed in particolare un divieto assoluto imposto al suo esercizio, devono essere ragionevolmente e congruamente giustificate dall'impossibilit   di tutelare altrimenti interessi di pari rango” (9 Aprile 2014, Corte Costituzionale, Sentenza N   162, Presidente Silvestri, Redattore Tesauro).

<sup>306</sup> Basti considerare il modo in cui la Corte ha affrontato il problema degli atti di ispezione personale sul corpo della persona e le considerazioni ivi proposte.    noto, infatti, che la corte abbia avuto agio di sostenere che il “valore costituzionale della inviolabilit   della persona [   (nda)] costruito, nel precetto di cui all'art. 13, primo comma, della Costituzione, come ‘libert  ’, nella quale    postulata la sfera di esplicazione del potere della persona di disporre del proprio corpo” (9 Ottobre 1990, Corte Costituzionale, Sentenza N   471, Presidente Conso, Redattore Casavola).

<sup>307</sup> La Corte, infatti, osserva che “la legge impositiva di un trattamento sanitario non    incompatibile con l'art. 32 della Costituzione se il trattamento sia diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi    assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri, giacch      proprio tale ulteriore scopo, attinente alla salute come interesse della collettivit  , a giustificare la compressione di quella autodeterminazione dell'uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale” (14 Giugno 1990, Corte Costituzionale, Sentenza N   307, Presidente Saja, Redattore Corasaniti).



*Constitutionis*, sul presupposto che la famiglia tutelata «dalla» Costituzione sia la famiglia in sé – quella naturale fondata sul matrimonio modestiniano – e sul presupposto che la tutela della salute «nella» Costituzione inveri la tutela della persona umana in quanto soggetto giuridico (in sé) che è causa e fine, in un tempo, dell'Ordinamento nel suo essere Ordinamento *in se* giuridico. Una cotale analisi, infatti, paleserebbe un grave errore concettuale e metodologico inverantesi in una lettura monca dell'intiero Testo c.d. fondamentale: siffatta lettura, invero, pretermetterebbe ingiustificatamente il significato e la portata cogente dello (assurdo) art. 1 cost. e del riferimento al dogma *πάν*-moderno della sovranità in esso contenuto; vero è, infine, che l'opzione verso la sovranità e verso il riconoscimento, in essa, del più preminente tra i caratteri dell'Ordinamento, impone di partire dal presupposto in virtù del quale, così la famiglia, come la salute, come ogn'altro bene giuridico «della» Costituzione, altro non sono se non opzioni assunte dal Costituente e poste, colla loro stessa conformazione tecnico-giuridica, all'apice della piramide normativa (quella kelseniana, per intenderci, delle cc.dd. fonti del diritto) in ragione del mero potere che ivi le ha autoreferenzialmente collocate, a nulla rilevando e a nulla potendo rilevare ogni ipotetico riferimento a valori o principii autenticamente giuridici e affermantisi – diremo – per forza e per verità proprie... La stessa concezione del potere costituente e della sua attitudine a formare una Costituzione, peraltro, negano *ex se* ogni più lata possibilità di un radicamento, eppertanto di una fondazione del Sistema, nel giuridico e nel politico: il c.d. potere costituente, infine, non è un potere ordinatore che intende strutturare una data comunità politica, in virtù di valori giuridici e politici oggettivi (quelli proprii della comunità umana in quanto tale e in quanto tale informata all'essere dell'umanità), ma è un potere del tutto autoreferenziale che pretende, in sé e per sé, di creare un dato Ordinamento (sovrano) sulla base di opzioni acriticamente assunte e sulla base di

gerarchie valoriali convenzionalmente definite e fattualmente imposte mercé la nota spada cui si riferiva già lo stesso Giovanni Bodin.<sup>308</sup> Coerentemente, allora, sarebbe tutt'affatto arbitrario ritenere, sulla base del “riconosce” di cui all’art. 2 cost., che questa norma rappresenti la porta d’ingresso del diritto naturale e segnatamente dei diritti inviolabili dell’uomo, all’interno dell’Ordinamento costituzionale dello Stato: così non è (purtroppo) e così non può essere, invero, proprio in quanto lo Stato-ordinamento si-considera ed è... *superiorem non recognoscens* giusta le sue stesse premesse (anti-)dommatiche; tanto è vero, che le letture proposte (*recte*, imposte) dalla Corte costituzionale, con riguardo al citato art. 2 cost., non hanno mai superato (né avrebbero potuto farlo) il positivismo giuridico, *sub specie* di positivismo costituzionale diretto o indiretto (*rectius*, chiuso o aperto), proprio in quanto l’Ordinamento medesimo – pena una lettura eversiva di esso – postula *ex se* la chiusura verso istanze autenticamente giuridiche e promananti da una «verità autorevole» (quella che deriva dal sapere filosofico intorno alla natura delle cose) che si contrapponga, o anche solo che si giustapponga, al *velle* sovrano, quale *velle* autoreferenziale del «popolo ↔ Stato» democraticamente e autopoieticamente espresso... “nelle forme e nei limiti” (art. 1 cost.) di cui alla Costituzione medesima. Conseguentemente il c.d. diritto all’assoluta autodeterminazione (del volere della persona), quale «diritto fondamentale» dell’uomo riconosciuto dalla Repubblica a mente dell’art. 2 cost. e quale «diritto» che la stessa Corte costituzionale postula in guisa di «diritto inviolabile» della persona, è un «diritto» o, meglio, è una situazione giuridico-soggettiva attribuita e attribuibile dall’Ordinamento positivo e da esso soltanto, nei limiti e nelle «strutture operative» in cui esso stesso lo pone in capo al soggetto:<sup>309</sup> non si

---

<sup>308</sup> Sono noti e illuminanti, sul tema, gli Studii di Pietro Giuseppe Grasso. Rinviamo a GRASSO, *Costituzione e secolarizzazione*, Padova, C.E.D.A.M., 2002 e a GRASSO, *Il potere costituente*, Torino, Giappichelli, 2006.

<sup>309</sup> A titolo d’esempio, infatti, potremmo dire che la c.d. Legge sul divorzio (L. 898/1970 c.d. Legge Fortuna – Baslini), se ha consentito a coloro i quali intendono divorziare di esercitare un

tratta, cioè, di un diritto veramente assoluto e veramente «indipendente» dall'Ordinamento – come si potrebbe credere – sostanziantesi nella facoltà di agire col mero criterio della volontà (questo negherebbe, infatti, come correttamente ha osservato il giurista Mauro Ronco,<sup>310</sup> lo stesso Ordinamento e la stessa operatività pratica della Legge), ma si tratta di uno «spazio» di libertà negativa, ben delimitato dal Sistema positivo, mercé le Leggi, ove il soggetto ha agio di fare quello che vuole, perché l'Ordinamento ha deciso, sovranamente, di nulla imporre e di nulla vietare con riguardo a tale spazio. Di talché... l'esercizio del «diritto» all'autodeterminazione del volere, per come inteso dalla Corte costituzionale, definisce in sé un potere consentito dalla Legge e non condizionato nella dimensione dell'*an* e del *quomodo*, ma senz'altro e necessariamente limitato *ab externo* per quanto concerne il proprio spettro operativo... come a dire, allora, che il «diritto» *de quo*, nella sua natura di situazione soggettiva prettamente moderna, rappresenta una forma di assurda abdicazione, da parte del Sistema positivo, della propria potestà normativa con riferimento a un dato contesto, nell'ambito del quale, infatti, il *subiectum agens* ↔ *volens* può estrinsecare – nel Sistema e non contro il Sistema – una sorta di «anarchia controllata»...dove il controllo, ovviamente, non è relativo all'esercizio della stessa e/o alle modalità operative di essa, ma è concernente il mero settore della «vacanza

---

«diritto» all'assoluta autodeterminazione in ambito familiare, financo distruggendo la realtà della loro famiglia, ha di fatto negato, a coloro i quali intendessero contrarre matrimonio nel vero senso della parola, di esercitare il loro diritto all'autodeterminazione matrimoniale: è del tutto scontato, infatti, che oggi in Italia non esiste la possibilità giuridica di contrarre matrimonio che sia veramente tale, vale a dire... che sia *in se* ed *ex se* indissolubile.

<sup>310</sup> Con riferimento all'*obiter dictum* di una recente pronunzia della Corte costituzionale, infatti, Mauro Ronco ha osservato che “se l'autodeterminazione fosse un diritto fondamentale della persona, più nessuna legge sarebbe ammissibile, perché la legge non avrebbe il 'diritto' di vincolare la condotta dell'uomo” (RONCO, *Volontà anticipate e volontà attuale: quale autonomia?*, in NAVARINI, *Autonomia e autodeterminazione. Profili etici, bioetici e giuridici*, Roma, Editori Riuniti University Press, 2011, pag. 67). È del tutto ovvio che l'Autore postuli una concezione moderna del diritto di autodeterminazione, come diritto all'autodeterminazione assoluta della volontà heideggeriana.

normativa». Ne deriva, dunque, che la maggiore apertura di siffatto «diritto» all'assoluta autodeterminazione, nell'ambito delle questioni concernenti la salute e la famiglia, non rappresenta una forma – sia pure perversa – di indigenza di libertà negativa del soggetto, che l'Ordinamento riconosce o che, comunque, percepisce *ab externo* in guisa di necessità obiettiva da assecondare per atto d'omaggio a una data configurazione della dignità dell'uomo, ma rappresenta, soltanto, una forma di *actio finium regundorum*, tutt'interna all'Ordinamento πᾶν-sovrano, la quale altro non esprime, se non un disinteresse della mano pubblica verso temi e questioni i quali vengono ritenuti «privati» e i quali vengono, almeno in linea di massima, ritenuti privi di rilievo politico-giuridico, quindi... privi di «necessità regolamentare». Ne consegue, allora, che l'Ordinamento giuridico positivo, proprio attraverso la sua stessa Costituzione e proprio nella sua stessa Costituzione, intende limitare la pervasività delle cc.dd. norme giuridiche, alle sole questioni ritenute rilevanti sul piano sociale e ciò... al precipuo fine di assecondare e di promuovere una concezione della dignità umana incardinata nell'asse della libertà negativa e del relativismo assoluto, sicché.... il diritto, tutto il diritto altro non viene a rappresentare che un necessario e inevitabile limite alla libertà, eppertanto... altro non viene a rappresentare che uno strumento di conculcazione dell'autodeterminazione assoluta del volere, da utilizzare il meno possibile e solo nell'ambito di questioni latrici di un rilievo *lato sensu* pubblicistico. L'aporia e il paralogismo di un siffatto sistema – a nostro avviso – si colgono proprio nella preliminare impossibilità di dividere nettamente il c.d. diritto pubblico dal c.d. diritto privato e anzi, ancora prima, nella impossibilità di discernere il pubblico, dal privato sulla base del parametro anglosassone della c.d. *privacy*: il diritto, infatti, nel suo essere partecipazione dell'idea di giustizia non conosce porte, finestre e inferriate, ma conosce solamente la distinzione tra giusto e ingiusto, onde il giusto può trovarsi nella pubblica via e nei

rapporto tra contraenti, come può trovarsi all'interno delle mura domestiche e l'ingiusto, parimenti, può verificarsi in un danno aquiliano, in un delitto, nel mancato adempimento di obbligazioni all'interno del rapporto familiare e financo nella relazione del soggetto con sé stesso e col proprio corpo. Gli esempi si sprecano – come suole si dire – primo tra tutti è quello offerto dalla disposizione dell'art. 5 c.c., altri se ne possono trarre dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione<sup>311</sup> chiamata a sindacare l'adeguatezza dei rapporti e delle relazioni più intime tra moglie e marito... ciò che rileva, finalmente, è questo e cioè che è assurda illusione quella di ritenere che possano esservi spazi di assoluta libertà negativa per soggetto, del tutto sottratti al vaglio giuridico e ciò, non perché un Ordinamento non possa sovranamente decidere di non occuparsi di alcune questioni, o, comunque, di favorire e di agevolare, in determinati contesti, la più ampia estrinsecazione possibile del *velle quia volutum* dei soggetti, ma perché la giustizia o l'ingiustizia sostanziali, proprie delle condotte umane, s'impongono in tutta la loro evidenza alla ragione dell'uomo e non dipendono giammai dalle opzioni normative guidate da una ragion di Stato più o meno scaltra, più o meno pervasiva, più o meno abile.

## **2) Il «passo di marcia» battuto dal c.d. Ordinamento dell'Unione europea.**

“Dalla Carta [il riferimento è alla c.d. Carta di Nizza (nda)] emerge, innanzitutto, una visione dell'identità dell'Europa incerta, talvolta equivoca

---

<sup>311</sup> Si consideri, infatti, la pronuncia 11 Marzo 2002, Suprema Corte di Cassazione, Sez. I, Civile, Sentenza № 8787 che, in sede di addebito della separazione personale tra marito e moglie, è stata chiamata a valutare la normalità o meno delle prestazioni intime che uno dei due coniugi esigeva dall'altro, oppure si pensi al caso in cui i Giudici hanno dovuto valutare, sempre ai fini di un addebito, in sede di separazione, l'atteggiamento del marito il quale avrebbe dedicato poche attenzioni, per oltre sette anni, alla moglie (23 Marzo 2005, Suprema Corte di Cassazione, Sez. I, Civile, Sentenza № 6276).

e persino contraddittoria. Da una parte, infatti, viene mantenuta l'opzione senza prove a favore della libertà negativa, dall'altra vengono accolti criteri che rappresentano la sua sconfessione".<sup>312</sup> In verità... il «sistema» dei diritti dell'Unione europea, anche al di là del contenuto della c.d. Carta di Nizza (dell'anno 2000), si caratterizza per una apparente (!) duplicità di letture e di interpretazioni: esso, infatti, parrebbe (!) prestarsi tanto a un inquadramento di tipo «classico», quanto a un inquadramento di tipo «moderno». Una prima lettura, allora, potrebbe (!) scorgere nella struttura dello «Ordinamento» europeo la ricerca, la tutela e l'applicazione del diritto in quanto *id quod iustum est* e ciò, ipoteticamente, anche «contro» la stessa sovranità degli Stati (ovviamente negata nel suo essere fonte di autolegittimazione del c.d. potere pubblico) e addirittura sconfessandola quale fondamento dommatico della loro medesima (auto-)legittimazione; come a dire, quindi, che la legittimità sostanziale dei vari Ordinamenti nazionali non dipenderebbe (più) dalla supremazia interna propria della c.d. *persona civitatis*, ma piuttosto dal rispetto, da parte di questa, dello *ius quia iustum* e quindi dal rispetto, da parte dello stesso Stato, dei diritti (naturali) che l'essere umano avrebbe *ut natura* e che lo Stato, per essere Ordinamento in sé giuridico, dovrebbe riconoscere, preservare, tutelare e promuovere.<sup>313</sup> Un'altra interpretazione, invece, la quale pur può essere data con riguardo al c.d. Ordinamento giuridico dell'Unione europea – per noi (purtroppo) più rispondente all'effettività delle cose, come vedremo – e la quale è stata autorevolmente delineata anche da Danilo Castellano,<sup>314</sup> si caratterizzerebbe

---

<sup>312</sup> CASTELLANO, *Razionalismo e diritti umani*, Torino, Giappichelli, 2003, pag. 87.

<sup>313</sup> In parte parrebbe essere questa la via ermeneutica suggerita da Volfrango Waldstein, il maggiore studioso al mondo di diritto naturale romano – laddove sostiene che “rispettare questi fondamenti [il riferimento è ai principi giuridici generali (nda)] non è solo possibile, ma è un dovere riconosciuto perfino dalle istituzioni dell'Unione Europea” (WALDSTEIN, *Scritto nel cuore. Il diritto naturale come fondamento di una società umana*, Torino, Giappichelli, 2014, pag. 54).

<sup>314</sup> Il riferimento più «immediato» è all'Opera CASTELLANO, *Razionalismo e diritti umani*, Torino, Giappichelli, 2003, pagg. 77 e ss.; ma non è l'unico: infatti, rilevano anche le acute

pel fatto di essere, da un punto di vista assiologico, *πάν-moderna*, eppertanto si caratterizzerebbe pel fatto di cogliere, nello *ius europaeum*, una radicale fuga dalla verità del diritto (e a monte, diremmo, dalla “verità della politica”, per ricordare il titolo dell’Opera di Danilo Castellano<sup>315</sup>) ad appannaggio del fondamento di esso nella mera contingenza dell’opinione habermasianamente condivisa.<sup>316</sup> Vale a dire... che siffatta interpretazione coglie (correttamente, secondo noi) il *proprium* del Sistema giuridico europeo non già nel diritto in quanto diritto-in-sé, nel giure, ma piuttosto nell’effettività della scelta volontaristica, insindacabilmente condivisa o (solo) dagli Ordinamenti giuridici dei varii Stati «sovrani», attraverso il riscontro della sovrapponibilità concettuale del loro stesso impianto normativo, più o meno simile, o (anche) dai varii rappresentanti (degli Stati – in sede di Consiglio dell’Unione europea [c.d. Consiglio U.E.] – o dei Cittadini, in sede di Parlamento europeo) in sede europea, *id est* da coloro i quali, secondo le norme procedurali previste dai Trattati istitutivi il Sistema stesso, hanno titolo per «legiferare» e così per imporre la disposizione vigente a livello di diritto dell’Unione europea «sugli» e «negli» Ordinamenti giuridici positivi nazionali e ciò, al precipuo fine di conformarli o, per meglio dire, di omologarli secondo il criterio di volta in volta adottato in guisa di *ratio* operativa da seguire e da replicare schematicamente (Stato per Stato, Ordinamento per Ordinamento, contesto per contesto...)<sup>317</sup> In

---

osservazioni dello stesso Autore in CASTELLANO, *La verità della politica*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, pagg. 81 e ss.

<sup>315</sup> CASTELLANO, *La verità della politica*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2002.

<sup>316</sup> Non è un caso, infatti se Habermas stesso afferma che i “progetti di vita individuali non si formano al di fuori di contesti di vita intersoggettivamente condivisi” (HABERMAS, *Il futuro della natura umana*, Torino, Einaudi, 2002, pag. 6).

<sup>317</sup> Il c.d. diritto dell’Unione europea, peraltro, ha buon giuoco nell’affermarsi su e per certi versi anche contro quello c.d. interno e ciò, anche grazie alla «solerte» attività del Giudici nazionali, forse inebriati dal *fumus europaeus*, forse abbagliati dal miraggio di una maggiore autonomia rispetto al Legislatore... È noto, peraltro, che già dal 1963 si è affermato il principio di autonomia del c.d. diritto comunitario, vero è che “la Comunità costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale, a favore del quale gli Stati hanno rinunciato, anche se in settori limitati, ai loro diritti sovrani, ordinamento che riconosce come soggetti non soltanto gli Stati membri, ma anche i loro cittadini” (5 Febbraio 1963, Corte di

quest'orizzonte interpretativo, allora, ove s'assiste a un mero spostamento «in alto» della c.d. sovranità e non certo al superamento concettuale di essa, il «termine di riferimento» per ben comprendere quale sia l'*ubi consistam* nel quale si «regge» lo *ius europaeum* non è affatto rappresentato dal diritto *in se*, dal giure obiettivo, ma è rappresentato, propriamente, dall'opzione auto-ritenuta giuridica da parte di chi la esercita e da parte di chi la condivide contingentemente, *ergo...* la «(non-/anti-/α-)giuridicità» di essa

---

Giustizia della Comunità Europea, proc. № 26/62 – N.V. Algemene Transport – en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v/s Amministrazione olandese delle imposte) e che, da questo, il passo verso la primazia del c.d. diritto comunitario (ora, diritto dell'Unione europea) sul c.d. diritto interno è stato breve, infatti, la giurisprudenza della Corte di Giustizia non ha mancato di osservare che “il Trattato C.E.E. ha istituito un proprio ordinamento giuridico, integrato nell'ordinamento giuridico degli stati membri [...] che i giudici nazionali sono tenuti a osservare [...] onde (nda) il trasferimento, effettuato dagli Stati a favore dell'ordinamento giuridico comunitario, dei diritti e degli obblighi corrispondenti alle disposizioni del trattato implica [...] una limitazione definitiva di loro diritti sovrani, di fronte alla quale un atto unilaterale ulteriore, incompatibile col sistema della Comunità, sarebbe del tutto privo di efficacia” (15 Luglio 1964, Corte di Giustizia della Comunità Europea, proc. № 6/64 – Costa v/s E.N.E.L.) sicché il principio della primazia del c.d. diritto comunitario (ora, diritto dell'Unione europea) determinerebbe la “impossibilità per gli Stati di far prevalere, contro un ordinamento giuridico da essi accettato a condizione di reciprocità, un provvedimento unilaterale ulteriore” (*Ibidem*) e che “qualsiasi giudice nazionale, adito nell'ambito della sua competenza, ha l'obbligo di applicare integralmente il diritto comunitario e di tutelare i diritti che questo attribuisce ai singoli, disapplicando le disposizioni contrastanti della legge interna, sia anteriore sia successiva alla norma comunitaria” (9 Marzo 1978, Corte di Giustizia della Comunità Europea, proc. № 106/77 – Amministrazione delle Finanze dello Stato v/s Simmenthal s.p.a.). Resta del tutto inteso, come peraltro è ampiamente noto, che i Giudici nazionali hanno pienamente accolto tale impostazione, sì da affermare che “è, infine, in forza delle limitazioni di sovranità consentite dall'art. 11 Cost. che questa Corte ha riconosciuto la portata e le diverse implicazioni della prevalenza del diritto comunitario anche rispetto a norme costituzionali [...], individuandone il solo limite nel contrasto con i principi fondamentali dell'assetto costituzionale dello Stato ovvero dei diritti inalienabili della persona” (21 Giugno 2010, Corte Costituzionale, sentenza № 227, Presidente Amirante, Redattore Tesauro). *Contra*, il più risalente orientamento della stessa Corte costituzionale, la quale, infatti, osservava che “per quanto concerne le norme interne successive, emanate con legge o con atti aventi valore di legge ordinaria, questa Corte ritiene che il vigente ordinamento non conferisca al giudice italiano il potere di disapplicarle, nel presupposto d'una generale prevalenza del diritto comunitario sul diritto dello Stato. Certamente non può accogliersi la soluzione, prospettata e respinta dalla Corte di cassazione, di una declaratoria di nullità della legge successiva interna, dovendosi escludere che il trasferimento agli organi delle Comunità del potere di emanare norme giuridiche, sulla base d'un preciso criterio di ripartizione di competenze per determinate materie, ‘per l'assolvimento dei loro compiti e alle condizioni contemplate dai trattati’ [...], comporti come conseguenza una radicale privazione di efficacia della volontà sovrana degli organi legislativi degli Stati membri, pur manifestata nelle materie riservate dai trattati alla normazione comunitaria; tale trasferimento fa sorgere, invece, il diverso problema della legittimità costituzionale dei singoli atti legislativi” (22 Ottobre 1975, Corte Costituzionale, sentenza № 232, Presidente Bonifacio, Redattore Astuti).



risulta meramente convenzionale, in quanto essa deriva dalla e alligna nella sola volontà voluta e condivisa sul piano storico da parte degli Ordinamenti nazionali e/o da parte delle Istituzioni europee e un tanto – resta del tutto evidente – a prescindere dall’essere in sé giuridico, o meno, della opzione stessa, la quale, in fondo, allora, vale perché vige e vige perché esercitata assieme (in realtà, dovremmo dire accanto, perché nell’opzione *de qua* non v’è alcuna comunanza di valori, ma solo una accidentale convergenza di interessi). *Nec extra, nec ultra...* Vale a dire, allora, che la giuridicità dello/nello Ordinamento europeo, così intesa e così auto-fondata/auto-legittimata, non è una «vera giuridicità», non è, cioè, una giuridicità in senso teoretico, limitandosi a essere, questa, un mero *phantasma* di essa, una mera auto-immaginazione della giuridicità oggettiva e oggettivamente reale, pur diffusa sul piano sociologico, ma tutt’affatto arbitraria e infondata, quindi... tutt’affatto inidonea, *ex se*, a fornire qualsivoglia guarentigia per chicchessia. Di talché... l’auto-legittimazione dell’impianto sistematico *de quo* pare allignare essenzialmente sul e nel dato «passionale» della condivisione habermasiana di esso, sul “noi qui facciamo così”<sup>318</sup> tayloriano<sup>319</sup> – per intenderci – senza argomenti a sostegno del perché «qui si faccia così» e del perché, conseguentemente, «qui si debba fare così». Insomma... al di là

---

<sup>318</sup> TAYLOR, *La politica del riconoscimento*, in HABERMAS – TAYLOR, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, Milano, Feltrinelli, 1998, pag. 51.

<sup>319</sup> Si noti, infatti che Carlo Taylor – acutamente criticato anche da Danilo Castellano per la deficienza teoretica della sua proposta (CASTELLANO, *Costituzione e costituzionalismo*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013, *passim*, in specie pag. 24) – sostiene che l’assunto citato nel Testo, il quale postula che , «siccome noi qui facciamo così, chiunque venga qui deve fare così pel solo fatto che noi qui facciamo così» “è la risposta che si deve dare davanti a casi come quello di Rushdie, nei quali il ‘facciamo così’ riguarda questioni come il diritto alla vita e la libertà di parola” (TAYLOR, *La politica del riconoscimento*, in HABERMAS – TAYLOR, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, Milano, Feltrinelli, 1998, pag. 52). È vero – sia chiaro – che la verità delle cose non consente mai il compromesso, in quanto, questo, si ridurrebbe *ex se* a compromesso morale e quindi ad atto *in se* immorale, ma è altrettanto vero che la fermezza in ordine a qualsivoglia posizione, anche in ordine a quella più vera ed evidente, esige sempre e necessariamente un dispiego di argomenti da presentare sul tavolo dialettico, coll’animo ognora disposto a vagliare tutte le opinioni, ritenendo – come insegna San Paolo di Tarso (il quale punto dice “*omnia autem probate, quod bonum est tenete*” [San Paolo Apostolo, *Prima lettera ai Tessalinicesi*, 5:21]) – solo quelle buone.

delle varie aperture che il Sistema stesso può anche presentare e che necessariamente presenta per ragioni di logicità e di razionalità non eludibili, rileva questo e ciò rileva ch'esso rifugge, in virtù della sua stessa costituzione, dal riconoscimento della giuridicità oggettiva, quale parametro di legittimità dell'Ordinamento, indipendente dalla volontà delle Istituzioni europee e dall'assetto costituzionale, pur sovrapponibile, degli Stati membri. È del tutto ovvio, poi, che siffatta deficienza teoretica, intesa in guisa di carenza e anzi di radicale assenza del fondamento, non consenta al Sistema stesso di imporre, anche il giusto, con coerente autorevolezza: vale a dire che il rifiuto relativistico dell'idea di giustizia, quale *αρχή* imprescindibile, oggettivo, reale e insuscettibile di valutazione, di modificazione e di interpretazione soggettiva, impedisce all'Ordinamento *de quo* di imporre qualsiasi cosa senza contraddirsi, vale a dire che gli impedisce di imporre per vera una data norma, ancorché questa lo sia, proprio in quanto la verità come concetto è e resta del tutto aliena alla sistematica di esso. Se la verità, infatti, è quella condivisa e maggioritariamente ritenuta tale e lo è essenzialmente in ragione della «condivisione maggioritaria», ogni cosa può esserlo e se non lo è può diventarlo, dacché la condivisione *de qua* non è intesa in guisa di condivisione umana e razionale, ma è intesa solamente in quanto condivisione del *velle quia volutum* senza argomenti, cioè... del *velle* non *secundum tenorem rationis*, ma del *velle secundum tenorem voluntatis* o, meglio, del *velle secundum tenorem cupiditatis*. Essendo queste, allora, le «basi» della norma, la norma altro non è e altro non può essere che l'imposizione voluta dai più, perché dai più condivisa, alla quale i meno – per usare la dicotomia cara a Giovanni Sartori, quando parlava della democrazia (intendendola in guisa di fondamento e non di mera forma del Governo) – debbono soggiacere, onde lo spettro operativo di essa deve rimanere il più possibile contenuto e il più possibile limitato al mantenimento del mero ordine pubblico formale, senza «entrare» nella c.d

sfera individuale e personale-familiare dei soggetti. Questa conclusione, peraltro, risulta perfettamente coerente coll'assunzione «di fondo», giusta la quale la libertà e in particolare la «libertà soggettiva» coincide e deve coincidere colla c.d. libertà negativa e l'autodeterminazione «giuridica» della persona, condensata nel di lei «diritto all'autodeterminazione assoluta», coincide e deve coincidere col diritto (volitivo) di essa di concretare *in rebus mundi et iuris* ogni sua più ampia volontà in-/α-sindacata e in-/α-sindacabile, il cui unico limite esterno-geografico è punto rappresentato dalla vicinanza dei varii arbitrii che insistono sul medesimo territorio o, se si preferisce usare una formola più elegante, sul medesimo contesto storico-politico-sociale. Ecco dunque che il problema del diritto di autodeterminazione nell'orizzonte politico-giuridico europeo, non solo non può prescindere dall'impostazione habermasiano-tayloriana ch'esso effettivamente ha e accoglie senza argomenti, né può prescindere dalla *figura libertatis* che viene ivi assunta al rango di «principio» della libertà in sé e in sé umana, ma non può nemmeno dare àdito a una strutturazione della fattispecie in parola (quello all'autodeterminazione della persona) diversa da quella testé delineata, la quale, propriamente parlando, è e resta del tutto α-giuridica, nel senso ch'essa, dal punto di vista del contenuto, ognor si pone fuori da ciò che è giuridicamente regolabile, eppertanto... essa si pone al di fuori rispetto a ciò che è soggetto «a» e «di» disciplina eteronoma ed eteronormativa. È ben vero, infatti, che l'opzione di fondo e la *ratio* operativa del «Sistema europeo» postulano necessariamente (date le sue stesse premesse) che la norma, qualunque essa sia, rappresenti sempre e comunque un limite oggettivo (potremmo dire, un «limite arendtiano», con riferimento alle note teorie di Anna Arendt<sup>320</sup>) all'estrinsecazione della libertà soggettiva, intesa come libertà negativa/*ab-soluta* del soggetto di autodeterminare la propria

---

<sup>320</sup> Cfr ARENDT, *Che cos'è la politica?*, Milano, Edizioni di Comunità, 1995, *passim*, ove l'Autore precisa – coerentemente colle premesse razionalistico-moderne da cui principia – che la politica è un “male necessario per la sopravvivenza della comunità” (*Ivi*, pag. 23).

volontà heideggerianamente autentica. Talché... ritenendo questa libertà dis-/α-/anti-umana come valore in sé e in sé assoluto, sacrificabile solo sulla base di un'opzione democraticamente adottata, la quale sia teleologicamente orientata a perseguire il fine del c.d. ordine pubblico, intanto la norma positiva è legittima ed è legittimata a conculcare la libertà (negativa) dei soggetti, in quanto la norma stessa sia eminentemente funzionale a consentire, tra di loro, quella che potremmo chiamare la vicinanza geografico-kantiana formalmente ordinata fuori dal conflitto... *extra-istituzionale*. Ne consegue, allora, che la norma *posita* ha ufficio di accedere «legittimamente» (e coerentemente, date le premesse *de quibus*) a una disciplina di quanto concerne la sfera intimo-familiare delle persone, solo entro i ridottissimi limiti in cui ciò sia strettamente necessario pel mantenimento del citato ordine pubblico (così come individuato col criterio maggioritario)... *ne cives ad arma veniant* e quindi, ogni aspetto della vita privata delle persone, il quale non abbia a ricadere sugli altri in guisa diretta e immediata e il quale non abbia a «compromettere» l'assetto simil-istituzionale, democraticamente voluto e optato, non solo non può essere oggetto di interferenze, ma addirittura non potrebbe nemmeno rappresentare l'oggetto di una disciplina normativa che persegua il fine di regolamentarlo giuridicamente, vale a dire... che gl'aspetti della vita i quali siano suscettibili di rientrare in siffatta categoria πάλι-privata – categoria α- giuridica del tutto astratta e inaccettabile, sia chiaro (in quanto tutto ciò che concerne l'uomo è suscettibile di rilievo/disciplina giuridica: *hominum causa, omne ius constitutum est*) – debbono essere rimessi a una forma quasi ossimorica di «anarchia legalizzata», *id est* di anarchia endo-istituzionale, di anarchia, cioè, arginata solamente *ab externo* da disposizioni le quali, senza entrare nel merito dell'esercizio del diritto all'anarchia (assurdo e improponibile, anche sul piano linguistico-logico), ne limitano la postata quando questa abbia a interferire cogli altri soggetti titolari di analogo diritto

e ciò, ovviamente – si badi bene – pel precipuo fine di massimizzare l'esercizio del «diritto» *de quo* tra i consociati, senza che questa massimizzazione della di loro libertà negativa porti al *bellum omnium contra omnes* tanto temuto da Tommaso Hobbes.<sup>321</sup> Infondo, allora, quivi si compendia, sia pure con aspetti di speciosa peculiarità, l'essenza del c.d. liberalismo moderno e forse aveva ragione Hegel quando diceva – sia pure polemicamente – che “la vita statuale europea ha acquisito il principio della libertà [ovviamente negativa, come possibilità di estrinsecazione del puro auto-volere (nda)] della persona singola”...<sup>322</sup>

Che la «condivisione» habermasiano-tayloriana di cui abbiamo parlato, poi, riprendendo il discorso, abbia a oggetto la volontà sovrana degli Stati maggioritariamente rilevabile attraverso la rete concettuale intessuta colle loro stesse Carte costituzionali,<sup>323</sup> o piuttosto la volontà maggioritariamente espressa, da parte dei vari rappresentanti degli Stati (*recte*, dei Governi) e/o dei Popoli (*recte*, degli elettori), in sede di Istituzioni europee, poco, anzi nulla rileva: ciò che rileva, infatti, è ognor rappresentato dall'*ubi consistam* concettuale sul quale poggia la leva del c.d. Ordinamento giuridico dell'Unione europea, vale a dire <sup>a</sup> sull'assunzione hegeliana della libertà negativa come *principium libertatis* e <sup>b</sup> sull'assunzione positivistico-razionalista della norma o, per meglio dire, della legge, come strumento limitativo dell'autodeterminazione assoluta del «libero» (auto-)volere del soggetto, strumento – sia chiaro – necessario e

---

<sup>321</sup> Cfr HOBBS, *De cive, passim*, in particolare, 1, 12.

<sup>322</sup> HEGEL, *Lezioni sulla filosofia della storia*, Firenze, La Nuova Italia, 1967, vol. I, pag. 271.

<sup>323</sup> Si noti, a titolo d'esempio, l'art. 6, co. III della versione consolidata del Trattato sull'Unione europea, il quale recita: “i diritti fondamentali [...] risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali”; dello stesso tenore, poi, risulta anche l'art. 67, co. I della versione consolidata del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea, ov'è precisato che “l'Unione realizza uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel rispetto dei diritti fondamentali nonché dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri”. Si noti, anche, il tenore dell'art. 52, co. IV della c.d. Carta di Nizza, la quale coerentemente prescrive che “laddove la presente Carta riconosca i diritti fondamentali quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, tali diritti sono interpretati in armonia con dette tradizioni”.

inevitabile pel mero fine di consentire la più ampia espressione possibile, da parte dei vari consociati (*recte*, da parte dei vari cittadini rousseauiani), della loro «porzione» di libertà (negativa) *ab-soluta* (*id est*, esercitata col mero criterio della libertà, ovverosia con nessun criterio [oggettivo-razionale]) nell'ambito del contesto sociale in cui giuocoforza si trovano a con-vivere. Ne deriva – ma questo è ovvio, anche sul mero piano della più elementare logica consequenziale – che l'Ordinamento stesso, principiando da siffatti presupposti  $\alpha$ -teoretici, individui o cerchi paradossalmente di individuare, in sé, anzi, per meglio dire, *praeter-sé*, ambiti «eminentemente privati» nei quali egli medesimo, coerentemente coi postulati *de quibus*, ritiene di non avere titolo per «accedere/interferire» con un'attività *lato sensu* normativa e quindi, ambiti  $\pi\acute{\alpha}\nu$ -privati nei quali ciascheduno dei cc.dd. consociati sia chiamato a fare quello che vuole, senza che il suo *facere* vitalistico possa essere oggetto, non solo di prescrizioni e/o di divieti, ma neppure di sindacati o di vaglii alla luce di principii i quali oggettivamente trascendano la stessa volizione storico-assoluta dell'*agens-subiectus*, la quale volizione, infatti, si auto-concreta e concretandosi si auto-legittima nella contingenza d'un *velle quia volutum* tutt'affatto autentico e autenticamente auto-determinante-si/auto-legittimante-si. Ciò posto, allora, guardando al «fondamento» e quindi ai presupposti (de-)concettuali e (anti-)dommatici testé delineati, ben tosto si dipana ogni dubbio e con esso ogni più rosea illusione in merito alla paventata «interpretabilità classica» delle guarentigie giuridiche «offerte» dal Sistema del diritto europeo: infatti, al di là di quelle che possono essere le varie letture di «fenomeni normativi» tutt'affatto particolari e per quanto provvidi, *lato sensu* incoerenti col Sistema stesso, è giuocoforza osservare che, nel complesso, il c.d. Ordinamento europeo non si distingue affatto da quelli nazionali, anzi... potremmo dire ch'esso ne mutua, pur allargandola, la struttura (de-)concettuale. Invero, non può scorgersi nell'orizzonte della c.d. civiltà

giuridica europeistica, alcuna forma di affrancamento rispetto al postulato della sovranità e rispetto all'individuazione, in essa, del criterio auto-legittimante il potere esercitato mercé le cc.dd. *normae positae*. Che poi, nel Sistema europeo la «sovranità di riferimento» non sia quella «forte», quella πάν-statuale descritta da Nicola Matteucci – per citare un autorevole esempio<sup>324</sup> – ma sia quella negoziata e/o sinergicamente condivisa tra Stati, rappresentanti dei Governi, elettori, centri di potere *lato sensu* politico, Organismi istituzionali del nuovo Ordinamento (europeo), tradizioni comuni, *rationes* diffuse nelle varie Carte costituzionali *et coetera*, in un contesto variamente rientrante nell'ambito della c.d. politologia – facciamo riferimento alla limpida analisi di Gustavo Zagrebelsky sul tema<sup>325</sup> – è pur significativo, ma non certo dirimente, imperocché questa nuova «figura di sovranità» in cui il c.d. diritto europeo alligna *ex se*, non consente affatto di colmare la strutturale deficienza del suo stesso fondamento... ché è una deficienza teoretica e non semplicemente teorica; strutturale e non semplicemente formale. Il *deficit*, infatti – lo segnaliamo *per incidens* – non

---

<sup>324</sup> Cfr MATTEUCCI, *Lo Stato moderno*, Bologna, Il Mulino, 1993, *passim*, in particolare pagg. 30 e ss., dove l'Autore 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 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 perché *oboedientia facit imperantem*” (*Ivi*). Alla luce di un tanto, allora, parrebbe opportuno concludere che per l'Autore citato la legge andrebbe intesa come e dovrebbe essere, di fatto, il mezzo attraverso il quale realizzare fattualmente la volontà-potere dello Stato sovrano, talché... Matteucci stesso coerentemente afferma che “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” (*Ivi*)

<sup>325</sup> Facciamo riferimento agli Studi che l'Autore ha portato innanzi con riferimento allo Stato e ne allarghiamo il significato, sì da ricomprendervi anche l'assetto proprio della c.d. Unione europea. Vero è, dunque che nell'ambito del c.d. Stato politologico “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)” (ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992, pag. 44) onde – come correttamente osservato – esso si pone in guisa di fonte del “principio della guerra istituzionalizzato” (CASTELLANO, *Questione cattolica e questione democratica*, in AA.VV., *Questione cattolica e questione democratica*, Padova, C.E.D.A.M., 1987, pag. 135).

è quello democratico (il *democratic deficit*, per dirla all'inglese, tanto sottolineato e apparentemente temuto anche in sede giornalistico-propagandistica) già ampiamente analizzato e descritto con rigorosa coerenza, *ex plurimis*, da Giandomenico Majone,<sup>326</sup> ma è quello che Danilo Castellano definirebbe – e a ragione, sia chiaro – «del fondamento»<sup>327</sup> e ciò, proprio perché l'intero Sistema del diritto europeo, al di là di quelle che possono essere le «forme rappresentative» più o meno seguite in modo puro o misto, diretto od obliquo, deficita *ex se* di un fondamento *in se* giuridico che lo legittimi, da un punto di vista razionale e logico, prima ancora che tecnico, a imporsi con ragione (*rectius*, con ragione autorevole e indipendente dal consenso) sugli Stati e a disciplinare in guisa diretta o indiretta la condotta dei soggetti: non si-fonda, non si-poggia, cioè, l'Ordinamento europeo, sulle fondamenta della verità del diritto e quindi sulla giustizia che è oggettiva e che è oggettivamente coglibile (nei limiti coi

---

<sup>326</sup> Cfr MAJONE, *Europe's 'Democratic Deficit': The Question of Standards*, in *European Law Journal*, Oxford, Blackwell Publishers Ltd., 1998, vol. IV, I, pagg. 5-28. L'Autore, infatti, coerentemente alle premesse moderne che vedono nella democrazia il fondamento del governo e non la semplice forma di esso, come – per fare un esempio – insegnava Aristotele (), osserva che “*to speak of re-setting the standards is to suggest that the debate about Europe's democratic deficit is still in the standard-setting stage – we are still groping for normative criteria appropriate to the sui generis character of the European Community (EC). It should be obvious, but it is easily forgotten, that arguments about the democratic deficit are really arguments about the nature, functions and goals of the EC. The reference to the Community rather than to the European Union (EU) is deliberate because I want to focus on the tasks assigned to the European institutions by Article 2 of the Treaty of Rome, as amended*” (Ivi, pag. 6).

<sup>327</sup> Vero è che in un contributo recente l'Autore ha precisato che “il problema [...] non è quello della teoria delle fonti. Questo, infatti, è problema che resta prigioniero della dottrina positivista delle fonti. La sua mancata soluzione impedisce di dare risposta alla questione di fondo, ovvero sostanziale, che alcuni giuristi positivi avvertono ma non riescono a formulare chiaramente. Affermare, per esempio, che le fonti di produzione sono gli atti e i fatti normativi abilitati a costituire l'ordinamento [e questo vale anche pel Sistema dell'Unione europea, sia chiaro (nda)] e non spiegare [*recte*, non interessarsi nemmeno sul problema relativo a (nda)] quali atti e fatti sono idonei a questo scopo e soprattutto perché, significa rinunciare a individuare l'essenza stessa del diritto (CASTELLANO, *Il diritto tra fonte e fondamento*, in *Derecho público iberoamericano*, Santiago (Cile), Universidad del Desarrollo – Facultad de Derecho, 2013, III, pag. 199).



quali l'essere umano è costretto a convivere, questo è chiaro<sup>328</sup>), ma pretende di auto-legittimar-si in forza di una sua coerenza geometrica la quale, in fondo, principia ed epilogica nel dogma della sovranità statale, talché... alle stesse disposizioni normative dell'Unione europea ed *in apicibus* alle stesse Istituzioni operanti in essa, «manca» quell'autorevolezza (razionale-giuridica) che consentirebbe loro di imporsi, anche coartando le volontà individuali, essenzialmente in quanto giuste in sé e in quanto in sé latrici di un principio di giustizia che non dipende dalla volontà di alcuno e che è giuridico dacché obiettivamente giuridico e obbiettivamente fondato sulla giustizia (*rectius*, sull'idea di giustizia). Mettendo insieme, ora, le varie tessere del mosaico – se ci è consentito di ricorrere a questa immagine – ben tosto si comprende come il diritto all'autodeterminazione nel contesto europeo non possa che essere inteso in termini assoluti, *id est* come diritto all'esercizio della libertà negativa, in sé incondizionata e incondizionabile (salvo i limi estrinseci e meramente formali di cui abbiamo già detto). Questo è chiaro – si badi bene – proprio perché l'Ordinamento *de quo* non ha (come non ha [!]) alcun fondamento diverso da quello volontaristico(-sovrano), né esso persegue o può perseguire, conseguentemente, un fine differente rispetto a quello formale(/formalistico) rappresentato dal mantenimento di «un» ordine pubblico convenzionalmente (*rectius*, «maggioritariamente ↔ democraticamente») ritenuto meritevole d'essere attuato (per norma); talché... la sua stessa «portata» coercitivo-dispositiva non può e non deve eccedere la funzione ch'esso, come Ordinamento, si è auto-assegnato, così auto-giustificando-si e auto-legittimando-si (almeno formalmente e apparentemente) sotto il profilo della sua stessa ragione d'essere, nei confronti e all'interno del «dogma» della libertà illuministico-negativa, acriticamente assunta come *facies [hominum] libertatis*. Ne

---

<sup>328</sup> “State contenti, umana gente, al quia; / ché se possuto aveste veder tutto, / mestier non era parturir Maria”, scrive Dante Alighieri per significare la necessaria e inevitabile finitezza dell'umana conoscenza (ALIGHIERI, *La divina commedia, Purgatorio*, III, vv. 37-39).

conseguе, *more geometrico*, potremmo dire, che la portata delle norme *positae* e quindi il loro livello di «permeazione» e di «influenza» nell'ambito delle scelte individuali e delle condotte proprie dei *cives*, non deve incidere su situazioni e/o su contesti i quali non compromettano o non abbiano la possibilità di compromettere direttamente l'ordine pubblico, inteso, dunque, non in guisa *ordo ordinatus* secondo i principii proprii della civiltà umana, comuni a tutti i soggetti, perché appartenenti allo statuto ontologico di ciascheduno di essi e quindi inteso in guisa di ordine *in se* morale e *in se* giuridico che partine al soggetto e che, in quanto partenente a ciaschedun soggetto, è proprio di tutti, quanto piuttosto inteso alla strega di una mera inevitabile e contingente vicinanza tra «centri autonomi di vitalismo» (soggetti, persone giuridiche, Istituzioni, Enti locali *et coetera*), la quale debba funzionalmente essere disciplinata e orientata secondo le regole convenzionali che essa stessa si-è-data coi criterii *πάν*-scientifici (bobbiani) della (volontà della) maggioranza e dell'utilità (*recte*, del perseguimento kantiano<sup>329</sup>-nordamericano<sup>330</sup> della felicità). Sicché... risulta del tutto coerente colle vedute premesse che l'Ordinamento *de quo* operi un'auto-limitazione «di» sé stesso e «a» sé stesso, la quale (assurdamente) abbia proprio a individuare quegli ambiti *πάν*-privati di cui abbiamo parlato, i quali siano e rimangano vieppiù rimessi all'assoluta signoria del volere dei *subiecti agentes* o, per meglio dire, degli *agentes-subiecti* liberi di esercitare, nell'ambito di siffatti «recinti concettuali», ma anche fisici, la di loro libertà negativo-illuministico-kantiana (obiettivamente dis-/anti-umana). Solo

---

<sup>329</sup> Cfr KANT, *Sopra il detto comune "questo può essere giusto in teoria ma non vale per la pratica"* in BOBBIO FIRPO MATHIEU (a cura di), *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, [trad. it. Solari e Vidari], Torino, U.T.E.T., 1995, *passim*, in particolare, pag. 255.

<sup>330</sup> Il riferimento, ovviamente è al noto testo (idealmente riconducibile alle tesi di Tommaso Jefferson, elaborate anche coll'aiuto di Beniamino Franklin *et alii*, come correttamente scrive Marcello Verga [cfr VERGA, *Dalle riforme alla rivoluzione*, in ROSA – VERGA, *Storia dell'Età Moderna 1450-1815*, Milano, Bruno Mondadori, 1998, pag. 425]) della Dichiarazione d'Indipendenza degli Stati Uniti d'America del 4 Luglio 1776, a mente della quale, infatti, "*e 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*"

questo, infatti, consente al Sistema, così individuato e definito, di perseguire il suo proprio fine (arbitrario) senza conculcare la libertà negativa dei cc.dd. consociati... oltre quel *minimum* che è ritenuto indispensabile rispetto all'obiettivo di mantenere l'ordine pubblico e quindi rispetto all'obiettivo di massimizzare la libertà negativa di ciascheduno (tra i più, vale a dire di ciascheduno tra quelli che appartengono alla maggioranza democratica), in un «contesto sociale» (*recte*, sociologico) giuocoforza condiviso da tutti.

Il discorso a noi pare molto semplice e lineare proprio perché esso ci sembra del tutto coerente colle premesse (de-)concettuali del c.d. Stato moderno, quello teorizzato – per intenderci – da Nicolò Machiavelli<sup>331</sup> e da Marsilio da Padova.<sup>332</sup> Ovviamente, pur all'interno della c.d. modernità (anti-)politico-(anti-)giuridica, vi sono delle differenze (più di forma che di sostanza, questo è chiaro, data la matrice nihilistica che ipoteka la modernità politico-giuridica *in se*) da considerare e da tenere ben presenti ai fini di evitare equivoci, imperocché... se lo Stato moderno «forte» è sovrano proprio in quanto esercita, egli solo, il «diritto ↔ potere» di autodeterminazione assoluta – ciò, essenzialmente, nel/col/pel suo essere *persona civitatis* caratterizzata dalla disponibilità effettiva d'un imperio *superiorem non recognoscens* – e i cittadini intesi in senso rousseauiano

---

<sup>331</sup> Al di là delle più note citazioni dall'Opera machiavelliana che ha riscosso maggiore successo, giova rilevare che per l'Autore citato “debbe [...] uno principe non avere altro obbietto né altro pensiero, né prendere cosa alcuna per sua arte, fuora dalla guerra e ordini e disciplina di essa; perché quella è sola arte [si bai molto bene (nda)] che si aspetta a chi comanda; ed è di tanta virtù, che non solamente mantiene quelli che sono nati principi, ma molte volte fa gli uomini di privata fortuna salire a quel grado” (MACHIARELLI, *Quod principem deceat circa militiam*, in MACHIARELLI, *Il Principe*, XIV), come a dire che l'essere del principe (*id est*, dello Stato) alberga nel potere e segnatamente nella capacità di affermare, mantenere e perpetuare il potere più forte e (più) indipendente, rispetto a ogn'altro.

<sup>332</sup> Non è un caso, infatti, che Francesco Gentile abbia veduto in Marsilio da Padova un sicuro precursore del c.d. dogma della sovranità (GENTILE, *Marsilio e l'origine dell'ideologia*, in *Medioevo. Rivista di storia della filosofia medievale*, Padova, Antenore, 1979, V, pagg. 293-301), ciò può essere direttamente colto, *ex plurimis*, dalla concezione di «legge naturale» che immediatamente traspare dalla più nota Opera di quest'illustre Autore: Marsilio da Padova, infatti, precisa che la c.d. legge naturale è “*statutum illud legislatoris in quo tamquam honesto et observando quasi omnes conveniunt*” (MARSILIO DA PADOVA, *Defensor pacis*, II, XII, 7), come a dire che non esiste una natura della legge e in generale delle cose, la quale non dipenda dalla volontà sovrana dello Stato.

«partecipano» di questa *summa legibusque soluta potestas* nelle “forme e nei limiti” – per usare l’espressione del Costituente (*ex art. 1 cost.*) – preveduti dalle cc.dd. fonti del diritto (il cui [non-]fondamento è punto rappresentato dal potere *de quo*) e quindi vi partecipano per mera «proprietà transitiva», potremmo dire; nell’ambito dello Stato moderno «debole» o, comunque, nell’ambito dello Stato *lato sensu* politologico, la sovranità statuale, quale carattere sempre (!) e inevitabilmente (!) *πάν*-costitutivo dell’Ordinamento, consisterebbe proprio ed essenzialmente nella detenzione, da parte dell’Ordinamento medesimo, d’una *potestas imperii* (maggioritariamente condivisa) capace «di» e idonea «a» organizzare una coorte di limiti e di contro-limiti all’arbitrio soggettivo dei vari *subiecti-agentes*. È del tutto ovvio, però, che i limiti *de quibus*, nell’ambito di siffatto contesto, siano ognorpiù (anzi, essenzialmente; *rectius*, esclusivamente) limiti funzionali a garantire, presso i *cives* e per i *cives* (cittadini intesi in senso illuministico<sup>333</sup>), non la giustizia e la libertà in sé e in sé sostanziali, oggettive, razionali e umane, quanto invece la più ampia massimizzazione possibile della di loro libertà negativa, come a dire che i cittadini *de quibus* sarebbero i detentori principali, diretti e financo unici del c.d. diritto all’autodeterminazione assoluta, il quale diritto, però, proprio per potere essere contingentemente esercitato da tutti al massimo grado possibile, nell’ambito del contesto c.d. civile o sociale ove questi operano, necessita di una «guida» e di una «guardia», quelle che lo Stato dovrebbe (*rectius*, deve) punto fornire e garantire mercé le Leggi e le Istituzioni, la quale «guida» e la quale «guardia» siano e restino essenzialmente caratterizzate dalla neutralità

---

<sup>333</sup> Si consideri il παράδειγμα del cittadino per come delineato dalla nota *Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen* nata a Versailles il 26 Agosto 1789 dov’è puntualmente prescritto, all’art. 4, che “la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui: ainsi, l’exercice des droits naturels de chaque homme n’a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi” tant’è che viene coerentemente detto, al successivo art. 5 che “la Loi n’a le droit de défendre que les actions nuisibles à la Société. Tout ce qui n’est pas défendu par la Loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu’elle n’ordonne pas”.

sostanziale, o, per meglio dire, dalla tensione verso la indifferenza contenutistico-oggettiva rispetto alle più disparate opzioni/istanze individuali e solipsisticamente rivendicate in modo del tutto auto-nomo dai vari soggetti. Talché – la conseguenza è ovvia – ciascheduno dovrebbe avere agio, in siffatto contesto, di fare quello che egli vuole e dovrebbe avere agio di farlo... «giuridicamente» (*recte*, legalmente, *id est* secondo il dettato delle norme positive e conformemente a esso), vale a dire come esercizio non già di un mero potere fattuale di *agere*, ma addirittura come esercizio del suo proprio diritto soggettivo (*facultas agendi ex norma agendi*, per l'appunto) alla concretizzazione *ab-soluta* della libertà negativa e ciò, evidentemente, in tanto in quanto questo far-si/esser-ci vitalistico del *velle* storico individuale, non impedisca agl'altri cittadini, formalmente eguali al primo (quivi l'eguaglianza è quella illuministica, ovviamente), di esercitare un analogo potere formalmente legittimo e formalmente legittimato dalla norma formale e attraverso la norma formale (*rectius*, dalla norma priva di contenuto giuridico e *per* la norma priva di contenuto giuridico), norma... che si-fa e si-è strumento «alla» e «della» volontà individuale negativamente libera. Insomma, se nella prima ipotesi era la norma in quanto *norma posita*, in quanto atto di volontà sovrana, cioè, a riflettere sullo schermo del soggetto (riecheggiano, ovviamente gl'echi della teoria dei cc.dd. diritti riflessi [*Reflexrechte*] elaborata da Carlo Federico von Gerber<sup>334</sup>) quelle che avrebbero dovuto essere considerate le sue stesse prerogative giuridiche, in guisa di diritti subiettivi di lui, ond'egli stesso avrebbe potuto estrinsecare la propria autodeterminazione legittima e giuridica, facendo concretamente ciò che la norma gli avrebbe consentito o imposto di fare e non facendo, altrettanto concretamente, ciò che la stessa gli avrebbe prescritto di non fare;<sup>335</sup> nella seconda, il discorso sembra ognorpiù

---

<sup>334</sup> Cfr GERBER, *Diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1971, *passim*.

<sup>335</sup> Con riferimento a questa seconda osservazione, si rammenti il monito rousseauiano a tenore del quale “affinché il contratto sociale non sia una vana formola, esso implica tacitamente

invertito e un tanto, proprio perché lo Stato-Ordinamento, quivi, parrebbe farsi schermo alle pretese di affermazione del proprio *velle* contingente avanzate e rivendicate dai *cives* intesi in senso illuministico, sicché questi ultimi avrebbero *ex se* il diritto soggettivo di fare ciò che essi stessi ritengono di volere fare, senza che il Sistema in questione possa sindacare il merito delle pretese e delle rivendicazioni *de quibus*, talché... l'eventuale arginamento della estrinsecazione storico-fattuale delle istanze di affermazione della propria libertà negativa – pur possibile col criterio demomaggioritario – non potrebbe trovare e non dovrebbe avere altra ragione rispetto a quella formale del mantenimento ugualitaristico di un identico livello di autodeterminazione «giuridica» pel maggior numero di cittadini possibile. Si è passati, dunque, da un Sistema al suo (apparente) opposto, senza che, al fondo, sia cambiato qualche cosa di sostanziale... quasi nella (il-)logica del noto romanzo di Giuseppe Tomasi di Lampedusa<sup>336</sup> e ciò, proprio perché in entrambe i Sistemi si sono  $\alpha$ -criticamente mantenuti, pur mutandone i poli gravitazioni, i due capisaldi sostanziali della modernità: vale a dire <sup>a</sup> l'assunto (indimostrato e indimostrabile) secondo il quale l'Ordinamento giuridico si legittima attraverso il dogma della sovranità e <sup>b</sup> quello secondo il quale la libertà coincide colla libertà negativa, onde (conseguentemente) il diritto di autodeterminazione coincide col diritto all'assoluta autodeterminazione del puro auto-volere hegeliano. Il primo Sistema, quello della «sovranità forte»,  $\pi\acute{\alpha}\nu$ -statuale, intendeva il soggetto giuridico in guisa di prodotto dello Stato-Ordinamento assolutamente autodeterminante-si e assolutamente libero di plasmare ogni aspetto della vita, anche quello tra i più privati e più intimi, così esercitando una libertà negativa della quale i soggetti – tutti – partecipavano, nella finzione

---

questo impegno, che solo può dare forza agli altri: che chiunque rifiuterà di obbedire alla volontà generale, vi sarà costretto da tutto il corpo; ciò non significa altro, se non che lo si costringerà a essere libero” (ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, I, VII).

<sup>336</sup> Cfr TOMASI DI LAMPEDUSA, *Il Gattopardo*.

rousseauiana, obbedendo al comando della volontà generale invariantsi nell'atto della Legge positiva; il secondo Sistema, invece, quello che meglio ricalca lo *specimen* del c.d. Ordinamento europeo, vede nello Stato uno strumento per la realizzazione della libertà negativa dei soggetti, i quali fanno quello che vogliono ed esercitano la loro sovranità democratica attraverso le Istituzioni statuali, coi limiti auto-ritenuti necessari per consentire alla maggioranza contingente di affermare nel modo più ampio possibile la propria volontà heideggerianamente autentica. La contrapposizione, se di contrapposizione vuolsi parlare, è solo apparente, formalistica, *phantasma sensus et imaginationis*...

Un tanto precisato, possiamo osservare, ripigliando le fila del discorso, che un elemento di sicuro interesse e di non poco significato, a sostegno della tesi quivi proposta, è proprio rappresentato dal contenuto «gnostico» e dall'interpretazione «radicale» della norma *sub* art. 8 c.e.d.u., ove viene espressamente significato che “ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare”, onde – come *ivi* precisato al secondo comma – “non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto, a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e [elemento di peculiare interesse (nda)] costituisca una misura che, in una società democratica [e qui il significato di democrazia è proprio quello di fondamento della legittimità dell'Ordinamento, si badi (nda)], è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute [da intendersi come sanità pubblica, piuttosto che come salute individuale di chi, ipoteticamente, desiderasse di nuocere a sé stesso (nda)] o della morale [da intendersi come «senso del pudore», piuttosto che come principio morale che il soggetto è tenuto a rispettare innanzitutto verso sé stesso (nda)], o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui”. La disposizione – a nostro avviso – è ben chiara e nella sua limpida chiarezza

essa mette agevolmente in luce quella che è la *Weltanschauung* dell'intero Sistema in cui risulta inserita, quindi... la disposizione in parola – sempre a nostro avviso, ovviamente – appalesa *ex se* quella che è la *ratio* operativa attorno alla quale gravita la concezione del diritto in generale e del diritto di/alla autodeterminazione in particolare nell'ambito del c.d. Ordinamento giuridico dell'Unione europea. Facciamo riferimento, con una formola forse eccessivamente ampia e senz'altro un poco ambigua, al c.d. Ordinamento giuridico dell'Unione europea e non al mero ambito di operatività della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo, con riferimento alla struttura istituzionale del Consiglio d'Europa, eziandio perché il portato giuridico della Convenzione stessa ha fatto ingresso – se così possiamo dire – nell'ambito della stessa Unione europea, quale soggetto giuridico di diritto internazionale dotato di propria fisionomia, in forza dell'art. 6 co. II del Trattato sull'Unione europea (c.d. T.U.E.). A scanso di equivoci – come si suole dire – rileviamo che non è solo questa la disposizione dello e nello Ordinamento europeo dalla quale si evince il significato che quest'ultimo dà al diritto di auto-determinazione della persona, altre, vieppiù coerenti con questa,<sup>337</sup> ve ne sono, per quanto – ci sembra – nella norma citata resti compendiato, anche pel significato politico-giuridico del Documento in cui essa è inserita, il testo di maggiore espressività e di più ampia portata. Vedremo meglio di argomentare questo punto nel prosieguo della trattazione, soprattutto con riferimento alla giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo. Ciò posto, il discorso, a questo punto – sempre secondo la nostra sensibilità – può ridursi a una considerazione, per

---

<sup>337</sup> Possiamo riferirci – sia pure *cum grano salis* – al contenuto dell'art. 7 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea (c.d. Carta di Nizza) del 7 Dicembre 2000, ov'è precisato che “ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle proprie comunicazioni”, per quanto la c.d. Carta di Nizza possa anche prestarsi a un'interpretazione classica, vale a dire... propriamente giuridica, la quale interpretazione, però, è e resta ognorpiù smentita dal contesto in cui essa è stata proclamata, adottata e posta in vigore, come osserva, peraltro, Danilo Castellano nella sua Opera sul problema dei diritti umani (cfr CASTELLANO, *Razionalismo e diritti umani. Dell'antifilosofia politico-giuridica della “modernità”*, Torino, Giappichelli, 2003, pagg. 77 e ss.).



ora di ordine generale, la quale osservi che, giusta le «*rationes europeistiche*» testé profilate, nell'ipotesi in cui la «mano pubblica» *lato sensu* intesa (sia, essa, quella statuale, quella delle Istituzioni europee, o un'altra variamente idonea a incidere sullo spettro di operatività «giuridica» dei vari soggetti) pretendesse di limitare taluno nell'esercizio del suo diritto (!) alla realizzazione della propria volontà *ab-soluta*, inverantesi nell'espressione/affermazione contingente della propria libertà negativa, ovverosia inverantesi nell'espressione/affermazione contingente del proprio puro auto-volere hegeliano, questa potrebbe farlo solamente a condizione <sup>a</sup> che i limiti da essa medesima imposti siano democraticamente, *id est* maggioritariamente individuati e definiti nella loro portata operativa, <sup>b</sup> al precipuo fine – si badi bene – di perseguire l'unica (!) funzione tecnico-scientifica affidata all'Ordinamento, la quale è punto quella e solo quella, di mantenere, *in societate*, lo «ordine» convenzionalmente stabilito tra i *cives* e dai *cives*, in virtù d'una loro opzione purchessia, in sé insindacabile (*superiorem non recognoscens*). Come a dire, allora, che l'Ordinamento *de quo*, per legittimar-si e per essere legittimo, secondo le *rationes* volontaristico-vitalistiche di cui abbiamo detto, è e si fa (*recte*, deve essere e deve far-si) strumento per l'assoluta autodeterminazione del soggetto, il quale vive e non può non vivere in un contesto ove, non essendo «da solo», deve giuocoforza rapportarsi agli altri e cogli altri confrontarsi. *Ergo*... egli, in quanto soggetto giuridico, vive e non può non vivere in un contesto (*soi-disant* sociale) nel quale deve auto-limitarsi o essere etero-limitato, rispetto alla propria tensione verso l'autenticità heideggeriana, dacché gli altri a lui vicini (parliamo di vicinanza geografica e non di convivenza umano-politico-aristotelica, questo sia ben chiaro) sono e restano titolari di un diritto all'autodeterminazione assoluta di per sé identico, anzi... di per sé illuministicamente eguale al suo (vale a dire, a quello del soggetto *de quo*). Ne consegue che i «diritti» in parola (quelli all'autodeterminazione *ab-*

*soluta*), se non arginati kantianamente, vengono a cozzare o possono venire a cozzare gli uni cogli altri, nell'ambito d'un conflitto insostenibile e tutt'affatto nocivo sotto il profilo dell'utilità, utilità intesa... non, ovviamente, in senso umano-filosofico-teoretico, ma propriamente in senso utilitaristico-scientifico, quale utilità, cioè, di vivere gli uni accanto agli altri senza arrecarsi troppo disturbo e ritagliandosi, ciascheduno secondo i propri mezzi, ambiti, settori, porzioni *πᾶν*-privati, in cui esercitare liberamente (ma non umanamente, razionalmente, giuridicamente, moralmente) la propria libertà negativa. Ciò significa, allora, a conferma di quanto già segnalato, che l'Ordinamento inteso secondo questi stilemi concettuali, non persegue affatto la giustizia, né la ritiene (né potrebbe ritenerla, sia chiaro) il fondamento etero-legittimante di sé, sul piano teoretico-filosofico (lungi dall'essere anche latamente considerato), ma persegue, con mezzi propriamente teorico-operativi, in un sistema che è che e che si-vuole scientifico, il fine della neutralizzazione e/o della prevenzione del c.d. disordine formale-sociale; ne consegue che il problema dell'ingiustizia contro di sé o del sovvertimento dell'ordine ontologico proprio del contesto familiare-personale – ambiti ritenuti *πᾶν*-privati da parte del Sistema stesso – non rilevano e non possono rilevare in quanto tali, potrebbero rilevare, infatti, se mai, per ragioni meramente operative, qualora certi contegni soggettivi relativi a essi creassero, sul piano sociologico (e non certo su quello morale, in questa sede del tutto irrilevante), un perturbamento della e nella c.d. società civile. Il contenuto, dunque – per ripigliare le redini del discorso *supra* cennato – dell'art. 8 c.e.d.u., siccome la sua interpretazione in sede giurisprudenziale (la quale pure esamineremo, per quanto c'interessa, nell'ambito del prosieguo di questo paragrafo), altro non rappresentano se non il portato logico-geometrico delle premesse su cui si-fonda o, meglio, su cui pretende di auto-fondar-si il c.d. Ordinamento giuridico modernamente inteso, quivi il riferimento è a quello europeo,

ovviamente, ma *mutatis mutandis* il discorso può plasmarsi sulle forme di ogn'altro, o quasi. Di talché... nell'ambito di un sistema così nihilisticamente (non-)fondato e (de-)strutturato, il diritto all'autodeterminazione e in particolare il diritto all'autodeterminazione in ambito familiare e personale, si caratterizza e deve caratterizzarsi pel fatto di essere ognorpiù orbato da qualsivoglia fondamento *in se* giuridico e pel fatto di essere radicalmente privato di ogni più lato riferimento alla natura del soggetto e alla sua libertà *in se* umana, razionale e morale: tutto riducendosi, ovviamente e conseguentemente – diremo – alla «dinamica operativa» della volontà storica dell'*agens* e all'ampiezza dello spettro applicativo nel quale essa stessa può concretamente estrinsecarsi sotto l'egida della norma che la (fa e che la) rende *facultas agendi (in iure)*. È del tutto inteso, dunque, che una siffatta impostazione anti-filosofico-razionalistica del Sistema in sé, porti coerentemente a intendere il diritto all'autodeterminazione soggettiva in guisa di autentico «diritto volitivo» a estrinsecare qualsivoglia intendimento soggettivo venga espresso/rivendicato/affermato dalla libertà negativa dell'*agens* storico nell'*hic et nunc* del suo stesso far-si concreto, il quale far-si concreto, conseguente al voler-si assoluto – è chiaro – si trova inevitabilmente limitato, *ab externo*, dalla *norma posita* per mere ragioni di c.d. ordine pubblico... da quella stessa norma – si badi – in virtù della quale, paradossalmente, il *velle agentis* in cui alligna il diritto (volitivo) all'autodeterminazione subiettiva, ha titolo di esprimersi in guisa di *potestas/facultas agendi* (dell'*agens*) formal(-istica-)mente eguale per tutti gli *agentes* storici del/nel dato contesto di riferimento. E il limite, allora, tra il *facere*-giuridico e il *facere*-antigiuridico, in altro non si compendia se non in una valutazione, ontologicamente indifferente, relativa al *quantum* dell'*agere* ← *velle subiecti*... dove la dimensione grettamente operativa del *quantum* stesso, non dipende affatto da una valutazione e da una ponderazione, secondo i criterii della prudenza, sull'*an* e sul *quia*,

nell'ordine del contesto storico-sociale di riferimento, ma dipende essenzialmente da un «equilibrio» *lato sensu* politico di pesi e di contrappesi, il cui fine, lungi dall'interessare il problema giuridico *in se* (e politico in sé, quindi... come problemi essenzialmente teoretici), è solamente quello di contemperare contrapposte tensioni, arginando quelle più deboli e meno virulente a tutto vantaggio di quelle più forti e più abili nel mercanteggiare (della/)colla legge positiva.<sup>338</sup> Il problema – ma la considerazione è scontata e la facciamo solo per ragioni di chiarezza e di completezza espositive – involge l'intero Ordinamento giuridico, concepito come compendio in sé auto-coerente di norme, in un tempo limitatrici e garantiste della libertà, anzi delle libertà negativo-soggettive dell'*agens* storico, vero è, infatti, che l'Ordinamento tutto rappresenta un caleidoscopico sistema di limiti e di contro-limiti all'estrinsecazione dell'autodeterminazione della persona, interpretata in guisa di autodeterminazione del volere assoluto di lei, la quale vuole perché vuole e la quale, volendo secondo la norma *soi-disant* giuridica, si-fa auto-soggetto di diritto: si pensi – a mero titolo di esempio, ovviamente – alla configurazione che può assumere e che effettivamente assume il c.d. diritto di proprietà, si pensi, poi, alla struttura e alla portata del c.d. diritto di iniziativa economica, ove rientra anche quello alla concorrenza, si pensi, da ultimo, al c.d. diritto alla libera circolazione delle persone *et coetera*. In tutti questi casi – come abbiamo veduto nelle note proposte in calce – il diritto dei soggetti all'autodeterminazione assoluta del loro *velle* contingente subisce limiti e conformazioni che ne riducono e in certi casi che ne annullano la portata vitalistica, quindi... che negano *ex funditus* la teoria dell'autodeterminazione umano-giuridica come autodeterminazione assoluta del *velle quia volutum*, come affermazione, cioè, d'una signoria sovrana, *legibus soluta*, per l'appunto, su di sé e sulle proprie cose. Certo che... se

---

<sup>338</sup> Cfr ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992, pag. 44.

nel momento in cui la «mano pubblica» conculca la libertà negativa di taluno nel suo proprio «*agere* economico», questo limite, da un lato può anch'essere intuitivamente compreso/sopportato e dall'altro può anch'essere agevolmente accettato sulla base di meri calcoli utilitaristici, nell'ipotesi in cui il limite stesso vada a lambire i lidi che circondano quelle «isole» πάν-privatae (il cui toponimo è Οὐτοπεία, ovviamente), nell'ambito delle quali alberga la struttura dei rapporti personali-familiari, ovvero quella dei rapporti intimi dell'individuo-soggetto con sé stesso e col proprio corpo, *au contraire*, risulta molto più difficile, sul piano dell'esperienza autentico-passionale, ovviamente (siamo proprio al di fuori da ogni più lata forma di vaglio razionale e ontologicamente/teoreticamente fondato sull'*humanitas* del soggetto, questo è scontato), che i limiti stessi vengano accolti e compresi alla stregua di limiti opportuni, *rectius*, alla stregua di limiti «utili» (nell'accezione utilitaristico-benthamiana dell'utile stesso<sup>339</sup>) a contemperare, tra i *cives* illuministicamente intesi, le varie ambizioni alla massimizzazione più ampia possibile della c.d. libertà negativa, anzi... è molto più probabile che questi limiti vengano interpretati alla stregua di arbitrarie, inutili, ingiustificate e inopportune ingerenze dello Stato (*lato sensu* inteso) nell'ambito della “vita privata e familiare” (*ex art. 8 c.e.d.u.*) dei soggetti, i quali punto si-pretendono non solo liberi ma addirittura sovrani, come correttamente (anche se non certo condivisibilmente) osserva

---

<sup>339</sup> La tesi di Geremia Bentham è nota; in termini lapalissiani essa già s'intende considerando le prime pagine dell'Opera più nota di quest'Autore, il quale punto afferma che “la natura ha posto il genere umano sotto il dominio di due supremi padroni: il dolore e il piacere. Spetta ad essi soltanto indicare quel che dovremmo fare, come anche determinare quel che faremo. Da un lato il criterio di ciò che è giusto o ingiusto, da un altro la catena delle cause e degli effetti sono legati al loro trono [...] a parole si può anche proclamare di rinnegare il loro dominio [vale a dire il dominio del piacere e del dolore, come criterii operativi sui quali necessariamente si basa l'attività umana (nda)] ma in realtà se ne resta del tutto soggiogati. Il principio di utilità [che principio, propriamente, non è affatto, in quanto non consente di leggere nessuna esperienza in modo non contraddittorio (nda)] riconosce tale soggezione e la assume a fondamento di quel sistema il cui obiettivo è innalzare l'edificio della felicità per mezzo della ragione e della legge” (BENTHAM, *Introduzione ai principi della morale e della legislazione*, Torino, U.T.E.T., 1998, pagg. 89-90).

Stefano Rodotà,<sup>340</sup> ogniqualvolta venga in giuoco il problema relativo alla gestione e alla disposizione della loro persona e dei loro rapporti inter-soggettivi.

## 2.1) Uno sguardo verso la dimensione applicativo-giurisprudenziale.

“È necessario [...] precisare [...] che libertà negativa e ordinamento giuridico possono sussistere simultaneamente [solo (nda)] alla condizione che l’ordinamento giuridico sia ‘neutrale’ di fronte ai valori [...] e [solo (nda)] alla condizione che [esso (nda)] riconosca il cosiddetto principio dell’assoluta autodeterminazione vuoi del singolo cittadino [...] vuoi dello Stato”.<sup>341</sup> Le premesse concettuali *supra* considerate e i riferimenti (commentati) alla «norma positiva» che abbiamo cennato, agevolmente dovrebbero consentirci, ora, di entrare nella seconda parte di questa breve analisi, la quale, per l’appunto, ha a oggetto il diritto all’autodeterminazione della persona (umana) per come inteso, applicato e tutelato nel contesto *lato sensu* europeo. Questo discorso, infatti, persegue il fine di considerare criticamente il «modo» in cui viene declinato il diritto *de quo*, nell’esperienza giurisprudenziale dell’Unione europea, in particolare nell’ambito di operatività della Corte europea per la salvaguardia dei Diritti

---

<sup>340</sup> L’Autore citato, infatti, osserva – l’osservazione è corretta, noi non condividiamo, però, la *Weltanschauung* che ne sta alla base e che Rodotà stesso, invece, afferma di condividere – che “alla sovranità dello Stato, il soggetto vittorioso della rivoluzione francese, il borghese moderno [noi diremo la «nazione» per come intesa da Emanuele Giuseppe Sieyès, il quale, infatti, scrive “che cosa è una nazione? Un corpo di associati che vive sotto una legge comune [...] il terzo [stato, cioè la borghesia (nda)] comprende dunque tutto ciò che appartiene alla nazione; e tutto ciò che non è il terzo non può essere parte della nazione” (SIEYÈS, *Che cos’è il terzo Stato?*, Roma, Editori Riuniti, 1989, pag. 27)], pose come limite la proprietà [...] nel complesso passaggio [quindi (nda)] dal soggetto astratto alla persona costituzionalizzata, riconosciuta nella concretezza del vivere, che caratterizza la fase presente, si realizza un trasferimento di sovranità [...] e il termine è corretto, anzi tecnicamente perfetto (nda)] il patto sociale viene così ‘rinegoziato’, la condizione di ‘suddito’ viene revocata in dubbio quando si giunge al nucleo dell’esistenza” (RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bari, Laterza, 2012, pag. 297).

<sup>341</sup> CASTELLANO, *Costituzione europea: democrazia per quale libertà?*, in GRASSO (a cura di), *Europa e costituzione*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2005, pag. 223.

dell'Uomo (c.d. Corte E.D.U. o Corte di Strasburgo) e un tanto – coerentemente coll'economia del Lavoro – in ordine alle *quaestiones* ch'esso pone <sup>a</sup> nell'ambito alla dimensione familiare-matrimoniale e <sup>b</sup> nell'ambito del «rapporto» ove viene concettualmente a enuclearsi e a definirsi la relazione giuridica e giuridicamente rilevante tra la persona, intesa come soggetto di/al diritto, sé stessa e il proprio corpo. I discorsi – come vedremo – richiamando tutta la trattazione di già proposta nelle precedenti pagine, si intersecano e si implicano vicendevolmente, d'onde la nostra scelta di trattarli, quivi, in guisa unitaria.

Per quanto concerne il secondo problema testé citato, vale a dire quello relativo alla «posizione giuridica» del soggetto di fronte a sé stesso, al proprio corpo e alla propria vita, tra le molte considerazioni che potrebbero farsi e che in parte anche faremo (sia pure per brevi cenni), una, forse, meglio di ogn'altra, consente di cogliere quella che è la *Weltanschauung* propria della giurisprudenza relativa alla Corte di Strasburgo (c.d. Corte E.D.U.): ci riferiamo all'approccio che la Corte stessa ha avuto e continua ad avere con riguardo al problema giuridico della c.d. eutanasia, problema – come è noto – che la Corte si è trovata e si trova a dovere affrontare allorquando i cittadini degli Stati facenti parte del Consiglio d'Europa, invocando una forma di arbitraria ingerenza da parte del proprio Ordinamento giuridico in questioni (asseritamente) πάν-private ex art. 8 c.e.d.u., adiscono il Giudice *de quo* (*id est*, quello di Strasburgo) e ivi convengono lo Stato di appartenenza, proprio rivendicando il «diritto volitivo» di decidere in termini assoluti e assolutamente «liberi» (*id est*, incondizionati e arbitrarii: la libertà, quivi, sarebbe quella hegeliana del puro auto-volere, *id est* quella negativa) se, come, quando e attraverso quali procedure porre fine alla propria vita (terrena). Facciamo riferimento essenzialmente a questo «tema», pur non essendo l'unico rilevante – si badi bene – non perché trattasi di un tema caro alla c.d. opinione pubblica e

oggetto di vivacissimo dibattito anche «politico» e anche dottrinale, ma piuttosto perché il modo di affrontare e di intendere concettualmente il «rapporto (giuridico-obbligatorio)» tra il soggetto e la propria vita, dà immediatamente «il polso» della situazione – come si suole dire – con riguardo alle *rationes* che informano un dato Sistema normativo-ordinamentale in ordine alla «posizione» giuridica che, in esso, la persona ha e assume verso sé stessa e verso il proprio corpo. Insomma: dai criterii che vengono seguiti per affrontare e per risolvere (magari non risolvendolo, se non in guisa formalistica) il problema dell'eutanasia o, meglio, il problema della rivendicazione di un ipotetico (e assurdo) «diritto al suicidio» – sia esso attivo o passivo; del tutto autonomo o assistito, non rileva più che tanto – tosto si comprende se l'Ordinamento di riferimento si erge sul punto archimedeo rappresentato dal principio di indisponibilità della vita – Elio Sgreccia (e non solo) parlerebbe di “sacralità della vita”<sup>342</sup> – e quindi se esso si struttura, in generale (e *a priori*), sulla sussistenza, sul riconoscimento e sulla configurabilità teoretica di diritti subiettivi non assolutamente disponibili da parte del loro stesso titolare, o se, invece, l'Ordinamento *de quo* si fonda su una concezione lockiana,<sup>343</sup> del tutto moderna, con riguardo al rapporto tra la persona umana e sé stessa, sì da ritenere, la persona medesima, assolutamente sovrana di sé, eppertanto... assolutamente «libera» di disporre del proprio corpo e della propria esistenza come crede, senza che vi sia o che abbia a esservi alcuna giuridica possibilità di limitarne il potere di autodeterminazione vitalistica, vale a dire... senza che vi sia o che abbia a esservi alcuna giuridica possibilità di arginare o, comunque, di

---

<sup>342</sup> SGRECCIA, *Manuale di bioetica. Fondamenti ed etica biomedica*, Milano, Vita e Pensiero, 2007, pag. 66. L'Autore, infatti, riferendosi alle teoriche utilitaristico-benthamiane, osserva che “è su questi parametri che viene elaborato il concetto di ‘qualità della vita’ (*quality of life*) e contrapposto da alcuni al concetto di sacralità della vita” (*Ibidem*).

<sup>343</sup> Scrivono, infatti, Donato De Renzis e Simonetta Tassinari che secondo Giovanni Locke “la società civile ha, come suo fine, la conservazione della proprietà, che, nel linguaggio [cosiddetto (nda)] filosofico inglese, non rispecchia il semplice e nudo possesso di un bene, ma comprende vita, libertà e averi” (DE RENZIS – TASSINARI, *Dopo la libertà. Una risposta alle nuove emergenze e ai nuovi bisogni*, Bologna, Pendragon, 2006, pag. 86)



condizionare l'autenticità heideggeriana (nella/della estrinsecazione contingente) del suo stesso *velle* storico. Una siffatta impostazione, ovviamente, postulerebbe che la vita, come il corpo, come ogn'altra *res subiecti*, fossero oggetto di un «diritto assoluto» (ossimoro! nessun diritto che sia diritto *in se*, infatti, è o può essere ritenuto assoluto: vero è che ogni diritto, in quanto tale, è conformato, eppertanto limitato [*in se*] dalla sua stessa giuridicità...) di proprietà, inteso in senso napoleonico (come *ius utendi et abutendi*) e non classico(-cristiano), il quale sia e resti ognor rimesso alla più ampia disponibilità e financo al più gretto arbitrio individuale della persona... *dominus suorum*. È del tutto scontato, infatti, che se un (dis-)Ordinamento assumesse come opzione di fondo la assoluta disponibilità della vita, da parte del titolare del diritto alla stessa, questo Ordinamento, coerentemente, non potrebbe considerare alcun diritto e segnatamente alcun bio-diritto, vale a dire alcun diritto su di sé e sul proprio corpo, nei termini della indisponibilità assoluta e quindi nei termini della giuridicità propriamente detta: ogni diritto che abbia a oggetto sé stessi, infatti, dovrebb'essere radicalmente orbato d'ogni riferimento giuridico-razionale e dovrebb'essere inteso in guisa di «spazio concettuale» rimesso alla più libera (la libertà, quivi, sarebbe quella negativa e non certo quella assiologicamente umana), sovrana e *ab-soluta* auto-affermazione dell'autentica volontà subiettiva dell'*agens* storico, «in» sé e «per» sé volente-sé, *praeter se* e financo *contra se*.

Ebbene, sul punto – come si dice – la Corte europea dei Diritti dell'Uomo (c.d. Corte E.D.U.) è molto chiara e la sua posizione, al di là di alcuni aspetti che pure andranno considerati, non pare dia adito a un «ventaglio esegetico» particolarmente suscettivo di variabili concettuali-sostanziali; ciò non significa – come rileveremo nel prosieguo del discorso – che non vi siano margini di analisi e di discussione – questo è ovvio – ma certamente significa che la posizione di quello che un po'

approssimativamente, forse, potremmo chiamare il «Sistema C.E.D.U.» è ognorpiù definita, netta e inequivoca con riguardo al diritto del soggetto di disporre di sé e segnatamente della propria vita. I Giudici di Strasburgo, infatti, dopo avere osservato come “*la Cour a estimé que le choix de la requérante d’éviter une fin de vie indigne et pénible à ses yeux tombait dans le champ d’application de l’article 8 de la Convention [... hanno coerentemente affermato che (nda)] la Cour estime que le droit d’un individu de décider de quelle manière et à quel moment sa vie doit prendre fin, à condition qu’il soit en mesure de former librement sa volonté à ce propos et d’agir en conséquence, est l’un des aspects du droit au respect de sa vie privée au sens de l’article 8 de la Convention*”.<sup>344</sup> Ne consegue, allora, che la vita delle persone dovrebb’essere considerata un «affare privato» (*rectius*, un «recinto ideologico») di esse, anzi... un affare  $\pi\acute{\alpha}\nu$ -privato, potremmo icasticamente dire un «diritto privato» (*rectius*, un diritto  $\pi\acute{\alpha}\nu$ -privato) ognorpiù impermeabile rispetto a qualsivoglia principio oggettivo di giustizia e tutt’affatto rimesso alla volontà hegeliana del suo stesso titolare *ab-solutus*, ond’egli definisca, *ex se* e *in se*, un proprio «diritto  $\alpha$ -giuridico» nell’ambito del quale lo Stato-Ordinamento (tantomeno lo Stato-soggetto, è inteso) non dovrebbe entrare a meno che ricorra una di queste tre «condizioni» eccezionali. *Id est* <sup>a</sup> a meno che il suo «intervento adiuvante» sia richiesto da parte dello stesso titolare esclusivo del «proprio» diritto alla vita, per essere più precisi, a meno che il suo «intervento adiuvante» sia richiesto da parte dello stesso titolare del diritto *ab-solutus* sulla (!) propria vita; ovvero <sup>b</sup> a meno che l’intervento statuale *in rebus vitae* (legittimato in questo senso, nel «panorama [giuridico] europeo», dalla dizione espressa del secondo comma dello stesso art. 8 c.e.d.u) avvenga ai fini di mantenere il c.d. Ordine pubblico democratico-formale (*rectius*, demo-formalistico),

---

<sup>344</sup> 20 Gennaio 2011, Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Haas *versus* Svizzera, Ricorso № 31322/07.

oppure – che è lo stesso, da un diverso punto di vista – ai fini di garantire il soggetto medesimo nella sua stessa sovranità su di sé, vale a dire... ai fini di garantire, di tutelare e di preservare il *subiectum agens* da arbitrarie ingerenze esterne, ond'egli possa, *in concreto*, esercitare e continuare a esercitare solipsisticamente, con coscienza (e anche con in-coscienza, potremmo dire cennando a una *boutade*) e volontà, il proprio «diritto» all'assoluta autodeterminazione della più autentica e incondizionata *voluntas/voluptas* «sulla» propria vita; ovvero, da ultimo, l'intervento statuale sarebbe «legale» (vale a dire, coerente al/col/nel Sistema, a prescindere dalla sua legittimità ontologica) nell'ipotesi <sup>e</sup> in cui il soggetto non fosse *compos sui* e quindi nell'ipotesi in cui il soggetto stesso non potesse autonomamente disporre di sé com'egli coscientemente dovrebbe e potrebbe fare, *ergo*... sciolto da ogni forma di vincolo, di legame, di criterio diversi da quelli del proprio puro auto-volere (o, comunque, qualora il soggetto non possa formar-si ed esprimere una propria volontà autonoma). In quest'ultimo caso, però – si badi molto bene – l'intervento statuale sarebbe propriamente da considerarsi alla stregua d'un intervento suppletivo e non sussidiario (!), nel senso che la tutela «precauzionale» (*pro vita* [?]) offerta dall'Ordinamento europeo – attraverso gli Stati membri (del Consiglio d'Europa) – al bene-vita del soggetto incapace, non allignerebbe nel (riconoscimento del) valore della vita di lui, quale valore in sé e in sé giuridico da tutelare e da preservare *ab externo*, nell'ipotesi in cui questo valore non potesse essere adeguatamente tutelato e preservato *ab interno* (vale a dire, in forma autonoma), ma allignerebbe solamente nell'opportunità politico-scientifico-sociologica di preservare lo *status vitae* per come esso naturalisticamente si manifesta, data l'impossibilità contingente del suo stesso titolare assoluto di disporne e data la conseguente impossibilità dell'Ordinamento di surrogarsi alla/nella manifestazione di volontà sovrana dell'incapace stesso. Se tutto si giuoca, infatti, sul terreno

della volontà negativo-soggettiva di affermare un potere su di sé, il quale potere sia assolutamente incondizionato, incondizionabile e privo di ogni criterio oggettivo (eteronomo rispetto alla volontà autentiche dell'*agens*), qualora venga a mancare la manifestazione del *velle* sovrano, propria di chi questo potere avrebbe sopra la sua stessa persona e propria di chi questo potere avrebbe titolo di esercitare *uti dominus* in forma esclusiva ed escludente, non può aversi intervento sussidiario finalizzato a sopperire a siffatta deficienza e un tanto, proprio in quanto non si tratterebbe, attraverso l'intervento «esterno», di perseguire quel fine oggettivo che, comunque, avrebbe dovuto essere perseguito dallo «interno» e che nell'obiettività del suo stesso essere trova la propria *ratio essendi* dunque il proprio criterio operativo, ma si tratta, *au contraire*, di fare fronte all'assenza obiettiva della volontà di colui il quale avrebbe titolo per decidere di sé senza criteri diversi da quelli della propria *voluntas/voluptas* storica e contingente: infatti, nel contesto *de quo* non c'è nessun fine da perseguire diverso rispetto alla gretta concretizzazione della libertà negativa dell'*agens* e se questa manca... viene a mancare il fine stesso da perseguire, così creandosi quel «deserto della volontà» che è e che resta strutturalmente incolmabile. Ne consegue, che l'unica via percorribile, data l'incapacità di agire dell'*agens-dominus* e data l'incapacità di volere del *volens-dominus*, è quella di mantenere lo *status quo* senza alterare nulla e senza intervenire oltre i limiti della più immediata conservazione dell'integrità fisica dello stesso incapace.<sup>345</sup> La

---

<sup>345</sup> Ovviamente tutto questo discorso scardina i principii, anche normativo-positivi, che informano la disciplina della tutela degli incapaci e della potestà genitoriale. La stessa Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, peraltro, ha dovuto occuparsi della questione, infatti – come osserva correttamente Sara Tonolo – “pur se nella Convenzione [...] non è dato rinvenire una specifica norma posta a tutela dei disabili, è significativo che le norme generalmente poste a garanzia dei diritti fondamentali degli individui siano state attuate dalla Corte di Strasburgo con riguardo alla tutela degli incapaci” (TONOLO, *Tutela degli incapaci*, in CONETTI – TONOLO – VISMARA, *Manuale di diritto internazionale privato*, Torino, Giappichelli, 2013, pag. 198), invero i Giudici di Strasburgo, richiesti di dire se il procedimento d'interdizione costituisca una violazione dell'art. 8 c.e.d.u. hanno dovuto proprio entrare nel merito della stessa procedura di accertamento dell'incapacità, vagliandone i presupposti alla luce di principii oggettivi e non conculcabili. La Corte, infatti, ha precisato che “la Cour note premièrement que l'atteinte

tutela della vita, allora, in questo caso, non è una tutela del diritto alla vita, propriamente detta, quale guarentigia in sé giuridica e latrice di un valore che alligna nel *principium vitae*, ma è una garanzia formale della mera condizione fisico-naturalistico-empirica facente capo all'*ens* storico, il cui precipuo fine è sol quello di evitare che altri, arbitrariamente, assumano decisioni (contingentemente) pregiudizievoli per l'essere fisico dell'ente stesso e quindi lo privino di quella che è la sua condizione fisica. Ciò significa – si badi molto bene – che allorquando i Giudici di Strasburgo, come nel noto *affaire Pretty*<sup>346</sup> – del quale in appresso pur faremo un più

---

*portée à la vie privée du requérant était particulièrement grave: son incapacité l'a rendu entièrement dépendant de sa tutrice dans presque tous les domaines; et en outre, il s'agissait d'une 'incapacité totale', prononcée sans limite de durée, et qui ne pouvait être contestée [...] que par la tutrice elle-même. Deuxièmement, la Cour a déjà conclu que la procédure devant le tribunal du district Vassileostrovski était défectueuse: le requérant n'y a pas participé et n'a même pas été entendu en personne par la juge; et il n'a pas eu la possibilité de contester le jugement [...] précédente (nda)], le tribunal de Saint-Petersbourg ayant refusé d'examiner son appel. Ainsi, il n'a nullement participé au processus décisionnel. La Cour est particulièrement frappée par le fait que la seule audience tenue sur le fond dans cette affaire n'a duré que dix minutes. Dans ces conditions, on ne saurait dire que la juge a 'bénéficié d'un rapport direct avec l'intéressé' qui aurait alors appelé une certaine retenue de la Cour. Troisièmement, la Cour doit examiner le raisonnement suivi par la juge dans sa décision [...] en gardant à l'esprit la gravité de l'ingérence litigieuse et le fait que la procédure en cause a été, au mieux, superficielle (voir ci-dessus). La Cour note que le tribunal de district s'est appuyé exclusivement sur les conclusions du rapport médical [...] Ce rapport indiquait que le requérant avait un comportement agressif, [...] sans toutefois préciser quel type d'actes il ne pouvait pas comprendre ou contrôler. L'incidence de la maladie du requérant et ses conséquences éventuelles sur la vie sociale, la santé et les intérêts matériels ou autres de l'intéressé sont floues: le rapport n'est pas suffisamment précis sur ces points. La Cour [...] estime toutefois que l'existence d'un trouble mental, même grave, ne peut à elle seule justifier que l'on déclare le malade totalement incapable. De même que dans les affaires relatives à la privation de liberté, le trouble mental doit, pour justifier une incapacité totale, revêtir 'un caractère ou une ampleur' légitimant une telle mesure [...]. De ce fait, les droits du requérant garantis par l'article 8 ont en l'espèce été limités plus que cela n'était strictement nécessaire. La Cour conclut donc [...] que l'atteinte portée à la vie privée du requérant était disproportionnée au but légitime poursuivi. Partant, l'incapacité totale prononcée à l'égard de l'intéressé a emporté violation de l'article 8 de la Convention"* (27 Marzo 2008, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Chtoukatourov versus Russia*, Ricorso № 44009/05).

<sup>346</sup> Dov'è stato «geometricamente» osservato che “la Cour considère [...] que les Etats ont le droit de contrôler, au travers de l'application du droit pénal général, les activités préjudiciables à la vie et à la sécurité d'autrui [...]. Plus grave est le dommage encouru et plus grand est le poids dont pèseront dans la balance les considérations de santé et de sécurité publiques face au principe concurrent de l'autonomie personnelle. La disposition légale incriminée en l'espèce, à savoir l'article 2 de la loi de 1961 [si tratta del noto *Suicide Act* del 1961, vigente nel Regno Unito, col quale, peraltro, è stata abrogata la disciplina previgente, la quale {a nostro avviso, opportunamente} sanzionava penalmente il tentato suicidio (nda)], a été

ampio cenno (anche in nota) – rigettano i Ricorsi contro gli Stati che non assecondano nel modo più esteso possibile le istanze eutanasiche-suicidiarie dei *cives* e motivano, coerentemente, questa loro cauta presa di posizione sulla base del secondo comma del citato art. 8 c.e.d.u.,<sup>347</sup> non lo fanno in forza di quello che potremmo chiamare il prudente «principio/valore

---

*conçue pour préserver la vie en protégeant les personnes faibles et vulnérables [...] contre les actes visant à mettre fin à la vie ou à aider à mettre fin à la vie. Sans doute l'état des personnes souffrant d'une maladie en phase terminale varie-t-il d'un cas à l'autre. Mais beaucoup de ces personnes sont vulnérables, et c'est la vulnérabilité de la catégorie qu'elles forment qui fournit la ratio legis de la disposition en cause. Il incombe au premier chef aux Etats d'apprécier le risque d'abus et les conséquences probables des abus éventuellement commis qu'impliquerait un assouplissement de l'interdiction générale du suicide assisté ou la création d'exceptions au principe. Il existe des risques manifestes d'abus, nonobstant les arguments développés quant à la possibilité de prévoir des garde-fous et des procédures protectrices [... tant'è che, per tutta conseguenza (nda)] la Cour conclut que l'ingérence incriminée peut passer pour justifiée comme 'nécessaire, dans une société démocratique', à la protection des droits d'autrui" (29 Aprile 2002, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Pretty versus Regno Unito, Ricorso № 2346/02) si badi all'ultima, puntuale nota: "la Cour conclut que l'ingérence incriminée peut passer pour justifiée comme 'nécessaire, dans une société démocratique', à la protection des droits d'autrui" (Ibidem), come a riaffermare che la legittimità delle restrizioni previste dal Suicide Act del 1961 alligna nella necessità, non di tutelare il diritto alla vita in quanto tale, ma solo in quanto... diritto assoluto degli altri.*

<sup>347</sup> Si badi: la motivazione non viene data sulla base dell'art. 2 c.e.d.u. e quindi sulla base di una preminenza concettuale e giuridica del diritto alla vita sul diritto all'autodeterminazione del volere, né viene data sulla base dell'art. 8, co. 1 c.e.d.u., ipotizzando, in questo caso, nell'istanza eutanasiche *de qua* – magari alla luce del combinato disposto col citato art. 2 c.e.d.u. – anziché una forma di rivendicazione dell'esercizio del diritto all'autodeterminazione, una forma di abuso o di tensione all'abuso dello stesso. Anzi... la Corte stessa intende ben tenere distinti i profili di operatività dell'art. 2 c.e.d.u. e dell'art. 8 c.e.d.u., di fatto significando, se non proprio una prevalenza formale del secondo sul primo, senz'altro la necessità di interpretare il diritto alla vita alla luce del diritto all'assoluta autodeterminazione della volontà; vero è, infine, che la stessa pronunzia relativa al citato *affaire Pretty* se chiaramente dice, da un lato, che "*l'article 2 ne saurait, sans distorsion de langage, être interprété comme conférant un droit diamétralement opposé, à savoir un droit à mourir ; il ne saurait davantage créer un droit à l'autodétermination en ce sens qu'il donnerait à tout individu le droit de choisir la mort plutôt que la vie [talché (nda)] la Cour estime donc qu'il n'est pas possible de déduire de l'article 2 de la Convention un droit à mourir, que ce soit de la main d'un tiers ou avec l'assistance d'une autorité publique" (29 Aprile 2002, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Pretty versus Regno Unito, Ricorso № 2346/02), altrettanto chiaramente afferma, dall'altro, che "la dignité et la liberté de l'homme [intesa, ovviamente, come libertà assoluta e negativa (nda)] sont l'essence même de la Convention [... onde (nda)] la Cour considère que c'est sous l'angle de l'article 8 que la notion de qualité de la vie prend toute sa signification. A une époque où l'on assiste à une sophistication médicale croissante et à une augmentation de l'espérance de vie, de nombreuses personnes redoutent qu'on ne les force à se maintenir en vie jusqu'à un âge très avancé ou dans un état de grave délabrement physique ou mental aux antipodes de la perception aiguë qu'elles ont d'elles-mêmes et de leur identité personnelle [... ne consegue, allora, che nell'ipotesi in cui (nda)] la requérante en l'espèce est empêchée par la loi d'exercer son choix d'éviter ce qui, à ses yeux, constituerait une fin de vie indigne et pénible, la Cour ne peut exclure que cela représente une atteinte au droit de l'intéressée au respect de sa vie privée, au sens de l'article 8 § 1 de la Convention" (Ibidem).*

giuridico della (sacralità/indisponibilità della) vita», ma lo fanno in perfetto regime di coerenza coll'opzione *a priori* giusta la quale la libertà soggettiva coincide colla c.d. libertà negativa del soggetto e il diritto di autodeterminazione coincide coll'assoluta e contingente autodeterminazione del più autentico volere hegeliano della persona vitalisticamente intesa. Non è un paradosso – si badi – ma una radicalizzazione dell'opzione aprioristicamente esercitata «nel» e «verso il» nihilismo (politico, giuridico, morale *et coetera*). Come a dire, allora, che le pronunzie *de quibus* non hanno da essere interpretate in guisa di argini e/o di freni al dilagare incontrollato e incontrollabile della volontà autentica dei *cives*, quando questa abbia per oggetto l'assoluta disposizione della propria vita, ma piuttosto... hanno da essere considerate alla stregua di mere statuizioni, più formali che sostanziali, peraltro, atte ad apprestare cautele e guarentigie quasi ieratiche, alla massimizzazione (sostanziale del dogma assoluto) della libertà negativa e dell'autodeterminazione heideggeriana del *subiectum agens* (contro, ovviamente, ingerenze esterne ritenute, di per sé, tutt'affatto arbitrarie) e ciò... proprio perché se non è stato ancora affermato *apertis verbis*, in termini assoluti, incondizionati e incondizionabili, il (assurdo, antiggiuridico, disumano, irrazionale) diritto all'eutanasia, anche *sub specie* di diritto a essere coadiuvato nella realizzazione del proprio proposito suicida (il diritto all'eutanasia intesa come «suicidio autonomo» [*manu propria*] è *ius receptum* nell'Ordinamento dell'Unione europea, come, *a fortiori*, quella c.d. passiva consistente nel consapevole rifiuto della terapia c.d. salva-vita), ciò non è accaduto, non perché il diritto alla vita sia stato ritenuto un diritto indisponibilmente, superiore a ogn'altro e perché l'autodeterminazione del soggetto, *in rebus vitae*, sia stata informata al principio giuridico-ontologico-razionale della inviolabilità (della vita stessa, sotto il profilo ippocratico del *non nocere*), ma piuttosto perché la Corte ha avvertito il rischio materiale e contingente (plausibile, sia chiaro, non certo

pretestuoso o peregrino) che una siffatta «apertura» incontrollata e incontrollabile, verso l'assoluta legittimazione *a priori* dell'assistenza e/o dell'aiuto al suicidio – perché attorno a questo punto gravita la questione, è inteso – potesse divenire oggetto di strumentalizzazione contro i (dis-)valori assoluti della libertà negativa e dell'autodeterminazione volontaristica con riguardo ai cc.dd. soggetti deboli,<sup>348</sup> vale a dire, con riguardo a quei soggetti i quali siano incapaci di affermare coscientemente il loro auto-volere assoluto su di sé e per sé. Quindi – a bene intendere le cose – questa «cautela» (non è una forma di prudenza razionale-filosofica propria dell'arte giuridica, ovviamente, ma una mera cautela operativa) della Corte, rende viepiù palese come i Giudici abbiano «temuto» che un eccesso di liberalismo – se possiamo usare siffatta dizione, forse infelice – potesse aprire, anzi spalancare le porte alla reificazione dei citati soggetti deboli, da parte di chi venisse a trovarsi nella condizione per potere «intervenire» *ab externo* sulla loro vita: non è la vita in sé, dunque, a essere tutelata in via diretta e immediata, nemmeno quella dei cc.dd. soggetti deboli – sia chiaro – ma la tutela di essa proprio rappresenta la conseguenza contingente e giuocoforza inevitabile di una forma di «rispetto negativo» verso la «libertà negativa» del soggetto incapace, il quale, per l'appunto, non ha i mezzi per potersi esprimere e per poterla affermare *secundum tenorem voluntatis*. Potremmo dire, infatti, che l'unico modo per tutelare la libertà negativa di chi non può affermarla *in rebus mundi* e quindi per rispettare una volontà assoluta che di fatto non c'è, se non in ὑπόθεσις, con riguardo al problema della vita, è proprio quello di preservarla così com'essa si manifesta *ex se*, senza permettere ingerenze che possano o che abbiano lo scopo di comprometterla nel suo essere mera e semplice condizione dell'esistenza

---

<sup>348</sup> Correttamente, invero, osserva Raffaele Bifulco, con riguardo al citato *affaire Pretty*, che “per la prima volta, anche se non in maniera decisa, [... si è affermato che il (nda)] diritto all'autodeterminazione [... rappresenta il fondamento (nda)] di un [non meglio precisabile (nda)] diritto al suicidio assistito” (BIFULCO, *Esiste un diritto al suicidio assistito nella CEDU?*, in *Quaderni costituzionali*, Bologna, Il Mulino, 2003, I, pag. 166).



dell'*ens*. Ne viene – a nostro avviso, almeno – che il diritto alla vita come diritto *in se*, non è neanche considerato (!) dalla Giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell’Uomo e ciò – paradossalmente, ma non troppo<sup>349</sup> – pur alla luce del disposto *sub* art. 2 c.e.d.u., a mente del quale “il diritto alla vita di ogni persona è protetto dalla Legge” (peraltro richiamato anche dalla c.d. Carta di Nizza dell’anno Duemila, il cui art. 2, co. I precisa, ancora più ampiamente e radicalmente, che “ogni persona ha diritto alla vita” e il cui art. 3, co. I sancisce che “ogni persona ha diritto alla propria integrità fisica e psichica”). Il nodo gordiano, invero, ancorché in presenza di una così (all’apparenza) «forte» e significativa affermazione – Arturo Carlo Jemolo direbbe «roboante»<sup>350</sup> – è rappresentato dalla risposta, sia pure implicita, che il Sistema stesso è costretto a dare e attraverso la sua giurisprudenza di fatto dà, qualora e ogniqualvolta esso venga interrogato su due questioni tutt’affatto cruciali intorno all’esegesi di siffatta disposizione, anzi... più propriamente dovremmo dire che il problema è rappresentato già dalla domanda (politicamente scorretta) che mira a indagare il fondamento della *ratio legis*, cui ispirare l’interpretazione più consona alla norma *de qua*: vero è, infatti, che qualora ci si domandasse da quale Legge è protetto il diritto alla vita *sub* art. 2 c.e.d.u. (?) e dall’ingerenza/lesione/violazione da parte di chi esso è tutelato, sempre a mente del citato art. 2 c.e.d.u. (?), resta ognorpiù evidente che la risposta da darsi abbia a individuare <sup>a</sup> la Legge di riferimento in quella (e solo in quella) positiva, dunque la legge *de qua* sarebbe e potrebb’essere solo quella promulgata dagli Organi competenti dei/nei varii Stati, secondo le procedure (democratiche) in essi democraticamente vigenti e individui <sup>b</sup> la protezione accordata al diritto alla

---

<sup>349</sup> Vi è, invero, una «coerenza carsica» tra le pronunzie dei Giudici, la normativa di diritto internazionale (trattati, convenzioni, protocollo *et similia*), le *rationes* di fondo degli Stati moderni.

<sup>350</sup> Si ricorderà senz’alto il contenuto e lo stile di una tra le più note Opere di quest’Autore, ov’egli ebbe a criticare il tenore del Testo costituzionale, proprio per la sua poliedricità interpretativa (cfr JEMOLO, *Tra diritto e storia: 1960-1980*, Milano, Giuffrè, 1982, pag. 248).

vita, in quella che potrebbesi definire protezione *ab externo*, vale a dire... solo in quella che tutela la vita del soggetto da ingerenze provenienti *et* dalla mano pubblica *lato sensu* intesa (quindi la «protezione» dovrebbe preservare dall'arbitrio del c.d. potere esecutivo, per fare un esempio vasto assai) *et* dalla mano privata, qualsiasi essa sia... purché diversa, ovviamente, da quella del titolare *ab-solutus* del diritto *de quo* (quindi la «protezione» dovrebbe preservare dall'arbitrio – a titolo d'esempio – dei vari centri di interesse/potere economico): al *dominus vitae (suae)*, infatti, è riconosciuto e confermato l'ufficio di fare quello che vuole della propria vita, qualsiasi sia il contenuto storico del suo stesso *velle*. Vero è, infine, che il diritto alla vita di cui al citato art. 2 c.e.d.u., non viene affatto inteso in guisa di diritto fondamentale e fondante, rispetto all'Ordinamento considerato nel suo insieme e particolarmente nel suo essere (Ordinamento/Sistema) *in se* giuridico, né, tantomeno, esso viene interpretato alla stregua di un diritto inviolabile e indisponibile, proprio perché oggettivamente fondato sulla *natura rerum* e sui più basilari principii di giustizia, *au contraire*, infatti, il diritto alla vita *sub* art. 2 c.e.d.u., quasi in un paradosso da melodramma, viene inteso in guisa di diritto strumentale all'affermazione della libertà negativa del soggetto, tant'è che, sempre secondo i Giudici di Strasburgo, la dignità della vita e quindi il valore ponderale del diritto che la tutela e che la definisce *in rebus iuris*, dipende essenzialmente dall'esercizio della libertà negativa del soggetto, *sub specie* di esercizio, da parte sua, dell'autodeterminazione effettiva di sé e del proprio volere autentico. Infatti... non è l'art. 8 c.e.d.u., il quale tutela il diritto alla c.d. vita privata, come diritto di non subire ingerenze, a essere interpretato alla luce del principio *ex* art. 2 c.e.d.u., ma è proprio il contrario, imperocché il significato del diritto alla vita viene proprio colto nell'architettura concettuale dell'autodeterminazione assoluta di sé, la quale conferirebbe alla vita stessa – se così possiamo dire – quella peculiare dignità (ovviamente

non teoretico-ontologica, ma meramente funzionale) che la renderebbe meritevole di tutela. Invero – osserva la Corte di Strasburgo – “*la dignité* [come autodeterminazione assoluta (nda)] *et la liberté* [come libertà negativa (nda)] *de l’homme sont l’essence même de la Convention* [...] *la Cour considère que c’est sous l’angle de l’article 8 que la notion de qualité de la vie prend toute sa signification*”.<sup>351</sup>

Ovviamente, l’approccio ai problemi evocati e quindi il modo di affrontarli che abbiamo testé considerato, non circoscrive le questioni *de quibus* nelle/alte strutture concettuali che ne rappresentano l’*humus* (de-/anti-)culturale e tecnico-(anti-)giuridico, ma porta al radicalizzarsi progressivo dei problemi stessi e all’acuirsi sempre maggiore delle contraddizioni e delle derive che il Sistema assume e consolida nel suo complesso. Sempre intorno al problema del c.d. diritto all’agevolazione eutanasica (come diritto all’aiuto al suicidio), infatti, una recente pronuncia della Corte di Strasburgo – già acutamente annotata da Elisabetta Vigato, all’indomani della sua pubblicazione<sup>352</sup> – sembra, *ex uno latere*, superare le stesse «cautele» finora dimostrate dalla giurisprudenza C.E.D.U., più o meno consolidatasi negl’anni, al punto di paventare un vero e proprio diritto soggettivo (*recte*, volitivo) a ricevere lo «ultimo aiuto» alla realizzazione della «ultima volontà/libertà» negativa ed *ex alio* pare confermare, portandola a compimento, ovviamente, la *Weltanschauung* liberalistico-nihilistica che informa il «Sistema europeo» nel suo complesso e che lo anima (come sempre) nella sua radicale e coerente applicazione. Vero è, infine, che nell’*affair Gross*<sup>353</sup> la Corte europea dei Diritti dell’Uomo (in

---

<sup>351</sup> 29 Aprile 2002, Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, *Pretty versus Regno unito*, Ricorso № 2346/02.

<sup>352</sup> Cf VIGATO, *Il suicidio assistito in Svizzera, la Corte europea dei diritti dell’uomo “invita” a prendere posizione anche sull’eutanasia delle persone sane*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, Torino, Giappichelli, 2013, III, pagg. 960 e ss.

<sup>353</sup> Cf 14 Maggio 2013, Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, *Gross versus Svizzera*, Ricorso № 67810/10.

primo grado di giudizio<sup>354</sup>) ha censurato l'Ordinamento elvetico, giusta l'applicazione e l'interpretazione dell'art. 8 c.e.d.u. (!), sul presupposto che le lacune e la strutturale complessità di esso non avrebbero agevolmente consentito alla ricorrente di accedere, nel modo (!) in cui ella stessa desiderava, alla procedura eutanastico-farmacologica da lei ritenuta, per sé, migliore di altre e un tanto... senza dare alcun rilievo al fatto che la persona in questione fosse perfettamente sana e desiderasse di porre fine alla propria vita pur non essendo a ciò «indotta» da alcuna forma di sofferenza patologica rilevabile (quantomeno) sul piano clinico. Ebbene, se è vero che con siffatta pronunzia i Giudici di Strasburgo sembrano superare la «frontiera» sulla quale essi stessi si erano consolidati e quindi se è vero che la Corte europea dei Diritti dell'Uomo, colla sentenza Gross *versus* Svizzera del 2013, pare stagliarsi su posizioni concettuali d'avanguardia, definendo una forma di allocazione in capo allo Stato d'un autentico e positivo «obbligo» di garantire, a chi lo richiedesse, l'accesso (normativamente «chiaro» e proceduralmente «snello») ai mezzi necessari al fine di portare a compimento il proprio desiderio di suicidarsi – aspetto sul quale torneremo

---

<sup>354</sup> Come è noto, infatti, la *Grande Chambre* (adita su Ricorso del Governo svizzero, soccombente in primo grado), con proprio provvedimento del 30 Settembre 2014, ha definitivamente chiuso il caso in questione, dichiarando priva di effetti la sentenza pronunciata dal Giudice di prime cure nel maggio 2013 e quivi in disamina. Ciò detto, però, a noi pare del tutto evidente che se un siffatto provvedimento priva di efficacia operativa la pronunzia in parola sul piano della c.d. tecnica giuridica, certo non ne scema la portata da un punto di vista concettuale e ciò... tanto più se la decisione dell'Organo superiore alligna in questioni che, forse con un po' di approssimazione, potremmo chiamare «procedurali». È ben vero, infatti, che i Giudici della *Grande Chambre*, nella loro sentenza, ebbero a rilevare che “*il est toutefois apparu par la suite que dans l'intervalle, le 24 Octobre 2011, la requérante avait réussi à se faire prescrire par un médecin une dose létale de pentobarbital de sodium et que le 10 novembre 2011 elle avait mis fin à ses jours en ingérant ladite substance* [...] e che, pertanto (nda)] *a la lumière de ce qui précède, la Grande Chambre estime que le décès de la requérante et les circonstances qui l'ont entouré touchent en réalité au cœur même de la question sous-jacente au grief présenté par l'intéressée au titre de la Convention. Il est également concevable que ces faits, s'ils avaient été connus de la chambre, auraient pu exercer une influence décisive sur son arrêt du 14 mai 2013 concluant à la violation de l'article 8 de la Convention* [...] onde (nda)] *la Cour accueille l'exception préliminaire du Gouvernement selon laquelle le comportement de la requérante s'analyse en un abus du droit de recours individuel au sens de l'article 35 § 3 a) de la Convention*” (30 Settembre 2014, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Gross *versus* Svizzera, Ricorso № 67810/10).

*infra* – è anche vero che con la sentenza mentovata viene confermato e compiuto, se così possiamo esprimerci, il «nucleo essenziale» del c.d. diritto al suicidio in tutta la sua struttura nihilistico-volontaristico-liberale più propria, onde non può affatto dirsi che lo «avanzamento operativo» posto in essere dai Giudici *de quibus*, in questo caso, abbia a rappresentare un vero e proprio *quid novi* nel panorama giurisprudenziale di riferimento, o, peggio, abbia a rappresentare una forma di stravagante deriva concettuale «del» e «nel» c.d. Sistema C.E.D.U. È ben vero, *au contraire*, che nell'ambito della fattispecie in parola il Giudice di Strasburgo, confermando il presupposto in virtù del quale la rivendicazione del suicidio rappresenta una «legittima» (*recte*, legale) forma di estrinsecazione della propria vita privata e quindi una legittima (*recte*, legale) declinazione del «diritto» di realizzare il proprio *velle* storico su di sé, senza subire ingerenze eteronome, positive o negative che siano, ha ritenuto la ricorrente (compote di sé stessa in quanto capace di deliberare secondo la propria volontà e di volere secondo il proprio consapevole desiderio) lesa nel suo «diritto» (volitivo) di disporre *uti dominus* della propria esistenza, in quanto l'Ordinamento nazionale-statuale (svizzero), colla e nella sua farragine normativa, non le ha consentito di acquistare, nei modi in cui ella desiderava, una dose letale di pentobarbitale sodico allo scopo di farla usare/usarla su di sé e contro di sé per indurre (artificialmente) la propria morte.<sup>355</sup> Ponendo, allora, i termini del problema

---

<sup>355</sup> La Sentenza mentovata, infatti, non manca di palesare che “*the Court considers that the uncertainty as to the outcome of her request in a situation concerning a particularly important aspect of her life must have caused the applicant a considerable degree of anguish. The Court concludes that the applicant must have found herself in a state of anguish and uncertainty regarding the extent of her right to end her life which would not have occurred if there had been clear, State-approved guidelines defining the circumstances under which medical practitioners are authorised to issue the requested prescription in cases where an individual has come to a serious decision, in the exercise of his or her free will, to end his or her life, but where death is not imminent as a result of a specific medical condition. The Court acknowledges that there may be difficulties in finding the necessary political consensus on such controversial questions with a profound ethical and moral impact. However, these difficulties are inherent in any democratic process and cannot absolve the authorities from fulfilling their task therein*” (14 Maggio 2013, Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, *Gross versus Svizzera*, Ricorso № 67810/10).

nello «ordine logico» in cui questi consentono la loro più ampia disamina, ben tosto si comprende che la Corte, nel caso *de quo*, ha coerentemente (!) interpretato i divieti e le restrizioni posti dallo Stato, *ex lege*, con riguardo all'acquisto di quantitativi letali di farmaci, in guisa di ingerenze arbitrarie e ingiustificate (*ex art. 8 co. II c.e.d.u.*) in seno alla c.d. sfera privata delle persone, imperocché le disposizioni in parola hanno impedito alla ricorrente, di fatto, la realizzazione compiuta e piena della sua stessa volontà *ab-soluta*, relativamente alle modalità attuative del proprio suicidio, o, per meglio dire, del proprio diritto al suicidio. Non basta: rileva anche questo e cioè, rileva che attraverso siffatta pronunzia la Corte di Strasburgo ha dimostrato, ponendosi coerentemente nel solco tracciato col vomere della precedente giurisprudenza – sia chiaro – di collocare nell'ambito concettuale di quella che potremmo chiamare la «espressione soggettiva» della vita privata degl'individui, non solo l'opzione circa l'*an* e il *quando*, in riferimento alla realizzazione del proposito suicida, ma anche la dimensione operativo-attuativa del *quomodo* di esso. Il divieto (o, comunque, la scarsa chiarezza dell'Ordinamento sul punto), allora, a certe condizioni sulle quali pure torneremo, di prescrivere e quindi di acquistare (*id est*, di avere a disposizione legalmente, *ergo...* nel rispetto delle procedure) un quantitativo letale di barbiturico, proprio in quanto divieto atto a impedire, sia pure indirettamente, una data modalità operativa del suicidio, violerebbe *ex se* il «diritto subiettivo» dell'essere umano *compos sui* di porre fine alla propria vita (non solo se e quando egli desidera di farlo, ma anche) nel modo da lui medesimo prescelto per l'induzione della propria morte: la prescrizione (negativo-positiva) in parola, infatti, secondo quest'impostazione concettuale, invererebbe *ex se et in se* gl'estremi d'una prescrizione normativa idonea a conculcare la libertà negativa dell'*agens*, consistente non solo nel diritto di suicidarsi, ma anche e segnatamente nel diritto di usare, pel proprio suicidio, il mezzo autonomamente ritenuto più idoneo di altri a

soddisfare il proprio *velle* storico e quindi a (cercare di) realizzare la propria (perversa) felicità lockiano-nordamericana... Tutto questo significa – a nostro avviso, almeno – che il «diritto soggettivo» di cui stiamo trattando, vale a dire il c.d. diritto al suicidio e all’assistenza eutanasica, giusta il panorama che quivi viene a definirsi e in un certo senso a compiersi, si radicalizza nel suo essere «diritto» *in se* volitivo, anzi... nel suo essere «diritto» *in se πάν*-volitivo e ciò, proprio in quanto lo spettro contenutistico-sostanziale del suo stesso compendio volontaristico viene a inglobare in sé medesimo, non solo il fine (*id est*, lo scopo) arbitrariamente eletto dal *subiectum agens/volens* a oggetto della propria rivendicazione ([solo] volontaristicamente [in-]fondata), ma anche quella che potremmo chiamare la modalità operativa di esercizio della volontà in sé auto-definita e auto-definente-si (sotto il profilo della c.d. *electio mediorum*). Insomma: il contenuto sostanziale del «diritto al suicidio», nel suo essere epifenomeno del più vasto «diritto» alla incondizionata e incondizionabile «auto-gestione» della propria vita e della propria morte, viene ora a perdere la struttura (de-)concettuale e così la fisionomia che pur lo caratterizzerebbero in quanto *potestas facti (in agendo)* legalizzata – nell’assurdità teoretica e giuridica della fattispecie, ovviamente – nei meandri della volontà e della libertà negativa più assolute, più astratte e più incondizionabili, fino a confondersi, inglobandolo in sé, col e nel modo di realizzazione del proponimento suicidiario e fino a coinvolgere, sia pure obliquamente, lo spettro operativo della disciplina statuale atta a regolamentare la prescrizione dei farmaci potenzialmente utilizzabili (se voluti e se richiesti dal suicida) nelle cc.dd. pratiche eutanasiche. Talché... la modalità operativa del suicidio, vale a dire la *electio mediorum* con riguardo alla realizzazione della scelta di indurre la propria morte (sempre rimessa al *velle* storico dell’*agens*, ovviamente), diventa parte integrante e costitutiva – se così possiamo dire – dell’oggetto della rivendicazione di giuridicità che il

*subiectum* «agens ↔ volens» avrebbe sempre titolo di pretendere verso il proprio Stato il quale, infine, dovrebb'essere e rimanere *in se* neutro e *in se* neutrale, non solo ogniqualvolta vengano tratti in giuoco i cc.dd. problemi della vita privata e familiare (*sub* art. 8 c.e.d.u.), ma anche ogniqualvolta ne vengano interessate le modalità operativo-attuative. C'è una logica interna, invero, in questa sentenza, la quale «logica interna», per certi aspetti, supera in coerenza e rigore metodologico-applicativo i varii precedenti considerati. Questa «logica» (nell'assurdo, è inteso) – si badi bene – alberga innanzitutto nella circostanza in virtù della quale l'Organo giudicante, nel caso di specie, non ebbe a dare «rilevo dirimente», ai fini della decisione, allo stato di salute della ricorrente e in particolare non ebbe a dare rilievo al fatto che la ricorrente stessa, pur essendo vecchia, fosse perfettamente sana: proprio accogliendo il Ricorso *de quo* a'sensi dell'art. 8 c.e.d.u., infatti, la Corte europea dei Diritti dell'Uomo portò a compimento – se così possiamo dire – senza riserve (e senza «felici» contraddizioni), l'opzione *a priori* (α-)fondativa e (auto-)fondante del c.d. Sistema C.E.D.U., giusta la quale il diritto all'autodeterminazione assoluta su di sé non deve incontrare verun «ostacolo operativo» nemmeno (e tantomeno) qualora esso avesse a oggetto la disposizione più radicale, profonda, e «ingiustificata» (anche sotto il profilo del movente irrazionale) del bene giuridico rappresentato dalla propria vita... a nulla rilevando e a nulla potendo rilevare, dunque, la «qualità clinica» della vita stessa e lo stato di salute o di malattia dell'*agens/volens* storico. *Voluntas agentis/volentis magis spectanda est*, potremmo dire con una battuta, quasi parafrasando il vecchio broccardo in tema di successioni testamentarie, per descrivere la *ratio* del diritto all'autodeterminazione siccome contemplato «in sede europea»... *Viceversa* – ripigliando il filo del discorso – i precedenti *affaires* Haas e Pretty, pur essendosi conclusi (*au contraire*) col rigetto delle istanze attoree alla luce di una «cauta» interpretazione del secondo comma dell'art. 8 c.e.d.u.,



portarono i Giudici a svolgere le valutazioni che abbiamo *supra* considerato, con riguardo al «diritto soggettivo-volitivo» di accedere alle pratiche eutanasiche (agevolate *ab externo*), proprio sulla base fattuale rappresentata dalla situazione patologica dell'istante stesso per come rilevabile sul piano clinico-fisico-medico; così da lasciare intendere, allora, <sup>a</sup> che la patologia medesima avrebbe essenzialmente legittimato (*in thesis*) il soggetto *de quo* nella sua richiesta di essere agevolato nella realizzazione della «ultima volontà» (quasi fosse una *condicio sine qua non* per la legittimazione in questione) e così da lasciare intendere, di conseguenza, <sup>b</sup> che la istanza eutanastica avrebbe da essere senz'altro e sempre assecondata (in ispecie), nell'ipotesi in cui essa fosse rivendicata da parte di un soggetto oggettivamente e stabilmente sofferente nel proprio corpo, il quale soggetto, però – e questa è la ragione della cautela, eppertanto del rigetto in sede processuale dei ricorsi presentati da Pretty e da Haas – proprio per potere fruire dello «ultimo ausilio», dev'essere pienamente (!) compote di sé stesso e inequivocabilmente (!) capace di esercitare una sicura sovranità – come supremazia (!) su di sé e come indipendenza (!) dagli altri – e un certo dominio sulla propria persona.<sup>356</sup> Abbiamo testé parlato di «logica interna» nell'ambito della sentenza che quivi stiamo commentando laonde i Giudici hanno accolto, ritenendole fondate *ex art. 8, co. 1 c.e.d.u.*, le censure che la ricorrente Gross ha prospettato contro l'Ordinamento elvetico, il quale non sarebbe stato sufficientemente «chiaro» nell'indicazione delle procedure e

---

<sup>356</sup> Nell'ambito della pronunzia sul caso Pretty, infatti, la Corte precisò che “*la requérante souffre des effets dévastateurs d'une maladie dégénérative qui va entraîner une détérioration graduelle de son état et une augmentation de sa souffrance physique et mentale. L'intéressée souhaite atténuer cette souffrance en exerçant un choix consistant à mettre fin à ses jours avec l'assistance de son mari*” (29 Aprile 2002, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Pretty versus Regno unito*, Ricorso № 2346/02); similmente – come è noto – i Giudici s'espressero nel caso Haas, ove non ommisero di osservare che “*le requérant allègue non seulement que sa vie est difficile et douloureuse, mais également que, s'il n'obtient pas la substance litigieuse, l'acte de suicide lui-même serait privé de dignité*” (20 Gennaio 2011, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Haas versus Svizzera*, Ricorso № 31322/07).

dei requisiti necessari ai fini di potere legalmente acquistare<sup>357</sup> (e a monte, farsi prescrivere) la dose letale di pentobarbitale sodico, necessaria per la realizzazione del proposito suicida, nel modo desiderato, per sé, dalla ricorrente medesima.<sup>358</sup> Ebbene... la «logica» di questa pronunzia giurisprudenziale esprime *ex se* una radicale coerenza interna al Sistema di riferimento rispetto alle *rationes* che ne strutturano l'architettura: che la ricorrente Gross, infatti, fosse perfettamente sana nel proprio corpo, per quanto anziana, date le vedute premesse volontaristico-nihilistiche del c.d. Ordinamento C.E.D.U., non avrebbe dovuto e non avrebbe potuto rilevare con riguardo al vaglio di «legittimità liberale» della sua richiesta di accesso al farmaco letale e in effetti... i Giudici di Strasburgo, coerentemente, non hanno dato (né suggerito) un rilievo ostativo a quest'aspetto, focalizzandosi solamente sulla volontà *ab-soluta* del soggetto *de quo* e sull'impossibilità di una piena realizzazione della stessa, a causa della farragine normativa posta in essere dalla Legislazione svizzera. La «quantità» di salute e/o di malattia, invero, non è e non può essere un elemento di rilievo – nel contesto *πάπ-liberale* di cui stiamo trattando – per discernere coloro ai quali è consentito l'accesso all'eutanasia, da coloro ai quali è vietato, anzi... qualora lo fosse, vale a dire qualora il «diritto» all'eutanasia fosse «condizionato» dall'entità

---

<sup>357</sup> Non pare equivoco il discorso sviluppato dalla Corte, la quale, infatti, ha precisato che “*there may also be positive obligations inherent in an effective ‘respect’ for private life. These obligations may even involve the adoption of measures designed to secure respect for private life in the sphere of relations between individuals, including both the provision of a regulatory framework of adjudicatory and enforcement machinery protecting individuals’ rights and the implementation, where appropriate, of specific measures [... e che, pertanto (nda)] the foregoing considerations are sufficient to enable the Court to conclude that Swiss law, while providing the possibility of obtaining a lethal dose of sodium pentobarbital on medical prescription, does not provide sufficient guidelines ensuring clarity as to the extent of this right. There has accordingly been a violation of Article 8 of the Convention in this respect*” (14 Maggio 2013, Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Gross *versus* Svizzera, Ricorso № 67810/10).

<sup>358</sup> Resta del tutto coerente con le *rationes* «di fondo» l’osservazione della Corte, a mente della quale “*the Court considers that the applicant’s wish to be provided with a dose of sodium pentobarbital allowing her to end her life falls within the scope of her right to respect for her private life under Article 8 of the Convention*” (14 Maggio 2013, Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Gross *versus* Svizzera, Ricorso № 67810/10).

di una patologia e quindi – potremmo semplicisticamente dire – dalla gravità, dalla cronicità o dalla irreversibilità della diagnosi, verrebbe a realizzarsi, giusta l’opzione verso la c.d. eguaglianza illuministica, pienamente accolta (anche) dallo stesso Sistema C.E.D.U.,<sup>359</sup> un’arbitraria forma di discriminazione tra soggetti eguali nel loro «diritto» all’assoluta autodeterminazione della propria *voluntas* contingente ed egualmente capaci (se egualmente capaci, ovviamente) di volere ciò che desiderano e di desiderare ciò che vogliono. Ne consegue... che il mancato rilievo e quindi la mancata considerazione in termini negativo-escludenti dello stato di piena salute goduto dalla ricorrente, in sede analisi del di lei diritto all’assoluta autodeterminazione eutanasica, non rappresenta affatto una forma di deviazione «dal» c.d. Sistema C.E.D.U., ma porta a compimento, invece, il percorso da esso indicato *apertis verbis*, nella strada e verso la strada del volontarismo vitalistico e del nihilismo giuridico-filosofico. Resta vieppiù scontato, tuttavia, che il problema concernente la pretermissione logico-concettuale della valutazione circa stato di salute della ricorrente, non è certo stato affrontato dalla Corte, nell’ambito dell’*affaire* Gross, collo scopo di evitare l’*iniuria* nell’*iniuria*, rappresentata dalla discriminazione arbitraria tra sani e ammalati, la quale discriminazione, peraltro, tosto lascerebbe preludere a un parametro per definire il valore ponderale della vita, secondo il *quantum* della salute o della malattia, sì da spalancare le porte a uno scenario di vite *ex se* degne e di vite *ex se* indegne, se non (per ora) di essere

---

<sup>359</sup> Basti considerare il contenuto e la *ratio* del c.d. Protocollo 12 (Roma, 4 Novembre 2000) il cui preambolo recita “gli Stati membri del Consiglio d’Europa, [...] tenuto conto del principio fondamentale, secondo il quale tutte le persone sono uguali innanzi alla legge e hanno diritto alla stessa protezione da parte della legge; Risolti ad adottare ulteriori misure per promuovere l’uguaglianza di tutte le persone mediante l’applicazione collettiva di un divieto generale di discriminazione mediante la Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell’Uomo e delle Libertà fondamentali, [...] riaffermando che il principio della non discriminazione non impedisce agli Stati parte di adottare misure per promuovere una piena ed effettiva uguaglianza, a condizione che queste rispondano a una giustificazione oggettiva e ragionevole” e che l’art. 1 dello stesso Protocollo, sotto la *rubrica* “divieto generale di discriminazione” prevede che “il godimento di ogni diritto previsto dalla Legge deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, [...] e che, conseguentemente (nda)] nessuno potrà essere oggetto di discriminazione da parte di una qualsivoglia Autorità pubblica”.

vissute, senz'altro di essere protette e tutelate *pleno iure*, contro la volontà arbitraria del loro stesso titolare, ma rappresenta – si badi bene – solo il tentativo di raggiungere un equilibrio teorico-scientifico-formale tra «espressione» massima della libertà negativa e tutela, altrettanto massima, della volontà parimenti negativa dei *subiecti volentes* ↔ *agentes*. Se tutto questo è vero, ora, occorre rilevare che uno tra i problemi cruciali posti dalla mentovata sentenza, effettivamente concerne “l’ambigua questione di quali siano i reali confini dell’obbligazione positiva che sussiste in capo ai Legislatori nazionali e [che (nda)] richiede di disciplinare il tema del [c.d. (nda)] fine vita”,<sup>360</sup> per quanto... l’aspetto delle cc.dd. obbligazioni positive dello Stato – vale a dire di quelle obbligazioni di *facere* che lo Stato stesso dovrebbe adempiere – parrebbe ridursi, *ex uno latere*, ai profili di «ordine pubblico formale» già contemplati in termini generali al secondo comma del citato art. 8 c.e.d.u. ed *ex alio*, alla «eliminazione» normativo-formale (*ex lege*) di tutti i vincoli suscettivi di conculcare, direttamente o indirettamente, il c.d. diritto all’autodeterminazione eutanassica assoluta, inteso non solo nella sua «dimensione» di diritto-al-fine-prescelto, *id est*, nella sua «dimensione» di diritto del *subiectum agens* di disporre *uti dominus* della propria morte (e segnatamente del suo *quando*), ma anche nel suo «aspetto» più radicale (e coerente) di diritto-al-mezzo-richiesto, *id est*, nel suo «aspetto» di diritto, sempre facente capo all’*agens/volens* storico, ovviamente, all’uso della procedura di induzione del proprio decesso autoreferenzialmente e insindacabilmente ritenuta, per sé, migliore di altre.<sup>361</sup> Di talché... lo Stato, giusta la *ratio* della pronunzia in istudio,

---

<sup>360</sup> VIGATO, *Il suicidio assistito in Svizzera, la Corte europea dei diritti dell’uomo “invita” a prendere posizione anche sull’eutanasia delle persone sane*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, Torino, Giappichelli, 2013, III, pagg. 961.

<sup>361</sup> Ben si può comprendere, allora, la cautela che la Corte stessa ha manifestato nell’affermare che “*there may also be positive obligations inherent in an effective ‘respect’ for private life. These obligations may even involve the adoption of measures designed to secure respect for private life in the sphere of relations between individuals, including both the provision of a regulatory framework of adjudicatory and enforcement machinery protecting individuals*”

parrebbe essere essenzialmente latore di un obbligo di *abstine*, il quale, però, proprio per potere essere radicalmente (!) adempiuto *in rebus positi iuris*, dovrebbe vieppiù sostanziarsi nell'obbligazione di prevedere una (ri-)disciplina per l'accesso all'eutanasia, la più liberale possibile, la quale (disciplina positivo-normativa), superando, eppertanto modificando, l'attuale e vigente normazione, abbia a contemplare i soli (!) argini concettuali – e quindi i soli (!) criterii operativi – di cui al citato comma secondo dell'art. 8 c.e.d.u., pur variamente e cautamente interpretabile (come i Giudici di Strasburgo hanno dimostrato di interpretarlo nei citati casi Haas e Pretty). Se questo è vero, allora, gli Ordinamenti giuridici nazionali-statuali, ciascheduno all'interno del proprio plesso normativo, proprio per adempiere il fine scientifico-operativo assegnato loro dal c.d. Sistema C.E.D.U., dovrebbero auto-regolar-si e auto-limitar-si, consentendo e anzi agevolando la più ampia realizzazione possibile della volontà insindacabile, incondizionata e incondizionabile dei soggetti, senza definire e/o prevedere alcun limite ed (contemporaneamente) eliminando quelli eventualmente sussistenti a livello di *ius in civitate positum*, siano essi diretti o indiretti... un tanto – ovviamente – coll'unico «criterio» (scientifico-operativo) che l'estrinsecazione di siffatta *voluntas/voluptas* non vada a creare «problemi» contingenti sul piano della «convivenza geografica» (*recte*, sul piano della vicinanza geografica) tra i cittadini illuministicamente (*rectius*, lockianamente) intesi. Ecco quindi che l'obbligazione positiva dello Stato, cui testé abbiamo fatto cenno, parrebbe finalmente strutturarsi, quantomeno da un punto di vista concettuale, in guisa di «mezzo» (concettuale) necessario all'adempimento di un'altra obbligazione, vale a dire di quella che effettivamente grava in capo all'Ordinamento giuridico e che s'infutura in un'obbligazione complessa, la quale è sostanzialmente/essenzialmente

---

*rights and the implementation, where appropriate, of specific measures*” (14 Maggio 2013, Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, *Gross versus Svizzera*, Ricorso № 67810/10).

negativa (di *abstine/pati*), sotto il profilo dell'ingerenza nella sfera privata dei soggetti (*abstine*) ed è (accidentalmente/funzionalmente) positivo-attiva sotto il profilo indiretto delle guarentigie da porre a presidio dell'assoluta libertà hegeliana delle persone, contro ingerenze e/o prevaricazioni *lato sensu* esterne, derivino, queste, dalle disposizioni ancora vigenti nell'Ordinamento (l'esempio – per dare conto dei termini del problema – potrebb'essere quello offerto dall'art. 5 del Codice civile italiano) o dall'arbitrio di chi voglia affermare il proprio *velle* storico sopra un soggetto diverso da sé (in ipotesi, sopra un c.d. soggetto debole, affidato alle sue «cure»). In parole povere, allora – come si suole dire – lo Stato avrebbe l'obbligo negativo di astenersi da ogni forma di ingerenza nelle opzioni individuali che abbiano a oggetto i vari aspetti della c.d. vita privata, il quale obbligo *in se* negativo, però, per essere pienamente adempiuto, richiede all'Ordinamento medesimo di porre mano alla sua stessa struttura normativa al fine di eliminare i limiti e le prescrizioni in essa sussistenti, i quali abbiano a condizionare e/o a conculcare la libertà negativa dei *cives* di vivere e di morire secondo il proprio contingente capriccio... Vero è bene, infatti, che la censura mossa dalla Corte europea dei Diritti dell'Uomo all'Ordinamento elvetico, nel caso di cui trattasi, concerne, in ultima istanza, la deficienza in esso d'una normativa idonea a disciplinare «amministrativamente» la somministrazione di farmaci letali (anche) ai richiedenti che non siano affetti da particolari stati morbosi, la quale normativa sia strutturata a immagine di quella vigente, atta alla disciplina della «eutanasia farmacologica» somministrabile *ad nutum et ad libitum* ai (soli) pazienti affetti da gravi e irreversibili patologie. Ne deriva – a nostro avviso almeno – che il *vulnus* considerato dalla Corte e dalla Corte stessa censurato mercé la pronunzia in narrativa, lungi dall'interessare il problema della dignità della vita e lungi dal concernere la questione relativa al principio (*in se* e in quanto tale) di uguaglianza tra soggetti ontologicamente

uguali, emerge solamente sul piano della eguaglianza formale, intesa in guisa di omologazione illuministica da operare su base normativa, la quale eguaglianza omologante e omologatrice, però, non ha da essere letta, in questo caso, attraverso le lenti del c.d. diritto alla vita o attraverso le lenti della c.d. *par condicio* tra soggetti «al» medesimo diritto positivo, ma ha da essere intesa come eguaglianza assoluta nella fruizione e nell'esercizio del diritto, altrettanto assoluto (*id est*, volitivo), all'autodeterminazione incondizionata e incondizionabile della propria volontà; sicché la Corte – a nostro parere, ovviamente – ha censurato l'Ordinamento elvetico,<sup>362</sup> non in quanto questo avrebbe violato il criterio dell'eguaglianza tra soggetti sani e soggetti malati, quanto piuttosto in virtù del fatto che l'assenza di una norma positiva atta a disciplinare l'accesso a farmaci letali, avrebbe leso le persone sane nel loro diritto di decidere se, come, quando e in ispecie con quali mezzi porre fine alla propria vita...<sup>363</sup>

Un tanto precisato, ora, tosto rileva che il problema relativo al «modo d'intendere» il diritto all'autodeterminazione della persona, nell'ambito del c.d. contesto europeo, non si «riduce» – come è noto – alla questione

---

<sup>362</sup> Il quale Ordinamento – sia chiaro – pur «considera» il c.d. diritto al suicidio, alla stregua d'una legittima prerogativa del soggetto, vero è, infatti che già il Tribunale federale, interpretando l'art. 8 c.e.d.u., ebbe a precisare che “*das geschützte Privatleben umfasst die psychische und physische Integrität ebenso wie Aspekte der sozialen Identität des Menschen (Name, Sexualleben, geschlechtliche Identität usw.); daneben schützt Art. 8 E.M.R.K. [il riferimento è all'art. 8 c.e.d.u. (nda)] das Recht auf persönliche Entwicklung und darauf, persönliche Beziehungen mit anderen Menschen und der Umwelt ausbilden und unterhalten zu können. Zum Selbstbestimmungsrecht im Sinne von Art. 8 Ziff. 1 EMRK [il riferimento è all'art. 8 co. I c.e.d.u. (nda)] gehört auch das Recht, über Art und Zeitpunkt der Beendigung des eigenen Lebens zu entscheiden; dies zumindest, soweit der Betroffene in der Lage ist, seinen entsprechenden Willen frei zu bilden und danach zu handeln*” (3 Novembre 2006, Tribunale Federale Svizzero, ATF 133 I 58).

<sup>363</sup> È stato condivisibilmente affermato, infatti, da parte di Elisabetta Vigato, che “la scelta della Svizzera di non disciplinare il caso di somministrazione di farmaci letali a oggetti sani potrebbe essere letta come l'esito di una precisa valutazione [... *lato sensu* politica che per la Corte ha da essere intesa in guisa di (nda)] inerzia tale da compromettere l'effettiva tutela del diritto al rispetto della vita privata [... vero è che (nda)] il fulcro della censura della Corte non sembrerebbe essere costituito tanto dall'assenza di chiarezza della legislazione elvetica, quanto piuttosto dalla mancata regolazione dell'ipotesi specifica relativa al suicidio assistito del soggetto sano” (Cfr VIGATO, *Il suicidio assistito in Svizzera, la Corte europea dei diritti dell'uomo “invita” a prendere posizione anche sull'eutanasia delle persone sane*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, Torino, Giappichelli, 2013, III, pag. 962).

concernente lo spettro delle prerogative (*lato sensu*) giuridico-positive facenti capo al soggetto e inerenti la «disposizione» del proprio corpo e della propria esistenza in vita, ma involge (*ex plurimis*) anche la dimensione più ampia – se così possiamo dire – e non certo insuscettibile di rilievo «sociale» e «politico», rappresentata dal «diritto» (*recte*, dalla rivendicazione) del soggetto *de quo* di auto-determinar-si *secundum eventum voluntatis*, nelle e colle relazioni intersubiettive variamente manifestate/manifestabili *in rebus hominis*. Segnatamente, l'*ubi consistam* della questione in parola concerne non tanto il potere effettivo della persona compote di sé stessa, di dare luogo, coll'altrui compartecipazione – è inteso – a una relazione strutturata secondo i «programmi operativi» e secondo le volontà storiche di quanti la compongono, né concerne, invero, la valutazione «politica» (la valutazione *de quo* – si badi – può essere autenticamente politica, oppure può essere meramente operativa, a seconda dei criterii, politici in sé o scientifici, ch'essa postula) che l'Ordinamento deve e può fare per operare un «vaglio tecnico» circa l'opportunità di proibire e conseguentemente di sanzionare, o di non proibire e conseguentemente di non sanzionare, determinate forme di «rapporti personali», la cui intrinseca struttura soggettiva potrebbe porre problemi, anche solo teorici (ci limitiamo all'aspetto della coerenza endo-sistematica, senza – per ora – profilare la questione teoretica, di gran lunga più rilevante), con riguardo alle *rationes* di fondo del Sistema di riferimento, ma concerne un aspetto diverso e – a nostro avviso, almeno – molto più profondo e radicato *in rebus iuris*: si tratta, infatti, del problema πάλν-  
 giuridico invero dalla (eventuale) rivendicazione di un riconoscimento gius-normativo e di una collocazione gius-formale dei rapporti inter-personali *de quibus*, se non necessariamente all'interno della disciplina matrimoniale (*stricto sensu* intesa: vale a dire, quella fondativa della famiglia tecnicamente definita [*ex art. 29 co. I cost. et a'sensi dell'art. 12*



c.e.d.u.]), senz'altro all'interno dello «spazio» concettuale e (positivisticamente) giuridico riservato alla famiglia umana, la quale rivendicazione di giuridicità *lato sensu* intesa venga avanzata, senza argomenti diversi da quelli del *velle quia volutum* e quindi senza alcun riferimento all'essere-in-sé della famiglia (anzi... proprio prescindendo da esso), da parte di coloro i quali hanno realizzato le «unioni» in parola esclusivamente secondo la propria volontà negativo-hegeliana di stare gli uni accanto agl'altri e col mero fine di soddisfare il proprio desiderio contingente (e *ab-solutus*) di condividere assieme (*recte*, accanto), nell'*hic et nunc* di un dato momento storico, una esperienza di vita non altrimenti qualificata o qualificabile e senz'altro *ab-soluta*, sia... rispetto alle *rationes* positive del contesto familiare, sia, soprattutto, rispetto ai principii giuridico-oggettivi della realtà e dell'essere della famiglia *in se* umana. Ci riferiamo – come il Lettore avrà di già inteso – all'ipotesi in cui due o più soggetti, i quali abbiano auto-deciso di condividere una data fase della loro vita e i quali ritengano che questa loro «condizione personale» abbia a rappresentare un fenomeno declinabile secondo i cc.dd. principii familiari, rivendichino il «diritto», che sarebbe propriamente un diritto volitivo (e non soggettivo...), affinché la loro unione volontaristica assuma, nell'ambito dell'Ordinamento giuridico (positivo) di riferimento, una coloritura formale se non coincidente con quella definita per la famiglia propriamente detta (vale a dire, fondata sul matrimonio il quale, per sua natura, può essere validamente contratto solo da due persone capaci di volerlo coscientemente, di genere diverso e per tutta la vita, collo scopo di tendere sia al reciproco sostegno morale e materiale, sia alla naturale e umana procreazione, nonché alla conseguente cura della eventuale prole), quantomeno plasmata sulle prerogative legali di essa, in termini di accesso al *favor* che la *condicio familiaris* comporta pei coniugi ai vari livelli della normazione statuale (economico, fiscale, tributario, civilistico *et coetera*). Ebbene... se è vero che nell'ambito del c.d.

contesto C.E.D.U. il problema non può essere (*recte*, non è stato agevolmente e ) direttamente affrontato sotto il profilo dell'ampiezza da dare all'istituto legale del matrimonio e ciò, proprio in quanto la disciplina di esso, *ex uno latere* è (contenutisticamente) rimessa agli Stati membri ed *ex alio* è definita, quantomeno nei suoi tratti essenziali, dall'art. 12 c.e.d.u., ov'è opportunamente detto che “a partire dall'età minima per contrarre matrimonio l'uomo e la donna hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto” e quindi se è vero che il matrimonio, per come profilato dalla C.E.D.U., non può postulare un contenuto rimesso o rimettibile al mero *velle* storico dei *subiecti-volentes/agentes*, essendo e dovendo essere, questo, definito *ex auctoritate* dallo Stato, è altrettanto vero che la questione relativa alla pretesa di due o più persone di essere titolari, *uti singuli* e in quanto coppia (o, comunque, collettività), di diritti analoghi (!) a quelli proprii dei coniugi, pone alla Corte di Strasburgo la necessità di esprimersi sulla base di una «lettura sistematica» della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo, la quale lettura consideri, in particolare, il combinato disposto tra l'art. 8 e l'art. 14 c.e.d.u.<sup>364</sup> e la quale porti a compimento, anche in quest'occasione – ovviamente – il disegno volontaristico che definisce la struttura del c.d. Sistema europeo (*id est*, nel c.d. Sistema C.E.D.U.) nella sua (non-)fondazione vitalistico-nihilistica. Senza entrare troppo, ora, nel merito dell'analisi e della riflessione intorno alla giurisprudenza della c.d. Corte E.D.U. e senza soffermarsi più che tanto sulla sua evoluzione (pur articolata), è mestieri di osservare, sotto il profilo del diritto all'autodeterminazione della/e persona/e, che i Giudici di Strasburgo, pur

---

<sup>364</sup> Infatti Alessandro Schuster opportunamente ha osservato che “la Corte ha ricondotto la tutela del partner e della coppia non più solo al profilo della protezione della vita privata di cui all'art. 8, considerato distintamente o talvolta congiuntamente con l'art. 14 in materia di non discriminazione, ma anche sotto quello della vita familiare”(SCHUSTER, *Le unioni fra persone dello stesso genere nel diritto comparato ed europeo*, in PEZZINI – LORENZETTI (a cura di), *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, Napoli, Jovene, 2011, pagg. 274 e s.).

non ponendo (per ora: il problema è «aperto», come vedremo *infra* e la sua soluzione è *in fieri*, se così possiamo dire) in capo agli Stati membri un vero e proprio obbligo di «ampliare» (*recte*, di snaturare e quindi di privare della sua stessa *ratio essendi*, oltretutto, ovviamente, del suo principio/statuto ontologico) l'istituto del matrimonio, tanto da renderlo accessibile a qualsivoglia «contesto plurisoggettivo» e in ispecie a quello realizzato dalle cc.dd. coppie omosessuali<sup>365</sup> e pur non imponendo agli Stati stessi di disciplinare *ex lege* le cc.dd. unioni di fatto,<sup>366</sup> hanno «suggerito» – peraltro sulla base di una «discutibile» valutazione sociologica della «dimensione storica» di riferimento<sup>367</sup> – che vi sarebbe, quantomeno in termini astratti,

---

<sup>365</sup> Infatti la c.d. Corte E.D.U. ha precisato che “*pour autant que les requérants semblent faire valoir que le droit au mariage homosexuel peut se déduire de l'article 14 combiné avec l'article 8 à défaut d'être inclus dans l'article 12, la Cour marque son désaccord avec cette thèse. Elle rappelle que la Convention forme un tout, de sorte qu'il y a lieu de lire ses articles en harmonie les uns avec les autres [...]. Eu égard à sa conclusion ci-dessus, à savoir que l'article 12 n'impose pas aux Etats contractants l'obligation d'ouvrir le mariage aux couples homosexuels, l'article 14 combiné avec l'article 8, dont le but et la portée sont plus généraux, ne sauraient être compris comme imposant une telle obligation*” (24 Giugno 2010, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Schalk et Kopf versus Austria*, Ricorso № 30141/04).

<sup>366</sup> È ben vero, infatti, che la c.d. Corte E.D.U. ha stabilito che “*force est pour la Cour de constater que se fait jour un consensus européen tendant à la reconnaissance juridique des couples homosexuels et que cette évolution s'est en outre produite avec rapidité au cours de la décennie écoulée. Néanmoins, les Etats qui offrent une reconnaissance juridique aux couples homosexuels ne constituent pas encore la majorité. Le domaine en cause doit donc toujours être considéré comme un secteur où les droits évoluent, sans consensus établi, et où les Etats doivent aussi bénéficier d'une marge d'appréciation pour choisir le rythme d'adoption des réformes législatives*” (24 Giugno 2010, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Schalk et Kopf versus Austria*, Ricorso № 30141/04).

<sup>367</sup> Abbiamo parlato di «valutazione discutibile» imperocché, a nostro avviso, non è la sociologia a dovere ispirare, influenzare e plasmare il diritto – anche quello positivo, è ovvio – ma è il diritto (in ispecie quello *in civitate positum*) a dovere condizionare la sociologia. Vediamo di spiegarci meglio: secondo la nostra sensibilità, infatti, non è il contesto habermasianamente condiviso in una data dimensione sociale a dovere determinare il *quantum*, l'*an* o il *quia* delle regole giuridiche, ma sono le regole giuridiche in quanto tali e in quanto atti di partecipazione dell'idea di giustizia a dovere sempre e necessariamente condizionare la società civile, imponendo alla stessa di essere... sempre più civile, vale a dire, sempre più umana, eppertanto sempre più informata ai principii oggettivi e indisponibili del giure che è *in se* e che essendo *in se* è indipendente da qualsivoglia volizione (condivisa o non condivisa che sia). *Au contraire* – come detto nel testo – i Giudici di Strasburgo hanno osservato che “*dès lors, prenant en compte l'article 9 de la Charte, la Cour ne considère plus que le droit de se marier consacré par l'article 12 de la Convention doive en toutes circonstances se limiter au mariage entre deux personnes de sexe opposé. C'est pourquoi on ne saurait dire que l'article 12 ne s'applique pas au grief des requérants. Néanmoins, en l'état actuel des choses, l'autorisation ou l'interdiction du mariage homosexuel est régie par les lois nationales des Etats contractants. A cet égard, la Cour observe que le mariage possède des connotations*

una specie di duplicazione dei contesti (simil-)giuridici, tale per cui, da un lato andrebbe collocata <sup>a</sup> la disciplina del matrimonio, nel suo essere fondativo, se non «della» famiglia *in se*, quantomeno di un «modello legale» di famiglia, acriticamente (e in-/α-fondatamente) assunto come archetipo-prototipo della *ratio familiae* da parte dello stesso Sistema normativo vigente e dall'altro andrebbe collocata <sup>b</sup> la disciplina della convivenza *more uxorio*, variamente definita e variamente disciplinata (*ad libitum* [?]) dagli Ordinamenti giuridico-positivi di riferimento, a livello «statuale-nazionale». Con riguardo, ora, a siffatta «duplicazione» la quale implica peranco, o comunque non evita, una forma di «primazia giuridica» del matrimonio, inteso, però, non già come matrimonio *in se*, quanto piuttosto alla stregua di un mero istituto formale privo di carattere e di contenuto oggettivo (e quindi rimesso, nel contenuto, per l'appunto, alla disciplina positiva degli Stati, in sé discrezionale), la Corte stessa ritiene che gli Stati mantengano (*rectius*, godano di), *ex art. 12 c.e.d.u.*, una sorta di «discrezione gius-pubblicistica» (*id est*, una sorta di discrezione esercitabile, ancorché in ambiti civilistici, sul piano del c.d. ordine pubblico) nel disciplinare diversamente la «famiglia fondata sulla *figura matrimonii* da loro stessi optata alla stregua del paradigma matrimoniale-familiare «dello» e «nello» Ordinamento positivo di riferimento, rispetto ad altre forme di convivenza *more uxorio*, pur previste dallo *ius positum*, latrici di un'autonoma e distinta (da quella matrimoniale) fisionomia tecnico-normativa; per quanto... giovi tosto rilevare un aspetto oltremodo significativo e cioè, come i Giudici *de quibus* non ammettano, a differenza di quanto dispongono con riguardo alla disciplina del matrimonio – giusta il disposto dell'art. 14 c.e.d.u. – che siffatte diverse «figure di convivenza» possano essere riservate solo alle

---

*sociales et culturelles profondément enracinées susceptibles de différer notablement d'une société à une autre. Elle rappelle qu'elle ne doit pas se hâter de substituer sa propre appréciation à celle des autorités nationales, qui sont les mieux placées pour apprécier les besoins de la société et y répondre*” (24 Giugno 2010, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Schalk et Kopf versus Austria*, Ricorso № 30141/04).

cc.dd. coppie eterosessuali. Come a dire, allora, che a parere della Corte di Strasburgo, se gli Stati hanno ufficio di (continuare a) disciplinare il matrimonio anche (!) nella sola forma eterosessuale e un tanto, per ragioni di mera prassi sociologica e per una sorta di ossequio alla forma del citato art. 12 c.e.d.u., essi non possono procedere nello stesso modo, allorquando abbiano a introdurre nel loro Ordinamento giuridico positivo una fattispecie atta a disciplinare la convivenza *more uxorio*, strutturata nella forma, potremmo dire, *extra*-matrimoniale. La c.d. Corte E.D.U., infatti, pur ammettendo che vi possano essere (ancora) due «binarii paralleli» sui quali collocare, ciascheduno al proprio posto – come si dice – i cc.dd. rapporti personali e segnatamente il «binario» del matrimonio, accanto (*recte*, parallelamente) al «binario» della convivenza *more uxorio* (se e in quanto) disciplinata dalla Legge positiva, postula una sorta di *par condicio* all'interno di e in relazione a quello che potremmo chiamare – certo, con un ossimoro – il «binario eccentrico» e un tanto... al di là dell'effettivo contenuto e degli effettivi limiti definiti dalla disciplina che lo formalizza *in posito iure*. Vero è, infine, la Corte postula una «pari dignità» tra la convivenza *more uxorio* realizzata da due (o più?) soggetti di genere diverso e i contesti di convivenza stabile venutisi a creare, sempre *ex voluntate absoluta*, tra soggetti cc.dd. omosessuali: infatti... è già stato affermato inequivocabilmente (e coerentemente colle premesse nihilistiche dell'intero Sistema) che la convivenza (*more uxorio*), nel momento in cui ottiene una forma legale di disciplina, eppertanto di «dignità (formalistico-)giuridica» all'interno dell'Ordinamento positivo, non può (!) e non deve (!) essere limitata – com'è accaduto in Terra di Grecia<sup>368</sup> – alle sole coppie formate da

---

<sup>368</sup> Ci riferiamo alla Legge greca 3719/2008 la quale istituisce le cc.dd. unioni registrate, riservandole alle sole coppie eterosessuali e la quale, in ragione di siffatta esclusione, è stata oggetto di vaglio e di censura (!) giurisprudenziale in sede C.E.D.U. ove i Giudici di Stasburgo, infatti, hanno osservato che “*en l'espèce, les requérants ont formulé leur grief sous l'angle de l'article 14 combiné avec l'article 8 et le Gouvernement ne conteste pas l'applicabilité de ces dispositions. La Cour juge qu'il convient de suivre cette approche [...]. La Cour rappelle par*

---

ailleurs avoir déjà énoncé maintes fois que l'article 14 n'est pas autonome: il ne s'applique qu'en relation avec les autres clauses normatives de la Convention et des Protocoles, qu'il complète [...] la Cour constate, au vu des éléments du dossier, que les requérants forment des couples homosexuels stables. De plus, il n'est pas contesté que la relation qu'ils entretiennent relève de la notion de 'vie privé' au sens de l'article 8 de la Convention. En outre, la Cour rappelle que [...] eu égard à l'évolution rapide dans de nombreux Etats membres quant à la reconnaissance juridique des couples de même sexe, il serait artificiel de continuer à considérer que, au contraire d'un couple hétérosexuel, un couple homosexuel ne saurait connaître une vie familiale aux fins de l'article 8 [...]. Partant, la Cour estime que la relation que les requérants entretiennent en l'espèce relève de la notion de 'vie privée' ainsi que celle de « vie familiale » au même titre que celle d'un couple de sexe opposé se trouvant dans la même situation. Elle ne décèle pas d'élément permettant de distinguer, comme le demande le Gouvernement [...] entre les requérants qui vivent ensemble et ceux qui – pour des raisons professionnelles et sociales – ne cohabitent pas [...] car en l'espèce l'absence de cohabitation ne prive pas les couples concernés de la stabilité qui les fait relever de la vie familiale au sens de l'article 8 [...]. Sur l'objet de l'affaire la Cour estime important de circonscrire l'objet de la présente affaire. Le grief des requérants ne porte pas in abstracto sur l'obligation générale de l'Etat grec de prévoir en droit interne une forme de reconnaissance juridique des relations entre personnes homosexuelles. En l'espèce, les requérants se plaignent que la loi № 3719/2008 prévoit le «pacte de vie commune» uniquement pour les couples de sexe opposé, écartant ainsi de plano les couples de même sexe de son champ d'application. En d'autres termes, les requérants font grief à l'Etat grec non pas d'avoir failli à répondre à une obligation positive qui lui aurait été imposée par la Convention, mais d'avoir introduit par la loi № 3719/2008 une distinction qu'ils estiment discriminatoire à leur égard. Partant, la question posée est de savoir si l'Etat grec pouvait en l'espèce, au regard des articles 14 et 8 de la Convention, édicter une loi instituant à côté de l'institution du mariage un nouveau système de partenariat enregistré à destination des couples non mariés, en limitant cette possibilité aux couples de sexe opposé, à l'exclusion de ceux de même sexe. Les principes se dégageant de la jurisprudence de la Cour. Selon la jurisprudence constante de la Cour, pour qu'une question se pose au regard de l'article 14, il doit y avoir une différence dans le traitement de personnes placées dans des situations comparables. Une telle différence est discriminatoire si elle ne repose pas sur une justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un but légitime ou s'il n'y a pas un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. Les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des distinctions de traitement [...]. La notion de discrimination au sens de l'article 14 englobe également les cas dans lesquels un individu ou un groupe se voit, sans justification adéquate, moins bien traité qu'un autre, même si la Convention ne requiert pas le traitement plus favorable [...]. L'orientation sexuelle relève du champ d'application de l'article 14. La Cour a maintes fois déclaré que, comme les différences fondées sur le sexe, celles fondées sur l'orientation sexuelle doivent être justifiées par des 'raisons particulièrement solides et convaincantes' [...]. S'agissant de différences de traitement fondées sur le sexe ou l'orientation sexuelle, la marge d'appréciation des Etats est étroite [...]. Les différences motivées uniquement par des considérations tenant à l'orientation sexuelle sont inacceptables au regard de la Convention [...]. La première question qui se pose à la Cour est celle de savoir si la situation des requérants est comparable à celle d'un couple hétérosexuel souhaitant conclure un 'pacte de vie commune' en vertu de la loi № 3719/2008. La Cour rappelle que les couples homosexuels sont, tout comme les couples hétérosexuels, capables de s'engager dans des relations stables [...]. Elle considère donc que les requérants se trouvent dans une situation comparable à celle de personnes hétérosexuelles pour ce qui est de leur besoin de reconnaissance juridique et de protection de leur relation de couple [...]. En outre, la Cour relève que le premier article de la loi № 3719/2008 réserve explicitement la possibilité de conclure le «pacte de vie commune» aux personnes physiques de sexe opposé. Par conséquent,

soggetti eterosessuali e un tanto... sia in virtù dell'opzione di fondo verso

---

*en excluant tacitement les personnes physiques de même sexe de son champ d'application la loi en cause introduit une différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle des intéressés [...]. La Cour relève que le Gouvernement se fonde principalement sur deux séries d'arguments qui justifieraient le choix du législateur de ne pas inclure les couples de même sexe dans le champ d'application de la loi № 3719/2008. En premier lieu, il soutient que si le pacte de vie commune, introduit par cette loi, était appliqué aux requérants, il entraînerait pour eux des droits et des obligations quant à leur statut patrimonial, à leurs relations pécuniaires au sein de leur couple et aux droits de succession auxquels ils peuvent déjà donner un cadre juridique par l'application du droit commun, c'est-à-dire par la voie contractuelle. En second lieu, la loi en cause viserait à atteindre plusieurs objectifs : la protection des enfants nés hors mariage, la protection des familles monoparentales – ainsi que le précise le rapport explicatif de la loi –, la volonté des parents d'élever leurs enfants sans être contraints de se marier et, en fin de compte, le renforcement des institutions du mariage et de la famille au sens traditionnel du terme. [...]* La Cour relève que la loi en cause ne se limite pas à prévoir des mesures en vue de réglementer les réalités sociales et atteindre les objectifs invoqués par le Gouvernement [...]. Elle vise principalement à la reconnaissance juridique d'une forme de partenariat autre que le mariage, le 'pacte de vie commune'. Cela ressort clairement du contenu et de l'économie de cette loi. En effet, son article premier définit le pacte de vie commune comme « le contrat entre deux personnes physiques majeures de sexe opposé par lequel elles organisent leur vie commune ». De plus, les articles suivants ne se limitent pas à la réglementation du statut des enfants nés hors mariage, mais se rapportent aux modalités de vie du couple ayant conclu le 'pacte de vie commune'. Ainsi, les articles 6 et 7 se réfèrent aux relations pécuniaires des contractants et à l'obligation alimentaire après la fin du pacte. Pour sa part, l'article 11 prévoit que le survivant, en cas de décès de son conjoint, a vocation à la succession [...]. La Cour constate à cet égard que, dans son rapport sur le projet de cette loi, la Commission nationale des droits de l'homme a relevé qu'il n'était pas clairement précisé pour quelle raison spécifique le projet de loi avait été intitulé 'Réformes concernant la famille, les enfants et la société', alors qu'il prévoyait une nouvelle forme juridique de vie commune [...]. Au vu de ce qui précède, la Cour estime que, malgré l'intitulé de la loi no 3719/2008 et l'intention déclarée du législateur, son objectif principal était la reconnaissance juridique d'une nouvelle forme de vie commune autre que le mariage. En tout état de cause, à supposer même que l'intention du législateur ait été de renforcer la protection juridique des enfants nés hors mariage et indirectement l'institution du mariage, il reste qu'il a introduit par la loi no 3719/2008 une forme de partenariat civil, à savoir le 'pacte de vie commune', lequel exclut les couples de même sexe alors qu'il permet aux couples hétérosexuels, que ceux-ci aient ou non des enfants, de réglementer de nombreux aspects de leurs relations. Sur ce point, la Cour relève [...] que l'argumentation du Gouvernement se focalise sur la situation des couples de sexe opposé ayant des enfants sans pour autant justifier la différence de traitement opérée par la loi en cause entre les couples homosexuels et les couples hétérosexuels qui ne sont pas parents [...]. Enfin, la Cour relève que, ainsi que le Gouvernement l'indique lui-même [...] les couples hétérosexuels – à la différence des couples de même sexe – bénéficiaient en droit grec, avant même l'introduction de la loi no 3719/2008, d'une reconnaissance de leur relation, soit pleine et entière par le biais de l'institution du mariage, soit de manière plus limitée en vertu des dispositions du code civil évoquant l'union libre. Par conséquent, les couples de même sexe auraient tout particulièrement intérêt à être admis au bénéfice du 'pacte de vie commune', car celui-ci leur offrirait, à la différence des couples de sexe opposé, la seule base juridique en droit grec pour revêtir leur relation d'une forme reconnue par la loi [...]. Il n'en demeure pas moins qu'au vu de ce qui précède, la Cour considère que le Gouvernement n'a pas fait état de raisons solides et convaincantes pouvant justifier l'exclusion des couples de même sexe du champ d'application de la loi № 3719/2008. Dès lors, elle conclut en l'espèce à la violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention” (7 Novembre 2013, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Vallianatos (et alii) versus Grecia, Ricorsi № 29381/09 et № 32684/09).

l'eguaglianza illuministica (*sub* art. 14 c.e.d.u.), la quale ispira, di fatto, la *Weltanschauung* dell'intero contesto C.E.D.U.,<sup>369</sup> sia in ragione di un'interpretazione «elastica» della stessa *forma familiae* adottata dal e nel sistema giuridico-(positivo-)statuale di riferimento, proprio mercé l'introduzione, in esso, una «figura familiare» alternativa a quella della famiglia fondata sul matrimonio (in sé, vale a dire, per quello che quivi interessa, essenzialmente eterosessuale), *id est*, mercé l'introduzione, nell'Ordinamento *de quo*, della c.d. unione civile o del c.d. patto di convivenza,<sup>370</sup> anche altrimenti definiti (in Grecia, a titolo d'esempio, la

---

<sup>369</sup> Non a caso, invero, i Giudici di Strasburgo hanno precisato che “*la Cour rappelle qu'une distinction est discriminatoire au regard de l'article 14 si elle manque de justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un but légitime ou s'il n'y a pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé [...]. En outre, seules des considérations très fortes peuvent amener la Cour à estimer compatible avec la Convention une différence de traitement fondée exclusivement sur le sexe [...] comme les différences fondées sur le sexe, les différences fondées sur l'orientation sexuelle doivent être justifiées par des raisons particulièrement graves*” (24 Luglio 2003, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Karner versus Austria*, Ricorso № 40016/98).

<sup>370</sup> Come è noto, infatti, la c.d. Corte E.D.U. ha precisato che “*it is undisputed in the present case that the relationship of a same-sex couple like the applicants' falls within the notion of 'private life' within the meaning of Article 8. However, in the light of the parties' comments the Court finds it appropriate to address the issue whether their relationship also constitutes 'family life'. The Courts reiterates its established case-law in respect of different-sex couples, namely that the notion of family under this provision is not confined to marriage-based relationships and may encompass other de facto 'family' ties where the parties are living together out of wedlock [...]. In view of this evolution the Court considers it artificial to maintain the view that, in contrast to a different-sex couple, a same-sex couple cannot enjoy 'family life' for the purposes of Article 8. Consequently the relationship of the applicants, a cohabiting same-sex couple living in a stable de facto partnership, falls within the notion of 'family life', just as the relationship of a different-sex couple in the same situation would. With regard to Article 14, which was relied on in the present case, the Court reiterates that it only complements the other substantive provisions of the Convention and the Protocols thereto. It has no independent existence because it has effect solely in relation to 'the enjoyment of the rights and freedoms' safeguarded by those provisions [...]. The application of Article 14 does not necessarily presuppose the violation of one of the substantive rights protected by the Convention. It is necessary but also sufficient for the facts of the case to fall "within the ambit" of one or more of the Articles of the Convention [...]. The prohibition of discrimination enshrined in Article 14 thus extends beyond the enjoyment of the rights and freedoms which the Convention and the Protocols thereto require each State to guarantee. It also applies to those additional rights, falling within the general scope of any Convention Article, for which the State has voluntarily decided to provide. This principle is well entrenched in the Court's case-law [...]. The present case concerns the possibility to extend accident and sickness insurance cover under a statutory insurance scheme to cohabiting partners, a possibility which the legal provisions impugned by the applicants recognise under certain conditions. Moreover, the possibility to extend insurance cover, in the Court's view, has to be qualified as a measure*



Legge 3719/2008 parla di “accordo di libera unione”<sup>371</sup>). *Au contraire...* la Corte di Strasburgo non ha ancora portato a compimento – eccezione fatta pei casi di *dissenting opinions*<sup>372</sup> (per loro natura non vincolanti) – una

---

*intended to improve the principally insured person's private and family situation. The Court therefore considers that the extension of insurance cover at issue falls within the ambit of Article 8. Consequently, the State, which has gone beyond its obligations under Article 8 in creating such a right – a possibility open to it under Article 53 of the Convention – cannot, in the application of that right, take discriminatory measures within the meaning of Article 14 [...]. Because the applicants complain that they are victims of a difference in treatment which allegedly lacks objective and reasonable justification as required by Article 14 of the Convention, that provision, taken in conjunction with Article 8, is applicable [... infatti (nda)] the applicants submitted that they had been victims of discrimination because it had been impossible to have the cover of the second applicant's health and accident insurance extended to include the first applicant. [...] The Court reiterates that, for the purposes of Article 14, a difference in treatment is discriminatory if it has no objective and reasonable justification, that is, if it does not pursue a legitimate aim or if there is not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised [...] furthermore, very weighty reasons would have to be put forward before the Court could regard a difference in treatment based exclusively on the ground of sex as compatible with the Convention [...]. Just like differences based on sex, differences based on sexual orientation require particularly serious reasons by way of justification” (22 Luglio 2010, Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, P.B. et J.S. versus Austria, Ricorso № 18984/02).*

<sup>371</sup> Per questa traduzione ci riferiamo all’Opera di Marina Blasi e di Giulia Sarnari ov’è tradotto l’art. 11 della citata Legge 3719/2008 il quale punto recita: “laddove l’accordo di libera unione sia sciolto per la morte di un *partner*, il convivente superstite gode di un diritto ereditario pari a un sesto del patrimonio in presenza di figli” (BLASI – SARNARI, *I matrimoni e le convivenze internazionali*, Torino, Giappichelli, 2013, pag. 124). Più precisamente potremmo segnalare che l’istituto in esame, per come riportato da Alessandro Schuster (SCHUSTER, *Le unioni fra persone dello stesso genere nel diritto comparato ed europeo*, in PEZZINI – LORENZETTI (a cura di), *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, Napoli, Jovene, 2011, pagg. 288), dovrebbe rientrare nella dizione di “σύμφωνο συμβίωσης” (*Ibidem*), dall’Autore stesso tradotta come “patto di vita comune” (*Ibidem*).

<sup>372</sup> Invero – come è noto – i Giudici Cristiano Rozakis, Deano Spielmann e Severo Enrico Jebens hanno precisato che “*nous ne pouvons nous rallier à l’avis de la majorité selon lequel il n’y a pas eu violation de l’article 14 de la Convention combiné avec l’article 8, et ce pour les raisons ci-dessous. Dans cette affaire très importante, la Cour, après avoir attentivement examiné les précédents, a fait franchir à sa jurisprudence un pas majeur en élargissant la notion de «vie familiale» aux couples homosexuels. S’appuyant notamment sur l’évolution du droit européen [...] la Cour a constaté [...] l’existence d’«une tendance croissante à englober les couples homosexuels dans la notion de famille». La Cour a affirmé cela solennellement [...] «eu égard à cette évolution, la Cour considère qu’il est artificiel de continuer à considérer que, au contraire d’un couple hétérosexuel, un couple homosexuel ne saurait connaître une «vie familiale» aux fins de l’article 8. En conséquence, la relation qu’entretiennent les requérants, un couple homosexuel cohabitant de fait de manière stable, relève de la notion de «vie familiale» au même titre que celle d’un couple hétérosexuel se trouvant dans la même situation». L’absence de tout cadre juridique avant l’entrée en vigueur de la loi sur le partenariat enregistré («la loi») soulève un grave problème. Nous relevons à cet égard une contradiction dans le raisonnement de la Cour. En effet, ayant dit [...] que «la relation qu’entretiennent les requérants (...) relève de la notion de vie familiale», la Cour aurait dû en tirer des conclusions. Or en concluant à la non-violation, elle a en même temps avalisé le vide juridique en jeu sans imposer à l’Etat défendeur l’obligation positive de prévoir un cadre*

siffatta impostazione con riguardo all'istituto gius-positivo del matrimonio, siccome contemplato dagli Ordinamenti giuridici nazionali e questo... tanto pel tenore letterale del citato art. 12 c.e.d.u. (che è diverso rispetto all'art. 9 della c.d. Carta di Nizza<sup>373</sup>), quanto – soprattutto – per una forma di  $\alpha$ -critico rispetto delle tradizioni (gius-nazionali) sociologicamente intese e del sentimento ancora maggioritariamente (*ergo*, democraticamente, nel significato moderno dell'opzione democratica, da intendersi in guisa di auto-

---

*satisfaisait qui offre aux requérants, au moins dans une certaine mesure, la protection dont toute famille doit bénéficier [... nell'ambito della stessa pronunzia, poi (nda)] la Cour a aussi décidé d'office que «les couples homosexuels sont, tout comme les couples hétérosexuels, capables de s'engager dans des relations stables [et que les] requérants se trouvent donc dans une situation comparable à celle d'un couple hétérosexuel pour ce qui est de leur besoin de reconnaissance juridique et de protection de leur relation». Les requérants se plaignent non seulement de faire l'objet d'une discrimination en ce qu'on leur a refusé le droit de se marier mais aussi – et cela est important – de ne pas avoir eu d'autre possibilité de faire reconnaître juridiquement leur relation avant l'adoption de la loi. Nous ne souhaitons pas nous étendre sur l'effet de cette loi, qui n'est entrée en vigueur qu'en 2010, ni en particulier sur la question de savoir si les caractéristiques de celle-ci, mentionnées par la Cour [...] sont conformes à l'article 14 combiné avec l'article 8 puisque, à notre avis, il y a en tout état de cause eu violation de ces deux dispositions combinées avant l'entrée en vigueur de la loi. Ayant constaté l'existence d'une «situation comparable» [...] et souligné que «les différences fondées sur l'orientation sexuelle doivent être justifiées par des raisons particulièrement graves» [...] la Cour aurait dû conclure à la violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 au motif que le gouvernement défendeur n'a avancé aucun argument pour justifier la différence de traitement en cause mais s'est contentée d'invoquer principalement sa marge d'appréciation [...]. Or en l'absence de solides raisons avancées par le gouvernement défendeur pour justifier la différence de traitement, il n'y a pas lieu de faire jouer la marge d'appréciation. En conséquence, «la présence ou l'absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques des Etats contractants» [...] est un facteur dénué de pertinence car il ne doit entrer en jeu que de manière secondaire en vue de l'application de la notion de marge d'appréciation. En effet, ce n'est que lorsque les autorités nationales fournissent des justifications que la Cour peut se déclarer convaincue, en tenant compte de la présence ou de l'absence d'un dénominateur commun, que celles-ci sont mieux placées qu'elle-même pour traiter efficacement la question. Il est aujourd'hui largement reconnu et admis par la société que les couples homosexuels nouent des relations stables. L'absence de tout cadre juridique leur offrant, au moins dans une certaine mesure, les mêmes droits et avantages que ceux qui accompagnent le mariage [...] doit être justifiée par des raisons solides, surtout si l'on tient compte de la tendance croissante en Europe à prévoir des moyens permettant de bénéficier de tels droits et avantages. Voilà pourquoi, selon nous, il y a eu violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8» (24 Giugno 2010, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Schalk et Kopf versus Austria, Ricorso № 30141/04 – Opinion dissidente communeaux Juge Rozakis, Spielmann et Jebens).*

<sup>373</sup> Tant'è vero che, con un'argomentazione non certo paralogistica, né idealmente lontana dalla Weltanschauung moderna, Stefano Rodotà ha osservato che “la distinzione tra il diritto di sposarsi e quello di costituire una famiglia è stata introdotta proprio per consentire la costituzione legale di unioni distinte da quelle tra persone di sesso diverso” (RODOTÀ, Prefazione, in WINKLER – STRAZIO, *L'abominevole diritto*, Milano, Il Saggiatore, 2011, pag. 16).

fondamento del Sistema) radicato nei vari contesti socio-politici; ne deriva... che la Corte non ha ancora sanzionato gli Stati membri del Consiglio d'Europa, i quali non abbiano esteso la disciplina matrimoniale fino a consentirne la fruizione volontaristica anche alle coppie di soggetti formate da persone appartenenti allo stesso genere, le quali coppie – è inteso – auto-desiderino di sposarsi e di contrarre «regolare» matrimonio, cioè... matrimonio formale (*recte*, formalistico), attualmente loro negato dalla maggior parte degli Ordinamenti giuridici statuali (tra cui – come è noto – anche quello italiano).

Ammesso che quanto testé detto risulti almeno un poco chiaro e conseguente nella logica delle argomentazioni – come noi auspichiamo che sia, ovviamente – tosto rileva che tutto il discorso sviluppato in «sede europea», con riguardo alla disciplina delle cc.dd. unioni civili formalizzate *ex lege* e con riguardo al confronto che queste ultime giuocoforza impongono coll'istituto del matrimonio, è stato portato innanzi dai Giudici di Strasburgo senza incidere direttamente sul *proprium* legale del vincolo e del rapporto di coniugio e senza equiparare, altrettanto direttamente (*tout court*), il matrimonio stesso alla convivenza stabile che sia stata ammantata, giusta le Leggi positive degli Stati, di una qualche «forma giuridica» (*recte*, di un qualche formalismo  $\alpha$ -giuridico) creata *ad hoc* dai Sistemi nazionali, al fine di rispondere alle «istanze volontaristiche» delle varie *lobbies* capaci di incidere sul c.d. potere legislativo, onde questo istituisca, *ex nihilo*, una «figura (simil-)giuridica» atta a conferire dignità formale, plasmata sulle fogge dello *status familiae* ma non coincidente (*in toto*) con esso, a rapporti interpersonali privi di ragione e di funzione oggettivamente apprezzabili sul piano del giure (e anche sul piano più immediatamente «sociale»). La questione è singolare assai – si badi molto bene – imperocché essa prestasi (quantomeno) a una duplice lettura e a una altrettanto duplice analisi. Da un lato, infatti, si può apprezzare una «tensione contemperativa» della Corte

verso l'ossequio più ampio possibile al «desiderio individuale» o, per meglio dire, al «desiderio individualistico» dei soggetti che si uniscono tra loro, di essere considerati, *ex lege*, quello che essi vorrebbero essere, a prescindere da quello che essi stessi effettivamente sono e a prescindere da quello che essi stessi effettivamente possono essere (considerati) nella contingenza del loro medesimo rapporto: è chiara, invero – almeno a nostro avviso – la tensione della Corte di Strasburgo verso l'apertura dello «spettro (simil-)familiare» a qualsivoglia aggregazione (dis-/α-)umana ambisca di accedervi, tanto che la Corte medesima, non potendo e non volendo arrivare ad affermare il «diritto» degli omosessuali di contrarre matrimonio tra loro, in contrasto colla *Weltanschauung* normativa degli Stati (*rectius*, della maggior parte degli Stati membri) e quindi volendo temperare l'autodeterminazione (simil-)sovrana degli Stati stessi colle tensioni all'autodeterminazione assoluta degl'omosessuali, ha affermato il «diritto» di questi ultimi di fruire – *si volunt* – della disciplina normativa eventualmente preveduta dagli Ordinamenti (positivi) ai fini di regolamentare le cc.dd. coppie di fatto, ancorché questa disciplina fosse originariamente riservata ai soli soggetti eterosessuali conviventi *more uxorio* e a ciò la Corte è arrivata – sia chiaro – proprio basando l'argomentazione tecnica su di una lettura πáv-illuministica del divieto di discriminazione *ex art. 14 c.e.d.u.* Come a dire, dunque, che le cc.dd. coppie omosessuali non unite dal matrimonio, perché l'Ordinamento non lo consente, o perché i loro componenti non lo vogliono (laddove il matrimonio fosse aperto anche a coppie di soggetti appartenenti al medesimo genere biologico), coincidono, nella loro stessa essenza, colle coppie eterosessuali parimenti avulse dalla dimensione matrimoniale; di talché – la conseguenza è sillogistica, potremmo dire – se le cc.dd. coppie omosessuali non possono essere famiglia *optimo iure*, a' termini di legge, esse debbono senz'altro avere il diritto di costituire quella specie di «famiglia cadetta» rappresentata

dalle cc.dd. unioni registrate, se e in quanto l'Ordinamento le contempli, accanto alla realtà e alla dimensione (*in lege posita*) matrimoniale, per le convivenze *more uxorio* tra persone di genere diverso. Da un altro lato, invece, sempre con riguardo all'approccio della Corte di Strasburgo ai problemi *de quibus*, si potrebbe apprezzare una forma di apparente (!) «resistenza concettuale» del principio matrimoniale e familiare quale principio in sé giuridico e in sé oggettivo – vedremo in quali termini ha da essere intesa quest'osservazione – per quanto... tosto abbia a comprendersi che quest'apparenza di cui abbiamo testé detto, in altro non si riduce, se non in un *phantasma imaginationis*: in realtà, infatti, non è il principio giuridico che «resiste» e che si «impone» in virtù della verità oggettiva di cui questo è latore, ma è la mera *facies* (*ippocratica*, diremo con una battuta) di esso a rimanere presente nel Sistema per ragioni vieppiù contingenti, legate alla necessità di contemperare varie istanze la cui radice alligna comunque nel volontarismo. Ciò risulta tanto più vero, adunque, se solo si considerino attentamente la motivazione e il movente delle posizioni concettuali assunte della Corte europea dei Diritti dell'Uomo *in subiecta materia*. In verità... giova rilevare, infine, che quegl'aspetti i quali parrebbero lasciare intendere una sorta di razionalità intrinseca «del» e «nel» Sistema, invero invariabili nella negazione a «livello C.E.D.U.» di un «diritto» assoluto a ottenere un vestimento giuridico-formale purchessia, ad appannaggio di qualsivoglia opzione venga posta in essere dalle persone che si «uniscono» tra di loro *ex voluntate*, altro non inverano, che circostanze di mero fatto del tutto estemporanee ed eventuali, distanti assai dai valori e dai principii cennati. Se facessimo riferimento, infatti, alla mancata censura in sede C.E.D.U. dell'eventuale sussistenza nello *ius positum* (statuale) di quel doppio binario cui abbiamo fatto cenno e anzi... al favore della c.d. Giurisprudenza E.D.U. verso siffatto «regime schizofrenico», direttamente o indirettamente espresso dai Giudici nelle loro pronunzie, e se considerassimo la circostanza in

ragione della quale le cc.dd. condizioni di accesso al matrimonio, sempre secondo la Corte (c.d. E.D.U.), possono e debbono essere previste da ciascheduno Stato, giusta i criterii operativi da esso stesso adottati, eppertanto se valutassimo la conseguente mancata affermazione giurisprudenziale del diritto alla più radicale autodeterminazione della volontà subiettiva dell'*agens* cui, infatti, rimane impedito – se è impedito *ex lege*, ovviamente – di accedere al matrimonio qualora la fattispecie concreta della sua stessa condizione soggettiva non si lasci sussumere entro gl'estremi di quella legale-normativa e cui è consentito – sempre se è consentito *ex lege*, sia chiaro – di dare luogo alle cc.dd. unioni civili registrate, solo quando queste siano previste dall'Ordinamento (per quanto non possa, l'Ordinamento stesso, prevederle per le sole coppie cc.dd. eterosessuali<sup>374</sup>), ben tosto dovremmo convenire che l'impianto argomentativo posto a sostegno di un cotale «equilibrio giurisprudenziale» ha da essere colto nella mera opportunità (Francesco Gentile direbbe nella mera «ragion di Stato»<sup>375</sup>) di non contestare la opzione dello Stato atta a mantenere una disciplina *lato sensu* tradizionale del matrimonio, in parallelo rispetto a una «disciplina cadetta» (forse potremmo dire a una «famiglia cadetta», in confronto a quella fondata sul matrimonio in sé), la quale abbia agio di strutturare e di formalizzare, all'interno di una *figura legis* convenzionale, rapporti intersoggettivi orbi di ogni fondazione giuridica e

---

<sup>374</sup> Abbiamo già detto *supra*, infatti, che la Corte ha ritenuto d'individuare una «analoga dignità giuridica» e quindi una fondata (sotto il profilo della coerenza e solo sotto questo profilo, ovviamente) indigenza di «omogeneità normativa», sotto il profilo della e con riguardo alla c.d. tutela giuridico-legale-positiva dei soggetti coinvolti in analoghi contesti, non già sulla base di un'equiparazione e di una comparazione tra persone «abili» al matrimonio e persone «inabili», ma solamente per ciò che concerne il problema della eventuale discriminazione operata dallo Stato, il quale, prevenendo *in posito iure* le cc.dd. «unioni civili» (o, comunque, delle forme di relazioni intersubiettive, variamente definite, formalizzate *ex lege* dall'Ordinamento), ne neghi l'accesso a coppie cc.dd. omosessuali: invero, gli stessi Giudici di Strasburgo non hanno mancato di precisare che “*les couples homosexuels sont, tout comme les couples hétérosexuels, capables de s’engager dans des relations stables. Les requérants se trouvent donc dans une situation comparable à celle d’un couple hétérosexuel pour ce qui est de leur besoin de reconnaissance juridique et de protection de leur relation*” (24 Giugno 2010, Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, *Schalk et Kopf versus Austria*, Ricorso № 30141/04).

<sup>375</sup> Cfr GENTILE, *Intelligenza politica e ragion di Stato*, Milano, Giuffrè, 1984.

prima ancora metafisico-teoretica. Il Giudici di Strasburgo, cioè, non censurano l'Ordinamento che mantenga una struttura, vale a dire una forma, *lato sensu* tradizionale del matrimonio e non censurano quei Sistemi che manchino d'introdurre *in rebus positi iuris* la normazione delle cc.dd. unioni civili (*exempli gratia* lo Stato italiano), non già pel fatto ch'essi, in quanto Giudici, abbiano ad assumere (*recte*, a riconoscere come fondante) e ad applicare il valore giuridico, umano e razionale del matrimonio in sé, in guisa di principio oggettivo cui obbedire giuocoforza, né perché, altrettanto razionalmente, giuridicamente e umanamente essi (giudici) ritengano che le cc.dd. unioni civili non abbiano alcuna ragione d'essere, altrimenti... i Giudici stessi dovrebbero, coerentemente, censurare gli Stati che si stagliano su posizioni opposte, ma non li censurano (pur osteggiandoli implicitamente), come del resto non censurano gli altri, *mutatis mutandis* – si badi bene – proprio al precipuo ed esclusivo fine di favorire e di consentire la più ampia autodeterminazione possibile di ciascheduno Stato-Ordinamento e degl'Ordinamenti giuridici nazionali nel loro assieme, così da permettere (e da imporre), formalmente, la coabitazione nell'ambito dello stesso «spazio C.E.D.U.», tanto degli Stati che consentono l'accesso al matrimonio alle cc.dd. coppie omosessuali e acconto a ciò, che consentono la stipula dei cc.dd. accordi di civile convivenza tra chiunque lo desideri, quanto degli Stati che, per tradizione o per opportunità *lato sensu* politica, non superano (*recte*, non hanno ancora superato) cotali frontiere. Se questo è vero, ora, resta ognorpiù evidente che la Corte di Strasburgo mantenga e riesca a mantenere siffatta poliedricità e siffatta contraddittorietà intrinseca al proprio spettro di giurisdizione, non già attraverso il ricorso al presupposto (de-)concettuale proprio della c.d. modernità forte, rappresentato dal dogma della sovranità, quanto piuttosto, *au contraire*, attraverso il ricorso alla *Weltanschauung* caratterizzante la c.d. modernità debole (o politologica), punto rappresentata dal «criterio operativo» del

numero sociologicamente *et* maggioritariamente interpretato; *ergo*... non può negarsi che i Giudici *de quibus* addivengano alle loro pronunzie πάν-liberali, segnatamente sulla base dell'opzione nihilistica che ne deve caratterizzare la giurisprudenza, vale a dire... in virtù della circostanza, assunta per fondamentale e dirimente, secondo la quale non vi è una *communis opinio*, al livello degli Ordinamenti giuridici europei, tale da giustificare e anzi, da legittimare, un intervento invasivo e pervasivo nell'ambito delle cc.dd. scelte politiche (*recte*, opzioni partitiche) operate dagli Stati membri del Consiglio d'Europa *in subiecta materia*. Allo stesso modo, peraltro, quando la c.d. Corte E.D.U. estende *ex auctoritate sententiae* l'accesso alle forme di convivenza registrata, laddove questa fosse limitata a una sola «categoria» di coppie, a quelle escluse, non lo fa sulla base del principio in sé di uguaglianza, il quale postula, infatti, il coglimento teoretico della medesimezza ontologica tra i termini del confronto, ma lo fa – potremmo dire – su base illuministica, *id est* su di una base meramente formale, la quale considera esclusivamente il più immediato rapporto esteriore tra fattispecie astratta e fattispecie concrete. Non a caso, invero, l'estensione *de qua* si erge sul punto archimedeo del citato art. 14 c.e.d.u. e qui, allora, è l'autodeterminazione assoluta dello Stato che viene conculcata ad appannaggio di quella, altrettanto assoluta, *dei cives*, ma non in quanto si riconosca ai *cives* stessi il diritto in questione, nel suo essere diritto loro proprio, quanto piuttosto sulla base dell'opzione sociologicamente condivisa, giusta la quale l'eguaglianza da perseguire è e non può non essere quella moderno-illuministica, vale a dire quella eminentemente formalistica, tale per cui se un «diritto» (in questo caso volitivo) è riconosciuto o, per meglio dire, preveduto a favore di *Primus*, questo diritto deve parallelamente, *ex se*, essere esteso anche a *Secundus*.

Ripigliando, ora, le *fil rouge* del discorso, è mestieri di rilevare che lo stesso significato della famiglia e del matrimonio, nell'ambito del c.d.



contesto C.E.D.U., viene a perdere – come accade per c.d. diritto alla vita, del resto – ogni suo valore ontologico e giuridico e viene, così, a disgregolarsi, anzi... a evaporare, diremo, parafrasando la «felice» espressione utilizzata nel titolo di un lucidissimo articolo uscito in un Periodico friulano,<sup>376</sup> sotto il fuoco – sempre più ardente e sempre più alimentato – di quella modernità politico-giuridica che alligna nel relativismo e in ultima istanza nel nihilismo, vale a dire... che alligna, *ex funditus*, nella c.d. “anti-filosofia”,<sup>377</sup> da intendersi, però, non già in guisa di «filosofia fallace», di «errore filosofico», quanto piuttosto alla stregua del rifiuto radicale della filosofia, eppertanto... alla stregua del rifiuto radicale della conoscenza intorno all’essere-in-sé delle cose, al loro *quia*.<sup>378</sup> Il discorso proposto da Strasburgo, infatti, in tutto il suo complesso e alla luce di tutta la giurisprudenza considerata (e di altra, *brevitatis causa* non citata

<sup>376</sup> Ci riferiamo al Lavoro di Daniele Mattiussi pubblicato in Udine nel 2014: cfr MATTIUSSI, *Sull’«evaporazione» del matrimonio*, in *Instaurare omnia in Christo*, Udine, Comitato Iniziative ed Edizioni Cattoliche, 2014, II, pagg. 1 e ss.

<sup>377</sup> E anche qui facciamo riferimento al titolo di una fortunata pubblicazione di Danilo Castellano, uscita a Torino nel 2003: cfr CASTELLANO, *Razionalismo e diritti umani. Dell’antifilosofia politico-giuridica della “modernità”*, Torino, Giappichelli, 2003.

<sup>378</sup> Basti considerare che la stessa Corte europea dei Diritti dell’Uomo, pur esprimersi attraverso il suo massimo Organo, non macò di osservare che “*la Grande Chambre estime que, comme pour le mariage, les conséquences juridiques du partenariat civil fondé sur la loi [...] distinguent ce type de relation des autres formes de vie commune. Plutôt que la durée ou le caractère solidaire de la relation, l’élément déterminant est l’existence d’un engagement public, qui va de pair avec un ensemble de droits et d’obligations d’ordre contractuel. De la même manière qu’il ne peut y avoir d’analogie entre, d’un côté, un couple marié ou en partenariat civil et, de l’autre, un couple hétérosexuel ou homosexuel dont les deux membres ont choisi de vivre ensemble sans devenir des époux ou des partenaires civils [...], l’absence d’un tel accord juridiquement contraignant entre les requérantes fait que leur relation de cohabitation, malgré sa longue durée, est fondamentalement différente de celle qui existe entre deux conjoints ou partenaires civils. Ne change rien à cette position le fait que les Etats membres [...] ont adopté en matière successorale toute une variété de règles applicables aux survivants dans les couples mariés, les partenariats civils ou les relations de proche parenté, et ont de même défini différentes politiques concernant l’octroi d’exonérations de droits de succession aux diverses catégories de survivants, les Etats demeurant en principe libres d’élaborer des règles différentes dans le domaine de la politique fiscale*” (29 Aprile 2008, Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, *Burden versus* Regno Unito, Ricorso № 13378/05) tanto da indurre un illustre studioso a sostenere che “la decisione riconosce implicitamente una omogeneità fra i due istituti [quello del matrimonio e quello della convivenza *more uxorio* variamente formalizzata dalla Legge (nda)] fondata sulla solennità di un legame contrattuale che impone obblighi e doveri” (SCHUSTER, *Le unioni fra persone dello stesso genere nel diritto comparato ed europeo*, in PEZZINI – LORENZETTI (a cura di), *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, Napoli, Jovene, 2011, pagg. 280 e s.).

in questa sede), presenta in sé stesso, pur con altalenamenti di vario genere e di diversa natura, un «nucleo magmatico» di non facile gestione e di non agevole arginamento: da un lato, infatti, i Giudici osservano che nel c.d. Sistema C.E.D.U. permane e può permanere – se gli Stati lo vogliono (sovraneamente), sia *chairo* – la primazia giuridico-normativo-positiva dell’istituto rappresentato dal «matrimonio tradizionale» e dall’altro avvertono che questa «convenzionale» (vorremo dire naturale, ma le opzioni di fondo del Sistema C.E.D.U. ce lo impediscono) posizione della famiglia umana all’interno dello *ius in civitate positum*, potrebbe conculcare e anzi conculca proprio il diritto all’autodeterminazione assoluta di una coppia (o di un gruppo di persone) composta da soggetti di per sé inabili al matrimonio, eppertanto impossibilitati a fondare una famiglia *proprio iure dicta*. Tale coppia, infatti, pur potendo desiderare di costituire «la» famiglia e soprattutto di essere legalmente «considerata» famiglia-in-sé, al fine precipuo di fruire delle guarentigie ad appannaggio di questa predisposte dal e nel Sistema (di diritto positivo) di riferimento, non potrebbe realizzare il proprio *velle* contingente, deficitando, *in concreto*, dei requisiti oggettivi contemplati dalla norma in materia di matrimonio e quindi... il «diritto» all’assoluta autodeterminazione personale dei suoi membri, di essere e di essere considerati quello che non sono, verrebbe a sacrificarsi *iuris causa* (nell’ottica della Corte, dovremmo limitarci a dire *legis causa*). La Corte, allora, nel merito del problema che pone a sé stessa in virtù di un’ipoteca illuministica della quale non sa e non può purgarsi (il riferimento – come il Lettore avrà di già inteso – è all’opzione verso la libertà negativa e a quella verso l’eguaglianza a prescindere dall’identità ontologica), rimette agli Stati membri la definizione di «che cosa» sia per loro (!) il matrimonio, *de lege lata* ed eventualmente *de lege ferenda*, colla conseguente individuazione a loro carico dei requisiti e delle condizioni soggettive d’accesso alla contingente e attuale disciplina di esso. Ne deriva – si badi bene – che la

Corte di Strasburgo abdica *ex se* alla attività dello *ius dicere* propriamente detta e in particolare abdica al di lei compito di dire che cosa sia il diritto intorno al problema della famiglia e della convivenza (anche alla luce della necessità di un'interpretazione rigorosa circa l'art. 12 c.e.d.u.): i Giudici, infatti, non entrando *in medias res*, si limitano a un atteggiamento pilatesco di neutralità, il quale atteggiamento, però, è e si dimostra molto più «espressivo» di tante altre ipotetiche prese di posizione, imperocché la condotta operativa della Corte ben esprime che per essa il matrimonio e la famiglia – come ogni «concetto giuridico», invero – altro non sono se non *flatus vocis*, vale a dire... che altro non rappresentano, se non forme normative orbe di contenuto loro proprio<sup>379</sup> e idonee solamente a sintetizzare, contemperandolo con quello dei *cives*, il *velle quia volutum* dello Stato, nel suo essere ordinamento e soggetto in un tempo, vieppiù funzionale ad assecondare le istanze democraticamente (*id est*, maggioritariamente) avanzate dai detentori del c.d. potere elettorale. Conseguentemente, allora, la Corte di Strasburgo non può che rimettere agli Stati medesimi la definizione normativa della disciplina da riservare, eventualmente (*id est*, nell'ipotesi in cui sia voluta dai più... «pesanti» in sede elettorale), alle cc.dd. unioni civili tra soggetti che non possono o che non vogliono accedere alla – per essere più perspicui dovremmo dire, servirsi della – c.d. forma matrimoniale. In quest'ultimo caso, tuttavia,

---

<sup>379</sup> L'impostazione concettuale *de qua*, invero, pare trasparire anche da un passaggio giurisprudenziale in cui la Corte afferma di interpretare il citato art. 12 c.e.d.u. in senso – potremmo dire – tradizionale, infatti, sostenendo che “*les requérants plaident que ce libellé n'implique pas nécessairement qu'un homme ne puisse épouser qu'une femme et vice versa. La Cour observe que, pris isolément, le texte de l'article 12 peut s'interpréter comme n'excluant pas le mariage entre deux hommes ou entre deux femmes. Toutefois, toutes les autres dispositions matérielles de la Convention accordent des droits et libertés à « toute personne » ou indiquent que 'nul' ne peut être l'objet de certains traitements interdits. Force est donc de considérer que les mots employés à l'article 12 ont été choisis délibérément. De surcroît, il faut tenir compte du contexte historique dans lequel la Convention a été adoptée. Dans les années 1950, le mariage était à l'évidence compris au sens traditionnel d'union entre deux personnes de sexe différent*” (24 Giugno 2010, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Schalk versus Austria*, Ricorso № 30141/04) danno l'impressione – am è molto più di un'impressione, ci pare – che il contenuto sostanziale del matrimonio alberghi non già nella sua natura, quanto piuttosto nel modo d'intenderlo in un dato contesto storico.

sempre per contemperare l'autodeterminazione dello Stato con quella del soggetto e quella del soggetto *uti singulus*, con quella dei consociati, la Corte «introduce», per la via obliqua dell'eguaglianza *sub* art. 14 c.e.d.u., un limite esterno tale per cui, preveduta che sia nello *ius positum* una disciplina atta a normare la convivenza *more uxorio*, questa disciplina non possa essere riservata a una sola «categoria di coppie», dovendone essere garantito (e favorito) l'accesso a favore di chicchessia, pena – *ça va sans dire* – la violazione del c.d. «principio» di uguaglianza illuministicamente inteso (*sub* art. 14 c.e.d.u.): tutte le coppie sono uguali, insomma e se non lo sono... lo saranno e lo dovranno essere mercé legge che tali le rende! Alla luce di un tanto, allora, è mestieri di ribadire che se la Corte europea dei Diritti umani non è ancora addivenuta a una simile «conclusione» anche con riguardo alla disciplina normativa del matrimonio<sup>380</sup> (abbiamo, peraltro, già citato la *dissenting opinion* di alcuni giudici i quali già sarebbero arrivati alla «conclusione» in parola), ciò non è certo stato determinato da una forma di «resistenza ontologica» del valore matrimoniale in sé, ma solamente da una valutazione sociologica legata alla c.d. ragion di Stato, vale a dire... legata all'opportunità – la quale prescinde *ex se* dal giuridico e dal politico – di non alterare e/o compromettere il c.d. ordine pubblico formale, convenzionalmente costituito e altrettanto convenzionalmente voluto/accettato dalle maggioranze.<sup>381</sup> Se questo è vero, come noi riteniamo

---

<sup>380</sup> È stato autorevolmente sostenuto, infatti – come in parte abbiamo di già riferito – che “l’assimilazione fra il matrimonio e l’unione solennemente contratta [...] non può che condurre ad un crescente avvicinamento delle due situazioni afi fine della tutela C.E.D.U. [...] vero è che risulta (nda)] difficile [...] stabilire se e fino a che misura la tutela della famiglia fondata sul matrimonio di cui all’art. 12 c.e.d.u. possa giustificare una disparità di trattamento quando le discipline sono pressoché identiche” (SCHUSTER, *Le unioni fra persone dello stesso genere nel diritto comparato ed europeo*, in PEZZINI – LORENZETTI (a cura di), *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, Napoli, Jovene, 2011, pagg. 281 e s.). Il discorso proposto da quest’Autore, invero, non può essere censurato, né criticato quantomeno sotto il profilo della coerenza di esso rispetto al c.d. Sistema C.E.D.U., interpretato alla luce delle pronunzie – senz’altro autorevoli – della Corte europea dei Diritti dell’Uomo.

<sup>381</sup> Pare oltremodo eloquente lo stesso tenore letterale delle espressioni usate dai Giudici i quali, infatti, non hanno mancato di precisare che “*dès lors, prenant en compte l’article 9 de la Charte, la Cour ne considère plus que le droit de se marier consacré par l’article 12 de la*

che sia, allora, ben tosto è mestieri di rilevare che sotto l'egida del liberalismo viene operata, da parte della c.d. Corte E.D.U., una sostanziale destrutturazione e una altrettanto sostanziale evaporazione dello stesso istituto matrimoniale, il quale, sempre nell'ottica di favorire l'autodeterminazione subiettiva più ampia possibile, viene a superare la stessa dizione dell'art. 12 c.e.d.u. e viene ad aprirsi alla volontà degli Stati, cui sarebbe ufficio di assecondare quella «dal basso» dei cittadini, o, per meglio dire, quella «dal basso», espressa dalla maggioranza dei cittadini, il cui voto «pesi di più» in sede elettorale.<sup>382</sup>

Ovviamente – il Lettore lo avrà di già inteso – non tutte le questioni concernenti il «modo di declinare» il c.d. diritto all'autodeterminazione della persona a «livello C.E.D.U.», si riducono e si condensano – se così possiamo dire – nel merito agli aspetti *supra* veduti: vita e famiglia *lato sensu* intesi. Infatti, molte altre questioni e molti altri contesti avrebbero potuto essere esaminati sotto il profilo che quivi interessa, ivi riscontrando le medesime difficoltà ed *ex funditus*, ivi ritrovando il medesimo *modus procedendi*: si pensi, solo per fare un esempio tra molti, alla *vexata quaestio* concernente i cc.dd. diritti alla identità di genere e agli esiti volontaristico-nihilistici cui i Giudici sono recentemente addivenuti nelle/colle loro

---

*Convention doit en toutes circonstances se limiter au mariage entre deux personnes de sexe opposé [...]. Néanmoins, en l'état actuel des choses, l'autorisation ou l'interdiction du mariage homosexuel est régie par les lois nationales des Etats contractants. A cet égard, la Cour observe que le mariage possède des connotations sociales et culturelles profondément enracinées susceptibles de différer notablement d'une société à une autre. Elle rappelle qu'elle ne doit pas se hâter de substituer sa propre appréciation à celle des autorités nationales, qui sont les mieux placées pour apprécier les besoins de la société et y répondre"* (24 Giugno 2010, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Schalk versus Austria*, Ricorso № 30141/04).

<sup>382</sup> Al di là di ogn'altra considerazione, ben tosto è mestieri di rilevare che “dopo *Schalk* ogni disparità di trattamento fra coppie coniugate in ragione del loro orientamento sessuale potrà rappresentare una violazione dell'art. 14 congiuntamente all'art. 12. Pare allora difficile ipotizzare giustificazioni sufficienti da parte dello Stato, ad esempio sia con riguardo ad interessi aventi natura patrimoniale – ma disparità di tale genere nei sette Stati europei non constano – che nell'ambito della genitorialità” (SCHUSTER, *Le unioni fra persone dello stesso genere nel diritto comparato ed europeo*, in PEZZINI – LORENZETTI (a cura di), *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, Napoli, Jovene, 2011, pagg. 287).

sentenze *de eadem re*. Non è certo privo di interesse, infatti, ai fini del nostro Studio, che la c.d. Corte E.D.U. abbia convintamente affermato – sia pure dopo un *iter* non privo di gradualità – con riguardo al citato art. 12 c.e.d.u., ma non solo, che *“certes, la première partie de la phrase vise expressément le droit pour un homme et une femme de se marier. La Cour n’est pas convaincue que l’on puisse aujourd’hui continuer d’admettre que ces termes impliquent que le sexe doit être déterminé selon des critères purement biologiques [...] Depuis l’adoption de la Convention, l’institution du mariage a été profondément bouleversée par l’évolution de la société, et les progrès de la médecine et de la science ont entraîné des changements radicaux dans le domaine de la transsexualité. La Cour a constaté ci-dessus, sur le terrain de l’article 8 de la Convention, que la non-concordance des facteurs biologiques chez un transsexuel opéré ne pouvait plus constituer un motif suffisant pour justifier le refus de reconnaître juridiquement le changement de sexe de l’intéressé. D’autres facteurs doivent être pris en compte: la reconnaissance par la communauté médicale et les autorités sanitaires dans les Etats contractants de l’état médical de trouble de l’identité sexuelle, l’offre de traitements, y compris des interventions chirurgicales, censés permettre à la personne concernée de se rapprocher autant que possible du sexe auquel elle a le sentiment d’appartenir* [(!) lo segnaliamo con un «punto esclamativo», proprio perché in questo passo della Sentenza emerge la più radicale e radicata irrilevanza, pei Giudici *de quibus*, dello stesso carattere fisico del genere sessuale che ogni soggetto ha, in sé, fin dal suo concepimento e un tanto – ovviamente – non per errore metodologico, ma per ragioni di piena coerenza colle premesse volontaristico-nihiliste del Sistema: infatti... il discorso che porta a compimento la Corte è strutturato a tutto appannaggio del desiderio e della volontà hegeliana che il soggetto medesimo esprime o può esprimere – *recte*, che il soggetto medesimo avrebbe il diritto assoluto di esprimere e di

portare a compimento – in merito alla sua stessa libera – negativamente libera – opzione circa la propria «appartenenza sessuale» (nda)], *et l'adoption par celle-ci du rôle social de son nouveau sexe. La Cour note également que le libellé de l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* [il riferimento è alla c.d. Carta di Nizza (nda)] *adoptée récemment s'écarte – et cela ne peut être que délibéré – de celui de l'article 12 de la Convention en ce qu'il exclut la référence à l'homme et à la femme [...]. A cet égard, elle juge artificiel d'affirmer que les personnes ayant subi une opération de conversion sexuelle ne sont pas privées du droit de se marier puisque, conformément à la loi, il leur demeure possible d'épouser une personne du sexe opposé à leur ancien sexe. En l'espèce, la requérante mène une vie de femme, entretient une relation avec un homme et souhaite épouser uniquement un homme. Or elle n'en a pas la possibilité. Pour la Cour, l'intéressée peut donc se plaindre d'une atteinte à la substance même de son droit de se marier»*.<sup>383</sup> Al di là di questo «passo» (se innanzi o indietro lo dirà da sé il Lettore...) compiuto dalla c.d. giurisprudenza C.E.D.U. e al di là di altre analisi le quali pure potrebbero farsi, rimanendo *in thema*, tosto rileva, ai fini della nostra Ricerca, che il *modus operandi* della Corte di Strasburgo non muta – radicalizzandosi proprio nella stessa vocazione nihilistica del «suo» Sistema – ancorché venisse a mutare il quesito portato innanzi a essa e ciò, proprio perché resterebbe «fermo» il compito auto-assegnatosi dalla Corte stessa, di operare un mero bilanciamento del *velle* individuale, coll'ordine pubblico formale, *id est...* di operare un mero bilanciamento del *velle* proprio di chi pretende, per sé, il riconoscimento legale di un «diritto», coll'ordine pubblico inteso non già in guisa di ordine-in-sé-ordinato (in-sé-giuridico, in-sé-politico), ma piuttosto alla stregua di una *concordia discordantium vovuntates* intorno a un *velle*

---

<sup>383</sup> 11 Luglio 2002, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Goodwin versus Regno Unito*, Ricorso № 28957/95.

condiviso dai più e non altrimenti fondato né altrimenti fondabile (vale a dire, non fondato in altro, se non, autoreferenzialmente, nella condivisione stessa). L'elemento, allora, di maggiore interesse – almeno a nostro parere – concerne la ragione (più o meno remota) in virtù della quale la giurisprudenza di Strasburgo replica e continua a replicare sé stessa, sempre più confermando la propria *Weltanschauung* e sempre più «sposando» la causa del liberalismo volontaristico-nihilista...<sup>384</sup> Ebbene, noi riteniamo – pur senza la presunzione di dire «l'ultima parola» sul tema, sia chiaro – che un siffatto «atteggiamento operativo» non derivi da un errore procedurale o da una serie di *errores in iudicando* tecnicamente intesi, né riteniamo che tali «approdi giurisprudenziali» (i quali, alcuni, chiamerebbero «conquiste»)

---

<sup>384</sup> Fino a ritenere violata la disposizione di cui all'art. 8 c.e.d.u. da parte di uno Stato il quale non abbia adeguatamente predisposto, in seno al proprio Ordinamento, una omogenea disciplina atta a normare le procedure di mutamento del genere. Infatti, la Corte di Strasburgo non ha mancato di precisare che *“la Cour tient à souligner l'obligation positive incombant aux Etats de garantir le respect de la vie privée, notamment le respect de la dignité humaine et, à certains égards, de la qualité de la vie [...] Elle a déjà examiné à la lumière des conditions de vie actuelles plusieurs affaires se rapportant aux problèmes rencontrés par les transsexuels et a constaté avec approbation l'amélioration constante des mesures prises par les Etats au titre de l'article 8 de la Convention pour protéger ces personnes et reconnaître leur situation [...] Tout en lui accordant une certaine marge d'appréciation en la matière, elle a jugé que, en vertu des obligations positives que l'article 8 faisait peser sur lui, l'Etat était tenu de s'assurer de la reconnaissance des changements de sexe des transsexuels opérés, notamment par la modification de leur état civil, avec les conséquences en découlant [...] La présente affaire a pour objet un autre aspect des problèmes que peuvent rencontrer les transsexuels. D'une part, le droit lituanien reconnaît à ceux-ci le droit de changer non seulement de sexe mais aussi d'état civil [...]. D'autre part, la législation pertinente présente une lacune: elle ne comporte aucun texte qui régleme les opérations de conversion sexuelle complète. Il semble que, tant qu'un texte de ce type n'aura pas été adopté, aucune des ressources médicales nécessaires ne sera accessible ou disponible en Lituanie dans des conditions raisonnables [...]. Le requérant se trouve donc dans la situation intermédiaire d'un transsexuel préopératoire qui a subi une chirurgie de conversion sexuelle partielle et qui a pu faire modifier certains actes importants de l'état civil. Toutefois, tant qu'il n'aura pas subi les interventions chirurgicales nécessaires au parachèvement de sa conversion sexuelle, son code personnel restera le même, ce qui signifie que, dans certains domaines importants de sa vie privée, par exemple la recherche d'un emploi ou les voyages à l'étranger, il sera toujours une femme [...] La Cour relève que le requérant a subi une chirurgie de conversion sexuelle partielle. La possibilité pour lui de mener à terme son changement de sexe en Lituanie est incertaine [...]. Dans la mesure toutefois où ni l'une ni l'autre des parties en l'espèce ne l'ont évoquée, cette éventualité est vraisemblablement à exclure. [...] La Cour constate l'existence, au vu des circonstances de l'espèce, d'une lacune législative limitée en matière d'opérations de changement de sexe, du fait de laquelle le requérant se trouve dans une situation d'incertitude pénible pour ce qui est du déroulement de sa vie privée et de la reconnaissance de sa véritable identité”* (11 Settembre 2007, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, L. versus Regno Unito, Ricorso № 27527/03).



allignino nella ricerca e nel tentativo, magari esasperato, di fornire in sede C.E.D.U. una giusta tutela dei diritti subiettivi propriamente detti (quelli che Danilo Castellano definirebbe come “diritti dell’uomo”<sup>385</sup> e che contrapporrebbe ai cc.dd. diritti umani delle varie Carte nate quasi per gemmazioni da quella francese del 1789), ma abbiamo agio di credere che tutto ciò derivi, invece, dal modo stesso di definire e di intendere il diritto in generale e il diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, di cui al citato art. 8 c.e.d.u., in ispecie. Vero è, infatti, che la premessa concettuale di ogn’altra riflessione della Corte – con riguardo ai problemi di cui stiamo trattando – alberga proprio nella circostanza in virtù della quale “*la Cour a cependant déjà jugé que la notion de ‘vie privée’, au sens de l’article 8 de la Convention, est quant à elle un concept large qui comprend, entre autres, le droit de nouer et de développer des relations avec ses semblables [...], le droit au ‘développement personnel’ [...] ou le droit à l’autodétermination en tant que tel [...]. Elle englobe des éléments comme le nom [...], l’identification sexuelle, l’orientation sexuelle et la vie sexuelle, qui relèvent de la sphère personnelle protégée par l’article 8*”.<sup>386</sup> Ora... se possiamo anche ammettere che “*l’orientation sexuelle et la vie sexuelle*” (di cui al passo testé citato) possano pur rappresentare l’oggetto in sé dell’autodeterminazione subiettiva, intesa come mera autodeterminazione del volere, vale a dire, intesa come mero esercizio del libero arbitrio intono a quelli che potremmo chiamare (forse indelicatamente) i gusti sessuali, al di là – sia chiaro – del problema relativo alla sussistenza o meno, *in casibus*, del diritto di autodeterminazione, cioè del diritto di soddisfare il proprio gusto, dacché... il sussistere oggettivo di questo diritto dipende essenzialmente dalla natura – giuridica o anti-giuridica (*in se*) – dell’oggetto relativo alla *voluntas/voluptas* in questione, certo non possiamo rimanere

---

<sup>385</sup> Cfr CASTELLANO, *Razionalismo e diritti umani*, Torino, Giappichelli, 2003.

<sup>386</sup> 22 Gennaio 2008, Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, E.B. *versus* Francia, Ricorso № 43546/02.

indifferenti di fronte alla riconduzione de “*l’identification sexuelle*” al tema dell’autodeterminazione... e questo è il vero punto archimedeo! Questo, infatti – a nostro avviso – rappresenta proprio il momento concettuale in cui la Corte «esce» dal solco dalla tutela giuridica (magari aberrante e anti-giuridica *per se*) dell’autodeterminazione, intesa come diritto di concretizzare una propria volontà storica, per affermare senza riserve la primazia sartriana della volizione contingente del *subiectum volens*, sullo stesso essere-in-sé-essente del *subiectum essens*, tale per cui il soggetto non dovrebbe avere più il solo diritto di fare quello che vuole (nei limiti geografico-lockiani già considerati *surpa*), ma dovrebbe essere sì sovrano di sé stesso da avere il diritto *πάν*-assoluto di essere «quello» che egli stesso vuole essere e di essere «come» egli stesso vuole essere nell’*hic et nunc* del momento in cui lo vuole...<sup>387</sup> Altro, infatti, è garantire l’espressione e la concretizzazione di un proprio gusto e/o di una propria tendenza (in questo caso di natura sessuale), i quali possono essere in sé leciti o illeciti, a seconda dei casi, ma rientrano pur sempre nello spettro della volizione storica dell’*agens* e altro, tutt’altro, è affermare il diritto assoluto di decidere *ex se* della propria «natura (in questo caso sessuale)» o, per meglio dire,

---

<sup>387</sup> Si considerino, peraltro, anche i “*principes généraux*” che la Corte ha richiamato in altra pronunzia, ove, infatti, ha precisato 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 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 reflète un principe important qui sous-tend l’interprétation des garanties de l’article 8 [...]. La dignité et la liberté [intesa, ovviamente, non come libertà in sé, eppertanto come libertà umana, giuridica, morale e razionale, ma piuttosto come libertà negativa o, che poi è lo stesso, come libertà illuministica: proprio quella della Marianna rivoluzionaria, ben ritratta nel noto quadro – *La Liberté guidant le peuple* – di Eugenio Delacroix del 1830, per capirci... (nda)] de l’homme étant de l’essence même de la Convention, le droit à l’épanouissement personnel et à l’intégrité physique et morale des transsexuels est garanti*” (23 Giugno 2003, Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, *Van Kück versus Svizzera*, Ricorso № 35968/97).

della propria condizione (in questo caso anatomico-genitale), imperocché nel primo caso la questione afferisce *tout-court* all'ambito della volontà (lecita, giuridica, umana, razionale, morale o illecita, antiggiuridica, disumana, immorale, è un altro discorso), mentre nel secondo essa rientra *ictu oculi* nell'ambito dell'essere oggettivo più immediatamente coglibile, vale a dire... che rientra nell'ambito dell'essere oggettivo dell'ente, coglibile anche sulla base di una mera osservazione empirica del suo stesso corpo, il cui essere e la cui *essentia*, infine, non dipendono affatto dalla sua volontà, né possono dipendervi. Il «problema» dell'autodeterminazione, infatti, inteso come problema relativo all'estrinsecazione contingente d'una data volizione storica, è un problema il quale, in sé, qualunque foggia abbia ad assumere e qualsiasi sia il modo in cui viene affrontato, concerne e non può non concernere la «sola» dimensione del *velle subiecti*, vale a dire che è un problema il quale ha e deve avere, comunque, sempre a oggetto il solo volere della persona, onde non può mai avere a oggetto il suo essere, *id est*, la sua oggettiva condizione anatomica, il suo stesso *esse corporis*, pena... una vera e propria *petitio principii* e una radicalizzazione assoluta del volontarismo, la quale non contraddice, ma supera proprio la stessa *idēa* di realtà. Autodeterminarsi, infatti, significa determinare sé stessi, pei teorici del volontarismo potremmo dire che significa determinare la propria volontà, ma non significa certo affermare una (auto-)data condizione di sé diversa da quella che è (se non ontologicamente, quantomeno) «empiricamente». Allo stesso modo, allora – e conseguentemente – il problema del c.d. diritto all'autodeterminazione è un problema il quale, punto plasmandosi sulle fogge dell'autodeterminazione fattuale del *velle*, ha e non può che avere a oggetto il «solo» vaglio di giuridicità o meno intorno al volere contingentemente espresso dal *subiectum volens* e non può interessare ciò che concerne l'essere-fisico-oggettivo dello stesso soggetto che è, come è, perché è. Il soggetto *de quo*, infatti, può volere

giuridicamente o può volere anti-giuridicamente e quindi può avere il diritto di fare quello che vuole o può non-avere il diritto di fare quello che vuole, proprio ed essenzialmente in virtù del fatto che egli stesso è latore di una natura e di una *forma/figura corporis* sottratte *ex se* alla sua stessa sfera di signoria, anzi... queste ultime, in quanto elementi dello statuto ontologico del soggetto stesso, proprio inverano in sé medesime i criteri oggettivi per giudicare della legittimità sostanziale o meno delle varie opzioni individuali. Un uomo, infatti, se può autodeterminarsi, sotto il profilo dell'autodeterminazione della propria volontà, anche commettendo omicidii, ladrocinii *et coetera*, pur non esercitando, in questi casi, il proprio diritto all'autodeterminazione – sia chiaro – non può autodeterminarsi, nemmeno sotto il profilo della determinazione del proprio *velle* più assoluto, affermando di essere donna o di essere cavallo o di essere albero o di essere quant'altro di diverso da sé. Se la Corte di Strasburgo, allora, pur non arrivando a siffatte «conclusioni radicali», ne lascia balenare gl'alberi, attraverso la riconduzione entro gli stilemi del c.d. diritto all'autodeterminazione, della citata “*identification sexuelle*”, ciò significa che al di là delle varie resistenze, pur legate anche ad aspetti di tradizione e di opzioni habermasianamente condivise, essa tende a fare rientrare nello spettro di signoria della persona tutto ciò che la riguarda, quasi proclamando una sorta di «diritto assoluto», non solo «su» sé stessi, ma anche «di» sé stessi, al quale «diritto assoluto», allora, dovrebbe coerentemente corrispondere, sul versante dei rapporti cogli'altri e con lo Stato, una forma di soggezione<sup>388</sup> giusta la quale, così i *cives*, come l'Ordinamento,

---

<sup>388</sup> Quando non, anche, una sorta di obbligo positivo, soprattutto se la controparte è lo Stato e soprattutto se trattasi di provvidenze ch'esso deve attuare per consentire, favorire e agevolare l'esercizio radicale dell'autodeterminazione più assoluta; vero è, infatti, che la Corte ha recentemente stabilito che “*en l'espèce, la procédure qui s'est déroulée devant les tribunaux civils mettait en cause la liberté pour la requérante de définir son appartenance sexuelle, liberté qui s'analyse comme l'un des éléments les plus essentiels du droit à l'autodétermination. Devant la Cour, l'intéressée se plaint en substance que les juridictions allemandes, et notamment la cour d'appel de Berlin, n'aient pas dûment tenu compte de sa transsexualité dans*

dovrebbero rapportarsi al soggetto esclusivamente ed essenzialmente avendo riguardo non ci ciò che il soggetto è, ma di ciò che il soggetto auto-decide di essere. *Nihil sub sole novi*: già è stato affermato, infatti, che darsi in ischiavitù rappresenta un atto di libertà e ciò proprio in quanto se una persona decide di essere cosa, cosa animata, come lo è lo schivo, questa ha il diritto acché gli altri e *in primis* l'Ordinamento si rapportino a essa di conseguenza, vale a dire... usandola come un bene di cui disporre.

Conclusivamente, allora, possiamo affermare – per ragioni, anche, di coerenza e di «completezza espositiva» (del tutto relativa, ovviamente) – che il discorso testé presentato all'attenzione del Lettore, colle considerazioni ivi proposte in merito ad alcuni casi giurisprudenziali e colle riflessioni disviluppate sul *modus operandi* della c.d. Corte E.D.U., non rappresenta né vuole, o può rappresentare una forma di critica fine a sé stessa verso (e/o contro) lo «operato» tecnico-interpretativo-applicativo dei Giudici della Corte europea dei Diritti dell'Uomo e ciò, proprio in quanto è del tutto palese – almeno a nostro avviso – che i Giudici stessi non abbiano proposto (nelle/colle sue Sentenze) interpretazioni stravaganti, o comunque devianti (se mai, forse, alcune un po' ardite, ma questo è un altro discorso,

---

*le cadre du litige qui l'opposait à sa compagnie d'assurance [...]. En l'espèce, les faits incriminés ont non seulement privé la requérante de son droit à un procès équitable [...], mais ils ont également eu des répercussions sur son droit à l'identité sexuelle et à l'épanouissement personnel, aspect fondamental de son droit au respect de sa vie privée. Dans ces conditions, la Cour estime qu'il convient d'examiner aussi le grief formulé par la requérante sur le terrain de l'article 8 et selon lequel la manière dont les juridictions allemandes ont traité sa demande de remboursement de ses frais médicaux emporte violation des obligations positives qui incombaient à l'Etat [...]. La question centrale qui se pose en l'espèce n'est pas celle de la légitimité des opérations de changement de sexe en général, mais celle de l'application faite par les juridictions allemandes des conditions existantes de prise en charge des frais médicaux lorsqu'elles ont eu à se prononcer sur la demande formée par la requérante en vue de se faire reconnaître un droit à remboursement pour les frais liés à une opération de conversion sexuelle. Par ailleurs, ce n'est pas le droit au remboursement en lui-même qui importe en l'espèce, mais les répercussions des décisions judiciaires litigieuses sur le droit de la requérante au respect de son droit à l'autodétermination sexuelle considéré comme l'un des aspects de son droit au respect de sa vie privée [...]. A la lumière de l'évolution récente [...], il apparaît disproportionné d'exiger d'une personne qu'elle prouve le caractère médicalement nécessaire d'un traitement, dût-il s'agir d'une opération chirurgicale irréversible, lorsqu'est en jeu l'un des aspects les plus intimes de sa vie privée”* (23 Giugno 2003, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Van Kück versus Svizzera*, Ricorso № 35968/97).

ovviamente), con riguardo al Testo normativo (che è la C.E.D.U., ovviamente) cui si sono giuocoforza riferiti e attenuti nell'ambito delle loro stesse pronunzie (magari il contenuto delle sentenze fosse il frutto di una cattiva interpretazione delle norme!), siccome è altrettanto ovvio ch'essi non abbiano nemmeno stravolto, a livello ermeneutico, il significato assiologico-valoriale e storico-( $\alpha$ -)politico della stessa Carta europea dei Diritti dell'Uomo firmata a Roma il 4 Novembre 1950, la quale Carta, invece – sempre secondo la nostra sensibilità – dalla medesima Corte è stata coerentemente applicata per ciò che essa è e per la vocazione ch'essa ha ed esprime nella sua affermazione concettuale: i Giudici di Strasburgo, infatti, si sono trovati «costretti» (per quanto resti sempre vero che... *etsi coactus, tamen voluit...*) – se così possiamo dire – a «usare» d'una coorte di fattispecie normativo-positive nella cui struttura fondamentale e nella cui *ratio* operativa alligna, radicalmente, il germe del nihilismo giuridico proprio della modernità, onde... il ritrovamento di questo germe, in guisa di immagine riflessa, nella loro giurisprudenza, altro non è, se non l'effetto diretto e immediato del sistema geometrico-montesquieuiano di riferimento.<sup>389</sup> Non si tratta, infatti, con riguardo alla struttura concettual-assiologica delle pronunzie, di cogliervi un'esecrabile e infondata deriva dei Giudici verso l'affermazione e la tutela, tecnicamente ingiustificate, di un volontarismo estraneo alla Carta di riferimento e al contesto ( $\alpha$ -)cultural-( $\alpha$ -)politico di essa (pur culturalmente formati nel senso del positivismo moderno, sia chiaro), ma piuttosto si tratta di scorgervi il riflesso d'un *vulnus* radicale «nel» e «del» Sistema *in se*, quale sistema proprio, in un tempo, sia del c.d. Ordinamento C.E.D.U., nella sua articolazione strutturale, sia dei cc.dd. Ordinamenti giuridici nazioni, i quali lo compongono secondo

---

<sup>389</sup> Infatti... Carlo Luigi di Secondat Barone di Montesquieu ha icasticamente affermato – come è noto – che “*les juges de la nation ne sont [...] que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur*” (MONTESQUIEU, *De l'esprit des loix*, XI, VI).

gl'accordi di diritto internazionale: tale «Sistema complesso», infatti, si dimostra ed è, in sé, tutt'affatto orbo di (e indifferente a ogni) fondamento teoretico-ontologico, anzi... esso è proprio animato dal più fecondo rifiuto aprioristico di esso, in quanto accoglie senza riserve i tre dogmi – e così le tre aporie – della modernità politico-giuridica, rappresentati <sup>a</sup> dall'identificazione della libertà umana colla libertà c.d. negativa e dalla conseguente identificazione della libertà giuridica, colla libertà non-conculcata dalla norma positiva; <sup>b</sup> dalla sovranità, quale potere che si ritiene (pur non essendolo e pur non potendolo essere) bodinianamente assoluto e che, in quanto tale, si ritiene auto-fondativo dell'Ordinamento e <sup>c</sup> dalla democraticità procedurale, quale fondamento auto-legittimante del potere che è e che, in quanto effettivo, si fa sovrano, anzi... si fa sovrano-giusto e sovrano-legittimo, sulla base non della giustizia e della legittimità, ma sulla base del mero numero (peraltro computato secondo criterii definiti dallo stesso potere che s'impone), ritenuto in sé auto-fondativo e auto-creativo e della giustizia e della legittimità sue proprie. Di talché, l'applicazione coerente della Carta europea dei Diritti dell'Uomo (come quella di ogn'altra Dichiarazione «moderna», lo vedremo *en passant*, in appresso), ha portato e necessariamente porta proprio alla massimizzazione della tutela della libertà negativa ed *ex ante*, all'assunzione di essa in guisa di archetipo-prototipo della libertà umana, colla conseguenza – *ça va sans dire* – di (dovere) determinare l'allocazione concettuale del germe della dignità dell'uomo, non nella soggettività in sé giuridica del soggetto, che tale è in quanto essere umano (*subiectum essens*), ma nell'autodeterminazione assoluta del più autentico volere hegeliano di esso medesimo (*subiectum volens*), onde il soggetto, sartrianamente volendo, si auto-determina per quello che egli stesso vuole-essere, nell'*hic et nunc* della sua volizione storica e non già per quello ch'egli stesso è in quanto *ens essens*: ciò significa, allora, che la sua dignità di soggetto s'invera, propriamente, non nel suo essere qualcheduno,

ma nel suo volere qualche cosa, *ergo*... ciò significa che la dignità giuridica del soggetto, eppertanto la sua soggettività di diritto, s'invera, propriamente, nella mera dignità autoreferenziale «del» volere, «pel» volere e «nel» volere «il» volere in termini del tutto (*in se*) assoluti... quasi a rimembrare – *mutatis mutandis* – il “volli e volli sempre e fortissimamente volli”<sup>390</sup> di Vittorio Alfieri. La ragione, poi, di un siffatto avanzamento – *magnis itineribus* – verso il nihilismo più bieco e il motivo che porta il c.d. Sistema C.E.D.U., assieme agl'Ordinamenti nazionali, a individuare ambiti sempre più vasti, di «vita privata e familiare», in relazione ai quali declinare – *coeteris paribus* – la propria legittimazione a interferire con prescrizioni che obblighino i soggetti a una determinata condotta e che vietino quelle contrastanti, in altro non alberga, se non in questo e cioè, nella circostanza in virtù della quale il rifiuto di una fondazione giuridico-trascendente dell'Ordinamento, vale a dire il rifiuto del riconoscimento di un ordine giuridico dato, in guisa di condizione di esistenza e di legittimità dello stesso Ordinamento, porta all'affermazione di esso sulla sola base del maggior potere ch'esso stesso è capace di esercitare effettivamente, colla conseguenza... che la rivendicazione del singolo verso lo Stato non possa giammai essere inquadrata sotto il profilo sostanziale e razionale-dialettico del diritto e della giustizia, ma debba essere necessariamente relegata a una prova di forza, ove contrasti il potere della legge, espressione della sovranità statuale, contro il potere del voto, espressione del gusto elettorale. Di talché... da un lato lo Stato non può e non deve – giusta i presupposti *de quibus* – impedire atti dispositivi della vita privata e familiare, operati dai cc.dd. *cives*, in quanto siffatti impedimenti sarebbero mere restrizioni della loro libertà negativa, non giustificabili (se non giustificabili, ovviamente) sotto il profilo dell'ordine pubblico formale e dall'altro, non vi sarebbe neppure la possibilità di contrapporre, a una rivendicazione arbitraria del

---

<sup>390</sup> ALFIERI, *Lettera responsiva a Ranieri de' Casalbigi*, Siena: 6 Settembre 1783.



soggetto, l'indigenza di preservare un principio di diritto suo proprio, vale a dire un valore giuridico che pertiene *ex se* e *in se* al soggetto stesso, proprio perché il principio di diritto, come valore assiologico della persona e come garanzia di essa e della sua dignità, è tutt'affatto estraneo alla (anti-)dommatica della modernità politico-giuridica, ove, infatti, il diritto non è mai inteso «per» il soggetto, ma sempre «contro» il soggetto, vale a dire che il diritto della modernità politico-giuridica non è mai inteso come garanzia e tutela che giova al soggetto in sé, ma è sempre interpretato in guisa di limite e di restrizione negativa per la persona. Questo accade – ovviamente – proprio in quanto la dignità del soggetto, nel suo essere persona giuridicamente capace, non viene indentificata nell'essere ontologico del *subiectum essens*, ma viene scorta nel mero volere effettivo e contingente del *subiectum volens*; è del tutto evidente, allora, che ponendo la dignità del soggetto nel suo volere e non nel suo essere, ogni norma che vada a conculcare o, comunque, a orientare la sua stessa volontà altro non rappresenta se non un *vulnus* alla sua dignità di persona...

### **3. Uno sguardo comparatistico nell'orizzonte del sistema internazionale (occidentale) *extra* europeo. Alcune «spigolature», alcune rapsodiche riflessioni.**

La ragione e la funzione di quest'ultimo paragrafo – lo precisiamo per evitare equivoci e «vane illusioni» – non sono certo quelle di fornire al Lettore un'accurata analisi comparatistica dei problemi trattati e quindi una esposizione più o meno antologica (ἀνθολογία) di come i vari Ordinamenti giuridici abbiano affrontato il problema oggetto della Trattazione: lo scopo del Lavoro, infatti, non è quello di studiare, di esporre e di mettere a sistema il diritto positivo, la giurisprudenza e la dottrina che si sono espressi in merito all'autodeterminazione della persona. No! La sua

funzione, il suo scopo e la sua natura – *si parva litet componere magnis* – hanno da essere ricercati nella dogmatica e quindi... nell'analisi teoretica dei problemi giuridici coinvolti dalle questioni studiate, finalizzata a cercare di cogliere il *quid ius*, oltre il *quid iuris* ed eventualmente nel *quid iuris*. Certamente, allora, il confronto e la lettura attenta dell'effettività normativa, giurisprudenziale e dottrinale sono necessari e anzi giovevoli grandemente per un migliore coglimento dei problemi *de quibus*, ma la funzione e lo scopo del nostro Lavoro sono ultronei rispetto a ciò e si condensano nell'indagare l'autodeterminazione della persona umana sotto il profilo dell'*in se* giuridico, vale a dire... sotto il profilo del diritto all'autodeterminazione soggettiva, per ciò che questo diritto ha da rappresentare e rappresenta nel suo stesso statuto ontologico, al di là, quindi, di com'esso venga interpretato e inteso in sede giudiziaria, in sede legislativa o in sede dottrinale. Ne consegue, allora, che il richiamo e il riferimento alla pratica legislativa e giudiziaria non hanno e nell'economia del Lavoro non svolgono, una funzione attributiva di significato e di «verità» variamente aggettivata e aggettivabile (verità giudiziale, verità legale, verità partitica, verità convenzionale, verità condivisa, verità della tale fazione, verità storica, verità soggettiva, verità democratica *et coetera*) con riguardo al problema considerato, ma definiscono solamente oggetti da analizzare in modo critico e termini di confronto dialettico senz'altro stimolanti, al punto che essi, in virtù della loro allocazione concreta nella prassi, danno proprio conto di quella che è l'effettiva portata dei problemi trattati e l'impatto che questi hanno, continuano ad avere e avranno (sempre di più) in quella che potremmo chiamare la «vita di tutti i giorni»: la vita dei Tribunali, dei Parlamenti, dei salotti buoni della c.d. alta società, delle corsie d'ospedale, delle aule di scuola, delle cattedre universitarie, delle Corti internazionali, della stampa, delle Segreterie di Partito *et coetera*... ovunque, infatti, si parla di autodeterminazione e ancora più di diritto all'autodeterminazione,

tutti lo rivendicano per sé e lo invocano per gl'altri, dandone ognora un'interpretazione e un significato diverso.

Un contesto, *prima facie*, (leggermente) differente da quello proposto dal c.d. «modello C.E.D.U.», ma anch'esso, in verità, problematico assai per varie ragioni e senz'altro plasmato su fogge volontaristiche simili a quelle *supra* considerate, parrebbe essere l'Ordinamento canadese – lo citiamo a mero titolo d'esempio, senza nessuna ambizione di esaustività, sia chiaro – il quale Ordinamento, però, pur nella sua strutturazione (assiologicamente) moderna, non certo silente e anzi ben tosto emergente con inequivoca chiarezza, parrebbe avere sortito pronunzie giurisprudenziali almeno in parte distinguibili da quelle della Corte di Strasburgo e ciò, quantomeno sul tema del c.d. diritto all'assistenza nel suicidio (o, comunque, nelle pratiche eutanasiche *lato sensu* intese). Sul tema, invece, della famiglia e del matrimonio, una tale *prudentia* non può certo essere apprezzata e anzi... dovrebbe proprio cogliersi uno stato di radicamento dell'ideologia liberal-nihilistica più profondamente sentito che altrove. Ebbene, procediamo con un cert'ordine per arrivare alla individuazione dei problemi e alla distinzione delle fattispecie.

L'art. 7 della *Loi constitutionnelle de 1982* afferma che “*chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale*”. Come a dire, allora, che secondo la *Grundnorm* canadese la vita umana è un diritto e prima ancora un bene giuridico, la cui posizione di assoluta primazia nell'ambito dell'Ordinamento può essere «messa in discussione», *in casibus*, solamente “*en conformité [e (nda)] avec les principes de justice fondamentale*”, quindi solamente considerando quei principii della giustizia c.d. fondamentale – la quale *ictu oculi* parrebbe da intendersi oggettiva – che sembrerebbero prescindere (e che, se sono principii di giustizia in senso oggettivo, effettivamente prescindono e

debbono prescindere), così dalla volizione arbitraria del soggetto e dalla sua (eventuale) tensione all'autodeterminazione assoluta del proprio *velle* storico, come dal potere autopoietico e autoreferenziale dello Stato, Ordinamento e soggetto in un tempo. È del tutto ovvio, però, al di là del «suadente» riferimento alla c.d. *justice fondamentale*, che la «portata» effettivamente (sostanzial-)prescrittiva della disposizione *de qua*, debba essere colta e possa essere colta, per quello che effettivamente essa dice e dicendo tutela, solo nell'ambito del proprio «contesto di riferimento», pena un'interpretazione, magari entusiastica, ma tecnicamente monca o addirittura inopportuna.<sup>391</sup> E quivi... quivi quella che pareva essere una grande apertura verso il diritto naturale o, comunque, verso i principii della giustizia oggettiva, viene a subire – sempre a nostro avviso, è inteso – un drastico restringimento del proprio spiraglio lucifero: invero, è mestieri di osservare che anche il Sistema giuridico canadese postula – sia pure un poco temperate (forse da una «sensibilità storica» meno laicista rispetto a quella europea degli'ultimi decenni), ma solo per ragioni di *Weltanschauung*

---

<sup>391</sup> Come monca e inopportuna sarebbe la lettura dell'art. 2 cost., la quale, nel "riconosce" ivi citato, andasse a cogliere un riferimento *extra*-positivo, tale da potere invocare, financo contro lo Stato, la titolarità costituzionale di un diritto obiettivamente proprio della persona in quanto persona in sé, ma negato dall'Ordinamento positivo. Certamente questa lettura dell'art. 2 cost. consentirebbe di «accettare» e di «accogliere» la Costituzione stessa alla stregua di una norma – *coeteris paribus* – autenticamente giuridica e consentirebbe di cogliere una apertura della c.d. Legge fondamentale verso il diritto naturale, vale a dire... verso il diritto in sé, senza aggettivazioni; tuttavia... ciò non mitigherebbe affatto l'errore – errore che anche noi facemmo, presi dall'entusiasmo, sia pure temperandolo con argomentazioni ampie e articolate (cfr DI MARCO, *Del validamente disporre. Questioni giusfilosofiche, in particolare biogiuridiche, dell'Ordinamento giuridico*, Udine, Università degli Studi di Udine – Facoltà di Giurisprudenza, Tesi di Laurea, 2011) – rappresentato dalla mancata considerazione di quello che è il contesto di riferimento, vale a dire... il contesto della sovranità. Onde ha da risultare chiaro che, ammessa la sovranità e fondato il Sistema su di essa, non è consentito, anzi è proprio escluso, il ricorso a diritti che non promanino dal potere effettivo della stessa; la Corte costituzionale italiana, infatti, ha avuto ragione – sotto il profilo della coerenza al Testo e sotto il profilo dell'applicazione del norma in esso contenuta – quando ha affermato che l'art. 2 cost. avrebbe dovuto essere inteso in guisa di norma a fattispecie aperta, nel senso che il riconoscimento dei diritti ivi contemplato avrebbe dovuto non limitarsi alla tutela e alla garanzia dei diritti positivamente definiti dalla/nella Costituzione, ma avrebbe dovuto abbracciare tutti e soli i cc.dd. *Reflexrechte* (della nota teoria di Von Gerber), vale a dire i diritti previsti dallo e nello Ordinamento giuridico positivo, escluso ogni diritto che vanti un fondamento teoretico-razionale, prescindente dalle *rationes legum* variamente intese.

habermasiana – le *rationes* di fondo della modernità politico-giuridica, le quali – come è ovvio che sia – restano sempre e necessariamente incardinate nell’asse rappresentato dal binomio concettuale «libertà ↔ democraticità», cioè... libertà giuocoforza negativa del soggetto e democraticità dei limiti alla stessa. Si consideri, a tale proposito, sia il tenore letterale dell’art. 1 della citata *Loi constitutionnelle de 1982*, a mente del quale, “*la Charte canadienne des droits et libertés garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique*”, sia il testo del preambolo alla stessa *Loi constitutionnelle* (del 1982). Nell’ambito di quest’ultimo, infatti, pur essendo invocato il riconoscimento della suprema potestà d’Iddio – ragion per cui abbiamo parlato di un certo, apparente, temperamento del modernismo politico-giuridico – non si omette il riferimento al dogma πάλν-moderno della “*primauté du droit*”<sup>392</sup> (traducibile colla dizione «Stato di diritto»), come a significare, infondo, che lo Stato stesso si erge al rango di interprete unico e infallibile della divina volontà, la quale, per l’appunto, «parla» e s’afferma – se così possiamo dire – proprio attraverso la volontà sovrana dello Stato, espressa mercé la legge positiva (e vigente)... Questo è del tutto ovvio, almeno a nostro avviso, proprio in quanto la citata *primauté du droit*, non allude al diritto in quanto tale e in quanto tale condizione dell’Ordinamento, non allude, cioè, alla legge come atto di necessaria partecipazione dell’idea di giustizia, allo *ius quia iustum*, ma allude al diritto positivo che sia proceduralmente conforme alla Costituzione, allude, cioè, allo *ius quia iussum*, tant’è... che lo medesimo art. 52 della *Loi constitutionnelle de 1982*, al primo comma, afferma che “*la Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions*

---

<sup>392</sup> La *Loi constitutionnelle de 1982*, infatti, premette, nell’ambito della *partie I – Charte canadienne des droits et des libertés* la formola “*attendu que le Canada est fondé sur des principes qui reconnaissent la suprématie de Dieu et la primauté du droit*”.

*incompatibles de toute autre règle de droit*” e al successivo comma terzo, conclude la definizione della struttura kelseniana della c.d. Legge fondamentale canadese, prescrivendo che “*la Constitution du Canada ne peut être modifiée que conformément aux pouvoirs conférés par elle*”. Tutto questo, ovviamente, altro non significa, se non che anche il Canada, pur con una formola generale «meno drastica» e pur mantenendo, *in parte qua*, un certo radicamento nei principii *in se* giuridici, intesi, però, piuttosto che in guisa di principii (in sé), come opzioni tradizionalmente condivise, si sviluppa attorno all’asse gravitazionale rappresentato dal dogma della sovranità,<sup>393</sup> il quale dogma πάλν-modero – come abbiamo già ampiamente detto – pone non «un» problema, ma «il» problema dal quale nascono per gemmazione tutte le aporie della modernità politico-giuridica, intese, sia in generale e quindi in relazione all’intera struttura (aporetica) dell’Ordinamento, sia con ispecifico riguardo al c.d. diritto di autodeterminazione della persona. Ne deriva – la conseguenza è ovvia, già sul piano logico – che una volta affermata la sovranità statale come criterio auto-fondativo, auto-legittimante e auto-giustificativo dell’Ordinamento, ogni riferimento ch’esso contempi *ex lege* (anche in Costituzione, è ovvio) a una potestà superiore, compresa quella d’Iddio Padre onnipotente, altro non è, se non una formola vuota, un vacuo richiamo, la cui funzione resta sol quella di rafforzare ideologicamente la giustificazione del potere fattuale *superiorem non recognoscens*, essendo del tutto evidente che lo Stato sovrano, proprio in quanto sovrano, non si assoggetti e non possa/voglia assoggettarsi a nessuna volontà, nemmeno a quella d’Iddio, che non sia la sua contingente: se così fosse, infatti, *ça va sans dire*, lo Stato non sarebbe

---

<sup>393</sup> La stessa corte canadese, infatti, non ha mancato di affermare – in una nota sentenza – che “*la Constitution est l’expression de la souveraineté de la population du Canada. La population du Canada, agissant par l’intermédiaire des divers gouvernements dûment élus et reconnus en vertu de la Constitution, détient le pouvoir de mettre en oeuvre tous les arrangements constitutionnels souhaités dans les limites du territoire canadien*” (20 Agosto 1998, Court Suprême du Canada, [1998] 2 RCS 217, Dossier № 25506).

sovrano e il di lui potere non sarebbe originario (“*non est enim potestas, nisi a Deo*”,<sup>394</sup> infatti...), *ergo*... verrebbe contraddetto *ex se* il presupposto su cui si fonda il punto archimedeo dell’intera struttura costituzionale dell’Ordinamento. Tutto ciò, ovviamente, pur nella sua autoptica evidenza, non c’impone di negare la cautela e fors’anche una certa prudenza dei Giudici canadesi nel trattare il problema rappresentato dalla rivendicazione del diritto al suicidio, ma certamente ne scema la portata giuridica in senso sostanziale e il significato valoriale/assiologico dei limiti ch’essi hanno posto alla disponibilità *uti dominus* del bene giuridico vita: infatti... giusta le premesse (de-)concettuali della sovranità, potremmo dire che se non sono ancora stati codificati il c.d. diritto al suicidio e il c.d. diritto all’aiuto eutanasico, ciò non è accaduto, non pel riconoscimento del dovere dello Stato di preservare il diritto alla vita, quale diritto in sé e in sé indisponibile, ma solamente perché lo Stato stesso, *legibus sic stantibus*, non ha (ancora) esercitato sovranamente-democraticamente l’opzione *pro* eutanasia, opzione... la quale gli compete come ogn’altra, nell’esercizio della suprema potestà d’imperio auto-riconosciuta-si e auto-attribuita-si (*ex vi*). Ciò detto per ragioni di chiarezza e per avere ben definiti i parametri di riferimento, ora, possiamo tosto riprendere il discorso intorno al problema relativo all’approccio dei Giudici canadesi nei confronti della pretesa di esercitare un «diritto soggettivo» a essere coadiuvati nel desiderio di auto-indur-si la morte, così rilevando che, a differenza della c.d. Corte E.D.U., la Suprema Corte del Canada – proprio sulla base formale (*recte*, formalistica) del citato art. 7 della *Loi constitutionnelle de 1982* – ha posto un «freno» a contenimento delle rivendicazioni *de quibus*, affermando – come è noto – *in primis* che il suicidio, per quanto depenalizzato, non è affatto un diritto della persona<sup>395</sup> e *in secundis* asserendo che la tutela del bene giuridico

---

<sup>394</sup> SAN PAOLO, *Epistula ad Romanos*, 13, 1.

<sup>395</sup> La Corte suprema canadese, infatti, precisa correttamente che “*en supprimant l’infraction de tentative de suicide, dans le Code criminel, le Parlement a reconnu non pas que le suicide*

rappresentato dalla vita umana in vera in sé stessa un valore alla cui preservazione lo Stato non può e non deve rinunziarvi<sup>396</sup> pel solo fatto che un soggetto rivendichi di essere coadiuvato nella realizzazione del proprio proposito suicidiario (se vuole rinunciare, infatti, deve rinunciare in forza di un'autonomia e auto-determinata presa di posizione). Ne deriva, allora, che il riferimento ai citati “*principes de justice fondamentale*” di cui all’art. 7 della *Loi constitutionnelle de 1982*, pur non rappresentano altro che un riferimento alle clausole generali, ovverosia alla *rationes* del Sistema, è stato comunque capace – per ora – di inverare uno schermo a difesa della vita contro le aggressioni alla stessa, le quali possano derivare dalla volontà del *subiectum volens* (titolare dello *ius vitae*, ma non dello *ius in vita*) di essere assecondato nelle proprie istanze suicide.

Rimanendo ancora nell’ambito dell’Ordinamento canadese e rimarcando la intrinseca contraddittorietà dello stesso, sotto il profilo dell’autodeterminazione, è tosto mestieri di osservare come, se da un lato il citato art. 7 della *Loi constitutionnelle de 1982* ha comunque consentito un certo «freno» alla corsa verso l’individuazione *ex lege* di un «diritto» assoluto sulla propria vita e ha «impedito» (ritardato?) il riconoscimento di esso in sede giurisprudenziale, dall’altro... né questa disposizione, né il riferimento alla suprema potestà d’Iddio, né, tantomeno, la citata “*primauté du droit*” hanno impedito (e così vengono confermate – a nostro avviso, almeno – le interpretazioni *supra* proposte) il radicale stravolgimento dell’istituto giuridico del matrimonio, quale istituto *in se* fondativo della famiglia umana, giusta principii e valori (autenticamente giuridici e)

---

*devait être accepté dans la société canadienne, mais plutôt que le droit criminel n'était pas un moyen efficace et approprié de traiter la question des tentatives de suicide*” (30 Settembre 1993, Court Suprême du Canada, [1993] 3 RCS 519, Dossier № 23476).

<sup>396</sup> Infatti – scrive la Corte – “*compte tenu des craintes d'abus et de la grande difficulté à élaborer des garanties adéquates, l'interdiction générale de l'aide au suicide n'est ni arbitraire ni injuste. L'interdiction est liée à l'intérêt de l'État à la protection des personnes vulnérables et reflète des valeurs fondamentales véhiculées dans notre société. L'alinéa 241b) [del Codice penale vigente (nda)] ne porte donc pas atteinte à l'art. 7 de la Charte*” (30 Settembre 1993, Court Suprême du Canada, [1993] 3 RCS 519, Dossier № 23476).



immediatamente palesi alla ragione dell'uomo. L'istituto del matrimonio, infatti, nell'ambito del Sistema giuridico-positivo del Canada, ha subito negli'ultimi anni una sorta di depauperamento sostanziale e ontologico, in quanto ne è stata pretermessa, sul piano normativo, la natura di “*coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae*”<sup>397</sup> a favore di una *forma matrimonii* del tutto vacua e del tutto priva di contenuto giuridico-razionale, la cui unica «funzione tecnica», infatti, alberga nella sua stessa idoneità a essere utilizzata per la disciplina formalistico-legale di qualsivoglia contesto di coppia abbia a esservi ricondotto, sulla base della più autentica auto-volizione dei componenti la stessa. Il matrimonio, insomma, nell'Ordinamento giuridico-positivo del Canada – auspice un'impostazione ideologica di stampo liberale e nihilista del Sistema stesso – altro non è divenuto, se non lo «strumento tecnico» per la volontaria (*recte*, volontaristica) formalizzazione legale d'un rapporto (sì interpersonale, ma non giuridico in sé, ovviamente) anche privo di causa oggettiva e anche «fondato» solamente nell'ambito del mero piano sentimentale; ne consegue... che la «famiglia canadese», in preda alla “tempesta”<sup>398</sup> giuridica, cessa di essere famiglia in sé, cessa, cioè, di avere una struttura, una forma e un valore in sé oggettivi e in sé oggettivamente giuridici, per divenire una «dimensione» personale e collettiva in un tempo, sociologicamente caratterizzata dalla mera opzione autentica di due soggetti i quali si-sentono famiglia e i quali pretendono (in sé e per sé) di essere considerati *familia*... non già *proprio iure dicta*, ma piuttosto *propria voluntate dicta*. Se è vero, infatti, che fino al 2005 la Legislazione federale

---

<sup>397</sup> MODESTINO, *Digesto*, 23. 2. 1.

<sup>398</sup> Ci riferiamo, con questa felice espressione, al titolo di un'Opera di grande spessore, elaborata da Dario Composta, proprio allo scopo di cogliere ed esplicitare i problemi che nel nostro tempo affliggono la famiglia umana (cfr COMPOSTA, *La famiglia nella tempesta*, Roma, Urbaniana University Press, 1987). *Per incidens* rileviamo che l'espressione in parola è stata anche recentemente utilizzata in guisa di titolo per un Convegno internazionale organizzato dalla Direzione del periodico *Instaurare omnia in Christo* nell'Agosto 2014 (cfr MATTIUSI, *Sul sinodo straordinario sulla famiglia*, in *Instaurare omnia in Christo*, Udine, Comitato Iniziative ed Edizioni Cattoliche, 2014, III, pagg. 1 e ss).

non definiva il significato del termine «matrimonio», ritendendo superfluo esplicitare ciò che doveva considerarsi ovvio, sia sulla base della più immediata prassi (e del buon senso, potremmo dire),<sup>399</sup> che in forza della più consolidata giurisprudenza, è altrettanto vero che già nel 2004 la Suprema Corte del Canada ebbe a precisare che “*la définition du mariage n’est pas fingée par la Constitution*”<sup>400</sup> e che all’atto dell’entrata in vigore della *Loi sur le mariage civil* (L.C. 2005, ch. 33) è stata adottata, ai fini della definizione del matrimonio, non la formola «classica» e consolidata, secondo la quale il matrimonio stesso avrebbe dovuto essere considerato “*the lawful union of one man and one woman to the exclusion of all others*”,<sup>401</sup> ma piuttosto la formola sostanzialmente vuota, in virtù della quale “*le mariage est, sur le plan civil, l’union légitime de deux personnes, à l’exclusion de toute autre personne*” (*Loi sur le mariage civil* – L.C. 2005, ch. 33 – del 20 Luglio 2005, *partie 1*, art. 2), come ad affermare che la Legge in materia di matrimoni civili avrebbe consentito “anche il matrimonio di coppie omosessuali”,<sup>402</sup> del tutto risultando e dovendo risultare normativamente/legalmente irrilevante il genere dei nubendi. La qualcosa sta a significare, allora, che la famiglia ha perduto il suo *proprium*

---

<sup>399</sup> Invero, nel contesto del *Modernisation of Benefits and Obligations Act* del 2000, al punto 1.1. (*Interpretation*) del *Bill C. 23* è stato precisato che “*for greater certainty, the amendments made by this Act do not affect the meaning of the word ‘marriage’, that is, the lawful union of one man and one woman to the exclusion of all others*”; come a riaffermare il *proprium* giuridico del matrimonio nel diverso genere dei coniugi. Una simile considerazione, peraltro, è stata esternata anche dalla *House of Commons* il giorno 8 Giugno 1999, con una deliberazione formale approvata a maggioranza di duecentosedici membri contro cinquantacinque, la quale deliberazione, al di là del peso tecnico-giuridico, si evidenzia pel fatto di rappresentare una «reazione» e una «risposta» di carattere politico-istituzionale alla pronunzia della Corte Suprema canadese del 1999 (20 Maggio 1999, *Court Suprême du Canada*, [1999] 2 RCS 3, Dossier № 25838), la quale aveva imposto, sulla base del c.d. principio di eguaglianza (quella illuministica, ovviamente), l’equiparazione normativa tra le cc.dd. coppie di fatto eterosessuali e quelle omosessuali.

<sup>400</sup> 9 Dicembre 2004, *Court Suprême du Canada*, [2004] 3 RCS 698, Dossier № 29866.

<sup>401</sup> La citazione si riferisce al testo del *Modernisation of Benefits and Obligations Act* del 2000, punto 1.1. (*Interpretation*) – *Bill C. 23*.

<sup>402</sup> DI BENEDETTO, *Il “Civil Marriage Act”: un difficile equilibrio tra divieto di discriminazione in base all’orientamento sessuale e libertà religiosa*, in ROLLA (a cura di), *Eguali, ma diversi. Identità ed autonomia secondo la Giurisprudenza della Corte Suprema del Canada*, Milano, Giuffrè, 2006, pag. 123.

di unione umana, libera, giuridica e morale, virtualmente aperta al concepimento e alla cura della prole, per indossare le vesti di un consorzio fra persone, non altrimenti qualificato e non altrimenti qualificabile sul piano teleologico-ontologico e giustificato solo sulla base del mero sentimento o, per meglio dire, solo sulla mera base dell'opzione contingentemente esercitata dai componenti lo stesso e avente a oggetto il desiderio di stare accanto per stare accanto, nell'*hic et nunc* del desiderio medesimo. Ciò significa – la conseguenza è ovvia – che non v'è nessuna ragione per ipotizzarsi una stabilità, del contesto familiare *de quo*, anche solo strutturata sulla previsione legale di procedure da seguire per lo scioglimento del vincolo matrimoniale e anzi, le premesse *de quibus* portano proprio a ritenere, *au contraire*, che il «vincolo» di cui trattasi dovrebbe essere il più elastico possibile, sì da consentire l'affermazione più autentica e immediata sia del desiderio di unirsi che del desiderio, opposto, ma concettualmente identico, di non essere più uniti. Ovviamente – come è noto – il «percorso» che ha portato il Canada a istituire, sia pure indirettamente (e cioè attraverso la definizione vuota di matrimonio, adottata dalla *Loi sur le mariage civil*), il c.d. matrimonio omosessuale è stato lento e graduale: esso, infatti, ha tratto le mosse e gl'auspicii proprio dall'attività interpretativo-ermeneutica dall'Autorità giudiziaria provinciale<sup>403</sup> e dalla sempre più influente giurisprudenza della Corte Suprema: i Giudici canadesi, però – si badi molto bene a quest'aspetto – hanno portato innanzi l'*iter* che poi si è concluso coll'adozione della citata *Loi sur le mariage*

---

<sup>403</sup> Si faccia riferimento – a mero titolo d'esempio – alla nota sentenza della Corte Suprema della Columbia Britannica, la quale ha affermato, già nel 2001, che il diniego delle cc.dd. licenze di matrimonio, ai componenti coppie omosessuali, avrebbe rappresentato una forma di arbitraria discriminazione legata all'orientamento sessuale delle persone (2 Ottobre 2001, Supreme Court of British Columbia, [2001] BCSC 1365); oppure si consideri – sempre sulla stessa «linea d'onda» la decisione dei Giudici del Québec del 2002, i quali ritennero discriminatoria la definizione del matrimonio, contenuta nella normativa interna, quale unione di un uomo e di una donna, dacché questa avrebbe impedito agli omosessuali di costituire una famiglia istituzionalmente e formalmente riconosciuta dall'Ordinamento (6 Settembre 2002, Cour Supérieure de Québec, [2002] RJQ 2506).

*civil*, evitando di entrare *in medias res matrimonii* e spostando i termini del problema sul terreno – potremmo dire – dell’eguaglianza illuministica, imperocché la questione in parola non è mai stata impostata sotto il profilo teoretico-giuridico del che cosa sia il matrimonio e del quale sia il suo *proprium* ontologico, ma è sempre stata affrontata e osservata colle lenti deformanti dell’opzione illuministica, giusta la quale la libertà deve coincidere colla libertà negativa e l’eguaglianza deve sostanziarsi nella *par condicio* formale, garantita (e imposta) a chicchessia dalla legge generale, astratta e precostituita. Come a dire, allora, che il «valore» dell’autodeterminazione assoluta da preservarsi, tutelarsi e affermarsi anche *in rebus matrimonii*, è stato avvertito in guisa di diretta propagazione dell’assunto «diritto illuministico» a non subire discriminazioni, cioè distinzioni, di alcun genere e segnatamente... dell’assunto «diritto illuministico» a non subire discriminazioni, cioè distinzioni, sulla base del proprio c.d. orientamento sessuale. Il matrimonio eterosessuale (*id est*, il matrimonio in sé, il matrimonio senza aggettivazioni, il matrimonio *tout-court*), cioè, è stato censurato dalle Corti canadesi non come forma di matrimonio (*una ex multis*), non come opzione operata dallo stato *in rebus familiae*, non, dunque, in virtù della struttura insufficiente o monca del negozio fondativo il consorzio familiare, ma piuttosto... in quanto negozio in sé discriminatorio. Vale a dire che l’istituto del matrimonio eterosessuale (*recte*, del matrimonio in sé) è stato censurato non perché tecnicamente privo di un qualche elemento essenziale, ma piuttosto perché non-aperto (in sé) alle cc.dd. coppie omosessuali, *ergo*... è stato censurato perché strutturalmente (diremo, naturalmente) vocato a distinguere le unioni di persone in base al genere dei componenti le stesse, vale a dire, in base a un elemento tutt’affatto oggettivo e intrinseco alle relazioni *de quibus* (e rilevante per la natura e per la funzione dello stesso matrimonio). La ragione della censura, insomma, non alberga nella forma e/o nella struttura del

matrimonio eterosessuale, per come definita dalla Legge, ma alberga essenzialmente nella sua natura e nel suo stesso statuto teleologico-ontologico di negozio fondativo della famiglia umana, virtualmente vocata alla procreazione e alla cura (umana) della prole. Questo è il punto – come si dice – dell’intera questione, anche al di là del contesto canadese; invero, i termini del problema restano i medesimi, pur mutando il sistema di riferimento, sotto il profilo geografico, politico, normativo *et coetera*: il matrimonio in quanto tale, infatti, è e rimane *ex se* discriminatorio e un tanto... non perché impedisca a qualcuno di accedervi, sulla base dell’orientamento sessuale di questi, ma piuttosto perché esso non può essere utilizzato per la formalizzazione d’un rapporto omosessuale, in quanto il rapporto *de quo* non ne integrerebbe e non ne potrebbe integrare gl’estremi teleologico-ontologici. È dunque la natura stessa del matrimonio a discriminare o, per meglio dire, a distinguere ciò che può essere matrimonio e famiglia, da ciò che non può esserlo affatto. Ne deriva... che l’unico modo per evitare siffatte discriminazioni – che sono distinzioni obiettive, frutto di conseguenze immediatamente ovvie – e quello di orbare l’istituto matrimoniale e familiare della natura sua propria, ond’esso risulti idoneo ad «accogliere» qualunque contesto si voglia ricondurre, *ex voluntate absoluta*, entro il suo stesso, vacuo, spettro (de-)concettual-formale (e formalisticamente de-concettualizzato). Ebbene, per chi abbia l’abitudine di affrontare le cose in generale e le questioni giuridiche in ispecie, indagandone innanzitutto la natura, è singolare assai questo *modus operandi*, imperocché esso, di fatto (e di diritto positivo), ha condotto alla sostanziale negazione della natura del matrimonio, non in virtù di un errore concettuale, non in ragione di una *ignorantia matrimonii*, non perché, cioè, non l’abbia riconosciuta, ma piuttosto perché, avendola colta, ha individuato ch’essa poneva, *ex se*, limiti sostanziali e obiettivi legati alla costituzione fisica e all’orientamento sessuale delle persone, incompatibili coll’assunto

aprioristico dell'eguaglianza prettamente illuministica. Per evitare questo, allora, per evitare, cioè, che venga interdetto l'accesso al *negotium matrimonii* a coppie omosessuali, le quali bramino di convolare a «(in-)giuste» nozze, l'Ordinamento è intervenuto sostanzialmente prescrivendo che, ammesso il matrimonio quale istituto fondativo e costitutivo della famiglia, tutte le coppie di persone debbo avere il diritto di accedervi, indistintamente dalla loro composizione e quindi indistintamente dalla loro natura di coppia: il carattere essenzialmente ed esclusivamente eterosessuale dell'unione matrimoniale, insomma, andrebbe a discriminare le coppie omosessuali che nutrissero il desiderio di sposarsi, *ergo* il rispetto dell'eguaglianza illuministica impone che la Legge garantisca anche a esse, al pari di quelle eterosessuali, il diritto di contrarre il «loro» matrimonio e di fondare la «loro» famiglia, formal(-istica-)mente uguali al matrimonio eterosessuale e alla famiglia eterosessuale (*id est*, al matrimonio e alla famiglia *in se*, al matrimonio e alla famiglia *sic et simpliciter*). Ed è sempre in quest'ottica – sia ben chiaro – che dev'essere letta anche la disposizione *sub* art. 3 della citata *Loi sur le mariage civil*, ov'è prescritto che “*il est entendu que les autorités religieuses sont libres de refuser de procéder à des mariages non conformes à leurs convictions religieuses*” e ciò... segnatamente in quanto la garanzia apprestata dalla Legge, al «diritto» di ciaschedun Ministro di culto, di esercitare liberamente (il riferimento è, ovviamente, alla c.d. libertà negativa) la propria libertà di credenza, celebrando i matrimoni, non secondo la *Loi sur le mariage civil*, ma in virtù dei dettami del proprio Credo, non alligna nel riconoscimento del valore giuridico e morale del Credo, ma alligna – come correttamente ha osservato la stessa Eleonora Di Benedetto<sup>404</sup> – nella c.d. libertà religiosa, la quale, a

---

<sup>404</sup> Cfr DI BENEDETTO, *Il “Civil Marriage Act”: un difficile equilibrio tra divieto di discriminazione in base all'orientamento sessuale e libertà religiosa*, in ROLLA (a cura di), *Eguale, ma diversi. Identità ed autonomia secondo la Giurisprudenza della Corte Suprema del Canada*, Milano, Giuffrè, 2006, pagg. 133 e s.

ben intendere le cose, altro non è e altro non rappresenta, se non una particolare manifestazione del c.d. principio di eguaglianza illuministicamente inteso, declinato... nel diritto all'autodeterminazione assoluta del volere in ambito *lato sensu* spirituale. È ben vero, infatti, che la disposizione in parola non intende tutelare «la» Religione e nemmeno la fede in qualche cosa, ma intende affermare la eguaglianza illuministica tra tutte le varie credenze e tra tutte le varie opzioni contingentemente operate dai soggetti e altrettanto contingentemente rivendicate, da essi, alla stregua di diritti soggettivo-volitivi loro proprii, *ergo*... al diritto di contrarre qualsiasi forma di matrimonio, secondo il proprio contingente desiderio, deve corrispondere l'analogo diritto di celebrare il matrimonio, secondo le proprie contingenti opinioni personali e secondo il proprio credo altrettanto contingente...

Al di là delle brevi note che abbiamo *supra* esteso con riguardo al c.d. Ordinamento giuridico canadese – pigliato a esempio e citato senza alcuna pretesa di completezza o di esaustività – ben tosto occorre rilevare che la medesima *Weltanschauung* modernistico-nihilista si riscontra, oltrecché nel panorama europeo, per alcuni aspetti già considerato, anche nella maggiore parte degli attuali Sistemi di diritto positivo *extra-europeo* e ciò, indipendentemente della «forza pervasiva» colla quale essa riesce a insidiarsi *in rebus positi iuris*: il livello e il grado di affermazione della ideologia propria della c.d. modernità politico-giuridica, infatti, laddove non sia originariamente afferente al Sistema di riferimento, come nelle esperienze lockiano-nordamericane (è noto, infatti, che per Giovanni Locke all'uomo compete il diritto di proprietà, da esercitarsi *uti dominus* sopra i tre beni per eccellenza: vita, libertà e averi<sup>405</sup>), dipende essenzialmente da quella

---

<sup>405</sup> Cfr LOCKE, *Secondo trattato sul Governo*, *passim*, in particolare, XV, 171; cfr, anche, LOCKE, *Lettera sulla tolleranza*, ov'è detto, già nella prima parte, che “lo Stato è [...]un'associazione di uomini costituita unicamente al fine di procurare, preservare e sviluppare i beni civili [e che (nda)] per beni civili intendo[nsi (nda)] la vita, la libertà,

che potremmo chiamare la maggiore o minore «resistenza storica» dei vari principi in sé giuridici, per come radicati nell'ambito del c.d. tessuto sociale e normativo di riferimento. La tendenza propria del nostro tempo, comunque, è e rimane, pur con differenti sfaccettature rilevabili *in casibus*, quella propria del liberalismo relativista (e nihilista), la quale trova giuoco facile nell'affermarsi, soppiantando la tradizione, proprio in quanto propina un ideale di libertà – l'ideale della c.d. libertà negativa, in sé disumana e irrazionale – coincidente colla massimizzazione più ampia possibile della volontà incondizionata e incondizionabile dell'*agens*, artatamente persuaso di avere tutti i diritti e tutte le libertà che desidera di avere, all'infuori che quella di violare la legge democraticamente imposta per la preservazione del c.d. ordine pubblico kantiano-formale. Non sorprenda, dunque, che la dottrina del liberalismo sia così trasversalmente diffusa e radicata da riuscire – eppure con successo – ad aggredire anche i contesti più tradizionalmente legati a un'esperienza giuridica di stampo teoretico-aristotelico e cattolico-cristiano...

Per fare riferimento a un altro esempio, sempre tratto dal contesto internazionale *extra-europeo*, allora, potremmo considerare l'interessantissima analisi proposta da Bernardino Montejano in riferimento al recente progetto di riforma (*recte*, di demolizione concettuale) del Codice civile argentino.<sup>406</sup> L'Autore, infatti, già nel titolo di in una sezione della sua (breve, ma molto perspicace) Opera – *Relaciones de familia. Un matrimonio devaluado*<sup>407</sup> – rende immediatamente palese il significato e la portata dell'intervento riformatore, togliendo ogni dubbio circa la direzione volontaristico-nihilista dello stesso: la novella disciplina del matrimonio,

---

l'integrità e l'immunità del corpo, nonché il possesso di beni materiali quali denaro, terre, case, arredi e simili" (il passo è citato da LOCKE, *Lettera sulla tolleranza*, Verona, Demetra, 1995, pag. 15).

<sup>406</sup> MONTEJANO, *Proyecto de reforma del Código civil y comercial. Un análisis crítico*. Buenos Aires, Ediciones Del Alcázar, 2012.

<sup>407</sup> MONTEJANO, *Proyecto de reforma del Código civil y comercial. Un análisis crítico*. Buenos Aires, Ediciones Del Alcázar, 2012, pag. 21.



infatti, si caratterizza principalmente per l'assenza, tra i requisiti di validità della sua celebrazione, indicati all'art. 420 del *Proyecto de reforma del Código civil y comercial* e condensati, poi, nel vigente art. 186 del *Código civil*<sup>408</sup> (riformato dalla *Ley* № 26.618 B.O. 22 Luglio 2010), dell'indicazione legata alla necessaria eterosessualità della coppia che punto intende addivenire alle nozze, anzi... come opportunamente scrive Montejanao “*ninguno habla de sexo*”<sup>409</sup> e ciò, proprio perché, sempre sulla base del criterio illuministico dell'eguaglianza formale, il matrimonio, nel nuovo assetto liberale che deve avere, non può essere riservato a una «categoria» di coppie – quelle eterosessuali – e negato a un'altra – quelle omosessuali – in quanto ciò determinerebbe una sorta di arbitraria discriminazione basata sul c.d. orientamento sessuale. Il discorso, ovviamente, nella sua assurdità teoretica e concettuale, postula la già veduta premessa *a priori*, giusta la quale il matrimonio stesso e la famiglia non avrebbero e non potrebbero avere alcuna natura giuridica loro propria, essendo e dovendo essere, solamente, uno strumento legale e una condizione formale atti alla mera istituzionalizzazione della «volontà familiare» (come *voluntas ad familiam*) contingentemente espressa da due soggetti e della loro medesima dimensione di coppia. L'analisi non è pretestuosa – sia chiaro –

---

<sup>408</sup> La citata disposizione dell'art. 186 del *Código civil* argentino recita: “*los que pretendan contraer matrimonio, se presentarán ante el oficial público encargado del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, en el domicilio de cualquiera de ellos y presentarán una solicitud que deberá contener: 1° Sus nombres y apellidos y los números de sus documentos de identidad si los tuvieren; 2° Su edad; 3° Su nacionalidad, su domicilio y el lugar de su nacimiento; 4° Su profesión; 5° Los nombres y apellidos de sus padres, su nacionalidad, los números de sus documentos de identidad si los conocieren, su profesión y su domicilio; 6° Si antes han sido casados o no, y en caso afirmativo, el nombre y apellido de su anterior cónyuge, el lugar del casamiento y la causa de su disolución. Si los contrayentes o alguno de ellos no supieren escribir, el oficial público levantará acta que contenga las mismas enunciaciones*” e come si vede, non c'è nessun riferimento al genere. Di per sé – sia chiaro – questo dato potrebbe non avere particolare rilievo: anche il Codice civile italiano, infatti, a titolo d'esempio, non contempla un'espresso rigerimento alla necessaria eterosessualità della coppia di nubendi, tuttavia, il combinato disposto della citata disposizione con quella *sub* art. 172 dello stesso *Código civil* argentino carica l'intera disciplina di un significato inequivoco...

<sup>409</sup> MONTEJANO, *Proyecto de reforma del Código civil y comercial. Un análisis crítico*. Buenos Aires, Ediciones Del Alcázar, 2012, pag. 21.

basti considerare il tenore letterale dell'art. 172 co. I del *Código civil* argentino vigente, il quale afferma che “*el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo*” così togliendo ogni dubbio circa la possibilità degli omosessuali di accedervi allo stesso in cui vi possono accedere le coppie formate da un uomo e da una donna. Non solo, “*junto al matrimonio devaluado aparece el viejo concubinato jurídicamente reconocido y prestigiado, con una nueva denominación: unión convivencial*”,<sup>410</sup> anch'essa, ovviamente, estesa a qualsiasi tipologia di coppia in relazione alla quale i componenti di essa intendano formalizzare, in un istituto del Diritto civile vigente, il loro comune «progetto di vita». Rileva questo, allora e cioè rileva che l'Ordinamento argentino, proprio per tutelare al massimo grado possibile il c.d. diritto di autodeterminazione assoluta delle persone in ambito *lato sensu* familiare, non solo ha introdotto una formola vacua di matrimonio, tale per cui qualunque coppia possa accedervi (riservandosi il diritto di uscirne *ad nutum*), ma ha anche istituito un «secondo binario», che potremmo definire *sub*-matrimoniale, al fine di agevolare quei contesti di coppia nell'ambito dei quali, pur essendovi un desiderio dei componenti la stessa di formalizzare attraverso la Legge il loro rapporto personale, difetti la volontà di assumersi il c.d. impegno delle nozze (che impegno non sarebbe, in senso proprio, data la estrema facilità potestativa di svincolarsi). Sicché... lo *status quo* della Legislazione argentina in tema di famiglia, presenta un contesto così radicalmente «impregnato» di liberalismo, da consentire a chiunque la formazione della propria «famiglia», colle caratteristiche e coi fini convenzionalmente (auto-)attribuiti a essa nell'*hic et nunc* della sua stessa formazione, anzi... la vigente normazione argentina in ambito familiare – a ben intendere le cose – va oltre e si spinge fino al punto di

---

<sup>410</sup> MONTEJANO, *Proyecto de reforma del Código civil y comercial. Un análisis crítico*. Buenos Aires, Ediciones Del Alcázar, 2012, pag. 24.

negare che la famiglia e il matrimonio abbiano un loro natura, onde ciascheduno sia messo nelle condizioni per potere invocare, a proprio vantaggio, la disciplina familiare contemplata dall'Ordinamento, sulla base del mero desiderio contingente di essere legalmente considerato famiglia o di esserne legalmente equiparato. Resta inteso – ma il discorso vale per ogn'altro contesto in cui sia andato perduto il significato ontologico della famiglia e del matrimonio – che un Sistema così strutturato, oltre a essere in sé antiggiuridico, vada a nocumento del diritto vero e proprio, all'autodeterminazione soggettiva in ambito personale e familiare, di chi rivendicasse di costituire una famiglia in sé, fondata su un matrimonio che sia effettivamente tale, imperocché il veduto assetto normativo, al di là dei possibili giuochi di parole, non contempla neppure la possibilità di esercitare l'opzione legittima (al di là della legalità o meno di essa) verso il matrimonio *in se*, vale a dire, verso il matrimonio fondativo della famiglia umana, costituita da un uomo e una donna e caratterizzata dall'indissolubilità del vincolo che unisce i coniugi.

Non è tutto qui: il mare – burrascoso assai – dell'autodeterminazione assoluta bagna anche un altro lido dell'Ordinamento giuridico argentino e segnatamente, bagna anche il lido ove alberga il problema relativo ai «limiti legali» contemplati da Sistema dello *ius positum* in riferimento agli atti di disposizione della propria vita. Non entreremo, ora, nel merito di questioni ultronee rispetto all'economia del nostro Lavoro, né approfondiremo più che tanto questi aspetti, ma non taceremo dei recenti interventi normativi in materia di «diritto» alla c.d. *muerte digna*, ovverosia... all'eutanasia riservata *ex lege* a situazioni cliniche particolari. Ci riferiamo – come il Lettore avrà forse di già inteso – alle modifiche apportate dalla Legge 26742 del 9 Maggio 2012 (rubricata “*modifícase la Ley Nº 26.529 que estableció los derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud*”) alla precedente Legge 26529 del 21 Ottobre 2009 (rubricata

“*derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud*”). Colla novella in questione, infatti, il Legislatore argentino – pur dando luogo a «felici contraddizioni» concettuali e logiche, cui faremo cenno nel prosieguo dell’analisi – ha inequivocabilmente mostrato di perseguire come «scopo istituzionale» la massimizzazione della tutela della libertà negativa dei *cives*, sotto il profilo della c.d. autodeterminazione terapeutica. La principale disposizione del Testo in questione, infatti, è eloquentemente rubricata “*autonomía de la voluntad*”, proprio in quanto lo scopo precipuo ed eminente dell’intervento legislativo è quello di assecondare, nel modo più ampio possibile, la volizione autonoma e autoreferenziale del soggetto, per ciò che concerne la cura e l’assistenza medica che gli fosse necessaria od opportuna: basti considerare, allora, il tenore letterale dell’art. 1 della *Ley 26742* del 2012, a mente del quale “*el paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad*” come a dire, che al paziente solo compete un diritto assoluto di decidere se, in quale modo ed entro quali limiti sottoporsi/essere sottoposto a interventi *lato sensu* medici. Non è, quindi – si badi bene – la patologia, quale disordine effettivo del corpo, a rappresentare la causa dell’intervento terapeutico e la sua ragione d’essere, ma è la volontà del soggetto che lo richiede a costituirne il motivo e la legittimazione in un tempo; allo stesso modo... non è la fisiologia propria dell’organismo umano a rappresentare il criterio per l’intervento medico *de quo*, ma è il mero contenuto operativo della richiesta avanzata dal «paziente» (che cessa di essere tale, per far-si *dominus* del suo stesso trattamento clinico) a determinare il *quomodo*, l’*an* e il *quantum* dell’intervento che compete all’operatore sanitario, il quale, invero, alla luce di ciò, cessa di essere medico in sé e resta relegato al rango di mero esecutore tecnico d’una volontà aliena da sé e avulsa (se

avulsa, ovviamente) rispetto alla *lex artis* della sua stessa professione (*ars*). La fattispecie in parola, peraltro, si completa e completandosi si radicalizza nella sua vocazione nihilistico-volontaristica, mercé il successivo art. 6 della medesima Legge, giusta il quale “*toda persona capaz mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud [e (nda)] las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo*”, la qualcosa sta significare che il soggetto, oltre ad avere e a mantenere una signoria attuale su tutti gli interventi che consistano in una *iniectio in corpore suo*, è e resta titolare esclusivo anche di un potere dispositivo e vincolante esercitabile *pro futuro*, attraverso la formale compilazione delle cc.dd. *directivas anticipadas*. Ne consegue che la persona, alla luce di un siffatto sistema normativo, è messa nelle «condizioni legali» di potere decidere per sé, con riguardo alla propria salute e – in ragione di quello che diremo – con riguardo alla propria vita, senza che, alla sua volontà, abbia a potersi sostituire alcun criterio oggettivo, compreso quello che s’invera nel «suo proprio» bene e nel «suo proprio» ordine fisiologico. Se è pur vero, infatti, che la citata disposizione dell’art. 6 (della *Ley* 26742 del 2012) prosegue precisando che le cc.dd. direttive anticipate “*deberán ser aceptadas por el médico a cargo salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanasicas, las que se tendrán como inexistentes*”, è altrettanto vero che siffatto inciso – a ben intendere le cose – non vieta l’eutanasia in quanto tale, nel suo essere, cioè, condotta eziologicamente idonea a provocare la morte di una persona, né vieta l’ausilio al suicidio, nel suo essere condotta agevolatrice della volontà suicidiaria, ma solo limita, proibendola – se così possiamo dire – la c.d. eutanasia attiva, la quale, più correttamente, dovremmo definire eutanasia mediante commissione. Vero è, infatti, che la citata *Ley* 26742 del 2012, all’art. 6 co. I, ultima parte, non considera nulle (*id est*, non apposte) quelle

clausole delle *directivas anticipadas*, la cui coerente applicazione porti alla morte della persona, ovvero alla esposizione a pericolo della sua stessa vita – così dimostrando di considerare la vita stesa alla stregua di un diritto/bene giuridico indisponibile – ma si limita a considerare *tamquam non esset* (secondo la logica del *vitiatur sed non vitiat*) quelle clausole inserite dal soggetto nelle sue direttive, le quali dispongano la sottoposizione del suo stesso organismo vivente a una determinata pratica medica, finalizzata a provocarne la morte; ne consegue che la c.d. eutanasia passiva o, per meglio dire, la eutanasia commissiva mediante omissione – facciamo riferimento alla dommatica penalistica sul reato omissivo in presenza di posizione di garanzia – resta tutt'affatto esclusa dalla sanzione di nullità testé considerata, onde il soggetto, se non può validamente disporre che un medico gl'infligga la morte, attraverso una data pratica, può senz'altro disporre che questi ometta di fare ciò che sarebbe necessario fare, *lege artis*, per preservarne la vita... Il problema, peraltro, non si riduce a questi termini, imperocché esso viene ulteriormente «complicato» dalla disposizione *sub* ultimo comma dell'art. 1 della citata Legge № 26742 del Maggio 2012, il quale, infatti, completa – per così dire – il disegno volontaristico dell'intero Testo normativo prescrivendo che “*en el marco de esta potestad* [il riferimento è all'*autonomía de la voluntad* di cui alla rubrica dell'art. 1 della Legge medesima (nda)], *el paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, informado en forma fehaciente, tiene el derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación con la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado. También podrá rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la*

*prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable*”.

Un tanto significa, allora, che il soggetto stesso, in particolare se gravemente sofferente, viene completamente abbandonato ai propri travaglii dall’Ordinamento giuridico: quest’ultimo, infatti, mercé la disposizione in disamina, anziché rappresentare una «guida» giuridicamente informata per l’agire dell’uomo e quindi un baluardo a difesa dell’umanità propria di ogni persona, in particolare di quella più debole, consente al malato di decidere in termini *ab-soluti* della propria vita, non solo attraverso il riconoscimento di un «diritto» all’ausilio eutanasi di carattere passivo – prerogativa che, *legibus sic stantibus*, è di per sé propria di ognuno, senza limiti e/o condizioni di sorta (lo abbiamo *supra* veduto) – ma addirittura attraverso il riconoscimento del «diritto» di accedere a una forma di aiuto al suicidio, la quale contempi una vera e propria attività commissiva da parte di quanti venissero incaricati di procedere in tale senso, o si trovassero a dovere rispettare una siffatta opzione *de vita* (meglio, potremmo dire... *de morte*) per ragioni di ordine *lato sensu* professionale: infatti... la disposizione *de qua* prevede il «diritto subiettivo» della persona che versi in una particolare condizione patologica, di decidere non solo la eventuale interruzione di determinate pratiche medico-terapeutiche (ovvero, *ex ante*, di impedirne l’intrapresa), cui sia precipuo ufficio di assolvere una funzione salva-vita, ma prevede anche il «diritto subiettivo» di auto-decidere la sospensione dei trattamenti meramente atti alla alimentazione e alla idratazione, per loro natura fisiologiche e per loro natura insuscettibili di rientrare in una nozione, anche lata, di terapia medica. A quanto consta, dunque, ci sembra non affatto peregrino sostenere che le disposizioni *de quibus*, lungi dal perseguire lo scopo di evitare il c.d. accanimento terapeutico – pratica di per sé vituperevole e disumana (ancorché fosse assurdamente richiesta dal paziente, per sé, e ancorché fosse, da questo, assurdamente rivendicata alla stregua di un proprio diritto), come l’eutanasia, peraltro – persegue il fine di

operare una sorta di contemperamento tra il diritto all'assoluta autodeterminazione delle persone in ambito clinico-terapeutico e il c.d. ordine pubblico formale, sicché viene normativamente e arbitrariamente, *id est* infondatamente definito un Sistema il quale – al di là di tutte le censure che già traspaiono dalle nostre riflessioni – individua un crinale discrezionale funzionale a discernere e a stabilire l'ampiezza del diritto alla più assoluta e radicale disposizione di sé, in relazione al *quantum* della propria salute. A noi pare che tutto ciò, oltre a essere in sé assurdo e illogico, sia anche contraddittorio colle *rationes* moderniste del Sistema di riferimento: non solo, infatti, un cotale assetto spalanca le porte alla dicotomia concettuale tra vite degne di essere protette (*id est*, vissute) e vite non-degne di essere protette (*id est*, vissute), ma si presta anche alla censura πάλυ-illuministica, eppertanto del tutto interna alle dinamiche dell'Ordinamento stesso, nel suo positivismo assoluto, giusta la quale l'esclusione dalla possibilità di esercitare il diritto all'eutanasia attiva, da parte dei soggetti sani, integrerebbe *ex se* gl'estremi d'una arbitraria discriminazione, lesiva del c.d. principio di eguaglianza...

Alla luce di un siffatto scenario gius-politico, non certo isolato, ma senz'altro diffuso e sempre più vocato alla propria auto-affermazione, pare non inopportuno ricordare, colle parole di Felice Adolfo Lamas, che “*el hombre vicioso es menos libre que el hombre virtuoso; aquél que pierde en un momento el discernimiento, en la misma media pierde la libertad*”.<sup>411</sup>

---

<sup>411</sup> LAMAS, *El hombre y su conducta*, Buenos Aires, Instituto de Estudios Filosóficos “Santo Tomás de Aquino”, 2013, pag. 122.



## BREVE NOTA CONCLUSIVA

**PERCHÉ PARLARE DI «DIRITTO ALL'AUTODETERMINAZIONE»?**

**PER UNA PROPOSTA, PER UNA RIFLESSIONE E PER UN APPROCCIO AL  
PROBLEMA CHE PRINCIPI ED EPILOGHI NELL'UOMO *IN SE*,  
«SFIDANDO» LA MODERNITÀ.**

*“Lux venit in mundum et dilexerunt homines magis tenebras quam lucem; erant enim eorum malam operam”*<sup>412</sup> L'uomo moderno non è un buon contadino: egli non coltiva ma crea. Crea una pianta terribile che tutto infesta e tutto inaridisce irreparabilmente. Perché?

Questa pianta produce frutti in abbondanza, la sua polpa è dolce, profumatissima, il suo aspetto suadente, il suo sapore è prelibato... ogni frutto si scioglie in bocca lasciando pregustare il piacere di quello successivo.

Non sazia!

Mangiando ne accresce la fame: una fame cùpida che porta al rigetto di ogn'altro alimento e che brama solo quel frutto...

È veleno!

Sì! Questi frutti sono avvelenati e portano a una morte lenta, dolorosa, atroce, inconsapevole.

Si tratta forse del fiore di loto? Di quel fiore che già fece obliare il proprio dovere e il proprio compito ai compagni di Ulisse?

No, peggio: il loto, infatti, inebriava le menti, portando gli uomini a dimenticare la loro patria e con essa il loro scopo e la ragione del loro

---

<sup>412</sup> Giovanni, 3:19.

viaggio, questo frutto, invece, uccide e uccide perché snatura l'uomo, privandolo del suo essere e dell'essere del suo valore...

Il nome comunemente dato a questa pianta del Demonio è «ignoranza». La sua specifica denominazione è «ignoranza filosofica». La mandorla del suo seme è il «rifiuto della filosofia» (classica, quella buona!)...

Cresce ovunque e la modernità ne è il migliore *humus*.

L'uomo moderno è profondamente ignorante, più di quanto non lo sia mai stato nella sua storia. Egli lo è non solo perché non sa, o, meglio, perché non sa conoscere, non sa sapere, ma soprattutto perché non vuole sapere e perché non vuole conoscere, osteggiando la stessa idea di conoscenza, come conoscenza di ciò che è. In essa l'uomo moderno non riesce a vedere, non vuole vedere le ali della sua libertà, ma solo un paio di ceppi che ne condizionano l'agire. L'uomo moderno teme di conoscere le cose e quindi teme di distinguerle: preferisce la nebbia, ove tutto è grigio, alla luce che fa discernere i colori, mettendoli in risalto per quello che essi sono.

La conoscenza, infatti, nel suo essere conoscenza di ciò che è, lega l'uomo – questo è vero – lo lega indissolubilmente: lo lega alla realtà, cioè lo lega alle cose che sono, imponendogli di considerarle per quello che esse sono in sè e di rapportarsi alle stesse conformemente alla loro natura. L'ignoranza, invece, mette le ali, all'uomo, consentendogli di volare colla fantasia e di fare qualunque cosa... l'ignoranza porta al relativismo, porta a considerare tutto soggettivo, tutto eguale e tutto egualmente legittimo. Il relativismo, infatti – gran male del nostro tempo, come più volte disse lo stesso Papa Benedetto XVI – apre distese infinite ove poter seguire ogni corrente e ogni vento, ove volare senza direzione alcuna, senza regola, senza rotta, senza meta: ove volare per volare e basta. Ma l'uomo non è un uccello e non è adatto al volo: l'uomo è per natura razionale e la ragione, che fa stare coi piedi per terra, porta necessariamente a operare distinzioni sulla

base di quella profonda conoscenza teoretica delle cose che implica in sé e che in sé comporta. Infatti... l'uomo che vola nel cielo del relativismo, colle ali dell'ignoranza, tardi o tosto vedrà che le sue ali posticce si scioglieranno al sole della vita e allora, tanto più in alto avrà volato, quanto più rovinosa sarà la sua caduta. Infondo la crisi del nostro tempo, prima di essere una crisi economica, è una crisi morale ed essa alligna segnatamente nella *Weltanschauung* moderna che è impregnata di relativismo ipocrita e di antifilosofia razionalistica... L'autodeterminazione assoluta dell'uomo, infatti, nel campo dell'economia e della finanza, pur attuata in virtù della legge positiva e pur realizzata col calcolo (anti-)ragionieristico del profitto più alto (quand'anche non della mera scommessa) e della speculazione più incondizionata (sia pure sotto il vigile, ma inutile controllo degli'Enti preposti), ha determinato un distacco dalla realtà così profondo e così netto, che oggi, "all'apparire del vero", le sovrastrutture economico-finanziarie, forme vacue e del tutto orbe di fondamento, crollano e stanno rovinosamente crollando su sé stesse. La causa di ciò, in altro non può trovarsi che nella loro distanza dalla c.d. economia reale, dall'impresa nel suo significato più nobile, dalla realtà e dalla verità del lavoro, del prodotto, del commercio.

L'uomo moderno rifiuta la conoscenza, ogni conoscenza, fugge da essa come dalla peste, vede in essa una catena dalla quale non vuole farsi avvinghiare... raccoglie il frutto dell'ignoranza e ne mangia e ne muore felicemente inconsapevole. Preferisce morire, infatti, con un sapore dolce che gli avvolge la bocca, sempre più desideroso di suggerne gl'umori, senza capire che cosa lo uccida, piuttosto che vivere nutrendosi del frutto dolce e di quello dell'amaro, di quello sapido e di quello insipido che saziano e che richiedono cura per la loro produzione e quindi conoscenza profonda della loro natura.

La modernità è effimera, come effimero è l'uomo moderno: la modernità, infatti, non guarda al passato e non guarda al futuro, ma non

guarda neppure al presente... non guarda affatto: la modernità è vitalismo puro che non vuole proprio cogliere l'essere in sé delle cose, è autodeterminazione assoluta del volere che si autodetermina per autodeterminarsi. Potremmo dire, allora, che gli errori del passato – si pensi ai totalitarismi della prima metà del Novecento, si pensi ai positivismi, si pensi ai liberalismi, si pensi al normativismo e al costituzionalismo, quali tentativi di superare l'arbitrio *et coetera* – sono errori dovuti a un'osservazione sbagliata delle cose, a una riflessione fallace, a un'impostazione non vera, a un'ignoranza invincibile e invincibilmente ideologica, mentre gli errori della modernità sono errori strutturali, dovuti al radicale rifiuto della stessa osservazione delle cose e della stessa riflessione intorno alle stesse: tutto è uguale, insomma e ogni distinzione è una discriminazione che offende l'egualitarismo di Stato, gabbellato per eguaglianza. La libertà significa autodeterminazione del volere e l'autodeterminazione del volere significa autodeterminazione del puro auto-volere hegeliano.

L'uomo e la sua dimensione teoretico-oggettiva sono nietzschianamente morti, assieme a Dio.

Per giustificarsi, poi, verso la propria coscienza e per rendere o, meglio, per tentare di rendere ragione delle sue scelte di vita (*recte*, di morte), l'uomo moderno usa tutte le sue abilità, tutte le sue competenze, sviluppa tecniche tra le più sopraffine, sviluppa e affina mezzi perfettamente idonei al raggiungimento degli obiettivi pratici che si-dà e che impone a sé stesso, così rendendosi schiavo della propria ambizione tecnica e del proprio volere operativo.

L'uomo moderno si avvinghia nel suo stesso attivismo e produce per produrre e fa per fare, senza uno scopo, senza una meta, senza una ragione... confonde il fare coll'essere e asservisce il suo essere alla volontà del suo farsi.

Peggio: rifiuta di essere, perché pretende di far-si, rifiuta, cioè, di essere quello che è e di comportarsi conformemente alla natura che ha, perché gli è propria, per farsi quello che non-è e che invece che vorrebbe essere, comportandosi conformemente al suo *velle*, come se questo legittimasse ogni cosa e anzi, come e questo fosse fonte di legittimazione per tutto.

L'uomo moderno vive male, anzi muore, perché si-crea necessità che tali non sono e perché si-impone criterii, parametri, obiettivi i quali nulla hanno di veramente umano. L'uomo moderno non solo pretende di autodeterminarsi in termini assoluti, ma pretende anche di auto-determinare assolutamente il mondo e la natura, dei quali, infatti, rifiuta di essere parte, perché pretende di essere artefice.

Si consideri l'agricoltura e l'allevamento – tra le più nobili attività dell'uomo, tanto che i Romani vedevano il *vir bonus colendi peritus* alla stregua dell'ideale cui tendere – sono agricoltura e allevamento in sé? Certamente no! L'autodeterminazione assoluta dell'agricoltore e dell'allevatore, infatti, hanno portato costoro a essere non più agricoltori e allevatori, ma semplici operatori agricoli e semplici operatori zootecnici: essi hanno negato e continuano a negare la natura delle piante e la natura degli animali e ciò, proprio allo scopo di imporre, sulla natura, i cc.dd. *standard* produttivi elaborati, non sul campo o nella stalla, ma sopra una scrivania, al *computer*, colla consulenza piuttosto di un ragioniere contabile o di un dottore commercialista che di un veterinario o di un dottore agronomo... Perché stupirsi allora – ingenui – della c.d. mucca pazza, della c.d. influenza aviaria, della clonazione della pecora Dolly *et coetera*: tutto deriva da un uso e da una gestione antifilosofica dell'attività *lato sensu* agricola, dove l'autodeterminazione del puro autovolere, animata dalla cupidigia di guadagni facili e foraggiata da normative anche comunitarie prive di logica e di razionalità, ha soppiantato la sapienza e la prudenza di

chi umilmente si approcciava alle cose della natura rispettandone l'essenza e sfruttandole per quello che avrebbero potuto e dovuto dare.

L'uomo moderno è uno «uomo tecnico», un uomo «capace», un *homo faber* ma non è – perché non vuole esserlo – un uomo saggio, un uomo sapiente nel vero senso della parola.

L'uomo moderno è un uomo che fa, che sa fare, che fa molto, forse troppo, ma è soprattutto un uomo che non sa quello che fa e che non sa perché fa quello che fa; è un uomo operativo, dinamico, agile, è un uomo che produce tutto, che produce moltissimi frutti, tutti perfetti, tutti uniformi, omogenei, standardizzati, omologati ma è un uomo che non si rende conto di che cosa sono quei frutti, è un uomo che non si rende conto, che non vuole rendersi conto, cioè, del «valore» – e non stiamo parlando di valore numerico – di quei frutti che continua a produrre e a consumare.

L'uomo moderno, insomma, rinunciando a porsi la domanda intorno all'essenza di sé e delle cose e concentrandosi, tutto, sulla ricerca di metodi operativi tra i più disparati, ha abdicato, ha voluto abdicare al trono della conoscenza e così facendo si è messo contro sé stesso e ha dichiarato guerra, la più aspra possibile, al proprio essere; che lo sappia o che non lo sappia... l'uomo moderno sta facendo tutto per annientare sé stesso, la propria dignità, la propria natura, la propria *humanitas*...

Ci sta riuscendo!

Una grand'arma, peraltro, la quale si è auto-costruito per combattere questa battaglia contro di sé, è quella del c.d. diritto all'autodeterminazione assoluta del volere contingente: un diritto che nella sua concezione moderna nulla ha di giuridico e anzi... si pone proprio agli antipodi della giuridicità. È un diritto che l'uomo pretende di avere allo scopo di ritagliarsi ambiti ove fare quello che vuole e ove estrinsecare, come vuole, il proprio autentico desiderio di libertà negativa.

Più che un diritto, allora, quest'autodeterminazione moderna, è una pretesa e più che una pretesa giuridica, essa è una rivendicazione di libertà negativa, di sovranità, di onnipotenza. L'uomo moderno, infatti, è un uomo sempre più lontano da Dio, è un uomo che si allontana sempre più dalla verità del Verbo, ma non lo fa per prestar fede agl'idoli, non vuole idoli: lo fa per prestare fede a sé stesso, anzi... lo fa per prestare fede solo al suo volere più incondizionato. L'uomo moderno, insomma, è un uomo che si è laicizzato e che ha accolto la più radicale forma di laicità: quella escludente. L'uomo moderno è un uomo solo, è un uomo che vuole stare solo e che vuol'essere lasciato solo; è un uomo che si sente appagato sol quando fa quello che vuole e ogni forma di dovere, ogni dovere, ogni obbligazione, per lui non rappresentano altro che un male, una catena, un ceppo da cui liberarsi al più presto. L'uomo moderno, invero, è un uomo che non vuole riconoscere nulla sopra di sé, è un uomo che si sente Dio.

Non potendo farlo più che tanto in altri ambiti, allora, l'uomo moderno rivendica soprattutto di essere lasciato da solo e di non essere giudicato, anzi... di dare lui stesso i criteri pel giudizio, con riguardo alle proprie opzioni personali, in relazione al vita e alla famiglia, vale a dire... in relazione al rapporto con sé stesso e col proprio corpo e in relazione ai rapporti interpersonali che liberamente costituisce con altri. Anzi, l'uomo moderno, oltre a questo, rivendica dallo Stato mezzi e strumenti per assecondare i proprii desiderii.

Vita, salute, integrità fisica, rapporti di famiglia, dunque, divengono il luogo ideale, il luogo d'elezione, per l'esercizio del diritto all'assoluta autodeterminazione del volere delle persone, divengono – potremmo dire – spazii entro i quali ciascheduno, per sé, ha e pretende di avere il potere insindacabile e assoluto di estrinsecare la propria sovranità.

Il diritto alla salute, il diritto alla vita, il diritto all'integrità fisica, la famiglia, il rapporto di filiazione *et coetera* cessano di essere diritti, anche

positivisticamente intesi, e divengono meri ambiti in relazione ai quali l'unico compito dello Stato, non più Ordinamento giuridico, ma mero strumento per la libertà negativa, è quello di apprestare una guarentigia, la più ampia possibile, affinché ciascheduno possa veramente fare ciò che vuole, quando vuole, perché vuole...

La nostra proposta non è originale e non vuol'essere originale: la nostra proposta non dice nulla di nuovo, né, tantomeno, pretende di creare un sistema alternativo. Essa vorrebbe solo recuperare l'uomo e il suo diritto, rimettendo l'autodeterminazione soggettiva nel solco tracciato col vomere dei principii giuridici. Noi crediamo, infine, che l'uomo abbia e debba sempre difendere, con tutte le sue forze, il diritto di autodeterminarsi come uomo, eppertanto crediamo che l'uomo abbia e debba sempre difendere il suo diritto di operare scelte giuridiche e legittime tra opzioni altrettanto giuridiche e altrettanto legittime; non crediamo, invece, che l'uomo possa rivendicare un assurdo diritto all'anarchia, quale diritto volitivo di operare qualunque scelta e quale diritto di sottrarre la sua stessa scelta al vaglio giuridico: la razionalità naturale dell'uomo e la sua libertà, infatti, gl'importano una generale e totale responsabilità, tale per cui nulla... di ciò che è umano possa ritenersi assoluto e assolutamente sottratto al giudizio.

FINE



## INDICE ONOMASTICO

- AGOSTINO; 53; 353  
ALESSI; 489  
ALFIERI; 655  
ALIGHIERI; 37; 329; 584  
AMBROSINI; 159; 565; 566; 567  
AMIRANTE; 159; 495; 559; 563;  
564; 565; 566; 567; 575  
ANASSAGORA; 143  
ANTOLISEI; 523  
ARENDT; 48; 578  
ARISTOTELE; 48; 49; 143; 245;  
288; 368; 416; 495  
ASTUTI; 575  
BARENGHI; 419  
BASLINI; 287; 475; 570  
BAUMAN; 77  
BEECHER; 113  
BENTHAM; 596  
BERLIN; 47  
BETTIOL; 58  
BIANCA; 41; 430; 533  
BIFULCO; 607  
BLASI; 632  
BOBBIO; 48; 73; 585  
BODIN; 61; 569  
BOEZIO; 30; 68; 107; 368  
BONIFACIO; 575  
BORZELLINO; 49  
BURDEN; 640  
BURDESE; 543  
CAIROLI; 500  
CAPPI; 566  
CARDIN; 110  
CARMONA; 523  
CARMONA; 523  
CARNELUTTI; 565  
CARNEVALE; 442  
CARTESIO; 367  
CASAVOLA; 105; 470; 567  
CASSANDRO; 565  
CASSESE; 559; 563; 564  
CASTELLANO; 24; 27; 32; 36;  
37; 38; 45; 48; 50; 51; 54; 63;  
75; 82; 85; 89; 95; 97; 117; 159;  
246; 316; 332; 348; 434; 460;  
466; 522; 540; 543; 565; 573;

|                                           |                              |
|-------------------------------------------|------------------------------|
| 574; 576; 582; 583; 591; 597;<br>640; 648 | EWALD; 542                   |
| CENDON; 435                               | FALCON; 269                  |
| CHTOUKATOUROV; 604                        | FALLETTI; 497                |
| CICERONE; 18; 48; 363; 565                | FAVIN; 37; 695               |
| CILIBERTO; 103                            | FEDERICO II; 270             |
| COMPOSTA; 30; 664                         | FERRANDO; 419                |
| CONSO; 567                                | FERRI; 159; 565; 566; 567    |
| CORASANITI; 567                           | FEUERCACH; 45                |
| D'ADDINO SERRAVALLE; 552                  | FIANDACA; 58; 96             |
| D'AGOSTINO; 39; 319; 386                  | FINOCCHIARO; 495; 566        |
| D'ALAMBERT; 33                            | FIRPO; 48; 73; 268; 364; 585 |
| DE CORTE; 34; 105                         | FLEWELLING; 110              |
| DE GIORGI; 212                            | FLICK; 564                   |
| DE RENZIS; 599                            | FORTUNA; 287; 475; 570       |
| DECIANI; 522                              | FOSCOLO; 479                 |
| DEGNI; 115                                | FOUCAULT; 142; 143           |
| DEL NOCE; 65; 66                          | FRANKLIN; 585                |
| DELACROIX; 649                            | FREEMAN; 20                  |
| DEVIZZI; 110                              | GALGANO; 482                 |
| DI BENEDETTO; 665; 669                    | GALILEO; 44                  |
| DI PIETRO; 177; 178                       | GARIN; 103                   |
| DIDEROT; 33                               | GAZZONI; 41                  |
| DOLCINI; 558                              | GENTILE; 498; 586; 637       |
| ELIA; 559                                 | GERBER; 588; 659             |
| ESCHILO; 43                               | GOODWIN; 646                 |
|                                           | GRASSO; 569                  |

|                                  |                                |
|----------------------------------|--------------------------------|
| GRISPIGNI; 544                   | LORENZETTI; 625; 632; 640;     |
| GROSS; 611; 617                  | 643; 644                       |
| HAAS; 601; 616                   | MACHIAVELLI; 586               |
| HABERMAS; 49; 574; 576           | MAJONE; 583                    |
| HARTMANN; 50                     | MAJONE; 583                    |
| HEGEL; 51; 580                   | MALAGUGINI; 559                |
| HOBBS; 580                       | MANTEGAZZA; 521                |
| HOBBS; 86; 142; 580              | MANZINI; 523                   |
| HOBHOUSE; 367                    | MARINI; 159; 495; 566; 567     |
| HOBHOUSE; 367                    | MARINUCCI; 558                 |
| HOPPENHEIM; 35                   | MARSILIO DA PADOVA; 586;       |
| IUDICA; 498                      | MASCIA; 495                    |
| JASPERS; 66                      | MATHIEU; 48; 73; 268; 364; 585 |
| JEBENS; 632; 633                 | MATTEUCCI; 84; 582             |
| JEFFERSON; 585                   | MATTIUSSI; 640; 664            |
| JEMOLO; 64; 180; 283; 608        | MAZZAMUTO; 489                 |
| KANT; 48; 73; 268; 363; 364; 585 | MENGONI; 470                   |
| KARNER; 631                      | MIRABELLI; 495; 523; 524       |
| KOPF; 626; 627; 631; 632; 633;   | MODESTINO; 281; 664            |
| 637                              | MONTEJANO; 671; 672; 673       |
| LA PERGOLA; 49                   | MONTESQUIEU; 653               |
| LAMAS; 679                       | MONTINARI; 361                 |
| LAURENTI; 288                    | MORELLI; 563                   |
| LECLERCQ; 116                    | MOUNIER; 33; 34; 68; 110; 375  |
| LOCKE; 670; 671                  | MUSCO; 58; 96                  |
| LOOS; 575                        | NAVARINI; 570                  |

|                                  |                                             |
|----------------------------------|---------------------------------------------|
| NIETZCHE; 361                    | SAN PAOLO; 576; 662                         |
| OPPENHEIM; 35                    | SANT'AGOSTINO D'IPPONA;<br>27; 60; 343; 353 |
| ORDÓÑEZ MALDONADO; 87            | SANTORO-PASSARELLI; 115                     |
| ORECCHIA; 340; 566               | SANTOSUOSSO; 49; 565                        |
| OVIDIO; 38; 53                   | SARNARI; 632                                |
| PAGALLO; 498                     | SARTORI; 577                                |
| PALAZZANI; 110; 111; 112; 208    | SARTRE; 33; 53; 58                          |
| PALMA; 359                       | SAULLE; 564                                 |
| PALMERI; 489                     | SCARNO; 442                                 |
| PETROCELLI; 566                  | SCHALK; 626; 627; 633; 637;<br>642; 644     |
| PEZZINI; 625; 632; 640; 643; 644 | SCHLESINGER; 25; 26; 108                    |
| PLATONE; 542                     | SCHOPENHAUER; 39; 443                       |
| PORTALIS; 541; 542               | SCHUSTER; 625; 632; 640; 643;<br>644        |
| PRETTY; 604; 605; 607; 610; 616  | SERRAVALLE; 552                             |
| PUGLIATTI; 522                   | SEVERINO; 367                               |
| RAFFAETÁ; 367                    | SGRECCIA; 599                               |
| RODOTÀ; 84; 360; 597; 360; 633   | SIEYÈS; 597                                 |
| ROLLA; 665; 670                  | SILVESTRI; 159; 567                         |
| RONCO; 570                       | SIMONETTO; 97                               |
| ROSA; 585                        | SOLARI; 48; 73; 268; 364; 585               |
| ROSMINI; 37; 80; 88; 340; 566;   | SOMMAGGIO; 143                              |
| ROUSSEAU; 47; 48; 359; 589;      | SPAVENTA; 46; 47; 350                       |
| ROZAKIS; 632; 633                | SPIELMANN; 632; 633                         |
| RUNES; 110                       |                                             |
| RUPERTO; 49                      |                                             |
| SAJA; 567                        |                                             |

|                                      |                                                  |
|--------------------------------------|--------------------------------------------------|
| STIRNER; 225                         | VATTIMO; 361                                     |
| STRAZIO; 633                         | VERGA; 585                                       |
| SUAREZ; 30; 278                      | VIDARI; 48; 73; 268; 364; 585                    |
| TARIZZO; 142                         | VIGANÒ; 558                                      |
| TASSINARI; 599                       | VIGATO; 610; 619; 622                            |
| TASSO; 18                            | VINCENTI; 426                                    |
| TAYLOR; 576                          | VON GERBER; 588                                  |
| TESAURO; 567; 575                    | WALDSTEIN; 573                                   |
| TOMASI DI LAMPEDUSA; 589             | WEISCHEDEL; 33                                   |
| TORRENTE; 25; 26; 108                | WELSER; 44                                       |
| TRABUCCHI; 25; 108; 286; 430;<br>497 | WINKLER; 633                                     |
| ULPIANO; 494                         | ZAGREBELSKY; 85; 333; 493;<br>524; 565; 582; 595 |
| VALLIANATOS; 630                     | ZANUSO; 55; 59; 72; 206                          |
| VAN GENDEN; 575                      | ZATTI; 498                                       |
| VAN KÜCK; 649; 652                   | ZOLO; 80                                         |
| VASSALLI; 500                        |                                                  |



## INDICE BIBLIOGRAFICO

- AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, Torino, Giappichelli, 2001.
- AA.VV., *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, vol. I, Roma, Camera dei Deputati – Segretariato generale, 1970.
- AA.VV., *Questione cattolica e questione democratica*, Padova, C.E.D.A.M., 1987.
- AA.VV., *Sulla crisi del diritto*, Padova, C.E.D.A.M., 1972.
- AGOSTINO, *De libero arbitrio*.
- ALESSI – MAZZARESE – MAZZAMUTO (a cura di), *Persona e diritto. Giornate di studio in onore di Alfredo Galasso*, Milano, Giuffrè, 2013.
- ANCONA, *All'origine della sovranità*, Torino, Giappichelli, 2004.
- ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale – parte generale*, Milano, Giuffrè, 1987.
- ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, Jovene, 1989.
- ARENDT, *Che cos'è la politica?*, Milano, Edizioni di Comunità, 1995.
- ARISTOTELE, *De partibus animalium*.
- ARISTOTELE, *Etica nicomachea*.
- ARISTOTELE, *Politica*.
- AYUSO TORRES, *L'Àgora e la piramide*, Torino, Giappichelli, 2004.
- BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, I.P.Z.S., 1989.

- BARBERA, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Roma, Laterza, 1997.
- BARENGHI (a cura di), *Procreazione assistita e tutela della persona*, Padova, C.E.D.A.M., 2011.
- BASCHIERI BIANCHI – D’ESPINOSA GIANNATTASIO, *La costituzione, commento analitico*, Firenze, Nocchioli, 1949.
- BAUD, *Il caso della mano rubata*, Milano, Giuffrè, 2003.
- BAUMAN, *Mortalità, immortalità e altre strategie della vita*, Bologna, Il Mulino, 2012.
- BENTHAM, *Introduzione ai principi della morale e della legislazione*, Torino, U.T.E.T., 1998.
- BETTIOL, *Diritto penale - parte generale*, Palermo, Priulla, 1955.
- BIANCA, *Diritto civile*, Milano, Giuffrè, 2000.
- BIFULCO CELOTTO OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, U.T.E.T., 2006.
- BIFULCO, *Esiste un diritto al suicidio assistito nella CEDU?*, in *Quaderni costituzionali*, Bologna, Il Mulino, 2003.
- BLASI – SARNARI, *I matrimoni e le convivenze internazionali*, Torino, Giappichelli, 2013.
- BOBBIO FIRPO MATHIEU (a cura di), *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, [trad. it. Solari e Vidari], Torino, U.T.E.T., 1995.
- BODIN, *De Republica libri sex, latine ab autore redditi*, Lione, 1586.
- BOEZIO, *De duobus naturis*.
- BORRUSO, *Informatica giuridica*, in *Enciclopedia del diritto. Aggiornamento*, Milano, Giuffrè, 1997.
- BRANCA (a cura di), *Commentario della costituzione rapporti etico-sociali art. 29 – 34*, Bologna, Zanichelli, 1976.



- BRICOLA ZAGREBELSKY, *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, Torino, U.T.E.T., 1984.
- BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, Torino, U.T.E.T., 1993.
- C.N.B. *Conoscere le proprie origini biologiche nella procreazione medicalmente assistita eterologa*, Istituto poligrafico e Zecca dello Stato, 25 Novembre 2011.
- C.N.B., *La fecondazione assistita. Documenti del Comitato Nazionale per la Bioetica*, collana *Società e Istituzioni*, Roma, Istituto poligrafico e Zecca dello Stato, 1996.
- CABOARA, *Considerazioni sul problema della giustizia*, Genova, Stabilimento Grafico Editoriale, 1930.
- CAIROLI, *La riva destra dell'Adda (invito al Vassalli faceto)*, in *Rivista di Diritto Civile*, Padova, C.E.D.A.M., 1981.
- CALABRÓ, *Il processo di Norimberga tra diritto naturale e giustizia politica*, in TARANTINO ROCCO (a cura di), *Il processo di Norimberga a cinquant'anni dalla sua celebrazione*, Milano, Giuffrè, 1998, pag. 107.
- CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, Società editrice del Foro italiano, 1951.
- CARNELUTTI, *Teoria generale del reato*, Padova, C.E.D.A.M., 1933 – XI.
- CARNEVALE SCARNO, *Il danno alla persona – aspetti giuridici e medico legali*, Padova, C.E.D.A.M., 2010.
- CASAVOLA, *Bioetica. Una rivoluzione postmoderna*, Roma, Salerno editrice, 2013.
- CASONATO PICIOCCI, *Biodiritto in dialogo*, Padova, C.E.D.A.M., 2006.
- CASTELLANO – GIUROVICH (a cura di), *Modernità della classicità – la filosofia etico-politica in Marino gentile*, Udine, Editrice Universitaria Udinese, 1996.
- CASTELLANO (a cura di), *Diritto, diritto naturale, ordinamento giuridico*, Padova, C.E.D.A.M., 2002.

- CASTELLANO, *Il diritto tra fonte e fondamento*, in *Derecho público iberoamericano*, Santiago (Cile), Universidad del Desarrollo – Facultad de Derecho, 2013.
- CASTELLANO, *Costituzione e costituzionalismo*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013.
- CASTELLANO, *Costituzione europea: democrazia per quale libertà?*, in GRASSO (a cura di), *Europa e costituzione*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2005.
- CASTELLANO, *Il «concetto» di persona umana negli atti dell'assemblea costituente e l'impossibile fondazione del politico*, Padova, C.E.D.A.M., 1994.
- CASTELLANO, *L'ordine politico-giuridico «modulare» del personalismo contemporaneo*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2007.
- CASTELLANO, *La libertà soggettiva. C. Fabro oltre moderno e antimoderno*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1984.
- CASTELLANO, *La verità della politica*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2002.
- CASTELLANO, *Ordine etico e diritto*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011.
- CASTELLANO, *Questione cattolica e questione democratica*, in AA.VV., *questione cattolica e questione democratica*, Padova, C.E.D.A.M., 1987.
- CASTELLANO, *Razionalismo e diritti umani*, Torino, Giappichelli, 2003.
- CATTORINI (a cura di), *Scienza ed etica nella centralità dell'uomo*, Milano, Franco Angeli, 1989.
- CATTORINI, *La morte offesa*, Bologna, E.D.B., 1996.
- CENDON (direzione e cura di), *Trattato dei nuovi danni*, Padova, C.E.D.A.M., 2011.
- CIAN TRABUCCHI, *Commentario breve al codice civile*, Padova, C.E.D.A.M., 2007.

- CICERONE, *De officiis*,
- CICERONE, *De oratore*.
- CICERONE, *De Re publica*.
- CICERONE, *Paradoxa stoicorum ad Brutum*.
- COMPOSTA, *La famiglia nella tempesta*, Roma, Urbaniana University Press, 1987.
- CONETTI – TONOLO – VISMARA, *Manuale di diritto internazionale privato*, Torino, Giappichelli, 2013.
- CORREA SGRECCIA (a cura di), *Natura e dignità della persona umana a fondamento del diritto alla vita (Atti dell'ottava assemblea generale della Pontificia Academia pro Vita, Città del Vaticano, 25 – 27 febbraio 2002)*, Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 2003.
- CRISAFULLI PALADIN, *Commentario breve alla costituzione*, Padova, C.E.D.A.M., 2008.
- CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, in *Diritto e società*, Padova, C.E.D.A.M., 1982.
- CUOCOLO, *Istituzioni di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2003.
- D'ADDINO SERRAVALLE, *Atti di disposizione del corpo e tutela della persona umana*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1983.
- D'ADDINO SERRAVALLE, *Atti di disposizione del corpo e tutela della persona umana*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1983.
- D'AGOSTINO, *Filosofia del diritto*, Torino, Giappichelli, 2000.
- D'AGOSTINO, *Introduzione ai lavori: paranoie della modernità*, in D'AGOSTINO (a cura di), *Autodeterminazione. Un diritto di spessore costituzionale? Atti del Convegno nazionale dell'U.G.C.I. Pavia 5 – 7 dicembre 2009 – Quaderni di Iustitia*, Milano, Giuffrè, 2012.
- DE CORTE, *Sulla giustizia*, Siena, Cantagalli, 2012.
- DE CUPIS, *I diritti della personalità*, vol. IV del *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, Giuffrè, 1982.

- DE GIORGI, *Testamento (anche) biologico*, Trento, Il Margine, 2009.
- DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, Padova, C.E.D.A.M., 2004.
- DECIANI, *Tractatus criminalis utriusque censurae*.
- DEGNI, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, Torino, U.T.E.T., 1939 – XVII.
- DEL NOCE, *Il problema dell'ateismo*, Bologna, Il Mulino, 1990.
- DEL VECCHIO, *Lezioni di filosofia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1963.
- DI BENEDETTO, *Il “Civil Marriage Act”: un difficile equilibrio tra divieto di discriminazione in base all'orientamento sessuale e libertà religiosa*, in ROLLA (a cura di), *Eguali, ma diversi. Identità ed autonomia secondo la Giurisprudenza della Corte Suprema del Canada*, Milano, Giuffrè, 2006.
- DIDEROT – D'ALAMBERT, *Enciclopedia*, voce *Libertà*, Roma, Editori Riuniti, 1976, pag. 143.
- DOLCINI – MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, I.P.S.O.A., 2011.
- DOMAT, *Le leggi civili disposte nel loro naturale ordine*, Pavia, Bizzoni, 1825.
- DOSSETTI, *La ricerca costituyente*, Bologna, Il Mulino, 1994.
- DUSI, *Istituzioni di diritto civile*, Torino, Giappichelli, 1930-IX.
- ENGELHARDT, *Manuale di bioetica*, Milano Il Saggiatore, 1991.
- EWALD, *Naissance du Code civil*, Parigi, Flammarion, 1989.
- FALCON, *Lineamenti di diritto pubblico*, Padova, C.E.D.A.M., 1993.
- FALLETTI, *Famiglia di fatto e convivenze*, Padova, C.E.D.A.M., 2009.

- FAVIN (a cura di), *Opere di Antonio Rosmini*, vol. XXIV, Roma, Città Nuova, 1981.
- FERRANDO, *La donazione dei gameti in prospettiva bioetica e nella Legge 40, alla luce delle recenti pronunce giurisprudenziali*, in BARENGHI (a cura di), *Procreazione assistita e tutela della persona*, Padova, C.E.D.A.M., 2011.
- FERRARA, *Salute e sanità*, in RODOTÀ ZATTI, *Trattato di biodiritto*, Milano, Giuffrè, 2010.
- FEUERCACH, *Spiritualismo e materialismo specialmente in relazione alla libertà del volere*, Bari, Laterza, 1993.
- FIANDACA MUSCO, *Diritto penale – parte generale*, Bologna, Zanichelli, 2007
- FOUCAULT, *Le parole e le cose. Un'archeologia delle scienze umane*, Milano, Rizzoli, 1967.
- FREEMAN, *National Self-Determination, Peace and Human Rights in Peace Review*, San Francisco, University of San Francisco, 1998.
- GALGANO, *Diritto commerciale – le società*, Bologna, Zanichelli, 2005.
- GAMBERINI, *Le scriminanti*, in BRICOLA ZAGREBELSKY, *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, Torino, U.T.E.T., 1984.
- GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2007.
- GENTILE, *Intelligenza politica e ragion di stato*, Milano, GIUFFRÈ, 1984
- GENTILE, *Intelligenza politica e ragion di Stato*, Milano, Giuffrè, 1984.
- GENTILE, *Marsilio e l'origine dell'ideologia*, in *Medioevo. Rivista di storia della filosofia medievale*, Padova, Antenore, 1979.
- GENTILE, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, Padova, C.E.D.A.M., 2005.
- GENTILE, *Ordinamento giuridico. Controllo o/e comunicazione? Tra virtualità e realtà*, in PAGALLO, *Testi e contesti*

- dell'ordinamento giuridico. Sei studi di teoria generale del diritto*, Padova, C.E.D.A.M., 1999.
- GIANNINI, *Il risarcimento del danno alla persona*, Milano, Giuffrè, 2000.
  - GIOVANNI PAOLO II, *Evangelium vitae*.
  - GIOVANNI PAOLO II, *Fides et ratio*.
  - GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale – i termini di una relazione problematica*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano, Giuffrè, 1997.
  - GIUSTINIANO, *Institutiones*.
  - GRASSO (a cura di), *Europa e costituzione*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2005.
  - GRASSO, *Costituzione e secolarizzazione*, Padova, C.E.D.A.M., 2002.
  - GRASSO, *Il potere costituente*, Torino, Giappichelli, 2006.
  - GRASSO, *Potere costituente*, Torino, Giappichelli, 2006.
  - GRISPIGNI, *Il consenso dell'offeso*, Roma, Athenaeum, 1924.
  - GROSSO, *Consenso dell'avente diritto*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, I.P.Z.S., 1989.
  - GROSSO, *Difesa legittima e stato di necessità*, Milano, Giuffrè, 1964.
  - HABERMAS – TAYLOR, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, Milano, Feltrinelli, 1998.
  - HABERMAS, *Il futuro della natura umana*, Torino, Einaudi, 2002.
  - HEGEL, *Lezioni sulla filosofia della storia*, Firenze, La Nuova Italia, 1965.
  - HEGEL, *Lezioni sulla filosofia della storia*, Firenze, La Nuova Italia, 1967.

- HERRANZ, *La dignità della persona umana e il diritto*, in CORREA SGRECCIA (a cura di), *Natura e dignità della persona umana a fondamento del diritto alla vita (Atti dell'ottava assemblea generale della Pontificia Academia pro Vita, Città del Vaticano, 25 – 27 febbraio 2002)*, Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 2003.
- HOBBS, *Il Leviatano*.
- HOBBS, *De cive*.
- HOBBS, *Elementi di legge naturale e politica*, Firenze, La Nuova Italia, 1972.
- HOBHOUSE, *Liberalismo*, Firenze, Sansoni, 1964.
- IUDICA – ZATTI, *Linguaggio e regole del diritto privato*, Padova, C.E.D.A.M., 2004.
- JASPERS, *Filosofia*, vol. II, Milano, Mursia, 1978.
- JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Catania*, 1949.
- JEMOLO, *Tra diritto e storia: 1960-1980*, Milano, Giuffrè, 1982.
- KANT, *Scritti politici di filosofia della storia e del diritto*, Torino, U.T.E.T., 1956.
- KANT, *Sopra il detto comune “questo può essere giusto in teoria ma non vale per la pratica”* in BOBBIO FIRPO MATHIEU (a cura di), *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, [trad. it. Solari e Vidari], Torino, U.T.E.T., 1995.
- LAMAS, *El hombre y su conducta*, Buenos Aires, Instituto de Estudios Filosóficos “Santo Tomás de Aquino”, 2013.
- LAMAS, *Esperienza giuridica e validità del diritto*, in CASTELLANO (a cura di), *Diritto, diritto naturale, ordinamento giuridico*, Padova, C.E.D.A.M., 2002.
- LECLERCQ, *Dal diritto naturale alla sociologia*, Roma, Edizioni Paoline, 1962.
- LOCKE, *Lettera sulla tolleranza*.
- LOCKE, *Secondo trattato sul Governo*.

- LUCIANI, *Salute, diritto alla salute, diritto costituzionale*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, I.P.Z.S., 1989, voce *Salute*.
- MACHIAVELLI, *Quod principem deceat circa militiam*, in MACHIAVELLI, *Il Principe*.
- MAJONE, *Europe's 'Democratic Deficit': The Question of Standards*, in *European Law Journal*, Oxford, Blackwell Publishers Ltd., 1998.
- MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Torino, Giappichelli, 2009.
- MANTEGAZZA, *Studj sui matrimonj tra consanguinei*, Milano, Gaetano Bricola, 1868.
- MANTOVANI, *Diritto penale – parte speciale: delitti contro la persona*, Padova, C.E.D.A.M., 2008.
- MARSILIO DA PADOVA, *Defensor pacis*.
- MASCIA, *Famiglia di fatto: riconoscimento e tutela*, Macerata, Halley Editrice, 2006.
- MATTEUCCI, *Lo Stato moderno*, Bologna, Il Mulino, 1993.
- MATTIUSI, *Sul sinodo straordinario sulla famiglia*, in *Instaurare omnia in Christo*, Udine, Comitato Iniziative ed Edizioni Cattoliche, 2014.
- MATTIUSI, *Sull'«evaporazione» del matrimonio*, in *Instaurare omnia in Christo*, Udine, Comitato Iniziative ed Edizioni Cattoliche, 2014.
- MAYDA, *I dossier segreti di Norimberga*, Milano, Mursia, 1997.
- MAZZAROLLI, *Il giudice delle leggi tra creatività costituzionale e predeterminazione*, Padova, C.E.D.A.M., 2001.
- MAZZIOTTI DI CELSO, *Lezioni di diritto costituzionale*, Parte I, Milano, Giuffrè, 1993.
- MAZZIOTTI DI CELSO, *Lezioni di diritto costituzionale*, Parte II, Milano, Giuffrè, 1993.
- MODESTINO, *Digesto*.



- MODUGNO, *Trattamenti sanitari «non obbligatori» e costituzione*, in *Diritto e società*, Padova, C.E.D.A.M., 1982.
- MONTEJANO, *Proyecto de reforma del Còdigo civil y comercial. Un anàlisis crítico*. Buenos Aires, Ediciones Del Alcàzar, 2012.
- MONTESQUIEU, *De l'esprit del loix*.
- MONTINARI, *Che cosa ha veramente detto Nietzsche*, Roma, Ubaldini, 1975.
- MOUNIER, *Che cos'è il personalismo*, Torino, Einaudi, 1975.
- MOUNIER, *Il personalismo*, Milano, Garzanti, 1952.
- MOUNIER, *Rivoluzione personalista e comunitaria*, Milano, Edizioni di Comunità, 1949.
- NAVARINI, *Autonomia e autodeterminazione. Profili etici, bioetici e giuridici*, Roma, Editori Riuniti University Press, 2011.
- OCCHIOCUPO, *Liberazione e promozione umana nella Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1995.
- OPPENHEIM, *Dimensioni della libertà*, Milano, Feltrinelli, 1964.
- PAGALLO, *Testi e contesti dell'ordinamento giuridico. Sei studi di teoria generale del diritto*, Padova, C.E.D.A.M., 1999.
- PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova, C.E.D.A.M., 1998.
- PALAZZANI, *Il concetto di persona tra bioetica e diritto*, Torino, Giappichelli, 1996.
- PALAZZANI, *Introduzione alla biogiuridica*, Torino, Giappichelli, 2002.
- PALMERI, *Diritti fondamentali della famiglia e multiculturalismo*, in ALESSI – MAZZARESE – MAZZAMUTO (a cura di), *Persona e diritto. Giornate di studio in onore di Alfredo Galasso*, Milano, Giuffrè, 2013.
- PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e costituzione*, in *Diritto e società*, Padova, C.E.D.A.M., 1979.

- PAVONE, *Diritti dell'uomo e genetica*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, I.P.Z.S., 1989.
- PERLINGERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006.
- PEZZINI – LORENZETTI (a cura di), *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, Napoli, Jovene, 2011.
- PLATONE, *La Repubblica*.
- PORTALIS, *Discours préliminaire prononcé lors de présentation du projet de la commission du gouvernement 1<sup>er</sup> Pluviôse an IX*, in EWALD, *Naissance du Code civil*, Parigi, Flammarion, 1989.
- PUGLIATTI, *Dei delitti in generale*, in voce *Delitto*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1964.
- RAFFAETÀ, *Identità compromesse. Cultura e malattia: il caso dell'allergia*, Milano, Ledizioni, 2011.
- RANIERI, *Manuale di diritto penale*, Padova, C.E.D.A.M., 1952.
- REGASTO, *L'interpretazione costituzionale*, Rimini, Maggioli, 1997.
- REICHLIN, *L'etica e la buona morte*, Torino, Edizioni di Comunità, 2002.
- RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bari, Laterza, 2012.
- RODOTÀ, *Prefazione*, in WINKLER – STRAZIO, *L'abominevole diritto*, Milano, Il Saggiatore, 2011.
- ROLLA (a cura di), *Eguali, ma diversi. Identità ed autonomia secondo la Giurisprudenza della Corte Suprema del Canada*, Milano, Giuffrè, 2006.
- RONCO, *Volontà anticipate e volontà attuale: quale autonomia?*, in NAVARINI, *Autonomia e autodeterminazione. Profili etici, bioetici e giuridici*, Roma, Editori Riuniti University Press, 2011.
- ROSA – VERGA, *Storia dell'Età Moderna 1450-1815*, Milano, Bruno Mondadori, 1998.

- ROSMINI, *Antropologia in servizio della scienza morale*, in FAVIN (a cura di), *Opere di Antonio Rosmini*, vol. XXIV, Roma, Città Nuova, 1981.
- ROSMINI, *Teodicea*, Roma, Città Nuova, 1977.
- ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, Milano, Rizzoli, 2005.
- RUNES, *Dizionario di filosofia*, vol. II, trad. it. DEVIZZI, Milano, Mondadori, 1972.
- SALARIS, *Corpo umano e diritto civile*, Milano, Giuffrè, 2007.
- SANDULLI, *La sperimentazione clinica sull'uomo*, in *Diritto e società*, Padova, C.E.D.A.M., 1978.
- SANT'AGOSTINO, *De libero arbitrio*.
- SANT'AGOSTINO, *De vera religione*.
- SANTILLI GIUSTI, *Salute, tutela della salute diritto civile*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, I.P.Z.S., 1989, voce *Salute*.
- SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, Jovene, 1954.
- SANTORO-PASSARELLI, *Lineamenti di Diritto civile. Persone fisiche*, Padova, C.E.D.A.M., 1940.
- SARTRE, *L'être et le néant*, Parigi, Gallimard, 1943.
- SAULLE, *Il senso della legalità nel processo di Norimberga*, in TARANTINO ROCCO (a cura di), *Il processo di Norimberga a cinquant'anni dalla sua celebrazione*, Milano, Giuffrè, 1998.
- SCHOPENHAUER, *Il mondo come volontà e rappresentazione*, Milano, Mondadori, 1989.
- SCHUSTER, *Le unioni fra persone dello stesso genere nel diritto comparato ed europeo*, in PEZZINI – LORENZETTI (a cura di), *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, Napoli, Jovene, 2011.
- SEVERINO, *La filosofia moderna*, Milano, Rizzoli, 1984.

- SGRECCIA DE PAULA (a cura di), *Qualità della vita ed etica della salute, atti dell'undicesima assemblea generale della Pontificia Academia pro Vita (Città del Vaticano, 21-23 Febbraio 2005)*, Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 2006.
- SGRECCIA, *Manuale di bioetica. Fondamenti ed etica biomedica*, Milano, Vita e Pensiero, 2007.
- SIMONCINI LONGO, Art. 32, in BIFULCO CELOTTO OLIVETTI, *Commentario alla costituzione*, Torino, U.T.E.T., 2006.
- SIMONETTO, *Crisi del diritto e interpretazione*, in AA.VV., *Sulla crisi del diritto*, Padova, C.E.D.A.M., 1972.
- SINGER, *Practical ethics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1979 (trad. it. *Etica pratica*, Napoli, Liguori, 1989).
- SINGER, *Ripensare la vita*, Milano, Il Saggiatore, 1996.
- SMURAGLIA, *Tutela della salute*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, I.P.Z.S., 1989, voce *Salute III – dir. lav.*
- SOMMAGGIO, *La conseulenza (gen)etica. Nuovi miti. Nuovi oracoli. Libertà della persona*, Milano, Franco Angeli, 2010.
- SZOSTEK, *La questione antropologica, esiste la verità assoluta sull'uomo?*, in CORREA SGRECCIA (a cura di), *Natura e dignità della persona umana a fondamento del diritto alla vita (Atti dell'ottava assemblea generale della Pontificia Academia pro Vita, Città del Vaticano, 25 – 27 febbraio 2002)*, Città del Vaticano, Libreria Editrice Universitaria, 2003.
- TARANTINO ROCCO (a cura di), *Il processo di Norimberga a cinquant'anni dalla sua celebrazione*, Milano, Giuffrè, 1998.
- TARIZZO, *La vita. un'invenzione recente*, Bari, Laterza, 2010.
- TAYLOR, *La politica del riconoscimento*, in HABERMAS – TAYLOR, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, Milano, Feltrinelli, 1998.
- TOMMASO D'AQUINO (san), *Quaestiones disputatae de veritate*.
- TOMMASO D'AQUINO (san), *Summa theologiae*.

- TONOLO, *Tutela degli incapaci*, in CONETTI – TONOLO – VISMARA, *Manuale di diritto internazionale privato*, Torino, Giappichelli, 2013.
- TORRENTE – SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 2004
- TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, C.E.D.A.M., 2005.
- ULPIANO, *Digesta*.
- VANNINI, *I delitti contro la integrità della stirpe e l'omicidio del consenziente*, in *Rivista italiana di diritto penale*, Padova, C.E.D.A.M., 1932 – X.
- VANNINI, *Lesione personale del consenziente*, in *Rivista italiana di diritto penale*, Padova, C.E.D.A.M., 1932 – X.
- VATTIMO, *Il soggetto e la sua maschera*, Milano, Bompiani, 1974.
- VENUTI, *Gli atti di disposizione del corpo*, Milano, Giuffrè, 2002.
- VERGA, *Dalle riforme alla rivoluzione*, in ROSA – VERGA, *Storia dell'Età Moderna 1450-1815*, Milano, Bruno Mondadori, 1998.
- VIAFORA (a cura di), *La bioetica alla ricerca della persona negli stati di confine*, Padova, Gregoriana, 1994.
- VIGANÒ, *Commento all'art. 50 c.p. – Consenso dell'avente diritto*, in DOLCINI – MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, I.P.S.O.A., 2011.
- VIGATO, *Il suicidio assistito in Svizzera, la Corte europea dei diritti dell'uomo "invita" a prendere posizione anche sull'eutanasia delle persone sane*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, Torino, Giappichelli, 2013.
- VINCENTI, *Metodologia giuridica*, Padova, C.E.D.A.M., 2008.
- VINCENZI – AMATO, *Il 2° comma dell'art. 32*, in BRANCA (a cura di), *Commentario della costituzione rapporti etico-sociali art. 29 – 34*, Bologna, Zanichelli, 1976.
- VIOLA ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, Roma, Laterza, 2004.

- VIRGILIO, *La colpevolezza*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, Torino, Giappichelli, 2001.
- WALDSTEIN, *Scritto nel cuore. Il diritto naturale come fondamento di una società umana*, Torino, Giappichelli, 2014.
- WEISCHEDEL, *Etica sciettica*, Genova, Il Melangolo, 1998.
- WINKLER – STRAZIO, *L'abominevole diritto*, Milano, Il Saggiatore, 2011.
- ZAGREBELSKY, *Il "crucifige" e la democrazia*, Torino, Einaudi, 1995.
- ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992.
- ZAGREBELSKY, *La disputa dei diritti tra credenti e laici*, in *La Stampa*, Torino, La Stampa, 2004.
- ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, Il Mulino, 2008.
- ZANUSO, *Autonomia, uguglianza, utilità. Tre paradossi del razionalismo moderno*, in ZANUSO (a cura di), *Custodire il fuoco*, Milano, Franco Angeli, 2013.
- ZOLO, *Il personalismo rosminiano*, Brescia, Morcelliana, 1963.