

L'origine moderna del principio di autodeterminazione. Riflessioni critiche sul pensiero giuridico – politico di John Locke

Daide Morandini

ABSTRACT

Spesso inconscio, si fa tuttavia sempre più lampante il balzo logico che dalla teorizzazione dei diritti conduce al consenso, quindi all'autodeterminazione. Le ascendenze di detto *modus cogitandi* possono rinvenirsi anche in John Locke. In quello che è definito uno dei padri del costituzionalismo moderno si rinvengono infatti la tensione tra lo Stato ed il singolo, una tensione che origina da una certa ipostatizzazione della volontà, finendo per spalancare orizzonti nichilisti.

PAROLE CHIAVE

AUTODETERMINAZIONE; JOHN LOCKE; VOLONTÀ; ENGLARO; NICHILISMO; STATO; INDISPONIBILITÀ (DEI DIRITTI).

1 INTRODUZIONE

Il termine “autodeterminazione” ricorre sovente entro l'orbita del dibattito odierno, esulando spesso da campi ritenuti tradizionalmente *strictu sensu* giuridici. Tuttavia, proprio nel diritto esso finisce sia per trovare una propria genesi, che per ritornarvi quasi fatalmente, come se il diritto rappresentasse una sorta di “alfa ed omega” per quanto si va trattando¹. Non a caso, quindi, si parla di “diritto” o di “principio” in ordine all'autodeterminazione, svelando, più o meno in controllo, come accade a tutt'una panoplia di situazioni umane, la propria ascendenza giuridica.

¹ Non fosse altro che per la banale constatazione, che è nel corso del processo che il diritto trova propria precipua epifania, e che l'autodeterminazione in quanto tale può quindi trovare consacrazione. In merito alla prospettiva processuale del diritto, si vedano: F. Cavalla, *La prospettiva processuale del diritto: saggio sul pensiero di Enrico Opocher*, Padova, 1991; F. Cavalla, *Retorica giudiziale, logica e verità*, in F. Cavalla (a cura di), *Retorica, processo, verità*, Milano, 2007; P. Moro, *La via della giustizia*, Pordenone, 2001; nonché il recentissimo saggio a cura di P. Moro, *Il diritto come processo, Principi, regole e brocardi per la formazione critica del giurista*, Milano, 2012.

Com'è noto, si va parlando, in primo luogo, di un diritto² all'autodeterminazione c.d. “terapeutica”³, come il dibattito attorno a vicende drammatiche ha negli ultimi anni denunciato. Ma l'autodeterminazione non si limita a fare capolino in ambito bioetico o, comunque, afferente al campo dei trattamenti medici e

² Si parla indifferentemente, e, spesso, senza troppa cognizione di causa, di “diritto” o di “principio” di autodeterminazione. La scelta fra i due termini pare a chi scrive non risolversi in una disputa meramente accademica, essendo, al contrario, foriera di notevoli conseguenze pratiche. Ci si riserva di affrontare più diffusamente il punto nelle pagine seguenti o addirittura in altro scritto. Per uno sguardo giustamente critico in ordine all'assunzione, ormai, (seppure forse inconsciamente) maggioritaria della configurazione del concetto in esame come diritto, si veda, ad esempio, M. Ronco, *Volontà anticipate e volontà attuale: quale autonomia?*, in C. Navarini (a cura di), *Autonomia e autodeterminazione - Profili etici, bioetici e giuridici*, Roma, 2011, specie alle pagg. 67-69, nonché, S. Mangiameli, *Autodeterminazione: diritto di spessore costituzionale?*, in C. Navarini (a cura di), *Autonomia e autodeterminazione - Profili etici, bioetici e giuridici*, Roma, 2011, pagg. 79-113.

³ Ed è senza dubbio l'orizzonte più pregno di conseguenze pratiche, almeno *ictu oculi*, nonché di suggestioni, a livello di dibattito mass- mediatico.

dell'inizio o della fine della vita. Al contrario, essa pare a chi scrive un concetto "trasversale"⁴, facente sempre più sovente capolino nelle varie branche dell'esperienza giuridica, finendo per impersonare una sorta di *pass - partout* concettuale, dall'aura quasi sacrale, su cui fondare addirittura le statuizioni giudiziali in ordine alle controversie, ed a cui appare arduo e vagamente "eretico" proporre obiezioni.

Tale atteggiamento, quantomeno così tratteggiato, pare a chi scrive doversi indagare, onde scoprire se quanto conculcato entro il termine magico "autodeterminazione" sia pregno d'una propria portata alettica, oppure no. Occorre quindi scandagliare, almeno superficialmente, cosa vada nascondendosi dietro tale "araba fenice" che veleggia sulle frontiere giuridiche degli anni presenti. Per dirla con Francesca Zanuso, occorre operare una sorta di "pulizia della tela"⁵.

2. IL DIRITTO DI AUTODETERMINAZIONE NEL DIRITTO VIGENTE. ACCENNI AL DIRITTO DI AUTODETERMINAZIONE TERAPEUTICA NELLA RECENTE ELABORAZIONE DELLA GIURISPRUDENZA

L'analisi del dato giuridico vigente, imprescindibile oggetto di ricerca, prenderà avvio dall'esame dell'atteggiamento della giurisprudenza, in quanto esso si rivela assolutamente significativo.

4 Sui motivi di tale atteggiamento, in particolare di quanto esso sia conseguente ad una concezione antropologica non discussa, eppure implicitamente presente nella mentalità odierna, ci si riserva di sviluppare alcune considerazioni nelle pagine seguenti.

5 Cfr. F. Zanuso, *L'indisponibile filo delle Parche. Argomentazione e decisione nel dibattito biogiuridico*, in F. ZANUSO (a cura di), *Il filo delle Parche - Opinioni comuni e valori condivisi nel dibattito biogiuridico*, Milano, 2009, pagg. 11-17. La pregnante metafora della "pulizia della tela" è tratta da Platone, precisamente, dalla Repubblica, VI, XIII, 501. Francesca Zanuso ricorre altresì all'evocativa immagine della tessitura, da operarsi e ritenersi «proficua solo dopo la pulitura dei filati», F. Zanuso, *Neminem laedere - Verità e persuasione nel dibattito bio-giuridico*, Padova, 2005, pag. 11, nota n° 31, in risposta a quanto aliunde sostiene Francesco Bellino, ossia che lo studioso di bioetica ha il compito di «tessere insieme fili differenti e farli diventare tessuto», in F. Bellino, *Bioetica e qualità della vita. Fondamenti*, Nardò, 1999, p. 122).

Infatti le statuizioni dei giudici fanno riferimento all'autodeterminazione entro una pletora di contingenze, che vanno da un non meglio scolpito "diritto al tempo libero"⁶, alla necessità di prestare ascolto al minore in sede di pronuncia dei provvedimenti d'affido del medesimo⁷, all'autodeterminazione del consumatore che andrebbe tutelata dagli operatori economici che si affacciano sul mercato, onde non violare tale pretesa soggettiva⁸, agli istituti a tutela degli incapaci, concernendo sia l'amministrazione di sostegno⁹, che l'incapacità naturale¹⁰. Ancora, si parla di autodeterminazione in tema di reati contro l'intangibilità sessuale dei minori degli anni

6 C. di Cass. 9422/11. La Corte, nel caso *de quo*, statuisce che: «i diritti inviolabili dalla valenza costituzionale sono quelli non solo positivizzati, ma anche quelli che emergono dai documenti sovranazionali, quali interpretati dai giudici nella loro attività ermeneutica. Si tratta di diritti o interessi che l'ordinamento non solo riconosce, ma garantisce e tutela con efficacia erga omnes, proprio perché fondanti la persona umana, che presenta una sua dignità, la quale fa da presupposto ineludibile per il loro esercizio e la loro attuazione». Nella specie, però, in tale categoria non può farsi rientrare anche il diritto al tempo libero, e ciò per la semplice ragione che il suo esercizio è rimesso alla esclusiva autodeterminazione della persona, che è libera di scegliere tra l'impegno instancabile nel lavoro e il dedicarsi, invece, a realizzare il suo tempo libero da lavoro e da ogni occupazione; la caratteristica tipica dei diritti inviolabili, invece, è proprio quella di essere diritti irrinunciabili della persona».

A prescindere dal caso sottoposto all'esame del giudice di legittimità, tutto sommato di importanza marginale, balza all'occhio immediatamente come l'asserzione della Cassazione contrasti indubitabilmente con altre pronunce della medesima in materia di autodeterminazione terapeutica. Ciò in particolare allorché la Suprema Corte sancisce che la caratteristica dei diritti inviolabili sarebbe quella di essere «diritti irrinunciabili della persona», (senza contare che, la c.d. "autodeterminazione libera" non godrebbe di tutela, oltre che essere limitata dal rispetto dei diritti indisponibili). Contrastando, almeno *prima facie* e parzialmente, con quanto si legge nella statuizione della Corte in relazione al celeberrimo "caso Englaro", come deciso in C. di Cass. 21748/07. Sulla portata di ciò si veda quanto si andrà rilevando *infra*.

7 Cfr. C. di Cass. 19464/11.

8 T.a.r. del Lazio 1521/12

9 C. di Cass. 1770/12.

10 C. di Cass. 1 settembre 2011, n. 17977; C. di Cass. 8 giugno 2011, n. 12532, C. di Cass. 7485/03;

quattordici¹¹, di “*mobbing*”¹², in ordine alla convenzione d’incapace¹³, ma anche in materia di capacità dei contraenti¹⁴. Il concetto trapela in controtela pure in tema di omicidio¹⁵, per non parlare delle notorie e già richiamate suggestioni investenti il tema dell’inizio e della fine della vita, fattispecie rappresentanti il campo ove più si riscontra, con esiti degni di nota, il ricorso a detta figura¹⁶.

Dato un siffatto panorama giurisprudenziale, potrebbe stupire constatare come, *de jure condito*, non sia rinvenibile in alcuna norma¹⁷ un’esplicita menzione ad un diritto o ad un principio inerente l’autodeterminazione. Ed, invero, quando si vuole suffragare le tesi inerenti ad essa, si vanno citando disposizioni che non la contemplano, o che, quantomeno, non la menzionano esplicitamente. Eppure essa viene invocata, senza che alcuno ponga in dubbio che possa inferirsi dal plesso normativo, che pure, s’è detto, non la nominano, cttome emerge *per tabulas* confrontando le pronunce dei giudici ed il dettato normativo.

Sorge allora spontaneo domandarsi su cosa si fondi la sicurezza con cui si evince detta fattispecie da un panorama di disposizioni silenti sul punto.

Prima di affrontare il cuore della presente ricerca è opportuno tuttavia restringere lo spettro della medesima all’ambito che più di ogni altro, a tutt’oggi, vede il richiamo all’oggetto del presente scritto, focalizzando su di sé l’attenzione del dibattito giuridico, bio-giuridico e mass-media-tico. Senza contare che esso si presenta, a mente di chi scrive, a guisa di perfetto paradigma da cui muovere onde analizzare le ascendenze del tema, spigarne il dipanarsi, spiegando quindi i

11 C. di Cass. 7059/12.

12 C. di Cass. 87/12, seppure in via di *obiter dictum*, avendo a mente la capacità d’intendere e di volere.

13 C. di Cass. 512/11

14 C. di Cass. 26729/11.

15 C. di Cass. 43717/11. Nel caso citato, *rectius*, ci si riferiva alla configurabilità o meno in capo all’imputato dell’aggravante della presenza dei motivi o abietti, riconosciuti nella violazione dell’autodeterminazione stessa.

16 C. di Cass. 21748/07 ad esempio, ma *multa cetera*...

17 Quantomeno tra le disposizioni fondanti le statuizioni *de quibus*.

motivi d’una fortuna che pare propagarsi a presoché tutto lo spettro del giuridico.

Il riferimento è all’autodeterminazione c.d. “*terapeutica*”, all’oggi concretante una sorta di *limes renano*, tra il lecito e l’illecito, e, a seconda delle opzioni ermeneutiche elette, addirittura tra l’inizio e la fine della vita, tra chi reputarsi degno di vita e chi no, nonché, forse *in primis*, tra l’ignoto ed il noto¹⁸.

E’ noto, grazie anche a drammatiche vicende che hanno infiammato l’opinione pubblica, che ferve la discussione attorno all’*an*, ma soprattutto al *quomodo* ed al *quantum* inerenti la vigenza del tema *de quo* in seno all’ordinamento italiano. Com’è intuibile, gli zelatori dell’una o dell’altra tesi cercano appiglio nel *corpus* normativo, finendo, curiosamente¹⁹, per intessere la trama del proprio argomentare dai medesimi dati testuali.

In particolare²⁰, gli alfieri dell’autodetermi-

18 La metafora del confine, del *limes*, del limite è suggerita dalle pregnanti considerazioni rinvenibili, tra l’altro, in F. Zanuso, *L’indisponibile filo delle Parche*, cit, pagg. 13-19, cui si rimanda per un approfondimento. Si chiarisce che, pur non essendo possibile dilungarsi in merito, il dilemma del limite, dell’intero, configura un orizzonte metafisico non negligibile all’uomo, ed il cui oblio di prometeica memoria è gravido di molte delle sciagure ascrivibili all’epoca presente.

19 Ad un primo sguardo, in quanto tale ciò trova una ragione in ciò che si andrà esponendo *infra*.

20 Oracis riferisce in primoluogo all’autodeterminazione c.d. “*terapeutica*”, o, comunque, inerente le scelte (o supposte tali data l’adesione più o meno implicita ad un’opzione ermeneutica), che rappresenta senza dubbio il fronte più “caldo” nel presente momento storico. Come risulterà evidente dalla normativa qui ripresa, e che viene citata dal braccio armato del fronte *pro-choice* (a ben vedere, per lo più senza che ne venga spesso discusso il fondamento teoretico, sovente forse nemmeno percepito), le norme sono tendenzialmente attinenti proprio alla materia lato senso bioetica. Il motivo di ciò si tenterà d’indagare nel corso delle prossime pagine. S’avverte fin d’ora che un tale “percorso” (ossia dalla vita...a tutto il resto) della particolare accezione dell’autodeterminazione che gode oggi di una tale fortuna (si ribadisce, soprattutto in quanto spesso non colta nella propria radice teoretica...con il che, del resto, spinge sia i *pro-life* che i *pro-choice* entro il medesimo arco concettuale, obbligando così, *de facto*, a scelte dogmaticamente imposte da un’opzione prima non discussa e, a parere dello scrivente, apodittica, aprioristica ed aporetica...sul punto, si veda comunque *infra*) è assolutamente consequenziale all’ipotesi antropologica

nazione sono soliti per lo più²¹ inferirla da alcune norme, in specie dall'art. 32/2 della Costituzione, spesso in combinato disposto con gli artt. 2, 3 e 13 della medesima Carta, dall'art. 5 della Convenzione di Oviedo²²,

eletta in particolare a partire dalla modernità in poi, esacerbata ed alimentata (presumibilmente in un'osmosi di auto-etero-alimentazione reciproca) dal deflagrare della "secolarizzazione". In tema di secolarizzazione, si rimanda a L. Palazzani (a cura di), *Filosofia del diritto e secolarizzazione - Percorsi, profili, itinerari*, Roma, 2011, nonché, a F. Cavalla, *La verità dimenticata - Attualità dei presocratici dopo la secolarizzazione*, Padova, 1996.

21Ma ciò è solamente un dato grossolanamente empirico, avente riguardo delle disposizioni che avvulpano attorno a sé il dibattito più di altre.

22 La "Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina" fu firmata il 4 aprile 1997 ad Oviedo e venne resa esecutiva in Italia con la legge 145/01. L'art. 5 (significativamente rubricato "regola generale"), così recita:

«1- qualsiasi intervento in campo sanitario non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato il proprio consenso libero e informato.

2- Questapersonaricevepreventivamenteun'informazione adeguata in merito allo scopo e alla natura dell'intervento nonché alle sue conseguenze ed ai suoi rischi.

3 - La persona interessata può liberamente ritirare il proprio consenso in qualsiasi momento.

Tuttavia la Convenzione contiene altre norme di sicuro interesse per il giurista. Si vedano ad esempio:

Articolo 2 (Priorità dell'essere umano):l'interesse e il bene dell'essere umano devono prevalere sull'esclusivo interesse della società o della scienza.

Articolo 6 (Tutela delle persone che non hanno la capacità di dare il consenso): salvo quanto previsto agli articoli 17 e 20, l'intervento non può essere effettuato su una persona che non abbia la capacità di dare il consenso a meno che ciò non sia fatto per suo diretto beneficio. Quando secondo la legge un minore non ha la capacità di dare il consenso a un intervento, questo non può essere effettuato senza l'autorizzazione del suo rappresentante, dell'autorità o di una persona o un tutore designato dalla legge. Il parere del minore è preso in considerazione come fattore sempre più determinante in rapporto all'età e al suo grado di maturità. Quando, secondo la legge, un maggiorenne non ha, a causa di un handicap mentale, di una malattia o per un motivo simile, la capacità di dare il consenso a un intervento, questo non può essere effettuato senza l'autorizzazione del suo rappresentante, dell'autorità o di persona o tutore designato dalla legge La persona interessata, nella misura possibile, deve essere coinvolta nella procedura di autorizzazione. Il rappresentante, l'autorità, la persona o il tutore nominati ai paragrafi 2 e 3 devono, con le stesse modalità, avere l'informazione prevista dall'art. 5. L'autorizzazione prevista ai paragrafi 2 e 3 può, in qualsiasi momento, essere ritirata nell'interesse

dall'art. 35 del Codice di Deontologia medica²³, nonché dagli artt. 2²⁴ ed 8²⁵ della

della persona interessata.

Articolo 8 (Situazione d'urgenza): quando a causa di una situazione d'urgenza non si può avere il consenso appropriato si potrà procedere immediatamente a qualsiasi intervento medico indispensabile per il beneficio della salute della persona interessata.

Articolo 9 (Volontà espresse precedentemente): saranno prese in considerazione le volontà precedentemente espresse nei confronti dell'intervento medico da parte del paziente che, al momento dell'intervento, non è in grado di esprimere la propria volontà.

Articolo 10 (Vita privata e diritto all'informazione): ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata quando si tratti di informazioni relative alla propria salute. Ogni persona ha il diritto di conoscere tutte le informazioni relative alla propria salute. Tuttavia la volontà della persona di non essere informata deve essere rispettata. A titolo eccezionale la legge può prevedere, nell'interesse del paziente, limitazioni all'esercizio dei diritti citati al paragrafo 2».

23Esso recita:

«il medico non deve intraprendere attività diagnostica e/o terapeutica senza l'acquisizione del consenso esplicito e informato del paziente. Il consenso, espresso in forma scritta nei casi previsti dalla legge e nei casi in cui per la particolarità delle prestazioni diagnostiche e/o terapeutiche o per le possibili conseguenze delle stesse sulla integrità fisica si renda opportuna una manifestazione documentata della volontà della persona, è integrativo e non sostitutivo del processo informativo di cui all'art. 33. Il procedimento diagnostico e/o il trattamento terapeutico che possano comportare grave rischio per l'incolumità della persona, devono essere intrapresi solo in caso di estrema necessità e previa informazione sulle possibili conseguenze, cui deve far seguito una opportuna documentazione del consenso. In ogni caso, in presenza di documentato rifiuto di persona capace, il medico deve desistere dai conseguenti atti diagnostici e/o curativi, non essendo consentito alcun trattamento medico contro la volontà della persona. Il medico deve intervenire, in scienza e coscienza, nei confronti del paziente incapace, nel rispetto della dignità della persona e della qualità della vita, evitando ogni accanimento terapeutico, tenendo conto delle precedenti volontà del paziente».

24 «Il diritto alla vita di ogni persona è protetto dalla legge. Nessuno può essere intenzionalmente privato della vita, salvo che in esecuzione di una sentenza capitale pronunciata da un tribunale, nel caso in cui il reato sia punito dalla legge con tale pena».

25 Art. 8:

«ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una

Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo²⁶. Per quanto concerne, in particolare, il dibattito inerente il diritto interno italiano, norma cardine viene individuata, *ca va sans dire*, nel succitato art. 32 della Costituzione, ergentesi quindi

misura che, in una società democratica, 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 o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui».

26 Le fonti di matrice internazionale che lasciano trapelare (implicitamente, come si vedrà si seguito) il concetto de quo sono in realtà molteplici. Si pensi alla direttiva n. 91/507/CEE del 19 luglio 1991 (adottata in Italia con Decreto del Ministro della Sanità n. 86 del 27 aprile 1992.), che ha fissato le "norme di buona pratica clinica". Queste linee guida sono state successivamente revisionate e recepite con Decreto del Ministro della Sanità del 15 luglio 1997. Queste direttive sono il risultato del coordinamento delle linee guida dell'Unione europea, degli Stati Uniti e del Giappone, e sono incentrate sul consenso informato dei soggetti da sottoporre a sperimentazione. Ciò a lume di A. G. Spagnolo, A. A. Bignamini, A. De Franciscis, *I Comitati di Etica fra linee-guida dell'Unione Europea e decreti ministeriali*, in *Medicina e Morale*, novembre-dicembre 1997, pp. 1059-98; M. Barni, *Diritti-doveri, responsabilità del medico*, Milano, 1999, pp. 138-40. Ancora, la *Carta dei Diritti Fondamentali* dell'Unione Europea proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 contiene siffatti argomenti legislativi che possono fornire spunti a sostegno delle tesi in esame:

Articolo 1: «Dignità umana: la dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata [...]».

Art. 3, co. 2°: «nell'ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati: «il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge».

Art. 6 Diritto alla libertà e alla sicurezza: «ogni individuo ha diritto alla libertà e alla sicurezza».

Nel Trattato Istitutivo della Costituzione Europea firmato a Roma il 29.10.2004 si legge invece:

Articolo II-61 - Dignità umana: «la dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata».

Articolo II-63 - Diritto all'integrità della persona: «ogni persona ha diritto alla propria integrità fisica e psichica. Nell'ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati: a) il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge».

Articolo II-66 - Diritto alla libertà e alla sicurezza: «ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza».

La raccomandazione del Consiglio d'Europa del 26 gennaio 1976 (seguita negli anni da molte altre, che ne condividono i presupposti. Si vedano, a titolo esemplificativo: R 80-4, R 83-2, R 87-25), concernente i diritti dei malati e dei morenti, ha sottolineato che «i medici devono innanzitutto rispettare la volontà dell'interessato per quanto riguarda il trattamento da applicare».

come emblematico nel discorso che si va svolgendo²⁷, dal momento che esso scolpisce una fattispecie assolutamente poliedrica. Infatti, secondo certa dottrina, tramite detta norma:

la salute viene assunta ad oggetto di tutela quale fondamentale diritto dell'individuo ed interesse della collettività e quindi nella sua dimensione di autentico diritto soggettivo e di valore oggettivo immanente all'ordinamento. Il quadro che emerge dalla norma costituzionale è estremamente complesso, prospettando l'esigenza di una tutela che contemperi il profilo individuale ed il profilo sociale del bene salute²⁸.

Intuitivamente, è specialmente in merito al secondo comma dell'art. 32 Cost. che è divampato il dibattito più interessante in tema di "diritto alla salute".

La norma *de qua* statuisce infatti che: «nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizioni di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona²⁹

27 Sui motivi di ciò, si veda quanto si esporrà *infra*.

28 E. Palermo Fabris, *Diritto alla salute e trattamenti sanitari nel sistema penale - Profili problematici del diritto all'autodeterminazione*, Padova, 2000, pagg. 1-2; G. Alpa, *Salute (diritto alla)*, in *Novissimo Digesto Italiano Appendice*, 1986, pagg. 914 e ss; L. Carlassare, *Libertà d'iniziativa economica e tutela della salute nella Costituzione*, in *Rivista Trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1992, pagg. 605 e ss.; M. Luciani, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Diritto Societario*, 1980, pag. 769; L. Paladin, *Diritto Costituzionale*, Padova, 1998, pagg. 675 e ss; B. Pezzini, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Diritto Societario*, 1983, pagg. 21 e ss.

29 E' del resto intuibile come ciò presupponga un concetto di persona, che fatalmente si riverbera poi sulle nozioni di rispetto e dignità della stessa, quantomeno sotto il profilo dell'individuazione della titolarità di queste. Ciò tuttavia potrebbe prefigurare un discrimine basato sui concetti di dignità dell'uomo, e di persona (su cui si veda la nota seguente), siccome derivanti da una certa nozione di "qualità della vita". Cosciente di tale china assolutamente perigliosa, un autore ha condivisibilmente scritto:

«vi è poi un altro argomento che potrebbe ingenerare pericolose conseguenze se non rettammente inteso. Affermare che il valore della vita appare imprescindibilmente legato al valore della qualità che è un altro modo per richiamare la dignità umana, comporta una insidia enorme che deve essere respinta con profonda fermezza, perché una impostazione etica basata esclusivamente sulla dimensione qualitativa dell'esistenza finisce per ammettere che una vita sia meno nobile di

umana³⁰». Da qui è stato lineare inferirne, un'altra. In realtà, il principale parametro costituzionale di riferimento sulla possibile legittimità del rifiuto espresso dal paziente di essere sottoposto a cure sanitarie, deve a parere di chi scrive essere individuato nell'art. 32 Cost., co. 2 in base al quale: nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. Ovviamente, il principio di dignità della persona rimane valido, ma va correttamente inteso se parliamo di scelte di fine vita, ed interpretato nel senso che la legge non possa in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana, però non legittima a considerare una vita meno degna di essere vissuta soltanto perché ingabbiata in una patologia terribile», in G. Spoto, *Questioni di fine vita tra modelli adottati in Europa, negli Stati Uniti e proposte interne*, in "Europa e dir. Priv.", 2011, 04, pag. 1185. Pare tuttavia allo scrivente che ripiegare sul dato normativo non offra altro che una ricaduta entro l'orbita concettuale che l'autore comprensibilmente tentava di sfuggire, ricadendo nel ginepraio delle stesse conseguenze aborrite. In realtà, il giudizio sulla dignità di vita entro l'orbita volontaristica non fa altro, a parere del sottoscritto, che comportare uno spostamento di competenze tra i soggetti deputati a deliberare in ordine alla qualità stesse della vita. In un caso una volontà eteronoma rispetto al soggetto, nell'altro il soggetto medesimo. Ma con ciò non s'è obliterata la possibilità che una vita sia considerata degna ed un'altra no, seppure in virtù di un atto volitivo di esercizio del diritto di cui all'art. 32/2 Cost. esercitato dal titolare di detto diritto. Questo in quanto, come si vedrà, è l'antropologia volontaristica che si situa alla base dell'argomentare che impinge verso detti esiti.

30 Gli *endoxa* sono, a lume dell'insegnamento di Aristotele, «le opinioni comuni, condivise dai più, o dai più competenti ed autorevoli», come si legge in F. Cavalla, *Topica Giuridica*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XLIV, pp. 720-739, come richiamato da F. Zanuso, *Neminem laedere*, cit., pag. 11. Il discorso umano, la comprensione linguistica, intuitivamente, hanno un'eliminabile matrice endossale, in quanto avulsi dal formalismo delle scienze matematiche. Tuttavia il pregiudizio epistemico in auge specie a partire dalla speculazione cartesiana, ingiunge, più o meno inconsciamente, ad appiattare ogni discorso su quest'ultimo, ritenuto l'unico pregno di portata alettica (confondendo la certezza con la verità, come pare allo scrivente potersi inferire da F. Cavalla, *La verità dimenticata*, cit., pag. 13), con il risultato della perdita di ogni reale dialogo, e dello sprofondare in un monologismo dagli esiti drammatici. In particolare, sul concetto di "dignità della persona" e della sua equivocità si leggano le pagine sanamente critiche rinvenibili in F. Zanuso, *L'indisponibile filo delle Parche*, cit., pagg. 26-30. Ivi l'autrice pone in luce come, dietro l'affascinante ed ipnotica cortina sollevata dall'utilizzo (spesso inconsapevole) di certe locuzioni si nascondano polivocità assolutamente antitetiche. In particolare, il "luogo comune" (in senso aristotelico) di "dignità della persona" rimanda immediatamente

come corollario, il principio ogni individuo ha diritto di rifiutare i trattamenti sanitari, salvo che una legge non renda obbligatorio un determinato trattamento, e ciò sempre nel rispetto del valore della persona umana³¹. Siffatte deduzioni hanno ricevuto più volte anche l'esplicito avallo della Consulta³², nonché la declinazione effettuata dalla giurisprudenza di merito entro le varie fattispecie presentatosi innanzi ai giudici. Il tutto fino ad ammettere che il diritto alla salute è (anche) «diritto e libertà di essere, di disporre di sé e di autodeterminarsi giuridicamente tutelato a prescindere dalla conseguenza sul piano della cura di una patologia in atto»³³. Da cui la possibilità di ricomprendere entro l'orbita di cui all'art. 32/2 Cost. ³⁴ tutti gli atti incidenti sul "sé"³⁵ inteso in senso amplissimo, coinci-

alla *definitio* di persona che si elegge. Il che, ovviamente cambia radicalmente il contenuto della "dignità", nonché il referente soggettivo ed il (potenziale) titolare della medesima. Anche secondo il parere di chi scrive, dunque, occorre prestare attenzione alla capacità decettiva di siffatte formule magiche, che pigramente si trascinano scovre da un'indagine approfondita in ordine alla loro pregnanza. *Ca va sans dire*, l'autodeterminazione rischia seriamente di figurare nel novero delle suddette.

31 T. Pasquino, *Autodeterminazione e dignità della morte*, Padova, 2009, pag. 20.

32 Si vedano, ad esempio, C. Cost. 438/08, 471/90.

33 Trib. Milano 14 maggio 1998, in "Nuova giur. Comm.", 2000, I, pagg. 92 e ss.

34 *Rectius*, all'interpretazione ora rammentata di detto disposto costituzionale.

35 Pare allo scrivente che un simile orientamento, di fatto, rende il "sé", l'individuo, assolutamente dipendente dalle considerazioni che ogni singolo soggetto effettua in rapporto a se stesso ed alle proprie convinzioni, diventando così la stessa soggettività umana, in ultima istanza, frutto di autodeterminazione. E' tale "forza" infatti che è capace di avere effetti addirittura ablativi sulla persona, quindi anche su se stessa. Più in generale, comunque, fa capolino un problema che autorevolmente è stato così tratteggiato: «il problema del rapporto tra sé e il corpo esonda nel rapporto tra sé e la vita [...] e quindi quasi inevitabilmente nel rapporto tra corpo e persona», in P. Zatti, *Il corpo e la nebulosa dell'appartenenza*, in "Nuova giur. Civ. Comm.", 2007, II pagg. 1 e ss. Sono considerazioni di certo interessanti, e, seppure l'autore pare incentrarle su di una dicotomia tra fisico e metafisico, paiono sintomatiche di un atteggiamento di coscienza del problema inerente la soggettività che si va profilando. La genesi di ciò forse potrà trapelare, quantomeno in controluce, in ossequio a ciò che s'espone *infra*.

dente nella sfera di libertà ed autodeterminazione³⁶ dell'individuo³⁷.

L'evoluzione in materia ha tratto altresì impulso dalla sentenza della Corte Costituzionale n° 238/96, con la quale la Consulta ha sancito come il diritto di autodeterminazione rispetto al proprio corpo (ed ai trattamenti sanitari che lo concernono) costituisca un:

diritto inviolabile rientrante tra i valori supremi, quale indefettibile nucleo essenziale dell'individuo, non diversamente dal contiguo e connesso diritto alla vita e all'integrità fisica, con il quale concorre a costituire la matrice prima³⁸ di ogni altro diritto, costituzionalmente protetto, della persona³⁹.

36 E' palese come in motivazioni di tal fatta, non indagando il concetto, ci si trovi dinanzi ad una petizione di principio.

37 T. Pasquino, *Autodeterminazione e dignità della morte*, cit., pag. 22; pagg. 142-143. L'autrice pone chiaramente in luce come, alla luce (anche) delle rammentate pronunce, in materia di autodeterminazione terapeutica l'art. 32/2 della Costituzione costituisca una pietra angolare.

38 Si noti come venga esplicitata sempre più la valenza demiurgica e fondante di tale diritto entro la concezione del soggetto. Esso finisce, addirittura, per essere una sorta di "principio" del soggetto. Con il problema, tuttavia, delle conseguenze aporetiche in ordine alle derivate che possono condurre a ritenere tale principio sia adespota (in quanto giunge a concretare fattispecie che possono incidere sulla stessa soggettività) che reso disponibile da se stesso (si pensi, ad es., al "testamento biologico", che, di fatto, integra una sorta di rinuncia all'autodeterminazione, così come paiono intenderla gli zelatori di questa, in quanto la rende non disponibile se non espressa in determinate forme non sempre passibili di integrazione *hic et nunc*), almeno per i soggetti capaci di esprimere il consenso.

Per gli altri, in virtù dell'egualitarismo, s'impone quindi la necessità di rinvenire una volizione anche ove essa non si sia enucleata (e, magari nemmeno lo possa fare, si pensi, ad esempio, al caso di Eluana Englaro), anche per considerazioni presuntive, e/o in base a dogmi e/o postulati, in quanto solo questa è capace di garantire la fondatezza delle scelte. E, del resto, essendo questo il nucleo fondamentale (o, comunque, di detto nucleo rappresentando un formante imprescindibile) dei diritti, non v'è alternativa. Il che, a mente dello scrivente, è conseguenza diretta della genesi volontaristica del medesimo. Sul punto, si veda *infra*.

39 Ovviamente ne è scaturito un orientamento che, a livello di giurisprudenza ordinaria, è culminato in pronunce quali: C. di Cass. 26446/02, C. di Cass. 364/97, C. di Cass. 9374/97, C. di Cass. 14638/04, C. di Cass. 6318/00, C. di Cass. 5444/06, per poi giungere al celeberrimo "caso Englaro" di cui alla sentenza C. di

Il caso che, sigillando, ed, al contempo, dando un impulso alla giurisprudenza in materia, più ha infiammato gli animi dell'opinione pubblica (grazie anche all'attenzione che ha goduto, sia per la sua drammaticità che per la problematicità intrinseca), è stato il caso di Eluana Englaro, deciso con la sentenza della Corte di Cassazione n° 21748/07.

In tale sede, il Supremo Collegio ha sostenuto che:

deve escludersi che il diritto alla autodeterminazione terapeutica del paziente incontri un limite allorché da esso consegua il sacrificio del bene della vita. Benché sia stato talora prospettato un obbligo per l'individuo di attivarsi a vantaggio della propria salute o un divieto di rifiutare trattamenti o di omettere comportamenti ritenuti vantaggiosi o addirittura necessari per il mantenimento o il ristabilimento di essa, il Collegio ritiene che la salute dell'individuo non possa essere oggetto di imposizione autoritativo-coattiva. Di fronte al rifiuto della cura da parte del diretto interessato, c'è spazio - nel quadro dell'alleanza terapeutica che tiene uniti il malato ed il medico nella ricerca, insieme, di ciò che è bene rispettando i percorsi culturali di ciascuno - per una strategia della persuasione, perché il compito dell'ordinamento è anche quello di offrire il supporto della massima solidarietà concreta nelle situazioni di debolezza e di sofferenza; e c'è, prima ancora, il dovere di verificare che quel rifiuto sia informato, autentico ed attuale. Ma allorché il rifiuto abbia tali connotati non e' possibilità di disattenderlo in nome di un dovere di curarsi come principio di ordine pubblico. Lo si ricava dallo stesso testo dell'art. 32 della Costituzione, per il quale i trattamenti sanitari sono obbligatori nei soli casi espressamente previsti dalla legge, sempre che il provvedimento che li impone sia volto ad impedire che la salute del singolo possa arrecare danno alla salute degli altri e che l'intervento previsto non danneggi, ma sia anzi utile alla salute di chi vi è sottoposto (Corte Cost., sentenze n. 258 del 1994 e n. 118 del 1996). Soltanto in questi limiti è costituzionalmente corretto ammettere limitazioni al diritto del singolo alla salute, il quale, come tutti i diritti di libertà, implica la tutela del suo risvolto negativo: il diritto di perdere la salute, di ammalarsi, di non curarsi, di vivere le fasi finali della propria esistenza secondo canoni di dignità umana propri dell'interessato, finanche di lasciarsi morire.

A parere dello scrivente la controversia *de qua* rappresenta il perfetto paradigma di quell'originale "Giano bifronte" impersonato dall'art.

Cass. 21748/07. Le ascendenze di tale atteggiamento verranno chiarite in seguito.

32 Cost.⁴⁰, il quale, impernando su di sé le due tendenze che ne innervano l'opera ermeneutica, contribuisce a generare una selva antinamica che, *rebus sic stantibus*, si palesa drammaticamente irrisolvibile⁴¹.

L'iter argomentativo del Supremo Collegio ben può ergersi, quindi, a modello dell'esplicazione dei diritti soggettivi "moderni" in quanto tali, e per detta ragione verrà nelle seguenti pagine rievocato, onde dare conto di quanto si va asserendo. In primo luogo la Cassazione sancisce come il consenso (del soggetto nella cui sfera l'operato del medico è destinato ad operare e ad esplicare i propri effetti) configuri il fondamento dell'attività medica, dello stesso trattamento sanitario. A contrario e conseguentemente, il diritto di rifiutare le cure «appartiene, alla libertà personale dell'individuo e si pone come correlato del diritto di ricevere tutte le informazioni utili sulle cure da intraprendere o da proseguire»⁴². Il fondamento del consenso⁴³ è a sua vol-

40 In realtà pressoché ogni diritto, così come scolpito nella modernità, richiama, a mente dello scrivente, il mitologico Giano, come si tenterà di dimostrare.

41 E' indubbio infatti che, nonostante le decisioni in materia, non si sia giunti ancora ad una chiara tassativizzazione di ciò che rientra (o che, al contrario, non rientra) entro la sfera di autodeterminazione del soggetto. Ne sono chiari sintomi il fatto che, qualora anche ci si convinca di aver trovato soddisfacente soluzione al quesito, tuttavia esso si ripresenta, o entro la definizioni di "accanimento terapeutico", o di "trattamento sanitario". *Ceteris verbis*, si tratta di un problema che, se dipanato come Alessandro Magno fece con il nodo di Gordio, ossia coi colpi di maglio di una giurisprudenza apodittica, non si risolve. Tutt'altro: se scaraventato fuori da una porta, rientra da più finestre.

42 T. Pasquino, *Autodeterminazione e dignità della morte*, cit., pag. 147. In merito anche Trib. Roma, 23 luglio 2007, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, pag. 65 e ss., con nota di M. Azzalini, *Trattamenti life-saving e consenso del paziente: i doveri del medico dinanzi al rifiuto di cure*: «il diritto al rifiuto dei trattamenti sanitari fa parte dei diritti inviolabili della persona, di cui all'art. 2 Cost., e si collega strettamente al principio di libertà di autodeterminarsi riconosciuto all'individuo dall'art. 13 Cost.».

43 A parere dello scrivente ciò è corretto dal punto di vista fenomenico, nel senso che, secondo l'antropologia moderna è la volontà ad attivare i diritti. Tuttavia, in senso diacronico (e logico, seguendo lo sviluppo del pensiero) è esattamente l'opposto: è l'ipostasi della moderna *voluntas* che portò a scolpire i diritti soggettivi di cui l'art. 32/2 Cost. è in queste righe eletto a paradigma.

ta rinvenuto negli artt. 2, 13, 32/2⁴⁴ della Costituzione⁴⁵. L'art. 32/2 in particolare, prevede la possibilità di trattamenti sanitari obbligatori, ma li assoggetta ad una riserva di legge, inquadrandoli inoltre come eccezioni⁴⁶ alla regola generale, che legittimerebbe il predominio della volontà del singolo.

In ossequio al c.d. "principio personalistico"⁴⁷, il consenso, secondo la Suprema Corte, può dun-

44 Secondo C. Cost. 438/08 il fondamento "poligenetico" del consenso informato, rinvenibile negli artt. 2, 13 e 32 della Carta scolpisce il medesimo come sintesi di due diritti fondamentali, quello alla salute e quello all'autodeterminazione. Ciò in quanto esso consente di essere informato sulle terapie migliori ed alternative, nonché sulle conseguenze del trattamento o del mancato trattamento. Si noti come venga ipostatizzata una sorta di necessità fondamentale di conoscenza onde reperire le informazioni necessarie ad indirizzare la volontà verso il fascio di fenomeni (tra cui rientrano, di conseguenza, pure la salute e la vita della persona, financo, pare a chi scrive, la persona in quanto tale), secondo il beneplacito della diade *voluntas - intellectus* di cui *infra*.

45 Oltre a citare la già richiamata pronuncia 471/90 della Consulta, la Suprema Corte richiama ancora una volta le già menzionate convenzioni internazionali rilevanti in materia. Inoltre, ribadisce il legame tra l'art. 13 della Carta, che postula «la sfera di esplicazione del potere della persona di disporre del proprio corpo» e l'autodeterminazione. *Rectius*, qui il Giudice di legittimità offre una rappresentazione di uno dei modi di esercitare l'autodeterminazione (e la libertà, il cui legame con la volontà verrà tratteggiato *infra*), inerente il c.d. "diritto alla salute".

46 E. Palermo Fabris, *Diritto alla salute e trattamenti sanitari nel sistema penale*, cit., pag. 26. In realtà vi sarebbero altri limiti desumibili dalla Carta, ossia il divieto di disporre di sé stessi per ragioni di carattere economico *et similia*, in quanto contrastanti con i principi di fondo sanciti dalla Costituzione stessa. Pare a chi scrive che così facendo, in realtà non si indagherà a fondo il problema di cosa sia l'autodeterminazione. Infatti, si parla di libertà di decidere e di autodeterminarsi, in ordine a comportamenti che interessino il proprio corpo, in ottica di salvaguardia della persona. Tuttavia, in ultima analisi, non è la persona in quanto tale che gode di tutela, bensì l'autodeterminazione! Essa infatti, potrebbe configurarsi come demiurgica nei confronti di comportamenti addirittura ablativi della persona. Sulle radici di ciò, si tenterà d'offrire una spiegazione *infra*.

47 Su cui, ad esempio, F. Mantovani, *Diritto Penale, parte speciale - Delitti contro la persona*, Padova, 1995, pagg. 28 e ss.; Fiandaca-Musco, *Persona (Delitti contro la)*, in *Digesto discipline penalistiche*, vol. IX, Torino, 1995, pagg. 515 e ss., *et multa cetera*.

que prevedere la possibilità di rinunciare al trattamento sanitario, senza potersi rinvenire un limite alla volontà «allorché da esso (ossia dall'esercizio dell'autodeterminazione terapeutica, n.d.a.) consegua il sacrificio del bene della vita». Nonostante quindi si sia *ex adverso* prospettato un obbligo di attivarsi a vantaggio della propria salute, «il Collegio ritiene che la salute dell'individuo non possa essere oggetto di imposizione autoritativa». Ciò, beninteso, a meno che il trattamento imposto non sia necessario per tutelare la salute altrui. In altri termini, si potrebbe ammettere un'imposizione eccezionale solo laddove comprovate ragioni (si pensi al classico caso delle epidemie) impongano di limitare il singolo nella propria volontà, onde evitare che altri soggetti vedano altrimenti violati i loro diritti.

Al di fuori di dette fattispecie limite, l'essere umano sarebbe libero di "autodeterminarsi" in ordine alla propria salute⁴⁸.

48 Ma, e qui si lancia una provocazione assolutamente ignorata nella tendenza volontaristico - solipsistica della Suprema Corte, se si adotta il concetto di salute che s'è accennato sopra, esso deve valere, ex artt. 2, 3, 32/1 per tutti i soggetti. Quindi, nel caso in cui un soggetto che non si voglia curare, causerebbe una malattia psichica a determinati soggetti a causa di questo suo contegno, ciò sarebbe motivo sufficiente per legittimare l'imposizione di un trattamento? L'obiezione formale imperniata sulla necessità di una legge (o di un altro atto avente rango di onte primaria, presumibilmente, un decreto legge, visto che si verserebbe con ogni probabilità in una situazione di necessità ed urgenza ex art. 77 Cost.), che presumibilmente, se fosse emanata, sarebbe, in quanto *ad personam*, passibile di censure di costituzionalità, non toglie tuttavia il sentore che vi sia una sperequazione cacofonica nella polifonia di diritti che le Corti tentano d'enucleare. Che vi siano, insomma, diritti di rango poziore ed altri di rango inferiore. La ragione di ciò è da ricercarsi, ancora, a parere dell'autore, nella supremazia della volontà e, quindi nell'antropologia eletta nel corso della modernità. Quindi, dell'oblio della relazione, vero luogo di scaturigine della verità e di "compimento" della soggettività umana, come autorevolmente posto in luce, ad esempio, in F. Cavalla, *Diritto alla vita, diritto sulla vita. Alle origini delle discussioni sull'eutanasia*, in F. Zanuso (a cura di), *Il filo delle Parche - Opinioni comuni e valori condivisi nel dibattito biogiuridico*, Milano, 2009; P. Moro, *I diritti indisponibili - Presupposti moderni e fondamento classico nella legislazione e nella giurisprudenza*, Torino, 2004; F. Zanuso, *Incontrare l'altro nel dialogo, oltre la tolleranza: infibulazione rituale e*

tutela dei diritti umani, in F. Zanuso (a cura di), *Il filo delle Parche - Opinioni comuni e valori condivisi nel dibattito biogiuridico*, Milano, 2009; F. Zanuso, *L'indisponibile filo delle Parche*, cit.

Pare avere una qualche coscienza della rilevanza della relazione, anche contro derive solipsistiche G. Spoto, *Questioni di fine vita*, cit.:

«nella materia affrontata, è preferibile parlare di autodeterminazione, intesa come libertà di scelta che l'individuo ha, non in senso forte, ma in senso debole, perché sulla vita non è possibile decidere e non c'è alcun principio di autodeterminazione che possa essere invocato. Ciò non tanto per motivi di carattere religioso, secondo cui la vita non appartiene all'uomo, perché è solamente di Dio (in base ad un argomento che pur essendo rispettabile non può però trovare piena legittimazione, almeno sotto un profilo più generale, in uno Stato che deve chiaramente essere laico), bensì per un'altra riflessione che può essere condivisa da credenti e da non credenti. Dobbiamo constatare che nessuno di noi è una monade indistinta, un essere autarchico, isolato e chiuso in un mondo privo di sollecitazioni esterne. È ovvio che le scelte di ognuno finiscono sempre per essere scelte che riguardano anche altre persone, anche i nostri cari: il coniuge, i figli, i genitori e perfino gli amici. La nostra vita è preziosa non solo per noi, ma per coloro che nella nostra esistenza abbiamo incontrato e incontriamo... la nostra vita e le nostre scelte sono anche inevitabilmente loro e per loro. Anche se pensiamo di essere totalmente indipendenti, siamo profondamente legati ad altre persone, pertanto la vita e la morte di una persona non sono eventi esclusivamente intimi e personali, ma riguardano tutto l'ambiente e la collettività che circonda la persona. L'esistenza di ciascuno è sempre coesistenza, per questa ragione l'autodeterminazione e la libertà dell'individuo, possono essere invocati per sostenere la legittimità del testamento biologico e delle direttive anticipate solo se intese in un senso debole, cioè se considerate comunque in rapporto con altri fattori e non in modo assoluto. Per quanto ci sforziamo di proclamare e di difendere le scelte personali, non esiste una libertà di decisione svincolata e assoluta, in materia di direttive anticipate, perché si tratta di un ambito troppo complesso per essere trattato con formule univoche e omnicomprensive. Molto spesso per un genitore, la vita di un figlio arriva ad essere più cara ed importante della propria. L'autodeterminazione intesa in modo assoluto è una formula vuota: una invenzione che può essere invocata se dobbiamo prendere decisioni di carattere patrimoniale o anche se dobbiamo prendere altro tipo di decisioni personali, ma che non può valere sempre e comunque, e soprattutto, che non può facilmente essere invocata per giustificare scelte di fine vita. Se riteniamo necessario prendere in esame anche le esigenze di coloro che vivono insieme al malato e che pure hanno diritto ad essere ascoltati, ovviamente in modo ed in misura differente a chi soffre direttamente, dobbiamo

Detto consenso, a mente dell'argomentare del Supremo Collegio deve tuttavia presentare alcuni caratteri, ossia deve essere "informato", "autentico" ed "attuale"⁴⁹. Sussistendo questi, gli effetti del *consensus* sull'ordinamento sono dirompenti, determinando il venir meno dell'obbligazione del medico avente ad oggetto la cura, con conseguente dissoluzione dell'obbligo di garanzia fondante la responsabilità commissiva mediante omissione, ex art. 40/2 c. pen., a carico dell'operatore sanitario⁵⁰. Al posto dell'obbligo di cura insorge allora «il dovere giuridico del medico di rispettare la volontà del paziente contraria alle cure – quando il consenso viene meno in seguito al rifiuto delle terapie da parte di costui»⁵¹.

Il ragionamento del giudice di legittimità⁵² è chiaro: 1) v'è il consenso, il cui fondamento si rinviene nei diritti fondamentali⁵³, costituendo, al contempo, la proiezione operativa degli stessi; 2) vi sono (*rectius*, vi sarebbero) dei

concludere che l'autodeterminazione dell'individuo può trovare accoglimento soltanto nell'ambito di un contesto più ampio. Per tale ragione, come detto, è preferibile parlare di principio di autodeterminazione inteso in senso debole e mai in modo assoluto».

49 È rilevante notare come la pronuncia della Cassazione sia un atto volto a dare una disciplina "quasi normativa", che induce quasi a sospettare che il caso *de quo* sia stato solo un pretesto in tale senso. Anche perché nel caso Englaro, il consenso non presentava alcuno dei requisiti stabiliti dalla Suprema Corte.

50 Sul tema, diffusamente, si veda P. Moro, *Dignità umana e consenso all'atto medico*, in F. Zanuso (a cura di), *Il filo delle Parche – Opinioni comuni e valori condivisi nel dibattito biogiuridico*, Milano, 2009.

51 Balza agli occhi come, *de facto*, la volontà del singolo costituisca il vero oggetto di tutela. Solo *per incidens* si pensi ai problemi ingenerati, ad esempio, nel caso di mutamenti repentini (e magari continui) della volontà del paziente, con il medico sottoposto, potenzialmente ad intermittenza all'obbligo di garanzia con una sorta di andirivieni di responsabilità penale e civile. Il medico, parrebbe allora trovarsi in una sorta di posizione di soggezione ad un diritto potestativo del paziente. Il che pare a chi scrive concretare uno squilibrio di dubbia legittimità costituzionale.

52 E, più in generale, filone giurisprudenziale culminante con il caso di Eluana Englaro.

53 Anche se, a ben guardare, esso finisce addirittura per fondarli. Si veda *infra*.

limiti di natura "pubblicistica", ma si decide, con opzione apodittica che essi sono, salvo eccezioni, disponibili al consenso individuale⁵⁴.

Ergo imperat voluntas singuli, al punto che: 1) il diritto di rifiutare i trattamenti sanitari «appartiene alla libertà personale dell'individuo e si pone come correlato del diritto di ricevere tutte le informazioni utili sulle cure da intraprendere o da proseguire»; 2) addirittura, è il soggetto titolare del diritto che, in ultima istanza, può decidere il contenuto del diritto in relazione alle proprie proiezioni soggettive, in modo che la concezione della salute di una persona, quindi il contenuto del diritto costituzionalmente garantito, non può fare a meno di considerare le «personali ed insindacabili aspettative di vita», nonché «l'idea che l'individuo ha di se stesso»⁵⁵. Evidentemente, entro un'ottica di fondazione soggettivistico-consensuale dei diritti che ha effetti addirittura sulla Carta Costituzionale (pur, ed in quanto, se da essa ammesso)!

Ceteris verbis, dopo aver appurato dalla dottrina costituzionalistica che il consenso popolare fonda l'ordinamento, si assiste alla scoperta, in un certo senso sconvolgente, di come sia il consenso a fondare, plasmandone il contenuto (anche, quindi, in senso ablativo, come si evince dal caso citato), il diritto alla salute. E' in ossequio a ciò che si può affermare allora come il diritto di autodeterminarsi concreti un «vero e proprio diritto soggettivo assoluto e primario, volto a garantire l'integrità psico-fisica delle persone bisognose di cura»⁵⁶, al punto da rappresentare il «nucleo essenziale»⁵⁷ del bene-salute⁵⁸.

54 Sulla mera apparenza di ciò, si veda quanto si dirà in seguito.

55 Si veda, Trib. Milano 14 maggio 1998.

56 C. di Cass. 17461/06.

57 Che l'autodeterminazione sia addirittura svincolata dalla salute emerge, ad esempio, in Cass., 9 febbraio 2010, n. 2847, ove si sottolinea come il diritto all'autodeterminazione possa venire in considerazione, sotto il profilo risarcitorio, anche quando non sussista una lesione della salute. Sul tema, si veda anche T. Pasquino, *Autodeterminazione e dignità della morte*, cit., pagg. 150 e ss.

58 *Ibidem*, pag. 142; A. Greco, *Il "nocciolo duro" del diritto alla salute*, in *La responsabilità civile*, 2007, 4, pagg. 299 e ss., pag. 304.

Non pare necessario sviscerare ulteriormente il contenuto proprio del diritto alla salute⁵⁹, emergendo sin d'ora, *de plano*, come si assista, in ordine a tale norma, assolutamente paradigmatica in tema di autodeterminazione e di diritti soggettivi, ad una sorta di schizofrenia interpretativa⁶⁰, dovuta esattamente a quanto s'è andato esponendo.

In altri termini, nonostante i colpi di maglio delle statuizioni giudiziali, è evidente come sia assolutamente arduo tentare di armonizzare due orientamenti antinomici quali quelli pulsanti entro l'orbita scolpita dal succitato disposto costituzionale: il profilo soggettivistico e quello

59 Su cui si veda, ad esempio, B. Caravita, *La disciplina costituzionale della salute*, in *Diritto e società*, 1984, pagg. 21 e ss.; M. Luciani, *Il diritto costituzionale alla salute*, cit., pag. 779; P. Perlingieri, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, pag. 310; B. Pezzini, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, cit., pag. 22; C. Lega, *Il diritto alla salute in un sistema di sicurezza sociale*, Istituto di Medicina Sociale, Roma, 1952. Il profilo del diritto alla salute viene così scolpito, a parere di chi scrive, secondo una struttura polifasica imperniata sul concetto di soggetto, concepito in primo luogo *uti singulus*, com'è proprio dell'*humus* costituzionalistico moderno. Infatti esso viene ad articolarsi, in primo luogo, sull'assenza di malattia, osmoticamente congiunto al concetto di benessere del singolo in relazione all'ambiente in cui esso si viene a trovare, per poi veleggiare verso orizzonti legati non sono ad una prospettiva negativa, ossia di assenza di malattia, di cui dovrebbe farsi carico lo Stato, bensì pure ad una promozione del benessere, onere ricadente sulla potestà pubblica proprio in virtù dell'art. 32 della Carta. Secondo attenta dottrina si assisterebbe in tal modo, ad una sussunzione teleologica dei vari formanti del diritto in ottica della salvaguardia e della promozione dell'uomo: da un lato con la negazione della presenza di qualsivoglia tipo di patologia, dall'altra alla promozione del benessere, il tutto entro un quadro fortemente "dinamico". Paiono ben esplicitare tale prospettiva G. Alpa, *Salute (diritto alla)*, cit., pagg. 914 e ss.; P. Benciolini, *Il diritto alla salute*, in *Pace, diritti dell'uomo, diritti dei popoli*, anno II, numero 1, 1988, pag. 48.

60 Per la verità, all'oggi (ma non è detto che così sarà sempre, ed, infatti, così non è sempre stato, si pensi, ad esempio ai "trattamenti sanitari" omicidi imposti dai regimi totalitari del Novecento, la cui eco certamente trapelava in sede di sede Assemblea Costituente) sempre più sovente risolta in senso solipsistico-individualistico, ma non risolutivamente, come emerge in controllo da ogni statuizione in merito. A ben guardare, infatti ognuna di esse non fa che operare il bilanciamento che di volta in volta viene ritenuto corretto, tra il pubblico ed il privato. Tuttavia entrambi profili sono presenti, riemergendo potentemente ad ogni arretramento del primo.

pubblicistico del diritto alla salute⁶¹. *Ceteris verbis*, risulta arduo enucleare ove finisca il profilo di "competenza" esclusiva del singolo ed ove invece possano vigere limiti imposti a tale facoltà dall'ordinamento o, addirittura, demandati alla gestione dell'ordinamento stesso⁶².

Secondo la tradizione costituzionalistica italiana impernia la riflessione intorno al concetto di dignità della persona, ponendo il rapporto tra ciò che è demandato al singolo e ciò che, invece, può essere di competenza "pubblica" entro il già rammentato rapporto di regola-eccezione. Come s'è visto, gli sviluppi giurisprudenziali in merito sono decisamente eloquenti di tale tendenza, che, almeno allo stato attuale predilige, salvo eccezioni, il consenso individuale quello pubblico in temi afferenti i diritti soggettivi «per i quali l'uomo è uomo» per dirla con Capograssi.

Si tratta, con tutta evidenza di dilemmi di assai ardua soluzione, che offrono, entro lo spettro delle possibilità astrattamente capaci di dirimerli, un nucleo fondamentale: quello del *consenso*, della *volontà*.

A ben guardare, infatti, come s'è messo in luce, spesso il problema è ridotto ad una sorta di *finium regundorum*, mirante a chiarire,

- una volta esaurito in senso pubblicistico o soggettivistico il dilemma della titolarità del potere di gestioni di dette facoltà, se vi siano e

61 Sulla palingenesi di ciò, si veda *infra*.

62 Esemplificativa in tal senso la considerazione dell'autrice di un'opera di sistematizzazione delle variegate posizioni reperibili entro il dibattito cui si fa riferimento. Seppure l'opera sia ormai vecchia di un decennio, pare a chi scrive ancora attuale, in quanto ben capace di tratteggiare i fondamentali della discussione:

«la tensione che si pone fra le due diverse esigenze sottese al riconoscimento del diritto alla salute – il valore della libertà e il valore dell'uguaglianza (libertà negativa e liberazione) – non può mai essere risolta in una radicale negazione a priori di uno dei due valori che devono, per converso, necessariamente convivere in tutti i diritti inviolabili affinché la dignità umana, che ne sta a fondamento, possa dirsi effettivamente rispettata».

Sic in E. Palermo Fabris, cit., pag. 17. E' interessante notare come, seppure l'evoluzione scientifica abbia comportato un avanzamento delle frontiere del problema in senso "analitico", parallelamente all'evoluzione stessa, l'architrave del problema, ossia l'armonizzazione di due tendenze opposte, sia ancora presente, seppure forse in parte celata da una forse eccessiva ed atomistica attenzione al dato scientifico.

quali siano i limiti che la volontà possa trovare alla propria esplicazione.

Il percorso giurisprudenziale è stato infatti connotato da una regressione soggettivistica sempre più marcata, unita ad un arretramento dei limiti imposti alla volontà del soggetto d'autodeterminarsi, *rectius*, all'autodeterminazione medesima⁶³.

A chi scrive tuttavia suona decisamente audace, quindi meritevole d'attenzione, il suesposto balzo logico che conduce, dalla previsione dei diritti ed al respiro contenutistico ad essi riconoscibile, sino all'autodeterminazione e, quindi, *in primis*, al bivio concettuale ora menzionato, quindi alla volontà.

Tuttavia, nessuno osa mettere tal punto in discussione, ed anzi, ciò rappresenta uno dei pochi punti realmente condivisi del dibattito.

Si tratta evidentemente di uno snodo fondamentale, sia in quanto dà scaturigine a ragionamenti il cui sviluppo pare necessitato, sia in quanto rappresenta il cuore di quanto oggi fomenta il dibattito in materia, e le cui ascendenze è opportuno, seppur succintamente, indagare. Risalta infatti *ictu oculi* come:

1 - lungi dal consacrare il concetto di cui si va dissertando, le norme richiamate, specialmente le più recenti, pongano l'accento, in modo esplicito od implicito⁶⁴ su un *quid* diverso, ossia sul consenso e, di conseguenza, sulla volontà;

2 - detti lemmi siano utilizzati, significativamente, con accezioni simili, finendo per lo più per rappresentare un'endiade composta da elementi interscambiabili.

Tuttavia permane l'interrogativo in ordine a come si possa evincere, da norme scolpite attorno a tale diade, ed, ancora, *in primis*, dal sistema che riconosce alla persona gli svariati diritti cui s'è accennato nel corso dell'introduzione, un concetto ulteriore come quello di consenso, quindi di autodeterminazione.

Per quanto, in particolare, concerne l'esemplificazione più notevole in tal senso, ossia diritto all'autodeterminazione terapeutica,

63 Sul nesso tra i due concetti, che, a parere di chi scrive, come si vedrà, va "rovesciato", si veda *infra*.

64 Si noti, *per incidens*, che l'art. 32/2 della Costituzione non nomina *apertis verbis* né consenso, né volontà.

rimane da esplicitare quale sia l'implicito percorso logico che lo fa enucleare come garantito (anche) dal diritto all'integrità fisica della persona⁶⁵.

Com'è noto, è in epoca illuministica che si vanno scolpendo gli attuali "diritti umani", diritti poi consacrati nelle carte costituzionali. Ed è segnatamente a tale epoca che occorre riferirsi onde individuare delle sicure ascendenze in merito al *modus cogitandi* proprio della contemporaneità, che in tema di bioetica ed, in particolare, di diritto (o principio) all'autodeterminazione trova paradigmatica epifania, per ragioni che sinteticamente si tenterà d'indagare in seguito. Inteso tale percorso, sarà lampante il percorso che conduce dai diritti umani all'autodeterminazione, e potrà valutarsi se tale *iter* sia viziato, ovvero corretto da un punto di vista logico.

3. ASCENDENZE MODERNE DEL DIRITTO DI AUTODETERMINAZIONE. RIFERIMENTO ALLA CONCEZIONE DI JOHN LOCKE

Un pensatore che gode⁶⁶ di indubbia fortuna in merito⁶⁷ è senza dubbio alcuno John

65 Il quale, a sua volta, sarebbe garantito dalla salvaguardia del consenso libero ed informato, come si legge, *ex multis*, in T. Pasquino, *Autodeterminazione e dignità della morte*, cit., pag. 52.

66 Senza alcun dubbio coerentemente e, si potrebbe asserire "meritatamente", situandosi entro l'argine concettuale della modernità (ed, all'oggi, delle sue scaturigini).

67 Norberto Bobbio sostiene che la filosofia politica lockiana sia così radicata nella tradizione giusnaturalistica, da costituire un'espressione «esemplare», una delle forme più tipiche e radicali, al punto che essa non si spiegherebbe senza Locke. Allo stesso modo, non si spiegherebbe «la gloriosa fortuna del giusnaturalismo sino alle Dichiarazioni dei diritti degli Stati Uniti e della rivoluzione francese», se si prescindesse dall'influenza determinante esercitata dall'autore dei Due Trattati. Sic in N. BOBBIO, *Locke e il diritto naturale*, Giappichelli, Torino, 1963, pag. 172. Ancora, si pensi, all'evocatività ed alla inconscia e quasi "pavloviana" simpatia che gode il riferirsi a concetti quali *l'habeas corpus*, lo stato liberale, ecc...concettualizzazione che, seppure forse circunfuse entro un'aura mitologica, vedono stagiarsi sullo sfondo il profilo benevolo (ed "ottimista", specie in contrapposizione all'atteggiamento teoretico eletto a contrario da Thomas Hobbes, autore che Locke stesso studiò profondamente, e da cui fu influenzato, a mente di molti interpreti; tuttavia, in merito, le opinioni, sono meno concordi che in passato, si veda, ad esempio F. Tonnies, *Una tipica espressione del pensiero moderno*, in M. Mancini (a cura di) *Interpretazioni novecentesche di Thomas*

Locke⁶⁸. Costui, com'è noto, impronta la propria speculazione attorno al problema gnoseologico⁶⁹, sviluppando un sistema filosofico

Hobbes, Torino, 1999, pagg. 46-48; F. Todescan, *Itinerari critici dell'esperienza giuridica*, Torino, 1991, pag. 56) di John Locke.

In merito scrive eloquentemente Francesca Zanuso:

«egli è il più tipico giusnaturalista, l'unico che ritenga il diritto naturale, in quanto razionale, fondamento e limite del diritto positivo. E' il padre spirituale della codificazione e della Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo americana e francese. In Locke il diritto naturale è il diritto del soggetto razionalistico - individualistico, ma è tuttavia concepito in modo tale da consentire, ma non da garantire una convivenza armoniosa e pacifica; quest'ultima non è però necessaria per l'essenza e lo sviluppo dell'uomo che trova nella sua ragione i fondamenti della sua autonomia»

in F. Zanuso, *Conflitto e controllo sociale nel pensiero giuridico moderno*, Padova, 1993, pag. 59.

68 Voltaire stesso si invaghi quasi "perduto" del filosofo inglese, giungendo a scrivere, nella tredicesima delle sue *Lettere filosofiche*, che fecero conoscere ai suoi contemporanei i pensatori albanici:

«non vi fu mai, forse, uno spirito più saggio, più metodico, un logico più rigoroso di Locke [...]. Dopo tanti pensatori che hanno composto il romanzo dell'anima è arrivato un saggio che ne ha fatto modestamente la storia. Locke ha spiegato per l'uomo la ragione umana, come un eccellente anatomista spiega le caratteristiche del corpo umano»,

Voltaire, *Lettere Filosofiche*, XIII. Si badi fin d'ora come trapeli da quanto rammentato un profilo assolutamente aporetico, seppure coerente con le premesse da cui si dipana il ragionamento. Infatti Locke esplica l'uomo, la sua ragione, ponendosi sia come soggetto che come oggetto della conoscenza. Il che rimanda senza dubbio alcuno, per non cadere in una contraddizione logica insanabile, in un'assurdità grossolana, ad un *quid* ulteriore che possa consentire ciò, rappresentandone l'archè. Tali considerazioni, lungi dall'essere dissertazioni volte a romanzare la biografia speculativa dell'inglese, sono volte al tema trattando. Infatti è tale *quid* sottaciuto a sorreggere l'intelaiatura della speculazione del Nostro, e che dipana i propri effetti sino all'oggi, con conseguenze drammatiche. Si pensi a quanto si legge, ad esempio, in un'opera redatta in tempi assolutamente "non sospetti" in tema di autodeterminazione: «non c'è più un soggetto, il soggetto, ma quanti se ne possono produrre; e questi non sono qualitativamente altro rispetto agli oggetti», in C. Napoleoni, *Il valore*, Milano, 1976, pag. 115. Con accenti diversi ribadisce la preoccupazione H. Jonas, *Dalla fede antica all'uomo tecnologico*, Bologna, 1991, pag. 42.

69 *Ex plurimis*, si veda, ad esempio, F. Zanuso, *Conflitto e controllo sociale nel pensiero giuridico moderno*, cit., pagg. 59-62. Egli utilizza il *mos geometricus*, oltre che per la conoscenza matematica, pure per l'etica, il che è assolutamente pregno di conseguenze. In particolare, le scienze matematiche, a guisa d'intoccabili totem

coerente, costruito *more geometrico*, imperniato sull'*adprehensio* di concetti autoevidenti⁷⁰, la cui validità può essere "misurata"⁷¹ in relazione all'utilità, ovvero alla capacità di aumentare il nostro benessere.

E' quindi anche al filosofo inglese che viene fatto risalire la teorizzazione del fascio di diritti soggettivi (indisponibili) cui va riferendosi il costituzionalismo moderno ed, in definitiva, il dibattito dottrinal-giurisprudenziale in merito. In ordine a ciò, per sviscerare se realmente Locke abbia ipostatizzato compiutamente quanto detto, o se, viceversa, nella sua speculazione si annidino dei profili ambigui e/o aporetici i cui effetti si propagano sino all'oggi⁷², si tenterà un'indagine che seguirà il seguente iter:

della modernità, si basano, per ammissione pure terminologica, su assiomi e postulati. Premesse indiscusse, indimostrate (nonché indimostrabili), da cui vengono inferite, tramite un processo tautologico, le necessarie conclusioni. *Mutatis mutandis*, lo stesso vale, a parere dello scrivente, secondo Locke, per il mondo delle azioni etiche. *Prima facie*, nulla parrebbe avvicinare il mondo delle pure forme matematiche a quello dell'etica. Ad uno sguardo meno fugace, tuttavia, le similitudini si disvelano, come il fiorire di "diritti naturali" attribuiti da Locke al singolo e rinvenuti *ope rationis* dimostra. Si tratta, del resto, in entrambi i casi di enti, per ciò stesso oggettivizzabili.

Si pensi che da tali "chiare idee" egli inferisce addirittura l'esistenza di Dio. In merito, il Nostro scrive:

«se considerassimo e seguissimo adeguatamente le chiare idee di un Essere supremo, infinito nella sua potenza, bontà e saggezza, del quale noi siamo l'opera e da cui dipendiamo, e di noi stessi come creature intelligenti e razionali, esse probabilmente ci fornirebbero fondamenta su cui poggiare le idee del nostro dovere e le forme della nostra azione, tali da porre la morale tra le scienze suscettibili di dimostrazione: e non ho alcun dubbio sul fatto che, in essa, da proposizioni evidenti di per se stesse, mediante conseguenze necessarie, non meno incontestabili di quelle della matematica, si potrebbero trarre le misure del giusto e dell'ingiusto, se alcuno volesse applicarsi a questa scienza con la medesima spregiudicatezza e attenzione che pone nell'altra».

Sic in J. Locke, *Saggio sull'intelletto umano*, trad. di M.G. D'Amico-V. Cicero, Milano, 2008, IV, XI, 8.

70 Sia l'*adprehensio* che l'autoevidenza sono conseguenza diretta dei fondamenti teoretici eletti (anche) da Locke, rappresentanti, a parere di chi scrive, i capisaldi del pensiero moderno. Su detti capisaldi, si veda *infra*.

71 Il termine scelto non è casuale.

72 Si pensi, ad esempio, alle particolari conseguenze rammentate nel corso dell'analisi inerente il percorso giurisprudenziale in materia.

1 - partendo dal riconoscimento dei diritti ad ogni persona, si individuerà il rapporto degli stessi sia con lo Stato che con la stessa persona postulata titolare dei medesimi;

2 - quindi, si tratterà di comprendere se effettivamente tali facoltà siano inviolabili ed indisponibili da parte dello Stato e/o del singolo.

3 - indi, si tenterà di tratteggiare le ragioni di tale esito, analizzando quelle che, a mente di chi scrive, sono le "premesse prime" della speculazione lockiana.

4 - si saranno allora individuati se e quali strali, dall'epoca d'oro dello *jus naturale*, finiscano per dipanare i loro effetti sino al dibattito odierno sopra rammentato.

3.1) IL RAPPORTO TRA I DIRITTI DEL SINGOLO E LO STATO

3.1.A) PALINGENESI DELLO STATO

Potrebbe risultare leggermente spiazzante, tanto più in seguito a dichiarazioni autorevoli come quelle di Bobbio, porsi l'intento di sviscerare il problema del rapporto tra il singolo e lo Stato⁷³ nel pensiero di John Locke. In effetti, di costui viene rammentato, per lo più, l'afflato eminentemente soggettivistico, sbilanciato decisamente a favore della singola persona piuttosto che della maggioranza. Tuttavia pare a chi scrive che più di qualche peculiarità propria del padre del costituzionalismo moderno si palesi, a tutt'oggi, nel dibattito interno a coloro che di detta tradizione, volenti o nolenti, si pongono entro un rapporto di discendenza.

Detta tendenza si tenterà ora di indagare.

Il filosofo inglese muove, come da consuetudine giusnaturalistica, dalla teorizzazione dello stato di natura, luogo ove si esplica senza condizionamenti la compiuta fisionomia dell'uomo. Questi, scevro dalle limitazioni

imposte dallo Stato⁷⁴, viene scolpito come esplicito paradigma dell'antropologia.

Esso si scopre infatti libero, portato, dalla legge naturale, al reciproco amore verso i propri simili⁷⁵. *In statu naturae* possiede inoltre il diritto alla vita, alla libertà ed alla proprietà, diritti che sono inalienabili⁷⁶, e spettanti, oltre che

74 O, se si preferisce, immerso entro uno stato di perfetta libertà, ove la libertà consiste nel regolare le proprie azioni e disporre dei propri beni come meglio aggrada, in maniera del tutto indipendente. Locke tratteggia tale figura nella IV sezione del *Secondo Trattato sul Governo*, e pare evidente a chi scrive che il pensatore scolpisca qui una perfetta ipostatizzazione dell'*homo faber*, il quale, regolato dalla diade *voluntas-intellectus*, governa ciò che è nella sua disponibilità materiale in senso volontaristico e pulsionistico. A ben vedere l'antropologia lockiana (e, ancora più radicalmente a mente di chi scrive, l'antropologia fondante la modernità, l'antropologia solipsista) è sin d'ora acclarata, tanto che le conseguenze di ciò discenderanno *more geometrico* da detto postulato fondamentale. Esso, a sua volta, è tributario dell'idea di volontà, ed, ancora, della diade volontà - intelletto fondante per la modernità.

75 L'amore reciproco, quindi, è anch'esso un prodotto della ragione, la quale, inferendolo dall'uguaglianza, dalla libertà, conduce a ritenere che nessun uomo deve nuocere ai propri simili. Condivisibilmente si pronuncia in merito chi sostiene che per «Locke in definitiva non concepisce la socialità come principio pratico innato, ma come un dovere che deve essere mediato dalla riflessione, dovere che è parte costitutiva della legge di natura», in W. Euchner, *La filosofia politica di Locke*, Roma-Bari, 1995, pag. 85. Pure l'emersione del concetto di norma, come prodotto d'aprehensio razional-volontaristica è un tema caro al pensiero moderno. E, di esso, reca le ambiguità. In generale, sul concetto di norma come fondante (falsamente) il diritto e delle conseguenze di ciò, si veda P. Moro, *La via della giustizia*, cit.

76 «La libertà, come la vita, è già per Locke un diritto inalienabile. Nessuno ha il diritto di non usare della propria libertà e della propria vita. Nessuno può legittimamente rinunciare o alienare l'una o l'altra di esse. Nessuno ha il diritto di consentire a rinunciarvi. Ogni azione contraria a questi principi sarebbe ingiusta. Tutti i contratti in contrasto con essa sarebbero nulli e illegali»

in R. Polin, *Lagiustizia nella filosofia di Locke*, in Locke, Milano, 1978, pag. 94. In realtà Locke non formula esplicitamente l'inalienabilità della vita, mentre formula chiaramente, seppure con gli esiti aporetici rammentati trattando del rapporto uomo - Stato, l'idea che nessuno ha diritto sulla sua "proprietà prima" (ossia, i suoi diritti fondamentali), se non lui stesso. E ciò è detto chiaramente, ad esempio, alle sezioni 44 e 27 del *Secondo Trattato*. I commentatori dell'inglese inferiscono l'inalienabilità dal fatto che l'uomo avrebbe l'imperativo dettato dalla ragione (in

73 Subordinatamente, è evidente, che si profili il rapporto tra quelli e la maggioranza, come proprio degli ordinamenti democratici. Del resto, il potere demandato alla maggioranza è ben tratteggiato anche negli stessi scritti del filosofo inglese. Si veda, ad esempio, J. Locke, *Secondo Trattato sul Governo*, trad. di A. Gialluca, Milano, 2001, sez. 95.

a sé, a ciascuno dei suoi simili.

Tuttavia, detto stato non è destinato a perdurare, in quanto entra in crisi a causa delle turbative ingenerate da coloro che non rispettano la legge di natura, specie nel farsi giustizia da sé, dando origine così al c.d. “stato di guerra”.

Invero, la *lex naturalis* sarebbe esattamente (ed astrattamente) sufficiente, a far sì che gli uomini possano vivere in pace tra di loro, se nonché, allorquando si precipita nel *bellum omnium contra omnes*, accade che gli uomini si pongano “al di fuori” della ragione. Con la conseguenza che la *ratio* non è in grado di evitare detta degenerazione, in ossequio ad una sorta di alternatività tra pace e guerra in cui *tertium non datur*, e che, paradossalmente, induce a concludere che, *in statu naturae*, ossia prima dell'intervento della normazione positiva, «la legge di natura non sia una legge»⁷⁷.

Ogniquale volta quindi un uomo agisca violando i diritti inalienabili della persona, si pone per ciò stesso al di fuori *ipsae rationis*, comportando il deflagrare dello stato di guerra, uno stato, tuttavia, che, come s'è visto non è possibile evitare con la sola (legge di) ragione.

Se dunque ciò non significa che lo stato di natura coincida con il *bellum omnium contra omnes*⁷⁸, esso è destinato fatalmente a risolver-

particolare dall'eguaglianza), di rispettare la vita altrui, e di autoconservarsi. Da ciò conseguirebbe l'inalienabilità della vita. In realtà il procedere assiomatico del filosofo a mente di chi scrive non conduce ad esiti così anodini, spalancando, al contrario, orizzonti dicotomici rispetto a ciò. Si veda comunque, *infra*.

77 D. Costantini, *La passione per la solitudine – Una lettura del “Secondo Trattato sul Governo” di John Locke*, Padova, 2003, pag. 28.

78 In realtà, la questione è tutt'altro che pacifica, e meriterebbe più di qualche approfondimento, tuttavia estraneo alle necessità del presente scritto. Si tenga comunque a mente di chi scrive pare che Strauss finisca per contraddirsi, in quanto, dopo aver tratteggiato lo stato di natura come una sorta di Eden, «lo va cancellando a mano mano che la sua argomentazione procede», fino ad identificare stato di natura e stato di guerra, in L. Strauss, *Diritto naturale e storia*, Genova, 1990, pagg. 242-243. Bobbio stesso scrive che «via via che ci si allontana dai capitoli iniziali [...], la nozione di stato di natura si viene identificando sempre di più con quella di stato di guerra», N. BOBBIO, *Locke e il diritto naturale*, cit., pagg. 204-205. Al solito caustico con l'inglese, Macpherson annota: «lo stato di natura a volte è il contrario dello stato di

si in quest'ultimo. In quanto è evidente che, una volta insorti i conflitti, non essendo possibile per gli uomini dirimerli da soli⁷⁹, si assiste all'instaurarsi di una sempre maggiore conflittualità⁸⁰. Del resto, trattandosi di soggetti pressoché egualmente totipotenti, nulla può evitare che la minima divergenza sprofondi poi nel caos più totale⁸¹.

Lo Stato rinviene allora, grazie a tale stato di cose, la propria peculiare genesi.

guerra, a volte coincide con quello», in C.B. Macpherson, *Libertà e proprietà alle origini del pensiero borghese – La teoria dell'individualismo possessivo da Hobbes a Locke*, Milano, 1962, pagg. 273-274.

Tuttavia pare a chi scrive che, anche a mente del procedere per astrazione proprio del filosofo in esame, non vada comunque sottaciuto che egli differenzi sempre lo stato di guerra sia dallo stato di natura che, poi dallo stato inaugurato dall'avvento del politico. Presumibilmente, quindi, è condivisibile rinvenire in tale parabola una dialettica triadica, «un percorso dialettico della ragione alla ricerca dell'affermazione di se stessa», come concludono N. Bobbio, *Locke e il diritto naturale*, cit., pagg. 214-215, e D. Costantini, *La passione per la solitudine*, cit., pag. 31.

79 Si leggano le parole del filosofo stesso:

«il fine principale e fondamentale per cui gli uomini si uniscono in stati e si sottomettono al governo, dunque, è la salvaguardia della proprietà; fine in vista del quale molte cose mancano nello stato di natura. Primo, manca una legge stabile, certa e conosciuta, riconosciuta e accettata per comune consenso quale criterio del giusto e dell'ingiusto, e misura condivisa per risolvere ogni controversia. Sebbene, infatti, la legge di natura sia chiara e intelligibile a tutte le creature razionali; tuttavia, gli uomini, essendo sviati dai loro interessi, e ignoranti di essa per non averla studiata, non sono in grado di riconoscerla come legge vincolante nella sua applicazione ai casi concreti»

J. Locke, *Secondo Trattato sul Governo*, sez. 124.

«Secondo, nello stato di natura manca un giudice noto e imparziale, con l'autorità di determinare le controversie secondo la legge stabilita. Poiché ognuno nello stato di natura è sia giudice che esecutore della legge di natura, e poiché gli uomini sono parziali verso se stessi, la passione e la vendetta tendono a spingerli agli eccessi e all'impetuosità nel valutare i propri casi particolari; così come la negligenza e l'indifferenza tendono a spingerli a essere troppo remissivi nei casi che riguardano altri,», *ibidem*, sez. 125.

In tema, si veda anche M. C. Pievatolo, *Ambiguità liberali: la persistenza dello stato di natura in John Locke*, in M. Chiodi – R. Gatti (a cura di), *La filosofia politica di Locke*, Milano, 2005, pagg. 126-127.

80 Senza dubbio ciò deriva in primo luogo dai fondamenti volontaristici del pensiero di Locke. Sul punto, si veda *infra*.

81 Cfr. J. Locke, *Secondo Trattato sul Governo*, sez. 35.

Per evitare detti infausti esiti ecco infatti che, partendo dalla propria concezione antropologica, Locke sostiene: «poiché gli uomini, come s'è detto, sono tutti per natura liberi, eguali e indipendenti, nessuno può esser tolto da questa condizione e assoggettato all'altrui potere politico senza il suo consenso»⁸². Ed è esattamente questo che può assurgere, a parere del sottoscritto, al fondamento primo della *lex naturalis*. Infatti, nella devastazione ingenerata dallo stato di guerra, superato il rispetto della legge di natura⁸³, si rinviene un fondamento comune su cui impernare il passaggio allo Stato: la volontà comune forgiante il c.d. *pactum unionis*, che mostra come il consenso si situi, addirittura, oltre la legge naturale, assurgendo esso stesso ad essere l'implicita, fondante, "lex"⁸⁴!

Solo mediante la forza (omni-)demiurgica del *consensus* può dunque darsi origine ad un potere che, «in quanto risultato di un accordo o di un contratto non può mai confliggere con la libertà di ciascuno, di cui, lungi dall'essere una negazione, esso è espressione»⁸⁵. Conseguentemente il sovrano è tale in quanto, e solo se rispetta ed ossequia la propria funzione rappresentativa⁸⁶.

82 «Dal momento che ogni uomo è [...] libero per natura, e niente può metterlo sotto la soggezione di qualsiasi potere terreno, se non il suo stesso consenso», cfr. *ibidem*, sez. 119, ma anche 74, 75, 76.

83 *Rectius*, della legge di natura inerente l'amore reciproco, declinato nel rispetto dei diritti soggettivi.

84 Pare intuire detto stato di cose, pur senza giungere alle conclusioni, forse radicali, dello scrivente M. C. Pievatolo, *Ambiguità liberali: la persistenza dello stato di natura in John Locke*, cit., pag. 127.

85 D. Costantini, *La passione per la solitudine*, cit., pag. 50. Si noti la rilevanza del consenso, che *ictu oculi* astringe entro il medesimo orizzonte concettuale la speculazione lockiana e gli odierni dibattiti.

86 Secondo Locke, in particolare, «il governo, quali che siano le mani nelle quali viene posto, come ho mostrato sopra, è stabilito a questa condizione e per questo fine: che gli uomini possano avere e rendere sicure le loro proprietà», J. LOCKE, *Secondo Trattato sul Governo*, sez. 139.

Ma, ancora: «la lealtà non è nient'altro che un'obbedienza conforme alla legge, per questo, quando viola la legge, non ne ha diritto, né può pretenderla (il potere, *n.d.a.*), se non come persona pubblica investita del potere della legge, per cui è considerato come

3.1.B) LA TRASFORMAZIONE DEI DIRITTI SOGGETTIVI IN ORBITA STATUALE

Attraverso l'appena scolpito atto di consenso volto a forgiare l'autorità statale l'uomo associa allo Stato pure tutte le sue proprietà, al punto che, qualora voglia usarne, egli dà per ciò stesso tacito consenso alla potestà pubblica, ed è obbligato al rispetto delle leggi⁸⁷. La trasformazione rispetto alla primigenia situazione è radicale al punto che il singolo cessa di esistere come tale, venendo sussunto all'interno del corpo politico⁸⁸, e si dichiara *per facta concludentia* disposto ad essere governato

l'immagine, lo spirito o il rappresentante dello stato, che agisce mediante la volontà della società espressa nelle sue leggi; e quindi egli non ha né volontà né potere, se non quello della legge. Qualora, tuttavia, abbandoni questa rappresentazione, questa volontà pubblica, e agisca secondo la sua volontà privata, egli degrada se stesso, e non è altro che una singola persona privata, senza potere, senza volontà, che non ha alcun diritto all'obbedienza; i membri della società, infatti, non devono obbedienza che alla sua volontà pubblica», *ibidem*, sez. 151.

87 Seguendo le parole di Locke stesso: «dal momento che ogni uomo è, come si è mostrato, libero per natura, e niente può metterlo sotto la soggezione di qualsiasi potere terreno, se non il suo stesso consenso, si deve esaminare che cosa deve considerarsi quale dichiarazione di consenso sufficiente a sottoporre un uomo alle leggi di un qualsiasi governo. C'è una distinzione comune tra consenso espresso e tacito che ci interessa nel caso specifico. [...] A questo proposito dico che ogni uomo, che ha un qualche possesso o godimento di una parte dei territori di uno stato, dà per ciò stesso il proprio tacito consenso, ed è quindi, per tutto il periodo in cui ne trae vantaggio, tenuto a dare obbedienza alle leggi di quel governo [...]. In effetti, il consenso tacito si estende al mero fatto di trovarsi nei territori di quello stato», *ibidem*, sez. 119. Cfr. anche D. Costantini, *La passione per la solitudine*, cit., pagg. 50-54.

88 «[...] Ogni uomo, quando, all'inizio, entra a far parte di uno stato, unendosi a esso, annette e sottomette alla comunità le proprietà che ha o acquisirà e che già non appartengono a un altro Stato. [...] Dunque, con lo stesso atto con cui uno unisce la sua persona, che prima era libera, a uno Stato, egli unisce anche le sue proprietà, che erano prima anch'esse libere. Entrambi diventano così, la persona e le sue proprietà, soggetti al governo e alla sovranità di quello Stato, finché esso sussiste», J. Locke, *Secondo Trattato sul Governo*, sez. 120.

dalla decisione⁸⁹ della maggioranza⁹⁰.

Parrebbe, secondo un insegnamento tralatizio,

89 Al punto che Locke sostiene che i giudizi emessi dallo Stato finiscono per diventare gli stessi giudizi del singolo, in quanto emanati dai di lui rappresentanti, cfr. J. Locke, *ibidem*, sez. 88.

90 *Ibidem*, sez. 95-99, ove è possibile leggere espressioni come:

«quando un qualsiasi numero di uomini ha così consentito a formare una comunità o un governo, con ciò si è al contempo associato e costituito in corpo politico, in cui la maggioranza ha il diritto di agire e decidere per il resto» (sez. 95).

«Quando, infatti, un qualsiasi numero di uomini ha, con il consenso di ogni individuo, costituito una comunità, con ciò stesso ha reso quella comunità un solo corpo, con il potere di agire come un solo corpo, vale a dire in base alla volontà e alla determinazione della maggioranza. Poiché quello che fa una comunità non è che ciò cui danno il loro consenso gli individui che la compongono, ed essendo necessario che ciò che costituisce un solo corpo si muova in una sola direzione; è indispensabile che il corpo si muova in quella direzione in cui lo spinge la forza maggiore, e cioè il consenso della maggioranza; altrimenti è impossibile che esso continui a esistere e ad agire come un solo corpo, una sola comunità, come il consenso di ogni individuo che si è unito a essa ha convenuto che fosse; e così ognuno è vincolato in virtù di quel consenso a essere incluso nella maggioranza. Per questo vediamo che in assemblee autorizzate ad agire per mezzo di leggi positive, dove nessun numero è stabilito da quella stessa legge positiva che le ha investite di quel potere, l'atto della maggioranza passa per l'atto della totalità, e certamente determina, per legge di natura e di ragione, il potere della totalità», (*ibidem*, sez. 96).

«Così ognuno, consentendo a costituire con altri un solo corpo politico sotto un unico governo, si sottopone, verso tutti i membri di quella comunità, all'obbligo di sottostare alla decisione della maggioranza e di attenersi a essa; altrimenti questo patto originario, con il quale egli insieme ad altri si unisce in società, non significherebbe nulla, e non sarebbe un contratto, se egli fosse lasciato libero e sotto nessun altro vincolo che quelli cui era sottoposto prima nello stato di natura. Che parvenza vi sarebbe infatti di un qualsiasi patto? Quale nuovo impegno costituirebbe, se fosse vincolato dai decreti della società solo a ciò che gli conviene e a cui ha effettivamente dato il proprio consenso? Sarebbe ancora una libertà grande come quella che lui stesso aveva prima del contratto, o di chiunque altro nello stato di natura, che può sottomettersi e dare il proprio consenso a qualsiasi atto se lo ritiene opportuno» (*ibidem*, sez. 97).

«Si deve ritenere, dunque, che coloro che, uscendo dallo stato di natura, si uniscono in una comunità, cedano tutto il potere, necessario ai fini per i quali si sono uniti in società, alla maggioranza della comunità, a meno che non convengano in modo esplicito per un numero superiore alla maggioranza», (*ibidem*, sez. 99).

che dando origine alla comunità politica l'uomo rinunci solo al potere esecutivo della legge naturale, ossia a farsi giustizia da sé brandendo il maglio dei propri diritti soggettivi inalienabili, tra cui figurerebbe, appunto, quello di trovare da solo ristoro alle proprie pretese.

In realtà, la parabola è decisamente più sconcertante al punto che un autore ha acutamente sintetizzato:

il risultato di tutto il processo di produzione della politica è paradossale. La trasformazione del diritto individuale nel corrispettivo sociale è, ad un tempo, il prodotto della ragione naturale e la sanzione della sua scomparsa. L'individuo viene la Locke prima incensato di diritti inauditi per il suo tempo, per essere messo da parte⁹¹.

Onde comprendere quanto ora rammentato, è necessario operare una piccola regressione.

L'uomo singolo, entrando in società, ha visto, proprio in forza di tale atto *ratione* necessitato, i propri diritti sottoporsi ad un qualcosa di assolutamente contrario alla *lex naturalis*⁹²: li ha visti soggiogarsi al vincolo di un'autorità. L'insorgere di siffatto vincolo eteronomo è così pervasivo da penetrare nella struttura dei diritti stessi, pervertendoli: da diritti alla proprietà, alla vita ed alla libertà, essi divengono diritti alla "proprietà sociale", alla "vita sociale", alla "libertà sociale"⁹³.

Il mutamento non è meramente nominalistico, afferendo, al contrario, alla titolarità ed al contenuto dei medesimi: i diritti non sono più "proprietà" del singolo uomo, bensì dello Stato. Questi li eserciterà certo come "rappresentante"⁹⁴ degli uomini, ma la volontà che ne decreterà il contenuto sarà la sua, enucleata attraverso strumenti maggioritari.

Affinché sia chiaro quanto detto, si prenda in esame un brano, a mente di chi scrive, altamente significativo di quanto si va asserendo. Nella sezione 139 del *Secondo Trattato sul Governo* Locke tratteggia compiutamente l'ap-

91 D. Costantini, *La passione per la solitudine*, cit., pag. 69.

92 Ci si riferisce, ovviamente, alla legge naturale come intesa da Locke stesso, non nel significato cui s'è fatto cenno in precedenza, ed eletto contingentemente ed in *obiter dictum* dallo scrivente.

93 D. Costantini, *La passione per la solitudine*, cit., pagg. 62-75.

94 Cfr., ad es. J. LOCKE, *Secondo Trattato sul Governo*, sez. 222.

pena richiamata ablazione del singolo⁹⁵ all'interno dello Stato. Il filosofo si esprime così: «il governo, quali che siano le mani nelle quali viene posto, come ho mostrato sopra, è stabilito a questa condizione e per questo fine: che gli uomini possano avere e rendere sicure le loro proprietà. Per questo il principe o il senato, per quanto possano avere il potere di fare la legge per regolare la proprietà tra i cittadini gli uni nei confronti degli altri, tuttavia non possono mai avere il potere di prendere per sé in tutto o in parte la proprietà dei sudditi, senza il loro consenso, perché ciò significherebbe non lasciare loro alcuna proprietà. Per vedere che persino il potere assoluto, dove necessario, non è arbitrario perché assoluto, ma è ancora limitato da quella ragione e confinato a quei fini che in alcuni casi richiedono che sia assoluto, non si deve guardare più in là della prassi comune della disciplina militare».

Il che parrebbe tutt'altro che pregno dei risvolti ablativi di cui sopra, in quanto sarebbero configurati dei precisi limiti al potere. Ma se si legge il prosieguo della medesima sezione, lo scenario si chiarifica:

«la conservazione dell'esercito, e con esso dello Stato, necessita di un'obbedienza assoluta al comando di ogni ufficiale superiore, ed è giustamente punito con la morte discutere o disobbedire persino ai più pericolosi e irragionevoli tra loro; e tuttavia, si vede che né il sergente, che potrebbe comandare a un soldato di marciare di fronte alla bocca del cannone, o di restare fermo in un varco dove è quasi sicuro di morire, può comandare a quel soldato di dargli un centesimo dei suoi soldi; né un generale, che può condannarlo a morte per aver disertato il suo posto, o per non aver obbedito agli ordini più disperati, può, nonostante tutto il suo potere assoluto di vita e di morte, disporre di un soldo del patrimonio o privare della minima parte dei suoi beni quel soldato al quale egli può ordinare qualsiasi cosa e che può far impiccare per la minima disobbedienza. Ciò perché una tale cieca obbedienza è necessaria per il fine in vista del quale il comandante ha il potere, ovvero la conservazione degli altri; fine col quale il disporre

⁹⁵ In seguito, ovviamente, al perversimento dei di lui diritti.

dei suoi beni non ha però nulla a che fare»⁹⁶. Tutto, perfino un comando «pericoloso ed irragionevole», atto a cagionare anche il nocimento massimo ad uno o più sudditi può essere necessario, quindi, in vista della conservazione della società, del bene di tutti. «Bene di tutti» che può essere disgiunto o congiunto contingentemente dal bene singolare, ma che, rispetto ad esso, si pone su di un piano affatto diverso dal punto di vista teoretico. Al punto che siffatto fine, proprio in omaggio ai postulati che conducono al superamento dello stato di natura verso il Leviatano⁹⁷, oltre a svuotare in senso "sociale" i diritti dei singoli, fa in modo che lo Stato stesso, perseguendolo⁹⁸, divenga fatalmente l'arbitro dei diritti (e del *bonum commune* stesso).

Ceteris verbis, la conservazione della società tutta, presa nel suo insieme, è considerata preordinata alla conservazione del singolo, singolo che però sparisce dal proscenio, in quanto subordinato alla sopravvivenza del corpo sociale! Ciò che residua del trittico dei diritti s'è visto aggiungere l'aggettivo "sociale", ove "sociale" sta a significare esattamente tale capovolgimento di prospettiva, ossia un diritto che si fonda ed è riconosciuto solo nella società, e su cui la società ha, in definitiva, la signoria ultima⁹⁹.

⁹⁶ Su come le chiose inerenti il rispetto del patrimonio (significativamente, di quella che la critica chiama la "proprietà in senso stretto") siano dei non - limiti, e, comunque, di una gracilità estrema, si veda quanto ai dirà *infra*. *Ictu oculi* emerge come, del resto, dette chiose siano in totale contraddizione con quanto sostenuto nel resto della citata sezione. Infatti, è come se Locke dicesse che il sovrano può fare tutto e senza limiti per la conservazione del Leviatano (come viene chiamato significativamente lo Stato in *ibidem*, sez. 98), che è il bene supremo per deduzione razionale; tuttavia certe cose non può compierle, perché..lo dice John Locke. E' un argomento del tutto gracile, basato solamente su di un *ipse dixit* contraddetto da tutto il resto della speculazione dell'inglese.

⁹⁷ Cfr. la "scomoda" citazione d'ascendenza hobbesiana rinvenibile, ad esempio, in *ibidem*, sez. 98.

⁹⁸ Com'è consustanziale alla propria essenza. Cfr., ad es., *ibidem*, sezz. 120, 141, 149, 212.

⁹⁹ Acutamente un autore, forse in controtendenza, scrive: «nel costituirsi della comunità gli individui si annullano nella volontà della maggioranza, evocando un demone che si rivolta contro di loro. Essi scompaiono dalla scena politica prima che questa sia istituita per non comparire

E' evidente come venga a spalancarsi un orizzonte nichilista che, a chi scrive, ricorda drammaticamente un tentativo di compimento e realizzazione dell'uomo mirante a ricreare, seppure in capo ad un altro soggetto, la solitudine primigenia dell'uomo allo stato di natura, addirittura prima che intervenga il conflitto intersoggettivo. Si segua il perché.

L'uomo *in statu naturae*, dotato di diritti totipotenti, poteva, facendosi *faber fortunae suae*, godere pienamente di essi e della realtà fenomenica senza limiti, ma solo se da solo. Se in presenza di propri consimili, invece, egli avrebbe sofferto solo delle limitazioni imposte dalla presenza di altri esseri egualmente totipotenti in posizione limitrofa alla sua. Di conseguenza, finiva per scoprire se stesso limitato, *de facto*, dalla presenza dell'altro.

Quindi, e qui emerge il carattere davvero radicale del solipsismo¹⁰⁰ moderno, occorre ricreare quella perfetta solitudine priva del limite costituito dalla presenza dell'altro, onde rievocare lo scenario principe affinché l'uomo possa esplicitare appieno le proprie facoltà derivantigli dallo *jus naturale*. Di rimando si otterrà in aggiunta pure l'esito dell'autoconservazione, perseguito attraverso l'annullamento delle perturbative che lo allontanano dalla pura *ratio* per precipitarlo nello stato di guerra.

mai più al suo interno se non come perversione del sistema. La scomparsa degli individui fa sì che il diritto individuale alla vita si trasformi nel corrispondente diritto sociale. Tale diritto impone al potere politico un terzo fondamentale limite; esso infatti non esercita né può assolutamente esercitare l'arbitrio sulla vita ed i beni del popolo" (intesi ovviamente come un corpo unico e non come una moltitudine di portatori di diritti) essendo anche nella sua massima estensione – cioè anche come potere di vita e di morte – comunque limitato dal criterio del pubblico bene della società. Esso, in definitiva, non ha altro fine che la conservazione della società stessa, la tutela del diritto sociale alla vita.» D. Costantini, *La passione per la solitudine*, cit., pag. 69.

100 La nuova antropologia della modernità, infatti, a mente dello scrivente, si connota per un *quid* più radicale del pur presente individualismo. Essa infatti concepisce un essere umano che è in grado di realizzare compiutamente se stesso, di esercitare le proprie facoltà, solo in quanto (e tanto più, quanto più versi in siffatta situazione) sia solo, scervo dalle relazioni, si trovi entro uno spazio vuoto. Per tale motivo, si preferisce qui parlare, più che di individualismo di *solipsismo*.

Ecco che lo Stato si pone allora come "tomba" dei singoli e dei loro diritti, come una sorta di superuomo che, totipotente e "solo", potrà finalmente godere appieno della panoplia delle proprie facoltà soggettive in una sorta di riedizione dello stato di natura.

E' possibile a tal punto comprendere come in tale disegno "superomistico" di compimento il singolo possa essere sacrificabile, proprio in ossequio alla ragione, onde garantire, in seguito ad un'astrazione suprema, il compimento alla natura umana dei propri cittadini, latori dei diritti soggettivi *sociali*.

Nonostante tradizionalmente si sostenga il contrario, asserendo autorevolmente che «nella concezione lockiana gli uomini conservano tutti i diritti, tranne uno, quello di farsi giustizia da soli»¹⁰¹, pare a chi scrive che ciò non corrisponda, quindi, al vero. Forse in quanto impregnati di benigni afflatti giusnaturalistici, molti commentatori hanno sottovalutato l'importanza e la rilevanza di passi come quello ora citato, ritenendo che i limiti al potere politico fossero razionalmente percepibili per *adprehensio*¹⁰². Come si sarà intuito, l'autore di questo scritto non aderisce a siffatte impostazioni in quanto manchevoli, secondo il suo parere, d'aver forse sottovalutato la rilevanza di un *quid* costitutivo della mentalità giuridico – politica della modernità, che innerva tutto il ragionamento pure di Locke: la volontà.

Di essa si tratterà nelle pagine seguenti.

3.2) I DIRITTI INDIVIDUALI ED IL LORO "PROPRIETARIO"

Locke, come s'è visto e come è noto, muove, dalla considerazione che ogni essere umano è

101 N. Bobbio, *Locke e il diritto naturale*, cit., pag 71.

102 Locke prevede che vi possano essere abusi del potere, e che, in tal caso, qualora lo Stato violi i fini per cui esso è stato costituito, overosia la salvaguardia delle proprietà, il potere ritorni al popolo il quale potrà quindi instaurare un nuovo Stato. Locke in tal modo pone dei limiti razionali al potere, al di fuori dei quali esso stesso non esiste. Tuttavia, secondo lo scrivente, armonizzando tali previsioni con i fini della conservazione dei diritti sociali e dell'autoconservazione del corpo sociale nel suo insieme, si vede come i limiti posti dall'inglese si riducano a ben poca cosa, potendo lo Stato legittimare i propri abusi proprio al fine di salvaguardare l'autoconservazione "sociale". Cfr. J. Locke, *Secondo Trattato sul Governo*, sez. 222.

jure naturali titolare di una serie di diritti, il cui tritico fondamentale, vita, libertà proprietà, tratteggia l'uomo nella sua compiutezza.

Tuttavia la preponderanza, in seno alle *facultates agendi*, è di spettanza del diritto dominicale, vero e proprio paradigma di ogni altro¹⁰³. Si pensi infatti che esso assume il significato di una sorta di unità prima dei diritti soggettivi, al punto che le altre *facultates agendi* si presentano come esplicazioni di quello.

Onde comprendere quanto asserito dallo scrivente, occorre prestare attenzione al fatto che, in Locke, la proprietà è intesa, a detta della critica assolutamente maggioritaria¹⁰⁴, in due modalità: un primo significato (proprietà in senso "forte") individua sotto il *nomen* "proprietà" la somma dei diritti¹⁰⁵, mentre un secondo (proprietà in senso *debole*) fa direttamente riferimento ai beni posseduti.

103 «Non c'è dubbio che il diritto di proprietà in senso stesso non è l'unico naturale. Ciò nondimeno è sorprendente (e rivelativo) che Locke lo elevi a diritto naturale per eccellenza tanto da riassumere in esso tutti gli altri e da sceglierlo tra tutti quando vuol citarne uno solo», in N. Bobbio, *Locke e il diritto naturale*, cit., pag. 218. Ancora, «la proprietà, in questo contesto, appare come la forma del diritto: vita libertà ed averi sono posseduti dall'uomo secondo questa forma», in D. Costantini, *La passione per la solitudine*, cit., pag. 26.

104 Cfr., ad esempio: «Locke portò una certa confusione nell'argomento definendo a volte in termini insolitamente ampi la proprietà [...]. Ma non sempre una il termine proprietà in questo significato generale. Nella fondamentale argomentazione sui limiti del potere dei governi, usa chiaramente proprietà nell'accezione più usuale di terre e beni (o diritto su terre o beni), come in tutto il capitolo "Della proprietà"», in C.B. Macpherson, *Libertà e proprietà alle origini del pensiero borghese*, cit., pagg. 229-230.

105 Per utilizzare le parole del filosofo stesso, si legga J. Locke, *Secondo Trattato sul Governo*, 87:

«l'uomo, in quanto nasce – come si è dimostrato – con titolo a una perfetta libertà e al godimento illimitato dei diritti e dei privilegi della legge di natura, eguale a quello di qualsiasi altro uomo, o gruppo di uomini al mondo, ha per natura un potere non solo di preservare la sua proprietà – ovvero, la sua vita, la sua libertà e i suoi beni - dalle offese o dalle minacce di altri uomini.»

«Non è perciò senza ragione che egli spera e vuole unirsi in società con altri che sono già associati, o hanno in mente di unirsi per la salvaguardia reciproca delle loro vite, della loro libertà e dei loro patrimoni, cose che definisco col termine generico di proprietà», (*ibidem*, 123).

«Con proprietà intendo qui, come in altri luoghi, la proprietà che gli uomini hanno sulla loro persona oltre che sui loro beni» (*ibidem*, 173).

Rilevante in tale distinzione¹⁰⁶ è certamente, come sostiene MacPherson, l'intento di Locke di dimostrare per tale via "un diritto naturale agli averi"¹⁰⁷, da cui, come criticamente osserva il citato autore, giungere ad un esito straordinario:

"riconduurre il diritto di proprietà al fondamento del diritto e della legge naturale, e poi rimuover i limiti della legge di natura dal diritto di proprietà"¹⁰⁸.

Seppure MacPherson interpreti detto esito pan-dominicale in senso prettamente economico, a mente del sottoscritto esso pare in realtà rivelatore di un atteggiamento teoretico più profondo, insito nella speculazione lockiana al punto da determinare "dominicalmente" il contenuto dei diritti. Addirittura, in senso proprietario "debole"¹⁰⁹, con conseguente dissoluzione della appena rammentata tralatizia distinzione.

A parere di chi scrive, il *dominium*, oltre a porsi alla base della genesi razionale¹¹⁰ dello Stato, miete un sì consistente bottino in diretta conseguenza dell'antropologia eletta dal filosofo inglese¹¹¹.

106 *Rectius*, a parere di chi scrive, a fondamento della medesima.

107 C.B. Macpherson, *Libertà e proprietà alle origini del pensiero borghese*, cit., pag. 230.

108 C.B. Macpherson, *ibidem*, pag. 231. Pare condivisibile l'assunto citato, in un senso addirittura più pregnante di quello enucleato dall'autore del medesimo, che, presumibilmente, si riferiva alla proprietà in senso stretto. Lo scrivente propende per estenderne il significato pure alla proprietà in senso ampio, in quanto, come si asserirà, Locke rimosse i limiti (anche se, forse, inconsapevolmente) all'esercizio dei diritti costituenti questo più ampio senso del diritto dominicale.

109 Il fondamento di quanto asserito richiama il *quid* cui si fece accenno allorquando si trattò il tema del rapporto tra il singolo e la maggioranza, ovvero dell'ablazione del singolo in seno alla genesi dello Stato.

110 «Secondo Locke gli uomini acconsentono a entrare in una società civile per rendere maggiormente coattiva la legge di natura che impone il rispetto della vita, della libertà e della proprietà», F. Manti, *Locke e il costituzionalismo*, Genova 2004, pag. 194.

111 Prima tuttavia di entrare a vele spiegate nelle tematiche a ciò afferenti, che costituiranno in un certo senso il fulcro del presente scritto, è opportuno, dopo aver affrontato il rapporto tra il soggetto e la

Locke, dunque, determina in senso dominicale i diritti soggettivi. Tuttavia, in seno a tutte le facoltà di cui l'uomo è "proprietario", la critica, in ossequio al significato biunivoco che il Nostro conferisce al lemma "*property*", opera una distinzione: mentre i beni materiali sarebbero pacificamente disponibili, proprio in quanto appartenenti ad un soggetto e, soprattutto, in forza del contenuto di tale diritto, ciò non varrebbe, invece per i diritti fondamentali, quali, ad esempio, quello alla vita, alla libertà ed alla proprietà.

Il punto, per lo più, pare non essere in discussione¹¹², sebbene, a parere dello scrivente,

maggioranza, ossia il rapporto tra ciò che costituisce e si erge a baluardo del soggetto stesso, ossia i di lui diritti soggettivi e lo Stato, tratteggiare la relazione tra i diritti ed il soggetto stesso, indagando se vi siano dei profili di ambiguità come è parso allo scrivente reperire nel corso della trattazione del rapporto cittadino-Stato.

112 Anche un autore già citato, e di cui si sono apprezzate le posizioni critiche, sostiene che:

«l'uomo non è invece (ossia rispetto a quanto accade per gli altri beni) libero di alienare la proprietà intesa in senso ampio. L'uomo non è libero d'essere o meno proprietario della propria vita e libertà [...]. In questo senso si affaccia qui la curiosa figura di un proprietario che non ha la disponibilità dei suoi stessi possessi. Posta la proprietà come fine cui l'omogenea natura umana tende, l'uomo non sarà mai libero di rinunciare a tale fine e anzi sarà sempre da esso disposto ed ordinato. Tutto ciò in virtù dell'intima natura che lo compone; cioè, come abbiamo visto, in virtù della struttura della ragione indifferentemente comune a tutti gli uomini ossia della ferrea legge dell'uguaglianza», D. COSTANTINI, *La passione per la solitudine*, cit., pag. 27. Altrove lo stesso autore (*ibidem*, pag. 25) sostiene che libertà e vita non sono di proprietà dell'uomo, essendo due fini cui esso tende. Il discorso, a mente di chi scrive, pare tendenzialmente condivisibile per quanto concerne la libertà, mentre non lo è, per le considerazioni che si svolgeranno in seguito, per il diritto alla vita.

Tuttavia anche per quanto concerne la libertà, e su cui si dirà in seguito, andrebbero svolte alcune considerazioni. La libertà infatti risulta scolpita come uno spazio di esplicazione delle facoltà (in realtà, più profondamente, della volontà), e che non sarebbe sommamente corretto scolpire come un fine. Il fine è più agevolmente rinvenibile nell'adempimento degli obblighi posti dalla ragione (tra cui, l'autoconservazione, almeno tendenzialmente, ndr), e nell'assenza di vincoli che ad essa possano opporsi. Più che un fine quindi, la libertà è uno strumento, essenziale affinché possano perseguirsi i fini dettati dalla *recta ratio* (e, in realtà, della *diade voluntas - intellectus* su cui si dirà in seguito).

meriterebbe qualche approfondimento. Asserire infatti che

«l'uomo, per il fatto di essere padrone di sé e proprietario della sua persona, delle sue azioni o del suo lavoro, aveva in se stesso il primo fondamento della proprietà»¹¹³,

ed, ancora, che

«sebbene la terra e tutte le creature inferiori siano comuni a tutti gli uomini, tuttavia ogni uomo ha una proprietà sulla sua propria persona: su questa nessuno ha diritto se non lui stesso»¹¹⁴

richiama un orizzonte concettuale legato alla possibilità di disporre dell'oggetto del dominio¹¹⁵, si ribadisce proprio in quanto oggetto *sub jure dominii*, e proprio in virtù del contenuto del diritto di proprietà¹¹⁶.

Conseguentemente, si assiste ad una situazione analoga a quella presentatasi per il rapporto tra i diritti del singolo e lo Stato, seppure, forse, le ambiguità siano *prima facie* più sottili e meno immediate da cogliere nella loro gravidanza.

Nel caso del rapporto Stato-soggetto privato si assisteva ad un'alienazione senza corrispettivo dei diritti da parte del singolo titolare a favore della comunità, con conseguente mutamento dei diritti in diritti sociali. Contestualmente lo Stato diveniva obbligato a garantire l'autocon-

Pare in definitiva allo scrivente che una lettura dell'inglese come quella di Costantini (ed, in generale, la lettura più "tradizionalista") sia una deduzione corretta se si adottano le premesse "secondarie" elette da Locke. Detto atteggiamento risulta però allo scrivente carente, in quanto manchevole nel trarre le conclusioni derivanti dalle premesse "prime" del ragionamento del filosofo, ossia ove trae scaturigine la sua antropologia.

113 J. Locke, *Secondo Trattato sul Governo*, 44.

114 *Ibidem*, 27.

115 Autorevolmente e condivisibilmente si sostiene infatti: «l'affermazione lockiana per la quale l'uomo non ha il potere sulla propria vita rimane un'asserzione sospesa nel vuoto, priva di supporti concettuali, contraddittoria rispetto alla concezione antropologica che la circonda», F. Cavalla, *Diritto alla vita, diritto sulla vita*, cit., pag. 67.

116 Sul contenuto dello stesso, si rimanda a quanto si dirà in seguito. Si ha ben chiaro, ovviamente, che esso vada indagato, per non cadere in un ragionamento viziato da una petizione di principio.

servazione del corpo sociale¹¹⁷, con la possibilità di imporre pure ordini irragionevoli ed atti a cagionare lesioni ai singoli.

Nel caso del singolo, invece si attribuiscono al medesimo i diritti (su cui, operativamente, data l'irrealtà dello stato di natura, è da tenere presente la già pendente spada di Damocle della statuizione pubblica in merito), su cui si sancisce la proprietà del solo titolare (*rectius*, egli è titolare del diritto sociale, involucro vuoto e plasmabile dalla *vis rei publicae*). In merito però si sostiene, deducendo dai postulati lockiani che, nonostante le affermazioni del filosofo e la sua concezione del diritto di proprietà, essi sarebbero non disponibili dal proprietario. Con la conseguenza, che l'impianto concettuale di Locke viene snaturato profondamente, in quanto, paradossalmente, la proprietà in senso debole finisce per mantenere i caratteri della proprietà *tout court*, mentre invece la proprietà in senso forte si vede defraudata della pienezza che le spetterebbe.

Dunque, sia nel caso del rapporto tra singolo e Stato, che in quello del singolo rispetto ai propri diritti fondamentali s'è enucleato che vi sarebbero dei limiti che *jure naturali* e, soprattutto, *vi rationis*, limiterebbero le possibilità dispositive in ordine alle *facultates agendi*.

Nel caso della dialettica Stato – cittadino essi sono più labili, in quanto parrebbe ammettersi che una compressione, anche ablativa, degli stessi possa concretarsi qualora si palesi necessaria per l'autoconservazione del corpo sociale¹¹⁸.

Allorquando invece si tratti delle possibilità dispositive del medesimo, esse sarebbero in realtà annullate dalla stessa ragione, in forza dell'imperativo all'autoconservazione.

In realtà, a ben guardare, ciò rimanda, ed al contempo può essere chiarito, solo avendo indagato quale sia il contenuto del diritto di

117 Sarebbe interessante indagare come, autoconservazione del corpo sociale e statale finiscano per coincidere, data la sostanziale insussistenza di limiti posti al potere statale, se non per via dogmatica.

118 L'autoconservazione, si rammenta, fonda l'inalienabilità dei diritti, ed anche la formazione dello Stato, il quale, proprio per non contraddirsi, può quindi ledere i diritti di un soggetto in favore della società. Seppure, s'è visto entro gli esili limiti – non limiti posti dalla *ratio* stessa. Si veda *supra*.

proprietà in Locke, e, soprattutto, quali ascendenze siano proprie di questo. Infatti, concerne il diritto di proprietà sia il limite (sup)posto al singolo, che quello (sup)posto in capo all'autorità statale, che è, si rammenta, "proprietaria delle proprietà".

Onde comprendere l'annidarsi dell'ambiguità insita in detta ipostasi lockiana occorre finalmente dunque affrontare il cuore pulsante dell'antropologia cui anche Locke aderisce, contribuendo al contempo a svilupparla. Enucleato questo sarà evidente il motivo dell'elezione di una metafora come quella dominicale, nonché il fatale limite in esso insito. Limite che coinciderà, paradossalmente, sia con l'orizzonte oscuro appartenente alla concettualizzazione del rapporto uomo – Stato scolpita da Locke che con quello inerente il rapporto tra il singolo ed i propri diritti.

3.3) LE PREMESSE "PRIME"

DELLA SPECULAZIONE LOCKIANA

3.3.A) VOLONTÀ E LIBERTÀ

A parere di chi scrive, sebbene quanto or ora rammentato rappresenti senza dubbio uno dei nuclei centrali della speculazione del Maestro del pensiero liberale, configura, altresì, una discendenza diretta¹¹⁹ dei fondamenti concettuali del pensiero giusnaturalistico¹²⁰, che si imperniano attorno ad un già evocato concetto¹²¹.

Il riferimento è al concetto di volontà.

Detta *voluntas* non appare improvvisamente alla vigilia delle forche rivoluzionarie, godendo, al contrario, di una genesi quasi millenaria, che, nonostante gli strali programmatici dell'età della rivoluzione francese, risulta allo scrivente avviluppata attorno ad un *fil rou-*

119 Si potrebbe asserire "ortogonale" per aderire alle metafore geometriche tanto care al Nostro. Come esempi di tale predilezione, si veda, ad esempio, J. Locke, *Saggio sull'intelletto umano*, IV, I, 2; IV, III, 29.

120 Presumibilmente, della modernità *tout court*.

121 Esso, come scolpito da un filone concettuale relevantissimo, viene spesso all'oggi assunto acriticamente come naturalistico. A ben guardare, in realtà, esso rappresenta un'opzione ideologica celante una matrice razionalistica, le cui conseguenze, spesso drammatiche, assurgono sovente, come s'è posto in luce, agli onori della cronaca.

ge speculativo che dalla Scolastica conduce al giusnaturalismo laico¹²².

Si sostiene, giustamente¹²³, che l'antropologia della modernità sarebbe imperniata attorno alla figura dell'*homo faber fortunae suae*¹²⁴. Un uomo che scompone e ricompone la realtà a proprio piacimento, essere antropomorfo cui la speculazione *de qua* ha attribuito facoltà totipotenti¹²⁵, imperniate sul binomio *voluntas-intellectus*, teleologicamente vincolate al raggiungimento della sua "fortuna"¹²⁶.

122 Cfr. in merito, F. Todescan, *Le radici teologiche del giusnaturalismo laico*, Milano, 1983, F. Cavalla, *La verità dimenticata*, cit.

123 F. Zanuso, *Conflitto e controllo sociale nel pensiero giuridico moderno*, cit., pagg. 16-21; F. ZANUSO, *L'indisponibile filo delle Parche*, cit., pagg. 12-19; L. Mingardo, *Normativa sulla procreazione medicalmente assistita e logica del desiderio: il caso della diagnosi genetica preimpianto*, in F. Zanuso (a cura di), *Il filo delle Parche - Opinioni comuni e valori condivisi nel dibattito biogiuridico*, Milano, 2009, pagg. 127-128; P. Moro, *Dignità umana e consenso all'atto medico*, cit., pagg. 140-141; P. Moro, *I diritti indisponibili*, cit., pag. 120; F. Zanuso, *Neminem laedere*, cit., pagg. 1-7.

124 In tema, si veda pure la suggestiva ricostruzione palinogenetica di tale creatura contenuta in M. Manzin, *Ordo juris*, Milano, 2008, con la ricostruzione della (sempiterna e drammatica) alternativa tra il pensiero monologico e quello dialogico, tra l'annichilimento e la salvaguardia del molteplice, tra il nulla e l'eterno. Le prospettive ora accennate (per un più puntuale approfondimento delle quali è opportuno rivolgersi all'opera citata) spiegano le proprie conseguenze pure in ordine alla tematica in esame, rappresentando posizioni a tutta evidenza, opposte. Tuttavia, esse non coincidono del tutto con gli schieramenti contrapposti, quantomeno non quando essi finiscono per aderire al medesimo filone concettuale e differenziarsi solo per la diversità di assunti finali.

125 Sulla ragione di ciò, si veda *infra*. Si pensi, tuttavia, a come le pronunce giurisprudenziali richiamate esplicano l'autodeterminazione in relazione a ciò che la mente umana può scegliere, come se quella fosse una sorta di "braccio armato" che esplica i propri effetti causali in relazione a ciò che desidera la ragione.

126 Detta diade si affermò, andando via via "secolarizzandosi", in seguito alla speculazione dell'età di mezzo. Allo stesso modo, il termine "fortuna" (o "benessere") qui utilizzato richiama la *beatitudo* medievale, seppur con accenti empiristi, secolarizzati. E' interessante altresì notare come, a loro volta, pure la "fortuna", la "moderna beatitudine", siano dettate dalla diade volontà-intelletto, le quali si orientano, in ultima istanza, in modalità del tutto autoreferenziali ed autonome, autodeterminandosi (!), in quanto l'utilità od il benessere che concretano detta *beatitudo* configurano entità acefale, involucri vuoti. Vuoti

Onde comprendere meglio quanto si va asserendo, è opportuno rievocare alcuni luoghi propri del giusnaturalista inglese, analizzando, prima di giungere alla proprietà, i fondamenti di questa, ossia la volontà e, quindi, la libertà.

Allorquando egli parla di "libertà", la definisce come

«il potere di agire o di non agire a seconda di quel che la mente propone». Aggiungendovi poi, significativamente: «il potere di indirizzare le facoltà operativa al movimento o alla quiete in casi particolari è quel che noi chiamiamo volontà»¹²⁷.

in quanto destinati a contenere ciò dalla diade di volta in volta eletto come fine. In ultima istanza figure retoriche, artifici concettuali, "assegni in bianco" da riempirsi secondi i dettami delle facoltà totipotenti di cui l'uomo è dotato. Si noti altresì l'assonanza con certe statuizioni giudiziali richiamanti le proiezioni soggettive come demiurgiche nei confronti del contenuto (*rectius*, del diritto *tout court*) dei diritti (specie del diritto alla salute).

127 J. Locke, *Saggio sull'intelletto umano*, II, XXI, 71. In seguito, nello stesso paragrafo, l'inglese opera una perfetta ipostatizzazione dell'utilitarismo consustanziale all'*homo faber*:

«ciò che nel susseguirsi delle nostre azioni volontarie determina la volontà a qualche cambiamento di operazione è un certo disagio presente che è - o almeno è sempre accompagnato - da quello del desiderio. Il desiderio è sempre mosso dal male, al fine di fuggirlo: infatti una totale libertà dal dolore costituisce sempre una componente necessaria della nostra felicità. [...] Infatti tutto quel che noi desideriamo è solo di essere felici. Sebbene questo desiderio generale della felicità operi costantemente ed invariabilmente, tuttavia il soddisfacimento di ogni particolare desiderio può essere sospeso dalla determinazione della volontà a una qualche azione utile allo scopo.»

Si noti immediatamente come pure il fine della "felicità" (da cui l'autoconservazione), possa condurre palesemente sia all'ablazione del singolo in seno allo Stato, in ragione della cessione dei diritti e del fine autoconservativo all'autorità pubblica, sia come ciò possa essere in *claris* raggiunto, a seconda delle proiezioni soggettive che lo governano, all'(aporetica)ablazione del singolo per mano di se stesso. Senza tacere del totale oblio concernente la prospettiva del limite, propria della classicità, ed, al contempo, ineludibilmente umana. Quello che Francesca Zanuso chiama significativamente "uomo prometeico" F. Zanuso, *L'indisponibile filo delle Parche*, cit., pagg. 16-17) non concepisce infatti il limite in senso metafisico, ontologico, bensì meramente come ostacolo. Il che, oltre che contraddittorio, in quanto pretende di possedere l'intero, è smentito "fenomenicamente" dalla realtà fattuale stessa in cui gli esseri umani vivono la loro

Non essendo possibile ricostruire compiutamente il pensiero di Locke in ordine a siffatte tematiche, è comunque opportuno richiamare l'attenzione attorno ad un dato concetto di libertà, quindi, al concetto di volontà che, a parere di chi scrive, funge da fondamento del primo¹²⁸.

Locke scolpisce la libertà come uno spazio di non-ingerenza¹²⁹, di astensione da ogni possibile intrusione. Ed è una nozione così stringente, così cogente, che il pensatore la connota con una passione ed un'ansia "libertaria" sensibili, ribadendo, come essa si palesi «là dove ciascun pensiero è tale che noi abbiamo il potere di prenderlo in considerazione o trascurarlo, a seconda delle preferenze della nostra mente». Essa finisce così per risultare in un certo qual senso categoria "residuale" del pensiero, in quanto sussistente ove non imperino altre forze ad essa contrastanti¹³⁰.

La libertà, azzarda ora chi scrive, si rivela come una sorta di spazio libero¹³¹, ove il pensiero

esistenza, un cammino contrassegnato da limiti, anche banalmente fisici, dalle malattie, dall'orizzonte della morte. Il che, a parere di chi scrive, porta ad una certa precomprensione schizofrenica in ordine a tali eventi propri della vita dell'uomo, che sottolineano, spesso drammaticamente, il limite. Tutto ciò può ben dirsi esplicito nelle parole di Locke appena richiamate, ove fa infatti capolino un costrutto di uomo totipotente, in grado di garantirsi un benessere, una felicità che però si configurano come dogmatiche, avulse dallo svilupparsi della vita umana. Forse, inconsciamente, scatena all'interno del pensiero moderno un'opera di rimozione di massa del limite e dei suoi sintomi, con un ablazione, anche mass-mediatica e comunicativa, dei medesimi.

128 Nonché dell'intera costruzione antropologica della Modernità.

129 Significativamente esplicito con metafore quali «possibilità di movimento», le quali rimandano immediatamente ad una proiezione spazio-temporale dell'agire e dell'agente. Ciò, oltre a testimoniare la proiezione fenomenica della speculazione de qua, rimanda, conferma quanto si va dicendo. In merito, si veda anche J. LOCKE, *Saggio sull'intelletto umano*, II, XXI, 8 e ss.

130 «Infatti là dove una restrizione intervenga a limitare quel potere, o una costrizione elimini quella differente capacità di agire, in quel caso la libertà e la nozione che di essa abbiamo (!!) cessano immediatamente», *ibidem*, II, XXI, 10. Si badi a come il filosofo reputi quasi demiurgica l'opera della ragione.

131 Si pensi, altresì, a come Locke definisce la necessità, ossia la perfetta antitesi della libertà: «dovunque il pensiero sia del tutto assente, o manchi il potere di agire o di astenersi in modo conforme all'indirizzo del pensiero», *ibidem*, II, XXI, 13.

umano, indi l'uomo, possono esplicitare appieno le proprie facoltà¹³². Il tutto, però, in base ad un pulsionismo che, a ben guardare, appare dogmaticamente posto e vincolato, in quanto determinato da ciò che s'è razionalmente postulato¹³³. Locke procede quindi verso il fulcro della propria speculazione, asserendo come la *libertas* non si ponga che come potere, consistente

nella dipendenza dell'esistenza, o della non esistenza di una qualunque azione, dalla nostra volizione, e non nella dipendenza di una qualunque azione, o del suo contrario, dalla nostra preferenza [...] La libertà consiste nell'essere in grado di agire oppure non agire, a seconda che lo si scelga o lo si voglia¹³⁴.

E' fatale allora inferire come libertà e volontà siano intimamente collegate: la libertà è spazio di esplicazione piena, senza limiti, compiuta, della *voluntas*.

Per quanto concerne la struttura del volere, si segua ancora la chiarezza del filosofo:

poiché la volontà altro non è che un potere della mente di indirizzare le facoltà operativa di un uomo verso il moto o il riposo¹³⁵, nella misura in cui esse dipendono da tale guida, alla questione su che cosa determini la volontà, la risposta vera e appropriata è: la mente. Infatti, ciò che determina il potere generale dell'indirizzare in questa o quella particolare direzione, non è altro che l'agente stesso che esercita il proprio potere in quel modo particolare¹³⁶.

Conseguentemente, «la volizione, o volontà, è un atto della mente che indirizza il suo pensiero

132 Al punto che un uomo è essenzialmente agente libero, fatte salve le eccezioni rappresentate nella speculazione di Locke. Si veda, ad esempio, in merito, *ex multis, ibidem*, II, XXI, 12.

133 In altri termini, l'uomo è libero e può determinarsi, se altre forze non pervertono siffatto suo originario connotato, in base al quale egli può scegliere come operare. Tuttavia se non opera razionalmente, cioè secondo ciò che è stato posto dalla ragione, non è libero. Se tutto ciò non concreta un ragionamento circolare, od una petizione di principio, poco ci manca...

134 *Ibidem*, II, XXI, 27.

135 Si noti il perpetuarsi della metafora "spaziale", ed, in generale, eziologica, propria del filone speculativo cui s'è accennato.

136 *Ibidem*, II, XXI, 29. Locke aggiunge che ciò che spinge l'uomo ad una o ad un'altra volizione particolare è il disagio, che va superando ambendo alla massimizzazione del benessere...la *beatitudo* secolarizzata della modernità.

ro alla produzione di una qualunque azione e perciò esercita il suo potere di produrla»¹³⁷.

Dovendo quindi necessariamente procedere con semplificazioni e schematizzazioni, forse ingenerose verso la complessità della speculazione del colosso giusnaturalista¹³⁸ emerge con prepotenza come attorno ai concetti di “libertà”, “volontà” e “mente”, si impervi molta della *vis* filosofica dell’inglese¹³⁹.

Risulta comprensibile allora come una libertà intesa come spazio vuoto sia imprescindibile onde permettere agli esseri umani di esplicare i diritti soggettivi a loro riconosciuti *ex natura*. E’ evidente infatti come le facoltà¹⁴⁰ attribuite ai singoli siano in grado di esplicarsi pienamente solo ed eminentemente entro uno spazio senza limiti, senza coazioni necessitate, senza la presenza di altri soggetti.

Dato ciò, non è possibile configurare altro che la libertà come una statica rappresentazione della riproposizione, entro detto spazio vuoto, del fascio di facoltà spettanti al singolo così come originaria-

mente scolpite *in statu naturae*, ossia totipotenti¹⁴¹. E’ indubbio, quindi, che nello spazio ove altro non c’è che il maglio di facoltà di spettanza del singolo, ossia entro la sfera della “libertà”, esse potranno dipanarsi in tutta la loro potenza¹⁴².

Le facoltà soggettive, d’altro canto, sono rinvenute dalla ragione, sono dipendenti da questa, che le esercita, “liberamente”¹⁴³. Ed il “braccio armato”, la perfetta proiezione entro la realtà fenomenica (ma non solo) di tale mente demiurgica, indi delle *facultates agendi*, è rappresentato dalla volontà. E’ essa infatti che produce nel mondo esterno le azioni, azioni che, come visto, sono teleologicamente vincolate all’aumento del benessere, dell’utilità¹⁴⁴.

E’ evidente che il tratteggiare in tal modo l’uomo, conduce all’appiattimento del medesimo su quella che significativamente è stata chiamata da Paolo Moro «una sola dimensione»¹⁴⁵. Infatti, se la mente è totipotente, essa abbisogna di una proiezione operativa di tale totipotenza nel mondo esterno¹⁴⁶. Ed ecco la volontà, che, dotata

137 *Ibidem*, II, XXI, 28.

138 Si pensi soltanto, per esempio, alla complessità con cui egli tratteggia il concretarsi dell’atto volitivo e la sua coerenza all’interno della mente umana, al punto da far trapelare come l’uomo non sia libero verso la volontà, come ad esempio si legge in *Ibidem*, II, XXI, 23.

139 Al punto che, come già s’è posto in luce, è la volontà stessa degli uomini, razionalmente, a spingerli al *pactum unionis*, alla fondazione dello Stato.

140 Secondo alcuni autori i diritti in Locke sarebbero più limitati, rispetto all’assolutezza della teoretica hobbesiana. E per questa ragione l’esito della speculazione di costui sarebbe più “ottimistico”. In tal senso, F. Todescan, *Itinerari critici dell’esperienza giuridica*, cit., pag. 57. Tuttavia, che ciò risponda al vero, mi permetto di dubitare. E’ infatti senza alcun dubbio corrispondente al vero che, di primo acchito, la configurazione dello stato di natura come tratteggiata dal pensatore in esame sia meno conflittuale (tanto che Francesca Zanuso sostiene icasticamente che il diritto naturale per Locke «sia concepito in modo tale da consentire, ma non da garantire una convivenza armoniosa e pacifica», in F. Zanuso, *Conflitto e controllo sociale nel pensiero giuridico moderno*, cit., pag. 59). Tuttavia, stante l’impianto del *corpus* giusnaturalistico è facile intuire sia inevitabilmente al deflagrare del conflitto, senza che si possa trovare un esito ad esso che non sia artificiale ed, in un certo senso, imposto dal potere. Il che, del resto, è altresì testimoniato dalla dinamica che comporta il passaggio dallo stato di natura allo Stato, potere costituito.

141 Si noti come l’ottica, da “descrittiva”, inizi a diventare sempre più “prescrittiva”. In altri termini, dall’attribuzione astratta di diritti intangibili, di facoltà esercitabili senza limiti, si passa alla previsione di come esse possano esercitarsi.

142 Specie stante l’empiricamente constatabile impossibilità di essere “*da soli*” al mondo. Con il che, del resto, pare a chi scrive, dovrebbe venire meno il senso di ogni concetto quale “diritto”, “libertà”, essendo essi del tutto sovrabbondanti e barocchi entro un siffatto mondo.

143 Così come *ut supra* annotato, ossia senza costrizioni, avendo bene a mente che, più che il riferimento ad una necessità empirica, ci si fa riferendo ad una necessità, ad un solipsismo teoretico.

144 *Rectius*, i diritti soggettivi sono posti in funzione della “felicità” dell’essere umano, la felicità scomponibile e agguantabile senza limiti dall’*homo faber fortunae suae*, secondo i già notati comandi della ragione volontaristica, i quali danno origine al già denunciato ragionamento circolare risolvibile solo sussumendo tutto entro l’orbita volontaristica. Si parla esplicitamente di felicità, ad esempio, *ex multis*, in J. Locke, *Saggio sull’intelletto umano*, II, XXI, 41 e ss.

145 P. Moro, *Dignità umana e consenso all’atto medico*, cit., pagg. 144-146.

146 E ciò in quanto è la mente *in primis* ad essere dotata degli attributi che la Scolastica riconosceva propri della divinità. La volontà, come proiezione operativa di quella, non può essere da meno. E l’uomo, imperniato su questa diade, rappresenta l’uomo moderno, un *homo novus*. Tuttavia, stante il taglio sempre più empiristico della speculazione dell’*evo* moderno, è evidente come

della stessa capacità infinita dell'intelletto, traduce in operazione i comandi analitici di questo. E, come questo è postulato assoluto¹⁴⁷ signore, allo stesso modo, la volontà esercita la propria proiezione eziologica in modo altrettanto assoluto, ossequiente ad una diade che scolpisce l'uomo moderno attorno a se stessa, con particolare attenzione alla volontà, come proiezione "di competenza empirica" dell'intelletto¹⁴⁸.

la volontà, estrinsecazione da ritenersi (e così viene configurata, si pensi, ad esempio alla disciplina dei vizi della volontà contenuta nel codice civile vigente in Italia, agli artt. 1427 e ss.) in pieno aderente alla *cogitatio mentis*, assuma un sempre maggior peso, rappresentando la forma dinamica, l'estrinsecazione principe della personalità del soggetto. *Rectius*, del soggetto stesso.

Paolo Moro in merito scrive:

«la volontà costituisce la facoltà soggettiva capace di esprimere in modo compiuto ed esaustivo la dignità della persona nella prospettiva moderna, secondo cui l'uomo rivendica la pretesa dogmatica e secolarizzata di conoscere esaustivamente la verità e di sovrapporsi ad essa, in modo tale da assumere se stesso come 'misura di tutte le cose', secondo il noto detto di Protagora», *ibidem*, pag. 140. Ora, è evidente che l'uomo che assume se stesso come misura *omnium rerum* è l'*homo novus*, l'uomo moderno...l'uomo - dio scolpito sulla diade assolutamente osmotica volontà - intelletto.

147 Nel senso etimologico di *ab-solutus*.

148 La volontà e l'intelletto non solo costituiscono il fondamento, bensì hanno pure una capacità di fondazione del soggetto (si pensi anche ad una certa giurisprudenza richiamata). Uno dei colossi del pensiero moderno, Descartes, erge a sigillo ed icona del fermento in esame esattamente l'*homo novus*, compiendo un atto che taluno definisce «rivoluzionario» (S. Natoli, *Soggetto e fondamento, studi su Aristotele e Cartesio*, Padova, 1979, pagg. 158-159). Cartesio, infatti, compirebbe una «neo - fondazione» del soggetto. Infatti, sarebbe nella volontà di fondamento basata sull'autocoscienza che si rinverrebbe la nuova fonte della soggettività, ben può prendersi la constatazione cartesiana come icastico fotogramma immortalante l'*homo novus*. Fugace ed impreciso, forse, ma rappresentante i tratti salienti della moderna antropologia. L'uomo, è precipitato tra i fenomeni; mira, di conseguenza, ad una realtà concepita unicamente come insieme di fenomeni stessi, che la ragione calcolante ben può rettamente e compiutamente rappresentare. Un *homo faber*, cui la realtà funge da spettro per l'esplicarsi delle sue facoltà soggettive, mosse dall'insindacabile scintilla che ne fonda e giustifica la peculiarità: la volontà. Un uomo esistenzialmente e teoreticamente solo. Solo in maniera radicale: nell'unica dimensione data dalla solitudine dell'irrelazione più *ab-soluta* può trovare compimento. Un uomo solipsista. Con il solipsismo la

E' evidente allora come, *voluntate ac cogitatione*, l'uomo sia realmente "misura di tutte le cose", verso un mondo che si estende sotto i suoi domini nella forma di massa sterminata di oggetti, di fenomeni (tra cui rientra, presumibilmente, pure l'uomo stesso, e pure la detta diade). Il tutto senza limiti che non siano quelli dal medesimo posti, i quali, in realtà, non possono certo qualificarsi come tali.

Ben si comprende allora come in Locke la struttura della libertà come esplicazione della volontà, come proiezione fisica della stessa (nonché dell'intelletto), sia perfettamente coerente. La libertà è misura della volontà, è non ingerenza in qualità che, originariamente senza limitazioni, possono trovarsi anche (dolorosamente) conculcate dalla contingenza, ma non possono che ritrovare piena esplicazione (e, anzi, devono trovarla, onde consentire una piena affermazione del soggetto) appena possa ritrarsi la portata delle circostanze che portano a comprimerle¹⁴⁹.

disgregazione dell'uomo pare infatti a chi scrive trovare più puntuale espressione. Del resto, unico principio è divenuta la volontà, capace addirittura di fondare il soggetto. Volontà che, dalla costruzione del suo artefice, non può che rivolgersi però ad un oggetto, ossia ad un fenomeno. Del resto, essa stessa è il soggetto. Si tratta, a ben vedere, della precipitazione del principio tra i fenomeni, operazione la cui fallacia e contraddittorietà sono state magistralmente denunciate (F. Cavalla, *La verità dimenticata*, cit., pagg. 17-25). L'impossibilità di una relazione appare evidentemente, ed il procedere analitico nell'analisi dell'essere umano non fa che esasperare l'approccio meramente fenomenico. La china *de qua* non farà, in seguito, che dimenticare il soggetto, a favore di un "fenomeno - umano", e ciò non dovrebbe in realtà più di tanto sorprendere. Addirittura, il soggetto si va perdendo, in una schizofrenia centrata su di una volontà priva di referente soggettivo. Con conseguenze del tutto aporetiche, che vedono la volontà (afferente, almeno teoricamente, ma anche praticamente, ad un soggetto) disporre addirittura del "soggetto". Un soggetto, che in realtà, è "oggetto". L'unico centro d'imputazione rimane allora rinvenibile nella contingenza, in una serie infinita di frammenti spazio-temporali, entro un orizzonte tratteggiato nichilista.

149 Si pensi, ancora, a come il diritto di proprietà sia perfetto paradigma di siffatta antropologia solipsistica, concepito (si pensi all'art. 832 del codice civile vigente in Italia) come spazio di non ingerenza in cui il titolare del diritto dominicale "può fare ciò che vuole", salvo i limiti imposti dalle leggi. In merito, P. Grossi, *La proprietà nel sistema privatistico della Seconda Scolastica*, in P. Grossi (a cura

3.3.B) LA PROPRIETÀ E LE SUE CONSEGUENZE NICHILISTE

Risulta ormai opinione decisamente concorde, fra gli storici del diritto, che uno dei paradigmi principi dell'esplicarsi dell'individualismo moderno nel mondo del diritto privato sia la configurazione ed il trionfo della proprietà privata¹⁵⁰.

Al contempo, gran parte della critica ritiene che il concetto di *property* sia centrale onde comprendere compiutamente la filosofia lockiana¹⁵¹, al punto da originare degli orientamenti del tutto dicotomici. Vi sarebbe infatti sia chi sostiene che l'inglese si troverebbe in perfetta continuità, in ordine alla concezione del *dominium*, con la tradizione medievale - scolastica,

di), *La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, Milano 1973, pp. 117-222, pag. 135. In merito alla proprietà come paradigma del pensiero di Locke, si veda, P. Moro, *I diritti indisponibili*, cit., pagg. 107-127.

150 P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2007, pagg. 150-152. Secondo l'autore delle presenti pagine, mediante quanto si andrà esponendo si potrà agevolmente cogliere come la proiezione del solipsismo trovi nella proprietà il proprio correlativo oggettivo. E' del resto peculiare, nonché consequenziale rispetto alla teorica sottostante al palpitare della modernità, la fisionomia che del *dominium* viene scolpita dall'elaborazione filosofico - giuridica giusnaturalista. In primo luogo, così come l'uomo può esplicitare i propri diritti grazie ad uno spazio di non ingerenza assolutamente insindacabile, così il proprietario, entro i propri confini, è libero, assoluto. Il diritto di proprietà si palesa come la sfera entro cui il soggetto esplica la propria statura "naturale" di sovrano assoluto ed illimitato. Ergo, nel proprio *dominium*, l'individuo è sovrano assoluto, compiuto. La sua volontà, la sua essenza di *homo - voluntas*, ricevono il necessario correlativo fenomenico nell'oggetto del diritto patrimoniale sovrano. Senza oggetto, la volontà sarebbe, infatti, intuitivamente inutile. E' questo, dunque, il primo vero, diritto per l'uomo. Non va infatti sottaciuto che la speculazione ante - lockiana fu decisamente chiara in materia, sancendo e chiarendo come, ancora prima che sui beni, la proprietà si estende alla stessa entità fisica dell'uomo, al suo corpo, cfr. *ibidem*, pagg. 189-200. La proprietà è il cantuccio del principe solipsista ove l'irrelazione può esplicitarsi riconducendolo alla sua vera natura di sovrano assoluto fra gli enti. Lì, la sua volontà è immediatamente tradotta in realtà. Ente causale verso l'ente.

151 G. Fiaschi, *Locke o dell'ambiguità di un moderno*, in M. Chiodi, R. Gatti (a cura di), *La filosofia politica di Locke*, Milano, 2005, pagg. 33 e ss., pag. 41.

con particolare attenzione a quella tomista¹⁵². A contrario, v'è sostiene, invece, che Locke, in particolare con la propria concezione di proprietà, sia alla base del nascente spirito capitalistico, vedendo in lui colui che ha «cancellato le obiezioni morali che fino ad allora erano state di ostacolo all'appropriazione illimitata»¹⁵³.

Senza addentrarsi nelle dispute *de quibus*, occorre tuttavia rimarcare come in Locke si assiste ad una teorizzazione del diritto dominicale che prende origine, innanzitutto¹⁵⁴, da una diversità con la tradizione scolastica per quanto inerisce all'atto creazionistico, discrasia che, di rimando, oblitera sostanzialmente, nonostante i richiami testuali, l'ordine divino dal creato¹⁵⁵. Di riflesso, il rapporto del tutto secolarizzato tra uomo e Dio si riflette per analogia sul rapporto tra l'uomo e la creazione¹⁵⁶, per giun-

152 J. Tully, *A discourse on property. John Locke and his adversaries*, Cambridge University Press, 1980, pag. 65.

153 C.B. Macpherson, *Libertà e proprietà alle origini del pensiero borghese*, cit., pag. 253.

154 Anche se, a mente dello scrivente, il vero punto di partenza è il postulato antropologico già accennato.

155 «Locke muove bensì da un'affermazione che sembra rinviare alla concezione medievale del Dio creatore (*maker*), ma subito la sua idea del fare che genera proprietà si impone sull'idea propriamente cristiana del creare come costituire l'intero creato secondo un ordine universale. Questo diverso atteggiamento, che segna una differenza sottile, ma cruciale, si può cogliere con evidenza se, riguardo all'antica obiezione contro l'idea cristiana di creazione *ex nihilo*, si confrontano le diverse risposte date da Tommaso d'Aquino e da Locke. Mentre in Tommaso la questione è ricondotta ancora alla differenza ontologica fra il senso universale dell'atto creatore e il senso particolare dell'agire della creatura, in Locke la distinzione è invece ascritta alla diversità fra un fare infinito e un fare finito; dove ciò che, quasi inavvertitamente, va perduto, è la valenza inclusiva del divino ordinare. Questo slittamento di significato si può cogliere nella caratterizzazione lockiana della creazione come rapporto di dominio, per cui gli uomini sono sottoposti al loro creatore al modo di oggetti di proprietà [...],» in G. Fiaschi, *Locke o dell'ambiguità di un moderno*, cit., pag. 45. Cfr. J. Locke, *Saggio sull'intelletto umano*, IV, 10; 19.

156 *Ibidem*, pag. 46. L'autore citato tuttavia, ritiene che l'appartenenza ad un mondo oggettivizzato, pronto a soggiacere all'appropriazione umana sia condizione indisponibile per l'esistenza dell'uomo. In realtà pare a chi scrive che ciò non corrisponda al vero. In particolare, in quanto dimentico del fondamento volontaristico che fonda una costruzione di tal fatta.

gere infine alla relazione tra l'uomo e quella specifica creatura che è se stesso¹⁵⁷.

Infatti, la teoria lockiana dell'appropriazione, *medio labore hominis*, si fonda sull'idea dell'autoappartenenza, presupposto logico per fondare l'appropriazione esclusiva degli oggetti esterni. Ancora più profondamente, ciò contribuisce a porre in luce come il fondamento di detta ipotesi sia rinvenibile nella ragione, la quale, essendo strumento di possesso e regolamento dell'intera realtà, finisce per svellere del tutto l'uomo dal rapporto con Dio (nonostante le affermazioni contrastanti). Di conseguenza le limitazioni al *dominium* che potevano rinvenirsi nella filosofia medievale in ossequio all'*ordo creationis*, sono poste nel nulla.

Del resto, ciò discende *de plano* dai fondamenti antropologici lockiani. Essi rendono chiaramente intuibile la rilevanza che la proprietà assume all'interno della speculazione dell'inglese. Infatti, dato il rammentato concetto di libertà¹⁵⁸ ed il proprio ascendente, quello di volontà, è evidente come un siffatto sistema concettuale necessiti di un conseguente spettro di diritti che rispecchino lo stesso. Diritti che, in particolare, possano rispecchiare, *medio libertatis sic conceptae*, la totipotenza insita nella diade volontà-intelletto, nucleo dell'essere umano.

157 «Each human being had rights of property over his person, but only in relation to all his fellows. In relation to God, a human being enjoyed no rights to physical safety or to anything else [...]. God's ultimate ownership of each person at the metaphysical level would entirely square with the ownership of each person by herself at the mundane level of human intercourse», M. H. Kramer, *John Locke and the origins of private property – Philosophical explorations of individualism, community, and equality*, Cambridge University Press, Cambridge, 1997, pag. 138. Si noti la relazione assimilabile al concetto di proprietà che si va enucleando, e come essa, dal rapporto uomo-Dio si trasponga in seguito a quella dell'uomo con se stesso (*rectius*, con i propri diritti). Quindi, a mente di chi scrive, nella relazione uomo-Stato. Su ciò, si veda *infra*.

158 Grossi scrive ancora: «la proprietà è il paradigma della libertà», in P. Grossi, *La proprietà nel sistema privatistico della Seconda Scolastica*, cit., pag. 152. E l'assunto del maestro fiorentino corrobora quanto si va dicendo, nel senso che la proprietà rappresenta la “necessaria” estrinsecazione del solipsismo, il doveroso ritagliare uno spazio d'irrelazione. Libertà è non ingerenza, è libera volontà.

E l'addentellato per inoculare entro i diritti la diade (ed il mezzo d'esplicazione d'essa, ovvero la libertà), è lo strutturarli in maniera dominicale¹⁵⁹. Infatti, se la proprietà è il «diritto inalienabile per eccellenza» o, più precisamente, «la forma stessa del diritto»¹⁶⁰, è esattamente per tale motivo: entro la sfera dei propri domini¹⁶¹ il soggetto riacquista la pienezza e l'esclusività che gli erano proprie allo stato di natura, e, soprattutto, vede dispiegarsi senza limite alcuno la volontà. Questa dal canto suo, trovandosi, appunto in uno spazio libero, di non ingerenza, può consentire alla diade *voluntas-intellectus* d'esplicare il pieno la propria totipotenza.

Si pensi, del resto, a come il paradigma dualistico intellettuale-volontaristico sia capace di sviluppare, a causa del proprio innato monologismo, una mera dialettica tra “soggetto” ed “oggetti”, riedizione della dinamica *dominus – servus* propria della Seconda Scolastica. Indi, tutto quanto è destinato a ricadere entro l'orbita di esplicazione delle facoltà della diade sarà perciò stesso fenomeno, su cui potrà esplicarsi la facoltà omni-demiurgica dell'uomo.

Se *in statu naturae* il fascio dei fenomeni destinatari dell'opera umana è illimitato¹⁶², una volta insorta la coesistenza¹⁶³ intra-antropica si avrà una

159 In merito all'origine razionalistica (anche) di un tale passaggio: «Dio, che ha dato il mondo agli uomini in comune, ha anche dato loro la ragione per far uso di essa nel modo più vantaggioso per la loro vita e la loro utilità», J. Locke, *Secondo trattato sul Governo*, 26.

160 D. Costantini, *La passione per la solitudine*, cit., pag. 26; N. Bobbio, *Locke e il diritto naturale*, cit., pag. 218.

161 «Il libero arbitrio, costruito in chiave volontaristica per meglio garantire l'autonomia del soggetto, è il presupposto insopprimibile di ogni *dominium*, perché esso stesso è *dominium*», P. Grossi, *La proprietà nel sistema privatistico della Seconda Scolastica*, cit., pag. 135.

162 *Rectius*, potrebbe essere illimitato, se non esistessero le interferenze limitatrici causate dagli altri soggetti latori della medesima totipotenza.

163 Si pensi che, significativamente, Locke antepone la nascita della *property* alla fondazione dello Stato, ed, addirittura, al consenso, facendola derivare dalla volontà singolare, rimarcandone così la struttura teoreticamente prima. Cfr: «gli uomini possano venire ad avere una proprietà in diverse parti di quello che Dio diede in comune all'umanità, e ciò senza un esplicito patto di tutti i membri della comunità», J. Locke, *Secondo trattato sul Governo*, 25, 28.

necessaria¹⁶⁴ riduzione degli oggetti sottoposti alla totipotenza del singolo, con conseguente “riedizione ridotta” del rapporto illimitato e libero soggetto – oggetto, *dominus – servus* dall’intero creato a quello oggetto della proprietà¹⁶⁵.

Ecco allora il fondamento proprietario dei diritti in Locke! E’ tramite esso che i diritti possono veramente farsi “umani”, latori del binomio *voluntas-intellectus* che precipuamente individua l’uomo. Conseguentemente, dell’ascendenza dominicale *sic concepta* porteranno fatalmente i connotati.

Di conseguenza, risulta arduo porre in dubbio che il proprietario dei diritti veda in qualche modo limitata in via eteronoma detta facoltà, e, certamente, non prima dell’instaurarsi dello Stato. Ove possa inferirsi la non disponibilità o l’inalienabilità dei diritti risulta allora di difficile esplicazione.

In relazione alla gestione privatistica degli stessi, occorre ricordare che l’inferenza dell’indisponibilità deriverebbe dall’enucleato fine autoconservativo proprio dell’uomo. Questo, a sua volta, si radicherebbe nell’assetto utilitaristico, che vedrebbe l’uomo vincolare teleologicamente i propri comportamenti nell’ottica del raggiungimento del proprio benessere.

Da quanto s’è andato esponendo, dovrebbe risultare *in claris* come questo *limes* non sia che apparente. Infatti, il benessere, una sorta di moderna rimasticazione secolarizzata dell’antica *beatitudo*, è determinato *ictu oculi* dall’uomo, a seconda delle proprie inclinazioni soggettive, così

164 Sui fondamenti di detta necessità, si veda, ad es. *ibidem*, 31 e ss. In merito, criticamente: C.B. MACPHERSON, *Libertà e proprietà alle origini del pensiero borghese*, cit.

165 Se si analizza l’art. 832 del codice civile oggi vigente in Italia, si legge, più che la definizione di proprietà, una perfetta sintesi di ciò che si va dicendo: «il proprietario ha diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l’osservanza degli obblighi stabiliti dall’ordinamento giuridico». Se si rammenta quanto s’è andato esponendo, si trova una perfetta summa del pensiero lockiano in merito. La (sola) non-ingerenza può consentire alla diade *voluntas-intellectus* d’esplicare il pieno la propria totipotenza. Si noti come, altresì, le facoltà siano “limitate” dall’ossequio ai limiti ed agli obblighi posti dall’ordinamento, limiti che richiamano assai pedissequamente il significato “sociale” che i diritti del singolo vedono innestarsi in essi una volta che s’instaura lo Stato.

come concepite dall’intelletto e rese operative dalla volontà. Di conseguenza, detto “limite”, seppure lo si voglia ritenere sussistente, si palesa evidentemente come “autonomo”, e di fatto si ha come non apposto.

Infatti, essendo la diade *voluntas-intellectus* a determinare quale sia il benessere da perseguire, essa può configurarlo in maniera assolutamente libera, orientandosi di conseguenza. Ed allora il limite del benessere, più che limite si qualifica come un fine, sempre disponibile ed assolutamente non vincolante, anzi, per lo più contingente, e disponibile, mutevole in forza delle proiezioni del singolo.

Inoltre, alla luce di quanto s’è detto, sugli oggetti (tra i quali rientrano pure i diritti) di sua proprietà, il soggetto gode delle facoltà piene che gli sono riconosciute proprio in quanto titolare di una *property ut supra* configurata. Ed agendo sugli oggetti, ben potrà fare di essi ciò che riterrà opportuno, senza che nulla conti se essi si chiamino “fondo Corneliano”, “impresa Alfa”, oppure, avendo riguardo al tema in questo scritto eletto come paradigmatico, “vita”, “salute”, “trattamento sanitario”, “integrità fisica”.

Sostenendo il contrario, si contrasterebbero le premesse “prime” elette dal filosofo inglese.

Curiosamente, una prova decisiva, e forse spesso sottovalutata, di ciò emerge *per tabulas* scorrendo gli scritti lockiani. Se si rammenta infatti il momento fondativo dello Stato, si ha ben presente che il singolo, con il proprio consenso, si sottomette alla comunità pubblica, trasferendo a questi i propri diritti naturali e ricevendoli, nel seno della compagine statale, mutati in diritti sociali.

Orbene, si tratta *ictu oculi* di un atto dispositivo del sé a contenuto “totale”, posto in essere *ope voluntatis!* E’ evidente quindi che, al di là di formulazioni contrastanti, prive di costrutto, la volontà ha un diritto dispositivo pieno sull’oggetto della proprietà di cui è titolare¹⁶⁶.

166 F. Cavalla, *Diritto alla vita, diritto sulla vita*, cit., pagg. 66-69. In relazione alla struttura “dominicale” dei diritti soggettivi nell’opera dell’inglese, scrive Paolo Moro: «la concezione lockiana attribuisce al potere di disposizione dell’uomo [...] una sfera tendenzialmente priva di confini, quantomeno nell’intangibile spazio geografico della condizione primigenia ed ineliminabile del soggetto», in P. Moro, *I diritti indisponibili*, cit., pag. 108. Si noti

Un potere dispositivo che può portare anche alla disposizione totale, all'ablazione addirittura del soggetto proprietario¹⁶⁷.

Rievocando ora la prospettiva "sociale", si rammenta come all'interno dello Stato i diritti soggetti vengono ridotti a diritti, per l'appunto, "sociali", con conseguente obbligo di sottostare anche agli ordini più schizofrenici passibili di emanazione da parte degli organi pubblici a ciò preposti. Il tutto, per il fine dell'autoconservazione sociale. E' evidente come il singolo, *de facto*, si trovi in una posizione di subordinazione assoluta nei confronti del potere, nonostante Locke asserisca che la salvaguardia della comunità politica non possa avvenire mediante la sottrazione delle proprietà individuali. Quest'ultima affermazione, stona palesemente già nel contesto entro cui è pronunciata¹⁶⁸, in quanto si mostra senza alcun fondamento, al punto che, a mente di chi scrive, il passo in cui è rinvenibile è comprensibile e da leggersi *tamquam ea non esset*.

Ma v'è di più.

Infatti, a mente di chi scrive lo Stato si erge a Leviatano, a super-uomo ricondotto alle facoltà piene dello stato di natura. Orbene, egli, grazie ai presupposti volontaristici, avrà, *mutatis mutandis*, la stessa totipotenza *intellectus ac voluntatis* propria degli uomini, trovandosi nella qualità di proprietario di una serie indefinita di oggetti. Tra questi oggetti rientrano i (diritti dei) consociati. Di conseguenza, non si vede come possa ravvisarsi un limite ad un tale potere, abilitato, al contrario, a porre in essere atti anche ablativi dei diritti dei propri sudditi.

Locke, al di là delle infondate ed inconsistenti affermazioni contrarie, in merito, s'è

come nell'asserzione indubitabile, a parere di chi scrive, si rinvenga ciò che s'è tentato d'espone sin d'ora, ossia l'affermarsi di una nuova antropologia, che vede la triade libertà volontà intelletto coerentemente rinvenire il proprio fulcro attorno al soggetto. Tuttavia, il soggetto si trova in una situazione anfibia, di soggetto - oggetto, le cui schizofrenie sono state esposte in nota *supra*.

167 In quanto, in ottica dominicale, anch'esso si configura come oggetto. *Per incidens*, si noti la lampante aporia insita in un tale argomentare, che porta a qualificare la diade volontà-intelletto, in ultima istanza, come adespota.

168 J. Locke, *Secondo Trattato sul Governo*, 139, già citato.

mostrato dunque, almeno sotto tale profilo, assolutamente chiaro.

In conclusione, la circostanza che Locke, od i suoi commentatori, tratteggino come inviolabili i diritti umani naturali, non risulta essere un argomento decisivo, dato che, com'è stato autorevolmente dimostrato, essi, costruiti sul paradigma del diritto dominicale, comportano, al contrario, un diritto di disporre degli stessi.

Pare a chi scrive doversi ritenere che, al contrario, i diritti umani, pur con esiti drammatici ed aporetici, sono fatalmente disponibili, sia da parte della volontà dei privati che da quella dello Stato.

4. CONCLUSIONI

4.1) CONCLUSIONI INERENTI LO *JUS POSITUM*. L'APPARENTE SCHIZOFRENIA DI MATRICE LOCKIANA

La ricerca oggetto del presente scritto aveva fatto vela da una fugace analisi concernente i dati rinvenibili sia presso il formante normativo, che giurisprudenziale e dottrinale inerenti l'autodeterminazione. S'erano passati in rassegna molteplici casi in cui le statuizioni giudiziali hanno enucleato il concetto, in una panoplia di situazioni, per lo più svariate tra di loro.

L'attenzione s'era poi spostata in ordine alle norme su cui erano fondate le decisioni, scoprendo che in nessuna di esse si fa espressa menzione del concetto in esame, limitandosi, al massimo, a parlare di "consenso" o di "volontà".

Il fulcro della ricerca s'è poi centrato in particolare, in quanto paradigmatico, alla figura della c.d. "autodeterminazione terapeutica". Entro l'orbita del diritto alla salute scolpito dall'art. 32 della Costituzione, eretto a fondamento della fattispecie, s'erano rammentati i due filoni, a detta della maggioranza degli interpreti, consustanziali a detta fattispecie: uno concernente il profilo "pubblicistico" del diritto alla salute, l'altro, ad esso spesso posto in opposizione, di matrice "privatistica".

Su quest'ultimo, a detta della maggioranza degli interpreti, s'innesterebbe il concetto di autodeterminazione, sebbene, si noti, la norma costituzionale non faccia alcuna menzione

di esso, né disciplinando il tema *de quo*, né in nessun'altra disposizione.

Dovrebbe risultare lapalissiano, dopo quanto s'è andato esponendo, che i due profili possano trovare sia degli ascendenti, sia delle chiavi interpretative entro l'elaborazione di uno dei padri del costituzionalismo moderno, John Locke. Gli esiti della di lui speculazione, infatti, pongono chiaramente in luce come vi siano due alvei paralleli entro cui si possono reperire i diritti soggettivi: uno concerne l'uomo in sé, preso in quanto tale, *in statu naturae*. L'ipostatizzazione dei diritti è in tale sede caratterizzata dalla nota totipotenza a gestione individuale. L'altro profilo attribuisce i diritti all'uomo dopo che questi ha forgiato l'autorità statutale, cedendo tutti propri i diritti alla *community* e vedendoseli restituire come diritti "sociali"¹⁶⁹.

Sarebbe possibile allora, quantomeno astrattamente, ravvisare una frizione, un attrito tra potere del singolo in ordine ai diritti soggettivi ed, al contrario, potere statutale¹⁷⁰. Una disputa, quantomeno teorica, avente ad oggetto la competenza in ordine alla gestione di detti diritti. Una frizione che, a mente di chi scrive, richiama pedissequamente quanto esposto in sede d'illustrazione del panorama positivo. Si badi a come, tuttavia, a mente dello scrivente, sia per quanto concerne Locke, sia da un punto di vista teoretico che empirico, la frizione sia, in ultima istanza, meramente apparente. Infatti, in realtà, ci si muove entro diritti che, utilizzando terminologia in orbita lockiana, concernono i diritti "sociali", non trattando-

169 Dopo quanto s'è posto in luce nella sezione dedicata al tema nulla potrebbe opporsi alla circostanza che, per decisione pubblica, un diritto "sociale" abbia un contenuto praticamente "annullato" rispetto al diritto naturale.

170 Si permetta una considerazione lapalissiana: è vero che, tendenzialmente, entro il dibattito odierno, s'è portati a pensare che, quantomeno in caso di "autodeterminazione terapeutica", lo Stato ponga delle barriere a questa, limitando così il potere del singolo in merito, visto tacitamente come "più dispositivo", a fronte di un atteggiamento pubblico forse più "conservatore". In realtà ciò è forse vero nella contingenza, ma non riveste alcun valore assoluto. Anzi, presumibilmente, il costituente aveva a mente non certo il caso Englaro, bensì, più realisticamente gli abomini perpetrati dai regimi totalitari della prima metà del XX secolo, ove, tramite l'imposizione di "trattamenti sanitari" s'erano compiuti stermini di massa.

si altro che di reperire le *facultates agendi* così come attribuite dall'ordinamento ai soggetti. Con conseguente ripetizione di un siffatto fondamento autoritativo - pubblicistico in seno ad ogni fattispecie, anche la più apparentemente "privatistica".

Ceteris verbis, se anche la libertà concessa al singolo fosse assoluta, essa non sarà mai realmente *ab-soluta*, consistendo comunque, in una scelta di fondo operata dal potere (statuale od altro ad esso delegato), in ogni momento revocabile¹⁷¹, che si erge a fondare le situazioni soggettive. Il fatto che ad esse venga riconosciuta una maggiore o minore rispondenza rispetto alla loro fisionomia *in statu naturae*, si riduce quindi ad una mera constatazione della statuizione pubblicistica in merito, senza che da essa possa trarsi alcuna cogenza.

La cogenza è data solamente dall'origine volontaristica dello Stato, e da quanto esposto in sede di trattazione di tale tematica.

4.2) DERIVE NICHILISTE DELL'AUTODETERMINAZIONE. DA LOCKE AL CASO ENGLARO

Come già esposto nella sezione a ciò dedicata, Locke articola la propria teorica inerente i diritti umani attorno ad una matrice "proprietaria", inoculando entro i medesimi la struttura fondante dell'uomo ancorata sul binomio volontà - intelletto. Con l'intuibile risultato di rendendoli in tal modo scolpiti attorno alla medesima e verso la stessa debitori.

La struttura dei diritti umani, in altri termini, si basa essenzialmente sul paradigma dominicale, per le ragioni esposte in precedenza.

Alla radice della proprietà, come già s'è enucleato, si situa il binomio volontà - intelletto, che per mezzo di detto denominatore comune, finisce per costituire l'unità minima dei diritti, la loro matrice fondamentale. E' esattamente in ossequio a questa che le statuizioni giudiziali in merito possono inferire, da disposizioni che si limitano a scolpire mere *facultates*

171 Seppure con talune garanzie procedurali e contenutistiche che, in realtà, rendono forse più tortuoso e periglioso il giungere ad un effetto "eversivo", ma non possono scongiurarlo, se non in via formale.

agendi, la necessità del consenso, e, di conseguenza, l'autodeterminazione!

Ceteris verbis, l'unità minima dei diritti viene riconosciuta anche per via giudiziale, palesando così ulteriormente le ascendenze razionalistiche (e, per quanto conta in tale sede, lockiane) dell'*iter*, altrimenti incomprensibile e distonico, che dalla previsione dei diritti conduce al consenso. Un percorso logico che, significativamente, nessuno pone in discussione, in quanto richiamante, implicitamente, un *modus cogitandi* ormai più che sedimentato.

Tuttavia, l'aver posto l'accento sulla totipotenza di volontà-intelletto conduce ad esiti quantomeno discutibili.

In primo luogo in quanto essa, rinvenuta come minima unità antropologica, conduce, essendo essa stessa un ente materiale, ad una concezione meramente fenomenica dell'essere umano. Il che, empiricamente, ha condotto ad esiti ambigui e paradossali, causati dall'ansia di rinvenire un consenso recante gli stilemi del volontarismo così accennato anche in capo a soggetti incapaci di concretarlo. Ed allora, giungendo a far intervenire, in nome della volontà autodeterminante del soggetto, soggetti terzi che formulassero questa volontà mancante.

Così facendo si pone però in essere una contraddizione frontale con le stesse affermazioni che vorrebbero la tutela del consenso e della volontà soggettive. Orbene, in tali casi, e si pensi al caso Englaro, la volontà è del tutto eteronoma ed postulata "personale" solo in via unilaterale e dogmatica, con conseguente smentita dei propositi di cui sopra.

Del resto, la concezione fenomenica dell'uomo basata su *intellectus ac voluntas*, potrebbe condurre a ritenere esseri umani solo che di essa siano in possesso. Con esiti altrettanto drammatici.

In secondo luogo, ed è il profilo a mente di chi scrive più rilevante, in quanto fondante la reale aporia della concezione *de qua*, da cui scaturiscono anche gli esiti appena accennati, è da porre in luce come l'antropologia volontaristica lockiana nasconda in se stessa la possibilità di disporre dell'essere umano, con esiti di annullamento del medesimo.

Infatti, s'è posto in luce come i limiti che Locke pone alla volontà privata od a quella pubblica

si rivelino dei non-limiti, delle asserzioni prive di costrutto e contrastanti con l'intero impianto della propria speculazione. L'aver eletto a fondamento ed a misura di tutte le cose il binomio volontà-intelletto rende automaticamente e necessariamente oggetto tutto ciò che a tale forza sottosta. Un oggetto su cui la diade moderna può esplicare la propria potenza causale senza limiti. Tra siffatti fenomeni rientrano anche la vita, l'integrità fisica, tutto ciò che è "dominabile" (in via "dominabile") da essa.

Ceteris verbis, la volontà umana può determinarsi a desiderare la morte, l'ablazione fisica, la distruzione del corpo del soggetto, in quanto trattasi di...oggetti sottoposti alla *vis voluntatis*. Da qui la possibilità di configurare un diritto alla morte, alla menomazione fisica, e ciò per il mero fatto che il soggetto ciò abbia *voluto*.

E' quindi evidente che non vi possano essere dei limiti, non certo in via generale.

"Limiti" possono rinvenirsi all'interno dello Stato, ove i diritti (*rectius*, in ultima istanza, la volontà) del singolo sono determinati dalla potestà pubblica. Ma nello Stato, s'è visto, essendo i diritti a questo demandati, si avrà che la comunità politica stessa sarà titolare anche dell'unità prima che li anima: una volontà pubblica senza anch'essa priva di confini.

La *res publica* quindi potrà, ed in maniera addirittura più radicale e illimitata rispetto al soggetto singolo, volere la morte di uno o più cittadini, il nocimento fisico, imporre un accanimento terapeutico, ovvero la soppressione di vite ritenute non "utili" per la sopravvivenza del corpo sociale.

I profili nichilisti sono evidenti: sia in un caso che nell'altro l'essere umano è privo di tutela, non sussistendo baluardi atti ad opporsi all'esplicarsi della volontà, sia essa pubblica o privata. In ultima istanza, si spalancano le possibilità della distruzione del soggetto, in diretta conseguenza dell'atto teoretico che fondò il medesimo in chiave volontaristico-intellettualistica.

Comprensibilmente allora si possono intravedere le ascendenze lockiane verso pronunce giurisprudenziali che si muovono entro tale alveo, finendo sempre più per acclarare gli esiti d'ablazione del singolo insiti nella speculazione dell'inglese e, probabilmente, più in generale, nel razionalismo moderno.

4.3) UNA QUESTIONE TERMINOLOGICA: INUTILITÀ DEL CONCETTO DI AUTODETERMINAZIONE

A parere dello scrivente emerge ora *de plano* come l'autodeterminazione, *ut concepta* ed espressa dal diritto vivente, si risolve in un'esplicazione (ulteriore) della totipotenza attribuita al binomio volontà intelletto nel corso del filone speculativo cui s'è fatto riferimento.

In particolare essa finisce per palesare perfettamente la volontà animante la proprietà, indi il fondamento dominicale dei diritti soggettivi, così come scolpiti da Locke. Ad essi, s'è visto, è consustanziale un'illimitata facoltà dispositiva (seppure con le differenze tra stato di natura ed organizzazione statale, ove, in quest'ultima, v'è in sostanza un mutamento di titolarità della volontà), caratteristica che si tende sempre più a riconoscere anche all'oggi, come testimonia l'analisi condotta nelle pagine precedenti.

Conseguentemente, l'autodeterminazione, così enucleata, si risolve, almeno a parere di chi scrive, in una superfetazione, un concetto sovrabbondante.

Essa, infatti, altro non è che la volontà. La volontà consistente nel "braccio operativo" del totipotente intelletto da cui ripete gli stessi caratteri omnidemiurgici, la stessa attitudine ad esplicitare la propria *vis* nei confronti della massa sterminata dei fenomeni, senza alcun limite che le sia consustanziale, essendole, al contrario, congenita l'illimitatezza.

L'autodeterminazione esplica lo svincolamento finalistico dell'agire umano, in favore di ciò che la diade *voluntas - intellectus* può liberamente decidere. Autodeterminarsi significa volere ciò che il singolo desidera ed immagina, senza limiti. Autodeterminazione è auto-volontà, è la volontà singola dell'uomo razionalista.

Una volontà che si tenta sempre più di ricondurre, *medio rei publicae* (si tenga a mente quanto rammentato tuttavia in sede di approfondimento di quale volontà goda della reale supremazia in ambito statale) alla totipotenza propria dello stato di natura.

Ciò che si vuole propugnare, allorquando ci si riferisce all'autodeterminazione, quindi, non è altro che una certa idea di volontà. Chiamarla

in altro modo, potrà risultare suggestivo, forse, ma non concreta altro che una "truffa delle etichette", un'inutile ed ingiustificata moltiplicazione nominalistica.

Davide Morandini si è laureato in giurisprudenza presso l'Università degli Studi di Padova con una tesi in filosofia del diritto avente ad oggetto "Il contratto ed il suo fondamento metanormativo". Svolge il Dottorato di Ricerca presso l'Università di Padova, nonchè la pratica forense in Padova.

davide.morandini@gmail.com

BIBLIOGRAFIA

G. Alpa, *Salute (diritto alla)*, in *Novissimo Digesto Italiano Appendice*, 1986

S. Amato, *Bodily invasion*, in L. Palazzani (a cura di), *Doveri e diritti alla fine della vita*, Roma, 2010

A. Andronico, *Falso movimento: il tempo post-secolare*, in L. Palazzani (a cura di), *Filosofia del diritto e secolarizzazione - Percorsi, profili, itinerari*, Roma, 2011

A. Andronico, *Il regalo di Holden. Riflessioni sul dono e sulla cura*, in L. Palazzani (a cura di), *Doveri e diritti alla fine della vita*, Roma, 2010

M. Azzalini, *Trattamenti life-saving e consenso del paziente: i doveri del medico dinanzi al rifiuto di cure*, nota a Trib. Roma, 23 luglio 2007, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I

M. Barni, *Diritti-doveri, responsabilità del medico*, Milano, 1999

L. Bazzicalupo, *Locke e il paradigma biopolitico*, in M. Chiodi, R. Gatti (a cura di), *La filosofia politica di Locke*, Milano, 2005

F. Bellino, *Bioetica e qualità della vita. Fondamenti*, Nardò, 1999

P. Benciolini, *Il diritto alla salute*, in "Pace, diritti dell'uomo, diritti dei popoli", a. II, n. 1, 1988

- C. M. Bianca, *Diritto civile – Il contratto*, Milano, 2000
- N. Bobbio, *Locke e il diritto naturale*, Torino, 1963
- B. Caravita, *La disciplina costituzionale della salute*, in “Diritto e società”, 1984
- L. Carlassare, *Libertà d’iniziativa economica e tutela della salute nella Costituzione*, in “Rivista Trimestrale di diritto penale dell’economia”, 1992
- B. CASALINI, *L’eredità lockiana e la tradizione liberale*, in M. Chiodi, R. Gatti (a cura di), *La filosofia politica di Locke*, Milano, 2005.
- F. Cavalla, *Appunti intorno al concetto di secolarizzazione*, in L. Palazzani (a cura di), *Filosofia del diritto e secolarizzazione - Percorsi, profili, itinerari*, Roma, 2011
- F. Cavalla, *La verità dimenticata – Attualità dei precursors dopo la secolarizzazione*, Padova, 1996
- F. Cavalla, *Diritto alla vita, diritto sulla vita. Alle origini delle discussioni sull’eutanasia*, in F. Zanuso (a cura di), *Il filo delle Parche – Opinioni comuni e valori condivisi nel dibattito biogiuridico*, Milano, 2009
- F. Cavalla, *Sapienza e rapporti intersoggettivi - Riflessioni su alcuni testi di S. Agostino*, Padova 1970
- F. Cavalla, *Retorica giudiziale, logica e verità*, in F. Cavalla (a cura di), *Retorica, processo, verità*, Milano 2007
- F. Cavalla, *La prospettiva processuale del diritto: saggio sul pensiero di Enrico Opocher*, Padova, 1991
- P. Cendon, *Le attività realizzatrici della persona*, in “Responsabilità civile e previdenza”, n° 12/2011
- A. Cordiano, *L’esercizio delle situazioni esistenziali del beneficiario dell’amministrazione di sostegno*, in “Diritto di Famiglia”, n° 04/2011
- L. Crocker, *Il contratto sociale di Rousseau*, Torino, 1971
- D. Costantini, *La passione per la solitudine – Una lettura del “Secondo Trattato sul Governo” di John Locke*, Padova, 2003
- S. Cotta, *Soggetto umano - Soggetto giuridico*, Milano, 1997
- R. Cubeddu, *Frontiere temporali dell’individualismo*, in M. Chiodi, R. Gatti (a cura di), *La filosofia politica di Locke*, Milano, 2005
- F. D’agostino, *La filosofia del diritto in un’epoca di secolarizzazione*, in L. Palazzani (a cura di), *Filosofia del diritto e secolarizzazione - Percorsi, profili, itinerari*, Roma, 2011
- L. D’avack, *Il consenso informato e le ideologie del giudice nel rapporto medico – paziente*, in L. Palazzani (a cura di), *Doveri e diritti alla fine della vita*, Roma, 2010
- N. De Federicis, *Il modello lockiano della società civile e la critica di Kant alla “costituzione” inglese*, in M. Chiodi, R. Gatti (a cura di), *La filosofia politica di Locke*, Milano, 2005
- G. Dolce, M. Quinteri, *L’evoluzione dello stato vegetativo*, in C. Navarini (a cura di), *Autonomia e autodeterminazione - Profili etici, bioetici e giuridici*, Roma, 2011
- Fiandaca-Musco, *Persona (Delitti contro la)*, in *Digesto discipline penalistiche*, vol. IX, Torino 1995
- W. Euchner, *La filosofia politica di Locke* Roma-Bari, 1995
- G. Fiaschi, *Locke o dell’ambiguità di un moderno*, in M. Chiodi, R. Gatti (a cura di), *La filosofia politica di Locke*, Milano, 2005
- M.G. Furnari, *Rifiuto o rinuncia alle cure nella relazione paziente – medico*, in L. Palazzani (a cura di), *Doveri e diritti alla fine della vita*, Roma, 2010

- S. Fuselli, *Forme della secolarizzazione. Una esplorazione tra antico e moderno*, in L. Palazzani (a cura di), *Filosofia del diritto e secolarizzazione - Percorsi, profili, itinerari*, Roma, 2011
- S. Fuselli, *La lanterna di Diogene: alla ricerca dell'uomo negli esperimenti di ibridazione*, in F. Zanuso (a cura di), *Il filo delle Parche - Opinioni comuni e valori condivisi nel dibattito biogiuridico*, Milano, 2009
- L. Gaeta, *Il seme di Locke - Interpretazioni del mercato immobiliare*, Milano, 2006
- A. M. Gambino, *Direttive anticipate e diritto privato*, in C. Navarini (a cura di), *Autonomia e autodeterminazione - Profili etici, bioetici e giuridici*, Roma, 2011
- A. E. Galeotti, *Locke e la teoria politica contemporanea: individualismo e eguaglianza morale*, in M. Chiodi, R. Gatti (a cura di), *La filosofia politica di Locke*, Milano, 2005
- E. Gilson, *Giovanni Duns Scoto*, Milano, 2008
- A. Greco, *Il "nocciolo duro" del diritto alla salute*, in "La responsabilità civile", 2007, 4
- P. Grossi, *La proprietà nel sistema privatistico della Seconda Scolastica*, in P. Grossi (a cura di), *La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno* Milano, 1973
- P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2007
- B. Henry, *Lessici dei diritti, pragmatica della tolleranza. Una parziale rilettura di un testo lockiano*, in M. Chiodi, R. Gatti (a cura di), *La filosofia politica di Locke*, Milano, 2005
- P. Heritier, *Estetica della secolarizzazione*, in L. Palazzani (a cura di), *Filosofia del diritto e secolarizzazione - Percorsi, profili, itinerari*, Roma, 2011
- H. Jonas, *Dalla fede antica all'uomo tecnologico*, Bologna, 1991
- M. H. Kramer, *John Locke and the origins of private property - Philosophical explorations of individualism, community, and equality*, Cambridge University Press, Cambridge, 1997
- C. Lega, *Il diritto alla salute in un sistema di sicurezza sociale*, Roma, 1952
- J. Locke, *Saggio sull'intelletto umano*, trad. di M.G. D'Amico, V. Cicero, Milano, 2008
- J. Locke, *Secondo Trattato sul Governo*, trad. di A. Gialluca, Milano, 2001
- M. Luciani, *Il diritto costituzionale alla salute*, in "Diritto Societario", 1980
- F. Macioce, *Il rifiuto dei trattamenti sanitari: una prospettiva filosofica*, in L. Palazzani (a cura di), *Doveri e diritti alla fine della vita*, Roma, 2010
- C.B. Macpherson, *Libertà e proprietà alle origini del pensiero borghese - La teoria dell'individualismo possessivo da Hobbes a Locke*, Milano, 1962
- S. Maletta, *Locke, il conflitto e oltre*, in M. Chiodi, R. Gatti (a cura di), *La filosofia politica di Locke*, Milano, 2005
- A. C. Amato Mangiameli, *Diritto religione secolarizzazione. Qualche spunto*, in L. Palazzani (a cura di), *Filosofia del diritto e secolarizzazione - Percorsi, profili, itinerari*, Roma, 2011
- S. Mangiameli, *Autodeterminazione: diritto di spessore costituzionale?*, in C. Navarini (a cura di), *Autonomia e autodeterminazione - Profili etici, bioetici e giuridici*, Roma, 2011
- F. Manti, *Locke e il costituzionalismo*, Genova, 2004
- F. Mantovani, *Diritto Penale, parte speciale - Delitti contro la persona*, Padova, 1995
- M. Manzin, *Mizzi e i mostri. Riflessioni su secolarizzazione e bioetica nell'epoca dell'incoscienza della tecnica*, in L. Palazzani (a cura di), *Filosofia del diritto e secolarizzazione - Percorsi, profili, itinerari*, Roma, 2011
- M. Manzin, *Ordo juris*, Milano, 2008

- R. Martini, *Il mito del consenso nella dottrina del contratto*, in "IURA", XLII, 1991
- L. Mingardo, *Normativa sulla procreazione medicalmente assistita e logica del desiderio: il caso della diagnosi genetica preimpianto*, in F. Zanuso (a cura di), *Il filo delle Parche – Opinioni comuni e valori condivisi nel dibattito biogiuridico*, Milano, 2009
- B. Montanari, *Secolarizzazione. Profili epistemologici e normativi*, in L. Palazzani (a cura di), *Filosofia del diritto e secolarizzazione - Percorsi, profili, itinerari*, Roma, 2011
- P. Moro, *Un altro Barocco. Ordine giuridico e sovranità politica in epoca postmoderna*, in L. Palazzani (a cura di), *Filosofia del diritto e secolarizzazione - Percorsi, profili, itinerari*, Roma 2011
- P. Moro, *Dignità umana e consenso all'atto medico*, in F. Zanuso (a cura di), *Il filo delle Parche – Opinioni comuni e valori condivisi nel dibattito biogiuridico*, Milano, 2009
- P. Moro, *I diritti indisponibili - Presupposti moderni e fondamento classico nella legislazione e nella giurisprudenza*, Torino, 2004
- P. Moro, *Il diritto come processo, Principi, regole e brocardi per la formazione critica del giurista*, Milano, 2012
- P. Moro, *Fondamenti di retorica forense*, Pordenone, 2004
- P. Moro, *La via della giustizia*, Pordenone, 2001
- V. Mura, *Bobbio interprete di Locke e del giusnaturalismo moderno*, in M. Chiodi, R. Gatti (a cura di), *La filosofia politica di Locke*, Milano, 2005
- C. Napoleoni, *Il valore*, Milano, 1976
- S. Natoli, *Soggetto e fondamento, studi su Aristotele e Cartesio*, Padova, 1979
- C. Navarini, *Natura e valore dell'autonomia: riflessioni sul testamento biologico*, in C. Navarini (a cura di), *Autonomia e autodeterminazione - Profili etici, bioetici e giuridici*, Roma, 2011
- M. Nicoletti, *L'individuo e le sue relazioni a partire dal Second Treatise di John Locke*, in M. Chiodi, R. Gatti (a cura di), *La filosofia politica di Locke*, Milano, 2005
- L. Paladin, *Diritto Costituzionale*, Padova, 1998
- E. Palermo Fabris, *Diritto alla salute e trattamenti sanitari nel sistema penale - Profili problematici del diritto all'autodeterminazione*, Padova, 2000
- P. Pagani, *Autonomia, autodeterminazione, libertà: una questione di senso*, in C. Navarini (a cura di), *Autonomia e autodeterminazione - Profili etici, bioetici e giuridici*, Roma, 2011
- L. Palazzani, *La secolarizzazione in (bio)etica*, in L. Palazzani (a cura di), *Filosofia del diritto e secolarizzazione - Percorsi, profili, itinerari*, Roma, 2011
- L. Palazzani, *Dovere di curarsi-curare e diritto a non curarsi-curare*, in L. Palazzani (a cura di), *Doveri e diritti alla fine della vita*, Roma, 2010
- T. Pasquino, *Autodeterminazione e dignità della morte*, Padova, 2009
- P. Perlingieri, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972
- B. Pezzini, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in "Diritto Societario", 1983
- M. C. Pievatolo, *Ambiguità liberali: la persistenza dello stato di natura in John Locke*, in M. Chiodi, R. Gatti (a cura di), *La filosofia politica di Locke*, Milano, 2005
- R. Polin, *La giustizia nella filosofia di Locke*, in Aa.Vv, *Locke*, Giuffrè, Milano 1978
- F. Reggio, *La vita come danno. Alcune note in margine ad una recente sentenza in tema di 'diritto a non nascere'*, in F. Zanuso (a cura di), *Il filo delle Parche – Opinioni comuni e valori condivisi nel dibattito biogiuridico*, Milano, 2009

- M. Ronco, *Volontà anticipate e volontà attuale: quale autonomia?*, in C. Navarini (a cura di), *Autonomia e autodeterminazione - Profili etici, bioetici e giuridici*, Roma, 2011
- G. Saraceni, *Diritto e secolarizzazione. Dal tempo della responsabilità al tempo della solitudine*, in L. Palazzani (a cura di), *Filosofia del diritto e secolarizzazione - Percorsi, profili, itinerari*, Roma, 2011
- T. Scandroglio, *Legge naturale, autonomia e autodeterminazione*, in L. Palazzani (a cura di), *Doveri e diritti alla fine della vita*, Roma, 2010
- P. P. Scarafoni *Autonomia e autodeterminazione. Dio e l'uomo*, in C. Navarini (a cura di), *Autonomia e autodeterminazione - Profili etici, bioetici e giuridici*, Roma, 2011
- F. Sciacca, "Identità" di John Locke. *Dall'ontologia formale alla teoria politica*, in M. Chiodi - R. Gatti (a cura di), *La filosofia politica di Locke*, Milano, 2005
- S. Semplici, *Dal consenso informato al 'Testamento biologico'?*, in L. Palazzani (a cura di), *Doveri e diritti alla fine della vita*, Roma, 2010
- P. Sommaggio, *Una filosofia per la genetica. Due forme di intervento: somatica e germinale. Tre approcci all'umano: materiale, eugenico, metafisico*, in F. Zanuso (a cura di), *Il filo delle Parche - Opinioni comuni e valori condivisi nel dibattito biogiuridico*, Milano, 2009
- A. G. Spagnolo, A. A. Bignamini, A. De Franciscis, "I Comitati di Etica fra linee-guida dell'Unione Europea e decreti ministeriali", in "Medicina e Morale", novembre-dicembre 1997
- G. Spoto, *Questioni di fine vita tra modelli adottati in Europa, negli Stati Uniti e proposte interne*, in "Europa e dir. Priv.", 2011, 04
- L. Strauss, *Diritto naturale e storia*, Genova, 1990
- J. L. Talmon, *Le origini della democrazia totalitaria*, Bologna, 2000
- J. Tully, *A discourse on property. John Locke and his adversaries*, Cambridge University Press, 1980
- F. Todescan, *Etiam si daremus - Studi sinfonici sul diritto naturale*, Padova, 2003
- F. Todescan, *Itinerari critici dell'esperienza giuridica*, Torino, 1991
- F. Todescan, *Le radici teologiche del giusnaturalismo laico*, Milano, 1983
- F. Tonnies, *Una tipica espressione del pensiero moderno*, in M. Mancini (a cura di), *Interpretazioni novecentesche di Thomas Hobbes*, Torino, 1999
- C. A. Viano, *L'individualismo introvabile e la teoria lockiana della tolleranza*, in M. Chiodi, R. Gatti (a cura di), *La filosofia politica di Locke*, Milano, 2005
- M. Villey, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, Milano, 1986
- F. Zanuso, *Neminem laedere - Verità e persuasione nel dibattito bio-giuridico*, Padova, 2005
- F. Zanuso, *Conflitto e controllo sociale nel pensiero giuridico moderno*, Padova, 1993
- F. Zanuso, *Incontrare l'altro nel dialogo, oltre la tolleranza: infibulazione rituale e tutela dei diritti umani*, in F. Zanuso (a cura di), *Il filo delle Parche - Opinioni comuni e valori condivisi nel dibattito biogiuridico*, Milano, 2009
- F. Zanuso, *L'indisponibile filo delle Parche. Argomentazione e decisione nel dibattito biogiuridico*, in F. Zanuso (a cura di), *Il filo delle Parche - Opinioni comuni e valori condivisi nel dibattito biogiuridico*, Milano, 2009
- P. Zatti, *Il corpo e la nebulosa dell'appartenenza*, in "Nuova giur. Civ. Comm.", 2007
- F. Zini, *La donazione degli organi come problema biogiuridico*, in F. Zanuso (a cura di), *Il filo delle Parche - Opinioni comuni e valori condivisi nel dibattito biogiuridico*, Milano, 2009