



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PADOVA

Sede Amministrativa: Università degli Studi di Padova

Dipartimento di Diritto Privato E Critica Del Diritto

SCUOLA DI DOTTORATO DI RICERCA IN GIURISPRUDENZA
INDIRIZZO UNICO
CICLO XXVIII

**LA VOLONTA' GIURIDICA.
GENESI ED ANATOMIA DI UN CONCETTO MODERNO**

Direttore della Scuola: Ch.mo Prof. Roberto Kostoris

Supervisore: Ch.mo Prof. Paolo Moro

Dottorando: Davide Morandini

Indice

I.	La volontà come totipotenza soggettiva nella <i>scientia juris</i>	5
1.	La volontà nella giurisprudenza	5
a)	La giurisprudenza costituzionale.....	5
b)	La giurisprudenza di legittimità.....	8
c)	La giurisprudenza amministrativa e comunitaria	11
d)	La giurisprudenza di merito.....	13
e)	Considerazioni	15
2.	La volontà nell'elaborazione dottrinale	18
a)	La <i>voluntas</i> e la dottrina civilistica. La “volontà negoziale”	18
b)	Volontà nel diritto penale ed, in generale, nello <i>jus publicum</i>	26
c)	Considerazioni	29
3.	Un “ <i>intra – éndoxon</i> ”: la c.d. “autodeterminazione”	31
a)	L'autodeterminazione in generale	31
b)	L'autodeterminazione terapeutica.....	33
c)	Autodeterminazione e volontà. C. di Cass. 21748/07.....	39
d)	Autodeterminazione e volontà. Considerazioni di riepilogo	44
II.	La rivoluzione volontaristica	47
1.	L'antecedente logico - storico: la disputa sulla povertà.....	47
a)	Fermenti per il <i>mondo novo</i>	47
b)	La volontà quale grimaldello concettuale eversivo	51
2.	La <i>franciscana paupertas</i> : normatività ed eversione	53
a)	L'aspirazione ad un nuovo rapporto uomo – <i>res</i>	53
b)	La <i>paupertas</i> come norma inderogabile	56
c)	Il Papato ed i <i>Mimores</i>	60
3.	Il virare della controversia sul piano del diritto.....	63
a)	Bonaventura e la povertà quale assenza di diritti	63
b)	La <i>definitio</i> bonaventuriana e le obiezioni civilistiche	69

c)	<i>Non – dominium e simplex usus</i> : assenza di diritti	72
d)	Il contrasto con la concezione “oggettiva” del diritto	73
e)	Il <i>simplex usus facti</i> : lo scontro aperto.....	76
f)	Giovanni XXII ed i <i>Minores</i> : due mondi a confronto.....	78
4.	La rivoluzione volontaristica di Pietro di Giovanni Olivi.....	84
a)	Il dilemma tragico e la rilevanza dell’Olivi.....	84
b)	L’abbrivio del <i>sistema voluntatis</i>	88
c)	<i>Homo imago Dei, Deus ens a se</i> : l’antropologia oliviana.....	89
d)	L’atto creazionistico <i>ex voluntate</i>	91
e)	Volontà e libertà come cifra della primazialità dell’uomo.....	95
f)	Libertà, volontà ed autodeterminazione	100
g)	Il ruolo subordinato dell’intelletto	105
h)	Ancora sul binomio volontà – libertà.....	108
i)	Dalla volontà al (<i>non</i>) <i>dominium</i>	112
j)	La <i>Quaestio “Quid ponat ius vel dominium?”</i>	115
k)	La dinamica <i>dominus – dominatus</i> come paradigma delle relazioni ...	117
l)	I “ <i>signa voluntaria</i> ”. Autorità e norma vincolante	120
m)	Considerazioni finali sul sistema teoretico di Olivi	125
n)	La volontà oliviana e la sua rilevanza giuridica.....	128
o)	Solipsismo oliviano e gerarchia dominativa.....	131
p)	Due corollari: la <i>plenitudo potestatis</i> e l’ <i>usus pauper</i>	138
5.	Il <i>De perfectione statuum</i>	146
a)	Un libello di incerta attribuzione.....	146
b)	Influssi oliviani sull’opera.....	148
6.	Olivi, Niccolò III e la <i>Exiit qui seminat</i>	152
a)	Rilevanza del pronunciamento papale	152
b)	L’abdicazione ad ogni diritto: una soluzione volontarista	154
7.	Guglielmo di Ockham	158

a)	Okcham e gli influssi oliviani. Una nuova prospettiva.....	158
b)	La via ockhamiana all'abdicazione dei diritti. Lo <i>jus poli</i>	161
c)	Diritto <i>absque pactione</i> e <i>ius poli</i>	164
d)	La gerarchia dominativa volontaristica in Okcham.....	166
e)	La volontà francescana ed il potere. L'ombra di Olivi.....	169
III.	John Locke.....	177
1.	Volontà è potere, potere è volontà: <i>Essay</i> , II, XXI.....	177
2.	Dallo stato di natura alla <i>community</i> . La gerararchia dominativa.....	183
a)	Gli uomini nello stato di natura.....	183
b)	La gerarchia quale <i>medium</i> artificiale.....	186
c)	Volontà a-relazionale e consenso demiurgico in <i>statu naturae</i>	189
d)	Il contratto sociale quale atto dispositivo	193
e)	La struttura dominicale dei diritti.....	197
3.	Rilevanza della volontà nella speculazione lockiana	201
a)	Libertà e volontà. Ascendenze francescane.....	201
b)	La <i>property</i> , un <i>dominium ad omnia</i>	207
c)	La <i>property</i> quale paradigma sociale. Ancora in merito al potere.....	212
IV.	Conclusioni. La teologia del potere.....	215
1.	Ripercorrendo il percorso logico svolto	215
a)	Libertà, volontà, povertà	215
b)	La rivoluzione volontaristica: Pietro di Giovanni Olivi.....	217
c)	Dalla volontà quale potenza alla gerarchia dominativa	217
d)	Il <i>dominium</i> quale paradigma delle relazioni.....	220
2.	La teologizzazione del potere <i>medio voluntatis</i>	222
a)	Gerarchia, volontà ed identità.....	222
b)	Volontà e potenza quali assoluti: la "teologia del potere"	223
c)	Un radicale dualismo metafisico.....	227
d)	Una rivoluzione giuridica	229

3.	La <i>moderna voluntas</i> . Considerazioni finali	230
Appendice. Lo strano caso dell'art. 20 d.p.r. 131/1986.....		233
1.	L'imposta di registro. Cenni introduttivi e rilevanza	233
2.	Da tassa di registrazione ad imposta sull'attività giuridica.....	234
	a) Effetti della registrazione e presupposto d'imposta	234
	b) Attività giuridica relazionale quale presupposto d'imposta	236
3.	La volontà rilevante per l'erario.....	239
	a) Relazionale, non assoluta.....	239
	b) Causa e mozione causale	242
	c) Imposta di registro e volontà giuridica moderna	245
4.	Considerazioni riepilogative.....	247
Bibliografia.....		249

I. La volontà come totipotenza soggettiva nella *scientia juris*

1. La volontà nella giurisprudenza

I giurisperiti sono sovente talmente avvezzi a sentire parlare di “volontà”, “consenso” e di altri lemmi sinonimici¹, da non prestare attenzione alla frequenza ed alla portata semantica e significativa con cui essi si palesano entro l’alveo della *scientia juris*². Basta, per rendere conto di una siffatta affermazione, una semplice ricerca giurisprudenziale per rendere conto di quanta rilevanza e ricorsività connoti il lemma “volontà” entro l’orbita del giuridico.

a) La giurisprudenza costituzionale

In primo luogo, sfogliando in maniera cursoria e rapsodica la giurisprudenza costituzionale degli ultimi mesi, l’interprete potrà rendersi agevolmente conto di come si parli infatti di volontà in una panoplia di fattispecie, che vanno dal consenso delle parti nel c.d. “arbitrato irrituale”³ ovvero nell’arbitrato rituale (nella fattispecie

¹ In realtà la sinonimia con cui si assumono non è un dato ontologico pertinente ai medesimi. Anzi, com’è evidente, è frutto del dipanarsi delle vicende storiche del pensiero, cui si tenderà, almeno in parte, di dar conto nel presente lavoro. Per quanto concerne in particolare la struttura del consenso contrattuale, si veda l’accurata ed originale disamina reperibile in un autore che si è occupato di questo tema, apparentemente di nicchia o di secondaria importanza, mentre, a parere dello scrivente, di dirimente rilevanza per comprendere la contemporaneità giuridica. Il riferimento è a (Somma, 2000), cui si rinvia.

² A ben guardare, infatti, essa assurge al rango di vero e proprio *éndoxon*. Mediante detto lemma si intende in questa sede il riferimento ad opinioni che sono diffuse e costituiscono il presupposto argomentativo di un dato ragionamento (ovvero, pur non essendo premesse, sono pertinenti al ragionamento), in quanto “luoghi comuni” argomentativi, diffusi. In merito, è da ricordare l’insegnamento di Aristotele, laddove lo Stagirita insegnava che gli *éndoxa* potessero costituire la premessa di due tipi di sillogismo, di ben diverso valore accertante: quello dialettico e quello eristico. Il primo consiste in una manifestazione di verità (cfr. Aristotele, *Topica*, 100a 29-30), laddove non ci si trovi al cospetto di proposizione vere e prime della scienza, le quali costituiscono le premesse del sillogismo apodittico; il secondo è, al contrario, un ragionamento fallace, solo apparente e pertanto ingannatore, atto a catturare un consenso solo temporaneo, poiché non fondato. In merito lo Stagirita distingue due situazioni da cui origina il sillogismo eristico: laddove le premesse dell’argomentazione non siano rispettate e laddove siano solo apparentemente condivise dall’uditorio, poiché costituite da un *éndoxon* illusorio (*Topica*, 100b 24 – 25). Per siffatti impressionistici tratti concernenti gli *éndoxa*, sono debitore di quanto si legge in (Zanuso, *L’indisponibile filo delle Parche. Argomentazione e decisione nel dibattito biogiuridico*, 2009), p. 20, nota n. 28.

³ Corte Cost. sent. n. 196/2016: «la natura negoziale dell’arbitrato irrituale dovrebbe comportare l’impugnabilità della decisione per vizi del consenso, analogamente a quanto previsto per ogni forma di manifestazione di volontà

avente ad oggetto la definizione di controversie in materia di appalti pubblici)⁴, di collaborazione tra Stato e regioni⁵, di volontà della legge enucleata in un testo normativo⁶, di volontà degli organi esecutivi regionali⁷, nonché di volontà negoziale della Regione stessa⁸, di trattamento retributivo delle ferie non godute dal lavoratore non per sua volontà⁹, di volontà del legislatore¹⁰, di accesso alle pratiche di

negoziale, e, in particolare, per errore rilevante derivante dalla falsa rappresentazione della realtà da parte degli arbitri, nelle varie forme in cui esso può atteggiarsi (mancata presa visione di alcuni elementi della controversia, erronea supposizione della loro esistenza, inesatta percezione di fatti pacifici ovvero contestati); e che tale natura negoziale dovrebbe, altresì, comportare la possibilità di impugnativa della decisione per incapacità delle parti che hanno conferito l'incarico o dell'arbitro stesso; (...) la materia della conformazione degli istituti processuali è devoluta alla discrezionalità del legislatore e la scelta dello strumento arbitrale, come mezzo di risoluzione delle controversie, trova la sua fonte nella volontà delle parti che, nel deferire la controversia ad arbitri, scelgono liberamente un percorso di soluzione rapido ed informale, ma si assoggettano, altrettanto liberamente, alle peculiarità della fase impugnatoria».

⁴ Corte Costituzionale n. 99/2016: «la parte pubblica ha adottato nel processo principale atti e comportamenti "concludenti", che manifesterebbero in modo univoco la sua volontà di deferire ad arbitri la controversia e di proseguire il giudizio arbitrale, quali la nomina dell'arbitro, la nomina del difensore, il conferimento della procura ad litem, la «condivisione» nell'individuazione del presidente del collegio arbitrale, la nomina del consulente tecnico di parte, l'autorizzazione alla testimonianza di un proprio tecnico».

⁵ Corte Cost. sent. n. 110/2016: «La Regione Abruzzo, a conforto della propria tesi, richiama la giurisprudenza costituzionale in base alla quale la previsione dell'intesa, imposta dal principio di leale collaborazione, implica l'illegittimità di una norma contenente la drastica previsione del rilievo decisivo della volontà di una sola delle parti. Pertanto, in caso di mancato raggiungimento dell'accordo, non sarebbe legittima, di per sé, l'assunzione unilaterale di un provvedimento; dovendosi, invece, prevedere procedure di reiterazione delle trattative, eventualmente anche con l'impiego di specifici strumenti di mediazione».

⁶ Corte Cost., sent. n. 110/2016: «Il mancato riferimento, da parte del comma 5, ai gasdotti di approvvigionamento di gas dall'estero e alle relative operazioni preparatorie, cui si applicano le procedure autorizzative prescritte dall'art. 52-quinquies, comma 2, del d.P.R. n. 327 del 2001 - secondo l'Avvocatura generale dello Stato - non indicherebbe la volontà legislativa di sottrarre tali interventi al regime dell'intesa. Sarebbe risultato, invero, inutile richiamare, all'interno del comma 5, l'intera formulazione del precedente comma 2. E per ragioni di tecnica legislativa, risultava preferibile il semplice riferimento alle «infrastrutture lineari energetiche» - formula, questa, che richiama la rubrica della disposizione in argomento - e il generale rinvio all'art. 52-quinquies, comma 2, del d.P.R. n. 327 del 2001».

⁷ Sempre C. Cost. 110/2016: «È in proposito da ribadire (sentenze n. 217 del 2014 e n. 142 del 2012) che, in base alla disciplina che regola i giudizi davanti a questa Corte, al fine di garantire l'economia, la celerità e la certezza del giudizio costituzionale, è necessario che la volontà della Giunta regionale di promuovere ricorso avverso una legge dello Stato sia accertata, mediante acquisizione della deliberazione agli atti del processo, al più tardi al momento in cui il ricorso va depositato nella cancelleria di questa Corte, e cioè entro il termine perentorio ricordato».

⁸ Continua la stessa sentenza n. 110/2016: «Nel merito il resistente ribadisce la legittimità delle disposizioni che la nota impugnata richiama, in quanto gli accantonamenti disposti non mirerebbero ad eludere il procedimento di cui all'art. 27 della legge n. 42 del 2009, la cui definizione non sarebbe nella disponibilità esclusiva dello Stato, ma dipenderebbe anche dalla volontà regionale».

⁹ C. Cost. 95/2016: «Il nucleo delle censure investe il divieto di corrispondere trattamenti economici sostitutivi delle ferie non godute, anche quando il mancato godimento non sia riconducibile alla volontà del lavoratore».

¹⁰ C. Cost. 163/2016: «che egli considera, altresì, che la volontà del legislatore nella legge delega sarebbe "chiara nel voler depenalizzare ed abrogare le fattispecie penali ivi indicate", e che tale volontà non potrebbe essere in alcun modo «inficiata da un successivo decreto legislativo di attuazione, anche se tardivo, mancante o addirittura fuorviante

procreazione medicalmente assistita e volontà della collettività¹¹, di volontà del legislatore tributario e dell'ente impositore¹², nonché del legislatore costituzionale¹³, *et multa cetera*¹⁴.

dai principi imposti, caso ultimo, questo, di incostituzionalità nativa (...) che, dunque, il giudice a quo ritiene che il rapporto intercorrente tra legge delega e decreto legislativo sia pienamente assimilabile a quello tra decreto-legge e legge di conversione, sulla base della considerazione che "i due atti aventi forza di legge, in buona sostanza, sono atti dell'Esecutivo sottoposti sempre al vaglio parlamentare che rappresenta la volontà del legislatore: in via preventiva nel decreto legislativo ed in via successiva nel decreto-legge". Si veda anche, ex multissimis, C. Cost. 82/2016: «che, anche in questo caso, sotto il profilo soggettivo i Consigli regionali - asseritamente contitolari, ciascuno uti singulus, delle prerogative costituzionali di cui all'art. 75 Cost. e dunque ciascuno potere dello Stato per essere competente ad esprimere in via definitiva la volontà del potere legislativo-referendario a cui appartiene - assumono di essere dotati della legittimazione a promuovere il conflitto (specificamente deliberato solo dal Consiglio della Regione Veneto) una volta decisa l'iniziativa referendaria e nominati i propri delegati, chiamati ad agire in nome e per conto dei rispettivi Consigli «a difesa» dell'iniziativa stessa ed a rilasciare mandato alle liti per la difesa tecnica».

- ¹¹ C. Cost. 84/2016: *«Il dubbio di legittimità costituzionale del divieto di revoca del consenso all'impianto dopo la fecondazione dell'ovulo risulta così privo, appunto, di rilevanza nel giudizio a quo. Né a diverso avviso si può pervenire, argomentando (come fa il rimettente) che "I ricorrenti intendono ripetere il ciclo di PMA, onde impellente è la risoluzione di ogni questione relativa alla manifestazione della volontà", posto che tale intento, pro futuro, non vale a rendere "attuale" la questione della revoca del consenso nell'ambito del giudizio principale, una volta che, nel contesto del ciclo di PMA del quale ivi si discute, l'interessata ha poi di fatto, comunque, consentito al trasferimento in utero dell'unico embrione (tra quelli prodotti) non affetto da patologia (...) A fronte, dunque, di quella che qualcuno ha definito "una scelta tragica", tra il rispetto del principio della vita (che si racchiude nell'embrione ove pur affetto da patologia) e le esigenze della ricerca scientifica - una scelta, come si è detto, così ampiamente divisiva sul piano etico e scientifico, e che non trova soluzioni significativamente uniformi neppure nella legislazione europea - la linea di composizione tra gli opposti interessi, che si rinvia nelle disposizioni censurate, attiene all'area degli interventi, con cui il legislatore, quale interprete della volontà della collettività, è chiamato a tradurre, sul piano normativo, il bilanciamento tra valori fondamentali in conflitto, tenendo conto degli orientamenti e delle istanze che appaiono come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale».*
- ¹² Corte Costituzionale 78/2016: *«Secondo la Commissione tributaria provinciale di Campobasso il principio di uguaglianza e ragionevolezza sarebbe, altresì, violato considerando le diverse modalità di accertamento che per legge o per volontà dell'ente impositore siano adottate per recuperare tributi di pari valore: in tal caso diversa sarà la determinazione del contributo unificato nell'ipotesi di un unico atto contenente più tributi (unico contributo unificato determinato in base alla somma dei tributi) od in quella invece di più atti contenenti gli stessi tributi relativi ad annualità diverse (somma dei contributi dovuti per ciascuno degli atti), come si è verificato nelle fattispecie oggetto del giudizio a quo».*
- ¹³ C. Cost. 58/2016: *«Infine, dirimente appare la stessa volontà del legislatore costituzionale, espressa nell'art. 10 della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 (Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione), che consente l'estensione delle norme contenute nella legge di revisione del Titolo V, soltanto nella parte in cui prevedono forme maggiori di autonomia».*
- ¹⁴ Per ovvie ragioni di sinteticità della trattazione gli esempi riportati sono in numero esiguo rispetto a quanto possono offrire le banche dati di giurisprudenza cui si rinvia. Si precisa altresì che per la ricerca riportata in queste pagine si è utilizzato il motore di ricerca "iusexplorer" (consultabile in abbonamento al sito www.iusexplorer.it) curato dall'editore Giuffrè. E' altresì interessante notare come il tema della volontà si intersechi con il tema dell'autodeterminazione. In materia, mi sia consentito di rinviare al mio (Morandini, 2012), in particolare alle pagg. 89 – 91. Si veda comunque, *infra*.

b) La giurisprudenza di legittimità

Una ricerca in senso alla giurisprudenza di legittimità non dà, del resto, esiti diversi, laddove gli Ermellini parlano di *voluntas* in tema di configurabilità della responsabilità civile di padroni e committenti ex art. 2049 c.c.¹⁵, di mezzi idonei a manifestare la volontà di impedire il rinnovo di un contratto di locazione¹⁶, di competenze dell'assemblea condominiale ex art. 1135 c.c. e di diritti dei condomini¹⁷, di volontà della p.a. in materia di pubblico impiego¹⁸, di contenuto anomalo del

¹⁵ C. di Cass. 12283/2016: «*Ai fini della configurabilità della responsabilità ex art. 2049 c.c. occorre che il fatto illecito sia stato commesso da un soggetto legato da un rapporto institorio o di preposizione con il responsabile che ricorre, non solo nel caso di un rapporto di lavoro subordinato, ma in tutti i casi in cui per volontà di un soggetto (committente), un altro soggetto (commesso) espliciti un'attività per di lui conto e sotto il suo potere.*»

¹⁶ C. di Cass. 11808/2016: «*L'art. 2, comma 1, secondo inciso, della Legge n. 431 del 1998, nel prevedere che la manifestazione della rinuncia al rinnovo (disdetta immotivata) alla seconda scadenza dei contratti di cui alla norma debba compiersi con lettera raccomandata da inviarsi all'altra parte almeno sei mesi prima della scadenza del secondo periodo di durata contrattuale, non prescrive a pena di nullità né il mezzo di compimento della manifestazione negoziale (la lettera e, dunque, la forma scritta) né quello della trasmissione (raccomandata). Ne segue che l'uno e l'altro requisito ammettono equipollenti, purché idonei ad evidenziare la manifestazione all'altra parte della volontà negoziale sei mesi prima della scadenza. Da tanto discende che, non essendo previsto a pena di nullità il requisito della forma scritta per il negozio di rinuncia -disdetta immotivata, non è sostenibile per ciò solo che l'invio di una lettera tramite raccomandata nell'osservanza della previsione normativa da parte di soggetto che si qualifichi rappresentante della parte del contratto sia idoneo solo se costui abbia ricevuto a sua volta per iscritto il conferimento del potere di rappresentanza.*»

¹⁷ C. di Cass. 5814/2016: «*Le attribuzioni dell'assemblea condominiale, previste dall'art. 1135 c.c., sono circoscritte alla verifica e all'applicazione in concreto dei criteri stabiliti dalla legge, e non comprendono il potere di introdurre deroghe ai criteri legali di riparto delle spese, con la conseguenza che deve ritenersi nulla e non meramente annullabile, anche se assunta all'unanimità, la delibera che modifichi il criterio legale di ripartizione delle spese di riparazione del lastrico solare stabilito dall'art. 1126 c.c., senza che i condomini abbiano manifestato l'espressa volontà di stipulare un negozio dispositivo dei loro diritti in tal senso. La predetta nullità può essere fatta valere, a norma dell'art. 1421 c.c., anche dal condomino che abbia partecipato all'assemblea esprimendo voto conforme alla deliberazione stessa, purché alleghi e dimostri di avervi interesse, giacché non opera nel campo del diritto sostanziale la regola propria della materia processuale secondo cui chi ha concorso a dare causa alla nullità non può farla valere.*»

¹⁸ C. di Cassazione 5075/2016: «*Nelle controversie relative a procedure concorsuali nell'ambito del pubblico impiego privatizzato, ove la P.A., all'esito dell'approvazione della graduatoria, non provveda alla nomina del soggetto utilmente collocato, sussiste la giurisdizione del giudice ordinario nel solo caso in cui la mancata assunzione avvenga in assenza di un provvedimento espresso, dovendosi ritenere che allorché sia del tutto mancante, e non solo vizziata, la forma prevista dalla legge, non sia riconoscibile l'esercizio di un potere autoritativo, che il principio di legalità dell'azione amministrativa permette di ravvisare esclusivamente in termini di esercizio tipico e formale. Ne consegue che, in assenza di un "contrarius actus", la volontà dell'Amministrazione di annullare o revocare il bando non assume alcuna efficacia, posto che il mero comportamento materiale implica l'inesistenza del procedimento amministrativo per l'esercizio dei poteri assegnati e l'autotutela risulta, quindi, esercitata in carenza di potere e con atti affetti da nullità per difetto dell'elemento essenziale della forma. (Nella specie, le S.U. hanno escluso la giurisdizione ordinaria poiché la scelta di non dar corso alla nomina era stata assunta con un decreto direttoriale, la cui legittimità doveva essere verificata dal giudice amministrativo).*»

testamento e di testamento olografo¹⁹, ed, ovviamente, di contratti²⁰, nonché della loro interpretazione²¹.

Anche la S.C. in materia penale fa sovente ricorso al lemma in esame: in materia di ricostruzione della *ratio legis* a partire dalla ricerca della *volontà* del legislatore, sia in materia di reati ambientali²² che di *stalking*, nonché di struttura del dolo nel medesimo delitto²³, di circonvenzione d'incapace²⁴, di contumacia²⁵, addirittura, di volontà del

¹⁹ C. di Cass. 1993/2016: «L'atto contenente disposizioni di carattere esclusivamente non patrimoniale può essere qualificato alla stregua di un testamento purché di questo abbia contenuto, forma e funzione, la quale ultima, in particolare, consiste nell'esercizio, da parte dell'autore, del proprio generale potere di disporre "mortis causa". (Nella specie, la S.C. ha escluso la ricorrenza di un testamento olografo in una scrittura privata contenente il riconoscimento di figlio naturale, non evincendosi univocamente da essa la volontà del de cuius di determinare l'effetto accertativo della filiazione dopo la propria morte)».

²⁰ Nella fattispecie, contratti di borsa. Cfr. C. di Cass. 3625/2016: «Nel caso di offerta pubblica di strumenti finanziari di cui agli artt. 94 e 95 del d.lgs. n. 58 del 1998, l'investitore stipula con l'offerente un contratto consensuale ad effetti reali che si perfeziona attraverso un procedimento a formazione progressiva di cui la volontà del proponente, manifestata attraverso il prospetto informativo approvato dalla Consob ed immodificabile in ragione della sua rilevanza pubblicistica, costituisce il primo atto e l'adesione dell'investitore, espressa in forma adeguata, integra l'accettazione. In tale contesto normativo, il promotore finanziario - che, in ragione della sua collocazione nell'organizzazione dell'impresa dell'intermediario, non ha il potere di rappresentanza di quest'ultimo - non partecipa alla determinazione del contenuto negoziale e, pertanto, non è in grado, di propria iniziativa, di introdurre clausole che determinino una deviazione dalla disciplina del modello invariabile predisposto nel prospetto informativo, sicché, ove prometta rendimenti più vantaggiosi rispetto a quelli indicati nel prospetto pubblicato, il terzo contraente non può invocare i principi dell'apparenza del diritto e, in particolare, la propria condizione di buona fede, per farne discendere conseguenze a sé favorevoli, vincolando ad essi l'offerente, vertendo egli in una condizione di colpa inescusabile».

²¹ Significativa appare a tal fine la sentenza della C. di Cass. N. 14842/2016: «Ai fini della ricerca della comune intenzione dei contraenti, il primo e principale strumento è rappresentato dal senso letterale delle parole e delle espressioni utilizzate, con la conseguente preclusione del ricorso ad altri criteri interpretativi, quando la comune volontà delle parti emerga in modo certo ed immediato dalle espressioni adoperate e sia talmente chiara da precludere la ricerca di una volontà diversa; il rilievo da assegnare alla formulazione letterale va poi verificato alla luce dell'intero contesto contrattuale e le singole clausole vanno considerate in correlazione tra loro, dovendo procedersi al rispettivo coordinamento a norma dell'art. 1363 c.c.»

²² C. di Cass. 36725/2016: «Non pare condivisibile, per contro, la tesi che attribuisce alla disposizione in esame natura di norma interpretativa, con conseguente effetto retroattivo e reviviscenza anche per il passato di una norma sanzionatrice penale già espressamente abrogata dal legislatore con cessazione della sua efficacia; in senso contrario, infatti, depone la mancanza di qualsivoglia, esplicita manifestazione di volontà del legislatore al riguardo, di talché non pare consentito pervenire al medesimo risultato attraverso un intervento dell'interprete, per di più in malam partem. In senso contrario, ancora, depone la circostanza - pacifica - per cui l'effetto abrogativo opera di norma automaticamente, al momento dell'entrata in vigore della norma abrogatrice; quel che il D.Lgs. n. 205 del 2010, art. 35, ha espressamente costituito nei confronti dell'art. 258, comma 4, contestato. E con la precisazione ulteriore, peraltro già indicata da questa Corte Suprema (Sez. 3, Zampoli, cit.), secondo la quale il futuro legislatore può certamente abrogare una norma (a sua volta) abrogatrice e disporre la reviviscenza della disposizione precedentemente abrogata, ma - qualora si tratti di norma penale - la stessa potrà tornare in vigore solo dalla vigenza di quella disposizione che, per così dire, l'ha richiamata in vita attraverso l'eliminazione dal sistema della norma che l'aveva abrogata».

²³ Si tratta, com'è noto, della fattispecie prevista dall'art. 612bis del c.p. In merito la C. di Cass., nella sentenza n. 36278/2016 ha affermato: «E' peraltro utile ricordare come, per il consolidato insegnamento di questa Corte, integrano il delitto di atti persecutori anche due sole condotte tra quelle descritte dall'art. 612 bis c.p.,

giudice di merito espressa nella decisione impugnata²⁶. Nonché, naturalmente, in materia di elemento soggettivo in materia di omicidio²⁷.

*come tali idonee a costituire la reiterazione richiesta dalla norma incriminatrice (ex multis Sez. 5, n. 46331 del 5 giugno 2013, D. V., Rv. 257560). Invece, un solo episodio, per quanto grave e da solo anche capace, in linea teorica, di determinare il grave e persistente stato d'ansia e di paura - che è indicato come l'evento naturalistico del reato, non è sufficiente a determinare la lesione del bene giuridico protetto dalla norma in esame, potendolo essere, invece, alla stregua di precetti diversi: e ciò in aderenza alla volontà del legislatore il quale, infatti, non ha lasciato spazio alla configurazione di una fattispecie solo "eventualmente" abituale (Sez. 5, n. 48391 del 24/09/2014, C, Rv. 261024)». Nella medesima sentenza la S.C. ha altresì analizzato la struttura dell'elemento soggettivo della fattispecie *de qua*, statuendo come: «In proposito, va detto che, trattandosi di reato abituale di evento, il dolo è da ritenersi senz'altro unitario, esprimendo un'intenzione criminosa che travalica i singoli atti che compongono la condotta tipica; ma ciò non significa affatto che l'agente debba rappresentarsi e volere fin dal principio la realizzazione della serie degli episodi, ben potendo il dolo realizzarsi in modo graduale e avere ad oggetto la continuità nel complesso delle singole parti della condotta. Si tratta, peraltro, di dolo generico, che consiste nella volontà di porre in essere le condotte di minaccia e molestia, nella consapevolezza della idoneità delle medesime alla produzione di uno degli eventi alternativamente previsti dalla norma incriminatrice, e che, avendo ad oggetto un reato abituale di evento, deve essere unitario, esprimendo un'intenzione criminosa che travalica i singoli atti che compongono la condotta tipica, anche se può realizzarsi in modo graduale, non essendo necessario che l'agente si rappresenti e voglia fin dal principio la realizzazione della serie degli episodi (Sez. 5, n. 18999 del 19/02/2014)».*

²⁴ C. di Cass. 35250/2016: «L'imputazione trae origine dalla concessione di un terzo prestito in favore di S.G., erogato in epoca successiva a quella in cui il K., procacciatore per la società finanziaria, era stato posto al corrente dal padre del contraente delle sue condizioni di salute; in relazione al perfezionamento di tale accordo si riteneva che l'imputato avesse forzato la volontà del S., non più determinata al riguardo per effetto delle perplessità in lui insorte sulla firma del contratto a seguito dei rimproveri ricevuti in argomento da suo padre. La Corte d'appello, pur dando conto della piena rispondenza di quanto accertato dal Tribunale, sulla base delle acquisizioni istruttorie, riteneva di non poter concludere univocamente nel senso della idoneità del comportamento del K. di determinare la volontà di S., ed assumeva che la decisione di concludere il contratto potesse essersi radicata proprio come reazione ai rimproveri del padre, e pertanto assolveva l'interessato dal reato contestatogli ai sensi dell'art. 530 cpv c.p.p.».

²⁵ C. di Cass. 36066/2016: «In particolare, la difesa contesta l'assunto del Tribunale secondo cui l'imputato contumace non può far valere un impedimento a comparire senza far precedere la richiesta dalla volontà esplicita di voler partecipare al processo. Le doglianze difensive sono manifestamente infondate. Invero, secondo la prevalente e condivisibile giurisprudenza di questa Corte, la scelta dell'imputato di rimanere estraneo al processo, conclamata dalla dichiarazione di contumacia, determina che, in caso di rinvio dell'udienza, non possa far valere un impedimento a comparire per la prosecuzione, senza far precedere la richiesta dalla volontà esplicita di voler partecipare al processo (Sez. 2, n. 2559 del 19 dicembre 2014, D'Angelo, Rv. 262282; Sez. 2, n. 44214 del 18 ottobre 2013, Conte, Rv. 257504; Sez. 2, n. 1633 del 19 febbraio 2003, P.M. in proc. Leone, Rv. 227244). Nel caso in esame il giudice di appello ha evidenziato che l'imputato aveva fatto solo recapitare in udienza un certificato medico, senza esprimere in maniera esplicita la volontà di partecipare al processo (pag. 5 della sentenza). Tanto in effetti si rileva dalla lettura del verbale di udienza (valutabile da questa Corte in ragione della natura processuale della doglianza)».

²⁶ C. di Cass. 38441/2016: «Si legge infatti nella pronuncia (...) il che rende evidente come la volontà del Giudice di pace fosse quella di irrogare all' A., quanto alla minaccia, il massimo di legge. Dal momento che il processo riguarda reati commessi tra persone già in rapporto di convivenza, il collegio ritiene doveroso disporre - in caso di pubblicazione della presente sentenza - l'oscuramento dei dati identificativi delle parti private».

²⁷ Cfr. ex multis, C. di Cass. 23618/2016: «Nel delitto di tentato omicidio, ai fini della sussistenza del reato è sufficiente il dolo diretto rappresentato dalla cosciente volontà di porre in essere una condotta idonea a provocare, con certezza o alto grado di probabilità in base alle regole di comune esperienza, la morte della persona verso cui la

c) La giurisprudenza amministrativa e comunitaria

Di “volontà” parla sovente anche la giurisprudenza amministrativa, riferendola all’ente pubblico²⁸ ovvero ai privati²⁹.

condotta stessa si dirige, non occorrendo, invece, la specifica finalità di uccidere, e quindi il dolo intenzionale inteso quale perseguimento dell'evento come scopo finale dell'azione. (nella specie, la S.C. ha ritenuto corretta la decisione di merito che aveva ritenuto sussistente il tentativo, avendo ravvisato - per la modalità concreta con cui fu vibrato il colpo di coltello, per la precisione e freddezza dell'imputato e per la zona del corpo attinta - gli elementi oggettivi che permettevano di desumere il dolo diretto, senza ritenere necessario il dolo intenzionale)». C. di Cass. 38946/2015: «Spingere un individuo in modo consapevole e volontario è azione violenta diretta ad integrare il dolo di lesioni o percosse, sicché, se da tale condotta deriva l'evento morte, l'agente risponde di omicidio preterintenzionale». C. di Cass. 8163/2015: «In tema di omicidio, il giudice, per ritenere la sussistenza dell'aggravante di aver agito con sevizie e crudeltà, deve preliminarmente procedere all'esame delle modalità complessive dell'azione e del correlato elemento psicologico, poiché, essendo il fondamento della circostanza costituito dall'esigenza di irrogare una maggior pena correlata alla volontà dell'agente di infliggere sofferenze "aggiuntive" rispetto a quelle ordinariamente implicate dalla produzione dell'evento, ai fini della sua configurabilità non possono assumere rilievo elementi di disvalore di per sé insiti nel finalismo omicidiario o in diversa e autonoma circostanza. (Fattispecie in cui la Corte ha escluso la sussistenza dell'aggravante della crudeltà, riconosciuta dal giudice di merito con prevalente riferimento al numero di colpi inferti e all'abbandono della vittima in stato agonico, evidenziando che tali elementi si collocavano in un contesto di dolo d'impeto e di finalismo omicidiario correlato a tale condizione psicologica)». C. di Cass. 7644/2014: «Il riconoscimento del vizio parziale di mente è pienamente compatibile con la sussistenza del dolo, in quanto l'imputabilità, quale capacità di intendere e di volere, e la colpevolezza, quale coscienza e volontà del fatto illecito, costituiscono nozioni autonome ed operanti su piani diversi, sebbene la prima, quale componente naturalistica della responsabilità, debba essere accertata con priorità sulla seconda (fattispecie relativa all'accusa rivolta all'imputato, riconosciuto parzialmente incapace, per il reato di omicidio e della detenzione nonché porto illegale di una pistola)». C. di Cass. 14647/2014: «Ai fini della distinzione tra omicidio volontario e preterintenzionale rileva il fatto che, mentre nel secondo caso la volontà dell'agente esclude ogni previsione dell'evento morte, nell'omicidio volontario, la volontà dell'agente è costituita dall'animus necandi, ossia dal dolo intenzionale, nelle gradazioni del dolo diretto o eventuale, il cui accertamento è rimesso alla valutazione rigorosa di elementi oggettivi, desunti dalle concrete modalità della condotta». C. di Cass. 18131/2014: «Ai fini dell'accertamento del dolo del delitto di cui all'art. 575 c.p., l'individuazione del processo volitivo, normalmente del tutto intimo, e della direzione della volontà che ne costituisce il risultato, non può che essere effettuata attraverso la normale indagine probatoria, dunque un accertamento dall'esterno che non può prescindere dagli elementi di natura oggettiva concernenti la materialità dell'azione, quali la parte del corpo attinta e la micidialità dell'arma».

²⁸ Si vedano, ad es., *ex multis* Consiglio di Stato 3273/2016: «La sdemanializzazione tacita di una strada richiede comportamenti inequivoci dell'ente proprietario, incompatibili con la volontà di conservare il bene all'uso pubblico, tali da non potere essere desunti dalla sola circostanza che un bene non sia più adibito anche da lungo tempo ad uso pubblico». Cfr. altresì Consiglio di Stato 749/2016: «La discrezionalità, che nelle gare pubbliche compete alla stazione appaltante nella scelta, alla luce delle esigenze del caso concreto, dei criteri da valorizzare ai fini della comparazione delle offerte, come pure nella determinazione della misura della loro valorizzazione, non può non rivestire un ruolo decisivo anche sul punto della c.d. riparametrazione atteso che questa — avendo la funzione di preservare l'equilibrio fra i diversi elementi, qualitativi e quantitativi, stabiliti nel caso concreto per la valutazione dell'offerta e, perciò, di assicurare la completa attuazione della volontà espressa al riguardo dalla stazione appaltante — non può che dipendere dalla stessa volontà, e rientrare quindi già per sua natura nel dominio del potere di disposizione *ex ante* della stessa Amministrazione la quale, di conseguenza, deve nel bando di gara prendere posizione in proposito, stabilendo fino a che punto si imponga la tutela dell'equilibrio astratto corrispondente ai massimali di punteggio da essa stessa contemplati».

²⁹ Consiglio di Stato 3841/2016: «Nelle gare pubbliche, la commissione di gara deve interpretare le offerte al fine

Nel medesimo filone si inserisce altresì la giurisprudenza comunitaria: sia in materia di appalti pubblici³⁰ che in una materia particolarmente delicata, come quella di un tributo armonizzato quale l'IVA³¹, ovvero di volontà di uno Stato membro³² ed, ovviamente, di volontà negoziale³³, ponendosi così in diretta assonanza con quanto osservato in merito alle corti italiane.

di ricercare l'effettiva volontà dell'impresa partecipante, superandone le eventuali ambiguità, in conformità al principio di conservazione degli atti giuridici e salvaguardia della massima concorrenzialità delle procedure di affidamento di contratti pubblici; tuttavia, in tanto questa ricostruzione della volontà contrattuale espressa dall'impresa concorrente è ammessa, in quanto sia consentito, attraverso di essa, di giungere ad esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale espresso nell'offerta, essendo altrimenti legittima l'esclusione dalla gara o il disconoscimento di punti in sede di valutazione delle offerte».

³⁰ Si veda, a titolo esemplificativo, CGCE, sent. n. 2016/549, causa C-549/14: «Tuttavia, occorre constatare che né il fatto che una modifica sostanziale dei termini di un appalto pubblico sia motivata non già dalla volontà deliberata dell'amministrazione aggiudicatrice e dell'aggiudicatario di rinegoziare i termini di tale appalto, bensì dalla loro volontà di trovare una composizione transattiva a fronte di difficoltà oggettive incontrate nell'esecuzione di detto appalto, né il carattere obiettivamente aleatorio di talune realizzazioni possono giustificare il fatto che tale modifica sia decisa senza rispettare il principio di parità di trattamento di cui devono potersi giovare tutti gli operatori potenzialmente interessati a un appalto pubblico. Per quanto riguarda, in primo luogo, i motivi che possono indurre l'amministrazione aggiudicatrice e l'aggiudicatario di un appalto a contemplare la possibilità di una modifica sostanziale dello stesso che implichi l'avvio di una nuova procedura di aggiudicazione, occorre rilevare, da un lato, che il riferimento alla volontà deliberata delle parti di rinegoziare i termini di tale appalto non è un elemento determinante. (...) risulta che non si può prescindere dai principi di parità di trattamento e di non discriminazione nonché dall'obbligo di trasparenza che essi implicano, sanciti dal Trattato FUE, qualora si intenda modificare sostanzialmente un contratto di concessione di servizi o di un diritto esclusivo allo scopo di fornire una soluzione ragionevole atta a porre fine ad una controversia insorta tra enti pubblici e un operatore economico, per ragioni del tutto indipendenti dalla loro volontà, relativamente alla portata della convenzione che li vincola».

³¹ Cfr. CGCE 2016/543, causa C-543/14, par. 61: « In detta sentenza, la Corte ha considerato che, siccome il punto 15 dell'allegato III di detta direttiva autorizza gli Stati membri ad applicare un'aliquota ridotta dell'IVA non a tutte le prestazioni di servizi di carattere sociale, ma unicamente a quelle fornite da organismi che rispondono alla duplice condizione di avere essi stessi un carattere sociale e di essere impegnati in opere di assistenza e di previdenza sociale, la volontà del legislatore dell'Unione di prevedere l'eventuale applicazione di un'aliquota ridotta unicamente per le prestazioni fornite da organismi rispondenti a detta duplice condizione sarebbe vanificata se uno Stato membro fosse libero di qualificare enti privati che perseguono uno scopo di lucro come organismi ai sensi di detto punto 15 per il solo fatto che forniscono anche servizi di carattere sociale (v., in tal senso, sentenza del 17 giugno 2010, Commissione/Francia, C-492/08, EU:C:2010:348, punti 43 e 44)».

³² CGCE 2016/660, causa C-660/13: «Ai sensi di tale addendum, il Consiglio federale svizzero accetta di negoziare con la Repubblica di Croazia un accordo (...) ed esprime la propria volontà di impegnarsi a versare detto contributo fino al 31 maggio 2017. Inoltre, il Consiglio federale svizzero accetta di proporre al Parlamento svizzero di approvare tale contributo».

³³ CGCE 2016/196, C-196/15, par. 24: «A tal riguardo, va osservato che, benché l'articolo 5, punto 1, del regolamento Bruxelles I non esiga la stipulazione di un contratto scritto, l'identificazione di un'obbligazione contrattuale è comunque indispensabile per l'applicazione di tale disposizione. Occorre precisare che una siffatta obbligazione può essere considerata come sorta in modo tacito, in particolare quando ciò risulti da atti non equivoci che manifestano la volontà delle parti».

d) La giurisprudenza di merito

Com'è intuibile, scenario analogo offre la disamina della giurisprudenza di merito, sia amministrativa³⁴, che civile³⁵, penale³⁶ o tributaria³⁷.

³⁴ Cfr. TAR Parma 250/2016: «Si deve poi distinguere una seconda ipotesi, in cui la delibera comunale di controdeduzioni può non implicare volontà di modifica immediata del piano regolatore (...)»; TAR Torino, 1115/2016: «In relazione ai poteri d'intervento della Regione sui piani regolatori adottati dai Comuni, lo stralcio si differenzia sostanzialmente dalla modifica d'ufficio, consistendo il primo in una approvazione parziale del piano regolatore generale e la seconda in una sovrapposizione definitiva della volontà regionale a quella del Comune, con la conseguenza che, mentre nel caso dello stralcio la Regione restituisce al Comune l'iniziativa, invitandolo a rinnovare l'esame della situazione delle aree stralciate e a formulare nuove proposte, lasciando quindi integro ed impregiudicato il potere comunale di riproporre una nuova disciplina urbanistica, con la modifica d'ufficio il potere comunale non può più essere in tale sede esercitato»; Tar Salerno 1814/2016: «La società per azioni con partecipazione pubblica non muta la sua natura di soggetto di diritto privato solo perché lo Stato od altro ente pubblico ne possiede, in tutto o in parte, le azioni, ogni qual volta la legge non preveda alcuna apprezzabile deviazione rispetto alla comune disciplina privatistica delle società di capitali; di conseguenza, l'intervento del socio pubblico non costituisce espressione di potestà amministrativa ma di poteri ordinariamente conferiti dal codice civile al socio di maggioranza, cioè manifestazione di una volontà essenzialmente privatistica sulla quale non vi è giurisdizione del giudice amministrativo»; TAR Reggio Calabria, 845/2016: «La norma contenuta nell'art. 24 del d.lg. 150/2009 (...) Trattasi, in sintesi, della volontà del legislatore di sbloccare risorse umane valide e preparate (...)»; TAR Parma 241/2016: «Il divieto di eseguire le tipologie di lavori di cui all'art. 96, lett. f), del R.D. n. 523 del 1904, (...) vale inderogabilmente, a prescindere dalla disciplina vigente nelle diverse località, (...) dovendosi individuare la ratio legis nella volontà della norma di esaurire, unitamente all'utilizzo della locuzione "scavi", tutte le possibili modificazioni frutto dell'opera di trasformazione edilizia, essendo prevista una diversa distanza solo per le piantagioni»; TAR Firenze, 1181/2016: «Ai fini della distinzione tra rinvio formale e materiale, occorre utilizzare non criteri meramente formali, ma criteri che guardano all'intento del legislatore e che portano a concludere per la sussistenza di un'ipotesi di rinvio materiale ove sia inequivoca la volontà normativa di "cristallizzare" un determinato testo normativo, dovendo, al contrario, trovare applicazione una vera e propria presunzione di rinvio formale».

³⁵ Cfr. Trib. Pisa 1126/2016: «Il contenuto di tale servitù è stato compiutamente descritto nel rogito e le prove orali per suffragare un successivo acquisto da parte dell'attore in via originaria non appaiono sufficienti anche in considerazione del comportamento tenuto dall'attore nel corso dei decenni dal quale non emerge una effettiva volontà di atteggiarsi quale proprietario nei confronti della striscia di terreno di cui è causa usata»; Trib. Pisa 1158/2016: «Considerate le caratteristiche essenziali dello strumento offerto dagli artt. 1414 e ss. c.c. - tratteggiate per presunzioni, ancorchè gravi, precise e concordanti - non sarà irrilevante ricordare che la sig.ra Fr. Ma. Te., a cavallo del biennio 2003/2005, ha per così dire "disperso" il suo intero patrimonio immobiliare, "dissolvendo" la garanzia generica del credito ex art. 2740 c.c., quale ultimo baluardo a tutela della ragioni dei creditori. La riprova è ancora una volta offerta dall'allegato B) della seconda memoria 183 VI comma c.p.c. di parte attrice, ove si evidenziano gli atti di citazione che hanno originato tra gli altri i giudizi n. 2975/08 RGC e n. 2187/07 RGC, con oggetto altrettanti atti di alienazione immobiliare riferibili alla sig.ra Fr. Ma. Te. per l'anno 2003. Ed anche alla luce di questa incontestabile realtà di riferimento, la fattispecie contrattuale dedotta in questa causa appare niente più che un elementare caso di scuola di volontà simulatoria dei contraenti»; Trib. Livorno 1070/2016: «Affinché una domanda possa ritenersi abbandonata dalla parte, non è sufficiente che essa non venga riproposta nella precisazione delle conclusioni, costituendo tale omissione una mera presunzione di abbandono, dovendosi, invece, necessariamente accertare se, dalla valutazione complessiva della condotta processuale della parte, o dalla stretta connessione della domanda non riproposta con quelle esplicitamente reiterate, emerga una volontà inequivoca di insistere sulla domanda pretermessa" (così, ex multis, sent. Cass. 10.7.2014 n. 15860; v. anche sent. Cass. 10.9.2015 n. 17875)»; Trib. Lecce 3677/2016: «E, del resto, la dichiarazione del cliente, contenuta nell'ordine

di acquisto di un prodotto finanziario, quand'anche - ipotesi non ricorrente nel caso concreto - il medesimo dia atto di avere ricevuto le informazioni necessarie e sufficienti ai fini della completa valutazione del "grado di rischiosità", non può essere comunque qualificata come confessione stragiudiziale, essendo a tal fine necessaria la consapevolezza e volontà di ammettere un fatto specifico sfavorevole per il dichiarante e favorevole all'altra parte, che determini la realizzazione di un obiettivo pregiudiziale. Siffatta dichiarazione è, peraltro, altresì inidonea ad assolvere gli obblighi informativi prescritti dal D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 21, e art. 28 del Reg. Consob n. 11522 del 1998, integrando la stessa un'affermazione del tutto riassuntiva e generica circa l'avvenuta completezza dell'informazione sottoscritta dal cliente (Cass. 11412/2012); Trib. Monza 2245/2016: «Infatti, con riferimento alla circostanza (...) è circostanza che si pone in obiettivo contrasto con il chiaro e non equivoco tenore delle clausole negoziali (proprio quanto all'uso di "civile abitazione" pure assistite da clausola risolutiva espressa ex art. 1456 c.c.), senza che neppure (...) la clausola n. 11 del contratto si presti ad essere intesa quale previsione negoziale capace di far emergere la volontà (o, almeno, la consapevolezza) del locatore circa l'intenzione del conduttore di adibire l'immobile a casa di accoglienza per anziani (...); Trib. Frosinone 724/2016: «Se e' vero (...) e' altrettanto vero che "A norma dell'art. 1439 cod. civ., il dolo è causa di annullamento del contratto quando i raggiri usati siano stati tali che, senza di essi, l'altra parte non avrebbe prestato il proprio consenso per la conclusione del contratto, ossia quando, determinando la volontà del contraente, abbiano ingenerato nel "deceptus" una rappresentazione alterata della realtà, provocando nel suo meccanismo volitivo un errore da considerarsi essenziale ai sensi dell'art. 1429 cod. civ." (Cass. Sez. 3, Sentenza n. 12424 del 25/05/2006)».

³⁶ Corte d'Appello di Roma, 6173/2016: «Il Pubblico Ministero ha chiesto l'accertamento della responsabilità penale dell'imputato anche in ordine al delitto di devastazione e la condanna alla pena da precisare in udienza: in proposito ha dedotto che le risultanze istruttorie dimostrano la partecipazione del C. a numerose azioni violente (...). Ha poi osservato che i ripetuti e gravi atti compiuti dall'imputato prima di essere fermato descrivono una condotta che rivela la volontà di provocare disordini e turbativa dell'ordine pubblico, tale da integrare il delitto di cui all'art. 419 c.p.»; Corte d'Appello di Trento, 146/2016: «In tale atteggiamento di possesso e nei maltrattamenti a seguito di volontà della p.o. di rendersi autonoma, è rilevabile l'elemento soggettivo del reato de quo, essendo sussistente la consapevolezza del C. di persistere nell'attività delittuosa già posta in essere in precedenza ed idonea a ledere la personalità della vittima (Cass. 15146/2014; Cass. 25183/2012)»; Trib. Monza 1129/2016: «Nel delitto di atti persecutori, che ha natura di reato abituale di evento, l'elemento soggettivo è integrato dal dolo generico, il cui contenuto richiede la volontà di porre in essere più condotte di minaccia e molestia, nella consapevolezza della loro idoneità a produrre uno degli eventi alternativamente previsti dalla norma incriminatrice e dell'abitudine del proprio agire»; Trib. Cassino, 1243/2016: «Ebbene, in questo contesto, va osservato che le minacce poste in essere dal N. ed innanzi descritte integrano pienamente gli estremi del delitto di estorsione, (...) tutte queste condotte sono invece senz'altro idonee a produrre un effetto di costrizione sulla vittima, cioè un evento psicologico lesivo della libertà del soggetto nel momento formativo della volontà».

³⁷ CTP Reggio Emilia, 202/13/2013: «Il principio della tutela del legittimo affidamento del cittadino, reso esplicito in materia tributaria dall'art. 10 comma 1 l. 27 luglio 2000 n. 212 (Statuto dei diritti del contribuente), trovando origine nei principi affermati dagli art. 3, 23, 53 e 97 cost., espressamente richiamati dall'art. 1 del medesimo statuto, è immanente in tutti i rapporti di diritto pubblico e costituisce uno dei fondamenti dello Stato di diritto nelle sue diverse articolazioni, (Nella specie, la Commissione ha annullato l'atto impugnato per violazione da parte dell'Agenzia del suddetto principio di tutela dell'affidamento e della buona fede, in quanto la tempistica evidenziata (...) come l'Agenzia avesse già maturato, comunque, la volontà di emettere l'atto impugnato, indipendentemente da ogni possibile produzione documentale del ricorrente)»; CTP Lecce, 254/1/2013: «secondo la quale la firma dell'atto, pubblico o privato che esso sia, è senz'altro requisito della sua validità, ma allorché non si contesti la mancanza della firma ma l'impossibilità di considerare la sottoscrizione apposta come valida manifestazione della volontà dell'Ufficio competente, non può essere eccepita la piena validità dell'atto se non viene contestata la provenienza dello stesso e la sua riferibilità all'Amministrazione finanziaria dello Stato, restando preclusa ogni indagine sull'organizzazione interna dell'Ufficio in ordine alle deleghe. In particolare, secondo il testuale tenore di tale decisione «l'avviso d'accertamento è indubbiamente proveniente dalla competente Amministrazione — l'Ufficio Iva di Potenza — cui la legge attribuisce il potere-dovere di provvedere agli

e) Considerazioni

Sebbene la appena accennata rassegna giurisprudenziale, come già evidenziato, cursoria e rapsodica, possa esser apparsa di primo acchito alluvionale ed asistemica, in realtà essa aveva un precipuo compito: quello di porre in luce la rilevanza del concetto di volontà entro l'alveo della *scientia juris*.

Ho parlato di concetto di volontà utilizzando il singolare anziché, come potrebbe forse *prima facie* più corretto inferire, di volontà al plurale. Ed ho prediletto tale scelta linguistica in quanto credo sia agevole concludere, scorrendo l'utilizzo che del sintagma viene fatto dai Giudici, che vi sia un significato univoco che ad esso viene attribuito.

Un significato che, sebbene possa presentare delle peculiarità nelle forme del suo manifestarsi, *id est*, nei modi diversi in cui viene utilizzato nelle diverse branche dello scibile giuridico, mi pare possa agevolmente esser ricondotto ad un unico snodo concettuale.

Se il percorso storico – filosofico che ad esso condusse sarà esplicito nel corso dei capitoli che seguiranno, è evidente come, allorché si nomini la *voluntas*, si faccia riferimento ad una facoltà soggettiva (propria di tutti i soggetti dell'ordinamento) capace di esplicare un effetto rilevante per il giuridico.

Si tratta di una facoltà (soggettiva) libera, capace di un potere capace di ottenere un determinato effetto³⁸.

accertamenti sulle dichiarazioni presentate dai contribuenti e, ove del caso, come nella vertenza de qua è avvenuto, alla conseguente notifica dell'avviso relativo», sì che «sulla provenienza dell'atto e sulla sua riferibilità all'Amministrazione finanziaria dello Stato non c'è dubbio, né ciò è contestato in causa»; e, tuttavia, se «è vero peraltro che la firma dell'atto, pubblico o privato che esso sia, è requisito della sua validità, integrandosi nell'apposizione della firma la manifestazione della volontà espressa nello scritto, così come è vero che un atto completo in ogni sua parte, ma non firmato non è ancora un atto proprio, perché manca l'elemento che manifesta la volontà e ne dà la prova», poiché «nel caso di specie... non si contesta la mancanza della firma, ma l'impossibilità di considerare la sottoscrizione apposta come valida manifestazione della volontà dell'Ufficio competente» (così, ancora, Comm. Trib. Centr., dec. 14 gennaio 2003, n. 69)»;

³⁸ E' evidente che se ciò può pacificamente accettarsi per la volontà negoziale ed, in genere, per la volontà espressa dai soggetti capaci d'agire, nonché per gli enti pubblici e financo per il legislatore, ciò parrebbe non attagliarsi alla volontà rilevante per il diritto penale, laddove essa entra in gioco direttamente, ossia in materia di elemento soggettivo ed, in particolare, di dolo. Tuttavia, rimandando al prosieguo per una trattazione più approfondita, mi pare che si possa asserire senza troppo timore di smentita che il fondamento volontaristico del dolo consista in una facoltà intellettuale di volere una determinata modificazione della realtà. E che diviene per ciò stesso rilevante per l'ordinamento, seppure *a contrario*, in quanto fondante il giudizio di rimproverabilità per le condotte criminose. Si veda, comunque, quanto si osserverà *infra*. Per un approfondimento critico sul rapporto tra dolo e volontà, mi sia consentito rinviare al recente (Moro, *La volontà relazionale nel reato. Contributo filosofico alla definizione del dolo*, 2015).

Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, alle seguenti fattispecie, enucleate dalle decisioni giurisprudenziali *supra* elencate: un soggetto emette una dichiarazione di volontà negoziale, la quale produce l'effetto dispositivo da essa previsto; al medesimo modo, l'assemblea condominiale emette una dichiarazione di volontà efficace nei limiti delle attribuzioni dell'organo emittente, allo stesso modo di un'assemblea legislativa, e così via³⁹.

Si tratta, in altri termini, di una facoltà del soggetto⁴⁰ immediatamente *performativa*⁴¹. *Rectius*, di una forza capace di rilevanza e modificazione per il mezzo

³⁹ E' lapalissiano che i poteri attribuiti ai soggetti dell'ordinamento soffrono i limiti previsti dall'ordinamento medesimo. Il che parrebbe limitare il potere delle volontà in esame. Ciò si presenta come effettivamente vero da un punto di vista fenomenologico. Tuttavia, ciò non risolve il problema, dal momento che le volontà *inferiori* sono, a loro volta, limitate da una volontà *superiore*, ad esse *superiore gerarchicamente*, e così via. Si tratta, in altri termini, di un limite posto gerarchicamente e non ontologicamente proprio della concezione di volontà che si affermò agli albori del secondo millennio. Tutto ciò verrà sviluppato ed esposto meglio *infra*, alla cui trattazione si fa rinvio.

⁴⁰ In merito, anticipando alcune osservazioni conclusive, mi pare sia degno di nota quanto si legge in (Moro, *Dignità umana e consenso all'atto medico. I diritti fondamentali del paziente e il problema della volontà*, 2009), pp. 144 – 145: «La concezione volontarista, che influisce pesantemente sui presupposti dell'ordinamento giuridico assumendosi portatrice di valori, implica una concezione dell'uomo che, per riprendere un'indovinata metafora, appare individuato da un'unica dimensione e, dunque, da un'unica qualità individuale. (...) In questa prospettiva, l'uomo assume la volontà come potere di disposizione. Separato da tutto ciò che è altro da sé, egli vive la sua libertà assoluta, slegata da qualunque vincolo (ab soluta, sciolta da), solo quando è capace di deliberare e di scegliere, prendendo una decisione». Se, com'è evidente, l'Autore si riferisce alla persona umana, ciò nonostante, mi pare che le annotazioni in merito all'assolutezza della volontà così concepita siano agevolmente suscettibili di essere predicate per tutti i soggetti dell'ordinamento, essendo essi stessi connotati precipuamente per la loro volontà.

⁴¹ Utilizzo il termine “*performativo*” in quanto ritengo sia assolutamente adeguato ad esprimere siffatto concetto. *En passant*, mi sia concessa una divagazione, la cui pertinenza mi pare tuttavia non disprezzabile, seppure, forse, in modo umbratile ed in controtuce. Il riferimento è alle ricerche svolte, principalmente nell'ambito della filosofia del linguaggio, da John Langshaw Austin nel suo saggio *How to do things with words*, pubblicato nel 1962 e tradotto in Italia da Carla Villata (e curata da Carlo Penco e Marina Sbisà) per i tipi della Marietti. Cfr. (Austin, *How to Do Things with Words*, 1962); (Austin, *Come fare cose con le parole*, 1987). Austin, ponendo attenzione all'atto linguistico come agire eminentemente soggettivo, si cura di analizzare la distinzione tra l'atto linguistico *performativo* e quello *constativo*. Il primo sarebbe connotato dal mostrare uniti il dire e l'agire, mentre il secondo sarebbe volto a conferire una descrizione di un dato fenomeno. Come ha acutamente messo in luce Sarra, in (Sarra, 2012), pp. 93 – 98, nella sua ricostruzione della speculazione di Austin, nel porre in luce come la differenza tra i due atteggiarsi del fenomeno linguistico pone in luce come ciò che ne sostanzia la differenza risiede nell'intenzione del soggetto loquente. In altri termini «con Austin assistiamo a uno spostamento di focus nella filosofia del linguaggio dall'oggetto (linguistico), al soggetto agente, dall'atto all'azione. Il dire è prima di tutto un agire ed è nelle mani del soggetto con un'estensione tale da sembrare, potenzialmente, senza limiti, se è vero che costui scegliendo la forma dell'atto sceglie anche la modalità (e financo la nozione) di rapporto ai fatti. Ma l'emergere a questo punto del ruolo così decisivo dell'intenzione del parlante – posto che essa è implicita – pone il problema di che cosa garantisca la comunicabilità», (Sarra, 2012), pp. 95 – 96 e (Austin, *Come fare cose con le parole*, 1987), p. 107. Muovendo da ciò John Searle, mise in luce come, al fine di garantire la comunicabilità tra i soggetti parlanti, fosse

stesso della propria espressione, della propria manifestazione quale moto causale istantaneo e necessario⁴².

E' questo, a ben guardare, un concetto del tutto particolare di volontà, un significato fatto proprio della *scientia juris*. *Rectius*, della *scientia juris* così come palensantesi a partire da un determinato momento della storia del pensiero, momento che non è iperbolico definire rivoluzionario⁴³.

necessario un insieme di regole oggettive, onde fuggire dal radicale solipsismo diretta conseguenza della ricostruzione di Austin, cfr. (Searle, *Atti linguistici. Saggio di filosofia del linguaggio*, 1992), p. 65 e ss. Come nota Sarra, «gli atti linguistici sono fatti istituzionali e non fatti bruti, esistono e sono possibili sono all'interno di regole che li costituiscono come tali (...). E' interessante notare che la fondazione delle regola costitutive in Searle è demandata a pura convenzionalità, il che potrebbe suggerire una serie di critiche. Infatti, l'atto linguistico presupporrebbe le regole le quali a loro volta presupporrebbero la convenzione che a sua volta implica l'esercizio di atti linguistici e così a ritroso (...). Si vede qui come l'emersione prepotente delle prerogative del soggetto agente sembra aver messo la riflessione filosofica, erede della modernità, di fronte a una via obbligata: se non vuole rinunciare all'idea della datità del linguaggio, alla oggettività dei suoi significati e, dunque, delle conoscenze, deve pensarò all'interno di una struttura ordinata gerarchicamente (almeno) in due livelli», in (Sarra, 2012), pp. 97 – 98. Quanto annotato da Sarra mi pare notevolmente pertinente e di sicuro interesse anche ai fini del presente lavoro. Infatti, ciò che viene in quella sede osservato in relazione alla filosofia del linguaggio mi pare possa attagliarsi, con perfetta analogia, al discorso che si va svolgendo. Infatti il solipsismo radicale individuato dai silosofi del linguaggio è correlato e diretta derivazione dell'antropologia solipsistica della modernità. Ancora, il fatto che le volontà siano concepite come direttamente performative e totipotenti non può che portare a concepire uno stato di conflittualità cronico e costante (si pensi alle rappresentazioni dello *status naturae* offerte, non a caso, sia dai pensatori della modernità illuminista che da quelli della c.d. Seconda Scolastica), in cui il solipsismo radicale sia l'unica possibilità *ontologicamente data* di relazione tra i soggetti. E' evidente che sorge in tal modo la necessità di concepire un medio artificiale che consenta la relazione (e, ancor prima, l'autoconservazione sei singoli). Senza entrare in disquisizioni particolareggiate che esulano dal presente lavoro, mi sia però consentito notare come l'analogia con il linguaggio e la conclusione di Searle siano, e non a caso, particolarmente ficcanti: la gerarchia normante gli atti linguistici si ripropone laddove oggetto della normazione siano le volontà [non a caso, espresse per lo più con segni linguistici o equivalenti. Senza entrare nel merito della questione, rinvio alle interessanti osservazioni contenute in (Gazzoni, 2009), pp. 93 e ss.], come atto di normazione... di volontà che norma le stesse volontà, entro un'ottica, ancora una volta gerarchica. Sul fondamento di ciò, comunque, si veda più diffusamente *infra*. Non a caso, dunque, mi sono permesso l'azzardo di definire la *voluntas (moderna)* come desumibile dalle decisioni giurisprudenziali, come *performativa*. Il che verrà chiarito meglio in seguito quando si tenterà di analizzare il percorso speculativo che ad essa condusse, connotandola indelebilmente in senso, per l'appunto, performativo e totipotente, assolutamente libero. Libero, si ripete, e fenomenologicamente limitato dalle *voluntates* gerarchicamente poziori. In altri termini, «entro i limiti dell'ordinamento». Del resto, essendo gli atti giuridici (intesi nel senso più lato possibile) atti linguistici, ciò non dovrebbe stupire. In merito, cfr. (Sarra, 2012), pp. 51 e ss.

⁴² Se ciò può apparire stravagante o, più verosimilmente, scontato, mi riservo di sottolinearlo in quanto sarà, secondo il mio modesto parere, di notevole interesse reperire la scaturigine di un siffatto *modus cogitandi*, con particolare attenzione ad un pressoché sconosciuto brano di Pietro di Giovanni Olivi. Cfr. *infra*.

⁴³ Sia pure in senso strettamente etimologico. V. *infra*. Mi si permetta, in questa breve panoramica introduttiva, un'ulteriore osservazione, volta a chiarire come il significato ora accennato si palesi come del tutto eccentrico rispetto a quello attribuito comunemente al termine «volontà» (sebbene,

2. La volontà nell'elaborazione dottrinale

a) La *voluntas* e la dottrina civilistica. La “volontà negoziale”

Se si è posto in luce come la *voluntas* sia espressa nelle decisioni giurisprudenziali, è altresì interessante porre in evidenza come anche la dottrina faccia sovente ricorso a detto concetto.

Se si analizza la dottrina civilistica, è evidente che, parlando di *volontà*, il primo pensiero vada, fatalmente, alla categoria del negozio giuridico, definito come «atto di una volontà autorizzata dall'ordinamento a perseguire un suo scopo»⁴⁴, ovvero «manifestazione di volontà rivolta a uno scopo pratico che consiste nella costituzione, modificazione o estinzione di una situazione meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico»⁴⁵.

sia chiaro, le influenze tra diritto e linguaggio comune siano ovviamente osmotiche tanto più in quest'epoca). Si legge, infatti nell'enciclopedia Treccani, ult. Ed., aggiornata e disponibile online al sito www.treccani.it, questa definizione di volontà: « volontà (...) 1. La facoltà e la capacità di volere, di scegliere e realizzare un comportamento idoneo al raggiungimento di fini determinati (...) 2. a. Il fatto di volere, e ogni singolo atto e comportamento volitivo (spesso sinon. di volere1) (...). 3. Come sinon. di voglia, in varie (...) 4. In grammatica, verbi di v. (lat. verba voluntatis), espressione con cui nell'insegnamento scolastico si designano i verbi volere, desiderare, preferire e sim. (...)». Si perdoni il *devertissement*, comunque è evidente che il significato emergente dalle pronunce giurisprudenziali in rassegna sia affatto peculiare, mentre il significato ora illustrato corrisponda più alla volontà in senso “classico” così come posta in luce da Paolo Moro in (Moro, *Dignità umana e consenso all'atto medico. I diritti fondamentali del paziente e il problema della volontà*, 2009), specie alle pp. 146 – 153.

⁴⁴ (Santoro - Passarelli, 2012), p. 125.

⁴⁵ (Trabucchi, 2013), p. 100. Per la definizione di negozio giuridico, si vedano, ad *ex multis*, (Betti, 1960), pp. 51 e ss.; (Pugliatti, 1959), par. 4; (Mirabelli, 1978), par. 2; (Galgano, 1977), par. 1 e 2; (Bianca, 2000), pp. 7 – 8. La letteratura in merito è alluvionale, tuttavia, com'è agevole intuire, non se ne può dare conto compiutamente nel corso della presente trattazione, tanto più che le presenti notazioni hanno carattere introduttivo. E' comunque degno di nota che la categoria del negozio giuridico abbia goduto di una così notevole fortuna, nonostante i numerosi critici e le differenze definitorie che possono rinvenirsi all'interno della medesima. Si ponga a mente tuttavia come si tenda sempre più a definire il medesimo piuttosto che come atto di “volontà”, come atto di “autonomia privata”, cfr. (Bianca, 2000), pp. 9 e ss.; (Galgano, 1977), par. 2; (Mirabelli, 1978), par. 1. Il che, tuttavia, non pare di alcuna rilevanza ai fini del presente lavoro. Anzi, ciò parrebbe confermare la centralità del problema della volontà, stante quanto si legge in (Pugliatti, 1959), al par. 2 della relativa voce dell'*Enciclopedia del Diritto* edita da Giuffrè: «Il problema filosofico che ha messo a fuoco, nell'epoca moderna, il concetto di autonomia, è il problema della volontà. Nella filosofia kantiana la volontà sarebbe autonoma, in quanto si determina in virtù della propria essenza. L'autonomia, in questo senso, sarebbe una qualificazione analitica, una esplicazione discorsiva dell'essenza stessa della volontà. Nel contempo, costituirebbe un criterio di individuazione e distinzione da ogni entità che, priva di quella qualità, sarebbe da designare come eteronoma. La trasposizione di questa riflessione liminare nel campo del diritto dà luogo al problema dei rapporti tra la volontà e la norma, e genera le due fondamentali tendenze, l'una polarizzata verso il primo termine (tendenza subbiettiva) e l'altra verso il secondo (tendenza obbiettiva). Il problema si complica (e non può essere semplificato né dall'una né dall'altra tendenza) col riferimento al concetto di autorità, che richiama a sua volta quello di libertà. In riferimento all'autonomia privata in questo ordine di problemi richiama l'attenzione sulla posizione del singolo nell'ambito della sua sfera giuridica (libertà entro i confini del lecito; godimento ed esercizio dei

In ogni caso, si tratta di una definizione tutt'altro che pacifica⁴⁶, che venne sottoposta ad un fuoco di fila di critica sia nella sua patria natale, la Germania, che in Italia⁴⁷.

Non essendo, ovviamente possibile richiamare tutte le teoriche in merito, esulando le medesime *ictu oculi* dall'oggetto della presente trattazione, preme in questa sede richiamare come esse, nonostante i proclamati intenti, non riuscirono a superare affatto il dogma volontaristico, operando solamente una riclassificazione degli elementi strutturali del *Rechtsgeschäft* consistente nel porre l'accento su uno o sull'altro elemento dello stesso.

La volontà rimase così all'interno della struttura del medesimo, seppure, talvolta, come invitato di pietra⁴⁸.

diritti soggettivi e delle situazioni soggettive attive; esercizio di poteri, adempimento di oneri, e così via); nonché nei confronti di altri soggetti (singoli, enti privati, enti pubblici), o di collettività più o meno rigidamente organizzate, aperte o chiuse, e infine nei confronti della massima organizzazione o istituzione, che è, nell'epoca moderna, lo Stato. Soltanto l'impostazione e la risoluzione dei problemi generali accennati può consentire di determinare, volta per volta, la portata e il significato del termine «autonomia privata»; e ovviamente, per la trattazione di codesti problemi, si deve rinviare alle voci relative. In particolare va qui segnalata Volontà, non solo perché costituisce il fulcro di tutta codesta problematica, ma soprattutto per il fatto che si è specificamente parlato di volontà privata autonoma». Mi permetto di osservare come il problema si complica allorché si intenda la norma, o, in generale, l'esercizio delle potestà pubblicistiche quale espressione della *volontà* degli enti pubblici medesimi...

⁴⁶ Essa fu, infatti, ferocemente criticata, oltre che in Germania, anche in Italia. Anche se essa giunse sul territorio italiano nell'800, in un momento in cui la cultura italiana era pienamente inquadrata nelle correnti di pensiero dalle quali, come si è accennato, la Pandettistica aveva tratto spunto per le sue elaborazioni. La nozione veniva recepita, pertanto, nella più pura struttura subiettivistica e volontaristica, con dichiarato rigetto delle opinioni contrastanti. Così il concetto di negozio, dal quale è partita la successiva elaborazione nell'ambito della dottrina italiana, è stato quello di «manifestazione di volontà» in cui è «l'interno volere il vero elemento produttore degli effetti giuridici» [(Scialoja, 1938), pp. 28 – 29] ed è «volontà nel senso giuridico anche il contenuto della manifestazione di volontà che costituisce il negozio giuridico, cioè l'intenzione» [(Scialoja, 1938), p. 35]. In merito, si veda la ricostruzione nella voce dell'*Enciclopedia del Diritto* «Negozio giuridico (teoria)», ad opera di Mirabelli (Mirabelli, 1978). In merito, mi permetto di segnalare come una delle critiche più feroci alla categoria contrattuale sia contenuta nel volume di Schlossmann «*Der Vertrag*». Anche per le critiche di Schlossmann al *Consensusdogma* ritengo siano comunque da applicare le osservazioni svolte dallo scrivente nei confronti delle altre teoriche antinegoziali. Cfr. (Schlossmann, 1980 - rist. anast. dell'edizione del 1876), pp. 72 e ss.

⁴⁷ Il dibattito in ordine alla fattispecie negoziale affaticò generazioni di giuristi e non è possibile darne compiutamente conto in questa sede. Se ne dà icasticamente conto *infra*.

⁴⁸ Mi permetto solo di annotare che anche un autore che critica con veemenza la categoria del negozio giuridico (seppure, ed è davvero degno di nota, da un punto di vista economico – sociale, presumibilmente in netto contrasto con le derive della teorica della dichiarazione o dell'autoregolamento, le quali ponevano l'accento direttamente sull'assetto di interessi posto in essere dalle parti *medio negotii* ponendo in diretta relazione il riconoscimento dello strumento pattizio *de quo* alle logiche economico – produttive) non può che riconoscere l'importanza della volontà. Il riferimento è a (Galgano, *Il problema del negozio giuridico*, 1976). Infatti, il Galgano ammette come il contratto sia tuttora una realtà, nell'ambito dei rapporti che non sono legati al sistema produttivistico (Galgano, *Il problema del negozio giuridico*, 1976), p. 465, constatando altresì

Il che, mi pare di poter inferire, in quanto il superamento della centralità della volontà, mosso dall'intento del superamento delle aporie ingenerate dall'esasperato individualismo congenito entro la definizione di von Savigny, presumibilmente aveva concentrato il fuoco della critica sul bersaglio esatto, ma lo aveva mancato.

E ciò in quanto il problema non consisteva nell'aver incentrato il negozio giuridico attorno alla categoria della volontà, bensì ad un *determinato* concetto di volontà.

Avere "detronezzato" la *voluntas*, ponendo l'accento sulla dichiarazione o sull'autoregolamento di interessi, in realtà, non è stato risolutivo del problema, in quanto la *voluntas* permaneva impigliata nei gangli del concetto, determinandolo in maniera dirimente⁴⁹.

come lo strumento dell'accordo trova nella realtà di oggi una nuova dimensione, nel fenomeno del "negoziato" fra gruppi e categorie od anche tra poteri pubblici e gruppi organizzati (Galvano, *Il problema del negozio giuridico*, 1976), p. 464. In sostanza, dunque, «si ammette che la categoria dell'atto di volontà è tuttora presente nei rapporti in cui si soddisfano interessi di singoli o di gruppi, anche se si nega che in essa si esaurisca il regolamento di questi interessi», (Mirabelli, 1978), par. 10.

⁴⁹ Credo sia più che illuminante, nonché pertinente, quanto Mirabelli scrive, nel paragrafo di apertura della già citata voce dell'*Enciclopedia del Diritto* denominata "Negozio giuridico (teoria)": «Il secolo XVIII fu il secolo della riaffermazione della libertà dell'individuo; libertà significa libera esplicazione della volontà ed incidenza decisiva della volontà, liberamente manifestata, sulla vita dell'individuo, significa anche eguaglianza degli individui nei rapporti tra loro. Nella concezione della libertà trovarono il punto d'incontro l'illuminismo, derivato dal giusnaturalismo, e lo storicismo ed entrambi si condussero a ravvisare nella volontà individuale la fonte degli effetti giuridici [cfr. anche (Stolfi, 1947), p. XI dell'Introduzione, *nda*]. Libertà ed eguaglianza sono i principi ispiratori dei movimenti politici di quel secolo: libera esplicazione della volontà come mezzo di esercizio dell'iniziativa individuale è esigenza essenziale nel primo sviluppo della società industriale, che in quel secolo comincia a costruirsi. La nozione del negozio giuridico, che si pone ad indicare l'esplicazione della libera volontà di ciascun individuo nella nascita, modificazione ed estinzione dei rapporti interindividuali, risulta, dunque, la più congrua espressione di quei movimenti di pensiero e di quelle esigenze. Ma forse queste spinte non sarebbero state sufficienti per l'affermazione della categoria nella dottrina del diritto e nella qualificazione dei fenomeni giuridicamente rilevanti. Altre costruzioni filosofico-giuridiche elaborate nello stesso periodo non hanno resistito così a lungo. A consolidare la figura del negozio giuridico come categoria fondamentale della teoria del diritto hanno contribuito, probabilmente, altre due considerazioni, più o meno coscientemente avvertite. La nozione di negozio giuridico come espressione della volontà dell'uomo operante nei rapporti giuridici ha offerto una soluzione, di notevole forza e coerenza, ad un problema che ha sempre travagliato, e continua a travagliare, la scienza del diritto, il problema della causalità giuridica. È la previsione normativa di un avvenimento o di un comportamento oppure la determinazione dell'uomo a produrre il regolamento dei rapporti? Nel dare la prevalenza alla volontà la teoria del negozio giuridico ha preso una posizione netta nei confronti di questo interrogativo ed ha permesso di indirizzare la ricerca in una direzione chiaramente individuata. Inoltre, la costruzione del negozio giuridico, come categoria nella quale inquadrare ogni attività dell'uomo rilevante nei rapporti con gli altri uomini, ha offerto alla scienza giuridica una possibilità unica ed ineguagliabile, quella di rilevare e studiare unitariamente tutti i fenomeni che vengono in considerazione nel mondo del diritto. Fissata la nozione di negozio come manifestazione di volontà produttiva di effetti, è stato possibile discernere gli altri avvenimenti, parimenti produttivi di effetti, la cui essenza non è ravvisabile nella determinazione volitiva; dalla sistematica del negozio è derivata la sistematica dei fatti giuridici e dei comportamenti umani in cui la volontà non sembra spiegare eguale efficacia», in (Mirabelli, 1978), par. 1. Anticipo qui un tema che verrà trattato più diffusamente ora, ossia l'aspetto causalistico, cui la nascita del concetto di volontà nell'alveo della speculazione che verrà analizzata nel corso dei prossimi capitoli, diede compiuta soddisfazione. E' notevole che Mirabelli lo abbia notato, così

In altri termini, il problema non consisteva forse nella volontà, bensì in *quella* volontà⁵⁰.

La teorica di un maestro del diritto civile del calibro di Emilio Betti credo possa offrire una pertinente esemplificazione a quanto si va dicendo⁵¹.

come è altresì notevole che il fiorire del pensiero pandettistico si ponga in diretta attinenza con la “rivoluzione volontaristica” avvenuta secoli prima. In merito, si veda *infra*. Si noti comunque, come la definizione di volontà desunta *in primis* dal c.d. formante giurisprudenziale – per dirla à la Rodolfo Sacco –, abbia offerto esattamente detto quadro: una forza soggettiva (giuridicamente) causale. Anche perché ciò che viene riconosciuto proprio del negozio giuridico (e che lo differenzerebbe dall’atto giuridico in senso stretto) consiste nella circostanza che la volontà non solo vuole il negozio, bensì ne determina anche gli effetti, in conformità a quanto previsto dall’ordinamento. Sul punto, *ex multissimis*, cfr. (Santoro - Passarelli, 2012), p. 125; (Gazzoni, 2009), pp. 84 - 89.

⁵⁰ *En passant* mi permetto di annotare in modo tangenziale e cursorio come, presumibilmente, il successo di detta concezione di *voluntas* unito alla fiducia nell’oggettività giuridica (paradossalmente, ma, a ben guardare, ritengo trattavasi di una “ricomversione” del diritto oggettivo di stampo tommasiano in un diritto “certo” volontaristicamente posto) abbia contribuito a considerare la *voluntas* una *datità* e non un concetto convenzionale, quale essa era ed è. E che, a sua volta, i due processi si siano osmoticamente autoalimentati.

⁵¹ Come già accennato, anche in Italia si assistette ad una critica e della definizione originaria del negozio giuridico, di cui un preclaro esempio è rappresentato dal Betti, il quale ne incentrò la definizione intorno alla dichiarazione: «*Anche l'autonomia privata configura un autoregolamento, ma per di più un regolamento diretto, individuale, concreto di determinati interessi, scopi, per opera degli stessi privati intersi. Fra l'interesse regolato, il potere e la volontà regolatrice (questo è il punto caratteristico) vi è qui immediata coincidenza: perché sono interesse, potere e volontà delle stesse persone. Nell'autonomia creativa di norme giuridiche è l'ordinamento statale riconosce una vera e propria fonte di diritto oggettivo entro l'orbita di competenza che le è propria ab origine. Per contro, nell'autonomia creativa di rapporti giuridici, l'ordine giuridico si limita a riconoscere ai singoli il potere di porre in essere fattispecie atte a generare vincoli fra loro. L'autonomia privata ha, pertanto, caratteri propri, netti ed inconfondibili con quelli di ogni altra autonomia. La competenza di creare norme giuridiche, che all'autonomia viene attribuita nella prima funzione, vale a conferire a chi n'è investito la posizione costituzionale di organo con poteri normativi nell'ambito dell'ordine giuridico che la riconosce (...). Ciò non è dell'autonomia privata. Nella misura in cui è riconosciuta dall'ordine giuridico, essa non è chiamata a creare e neppure a integrare alcuna norma giuridica, ma a porre in essere l'ipotesi di fatto d'una norma già esistente, dando vita, fra privato e privato, a quel rapporto giuridico che essa norma e dispone. In questo senso può dirsi riconosciuta ai singoli dall'ordinamento una competenza dispositiva: non già nel senso che l'ordine giuridico deleghi loro una porzione della competenza normativa e li trasformi così in organi propri. Ben lungi dal fondarsi su una delegazione di poteri, su di una investitura dall'alto, la competenza dispositiva dei privati deriva dal fatto che l'ordine giuridico riconosce e sanziona un'autonomia che i privati stessi esplicano già sul terreno sociale nei rapporti fra loro. Per l'appunto quest'autonomia extragiuridica, intesa come il fatto sociale dell'autoregolamento d'interessi propri, rende anzitutto ragione del riconoscimento e della sanzione da parte dell'ordine giuridico (...). Col negozio giuridico, infatti, i privati dispongono per l'avvenire un regolamento impegnativo di propri interessi nei loro rapporti (...). L'istituto del negozio giuridico non conserva la facoltà di “volere” a vuoto come piace affermare a certo individualismo, non ancora estirpato dalla odierna dogmatica. Piuttosto, secondo quanto si è veduto, esso garantisce e protegge l'autonomia privata nella vita di relazione in quanto si volge a dare assetto ad interessi degni di tutela nei rapporti che li concernono (...). Il negozio è un atto consistente, ora, in una dichiarazione, ora in un semplice comportamento. Se ogni negozio è essenzialmente un fatto sociale e l'autonomia privata è un fenomeno sociale, è agevole intendere come anche il negozio giuridico debba soddisfare quell'esigenza di riconoscibilità che domina tutta la vita sociale, essere cioè un fatto socialmente riconoscibile. Col negozio giuridico, infatti, i privati dispongono per l'avvenire un regolamento*

Egli, infatti, muovendo dalla condivisibile affermazione che il negozio giuridico abbia la propria base nella relazione tra gli individui, mette in luce come «*l'istituto del negozio giuridico non conserva la facoltà di "volere" a vuoto come piace affermare a certo individualismo, non ancora estirpato dalla odierna dogmatica. Piuttosto, secondo quanto si è veduto, esso garantisce e protegge l'autonomia privata nella vita di relazione in quanto si volge a dare assetto ad interessi degni di tutela nei rapporti che li concernono*»⁵².

Tuttavia, esso si sustanzia in una fattispecie del tutto peculiare, dal momento che in essa «*fra l'interesse regolato, il potere e la volontà regolatrice (questo è il punto caratteristico) vi è qui immediata coincidenza: perché sono interesse, potere e volontà delle stesse persone*»⁵³.

Ancora una volta, Betti aveva centrato compiutamente il problema, non ponendo tuttavia in luce come la palingenesi aporetica fosse da imputare non alla volontà in sé, bensì, ancora, dal concetto di volontà assunto come premessa indiscussa⁵⁴.

Con il che anche l'illustre Maestro finisce per ricalibrare la categoria negoziale attorno al fulcro della totipotente *voluntas*, del potere volontaristico (reputato analogo al potere pubblico)⁵⁵. Il quale, seppure messo (apparentemente) in scacco dalla dichiarazione, per evitare le ovvie aporie ingenerate dal solipsismo volontaristico ed orientare in senso relazionale la categoria, finisce tuttavia per rimanere il tratto essenziale, il motore causale della fattispecie.

E' grazie ad essa, infatti, che la fattispecie negoziale è capace di assurgere ad *autoregolamento normativo*.

Per utilizzare un linguaggio del tutto colloquiale, quindi, la volontà, scaraventata fuori dalla porta, rientra comodamente dalla finestra. *Rectius*, non se n'è mai andata.

Ed è, ritengo, per contemperare siffatte esigenze che, più recentemente, il negozio giuridico è stato definito come «*una dichiarazione di volontà privata diretta a produrre effetti che l'ordinamento giuridico riconosce e tutela*»⁵⁶.

impegnativo di propri interessi nei loro rapporti. (...) Infatti, solo per il tramite di forme rappresentative idonee a serbare l'impronta dell'autore e a rendere riconoscibile il senso in esse oggettivo, possono gli uomini pervenire a intendersi fra loro e costituire, nei rapporti reciproci, comunioni di spiritualità- Se, per un'ipotesi assurda, si provasse a supporre soppresso fra gli uomini siffatto tramite, ne conseguirebbe che essi non potrebbero più comunicare gli uni con gli altri, e sarebbe troncata in una con la possibilità di comprendersi e di regolare i rapporti reciproci, ogni vita sociale. Ora, questo elementare dato di esperienza viene perduto di vista da chi, per una inconsapevole ellissi, ravvisa, nella "volontà" tanto l'oggetto dell'interpretazione quanto l'essenza del negozio giuridico. Invero, la "volontà", come fatto psicologico meramente interno, è qualcosa di per sé inafferrabile e incontrollabile, che appartiene unicamente al foro interno della coscienza individuale. Solo nella misura in cui si renda riconoscibile nell'ambiente sociale, essa diventa un fatto sociale, suscettibile d'interpretazione e di valutazione da parte dei consociati» (Betti, 1960), pp. 48 - 52.

⁵² (Betti, 1960), p. 51.

⁵³ (Betti, 1960), p. 47.

⁵⁴ *Id est*, come *éndoxon*.

⁵⁵ E non casualmente. Ritengo che la raffinata mente di Betti avesse intuito il legame inscindibile tra i poteri volontaristicamente scolpiti. Sul motivo di ciò, rinvio al prosieguo della trattazione.

⁵⁶ (Bigliuzzi Geri, Breccia, Busnelli Francesco, & Natoli, 1992), p. 461. Mi permetto di anticipare come la definizione offerta dagli illustri autori appena citati sia perfettamente armonica rispetto alla

Ciò icasticamente osservato in tema di *voluntas* e negozio giuridico, trova conferma⁵⁷ nella circostanza che di essa fa parte – costituendone, presumibilmente, la figura più rilevante e significativa - il contratto. Del resto, esso così come definito dall'art. 1321 c.c., è dalla medesima norma scolpito come atto di volontà: «*il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale*»⁵⁸.

E' degno di nota, effettivamente che la costruzione della teoria negoziale e, quindi, di quella contrattuale non possano prescindere dal concetto di volontà⁵⁹.

ricostruzione della gerarchia volontaristica così enucleata a partire dalla rivoluzione del concetto di volontà e come verrà descritta nel prosieguo della trattazione, cui si rinvia.

⁵⁷ In ordine sia alla rilevanza del tema trattando, che della categoria del negozio giuridico.

⁵⁸ La scelta del legislatore del codice civile del 1942 di obliterare la categoria del negozio giuridico fu una scelta precisa, visto che nella Relazione al Codice, si può leggere: «*In luogo del concetto individualistico di signoria della volontà, l'ordine nuovo deve accogliere quello proprio di autonomia del volere. L'autonomia del volere non è sconfinata libertà del potere di ciascuno; ma, se legittima nei soggetti un potere di regolare il proprio interesse, nel contempo impone ad essi di operare sempre sul piano del diritto positivo, nell'orbita delle finalità che questo sanziona e secondo la logica che lo governa*» (n. 603). «*Contro il pregiudizio incline a identificare la causa con lo scopo pratico individuale, la causa richiesta dal diritto non è lo scopo soggettivo, qualunque esso sia, perseguito nel caso concreto, ma è la funzione economico-sociale che il diritto riconosce rilevante ai suoi fini e che solo giustifica la tutela dell'autonomia privata*» (n. 613). «*Senza disconoscere il valore dell'elemento volitivo, si può dare, di regola, in caso di conflitto, la prevalenza alla certezza dell'affidamento e all'esigenza della stabilità dei rapporti giuridici, ove, beninteso, l'affidamento si fonda sulla buona fede consapevole del destinatario dell'atto di volontà*» (n. 623). Tuttavia la categoria negoziale è riapparsa, come notato dalla dottrina, [cfr. (Bianca, 2000), p. 9]. Ecco il testo della relazione al codice sul punto: «*In conformità della nostra tradizione giuridica, non si sono dettate norme per disciplinare il negozio giuridico; invece si è regolato quel negozio giuridico, centro della vita degli affari, che si chiama contratto, e, con una disposizione generale, si sono dichiarate applicabili le norme dettate per i contratti agli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale. È ovvio che gli atti unilaterali stessi possono ricevere disciplina dalle norme sui contratti solo per ciò che questi hanno in comune; ed è ovvio altresì che la menzione della categoria degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale non esclude la possibilità di una estensione analogica delle norme anche ad atti unilaterali di natura non patrimoniale*» (n. 604). È stata unanime l'affermazione che, in relazione a questi dati, fosse dovere della dottrina ricostruire il sistema legislativo delle attività giuridiche, sulla base della nozione di negozio, essendo da ritenere che lo stesso legislatore l'avesse tenuta presente (Cariota Ferrara, 1945), p. 117, (Mirabelli, 1978), par. 5. Mi pare nuovamente degna di nota la tensione tra la necessità di riconoscere la relazionalità intrinseca agli strumenti giuridici ed il concetto esasperatamente atomistico della volontà. Ancora una volta, di una data forma di *voluntas*.

⁵⁹ Anche sulla fattispecie contrattuale, così come per il negozio giuridico, si riverbera, com'è noto (ed agevolmente comprensibile) il dibattito inerente la struttura della fattispecie. *Id est*, la diuturna disputa si articolava, *naturaliter*, fra i sostenitori della teoria della volontà, secondo cui l'essenza del contratto (e, prima, del negozio giuridico), sarebbe consistita nella volontà creatrice dell'individuo (preclari zelatori della teorica *de qua* furono von Savigny, Windscheid e Jhering), riassunta bene nelle parole dello Windscheid: «*il negozio giuridico è dichiarazione di volontà. Si dichiara di volere che abbia luogo un effetto giuridico, e l'ordine giuridico fa che questo effetto giuridico abbia luogo per ciò che esso è voluto dall'autore del negozio giuridico (...). Il negozio giuridico è l'attuazione della forza creatrice competente nel campo giuridico alla volontà privata*», in (Windscheid, 1930), p. 202 (si noti l'accento sulla forza immediatamente causale, demiurgica, creatrice, riconosciuta alla volontà). In effetti, «*la concezione del negozio come dichiarazione di volontà, ponendo al centro della figura la volontà, come elemento preminente e*

Del resto, anche l'art. 1325 c.c. enuclea, tra gli elementi del contratto, il *consenso*⁶⁰. Ed, infatti, la dottrina non pare dubitare del nesso inscindibile tra il contratto (ed il negozio *tout court, ca va sans dire*), visto quanto afferma un illustre civilista, C. Massimo Bianca, il quale, depotenziando la virulenza delle ormai vetuste dispute in ordine alla struttura del negozio e del contratto in senso più o meno volontaristico, avverte: «*sul piano sociale, l'accordo è una manifestazione di volontà, e come tale esse deve quindi essere inteso. Ciò non vuol dire accoglimento del c.d. dogma della volontà, cioè della teoria che ravvisa l'essenza del negozio nella volontà reale dell'individuo (...). Si tratta piuttosto di prendere atto che il significato*

*determinante degli effetti, impone che l'accertamento del contenuto dell'atto venga condotto con costante e quasi esclusivo riferimento alla volontà effettiva dell'agente.(...). Il negozio è considerato pur sempre un atto di volontà, di guisa che tutte le volte in cui non si presenti l'esigenza di tutela di un affidamento, è alla volontà interiore del soggetto, non alla manifestazione esteriore, che vanno ricollegati gli effetti dell'atto» (Mirabelli, 1978), par. 7 e (Santoro - Passarelli, 2012), p. 126. Ad essa si oppone la c.d. teoria della dichiarazione, la quale, com'è noto, poneva l'accento sulla dichiarazione negoziale, ritenuta come unico elemento capace di vincolare il dichiarante secondo le circostanze. In realtà, la differenza più profonda ritengo possa cogliersi nella circostanza che la condotta successiva dell'agente può svolgersi solo in conformità dell'impegno che egli ha assunto con l'atto; e l'ordinamento in tanto ricollega a tale atto gli ulteriori effetti modificativi della situazione giuridica, in quanto il soggetto, autoregolandosi, rimane impegnato a tale autoregolamento. L'impegno o vincolo a carico dell'agente viene configurato come effetto negoziale in senso proprio, laddove la costituzione, la modificazione o l'estinzione di rapporti, che conseguono al negozio, vengono a costituire gli effetti finali della fattispecie negoziale. La nozione di negozio giuridico, secondo la più recente dottrina italiana, così viene sintetizzata nelle corrispondenti trattazioni istituzionali. Negozio giuridico è l'atto con il quale uno o più soggetti privati stabiliscono un regolamento di interessi, riconosciuto dall'ordinamento come produttivo di effetti giuridici ad esso conformi. La dichiarazione di volontà, che ne è l'elemento essenziale, va intesa come comportamento umano che risulti esteriormente dichiarativo della volontà del soggetto che lo ha tenuto, anche a prescindere dalla effettiva volontà del medesimo, avente ad oggetto un regolamento di interessi. Come tale, il negozio è atto di autonomia, intendendosi per autonomia, appunto, il potere dei privati, individui o gruppi, di regolare i propri interessi nel costituire, modificare od estinguere rapporti giuridici, impegnando liberamente se stessi al regolamento posto. Sul punto, cfr. (Scognamiglio, 2008), pp. 100 e ss.; (Mirabelli, 1978), par. 8. Da ultimo si contrappose ad esse la teoria precettistica, la quale rinviene nel negozio e, quindi, nel contratto, una disposizione con la quale il soggetto regola da sé i propri interessi, ovvero sia in un *autoregolamento* (si pensi ai già citati brani del Betti). Tuttavia, mi pare che i rilievi che si possono muovere a queste ricostruzioni del fenomeno contrattuale non siano differenti a quelle mosse alle teoriche volte a sminuire l'importanza della volontà nel negozio giuridico, il cui preclaro esempio del Betti è stato esaminato poc'anzi ed a cui si rinvia. Per dirla con l'illustre voce del Pugliatti, infatti: «*le eccezioni non possono mettere in crisi un concetto di negozio che assuma la volontà reale quale suo elemento essenziale*», in (Pugliatti, *La logica e i concetti giuridici*, 1940), p. 234. Ancora, mi permetto di precisare, un *dato concetto* di volontà reale. Con queste definizioni di negozio, comunque si riterrebbe, da parte di una certa dottrina, superata la tradizionale dicotomia fra volontà e dichiarazione, fra teoria volontaristica e teoria precettiva, assegnando alla volontà un ruolo preminente nella struttura dell'atto ed alla manifestazione vincolante il ruolo di elemento determinante degli effetti (Burdese, 1974), pp. 91 – 92; (Mirabelli, 1978), par. 8.*

⁶⁰ Ecco il testo dell'art. 1325 c.c.: «*I requisiti del contratto sono: 1) l'accordo delle parti; 2) la causa; 3) l'oggetto; 4) la forma, quando risulta che è prescritta dalla legge sotto pena di nullità*».

sociale dell'accordo è quello di un atto di volontà, e che quando tale significato è insussistente manca il fenomeno del contratto»⁶¹.

Il rapporto tra esso e la volontà appare quindi ormai chiaro agli interpreti⁶², ponendosi la considerazione di Bianca appena accennata in diretta assonanza con quanto scrisse Gorla in merito al negozio giuridico: «il concetto di negozio giuridico come esercizio di un potere di creare l'effetto giuridico»⁶³.

⁶¹ (Bianca, 2000), p. 5. Mi permetto solo di precisare un aspetto della disamina dell'illustre civilista, ossia la circostanza che il *punctum pruriens*, più che «nella volontà reale dell'individuo» è da ravvisarsi, ancora una volta, in una determinata concezione volta a strutturare in un determinato modo detta volontà in senso strettamente individualistico (o, ancora più precisamente, solipsistico).

⁶² Non credo sia essenzialmente rilevante ai fini del presente lavoro la circostanza che la dottrina contemporanea punta l'accento sull'autonomia privata come fondamento del negozio giuridico/contratto, piuttosto che sulla volontà [Cfr. (Bianca, 2000), p. 11]. La presa di posizione dello scrivente credo possa ritenersi confortata dalle illuminanti osservazioni rinvenibili in (Pugliatti, *Autonomia privata*, 1959), ai parr. 1 e 4: «par. 1. Il problema filosofico che ha messo a fuoco, nell'epoca moderna, il concetto di autonomia, è il problema della volontà. (...). Par. 4. La cosiddetta autonomia negoziale. Il problema (se così può dirsi) dell'autonomia negoziale presenta molteplici aspetti. Esso implica, anzitutto, la definizione del negozio giuridico. La tradizionale definizione, secondo cui il negozio giuridico si caratterizzava come dichiarazione (o manifestazione) di volontà o come atto di volontà, tende ad essere sostituita da quella più recente, secondo cui esso sarebbe da definire come atto di autonomia privata, o come «precepto di autonomia privata»; o ancora come «autoregolamento diretto di interessi propri». L'adozione di queste ultime formule implicherebbe, da un lato, lo spostamento della volontà verso lo sfondo, in posizione, per dir così subordinata o ausiliaria; nonché l'eliminazione del dualismo tra i termini: volontà e dichiarazione. Sotto altro profilo, la volontà verrebbe qualificata come autonoma, in quanto fonte degli effetti negoziali, e, coerentemente, sarebbe considerato come atto negoziale anche l'atto legislativo. Secondo un'altra tendenza, la volontà negoziale sarebbe eteronoma, in quanto costituirebbe uno degli elementi della fattispecie legale, sì che la fonte degli effetti sarebbe sempre la legge. (...) Va qui notato che il problema della rilevanza della volontà del singolo nell'ordinamento giuridico (statuale) trascende il campo del diritto privato e quello del negozio giuridico. Si tratta, infatti, di un problema generale: quello della necessità dell'attività (e della volontà) del singolo nella quale finiscono, nel momento della realizzazione, col puntualizzarsi i valori giuridici nella concretezza dell'atto. Ad esso si accompagna il problema dei limiti posti a quella attività, problema che si atteggia variamente, sia nel campo del diritto pubblico (es.: attività vincolata o discrezionale del pubblico funzionario), sia in quello del diritto privato (accanto ai negozi innominati, rispetto ai quali massimamente si esplica la libertà dei privati, abbiamo i negozi tipici a causa elastica, e quelli a causa rigida, come la maggior parte dei negozi di diritto familiare). Si tenga presente che un margine è sempre riservato al singolo, sia negli atti relativi al diritto pubblico, sia in quelli relativi al diritto privato. Quando niente altro, nonché la decisione, compete al singolo, e a lui soltanto, la determinazione dei punti che sfuggono ad ogni possibile predeterminazione, come accade per le clausole dette determinative dei negozi: persino nel negozio matrimoniale, spetta a ciascuno dei contraenti la determinazione del soggetto col quale intende contrarre il matrimonio (...).».

⁶³ (Gorla, 1956), p. 24. L'Autore, nonostante metta in luce il rischio del ricorso ad una «mistica del consenso», conclude in tal modo in ordine alla fattispecie contrattuale. Si ponga comunque in luce come l'attuale struttura del consenso contrattuale non si sia atteggiata nel medesimo modo in tutto il dipanarsi dello sviluppo del pensiero giuridico, essendo il concetto di volontà così tratteggiato una cifra della modernità giuridica. Per quanto concerne l'epoca romana, si noti come il dibattito in ordine alla fattispecie contrattuale abbia avuto notevole impulso negli ultimi anni, ad opera, in particolare, della disputa insorta tra Tommaso Dalla Massara e Carlo Augusto Cannata [sul punto, cfr. (Dalla Massara, *Alle origini della causa del contratto - Elaborazione di un concetto nella giurisprudenza classica*, 2004); (Garofalo, 2006); (Dalla Massara, *Ancora sul valore del richiamo al sinallagma in Labeone ed Aristone*, 2008); (Dalla Massara, *La causa del contratto nel pensiero di Aristone: della necessità di un*

In altri termini, sia a lume dell'accennata ricostruzione dottrinale, che degli approdi giurisprudenziali, nonostante tutti gli sforzi operati in senso contrario, è difficile ritenere preteribile la volontà così come scolpita in precedenza in orbita contrattuale.

b) Volontà nel diritto penale ed, in generale, nello *jus publicum*

Per quanto concerne un altro ambito nel quale si è notata l'insistenza dei Giudici nell'utilizzo del lemma "volontà", ossia l'illecito penale⁶⁴, è facile rammentare come, allorché si parli di "dolo" (come s'è potuto agevolmente inferire dalla rassegna giurisprudenziale accennata in apertura del presente capitolo, il riferimento è, ancora una volta, ad un fenomeno che innerva⁶⁵ in sé un elemento volontaristico⁶⁶.

concetto, 2009); (Cannata, 2010)]. Per quanto riguarda le vicende successive, rinvio alla suggestiva ed esaustiva trattazione svolta da Alessandro Somma, che ricostruisce in modo approfondito e puntiglioso lo sviluppo della struttura del consenso contrattuale dal diritto comune all'età della codificazione, per giungere all'attualità ed alle prospettive di codificazione europea. Il riferimento è a (Somma, 2000). Mi permetto soltanto di porre in luce come i sommovimenti analizzati da Somma in ordine alla volontà enucleata nella fattispecie negoziale risentano fortemente dell'affermarsi della "rivoluzione volontaristica" la cui illustrazione si tenterà di offrire nel corso del presente lavoro.

⁶⁴ Ciò che verrà osservato in questa sede vale anche per l'illecito civile, con qualche distinzione. Per quanto concerne, in particolare, l'illecito extracontrattuale: «*Ai fini della configurazione della responsabilità extracontrattuale l'art. 2043 distingue, gli elementi della colpa e del dolo, senza fornire, peraltro, nessuna definizione. A tal fine, pertanto, tornano utili le definizioni fornite dalla disciplina penalistica (v. art. 43 c.p.) secondo la quale l'evento doloso è quello previsto e voluto dal soggetto come conseguenza della propria azione o omissione*», come si legge nel commento all'art. 2043 c.c. contenuto nel *Commentario al Codice Civile* edito da Giuffrè a cura di P. Cendon. Per quanto concerne, invece, l'illecito contrattuale, la ricostruzione dell'elemento soggettivo non è così anodina, in quanto un filone della dottrina ritiene che la colpa contrattuale si identifichi nel fatto stesso dell'inadempimento o della sua inesattezza, in ciò manifestandosi la differenza con la colpa extracontrattuale. Altri ritengono che la colpa coincida con la negligenza del debitore, che costituisce criterio di imputabilità dell'impossibilità sopravvenuta; nondimeno, la mancanza di colpa è condizione necessaria ma non sufficiente per l'esonero da responsabilità del debitore (Mengoni, 1988) p. 1091. Sia il dolo sia la colpa presuppongono comunque la capacità di intendere e di volere del debitore. Il dolo si realizza quando il debitore, benché preveda la certezza o l'alta probabilità che l'interesse creditorio non sia soddisfatto, comunque tenga la condotta non soddisfattiva, senza che sia necessario né la coscienza di recare danno al creditore né che il fine della sua azione od omissione sia quello di non soddisfare l'interesse creditorio. Per la tesi secondo cui la colpa consiste nell'inadempimento in sé si è espressa anche la giurisprudenza (Cass. n. 5566/1984). Il dolo del debitore non consiste nella coscienza e volontà di provocare danno al creditore, ma nella mera consapevolezza e volontarietà dell'inadempimento (Cass. n. 25271/2008). Per la ricostruzione ora richiamata, cfr. (Trapuzzano, 2009). In merito, cfr. altresì (Trimarchi, 1970). Mi pare comunque evidente che quanto ora accennato inerisca alla struttura ed al fondamento del giudizio di responsabilità più che all'atteggiarsi dell'elemento soggettivo, riducendo così la propria rilevanza ai fini dell'oggetto della presente ricerca.

⁶⁵ Cfr. (Mantovani, 2011), pp. 308 e ss. Pare che gli ultimi orientamenti in tema di ricostruzione della struttura del dolo mirino ad incentrarlo sulla volontà del fatto tipico, seppure pochi anni orsono si

Allo stesso modo deve concludersi per quanto concerne la sfera pubblicistica, in particolare con riferimento al diritto amministrativo e costituzionale, laddove si parli di volontà dell'ente⁶⁷.

fosse addirittura messa in dubbio l'utilità dell'elemento volontaristico per la costruzione dogmatica del dolo, cfr. (Eusebi, 1993), pp. 1 e ss. Tuttavia ora siffatto approdo pare scongiurato, viste anche le conseguenze aporetiche insite nelle teoriche contrarie. Tuttavia mi pare di poter inferire che la struttura psicologica del dolo in diritto penale, lo pone in un'ottica di minor interesse per quanto concerne il presente lavoro, essendo quella penalistica una volontà (in apparenza paradossalmente) meno demiurgica di quella propria delle altre branche del diritto. E ciò pare confermato dalla strutturazione del dolo non più in quanto elemento causale, bensì quale elemento soggettivo, laddove essi tendono vieppiù a coincidere ed a sussumersi entro un'unitaria attribuzione soggettivistico – causale nelle altre branche del diritto laddove è dato scorgere con più frequenza la volontà così come scolpita in precedenza. Infatti il dolo viene scolpito (anche e non unitariamente, ovviamente, sebbene sia evidente che non sia possibile dare compiuta disamina di una materia così complessa in questa sede) come volontà della produzione dell'evento (cfr. C. di Cass. 667/1984; C. di Cass. 485/1981). Ciò, seppure con accenti critici è rimarcato anche dalla dottrina penalistica [cfr. (Stella, 1988); (Davidson, 2000), ma, soprattutto, Marcello Gallo, laddove scrive che «l'agire intenzionale è caratterizzato dalla circostanza che in tanto il soggetto si determina ad una determinata condotta in quanto ritiene che tale condotta porti ad un certo risultato. La rappresentazione di quest'ultimo costituisce, così, la causa psichica dell'atto volitivo che mette capo a quel movimento o a quell'inerzia corporea con cui l'uomo arreca il proprio contributo causale alla produzione di una modificazione del mondo esterno», in (Gallo, 1964), par. 7]. Mi preme tuttavia rimarcare come, almeno secondo il modesto parere di chi scrive, un ostacolo pressoché insormontabile ad un ingresso della *voluntas* così come scolpita in precedenza nei territori penalistici (seppure è indubbio che essa abbia influenzato le teoriche penalistiche, almeno indirettamente, circostanza questa, di certo affascinante e però non indagabile compiutamente in questa sede) risiede nella struttura dogmatica del reato, laddove attribuire alla volontà una potenzialità totipotente ed omnicausante significherebbe confondere indebitamente elemento soggettivo ed elemento oggettivo della fattispecie criminosa. La rilevanza del dogma causale all'interno della dogmatica del reato, con le annose dispute in tema di cause e concause ha comunque tracciato un netto confine tra l'elemento soggettivo e quello oggettivo, dando altresì rilevanza alla concretezza relazionale degli impulsi causali, causanti e con – causanti, sottraendoli così all'ipotesi omnicausante del volontarismo (e, preumibilmente, l'influsso della rivoluzione volontaristica ha spiegato i propri riverberi da lungi dando sempre più attenzione alla personalità del reo ed alla sua soggettività. Ma, si ripete, sono suggestioni il cui approfondimento sarà rinviato, se possibile, ad altra sede).

⁶⁶ Per un'innovativo inquadramento del dolo scevro dagli assolutismi di quella che nel corso delle presenti pagine verrà denominata *voluntas*, si veda quanto scritto da Paolo Moro in (Moro, *La volontà relazionale nel reato. Contributo filosofico alla definizione del dolo*, 2015). L'Autore ben chiarisce la portata endossale della volontà entro la categoria del dolo: «La volontà resta così una facoltà soggettiva indistinta, che si presenta come un concetto presuntivo, utile a completare gli schemi dogmatici della dottrina oppure ad integrare le esigenze di accertamento processuale della giurisprudenza. Adattandosi alla situazione, secondo un modo di pensare e di operare tipico del postmoderno giuridico, la definizione assume un significato indeterminato e, anche in base al dettato normativo, talora assimilato a fenomeni analoghi, ma non identici, come l'intenzione», in (Moro, *La volontà relazionale nel reato. Contributo filosofico alla definizione del dolo*, 2015), p. 65.

⁶⁷ Figura per la quale, mi pare di poter inferire, non sussistono grosse perplessità, trattandosi pacificamente di rappresentanza c.d. *organica*. Il problema, semmai risiede nel procedimento di formazione di detta volontà, allorché essa avvenga in modo gerarchico, ovvero tramite il

Tuttavia, in materia pubblicistica, il profilo più suggestivo della rivoluzione volontaristica concerne la visione che essa ha conferito alle fonti del diritto, sovente qualificate quali “volontà” del soggetto cui fa capo l’organo emanante i medesimi⁶⁸.

Allo stesso modo, la metafora del potere “soggettivato” conduce a rappresentare il titolare della potestà pubblicistica come un soggetto atto ad esprimere una “volontà”, volontà, *per essentiam*, cogente.

Ma, mi si lasci dire incidentalmente che l’essenza non concerne il carattere pubblicistico (connotato, eventualmente rafforzato dalla struttura costituzionale ed amministrativa dello stato), bensì, ancora una volta, la volontà *in se ipsa*.

Anche in questo caso, ed al di là della narrazione volta ad individuare nei provvedimenti legislativi la volontà popolare (o dello Stato *tout court*), non pare in discussione si tratti di una volontà libera nei fini, capace di dettare norme, di *crearle*, di un potere libero di esplicarsi, seppure entro i limiti delle proprie competenze⁶⁹.

criterio maggioritario. Sul punto, mi sia consentito rinviare alla trattazione degli appena menzionati punti, v. *infra*.

⁶⁸ Ciò accadde, in particolare, con l’Illuminismo, divenendo “efficace” dall’età della Rivoluzione Francese. Sul punto, (Astuti, 1973), par. 8: «*Soltanto la Rivoluzione, e questo ci sembra il punto fondamentale, fu in grado di determinare, come conseguenza diretta di una nuova concezione della sovranità e dello Stato, una radicale trasformazione nella nozione della legge e della funzione legislativa. (...)*». Ed in effetti, la Dichiarazione dei diritti dell’uomo del 1789, ispirandosi alla dottrina contrattualistica del Rousseau, definiva all’art. 6 la legge «*comme étant l’expression de la volonté générale*» affermando che «*tous les citoyens ont le droit de concourir personnellement ou par leurs représentants à sa formation*». Secondo questa concezione ideale, fondata non sull’esperienza ma su una teoria astratta, la legge veniva identificata non più con la volontà del principe ma con la volontà della nazione intera; e questa volontà generale che si manifesta nella legge votata dai rappresentanti del popolo era considerata precisamente «*le principe qui dérive de la nature des choses et est fondé sur la raison*», secondo la formula del Rousseau per cui la legge è al tempo stesso «*la raison humaine manifestée par la volonté générale en qui elle s’incarne*». Di conseguenza, è difficile non aderire alla conclusione: «*secondo questa concezione razionale ed astratta della legge, espressione genuina e immediata della volontà generale, «qui participe au droit naturel universel et immuable», come affermavano i redattori del primo progetto del code civil, la legislazione avrebbe dovuto diventare per l’avvenire «immutabile, stabile, permanente. Tali erano le convinzioni profonde degli illuministi del secolo XVIII, che trovarono la loro attuazione nella realtà politica e giuridica per opera della Rivoluzione in Francia, e si diffusero, grazie alle armi napoleoniche, in tutti i Paesi continentali dell’Europa occidentale. E non occorre sottolineare l’importanza storica del rinnovamento radicale delle istituzioni politiche, operato con le successive costituzioni della Repubblica francese e con la legislazione eversiva degli ordinamenti dell’ancien régime; rinnovamento che non fu più arrestato né dal dispotismo di Napoleone, né dai governi della Restaurazione, e che con le successive rivoluzioni liberali e nazionali del secolo XIX ha dato vita al moderno Stato di diritto*», (Astuti, 1973), par. 8, cui si rinvia anche per le note critiche.

⁶⁹ Si ribadisce incidentalmente come, a mente dello scrivente, la presenza di limiti alle competenze non sia una smentita dell’assolutezza della volontà, rimarcando anzi la gerarchizzazione consustanziale e conseguente alla rivoluzione volontaristica. Ciò pare trovare del resto conforto in quanto scrisse un illustre costituzionalista come il Mortati, al par. 3 della voce dell’*Enciclopedia del diritto* denominata *Costituzione dello Stato (dottrine generali e Costituzione della Repubblica italiana)*, [XI, 1962]: «*La denominazione di «costituzione», quale risulta al termine dell’evoluzione storica cui si è accennato, appare contrassegnata da tre caratteri che concorrono nel conferirle la supremazia che essa vuole esprimere: il primo, relativo al momento formativo, alla cui perfezione appare essenziale la partecipazione del popolo, configurato non già*

c) Considerazioni

In altri termini, ecco nuovamente palesarsi la una nozione di volontà concepita a guisa di mozione soggettiva libera ed assoluta⁷⁰ diretta ad un oggetto, ovvero a cagionare causalmente una modificazione giuridica.

Appare quindi evidente come sotto la panoplia di significati attribuiti al termine *de quo* sia sussunto un potere di un soggetto, un potere di compiere una data azione. E che detto potere debba esplicitarsi liberamente, ovvero sia in ossequio solamente alla di lui volontà.

A prescindere dalla considerazione che tutto ciò si riduce ad un ragionamento circolare⁷¹ è altresì degno di nota come il tritico soggetto – volontà (potere di azione) – effetto⁷² trovi, a ben guardare cittadinanza in pressochè tutte le branche della *scientia juris*.

Infatti, la volontà così come concepita ora non rappresenta un concetto neutro o semplicemente dato, bensì è frutto di una certa teoresi, che godette di tale fortuna da condurre il pensiero filosofico e giuridico nella modernità, connotandola, a parere mio, essenzialmente⁷³.

nella veste di parte di un rapporto avente quale altro termine il sovrano, bensì quale titolare unico del potere di dar vita, con atto unilaterale, all'ordine costituzionale perché fornito di una potestà di volere sopraordinata su ogni altra; il secondo, di carattere formale, consistente nella redazione per iscritto, attraverso un procedimento particolarmente solenne, di un complesso di norme, coordinate fra loro in modo organico, regolanti i principi ritenuti essenziali all'assetto statale; l'ultimo attinente al fine politico della tutela delle libertà dei cittadini di fronte allo Stato». Riservandomi di chiarire quanto ora detto nel prosieguo della trattazione, mi permetto di porre in luce come Mortati esplicitamente faccia riferimento ad un “potere”, cfr. (Mortati, 1962), par. 3. Per il resto, v. *infra*.

⁷⁰ Entro i vincoli dell'ordinamento, ma, come si ribadisce, ciò non configura un limite ontologico, anzi, la gerarchizzazione volontaristica è propria del fenomeno che si va analizzando

⁷¹ La circolarità del ragionamento è data in quanto la volontà libera si esplica entro una sfera di libertà.. a sua volta dettata dalla volontà libera. In realtà, come si tenterà di dar conto nel prosieguo della trattazione, detta ricostruzione è assolutamente apodittica e non tiene conto della complessità e dell'imprevedibile gerarchizzazione ingenerata dalla rivoluzione volontaristica. In merito, si veda quanto si osserverà *infra*.

⁷² Giuridico o meramente materiale, ma, comunque, rilevante per il giuridico quantomeno *ex ante*, in quanto l'ordinamento riconosce al barbaglio volontaristico una protezione che rende l'atto espressione dell'esercizio del diritto soggettivo ovvero come diritto del soggetto pubblico, ovvero elemento integrante una fattispecie connotata da rimproverabilità.

⁷³ Il passaggio alla “modernità” viene del resto individuato da Villey nella trasmutazione concettuale del fulcro del diritto da “oggettivo” a “soggettivo”, ossia all'attenzione all'individuo, come egli afferma *in claris* in (Villey, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, 1985), pp. 135 e ss., cogliendone la natura profonda di atto rivoluzionario. Credo che l'argomentazione sia sovrapponibile a quanto sostenuto da Guido Fassò, a mente del quale la cifra della modernità sarebbe data da due costanti, ossia la laicità e l'individualismo [cfr. (Fassò, *Il giusnaturalismo e la teoria moderna del diritto e dello stato*, 1962), ora rinvenibile anche in (Fassò, *Scritti di filosofia del diritto*, 1982)]. In realtà, come avrò modo di osservare nel prosieguo della trattazione, la posizione di Villey (ed, in precedenza, quella di De Lagarde) e di coloro che ad essa aderiscono [ad es., (Bastit, 1990); (Todescan, *Itinerari critici*

dell'esperienza giuridica, 1991); (Todescan, *Etiam si daremus - Studi Sinfonici sul diritto naturale*, 2003)] è tutt'altro che monolitica, essendo stata criticata acutamente anche in tempi recenti [Cfr. (Marchettoni, *Ockham, i canonisti e l'atomismo dei diritti*, 2006); (Marchettoni, *Ockham e l'origine dei diritti soggettivi*, 2008), oltre ai classici (Tuck, *Natural rights theories. Their origin and development*, 1979) e (Tierney, *The Idea of Natural Rights. Studies on Natural Rights, Natural Law and Church Law 1150-1625*, 1997), tradotto in italiano in (Tierney, *L'idea dei diritti naturali. Diritti naturali, legge naturale e diritto canonico 1150-1625*, 2002)]. Evidentemente non è questa la sede per prendere posizione nel dibattito. *Quivi* mi preme precipuamente tentare di mettere a fuoco quello che ritengo esser stato il “motore concettuale” di detta rivoluzione.

3. Un “*intra – endoxon*”: la c.d. “autodeterminazione”

a) L'autodeterminazione in generale

Il termine “autodeterminazione”⁷⁴ 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 (sovente in orbita processuale), come se il diritto rappresentasse una sorta di “alfa ed omega” per quanto si va trattando⁷⁵.

Non a caso, quindi, si parla di “diritto” o di “principio” in ordine all'autodeterminazione, svelando, più o meno in controtelaio, come accade a tutt'una panoplia di situazioni umane, la propria ascendenza giuridica.

Com'è noto, si discetta, in primo luogo, di un diritto⁷⁶ all'autodeterminazione c.d. “terapeutica”⁷⁷, 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 dell'inizio o della fine della vita. Al contrario, essa pare a chi scrive un concetto “trasversale”⁷⁸, 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

⁷⁴ Riprendo qui in parte quanto osservato in (Morandini, 2012).

⁷⁵ 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: (Cavalla, *La prospettiva processuale del diritto. Saggio sul pensiero di Enrico Opocher*, 1991); (Moro, *La via della giustizia*, 2001); nonché il recente saggio a cura di Paolo Moro: (Moro, *Il diritto come processo. Una prospettiva critica per il giurista contemporaneo*, 2012).

⁷⁶ 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. Per uno sguardo giustamente critico in ordine all'assunzione, ormai, pare (seppure forse inconsciamente) maggioritaria della configurazione del concetto in esame come diritto, si veda, ad esempio, (Ronco, 2011), specie alle pagg. 67-69.

⁷⁷ Ed è senza dubbio l'orizzonte più pregno di conseguenze pratiche, almeno *ictu oculi*, nonché di suggestioni, anche, e comprensibilmente, a livello di dibattito mass- mediatico.

⁷⁸ 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.

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”⁷⁹.

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

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”⁸⁰, alla necessità di prestare ascolto al minore in sede di pronuncia dei provvedimenti d'affido del medesimo⁸¹, all'autodeterminazione del consumatore che andrebbe tutelata dagli operatori economici che si affacciano sul mercato, onde non violare tale pretesa soggettiva⁸², agli istituti a tutela degli incapaci, concernendo sia l'amministrazione di sostegno⁸³, che l'incapacità naturale⁸⁴. Ancora, si parla di autodeterminazione in tema di reati contro l'intangibilità sessuale dei minori degli

⁷⁹ Cfr. (Zanuso, *L'indisponibile filo delle Parche. Argomentazione e decisione nel dibattito bio-giuridico*, 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», [in Zanuso, *Neminem laedere. Verità e persuasione nel dibattito bio-giuridico*, 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 (Bellino, 1999), p. 122].

⁸⁰ 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 irretrattabili 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 allorquando la Suprema Corte sancisce che la caratteristica dei diritti inviolabili sarebbe quella di essere “diritti irretrattabili 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*.

⁸¹ Cfr. C. di Cass. 19464/11.

⁸² T.a.r. del Lazio 1521/12

⁸³ C. di Cass. 1770/12.

⁸⁴ C. di Cass. 1 settembre 2011, n. 17977; C. di Cass. 8 giugno 2011, n. 12532, C. di Cass. 7485/03;

anni quattordici⁸⁵, di “*mobbing*”⁸⁶, in ordine alla circonvenzione d'incapace⁸⁷, ma anche in materia di capacità dei contraenti⁸⁸. Il concetto trapela in controluce pure in tema di omicidio⁸⁹, 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 figura⁹⁰.

Dato un siffatto panorama giurisprudenziale, potrebbe stupire constatare come, *de jure condito*, non sia rinvenibile in alcuna norma⁹¹ 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 dalle norme, che pure, s'è detto, non la nominano, come 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.

b) L'autodeterminazione terapeutica

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-mediatico. 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, esplicando quindi i motivi d'una fortuna che pare propagarsi a pressoché 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 noto⁹².

⁸⁵ C. di Cass. 7059/12.

⁸⁶ C. di Cass. 87/12, seppure in via di *obiter dictum*, avendo a mente la capacità d'intendere e di volere.

⁸⁷ C. di Cass. 512/11

⁸⁸ C. di Cass. 26729/11.

⁸⁹ 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.

⁹⁰ C. di Cass. 21748/07 ad esempio, ma *multa cetera...*

⁹¹ Quantomeno tra le disposizioni fondanti le statuizioni *de quibus*.

⁹² La metafora del confine, del *limes*, del limite è suggerita dalle pregnanti considerazioni rinvenibili, tra l'altro, in (Zanuso, *L'indisponibile filo delle Parche. Argomentazione e decisione nel dibattito biogiuridico*, 2009), 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

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, curiosamente⁹³, per intessere la trama del proprio argomentare dai medesimi dati testuali.

In particolare⁹⁴, gli alfieri dell'autodeterminazione sono soliti per lo più⁹⁵ 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 Oviedo⁹⁶, dall'art. 35 del Codice di Deontologia medica⁹⁷, nonché dagli artt. 2⁹⁸ ed 8⁹⁹ della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo¹⁰⁰.

non negligibile all'uomo, ed il cui oblio di prometeica memoria è gravido di molte delle sciagure ascrivibili all'epoca presente.

⁹³ Ad un primo sguardo, in quanto tale ciò trova una ragione in ciò che si andrà esponendo *infra*.

⁹⁴ Ora ci si riferisce in primo luogo 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 vengano smantellati gli architravi di tale ricostruzione concettuale, ossia senza che ne venga spesso discusso il fondamento teoretico, sovente forse nemmeno percepito), le norme sono tendenzialmente attinenti proprio alla materia *lato sensu* 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 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 rivia a (Cavalla, *All'origine del diritto al tramonto della legge*, 2011), nonché, a (Cavalla, *La verità dimenticata. Attualità dei presocratici dopo la secolarizzazione*, 1996). Per un approfondimento sul punto, si vedano le conclusioni del presente lavoro.

⁹⁵ Ma ciò è solamente un dato grossolanamente empirico, avente riguardo delle disposizioni che avviluppano attorno a sé il dibattito più di altre.

⁹⁶ 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) Questa persona riceve preventivamente un'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 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».

⁹⁷ Esso 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».

⁹⁸ «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».

⁹⁹ 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 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».

¹⁰⁰ 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. Dette 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 (Barni, 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: a) Articolo 1: «Dignità umana: la dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e

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 come emblematico nel discorso che si va svolgendo¹⁰¹, 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 salute¹⁰².

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 persona¹⁰³ umana¹⁰⁴». Da qui è stato lineare inferirne, come

tutelata [...]». b) 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». c) 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: a) Articolo II-61- Dignità umana: «la dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata». b) 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». c) 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».

¹⁰¹ Sui motivi di ciò, si veda quanto si esporrà *infra*.

¹⁰² (Palermo Fabris, 2000), pagg. 1-2; (Alpa, 1986), pp 914 e ss; (Carlassare, 1992), pp. 605 e ss.; (Paladin, 1998), pagg. 675 e ss; (Pezzini, 1983), pp. 21 e ss.

¹⁰³ 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 solamente sulla dignità dell'uomo, sul concetto di persona (su cui si veda la nota seguente) siccome derivanti da una certa nozione di “qualità della vita” e di persona inizi a prefigurare una china assolutamente perigliosa. Cosciente di ciò, un autore ha condivisibilmente scritto: «vi è poi un altro argomento che potrebbe ingenerare pericolose conseguenze se non rettamente 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 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

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 umana¹⁰⁵.

Siffatte deduzioni hanno ricevuto più volte anche l'esplicito avallo della Consulta¹⁰⁶, 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

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 (Spoto, 2004), p. 1185. Pare tuttavia allo scrivente che ripiegare solo sul mero 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 volutaristica 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 volutaristica che si situa alla base dell'argomentare che impinge verso detti esiti.

¹⁰⁴ Come già osservato all'esordio della trattazione, 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 (Cavalla, *Topica giuridica*), come richiamato da (Zanuso, *Neminem laedere. Verità e persuasione nel dibattito bio-giuridico*, 2005), p. 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 aletica [confondendo la certezza con la verità, come pare allo scrivente potersi inferire da (Cavalla, *La verità dimenticata. Attualità dei presocratici dopo la secolarizzazione*, 1996), 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 (Zanuso, *L'indisponibile filo delle Parche. Argomentazione e decisione nel dibattito bio-giuridico*, 2009), pp. 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 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 scevre da un'indagine approfondita in ordine alla loro pregnanza. *Ca va sans dire*, l'autodeterminazione rischia seriamente di figurare nel novero delle suddette.

¹⁰⁵ (Pasquino, 2009), p. 20.

¹⁰⁶ Si vedano, ad esempio, C. Cost. 438/08, 471/90.

atto»¹⁰⁷. Da cui la possibilità di ricomprendere entro l'orbita di cui all'art. 32 c. 2 Cost.
¹⁰⁸ tutti gli atti incidenti sul “sé”¹⁰⁹ inteso in senso amplissimo, coincidente nella sfera
di libertà ed autodeterminazione¹¹⁰ dell'individuo¹¹¹.

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 prima*¹¹² di ogni altro diritto,
*costituzionalmente protetto, della persona*¹¹³».

¹⁰⁷ Trib. Milano 14 maggio 1998, in *Nuova giur. Comm.*, 2000, I, pagg. 92 e ss.

¹⁰⁸ *Rectius*, all'interpretazione ora rammentata di detto disposto costituzionale.

¹⁰⁹ 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 riducendosi ad autodeterminazione pure. 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 (Zatti, 2007), pp. 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 trapeolare, quantomeno in contropunto, in ossequio a ciò che s'espone *infra*.

¹¹⁰ E' palese come in motivazioni di tal fatta, non indagando il concetto, ci si trovi dinanzi ad una
petizione di principio.

¹¹¹ (Pasquino, 2009), 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 c. 2 della
Costituzione costituisca una pietra angolare.

¹¹² 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 derive 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 si possa fare), 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*.

¹¹³ 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.

c) Autodeterminazione e volontà. C. di Cass. 21748/07

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' o 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. 32 Cost.¹¹⁴, il quale, imperniando su di sé le due tendenze che ne innervano l'opera ermeneutica,

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

¹¹⁴ In realtà pressoché ogni diritto, così come scolpito nella modernità, richiama, a mente dello scrivente, il mitologico Giano, come si tenterà di dimostrare.

contribuisce a generare una selva antinomica che, *rebus sic stantibus*, si palesa drammaticamente irrisolvibile¹¹⁵.

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 esplicitare 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*»¹¹⁶.

Il fondamento del consenso¹¹⁷ è a sua volta rinvenuto negli artt. 2, 13, 32 c. 2¹¹⁸ della Costituzione¹¹⁹. L'art. 32 c. 2 in particolare, prevede la possibilità di trattamenti sanitari obbligatori, ma li assoggetta ad una riserva di legge, inquadrandoli inoltre

¹¹⁵ 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.

¹¹⁶ (Pasquino, 2009), 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 Marco Azzalini: «*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.*», in (Azzalini, 2008), p. 67.

¹¹⁷ 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.

¹¹⁸ 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*.

¹¹⁹ 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".

come eccezioni¹²⁰ alla regola generale, che legittimerebbe il predominio della volontà del singolo.

In ossequio al c.d. “principio personalistico”, il consenso, secondo la Suprema Corte, può dunque 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.) consegue il sacrificio del bene della vita*».

Nonostante quindi si sia *ex adverso* prospettato un obbligo di attivarsi a vantaggio della propria salute, quindi, «*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 volizione, 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 salute¹²¹.

¹²⁰ (Palermo Fabris, 2000), p. 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 indaghi 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*.

¹²¹ 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 c. 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 ex art. 3, 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 dello scrivente, 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 (Cavalla, *Diritto alla vita, diritto sulla vita. Alle origini delle discussioni sull'eutanasia*, 2009); (Moro, *I diritti indisponibili - Presupposti moderni e fondamento classico nella legislazione e nella giurisprudenza*, 2004); (Zanuso, *L'indisponibile filo delle Parche. Argomentazione e decisione nel dibattito biogiuridico*, 2009). Pare avere una qualche coscienza della rilevanza della relazione, anche contro derive solipsistiche (Spoto, 2004), pp. 1186. allorché egli afferma che «*nella materia affrontata, è*

Detto consenso, a mente dell'argomentare del Supremo Collegio deve tuttavia presentare alcuni caratteri, ossia essere “informato”, “autentico” ed “attuale”¹²². 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 sanitario¹²³. 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»¹²⁴.

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 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».

¹²² E' rilevante notare come la pronuncia della Cassazione sia un atto volto a dare una disciplina “quasi normativa”, e che in realtà, 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.

¹²³ Sul tema, diffusamente, si veda (Moro, *Dignità umana e consenso all'atto medico. I diritti fondamentali del paziente e il problema della volontà*, 2009).

¹²⁴ 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,

Il ragionamento del giudice di legittimità¹²⁵ è quindi chiaro: 1) v'è il consenso, il cui fondamento si rinviene nei diritti fondamentali¹²⁶, costituendo, al contempo, la proiezione operativa degli stessi; 2) vi sono (*rectius*, vi sarebbero) dei limiti di natura “pubblicistica”, ma si decide, con opzione apodittica che essi sono, salvo eccezioni, disponibili al consenso individuale¹²⁷.

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) ma, addirittura, è il soggetto stesso titolare del diritto che, in ultima istanza, può decidere il contenuto del diritto stesso in relazione alle proprie proiezioni soggettive, in modo che la concezione della salute di una persona, quindi il contenuto del diritto costituzionalmente garantito alla persona, non può fare a meno di considerare le «*personali ed insindacabili aspettative di vita*», nonché «*l'idea che l'individuo ha di se stesso*»¹²⁸. 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*»¹²⁹, al punto da rappresentare il “nucleo essenziale”¹³⁰ del bene-salute¹³¹.

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.

¹²⁵ E, più in generale, filone giurisprudenziale culminante con il caso di Eluana Englaro.

¹²⁶ Anche se, a ben guardare, esso finisce addirittura per fondarli. Si veda *infra*.

¹²⁷ Sulla mera apparenza di ciò, si veda quanto si dirà in seguito.

¹²⁸ Si veda, Trib. Milano 14 maggio 1998.

¹²⁹ C. di Cass. 17461/06.

¹³⁰ 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 (Pasquino, 2009), pp. 150 e ss.

¹³¹ (Pasquino, 2009), pag. 142; (Greco A., 2007), p. 304.

d) Autodeterminazione e volontà. Considerazioni di riepilogo

Non pare necessario sviscerare ulteriormente il contenuto proprio del diritto alla salute¹³², 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 interpretativa¹³³, 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 pubblicistico del diritto alla salute¹³⁴.

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 stesso¹³⁵.

¹³² Su cui si veda, ad esempio, (Caravita, 1984) p. 21 e ss; (Perlingieri, 1972), p. 310; (Pezzini, 1983), p. 22. 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 (Alpa, 1986), p. 914 e ss.; (Benciolini, 1988), p. 48.

¹³³ 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 controluce 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 prepotentemente ad ogni arretramento del primo.

¹³⁴ Sulla palingenesi di ciò, si veda *infra*.

¹³⁵ Esemplificativa in tal senso la considerazione dell'Autrice di un'opera di sistematizzazione delle varieguate 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 (Palermo Fabris, 2000), p. 17. E' interessante notare come, seppure l'evoluzione scientifica abbia comportato uno avanzamento delle frontiere del problema in senso “analitico”,

Secondo la tradizione costituzionalistica italiana quindi, coerentemente all'orientamento liberale proprio della Carta Fondamentale, s'impenna 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 espressivi 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 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 medesima¹³⁶.

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 or 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, lungi dal consacrare il concetto di cui si va dissertando, le norme richiamate, specialmente le più recenti, pongano l'accento, in modo esplicito od implicito¹³⁷ su un *quid* diverso, ossia sul *consenso* e, di conseguenza, sulla *volontà*. Inoltre, si può agevolmente evincere come detti lemmi siano utilizzati,

parallelamente all'evoluzione stessa, l'architrate 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, qualora non sia sistematizzato entro la corretta cornice epistemologica.

¹³⁶ Sul nesso tra i due concetti, che, a parere di chi scrive, come si vedrà, va "rovesciato", si veda *infra*.

¹³⁷ Si noti, *per incidens*, come l'art. 32/2 della Costituzione non nomina *apertis verbis* né consenso, né volontà.

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, rimane da esplicitare quale sia l'implicito percorso logico che lo fa enucleare come garantito (anche) dal diritto all'integrità fisica della persona¹³⁸.

Tuttavia, è evidente come sia la volontà che a porsi come necessario antecedente logico per questi esiti, essendo evidente il connubio genetico astringente la volontà e l'autodeterminazione e la loro pretesa libertà e assolutezza.

Ed ecco quindi che l'indagine dovrà necessariamente muovere, finalmente, verso l'analisi della struttura della volontà, onde poter comprendere realmente come si sia giunti agli esiti *supra* enunciati e come la ricerca della ascendente di una *voluntas* così concepita si possa mostrare preta di conseguenze, sia per la comprensione critica, che per l'operatività entro l'orbita dell'esperienza giuridica.

¹³⁸ Il quale, a sua volta, sarebbe garantito dalla salvaguardia del consenso libero ed informato, come si legge, *ex multis*, in (Pasquino, 2009), p. 52.

II. La rivoluzione volontaristica

1. L'antecedente logico - storico: la disputa sulla povertà

a) Fermenti per il *mondo novo*

Onde correttamente inquadrare quella che – seppure forse enfaticamente – è stata dallo scrivente evocata come “rivoluzione volontaristica” è opportuno far precedere l'analisi degli autori rilevanti ai fini del percorso argomentativo che si tenterà di svolgere nel presente lavoro da alcuni brevi, impressionistici accenni all'*humus* storico – culturale, all'*occasione* che diede scaturigine agli sviluppi indagati nel corso delle pagine seguenti. E ciò per la semplice constatazione, che risulterà vieppiù chiara nel corso dello svolgersi della ricerca, che essi incisero profondamente ed in maniera dirimente sul fiorire speculativo da essi ingenerato.

In particolare, è rilevante rammentare quanto ebbe luogo a cavallo tra il XIII ed il XIV secolo, quando, tra il neonato Ordine Franciscano (*rectius*, tra una parte del medesimo) e la Santa Sede¹³⁹ insorse una disputa virulenta, passata alla storia come “*disputa sulla povertà*”¹⁴⁰.

Si tratta di una disfida concettuale che ebbe conseguenze profonde sulla storia pensiero, al punto che, a mente del pensiero di autorevolissimi Autori una delle nozioni cardine del pensiero giuridico della modernità e della contemporaneità, ossia, il *diritto soggettivo*¹⁴¹, sarebbe apparsa solamente nel corso del basso Medioevo, ed a

¹³⁹ Ma anche all'interno dell'Ordine stesso e tra questo e le altre congregazioni religiose. In altri termini, fu un conflitto che interessò molta parte della *Christianitas*. Il che, data la situazione in quell'epoca, che Huizinga descrisse come “*Autunno del Medioevo*”, ben rappresenta come si trattò di un confronto, in un certo qual senso, epocale. Cfr. (Huizinga, 1998).

¹⁴⁰ E' evidente che si richiama detto peculiare avvenimento storico in quanto esso è di diretta rilevanza per il tema trattando, al punto che, personalmente, non esito a considerarlo una *condicio sine qua non*. Sull'insorgenza della disputa all'interno dell'Ordine Franciscano, mi azzardo ad inferire che con molte probabilità, essa non sarebbe potuta che deflagrare, non solo all'interno, bensì anche solo a cagione dell'ordine fondato da Francesco d'Assisi. A conforto di siffatta asserzione Paolo Grossi ebbe a scrivere icasticamente: «*Se v'è una comunità religiosa che mal si presta ad essere collocata all'interno delle strutture dell'ordine medievale, è senza dubbio quella francescana; se v'è una testimonianza letteraria e dottrinale portatrice di un discorso sostanzialmente innovatore e anticipativa di esigenze di idealità che sarebbero emerse più decisamente nei secoli a venire, questa è la regola francescana; se v'è infine una controversia che mette a nudo spietatamente la crisi del mondo medievale e si pone come premonitrice e promotrice di nuovi sentieri di ricerca filosofica, sociologica e giuridica, è la grande disputa sulla povertà che impegna sì tutto il più maturo medioevo a un rilevantissimo sforzo dialettico, ma che trova nell'ambito delle scuole francescane il suo momento storicamente più valido e più vitale*», (Grossi, 'Usus facti' - *La nozione di proprietà nella inaugurazione dell'età nuova*, 1992), p. 123.

¹⁴¹ Vi è da precisare che, secondo il Villey (ed ancora prima, secondo De Lagarde), esattamente nel testo da ultimo citato [(Villey, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, 1985), pp. 135 e ss.] fu esattamente la frattura ingenerata dalla scuola francescana ed analizzata a partire dalle prossime pagine, a dare origine alla categoria del diritto soggettivo così come attualmente concepita. Mostra

di aderire a detta concezione anche il Parisoli, il quale vi ha dedicato una pregevole monografia, ricca di spunti e suggestioni bibliografiche, dimostrando come in epoca tardo medievale nacque detta categoria, che godette di tanta fortuna nelle epoche a venire. Il riferimento è a (Parisoli, 1999), cui rinvio. Sul punto è da segnalare anche la posizione di Tierney, cfr. (Tierney, *The Idea of Natural Rights. Studies on Natural Rights, Natural Law and Church Law 1150-1625*, 1997), trad. it (Tierney, *L'idea dei diritti naturali. Diritti naturali, legge naturale e diritto canonico 1150-1625*, 2002), il quale affronta esattamente il tema dell'origine dei diritti soggettivi, in quanto «*Il linguaggio dei diritti naturali soggettivi è divenuto un tema così centrale e distintivo del discorso politico occidentale che è importante sapere quando e come l'aggregato di idee che esso porta con sé sia sorto, ossia quali contesti storici ne abbiano garantito l'articolazione e la sopravvivenza*», (Tierney, *L'idea dei diritti naturali. Diritti naturali, legge naturale e diritto canonico 1150-1625*, 2002), p. 133. Segnalo la pregevole opera di Tierney, oltre che per la completezza, altresì in quanto in essa lo studioso statunitense si pone in aperta critica con Villey. Infatti, l'oggetto principale del lavoro di Tierney è costituito, appunto dalla critica della teoria di Michel Villey, secondo cui il linguaggio moderno dei diritti sarebbe nato con la filosofia nominalistica di Guglielmo da Ockham. Convinzione di Tierney, invece, è che «*all'interno del pensiero medievale furono propugnate idee fondamentalmente simili sui diritti naturali da parte di filosofi - tomisti, scotisti e occamisti - che avevano delle concezioni molto dissimili riguardo agli universali e alle essenze*» (Tierney, *L'idea dei diritti naturali. Diritti naturali, legge naturale e diritto canonico 1150-1625*, 2002), p. 21. Tierney sostiene altresì che sarebbe erroneo ricondurre al pensiero di Ockham l'origine di una consapevole - e per la prima volta esplicita - teoria dei diritti. Testi alla mano, Tierney mira a mostrare come, a partire dal XII secolo, «*la società medievale era completamente permeata dall'attenzione per i diritti*» (Tierney, *L'idea dei diritti naturali. Diritti naturali, legge naturale e diritto canonico 1150-1625*, 2002), p. 87: dal livello più alto, in cui papi e imperatori affermavano i propri diritti l'uno contro l'altro, ai livelli inferiori, in cui, ad esempio, i glossatori civilisti parlavano del *dominium* trattandolo come un vero e proprio diritto soggettivo. In particolare, ciò che si veniva affermando in modo sempre più chiaro, era la connessione tra *ius* e *potestas*. Soprattutto per opera dei canonisti, che a partire dalla metà del XII secolo lavoravano al commento del *Decretum* di Graziano, si accumularono diversi significati di *ius*, tra i quali vennero presto ad emergere quelli secondo cui *ius* indicava «*una certa forza*» (Rufino) o «*una certa forza o potere naturalmente istillato nell'uomo*» (Sicardo da Cremona), significati che erano destinati a sfociare nell'idea che *ius* indicasse soprattutto «*una facoltà o un potere in accordo con la retta ragione*» (Gerson). Certo senza immaginare che «*tale linguaggio giustificasse un universo morale in cui ciascun individuo potesse perseguire il proprio vantaggio senza farsi scrupoli*» (Tierney, *L'idea dei diritti naturali. Diritti naturali, legge naturale e diritto canonico 1150-1625*, 2002), p. 118, i canonisti cominciarono ad usare il termine *ius* per indicare una sfera personale in cui esercitare legittimamente una scelta autonoma. Sul volume di Tierney consiglio altresì di leggere la recensione di Tommaso Greco (consultabile online sul sito <http://www.juragentium.org/books/it/tierney.htm>). Sul punto, più recentemente si vedano i notevoli contributi di (Marchettoni, *Ockham e l'origine dei diritti soggettivi*, 2008) e (Marchettoni, *Ockham, i canonisti e l'atomismo dei diritti*, 2006) Ancora, l'origine del diritto soggettivo è messa in discussione da un illustre Autore quale Frosini, il quale sostiene che esso avrebbe avuto la propria genesi addirittura nel diritto romano, tuttavia di esso i Romani non avrebbero avuto contezza, mentre invece il giurista contemporaneo ne avrebbe piena consapevolezza, cfr. (Frosini, 1960), p. 1049. Tuttavia, pare opinione minoritaria [contra cfr. altresì (Todescan, *Itinerari critici dell'esperienza giuridica*, 1991), p. 70; (Todescan, *Etiamsi daremus - Studi Sinfonici sul diritto naturale*, 2003), pp. 201 e ss.; (Tarello, 1964); (Grossi, 'Usus facti' - *La nozione di proprietà nella inaugurazione dell'età nuova*, 1992)]. Sul punto segnalo altresì la notevole voce dell'*Enciclopedia del Diritto* dedicata al *Diritto Soggettivo* e curata da Widar Cesarini Sforza, laddove viene dogmaticamente ricostruita la figura sia diacronicamente che dogmaticamente, ancora una volta attorno al concetto di *potestas*, cfr. (Cesarini Sforza, 1964). E' del resto evidente che la nozione di diritto soggettivo abbia costituito un asse portante della speculazione dei giusnaturalisti

cagione di detta disputa, non essendo possibile rinvenirne invece traccia fino ad allora¹⁴². Se, infatti, riflessioni afferenti il diritto soggettivo sono rinvenibili già all'interno della scuola dei giuristi di Bologna¹⁴³, sarebbe solo con la riflessione filosofica della scuola francescana che detto tema sale prepotentemente alla ribalta, per giungere poi, attraverso un percorso storico dall'andamento sinusoidale, sino ai fasti del giusnaturalismo razionalistico sei/settecentesco¹⁴⁴.

Con tutta evidenza il tema quivi trattato non è rappresentato dal diritto soggettivo¹⁴⁵, tuttavia non è parso inopportuno farvi fugace accenno in sede introduttiva. E ciò, sia per dar conto della rilevanza di quella lontana (e probabilmente, oggi incomprensibile) disputa attorno ad un precetto contenuto nella Regola di un Ordine religioso di recente formazione, sia per accennare al nesso inscindibile che, a parere dello scrivente, si instaura sin da subito, quasi "geneticamente" tra il diritto soggettivo e la volontà¹⁴⁶.

E ciò, preciso, non per ragioni cronologiche, bensì, logiche, come si tenterà di dar conto.

e che abbia conservato un'importanza notevole nella teoria dei giuristi e che anche nel corso del XX secolo essa, nonostante le varie critiche, abbia appassionato giuristi di notevole ingegno. Tuttavia, non è ciò che rileva in questa sede. In primo luogo in quanto sarebbe del tutto improbo tentare di dare una ricostruzione del fenomeno del diritto soggettivo, tanto più se visto in contrapposizione con il diritto oggettivo. Ma in secondo luogo in quanto in questo lavoro si mira a focalizzare l'attenzione su quello che lo scrivente ritiene il "motore" della rivoluzione inerente il diritto soggettivo, ossia la volontà. *Rectius*, della *voluntas* così come concepita e velocemente abbozzata nelle pagine precedenti. E' essa che, come si tenterà di dar conto nei prossimi capitoli, determinò la rivoluzione che portò alla nascita della categoria del diritto soggettivo così come nota a tutt'oggi. Si ripete, non si presume di dare conto del motivo per in cui nella teoria dei diritti soggettivi sia presente la volontà (in primo luogo in quanto non è vero, si pensi ad es., ad Haegstrom), ovvero come mai essa sia una presenza, anche in tale sede, impossibile da scacciare, bensì di un altro fenomeno. Ossia di come sia stato possibile, in un determinato momento storico, che l'attenzione del giurista iniziasse a concepire un soggetto teoricamente, teoreticamente e giuridicamente concepito quale *individuo*. E, ancora prima di ciò, di quale sia stata la leva concettuale che abbia reso possibile detta rivoluzione. Il riferimento, *ca va sans dire*, è alla *voluntas*. Per un itinerario sul diritto soggettivo nel Novecento, si veda (Tasso, 2012). Per posizioni affini a quella di Tierney, cfr. altresì (Tuck, *Natural rights theories. Their origin and development*, 1979).

¹⁴² In merito, *ex multis*, i già citati (Parisoli, 1999); (Villey, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, 1985), pp. 157 e ss.; (Todescan, *Etiam si daremus - Studi Sinfonici sul diritto naturale*, 2003), pp. 201 e ss.; (Grossi, 1972); (Tarello, 1964); Folgado ecc...

¹⁴³ Cfr. (Tuck, 1979), (Padovani, 1983), (Grossi, 1968).

¹⁴⁴ Illuminanti sono, a tal proposito, le parole di Grossi, il quale ammonisce come l'analisi della speculazione francescana non debbano essere intese come «*deformazione e deteriorazione di un patrimonio passato* (i.e. quello della filosofia vigente al tempo della "rivoluzione volontaristica" francescana) *quanto primo punto fermo d'un lungo filo conduttore che lega quei risultati per l'innanzi e li propone interpretativi di una realtà assai più vicina a noi*» (Grossi, 'Usus facti' - *La nozione di proprietà nella inaugurazione dell'età nuova*, 1992), p. 125.

¹⁴⁵ Evidentemente i riferimenti alla categoria del diritto soggettivo, non trattando il presente scritto detto tema, saranno limitati a quanto sarà necessario per la tesi che si andrà sviluppando.

¹⁴⁶ (Parisoli, 1999), p. 36. I motivi di ciò saranno esplicitati più avanti, cfr. *infra*.

A parere di chi scrive, sarà esattamente la nascita di una determinata concezione di volontà a determinare la nascita di una nuova antropologia e, per converso, la frattura con il mondo previgente, in special modo con il mondo del diritto, laddove l'attenzione iniziò a spostarsi, più che sul diritto "oggettivo", proprio sul diritto "soggettivo", rendendo così implicitamente il *singulus* al centro del sistema giuridico¹⁴⁷.

E ciò venne determinato, appunto, dalla rivoluzione volontaristica ancor oggi, concettualmente, imperante.

Infatti, tutto ciò premesso non dovrà sorprendere che, al di là delle innumerevoli definizioni che accompagnarono ed accompagnano tale travagliato concetto, all'origine vi sta un mutamento di prospettiva epocale, un mutamento che, sorto entro l'alveo della speculazione nata in seno all'Ordine fondato da Francesco d'Assisi, segnerà indelebilmente il prosieguo dell'elaborazione giuridica¹⁴⁸.

In particolare, se Guglielmo di Ockham parrebbe¹⁴⁹ il primo a teorizzare l'idea che «ogni diritto sulle cose è in ultima analisi un diritto soggettivo, poiché il diritto non è una

¹⁴⁷ E, presumibilmente, a dettare la dicotomia tra le due forme riconosciute di *ius* in modo molto simile a quello cui ci si riferisce nella contemporaneità giuridica.

¹⁴⁸ E' quindi grazie alla parabola, tanto breve quanto significativa, della scuola francescana, che il concetto di diritto soggettivo fa la propria comparsa nell'elaborazione giuridica e giusfilosofica.

¹⁴⁹ Anche se, si ribadisce, non vi è accordo sul punto. Tuttavia non rileva in questa, avendo lo scrivente maturato in merito una posizione "anfibia", ossia volta a chiarire che non si tratta, quantomeno ai fini del presente lavoro, di stabilire la più corretta fra le due suestiposte impostazioni, e se effettivamente il diritto soggettivo nacque con la scuola francescana ovvero in precedenza, oppure, ancora, se esso sia sempre stato un patrimonio della *scientia juris*, quantomeno a partire dall'età romana [cfr. (Frosini, 1960)]. Ciò che mi pare di assoluta rilevanza, ai fini del presente lavoro, è il porre l'attenzione su di una frattura nel pensiero giuridico ingenerata da una data idea di concepire la volontà, questa sì effettivamente (testi alla mano) innovativa e dirompente, la quale certamente influi anche sulla concezione di diritto soggettivo. Con il che, mi pare di poter affermare che il problema non consiste nell'appurare se venne utilizzato o meno il segno linguistico "diritto soggettivo", quanto di indagare quale sia il significato che ad esso venne attribuito. Si tratta, comunque, di un tema esorbitante rispetto alla presente ricerca. Qui mi preme soltanto scolpire la genesi della rivoluzione volontaristica. Per quanto concerne invece il dibattito *supra* accennato, rinvio nuovamente a coloro che si occuparono direttamente della questione. Il riferimento è, naturalmente, al fondamentale testo di Villey in materia, ossia (Villey, 1985). Si fa in questa sede solo un nuovo e fugace accenno alla diuturna diatriba nata tra Michel Villey e Brian Tierney. Se il primo [in (Villey, 1964), poi ripreso e sviluppato in (Villey, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, 1985)] aveva posto in luce la "frattura" che l'elaborazione dei discepoli del Santo d'Assisi avevano compiuto nell'alveo del pensiero medievale, quest'ultimo (Tierney, 1979) tenderebbe invero a minimizzare quanto sostenuto da Villey, rinvenendo nella canonistica del XIII secolo i segni di una nozione di *iura* e non solo di *ius* al singolare [in ossequio alla teorica di Tierney si veda anche (Fortin, 1997)]. Ancora, sul punto si tenga presente la fondamentale opera del Tierney (Tierney, *L'idea dei diritti naturali. Diritti naturali, legge naturale e diritto canonico 1150-1625*, 2002), laddove egli precisa la propria posizione. Se mi è concesso puntualizzare, sarei propenso a ritenere che, nonostante la posizione del Villey sia decisamente semplificatrice nei confronti della realtà medievale (ed infatti Tierney pone bene in luce questo aspetto), mi pare possa aver colto nel segno laddove individua il passaggio alla modernità nella teorica francescana in ordine alla "disputa

relazione reale, come già affermava Pietro di Giovanni Olivi (...), e quindi non può che essere la facoltà della volontà di decidere. Un diritto o è alla libera e assoluta disposizione del soggetto oppure non è»¹⁵⁰, non si può tuttavia ignorare che il fermento che ne anticipò la teoresi abbia, almeno a parere del sottoscritto, determinato, scolpito e definito alcune categorie le cui immediate conseguenze il *Venerabilis Inceptor* si curerà di esplicitare.

b) La volontà quale grimaldello concettuale eversivo

Senza voler entrare in diuturne schermaglie giusfilosofiche che tanto affaticarono pensatori di primissimo piano, senza tantomeno aver la pretesa di risolvere la portata di un dibattito sì profondo e fecondo e, addirittura, senza occuparsi principalmente del diritto in senso soggettivo¹⁵¹, pare allo scrivente opportuno richiamare la genesi di detto concetto. *Rectius*, molto più che la genesi della categoria in esame, il concetto capace di cagionare la rivoluzione giuridico – filosofica *de qua* a porsi come motore di siffatta rivoluzione: la *volontà*.

Analizzandone la genesi si potrà quindi giungere al cuore della presente ricerca¹⁵².

Al punto che un autore già citato ritiene che l'analisi della antiche *quaestiones* medievali si riverberi direttamente sul dibattito odierno, al punto che, senza comprendere le categorie allora ipostatizzate, sarebbe impossibile cogliere il , presente¹⁵³. Furono costoro, infatti a porre al centro dell'elaborazione giuridica la

sulla povertà”. In altri termini, laddove lo scrivente colloca il deflagrare della “*rivoluzione volutaristica*”.

¹⁵⁰ (Parisoli, 1999), pp. 32-33. Sul punto si rinvia alle considerazioni che verranno sviluppate *infra*.

¹⁵¹ Con il che, lo si sarà già intuito, è evidente che quanto ora verrà asserito sul tema è da intendersi finalizzato al tema trattando, quindi affrontato in detta precisa ottica. Se si osa indulgere, quindi, ad un linguaggio processuale, in via *incidentale*.

¹⁵² Ponendo, forse, in luce, la relazione indissolubilmente “genetica” astringente *voluntas* e *jus subjectivum*. Si intenderà quindi il diritto soggettivo quello che i canonisti ed i filosofi chiamavano *jus* in senso proprio; quindi, la stessa facoltà dell'atto giuridico, a differenza del diritto oggettivo, ossia della norma di diritto. Per una panoramica in merito, cfr. (Cesarini Sforza, 1964), ricchissimo di annotazioni filosofiche acute e pertinenti, nonché (Tasso, 2012).

¹⁵³ (Parisoli, 1999), pp. 34-35.

nozione di volontà¹⁵⁴, allo scopo di giocare un ruolo chiave nella difesa dell'ideale di povertà caro al neonato ordine dei Frati Minori¹⁵⁵.

Ciò che mi preme porre in luce in questa sede è, quindi, che la disputa sulla povertà darà origine ad una categoria concettuale peculiare che, imperniata attorno al concetto di volontà (*rectius*, attorno ad un determinato concetto di volontà), influenzerà, più o meno coscientemente il pensiero giuridico nei secoli a venire, riverberandosi sia sul diritto privato, che sul diritto pubblico.

Al fine di porre in luce quanto ora premesso, è opportuno descrivere per sommi capi l'*humus* storico che portò alle speculazioni che, nell'alveo della scuola francescana condussero a scolpire delle categorie affatto nuove, ed in che modo esse furono scolpite, per poi analizzare precipuamente quello che, a mente dello scrivente, costituisce il nucleo essenziale da cui esse traggono scaturigine, ed a cui il presente scritto è dedicato: per l'appunto, il concetto di *volontà*.

¹⁵⁴ E, quindi, di persona, giacché, come si tenterà di porre in luce, da ciò deriva e, a sua volta, ciò è determinato da una peculiare concezione antropologica. E' del resto interessante rammentare quanto sostiene il Villey, ovverosia che l'intento iniziale del fondatore dell'Ordine Francescano, Francesco d'Assisi, di evitare che i suoi seguaci si accostassero agli studi (tanto da ribadire siffatto desiderio anche nel proprio testamento), sebbene non trovasse realizzazione, tuttavia influenzò "inconsiamente" l'elaborazione del pensiero francescano. Infatti, fa notare il Villey, che tutti i grandi maestri francescani «*furono pur sempre monaci sottomessi alla regola della povertà e obbligati, per la loro stessa vocazione, a diffidare della dimensione intellettuale. E' da ciò che sembra che derivino i caratteri originali della filosofia francescana*» (Villey, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, 1985), p. 159.

¹⁵⁵ Con tutta evidenza occorre tralasciare in questa sede la questione inerente la sussistenza o meno, all'interno dell'elaborazione tomista, della categoria del diritto soggettivo. Per una trattazione in merito, si rinvia a (Vendemiati, *La legge naturale nella "Summa Theologiae" di San Tommaso d'Aquino*, 1995) e (Vendemiati, *San Tommaso e la legge naturale*, 2011).

2. La *franciscana paupertas*: normatività ed everzione

a) L'aspirazione ad un nuovo rapporto uomo – *res*.

L'abbrivio al fermento culturale che portò agli esiti sopra abbozzati è costituito dalla storicamente ben nota disputa¹⁵⁶ attorno al concetto di *povertà*¹⁵⁷.

Il che, tradotto nel linguaggio della dogmatica giuridica, significava, stante la lettera della *Regula* imposta da Francesco d'Assisi, affrontare il problema di come

¹⁵⁶ Su di essa la bibliografia è decisamente copiosa. *Ex multis*, si rinvia a (Lambert, 1995); (Damiata, 1978); (Tocco, 1910); (Sabatier, 2009); (Lambertini, *Apologia e crescita dell'identità francescana*: 1255-1279, 1990); (Lambertini & Tabarroni, *Dopo Francesco: l'eredità difficile*, 1989); (Tarello, 1964); (Damiata, 1978) ed alla bibliografia citata nelle presenti opere. E' altresì da porre in evidenza come un problema dirimente è rappresentato dall'interpretazione del pensiero di Francesco, così come estrinsecato dalle fonti francescane (il che, naturalmente, coinvolge – entro un'osmotica corrispondenza biunivoca – la qualificazioni delle fonte stesse), specie a partire dal 1894, anno in cui il pastore calvinista Paul Sabatier diede alle stampe la sua fondamentale opera in materia [l'opera è ora comodamente reperibile in italiano, cfr. (Sabatier, 2009)], opera caratterizzata dal tentativo di interpretare il pensiero del Santo Fondatore e di sistematizzarne le fonti. Sul punto rinvio a quanto osservato da Lambert, cfr. (Lambert, 1995), pp. 13 – 39.

¹⁵⁷ Paolo Grossi ben scolpisce i temi della disputa: «*La disputa nasce sul piano ecclesiologico, assumendo quali temi fondamentali non solo l'inserimento dei nuovi ordini mendicanti nella vita organizzata della Chiesa, ma altresì, e conseguentemente, la strutturazione sacerdotale e pastorale di diritto divino nonché il tema delicato e scottante delle potestà del Pontefice in ordine a questa strutturazione*», in (Grossi, 'Usus facti' - *La nozione di proprietà nella inaugurazione dell'età nuova*, 1992), p. 124. E' evidente che il *casus belli* fu rappresentato dalla definizione di povertà e della sua concreta attuazione. Tuttavia, come verrà posto in luce nel prosieguo, in controluce (e neppure molto) v'era altresì il problema dei limiti del potere pontificio, su cui lo scrivente si permetterà di avanzare la propria tesi in parziale antitesi con il tradizionale inquadramento della questione. Che, comunque, il conflitto fosse più profondo rispetto ad una mera disputa definitoria, è sostenuto correttamente in (Parisoli, 1999), p. 79. Si veda, comunque, *infra*. La correttezza dell'*iter* logico quivi prescelto è confermata, oltre che dal notevole lavoro di Parisoli (interamente dedicato alla nascita della categoria del diritto soggettivo), anche dall'Autore che più di ogni altro ha svolto un percorso di ricerca simile a quello quivi esposto (seppure gli obiettivi del presente lavoro siano incentrati più sulla nascita della nozione di *voluntas* e sulla struttura di questa nonché sul rinvenimento del punto di non ritorno della “rivoluzione volontaristica” nella pressoché sconosciuta speculazione di Pietro di Giovanni Olivi, piuttosto che sul *dominium*), ossia Paolo Grossi, con il suo (Grossi, *Usus facti. La nozione di proprietà nella inaugurazione dell'età nuova*, 1972). Per la spiegazione della scelta di siffatto *iter*, si vedano le pp. 124 – 125.

configurare i rapporti con le *res*¹⁵⁸, ed affrontare quindi la struttura del diritto di proprietà. Quindi, dei diritti *tuout court* (e ciò specie dopo la svolta bonaventuriana)¹⁵⁹.

Com'è opinione diffusa fra gli storici, il Medioevo ed, in particolare, i secoli XII e XIII furono gravidi di innovazioni e di sconvolgimenti per la Cristianità e per la Chiesa in particolare¹⁶⁰. Infatti, a partire dalla rinnovamento innescato da Gregorio Magno, la Chiesa aveva vissuto un'età di fervore e rinnovamento, che, lungi dall'affievolirsi agli esordi del XIII secolo, viveva invece nuovo vigore.

Punta di diamante di siffatto fermento furono i c.d. ordini mendicanti, che per l'intero XIII secolo rappresentarono "*l'anima della cristianità*"¹⁶¹.

Presumibilmente in reazione ai mutamenti economici in atto, alla dissoluzione del mondo feudale assieme alla sua economia prevalentemente rurale ed all'insorgente economia monetaria, palpita infatti in seno alla *Christianitas* un'ansia di semplicità, di ritorno e mantenimento dei vetusti, ben più castigati, *mores*¹⁶².

¹⁵⁸ Onde comprendere compiutamente siffatta affermazione, è opportuno anticipare che, quantomeno da Bonaventura, appare chiaro che la povertà prescritta dalla Regola consiste essenzialmente nella rinuncia ai diritti. Tuttavia, semplificando (ma nemmeno troppo), la teorica dei francescani, spinta dalla necessità di salvaguardare lo spirito originario della Regola, giunse a fare (più o meno coscientemente) piazza pulita delle categorie previgenti, connotandosi altresì per l'aspirazione ad un'assenza di giuridicità, ad una sfera *non jure* (e, quindi, a stagliarsi nel mondo come soggetti titolari, paradossalmente di "*non – diritti*"). Precisamente, per quanto concerne la proprietà, ad affaticarsi per scolpire il *non – dominum*. Sul punto, v. *infra*.

¹⁵⁹ E ciò per la constatazione, che diverrà evidente nel prosieguo della trattazione, che «*il discorso sulla povertà diviene sempre, costantemente, anche un discorso sulla proprietà, giacché povertà finisce per essere non – proprietà; e ogni trattato sulla povertà si converte, come vedremo, nell'analisi minuta, approfondita, del dominium: ogni trattato porta avanti la propria analisi alla luce, per così dire, di un positivo e di un negativo, e a quel negativo sempre si dà un contenuto ed un termine: dominium*» (Grossi, '*Usus facti*' - *La nozione di proprietà nella inaugurazione dell'età nuova*, 1992), p. 127. E ciò era tanto più significativo, dato che nell'elaborazione giuridica dell'età di mezzo al *dominium* in senso proprio era riconosciuto un spazio decisamente ristretto. Cfr. (Grossi, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale - Corso di storia del diritto*, 1968), cui si rinvia per una disamina completa in ordine al diritto di proprietà, *rectius, alle proprietà*. In ogni caso la scuola francescana presenta «*questa singolarità: che presso i nostri scrittori non viene chiamato possesso, dominio utile, usufrutto come li poteva provocare l'esame della complessa realtà fondiaria medievale entro la quale vivevano ed operavano, ma si identifica con una parola concettualmente ben precisata: dominium. Singolarità tanto maggiore se si pensa che, sul piano economico-giuridico, giuristi e prassi avevano, in un processo secolare, spostato la loro attenzione dalla proprietà a forme collaterali ed avevano elaborato un sistema fondiario nel quale al dominium come appartenenza spettava un ben miserevole ruolo; che, sul piano giuridico-politico, i problemi relativi alla autorità e al potere erano stati risolti con una terminologia e un apparato concettuale in cui la nozione-termine dominium appariva marginale*», (Grossi, '*Usus facti*' - *La nozione di proprietà nella inaugurazione dell'età nuova*, 1992), pp. 127 – 128.

¹⁶⁰ In merito si veda, *ex multis*, (De Lagarde, 1961), pp. 100 e ss. E la copiosa bibliografia ivi citata, specie in nota n. 1 a pag. 100.

¹⁶¹ (De Lagarde, 1961), p. 103.

¹⁶² Come è stato acutamente notato, del resto, molti degli iniziatori degli ordini mendicanti (uno su tutti, Francesco d'Assisi) erano esponenti delle nuove classi emergenti. In tema, e sulla relazione tra i mutamenti sociali e le nuove istanze religiose, si veda (Tarello, 1964), pp. 44 – 45 nonché la corposa trattazione contenuta in (Michael, 1897 - 1975) reperibile anche online all'indirizzo <https://archive.org/details/geschichtedesde02michgoog>.

Se *in primis* l'ordine domenicano aveva intercettato la *cupiditas cognoscendi* palpitante in seno alla cristianità¹⁶³, la brama del summenzionato ritorno ad uno stile di vita più sobrio e morigerato, l'aspirazione alla povertà evangelica venne fatto proprio da un altro ordine mendicante: l'Ordine dei Frati Minori.

Francesco d'Assisi¹⁶⁴, figlio del ricco mercante Pietro di Bernardone, incarnava infatti perfettamente l'inquietudine dell'uomo ducentesco, facendo della propria esperienza esistenziale la fonte d'ispirazione per una nuova regola monastica. Regola, tra l'altro, imperniata esattamente attorno alla povertà evangelica, quella povertà «...a cui come a la morte/ la porta del piacer nessun disserra»¹⁶⁵.

La povertà così come scolpita dal Patrono d'Italia è, del resto, ben lontana dall'essere un mero ideale, od una mera vocazione, di fatto irrealizzabile. Tutt'altro. Per poter rappresentare il *casus belli* addirittura con l'istituzione papale, doveva infatti presentarsi con dei caratteri affatto peculiari.

Essa è, infatti, connotata in modo da essere, come efficacemente ipostatizzata, una «*idea normativa di povertà*»¹⁶⁶.

Ed, in effetti, la regola della *paupertas*¹⁶⁷ si pone non come mera aspirazione mistica, bensì quale «*regola sociale e giuridica, immediatamente concretantesi in un comportamento ed in uno stato dai contorni assolutamente definiti, significante una separazione funzionale tra cose e soggetti*»¹⁶⁸.

¹⁶³ L'ordine domenicano ebbe un travolgente successo, ed in pochi decenni giunse a fondare più di trecento conventi in tutta Europa e ad occupare alcune tra le cattedre più prestigiose delle Università dell'epoca e ad affermarsi, oltre il proprio primo ideale di predicazione, come fucina d'altissima cultura teologia ed accademica in generale. E' notorio, infatti, che attraverso l'opera di Alberto di Colonia e, soprattutto, di Tommaso d'Aquino, l'Ordine fondato da Domenico di Guzman aveva offerto alla Chiesa le due prime grandi sintesi della propria.

¹⁶⁴ Nato nel 1181 o 1182 e morto nel 1226.

¹⁶⁵ Dante, *Divina Commedia, Paradiso*, c. XI, v. 60.

¹⁶⁶ (Parisoli, 1999), pp. 53 – 56.

¹⁶⁷ Francesco, pur rifuggendo qualsivoglia sistematicità nel proprio pensiero [cfr. (Lambert, 1995), pp. 42 - 43], ebbe tuttavia una chiarissima in merito a cosa dovesse corrispondere la povertà. Egli infatti, paragonò i suoi frati ai più poveri e miserabili del mondo, richiamando come essi dovessero non possedere nulla, essere come nudi, nonché «*troncare ogni legame con il sistema commerciale del mondo*» [cfr. (Lambert, 1995), pp. 47 e ss.]. Tuttavia c'è da notare che egli non parlò mai di *proprietas* o *dominium*. Su ciò e su altre problematiche terminologiche, tuttavia di scarsa importanza per il percorso argomentativo in esame, rinvio a (Damiata, 1978), p. 19; (Lambert, 1995), pp. 47 e ss.; (Tarello, 1964), pp. 14 – 16.

¹⁶⁸ La definizione della povertà francescana intesa in senso normativo (per utilizzare la terminologia di Parisoli), a parere dello scrivente la più incisiva, è rinvenibile in (Grossi, *'Usus facti' - La nozione di proprietà nella inaugurazione dell'età nuova*, 1992), p. 126. Si badi bene come attraverso di essa trapelino già in controluce gli sviluppi futuri che la disputa sulla povertà impresso al pensiero. Si noti in particolare come Grossi ben ponga in luce l'istanza di separazione tra uomo e beni: «*Vale la pena di ripetere che qui si fa riferimento esclusivamente alla povertà francescana: una povertà impietosa, assolutizzata fuori del tempo e dello spazio; una povertà che è rottura d'un equilibrio faticosamente fissato in una tradizione secolare; una povertà sentita e vissuta, e teoricamente costruita, come scelta totale; una povertà che è astinenza, nel mondo, dal mondo; che tenta la costruzione d'una santità nel mondo rifiutando il contributo, anche soltanto strumentale, delle cose del mondo*» (Grossi, *'Usus facti' - La nozione di proprietà nella inaugurazione dell'età nuova*, 1992), pp. 126 - 127. L'illustre Autore continua in tal modo, ponendo in luce come essa mirasse ad esasperare

E', questa, una *paupertas* esclusivamente francescana¹⁶⁹, ed è proprio il fondatore dell'Ordine dei Frati Minori, Francesco a trarre siffatta idea dalla narrazione evangelica¹⁷⁰, collegando inscindibilmente l'*imitatio Christi* e la prescrizione della *paupertas*¹⁷¹.

b) La *paupertas* come norma inderogabile

Quanto ora esposto, immediatamente conduceva a qualificare la *Regula* voluta dal Santo d'Assisi come potenzialmente latrice di profonde polemiche: sia perché immediatamente si ponevano le basi per qualificare la povertà francescana come preferibile rispetto a quella di altre esperienze religiose, sia soprattutto¹⁷², perché

«bene e male come scelte integrali senza nulla tollerare o dissimulare o discendere. Visione esasperatamente dualistica della città terrena nei suoi radicali, insanabili contrasti, nella sua essenziale opposizione fra mondo dei soggetti e mondo delle cose; visione nella quale si percorrono e forse storicamente si motiano fratture e dualismi del futuro», in (Grossi, *Usus facti. La nozione di proprietà nella inaugurazione dell'età nuova*, 1972), pp. 127 – 128. Personalmente mi sento di sottoscrivere in pieno queste parole, anticipando come dalla teorica francescana emerse l'ipostatizzazione di un soggetto (fors'ancora, di una facoltà del medesimo spesso "*metasoggettiva*", indentificantesi con il principio della soggettività, in grado altresì di reificare il soggetto degradandolo ad oggetto) del tutto svincolato non solo rispetto alla realtà fenomenica, bensì anche nei confronti degli altri soggetti. Con entrambi, infatti, esso è visto capace di una mera dinamica di *dominium*. Sarà ciò che si tenterà di dimostrare nel corso delle prossime pagine.

¹⁶⁹ (Grossi, *'Usus facti' - La nozione di proprietà nella inaugurazione dell'età nuova*, 1992), pp. 126 - 127.

¹⁷⁰ La fonte direttamente evangelica della *Regula* rappresenta un profilo che assumerà una rilevanza fondamentale per gli sviluppi che verranno, come si porrà in luce in seguito. L'attribuire carattere normativo alla narrazione della rivelazione rappresentava comunque un carattere precipuo della cultura medievale, propenso a considerare un'endiadi i termini di *Lex* e di *Evangelium*. Si pensi a quanto scrisse Graziano nella sua *Concordantia: ius naturale est quod in Lege et Evangelio continentur*. Si tratterà di un tema caldissimo, su cui si veda *infra*. Sulla frattura anche su questa nozione ingenerata dalla speculazione dei dottori francescani, si veda (Tarello, 1964), pp. 12 – 13.

¹⁷¹ Del resto, è facile evincere come nella regola oggi vigente, vi siano diverse prescrizioni inerenti l'obbligo di povertà. In merito, si veda anche solo l'*incipit* della regola. Punto n. 1: "*La regola e la vita dei frati minori e questa, cioè osservare il santo Vangelo del Signore nostro Gesù Cristo, vivendo in obbedienza, senza nulla di proprio e in castità. Frate Francesco promette obbedienza e ossequio al signor papa Onorio e ai suoi successori canonicamente eletti e alla Chiesa romana. E gli altri frati siano tenuti a obbedire a frate Francesco e ai suoi successori*". Punto n. 2: "*Se alcuni vorranno intraprendere questa vita [...] che vadano e vendano tutto quello che hanno e procurino di darlo ai poveri. Se non potranno farlo, basta ad essi la buona volontà. E si guardino i frati e i loro ministri di essere solleciti delle loro cose temporali, affinché dispongano delle medesime liberamente secondo l'ispirazione del Signore. "Se tuttavia si chiedesse loro un consiglio, i ministri li potranno mandare da persone timorate di Dio perché con il loro aiuto diano i loro beni ai poveri"*". Cfr. comunque il testo integrale della Regola, reperibile anche online sul sito Ufficiale dell'*Ordo Fratrum Minorum*, all'indirizzo http://www.ofm.org/ofm/?page_id=109&lang=it. In merito alle prescrizioni contenute nella *Regula*, si veda (Parisoli, 1999), pp. 51 – 64 e la bibliografia ivi citata, nonché (Tarello, 1964), pp. 11 – 19. Si tratta di tematica certamente affascinante, eppure eccentrica rispetto al tema precipuo del presente lavoro.

¹⁷² Il che, a ben guardare, rappresenta l'antecedente logico del profilo tellurico appena enucleato.

discuterne significava immediatamente discutere in ordine all'indiscutibile, ossia mettere in un certo qual senso in discussione il messaggio del Cristo¹⁷³.

La *paupertas* non configurava quindi un precetto disponibile, bensì la trasposizione entro la *Regula Franciscana*, di un preciso precetto evangelico¹⁷⁴. Dunque, vincolante assolutamente e non disponibile, a pena di porre paradossalmente, il Cristo stesso al di fuori della Chiesa. *Rectius*, di allontanare questa dalla sequela del Salvatore.

Conseguentemente, qualsivoglia disputa sulla povertà non poteva non deflagrare, immediatamente, anche in una disputa inerente il rapporto tra le *res*. Quindi, inerente il diritto di proprietà ed i suoi contenuti e limiti, ossia la sua struttura.

La questione, tuttavia, non fu immediatamente chiara in siffatti termini, afferenti alla *definitio* giuridica del diritto dominicale, bensì lo divenne chiaramente, come si vedrà, solo a partire dall'età di Bonaventura. E ciò per l'evidente constatazione che, assunta la nozione di povertà come separazione del soggetto dagli oggetti, la povertà finiva per essere definita sostanzialmente in senso negativo, ossia come *non-proprietà*, come *non-dominium*¹⁷⁵. Anzi, in un mondo permeato da rapporti giuridici, essa finiva per essere l'aspirazione ad una sottrazione dal mondo dei rapporti giuridici entro uno spazio di assoluta libertà e volontà del soggetto, come infatti chiari Bonaventura stesso¹⁷⁶.

¹⁷³ Cfr. (Tarello, 1964), p. 13. Ovviamente, entrambi gli eventi si verificarono puntualmente. In particolare, il legame tra la *Regula* e Cristo, fu uno dei fulcri attorno a cui si polarizzarono le posizioni e che qualificarono la disputa. Un ulteriore problema (storiografico, più che filosofico, quindi, eccentrico rispetto alla presente trattazione e che, tuttavia, va annotato) è rappresentato dal tenore diverso delle varie "edizioni" della *Regola* "emanate" (*absit iniuria ac incuria verborum*) dal Santo Fondatore: diverso è infatti il tenore letterale della regola del 1221 rispetto a quella del 1223, specie in relazione al legame con il Vangelo. Laddove infatti la prima esordisce: «*Questa è la vita e la regola di Gesù Cristo*», la seconda si pronuncia nel senso che «*la regola e la vita dei frati minori è questa*». Sul punto, rinvio a (Lambert, 1995), pp. 45 – 46.

¹⁷⁴ In merito Francesco d'Assisi fu anche particolarmente severo, almeno stando a quanto riportano le fonti in merito. E ciò viene giustamente ritenuto da Lambert come un sintomo chiarissimo che egli, ossia Francesco, «*intese il proprio modo di vivere come riproduzione della forma di vita di Cristo e degli apostoli descritta nei Vangeli*»; al punto che «*rifiutò consapevolmente le Regole del suo tempo in favore della Scrittura*», (Lambert, 1995), p. 60.

¹⁷⁵ Al punto che ogni trattazione in materia porta avanti la propria analisi alla luce, per così dire di un positivo e di un negativo, e a quel negativo sempre si dà un contenuto ed un termine: *dominium* (Grossi, 'Usus facti' - *La nozione di proprietà nella inaugurazione dell'età nuova*, 1992), p. 127

¹⁷⁶ Si veda, *infra*. E' altresì rilevante notare come la sottrazione ai legami giuridici "oggettivi" intercorrenti tra le *res ac res*, nonché tra *res et personae* e, fatalmente, tra *personae et personae* significasse inaugurare uno spazio giuridico "vuoto", uno spazio a-giuridico. Ma il che significa, più profondamente, sottrarsi alle relazioni innervanti la realtà. E, sottraendosi, inaugurare una visione del diritto a – relazionale. Detto profilo, che non è evidentemente possibile enucleare compiutamente nel corso del presente scritto, emergerà comunque, allorquando, con l'emergere del concetto di *voluntas*, sarà evidente il viraggio verso l'a-relazionalità di stampo solipsistico. Del resto, data la signoria del concetto di volontà emergente dall'elaborazione francescana, null'altra possibilità può dirsi residuare, una volta intervenuta la secolarizzazione concettuale volta a privare

Si trattava, come già accennato ed intuibile, di una lotta contro il *dominium*, ma, più propriamente, contro i fondamenti del sistema giuridico medievale.

La povertà così come richiamata dall'*Ordo Fratrum Minorum* si poneva, in altri termini, come germe disgregatore di un sistema¹⁷⁷.

E, stante quanto affermato finora, pare evidente che non potesse essere altrimenti.

Essa, infatti, mirando a ricalcare la vita di Cristo e dei Suoi apostoli, si poneva come immediatamente precettiva nei confronti di coloro che miravano alla perfetta *imitatio Christi ac apostolorum*. Fatalmente, quindi, essendo la *Regula* votata a tal fine, la povertà diveniva un impreteribile caposaldo della vita dei seguaci di Francesco¹⁷⁸.

Gli effetti di tale indisponibilità della povertà così intesa non tarderanno a mostrarsi, come nel prosieguo si tenterà di porre in luce, allorché messi in luce dalla difficoltà di ottenere “*giuridicamente*” una separazione così netta tra soggetto ed oggetto del diritto, in una realtà permeata di rapporti giuridici, secondo la concezione di diritto di matrice “*oggettiva*” grandemente dominante all’epoca¹⁷⁹.

Del resto, l’afflato mistico che aveva mosso Francesco d’Assisi mirava, quantomeno secondo siffatta interpretazione, ad astrarre l’uomo dal mondo, per avvicinarlo a Dio, riducendo l’asse speculativo ed antropologico ad un rapporto uomo – Dio squisitamente o comunque, principalmente, “*verticale*”¹⁸⁰.

del referente metafisico le categorie concettuali. Sul punto, compreso il concetto di secolarizzazione, si veda *infra*.

¹⁷⁷ «Sul piano storico-giuridico si propongono a noi, nel particolare momento che abbiamo in esame, due piani distinti: quello del sistema giuridico medievale, ormai assestato nelle sue linee solidissime e basato su conclusioni ormai ferme; è il sistema sperimentato da secoli di prassi altomedievale, irrobustito dalle elaborazioni tecniche dei giuristi di diritto comune, che trova nella interpretazione tomista dell'uomo e della realtà sociale la legittimazione teologica e filosofica di quelle elaborazioni. È un sistema suscettibile, ai primi del Trecento, d'un ancor ampio sviluppo; che da una sapiente dottrina sarebbe stato nei secoli XIV e XV dilatato nel suo respiro dialettico e più tardi sottoposto a un'analisi minutissima e infine a una sistemazione non caduca; che avrebbe avuto vita lunga fino ad arrivare, ad esempio, in Italia, alle soglie della Codificazione; ma che sarebbe stato ormai, sempre e comunque, una costruzione dalla base filosofica già perfettamente formata e conchiusa, non disponibile a ulteriori apporti dalle future pienezze dei tempi. È un sistema giuridico che, malgrado il discorso quantitativamente enorme dei giuristi, soffre sempre più di inerzia culturale e sempre più si isterilisce. L'altro piano, cui or ora si accennava, è quello del nascere di una riflessione che sarebbe poi, dopo un lungo assorbimento, divenuta la nuova coscienza giuridica; riflessione che, pur destinata a realizzarsi in certe soluzioni giuridiche, in certi istituti giuridici, in certe articolazioni tecniche, si pone, al suo sorgere, quale indagine soprattutto teologica e filosofica. Ma il discorso del giurista che è, sul piano culturale, sempre conclusivo, ne sarebbe stato condizionato e determinato, e il futuro ordinamento ne avrebbe ricavato una tensione in un senso o in un altro, ne avrebbe segnato il volto, vi avrebbe trovato il proprio marchio di originalità», (Grossi, 'Usus facti' - La nozione di proprietà nella inaugurazione dell'età nuova, 1992), pp. 129 – 130.

¹⁷⁸ Sia nella *Regula* che nel Testamento lasciato da Francesco è ribadito, oltre ad una congerie di regole disciplinari per i fraticelli, anche che, secondo il Fondatore i frati avrebbero dovuto vivere «*secundum formam sancti Evangelii*». Il che legittimava evidentemente la sovrapposizione tra il Vangelo e la *Regula*, vista come una traduzione concreta e puntuale dei precetti evangelici.

¹⁷⁹ V. *supra*, nel corpo del testo ed in nota.

¹⁸⁰ Come dimostrerà *in claris* il pensiero di Pietro di Giovanni Olivi, v. *infra*. Per utilizzare le parole di Grossi: «Questa filosofia, che trova la sua scintilla prima in un momento squisitamente mistico, opera una semplificazione dell'analisi finito - infinito. Il misticismo francescano incide efficacemente anche sul piano teologico, e quasi come per i templi dell'Ordine, pone in essere un'architettura scarna, rigorosa, con la sola preoccupazione di

Al punto che, come verrà esplicitato nel corso della trattazione, la nuova antropologia suscitata dai fermenti della scuola francescana, vedrà nascere un'antropologia ipostatizzante un essere umano affermando la propria libertà *sulla e dalla* realtà fenomenica, che *ama e vuole*¹⁸¹ e che, nella carità e nella volontà¹⁸², trova, non solo la caratteristica prima del suo essere spirituale, bensì anche la propria perfetta indipendenza dai fenomeni¹⁸³.

La chiave di ingresso nel giuridico di questa rivoluzione è, per l'appunto, rappresentata, dal *dominium*, come verrà riparametrato alla luce della controversia interna all'Ordine e tra l'Ordine ed il Papato.

Sarà quindi attraverso la diuturna disputa sulla povertà che il diritto di proprietà verrà analizzato compiutamente ed in modo nuovo, astraendolo dal «*campo delimitato dei dei fenomeni economico-giuridici, sottoponendo l'istituto ad una depurazione qualitativa, ma se ne fa, per ciò stesso, una categoria generale interpretativa della realtà politico-sociale*»¹⁸⁴.

Ma, soprattutto, tema finora mai indagato approfonditamente ed oggetto del presente lavoro, sarà la nuova concezione di volontà che diverrà il motore della nuova coscienza giuridica.

Tornando all'idea normativa di povertà, è da porre in luce quanto essa rispondesse alle aspirazioni di molti, com'è testimoniato dall'immediato sviluppo dell'Ordine dei *Minores*. Il successo clamoroso e pressoché immediato del modello di vita del «*poverello d'Assisi*» mostrò infatti immediatamente quanto esso rispondesse alle profonde aspirazioni dell'uomo dell'epoca. Un uomo che viveva un profondo mutamento socio – economico poteva così trovare confacenza nelle proprie aspirazioni più profonde in un ordine che gli offriva un modello di dolcezza, rinuncia,

ridurre tutto al rapporto fondamentale tra uomo e Dio, unico rapporto da tener saldo e fermo, da esaltare nella solitaria essenzialità delle sue linee: solo nell'isolamento perfetto di questo rapporto l'uomo avrebbe potuto ritrovare il senso della sua filiazione da Dio, e, con ciò stesso, la sua dignità al di sopra della natura. Nella consapevolezza della intrinseca inadeguatezza della materia allo spirito, i francescani si affannano a costruire dalle loro premesse teocratiche una metafisica dell'uomo», (Grossi, 'Usus facti' - La nozione di proprietà nella inaugurazione dell'età nuova, 1992), p. 142.

¹⁸¹ Si noti che con tutta evidenza, egli può amare, in quanto *vuole amare, vuole poter amare*.

¹⁸² E, si ribadisce, è la struttura di detta volontà che qui ci si propone di indagare.

¹⁸³ (Grossi, 'Usus facti' - La nozione di proprietà nella inaugurazione dell'età nuova, 1992), p. 143.

¹⁸⁴ (Grossi, 'Usus facti' - La nozione di proprietà nella inaugurazione dell'età nuova, 1992), pp. 133 – 134. A ciò si opponeva «*Il sistema aristotelico-tomista è di ben diversa complessità nel tentativo, senza dubbio riuscito, di valutare armonicamente il rapporto triadico Dio, uomo, natura; in esso l'uomo è semplicemente un essere tra gli esseri inquadrato nell'universo e tutto vi parla di un primato ontologico dell'ordine cosmico. Lo domina la promozione dell'oggettivo, e l'oggettivo resta la dimensione prevalente. Allo schematismo teocratico dei francescani che trova le sue elementari scansioni nella assoluta superiorità di Dio sull'uomo e dell'uomo sul mondo, si contrappone un articolatissimo sistema tomista proteso a rispettare, al massimo, le autonomie delle varie entità che lo compongono: autonomia relativa dell'uomo in rapporto alla Divinità; autonomia relativa delle cose rispetto all'uomo e alla Divinità stessa», (Grossi, 'Usus facti' - La nozione di proprietà nella inaugurazione dell'età nuova, 1992), pp. 142 – 143.*

privazione, visto, tra l'altro, come unica possibile fonte di rigenerazione per la Chiesa¹⁸⁵.

Ed è proprio su questo crinale, ossia, nel passaggio dalle aspirazioni mistiche di un gruppo di religiosi al campo sociologico e, soprattutto, per quanto concerne la presente ricerca, a quello del diritto.

Rectius, nuovamente, al “nodo gordiano” del *dominium*, ossia al rapporto fondamentale tra uomo e beni¹⁸⁶.

Ed è, si ribadisce, per queste ragioni che la disputa che ora si accennerà assumerà rilevanza fondamentale nel senso sopra illustrato.

c) Il Papato ed i *Minores*

Sin dalla origini dell'Ordine voluto dal Santo Fondatore come essenzialmente legato alla povertà, il Papa, pur dinanzi allo stupore del clero secolare, aveva concesso immantinentemente la propria protezione alla neonata congregazione. Ciò, presumibilmente, individuando nelle istanze di esso la direttrice fondamentale per la riforma intellettuale e morale della Chiesa¹⁸⁷ nonché per la sua difesa¹⁸⁸.

La benevolenza papale nei confronti dei “fraticelli” non consisteva, ovviamente, in una mera *affectio*. Il Pontefice, infatti, convinto della bontà e della provenienza divina dell'ispirazione di Francesco, aveva reso fattiva e concreta detta benevolenza, con non poco disappunto da parte del clero c.d. secolare¹⁸⁹.

Se, ad esempio, Clemente IV con la bolla *Quidam timere* del 20 giugno 1265 aveva sottratto i seguaci di Francesco dal controllo dei curati di parrocchia, Papa Martino IV, con la bolla *Ad fructus uberes* del 13 dicembre 1281 concedeva ai Frati

¹⁸⁵ (De Lagarde, 1961), pp. 104- 105. Si pensi che, nel giro di pochi anni i Francescani giunsero a contare più di millecento conventi, con venti o trentamila fratelli!

¹⁸⁶ Sul punto, cfr. (Grossi, *'Usus facti' - La nozione di proprietà nella inaugurazione dell'età nuova*, 1992), pp. 124 - 125 (e ss.). E' del resto degno di nota che la speculazione francescana in *subjecta materia* si distacchi immediatamente dalle categorie concettuali del pensiero giuridico medievale anche per il fatto che essa si disinteressa totalmente della panoplia di figure giuridiche soggettive sorte in materia di diritti reali, e giunte ad uno sviluppo tale che al *dominium* in senso proprio era lasciato un ruolo decisamente marginale [sul tema si veda, più diffusamente (Grossi, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale - Corso di storia del diritto*, 1968), l'intera opera, ma, in particolare pp. 160 e ss.]. E' questo, probabilmente, un ulteriore indizio della novità del discorso elaborato dalla scuola francescana: un discorso di rottura, che inaugura un “mondo nuovo”. Cfr. (Grossi, *'Usus facti' - La nozione di proprietà nella inaugurazione dell'età nuova*, 1992), p. 128.

¹⁸⁷ Non può tacersi, del resto, che nell'apogeo medievale della Cristianità pur non mancavano le ombre: si pensi alle sette ereticali, e ad innumerevoli altri problemi di facile intuizione.

¹⁸⁸ V'è stato infatti che ha posto in luce come paradigmatico in tal senso sia stato il sostegno offerto dai Francescani al Papa nella sua disfida con Federico II, laddove i *Fratres Minores*, con la loro infuocata predicazione, avevano perorato la causa del papato diffondendo sentimenti di tal fatta nella popolazione e mantenendola così fedele alla Chiesa di Roma ed all'ortodossia (Michael, 1897 - 1975), p. 96. E', quindi, ancora più curioso notare gli sviluppi che nella fase storica immediatamente successiva prenderanno i rapporti tra il Pontefice e l'Ordine di Francesco (*rectius*, di una certa frangia di esso).

¹⁸⁹ In merito, si vedano, ad es., (Gratien, 1928); (Schleyer, 1965).

Minori libertà di predicare e confessare¹⁹⁰, senza bisogno di chiedere alcun tipo di autorizzazione o permesso né ai curati, né, addirittura, agli ordinari competenti *ratione loci*¹⁹¹.

Martino IV non tornò sui propri passi ed il suo successore, Onorio IV, nel 1285 riconfermò i privilegi contestati. Lo stesso fece Nicolò IV, nonostante l'opposizione di tanta parte del mondo accademico, soprattutto transalpino¹⁹². Tuttavia l'atteggiamento del papato non cambiò, almeno fino a quando non entrò in scena prepotentemente la questione sulla cifra fondamentale della vocazione francescana.

Appunto, la povertà¹⁹³.

Infatti, l'ispirazione che il fondatore, Francesco, trasfuse nella regola dell'Ordine dei Frati Mendicanti mirava a porsi, quale traduzione radicale dei consigli evangelici di castità, obbedienza e libertà, ispirati alla sequela del Cristo. Se per castità ed obbedienza non si ponevano soverchi problemi¹⁹⁴, era la povertà a costituire il *punctum pruriens* che affaticò lungamente le menti più brillanti dell'epoca. In seguito alla morte del Santo d'Assisi, infatti, sommovimenti tellurici scossero il neonato ordine: l'interpretazione della *Regula Fratrum Minorum* richiedeva una corretta

¹⁹⁰ E' questo uno dei primo motivi di serio conflitto che, inconsapevolmente inizierà a far trapelare, seppure umbratili i profili dell'ineunte disfida. Infatti, onde limitare in qualche modo la debordante pervasività delle prerogative dell'Ordine in ascesa e salvaguardare quelle dei pastori del luogo ove giungevano i predicatori francescani, si decise che, fatta salva la rammentata dispensa accordata ai *Minores*, i fedeli dovessero comunque, almeno una volta all'anno andare a (ri)confessare i propri peccati al proprio pastore competente *ratione loci*. Il che configurava indubbiamente un appesantimento ed un onere eccessivamente gravoso, nonché, soprattutto, gravemente lesivo della più elementare libertà di coscienza dei fedeli. Esattamente per tale motivo, per la salvaguardia della *libertas*, i Francescani insorsero, e la controversia divampò immediatamente coinvolgendo addirittura le Università, fino a giungere, nuovamente, alla sede petrina. Si badi come tale circostanza, apparentemente eccentrica, contribuisce a corroborare un quadro generale in cui la *libertas*, sia del singolo, che dell'Ordine, è scolpita come sottrazione da un controllo, da una relazione, che non sia quella divina, ovvero da essa direttamente promanante.

¹⁹¹ E' degno di nota ricordare come i primi germi della *libertas* di coscienza che diverrà poi il vessillo della frangia ribelle dell'Ordine traggano origine, presumibilmente (e, forse, addirittura in maniera "inconscia") dall'interpretazione "restrittiva" che il clero secolare diede di questo privilegio pontificio. Per tale motivo, autorevolmente, si è sostenuto che non fosse da escludere che Ockham, quando invocherà la libertà, avesse ben a mente siffatti bizantinismi *de facto* coercitivi e potenzialmente addirittura lesivi della *salus animarum* dei fedeli [Cfr. (De Lagarde, 1961), p. 107, nota n. 11].

¹⁹² (Gratien, 1928), pp. 347-348; (Schleyer, 1965), p. 64. Sovente le dispute assunsero caratteri di vera e propria violenza fisica. E ciò non solo in Francia, bensì anche in Portogallo, in Spagna, in Sicilia ed in Norvegia. Cfr. (Gratien, 1928), p. 202.

¹⁹³ *Rectius*, sul concetto di essa e su come attuarla. Ed è, come sovente rammentato, in detta controversia che troveranno scaturigine le suggestioni volontaristiche cui il presente scritto è dedicato.

¹⁹⁴ E che, comunque, non possono trovare approfondita trattazione in questa sede.

interpretazione, specie per i precetti prescriventi la povertà, e diretti a conseguire la *perfectio statu*¹⁹⁵.

Sulla falsariga di ciò Papa Onorio III, con la bolla *Solet annuere*, il 29 novembre 1223, approvò la Regola con la precisazione, ribadita poi da Gregorio IX con la *Quo elongati*, che all'Ordine era vietata la titolarità di qualsivoglia diritto di proprietà¹⁹⁶.

Si tratta di un documento assai importante ai fini della storia futura dell'Ordine, in quanto al suo interno si rinvengono elementi rilevanti per gli sviluppi futuri. In esso¹⁹⁷ è sancito infatti che colui che ha pronunciato i voti è vincolato solo ai consigli evangelici enucleati nella *Regula*¹⁹⁸, distinguendo così tra essa e l'esempio evangelico¹⁹⁹. Soprattutto, però, il pronunciamento pontificio propone uno stratagemma per far fronte alle nuove e sempre più pressanti esigenze dell'Ordine ed alle dimensioni assunte da questo, ed, al contempo, rispettare il *praeceptum paupertatis* recato dalla *Regula* medesima: i Francescani, a detta del successore di Pietro, non possono essere titolari del diritto di proprietà, né a titolo individuale, né in comune, dei libri, degli utensili, nonché di tutte le *res* mobili che è loro permesso avere. Essi ne conservano

¹⁹⁵ A mero titolo esemplificativo, si rammenta che la *Regula* vietava l'uso dei cavalli per gli spostamenti, vietava l'utilizzo del denaro, ecc...

¹⁹⁶ Ed, infatti, Papa Innocenzo IV, con la *Ordinem vestrum* (14.11.1245) rese di proprietà della Santa Sede i beni del neonato ordine. Il tutto, si badi, consente di ricostruire con approssimativa certezza che, effettivamente, i Francescani rifuggivano la titolarità di qualsivoglia situazione giuridica, al punto che il Villey li definisce icasticamente "allergici al diritto" (Villey, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, 1985), p. 208.

¹⁹⁷ Nella medesima il Papa, Gregorio IX mise anche la parola "fine" sulla *vexata quaestio* in ordine alla portata precettiva o meno del Fondatore, questione travagliata e che aveva fino a quel punto diviso tra di loro i *Minores*. E' interessante notare come il Pontefice risolve la questione in modo prettamente giuridico. Cfr. *Qui elongati*, consultabile online, nella riproduzione di quello di Giacinto Sbaralea in: *Bullarium Franciscanum Romanorum Pontificum*. T. I : *Constitutiones, Epistolas, ac Diplomata continens Tribus Ordinibus Minorum, Clarissarum et Poenitentium a Seraphico Patriarcha Sancto Francisco institutis concessa ab illorum exordio ad nostra usque tempora / Conquisitis undique Monumentis nunc primum in lucem editum et notis atque Indicibus locupletatum studio et labore Fr. Joannis Hyacinthi Sbaraleæ ; Jussu atque auspiciis reverendissimi Patris Magistri Fr. Joannis Baptistae Constantii. - Romæ - ; Santa Maria degli Angeli : Typ. Sacrae Congregationis De Propaganda Fide ; Tip. Porziuncola, 1759, 1983. - XLIV, 798 p. ; 35x25 cm (4°), reperibile online all'indirizzo http://www.classicitaliani.it/francesco/bulla_elongati.htm .*

¹⁹⁸ Cfr., *Quo elongati*, par. n. 5: «Ad hæc, sicut per prædictos Nuncios intelleximus, dubitatur ab aliquibus Fratrum vestrorum, ne tam ad consilia, quam ad præcepta Evangelii teneantur: tum quia in Regula vestra habetur principio: Regula, et vita Minorum Fratrum hæc est scilicet Domini Nostri Jesu Christi sanctum Evangelium observare, vivendo in oboedientiâ, sine proprio, et in castitate, tum quia in fine ipsius Regula continentur hæc verba: Paupertatem et humilitatem et sanctum Evangelium Domini Nostri Jesu Christi, quod firmiter promisimus, observemus. Unde scire desiderant, an ad alia Evangelii teneantur consilia, quam ad ea, quæ in ipsa Regula præceptorie vel inhibitorie sunt expressa: præsertim quum ipsi ad alia non se obligare intenderint, et vix aut nunquam omnia possint ad litteram observari».

¹⁹⁹ (Tarello, 1964), p. 23. Anche se, presumibilmente, ciò consisteva nell'avallo all'interpretazione che vedeva la *Regula* diretta traduzione dei *consilia* evangelici.

tuttavia l'*usus*, mentre il *dominium* dei suddetti beni, sia mobili che immobili spetta a coloro cui i beni appartengono (ossia, ai titolari dei diritti *de quibus*)²⁰⁰.

3. Il virare della controversia sul piano del diritto

a) Bonaventura e la povertà quale assenza di diritti

E' in tal modo che, come precisa correttamente Tarello, la distinzione tra proprietà (*proprietas – dominium*) ed *usus* venne a trovarsi al centro del problema dell'osservanza francescana ed, in generale, della dottrina pauperistica²⁰¹.

Fu però solamente con la *Ordinem vestrum*, promulgata da Innocenzo IV nel 1245, che, ricalcando il ragionamento contenuto nella *Quo elongati*, venne stabilito che la proprietà di tutti i beni, sia mobili che immobili, in godimento ai *Fratres Minores*, fossero di proprietà della Santa Sede²⁰².

Nel frattempo, tuttavia, se da un lato non accennavano a sopirsi le dispute interne all'Ordine, dall'altro andava delineandosi chiaramente come la traduzione del *votum paupertatis* per i Frati Minori tendesse sempre più a coincidere con la mancanza della titolarità di qualsivoglia diritto di proprietà.

Intanto i predicatori dell'Ordine infiammavano le folle predicando *urbi et orbi* il vangelo della povertà, talvolta addirittura con eccessi polemici nei confronti del clero secolare²⁰³.

Com'è agevole intuire, ciò suscitò violente reazioni.

Fu così che la prima feroce critica mossa all'atteggiamento pauperistico dei fraticelli venne dai maestri secolari dell'Università di Parigi²⁰⁴, di cui si fece portavoce

²⁰⁰ Cfr. *Quo elongati*, par. n. 9: «*Praeterea quum in ipsa Regula contineatur expresse, quod Fratres nihil sibi approprient, nec domum, nec locum, nec rem aliquam; ac sic processu temporis contaminari timeant Ordinis paupertatem, praesertim quum jam dixerint aliqui proprietatem mobilium pertinere ad totum Ordinem in communi: Nobis fuit humiliter supplicatum, ut in hoc dignaremur animarum providere periculis, et totius Ordinis puritati. Dicimus itaque, quod nec in communi, nec in speciali debeant proprietatem habere; sed utensilium ac librorum, et eorum mobilium, quae licet habere, eorum usum habeant*».

²⁰¹ (Tarello, 1964), p. 24.

²⁰² Cfr., par. n. 3 *Ordinem Vestrum*: «*cum tam immobilium, quam mobilium hujusmodi jus, proprietas, et dominium (illis solis exceptis, in quibus expresse donatores, seu translatores sibi proprietatem, et dominium reservasse constiterit) nullo medio ad Ecclesiam ipsam spectent; cui domus, et loca praedicta cum Ecclesiis, ceterisque suis pertinentiis (quae omnia in jus, et proprietatem Beati Petri suscipimus) omnino tam in spiritualibus, quam temporalibus immediate subesse noscuntur*».

²⁰³ Una frangia dell'Ordine giunse ad interpretazioni ereticali ed assurde (a mente delle quali, ad esempio, l'Ordine era chiamato a succedere alla potestà pontificia), che culmineranno con la condanna del generale dell'Ordine stesso, Giovanni da Parma, nel 1255. Come è ben stato messo in luce, tuttavia, tali tensioni anticiparono le dispute futurano, mostrando altresì come l'ardente zelo per la povertà, sovrapposto biunivocamente al Vangelo abbia connotato i primi secoli di vita dell'Ordine. Cfr. (De Lagarde, 1961), p. 111 *et infra*. Addirittura, un accademico francescano, Gerardo di Borgo San Donnino sostenne *apertis verbis* la superiorità della vocazione francescana (rispetto alle altre) in seno alla Chiesa. E ciò in quanto essa avrebbe rappresentato meglio la Chiesa Spirituale, opposta a quella carnale. Evidentemente l'afflato pauperistico, di distacco da qualsivoglia *ius humanum* erano perfettamente sintonici con detta impostazione.

Guglielmo di S. Amore. Costui, in opposizione dichiarata alla mendicizia proclamata dai Francescani sostenne che «la legge della Bibbia e quella di tutti gli ordini religiosi tradizionali è la legge del lavoro»²⁰⁵.

Ne sorse una disputa feroce, in cui fiorirono pubblicazioni di libelli polemici da ambo le parti, ma che, infine, vide trionfare gli ordini mendicanti²⁰⁶.

Successivamente, furono i *Minores* a dividersi a loro volta in varie fazioni a seconda della modalità eletta per vivere il comando della povertà. Risultava evidente, infatti, che il dirimpente successo del giovane Ordine religioso aveva costretto i *fraticelli* ad accettare donazioni (aventi ad oggetto anche beni di cospicuo valore), a costruire conventi, ad intessere relazioni d'affari, ecc... In altri termini, li aveva resi titolari di diritti, in particolare modo di diritti di proprietà.

Ed ecco che, mentre la maggioranza dei Francescani riteneva ciò ammissibile, implicando quindi che, in un certo qual senso, la *Regula* fosse emendabile onde poterla adattare alla concretezza delle situazioni²⁰⁷, una fronda non trascurabile era, all'opposto, convinta dell'illiceità del contrario atteggiamento, in quanto avverso alla *Regula* medesima²⁰⁸, prescrivente l'assoluta povertà.

Nel mentre, venne eletto generale dell'Ordine Bonaventura, il quale diede notevole impulso alla *definitio paupertatis*, in una modalità, tuttavia ancora perigliosa e latrice di ambiguità, che tuttavia è dirimente analizzare, in quanto preegna di conseguenze sia per la disputa *in se ipsa*, che per lo sviluppo del tema trattando²⁰⁹.

Fu a cagione della “svolta benaventuriana”²¹⁰, infatti, che la disputa transitò definitivamente entro l'alveo delle categorie e della dogmatica giuridica.

²⁰⁴ In merito, si vedano (Congar, 1961), (Douie, 1954).

²⁰⁵ (De Lagarde, 1961), p. 111; (Gratien, 1928), pp. 216 – 221. Si noti come la controversia, ai fini del presente lavoro rileva in quanto determinò prepotentemente il futuro indirizzo della *querelle* inerente la povertà. Si veda, in merito, la ricostruzione offerta da Tarello, in (Tarello, 1964), alle pp. 42 – 50. Si trattava di un dissidio che, se *prima facie* innervato attorno a dispute teologico – giuridiche, in realtà, rappresentava la frizione tra la dissoluzione del mondo feudale e la nuova realtà socio economica che andava affermandosi nel fermento duecentesco. Correlati ed indistinguibili da questa prospettiva stavano altresì le differenti visioni del mondo e della Chiesa.

²⁰⁶ (Tarello, 1964), p. 50. Furono quindi gli stessi ordini mendicanti a dividersi tra loro in merito al significato della povertà medesima: laddove i Domenicani sostenevano che, essendo la povertà un mezzo per addivenire alla perfezione evangelica, e non il fine (essendo il fine, per l'appunto quello dell'*imitatio Christi*), fosse ammissibile la proprietà in comune qualora esigenze pastorali lo avessero richiesto, i Francescani erano di tutt'altro avviso. Secondo costoro, consistendo la povertà in nulla di meno che nella perfezione (in quanto atto volontario mediante il quale l'uomo si priva di ogni bene per amore a Cristo), ne sarebbe dovuto necessariamente conseguire che, quanto più estesa fosse stata la rinunzia, tanto maggiore sarebbe stata la perfezione e, quindi, l'*imitatio Christi* (De Lagarde, 1961), p. 112.

²⁰⁷ Con il che, a parere di chi scrive, la loro posizione finisce per assomigliare decisamente a quella dell'Ordine di Domenico di Guzman (si veda *supra*).

²⁰⁸ *Rectius*, con tutta evidenza, si tratta, più che della *Regula in se ipsa*, di un'interpretazione della medesima.

²⁰⁹ Sul perché di ciò, si veda *infra*.

²¹⁰ E' opportuno richiamare che – lo si sarà intuito – «per Francesco la natura della povertà di Cristo fu una realtà presupposta e lo stesso può dirsi anche dei suoi primi seguaci. Le necessità pratiche della loro vita negli anni

Rectius, visto quanto illustrato in precedenza, della struttura stessa di *ius*²¹¹.

Con l'inizio della disputa tra Secolari e Mendicanti all'Università di Parigi nel 1253, la situazione infatti cambiò, spingendo alla necessità di una presa di posizione da parte dell'Ordine Franciscano. I maestri secolari, che esordirono contestando ai frati l'esercizio dei loro diritti nelle università e nel mondo esterno, giunsero infatti a lanciare un attacco su larga scala sulla questione più importante: la legittimità dell'intera forma di vita dei nuovi Ordini mendicanti, in particolare i *Fratres Minores*.

L'oggetto sul quale si concentrò in particolare il fuoco di fila dei critici fu la pretesa dei Mendicanti di imitare la povertà di Cristo e degli apostoli²¹². Sottoposti a tali pressioni, i francescani si videro costretti ad elaborare il fondamento teorico della loro dottrina della povertà assoluta e a difenderlo in forma scolastica dagli attacchi degli avversari.

Tra gli scritti francescani a difesa della povertà assoluta, *L'Apologia pauperum*²¹³ di Bonaventura²¹⁴ costituisce dunque l'esposizione classica. Essa, composta nel 1269, verso il termine della vita dell'Autore, divenne la dottrina approvata dell'Ordine francescano e venne addirittura adottata dal papato quale dottrina ufficiale in *subiecta materia*²¹⁵. Costituisce perciò il testo perfetto per analizzare l'evoluzione della dottrina della povertà assoluta di Cristo.

Se il Fondatore, Francesco aveva interpretato la povertà essenzialmente come rinuncia ai beni materiali, dopo che Gregorio IX ebbe emesso la sua decisione²¹⁶

iniziali dello sviluppo li incalzarono con tanta urgenza che essi non ebbero né la volontà né la possibilità di approfondire le basi teoriche della dottrina della povertà assoluta. Sia per Francesco, sia per i primi francescani, la dottrina trovò espressione in termini devozionali piuttosto che accademici» (Lambert, 1995), p. 123.

²¹¹ Si lascia il lemma *ius* senza accezioni approfittando dell'anfibologia ingenerata dalla felice ambiguità che lo connota [cfr. (Tierney, *L'idea dei diritti naturali. Diritti naturali, legge naturale e diritto canonico 1150-1625*, 2002)].

²¹² In merito alla visione della povertà nel Fondatore, sotto un angolo visuale originale e, presumibilmente, assai vicino alla percezione mistica del Santo d'Assisi, si veda (Buscaroli, 1978), pp. 374 – 392.

²¹³ La versione utilizzata per citare l'opera benaventuriana è quella edita da Città Nuova (Roma) nel 2005, in *Opuscoli Francescani/2*, con il titolo *La difesa dei Poveri – contro il calunniatore*, con note ed indici di Silvana Martignoni e traduzione del testo latino a fronte, di Attilio Stendardi. I riferimenti saranno quindi ad essa.

²¹⁴ Per una panoramica bibliografica sul *Doctor Seraphicus*, con particolare attenzione all'*Apologia pauperum* si vedano, *ex multis*: (Clasen, 1938); (Kolmer, 1974); (Spirato, 1988), oltre agli Autori citati in nota, in cui Bonaventura e l'*Apologia* sono trattati *per incidens*.

²¹⁵ Egli, come notato e messo in luce in primo luogo dal Lambert e poi da Damiata, fu personaggio di primo piano all'interno del percorso concettuale che si va indagando in queste pagine. Bonaventura comprese infatti il significato profondo che la povertà aveva per il suo Ordine, e ciò lo portò a concludere che la povertà evangelica, così come prescritta dalla Regola, non implicasse più soltanto un distacco dai beni esteriori, bensì anche, e soprattutto, una rinuncia ad ogni diritto di possesso, come messo in luce in precedenza anche da Ugo di Digne. Cfr. (Damiata, 1978), p. 137; (Tarello, 1964), p. 54.

²¹⁶ Si tratta della *Quo elongati*.

secondo cui l'Ordine avrebbe dovuto rinunciare a tutte le proprietà, si accrebbe la tendenza ad interpretare la povertà come *rinuncia ai diritti di proprietà*²¹⁷.

Naturalmente Bonaventura riprese l'interpretazione più diffusa e, nel definire la povertà francescana, adottò i termini suggeriti dalla *Quo elongati*. Con eguale ovvietà, quando passò a descrivere la povertà di Cristo e degli apostoli, definì quindi anch'essa quale "*rinuncia ai diritti di proprietà*"²¹⁸. Propose quindi la propria definizione di povertà, nell'Apologia, prima dell'esegesi dei testi scritturali relativi alla povertà di Cristo, affermando come la povertà evangelica consistesse nel rinunciare al *dominium*.

L'*usus*, al contrario, avrebbe potuto essere mantenuto, ma ridotto quanto più possibile²¹⁹.

Appare evidente che la definizione appare mutuata dal giudizio sulla povertà francescana formulato da Gregorio IX nella *Quo elongati*: «*Diciamo dunque che [i frati] non devono avere proprietà [proprietas] né in comune né individualmente, ma l'Ordine abbia l'uso [usus] degli utensili, dei libri e degli altri beni mobili che è loro lecito avere...*»²²⁰, seppure vi insistè con accenti ed effetti diversi.

Questa completa rinuncia al *dominium*, sia individuale che comune, era ipostatizzata quindi da Bonaventura quale forma più alta di povertà. Come affermò in *claris*, con chiari riferimenti, ai *Minores*: «*Ex his potest colligi paupertatis evangelicae ratio, videlicet, quod ipsa sit virtus temporalium abdicativa bonorum, qua quis, nil proprium habens, sustentatur de non suo*»²²¹.

²¹⁷ All'epoca degli scritti di Bonaventura detta tendenza si era già ben affermata; la rinuncia a tutti i diritti di proprietà venne vista quindi come segno distintivo primario della povertà dell'Ordine. Conseguentemente, si provvide a scrupolose disposizioni per salvaguardare tale rinuncia nella pratica.

²¹⁸ In tal modo, come risultante dall'evoluzione della teoria e della pratica della povertà tra il 1226 e il 1247, si delineava nella sua completezza la dottrina francescana della povertà assoluta: la convinzione che Cristo e gli apostoli, mostrando la vita di perfezione, avessero rinunciato ad ogni dominio. Si pensi al già accennato problema inerente il fondamento evangelico della (precevitività della) *Regula*.

²¹⁹ *Apologia pauperum*, VII, 3, p. 224: «*Cum autem circa temporalium bonorum possessionem duo considerare contigat, dominium videlicet et usum, sitque usus necessario annexus vitae praesentis; evangelicae paupertatis est, possessiones terrenas quantum ad dominium et proprietatem relinquere, usum vero non omnino reicere, sed arctare*».

²²⁰ Ecco il testo papale con il testo in esame sottolineato: «*Praeterea quum in ipsa Regula contineatur expresse, quod Fratres nihil sibi approprient, nec domum, nec locum, nec rem aliquam; ac sic processu temporis contaminari timeant Ordinis paupertatem, praesertim quum jam dixerint aliqui proprietatem mobilium pertinere ad totum Ordinem in communi: Nobis fuit humiliter supplicatum, ut in hoc dignaremur animarum providere periculis, et totius Ordinis puritati. Dicimus itaque, quod nec in communi, nec in speciali debeant proprietatem habere; sed utensilium ac librorum, et eorum mobilium, quae licet habere, eorum usum habeant: et Fratres secundum quod Generalis Minister, vel Provinciales dixerint, iis utantur, salvo Locorum et Domorum dominio illis, ad quos noscitur pertinere. Nec vendi debent mobilia, vel extra Ordinem commutari, aut alienari quoquo modo, nisi Ecclesiae Romanae Cardinalis, is, qui fuerit Ordinis Gubernator, Generali, vel Provincialibus Ministris auctoritatem super hoc praebuerit, vel assensum*».

²²¹ *Apologia pauperum*, VII, 4, p. 224. Egli prosegue infatti: «*Et quoniam dupliciter contigit rerum temporalium abdicare dominium, dupliciter etiam sustentari de non suo; ideo paupertatis evangelicae duplex est modus duplex perfectio. Cum enim duplex sit rerum dominium, privato scilicet et commune, unum quidem spectans ad determinatam personam, alterum vero ad determinatum collegium; et primo abdicari possit, retento secundo, possit*

Bonaventura proseguì poi operando una divisione concettuale che, chiaramente, risentiva della situazione peculiare del proprio Ordine, nonché delle prerogative che ad esso erano state riconosciute dai pronunciamenti papali. Infatti distinse tra la rinuncia alla proprietà comune e quella dei singoli, mostrando come tra di esse non vi fosse una corrispondenza biunivoca²²².

Ma, se, con tutta evidenza l'esposizione della povertà di Cristo fatta da Bonaventura è per molti aspetti debitrice alla nuova teoria francescana della povertà sviluppatasi dopo la morte di Francesco, l'intera opera è altresì pregna dello "spirito di Francesco".

Il che significa sia che, qualora fosse stato necessario un argomento per fondare la tesi di Bonaventura, esso sarebbe stato tratto dal modello della vita di Cristo²²³. Ma anche, ed *a fortiori*, che egli intese definitivamente vincolare il precetto

etiam abdicari secundum cum primo; duplex erit secundum hunc duplicem modum paupertatis perfecta professio, una videlicet, qua quis, temporalium omnium privato seu personali abdicato dominio, sustentatur de non suo, id est, sibi non proprio, communi tamen iure cum aliis participato et simul possessio; alia vero, qua quis, omni rerum abdicato dominio, tam in proprio quam in communi, sustentatur de non suo, id est, non sibi proprio sed alieno, pie tamen et iuste ab alio sibi pro sustentatione collato». Il Dottore Serafico espone poi tutta una serie di esempi tratti dalle Scritture per argomentare il proprio assunto. Secondo lui la forma della prima povertà ebbe precedenti nella moltitudine dei credenti, e di essa si parla negli Atti: «*La moltitudine di coloro che erano venuti alla fede aveva un cuore solo e un'anima sola e nessuno diceva sua proprietà quello che gli apparteneva, ma ogni cosa era fra loro comune...*». Così era anche nella vita monastica e cenobitica. L'esemplare forma della seconda povertà si verificò nella vita degli apostoli, che Cristo, maestro della perfezione, diede loro, quando li inviò a predicare, secondo quello che si legge in Matteo: «*Non procuratevi oro - disse - né argento, né moneta di rame nelle vostre cinture, né bisaccia da viaggio, né due tuniche, né sandali, né bastone, perché l'operaio ha diritto al suo nutrimento*». Con queste parole il Signore impone l'osservanza di una forma di povertà estrema e stretta agli apostoli e ai predicatori della verità, e ciò non solo come carenza di possessi, ma anche di denaro e di altri beni mobili con i quali si suole sostenere e confortare la vita ordinaria degli uomini, affinché mostrassero la povertà più alta sia nell'azione sia nella disposizione, quale segno certo, per così dire, di perfezione. Sempre in *Apologia pauperum*, VII, 4, pp. 224 – 226. Così compare nella *Apologia pauperum* la proposizione secondo cui Cristo e gli apostoli rinunciarono a tutte le forme di dominio, sia individuale che comune. Cfr. altresì (Lambert, 1995), pp. 124 – 125.

²²² Cfr. *Apologia pauperum*, VII, 3 – 4, pp. 224 – 226. Ancora una volta, con tutta evidenza, si trattava di un riferimento alla situazione concreta dell'Ordine.

²²³ (Lambert, 1995), p. 125. Cfr. sempre *Apologia pauperum*, VII, 3 – 5, pp. 224 – 226. Ivi sono riportati alcuni passi evangelici, che, a mente del Dottore Serafico, possono essere utili al fine di comprendere esattamente la natura della povertà di Cristo così come descritta nell'*Apologia*, potremmo ora con Lambert [cfr. (Lambert, 1995), pp. 126 e ss.] raccogliere i passi delle Scritture esposti da Bonaventura ed ordinarli abbastanza facilmente secondo le categorie principali della rinuncia al denaro, della pratica dell'elemosina e della rinuncia a tutte le forme di dominio. La proibizione del denaro era contenuta nel testo evangelico. In seguito a quella disposizione nessuno tra gli apostoli fece uso di denaro in circostanze normali. Cristo non ne possedeva di proprio quando gli fu richiesto di pagare il tributo, e pertanto dovette prendere la moneta dalla bocca di un pesce affinché potesse versare il dovuto (cfr. Mt 17, 27). Il diritto di mendicare era incluso nelle istruzioni impartite ai primi missionari: «*Mangiate quello che vi sarà messo dinanzi*» (Lc 10, 8). Cristo e gli apostoli continuarono ad osservare questa forma di vita anche dopo il ritorno dei missionari, poiché dipendevano dalle offerte dei fedeli per il sostentamento giornaliero. Lo stesso Cristo chiese l'elemosina. Un versetto del Salmo 39, generalmente interpretato come riferito al Messia,

pauperistico (così come scolpito) a quello evangelico rendendolo per ciò stesso assolutamente *indisponibile*.

Il che significa che qualsivoglia comando contrario, da qualunque potestà provenisse, sarebbe stato illegittimo, quindi da non osservare a pena di violare la *lex evangelica*.

Non è necessario sottolineare quanto stretta sia la corrispondenza con le idee fondamentali di Francesco. Se su questioni di dettaglio, Bonaventura²²⁴ dipese forse dalla nuova teoria francescana della povertà che derivava dalla *Quo elongati*, per il concetto fondamentale della povertà assoluta di Cristo come modello da imitare per gli uomini, egli seguì invece e pedissequamente, proprio Francesco.

Dal che Bonaventura fu “costretto” ad identificare, più o meno precisamente, la povertà di Cristo e degli apostoli con la povertà osservata dai francescani del XIII secolo²²⁵.

Tra gli elementi costitutivi della povertà di Cristo che egli delineò, un ruolo speciale occupa quindi la *rinuncia totale al dominio*: essa funge da carattere distintivo che separa la povertà di Cristo da altre forme minori descritte nelle Scritture. In effetti si tratta di un segno specifico di quella suprema povertà, che, nella società del tempo, costituiva una forma di rinuncia non praticata da alcun altro Ordine all’infuori dei francescani²²⁶.

afferma: «*Ego autem mendicus sum et pauper*» (Sal 39, 18). Inoltre, Cristo compì effettivamente l'atto di chiedere elemosine quando pronunciò le parole: «*Zaccheo, scendi subito, perché oggi devo fermarmi a casa tua*» (Lc 19, 5). La proibizione del *dominium* fu implicita nelle istruzioni ai missionari, poiché Cristo disse agli apostoli di non prendere nulla per il viaggio (Lc 9, 3; Mc 6, 8). Fu ribadita nel consiglio al giovane ricco: «*Se vuoi essere perfetto, va', vendi tutto quello che possiedi...*» (Mt 19, 21) e l'accettazione di esso da parte degli apostoli trovò conferma nelle parole che Pietro pronunciò di seguito: «*Ecco, noi abbiamo lasciato tutto e ti abbiamo seguito...*» (Mt 19, 27). Se gli apostoli professarono una rinuncia totale, come affermò Pietro, essi dovettero pertanto rinunciare al dominio sia individuale sia comune. Il dominio in tutte le forme può essere oggetto di rinuncia, mentre l'uso non può esserlo. Gli apostoli dovettero pertanto rinunciare al dominio tanto comune quanto individuale. Secondo la medesima logica, anche Cristo dovette rinunciare al dominio comune. Le Scritture testimoniano che né lui né il collegio apostolico conservarono mai alcun dominio temporale, dato che nell'imminenza della Pasqua ebraica essi non poterono contare su alcun luogo nel quale celebrare la festa e Cristo disse di se stesso: «*Le volpi hanno le loro tane e gli uccelli del cielo i loro nidi, ma il Figlio dell'uomo non ha dove posare il capo*» (Mt 8, 20). Proprio a causa della sua rinuncia a tutti i beni temporali gli fu possibile dire agli apostoli durante l'ultima Cena: «*... viene il principe del mondo; egli non ha nessun potere su di me*» (Gv 14,30).

²²⁴ Cfr. *Apologia pauperum*, VII, 3, p. 224.

²²⁵ *Rectius*, la povertà prescritta dalla Regola Francescana. In merito alle turbolenze ed alle inosservanze della *Regula*, si vedano, ad es., (Burr, *Olivi e la povertà francescana*, 1992), pp. 11 e ss., nonché il solito (Lambert, 1995), pp. 145 e ss.

²²⁶ All'epoca in cui Bonaventura scrisse *L'Apologia pauperum*, nessun altro Ordine avanzava una simile rivendicazione della rinuncia totale al dominio. Secondo l'interpretazione di Bonaventura l'Ordine di san Francesco, e nessun'altra famiglia religiosa, attuava una piena imitazione della vita di Cristo e degli apostoli. Naturalmente, una simile rivendicazione era incompatibile con il carisma proprio di altri Ordini e gruppi ecclesiastici. Per quanto fatto Bonaventura potesse avere dimostrato nel rilevare che esistevano forme differenziate di perfezione, e che non era possibile affermare che un Ordine fosse semplicemente più perfetto di un altro, ciò nonostante egli sosteneva una precisa

Tuttavia questa dottrina della povertà, che ebbe implicazioni di così ampia portata, non fu affatto al riparo da critiche. In momenti differenti, sia nel corso della controversia durante il XIII secolo, sia successivamente, contro di essa furono sollevate due serie obiezioni: la prima aveva origine dall'esegesi biblica²²⁷, la seconda dall'interpretazione del diritto civile.

b) La *definitio* bonaventuriana e le obiezioni civilistiche

Ovviamente solo quest'ultima obiezione rileva più direttamente ai fini del presente lavoro. S'è annotato come i francescani rivendicassero l'imitazione integrale di Cristo e degli apostoli con la motivazione della totale rinuncia al dominio. Bonaventura si scolpì *in claris litteris* ciò che probabilmente era già innervato entro la tradizione dell'Ordine allorché sancì che l'altissima povertà consistesse in tale rinuncia.

In pratica, rendendo la *rinuncia al dominio* un principio di povertà, egli aveva introdotto una definizione giuridica e fu costretto a confrontarsi con un dibattito giuridico.

Infatti, entrambi i termini *dominium* e *usus* contenevano implicazioni giuridiche. Gregorio IX aveva dichiarato che i francescani potevano conservare l'*usus*, ma rinunciare ad ogni forma di *dominium*. In principio, nell'attenersi a questo decreto, i frati avevano lasciato il dominio nelle mani dei loro benefattori originari; successivamente ritennero maggiormente conveniente dotarsi di un sistema completo di disposizioni e, secondo le clausole della *Ordinem vestrum*, consegnarono il dominio su tutti i loro beni nelle mani del papato (cfr. *supra*).

In ogni caso, dominio e uso erano stati disgiunti, in modo più o meno permanente nel sistema della *Quo elongati*, ed in via definitiva nella *Ordinem Vestrum*.

Il *punctum pruriens* della questione balzava però immediatamente all'occhio: era giuridicamente possibile separare il dominio dall'uso?

Secondo la già sovente richiamata tradizione giuridica vigente all'epoca, la natura del dominio avrebbe implicato che esso avrebbe dovuto procurare benefici

superiorità dell'Ordine francescano (cfr. Cfr. *Apologia pauperum*, III, 19). Sebbene concepita come opera di controversia, l'*Apologia pauperum* diventò quindi molto più di una semplice risposta diretta a quei maestri secolari che avevano mosso attacchi all'osservanza francescana. In essa era contenuta una dottrina della povertà e della perfezione che concerneva intimamente la vita di tutti gli Ordini ecclesiastici e non esclusivamente quella dei Frati Minori.

²²⁷ L'obiezione di natura biblica era forse la più ovvia. La dottrina di Bonaventura presupponeva una certa interpretazione delle Scritture. Affinché la sua argomentazione fosse efficace gli fu necessario dimostrare che Cristo e gli apostoli avevano rinunciato al dominio sia individuale sia comune, sia all'uso del denaro, e che essi avevano professato tale rinuncia come Regola di vita, la *forma evangelicae perfectionis*. Per tale scopo egli poté dispiegare una serie di autorità, tratte dalle Scritture e dai Padri della Chiesa, miranti a mostrare che Cristo e gli apostoli avevano seguito tale forma di vita a partire dal primo viaggio missionario, e che l'avevano proposta a tutti coloro che fossero desiderosi di seguirli.

materiali al titolare. E tutte le definizioni del diritto civile relative a beni materiali presupponevano questo assioma fondamentale.

Le *Institutiones*, ad esempio, stabilivano che l'*usufructus* non fosse distinto in perpetuo dalla *proprietas*, per impedire che, in tal modo, la *proprietas* cessasse di produrre benefici materiali per colui che la detiene (cfr. *Institutiones*, II, IV; 1; *Corpus Iuris Civilis*, I, *Institutiones*, 1928, 13). Lo stesso sarebbe valso per il caso del *nudus usus* (cfr. *Institutiones*, II, V; 1; *Corpus Iuris Civilis*, I, *Institutiones*, 14).

Al contrario, la *Ordinem vestrum* riteneva che il dominio e l'uso dei beni francescani fossero disgiunti in perpetuo. La questione giuridica concerneva dunque il quesito intorno alla possibilità di configurare siffatti diritti reali nel particolare dominio di cui, in forza delle *Bullae*, erano titolari i pontefici.

Se dominio e uso fossero rimasti distinti per sempre, il papato non avrebbe ottenuto alcun beneficio materiale, né presente né futuro, e pertanto siffatta figura non avrebbe potuto qualificarsi giuridicamente come vero dominio.

Inoltre il sistema della proprietà papale, definito dalla *Ordinem vestrum*, era ritenuto valido per tutti i beni usati dai francescani. Avrebbe dovuto pertanto includere beni consumabili con l'uso, come cibo, vestiti e simili. Ma quale beneficio materiale avrebbe ricevuto il papato dal dominio su tali beni, dal momento che essi *per essentiam* sarebbero stati consumati mediante l'uso?

Muovendo da questi principi, sarebbe stato necessitato concludere che in simili casi il dominio sarebbe stato nullo. Allora, se fosse stato possibile dimostrare la validità generale di questi controprincipi, quale valore potrebbe ancora essere attribuito alla rivendicazione francescana della rinuncia totale al dominio?

Questa fu la domanda posta dal maestro secolare Gerardo d'Abbeville quando sollevò tali principi giuridici contro l'autore del trattato *Manus quae*, francescano e compagno di Bonaventura²²⁸.

Gerardo esordì citando la disposizione, inclusa nella Regola, che permetteva ai francescani di ricevere i «*necessaria corporis*» come ricompensa del proprio lavoro. Sarebbe stato forse possibile concepire che Francesco non intese che i frati condividessero le ricompense del loro lavoro? Di nuovo egli trasse una citazione dall'istruzione ai ministri, affinché si premurassero con particolare attenzione di curare i malati e di distribuire vestiti ai frateri. È certo che tali beni siano mantenuti in comune? I frati commettono peccato se affermano che li conservano individualmente. «*Si sint propria*» dice, rivolgendosi all'avversario, «*dammabiliter peccatis*».

²²⁸ La controversia si sviluppò nel modo seguente. Guglielmo di Saint-Amour attaccò i frati ed un francescano, probabilmente Tommaso di York, gli rispose nel 1256, o prima, con la pubblicazione del libello *Manus quae*. Gerardo d'Abbeville, riprendendo le argomentazioni di Guglielmo di Saint-Amour, oppose al *Manus quae* il proprio *Contra adversarium*. Dopo averlo elaborato, attese una circostanza propizia e lo pubblicò nel 1269, tra luglio ed ottobre. Bonaventura, quindi, replicò con la sua *Apologia pauperum*, nella quale criticò Gerardo e difese l'autore del *Manus quae*. L'opera di Gerardo è consultabile nell'edizione del 1939, edita per i tipi della Quaracchi e curata da Sophronius Clasen: Gerhardus de Abbatisvilla; Sophronius Clasen, *Tractatus Gerardi de Abbatisvilla, "Contra adversarium perfectionis christianae"*, *Ad Claras Aquas/Quaracchi*, Firenze 1939. I riferimenti afferiscono a detta edizione.

Ma allo stesso modo, continuò Gerardo, sarebbe falso affermare che un qualche altro agente temporale possa conservare la proprietà su tali beni consumabili per uso: «*Asserire che l'uso di essi [dei beni] è solo vostro, e che la proprietà pertiene a coloro che ve li diedero, finché essi siano consumati dal tempo, o finché il cibo sia stato ingerito, sembrerà ridicolo a tutti, e particolarmente poiché tra gli uomini l'uso non è distinto dalla proprietà riguardo a cose che sono completamente consumabili dall'uso*»²²⁹.

Se il dominio al quale i francescani hanno rinunciato è nullo, priva di valore sarà quindi anche la loro rivendicazione dell'altissima povertà.

Si trattava di una critica tanto salace, quanto efficace e dovette essere contrastata da Bonaventura; l'intero suo trattato fu infatti inteso come una risposta a Gerardo d'Abbeville e un'apologia dell'autore del *Manus quae*.

Tralasciando le repliche bonaventuriane alle obiezioni di stampo biblico/teologico²³⁰, il Generale dell'Ordine Franciscano si trovò dinanzi a due critiche sostanziali erano state mosse contro la rivendicazione di parte francescana di professare, come Ordine, una rinuncia totale al dominio: la prima ineriva al principio giuridico dell'inscindibilità dell'uso dal dominio in beni consumabili con l'uso (*i.e. delle res consumabiles*)²³¹.

L'altra obiezione principale sosteneva che, poiché i papi non ottenevano alcun beneficio materiale dai beni francescani, essi non avevano alcun dominio effettivo su tali beni²³².

²²⁹ Sophronius Clasen, *Tractatus Gerardi de Abbativilla, "Contra adversarium perfectionis christianae", Ad Claras Aquas/Quaracchi*, Firenze 1939, 133.

²³⁰ Secondo l'Autore la cui ricostruzione si ripropone in queste pagine, esse erano di ben più elevato tenore, rispetto a quelle giuridiche. Il che è comprensibile, stante la formazione di Bonaventura, che di certo non era un giurista. Cfr. (Lambert, 1995), pp. 131 – 133.

²³¹ Bonaventura negò che questo principio avesse validità universale. Esso veniva infatti meno nel caso del *peculium* di un figlio di famiglia. Una massima del *Digesto* stabiliva che: «*Un figlio sotto il controllo dei genitori non può disporre, né ottenere, né acquisire possesso del suo peculium*». In altri termini, il figlio non poteva esercitare diritto di dominio sul *peculium*. Ma pure era comunemente ammesso che egli godesse dell'uso del *peculium* stesso e che il *peculium* comprendesse beni consumabili con l'uso. Per il diritto era pertanto possibile esercitare l'uso di beni consumabili con l'uso, senza averne il dominio. L'obiezione cadeva. In alternativa, Bonaventura ricorse ad una *reductio ad absurdum*. Se, in beni consumabili con l'uso, l'uso non fosse separabile dalla proprietà, un monaco sarebbe dunque divenuto proprietario individuale di tali beni - la qual cosa era generalmente ritenuta falsa (Lambert, 1995), p. 133.

²³² Bonaventura ammise che i papi non godessero di benefici materiali, ma argomentò che essi ricevevano un beneficio spirituale dalla protezione dei figli spirituali, i francescani. Questa risposta di Bonaventura implicava *in claris* la confusione tra due discipline - la teologia e il diritto. Come ulteriore alternativa, il ministro controbatté adducendo un altro principio giuridico: «*Non si accorda un beneficio a colui che non vuole accettarlo*» (D. L. 17, 93, punto su cui, mi permetto di porre l'attenzione, in quanto mi pare illustri significativamente - seppure in controtuce - le divergenti concezioni del diritto che si vanno delineando e contrapponendo). I francescani non intendevano ricevere alcun dominio, né i benefattori concederlo; pertanto essi non mantenevano alcun dominio, e di nuovo l'obiezione perdeva validità (Lambert, 1995), pp. 133 – 134.

c) *Non – dominium e simplex usus*: assenza di diritti

Tuttavia, come dimostrerà il seguito delle vicende storiche, e come ben colto da Giovanni Tarello, l'aspetto più rilevante, dal punto di vista giuridico, era costituito dal tentativo di distinguere la posizione dei francescani rispetto ai beni da loro goduti non solo da quella del proprietario ma anche da quella del possessore e da quella dell'usufruttuario. A tale fine Bonaventura sostenne che le posizioni configurabili rispetto al godimento di un bene fossero quattro, e precisamente la *proprietas*, la *possessio*, l'*usufructus* ed il *simplex usus*²³³: i francescani avrebbero avuto, rispetto ai beni da loro goduti, il *simplex usus*²³⁴.

Si trattava di una nozione giuridica assolutamente nuova. Eppure, come mostrerà la storia immediatamente susseguente, essa arrivò tanto a godere di molto successo, quanto a suscitare asprissime discussioni.

Per quanto concerne invece una valutazione sull'ipostatizzazione compiuta da Bonaventura in ordine a concetto di povertà francescana, si può concludere²³⁵ che, costui tentò di rimuovere ogni obiezione appoggiandosi, in primo luogo, all'autorità papale, che aveva sanzionato questo sistema di proprietà sui beni francescani, e, in secondo luogo, all'esempio di Cristo, che aveva professato la rinuncia totale al dominio²³⁶.

²³³ Cfr. *Apologia pauperum*, XI, par. 5, 312: «...quod cum circa res temporales quatuor sit considerare, scilicet proprietatem, possessionem, usufructum et simplicem usum».

²³⁴ Cfr. (Tarello, 1964), p. 58. Per un'analisi delle confutazioni bonaventuriane alle tesi avversarie, si vedano altresì le pp. 58 - 61.

²³⁵ Cfr. *Apologia Pauperum*, XI, 10 – 11, in *Opera Omnia VIII* (1898) 313 – 314. Nota ancora Lambert come Non deve sorprendere che la risposta di Bonaventura alle critiche di origine giuridica alla povertà assoluta dovesse costituire il lato debole del trattato: egli non era certo un giurista, bensì un teologo. Le sezioni giuridiche della sua argomentazione, come quelle degli altri polemisti francescani, si fondevano sulle decisioni delle bolle papali *Quo elongati* e *Ordinem vestrum*. Cfr. (Lambert, 1995), p. 134.

²³⁶ Lambert conclude osservando significativamente come in più di un passaggio, *L'Apologia* dà l'impressione che Bonaventura non mettesse il cuore nella discussione giuridica della dottrina. Non sempre interpretò le bolle con esattezza: ritenne infatti che il papato avesse ricevuto la proprietà dei beni francescani in forza della *Quo elongati*, e non della *Ordinem vestrum* [cfr. *Apologia Pauperum*, XI, 6, in *Opera Omnia VIII* (1898) 312]; ma ciò non corrispondeva al vero. Il massimo risultato che la *Quo elongati* ottenne in questa direzione fu esattamente quella di dichiarare che ogni alienazione di beni mobili da parte dell'Ordine avrebbe necessitato dell'assenso del cardinale protettore. Quando, nel corso dell'intera opera, egli parla dei diritti di proprietà ai quali l'Ordine ha rinunciato, utilizza termini indifferenziati e non li definisce; solo in un paragrafo sembrò distinguere questi termini e ricorrere ad una più accurata terminologia desunta dal diritto civile [*Apologia Pauperum*, XI, 5, in *Opera Omnia VIII* (1898) 312]. Successivamente i francescani svilupparono il pensiero contenuto in questo paragrafo ed eressero su di esso una più precisa dottrina della rinuncia; Bonaventura, tuttavia, fu pronto a sfrondare alcune proposizioni e a lasciare per gran parte indiscusso l'aspetto giuridico della rinuncia francescana. In quel periodo i francescani - e Bonaventura ne costituisce l'esempio migliore - si mostrarono consapevoli delle obiezioni contro la loro dottrina. Per quanto pronti essi fossero a disquisire efficacemente contro i maestri secolari sul loro terreno, non nutrono mai un profondo interesse per i dettagli tecnici delle loro rinunce. Come per Francesco, il fulcro dei loro pensieri sulla povertà era riposto nelle scene delle Scritture,

Riassumendo, secondo il Ministro Generale dell'Ordine la povertà sarebbe consistita in un fatto *negativo*, ossia nell'assenza di proprietà (in un *non – dominium*) e di qualsivoglia diritto. Ciò, come spiegato acutamente da Tarello, implicava sia una proibizione (il divieto di essere titolari del diritto dominicale), che, al contempo, un permesso (in quanto non era vietato l'uso – *simplex usus* - delle *res*).

Sostenne infatti Bonaventura che, per quanto concerneva il possesso dei beni temporali, occorresse distinguere tra *dominium* e *usus*, il secondo essendo, in questa vita, irrinunciabile²³⁷. Perciò la povertà evangelica consisteva nella rinuncia ai beni terreni *per quanto riguarda il dominium*, e, per quanto riguarda *l'uso*, non nella rinuncia bensì solo nella limitazione²³⁸.

La distinzione bonaventuriana risulta molto interessante sotto il profilo giuridico, per un ulteriore aspetto, costituendo una delle più tipiche espressioni duecentesche della tendenza a configurare in termini di *collegium* (e cioè a procedere ad una unificazione soggettiva) i titolari di una proprietà in comunione. Secondo Bonaventura, «*il dominium può essere di due tipi, individuale e comune*» dei quali il primo «*è proprio di una persona singola*», mentre il secondo «*è proprio di un collegium*»²³⁹; due diversi gradi di povertà corrispondono alla rinuncia rispettivamente al primo soltanto o ad entrambi questi tipi di *dominium*²⁴⁰.

La rinuncia ad entrambi i tipi di *dominium*, seguendo l'esempio evangelico, costituisce la povertà perfetta²⁴¹.

Ed è, appunto, quella prescritta (ed obbligatoria) per i Frati Minori.

Il problema giuridico balzava allora immediatamente agli occhi, e sarebbe divenuto vieppiù sempre più scottante: come rendere possibile la rinuncia a qualsivoglia diritto in un mondo permeato di legami sorgenti dalla mera relazione “oggettiva” con le *res*?

d) Il contrasto con la concezione “oggettiva” del diritto

In altri termini, il problema, per i giuristi dell'epoca, si poneva nei seguenti termini: i due momenti fondamentali dell'*habere* generale sono individuati nel

che, come D. Douie bene rileva, diventarono per loro tanto reali quanto le strade, le chiese e le sale di studio della Parigi medievale [(Douie D. L., 1954), p. 21]. Cfr. (Lambert, 1995), pp. 134 – 135.

²³⁷ Cfr. ad es. *Apologia pauperum*, ed. cit., cap. XI : «*cum [usum] vita mortalium... tanquam necessario egeat: nulla prorsus potest esse professio omnino temporalium rerum abdicans usum*».

²³⁸ Cfr. *Apologia pauperum*, VII , 3, p. 272-273: «*cum autem circa temporalium honorum possessionem duo considerare contingat, dominium videlicet et usum, sitque usus necessario annexus vitae praesenti; evangelicae paupertatis est, possessiones terrenas quantum ad dominium et proprietatem relinquere, usum vero non omnino reiicere, sed arctare, iuxta illud quod dicit Apostolus ad Timotheum: Habentes alimenta et quibus tegamur, ecc. ».*

²³⁹ Cfr. *Apologia pauperum* , VII, 3, 224: «*Cum enim duplex sit rerum dominium, privatum scilicet et commune, unum quidem spectans ad determinatam personam, alterum vero ad determinatum collegium... ».*

²⁴⁰ (Tarello, 1964), p. 55.

²⁴¹ Cfr. *Apologia pauperum*, ed. cit., cap. VII , 4 - 5, p. 224-226.

dominium e *nell'usus*, ma sempre come due momenti affatto distinti, non comunicabili perché qualitativamente differenziati e soprattutto funzionalmente differenziati.

La proprietà è un *quid juris*; appartiene al diritto, un diritto non più inteso come il ritmo secreto delle cose, ma come una volontà da affermare sulle cose.

E la proprietà è soprattutto volontà, volontà di espansione sulle cose.

Si trattava, con tutta evidenza, di una posizione incompatibile con l'universo medievale allora prevalente²⁴².

In una situazione incerta ed ormai potenzialmente esplosiva, decise allora di intervenire nuovamente il Papa, precisamente Nicolò III²⁴³, il quale, con la bolla *Exiit qui seminat* del 14 agosto 1279, ribadì: a) l'assenza di qualsivoglia forma di proprietà per l'Ordine, i cui beni essenziali erano di titolarità della Chiesa; b) la totale assenza di diritti in capo ai frati minori; c) la concessione, limitata ai soli beni di consumo, del mero *simplex usus facti*²⁴⁴; d) la sussistenza del c.d. *ius poli*, in forza del quale ognuno, quindi anche i frati minori, ha il diritto di nutrirsi al fine di sopravvivere²⁴⁵.

Si tratta di un documento assolutamente rilevante. Non solo perché alla redazione del medesimo prese parte Pietro di Giovanni Olivi²⁴⁶, bensì anche per il fatto che essa impresso una netta accelerazione al dibattito "giuridico" in ordine alla povertà²⁴⁷.

Non per nulla essa è qualificata come «*la più famosa delle chiarificazioni papali della Regola*»²⁴⁸.

Nel 1277²⁴⁹ il Ministro Generale dell'Ordine, Bonagrazia di San Giovanni in Persiceto ricevette un'istanza da papa Nicolò III affinché si consultasse con il capitolo per verificare se esistessero questioni da dibattere con lui circa la vita dell'Ordine. Le consultazioni sfociarono nella richiesta di una decisione papale sulla Regola e sulla osservanza francescana: il risultato fu la bolla *Exiit qui seminat*.

Nella forma, la nuova bolla somigliava alle precedenti *Quo elongati* e *Ordinem vestrum*: consisteva in una serie di articoli, generalmente introdotti da citazioni tratte dalla *Regula ballata*, nei quali il papa pronunciava un giudizio su passaggi della Regola

²⁴² (Grossi, *Usus facti. La nozione di proprietà nella inaugurazione dell'età nuova*, 1972), pp. 154 - 155

²⁴³ Il quale, come si illustrerà più diffusamente *infra*, non era certo ostile all'*Ordo Fratrum Minorum*, al punto che Tarello lo definisce senza mezzi termini "filo - francescano" [in (Tarello, 1964), p. 62].

²⁴⁴ Si noti come non si parli di *usus*, in quanto si sarebbe trattato di un diritto reale (necessitante, quindi, di un titolare), bensì di un "semplice uso di fatto". Ciò, comunque, deluse le frange più radicali dell'Ordine, i c.d. "*spirituali*", che vedono in ciò un ulteriore annacquamento dello spirito originario recato dalla *Regula*.

²⁴⁵ Se quanto ora rammentato trova fondatamente autorevoli zelatori (Elizondo, 1963), è altresì opportuno richiamare che secondo altri il significato della bolla papale da ultimo citata andrebbe oltremodo ridimensionato, in quanto essa avrebbe un significato meramente disciplinare (Folgado, 1959).

²⁴⁶ La cui teorica, ritenuta dallo scrivente di assoluta rilevanza, verrà analizzata nel prosieguo della trattazione.

²⁴⁷ Cfr. (Lambert, 1995), p. 142.

²⁴⁸ (Lambert, 1995), p. 137.

²⁴⁹ Si segue qui la struttura dell'argomentazione svolta da Lambert in (Lambert, 1995), pp. 137 - 143, data la sua riconosciuta attendibilità, quasi da pietra miliare *in subjecta materia*.

di dubbia interpretazione. Nel documento il papato assunse il suo ruolo tradizionale di amico dei francescani: con parole che ricordano quelle di Gregorio IX, Nicolò ricordava la sua predilezione di vecchia data per l'Ordine ed i suoi membri, la sua opera a loro sostegno come cardinale protettore, e i contatti personali che aveva avuto con i compagni di Francesco ancora in vita.

Il tono prevalente coincide con quello della *Quo elongati*: ritroviamo qui la stessa attenzione per le coscienze meno forti dell'Ordine, la stessa inclinazione verso soluzioni delle difficoltà da canonista moderato.

Ciò nonostante, vi sono differenze considerevoli²⁵⁰.

Le due bolle precedenti erano state pensate ad uso più o meno esclusivo degli stessi frati; questa fu invece destinata tanto al mondo esterno quanto ai frati.

Al consueto obiettivo di acquietare le coscienze all'interno dell'Ordine si aggiunse quello di porre fine agli attacchi portati dall'esterno contro la forma di vita francescana. Se le bolle precedenti avevano trattato per lo più dell'amministrazione della vita francescana, questa, al contrario, si occupava pure dei suoi fondamenti dottrinali.

La differenza emerge sin da un confronto tra i preamboli alle bolle; mentre nella *Quo elongati* e nella *Ordinem vestrum* incontriamo unicamente espressioni generali di stima, nella *Exiit* abbiamo una sequenza di formule dogmatiche.

La bolla esordisce con un adattamento della parabola del seminatore: Cristo venne nel mondo per spargere il seme della sua dottrina; alcuni semi caddero lungo la strada, altri sul terreno pietroso, altri ancora furono soppressi dai mali del mondo. Alcuni, comunque, caddero su terreno fertile, cioè nell'Ordine fondato da Francesco. Mediante la sua Regola egli trasmise il seme della dottrina evangelica ai suoi seguaci. Di costoro la bolla dice: «*Hec est Minorum fratrum mitis et docilis in paupertate et humiliata per alium Christi confessorem Franciscum radicata religio, que ex illo vero semine germinans germen illud per regulam sparsit in filios, quos sibi et Deo per suum ministerium in observantia Evangelii generavit*»²⁵¹.

Quindi, riguardo all'Ordine, il Pontefice arriva ad asserire che la vita imposta dalla Regola di Francesco rappresenti una forma di vita religiosa pura e immacolata al cospetto di Dio Padre. Essa discese dal Padre di ogni luce, fu quindi concessa dal Figlio agli apostoli secondo l'esempio e la parola, e fu quindi affidata, per ispirazione dello Spirito Santo, a san Francesco e a coloro che lo seguono.

Pertanto contiene, per così dire, in sé, la testimonianza della Trinità intera²⁵².

²⁵⁰ Cfr. *infra*.

²⁵¹ *Exiit qui seminat*, par. 1.

²⁵² Ritengo sia più significativo il testo originale, in *Exiit qui seminat*, par. 2: «*Hec est Minorum fratrum mitis et docilis in paupertate et humiliata per alium Christi confessorem Franciscum radicata religio, que ex illo vero semine germinans germen illud per regulam sparsit in filios, quos sibi et Deo per suum ministerium in observantia Evangelii generavit. Isti sunt filii, qui docente Jacobo Verbum eternum Dei Filium insitum humane nature in orto virginalis uteri potens salvare animas in mansuetudine susceperunt. Hii sunt illius sancte regule professores, que evangelico fundatur eloquio, vite Christi roboratur exemplo, fondatorum militantis Ecclesie apostolorum ejus sermonibus actibusque firmatur. Hec est apud Deum et Patrem munda et immacolata religio, que*

In tal modo la bolla accetta il fondamento evangelico della Regola nella vita e nell'insegnamento di Cristo e degli apostoli, nonché l'ispirazione dello Spirito Santo su Francesco mentre la compose.

Si trattava di una presa di posizione, specie alla luce di quanto osservato finora, decisamente rilevante, in quanto il Papa analizzava direttamente il fondamento evangelico della povertà francescana. E non solo lo analizzava, anzi, trattando la rinuncia dei frati alla proprietà comune, dichiarava che tale rinuncia alla *proprietas* di ogni bene, sia individuale sia in comune, fosse non solo possibile e lecita, bensì anche meritoria e santa per Dio. Al punto che essa fu insegnata in parole e confermata nell'esempio dal Cristo stesso, il quale mostrò la via della perfezione²⁵³. Dal che discende che anche la povertà intesa come non – dominio faccia necessariamente parte della *via perfectionis*.

e) Il *simplex usus facti*: lo scontro aperto

Niccolò III si preoccupò tuttavia, rivolgendosi ovviamente a coloro che dubitavano, più che della *via perfectionis*, della sua realizzabilità “giuridica”. Il che significava, nuovamente, dirimere alcune questioni strettamente afferenti al mondo del diritto. Sul punto il Papa adottò la struttura argomentativa dell'*Apologia pauperum* di Bonaventura²⁵⁴, ma proprio laddove la bolla papale si distinse dall'*Apologia*, è da ravvisarsi un elemento pregno di conseguenze. Infatti la dottrina della bolla differisce sostanzialmente da quella di Bonaventura perchè introduce una nuova nozione di *usus*. Mentre, come si è visto, Bonaventura distingue tra *proprietas*, *possessio*, *ususfructus* e *simplex usus*, la *Exiit* distingue, più sottilmente, tra *proprietas*, *possessio*, *ususfructus*, *ius utendi* e *simplex usus facti*²⁵⁵.

descendens a Patre luminum per ejus Filium exemplariter et verbaliter Apostolis tradita, et demum per Spiritum Sanctum beato Francisco et eum sequentibus inspirata totius in se quasi continet testimonium Trinitatis. Hec est, cui attestante Paulo nemo de cetero debet esse molestus, quam Christus passionis sue stigmatibus confirmavit, volens institutorem ipsius passionis sue signis notabiliter insigniri».

²⁵³ Ecco il testo originale, in *Exiit qui seminat*, par. 7: «Porro cum regula ipsa expresse contineat, quod fratres nichil sibi approprient non domum nec locum nec aliquam rem, (...) dicimus quod abdicatio proprietatis hujusmodi omnium rerum tam in speciali quam etiam in communi propter Deum meritoria est et sancta, quam et Christus viam perfectionis ostendens verbo docuit et exemplo firmavit, quamque primi fundatores militantis ecclesie, prout ab ipso fonte auxerant (sic), in volentes perfecte vivere per doctrine ac vite ipsorum alveos derivarunt».

²⁵⁴ In particolare, riportando l'obiezione basata sulla massima del diritto civile secondo cui l'uso non può essere distinto dal dominio in perpetuo, pena la perdita per il possessore di tutti gli utili derivanti dal dominio stesso. Si tratta di un'obiezione inclusa nell'*Apologia*, ed è affrontata con la medesima argomentazione adottata da Bonaventura, affermando che la conservazione della proprietà da parte del papato invece che dei frati non era priva di utili, poiché produceva un beneficio spirituale a vantaggio del pontefice. (Lambert, 1995), pp. 137 e ss.; (Tarello, 1964), pp. 394 – 395.

²⁵⁵ *Exiit qui seminat*, par. 8: «nam cum in rebus temporalibus sit considerare precipuum proprietatem, possessionem, usum fructum, jus utendi et simplicem facti usum».

Si tratta di un tentativo che stupisce per il grado di consapevolezza teorico-giuridica che ne costituisce il presupposto. Infatti mira a disciplinare un fatto senza elevarlo, nello stesso momento, a diritto. Si scinde concettualmente l'uso come fatto dal diritto d'uso, il *simplex usus facti* dal *ius utendi*; e si insiste che l'uso di fatto, l'azione di usare un bene, non procura all'utente alcun diritto: «*usus, non iuris sed facti tantummodo nomen habens, quod facti est tantummodo, in utendo praebet utentibus nihil iuris*»²⁵⁶.

Si evitava così l'obiezione circa l'indistinguibilità di proprietà ed uso per quanto concerne le cose consumabili, dato che l'indistinguibilità riguarderebbe se mai lo *ius utendi*, ma soprattutto si evitava ogni possibilità di configurare l'uso come un *dominium utile*²⁵⁷.

La *Exiit* si proponeva di decidere, una volta per sempre, ogni questione sulla povertà e di devolvere, per il futuro, le questioni sull'osservanza all'autorità pontificale²⁵⁸. Ma se, di fatto, troncò gli aspetti più clamorosi dell'antagonismo tra secolari e mendicanti, per i Francescani le questioni sull'osservanza all'interno dell'ordine continuarono ad essere accanitamente dibattute.

La *Exiit*, infatti, accettando la impostazione bonaventuriana, aveva posto l'accento sulla osservanza di un *diritto*; ma la discussione stava volgendo nuovamente al problema dell'estensione dell'uso²⁵⁹.

Il problema sottostante, oltre a quello concernente l'uso, che avrebbe infiammato la polemica con i c.d. "spirituali", tuttavia riguardava sempre la possibilità, entro le categorie giuridiche esistenti, di configurare un assetto giuridico quale quello emergente dalla Bolla papale.

Ciò rappresentava il vero fulcro della controversia e che sarebbe esploso definitivamente sotto il pontificato di Giovanni XXII.

Tuttavia, in controluce e quasi sconosciuti al di fuori dell'Ordine, gli strumenti concettuali per superare le obiezioni papali erano già forgiati. In particolare, e come sarà mia cura dimostrare a breve, Pietro di Giovanni Olivi ne aveva scolpito la fisionomia. Per comprenderne però l'efficacia, l'innovatività e la rilevanza, si accenna icasticamente anche al prosieguo della disputa²⁶⁰.

²⁵⁶ *Exiit qui seminat*, par. 9: «*Nec per hoc quod proprietatem usus et rei cuiuscumque dominium a se abdicasse videtur, simplici usui omnis rei renuntiatum esse conicitur qui inquam usus non juris sed facti tantummodo nomen habens quod facti est tamen in utendo prebet utentibus nichil juris, quinimmo necessarium rerum tam ad vite sustentationem quam ad officiorum sui status executionem, excepto quod de pecunia infra subjungitur moderatus usus secundum eorum regulam et veritatem omnimodam concessus est fratribus*».

²⁵⁷ (Tarello, 1964), p. 64.

²⁵⁸ *Exiit qui seminat*, par. 26: «*Sed si quid penes aliquem in his ambiguitatis emerit, hoc ad culmen predictae Sedi Apostolice deducatur, ut ex auctoritate Apostolica sua in hoc manifestetur intentio, cui soli concessum est in his statuta condere et condita declarare*».

²⁵⁹ (Tarello, 1964), p. 64.

²⁶⁰ Fu infine con l'avvento al soglio pontificio di Bonifacio VIII che lo scontro vide un'ulteriore recrudescenza, che finì per assumere fatalmente anche connotati politici. Sia gli "spirituali", sia coloro che accettarono le innovazioni alla *Regola* trovarono infatti qualche patrono disposto a difendere *metallibus* le loro tesi. Cfr. (De Lagarde, 1961), p. 114; (Tarello, 1964), pp. 64 – 70; (Lambert, 1995), pp. 145 e ss. Infine, sotto il pontificato di Clemente V, il Papa stesso nominò una commissione, incaricata di riferire sulla situazione interna all'ordine e sulle persecuzioni che

f) Giovanni XXII ed i *Minores*: due mondi a confronto

Fu infine con l'avvento di Giovanni XXII al soglio pontificio che l'atteggiamento di Santa Romana Chiesa in *subjecta materia* subì un radicale mutamento di prospettiva, e la controversia si fece feroce, ed ancor di più schiettamente giuridica. Già nel 1317, con la *Quorundam exigit*, il Pontefice richiamò all'obbedienza coloro che non aderivano alle scelte dei superiori dell'Ordine che, per le necessità dell'Ordine medesimo facevano scorta di cibi e bevande per fine di sostentamento.

Ma non fu questo ad essere considerato dagli zelanti Francescani l'affronto definitivo.

Il Papa, pare a seguito di una sentenza resa da un inquisitore, pose allo studio la *quaestio* mirante a chiarire se fosse o meno legittimo pretendere di sostenere che Cristo e/o gli apostoli non avessero "*avuto*"²⁶¹ nulla in proprio od in comune²⁶².

Prima ancora che giungesse la risposta al *responsum*, il 4 giugno 1322, la comunità francescana, addirittura nella persona del ministro generale Michele da Cesena, proclamò come verità di fede l'affermazione contestata, sostenendo *apertis verbis* che Gesù Cristo ed i suoi apostoli non avessero posseduto alcunché in proprio od in comune²⁶³, come emerse anche dagli appelli approvati dal capitolo generale dell'Ordine il giorno di pentecoste del 1322.

Fu il lancio del proverbiale guanto di sfida. Guanto che il Papa prontamente raccolse.

taluni francescani subivano all'interno della gerarchia. Tra i punti d'inchiesta vi era anche l'ortodossia delle tesi dell'Olivì (si cui ci si dedicherà più diffusamente *infra*), al punto che, allorché il Concilio di Vienne del 1312 si accinse a dirimerlo, la cristianità intera vi assistette trattenendo il fiato. Al concilio entrambe le parti argomentarono a sostegno delle proprie tesi: chi sostenne la necessità della privazione, chi distinse tra indigenza (ossia la mera privazione) e virtù di povertà, la qual consiste nell'abdicazione ad ogni diritto sulle cose. L'adunanza non risolse *funditus* il dilemma, lasciando, *de facto*, la libertà di coscienza e consigliando moderazione ai padri della comunità e richiamando ad una più pronta obbedienza gli spirituali. Sul Concilio di Vienne si vedano gli approfondimenti rinvenibili in (Tarello, 1964), pp. 71 – 78.

²⁶¹ Evidentemente la questione concerneva la definizione del concetto giuridico di *dominium* e del significato del verbo "*habere*".

²⁶² (De Lagarde, 1961), p. 115.

²⁶³ In realtà, molti Francescani che rimasero fedeli al Pontefice continuarono a sostenere siffatta tesi senza alcuna conseguenza (uno fra tutti, Alvaro Pelagio). Il che pone sicuramente in luce come il conflitto non fosse inerente una questione di tal fatta (tutto sommato marginale), bensì una questione inerente la struttura del giuridico vantata dalle due parti in contesa (e delle cui conseguenze, probabilmente, vista la rigidità delle reazioni, era più consapevole Giovanni XXII), che si sarebbe profondamente riverberata poi sulla struttura stessa della Chiesa. In questo senso l'affermazione del Parisoli, il quale ritiene che la vera posta in gioco fosse, più che la definizione della povertà evangelica, le conseguenze sulla struttura politica della Chiesa [(Parisoli, 1999), p. 79], e che al Papa importasse più di tutto l'obbedienza, paiono a chi scrive certamente veritiere e molto acute, eppur tuttavia, in un certo senso, parziali. In merito, si veda *infra*.

In primo luogo egli ribadì, con la *Quia nonnumquam*, a coloro che miravano a vincolarlo alle decisioni dei suoi predecessori²⁶⁴, l'essenza della propria concezione del potere papale, il quale "*potest mutare substantiam rei*"²⁶⁵.

Il *punctum pruriens* della questione, come emerge sempre più *in claris*, consisteva nella concezione normativa di povertà, e, quindi, dei limiti del Potere pontificio. Ovverosia, in ultima istanza, di un conflitto tra norme positive poste da un potere²⁶⁶.

Ed in effetti, pochi mesi dopo, nel dicembre dello stesso anno 1322, il Papa smentì i propri predecessori, mutando radicalmente di segno l'atteggiamento della sede petrina nei confronti dei Frati Minori. Con la bolla *Ad conditorem canonum*, Giovanni XXII affermò l'inconsistenza della distinzione operata dai Francescani tra *simplex usus facti* ed il normale uso che qualsiasi proprietario esercita sui propri beni, parificandoli.

Per operare tale attacco frontale alle tesi dei fraticelli il Papa, onde giungere a concludere che, a suo parere, in realtà, i francescani sono proprietari, e non semplici *usuarii*, riprese pari pari gli argomenti di Gerardo di Abbeville²⁶⁷ e dei maestri secolari²⁶⁸.

²⁶⁴ In particolare il cardinale Vitale de Four. E' paradossale che, in ultima istanza, secondo il parere dello scrivente in merito al potere, gli esiti della speculazione francescana non differiranno poi molto dall'impostazione da loro criticata ed eletta, invece, dal Pontefice. Sul punto si veda, *infra*.

²⁶⁵ Parisoli pone bene in luce come tutta la canonistica avesse tradotto l'onnipotenza divina nei termini del potere pontificio. Si veda (Parisoli, 1999), p. 77 e le fonti ivi citate.

²⁶⁶ Ed è a parere dello scrivente questo uno dei profili che impedisce di concludere che vi fosse una cesura netta tra le concezioni dei contendenti. In realtà, si discettava dei limiti del potere, della volontà, che vennero risolti attraverso il ricorso a criteri sostanzialmente gerarchici. Si veda *infra*. In altri termini, un conflitto tra due visioni del giuridico e, soprattutto, tra un plesso ordinamentale basato su di una speciale concezione di *voluntas* e quello che ormai era da indicarsi quale *ordo vetus*.

²⁶⁷ Ciò che è perfettamente comprensibile ove si pensi che quegli argomenti erano argomenti giuridici, e che la formazione di Giovanni XXII non era già teologica, bensì giuridica, come ben messo in luce in (Tarello, 1964), p. 85.

²⁶⁸ Gli argomenti ripresi dai secolari sono i due già ricordati: la impossibilità di distinguere uso e proprietà per quanto riguarda i beni consumabili, e la illiceità di ogni atto di consumazione da parte di chi non ha un diritto, un *ius utendi*, sul bene in questione, cfr. (Tarello, 1964), p. 86. Per citare il par. 8 della *Ad conditorem canonum*. «*non ipse usus fratrum simplex dici debet, sed potius ecclesiae Romanae dominium esse simplex*». Ed ancora, al par. 10: «*Quod autem quo ad res que usuconsumuntur non sint censendi usuarii fratres ipsi ex sequentibus liquet satis. Dicere siquidem quod in talibus rebus usus iuris uel facti, separatus a proprietate rei pseudominio possit constitui repugnat iuri et obuiat rationi, nec predecessoris nostri predicti fuisse uidetur intentio Romanae ecclesiae talium bonorum dominium reservare. Quis enim sane mentis credere poterit quod intentio fuerit tanti patris, unius omni seu casei aut frustri panis et aliorum usu consumptibilium, que sepe fratribus ipsis ad consumendum e uestigio conferuntur, dominium Romane ecclesie et usum fratribus retinere?*». Per poi proseguire al par. 13e: «*Preterea quod simplex usus, id est, sine iure utendi, a proprietate seu dominio separatus, etiam in re usabili haberi nequeat sic probatur. Si enim posset haberi usus talis, aut ante actum ipsum aut in ipso actu aut post completum actum huiusmodi habeatur. Quod autem hoc nequeat fieri ex hoc patet: quod non est haberi nequaquam potest. Patet autem quod actus ipse antequam exerceatur aut etiam dum exercetur aut postquam perfectus est in rerum natura non est; ex eo sequitur quod haberi minime potest. Licet enim ante actum ipsum quis facultatem illam habeat exercendi, per hoc tamen actus ipse in rerum natura nisi in potentia non existit. Cum autem actus est in fieri nec adhuc quod ipse actus in rerum natura sit potest dici, licet de eo quod sit in fieri dici possit. Quod enim de actu, qui est in fieri, preterit uel futurum est iam non est in rerum natura, sed in memoria*».

L'argomentazione giovannea, infatti, poggia su di una «*identificazione tra atto ingiusto ed atto illegittimo, ove la illegittimità è vista in rapporto al diritto romano (o a quello che il papa riteneva essere il diritto romano) ed è condizionata ad uno schema mentale per cui è iniustum ogni atto il cui compimento non è descrivibile come ius*»²⁶⁹.

Evidentemente si tratta di una presa di posizione che, *in claris*, traduce una visione del diritto incompatibile con le pretese francescane, una visione ove ogni legame, anche con le *res*, gode di rilevanza giuridica per il mero fatto di esistere. *Rectius*, per il mero fatto di essere rappresentato fattualmente nell'esperienza. Ecco perché, e mi permetto di aggiungere questa notazione all'illustre trattazione del Tarello, si assiste ad un'assimilazione dell'*iniustum* al *non – ius*²⁷⁰.

La controversia venne così sospinta sino ad un punto di non ritorno, come la storia del pensiero confermò²⁷¹: da una parte stava una concezione di diritto incarnata

Ed al par. 13f: «*Preterea si simplex usus absque iure utendi haberi posset aliquo, constat quod non iustus esset actus utendi huiusmodi reputandus, cum ille usus fuerit cui ius non competeat utendi. (...) Quod autem usum non iustum conditor canonis fratribus ipsis intellexerit reservare ne-quaquam debet aliquis sapiens extimare*». Secondo Tarello [(Tarello, 1964), p. 86] si tratta di uno snodo molto importante al fine di valutare la portata delle critiche di Ockham alla dottrina giovannea e la funzione della teoria ockhamiana della legittimità del potere politico. Tuttavia pare opportuno allo scrivente porre in luce come, in realtà, il problema del potere trovi, quantomeno potenzialmente, compiuta soluzione nella speculazione di Pietro di Giovanni Olivi, come si tenterà di mettere in luce nel prossimo capitolo.

²⁶⁹ (Tarello, 1964), p. 86.

²⁷⁰ Il Pontefice, infatti, nella *Bulla* da ultimo richiamata, sancì perentoriamente che: a) Le cose consumabili non potessero essere oggetto di uso, di consumazione, senza che su di esse sussistesse una specie di proprietà; b) Non fosse possibile utilizzare alcuna cosa senza avere su di essa un diritto relativo; c) Qualora l'utilizzatore di una *res* non avesse avuto sulla medesima un diritto legittimo, costui avrebbe compiuto un atto illegittimo, ed è paragonabile ad un ladro.

²⁷¹ Come se non bastasse, infatti, l'anno successivo, il 12 dicembre 1323, la bolla *Cum inter nunnullus* «*pure ricordando l'alta stima della Chiesa per la povertà volontaria, indica in questa uno strumento per la carità piuttosto che un fine a sé [Cfr. Tommaso d'Aquino, Summa theologiae, Ia IIae, q. 18, a 2-3. In merito, si veda anche (Matanic, 1963)] e condanna il senso di eccessivo sapore giuridico dato alla povertà da parte della comunità. Numerosi testi dimostrano che Cristo e gli apostoli hanno potuto disporre di certi beni. E' dunque atteggiamento eretico quello di pretendere, persin giocando sulle parole che esse non abbiano avuto nulla in proprio o in comune. Soprattutto pericoloso è suscitare cavilli giuridici a proposito di un consiglio che va inteso in senso spirituale e non deve certo fomentare l'orgoglio e la disobbedienza*» (De Lagarde, 1961), p. 116. Ecco il testo papale come *Transcriptus de "extravag. Ioann. XXII. Tit. XIV. De verborum significatione cap v [1]"*, *decretalium collectiones*, Akademische Druck - u. Verlagsanstalt Graz, 1959, *sicut parte secunda in editione nova operis "Codex Iuris Canonici"*, ed. B. Tauchnitz, Leipzig, 1879: «*1. Quum inter nonnullos viros scholasticos saepe contingat in dubium revocari, utrum pertinaciter affirmare, Redemptorem nostrum ac Dominum Iesum Christum eiusque Apostolos in speciali non habuisse aliqua, nec in communi etiam, haeticum sit censendum, diversa et adversa etiam sententibus circa illud: nos, huic concertationi finem imponere cupientes, assertionem huiusmodi pertinacem, quum scripturae sacrae, quae in plerisque locis ipsos nonnulla habuisse asserit, contradicat expresse, ipsamque scripturam sacram, per quam utique fidei orthodoxae probantur articuli quoad praemissa fermentum aperte supponat continere mendacii, ac per consequens, quantum in ea est, eius in totum fidem evacuans, fidem catholicam reddat, eius probationem adimens, dubiam et incertam, deinceps erroneam fore censendam et haeticam, de fratrum nostrorum consilio hoc perpetuo declaramus edicto. 2. Rursus in posterum pertinaciter affirmare, quod Redemptori nostro praedicto eius Apostolis iis, quae ipsos habuisse scriptura sacra testatur, nequaquam ius ipsis utendi competierit, nec illa vendendi seu donandi ius habuerint, aut ex ipsis alia acquirendi, quae tamen ipsos de praemissis fecisse scriptura sacra testatur, seu ipsos potuisse facere supponit*

da Giovanni XXII, dall'altra un Ordine religioso che, vistosi attaccare sulla propria prerogativa precipua ed indisponibile, reagiva, opponendovi un altro universo concettuale²⁷².

Si trattava, a ben guardare, infatti, di un attacco all'essenza stessa del Francescanesimo, il quale ribaltava completamente il *favor* mostrato dagli altri pontefici e, soprattutto, riattraeva i *Minores* entro l'orbita del giuridico, riconoscendoli titolari di diritti!

Forte sia della propria sapienza giuridica romanista, che del proprio impianto filosofico aristotelico – tomista, il Papa aveva infatti affondato il colpo, affermando come un diritto, fosse anche un semplice diritto d'uso sulle *res consumabiles*, dovesse sempre sussistere in capo all'utilizzatore²⁷³. Con ciò egli mirava a far crollare rovinosamente la costruzione dei *Minores*, i quali, dal canto loro, anelavano a vivere rinunciando a qualsivoglia diritto sulle *res*²⁷⁴.

Diretto corollario della presa di posizione del Pontefice era che, di conseguenza, che l'Ordine Franciscano ed i suoi membri avrebbero dovuto rassegnarsi ad essere titolari di diritti almeno sulle *res* consumabili. E ciò promanava direttamente dal papa, verso il quale essi avevano voto d'obbedienza!

Fu la miccia che fece definitivamente divampare il conflitto²⁷⁵.

expresse, quum talis assertio ipsorum usum et gesta evidenter includat, in praemissis non iusta, quod utique de usu, gestis seu factis Redemptoris nostri Dei Filii sentire nefas est, sacrae scripturae contrarium et doctrinae catholicae inimicum, assertionem ipsam pertinacem de fratrum nostrorum consilio deinceps erroneam fore censendam merito ac haereticam declaramus. Nulli ergo omnino hominum liceat hanc paginam nostrarum declarationum infringere, vel ausu ei temerario contraire. Si quis autem etc.. Datum Avinion. II Idus Novembr. Ao. VII [8] [1323]». Il testo è reperibile anche online all'indirizzo <http://www.franciscan-archive.org/bullarium/qinn-l.html>

²⁷² Si trattava non solo di una contestazione delle tesi espresse dal ministro generale dell'Ordine o di una frangia di spirituali, bensì si trattava di un duro colpo assestato ad una delle caratteristiche precipue della congregazione. Si veda, infatti, quanto asserito *supra*, in ordine alle istanze intercettate dal neonato Ordine. Del resto, a ben guardare, la posta in gioco non era di poco conto, dal momento che, a prescindere dalle istanze estremistiche degli spirituali, gran parte degli appartenenti all'*Ordo Fratrum Minorum* era convinta, in perfetta buona fede, che seguendo la *Regula*, essi stessero vivendo una vita simile a quella di Cristo e degli apostoli. Dal canto suo il Pontefice si vedeva pressoché costretto a rifiutare la tesi della povertà evangelica avanzata dai Francescani: i membri dell'Ordine avevano la libertà di abdicare di scegliere la povertà, di concepirla come meglio credevano, ma non era ammissibile la loro pretesa assolutistica di possedere il monopolio del concetto di povertà, nonché, conseguentemente, di essere i soli all'interno della Chiesa, a viverla ed a comprenderla. Con tutta evidenza, aderire all'impostazione dei poverelli significava, *de facto*, degradare tutto il resto della Cristianità, tacciando d'imperfezione la loro sequela del Vangelo. Sul punto, cfr. (Parisoli, 1999), p. 40. Lo stesso Autore, tuttavia, pone acutamente (e condivisibilmente) in luce come, in nuce, si opponessero ormai due concezioni del diritto: l'una consolidata, l'altra ancora in via di definizione [(Parisoli, 1999), p. 75].

²⁷³ Cfr. Tommaso d'Aquino, *Summa theologiae*, Ia IIae, q. 78, a 1.

²⁷⁴ E non solo alla proprietà privata, come invece praticato da altre esperienze religiose in seno alla Cristianità. Si ricordi quanto poc'anzi rammentato in ordine alla concezione di povertà elaborata da Bonaventura.

²⁷⁵ Si trattava con tutta evidenza di una sovrapposizione di controversie giuridiche e religiose, che trovavano convergenza nell'idea normativa di povertà *ut supra* tratteggiata.

Infatti, se già in seno all'Ordine vi erano delle interpretazioni decisamente più radicali concernenti i precetti di Francesco, la presa di posizione di Giovanni XXII²⁷⁶ mise in profonda crisi i seguaci di Francesco.

Essi, infatti, si trovarono dinanzi al dilemma se seguire o meno la *Regula*, vista come sequela dello stesso Vangelo, ovvero obbedire al Pontefice, obbedienza cui erano legati dai voti da essi stessi professati nonché dalla parola del Fondatore stesso dell'Ordine.

Si trattava di un dilemma tragico. Con tutta evidenza, infatti, la questione concerneva un aspetto su cui non era possibile transigere: i voti cui erano vincolati i *Minores* si situavano sullo stesso piano normativo, essendo vincolanti per tutti i frati al medesimo modo, e tra i suddetti voti v'era, assieme a quello di povertà, imposto dal Santo Fondatore allo stesso modo di tutti gli altri, quello dell'obbedienza al Successore di Pietro.

Si trattava, *in claris*, di un dilemma certamente religioso e di coscienza, eppure, al tempo stesso, giuridico: dopo le prese di posizioni di Giovanni XXII l'obbedienza al Papa si contrapponeva frontalmente all'idea normativa di povertà.

Orbene, come armonizzare la pretesa dei Francescani della rinuncia a qualsivoglia diritto, della povertà più autentica, con la concezione giuridica nettamente prevalente al tempo, la quale concepiva la realtà come innervata di un fascio di diritti presenti *oggettivamente* e che ontologicamente presidiavano le relazioni tra *res ac res*, nonché tra *res ac personae*? Tanto più che questa concezione veniva imposta *ex auctoritate*, da un'autorità direttamente competente alla normazione in seno all'Ordine dei Minori.

In altri termini, se si concepiva, come Giovanni XXII e la scuola aristotelico-tomista, il diritto in senso "oggettivo"²⁷⁷ non v'era via di scampo: stante la struttura ontologica del rapporto dominicale ed, in generale, delle relazioni dell'essere umano con le cose, esso non era preteribile e, quindi, la povertà perfetta, intesa come rinuncia a qualsivoglia diritto si rivelava impraticabile.

Ceteris verbis, se tutto era "giuridicizzato oggettivamente", non potevano che esistere diritti, quindi, la rinuncia ad ogni diritto richiesta dall'afflato mistico del Francescanesimo era impraticabile.

Oppure, v'era un'ulteriore *iter* concettuale, non palesato e, forse, nemmeno consapevolmente voluto: forgiare una visione del diritto nuova ed alternativa a quella eletta dal Pontefice²⁷⁸!

Se, infatti, aderendo alla concezione del Pontefice, gli zelatori della povertà normativa si trovavano in insanabile conflitto non sapendo se seguire il precetto di

²⁷⁶ Il Pontefice era un convinto tomista, e come ciò possa rilevare ai fini della disputa con i *fratres minores* e con gli sviluppi del pensiero che si andranno enucleando, sarà più chiaro nel corso della trattazione.

²⁷⁷ La tematica è, ovviamente, vastissima. Per una compiuta disamina intorno a *dominium ac proprietas* mi sia consentito di rinviare a (Grossi, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale - Corso di storia del diritto*, 1968).

²⁷⁸ Fu la strada che venne scelta, radicata sulla *voluntas* (v. *infra*).

povertà ovvero quello di obbedienza al Pontefice, occorreva reperire un armamentario concettuale atto a far sì che, la sequela della povertà così tratteggiata, potesse armonizzarsi con l'obbedienza dovuta al successore di Pietro.

Così facendo, paradossalmente²⁷⁹ lo scontro prese piede anche sul campo del diritto. Le più brillanti menti dell'Ordine si misero infatti all'opera per difendere le prerogative di esso nei confronti delle pressioni papali, tentando di reperire gli strumenti giuridici utili per siffatto aspro cimento.

La disfida lanciata dal Pontefice all'Ordine, infatti, verteva immediatamente su uno dei cardini dell'esperienza religiosa inaugurata dal Patrono d'Italia ed, al contempo, contribuiva a riattrarre i *Minores* entro lo *jus*.

Con tutta evidenza Giovanni XXII mirava a ricalibrare l'istanza ascetica dei Francescani entro l'alveo delle categorie giuridiche romanistiche, ribadendo, *de facto*, come fosse impossibile rinunciare in toto ai beni terreni. E ciò per la piana considerazione che non fosse possibile fare un uso lecito delle *res* senza essere titolari di un qualsivoglia diritto su di esse²⁸⁰.

Onde rimanere fedeli all'originaria *Regula*, l'Ordine, semplicemente, forgiò un'altra *Rechtsanschauung*, capace di opporsi alla sistematica giuridica dell'epoca²⁸¹.

Come icasticamente esprime uno degli autori che più hanno sviscerato le tematiche *de quibus*, i Frati Minori: «prima ruppero il cordone ombelicale tra diritto naturale e diritto umano, poi misero il diritto alla libera disposizione della volontà del soggetto (anzi, teorizzarono che il diritto si costituisse essenzialmente tramite la volontà del soggetto) e infine, lentamente ma su un saldo terreno teoretico, fecero affiorare l'idea stessa di diritto soggettivo»²⁸².

²⁷⁹ In quanto i fraticelli pretendevano di sottrarsi alle dispute giuridiche ed, in generale, al mondo del diritto (si veda, *infra*).

²⁸⁰ Come già rammentato, tra le preoccupazioni del Pontefice v'era certamente, oltre a quella di assicurare l'obbedienza dei *Fratres Minores*, anche quella di garantire che non vi fosse un Ordine religioso che si ritenesse più vicino degli altri all'applicazione dei consigli evangelici. Del resto, il pensiero di gran lunga maggioritario fra i Cristiani (nonché fra i Papi e fra gli Ordini religiosi) era (ovviamente, dato che eleggere un'altra via significava derubricare la propria via al Cielo) che lo stato di perfezione religiosa dovesse essere raggiungibile da parte di tutti i fedeli e non solo di alcuni, cfr. (Parisoli, 1999), p. 79.

²⁸¹ V'è altresì da considerare che i frati d'Assisi erano vincolati dal voto di obbedienza al Papa. Con il che il conflitto diventava ancora più nevralgico, essendo qualsiasi alternativa, in fin dei conti, illecita. Tuttavia, visto che la povertà "francescana" afferiva più direttamente alla *perfectione statuum* cui mirava la vocazione alla base dell'Ordine di Francesco, fatalmente essa era designata a prevalere.

²⁸² (Parisoli, 1999), p. 41. L'acuta disamina del Parisoli, alla cui analisi storico – giuridica il presente scritto è debitore, coglie decisamente nel segno. Ciò che si andrà indagando nelle prossime pagine è come si venne a forgiare il concetto di *voluntas*. Un concetto che, lungi dall'essere necessitato, costituì una precisa scelta teoretica (seppure, forse, non del tutto consapevole, specie per quanto concerne le implicazioni che ne derivarono). E fu essa a costituire il vero volano della rivoluzione teoretica che condusse alla modernità. Si veda, *infra*.

Lo scontro²⁸³ divenne quindi, ed è per tale motivo che rileva in questa sede, eminentemente giuridico²⁸⁴.

A tal fine occorre quindi un grimaldello concettuale per sovvertire tutto l'ordinamento preesistente: la *moderna voluntas*.

4. La rivoluzione volontaristica di Pietro di Giovanni Olivi

a) Il dilemma tragico e la rilevanza dell'Olivi

Ritengo che la questione rilevante così come emersa dalla disputa sulla povertà possa essere *prima facie* riassunta attorno ad un tema che, semplificando *ad provocandum*, può essere ridotto ad una *quaestio juris* inerente l'applicazione di norme.

Mi pare possa asserirsi infatti che la disfida tra i Francescani ed il Papato²⁸⁵ ad due fulcri tematici: il problema della rilevanza e dell'applicabilità del diritto oggettivo a coloro che volevano sottrarsi (ossia la possibilità di sottrarsi, ma, *prius*, la possibilità di una sfera di intangibilità ed inviolabilità sottratta al diritto) e la potestà normativa del Pontefice (in particolare, se essa avesse o meno dei limiti).

Si trattava, a ben guardare, di due poli in contrasto: una norma di diritto oggettivo ed un'altra norma, derivante da un'autorità umana, investita di potere da Dio²⁸⁶.

Si trattava, mi sento di poter asserire, di un dilemma tragico, come esemplifica la sapienza classica in merito ai conflitti fra norme²⁸⁷.

Tuttavia la strada che venne intrapresa da coloro che si affaticarono nelle loro polverose biblioteche ovvero negli austeri conventi, fu affatto diversa. Anziché trovare un punto di mediazione, semplicemente avvenne che si oppose ad un sistema concettuale un altro sistema concettuale. Si tratta di un esito che, stando ad autorevolissimi studiosi pare compiuto nella speculazione di Guglielmo di Ockham²⁸⁸. Senza entrare nel merito di siffatta posizione, preciso soltanto che non è

²⁸³ *Per incidens*, si ricorda come coloro tra i francescani che abbandonarono l'idea della supremazia dello stato di povertà evangelica così come da essi scolpito, poterono continuare a vivere senza problemi in seno alla Chiesa.

²⁸⁴ Marginalmente si può altresì notare come la disputa fu spesso condotta sia con i caratteri e le metodologie mutuati dall'altissima *scientia juris* medievale, sia fortemente debitrice della visione del mondo attraverso la dialettica giuridica fiorita nel Medioevo. E ciò pure da parte della fazione francescana che, invece, dichiarava di volersi assolutamente disinteressare del fenomeno giuridico, e di mirare a situare la comunità francescana al di fuori del diritto i c.d. "*spirituali*". Cfr. (Grossi, '*Usus facti*' - *La nozione di proprietà nella inaugurazione dell'età nuova*, 1992), p. 132 nota n. 9.

²⁸⁵ Ma, in realtà, con l'intero mondo medievale.

²⁸⁶ Il che, mi pare, rendesse le *voluntates*, in sostanza, molto più simili di quanto possa apparire *prima facie*. Non è tuttavia che un accenno e nemmeno di grande importanza, che auspicio possa divenire più chiaro nel corso del prosieguo della trattazione, cui rinvio.

²⁸⁷ In merito, cfr. (Sarra, *Il diritto e il dilemma. Il modello giuridico di fronte alla scelta tragica*, 2011).

²⁸⁸ In merito, cfr. (Parisoli, 1999), pp. 88 e ss.; (Todescan, *Le radici teologiche del giusnaturalismo laico - Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico del sec. XVII*, 2014), pp. 312; (Fassò, *La legge della*

ragione, 1999), pp. 103 e ss.; (Damiata, 1978), pp. 391 e ss.; (Todescan, *Etiamsi daremus - Studi Sinfonici sul diritto naturale*, 2003), pp. 102 e ss.; (Mc Grade, 1974); (Ghisalberti, Todescan, & Zanolli, 2007), ecc. V'è accordo praticamente unanime tra gli interpreti a riguardo della fondazione, in orbita delle speculazione occamiana della teoria dei diritti soggettivi. Mi pare tuttavia opportuno accennare in questa sede ad una posizione almeno parzialmente eccentrica, ossia quella rappresentata da Tuck. Questi critica radicalmente la posizione di Villey, sostenendo, come costui non avrebbe compreso molto della posizione occamiana [il riferimento è a quanto espresso in (Villey, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, 1985), pp. 212 e ss.]. Secondo Tuck : «William of Ockham's *Opus Nonaginta Diem*, written as a blow-by-blow refutation of *Quia vir reprobus*. Villey has seen this work as of fundamental importance in the evolution of rights theories, in that it was the first work in which a systematic account of subjective rights is to be found. However, as the context in which I have begun to locate the work suggests, Villey may have got this (in a sense) completely the wrong way round», in (Tuck, *Natural rights theories: Their origin and development*, 1979), pp. 22 – 23. Tuttavia è l'obiezione che ritengo degna di particolare attenzione, in quanto, secondo Tuck, Villey avrebbe completamente errato nella comprensione del pensiero del *Venerabilis Inceptor*, in quanto avrebbe assimilato la parola *ius* a quella di *potestas*, ritenendo questa una circostanza significativa. Il che, secondo Tuck, sarebbe stato del tutto fuorviante, in quanto, sia negli scritti dei post accursiani, sia che nella *Quia vir reprobus* stessa (il documento papale in cui risposta Ockham scrisse la propria *Opus nonaginta dierum*) il termine *ius* non viene utilizzato significando una potenza attiva, bensì, quale sinonimo di *dominium*. Con il che conclude tranciante: «Because *dominium* was thus logically tied to human judicial institutions, it followed that natural man could not have it. What he did have, Ockham conceded (thereby transforming the Franciscan case), was the *ius utendi -ius naturale* to use commodities as seemed necessary, which was not *dominium*. But there was no litigation possible about such a *ius*. Clearly, Ockham was walking a dialectical tightrope with this argument: it was highly implausible, in that there was no reason in the existing political language to restrict *dominium* solely to a capacity to operate a human judicial machinery. Any *ius in re* for almost a hundred years had been seen as a case of *dominium*, and Ockham's attempt to reintroduce a *ius* to use things, which was not *dominium*, was desperate and unconvincing. Moreover Ockham had made the major concession when he allowed that natural man had active *iura* over the material world, for in effect that was all that the opponents of the Franciscans had been trying to argue when they claimed that natural man had *dominium* over his world. Ockham rescued the form of the Franciscan case, that they need not have *dominium* in their possessions, only to lose the substance, that they need not have *iura* in them». (Tuck, *Natural rights theories: Their origin and development*, 1979), p. 23. Seppure sia plausibile la ricostruzione operata da Tuck, mi pare tuttavia che l'inquadramento della questione, di tutt'altro che facile soluzione, sia da operare evitando gli atteggiamenti estremistici di una o dell'altra posizione. In particolare, credo che Villey abbia colto nel segno nel momento in cui egli ha ravvisato il nesso tra *ius* e *potestas*. E che la digressione in ordine allo *jus poli* sia difficilmente derubricabile a mera disquisizione terminologica (seppure Ockham, da consumato retore qual era, certamente, avrà pensato anche a ciò). Per quanto concerne, in particolare, lo *ius poli*, Ockham riprende il già citato luogo agostiniano, laddove l'Ipponate aveva tratteggiato una scissione tra diritti che si possono far valere dinanzi all'autorità giudiziaria ed, invece, diritti sanciti solamente dalla coscienza dell'uomo [Come correttamente riporta (Parisoli, 1999), pp. 95 – 96, la dicotomia ora accennata è presente pure in: San Bonavenuta, nell'*Apologia pauperum*, c. XII, 39; Duns Scoto, *Opus Oxoniense*, IV, d. 15, q. 2, n. 36, *ad argumenta* 6]. Tuttavia il pensatore francescano rivoluziona completamente *ab intra* il concetto rappresentato da detto lemma. Infatti, mediante l'espressione *de qua* egli mira a risolvere la disputa sulla povertà. Ed operò ciò mostrando come il mero uso delle cose che pongono in essere i frati minori fosse perfettamente lecito. Appunto, come l'utilizzo delle stoviglie che fanno gli invitati ad una cena: essi non acquisiscono alcun diritto sulle cose poste a loro disposizione. Ciò nonostante, le usano (Cfr. Cap. 6, *Opus nonaginta dierum*). L'opinione che l'uso fosse separabile dalla proprietà sulle cose consumabili era contenuta già nel *De perfectione statuum* (un libello polemico di incerta attribuzione) e, probabilmente, già nei luoghi citati in precedenza dell'*Apologia Pauperum* del Dottore Serafico). Tuttavia, l'accento che ne fa Ockham è affatto diverso. Infatti, se in precedenza

queto l'oggetto del presente lavoro. Al contrario, sarà cura delle presenti pagine scolpire la nascita quello che ritengo il volano concettuale che condusse agli esiti occamiani e, per dirla à là Villey, "moderni": la *volontà*.

Rectius, la moderna voluntas.

Infatti, ritengo che, se è pur vero che Ockham *in claris* aderì alla rivoluzione volontaristica, a mente di chi scrive, essa mostra come le categorie di volontà, libertà e *dominium* fossero ormai assodate all'interno della scuola francescana.

Ed è ad esse, ritengo, che occorre rivolgere l'attenzione onde tratteggiare quella che s'è denominata come "rivoluzione volontaristica".

Nel corso dell'acuirsi della controversia tratteggiata poc'anzi vi furono diversi tentativi per un suo superamento, ed alcuni di essi rivestono particolare importanza per il percorso che qui si va svolgendo. Nelle prossime pagine verrà brevemente tratteggiata una delle teoresi più attinenti al percorso di nascita della categoria di diritto soggettivo e, più in particolare del concetto di volontà che s'è scolpito all'inizio della trattazione²⁸⁹.

il tentativo dei pensatori era volto precipuamente a dimostrare la non contrarietà del mero uso rispetto al *dominium*, con il *Venerabilis Inceptor*, si compie un passo ulteriore. Egli fa infatti riferimento ad una nuova concezione del diritto naturale, per fondare su basi non meramente positive il problema della povertà francescana [così sostengono gli zelatori della tesi di Ockham innovatore. In merito, seppure con le cautele del caso, rinvio ad una trattazione decisamente avvincente nonché di alto livello, avente proprio ad oggetto il significato di *jus naturale* nel Medioevo latino, con particolare attenzione ai pensatori trattandi, ossia (Salanitri, 2014), pp. 23 e ss.]. Ockham scrive, infatti, che l'errore esiziale degli zelatori della tesi avversa consiste nel trascurare che «*ius poli non est aliud quam potestas conformi rationi rectae absque pactione. Ius fori est potestas ex pactione*» [*Opus nonaginta dierum*, c. 65. Cfr. (Folgado, 1959), pp. 105-106]. Per poi concludere, coerentemente, che costoro: «*ostendunt differentiam inter usum iustum et usum licitum*» (*Opus nonaginta dierum*, c. 60, 62, 65). Di interesse imprescindibile è la specificazione inferibile dalle parole del pensatore stesso: da un lato v'è il diritto *absque pactione*, suddiviso nelle categorie del diritto divino e dello *ius poli*. Dall'altro lato si situa il diritto *ex pactione*, articolato nel diritto naturale e nel diritto umano. Tuttavia, tali categorie afferiscono a due momenti cronologici e, soprattutto, logici affatto diversi: mentre questa pertiene al mondo successivo alla caduta del peccato originale, quella è propria del mondo gravato dal peccato di Adamo. Dunque, solo nella sfera dello *ius fori* affinché possa esservi uso lecito di una *res* occorre la titolarità di un diritto corrispondente. La povertà francescana, quale concretizzazione della povertà evangelica, invece, appartiene allo *ius poli*. Conseguentemente, essa si situa al di là della sfera di competenza dello *ius fori*, in modo che ogni pretesa su di essa è da considerarsi irrilevante. Addirittura, si tratta di un fascio di facoltà così stringenti che limitano pure la *plenitudo potestatis* del Pontefice. E ciò in quanto Se, infatti, così come l'uomo è titolare di una sfera su cui il potere non ha alcun diritto di ingerirsi, allo stesso modo l'Ordine francescano, con la propria *Regula* si situa entro una sfera di intangibilità [rinvio, per la chiarezza con cui ciò è esposto, a quanto rinvenibile in (Damiata, 1978), p. 401 e ss.]. Tuttavia, mi pare che, se si può effettivamente asserire che Ockham tentò di trovare una soluzione al problema della sottrazione dell'uomo al fascio di diritti oggettivi, tuttavia, a parere di chi scrive, essa mostra come le categorie di volontà, libertà e *dominium* fossero ormai assodate all'interno della scuola francescana. E ciò in quanto egli si inserisce nella teoresi oggetto di trattazione nell'presenti pagine. Cfr. *infra*.

²⁸⁹ E' certamente d'aiuto la constatazione che «*nelle sovente altrimenti aggrovigliate dispute dottrinali che hanno accompagnato l'umanità, la disputa sulla povertà si presenta, al contrario, perfettamente distinguibile e, seppure certamente non monolitica, presenta una peculiare autonomia nella genesi e nello sviluppo, nonché tanta semplicità di*

Verrà ora presentata icasticamente la speculazione del francescano provenzale Pietro di Giovanni Olivi²⁹⁰, nella cui opera si trovano compiutamente scolpiti, seppure, come si vedrà nel prosieguo, indirettamente e nell'alveo di una speculazione tanto di altissimo livello quanto decisamente sottostimata e poco conosciuta²⁹¹, i già rammentati fulcri della disputa: la concezione di proprietà ed i limiti della potestà pontificia²⁹². Sebbene, come si vedrà nel prosieguo, non sarà direttamente da detti approdi che la trattazione farà vela, tentando, invece, di indagare i presupposti che portarono a dette conclusioni.

linee, tanta demarcazione di confini, che fanno di essa una specie di unicum nel pensiero medievale, al punto da renderne evidenti i caposaldi e le implicazioni, in tendenziale rottura con l'impianto speculativo dell'età di mezzo». Tutto ciò è notato acutamente da (Grossi, 'Usus facti' - *La nozione di proprietà nella inaugurazione dell'età nuova*, 1992), p. 125.

²⁹⁰ Scrisse sull'Olivi il Tierney, a sottolineare l'importanza della di lui figura: "Peter Olivi was probably the most influential Franciscan master in the decades immediately after Bonaventure's death", in (Tierney, *Origins of papal infallibility, 1150 - 1350: a study on the concepts of infallibility, sovereignty and tradition in the middle ages (studies in the history of christian thought)*, 1972), p. 93. Anche Simoncioli ne sottolinea il rilevante influsso, sia in seno all'Ordine, che al di fuori, cfr. (Simoncioli, 1956), pp. 164 – 165. In merito, si veda altresì (Bettoni, 1959), pp. 23 – 24. Infine, con degli accenti che paiono non far apparire del tutto peregrina l'opinione dello scrivente che vede nell'Olivi un pensatore tutt'altro che "minore" (quantomeno ai fini della presente ricerca), rimarcando come la sua importanza non potrebbe mai essere sufficientemente posta in luce. *Sic* Grossi, in (Grossi, *Usus facti. La nozione di proprietà nella inaugurazione dell'età nuova*, 1972), p. 166.

²⁹¹ Per non dire pressoché sconosciuta. La scarsità e delle fonti e la loro difficile reperibilità – lo si lasci confessare - hanno costituito un arduo cimento per lo scrivente. A parere dell'autore delle presenti pagine, tuttavia, l'opera dell'Olivi ha una sistematicità ed un'organicità decisamente notevoli. Certo, forse non coglibili immediatamente, eppure perfettamente armonizzabili. Ed armonizzabili, secondo la tesi argomentata in queste pagine, esattamente a partire dalla concezione "oliviana" della *voluntas*. Ed è ciò che si tenterà nel corso del presente capitolo. Per una visione sul decisamente ristretto panorama bibliografico su Pietro di Giovanni Olivi, cfr. (Bettoni, 1959): avendo a mente che sovente i riferimenti all'Olivi sono reperibili in monografie dedicate al pensiero di altri autori, il che, nuovamente, conferma le difficoltà insite ad una trattazione sistematica del pensiero del Nostro. Si annota altresì che, salvo ove diversamente indicato, il testo di riferimento per la ricostruzione delle teoresi del Provenzale è costituito dalle *Quaestiones in secundum librum sententiarum*. I tre volumi delle *Quaestiones* sono editi, a cura di Bernardus Jansen, per i tipi della *Ad claras aquas*/Quaracchi. In particolare, il Volume I nel 1922, il vol. II nel 1924 ed, infine il vol. III nel 1926. Le citazioni faranno quindi riferimento sia al volume che alla pagina di detta edizione, salvo ove diversamente indicato.

²⁹² E' ben vero, infatti, che nel corso della disfida tratteggiata nelle pagine precedenti, nata sul piano ecclesiologico, oltre alla disputa sulla povertà, vennero attratti temi quali "la strutturazione sacerdotale e pastorale di diritto divino nonché il tema delicato e scottante delle potestà del Pontefice in ordine a questa strutturazione" (Grossi, 'Usus facti' - *La nozione di proprietà nella inaugurazione dell'età nuova*, 1992), p. 124; cfr. altresì (Congar, 1961). Nel corso della trattazione si tenterà di dar conto di come essi siano strettamente interconnessi, e non per la quieta constatazione che così li vide la genesi storica della controversia inerente la povertà, bensì soprattutto perché la frizione storicamente verificatosi condusse all'elaborazione delle nuove categorie giuridiche. Tuttavia, a parere dello scrivente essi sono interconnessi non solo storicamente e non necessariamente in modo ontologico, necessitato. Tutt'altro. Essi sono connessi, e tale connessione diviene allora sì necessitata, in quanto strettamente conseguenti all'idea di *voluntas* inespressa ed indiscussa la cui genesi e la cui struttura si stanno indagando nelle presenti pagine. Sul punto, si veda *infra*.

b) L'abbrivio del *sistema voluntatis*

Un notevole contributo al tentativo di superamento dell'*impasse* tratteggiata nel corso del precedente capitolo introduttivo in merito alla situazione che si trovavano a vivere i Francescani ed, in generale, la Chiesa, dinanzi all'irrompere del Francescanesimo e della sua idea di povertà, proviene infatti dal sunnominato pensatore provenzale. Si tratta di un autore che, curiosamente, pare non avesse, a differenza di altri in seno ai *Minores*, intenti giuridici²⁹³. Anzi, la sua speculazione si presenterebbe come eminentemente "pratica", uno strumento mentale fattivo per la comprensione della verità, nonché di come essa avrebbe dovuto essere vissuta²⁹⁴. Ed è come tale che nasce e si sviluppa, e proprio nel rapporto con la Verità, ossia con la rivelazione divina, essa andrà sviluppandosi²⁹⁵. E ciò la determinerà, connotandola essenzialmente.

L'elaborazione condotta da Pietro di Giovanni Olivi²⁹⁶ si inserisce in una fase storica in cui il conflitto tra il papato e l'*Ordo Fratrum Minorum* non era ancora giunto

²⁹³ Nel senso precipuo, rilevante ai fini del presente scritto, parrebbe infatti che la di lui teoria sul c.d. *usus pauper* non si prestasse a sviluppi normativi specifici. Cfr. (Parisoli, 1999), p. 64. Cfr. però (Jacobelli, 2014).

²⁹⁴ (Merino, 1993), p. 198; (Bettoni, 1959), p. 57. Addirittura, un esegeta che considero notevole in seno agli studi oliviani, pone chiaramente in luce come sia difficoltoso rintracciare una filosofia di Olivi. Non solo in quanto egli parla per lo più da teologo (e qui, in effetti, si riscontra una difficoltà comune a molti maestri del pensiero medievale, si pensi, ad esempio, a Tommaso d'Aquino), bensì anche per il fatto che egli sovente manifesta distacco e disinteresse per la speculazione filosofica. Cfr. (Bettoni, 1959), p. 55; (Chenu, 1953), p. 185.

²⁹⁵ (Bettoni, 1959), pp. 57 – 66, e che verrà mostrato più compiutamente nel prosieguo. E' da ribadire comunque che, in perfetta assonanza con i propri postulati, per il bacelliere provenzale la prima fonte per la ricerca filosofica è la *Scrittura*, il *Verbum Dei* rivelato. Cfr. (Merino, 1993), pp. 198 – 199; (Tierney, *Origins of papal infallibility, 1150 - 1350: a study on the concepts of infallibility, sovereignty and tradition in the middle ages*, 1972), pp. 110 e ss.

²⁹⁶ Le notizie bibliografiche in merito all'affascinantissima personalità dell'Olivi rilevano in questa sede non certo per mera erudizione, bensì per tentare di collocare storicamente le elaborazioni del Nostro in seno allo svolgersi della disputa tra l'Ordine Francescano ed il papato, la quale, come già rammentato, assunse contorni sempre più virulenti. Pare che Pietro di Giovanni Olivi nascesse nel 1247 o nel 1248 a Serignan, vicino a Béziers, nella Francia meridionale. Entrò nell'Ordine a dodici anni, e già nel 1270 insegnava nello *Studium* dell'Ordine a Narbona o a Montpellier. La sua carriera, fino a questo momento decisamente promettente, pare però sia stata ostacolata dai dubbi che alcuni confratelli sollevarono con riguardo all'ortodossia delle sue tesi. Egli continuò comunque ad insegnare, e pare abbia partecipato alla redazione della bolla *Exiit qui seminat* di papa Nicolò III (fatto questo non certo, si veda *infra*, anche se evidentemente, anche se non correlati direttamente, fra la bolla papale e la speculazione oliviana sono da ravvisarsi talune convergenze, al punto che, quantomeno a parere dello scrivente, riverberi del pensiero di Pietro di Giovanni Olivi si colgono chiaramente nella *Exiit* quantomeno come presupposti inespressi. Si tenterà di darne conto *infra*). Fu coinvolto nelle dispute che lacerarono l'Ordine e la Cristianità, seppure non ne vide il culmine. E' rilevante notare come nelle sue opere la teoria dell'*usus pauper* non sia posta in relazione con le categorie giuridiche o con la necessità di un nuovo modo d'intendere il diritto, bensì, esclusivamente, con una sempre maggior aderenza alla vita religiosa francescana così come, secondo il Nostro, essa era stata voluta dal Fondatore. Per ulteriori spunti in merito alla biografia dell'Olivi, si vedano (Burr, *Olivi e la povertà francescana*, 1992), specie le pp. 45 – 51; (Burr, *The*

alla contrapposizione frontale, come invece avvenne sotto il pontificato di Giovanni XXII²⁹⁷. Tuttavia le tematiche affrontate dal francescano si situano perfettamente entro l'alveo della disputa, affrontandone i punti più controversi, secondo la singolare linearità di pensiero che caratterizzò il fermento intellettuale che si va indagando²⁹⁸.

Anzi, nonostante le autorevolissime opinioni dei maggiori storici del Nostro, il parere di chi scrive è che, quantomeno in merito alla sua dottrina sulla volontà, ossia su quella frazione del suo pensiero più rilevante ai fini del presente lavoro, la speculazione dell'Olivi non solo rappresenta un *quid* realmente rivoluzionario²⁹⁹, ma si caratterizza anche per una coerenza encomiabile.

Iniziando ad analizzare il pensiero dell'Olivi per quanto concerne il tema trattando, si ricorda come si sia poc'anzi rammentato come la di lui teoresi sia per lo più ricordata³⁰⁰ per la teoria dell'*usus pauper*. Tuttavia, a parere di chi scrive, la cifra realmente innovativa della riflessione oliviana consiste in due ulteriori e diversi punti (in realtà, a parere di chi scrive, sussumibili entrambi *sub uno*, ma ciò verrà sviluppato in seguito), di cui l'*usus pauper* costituisce perfetto corollario. Il che significa, più precisamente che, quantomeno a mente dello scrivente, non sarebbe stato possibile concepire l'*usus pauper* senza il presupposto che l'Olivi sviluppò e che verrà tosto esplicitato.

In parziale difformità rispetto ad una tratteggiata impostazione verranno quindi *in primis* esplicitati i punti della speculazione oliviana più rilevanti ai fini del presente lavoro e, conseguentemente, l'*usus pauper*.

c) *Homo imago Dei, Deus ens a se: l'antropologia oliviana*

Come premessa prima onde compiutamente comprendere la speculazione del bacelliere provenzale ed, in particolare, i punti cui s'è fatto poc'anzi riferimento³⁰¹ è opportuno richiamare *in primis* la sua concezione antropologica. Una concezione che, tipicamente innervata nel personalismo francescano (e, quindi, nella teologia dei *Minores*), influenza grandemente il suo pensiero, quantomeno per ciò che più afferisce ai riverberi sul mondo del diritto.

persecution of Peter Olivi, 1967), pp. 35 – 44; (Merino, 1993), pp. 193 – 194; (Ehrle, 1887); (Jarraux, 1933); (Bettoni, 1959), pp. 11 – 24.

²⁹⁷ Anzi, Olivi, morto nel 1298, non vide mai quegli esiti.

²⁹⁸ (Grossi, 'Usus facti' - *La nozione di proprietà nella inaugurazione dell'età nuova*, 1992), p. 125. Egli, come nota acutamente Merino, dinanzi alla situazione storica particolare che andava vivendo il suo Ordine, divenne giudice appassionato, mirando a riportare il medesimo alla radicalità originaria della vocazione francescana. Istanza, questa, che nell'Olivi pare fomentata dall'incontro con i seguaci di Gioacchino da Fiore [(Merino, 1993), pp. 196 - 197].

²⁹⁹ Come verrà enucleato *infra*.

³⁰⁰ Anche se vi sono interventi recenti che affrontano l'Olivi sotto un altro punto di vista, decisamente originale. Quantomeno, essi rappresentano un sintomo di un interesse crescente verso un pensatore davvero troppo poco conosciuto. Ad es., cfr. (Jacobelli, 2014).

³⁰¹ *Rectius* quello che lo scrivente reputa essere il fulcro della di lui teoresi, almeno per ciò che più rileva ai fini del presente lavoro.

Come inferibile *in claris* dalla Scrittura, Olivi parte dall'assunto fondamentale della primazia dell'essere umano in seno al creato, dedicando perciò buona parte della sua speculazione all'analisi della struttura dell'essere umano³⁰². Il tutto, però, con accenti che mi paiono suscitare un notevole interesse, in quanto, *in nuce*, rivoluzionari.

Com'è tipico dei pensatori medievali, egli muove la propria speculazione dall'indagine su Dio, la cui descrizione egli mutua dalla discussione teologica³⁰³, giungendo a conclusione che Dio è un essere assolutamente indipendente, *l'ens a se*, ossia quell'essere che è, incondizionatamente³⁰⁴.

In altri termini, Dio consiste in un essere assolutamente autonomo³⁰⁵, le ragioni dell'attività del quale non vanno ricercate in nessun altro se non nell'ente *assoluto medesimo*³⁰⁶.

³⁰² Cfr. (Bettoni, 1959), pp. 263 – 500. Evidentemente non è possibile in questa sede dare contezza dell'intera speculazione del bacelliere francescano, data la vastità e l'affascinante complessità della medesima. Verranno in questa sede richiamati soltanto i riferimenti necessari ed utili a quanto si va svolgendo.

³⁰³ (Bettoni, 1959), p. 247. Si evita in questa sede, di riepilogare tutta la disquisizione in merito, nonché quella inerente le attribuzioni divine, reputando che detta disputa scolastica abbia poca rilevanza ai fini del presente scritto.

³⁰⁴ La posizione dell'Olivi è, in merito, sviluppata *ex adverso* rispetto a quella di Tommaso, cfr. (Bettoni, 1959), pp. 251 e ss.

³⁰⁵ Si tratta di attributi enucleati con la tipica terminologia scolastica. Per l'Olivi è importante ribadire che egli non deve la propria esistenza da alcuno, bensì si tratta di un essere incausato ed incausabile, assoluto e non relativo. Cfr. *Quaestiones in secundum librum sententiarum*, vol. III, pp. 527 – 528, laddove, riprendendo la dimostrazione di Dio di Anselmo d'Aosta, annota: «*Et si secundum hanc viam intelligatur ratio Anselmi quam facit in Prologion, est, ut credo, omnino incalumniabilis. Illud enim quo maius excogitari non potest, si non sit actu in re, implicat in sua ratione et in suo significato summam impossibilitatem essendi seu summam contradictionem et impossibilitatem cum ipso esse. Et tunc non est ratio intelligibilis nec cogitabilis nec ratio dans summam perfectionem, sed potius erit fralsissimum quid cum non entitate et defectu plenum. Intelligo autem hic per rationes istas seu per veritatem earum illud quod per conceptus telium rationum exprimere et significare intendimus. Intendimus autem per eas significare aliquid quod sit supra omnem perfectionem et universalitatem et abstractionem nobis intellegibilem et quod sit carens omni imperfectione et limitatione. Et hoc sempre Deum vocamus. Et ideo bene secundum Anselmum iste processus investigandi Deum esse est super omnes manifestus; tum quia ex ipsismet rationibus a nobis intellectis seu cogitatis immediate formatur et formari potest; tum quia non est aliquis ita simplex quin apprehendebat multas rationes generales entium quae de se nihil dicunt imperfectionis, ut ens, bonum, verum, unum et consimilia, et quin statim possit in eis superexcessum abstractionis formare, addendo enim hoc quod dico summum seu omni imperfectioni carens seu quo maius cogitari non possit». Dalla necessità dell'idea di Dio, di un Dio causante ed incausato, discende, a contrario, che «*omnis enim creatura seu omne quod non est summum ens ostendit suis defectivis conditionibus se non esse a se, sed potius ab alio. Et cum hoc ostendit se talem esse quod esse non potuit nisi a summo ente et summo bono*», in *Quaestiones in secundum librum sententiarum*, vol. III, p. 528. Anche qui Olivi insiste nei canali della Scolastica, ponendo in luce come le creature non possono che ripetere la propria esistenza se non da un ente sommamente buono, quale Dio. In merito, cfr. (Bettoni, 1959), pp. 108 – 109.*

³⁰⁶ Ritengo che, anche se tralasciato da molti commentatori, vi sia un frammento che possa chiarire quanto asserito e che si ponga, al contempo, in perfetta assonanza con l'oggetto del presente lavoro. Mi riferisco a quanto si legge in *Quaestiones in secundum librum sententiarum*, vol. III, pp. 537 – 538: «*Ex eisdem* (Olivi ha appena elencato le caratteristiche intellettuali di Dio, e non a caso) *etiam potest concludi multipliciter quod omne ens a se est summe liberum. Nihil enim est summe independens et summe actuale, nisi hoc sit sua gratia et summe dominativum et imperiosum et nisi sit in se ipso perfecte subsistens. Nec*

Si oppongono a Dio le sue creature, *entes* che, certamente non possono essere *a se*, quindi sono necessariamente *ab alio*, nel senso che ripetono la loro esistenza dall'atto creativo di Dio.

Da una parte, quindi, si rinviene un essere che si pone come ontologicamente *ab - solutus*, opposto alle forme in maniera radicale, presentandosi come l'unico ente realmente indipendente e dominativo³⁰⁷: «*indipendens et summe actuale, nisi hoc sit sua gratia et summe dominativum et imperiosum et nisi sit in se ipso perfecte subsistens*»³⁰⁸.

Si noti come l'assolutezza dominativa sia connotata essenzialmente dalla libertà, laddove «*Quod enim non est liberum non agit ut a se motum nec sui gratia nec agit dominative, sed est necessario determinatum ad agendum hoc et non aliud et agendum sic et non aliter*»³⁰⁹.

Si badi bene altresì come l'appena accennata libertà, anche *se*, probabilmente, ad un lettore contemporaneo possa apparire una categoria del pensiero già data, sussistente *in re ipsa*, viene, a mezzo stesso della propria teorica, ipostatizzata dall'Olivi in senso peculiare. Ossia nel senso di un'irrelazione assoluta, di non condizionamento, di assenza totale di perturbative riverberantesi sul causante³¹⁰.

E' evidente che, date queste premesse, non sia possibile *per essentiam* il darsi di una presenza capace di interagire, di relazionarsi con il causante, a pena di farlo decadere dalla propria libertà.

Il che significa che un essere libero, agente con la propria volontà dominativa, è ontologicamente *a - relazionale*.

Per l'appunto, assoluto, nel senso evocativo ed etimologico, di *ab - solutus*.

d) L'atto creazionistico *ex voluntate*

*aliquid potest esse sine his summe simplex et summe absolutum et summe abstractum ab omni imperfectione et alligatione et limitatione et ab omni inferioritate. Sine libertate etiam nihil potest esse summe infinitum in essentia et virtute. Quod enim non est liberum non agit ut a se motum nec sui gratia nec agit dominative, sed est necessario determinatum ad agendum hoc et non aliud et agendum sic et non aliter. Unde solum agens per summ velle est summe infinitum et absolutum in sua actione et in sua essentia et virtute et in sua subsistentia et personalitate. Hoc enim solum est quod potest esse summum bonum et summe beatum, sine quibus non solum nihil potest esse summe ens, sed nec sibi ipsi aliquid valere. Res enim, quae nec se nec alia per libertatem habet, nihil utilitatis vel valoris proprie consequitur ex suo esse. Unde omnis res non libera comparata ad liberam est tanquam nihil respectu sui ipsius, et sic omnis non intellectualis comparata ad intellectualem. Verum est igitur quod omne ens a se habet complete et in summo omnes conditione praedictas. Et etiam ex praedictis clarum est quod omne ens habens aliquam praedictarum conditionum in summo est a se et en somnino immobile et invariabile. Ergo omne ens quod deficit ab aliqua praedictarum proprietatum evidenter ostendit se non esse a se». Si tratta di un profilo di particolare rilevanza, in quanto presuppone l'indipendenza totale e la scaurigine *ab - soluta* dell'atto di volontà. Si veda *infra*.*

³⁰⁷ *Id est*, capace di imprimere un moto causalmente volontaristico immediatamente libero ed efficace, precettivo.

³⁰⁸ *Quaestiones in secundum librum sententiarum*, vol. III, p. 537.

³⁰⁹ *Quaestiones in secundum librum sententiarum*, vol. III, pp. 537 – 538.

³¹⁰ Nel caso dei frammenti da ultimo citati, sull'ente che detti caratteri possiede in sommo grado, ossia Dio, il Causante Primo.

Detta assolutezza non viene certamente meno, per ciò che concerne Dio, per il fatto che Egli venga concepito a guisa di Creatore. Anzi, detta ipostasi non fa che confermare le peculiarità dell'atto volontaristico dominativo che si va tentando di scolpire in queste pagine.

In effetti, l'atto creazionistico oliviano pare connotarsi peculiarmente, dal momento che egli, tratteggiandolo, porta alle estreme conseguenze la derivazione divina degli esseri creati, intendendo che un *ens ab alio* non sia tale solo in quanto *ab alio* comincia ad esistere, bensì anche perché *ab alio* ripete ogni istante della sua esistenza, nonché la sua esistenza *tout court*, i suoi attributi e le proprie specificità³¹¹.

In altri termini l'ente creato è un essere che incomincia ad esistere, emergendo dal nulla, grazie alla sua causa efficiente, ma che ricadrebbe nuovamente nel nulla qualora la causa efficiente non continuasse ad emanciparlo dalla sua intrinseca caducità: non solo non può essere, se non in dipendenza da altro, ma altresì non può conservare la realtà che gli è propria se la causa che gliel'ha conferita non persiste nel donargliela ogni istante. E ciò dal momento in cui sarebbe assurdo che la causa efficiente cessasse di esser tale, dal momento che ne deriverebbe l'aporia ancor più insostenibile del fatto che un essere, originariamente *ab alio*, divenisse a se³¹².

E' evidente come³¹³, per utilizzare le parole d'un fine esegeta del bacelliere provenzale: «*si vede subito a che cosa vuol arrivare l'Olivi con queste considerazioni: a far vedere che la creatura è, costituzionalmente, un essere sempre sul punto di perdere la sua consistenza ontologica se non fosse continuamente rilanciato fuori dal nulla dall'atto creativo; un essere, cioè, del quale non si può mai dire che è, ma cui a ogni momento accade di essere*»³¹⁴.

³¹¹ Scrive anodino l'Olivi in *Quaestiones in secundum librum sententiarum*, vol. III, pp. 537 – 538: «*quod secundum suam essentiam non est ens a se sed ab alio, numquam potest esse ens a se seu per se; nec illud, quod per essentiam suam est ab alio, quamdiu durat in esse, potest aliquid habere in summa essentia nisi quod accipit a sua causa. Ergo omne ens ab alio semper est ab alio, quamdiu durat in esse, sicut in initio vel exitu sui esse. Alias pro illa hora, in qua non esset ab alio, esset ens per se et a se et ita haberet aliquid in sua essentia seu in se quod non accepisset a sua causa. Nullus enim effectus potuit accipere a sua causa quod esset a se et per se et multo minus potuit hoc accipere in hora in qua ab ipsa fiebat et erat. (...) Omne igitur quod non est a se semper est ab alio et ita semper habet suam causam paesentem et non praeteritam seu transactam*».

³¹² (Bettoni, 1959), p. 255.

³¹³ Al di là dei profili nichilistici della *creatio ab nihilo* enucleati da Francesco Cavalla, in (Cavalla, *La verità dimenticata. Attualità dei presocratici dopo la secolarizzazione*, 1996), pp. 8 – 14.

³¹⁴ (Bettoni, 1959), p. 255. Si noti come l'esito *de quo* venga dall'Olivi sovente ribattuto, anche allorquando egli si trova dinanzi a dimostrare l'assolutezza di Dio. Dopo aver dimostrato che Dio si trova in tutti i posti possibili (*Quaestiones in secundum librum sententiarum*, vol. I, p. 8), egli ribadisce, circostanza questa decisamente rilevante ai fini del presente lavoro, che: «*Quod enim in agendo ad nullum locum est conversum seu applicatum ita potest agere in uno sicut in alio, et qua ratione in uno eadem ratione in omnibus, et qua ratione in locis actu existentibus eadem ratione in cunctis locis possibilibus; ergo eius potentia actu se extendit ad omnem locum possibilem esse et ita habet potentiam immensam. Praeterea, cum omne agens sit immediate praesens suo effectui immediato et omni suo effectui, dum fit, sit praesens mediate vel immediate: oportet quod omne agens, absolutissime potens in omnia loca actualia et possible, omnibus absolutissime sit praesens et in illo nunc in quo potest in quolibet immediate agere oportet quod sit immediate; et cum nulli possit adesse mediate, nisi ipsum determinate aspiciat per aliqua intermedia — cuius contrarium datur in proposito —: praedictum agens seu creans oportet quod omnibus quibus est praesens sit praesens immediate. — Rursus, cum agens prius naturaliter sit quam suus effectus: qua ratione oportet quod agens sit praesens loco in quo aliquid creat oportet quod prius*».

Rectius, a parere dello scrivente, si può senza soverchi problemi concludere che ciascuna creatura non è, bensì ad essa è *concesso* di essere.

Ed è concesso attraverso una mozione ab – soluta di Dio, il quale *ab nihilo* trae la creatura, attraverso un atto creazionistico amorevole che ontologicamente e fenomenologicamente è agevole qualificare come atto di *volontà*³¹⁵.

Secondo l'Olivi, quindi, l'ente creato è e rimane sempre nella disponibilità del Creante/Creatore³¹⁶.

Tale asserzione trova conforto nelle parole dell'Olivi stesso, il quale, in *Quaestiones in secundum librum sententiarum*, vol. I, p. 11, scrive: «*omne creans creat per solum liberum imperium sui velle*»³¹⁷, dato che l'atto creativo è posto in essere «*imperio alicuius liberae voluntatis*»³¹⁸.

Essendo, del resto, l'atto creazionistico caratterizzato dall'assenza di qualsivoglia termine stabilito, dall'assenza di materia preesistente, appare comprensibile che, per il Nostro, sia l'essenza che l'esistenza degli esseri dipendano

naturaliter sit ibi praesens quam ibi aliquid ab eo fiat. Ex hoc autem sequitur quod creans praefatum sit in omnibus locis possibilibus, antequam aliquid sit actu factum in eis ac per consequens et antequam ipsa sint actu, quia ipsa loca nihil reale ponunt praeter illa quae sunt in eis. Quis autem dubitet quin talis modus praesentialitatis et immensitatis competat soli Deo? — Amplius, effectus totam suam essentiam et existentiam praedicto modo accipiens a sua causa semper eget praesentia suae causae; ergo quocumque transferatur, habet suam causam immediate praesentem nec ex ratione suae localis translationis variabitur habitudo eius ad praefatam causam essentiae suae; ergo, nulla locali mutatione facta in creante, oportet ipsum esse ubicumque sua creatura feretur aut poterit ferri». Al che, credo sia fatale convenire con quanto osserva Bettoni: «in base a questo, eccoci un'altra volta costretti ad ammettere: primo, colui che crea è presente in tutti i luoghi che la creazione occupa o può occupare; secondo, che non solo la sua potenza creatrice, ma anche la sua efficienza attuale è sciolta “ab omni lege situati et locali”», cfr. (Bettoni, 1959), p. 132.

³¹⁵ Qualora l'atto creazionistico non fosse *ex voluntate*, non sarebbe certo amorevole, dal momento che l'amore presuppone la libertà di amare, e, quindi, entro siffatta orbita concettuale, si traduce necessariamente in un atto di volontà. Ma, ancora più fondamentale, qualificare altrimenti detta fattispecie significherebbe vincolare Dio, il che è impossibile, dato che ne verrebbe meno un attributo (o, addirittura, l'attributo) fondamentale. Si pensi a quanto *supra* rammentato in merito, ad es., a *Quaestiones in secundum librum sententiarum*, vol. III, pp. 537 – 538. Cfr. *ex multis*, (Bettoni, 1959), pp. 245 e ss.

³¹⁶ In altri termini, l'essere volente crea degli oggetti disponibili al suo potere. Del resto, data l'assolutezza del soggetto volente, non vi possono essere altre entità pari a lui. Anzi, *per essentiam*, ciò su cui potrà esercitare il proprio atto volitivo sarà ontologicamente a lui inferiore, secondo la dinamica in esame ora.

³¹⁷ Ancora una volta, riporto il testo da cui è tratto il sintagma, ritenendo sia fondamentale onde comprendere il pensiero del Maestro Provenzale: «*Omne enim agens naturale seu naturaliter et necessario est ab altero applicatum et inclinatum et, ut ita dicam, impulsum ad agendum suos effectus; sed, ut iam dictum est, talis modus agendi differt a creatione et a modo creandi; ergo impossibile est actum creationis esse ab aliquo naturaliter et necessario suum effectum agente; ergo oportet quod sit a solo imperio alicuius liberae voluntatis; ergo omne creans creat per solum liberum imperium sui velle; sed omne tale potest creare quaecumque potest velle creare et quaecumque potest libere disponere et cogitare creanda potest etiam illa facere sub omni mensura et modo quam eis taxare voluerit; omne autem tale est omnipotentissimum; ergo et cetera. — Praeterea, potentia quae omnino eadem manens potest in opposita est potentia liberrima; sed omnis potentia creans est huiusmodi, quia absque sui variatione potest effectum quem creat annihilare», in *Quaestiones in secundum librum sententiarum*, vol. I, p. 11.*

³¹⁸ *Quaestiones in secundum librum sententiarum*, vol. I, p. 11.

esclusivamente dall'atto creativo del Volente assoluto ed irrelato³¹⁹. E' di notevole importanza, si ribadisce, il fatto che l'Olivi chiarisca come l'azione creatrice non sia legata ad alcun vincolo³²⁰, il che la qualifica nuovamente come *ab – soluta* e, mi permetto di aggiungere, ripetente quindi in *se ipsa* la peculiare caratteristica del soggetto che la pone in essere³²¹.

Al contrario, come già accennato *supra*, in quanto corollario dell'assolutezza dell'essere creante, l'essere creato non è mai univoco, ma soltanto *analogo* all'essere creante, al punto che non è possibile sussumerli nell'ambito di un concetto generico comune³²².

Si badi, che, come nota acutamente Bettoni, per il provenzale «*basta aver stabilito che un essere dotato di potenza creatrice è, per forza di cose, un essere incondizionato e imparicipato, per sentirci autorizzati a concludere*³²³ *che gli convengono anche tutti gli attributi divini*»³²⁴.

³¹⁹ *Quaestiones in secundum librum sententiarum*, vol. I, pp. 6 - 7: «*Creatio enim proprie sumpta, quantum est ex se et ex parte creantis, non eget aliquo recipiente aut sustentante vel terminante actionem eius; et multo minus, quantum est ex se, eget aliqua materia de qua vel ex qua faciat illud quod facit. De ratione etiam eius est quod creans possit in totum esse et existere sive in totam essentiam, existentiam et subsistentiam eius quod creatur*».

³²⁰ *Quaestiones in secundum librum sententiarum*, vol. I, p. 7: «*Quod autem omne creans habeat huiusmodi perfectiones divinas, utpote, summam absolutionem, summam immensitatem et illimitatam, omnipotentiam, simplicitatem, summam dominationem et imperiositatem, summam independentiam et causalissimam ac radicalissimam in omnibus intimitatem et consimilia sic probo*». Per poi proseguire, in un paragrafo denominato significativamente «*De summa absolutione*»: «*Quod enim nullo patiente aut obiecto terminante nec aliquo materiali ad suam actionem eget potest agere et agit absque omni aspectu, id est, absque virtuali protensione et conversione seu determinata sui applicatione ad quaecumque locum vel ad quodcumque forinsecum vel ad quemcumque realem terminum sui virtualis aspectus terminativum*». Del resto, l'irrelazione e l'assolutezza necessarie sono perfettamente scolpite dall'Olivi: «*Patens est autem quod iste est modus absolutissimus, ita quod ex parte obiecti vel effectus non potest absolutior dari. Constat autem quod absolutissimus modus agendi et virtutis activae respectu eius exigit absolutissimum modum existendi ac per consequens et absolutissimam essentiam. — Rursus, quod est absolutum ab omni aspectu ad quodcumque extrinsecum nullam habet partialem colligandam cum aliqua parte universi, sed potius ad omnia se habet, quantum est ex se, uniformiter et absolutissime; ergo oportet quod vel ad ipsa se habeat ut omnia modo divino Absolutissime circumplexens aut quod nec per modum totius nec per modum partis aliquam coordinationem habeat cum partibus universi*».

³²¹ Che detta caratteristica di incondizionatezza o assoluta indipendenza dell'essere porti ad un'uguale condizionatezza dell'essere creato è confermato altresì da Bettoni, in (Bettoni, 1959), p. 131. Il che sarà relevantissimo quando, più oltre, giungerò ad esporre come il sistema oliviano si connota per una gerarchia di sfere volontaristiche indipendenti ed incomunicanti se non per il potere volontaristico che le connota, sfere che, tutte, ripetono la loro essenza ed ontologicamente dipendono sia nell'*an* che nel *quomodo ac quantum* della loro esistenza dalla volontà poziore. Si noti come, *in nuce*, gli esiti ora accennati siano presenti nella struttura del divino e nel di lui atto creazionistico così come enucleato dall'Olivi.

³²² (Bettoni, 1959), p. 132. Il che, a parere mio, anticipa chiaramente la dinamica soggetto – oggetto propria del rapporto tra la potenza dominatrice della *voluntas* ed il suo oggetto, ossia l'entità su cui cade la sua forza dominatrice. Con il che, come tenterò di dimostrare, diviene lampante che l'unica possibilità di interrelazione tra il creante ed il creato, *ergo* tra l'esercente la volontà e colui che ad essa è soggetto, diviene una mera relazione di soggezione ad una potenza, l'esercizio del potere volontaristico. Cfr., *infra*.

³²³ Per quanto concerne le fonti oliviane, mi sia consentito rinviare al fondamentale sintagma cui mi riferisco per trarre siffatte conclusioni, ossia *Quaestiones in secundum librum sententiarum*, vol. III, p.

Sostanzialmente, l'assolutezza irrelata nasce da una potenza irrelata e viceversa: sono i due termini di un'indisgiungibile corrispondenza biunivoca³²⁵.

e) Volontà e libertà come cifra della primazialità dell'uomo

Concepito così Dio, il bacelliere provenzale si concentra sulla creatura che, secondo la *Scriptura* reca in sé, più d'ogni altra, l'*imago* Dei: l'uomo³²⁶.

Punto di partenza³²⁷ è dunque costituito dalla concezione che l'essere umano goda di una posizione di preminenza nel mondo. La preminenza *de qua* è data dalla presenza, nell'uomo, di intelletto e, *ca va sans dire*, volontà, cui consegue la maggiore autonomia nell'agire che contraddistingue l'uomo da tutti gli altri esseri, facendo di costui, appunto, l'immagine di Dio³²⁸.

537, laddove il Provenzale, dopo aver elencato le caratteristiche intellettuali che aiutano ad inferire (secondo il magistero di Anselmo) l'esistenza di Dio, conclude che «*Ex eisdem etiam potest concludi multipliciter quod omne ens a se est summe liberum*». Mi permetto soltanto di porre in luce come, in realtà (e qui mi permetto di dissentire parzialmente da Bettoni), Olivi è chiaro nell'elencare gli attributi divini. E' solo una volta avendoli posti in luce che postula che un essere con siffatte caratteristiche sia Dio. Tuttavia credo che nell'analisi di Bettoni sia implicita la sistematica oliviana che si sta tentando di illustrare in questa sede. Ed è in base a questa che è l'essere libero ed autonomo per antonomasia, a *dover* essere Dio. In tal senso, quindi, l'asserzione di Bettoni diviene perfettamente sottoscrivibile.

³²⁴ (Bettoni, 1959), p. 131. L'Autore mette in luce altresì come, per l'Olivi, il creatore può creare, a seconda della sua volizione, può volere una cosa e l'opposto della medesima. Insomma, la sua potenza non sarebbe reale se dovesse esplicitare la sua attività in dipendenza di una volontà superiore (Bettoni, 1959), p. 133.

³²⁵ Rinvio nuovamente a *Quaestiones in secundum librum sententiarum*, vol. I, p. 7: «*Constat autem quod absolutissimus modus agendi et virtutis activae respectu eius exigit absolutissimum modum existendi ac per consequens et absolutissimam essentiam. Rursus, quod est absolutum ab omni aspectu ad quodcumque extrinsecum nullam habet partialem colligandam cum aliqua parte universi, sed potius ad omnia se habet, quantum est ex se, uniformiter et absolutissime; ergo oportet quod vel ad ipsa se habeat ut omnia modo divino Absolutissime circumplectens aut quod nec per modum totius nec per modum partis aliquam coordinationem habeat cum partibus universi*».

³²⁶ Come in precedenza ribadito, la trattazione verrà qui limitata soltanto ai passi oliviani di diretta rilevanza ai fini del presente lavoro, tralasciano temi di sicuro interesse, eppure ad esso più tangenziali, quali la pluralità di forme nell'uomo, l'ilemorfismo, ecc.. In merito, si veda in particolare la già più volte citata corposa trattazione di (Bettoni, 1959).

³²⁷ Per quanto concerne la disamina dell'antropologia dell'Olivi, com'è agevole intuire, la letteratura è tutt'altro che copiosa. Tuttavia, i pochi autori che si sono cimentati hanno prodotto opere di sicuro pregio. In particolare, per quanto riguarda la concezione antropologica oliviana, si vedano le icastiche quanto ficcanti pagine rinvenibili in (Merino, 1993), pp. 209 – 211; nonché, per una lettura più approfondita, (Bettoni, 1959), pp. 391 e ss., e (Simoncioli, 1956), entrambe di notevole livello speculativo. Per gli sviluppi della medesima in relazione al presente tema, si vedrà quanto lo scrivente annoterà *infra*.

³²⁸ (Bettoni, 1959), p. 392. Olivi in merito offre una panoplia di indici. Cfr. *Quaestiones in secundum librum sententiarum*, vol. II, p. 250: «*Nil enim est nobis intimius quam intellectus et voluntas*»; p. 251: «*Nil enim in nobis tantum diligimus sicut intellectum et voluntatem*»; Seguendo le parole dell'Olivi stesso in *Quaestiones in secundum librum sententiarum*, vol. II, p. 220: «*videtur igitur quod ipsae (formae intellectus et voluntatis) magis possint dare esse simplex, absolutum et indipendens, quale super omnia est esse intellectuale et*

E' a in regaione di esse che l'uomo può legittimamente dirsi *imago Dei*³²⁹.

Anticipando quanto verrà più ampiamente spiegato nel prosieguo, si può tuttavia precisare l'affermazione ora ricordata asserendo come, per l'Olivi, la preminenza da riconoscersi all'uomo è imputabile certamente alla capacità intellettuale, ma, soprattutto, alla propria capacità di autodeterminarsi *medio voluntatis*³³⁰.

La volontà³³¹ assume infatti un ruolo nevralgico, in quanto essa è la sede della libertà. Libertà che rappresenta il luogo laddove l'uomo acquista la propria grandezza suprema³³².

liberum, quam quaecumque aliae formae substantiales». Mi permetto tuttavia di richiamare altresì un brano che reputo altamente significativo, in quanto opera una descrizione che della volontà umana chiaramente richiamante la potenza divina. Si veda *Quaestiones in secundum librum sententiarum*, vol. II, p. 333: «*Praeterea, nos videmus quod omnes potentiae quae a nostra voluntate possunt moveri et regi habent quandam illimitationem quam non est reperire in aliis virtutibus activis. Possunt enim a voluntate retrahi ab obiectis et converti ad ipsa et possunt ab ipsa aliquando fortius converti vel retrahi, aliquando remissum; sicut patet tam in potentius sensitivis quam in intellectu, fuitque hoc necessarium ad hoc quod subesse possent imperio et dominio voluntatis*».

³²⁹ Si pensi, ancora, agli ora rammentati attributi divini.

³³⁰ Si tratta, con tutta evidenza, di una tema ricorrente e fondante la filosofia francescana.

³³¹ Pare che egli avesse inferito la volontà come nucleo impreteribile per l'essere umano dalla speculazione di Giovanni Pecham, un altro maestro francescano, a mente del quale «*Liberum arbitrium, quia constituitur in apice creaturarum in ultimo gradu creati vigoris, a nulla re cogi potest, a solo Deo in melius verti potest. In rebus autem humano visui subiectis utrumque oppositorum libere potest velle*», in *Tractatus de anima*, (a cura di Gaudenzio Milan, in vol. I di *Biblioteca di Studi Francescani*, 1948, p. 41). Anche se, come posto in luce da Simoncioli, la speculazione del Provenzale, si presenta, nonostante questi possa aver attinto da Pecham, assolutamente originale [in (Simoncioli, 1956), p. 102]. Specie per quanto concerne la compiuta ipostasi della volontà dominativa, mi permetto di aggiungere.

³³² Si veda *Quaestiones in secundum librum sententiarum*, vol. II, p. 334: «*Sola enim voluntas est quae aeternitatem appetit et appetere potest, sentitque homo apud se quod nullus stabilitatem sui propositi potest frangere aut violentare, nisi ipse ex proprio motu ipsum relinquat. In tantum etiam est internum ac secretum quod homo non solum sentit se intra se intima reflexione consistere, sed etiam ita entit se ad sui intimum convolutum et clausum quod nulli aspectui ad arcana cordis via patet, nisi ipse voluntarie se aperiat. In tantum etiam est erectum et superpositum quod quodam intimo sensu sentimus cor nostrum quasi in infinitum excedere omnem alium modum existendi. Unde si cui daretur optio in quod minus vellet redigi, scilicet in purum animal aut in purum nihil tantum: unusquisque vellet esse nihil, acsi intimo sensu clamet quod omne esse, comparatum ad suum est quasi purum nihil*». Per Olivi, come scrive Parisoli, è evidente che: «*il predominio assoluto della volontà e della libertà che vi si accompagna sono infatti per lui un carattere irrinunciabile della natura umana*», in (Parisoli, 1999), p. 72. Per tornare ai testi oliviani, mi sia consentito richiamare nuovamente il già citato *Quaestiones in secundum librum sententiarum*, vol. II, p. 333, laddove si coglie davvero, oltre ad un'ode alla libertà, una chiarissima esposizione concernente il legame indissolubile ed ontologico che la lega alla volontà: «*Praeterea, nos videmus quod omnes potentiae quae a nostra voluntate possunt moveri et regi habent quandam illimitationem quam non est reperire in aliis virtutibus activis. Possunt enim a voluntate retrahi ab obiectis et converti ad ipsa et possunt ab ipsa aliquando fortius converti vel retrahi, aliquando remissum; sicut patet tam in potentius sensitivis quam in intellectu, fuitque hoc necessarium ad hoc quod subesse possent imperio et dominio voluntatis. Quaedam etiam sunt inter eas quae possunt moveri nunc virtuose, nunc vitiose, sicut appetitus sensitivus secundum vim irascibilem et concupiscibilem et sicut intellectus secundum habitum rectae fidei et infidelitatis; talia enim non contrahit a se sed potius a voluntate secundum hoc quod ad affirmandum et negandum (...). Si igitur in potentius sibi subiacentibus et quae sunt instrumentales respectu eius, pro eo quod sibi subiacent, invenitur tanta indeterminatio: multo altior et altioris generis debet esse in ipsa tanquam in principale motore et regolatore earum. Maior autem non potest esse, nisi habeat libertatem*».

Lo spirito, infatti, è libero mediante la volontà, in quanto è privilegio della volontà essere costitutivamente, originariamente libera³³³.

Volere è essere liberi ed agire liberamente.

Volontà e libertà sono concetti intimamente interconnessi, in quanto la volontà sola possiede la libertà nel suo duplice aspetto negativo e positivo: l'esonazione da necessità e l'autodeterminazione³³⁴.

Conseguentemente, quindi, se la libertà fonda la dignità dell'uomo, occorre dare massimo risalto alla facoltà che la esprime al massimo grado: la volontà.

E' opportuno ora però ricostruire il percorso attraverso il quale l'Olivi giunse a maturare le conclusioni sopra citate. Solo così, infatti, sarà possibile cogliere talune implicazioni della di lui speculazione i cui riverberi, spesso sottaciuti, permeano a parere di chi scrive ancor oggi la realtà giuridica.

Affascinato dalla complessità e dalla primazialità riconosciuta all'essere umano in seno alla creazione, il provenzale dichiara esplicitamente come egli intende la struttura delle *facultates*³³⁵ proprie dell'uomo³³⁶.

Rimandando all'interpretazione del pensiero dell'Olivi *in parte qua* alla fine del presente capitolo, si legga ancora quanto l'Olivi annota in *Quaestiones in secundum librum sententiarum*, vol. II, p. 259: «*Potest dici quod sicut una potentia plenius et perfectius esse habet ex concursu alterius potentiae in eadem materia et supposito; sic et plenius ac perfectius posse et agere. Unde voluntas non potest exire in actum volendi sine intellectiva, nec intellectiva in actum pleni et liberi et alti et moderati iudicii, nisi per radicalem coassistentiam voluntatis sit ad altam et liberam personalitatem et intellectualitatem sublimata et corroborata*».

Parrebbe, in effetti, una quieta trasposizione di quanto detto poc'anzi, consistendo in una mera ed ulteriore precisazione del funzionamento e dell'armonizzarsi tra di loro delle facoltà che connotano l'umano³³⁷.

In realtà, non credo essa possa semplicemente essere letta così, a mente dell'impianto complessivo della speculazione oliviana. Anzi, l'affermazione richiamata *supra* schiude interessantissimi scenari.

³³³ *Quaestiones in secundum librum sententiarum*, vol. II, pp. 363 - 364: «*Tum quia illa sola (voluntas, nda) a se movetur tum quia sola compelli non potest, tum quia illa dominatur aliis viribus(...). Sicut enim in corporalibus motor dicitur qui mobile impellit et inclinatur (...) sic ipsum velle est quidem voluntatis impulsus et simul hoc ultima operatio eius. (...) voluntas libera est tale ens quod sufficienter habet in se rationem motoris et mobilis*». Si noti il costante riferirsi ad attributi divini per l'uomo *imago Dei*.

³³⁴ (Simoncioli, 1956), p. 34. Significativamente un altro commentatore ha scritto, in merito al Nostro bacelliere che per lui, la libertà è «*così profondamente connaturata all'uomo [...] che la grandezza dell'uomo è la sua stessa libertà*», cfr. (Merino, 1993), p. 209.

³³⁵ In particolare, come da consuetudine scolastica, si parla di intelletto e di volontà.

³³⁶ Ed è già qui che si coglie già una sorta di "gerarchia", i cui elementi sono ordinati *ab alio (rectius, ab alio dominante, cfr. infra)* e non comunicano che per una dinamica di dominante – dominato, soggetto – oggetto. Cfr. *infra*.

³³⁷ In merito Bettoni precisò che si può comunque osservare come, per il Nostro, «*le attività di cui l'uomo è capace non si esplicheranno in assoluta indipendenza l'una dall'altra; senza sacrificare la propria peculiarità, ognuna di esse si coordinerà alle altre in modo che, mentre l'inferiore rappresenterà il naturale avvio di quella immediatamente superiore, le attività superiori, di riflesso, comunicheranno parte del loro vigore e della loro nobiltà a quelle inferiori*» (Bettoni, 1959), p. 398.

L'Olivi, infatti, si cura di precisare che³³⁸, nella dinamica in cui si presentano le attività umane «*periculosissima est omnis opinio ex in fortitudine videtur posse destrui libertas arbitrii*»³³⁹.

Il che conduce effettivamente ad interrogarsi su quale sia la facoltà capace di preservare al massimo la libertà umana nonché (e soprattutto, oserei aggiungere, dato che saranno due concetti osmoticamente connessi), ad interrogarsi su come sia concepita detta libertà.

Ancora una volta, entro gli scritti dell'Olivi, si trova un profluvio di asserzioni atte a rispondere, seppure in modo apparentemente indiretto, al quesito³⁴⁰. E tutte

³³⁸ Ancora una volta, è opportuno richiamare completamente il percorso argomentativo così come rinvenibile in *Quaestiones in secundum librum sententiarum*, vol. II, p. 249: «*libertatem etiam sine voluntate ponere est omnino impossibile, cum libertas nihil aliud sit quam dominativa facultas ipsius voluntatis, immo secundum hoc impossibile est ponere voluntatem liberam. Si enim voluntas est accidens originatum seu resultans a forma substantiali animae: tunc, si forma a qua oritur non est libera, multo minus ipsa erit libera; tum quia effectus non potest esse nobilior causa a qua accipit totam essentiam suam et esse, nihil autem est nobilius libertate, et ad minus illud quod nullo modo de se est liberum non potest dari alteri libertatem, sicut illud quod est determinatum ad unum non potest dare alteri potestatem ad opposita; tum quia virtutes accidentales sunt instrumenta formarum a quibus oriuntur nec possunt agere nisi in virtute illius formae, et ita voluntas non esset accidens resultans a forma animae tanquam propria eius passio: tunc non posset aliquid agere nisi in virtute illius formae, et ita voluntas non esset accidens liberum, sed potius ab altero motum et determinatum, etiam in principio suae productionis; quoniam ex vi suae productionis esset determinata a forma producente, quia per aliud non posse team determinare ad opus nisi per hoc quod eam producit. Periculosissima autem est omnis opinio ex qua in fortitudine videtur posse destrui libertas arbitrii. Ratio enim personalitatis sine intellectu et voluntate non videtur posse poni nec intelligi, quoniam persona videtur dicere existentiam super se reflexam seu reflexibilem et existentiam seu suppositum in se ipso plene consistentem. Nulla autem reflexio nec reflexibilitas sui ipsius super se potest intelligi sine itit potentiis nec plena consistentia sui ipsius in se nec breviter aliquod dominiu sive in se sive in aliis. Quod non est aliud quam potestatis plenerie possessiva sui et aliorum sine qua non est intelligere rationem personae et (...). Si igitur personalitas non potest esse nec intelligi sine intellectu et voluntate*». Mi permetto di richiamare l'attenzione sul fatto che le creature (*i.e.* gli oggetti creati dall'atto di volontà) ricevano solo un'apparente consustanzialità con il creatore. Anzi, è evidente come vi sia una progressiva *deminutio*, che richiama una struttura gerarchica anche se il porre la gerarchia richiama una metasoggettività, in quanto v'è un'alterità irriducibile e l'unico medio, l'unico principio, è il potere ordinante. In merito, mi sia consentito rinviare al capitolo conclusivo, denominato "teologia del potere", nonché richiamare quanto già osservato in merito alla mera *analogia* tra creatore e creato.

³³⁹ E' evidente che l'afflato voloniaristico sia determinato dall'esigenza di rendere l'essere umano capace, da un punto di vista spirituale, di un'unione più profonda con Dio separandolo dalle pastoie del mondo carnale [opposto al mondo spirituale, presumibilmente anche a cagione dell'influenza esercitata entro l'Ordine dalle dottrine di Gioacchino da Fiore]. D'altro canto, dal punto di vista teologico (ma, prima, antropologico), esso è determinato dalla necessità di giustificare la primazia dell'uomo, il suo essere *imago Dei*. E' evidentemente anche per il presente motivo che Jarraux ha definito la speculazione dell'Olivi come "*antideterminismo*", cfr. (Jarraux, 1933), p. 290: «*Je n'en dirai qu'un mot qui, dans ma pensée, centralise tuot: ce système est, essentiellement, partuot, toujours, un antideterminisme*». Del resto, Simoncioli ben esplica il punto, quando asserisce che, secondo il Bacelliere Provenziale, il determinismo, al contrario del voloniarismo, spersonalizza l'uomo, lo annichilisce, riducendo l'uomo al livello del bruto, cui finisce per essere superiore soltanto per la propria intelligenza (!). Il vero determinismo, ci priverebbe, insomma, della vera nota specificamente umana. L'Olivi in merito, è tranciante. Si veda *Quaestiones in secundum librum sententiarum*, vol. II, p. 338: «*Hic error determinismo id quod proprie sumus, personalitatem scilicet nostram, a nobis tollit nihilque amplius nobil dat nisi quod simus quaedam bestiae intellectuales, seu intellectum habentes*».

convergono verso il medesimo punto: la libertà è ciò in base al quale l'uomo possiede la propria dignità³⁴¹, ed occorre prestare ossequio a ciò nel reperire quale sia la facoltà³⁴² che più di tutte rispetti detto ordine³⁴³.

Anzi, addirittura essa fa sorgere la personalità dell'uomo³⁴⁴, dato che essa non è altro che «*quod per se existentia dominativa et libera et in se ipsam cum quadam libera reflexione possidens*»³⁴⁵.

³⁴⁰ Gli esempi sono innumerevoli. Ad esempio: *Quaestiones in secundum librum sententiarum*, vol. I, p. 11. Si tratta di un percorso argomentativo che pone in luce chiaramente i caposaldi della teoresi oliviana. In primo luogo c'è il riferimento all'immagine perfetta della volontà, ossia la volontà creatrice, *id est*, Dio stesso: «*Praeterea, quod creat et conservat in aliis per se existentiam summam et firmissimam debet in se habere per se existentiam tanquam causalem et exemplarem illarum rerum quas facit et facere potest*». Quindi l'affermazione tranciante: «*sed omnis existentia non libera nec personalis est incomparabiliter minor quacumque libera vel personalis*». Segue la gerarchia della libertà causante: «*et omnis libera quae non potest alteri dare vel dare per se existentiam est incomparabiliter minor illa quae hoc potest; ergo omnis potentia creans est quaedam personalis et libera per se existentia in infinitum transcendens nostram personalitatem et libertatem. — Praeterea, constat quod omnis forma corporalis aut sequens leges corporis nihil potest agere nisi sub certo aspectu, aliquo modo respiciendo determinatum situm et locum; ergo impossibile est quod potentia creans sit aliqua talis aut quod insit alicui tali formae; ergo potentia creans est necessario potentia intellectiva et libera. Ex quo ulterius arguo: Omnis potentia intellectiva vel volitiva cuius actus differt ab ipsa nunquam potest operari suos actus nisi sub determinato aspectu ad immediata obiecta suorum actuum; oportet enim quod tam potentia quam eius actus fortissime applicentur alicui rationi obiectivae; si autem respectu actus intrinseci oportet eam per certos aspectus protendi, ergo multo magis hoc oportebit respectu vel effectus extrinseci; sed talis modus repugnat modo creationis et rationi eius; ergo oportet quod omnis potentia creativa sit talis potentia intellectualis quod ipsa sit suus actus, ita quod sit suum intelligere et suum velle; sed sicut alibi est probatum, omne tale est summus Deus; talis etiam potentia nihil operatur extra nisi per suum liberum velle et per suam liberam excogitationem et dispositionem flendorum seu creandorum».*

³⁴¹ In *Quaestiones in secundum librum sententiarum*, vol. II, p. 249, si legge addirittura: «*Nihil autem est nobilius libertate*». Al punto che sono del parere che esso sia il fulcro della speculazione oliviana. *Rectius*, ne costituisca il propellente intellettuale, che lo portò a costruire un ammirabile nozione di volontà, una nuova antropologia, che riverbereranno i loro effetti sui secoli futuri. Infatti, senza remore Simoncioli chiosa: «*Nel mondo dello spirito non vi è nulla di più stimabile della libertà. Le realtà degli esseri non liberi ossia non persone, non regge minimamente in confronto con la realtà degli esseri liberi, degli esseri – persone. [...] E' per il dono della libertà che istintivamente intuiamo di superare all'infinito in dignità qualsiasi altro essere*» (Simoncioli, 1956), p. 1 - 2.

³⁴² Si rammenti che l'Olivì scrisse che l'uomo, se fosse solo per l'intelletto e non per la libertà (*rectius*, per la volontà essenzialmente libera), sarebbe una mera «*bestia intellettuale*». L'espressione è davvero evocativa, ed è rinvenibile in nel già richiamato brano sito in *Quaestiones in secundum librum sententiarum*, vol. II, p. 338: «*Hic error determinismo id quod proprie sumus, personalitatem scilicet nostram, a nobis tollit nihilque amplius nobil dat nisi quod simus quaedam bestiae intellectuales, seu intellectum habentes*».

³⁴³ Ed è in base a ciò che, a parere mio, quantomeno per i profili di più diretta spettanza per il presente lavoro, non risulta eccessivo asserire che l'Olivì ha conferito al proprio pensiero una sistematicità ed una coerenza davvero notevoli. Cfr. *infra*. La mia opinione sembra comunque confortata dal Bettoni, laddove annota come il tema della libertà sia il tema centrale della psicologia del Nostro (Bettoni, 1959), p. 399. Io aggiungerei, più che della psicologia, dell'antropologia e, data la preminenza riconosciuta all'uomo, non soltanto dell'antropologia, bensì di tutto lo scibile filosofico e teologico. Nonché, ovviamente, giuridico.

³⁴⁴ Ovviamente, non nel senso tecnico di cui all'art. 1 del c.c., anche se, forse, i riverberi sul concetto di personalità giuridica sono meno infondati di quanto potrebbe apparire *prima facie*.

E' interessante notare come la *definitio* di libertà non si rinvenga³⁴⁶ all'interno degli scritti oliviani, se non indirettamente³⁴⁷. Eppure essa è chiaramente identificata quale lo spazio di non costrizione, uno spazio "vuoto", laddove la volontà possa librare senza limiti (per l'appunto!) la propria potenza.

f) Libertà, volontà ed autodeterminazione

³⁴⁵ *Quaestiones in secundum librum sententiarum*, vol. II, p. 200. I rilievi sulla personalità, in piena assonanza con la stessa terminologia dell'Olivi, sono rinvenibili in (Bettoni, 1959), p. 399. Si noti come ricorrano sovente lemmi quali *voluntas*, *dominium* (anche a mezzo dell'aggettivo "dominativa"), *libertas*.

³⁴⁶ E' interessante come Pietro di Giovanni Olivi non offra alcuna definizione, né di volontà, né di libertà, pur dimostrando (come si sta cercando di dar conto nelle presenti pagine) di far vela da concetti ben definiti delle medesime. Al solito, il Bacelliere è inequivoco: Cfr. *Quaestiones in secundum librum sententiarum*, vol. II, p. 316: «*boc enim in tantum est certum quod eius oppositum impugnat manifestissima veritatis lumina et experimenta et exterminat omnia naturae rationalis bona (...). Nec potest fundari aut manuteneri nisi per principia falsissima, simul omnis veri et boni subversiva*». Ed ancora, *Quaestiones in secundum librum sententiarum*, vol. II, p. 121: «*Est experimentum naturae nostrae intimum quo sentimus nos in radice liberi arbitrii per se et altissime consistere et omnia alia in ipsa stabiliri altiori modo[...] Non enim potest esse aliquid radix personalis subsistentiae nisi illud quod est super seipsum plene rediens et in seipso liberrime consistens*». Del resto, come si legge in *Quaestiones in secundum librum sententiarum*, vol. II, pp. 316 - 338, egli passa in rassegna detti concetti rinvenendoli entro il tessuto esperienziale. Come annota Bettoni, la libertà è come la vita: non si dimostra, si constata (Bettoni, 1959), pp. 400 - 401. Ed ecco che lo zelatore della *libertas* dovrà curarsi di rinvenire in primo luogo i segni della medesima e quando si troverà a controbattere le obiezioni dell'interlocutore dimostrare l'inconferenza delle medesime. Con il che, la libertà (e la volontà) non saranno mai oggetto di dimostrazione diretta.

³⁴⁷ L'Olivi nella sua dissertazione mostra comunque come in fondo ad ogni sentimento o pulsione umana vi sia la libertà [cfr. *Quaestiones in secundum librum sententiarum*, vol. II, pp. 318-9: «*omnes igitur internae accusationes et remorsus conscientiae et approbationes iustitiae et omnes excusationes quo quis suos vel alienos defectus a demerito nititur excusare, et omnes improbationes iustitiae, quae de zelo et sensu aequitatis manant, quae abundanter in omnibus hominibus reperiruntur et unusquisque in se ipso indubitabili experientia sentit, esse in nobis liberum arbitrium testificantur aperte*». Il tutto dopo aver esposto *in claris* come: «*Miro enim quodam modo nullus homo proprie et plene reputat aliquid pro poena, nisi adsit expressa repugnantia ipsius poenae ad quoddam robur et culmen voluntatis quo nullo modo patitur subici alicui violenter; et inde est quod quia in brutis et stultis sentit homo hanc repugnantiam non inesse, quod de nullo cruciato reputat homo eos proprie poenam habere*», in *Quaestiones in secundum librum sententiarum*, vol. II, p. 318. Si noti ancora come la volontà e la libertà siano il primo criterio di elezione dell'essere umano al di sopra delle altre creature]. Tuttavia, con tutta evidenza, si tratta di una petizione di principio. Mi permetto di aggiungere che il motivo fondamentale è che *libertas ac voluntas* rappresentano (oggi come allora, azzarderei), un postulato, un indiscussa presa di posizione concettuale, una *definitio* stipulativa, ora assurta al rango di incontestato *endoxon*. Del resto, da un punto di vista meramente "retorico", i frammenti oliviani ora ricordati tradiscono effettivamente la presa di posizione dogmatica (seppure, apparentemente, travestita da *praesumptio juris tantum*) del Nostro, il quale, lungi dal dimostrare i propri assunti fondamentali, ne dà per asseverata la fondatezza, costringendo gli interlocutori alla prova contraria. La sua eventuale confutazione cadrà, *apertis verbis*, solamente su detta prova contraria. A prescindere da siffatte considerazioni l'atteggiamento epistemologico dell'Olivi è comunque peculiare. Se, infatti, da un certo punto di vista, richiama la Scolastica, dall'altro, mi pare presentare più di qualche somiglianza con l'empirismo lockiano. E, forse, non a caso. Cfr. *infra*.

Al che l'Olivi si pone il problema di quali siano le condizioni per il libero operare, giungendo alla conclusione che la condizione fondamentale e primigenia consiste nell'autodeterminazione³⁴⁸.

Da cui consegue – e si tratta di distinzione tanto sottile, quanto dirimente – che la possibilità di scelta tra le alternative non è costitutivo essenziale della libertà, bensì soltanto una conseguenza della capacità primigenia, ossia dell'autodeterminazione³⁴⁹.

Mi pare si possa quindi asserire che, con tutta evidenza, la libertà sia intrinsecamente collegata alla volontà qualificandosi però come ad essa strumentale, *rectius* come attributo ineliminabile *ipsae voluntatis*, in mancanza del quale la volontà non potrà dirsi umana³⁵⁰.

In altri termini, a mente dello scrivente pare che la libertà sia essenziale in quanto essenziale è lasciare che la volontà si auto – determini.

La libertà consiste, quindi, nello spazio vuoto entro cui la *voluntas* può essere *dominativa*³⁵¹.

Secondo l'anodina voce dell'Olivi: «*Libertas nihil aliud est quam dominativa facultas ipsius voluntatis*»³⁵².

³⁴⁸ *Quaestiones in secundum librum sententiarum*, vol. II, p. 358: «*Voluntas dicitur habere libertatem primo et per se, quia id operatur operatur tamquam a se et non quasi ab alio applicata et mota, sed potius ipsa se ipsam applicat ad opus*». Cfr. altresì *Quaestiones in secundum librum sententiarum*, vol. II, p. 358: «*quod causa potest dici contingens, quia sua essentia secundum quam est potens agere est possibilis esse et non esse. Et hoc modo nobilior est causa necessaria quam causa contingens, hoc est, nobilior est causa cuius virtus et essentia habet necessitatem essendi quam illa cuius essentia non habet hanc necessitatem, immo super omnia eam in se includit. (...) Quod quanto contingit ratione domini et libertatis ipsius causae super suum effectum, attestatur nobilitati ipsius causae*». Cfr. (Bettoni, 1959), p. 400; (Simoncioli, 1956), p. 21; (Merino, 1993), p. 210.

³⁴⁹ *Quaestiones in secundum librum sententiarum*, vol. II, pp. 358 - 359: «*Secundario vero dicitur libera, quia potest in utramque partem oppositorum; hoc autem idcirco dixi secundario, quia in hoc non habet libertatem nisi ex eo quod hoc sibi convenit per hoc quod operatur quasi a se et non ut ab alio applicata*». In merito, anche Simoncioli nota come la *libertas oppositorum*, ossia il potere che ha la volontà di autodeterminarsi a fare o a non fare una cosa, e perciò nel potere di interrompere l'atto intrapreso, sia il presupposto delle altre tipologie di libertà: la *libertas a coactione* (che mira a che la volontà non sia determinata da alcun agente esterno) e la *libertas contrarietatis* (Simoncioli, 1956), pp. 23 - 24. Con tutta evidenza il fulcro delle potestà libertarie dell'uomo consiste nella potenza dominativa della *voluntas* cui le altre non sono che dei corollari già insiti nella *definitio voluntatis* medesima.

³⁵⁰ *Rectius*, stante quanto poc'anzi rammentato, una volontà siffatta, ossia non libera, non sarà degna di un essere umano, il quale non potrà più qualificarsi come tale. Si veda anche quanto citato *supra*.

³⁵¹ *Rectius*, ove essa deve essere, *per essentiam*, dominativa. Cfr. (Simoncioli, 1956), p. 22.

³⁵² Il riferimento è ad un luogo già più volte citato, ossia *Quaestiones in secundum librum sententiarum*, vol. II, p. 249. Il periodo termina significativamente in tal modo: «... *immo secundum hoc impossibile est ponere voluntatem liberam*». Si inizia ad intravedere, quindi, perché, a mente dello scrivente non pare azzardato ritenere che, quantomeno sotto taluni profili, *libertas* e *voluntas* consistano in un'endiadi. Del resto, ciò trova conforto in alcuni frammenti oliviani tratti dal *Commentarius Ordinarius*, sua opera giovanile: «*libertas arbitrii totaliter est ipsa voluntas quantum ad radicem et consistentiam suam [...] Libertas essentialiter est voluntas*», in App. 1. c. Evidentemente, come mi pare confermato *in claris* dalla penna del Provenzale, la primazia della volontà, quale facoltà fondamentale dell'uomo viene riaffermata (si pensi, ad esempio, che è solo grazie alla struttura della medesima che è necessario l'insorgere dello spazio di libertà). Ancora una volta, ci si trova dinanzi ad un pensiero dotato di notevole coerenza sistematica, di derivazione piana dai postulati primi.

Si badi altresì come l'impianto speculativo dell'Olivi scolpisca la volontà come *eminentermente causale*, con il risultato che la volontà libera (del resto, altrimenti non sarebbe tale!) è tale in quanto *causa incausata*. Ovverosia come incausato causante, nel senso che essa non trova altra causa efficiente che in se stessa, ponendosi tuttavia come forza motrice dei fenomeni ad essa sottoposti.

Essa liberamente causa *ac ex se et non ab alio movet*, per utilizzare la terminologia del bacelliere provenzale³⁵³.

Il Nostro, del resto, scrive con chiarezza: «*actus autem voluntatis et maxime ille qui dicitur consensu est quasi quidam impulsus datus ipsi voluntati a seipsa et nihilominus est ultima motio ipsius voluntatis*»³⁵⁴.

Solo così l'uomo è davvero concepibile come *imago Dei*³⁵⁵, conservando, per benevolenza di Dio, entro la propria sfera (seppur limitata), gli attributi di assolutezza e di libertà propri del suo Creatore³⁵⁶.

³⁵³ Cfr: i già citati *Quaestiones in secundum librum sententiarum*, vol. II, p. 358: «*Voluntas dicitur habere libertatem primo et per se, quia id operatur operatur tamquam a se et non quasi ab alio applicata et mota, sed potius ipsa se ipsam applicat ad opus*». *Quaestiones in secundum librum sententiarum*, vol. II, p. 358: «*Secundario vero dicitur libera, quia potest in utramque partem oppositorum; hoc autem idcirco dixi secundario, quia in hoc non habet libertatem nisi ex eo quod hoc sibi convenit per hoc quod operatur quasi a se et non ut ab alio applicata*».

³⁵⁴ *Quaestiones in secundum librum sententiarum*, vol. II, 434, il quale prosegue: «*quia autem illud genus quod impellit ipsum mobile taliter quod moveatur dicimus quod movet ipsum ad talem motum: idcirco, quando voluntas exit in actum volendi, qui simul est impulsus voluntatis et eius motio, dicimus quod movet eam ad volendum*». Si noti altresì la traslazione “automatica” tra *voluntas* e *consensus*. In merito Simoncioli ha precisato che «ogni atto di volontà, soprattutto il consenso, è un autodeterminazione» (Simoncioli, 1956), p. 22. Con tutta evidenza il *consensus* è ridotto ad atto unilaterale di auto - causazione dell'atto volontaristico, ossia di pura autodeterminazione. E' degno di nota, anzi, a mio parere decisamente interessante come mediante il lemma *consensus* si venga a significare l'atto volontaristico *in se stesso*. L'asserzione ora accennata mi pare trovi conforto in *Quaestiones in secundum librum sententiarum*, vol. II, p. 329: «*Non enim omnem appetitum seu actum voluntatis consensum vocamus, multa enim appetimus quibus non consentimus. Et ut breviter expediam, quicumque actus nostrae voluntati insit, nunquam dicitur consensus, nisi sit a nobis ita quod voluntas tanquam ex se operetur; voco autem operari a se, quando nullius alterius agentis impulsu, sed solum ex proprio motu agens in actum se accommodat*».

³⁵⁵ Istanza da cui, si rammenta, l'Olivi aveva fatto vela con la propria speculazione inerente l'antropologia.

³⁵⁶ «*In ogni essere libero la volontà non è che autodeterminazione, autodomio*» (Simoncioli, 1956), p. 24. L'Autore prosegue così: «*Ma non ogni essere libero gode di un medesimo grado di libertà. Si può stabilire che la creatura, la quale non può comunicare questo sublime dono ad altri, usufruisce della libertà in un grado infinitamente inferiore a quello che è proprio di Dio, il quale ci ha creati liberi* [cfr. il già citato *Quaestiones in secundum librum sententiarum*, vol. I, p. 11]. *L'Essere divino è autocoscienza e libertà, atto infinito di conoscenza e d'amore di sé, e tale identificazione è impossibile nel soggetto umano*» (Simoncioli, 1956), p. 24. Cfr. altresì *Quaestiones in secundum librum sententiarum*, vol. III, 125: «*In solis etiam ipsis consummatissime sumptis consistit totum esse et tota essentia et tota virtus et bonitas et felicitas Dei [...]. Ad quod clarius intelligendum nota quod tanta est divina perfectio quod non potest communicari creaturae nisi partialiter et partite; unde dicimus creaturam participare divinas perfectiones, id est, partialiter et quasi per partes capere. In Deo autem sunt id ipsum sua fundamentalis per se existentia et sua consummatio beatifica, et ideo utraque harum perfectionum consistit in actibus sui scire et amare*». Tuttavia è evidente che, entro i limiti umani (teologicamente individuati, eppure privi di una propria consistenza ontologica), l'uomo è totalmente libero, quindi è davvero dio del proprio dominio. E non potrebbe essere altrimenti. Si potrebbe addirittura inferire (e chi

In altri termini, si tratta di quello che acutamente è stato definito come “*indeterminismo universale*”³⁵⁷, in forza del quale nessuna realtà può determinare o necessitare la volontà³⁵⁸.

E’ per tale motivo che non si può che concludere come, strutturalmente, l’autodeterminazione non consista *in primis* nella possibilità di scelta, intesa come possibilità intellettuale di operare un discrimine tra le alternative, bensì nella potenza volontaristica di liberamente poter scegliere una delle alternative a disposizione del soggetto.

Il che, si badi, non fa altro che ribadire e chiarificare la struttura della volontà così come ora accennata.

A parere dello scrivente la distinzione è sottile eppure dirimente, in quanto conferisce alla *voluntas* la piena signoria *causale* della vita dell’uomo, sia interiore che

scrive opterebbe per detta ricostruzione, pur audace) che la libertà assoluta così concepita sia tale per volontà divina, di Dio che ha voluto creare l’uomo evidentemente simile a sé, tranne che nell’atto creativo *ex nihilo*. Il che, di nuovo però non riesce (e, soprattutto, non può!) a spiegare come i limiti della volontà umana possano essere intrinseci e non soltanto estrinseci. A parere di chi scrive, la volontà umana è totipotente ed assoluta. Se non lo può essere *de facto*, lo è solo per una limitazione imposta da altra *voluntas* a lei, per forza o per fatto, poiziore. Evidentemente il diritto oggettivo non sussiste più (in quanto inconcepibile e radicalmente incompatibile con una siffatta impostazione), ed il diritto finisce, *ipsa via electa*, per ridursi a mera narrazione dei fenomeni fattuali, ossia, mera espressione di potere. Cfr. *infra*.

³⁵⁷ (Simoncioli, 1956), p. 108. Cfr. *Quaestiones in secundum librum sententiarum*, vol. II, p. 326: «*Voluntas enim habet summam indeterminationem respectu obiectorum et actuum modorum agendi*». Ma cfr. altresì, *Quaestiones in secundum librum sententiarum*, vol. II, p. 327: «*Respectu etiam actuum est valde indeterminata. Si enim in hora agendi et dum agit sic esset inclinata ad illos actus sicut sunt cetera agentia ad suos: tunc quando agimus aut in ipsi initio actuum non sentiremus in nobis quandam potestatem et facultatem in promptitudine valentem non agere in quod agit. Hoc autem certissime omnis homo sentit apud se, etiam – quod maius est – in his ad quae multum homo sentit in se habere quandam potestatem quae non sic est determinata ad agendum, quando agit, et ad non agendum, quando non agit, quin, quando agit, possit id non agere, et quin, quando non agit, possit id agere*».

³⁵⁸ (Simoncioli, 1956), p. 108. E ciò rimanda ancora alla necessità di concepire la volontà come libera, e libera in quanto si autodetermina. Ancora una volta, si tratta chiaramente non di una dimostrazione (altrimenti viziata da una petizione di principio), bensì di un’esplicazione dei diretti corollari della nozione eletta. E’ rilevante porre in luce come, a mente dell’Olivi [cfr. *Quaestiones in secundum librum sententiarum*, vol. II, p. 325: «*potest enim in rationem boni increati et in rationem iusti et commodi et in rationem boni delectabilis (...). Sed hanc indeterminationem seu ambitum impossibile est eam habere sine libertate*»; cfr. anche p. 329], la volontà libera si determina liberamente anche nel proprio slancio verso il bene. Il che pone la speculazione oliviana su di un piano di notevole differenza rispetto all’elaborazione del *Doctor Angelicus*. Si badi altresì che per il Nostro bacelliere, posta l’ovvia libertà dell’uomo anche dinanzi a Dio (il che è ovvio, senza volontà, non si potrebbe amare liberamente Dio), «*alla felicità, al Bene Sommo andiamo liberamente ed anche necessariamente. Liberamente, perché la volontà è libertas; necessariamente nel senso che non si può volere il suo opposto e perché appetitus. Tale necessità non contraddice alla libertà. Non è forse vero che Dio necessariamente e liberamente si ama?*» (Simoncioli, 1956), p. 109. Cfr. *Quaestiones in secundum librum sententiarum*, vol. II, p. 359: «*Libertati, de cuius essentia non est quod nullam necessitatem naturalem patiat. Sed hoc est de essentia eius quod ipsa, in quantum libera et a liberis actus libere ordinata, cogi non possit et quod, pro quanto habet dominium super oppositus actus, necessitari non possit ad alteram partem, nisi a solo Deo vel a seipsa per causam peccati auferendo sibi potentiam operis meritorii*».

estriore, rendendo il medesimo responsabile per le scelte da esso *volute*³⁵⁹, in quanto essenzialmente libere e promananti dal nucleo fondamentale ed essenziale della sua *persona*.

Rebus sic stantibus, è allora necessario che la volontà possa piegare a sé le altre potenze dell'anima³⁶⁰, altrimenti non potrebbe dirsi libera, bensì condizionata, in quanto sarebbe *ab alio determinata* nel dispiegare la propria potenza causale³⁶¹.

In altri termini, affinché possa esservi autodeterminazione «*occorre che la volontà muova in qualche modo se stessa; occorre che sia arbitra dei suoi atti al punto da poter piegare al suo servizio tutte le potenze dell'anima: occorre, in altre parole, che la volontà, oltre che “motor sui”³⁶² si riveli come la molla ultima di tutta la nostra vita interiore*»³⁶³.

Ed, infatti, libertà e dominio si presentano in Olivi con connotazioni sinonimiche³⁶⁴, e spesso si rinviene apposto l'attributo “dominativa” alla volontà³⁶⁵.

³⁵⁹ Ed ecco, quindi, che una conseguenza chiara della volontà libera è la responsabilità, l'imputabilità della condotta all'agente. E non in quanto imputabilità *oggettiva*, bensì (si perdoni il grossolano ed impreciso prestito del lessico giuspenalistico) *sogettiva*, in quanto diretta esplicazione della soggettività dell'uomo. E' per tale motivo che all'uomo può essere imputata. Giunge a siffatte conclusioni anche Simoncioli, seppure, coerentemente alla speculazione di impianto teologico del Nostro bacelliere, puntando l'accento sulla responsabilità morale. In particolare, Olivi pone in luce come la libertà sia essenziale ai fini di poter riconoscere all'uomo la responsabilità morale, al contrario del tutto soffocata e cancellata dal determinismo: «*soppressa la libertà non ha più senso parlare di merito e di demerito, di giusto e d'ingiusto, di lode e di biasimo, di virtù*» (Simoncioli, 1956), p. 105. Cfr. altresì *Quaestiones in secundum librum sententiarum*, vol. II, p. 335: «*Exterminat quidem bonum omnis virtutis, qua ubi nulla est ratio meriti et demeriti, laudis et virtutis, iusti et iniusti, nulla penitus potest esse ratio virtutis. Ablato autem libero arbitrio praedicta sic sunt penitus excufflata ut nec etiam intelligi possint*». Ed anche *Quaestiones in secundum librum sententiarum*, vol. I, p. 97: «*Primum autem quantae impietatis sit in Deum monstratum est in materia de libertate voluntatis Dei per quam sine omni variatione sui potest libere ferri super opposita obiecta et super oppositos effectus; si enim Deus omnia quae facit necessario facit nec aliter agere aut non agere potest: omnis timor et reverentia, amicitia et gratia, spes ac deprecatio seu imploratio frustra habetur ad eum nihilque veri domini habet in rebus; et ex quo ab eo libertas in opposita tollitur, multo magis ab omnibus quae sunt sub ipso; ex quo iterum vorago infernalis impietatis consurgit, sicut in materia de libertate voluntatis humanae est abunde monstratum. Secundum autem directe tollit libertatem omnibus causis ab ultima usque ad primam, licet quandam falsam et passivam libertatem ipsi somnient cum praedictis; statuitque fatales constellationes, quia omnes varietates motuum inferiorum sive directe sive oblique reducit in motum caeli et in varios aspectus stellarum*».

³⁶⁰ (Merino, 1993), p. 210.

³⁶¹ Potenza che, si può agevolmente inferire, non sarebbe più, quindi, da *imputarsi* all'agente.

³⁶² Anzi, secondo altro Autore, affiorerebbe quivi un secondo concetto di volontà, che si situerebbe accanto a quello di autodeterminazione: quello di *autodominio* della volontà, cfr. (Simoncioli, 1956), p. 22. In realtà pare a chi scrive che le connotazioni della libertà oliviana (peraltro messe ben in luce da Simoncioli) conducano ad un concetto nuovo, che, se di partenza assomiglia al concetto di libertà come dominio di stampo bonaventuriano [cfr. (Simoncioli, 1956), p. 22], da esso finisce poi per smarcarsi. Del resto, lo stesso Autore annota come «*la libertà è autoriflessione, autodeterminazione, autodominio: questi concetti si implicano e si richiamano a vicenda. La volontà che si autoriflette, anche si autodetermina; la volontà che si autodetermina, anche si autoriflette, anzi proprio si autodetermina in quanto si autodetermina*» (Simoncioli, 1956), p. 23.

³⁶³ (Bettoni, 1959), p. 400.

³⁶⁴ Cfr. *Quaestiones in secundum librum sententiarum*, vol. II, pp. 320 – 322): «*Quod etiam non est liberum non est sui gratia, cum sit necessitati totaliter subiectum et ita potius videatur ab altero possessum, sicut servus possidetur a domino(...). Quae quidem veraciter aut rationabiliter optari non possunt nisi habenti dominium seu dominativam*

Di conseguenza, l'essere veramente libero agisce con dominio³⁶⁶.

L'autodeterminazione si manifesta quindi come un dominio, come la padronanza incontrastata e incontrastabile della volontà sui suoi atti³⁶⁷.

In merito, osserva giustamente Simoncioli, che, per il Nostro bacelliere, «*gli atti liberi son quelli che lo spirito compie con pieno dominio*³⁶⁸. *L'alto dominio, di cui si sostanzia l'atto volitivo, è costitutivo essenziale della libertà*³⁶⁹. *Si ha un'esistenza libera, solo se la volontà è potenza motrice e dominatrice*³⁷⁰. *E negativamente: non è libero l'essere che non agisce autodeterminandosi, né agisce autodominandosi*³⁷¹.

g) Il ruolo subordinato dell'intelletto

S'era scolpita però la primazia dell'uomo nell'ordine creaturale a partire dalla presenza, in lui, delle facoltà dell'intelletto e della volontà. Se s'è fatto menzione finora della volontà, vera regina delle facoltà, che succede all'intelletto? Dare tanta attenzione alla volontà a scapito dell'intelletto è stato un errore, sia dell'Olivi che dei suoi esegeti e, da ultimo, dello scrivente, oppure l'Olivi articola il binomio *voluntas – intellectus*, tanto caro alla Scolastica, in maniera affatto peculiare?

La risposta del Provenzale è chiarissima nonché, a parere dello scrivente perfettamente in linea con le direttrici fondamentali della sua speculazione³⁷².

Per l'Olivi, infatti, essendo l'autodeterminazione di competenza soltanto della volontà, non è possibile che sia altri da questa a determinarla³⁷³: essa determina se stessa e le altre potenze³⁷⁴.

libertatem» (p. 320); «*Si enim in homine nulla est libertas per quam possit homo aliis dominari et aliis praecipere, nulla est ratio voluntarie subiciendi se alicuius domini imperio. Unde patet indubitanter quod omnis affectus quo servi aut subditi suos superiores et dominus reverentur clamat eos habere potestatem dominativam et imperativam*» (p. 321); «*Praeterea, certum est omnem hominem naturalissime desiderare libertatem et cum quodam dominio hanere omnia sua (...)*» (pp. 321 – 322).

³⁶⁵ Come ha osservato correttamente (Simoncioli, 1956), p. 22. Cfr. *Quaestiones in secundum librum sententiarum*, vol. II, p. 249: «*Sicut enim sentire non possumus vel apprehendere actum voluntatis, nisi prius existat, non propter hoc quin intellectiva potentia, quantum est de se, praecedat in agendo actum voluntatis*»; e p. 290: «*Et ideo non mirum, si eadem potentia intellectiva potest in quaedam (...)*».

³⁶⁶ Cfr. *Quaestiones in secundum librum sententiarum*, vol. II, p. 172: «*intellectivum, in quantum tale est idem quod potens intelligere, et liberum, in quantum liberum, est idem quod potens dominio et libere agere*».

³⁶⁷ (Bettoni, 1959), p. 400

³⁶⁸ *Quaestiones in secundum librum sententiarum*, vol. II, p. 530: «*numquam autem actus liberos, qui scilicet exeant ab ea com pleno dominio*».

³⁶⁹ *Quaestiones in secundum librum sententiarum*, vol. II, p. 292: «*quod voluntas libera in nihil arduum posset ire nec aliquid velle per modum altum et dominativum. Quod est contra rationem libertatis*».

³⁷⁰ Cfr. *Quaestiones in secundum librum sententiarum*, vol. II, p. 546.

³⁷¹ (Simoncioli, 1956), pp. 22 – 23.

³⁷² Nonché in aperta polemica con molti pensatori del suo tempo tra cui Giovanni De Murro, il quale fu uno dei membri della commissione che esaminò le teorie dell'Olivi e lo costrinse ad abiurarne talune. Cfr. (Fussenegger, 1947).

³⁷³ Altrimenti, con tutta evidenza, essa non consisterebbe più in un'auto – determinazione, bensì in un'etero – determinazione.

Da cui consegue che la «volontà tende al proprio oggetto liberamente, l'intelletto vi tende invece necessitato»³⁷⁵. Quest'ultimo, infatti, detiene un mero potere ostensivo, non certo un potere motivato³⁷⁶. L'*intellectus*, infatti, non si limita all'*adprehensio* degli oggetti, bensì li giudica, li scruta, quanto e come vuole, confronta i giudizi e così facendo progredisce nella conoscenza³⁷⁷.

³⁷⁴ Ancora una volta, i frammenti oliviani sono eloquenti. Cfr. *Quaestiones in secundum librum sententiarum*, vol. III, p. 26: «*potentia cognitiva non potest se ipsam movere et convertere ad sua obiecta nec ad suos actus cognitivos, quia solius potentiae voluntatis est movere se ipsam et alias potentias*». Si noti come l'Olivio connota anche l'*intellectus* come *potentia*. Dal che discende che la dinamica tra *voluntas et intellectus* sia una dinamica tra potenze, come l'Olivio mette in chiaro. La volontà detiene quindi il potere massimo tra le facoltà umane. E fra le volontà... si tratta nuovamente di una dinamica di dominio e potenza. Su come il sottoscritto interpreti la dinamica tra potenze, si veda *infra*.

³⁷⁵ (Simoncioli, 1956), p. 30. Cfr. *Quaestiones in secundum librum sententiarum*, vol. II, p. 246: «*Cum igitur omnis potentia habeat essentialem inclinationem et respectum et ordinem ad suam rationem obiectivam, qui sunt de ratione eius, in quanto est potentia, cum etiam intellectus et voluntas habeant varios modos inclinationis et respectus et ordinis, qui sunt de ratione ipsarum, in quantum talia – intellectui enim est essentialis modus expressivus seu aptitudo ad exprimendum et assimilandum, voluntati vero modus unitivus seu aptitudo ad uniendum se amato vel separandum se per odium, in voluntate etiam est modus tendendi in obiectum per modum libertatis et quasi a se, in intellectu vero per modum naturalis necessitatis*», seppure nel prosieguo del passo l'Olivio tenda ad annacquare la differenza, rimarcando le differenze con Dio. Se ciò è ben comprensibile, ciò che altresì emerge è la primazialità del volere, il quale non è vincolato alla “necessità naturale”. In altri termini, non è determinato: è, e deve essere, *per essentiam*, libero.

³⁷⁶ Se la ragione fosse principio di movimento e di dominio, allora la libertà sarebbe da considerarsi pertinente ad essa e non alla volontà, dato che l'intelletto potrebbe autodeterminarsi e la volontà no. Indi per cui, la volontà non si autodeterminerebbe, mentre lo farebbe l'intelletto, per il quale la prima azione, anziché la conoscenza, sarebbe l'autodeterminazione stessa. Il che, a parere mio non mette in opera che l'ulteriore petizione di principio, dato che utilizza come argomento di prova, lo stesso *thema probandum*. Ciò sta a mostrare come si tratti di una presa di posizione dogmatica dell'Olivio, ossia del suo postulato volontaristico (*rectius*, dell'aver postulato una data concezione di volontà). Cfr. *Quaestiones in secundum librum sententiarum*, vol. III, p. 195, ove l'Olivio, come al solito, si mostra chiarissimo: «*Ad quartum dicendum quod sicut alibi satis est tactum, rationis non est imperare motive, sed solum dictative seu ostensive, nisi nomine rationis sumeretur tota mens prout aggregat in se intellectum et voluntatem, sic enim frequenter sumitur a sanctis. Si enim ratio haberet vim imperandi motivam et dominativa: tunc sibi principalius et substantialius competeret ratio libertatis et dominativi quam voluntati. Tunc etiam moveret ipsa libere se ipsam nunc ad hoc, nunc ad illud cogitandum absque alio imperio voluntatis. Tunc etiam voluntas non esset libera nec se ipsam movens nec domina sui actus, immo esset necessario rationi subiecta et a rationis imperio mota. Rursus, si ratio se ipsam moveret et converteret et applicaret, tunc haec conversio esset primus eius actus a se ipsa factus essetque omnium praecipuus, tanquam causa scilicet aliorum. Et tamen non potest dici quod ille actus esset intelligere. Quae omnia sunt multis absurditatibus plena*». In merito, anche per gli ulteriori argomenti oliviani, (Simoncioli, 1956), p. 31.

³⁷⁷ (Bettoni, 1959), p. 403. *Quaestiones in secundum librum sententiarum*, vol. II, p. 323: «*Ratio nostra confert unum terminum cum altero, et unam propositionem cum alia et sic conferendo veritatem inquirat. invenimus quod ratio seu potentia intellective movetur a nobis nunc ad intuendum unum obiectum et tenetur ibi, quantum nobis plecet et quantum nobis utile videtur ad inquisitionem veritatis, et postmodum amovetur ab illo et applicetur ad aliud, aliquando vero applicatur ad aliquod eorum absolute, aliquando vero ad unum in relatione ad alterum, ite quod tunc simul intuetur utrumque*». Il tutto, ovviamente, in una cornice di non condizionatezza (ossia, di libertà). Cfr. *Quaestiones in secundum librum sententiarum*, vol. II, p. 328: «*Praeterea, sicut supra iam tactum est et in sequenti quaestione magis tangentur, voluntas potest se movere ad suos actus. (...) Ergo oportet voluntatem, prout est potentia sui ipsius motiva, esse liberam. Respectu etiam modorum agendi est valde, quantum*

Ma, la potenza capace di effetti causali nei confronti dei fenomeni (quali finiscono per essere le *humanae facultates*)³⁷⁸ non può essere l'intelletto, bensì, soltanto la causa efficiente per antonomasia, ossia la volontà³⁷⁹.

Volontà che, come s'è visto, è essenzialmente illimitata ed indipendente, ed è la potenza, l'unica, in grado di dominare le altre potenze³⁸⁰, anche quella intellettuale³⁸¹.

Il rapporto tra potenze si rivela infatti un rapporto movente – mosso, come scolpito benissimo dall'Olivi: «*Ad iudicandam autem huius impossibilitatis causam vel rationem attendenda est natura potentiarum istarum. Nam essentialiter sunt tanti ambitus quod omne ens et omne verum et bonum habent pro obiecto. Rursus, de essentia voluntatis est quod sit libera, et de essentia intellectus est quod sit libere mobilis ab illa*»³⁸².

Ciò significa che l'attività intellettuale e speculativa dominata dalla volontà è, ed è essenzialmente, non potendo connotarsi diversamente, un'esperienza che,

est da se, indeterminata; nam potest bene vel male agere seu virtuose et vitiose». Come sottolineato *aliunde*, la prospettiva tomista riceve nell'Olivi un'aperta ripulsa. Se per il *Doctor Angelicus* l'autodominio sta nella libertà del proprio giudizio [cfr. IIa IIae, q. 24, a. 1], il quale riceve dall'intelletto la propria mozione, per il Nostro bacelliere la prospettiva è diversa. Innanzitutto l'*intellectus* non ha una libertà originaria, bensì conferitagli dalla mozione volontaristica, la quale comunica la propria *libertas* all'intelletto (si noti come si tratti di mozione causale, di pulsione ad un oggetto oggetto del potere. Del resto, sia intelletto che volontà sono *potenze*): «*de essentia voluntatis est quod sit libera, et de essentia intellectus est quod sit libere mobilis ab illa*» [*Quaestiones in secundum librum sententiarum*, vol. I, p. 684]. Da cui discende che essere liberi nel giudizio non significa altro che la volontà, essendo essenzialmente libera, muove liberamente l'intelletto.

³⁷⁸ E non stupirà, quindi, che poi dal pensiero dell'Olivi potrà inferirsi la disponibilità delle categorie giuridiche rispetto all'uomo.

³⁷⁹ Cfr. altresì *Quaestiones in secundum librum sententiarum*, vol. II, p. 323: «*Certum est autem quod intellectus non movetur tunc nec tenetur nisi a voluntate nostrae; motus enim conversionis et applicationis et modus conversionis absolutae et relectae non possunt esse ab obiectis nec ab ipsomet intellectu*». In merito, scrive Bettoni: «*questa possibilità di iniziativa dell'intelletto nei confronti dell'oggetto – osserva l'Olivi – non è spiegabile né da parte della nostra potenza conoscitiva, né da parte dell'oggetto: solo la evidente dipendenza dell'intelletto dalla volontà ne offre una spiegazione plausibile*». Lo stesso Autore mette acutamente in luce come l'intelletto è limitato, nella propria attività conoscitiva, dagli oggetti che conosce, non potendo conoscere ciò che non conosce. La volontà, invece, non essendo limitata – per postulata *definitio* – non ha siffatti limiti e può muovere l'intelletto ad altri oggetti (sempre tra quelli conosciuti). Cfr. (Bettoni, 1959), p. 404. Che la questione sia risolta “gerarchicamente” a favore del postulato antropologico volontaristico, è scritto *in claris* laddove l'Olivi si cura di porre in luce come sia «*assurdo sostenere che in natura la volontà seguirebbe sempre i dettami della ragione, se non fosse travolta irresistibilmente dagli appetiti sensibili*» [(Bettoni, 1959), p. 405]. *Id est in Quaestiones in secundum librum sententiarum*, vol. II, p. 328): «*quia virtus inferior non potest mutare essentiam superioris, nec eius ordinem essentialem perturbare, nec etiam potest eam violentem ad vitium trahere*».

³⁸⁰ Ciò in ossequio al postulato dell'autodeterminazione. A prescindere da ciò, si noti, nuovamente, come la dinamica sia tra potenze.

³⁸¹ «*Libertas iudicii seu iudicandi et arbitrandi non dicit aliam libertatem nisi solam illam quae est in voluntate sicut nec libertas imaginandi varia aut sic manum movendi est in imaginatione vel manibus, sed solum in voluntate, quae non solum est libera ad movendum se, sed etiam ad movendum alias potentias. Unde habere libertatem discernendi et iudicandi non est aliud secundum ipsos quam habere voluntatem potentem libere movere intellectum ad hoc vel illud cogitandum, discernendum et iudicandum*», in *Quaestiones in secundum librum sententiarum*, vol. II, p. 331.

³⁸² *Quaestiones in secundum librum sententiarum*, vol. I, p. 684.

nonostante l'*intellectus* ne rappresenti una *condicio sine qua non*³⁸³, ha luogo nel campo della volontà.

Ergo, della libertà³⁸⁴.

h) Ancora sul binomio volontà – libertà

Che esse siano strettamente collegate dovrebbe essere ormai chiaro, ed è in questa consustanzialità che, nuovamente, può comprendersi appieno la struttura della volontà³⁸⁵.

³⁸³ (Simoncioli, 1956), p. 33. E' interessante notare come Olivi metta in luce che, ai fini di una corretta comprensione della dinamica causale, è opportuno ricordare che, come insegna l'esperienza, «*la volontà può per se stessa produrre il proprio atto, senza che sia mossa dall'oggetto* [cfr. *ex multis, Quaestiones in secundum librum sententiarum*, vol. II, p. 373; *Quaestiones in secundum librum sententiarum*, vol. II, p. 560)], *tuttavia si esige necessariamente la presenza dell'oggetto*» [(Simoncioli, 1956), p. 87], il che connota in maniera decisamente differenza la volontà di Dio rispetto a quella umana. Se questa necessita di un oggetto terminante l'atto immanente, la volontà divina non necessita di alcun oggetto per esplicitare la propria azione, essendo il creatore [cfr. *Quaestiones in secundum librum sententiarum*, vol. III, p. 130)]. Secondo la sottile analisi che ne fa Simoncioli, questo sarebbe uno degli elementi che porterebbero decisamente a confutare l'accusa di arbitrarismo sollevabile nei confronti del provenzale [(Simoncioli, 1956), p. 89 e ss.; in merito, si veda anche l'appassionata trattazione contenuta alle pp. 37 e ss.]. Che ciò non mi paia realmente fondato, o, meglio, che il limite sia solo estrinseco e non intrinseco all'atto volitivo umano (ma, presumibilmente, anche divino) verrà esplicitato meglio *infra*.

³⁸⁴ Appare ancora una volta evidentissimo il tentativo di fondare un'antropologia basata sulla primazia dell'uomo e delle di lui facoltà (di volontà e, quindi, di libertà) come *imago Dei*. Addirittura, ad essa è legata l'autocoscienza umana: «*l'autocoscienza che caratterizza la nostra attività conoscitiva e volitiva, presuppone infatti la capacità di mettere tra parentesi tutti gli elementi e aspetti oggettivi del nostro atto di intendere e di volere e di ritirarci, per così dire, nell'intimità assoluta del nostro atto, concentrando su di esso tutta la nostra attenzione. Solo una padronanza, un dominio pieno dei nostri atti intellettivi e volitivi rende ragione di questa possibilità di distoglierli dagli oggetti, a cui sono naturalmente diretti, di invertire, in un certo senso, la loro spontanea intenzionalità verso le cose, facendoli diventare oggetto di se stessi. Nulla come il potere riflessivo rivela fino a che punto gli atti di intendere e di volere siano indipendenti dagli oggetti*» (Bettoni, 1959), p. 404. Sempre puntuale, Bettoni richiama in materia due scritti oliviani. In particolare *Quaestiones in secundum librum sententiarum*, vol. II, p. 324: «*Nos enim manifestissime experimur in nobis quod mens nostra tam per cogitationem quam per amorem reflectitur seu convertitur ad se directe et immediate tanquam ad obiectum sui ipsius directum et immediatum (...). Quicquid enim reflectit se ad se, videtur esse valde absolutum et valde liberum ab omnibus inclinationibus quibus virtutes ad objecta extrinseca necessario trahuntur; nec potest ut videtur, maior absolutio cogitari, quam quod aliqua virtus ita sit in se recollecta quod in se ipsam sit immediate reflexa et potens se reflectere*». E poi, per ribadire come ciò sia sempre mosso dalla volontà, necessariamente. Cfr. *Quaestiones in secundum librum sententiarum*, vol. II, p. 325: «*Si autem dicitur quod intellectus reflectit se super se, et tamen non est potentia libere: scire debet qui hoc dicit quod numquam intellectu reflectit se, quia numquam movet se, sed potius voluntat reflectit ipsum, cuius est movere tam ipsum quam alias potentias sibi subjectas*»; cfr. altresì (Bettoni, 1959), p. 404, nota n. 24. Mi permetto soltanto di sottolineare come ciò sia necessario, ai lumi dei postulati speculativi eletti dall'Olivi, sia a partire dalla nozione stessa di volontà, che per preservarla. Per l'appunto, si tratta di una conclusione, *ipsa via electa*, necessitata.

³⁸⁵ *Rectius*, forse, la struttura della sua dinamica.

Essa, infatti, può *liberamente* decidere se determinarsi ad un determinato atto ovvero ad un altro, avendo la possibilità di compiere qualsivoglia atto sotto il proprio *dominium*³⁸⁶.

Con il che l'essenziale autodeterminarsi della volontà si esprime attraverso una possibilità di autonomia irrelata «*non solo di fronte agli oggetti, ma anche di fronte allo stesso agire e al modo o misura dell'agire*»³⁸⁷, che si caratterizza per un'*immunitas* dell'atto volitivo, sia da interferenze interne, che esterne³⁸⁸.

Al contempo, ovviamente, se l'uomo è libero di determinarsi verso un oggetto ovvero verso un'azione o di non determinarsi, ne consegue che egli, proprio per il fatto di essere libero, nel senso di essere dotato di una volontà³⁸⁹, può decidere anche *come* compiere un'azione o volere un oggetto³⁹⁰.

In altri termini, l'uomo può "*graduare*" il proprio atto di volontà³⁹¹.

E tutto ciò è possibile soltanto laddove la volontà sia libera di autodeterminarsi³⁹², ossia, quando abbia effettivamente i crismi della *volontà*³⁹³ così concepita³⁹⁴.

³⁸⁶ Anche se, più propriamente, ella può agire, *de facto*, soltanto su ciò che è stato oggetto di conoscenza intellettuale. Il che, però, configura soltanto una limitazione fattuale, essendo, invece, come già rammentato postulato come ontologicamente illimitato il potere auto – determinativo della *voluntas*. Cfr. *Quaestiones in secundum librum sententiarum*, vol. II, p. 325: «*certissime enim intra nos experimur quod voluntas nostra retinet se non solum ab indifferentibus, sed etiam a multis quae appetit, et tam se quam alias potentias saepe cum multo moderamine tenet et regit, ite quod tam sibi quam aliis imprimit regulam et moderationem virtutis. Exprimur etiam quod frequenter se ipsam impellit et movet etiam ad res quas prius refugiebat et odio habebat, ut ad amendum inimicum suum. Sed omnis potentia quae ab actu potest se retinere et retrahere et ad eundem actum impellere est libere ad tendendum et non tendendum tanquam habens potestatem et dominium super utrumque*».

³⁸⁷ (Bettoni, 1959), p. 405.

³⁸⁸ (Simoncioli, 1956), p. 92. E' interessante notare come acutamente Simoncioli metta in luce che, a differenza di grande parte della filosofia moderna, l'atto volutaristico oliviano è non – determinato anche *ab intra*. E' davvero rivoluzionario, ed il motivo è intuibile a lume dei caposaldi della sua speculazione, l'aver concepito la volontà come un barbaglio incondizionato, una potenza irrelata e, *de facto* creatrice, demiurgica, totipotente.

³⁸⁹ Essenzialmente libera. E che, entro lo spazio detto "libertà" ha potenza causale piena e, almeno tendenzialmente, illimitata sui fenomeni. Si vedrà in seguito come ciò fatalmente ingeneri la dinamica soggetto – oggetto, già più volte richiamata. Del resto appare evidente come una volontà così scolpita non possa contemplare altro che fenomeni su cui dispiegare la propria efficacia causale.

³⁹⁰ Ed è, questo, un esplicito corollario essenziale ai fini del discorso che si va svolgendo in questa sede. Cfr. *infra*.

³⁹¹ (Bettoni, 1959), p. 405. Il che, del resto, è assolutamente logico. Qualora la volizione fosse necessitata non nell'*an* della scelta, bensì nel *quomodo* di concretizzazione della medesima, essa non sarebbe più, almeno in parte, libera. Il che sarebbe assurdo, dati i postulati di partenza.

³⁹² Non può non balzare agli occhi come tra volontà, libertà ed autodeterminazione si crei fatalmente un intreccio concettuale. E di come, alla luce della primazia della volontà, esse non siano che forme di manifestazioni necessarie e non accidentali della medesima, finendo per costituire, tra di loro e con essa un'endiadi. E ciò sovente anche nel linguaggio giuridico contemporaneo. In merito, rinvio alla seconda parte del capitolo intriduttivo del presente lavoro.

³⁹³ E' interessante notare che sotto il presente profilo l'Olivi parla di "*consenso*", tracciando in tal modo una linea di demarcazione tra l'*actus voluntatis* e gli altri atti spontanei. Cfr. *Quaestiones in secundum*

Ecco il cuore pulsante dell'uomo: la sua volontà!

E' grazie ad essa³⁹⁵ che egli si caratterizza rispetto ad ogni altro essere presente nel creato. Per mezzo di essa, infatti, l'uomo si apre all'infinito. La *voluntas*, a guisa di facoltà che traduce operativamente l'anelito mistico dell'uomo, connota di detti caratteri di infinitezza tutto l'agire umano³⁹⁶ e porta l'uomo stesso verso il Dio di cui è immagine³⁹⁷.

E l'impreteribile legame appare ancora, lampante: «*tale illimitatezza del volere è inconcepibile senza la libertà. Infatti una potenza che non è di sua natura libera e indipendente è anche naturalmente limitata nel suo agire: essendo infatti in tutti i suoi atti necessariamente condizionata da un movente, il termine del suo atto sarà sempre determinato, poiché potrà applicarsi solo a quell'obiettivo particolare verso il quale è hic et nunc mossa o attratta. In questo modo il suo orizzonte operativo sarà sempre circoscritto, e non potrà mai abbracciare la totalità*»³⁹⁸.

Ed ancora, essendo evidentemente la *voluntas* un comando, che fonda la "*ratio imperandi*", ossia il *dominium* (inteso come proiezione volonataristica) dell'uomo nella storia, essa non può essere che libera³⁹⁹. Solo così essa può svolgere il ruolo che le spetta, un ruolo analogo a quello di Dio nell'universo: il ruolo del motore primo⁴⁰⁰.

librum sententiarum, vol. II, pp. 329 - 330: «*potius naturali inclinationi seu alicui passioni attribuimus quam nostro consensui*». A parere di chi scrive è certamente rilevante, anche se non di facile spiegazione, tenendo conto che con il termine "*consensus*" si intende comunemente un incontro di volontà. E, si badi, s'è scelta tale nozione molto anodina, in quanto si rinvia a quanto si dirà infra in merito alle possibilità di relazione di una volontà come quella rinvenibile nel pensiero del bacelliere provenzale. Per quanto concerne il *consensus*, si rinvia a quanto osservato *supra*.

³⁹⁴ Appare allora nuovamente evidente come, analizzando la dinamica del volere nei suoi elementi caratteristici, si giunge ad uno spazio di non – condizionamento, ove la volontà può esplicare la propria forza casuale in modo assolutamente libero, senza trovare alcuna causa esterna se non in se stessa. Del resto, se trovasse determinazione in un *aliquid* al di fuori da sé, essa perderebbe il carattere di libertà postulato in precedenza.

³⁹⁵ E solo ad essa: «*I titoli di nobiltà che fanno dell'uomo l'essere più perfetto fra tutti gli altri esseri dell'universo, se si bada bene, li mutua tutti e solo dalla volontà*» (Bettoni, 1959), p. 406.

³⁹⁶ Ed al contempo, ne svela la primazialità: è una caratteristica astrattamente totipotente ed infinita, eppure limitata *ab externo*. Non condizionata, pur essendo proprio di un essere non creatore.

³⁹⁷ *Quaestiones in secundum librum sententiarum*, vol. II, p. 330): «*Habet enim voluntas nostra miram altitudinem in appetendo seu in amando, in imperando, in movendo et in existendo*».

³⁹⁸ (Bettoni, 1959), pp. 406 – 407. Ovvero, per dirla con l'Olivi di *Quaestiones in secundum librum sententiarum*, vol. II, p. 331: «*Omnis enim potentia non libera, secundum hoc quod est actu, est necessario, quantum est de se, applicata et quasi mota, ita quod quantum ad illa quae nunc non est hoc modo applicata nihil poterit agere, nisi prius ab alio applicetur et moveatur*» [contrapposto, ancora una volta, a quanto appena asserito, in *Quaestiones in secundum librum sententiarum*, vol. II, p. 330, laddove parla dell'afflato mistico dell'anima verso Dio: «*Habet enim voluntas nostra miram altitudinem in appetendo seu in amando, in imperando, in movendo et in existendo*»]. Si noti come, sotto questo profilo, vi sia una netta rottura con la Scolastica dominante al tempo, specie con la speculazione di Tommaso. Laddove questo aveva attribuito l'illimitatezza della volontà all'illimitatezza dell'oggetto (il sommo bene verso cui si dirige l'*appetitus Beatitudinis* dell'uomo) che le è presentato dall'intelletto, con Olivi la situazione è esattamente rovesciata: la volontà aspira a detto bene e l'intelletto ne costituisce l'occhio, o, comunque, un organo servente.

³⁹⁹ L'atto del comandare è definito in *Quaestiones in secundum librum sententiarum*, vol. II, p. 331 – 332, come: «*efficaciter velle aliquid fieri aut denunciare et significare hanc voluntatem seu hoc velle*». Ancora una

Del resto, chiunque presti attenzione, anche solo esperienziale, ad un atto di volizione, non potrà che rendersi conto di come esso ripeta la propria provenienza da detto motore primo (ossia, si ribadisce, la *volontà*)⁴⁰¹.

Quindi motore primo ed agente libero coincidono.

E, soprattutto, visto che l'uomo è dotato di una potenza di tal fatta, se fra le potenze create ce n'è una in grado di partecipare alla libertà che appartiene in sommo grado alla volontà divina, questa è la volontà umana⁴⁰².

E' l'Olivi stesso a spiegarlo: «*si rationi divinae voluntatis convenit libertas proprie et per se, si voluntas intellectualis super omnia imitatur eam tamquam quaedam emanatio eius sibi simillima: ergo imitatur et participat libertatem ipsius super omne aliud genus entis quod sit vel esse possit*»⁴⁰³.

D'altra parte, aggiunge Bettoni, «*se la volontà divina è essenzialmente libera, non ci sarebbe alcuna ragione di ritenere che la volontà umana è la potenza che più di ogni altra si avvicina ed è creata ad imitazione di quella divina, e cadrebbe ogni ragione di chiamare "volontà" la nostra potenza appetitiva, se essa, a differenza delle altre potenze, non partecipasse della sua libertà*»⁴⁰⁴.

La somiglianza con Dio, costruita intorno alla *voluntas* ed alla *libertas* è ciò che, come già più volte rammentato, rende l'uomo effettiva *imago Dei*. Così facendo, egli diviene, proprio in quanto volente, quindi libero e non condizionato, inviolabile ed indipendente rispetto a qualsivoglia essere dell'universo che non sia Dio stesso⁴⁰⁵.

volta, il solito ragionamento con petizione di principio imperniato attorno alla *voluntas*, qui tradotta nel *velle*. *Rectius*, un argomentare serrato che prende abbrivio dal dogma della volontà così concepita.

⁴⁰⁰ (Bettoni, 1959), p. 408.

⁴⁰¹ *Quaestiones in secundum librum sententiarum*, vol. II, p. 332: «*(voluntas) in movendo etiam summum habet primatum. quaecumque circa suum actum contigunt manifeste ostendunt quod ipsa tenet principatum in ordine motorum*».

⁴⁰² (Bettoni, 1959), p. 408. Ed ecco ribadito come la perfezione più significativa, nella quale si riassume la nobiltà metafisica dell'uomo, non si rinviene nella capacità di intendere, bensì in quella di volere, essendo la volontà è la sede della libertà.

⁴⁰³ Si noti come il frammento citato nel testo sia preceduto da una descrizione della potenza volontaristica divina decisamente efficace: «*si igitur Deus potest alicui dare libertatem, oportet quod eam dederit voluntati. (...) alio vero modo, quia si rationi divinae voluntatis convenit libertas proprie et per se, si voluntas intellectualis super omnia imitatur eam tanquam quaedam emanatio eius sibi simillima: ergo imitatur et participat libertatem ipsius super omne aliud genus entis quod sit vel esse possit*», in *Quaestiones in secundum librum sententiarum*, vol. II, p. 333.

⁴⁰⁴ (Bettoni, 1959), p. 408. L'Autore, in proposito, cita anche un frammento significativo dell'Olivi, precisamente *Quaestiones in secundum librum sententiarum*, vol. II, p. 333 (ed è il seguito di un brano citato in precedenza), ove il Nostro bacelliere deduce anche dall'esperienza mistica la somiglianza tra la volontà umana e quella divina, in quanto l'*humana voluntas*: «*potest amare ipsam super omnia et eius imperio prae omnibus oboedire. Et eius gustus et fructio super omnia sibi placet et quadam societate cuiusdam ineffabilis amicitiae sibi potest astringi, nec umquam potest esse plene perfecta, nisi eius imperium summe recreatur et timeat, et quod plus est, naturalem instinctum habet un imperialis voluntatis contumelia et offensa sibi desplicat aut saltem eam quodam intimo favore perhorreat*».

⁴⁰⁵ «*Dire che l'uomo è una persona equivale ad affermare l'inviolabilità e l'indipendenza del suo essere di fronte ad ogni altro essere dell'universo che non sia Dio; vuol dire rivendicare all'uomo un'interiorità ed un'autonomia esistenziale così singolare da essere sottratta alle interferenze degli altri*» (Bettoni, 1959), p. 409.

E così facendo ecco che l'uomo può stagliarsi direttamente dinanzi a Dio: esattamente come ricercava l'istanza originaria del francescanesimo.

i) Dalla volontà al (*non*) *dominium*

Ed ecco, dopo averne chiarito i fondamenti teoretici, riapparire un'istanza eminentemente "pratica"⁴⁰⁶, mirante a chiarire come ciò possa darsi e come ciò possa rilevare nella fattualità⁴⁰⁷.

In altri termini, com'è possibile che l'uomo possa stagliarsi dinanzi a Dio sciogliendosi da ogni rapporto con le cose⁴⁰⁸?

La risposta risiede ancora una volta nella di lui caratteristica inviolabile: la volontà. Essa rappresenta la sfera inviolabile dell'uomo⁴⁰⁹, l'assolutezza dell'essere umano resa facoltà agente (anzi, più correttamente, resa *agente tout court*), ove l'uomo rende carne la sua somiglianza con Dio.

Ed essa deve essere necessariamente, lo si ribadisce, libera⁴¹⁰: «*l'uomo non potrebbe essere quello che è, né agire come agisce, se non fosse libero; tolta la libertà, tutto quello che caratterizza il mondo della nostra esperienza e lo contraddistingue di fronte al mondo animale, ipso facto si dissolve. L'esistenza della libertà dunque si impone con la stessa evidenza con cui si impone la distinzione fra l'uomo e la bestia: come non è possibile all'uomo autonegarsi, così gli è impossibile negare la sua libertà*»⁴¹¹.

A mio parere è opportuno chiarire che, seppure sia verissimo che l'Olivi insista sovente sul tema della libertà, tuttavia il "motore primo" della sua speculazione (nonché, secondo lui, del creato) è senza alcun dubbio la volontà⁴¹².

⁴⁰⁶ Si rammenta che Olivi scrisse le proprie opere in un momento in cui l'Ordine francescano attraversava una forte crisi, ingenerata, presumibilmente, da un lassismo che egli imputava all'allontanamento dalla *Regula* di Francesco. Sul punto, cfr. (Burr, *Olivi e la povertà francescana*, 1992), pp. 11 e ss. e la bibliografia ivi citata.

⁴⁰⁷ *Id est*, nella vita dell'Ordine francescano. E' possibile infatti cogliere in questo sottrarsi dell'uomo – volontà a tutto il resto, questo chiudersi nell'irrelazione, un'ipostatizzazione della vocazione propria dell'*Ordo Fratrum Minorum*.

⁴⁰⁸ Si noti come ciò sia di diretta attinenza alla disputa sulla povertà illustrata nell'introduzione alla presente sezione.

⁴⁰⁹ *Quaestiones in secundum librum sententiarum*, vol. II, p. 332 - 333: «*Sola enim voluntas est quae aeternitatem appetit et appetere potest, sentitque homo apud se quod nullus stabilitatem sui propositi potest frangere aut violentare. In tantum etiam (cor nostrum) est internum et secretum quod homo non solum sentit intra se intima reflexione consistere, sed etiam ita sentit se ad sui intimum convolutum et clausum quod nulli aspectui ad arcana cordis via patet, nisi ipse voluntarie se aperiat. In tantum etiam est erectum et superpositum quod quodam intimo sensu sentimus cor nostrum quasi in infinitum excedere omnem alium modum existendi*».

⁴¹⁰ E libera non solo nel senso che pare emergere dalla pregevole trattazione di Bettoni, ossia nel senso di non – determinata e non – condizionata. Bensì in primo luogo libera in quanto è sottratta al reticolo delle relazioni che innervano e condizionano l'uomo. Essa è *ab – soluta*.

⁴¹¹ (Bettoni, 1959), p. 411. L'Olivi si premura poi di confutare puntualmente le tesi di coloro che si opponevano ad una ricostruzione basata sulla volontà. Seppure di notevole interesse storico, paiono a chi scrive marginali ai fini del presente lavoro.

⁴¹² Anche tenendo conto del rapporto osmotico tra libertà e volontà accennato a più riprese poc'anzi.

Rectius della volontà così come egli la scolpì: una forza causale non condizionata, non causata da nessuno, bensì solo causante e trovante causa solo in se stessa che si esercita con totipotenza su di un fascio illimitato di fenomeni.

E' solo in virtù di un siffatto postulato che nasce l'esigenza del riconoscimento, in capo al soggetto titolare della volontà – o forse, più propriamente, alla volontà medesima – di uno spazio (non fisico, bensì logico e, vedremo a breve, quindi necessariamente anche giuridico) di incondizionamento. Ma, si badi bene, a parere dello scrivente non si tratta di una necessità che temporalmente o logicamente si pone come successiva.

Tutt'altro.

Esso fa parte dell'*in se* della volontà: essendovi questa, sussiste la libertà e qualora non sussistesse la libertà, non vi potrebbe essere volontà.

E viceversa.

Ed ecco quindi che l'uomo, mediante la medesima, essendo libero, esercitando la volontà, diviene realmente *imago Dei*, icona del Dio infinitamente libero ed onnipotente⁴¹³.

Egli è ipostatizzato quale “dio in miniatura”, entro la propria sfera di competenza. Evidentemente, visto quanto s'è esposto in precedenza, l'analogia tra il potere volontaristico di Dio e quello umano è diversificata solamente attraverso un grado quantitativo⁴¹⁴. Ed è questa l'unica dinamica capace di consentire la coesistenza tra le varie *voluntates* atomisticamente ed irrelatamente libere⁴¹⁵, ma su ciò ci si soffermerà più compiutamente in seguito.

Giunti alla fine della succinta trattazione della teoresi di Pietro di Giovanni Olivi, imperniata sul dogma della signoria della volontà entro uno spazio libero ed assoluto, non posso esimermi dal notare come questo pensatore medievale, praticamente sconosciuto e considerato minore, minore non pare essere, affatto.

Anzi, dai postulati che s'è tentato di mettere in luce egli, almeno a mio parere, ne fece discendere un coerentissimo sistema di pensiero, che influenzò prepotentemente la disputa sulla povertà ed il pensiero successivo, fino all'attualità giuridica.

Ed, appunto, sono i riverberi sul mondo giuridico che, direttamente promananti dalla sua teoresi, si andranno ora ad analizzare.

⁴¹³ (Merino, 1993), p. 211. L'autore si prodiga altresì di illustrare come la teoresi dell'Olivi tenga conto della limitatezza alla facoltà umane causata dal peccato originale, il quale perverte e confonde l'umano arbitrio. Tuttavia si tratta di questione marginale ai fini del presente lavoro.

⁴¹⁴ Ciò potrebbe sorprendere, stante quanto s'è ricordato in precedenza in ordine ai caratteri precipui del creatore. Tuttavia, scorrendo i medesimi, pare a chi scrive che non possa giungersi ad alcuna conclusione diversa: l'incondizionato atto creante del Creatore è in realtà del tutto analogo (per non dire identico, se non dal punto di vista meramente, appunto, quantitativo) all'atto libero volontaristico dell'uomo. Anche questo, infatti, si pone come incondizionato *per essentiam*.

⁴¹⁵ Ma, in realtà tale locuzione si risolve in un'inutile superfetazione, dato che la libertà è *in re ipsa* e sarebbe più corretto asserire che ciò avviene ogniqualvolta la volontà si afferma. Altrimenti non sarebbe volontà.

Ciò premesso, si affronterà il primo profilo di interesse “direttamente” giuridico rinvenibile nell’opera dell’Olivi è costituito dalla sua elaborazione sul *dominium*⁴¹⁶.

Si ritiene comunemente che la presa di posizione dell’Olivi, espressa nel suo commentario alla *Regula* mostri una netta tendenza a svilire lo spessore ontologico del *dominium*⁴¹⁷, riducendo la proprietà ad un mero nominalismo di matrice convenzionale⁴¹⁸.

Tuttavia mi pare che siffatta impostazione non sia del tutto condivisibile. Infatti, il *dominus* quanto *ope suae voluntatis* crea il vincolo di soggezione sul proprio *dominatus*, dà origine, come ampiamente dimostrato, ad un vincolo di soggezione. Per l’appunto, ad un *dominium*.

Ed è vero che detto *dominium* ha natura meramente nominalistica, oppure incide in maniera sostanziale sulla realtà fattuale?

In altri termini, se si considera che la visione del *dominium* oliviano (ed, in generale, oserei dire, in seguito, francescano) sia profondamente diversa da quella legata alla struttura oggettivo – tomistica dei diritti, la quale pretendeva di inferire una realtà giuridica ontologica dal fatto, si dice certamente qualcosa di vero.

Ma che la relazione *dominus – dominatus*, o, il che è lo stesso, *dominus – objectus* sia una mera creazione nominalistica non mi pare affatto sostenibile, corrispondendo, invece, ad una dinamica di volontarismo ontologico⁴¹⁹ impreteribile e non negligibile.

E ciò, si badi, non soltanto per la mera constatazione che, fattualmente, dinamiche siffatte è difficile pensare possano venire meno, bensì, e più profondamente, in quanto, dati i postulati oliviani, ciò concerne il porsi dell’uomo

⁴¹⁶ Purtroppo una disamina del pensiero del Provenzale, pur se succinta e forzatamente vincolata all’angolo di visuale del presente lavoro è notevolmente complicata dalla circostanza che la bibliografia dell’Olivi è in gran parte inedita. Le fonti non consultabili direttamente sono state analizzate nella forma riportata dagli autori ed, in ogni caso, espressamente richiamata in nota.

⁴¹⁷ Affinché si possa comprendere l’elaborazione dell’Olivi ed, in generale, l’insistenza con cui, da Francesco in poi l’*Ordo Fratrum Minorum* ribadì la necessità di perseguire l’ideale della *paupertas* (pur con tutte le difficoltà accennate in precedenza), nonché il carattere normativo della medesima, occorre avere a mente la sopra richiamata concezione inerente il *dominium* prevalente all’epoca. Sarà in tal modo più agevole valorizzare l’afflato riformista della medesima in seno ai *Minores* e, quindi, le teoriche che mireranno, in modo assolutamente innovativo, al superamento di detta concezione, con i riverberi sull’attualità giuridica.

⁴¹⁸ (Parisoli, 1999), p. 65. Il che, a mio parere potrebbe corrispondere al vero, tuttavia andrebbe specificato meglio. Ciò in quanto il nominalismo di matrice francescana assume connotati peculiari, in quanto risente chiaramente di un’opera demiurgica sul mondo e sulle categorie, debitrice di una determinata idea di volontà. *Ceteris verbis*, l’atto di nominare, libero e scevro dalle categorie del diritto oggettivo del tomismo diviene essenzialmente un atto dispositivo del soggetto nei confronti della realtà, fino a poterne forgiare una parte, ad es., a forgiare le categorie concettuali. A parere dello scrivente vi è tuttavia di più. Si veda quanto posto in luce nel corpo del testo.

⁴¹⁹ Ed inteso in senso “forte” citando in precedenza, laddove la volontà ha la signoria piena sull’*an*, sul *quomodo*, sulla fine della fattispecie medesima. In altre parole, dispone sulla medesima di un potere assoluto per tutta la durata di essa.

nella storia, il porsi più autentico del medesimo, nonché il darsi di Dio nella realtà e nei confronti dell'uomo creato a Sua immagine.

E ciò mi pare indiscutibile a lume di un frammento oliviano pressoché sconosciuto, eppure di un'importanza davvero sconvolgente⁴²⁰. Il frammento in esame è stato pubblicato nel 1945 su di una rivista francescana, ad opera di Delorme⁴²¹, ed è tanto misconosciuto e di difficile reperibilità, quanto decisamente rilevante.

j) *La Quaestio “Quid ponat ius vel dominium?”*

L'Olivi si pone una *quaestio* tanto esplicitamente di notevole portata⁴²², quanto di non facile soluzione: “*Quid ponat ius vel dominium?*”. In particolare, egli si chiede se talune situazioni di soggezione⁴²³ aggiungano un *quid* reale alla persona od al bene che si trova dal lato passivo del rapporto⁴²⁴.

Rectius, a colui che, essendovi soggetto diviene oggetto.

Il quesito che si pone l'Olivi concerne una panoplia di situazioni apparentemente differenti tra di loro, quali: negozi giuridici, esercizio di potestà autoritative civili e religiose, diritto di proprietà, *et cetera*⁴²⁵.

⁴²⁰ Conforta la mia considerazione anche Paolo Grossi, in (Grossi, *Usus facti. La nozione di proprietà nella inaugurazione dell'età nuova*, 1972), p. 166.

⁴²¹ (Delorme, 1945).

⁴²² La *quaestio* oliviana non mira soltanto a chiarire alcuni aspetti inerenti l'Ordine dei Minores. Tutt'altro. Essa, come esplica chiaramente Delorme nell'introduzione «*A sa façon, elle prouvera l'effort inlassable d'Olivi dans l'exposé de la pensée catholique, dans la mise au clair de données parfois obscures ou insuffisamment approfondies. Il y étudie proprement la notion philosophique du droit qui régit l'humanité, la raison intrinsèque pour ainsi dire des obligations qui pèsent par là sur la société et sur chacun de ses membres. Que sont les droits et devoirs si variés que comporte son organisation, et les habitus ou relations de dépendance mutuelle qu'elle entraîne? Les signes enfin dont elle se sert pour régler les rapports entre vifs sont-ils quelque chose de réel? Si oui, supposent ils une sorte d'essence nouvelle ajoutée à la nature des êtres qu'ils touchent? D'où tirent e n fin leur valeur c es droits, ces devoirs et c es signes?*» (Delorme, 1945), p. 310.

⁴²³ Anzi, aggiungerei, situazioni in cui v'è una volontà agente. E, quindi, vi sono coloro i quali ad essa sono soggetti. Delorme lo pone acutamente in luce laddove parla del “*velle divinum*”, in (Delorme, 1945), p. 311. Ed il testo dell'Olivi fa esplicito riferimento a detto “*divinum velle*” [cfr. (Delorme, 1945), p. 323], nonché alla “*voluntas*” [cfr. (Delorme, 1945), p. 318, 319, 323, 324]. Si perdoni la digressione nominalistica, ma ritengo sia atta a confermare il percorso che in questa sede si va svolgendo.

⁴²⁴ Come illustra Delorme: «*l'autorité - juridiction, droit ou pouvoir - qu'a un chef d'état sur ses sujets, un abbé sur ses moines, un propriétaire sur son terrain - supposet elle en eux une réalité nouvelle ajoutée à leur personne?*», (Delorme, 1945), p. 311.

⁴²⁵ Ecco come Pietro di Giovanni Olivi formula la *quaestio*: «*Quoniam, in omni opere et negotio iustitie, nomine iuris seu iurisdictionalis auctoritatis et potestatis ac debiti et obligationis utimur, sitque a quibusdam quesitum sepe an huiusmodi addant realiter aliquid supra subiecta vel extrema quibus attribuuntur, utpote an ius regie potestatis et auctoritatis super suum regnum et super subditos vel ius proprietatis super domo propria aliquid realiter addant super res vel personas quarum dicuntur esse, et e contra an debitum quo servi et subditi tenentur suo regi vel domino vel monachos abbati aliquid reale addant ad ipsos subditos vel monachos, et sic de aliis consimilibus*», in (Delorme, 1945), p. 316. La soluzione della *quaestio* è poi strutturata secondo la

Balza immediatamente all'occhio come le situazioni tratteggiate nella *quaestio* siano, in apparenza, profondamente diverse tra loro. Diverse se non fosse per un denominatore che tutte le astringe, per il denominatore comune che le inserisce appieno nella disputa sulla povertà: sono tutte sono situazioni in cui v'è un disallineamento di potestà. *Rectius*, una situazione di potestà ed una di soggezione, in cui si trovano un dominante ed un dominato (sia esso una persona ovvero una *res* non è considerato rilevante, ed è già ciò un segnale davvero rivoluzionario!).

In altri termini, si parla di *dominia*.

Per l'appunto, *funditus*, si va discettando di *dominium*.

Ed infatti, l'Olivì mette in luce come vi siano dei *signa voluntaria* che gli uomini utilizzano per connotare le diverse fattispecie, dei segni linguistici che egli paragona ai segni sacramentali (!)⁴²⁶.

Si tratta già dalla presentazione della *quaestio*, quindi, di un'esplicita presa di posizione, che rende perfettamente conto, a parere mio, dei fondamenti della teoresi oliviana così come tratteggiata finora.

E' evidente infatti come le situazioni tratteggiate e ricondotte ad unità dal Provenzale siano caratterizzate da uno schema unitario: tutte innervano una dinamica

tipica formulazione scolastica, ovvero sia con l'illustrazione degli argomenti a favore e poi degli argomenti contrari.

⁴²⁶ Seguendo l'Olivì: «*idcirco non inutile fore existimo saltem vel aliquid modicum de questiuncula illa tractare, et precipue quia ad omnia signa voluntaria et sacramentalia pertinet huiusmodi difficultas. Solet enim consimiliter queri an proprie significationes nominibus vel orationibus vocalibus a sola voluntate hominum date addant aliquam essentiam ipsis vocibus aut voluntatibus vel intentionibus instituentium vel proferentium voces illas ad hec vel illa significanda; et consimiliter an character seu consecratio baptismalis, sacerdotalis et ius participationis vel collationis seu administrationis sacramentorum eis annexum addant aliquam realem essentiam super personas baptizatorum et sacerdotum et su per extrinseca signa et opera sacramentorum. Et quoniam argumentatio facta fideliter pro et contra viam parat et parit ad veritatem solutionis sine falsi vel ambigui obstaculo contuendam, idcirco arguatur primo pro parte utraque*», (Delorme, 1945), pp. 316 – 317. La circostanza, apparentemente sconvolgente, che lo porta a trattare analogamente le potestà umane ed i sacramenti credo si possa chiaramente spiegare con la circostanza che essi vanno correttamente qualificati come operazioni causali di Dio nella storia per mezzo dell'opera dell'uomo, il quale invoca Dio per mezzo delle formule sacramentali. E l'operare di Dio avviene *ope humanae voluntatis*, la quale, volontariamente, consente l'accesso ed il dispiegarsi della potenza divina. E' una situazione peculiare in cui vi è, per mezzo dell'uomo, un'ablazione della sua volontà in una determinata sfera, per fare spazio alla volontà poiziore. Credo che agevolmente si possa inquadrare la fattispecie arguendo come, per mezzo dei sacramenti, Dio abbia il consenso dell'uomo alla propria sottomissione sacramentale. Senza che però ciò implichi che la potenza di Dio sarebbe limitata. Solo che, *a contrario*, nelle fattispecie previste dai sacramenti, Dio unilateralmente limita il proprio potere subordinandolo ad un atto di mera adesione (volontaristica, si tratta a tutti gli effetti e con tutta evidenza, di un atto dispositivo) dell'uomo. La prospettiva è rovesciata: non è che nei sacramenti Dio possa operare ed *aliunde* no: nei sacramenti necessita, per volere suo, del *consenso* umano. Non è del resto l'unico esito alla relazione inferibile dalla speculazione del bacelliere provenzale? Non assomiglia molto all'anti – dialogica struttura contrattuale basata sul dogma di una volontà siffatta e così concepita? In realtà, ciò non svela la gerarchia dominativa? Cfr. *infra*.

superiorità - inferiorità, che emerge come canone paradigmatico ed ermeneutico di tutta la realtà giuridico - sociale⁴²⁷.

Lo *jus* è tratteggiato immediatamente come una situazione dominativa, che, seppure possa articolarsi diversamente entro la caleidoscopica multiformità dell'esperienza, tuttavia non per questo muta sostanzialmente la propria essenza.

k) La dinamica *dominus – dominatus* come paradigma delle relazioni

Si noti immediatamente come i due poli del rapporto *dominus – dominatus*, ossia la strutturale contrapposizione del *dominium*, assorbiscano immediatamente il novero del rilevante, astraendosi dal fascio delle altre relazioni. Si noti altresì come sia qualificante ai fini del pensiero solamente la posizione attiva, la posizione che esplica la propria potestà dominativa nei confronti dei fenomeni.

L'Olivè pone altresì in luce come la proprietà ed il potere in genere non si riducono ad un'astrazione, bensì (ed è questa la risposta alla *quaestio*), esse introducono nella dinamica dell'esperienza, nella dinamica giuridica un qualcosa di reale⁴²⁸.

Che il percorso argomentativo prescelto dall'Olivè sia evidentemente questo lo si nota sin dall'esposizione della posizione favorevole alla *realtà* della situazione dominativa, che ricondotta ad un ordine creato, voluto da Dio. Ribadisco, si tratta di un ordine che non trova altra sua fonte che in un atto di volontà, e che da altri atti di volontà viene mosso, entro una direttrice di volontà strutturata verticalmente, la quale da Dio precipita poi verso la realtà umana, ponendovi un qualcosa non riducibile ad una mera *cogitatio* ovvero ad un'entità meramente nominalistica⁴²⁹.

⁴²⁷ (Grossi, 'Usus facti' - *La nozione di proprietà nella inaugurazione dell'età nuova*, 1992), p. 167. Mi permetto di asserire come il fatto che egli concepisca in tal modo (ossia gerarchico) siffatte fattispecie, è già per se stesso un indice altamente significativo. Infatti la gerarchizzazione ordinata viene vista come un dato più che fenomenologico, oserei asserire come sintomatico di un assetto fenomenologico rivelante una realtà ontologica (si tratta, del resto, di un atteggiamento tipicamente Scolastico), la quale non può concepirsi se non entro una dinamica di disallineamento. Ossia quella che la Seconda Scolastica ben ritrarrà entro lo schema *dominus – servus*.

⁴²⁸ (Grossi, 'Usus facti' - *La nozione di proprietà nella inaugurazione dell'età nuova*, 1992), p. 168, nota n. 80.

⁴²⁹ Si legga quanto in *claris* scrive il Nostro bacelliere: «*Quod igitur aliquid realiter addant, arguitur: primo, quia stultum est dicere quod nobilissima universi nichil ponant aut quod minus ponant quam vilissima queque; constat autem quod potestas regalis et sacerdotalis sunt de nobilissimis universi; ergo etc. Secundo, quia illud in quo consistit et a quo dependet summus ordo nature rationalis et partium universi impossibile est quod sit nichil; set ius debiti quo tenemur Deo et superioribus nostris aut quibuscumque aliis est fundamentum totius ordinis nostri ad Deum et proximum et ad nos ipsos et ad omnes actus virtutum; ergo etc. Tertio, quia illud cuius transgressio Deum horribiliter offendit et mortalem culpam ac reatum eternum inducit non potest esse nichil aut quid ignobile; set transgressio iurium predictorum hoc facit: propter huiusmodi enim ius proprietatis furtum est mortale peccatum; constat autem quod non esset furtum nisi esset contra ius proprietarium, quia furtum non est aliud quam "acceptio rei aliene invito domino". Videmus etiam quod eo ipso quo aliquis factus est rex vel prelatum vel abbas, eo ipso non obedire preceptis eius est mortale peccatum, quod utique a nativitate non fuisset, et irreverentia facta in eum est longe gravior quam prius fuisset; ergo etc. Quarto, quia omnis homo sane mentis dicit quod ei de novo factus est rex vel abbas est aliquid adquisitum de novo, aliqua scilicet dignitas et potestas: unde et vere dicitur habere quarndam*

Per l'appunto, si noti come il Nostro ponga sovente l'accento sul fatto che un *actus* debba porre un *quid* reale⁴³⁰.

Conseguentemente, il nominalismo, mi pare dipoter inferire, finisce per essere proprio delle categorie "oggettive", non certo di quelle di matrice volontaristica: laddove le prime sarebbero limiti artificiali, le seconde promanerebbero *essenzialmente* dall'uomo⁴³¹.

Nel passare in rassegna le tesi contrarie, Olivi mette in luce, come gli zelatori della tesi contraria sostengano che gli effetti possano prodursi anche a mezzo di una volontà meramente interna⁴³², portando numerosi esempi a prova di ciò⁴³³.

auctoritatem et potestatem quam prius non habebat; monachus etiam, eo ipso quod vovet seu profitetur regulam monachalem, dicitur sortiri vel acquirere novum statum et novam obligationem quam prius non habebat, et simile est de omni voto et promissorio iuramento. Quinto, quia si huiusmodi nichil realiter ponunt in hiis quorum sunt, ergo Deus nichil reale dat alicui regiam dignitatem et potestatem aut quamcumque aliam dominationem vel iurisdictionem [acquirenti]: quod valde videtur absurdum, quia secundum hoc nullus tenetur gratias agere hiis qui eis dederunt huiusmodi iura et qui ius proprietatis suarum rerum transtulerunt in ipsos. Sexto, quia relatio que non ponit in aliquo extremorum est solum relatio secundum dici, et idem est respectu extremi in quo nichil ponit: huiusmodi autem relationes nullo modo sunt actu nisi salum in cogitante et quamdiu cogitantur vel dicuntur; constat autem quod potestas regia aut quecumque vera iurisdictione vel obligatio sive servitus aliquorum est vere actu, quamvis hoc non cogitetur vel dicatur a nobis; ergo ipsa extra nostrum cogitatum et dictum ponit aliquid reale», in (Delorme, 1945), pp. 317 - 318.

⁴³⁰ Si legga ad esempio l'appena citato frammento: «*huiusmodi autem relationes nullo modo sunt actu nisi salum in cogitante et quamdiu cogitantur vel dicuntur; constat autem quod potestas regia aut quecumque vera iurisdictione vel obligatio sive servitus aliquorum est vere actu, quamvis hoc non cogitetur vel dicatur a nobis; ergo ipsa extra nostrum cogitatum et dictum ponit aliquid reale*», (Delorme, 1945), p. 318. Con tutta evidenza l'atto cui fa riferimento è l'atto di volontà, connotato addirittura come potestà regale. E ciò pare confermato dal riferimento esplicito alla *cogitatio*, laddove, come è emerso in *claris* nell'analisi dei caposaldi della speculazione oliviana, essa è mossa dalla *voluntas*. Si potrebbe azzardare che si potrebbe quivi ravvisare in controluce un'anticipazione della teoria negoziale pandettistica.

⁴³¹ E' evidente, tuttavia, che ciò valga soltanto per l'uomo estrinsecante la volontà agente e dominante, mentre non è così per gli altri soggetti. Ma, ciò che ho appena accennato non pare rivestire rilevanza entro la teoresi oliviana, laddove non è concepibile una relazione, a causa della teorica eletta.

⁴³² Il che, a parere mio, sta a significare come la tesi avversa facesse affidamento, più che sulla presenza della volontà, sull'*oggettiva* strutturazione della fattispecie. In altri termini, si trattava di coloro che si muovevano ancora entro la tradizione medievale del diritto detto, per l'appunto, *oggettivo*. E' degno davvero di nota come siffatte pagine anticipino questioni che tormentarono (e tormentano) gli studiosi della teoria negoziale. Scrive in merito il Provenzale: «*Preterea, istud fit per solas voluntates interiores et voces exteriores, exteriores non quidem in quantum naturaliter efficaces et fortes, set solum in quantum sunt voluntaria signa voluntatis interne; set per hoc non videntur posse effici tot potestates et habitudines quot innumeris hominibus dantur et acquiruntur per sola verba et per solos consensu verbis expressos. - Preterea, sepe et sepius hec dantur sub conditione, ita quod illa extante est datum et non aliter conditio, et illa frequenter non extat usquequo verbum et actualis voluntas dantis transeat*», (Delorme, 1945), pp. 318 - 319. Mi pare evidente come l'Olivi, nello tratteggiare la *quaestio*, abbia già preso posizione. Ed, infatti, non credo sia azzardato supporre che la tesi illustrata nel presente frammento sia censurata dall'Olivi non in quanto basata sulla volontà, bensì in quanto presuppone che una volontà meramente interna, ovvero ridotta ad un mero segno formale, possa produrre qualsivoglia effetto. Il che, ancora una volta, mi pare rimandi ad una concezione di diritto oggettivamente posto, cui la volontà ha il mero potere di accedere. Al contrario, come si sarà potuto agevolmente inferire dalla speculazione oliviana tratteggiata in precedenza, la volontà in Olivi non può essere determinata o,

Esaurita la trattazione dei *pro et contra*, l'Olivi espone la propria personale soluzione al problema, la quale si presenta, come consueto, nel caso del pensatore francescano, davvero interessante.

Egli infatti premette che attraverso le summenzionate relazioni di dominio non si pone in essere un mutamento essenziale della realtà⁴³⁴, eppur nota come qualcosa in essa viene innervato⁴³⁵. Egli si premura di dimostrare ciò, facendo vela dall'*ordo naturae rationalis ad Deum et ad res universi*⁴³⁶, da cui è agevole inferire come tutto il creato debba obbedienza a Dio, e, conseguentemente, l'obbedienza maggiore deve essere tributata al volere divino⁴³⁷, in quanto superiore.

Ipsa modo quindi l'uomo, per Grazia di Dio⁴³⁸ dotato di potere sulle altre creature non razionali⁴³⁹, ripete un potere sulle creature ad esso sottoposte.

Il volere divino, tuttavia, si caratterizza in modo peculiare, dal momento che esso, assolutamente libero, incondizionato (ed irrelato) consiste in un comando che ha già in sé il proprio oggetto: non essendovi alcuno sopra Dio, il suo comando serba in sé la volizione, l'oggetto della medesima⁴⁴⁰.

comunque, limitata da un *quid* esterno od interno, come sarebbe la presenza di una regolamentazione giuridica. Essa è libera. Libera e creatrice, capace essa, e solo essa, di produrre un *quid* reale. *Quid* che avrà, quindi, una matrice...volontaristica. Nel senso che, come ogni creatura, discende e ripete in ogni istante la propria esistenza dalla potenza creatrice.

⁴³³ Cfr. (Delorme, 1945), pp. 319 – 320. Le altre confutazioni, seppure come sovente nella scolastica, sottili e di notevole complessità, non paiono allo scrivente di dirimente importanza per il presente lavoro e perciò vengono in siffatta sede tralasciate. Esse sono comunque consultabili nel solito luogo, ossia (Delorme, 1945), pp. 320 – 325.

⁴³⁴ Nel senso meramente etimologico di mutare l'essenza delle *res*. Tuttavia, a ben guardare, nel reale si produce una modificazione (giuridica), un *aliquid novi* viene forgiato per il mero atto del volere. Si tratta di un atto essenzialmente creativo. Cfr. *infra*.

⁴³⁵ Cfr. (Delorme, 1945), p. 323: «*Ad quorum intelligentiam absque preiudicio sententiae melioris videtur probabiliter dici posse quod predictae habitudines vere ponunt aliquid reale, non tamen addunt aliquam diversam essentiam realiter informantem illa subiecta, quorum et in quibus esse dicuntur*».

⁴³⁶ (Delorme, 1945), p. 323.

⁴³⁷ (Delorme, 1945), p. 323: «*Est enim natura rationalis ex se et ex omnibus acceptis a Deo debitorum perfecte obedientiae et reverentiae ad Deum; est etiam debitorum virtutis iustitiae et unanimis ac fidelis concordiae et amicitiae ad omnes personas racionales pro quanto sunt bone aut reducibiles in bonum; rursus, ex altitudine suae intelligentiae et libertatis habet ordinem presidentiae suae per res irrationabiles, ex supereminencia autem sapientiae et virtutis habet gradum cuiusdam presidentiae super omnes personas in virtute et sapientia inferiores; ulterius, ex ordine quem habet ad Deum ipsum divinum velle, ubicumque illud contuetur, debet habere pro inviolabili lege. Illud ergo quod Deus vult haberi pro superiori et loco Dei et cui tanquam sibi vult aut usque ad certam mensuram aut in omnibus obediri, debet haberi omnino sicut Deus vult. Prefatum autem debitum seu prefatus ordo non addit aliquam essentiam persone cuius est et super essentia gratiarum illius persone susceptarum a Deo, quia partim ex natura sua, partim ex gratiis nature superadditis habet ordinem predictum et est debitorum eius*».

⁴³⁸ *Homo imago Dei*, si ricorda.

⁴³⁹ E, soprattutto, non capaci di volizione, mi pare il caso di aggiungere, specie a lume di un già citato luogo oliviano, decisamente rilevante per la ricostruzione della di lui antropologia. Cfr. *supra*.

⁴⁴⁰ Ancora una volta, mi pare che Olivi qui rimarchi l'atto assolutamente creativo di Dio e, indirettamente, la struttura gerarchica. Inoltre, mi pare lampante che ci si trovi innanzi al solito argomento oliviano il quale, dando per associati (*rectius*, per postulati) alcuni dati esperienziali, ne trae i propri fondamenti speculativi. Si tratta, come già osservato più volte, più che di un vizio di petizione di principio, di un'opzione dogmatica, cui seguono i corollari. Si rammenti altresì quanto

In altri termini, esso si pone come immediatamente precettivo, in quanto esso sussume in sé sia il volere divino enunciato *in claris*, a mezzo di un atto di volizione, il quale fa transitare una mozione veramente interna nel mondo dei fenomeni, sia ciò che Dio ha voluto, che diviene la volizione precettiva⁴⁴¹.

E ciò si rinviene anche nei rapporti umani, laddove la pattuizione assume un'importanza fondamentale e la volontà è capace di porre *ex se* dei comandi di fonte pattizia capaci di statuire cos'è giusto e cosa non lo è in ossequio alla *voluntas* umana, la quale decide in capo a chi porre il *quid* di cui alla *quaestio* entro la realtà (e sarà, ovviamente, il soggetto dal lato passivo della situazione giuridica)⁴⁴².

1) I “*signa voluntaria*”. Autorità e norma vincolante

In seguito l'Olivi analizza quelli da lui denominati “*signa voluntaria*”, ossia i segni linguistici utilizzati “attivamente”, i quali, in forza del loro mero significato nulla

ricordato in precedenza allorché si è descritto l'atto creativo di Dio. Si legga il passo oliviano, più eloquente di qualsivoglia parafrasi: «*Uterius sciendum quod, sicut Deus nullo addito potest velle quod ille teneat locum eius ita quod illi tanquam sibi obediatur vel quod id quod iste dixit habeatur pro lege sive pro rato tanquam dictum Dei, sic talis nullo sibi addito, eo ipso quo Deus hoc vult et pro tempore quo hoc vult, habet in se ordinem predictae voluntatis Dei, eo scilicet ipso quo est obiectum et volitum divini velle. Et si queratur quid ponit realiter ordo ille, potest dici quod duo sibi invicem connexa, quorum primum est ipsum velle divinum in quantum est talis valiti et in quantum continet in se illud volitum, secundum est entitas et essentia actualis ipsius valiti prout est actualiter subsistens divino velle tanquam eius actuale obiectum seu volitum. Si igitur nichil est realius et divinius divino velle et si post Deum nichil realius aut divinius quam esse actuale volitum Dei et precipue quando est ad hoc volitum ut actu super alias gerat et teneat vicem Dei, patet quod ordo predictus est quid realissimum et divinissimum, quamvis nichil realiter addat super predicta diversum*», (Delorme, 1945), p. 323.

⁴⁴¹ Si tratta, evidentemente, di una distinzione tanto sottile, quanto di un'attualità sconcertante. Ecco il testo originale: «*Uterius sciendum quod quidam est ordo sic absolute prefixus et inclusus in ipsa absolutissima ratione virtutis et iustitiae, que est quod Deus non potest nec debet oppositum eius velle et ideo ad illum natura rationalis absolutissime et omnino immobiliter ferri debet, quod quidem debitum partim per indifferentiam includitur in essentia sua, partim in essentia gratuitorum accidentium suorum in quantum suorum; et hic ordo communiter vocatur ordo iuris naturalis. Alius autem est ordo sic a dominativo imperio divine voluntatis procedens, quod Deus ipsum et eius oppositum seu absolute seu conditionaliter pro libitu potest velle. Uterque autem ordo semper in se includit duo predicta, scilicet actualem rationem divini velle, divini voliti*», in (Delorme, 1945), p. 324.

⁴⁴² Sebbene in relazione alla giustizia comune posta da Dio. Ecco il testo originale, rinvenibile in (Delorme, 1945), p. 324: «*Igitur dignitas aut iurisdictio et potestas regalis ponit realiter duo predicta, et idem est de dominio seu iure proprietatis quod quis habet in domo vel agro; et ex hoc est quod transgrediens hoc ius vere dicitur transgredi Dei voluntatem et legem, et tanto magis quanto id magis est a Deo volitum et in divino velle inclusum. Preter hec autem duo ponit sive de preterito seu de presenti illa quibus intermediis Deus vult tale ius sortiri et habere, ut sunt electiones hominum in reges et consensus electi aut mutue conventiones quales sunt inter vendentem et ementem et consimilia. Set ius ipsius iuris principaliter sistit in duobus predictis et in ratione communis iustitiae, que prout est absolutissima, abstractissima, est realiter idem quod rectitudo divini velle et divine sapientie, prout vero est concretive in mentibus rationalibus est naturalis vel gratuita rectitudo intellectus et affectus earum, per quam tenent et dicunt hoc vel, illud debere fieri aut hoc vel illud esse iustum aut iniustum. Ex predictis igitur faciliter potest quis advertere quid ponit ius cuiuscumque superioris auctoritatis et potestatis et ius subiectionis vel obligationis ad eam*».

aggiungono all'essenza reale delle situazioni, se non l'intenzione di coloro che utilizzano detti segni linguistici⁴⁴³.

Tuttavia è da notare come, prosegue l'Olivio, se, come visto, non è mutata l'essentia rerum, tuttavia la pronuncia dei signa voluntaria produce un effetto, pone in essere quel quid di cui alla quaestio: ed è un quid direttamente derivante dalla volontà delle parti espressa nel segno linguistico, e che non travalica la volontà in essi espressa. Addirittura, non solo in essi espressa, bensì addirittura designante il loro significato⁴⁴⁴.

Al che l'Olivio chiarisce la sua analogia con i segni sacramentali, ponendo in luce come in essi si rinvenga in primo luogo la volontà divina, cui la volontà umana aderisce, decidendo di assumere su di sé la verità del significato delle formule sacramentali, in sé recanti l'ordine voluto da Dio, le quali hanno effetto per mezzo della dinamica dell'atto volontario.

Salvo che, naturalmente, non vi siano impedimenti⁴⁴⁵.

Ed, infatti, in tutti i sacramenti (ma, visto che si sta argomentando analogicamente, e visto altresì che si tratta di un tema già esposto in passato, si potrebbe dire "in tutti gli atti di volontà") ci si trova dinanzi a due entità formanti l'atto medesimo: il significato delle parole, e l'intenzione di innervare in detti segni

⁴⁴³ Cfr. (Delorme, 1945), pp. 324 – 325: «Restat igitur videre de signis voluntariis, quid scilicet ponit ipsorum significatio active sumpta. Et certe quanto subtilius et perspicatius illam attenderis, invenies quod supra realem essentiam rei que pro signo assumitur nichil addit ipsa significatio nisi solum mentalem intentionem instituentium et acceptantium, et ipsius qui actu illam rem assumit ad significandum et eius qui eam audit vel accipit sub ratione talis significationis seu talis signi».

⁴⁴⁴ L'Olivio afferma in claris che la voluntas è "designativa" del significato. Si comprende allora come l'obiezione fatta in precedenza alla tradizione tralatizia (in realtà pertinente ai pochissimi che hanno studiato l'Olivio ed agli ancora minori che hanno studiato il presente testo) che individua nell'Olivio tracce di nominalismo possa non apparire del tutto infondata. Se è vero, infatti, che le parole non hanno alcun significato per se stesse, e non disegnano necessariamente alcun ente, tuttavia esse sono dipendenti dalla signoria della volontà, di cui sono latrici. E ciò è più, a parere mio, voluntarista che nominalista. A prescindere da tali questioni, tutto sommato del tutto secondarie, si legga il testo originale, come sempre eloquente: «In his tamen que ab imperio talis intentionis producantur in esse, sicut est vox vel nutus, ipsa significatio ultra intentionem significantis et ultra essentiam rei que dicitur signum addit habitudinem effectus imperati et imperationem producti ab intentione significantis; pro quanto tamen per significationem proprie designatur respectus signi ad suum significatum sic in signis mere voluntariis huiusmodi respectus nichil reale ponit actu preter actualem intentionem significantis et aliorum qui rem illam accipiunt tanquam designativam talis significati», in (Delorme, 1945), pp. 324 - 325.

⁴⁴⁵ Impedimenti, ovviamente, posti da Dio. A parere mio anche sotto il presente profilo trova conforto l'interpretazione offerta in precedenza. Ecco il testo oliviano: «Quando igitur intentio principalis instituentis et significantis est illa intentio divinissima que est Deus et intentio secundarii significantis est divine intentioni subiuncta et secundum illam intendens signum illud assumere, tunc utique realitas illius significationis in quantum tale est venerandum ut quid divinissimum, et precipue quando cum hoc est ordinatum ad significandum rem divinissimam, utpote Deum et gratiam eius, et maxime quando continet ipsam rem divinam presentialiter sicut est in sacramento eucharistie, et potissime quando per modos universalissimos et solemnissimos est huiusmodi significatio instituta et promulgata a Deo; tunc autem est in summo, quando cum tribus predictis divinum velle sic ei assistit quod immobiliter vult per illud signum aliquod ius seu aliquem ordinem divinissimum dari et etiam ordinem divine gratie et amicitie, nisi adsit impedimentum certum ex parte suscipientis», (Delorme, 1945), p. 325.

linguistici (da presumere altrimenti neutrali) detto significato. Tale operazione, naturalmente, viene posta in essere *ope voluntatis*, dato che è il *divinum velle* a causare l'operatività dei segni medesimi, i quali immettono nella realtà fenomenica i loro effetti precipui⁴⁴⁶.

Confutando le sicure obiezioni avanzabili dai zelatori dell'opposta tesi, il Nostro pone in luce come la prima tra esse concerne il fatto che, nel caso da ultimo citato, ossia, quello dei sacramenti, la volontà agente è quella divina: incausata ed increata, bensì causante e creante. Allo stesso modo opererebbero le persone razionali⁴⁴⁷, in quanto esse troverebbero fondamento alle proprie deliberazioni in parte nella volontà divina, ed in parte in quella umana, la quale, allo stesso modo di quella divina può volere o non volere una determinata *res*⁴⁴⁸.

Ed, infatti, gli esseri razionali vengono vincolati a mezzo di tali atti di volontà, i quali sono gli unici passibili di un giudizio di merito o di demerito, di ingiustizia ovvero di giustizia⁴⁴⁹.

⁴⁴⁶ Nei sacramenti, naturalmente, si fa presente altresì la Grazia divina. L'Olivi scrive: «*Et hoc modo est in sacramento baptismi et confirmationis et sacerdotalium ordinum; unde sacramentum baptismi, prout dicit illud per quod aliquis baptizatur, includit in se duo divinissima, scilicet significationem seu intentionem Dei significantis et talem significationem instituentis et assistentiam divini velle ad conferendum sanctificationem et gratiam iustificantem ipsum baptizatum; in quantum autem per baptismum intelligitur baptismalis consecratio, que semper remanet in baptizato, etiam quando peccat, quam quidam baptismalem caracterem vocant, duo divinissima in se includit ad minus: primum est ordo divi[ni] voliti et ordo divini velle volentis et statuentis omnem baptizatum rite eo ipso esse divino cultui dedicatum et in sancto statu esse coli[oc]atum tanquam ipsius status ecclesiastici professorem et pro tanto [acquisivisse] statum ac professionem et obligationem divinam et a Deo volitam et statutam; secundum est ordo et assistentia divini velle ad dandum gratiam ac per consequens gloriam baptizato nisi ipse per actuale peccatum det vel dederit impedimentum, et pro tanto baptismalis caracter dicit quoddam immobile ius ad gratiam obtinendam non existente prefato impedimento*», (Delorme, 1945), p. 325.

⁴⁴⁷ «*Ex iis autem patet lata via respondendi ad argumenta utriusque partis. Prima enim pro quanto probant quod ille habitudines ponunt aliquid reale verum probant quamvis ex hoc non sequatur quod illud realem addat aliquam essentiam ad predicta; reliqua vero alterius partis bene probant quod illud quod ponunt iura potestativa sit principaliter increata potestas divina velle et quod illud principaliter ponit ratio significationis active sit in intentionibus intellectualium personarum*», (Delorme, 1945), p. 326.

⁴⁴⁸ «*Ad primum igitur prime partis patet, quia quanto nobilior est Deus et res prout sunt in Deo vel prout sunt Dei obiecta, tanto illud quod ponunt predicta iura vel signa sacra iuxta modum praescriptum est nobilium quam si solum ponerent unam novam essentiam accidentalem. Ad secundum etiam patet, quia illud debitum fundatur partim in iustitia Divini velle illud exigente a nobis, partim in essentia, et in actuabilis donis nostrae naturae. Ad tertium etiam patet, quod eo ipso quod transgressio iuris predicti est transgressio divini velle et divine legis, eo ipso convincitur quod potius ponit divinum velle et suam legem, quam solam legem creatam. Ad quartum et quintum dicendum quod, si homo potest dare alicui suum amorem ita quod ille ex hoc fiat de novo eius dilectus absque hoc quod illi dilecto aliqua nova essentia imprimatur, non est mirum si Deus multo magis potest de non volito facere volitum et hoc sub modo (isto) vel illo et ad hoc officium vel ad illud; sicut etiam nostrum conditionale volitum potest fieri absolute volitum per solum adventum conditionis absque hoc quod suum volitum in sua substantia varietur sic utique et multo amplius potest fieri hoc de conditionale volito Dei*», (Delorme, 1945), p. 326.

⁴⁴⁹ «*Rursus sciendum quod, licet actus creature rationalis transeant, nichilominus per illos potest acquirere quamdam rationem respectivam, nove scilicet habitudinis et novi ordinis, nullo ali o addito preter actum: cuius ratio est, quia tam a se quam ab omni alia mente rationali potest ex tunc vere intelligi talem actum fecisse vel in se habuisse, ac per consequens potest et debet haberi pro auctore vel subiecto actus preteriti, et pro tali et pro quali debet haberi actor talis actus, quia sibi per talem actum nullo alia sibi addito acquirit novum respectum ad ipsum actum et ad reliqua per intermedium actum. Idcirco, nullo alia sibi addito, per solos actus pretereuntes potest creatura rationalis*

In altri termini, credo di poter inferire senza forzare il senso del discorso, sono gli unici passibili di un giudizio di responsabilità, per gli atti di volontà che hanno enucleato, per le manifestazioni di volontà demiurgica che essi hanno *creato*⁴⁵⁰.

Ed, il Provenzale continua, confutando le tesi avverse e mostrandone, a suo dire, l'inconferenza⁴⁵¹, ponendo altresì in luce come siano del tutto assurdo le teoriche che mirerebbero a conferire ad un determinato lemma un significato univoco, dipendendone, anzi, il significato, dall'*intentio hominum*⁴⁵².

Allo stesso modo, coloro i quali sostengono erroneamente che le potestà regie e quelle a queste consimili siano potestà di solo diritto⁴⁵³ e quindi incapaci di determinare un *aliquid novum in realitate*⁴⁵⁴, dimenticano che le potestà possono produrre effetto non *ex se*, bensì in quanto in esse è operativa la volontà⁴⁵⁵.

E' essa, in ultima istanza, a produrre gli effetti *de quibus*.

acquirere habitudines meriti et demeriti et iuris vel debiti non solum apud Deum, sed etiam respectu omnis creature rationalis; iuxta quod omnis mens rationalis sub alia ratione debet accipere eum qui peccavit pro quanto peccavit quam eum qui nunquam peccavit et aliter eum qui aliquid vorit quam eum qui non vorit», (Delorme, 1945), p. 327.

⁴⁵⁰ In merito, si rimanda a quanto previamente riportato in ordine alla *voluntas* quale fondamento della responsabilità umana per Pietro di Giovanni Olivi.

⁴⁵¹ Cfr. (Delorme, 1945), pp. 327 – 328.

⁴⁵² Sul punto, come si legge nell'esempio del vino, l'Olivi è particolarmente salace: «*Ad septimum dicendum quod vox non habet aliquid in sua natura ex quo plus significet hanc rem quam illam, nisi loquamur de sua naturali significatione secundum quam, naturaliter significat suas causas. De hac autem hic non loquimur. Et ideo vox ex se non imprimat audienti suum significatum nec suam significationem, alias omnis audiens intelligeret omne ydiuma e proprias significationem eorum, quod est aperte falsum; ymo oportet quod prius sciat homo quid significat talis vox, antequam per ipsam, set potius occasione ipsius, de novo advertat res quas loquens intendit sibi per vocem illam significare. Unde per vocem ipsam non addiscimus absolute suum significatum, sed solum sub certo respectu. Ex hoc enim quod doctor terminos diversi mode componit, advertimus rem significantem per unam vocem sic vel sic referri ad rem significatam per aliam vocem. Si autem queras quomodo secundum hoc addiscimus quid significet hec vox vel illa, dicendum quod per aliqua signa a voluntate data que habent maiorem connaturalitatem et directionem [vel] aspectum ad talia significata. Unde puero docetur quid significat hec vox "vinum" per hoc quod dicendo hanc vocem nutu oculi vel tactu igitur digiti ostendimus sibi rem que appellatur vinum aut per aliquam viam consimilem vel equivalentem. Ad illud autem de duplicitate pro periurio dicendum quod, ex quo hec vel illa vox est communiter et a communi intentione seu beneplacito hominum ordinata ad tale quid significandum, non potest quis propria auctoritate ea uti ad aliam significationem absque simulationis dolo, nisi suam intentionem clare exprimat auditori; unde ratio determinate significationis ipsarum vocium non solo sumitur ab actuali intentione loquentis et in actuali apprehensione audientis, sic eius habitualis significatio est realiter in communi et habituali intentione hominum» (Delorme, 1945), pp. 328 - 329.*

⁴⁵³ E' evidente come vi sia immanente una concezione rivoluzionaria di diritto, svincolata totalmente dalle categorie del diritto oggettivo, viste come sterili e soffocanti, prive di effetti senza la *vis voluntaristica*.

⁴⁵⁴ «*Ad reliqua vero alterius partis satis ex predictis patet, quia absque dubio satis bene probant quod potestas regalis vel consimiles, secundum quod est potestas solius iuris, non aliqua potentia naturalis et naturaliter agens est, et etiam quod prefate habitudines non sunt effectus naturales vel artificiales nec dicunt aliquam essentiam tunc realiter de nova factam, quamvis presupponant quosdam effectus quibus mediantibus acquiruntur et dantur», (Delorme, 1945), p. 328.*

⁴⁵⁵ Sia divina che umana, e ciò è evidente, data la teoresi oliviana la sua antropologia.

E, coerente ed anodino rispetto alla propria impostazione, l'Olivi non manca di ribadire detto concetto a più riprese⁴⁵⁶. L'autorità basata sulla volontà ripete la struttura di quella divina e perciò stesso si presenta con la stessa forza vincolante.

Il che significa, data la struttura della teologia oliviana, che è la volontà la *causa* degli atti giuridici vincolanti, ed essa e solo essa è da considerarsi capace di ciò. Non certo un diritto *oggettivo*, ontologicamente vincolante, bensì è il diritto di matrice *soggettiva* (*rectius*, del soggetto volente/volontaristico) che diviene tale⁴⁵⁷.

Azzarderei, è ontologicamente vincolante.

Si badi come l'Olivi ponga l'accento sul fatto che il potere debba essere conforme alla volontà di Dio, altrimenti non potrebbe godere di tale peculiare coerenza⁴⁵⁸.

In altri termini, credo sia corretto inferire che la potestà umana ripete la sostanza divina entro taluni limiti: *id est*, entro la propria competenza⁴⁵⁹.

⁴⁵⁶ «*Si quis tamen velit ex predictis inferre argumentis quod predictae habitudines penitus nichil ponant, satis ex predictis patet hoc esse falsum. Ad cuius pleniorum evidentiarn sciendum primo quod potestas regia vel quecumque alia consimilis vocatur potestas non quia ad modum potentiarum activarum ex se influat et imprimat actiones in aliquod patiens, set potius quia ex ordine divine et humane voluntatis et iustitie preceptum datum a rege habet talem vim quod homines sui regni tenentur obedire, et ideo dicimus quod rex habet potestatem edendi precepta et leges obligantes subditos suos ab illa implenda. Quia igitur huiusmodi potestas nichil intrinsecus realiter addit ad personam regis, idcirco potest sic respicere totam eius personam quod non respiciet determinate aliquam eius potestatem nisi forte liberum arbitrium et potentias ei subnexas in quantum tales, et ex eadem causa est quod pro tanto huiusmodi potestas simul et sub una forma et ad unum principalem finem uni et eidem persone datum potest dici una; pro quanto autem ad plura diversi mode se extendit et pro quanto posset a dantibus minui et augeri et in plures potestates dividi, potest dici composita ex pluribus potestatibus, non quod in rege ponat aliquam realem compositionem, set solum in voluntatibus et intentionibus voluntariis in quibus fundatur, quamvis prout fundatur in voluntate Dei non ponat aliquam realem compositionem vel pluralitatem, set solum equivalentiam plurium rationum. Secundo sciendum quod, licet huiusmodi potestates quantum ad illud quod magis realiter ponunt principaliter fundentur in auctoritate divini imperii seu divini velle, cui omnis res creata est et esse debet omnino subiecta et precipue creatura rationalis, nichilominus potestas regis dicitur esse alia a potestate Dei et potestas baiuli a potestate regis, quia sicut aliud est esse Deum vel regem et aliud tenere locum Dei vel regis, sic inter se differunt huiusmodi potestates, quia rex non ex alia potest nisi ex eo quod tenet locum Dei et ex eo quod Deus enim posuit et poni fecit quasi loco sui», (Delorme, 1945), p. 328.*

⁴⁵⁷ In altri termini, la volontà è vincolante per il diritto perché è un potere, ed il diritto "giuridicizza" detta potenza. Anzi, è la mera forza che si presenta cogente, in quanto capace di modificazioni causali.

⁴⁵⁸ Che tale concezione avrebbe evitato di cadere nell'arbitrarismo è dimostrato con dovizia dalle pertinenti e condivisibili argomentazioni di Simoncioli, in (Simoncioli, 1956), pp. 37 - 54. Il che è verissimo. Tuttavia ciò che preme porre in evidenza in questa sede è che la teoresi oliviana non pone alcun limite intrinseco alla volontà umana: il limite unico che vi si ravvisa è consustanziale al volontarismo francescano e si rinviene nella volontà di Dio. E' evidente che il sistema possa reggere fintantoché venga riconosciuta la gerarchia *voluntatum*. Nel momento in cui avverrà la decapitazione della medesima, con la sostituzione di Dio con l'uomo (ovvero con la riduzione di Dio ad un mero ente di ragione, perfettamente ed agevolmente reificabile e la volontà umana posta in posizione apicale), la teoresi francescana, per una curiosa eterogenesi dei fini, finirà per offrire un perfetto apparato concettuale in cui Dio non sarà affatto necessario. Il che, si ribadisce, non dovrebbe stupire. Il che, paradossalmente, avrebbe dato ragione a Giovanni XXII. Si rimanda a *supra et infra*.

Si tratta con tutta evidenza di un ulteriore aspetto della speculazione oliviana che viene in evidenza: l'astrazione dell'uomo quale creatura *imago Dei* dal reticolo di situazioni *altre* rispetto ad essa, per avvicinare l'uomo stesso a Dio. E l'uomo, con la sua volontà davvero può partecipare, grazie alla concessione della volontà divina, alla stessa struttura volontaristica.

Struttura che, al di là delle forme di manifestazione della medesima⁴⁶⁰, obbliga in *quanto tale e solo in quanto tale*. E ciò, *ex voluntate Dei*⁴⁶¹.

m) Considerazioni finali sul sistema teoretico di Olivi

Se s'è concessa tanta attenzione alla speculazione pressoché sconosciuta di Pietro di Giovanni Olivi non è stato certo per tentare di portare alla luce la pur notevole teoresi di costui.

Tutt'altro.

Il tentativo di sistematizzazione della medesima è dallo scrivente ritenuto fondamentale onde comprendere la nascita del concetto di *volontà* che, per quanto concerne l'universo del giuridico, dando origine a quella che venne poi denominata la categoria del "*diritto soggettivo*", segnò la fine dell'età di mezzo per aprirsi agli sviluppi successivi, come mise in luce per primo, e non certo con unanimi consensi, il Villey⁴⁶².

⁴⁵⁹ «*Si autem obicias quod secundum hoc oportebit quod potestas regis sit aliqua potestas creata, alias enim non posset realiter differre a potestate divina: si autem est potestas creata, tunc oportet quod sit aliqua essentia creata vel facta illo tempore quo illa potestas fuit regi data, dicendum quod est in potestate regis includitur increata potestas Dei, non secundum suam totam plenitudinem, set quoad quid et usque ad aliquid datur, et ultra hoc dicitur habitudinem regis ad eam et ad regni subiecta per illam; et quantum ad hoc secundum dicit quid creatum quantum ad fundamentale quod realiter ponit, quod quidem fundamentale non fuit tunc de novo creatum quando illa potestas seu habitudo dicitur fuisse data regi de novo: cuius ratio et veritas satis ex superioribus patet*» (Delorme, 1945), pp. 328 - 329.

⁴⁶⁰ Mi pare, nuovamente, evidentissima la critica alla concezione di diritto c.d. "oggettiva", in favore di una ricerca della sostanza della fattispecie. Sostanza da reperirsi nella volontà (manifestata) e non nella strutturazione esteriore della fattispecie. Si tratta davvero di una presa di posizione che anticipa le fatiche degli *jus periti* di molti secoli.

⁴⁶¹ «*Ex hoc autem potest consimiliter adverti quomodo quoad quid idem est ius vendentis illud et ementis aut dantis et accipientis et quomodo quoad quid non est idem, pro quanto scilicet alia est habitudo et aliud eius subiectum in quo fundatur. Nec intelligas quod solum sit alia et alia habitudo ex parte subiectorum, immo etiam ex parte aliorum qui mediante illa habitudine nunc respiciunt hoc subiectum, nunc illud, et hoc sub vario ordine, quia secundum respiciunt per primum et post primum. Sicut enim accipiens aliquod ius ab aliquo altero accipit illud per ipsum et post ipsum, sic consimiliter se habent et respectus aliorum ad ipsos: et licet in Deo non cadat realis alienitas vel successio vel posterioritas, nihilominus est ibi fundamentalis veritas plurium habitudinum et rationum, que quantum ad sua obiecta et extrema creata habent ordinem prioris et posterioris quamvis hoc non habeant in se et secundum se. Ex hiis etiam patet quomodo absque aliqua reali et creata infinitate possunt huiusmodi potestates in infinitos et in infinita quantum est ex sua ratione et quomodo possunt super liberum arbitrium plurium et innumerabilium absque aliquo inconvenienti, quia non est hoc per viam potentie active inferentis coactionem vel necessitatem aut motivam impressionem et impulsione libero arbitrio illorum, set solam obligatoriam perceptionem*» (Delorme, 1945), p. 329.

⁴⁶² (Villey, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, 1985), pp. 135 e ss.; sul punto convergono gli studiosi del fenomeno, seppure talvolta con accenni critici. Si veda, ad esempio, (Parisoli, 1999),

Infatti, come ritengo sia apparso evidente dal semiconosciuto testo di Olivi pubblicato da Delorme ed inerente la *quaestio* “*quid ponat ius vel dominium?*”, in perfetta consonanza con la propria teoresi, il bacelliere provenzale traduce entro l’orbita del giuridico i postulati e le conseguenze innervanti la propria speculazione, giungendo a compiere un passo epocale.

Seppure si possa ammettere che le preoccupazioni dell’Olivi, quantomeno *prima facie*, non avessero a cuore il diritto, è tuttavia altresì vero che, vista la temperie culturale in cui egli si trovò a sviluppare la propria brillante speculazione, lo portarono ad affrontare temi di diretta afferenza giuridica.

Si rammenta, infatti, come egli profuse la propria fatica intellettuale entro il grande scenario ingenerato dalla disputa sulla povertà, che mise in rotta di collisione la sede petrina con numerose frange e numerosi aderenti dell’Ordine francescano.

Ritengo sia assolutamente plausibile convenire con Burr in merito al fatto che il Nostro Bacelliere fosse mosso dalla preoccupazione prima di riportare l’*Ordo Fratrum Minorum* al rispetto della *Regula* dettata dal fondatore⁴⁶³. E ciò implicava affrontare il *punctum pruriens*, ovverosia, la *paupertas*, intesa, prima ancora che come rinuncia ad ogni diritto sulle cose ed all’uso moderato delle medesime, come essenziale formante della vocazione francescana: sottrazione dell’uomo al reticolo di relazioni innervanti la realtà umana per avvicinarlo a Dio.

E tra le relazioni complicanti l’accesso al cielo, vi erano quelle giuridiche, tra cui, ovviamente, quelle proprietarie.

Fu così, mi pare di poter concludere, che egli fu “costretto” ad affrontare, seppur tangenzialmente ed entro la visuale che egli riteneva di proprio interesse, problemi “giuridici”.

Ed egli li affrontò munito di tutto il proprio armamentario concettuale, il che lo portò ad esiti tanto brillanti, quanto rivoluzionari.

Infatti, nella *quaestio* “*quid ponat ius vel dominium?*” si trova ipostatizzata detta rottura, come ha acutamente notato Grossi⁴⁶⁴.

In essa si può infatti rinvenire *in claris* come la situazione rispetto alla tradizione vigente sino al tempo utilizzava un percorso esattamente opposto: nel momento in cui v’era una situazione giuridica di relazione tra una persona ed un bene, ivi sorgeva *naturaliter* un rapporto giuridico, esplicazione dell’ontologia realista permeante la realtà.

Con Olivi, invece, il percorso inaugurato si presenta come esattamente inverso: è la dinamica di potenza che si trasfonde nel reale determinandolo e determinandone la qualificazione giuridica⁴⁶⁵.

pp. 31 e ss.; (Grossi, *Usus facti. La nozione di proprietà nella inaugurazione dell’età nuova*, 1972), pp. 152 – 153; (Todescan, *Etiam si daremus - Studi Sinfonici sul diritto naturale*, 2003), pp. 202 e ss. Ma sul punto, si vedano anche le notazioni critiche, rammentate in precedenza.

⁴⁶³ Cfr. il già più volte citato (Burr, *Olivi e la povertà francescana*, 1992).

⁴⁶⁴ (Grossi, *‘Usus facti’ - La nozione di proprietà nella inaugurazione dell’età nuova*, 1992), pp. 166 e ss.

⁴⁶⁵ Questo *quid*, a parere di chi scrive, e come si evince chiaramente dalle parole dell’Olivi, consiste nella volontà.

Ma v'è di più.

Un già citato frammento⁴⁶⁶ l'Olivi sostiene una tesi con tutta evidenza dirompente, che inaugura, per la prima volta nella storia una sorta di "teologia del proprietario"⁴⁶⁷.

Con tutta evidenza i caratteri del proprietario sono certamente quelli del principe⁴⁶⁸, ma, oserei dire, assomigliano decisamente (per non dire coincidono) a quelli di Dio stesso.

Il che, del resto, non dovrebbe stupire, stante l'illustrata concezione antropologica dell'Olivi e di come egli tracci l'icona dell'uomo quale *imago Dei*⁴⁶⁹. Ed, in effetti, detti caratteri si trovano riproposti entro la *quaestio* direttamente afferente a *dominia*.

Mi spiego meglio.

Evidentemente in ossequio alla concezione oliviana di Dio, Questo viene concepito come somma libertà⁴⁷⁰, una libertà essenziale e consustanziale all'esplicazione della persona umana, senza la quale essa non esiste, è priva di ciò che la qualifica come tale⁴⁷¹.

E se la libertà rappresenta il necessario corollario logico della sussistenza della personalità umana, essa trae a sua volta scaturigine da quella che, in ultima istanza, rappresenta il nucleo fondante dell'essere umano: la *voluntas*.

Essa, appunto, è forza causante libera, incondizionata ed incausata. E' postulata in detti termini, e non potrebbe manifestarsi altrimenti.

Con tutta evidenza ricalca i caratteri della volontà divina, ed è per questo motivo, infatti, che può dirsi fondante ed atta, ancora, a rendere l'uomo *imago Dei*.

⁴⁶⁶ Il riferimento è a quanto si legge in (Delorme, 1945), p. 324: «*dignitas aut iurisdictio et potestas regalis ponit realiter duo praedicta (scilicet actualem rationem divini velle, divini voliti), et idem est de dominio seu iure proprietatis quod quis habet in domo vel agro; et ex hoc est quod transgrediens hoc ius vere dicitur transgredi Dei voluntatem et legem...preter hec autem duo ponit sive de preterito seu de presenti illa quibus intermesiiis deus vult tale ius sortiri et habere, ut sunt electiones hominum in reges et consensus electi aut mutuae conventiones quales sunt inter vedentem ed ementem et consimilia. Set ius ipsius iuris principaliter sistit in duobus predictis et in ratione communis iustitie, que est realiter idem quod rectitudo divini velle et divine sapientie*».

⁴⁶⁷ (Grossi, 'Usus facti' - La nozione di proprietà nella inaugurazione dell'età nuova, 1992), p. 169.

⁴⁶⁸ (Grossi, 'Usus facti' - La nozione di proprietà nella inaugurazione dell'età nuova, 1992), p. 169.

⁴⁶⁹ Si rammenti quanto ricordato in precedenza in ordine all'antropologia dell'Olivi. Com'è evidente, in questa fase il presente scritto è debitore dell'opera in *subjecta materia* di Paolo Grossi. Lo scrivente ha trovato conforto, leggendo le parole del Maestro fiorentino, nell'appurare che il percorso argomentativo che andava strutturando trovava una qualche conferma nell'autorevolissimo Autore. Tuttavia vi sono alcuni profili di criticità che il Grossi, presumibilmente in quanto egli aveva a mente più una ricerca storico – giuridica che filosofica, pare aver tralasciato. Senza voler peccare d'albagia od immodestia, ne si tenterà l'accenno richiamando, quando necessario, lo schema storico di Grossi che pare allo scrivente in assoluto il più persuasivo (e non certo solo per l'autorevolezza del Grossi) per tratteggiare la rivoluzione francescana.

⁴⁷⁰ Si noti come si trattasse di un'idea che aveva trovato autorevolissimi zelatori in seno all'*Ordo Fratrum Minorum*. E' ben nota la *querelle* che divise i seguaci di Tommaso e quelli di Scoto, nonché, *in primis*, le rimostranze

⁴⁷¹ Utilizzando categorie contemporanee non pare azzardato, quindi, concludere che un uomo non libero difetti totalmente di personalità. Cfr. i passi oliviani citati in precedenza.

Ergo, in forza di essa, egli può compiere qualsiasi cosa, esercitare qualsiasi azione⁴⁷² su di un fascio innumerevoli di fenomeni.

Egli è onnipotente, *rectius*, omni – causante⁴⁷³.

Ed ecco che, quindi, che l'essere umano, qualora sia proprietario, *rectius*, si trovi in una situazione di potere⁴⁷⁴, può esercitare questo potere di volontà all'interno della situazione medesima.

Anzi, più precisamente è esattamente detto potere che rende reale la situazione di potere – soggezione.

Come possa esplicarsi detto potere sulle situazioni giuridiche va brevemente tratteggiato, in quanto di notevole rilevanza.

n) La volontà oliviana e la sua rilevanza giuridica

S'è tratteggiato in precedenza come potenza creativa della volontà si esplichino *per essentiam* non solo nel dare scaturigine all'esistenza della *res creata ac creanda*, bensì, ovviamente, nel determinare il *quomodo* dell'esistenza e l'esistenza medesima. Ciò dal momento che essa ripete la propria esistenza dalla forza causante, e la ripete in senso radicale: qualora la forza causante venga meno, viene meno anche lei.

In altri termini, essa è legata, sia alla nascita, che per tutta la propria esistenza, alla volontà che l'ha chiamata ad esistere⁴⁷⁵.

Ipsa modo, ciò vale per le situazioni giuridiche.

Va da sé che l'atto che la trae dal nulla dell'inesistenza per traghettarla nel reale delle situazioni giuridiche è, al pari dell'atto creazionistico di Dio, un atto assolutamente libero, promanante dalla soggettività: un atto di volontà.

Il che, ancora una volta, costringe a richiamare la concezione antropologica del Bacelliere Provenzale, laddove egli ha scolpito la propria antropologia attorno al

⁴⁷² Si perdoni la semplificazione che, con tutta evidenza, non tiene conto nemmeno delle differenze tra i pensatori francescani stessi. Si pensi, ad es., alla differente concezione in merito sostenuta da Scoto ovvero da Ockham. Sul punto, quantomeno tangenzialmente, si veda *infra*.

⁴⁷³ Lo scrivente preferisce il secondo attributo al primo. Il motivo verrà chiarito nel corso della trattazione.

⁴⁷⁴ Si rammenta come le situazioni elencate dall'Olivio nell'*incipit* della propria *quaestio* siano differenziate e non si riducano al solo diritto dominicale. Esse, al contrario, rappresentano una panoplia di situazioni dominicali, di cui la proprietà diverrà probabilmente l'archetipo, ma che vanno tutte qualificate quali *dominia*. E ciò in quanto costruite sulla dinamica di potere – soggezione, soggetto – oggetto (o *dominus – servus* per utilizzare una terminologia che diverrà poi cara alla c.d. Seconda Scolastica), ossia su di una situazione di soggezione alla volontà.

⁴⁷⁵ Come ciò possa influire sulla concezione del perire dei fenomeni, ovverosia se, aderendo a detta concezione possa parlarsi effettivamente di "morte" nel senso di scomparsa ovvero il contrario. Pare allo scrivente che detta concezione, almeno presa in tali termini (*id est*, certamente non nei termini in cui la intendeva l'Olivio, sia essenzialmente nichilista, ipostatizzando una *vis creativa et ablativa* sui fenomeni, che dispone su essi arbitrariamente riducendo la loro esistenza ad un segmento temporale tra la chiamata dal nulla ed il ritorno a detto medesimo nulla. Tuttavia, con tutta evidenza, si tratta di tematica tanto interessante quanto eccentrica rispetto al tema della presente ricerca.

concetto di volontà spinto dall'anelito mistico volto ad avvicinare l'uomo a Dio. In particolare, in ossequio, probabilmente, almeno a parer mio, più che al precetto della *franciscana paupertas*, a ciò che ne motivò la prescrizione da parte di Francesco d'Assisi⁴⁷⁶, egli si prodigò sia di sottolineare la primazialità dell'umano in seno al creato, sia di offrire gli strumenti concettuali affinché i propri fratelli d'ordine potessero adempiere ai *praecepta* indisponibili posti dalla *Regula*. Ed, in particolare, di come realizzare sia il precetto di povertà, sia, soprattutto, ciò che rispetto ad esso costituiva il presupposto, ossia il distacco dal mondo per porsi in diretta relazione con l'Assoluto.

Il che, in termini giuridici significava sottrarsi al reticolo di relazioni "oggettiva" permeanti la realtà nella concezione medievale.

Per entrambi gli scopi il grimaldello concettuale fu offerto dalla *volontà*.

Se s'è ribadito ampiamente la sua funzione entro l'antropologia mistica del Provenzale, ed ecco che, com'è ampiamente intuibile, essa esplica la propria *vis* in modo dirimpontemente nel mondo del diritto. E, se la teoresi oliviana chiarisce i presupposti della rivoluzione volontaristica, la *quaestio* "*Quid ponat ius vel dominium?*" ne traduce gli effetti entro l'orbita del giuridico.

Il che significa che le situazioni giuridiche non sono più pertinenza della struttura "oggettiva" delle medesime, bensì, al contrario, esse sono disponibili nei confronti della volontà del soggetto che ne è titolare.

Rectius, del soggetto che su di esse ha il potere che gli conferisce la volontà.

E non basta.

Stanti i postulati oliviani, è evidente che la *voluntas* debba determinare "geneticamente" e "funzionalmente", come ogni altra *res* soggetta alla sua *potestas*, il rapporto giuridico: al punto che esso viene ad esistere ed esiste ed, ancora, diviene giuridico⁴⁷⁷ solamente *se e come*, ossia nei termini in cui la potestà creatrice lo ha *voluto*.

E soltanto finché la volontà creatrice lo voglia.

E' il dominio del soggetto sul mondo, *rectius*, sulla parte del mondo che gli è resa disponibile. Ed infatti, secondo detta concezione imperniata attorno alla volontà⁴⁷⁸ il diritto, espressione della libertà dell'uomo nella storia e sulla natura è soprattutto volontà dominativa e forza dominativa⁴⁷⁹.

Oserei aggiungere *essenzialmente* forza dominativa.

L'aver disancorato la proprietà da qualsivoglia referente ontologico di matrice oggettiva, ed invece averla ancorata ad una ontologia soggettiva ha avuto l'effetto di

⁴⁷⁶ Ossia, banalmente, per il francescano il distacco dalle quisquiglie mondane, onde spogliarsi di tutto il superfluo ed avvicinarsi a Dio.

⁴⁷⁷ Con tutta evidenza si trattava di un profilo che, all'interno della disputa sulla povertà, era di precipuo interesse per l'*Ordo Fratrum Minorum*.

⁴⁷⁸ Con tutta evidenza si tratta di un vero e proprio "dogma della volontà".

⁴⁷⁹ Ed infatti, l'elevazione dell'essere umano sopra la natura, al fine di avvicinarlo a Dio è una cifra comune a tutta la letteratura francescana. Cfr. (Grossi, '*Usus facti*' - *La nozione di proprietà nella inaugurazione dell'età nuova*, 1992), p. 142.

svellere i *dominia* dal reticolo delle situazioni *reali oggettive*, sottraendole a tutto fuorché alla volontà del singolo, al suo potere.

Le relazioni dominative si trovano ipostatizzate, quindi, entro una sfera di libertà assoluta.

Libertà assoluta, sia chiaro anche in ordine alla loro stessa esistenza: esse dipendono non da un qualsivoglia spessore ontologico, bensì dall'unica forza capace di dominarle, ossia la volontà.

E' infatti la volontà che ha il *potere* di agire. E può voler esercitare detto potere o non esercitarlo, ed entro i limiti che vuole.

Si tratta con tutta evidenza, come già posto in luce, di una "teologizzazione" del rapporto dominicale. E ciò in quanto il *dominus* finisce per possedere le medesime qualità del Creatore, il quale, come s'è visto, dal canto suo, concede nei *dominia* la Grazia. Così facendo il Creatore ne pone in essere in un certo senso una sacralizzazione, ma ne connota altresì la struttura⁴⁸⁰.

Secondo la speculazione dell'Olivì, le cose non stanno in realtà esattamente in questi termini. Com'è espresso in *claris* nel frammento da ultimo citato, il Provenzale accenna ai limiti innestati nei *dominia*: limiti che provengono direttamente da Dio.

Senza entrare nel merito della già ricordata diatriba in ordine alla possibilità o meno di dedurre o meno dal pensiero dell'Olivì l'arbitrarismo, vorrei brevemente soffermarmi sulla struttura di detti limiti, che oserei definire, quasi ossimoricamente "ontologicamente volutaristici".

Vedo ora di esplicitare meglio il mio pensiero.

Al di là dei contenuti di detti limiti, del tutto irrilevanti ai fini del presente lavoro, appare evidente che i limiti ai *dominia humana* siano posti e ponibili soltanto dal Creatore. Ovverosia, da Colui che tutto ha creato, e che ha dato siffatta struttura a detti fenomeni: limitandoli come Egli ha voluto. Egli ha *voluto* strutturarli in tal modo, limitarli in tal modo, ed, in forza della propria volontà creatrice, ha *potuto* farlo, in ossequio alla relazione tra dominante e dominato, tra Soggetto e Fenomeno, tra Dio e le Sue creature.

Come dovrebbe inferirsi *de plano* da quanto posto in luce finora, la forza creativa, ossia la *voluntas creans* può plasmare i fenomeni che le sono soggetti come vuole, e, *de facto*, disporre della loro esistenza.

Ciò vale *a fortiori* per la potestà di Dio, che è vista come l'unica creatrice.

Da ciò consegue che è Dio che dona all'uomo la propria sfera di libertà, ma, come *prius* logico imprescindibile, gli dona la volontà dotata dei summenzionati caratteri. Tramite essa egli può agire *sicut Deus*.

E' evidente, tuttavia, che Dio non crea un uomo onnipotente, bensì i poteri che egli ha sono ben delimitati, da una sfera di competenza che gli è propria: è la sfera della libertà, campo d'azione della volontà. Una volontà, questa, che sia in capo all'uomo *uti singulus*, che in capo ai soggetti a capo di altre situazioni quali quelle

⁴⁸⁰ La struttura è evidentemente, *essenzialmente* volutaristica dei rapporti giuridici. Ed, infatti, il seguito della storia del pensiero andrà esattamente in siffatta direzione. Si veda comunque ciò che verrà asserito *infra*.

elencate nella *quaestio* “*Quid ponat ius vel dominium?*” (il che vale a dire, in tutte le situazioni di dominio) ripete la struttura propria di libertà assoluta, eppure limitata a *Deo ipso Creatore*.

Si noti come sia estremamente arduo inferire limiti ad una volontà così concepita; ed, in effetti, i limiti che ad essa si rinvengono nella speculazione dell’Olivi sono limiti postulati, limiti estrinseci, posti in modo meramente *volontaristico* da Dio.

In altri termini, concepito così l’uomo, entro la sua struttura antropologica il limite è costituito mediante un ulteriore atto di volontà della potenza creatrice, volto a limitare una libertà altrimenti potenzialmente totipotente⁴⁸¹.

In altri termini, è Dio stesso che ha plasmato in tal modo i rapporti, ed, allo stesso modo, entro i limiti che sono posti dal *Creator*, anche gli uomini possono agire “*demiurgicamente*”.

o) Solipsismo oliviano e gerarchia dominativa

Mi preme altresì porre in luce un’ulteriore profilo della speculazione oliviana, profilo interconnesso a quanto sinora accennato, e, quantomeno a parere mio, di sicuro interesse.

S’è enucleato come l’afflato mistico e poi speculativo di Pietro e Giovanni Olivi avesse preso abbrivio dall’esigenza di avvicinare l’uomo a Dio. Conseguenza di detto approccio è stata l’aver insistito sulla volontà e, quindi sulla libertà, sullo spazio atomistico d’incondizionatezza in cui l’essere umano spiega tutta la propria forza dominativa. Ed il *dominium*, ossia l’atto volontaristico dominativo, è ciò che è proprio dell’uomo, e che, secondo l’Olivi, consente all’uomo di amare, di desiderare, ecc.. come ampiamente già mostrato in precedenza.

Tuttavia v’è un evidente corollario: se la volontà staglia l’uomo entro un’orbita di libertà assoluta ed incondizionata, è evidente come in essa non si possa concepire altro che l’uomo stesso, il solo ed irrelato *dominus* della sfera di sua titolarità.

L’uomo non si presenta cioè come fattualmente irrelato, bensì è la stessa concezione antropologica eletta dal Francescano a sospendere l’essere umano entro un’orbita di a-relazione.

⁴⁸¹ Mi pare altresì degno di nota sottolineare come la struttura dell’atto volontaristico, con l’intelletto che coglie l’oggetto e poi la volontà che con moto suo proprio, si indirizza verso di esso (in ciò differenziandosi dall’atto divino) non ha alcun limite strutturale, se non, presumibilmente, quello della limitatezza delle potenzialità appropriate dell’uomo. Ma, ancora, mi pare evidente come si tratti, più che di un limite ontologico, di un mero limite fattuale. Il che, si badi bene, non significa affatto che l’Olivi considerasse l’uomo onnipotente. A parere dello scrivente tutto ciò era funzionale, come già messo in luce svariate volte, alla sua costruzione antropologica, mirante ad avvicinare l’uomo a Dio. Personalmente, sono propenso a ritenere che l’idea di una creatura, quale l’uomo, concepita come onnipotente, sia di quanto più lontano si possa immaginare in relazione alla teoresi del Nostro Bacelliere, vista la sua costruzione basata sulla volontà e sulla volontà divina *in primis*. Tuttavia è evidente che, una volta espunto il postulato di un Dio così concepito, la strada verso la totipotenza della volontà umana sarebbe stata spianata, ed in modo davvero agevole: sarebbe bastato, appunto, espungere il divino.

Il che, se da un lato ottiene perfettamente il risultato di ipostatizzare la fuga dal reticolo di situazioni giuridiche “oggettive” proprie del diritto dell’età di mezzo, dall’altro, stagliandovi il nucleo di “diritto oggettivo vuoto”, giunge a teorizzare l’impossibilità di concepire una relazione che non sia connotata dal carattere della dominatività⁴⁸².

Con il che si è certamente scolpito uno dei caratteri propri della struttura volontaristica delle situazioni giuridiche soggettive: l’opporsi all’ingerenza *ab externo* ed, *ab intra*, la consustanziale *disponibilità* del diritto da parte del soggetto che ne è titolare.

Tuttavia, qualora ci si ponesse per un istante, nell’angolo visuale dell’Olivi, così teorizzando parrebbe espunto il legame con Dio, ipotizzato quale punto di partenza dell’antropologia del Provenzale. Al che si potrebbe legittimamente chiedersi se, per caso, l’Olivi non avesse in tal modo mancato il proprio obiettivo. Ovvero se, in realtà, entro la teoresi oliviana vi sia una peculiare ipostatizzazione atta a spiegare il rapporto uomo – Dio. Un’ipostatizzazione, per di più, altamente paradigmatica.

In effetti il rapporto tra l’uomo e Dio ricade entro la dinamica prima accennata: Dio ha scolpito, *ex liberissima voluntate creante sua*, la volontà umana come *supra* descritta, creando l’uomo a propria immagine. Proprio per la strutturazione delle volontà, quindi, non v’è altro modo di concepire il rapporto uomo – Dio se non a mezzo della struttura dominicale: *volente Dominus – res*. Infatti, la volontà di Dio è onnipotente, e tutto può: nel momento in cui crea la volontà umana, la comprime strutturandone l’esistenza e la natura a proprio piacimento.

Chiaramente è anch’essa, anche l’uomo, finisce per essere una *res*, per la volontà divina.

Anche il rapporto con Dio è strutturato, quindi, secondo i caratteri del *dominium*. Certamente, è vero che la volontà umana è libera, ecc.. però, a ben guardare sono tutte specificità *a Deo posite*. Il che, tradotto teoreticamente entro gli schemi oliviani, significa che essi consistono in caratteri posti da una volontà: dalla volontà divina, ossia la *voluntas dominicale*.

Per ciò stesso, vista l’onnipotenza di questa, essi non rappresentano affatto limiti strutturali...

La relazione uomo Dio, quindi, almeno da un punto di vista speculativo, si risolve in una delle tante situazioni dominicali⁴⁸³.

⁴⁸² Con il che è evidente come divenga arduo definire una fattispecie siffatta come “relazione”, anche soltanto per la circostanza (volendo evitare quanto più possibile dispute definitorie aliene allo scopo del presente lavoro) che il *dominus* e la *res* presentano due caratteri differenti. Anzi, se si aderisce alla tesi secondo il quale la relazione rende presente il *Lògos*, è di tutta evidenza che in casi siffatti ciò non accada. E ciò in quanto vi è un discorso che non solo mira a porsi come unilaterale, bensì anche in quanto postula (dogmaticamente) un rapporto che è tra un *dominus* ed un *quid (o quis)* soggetto alla potestà del *dominus*. Tra l’altro, ogni discorso dogmatico non è atto di dominio? In merito, rinvio a (Cavalla, *La verità dimenticata. Attualità dei presocratici dopo la secolarizzazione*, 1996), pp. 36 e ss. Sul punto, cfr. *infra*.

⁴⁸³ E’ presumibile del resto che, entro la speculazione di Pietro di Giovanni Olivi, il tentativo di scolpire razionalmente (e, ribadisco, razionalmente, intendendo ciò come tentativo di fondare una

Si tratta, in altri termini, di due sfere incomunicanti e, quantomeno dal punto di vista teoretico, stagliantesi entro un orizzonte di assolutezza irrelata, che possono interagire tra loro soltanto mediante un esercizio di potenza: attraverso, si ripete, l'atto volontaristico del *dominus*.

Si tratta di una struttura gerarchica, basata sulla mera potenza della volontà, che si strutturano gerarchicamente⁴⁸⁴.

Facendo torto a *Monsieur De Lapalisse*, si ribadisce come, entro l'orbita speculativa dell'Olivì, sia perfettamente ovvio che la gerarchia veda Dio in posizione apicale e sia tratta dalla Scrittura. Tuttavia essa, tolto il postulato scritturistico, non è essenziale nella sua struttura: l'unica "essenzialità" della medesima è data dall'ordinamento degli enti in base alla loro potenza.

Id est, in base alla loro volontà.

E' per tale motivo, e solo per tale motivo che, in ultima istanza, si ritiene limitato l'arbitrio umano e che i poteri, a *Gratia Dei dati* sono *limitati* volontariamente da Dio (ma non ontologicamente).

Certamente, quindi, per utilizzare un'espressione mutuata dalla filosofia classica, il rapporto uomo – Dio non pare rappresentare un luogo ove si faccia presente il *lógos*⁴⁸⁵.

E, si badi bene, questa struttura di rapporto volontaristico essenzialmente privo di *lógos* connota tutte le relazioni di *dominio*⁴⁸⁶, anche quelle in cui è l'uomo ad avere la qualità di *dominus*⁴⁸⁷.

teoresi in tale senso) il rapporto tra l'uomo ed il Suo Creatore non fosse nemmeno stato preso in considerazione. S'è visto, infatti, come, da buon discepolo della scuola francescana, egli rifuggisse la filosofia. Eppure, come proprio di detta scuola, egli giunse a sviluppare quello che (almeno a parer mio) è classificabile come un vero e proprio sistema. E, mi sento di aggiungere, un sistema davvero notevole e dotato di anodina coerenza. Al punto che non mi pare azzardato rinvenire in lui lo snodo teoretico che fondò in maniera pressoché compiuta quella che in queste pagine s'è denominata "rivoluzione volontaristica". Per quanto concerne il rapporto uomo – Dio, egli lo considerava, mi pare di poter supporre, entro la sua concezione mistica (motore della sua speculazione, sia nel senso che da ciò essa teoreticamente prese abbrivio, sia nel senso, che, fattualmente, essa venne mossa dalla pressante necessità percepita dal Nostro di ricondurre alla purezza originaria la vocazione francescana) sottratto, nel suo slancio più profondo, alla speculazione filosofica. Ed, in effetti, allorquando egli parla di detto rapporto, egli pone l'accento principalmente sul momento eziologico, oppure sui *limiti* che l'intelletto e la volontà umana incontrerebbero, a causa della derivazione divina. Sui limiti già s'è accennato. Mi preme qui di porre in luce come, dai testi oliviani, speculativamente non possa (nonostante i sicuri diversi intenti dell'Olivì) che inferirsi un rapporto uomo – Dio strutturato intorno al rapporto dominicale: volontà causante – *res*.

⁴⁸⁴ Sul punto, si veda più diffusamente quanto si osserverà *infra* e in sede di conclusioni.

⁴⁸⁵ Cfr. *infra*.

⁴⁸⁶ Il che è ovvio, basandosi le medesime, sulla volontà.

⁴⁸⁷ Mi preme porre altresì in luce come si sia citato il frammento oliviano laddove il Nostro Bacelliè sancisce la differenza tra l'atto volontaristico divino e quello umano, mettendo l'accento sul fatto che il primo, a differenza del secondo, sarebbe *creante* (e non meramente *causante*, mi permetto di aggiungere). Dal punto di vista della teoresi oliviana, basata sulla Scrittura, ciò è necessariamente vero. *Rectius*, mi pare vero sia in quanto discenda da detti postulati, che in quanto sia esso stesso

Richiamando quanto asserito in merito a Dio, quindi, se anche l'operare proprio dell'uomo consiste nell'atto volontaristico, è evidente come rispetto ad un siffatto atto di potenza non possano concepirsi che *res*, soggette al *dominium*⁴⁸⁸.

Si badi bene, quindi, che, almeno da un punto di vista teoretico, anche l'afflato dell'uomo verso Dio non può trovare una spiegazione. Uomo e Dio si presentano come sfere assolute ed incomunicanti, quelle dei *dominia*: erratiche entità che si situano al di sopra del mondo delle relazioni *oggettivate*, per essere espressione del soggetto ed avvicinarlo a Dio.

Tuttavia, come s'è potuto arguire da quanto sinora esplicitato, i nessi di intercomunicazione⁴⁸⁹ tra i *dominia* non sono assolutamente impossibili. Certo non lo sarebbero, dato che in essi vige la *lex absolutae libertatis*.

Ma non è, nuovamente, così anodina la loro struttura, almeno a mente di chi scrive.

Infatti tra di esse vige una sorta di "gerarchia dominativa" in quanto, con tutta evidenza il Creatore può determinare i *dominia* a Lui soggetti... esattamente in quanto Suoi *dominia*.

Quindi, anche tra l'uomo e le *res* sottoposte al proprio *dominus*, si ripropone la struttura volontaristica estinsecantesi nella potenza⁴⁹⁰. L'unica interrelazione possibile tra gli uomini e tra uomini e cose (nonché, come già ampiamente dimostrato, entro la relazione paradigmatica uomo – Dio) consiste in un'interrelazione di potenza,

postulato. Mi permetto però di avanzare dubbi sulla circostanza che la differenza ontologica dei due atti creativi risieda esattamente in ciò. Infatti, se è vero che l'esperienza (da cui Olivi prende abbrivio, da buon scolastico) insegna che l'uomo non può creare nulla *ex nihilo*, è altresì vero che, sottratto l'uomo alle pastoie del diritto oggettivo, entro la sua orbita di volontà illimitatamente libera (salvo i limiti posti da Dio, sulla cui inconsistenza teoretica già ho espresso il mio pensiero) gli "enti giuridici" (si perdoni l'espressione generica ed assolutamente a-tecnica) sono ad essa sottoposti. Anzi, essi non esistono (quantomeno per l'uomo...) se non *ex voluntate*. Evidentemente, senza ritenere che essi siano meramente dei segni linguistici, preferisco asserire come essi si rivelino come dei "segni volontaristici", creati e voluti *ex voluntate* dall'uomo. Orbene, la differenza con la creazione divina *ex nihilo* mi pare sotto siffatto profilo, da un punto di vista teoretico, insussistente: si tratta in entrambi i casi di due atti di volontà che portano ad esistenza una *res* (!). La differenza si coglie, quindi, solamente nell'ulteriore postulato scolastico della realtà fenomenica e..nella speculazione oliviana e nei suoi postulati. E' evidente, tuttavia, che, esacerbando la *vis voluntatis* e svincolandosi teoreticamente dalla realtà oggettiva, detti limiti non saranno più vigenti. Sono, ancora una volta, limiti *posti ab externo*, e certamente non consustanziali alle categorie oliviane.

⁴⁸⁸ Personalmente preferisco utilizzare il termine *res* piuttosto che ricorrere al binomio *dominus – servus* tanto caro alla seconda Scolastica. E non certo in quanto intercorra tra le due espressioni una differenza sostanziale (tutt'altro!), bensì in quanto il lemma *res* mi pare più adatto a rendere contezza della struttura dell'atto di volontà, che ontologicamente si rivolge ai fenomeni, e che non può agire che nei confronti dei fenomeni, reificando (ossia, rendendo *res*) ciò che cade sotto la sua potestà dominante.

⁴⁸⁹ Utilizzo un termine volutamente "neutro".

⁴⁹⁰ Ed è plausibile ritenere che accada così anche per gli altri gradini della scala gerarchica.

potenza quale attuazione di una volontà dispositiva entro il proprio ambito di competenza, ossia entro la sfera posta dalla volontà superiore⁴⁹¹.

Ambito che, com'è intuibile, andrà sempre più restringendosi (pur non mutando *qualitativamente*, bensì soltanto *quantitativamente*) al degradarsi della posizione gerarchica, come esemplificato in modo preclaro dal rapporto uomo - Dio⁴⁹².

Anche il *dominus* può essere quindi *dominatus* (ossia, oggetto di *dominium*), qualora si trovi, a sua volta, nella posizione deteriore del binomio dominicale⁴⁹³.

Rebus sic stantibus, non pare esagerato inferire che soltanto laddove il sottoposto utilizzi entro la propria sfera di attribuzioni⁴⁹⁴ il potere di cui è a sua volta *dominus*, egli possa essere considerato, per l'appunto, *dominus*. Al di fuori di esse la sua pretesa volontaristica sarà fallace, anzi, non credo sia esagerato concludere che *non possa essere*, se non, ovviamente, *de facto*⁴⁹⁵.

E ciò in quanto il *dominium*, come già posto ampiamente in luce, è da considerarsi illimitato solo per la *voluntas Dei*, ma meno per le altre, secondo una scala di degradazione della sfera di competenza e della potestà individuale.

Si tratta di un esito curioso, visto l'afflato francescano alla liberazione del singolo ed all'affermazione della *libertà*, della *persona*. Eppure, stante l'irrelazione assolutizzata che emerge dalla speculazione *de qua*, non pare possa inferirsi alcunché di diverso.

E' chiaro che, come già tentato più volte di porre in luce, vista la sostanziale insussistenza dei limiti posti alla *voluntas* così concepita, sarebbe stato sufficiente "decapitare" il sistema, espungendovi Dio, che essi sarebbero venuti meno⁴⁹⁶.

⁴⁹¹ Per l'uomo, ovviamente, il limite consisterà nella volontà creatrice di Dio. Per ciò che è di derivazione umana, invece, dalla volontà dell'uomo. Per gli altri enti, non dotati di volontà, ciò non dovrebbe darsi, a lume della teoresi dell'Olivi. Essi agiranno quindi necessitati, secondo quanto voluto dal Creatore. Mi pare, tuttavia, che anche tra gli altri enti finirà per affermarsi una relazione di dominio. Non volontaristico, bensì di mero fatto. Si prendano comunque siffatte asserzioni come mere suggestioni, risultando esse *icti oculi* eccentriche rispetto al presente lavoro.

⁴⁹² Si noti altresì come la volontà così concepita non trovi alcun limite contenutistico, essendo necessario e sufficiente solo il suo manifestarsi.

⁴⁹³ *Rectius*, di *res*, secondo l'opzione terminologica quivi eletta e motiva in precedenza.

⁴⁹⁴ *Id est*, entro i limiti posti dal potere poziore. Il che

⁴⁹⁵ E sarà illegittima, e ciò si riduce ad essere l'unico criterio per la valutazione della medesima. Si noti altresì come così vi sia una sovrapposizione tra il contenutistico ed il volontaristico che presuppone l'ablazione di qualsivoglia assiologia che non sia basata sulla mera *voluntas/vi dominandi*.

⁴⁹⁶ In realtà, credo, che vi fosse un altro limite pernicioso insito, suo malgrado, nel pensiero dell'Olivi: la concezione della scolastica finiva per rendere Dio un ente di ragione. Sia chiaro, è di tutta evidenza che la filosofia scolastica si basava su degli *éndoxxa*, delle precomprensioni proprie della cultura dell'epoca che senza dubbio si opponevano all'asserzione, evidentemente semplicistica e riduzionistica, ora enucleata. E' d'altrocanto intuibile come, estrapolata dal contesto, essa finisse per essere, per una curiosa eterogenesi dei fini, un formidabile armamentario concettuale per giungere, addirittura, ad una reificazione del divino. E' per tale motivo che ritengo non fosse nemmeno necessario svellere Dio dalla speculazione per scardinare il sistema oliviano e porre la volontà umana in posizione di totipotenza. Sarebbe bastato solamente astrarla dai principi

E sarà ciò che la speculazione successiva porrà in essere, riducendo sempre più la presenza del trascendente. Ma ciò che è di notevole interesse è che, come dovrebbe apparire chiaro da quanto s'è argomentato finora, gli sviluppi successivi sono immanenti nella speculazione di Pietro di Giovanni Olivi: la sua volontà libera ha posto le basi fondanti di quelli che Villey ha denominato «*caratteri veramente tipici del pensiero giuridico moderno*»⁴⁹⁷.

Si badi bene, quanto ora considerato è certamente al di fuori del sistema di pensiero di qualsivoglia filosofo appartenente all'*Ordo Fratrum Minorum*, tuttavia è nella svolta teoretica dell'Olivi che già si possono ravvisare *in nuce* gli sviluppi ora menzionati.

Analizzando ora quanto ciò possa intuibilmente influenzare il mondo del diritto, è evidente che sarà solo il soggetto, a mezzo della propria volontà libera a porre in essere rapporti “giuridici”, solo ed in quanto egli vorrà loro ed il loro ingresso nel giuridico, a prescindere dalle circostanze “oggettive”⁴⁹⁸.

L'esempio della povertà, dei vincoli contrattuali, ne costituisce evidente esempio: l'uomo è signore di sé, ed *ex se, medio voluntatis*, pone in essere tali limiti⁴⁹⁹.

Lo stesso accade per gli altri *dominia*, per i governanti, i principi, ossia per i soggetti che, con terminologia moderna, verranno denominati “*di diritto pubblico*”. Essi, come enucleato nella *quaestio* “*Quid ponat ius vel dominum?*” hanno un potere, certamente conferito da Dio e perciò a Lui subordinato, ma pur sempre un potere. E, come tale, esso consiste essenzialmente nella possibilità di porre in essere entro la propria competenza degli atti di volontà ab – soluti e dominativi.

Tali atti consisteranno sovente in norme di diritto, ponibili come comandi ai sudditi, i quali si troveranno nella situazione di *res* dinanzi ai comandi del sovrano.

Del resto, è evidente ed è già stato ricordato come il *dominus*, allorquando si trova *dominatus*⁵⁰⁰, da soggetto, diviene oggetto.

speculativi e mistici dei Francescani, in altri termini, secolarizzarla (come fece, almeno a parere mio, Guglielmo di Ockham, v. *infra*).

⁴⁹⁷ (Villey, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, 1985), p. 157. Egli sostiene che sia stato Duns Scoto (e poi, Ockham) a dare inizio alla svolta volontarista. In queste pagine invece si sostiene invece che le basi fossero già poste nella speculazione dell'Olivi, sgorgata entro l'alveo della disputa sulla povertà. In merito, si veda anche quanto si osserverà in seguito in merito alla speculazione ockhamiana.

⁴⁹⁸ Con tutta evidenza utilizzo detto attributo rinviando anche semanticamente alla concezione “oggettiva” del diritto, la fuga dalla quale tratteggio il fiorire della scuola francescana ed il pensiero del Bacelliere Provenzale.

⁴⁹⁹ Si noti come ciò dia alla volontà ed, in genere, delle facoltà giuridiche soggettive, una fisionomia essenzialmente *dispositiva*. In primo luogo in quanto essa si staglia sul reticolo delle altre relazioni opponendosi (non in senso negativo, bensì nel senso più neutrale di “stagliarsi”) alle medesime affermando la propria singolarità impreteribile. Ma anche, ed è questo davvero un carattere assolutamente moderno, auto – regolamentando i rapporti intersoggettivi (si pensi alla fortuna di cui godrà la possibilità dispositiva ed autoregolamentatrice nella teoria del negozio giuridico). Resta il problema inerente alla circostanza che una *voluntas* così concepita non è capace se non di dominio, con il che la struttura del *consensus* contrattuale diviene o inconcepibile, ovvero sussumibile entro la dinamica del *dominium*.

Ed ecco, allora che le norme emanate dall'autorità, così come quelle regolanti i rapporti privatistici, si risolvono in meri atti di volontà. Essi, qualora siano emanati entro la sfera di competenza della volontà poziore⁵⁰¹ avranno *per essentiam* la possibilità di incidere sui dominati, i quali a ciò saranno soggetti, a prescindere dal contenuto dei medesimi⁵⁰².

Mi si lasci altresì notare come, qualora un *dominus* violi la propria sfera di competenza, gli atti di volontà così posti in essere non saranno inesistenti, bensì, utilizzando un gergo giuridico, solamente *illegittimi* (*i.e.*, Olivi li avrebbe probabilmente rubricati quali “peccaminosi”). Infatti, non v'è dubbio che la volontà del soggetto, in quanto mozione causale, entro siffatta orbita, sia priva di limiti che non siano estrinseci.

Essi, quindi, come verrà più oltre enucleato in ordine al problema dell'obbedienza al Pontefice⁵⁰³, saranno esistenti, tuttavia le *res* ad esso sottoposte potranno (o, addirittura, dovranno) sottrarsi.

Il che significa, gli uomini ad esso sottoposti non saranno vincolati dal medesimo e potranno disobbedirgli.

⁵⁰⁰ E, di badi, a parere dello scrivente l'unica possibilità di *limitare* un *dominus* nella propria volontà strutturalmente illimitata è quella di un limite *ab externo*. Esso potrà porre volontaristicamente, *ex mera voluntate sua*, i limiti al suo sottoposto, che per lui non rappresenta altro che un fenomeno, un oggetto – soggetto all'esplicazione del potere. E' evidente come il diritto sia una mera creazione volontaristica, secondo detta impostazione. Ed è altresì evidente come, in siffatta ottica l'unica possibilità di rapporto, sia orizzontale, che verticale, è di matrice volontaristica. *Rectius*, lasciato alla mera forza di esplicazione delle *voluntates*, ove fatalmente prevarrà la più forte. Il che, del resto, entro la *Weltanschauung* francescana è perfettamente condivisibile, dato che il *dominus* in posizione apicale è Dio stesso. Dio al quale l'uomo è chiamato a tendere, e verso il quale tutta la filosofia francescana tende ardentemente, Colui il quale non può volere il male delle sue Creature. E, comunque, anche se ciò non rappresenta un punto indiscusso (si pensi, ad esempio, alla differente risposta che diedero Scoto ed Ockham in merito alla possibilità, per Dio, di rendere obbligatorio il male), si tratta di Dio. Il che, da un certo punto di vista, potrebbe considerare concluso il discorso, dato che verso di Lui, non vi può che essere un afflato fideistico, un affidamento, una disposizione di Sé totale, che promana dalla libertà umana più autentica, dall'atto volontario dell'Amare (in speculare dinamismo con l'atto creazionistico *ex Amore* di Dio).

⁵⁰¹ Secondo quanto posto in luce precedentemente, si tratta solo di limiti posti e ponibili *ab externo*.

⁵⁰² Ovviamente, si tratta sempre di poteri il cui esercizio è postulato secondo la Grazia di Dio. Ovvio che, venendo meno siffatto dogma, le conseguenze saranno ben diverse ed intuibili. Mi permetto altresì di porre in luce come la situazione di “gerarchia dominatica” dell'orizzonte volontaristico pone non pochi problemi. Ad esempio, essendo la relazione una relazione di potenza, e nascendo il diritto esattamente entro siffatta dinamica *dominus – dominatus*, che succede qualora il soggetto in posizione deteriore non si attenga a quanto imposto dalla volontà più forte, dal potere poziore? Egli compie un atto addirittura contrario alla ragione e, probabilmente, a comando divino. Ma è così azzardato sostenere che egli, agendo in tale modo, si ponga al di fuori del diritto, in una sfera di non-essenza della “relazione” (e, in un certo senso, di non essenza del soggetto, mancando alla propria primigenia vocazione volontaristica), in modo che il dominante sia *obligato* a riportarlo entro la sfera originaria. *Id est*, a sottometterlo nuovamente anche con la forza alla necessitata strutturazione gerarchica?

⁵⁰³ Ovvero, utilizzando la terminologia tralatizia, il problema inerente la *plenitudo potestatis* del Pontefice stesso.

Però, ancora una volta, si tratta di un'illegitimità *ab externo* (*ex altera voluntate potiore*) *posita*, con le conseguenze che i limiti determinanti l'illegitimità non saranno essenziali, bensì solamente posti volontaristicamente.

Ancora, ciò sta a significare che l'atto *ontologicamente* è da ritenersi sussistente, esplicante la propria potenza e che soltanto la strutturazione della gerarchia volontaristica dominativa lo rende illegittimo e, potenzialmente passibile di esser reso inefficace (pur se fenomenicamente è da ritenersi che la mozione spieghi i propri effetti causali e sia quindi, eziologicamente *efficace*). Con il corollario ovvio che mutando la gerarchia (o la concezione dei limiti etero – imposti), si restituisce pienamente potenza dominativa all'atto dominativo che fu considerato illegittimo.

Il che, significa, che il potere volontaristico, da dogma teoretico, precipita in dogma meramente fattuale, capace di legittimare l'atto volontaristico per il mero fatto che esso sia stato posto in essere⁵⁰⁴.

In altri termini, la volontà esplicata diviene *potere*. Ed il volontarismo così concepito finisce, in ultima istanza, per ridursi ad una legittimazione del potere.

Se Grossi ha quindi ragione a porre in luce come l'Olivi abbia scolpito una "*teologia del proprietario*", mi pare più corretto che egli, in conseguenza al proprio approccio volontaristico, sia addirittura giunto ad ipostatizzare una "*teologia del potere*", come mi curerò di illustrare più diffusamente nel corso del capitolo conclusivo⁵⁰⁵.

E non, si badi bene, nell'ovvio senso della riconduzione del potere a Dio (cifra, questa, ben presente nella teoresi del Nostro), bensì nell'ulteriore circostanza che è il potere *in se ipso* ad essere così sacralizzato, al punto da assumere entro la propria sfera di competenza i connotati divini (o "quasi divini"): i suoi comandi divengono precetti necessari in quanto voluti dalla volontà dominante, e solo in quanto tale. E non solo sono necessari, essi hanno anche automaticamente effetto sulle *res* ad esse sottoposte, allo stesso modo della volontà divina.

La volontà è un dogma e, coerentemente, anche il potere volontaristico, ossia l'esercizio concreto e fattuale della *voluntas* diviene un perciò stesso normativamente (in quanto fattualmente) vincolante, e come tale dev'essere osservato.

Il provenzale Pietro di Giovanni Olivi, con la propria speculazione in materia di *dominium*, ha quindi forgiato una struttura delle relazioni affatto nuova, dirompente.

Basata sulla volontà ed aspirante ad una ben delineata libertà. Eppure, paradossalmente⁵⁰⁶, approdata a sacralizzare il potere (seppure esercitato, e solo quando esercitato nei limiti *posti*⁵⁰⁷).

p) Due corollari: la *plenitudo potestatis* e l'*usus pauper*

⁵⁰⁴ E ciò è chiaramente un esito secolarizzante. Sul punto, si vedano le conclusioni.

⁵⁰⁵ Il quale, non a caso, è intitolato proprio "la teologia del potere".

⁵⁰⁶ A parere di chi scrive credo ormai sia chiaro che il paradosso non sussiste, se non a livello "evocativo", essendo tutto coerente con la teoresi oliviana.

⁵⁰⁷ Si noti l'attualissima insistenza sul tema della positività.

Ciò posto, si possono, almeno a parere dello scrivente, agevolmente comprendere altri profili tradizionalmente ritenuti i capisaldi della teoresi dell'Olivi: la critica alla *plenitudo potestatis* del Pontefice ed il c.d. *usus pauper*. Se ne affronta qui una succinta trattazione non in quanto essi siano direttamente rilevanti ai fini del presente lavoro⁵⁰⁸, bensì in quanto è parere dello scrivente che essi siano agevolmente concepibili soltanto una volta compreso l'impianto complessivo del sistema eretto da Pietro di Giovanni Olivi. Non solo, essi mi pare possano dare contezza della fondatezza della ricostruzione del volontarismo oliviano offerta nelle precedenti pagine, ed è soprattutto per siffatta ragione che si affrontano.

Prima di affrontare quello che aveva, in ossequio alla tradizione, rappresentato il punto di partenza, la scaturigine verso dell'interesse verso la speculazione del monaco provenzale, ossia *l'usus pauper*, è opportuno tracciare brevemente un ulteriore tratto di originalità e sicura rilevanza per il pensiero del ducentesco: il problema della *plenitudo potestatis* del Pontefice⁵⁰⁹.

Si tenga comunque a mente che, nonostante il tema venga sovente così scolpito⁵¹⁰, l'Olivi lo pose in maniera diversa, giungendovi tangenzialmente: nelle *Quaestiones de evangelica paupertate* egli si pone il problema dell'obbedienza da tributare ai superiori, al papa ed alla regola. Strutturò quindi, non a caso⁵¹¹, il problema intorno al dilemma dell'obbedienza⁵¹².

⁵⁰⁸ Si dissente totalmente, qui, dall'interpretazione che rinviene in essi l'interesse per l'Olivi. Se essi paiono *prima facie* interessanti, quantomeno ai fini della disputa sulla povertà, tuttavia, mi pare che sia una visione riduttiva. Anche a lume della sistematica del Provenzale, mi pare evidente che, in realtà, il superamento della disfida con il papato fosse dato dalla sua elaborazione sul *dominium*.

⁵⁰⁹ Curiosamente l'Olivi, che difese la prerogativa, poi affermatasi, dell'infallibilità papale, venne poi condannato per aver vilipeso l'autorità del pontefice. In realtà, quanto ora ricordato [cfr. (Tierney, *Origins of papal infallibility, 1150 - 1350: a study on the concepts of infallibility, sovereignty and tradition in the middle ages*, 1972), p. 94]. A parere dello scrivente non rappresentava la reale posta in gioco. Addirittura, gli zelatori della *plenitudo potestatis* avversari dell'Olivi avevano portato all'estremo le conseguenze del di lui pensiero, astraendolo dall'afflato mistico e teocentrico presente nella di lui speculazione. Se mi si permette una battuta, essi furono più *moderni* di lui, furono più "oliviani" dell'Olivi, spingendo alle estreme conseguenza quanto, a parere mio, era *ab origine* contenuto nel volontarismo oliviano. E' per tale profilo che la figura dell'Olivi assume notevolissimo interesse, in quanto la *quaestio* inerente l'obbedienza da tributare al Pontefice si colloca come perfettamente consequenziale al suo sistema volontaristico.

⁵¹⁰ E, forse, non a torto, data la dinamica di potenza scolpita dal Nostro. Si veda *supra et infra*.

⁵¹¹ Visto che esso rappresentò, *de facto*, il problema da cui originarono la disputa sulla povertà e, quindi, la speculazione oliviana.

⁵¹² (Tierney, *Origins of papal infallibility, 1150 - 1350: a study on the concepts of infallibility, sovereignty and tradition in the middle ages (studies in the history of christian thought)*, 1972), p. 93; (Burr, *Olivi e la povertà francescana*, 1992), pp. 155 e ss. Tierney pone bene in luce come l'Olivi pose la questione dell'obbedienza in maniera più radicale rispetto a quanto fatto in precedenza, ad esempio, da Bonaventura [Cfr. (Tierney, *Origins of papal infallibility, 1150 - 1350: a study on the concepts of infallibility, sovereignty and tradition in the middle ages*, 1972), p. 94]. Il bacelliere provenzale, infatti, a parere mio in ossequio alla sua concezione di volontà/e libertà come nucleo dell'antropologia, ed alla conseguente gerarchizzazione delle sfere assolute tra i dominati ed i dominanti, tutta tesa verso Dio, sommo *Dominus*, si chiese se l'autorità del pontefice fosse sempre cogente in materia di fede e morale. In altri termini, se la volontà del Pontefice (o, comunque, del superiore cui si era tenuti ad

Nella XI *quaestio* l'Olivi asserisce come sia consono all'ideale di perfezione evangelica il promettere obbedienza sui ciò che non è contrario né all'anima, né alla regola evangelica⁵¹³.

Il che pare, apparentemente lapalissiano.

Eppure non mi pare l'argomentare dell'Olivi possa essere derubricato in tal modo. Infatti, a parere di chi scrive, le precisazioni del Provenzale sono necessarie esattamente per le implicazioni insite nella sua speculazione *ut supra* enucleate. Infatti, se l'uomo è essenzialmente libero, nella sua sfera di libertà dovrebbe regnare soltanto la di lui *voluntas*, essendo costui il *dominus*, tanto qualora siano altri uomini i tributari dell'abdicazione⁵¹⁴ obbediente.

Dovrebbe.

A *contrario*, quando ciò non avvenga, e *supra* s'è tentato di esplicitare come ciò possa verificarsi, occorre motivarlo, necessariamente con il ricorso ad una volontà dominatrice superiore, ad un potere poziore.

Appunto, il potere di Dio.

Continua infatti l'Olivi che l'obbedienza è *limitata*⁵¹⁵, e si tratta di una limitatezza necessaria logicamente, e forse anche "ontologicamente"⁵¹⁶.

obbedire) fosse sempre cogente, oppure, utilizzando i concetti prescelti per il presenta lavoro, se essa sia competente ad emanare un determinato comando. Si rinvia in merito a quanto si annoterà *infra*, ma, soprattutto, alla struttura della "gerarchia dominativa" ed alle sfere di competenza (im)poste dalla volontà poziore così come enucleate *supra*.

⁵¹³ Q. 11, 103 va: «*Patet igitur quod nullum peccatum mortale vel veniale propter imperium praelati est agendum nisi sit talis actio a qua superveniens imperium tollat rationem peccati... Falsum est igitur quod quidam simplices aliquando dixerunt, quod, scilicet, omne peccatum veniale erat a subditis quando eis imperabatur propter bonum obedientiae agendum ... Propterea constat quod omne peccatum inquantum tale est purum malum et maxime hoc est verum in illis quae sic per se sunt mala quod non possunt esse aut cogitari sine malitia de quorum numero sunt multa venialia*». Q. 11, 103vb - 104rb: «*Propterea gravius est contempnere divinam legem quam preceptum praelati, immo praeferre praecceptum praelati divinae legi et aestimare se magis astringi ad servandum praecceptum praelati quam ad praecceptum divinae legis sapit haeresim valde periculosam*». Q. 11, 104 va: «*Cum enim praelati regularis imperium ad observantiam regulae ordinetur propter observantiam enim regulae tamquam propter finem suum principalem sunt praelati in religionibus instituti, impossibilis est quod eius praecceptum obliget ad aliquid quod puritatem regulae diminuat vel labeficiat*».

⁵¹⁴ Abdicazione dalla propria *libera voluntas*, ovviamente.

⁵¹⁵ Ed, infatti, è evidente che l'obbedienza sia limitata. In ossequio ad un'interpretazione teleologica del voto d'obbedienza, come correttamente parrebbe adombrare la maggior parte dei commentatori, [cfr. (Burr, *Olivi e la povertà francescana*, 1992), p. 155], ma, almeno a parere dello scrivente, non solamente. Infatti, se è vero che il fine ultimo connota il voto d'obbedienza, è altresì vero che, l'obbedienza nasce come *eccezione*, come erratica sottrazione di un soggetto alla libertà che è la legge fondamentale del soggetto *dominus*, deve, come già evidenziato, ripetere la propria compressione da un'altra *voluntas*, capace di conculcarla. Ed ecco che, essendo il potere comprimente la stessa *voluntas Dei*, essa non potrà che vincolare il *dominium* esercitato sull'*oboedientem dominatum* verso sé e secondo i precetti da essa stessa voluta. Al di fuori di ciò, si libererà nuovamente libera la volontà dominante del soggetto che *in parte qua* tornerà ad essere *dominus*. La limitatezza dell'obbedienza è quindi *ontologica*. Ma, si badi, occasionalmente ontologica, in quanto dipendente dalle volizioni che ne connotano l'essenza, non certo strutturalmente in quanto la volontà dominante, specie se divina, possa avere dei limiti.

⁵¹⁶ Si veda la nota precedente.

Infatti, non si deve obbedire ad un comando, pur se proveniente da un superiore, qualora oggetto del *praeceptum* sia un peccato. E ciò perché il peccato è sempre peccato (essendo comandato da Dio, supremo *Dominus*, mi permetto di aggiungere), e l'obbedienza non vale a derubricarne la natura peccaminosa.

Anzi, qualora si infranga la legge divina obbedendo al comando di un superiore, secondo l'Olivi si commette addirittura un'eresia, in quanto si afferma, *per facta concludentia*, di stimare preferibile il superiore e la di lui *voluntas* a quella di Dio⁵¹⁷.

In altri termini, si svelle la (cogente) gerarchia volontaristica.

Nello stesso armonioso svolgersi speculativo, il Maestro francescano precisa che non è possibile, obbedendo ad un ordine, mettere a repentaglio la propria salvezza, né compromettere la purezza della perfezione evangelica. Del resto, avendo il Santo Fondatore posto la *Regula* esattamente per tale scopo, e sussistendo i ruoli guida entro l'Ordine soltanto a tal fine, è impossibile che venga richiesto di obbedire ad un ordine che contraddica ciò⁵¹⁸.

Ancora una volta chiarissimo e conseguente.

Ma che dire dell'obbedienza da tributare al Papa, al vicario di Cristo in terra?

Il percorso logico dell'Olivi non muta nel dirimere l'assai intricata e spinosa⁵¹⁹ questione.

Egli svolge chiaramente il proprio argomentare partendo dalla gerarchia dei *dominia* e della *libertas humana* osì come rammentata, nonché dalle sfere di competenza attribuite dal Supremo *Volens Dominus* ai *dominatores humani*.

Nella *Quaestio XIV* egli sostiene che il papa non può sciogliere dai voti⁵²⁰, tuttavia può dispensare dai medesimi. Ed i motivi sono perfettamente intuibili: i voti sono finalizzati al *cultus* divino ed alla salvezza del professo. Ma un voto orientato a detti fini al momento della formulazione, può palesarsi come ad essi contrario con il mutare delle circostanze⁵²¹.

⁵¹⁷ Naturalmente l'Olivi non parla in tali termini, tuttavia egli è chiarissimo e, oserei dire, anodino e conseguente, nel denunciare che in un contegno siffatto vi sia una preferenza accordata ad un *praeceptum prelati* anziché alla superiore *praeceptum divinae legis*. E ciò origina *haeresim valde periculosam*. Si noti come effettivamente l'Olivi ponga l'accento, a parere dello scrivente in perfetta consonanza con ciò che si è asserito finora, sul contrasto tra *praecepta*, intesi esattamente come compressioni della sfera del singolo *ut supra* tratteggiati. Cfr. il già citato: Q. 11, 103vb - 104rb: «*Propterea gravius est contempnere divinam legem quam preceptum praelati, immo praeferre praeceptum praelati divinae legi et aestimare se magis astringi ad servandum praeceptum praelati quam ad praeceptum divinae legis sapit haeresim valde periculosam*».

⁵¹⁸ Precisa bene il Burr che Francesco, nel porre le limitazioni presenti nella *Regula*, aveva escluso categoricamente qualsiasi *praeceptum* contrario alla medesima ed all'anima, insegnando così che l'obbedienza evangelica è principalmente ordinata all'osservanza della *Regula* (la quale, a sua volta, è traduzione dei *praecepta* evangelici), in (Burr, *Olivi e la povertà francescana*, 1992), p. 156.

⁵¹⁹ Si pensi anche solo ai risvolti pratici della medesima...

⁵²⁰ Presumibilmente considerando i voti afferenti al rapporto tra in singolo fedele e Dio, quindi di competenza divina.

⁵²¹ In tali ambiti il potere papale consiste nel apportare le necessarie correzioni al riguardo, mutando l'obbligo contenuto nei voti in qualcosa di più conveniente, allorquando il voto palesi una pericolosa eterogenesi dei fini. (Burr, *Olivi e la povertà francescana*, 1992), pp. 158 - 159.

Secondo lo stesso criterio, il potere ecclesiastico non può essere utilizzato per distruggere, bensì solo per edificare, non contro la verità, bensì solo a favore di essa, ecc.. Da ultimo il potere non si estende «ai campi in cui Dio vuole che l'uomo sia libero, e quindi non può cancellare il libero atto col quale doniamo noi stessi e le nostre proprietà a Dio per mezzo dei voti evangelici»⁵²².

Anodino e conseguente e, si noti, comprensibile appieno soltanto a mezzo della ricostruzione che s'è tentato di enucleare in precedenza.

Ciò posto, che succede qualora il Papa violi le proprie prerogative, le proprie competenze, esercitando la *voluntas* al di fuori del campo che gli è stato assegnato⁵²³?

Stante quanto ricostruito in precedenza, deve concludersi che il proprio atto è emanato in totale “*carenza di potere*”, e che la sua volontà *in parte qua* non esiste, non ha efficacia cogente⁵²⁴: si situa infatti al di fuori di prerogative concesse da Dio per i Suoi fini, consistendo in eccezionali limitazioni all'altrimenti assoluta (entro i propri limiti) volontà libera/libertà⁵²⁵ dei dominati⁵²⁶.

La risposta offerta nella *Quaestio XIV* è dirompente, e dev'essere davvero stata tale per gli uomini dell'epoca: in tali casi non si deve obbedire al papa! Anzi, qualora papa che persistesse in tali contegni sarebbe da considerarsi non solo *scismaticus*, bensì addirittura *eretico*⁵²⁷. Ai fedeli non resterebbe, quindi che evitarlo, “*tamquam lupus*”.

Se, aggiunge l'Olivì in un'altra *quaestio* di incerta datazione, egli volesse poi introdurre qualcosa contro i consigli evangelici, contro gli esempi di vita offerti da Cristo e dagli apostoli, contro i testimoni più degni di fede, gli statuti regolari (che dei

⁵²² (Burr, *Olivì e la povertà francescana*, 1992), p. 159. Si ribadisce che, se apparentemente (ed in primo luogo) la difesa afferisce alla libertà umana, si rimanda sempre ad un volere divino mirante a *volere* (si perdoni la ripetizione) tale difesa.

⁵²³ Con tutta evidenza egli aveva a mente anche la concreta possibilità che un pontefice sconfessasse i pronunciamenti dei predecessori a favore della *Regula* intesa nel senso più rigoroso. Secondo il Nostro bacelliere ciò avrebbe significato violare frontalmente i precetti evangelici. Sul punto anche (Tierney, *Origins of papal infallibility, 1150 - 1350: a study on the concepts of infallibility, sovereignty and tradition in the middle ages*, 1972), p. 114.

⁵²⁴ Ovviamente, ma si tratta di precisazione superflua, la *voluntas* inesistente è solo quella emessa dal papa nello svolgimento del proprio Ufficio. Le di lui volizioni *uti singulus* non hanno alcunché di differente rispetto alle altre e non rilevano ai fini di quanto quivi si va argomentando.

⁵²⁵ Si esplicherà in seguito per quali motivi lo scrivente ritiene che, sotto taluni aspetti i due lemmi possano costituire un'endiadi. Ciò comunque può essere facilmente evinto da quanto ricordato in precedenza in merito all'antropologia oliviana. In merito, si rinvia nuovamente *supra et infra*, nonché a (Merino, 1993), pp. 209 – 211.

⁵²⁶ «*The higher and more independent a power was, the more it was indefectible; but the pope was supreme and independent of all powers in the church as mater and magistra of all. Again it was impossibile for God to bind a man to follow fixedly an erring rule*», (Tierney, *Origins of papal infallibility, 1150 - 1350: a study on the concepts of infallibility, sovereignty and tradition in the middle ages*, 1972), p. 116.

⁵²⁷ *Quaestio XIV*, 120 ra – rb: «*Si enim omnis subversor ecclesie et boni communis eius debet censeri non solum scismaticus set plus quam scismaticus, multo magis hoc esset in eo qui cum deberet habere rationem capitis et pastoris potestative statum ecclesie confunderet et con tra bonum eius commune publice tyrannice exerceret. ... Unde non dubito quod ex quo pertinaciter in hoc facto persisteret quod ei non esset obediendum tanquam pape, immo esset tanquam scismaticus et tanquam hereticus precisus et tanquam lupus a fidelibus totaliter evitandus*».

consigli evangelici costituiscono traduzione), allora in questo caso non agirebbe come vicario di Cristo, bensì come il demone meridiano⁵²⁸.

Sono affermazioni di una forza inaudita, che per la prima volta pongono in luce il problema di cosa fare nel caso in cui un papa agisca come appena rappresentato⁵²⁹.

Come autorevolmente messo in luce, egli fornisce così per la prima volta l'idea che un papa non possa commettere eresia e restare papa ed eretico⁵³⁰. L'eresia, *ipso facto*, lo fa decadere dall'essere papa e dovrà essere rimosso.

Premesso che il potere papale è conferito da Dio, se la persona del papa si rivolta contro la Chiesa, occorre quindi concludere che: «*a pope could be removed by from office even against his own will if his rule became harmful to the Church*»⁵³¹.

Detta in altri termini, il Papa è infallibile⁵³². E non, ovviamente, nel senso che qualsivoglia suo pronunciamento, per il mero fatto di essere di provenienza papale gode del crisma dell'infalibilità⁵³³.

Tutt'altro.

Significa che, qualora il Papa non osservi i rigorosi limiti che sono attribuiti al proprio potere, alla propria competenza, egli non agirà più da Papa: possono considerarsi atti del Vicario di Cristo soltanto gli atti che ricadono entro detta sfera.

Sono atti infallibili *ab origine*, in ragione del loro contenuto⁵³⁴, non a ragione della fonte da cui promanano. *Rectius*, sono infallibili in quanto un'altra fonte, diversa e sovraordinata rispetto a quella del Pontefice, li ammette⁵³⁵.

⁵²⁸ S'è utilizzata la traduzione rinvenibile in (Burr, Olivi e la povertà francescana, 1992), p. 159, ove si riprende la Quaestio XVI del manoscritto Vat. 4980: «*Ubi quod absit contra Christi et apostolorum consilia et exempla et contra angelici viri Francisci sacris stigmatibus christiformiter consignati fide dignissima testimonia et regularia statuta dogmata et exempla in subversionem totius evangelici status audaciter et pertinaciter vellet aliquid attemptare et tam profanam novitatem inducere, quia in hoc non ut Christi vicarius sed ut daemon meridianus procederet, nequaquam esset sibi obediendum immo tanquam lucifero et meridiano daemone totis viribus resistendum*».

⁵²⁹ (Burr, Olivi e la povertà francescana, 1992), pp. 161 e ss.

⁵³⁰ Cfr. (Tierney, *Origins of papal infallibility, 1150 - 1350: a study on the concepts of infallibility, sovereignty and tradition in the middle ages (studies in the history of christian thought)*, 1972); (Capitani, 1983); (Parisoli, 1999), p. 66.

⁵³¹ (Tierney, *Origins of papal infallibility, 1150 - 1350: a study on the concepts of infallibility, sovereignty and tradition in the middle ages*, 1972), p. 113.

⁵³² La storiografia in merito non è unanime. Vi sono infatti autori che sosterebbero che, più che di infallibilità, dovrebbe parlarsi di *irreformabilità* di un atto del pontefice. Si tratta di questione tutto sommato marginale ai fini dell'economia del presente scritto, in quanto, per il percorso logico che si va tentando di sviluppare, essa pare tendenzialmente ininfluenza. In merito si veda, comunque, (Parisoli, 1999), p. 66, nota n. 42 e la bibliografia ivi citata.

⁵³³ Conclusione, questa, evidentemente in contrasto con la teorica dell'Olivi.

⁵³⁴ Ribadisco che ritengo come il riferimento al merito degli atti vada inteso come conformità del medesimo alla volontà divina. Ed, astraendo su di un piano più generale, conformità dell'atto del *dominatus* alla volontà del *dominus*. Si noti come, così ricostruendo la fattispecie, vengano sussunti entro il limite (apparentemente) formale della volontà poziore sia i "vizi" di "merito" che formali (si pensi, ad es., alla competenza, ecc..).

⁵³⁵ Si ricordi, nuovamente, quanto argomentato *supra*.

Il Papa deve, in altri termini, conformarsi alla Verità divina. Ovvero, se si preferisce, è tenuto a svelare una verità già rivelata (si perdoni il gioco di parole), non certo a forgiarla da sé⁵³⁶!

Si tratta, con tutta evidenza, oltre che di una novità pressoché assoluta, di un contraltare teoreticamente fondato e capace di opporsi alla *plenitudo potestatis* vantata dai Pontefici⁵³⁷, un maglio concettuale che godrà di molta fortuna, diventando un formidabile argomento per i alcuni tra i Francescani contro il pontefice⁵³⁸.

E si tratta, a ben guardare, di una palese riaffermazione della gerarchia a struttura volontaristica espressa nelle pagine precedenti.

Orbene, è certo curioso (ma non certo sorprendente) che l'abbrivio della *Quaestio* che aveva indotto l'Olivi a ritenere che il papa potesse agire come il demone meridiano inerisse la povertà. Povertà qualificata ovviamente come consiglio evangelico, necessario per la sequela *Christi*, tanto più alla luce della *Regula*.

Ecco, quindi apparire l'*usus pauper*: esso, semplice uso, svincolato dalla titolarità di qualsivoglia situazione giuridica (titolarità che violerebbe il precetto evangelico della povertà *ad imitatio Christi*), uso limitato alla sussistenza, a quanto è necessario per le minimi esigenze vitali dei *Fratres Minores* è considerato l'unica possibilità per costoro di prendere contatto con le *res*.

Si tratta di un consiglio evangelico, prescritto sia dalla Sacra Scrittura che dalla *Regula*, dopotutto!

Coerentemente quindi Olivi, scrive Burr, «è impaziente di esaltare l'obbedienza ma ugualmente ansioso di stabilire che, quando è in gioco la purezza della *Regula*, si è obbligati dal proprio voto ad appellarsi a tutta la gerarchia fino al papa, se necessario»⁵³⁹.

Del resto, la posizione dell'Olivi, lungi dal rappresentare un opportunismo di maniera o, peggio, una contraddizione, è, al contrario, corollario esplicito del suo pensiero come lo si è andato tratteggiando.

L'*usus pauper* è necessitato sia dalla *Regula* che, soprattutto, dal Vangelo, quindi è vincolante per tutto l'Ordine. Coloro che vi si oppongono, siano essi i semplici *fratres*,

⁵³⁶ La sua volontà in siffatto ambito sarebbe, appunto, illegittima. Si veda *supra*.

⁵³⁷ Paradossalmente, proprio Giovanni XXII mostrò come una decisione del Pontefice potesse essere riformabile dai successori, e che, quindi, quantomeno in senso diacronico le decisioni prese dal Papa (*rectius*, più probabilmente, *alcune* tra le decisioni pontificali) potessero essere suscettibili di modifica. E lo mostrò nel modo più diretto possibile, ovvero... Riformando le *Bullae* dei suoi predecessori, in senso sfavorevole all'Ordine Franciscano. Paradossi a parte, con tutta evidenza gli zelatori della povertà francescana miravano a far prevalere la lettera della *Regula* (e, quindi, del Vangelo, v. *supra*) rispetto alla dominante concezione oggettivistica del diritto, in modo da sottrarsi alla medesima ed all'autorità pontificia (qualora avesse violato la *Regula* (e, quindi, il Vangelo), proprio in forza del principio che il Papa non avrebbe potuto opporsi al *Verbum Christi*. E non avrebbe potuto farlo per la semplice ragione che, qualora ciò fosse accaduto, egli non sarebbe stato più da considerarsi papa!

⁵³⁸ Verrà illustrato in seguito l'utilizzo che ne farà Guglielmo di Ockham, il quale, tuttavia, punterà decisamente a criticare la gerarchia nella Chiesa [cfr. (De Lagarde, 1961), pp. 151 – 152]. Cosa curiosa, in quanto, a parere dello scrivente, i limiti al potere pontificio hanno origine esattamente... gerarchica. Si veda *infra*.

⁵³⁹ (Burr, *Olivi e la povertà francescana*, 1992), p. 163.

i loro superiori o addirittura il Papa, si pongono contro il Vangelo, contro i *praecepta* divini e, così facendo si pongono immediatamente al di fuori della loro posizione di *dominium*, come sopra ampiamente spiegato⁵⁴⁰.

Al contrario, essendo dovere precipuo della gerarchia (anzi, essendo essa creata da Dio quale *dominium* proprio per detto scopo) garantire l'osservanza dei *praecepta evangelica* essa deve adoperarsi per l'applicazione dell'*usus pauper* medesimo⁵⁴¹.

Esso diveniva così non solo un'opzione per perseguire la *paupertas*, bensì l'unica opzione possibile senza violare i precetti divini e la *Regula*.

Esso diveniva così vincolante.

Con tutta evidenza, almeno così scolpito, siffatto istituto non ha molto a che vedere con il tema del presente lavoro. In realtà, ancora una volta, la rilevanza trapela "in controluce": Olivi, nel proprio *iter* teologico – filosofico, come già enucleato, ha sottratto l'uomo al reticolo delle relazioni giuridiche "oggettive", instaurantesi dalla mera fattispecie fattuale.

Ecco allora che l'*usus pauper* viene in rilievo, sia per la sua obbligatorietà⁵⁴², sia in quanto mostra come l'uso svincolato da qualsivoglia diritto fosse tranquillamente possibile.

Certo, una volta incrinata la struttura "oggettiva" dei rapporti giuridici.

In altri termini, una volta aderito al dogma dell'Olivi ed alla sua "rivoluzione volontaristica".

Del resto, esso era connaturato alla struttura della teoresi oliviana, rappresentando l'inconsapevole traduzione nel giuridico della propria dinamica inerente il *dominium*. Come verrà esplicitato in seguito, esso ne incarna radicalmente i presupposti: con l'*usus pauper* il soggetto, in ossequio alla propria libertà, tutelata anche in forza delle norme evangeliche, quindi intangibile da qualsivoglia autorità umana (essendo di competenza solo divina) dispone dello stesso diritto di proprietà, decidendo di sottrarsi al reticolo delle situazioni giuridiche disciplinate dal diritto oggettivo.

E si tratta di una scelta necessitata.

Gli appartenenti all'ordine, seguendo Olivi, quindi, si troveranno in netta contrapposizione con la mentalità giuridica nettamente prevalente al tempo.

E finiranno per mutarla, per sempre.

⁵⁴⁰ «Bonaventure had maintained, in a quite different context, that the Holy Spirit could speak through the Church as authoritatively ad through Scripture. Olivi applied this principle explicitly to the teaching of Francis in his argument danying to the pope the right to dispense against Franciscan Rule» conclude icasticamente Tierney sottolineando la novità della soluzione offerta dall'Olivi al problema dell'obbedienza. Cfr. (Tierney, *Origins of papal infallibility, 1150 - 1350: a study on the concepts of infallibility, sovereignty and tradition in the middle ages*, 1972), p. 111.

⁵⁴¹ Il che pare fosse divenuto un grosso problema di disciplina in seno all'Ordine. Cfr. (Burr, Olivi e la povertà francescana, 1992), pp. 164 – 165.

⁵⁴² Circostanza, questa, principalmente interna all'Ordine Franciscano, e che tanto aveva angosciato ed affaticato il pensatore provenzale. Circostanza che rileva in quanto, ancora una volta, pone in luce come il potere dei superiori ed, addirittura, del Pontefice, sia *potiore voluntate* limitato. Sugli ampiamente esposti motivi di ciò, si veda *supra*.

5. Il *De perfectione statuum*

a) Un libello di incerta attribuzione

Un testo sovente dimenticato dalla critica⁵⁴³, ma, in realtà, almeno da coloro che si sono interessati al tema degli effetti della scuola francescana sull'evoluzione del pensiero giuridico⁵⁴⁴, considerato decisamente rilevante per la trattazione del tema oggetto del presente scritto, è rappresentato dal *De perfectione statuum*.

In codesto libello, di attribuzione tutt'altro che certa⁵⁴⁵, si ha una netta virata della disputa inerente povertà e perfezione evangelica sul terreno dei diritti umani e divini⁵⁴⁶.

In particolare, l'anonimo autore del libello *de quo*, muovendo dall'affermazione per cui «*paupertas est pars essentialis perfectionis*» di Giovanni di Pecham, espresso nel di lui *De perfectione evangelica*⁵⁴⁷, porta detta asserzione ai propri diretti corollari.

Viene compiuto tale percorso evitando di sottolineare la possibilità che i Francescani fossero divisi dal resto della *Christianitas* da una differente concezione

⁵⁴³ In merito, cfr. (Tierney, *Origins of papal infallibility, 1150 - 1350: a study on the concepts of infallibility, sovereignty and tradition in the middle ages (studies in the history of christian thought)*, 1972), pp. 165 – 169.

⁵⁴⁴ Il riferimento è ad un'opera che magistralmente ha enucleato il passaggio dalla struttura medievale del diritto su basi oggettive a quella tipica della modernità e basata sul diritto soggettivo è il già più volte citato Parisoli, in particolare con la sua opera (Parisoli, 1999). L'opera *de qua*, di notevole interesse scientifico affronta però il tema sotto un angolo visuale differente rispetto a quanto si va affrontando in queste pagine. Essa offre una profonda e colta disamina dello sviluppo storico, indagando le radici della modernità. Il presente lavoro, invece, tenta di indagare la nascita del concetto di *voluntas*, che, almeno a parere di chi scrive, rappresenta il motore della rivoluzione volontaristica che condurrà poi alla modernità ed all'attualità giuridica. Ritengo altresì che esso rappresenti l'immanente *continuum* contenuto in controluce nella trattazione del Parisoli, e che alla luce del medesimo possa essere anche più agevolmente concepita l'evoluzione storica. Per quanto concerne l'opinione del sottoscritto, se è possibile esplicitarla in questa sede, essa tende a divergere rispetto a quella di Parisoli. E ciò in quanto, a mente dello scrivente, il *De perfectione statuum* in realtà è rilevante in quanto esprime *in claris* ciò che è già immanente nelle tesi dell'Olivi. Quindi la sua importanza mi parrebbe più "confirmatoria" che innovativa.

⁵⁴⁵ Tralattivamente si attribuiva tale scritto a Duns Scoto. Tuttavia ciò è tutt'altro che certo o condiviso, al punto che molti [(Longpré, 1924), pp. 19 - 22, ad es.]. Ma si tenga altresì a presente come la ristampa anastatica dell'*Opera omnia* del *Doctor Marianus* edita nel 1968 a per i tipi di Hildesheim non lo contiene] sono del parere che sia onestamente difficile attribuire a Scoto un libello sì polemico e virulento. Il che, *a latere scriptoris*, appare condivisibile. Altri, invece, sostengono l'attribuzione del medesimo al *Doctor Marianus*, (Kirby, 1933). Naturalmente le questioni inerenti la paternità del libello sono del tutto marginali ai fini del presente scritto. L'edizione consultata ai fini del presente scritto è quella edita a Parigi nel 1895 dai tipi della Vivés nella *Joannis Duns Scoti Opera omnia*, contenuta nel vol. XXVI della medesima; cfr. (Duns Scotus, 1895).

⁵⁴⁶ (Parisoli, 1999), p. 70.

⁵⁴⁷ Cfr. *Quaestio disputata de paupertate*, in (Pecham, 2002).

della perfezione religiosa, ed, al contempo, trasferendo *in claris* la divergenza sul piano dei diritti, ricollegati *de plano* alla volontà del soggetto titolare⁵⁴⁸.

Muovendo, quindi, dall'assunto che, onde conseguire lo stato di perfezione⁵⁴⁹, sia meglio non essere titolari di alcun *dominium*, occorre spiegare come ciò sia possibile, vista l'allor imperante teorica imperniata sul diritto a matrice oggettiva.

Se dunque era quantomeno poco opportuno porre il confronto sul piano della perfezione religiosa⁵⁵⁰, ecco allora che l'Autore del *De perfectione statuum* traspone la disputa sul piano dei diritti, collegando strettamente ed esplicitamente i diritti stessi alla volontà del soggetto titolare dei medesimi.

L'esposizione contenuta nel libello è molto piana e diretta, e ribadisce, per l'appunto che, la facoltà di accettare o meno una *res* con il corrispettivo *dominium* è rimessa esclusivamente alla volontà dell'accipiente⁵⁵¹.

Si tratta di un passo ulteriore, a mio parere evidentemente da inquadrarsi quale stretto corollario di quanto evincibile dalla speculazione di Pietro di Giovanni Olivi⁵⁵².

⁵⁴⁸ (Parisoli, 1999), p. 70. Si tratta di un pensiero che mi sento solo in parte di sottoscrivere. Infatti, nella strutturale disponibilità delle situazioni giuridiche soggettive alla volontà (disponibilità intesa davvero in senso forte, ossia nel senso, più volte ribadito nel corso della trattazione, che esse non sono se non *se* e *come* la volontà le voglia e *fantanto* che essa le voglia – e l'insistere su di una volontà che vuole non è accidentale tautologia) così come evincibile dalla perfetta sistematicità del pensiero di Pietro di Giovanni Olivi è evidente che si trova già perfettamente delineata sia la possibilità, *per essentiam*, di non volere le situazioni giuridiche soggettive, sia, quindi, lo sviluppo con tenuto nel *De perfectione statuum*. Opera, quindi, che a parer mio, non fa che rendere esplicito un percorso già insito nel pensiero francescano e portato a compimento dalla teoresi del Bacelliere Provenzale.

⁵⁴⁹ «*Bonum ergo, melius et perfectius magis consistunt in temperato usu rerum sine dominio, quam tenendo dominium cum usu magis parco*», (Duns Scotus, 1895), par. 70, p. 545. L'assunto è comunque motivato anche in precedenza, si veda, a es., par. 70, p. 544.

⁵⁵⁰ Anche solo per il fatto che avrebbe, *de facto*, posto i francescani nella posizione di chi si arroga una sorta di “monopolio” della perfezione evangelica.

⁵⁵¹ «*Nulla perfectio unius dependet ex voluntate alterius, sed ex voluntate alterius est quod velit tibi dare dominium vel non, vel usum sine dominio. Dicendum quod me acceptare usum sine dominio est solum in potestate mea: unde sine alius velit dare usum sine dominio vel non, semper in potestate mea est acceptare usum sine dominio vel non*», in (Duns Scotus, 1895), par. 70, pag. 533. Si badi bene a come, in perfetta coerenza con la speculazione dell'Olivi e delle conseguenze tracciate in precedenza dallo scrivente, si annulli totalmente la possibilità che vi sia un *idem placitum* tra le parti dell'accordo negoziale. La volontà ha uno spazio di irrelazione in cui essa è essenzialmente dominativa, e sulle proprie *res* e sovrana *ab – soluta*. Si pensi quanto ricordato in tema di a – relazione ed anti – *logos* della volontà così concepita. Sono altresì del parere che frammenti come il presente, seppure di dirimente importanza ai fini di tratteggiare il tema che si va trattando (nonché di confermare la fondatezza del percorso argomentativo prescelto), siano tuttavia da considerare nella loro contingenza storica. In particolare, l'insistenza sulla sottrazione al *dominium* era strettamente collegata all'ossequio rispetto alla *Regula*, cui, appunto, l'anonimo autore, ricollegava la possibilità di conseguire lo stato di perfezione. E' altresì ancora una volta vero che, in ogni caso, siffatti fermenti andranno esplicitando sul futuro del pensiero giuridico un'influenza decisamente rilevante, e naturalmente svincolata dall'*ocasio* storica della loro epifania.

⁵⁵² Sul punto dissento totalmente da Parisoli [cfr. (Parisoli, 1999), p. 72], specie allorquando egli sostiene che la soggettivizzazione del diritto non venne compiuta dall'Olivi, secono il quale, tra l'altro, le espressioni quai *ius*, *auctoritas*, o *potestas* non avevano alcuno spessore ontologico. Senza

b) Influssi oliviani sull'opera

L'autore del *De perfectione statuum*, dopo aver ribadito costantemente il primato del Romano Pontefice, ed aver correlato la necessità che il ministero pastorale sia corroborato dall'esempio di vita, ossia dalla pratica della povertà evangelica⁵⁵³, in quanto i pastori sono chiamati a dare il buon esempio ai fedeli⁵⁵⁴, compie un passo ulteriore.

L'autore, aggiunge infatti che, nonostante il potere assoluto del pontefice (appartenente al clero secolare), lo stato di vita dei prelati è inferiore rispetto a quello di coloro che praticano la povertà evangelica⁵⁵⁵.

voler richiamare in questa sede considerazioni su cui ci si è già ampiamente soffermati in precedenza (v. *supra*), mi pare invece che l'Olivì stesso, oltre ad aver posto le basi per ciò, lo abbia altresì portato a compimento. Ha probabilmente ragione a sottolineare come Olivì non fosse «*particolarmente interessato alla problematica giuridica*» [(Parisoli, 1999), p. 72, ma, come già rammentato, si consideri anche che l'Olivì trattò anche tematiche quale prezzi, canoni, ecc, come messo in luce da (Jacobelli, 2014)], tuttavia egli la affrontò. E, soprattutto, pose le basi per la rivoluzione volontaristica. Ancora, dissenso sull'interpretazione data da Parisoli del semiconosciuto frammento contenuto in (Delorme, 1945). Anche qualora fosse vero che i segni linguistici citati da Olivì «*nichil realiter addant*» [cfr. (Delorme, 1945), p. 318] da un punto di vista “umano”, è altresì vero che invece essi sono operativi e, per mezzo della Grazia di Dio, essi si inseriscono nel tessuto fenomenico delle relazioni umane. Non mi pare affatto sostenibile, quindi, anche a lume di quanto esposto in precedenza, che l'interpretazione di Parisoli sia sostenibile. Personalmente credo che la corretta interpretazione del presente passo sia possibile qualora si abbia a mente che corollario diretto dell'antropologia oliviana è la sottrazione dell'uomo alle maglie del diritto oggettivo. Esso per lui non ha alcun valore. Tuttavia, le espressioni richiamate in precedenza assumono precipuo valore laddove esse provengano da un atto volontaristico competenze (ed in *Gratia Dei*), esse *aliquid addant*. E' la già richiamata “*teologia del potere*” (intuita forse già da Grossi, ma da lui limitata, comprensibilmente, visto il taglio dell'opera ove detta espressione è contenuta a “*teologia del proprietario*”).

⁵⁵³ E, sul punto, non mancano affermazioni salaci e critiche nei confronti del clero secolare. In merito, cfr. (Parisoli, 1999), p. 71.

⁵⁵⁴ Tierney mette compiutamente in luce la situazione in cui il libello vide la luce. In particolare, esso pare sia stato la replica ad un attacco virulento mosso da un altro libello a firma di Enrico di Gand. Costui sosteneva la superiorità del clero secolare: ecco quindi che, per dirla con Tierney il *De perfectione statuum* rivoltò gli argomenti accusatori “*upside down*”, mettendo in particolare in luce come solo gli ordini religiosi (in particolare, si può leggere in controluce, l'*Ordo Fratrum Minorum*) sono in grado di trasmettere e tramandare ai fedeli l'eredità essenziale del Cristianesimo. In merito, si veda (Tierney, *Origins of papal infallibility, 1150 - 1350: a study on the concepts of infallibility, sovereignty and tradition in the middle ages*, 1972), pp. 165 – 170.

⁵⁵⁵ In realtà, il contenuto del *De perfectione statuum* è ancora più corrosivo, al punto che Tierney conclude condivisibilmente che l'Anonimo Autore fosse convinto che Gesù Cristo e Pietro fossero...buoni francescani. E che, conseguentemente, anche gli altri Pontefici dovessero esserlo, obbedendo, *de facto* alla *Regula*, in quanto diretta emanazione della Scrittura. Il che significa che, come aveva prescritto Olivì, non potessero emendare la *Regula*. Il che, di fatto, rendeva il Papa un mero burattino nelle mani dell'Ordine. Cfr. (Tierney, *Origins of papal infallibility, 1150 - 1350: a study on the concepts of infallibility, sovereignty and tradition in the middle ages*, 1972), pp. 168 – 170. Il che sottolinea altresì come, secondo l'anonimo autore, nonostante la primazialità del ministero petrino, l'*imitatio Christi* del Pontefice si allontanasse di più dal Vangelo di quanto non facessero i

Fino a qui, effettivamente, parrebbe trattarsi del solito libello propagandistico.

Ciò che invece riveste particolare interesse è il già ricordato fondamento che l'anonimo polemista rinviene a sostegno delle proprie tesi. Inserendosi infatti in perfetta continuità con la teoresi di Pietro di Giovanni Olivi, essa viene una volta di più traslata *in claris* sul piano del diritto⁵⁵⁶.

Si legge, infatti al par. 70 del libello: «*bonum ergo, melius et perfectius magis consistunt in temperato usu rerum sine dominio, quam tenendo dominium cum usu magis parco*».

Francescani, i quali, anzi, erano strettissimi seguaci dei *consilia evangelica*. Ovviamente, a meno che anche il pontefice non facesse una scelta in tale senso.

⁵⁵⁶ Come già posto in luce, sono personalmente del parere che gli sviluppi che quivi si vanno esponendo siano dei corollari immediati e perfettamente consequenziali di quanto contenuto nella speculazione dell'Olivi, così come *supra* illustrata. S'è del resto tentato di dare conto di una ricostruzione del bacelliere provenzale che pare atta spiegare perfettamente gli sviluppi del suo pensiero, astringendoli entro un *unicum* perfettamente logico e sistematico. A parere mio, quindi, il passaggio intravisto dal Parisoli, secondo il quale il «*De Perfectione statuum si differenzia dalle posizioni degli spirituali che individuavano nell'uso eccessivo delle cose un pericolo ricorrente di cadere nella sollicitudine verso i piaceri carnali. Se quindi Olivi proponeva la teoria dell'usus pauper, in quest'opera si individua come essenziale la rinuncia di ogni diritto sulle cose*», in (Parisoli, 1999), p. 71. A parere dello scrivente il Parisoli ha effettivamente ragione se intende che Olivi non avesse posto l'accento sulla necessaria rinuncia ad ogni diritto, puntandola invece sulla necessità di un mero uso limitato delle stesse. Il che, però, è secondo me agevolmente comprensibile qualora si tenga a mente che le preoccupazioni dell'Olivi erano volte in primo luogo alla Chiesa che egli amava ardentemente ed al proprio Ordine, che voleva riportare con vigore alle istanze originarie di *paupertas*. La sua preoccupazione era quindi prima di tutto di ordine spirituale. Così facendo egli, muovendo dalla propria antropologia essenzialmente mistica e volta a dare primazialità al rapporto diretto tra l'uomo e Dio, entro l'assoluta libertà dell'Amore (espresso dall'atto *volontario* dell'amare), liberata dalla pastoie del mondo carnale, ha posto le basi per gli sviluppi enucleati dal *De perfectione statuum*. Se gli non ha posto in luce la necessità della rinuncia a tutti i diritti, fu, secondo me, non certo perché non la reputasse necessaria. Anzi, esattamente il contrario: non reputo eccessivo pensare che egli la desse per scontata, essenziale per la chiamata francescana. E che l'*usus pauper* si innestasse sulla previa rinuncia, costituendone un corollario: avendo rinunciato a tutti i diritti per il voto di evangelica povertà, è necessario fare altresì un uso moderato delle *res* necessarie che si hanno a disposizione per la sussistenza. Sarebbe stato assurdo, infatti, *ex voto paupertatis* (così come intesa entro l'alveo dell'*Ordo Fratrum Minorum* ed, ancor di più, alla luce dell'antropologia dell'Olivi) non rinunciare al diritto dominicale, bensì all'uso come diritto e sostituendolo al diritto di proprietà. Del resto, anche le fonti dell'epoca confortano l'ermeneutica quivi esposta, in quanto, fino all'inasprimento del conflitto sotto il pontificato di Giovanni XXII, l'ordine francescano non era titolare del diritto di proprietà sopra alcun bene. Il che parrebbe confermare che la rinuncia alla povertà fosse il presupposto. Del resto, anche il conflitto successivo fu sulla rinuncia ai diritti inerenti l'uso, ossia la sottrazione all'*universum iuris* più che l'abdicazione dal diritto dominicale. Del resto, anche Parisoli, autore cui sono profondamente grato, pare non discostarsi dalle conclusioni *supra* accennate laddove asserisce che, alla necessità di rinuncia al *dominium* ed alla conseguente dissoluzione delle categorie di diritto "oggettivo", Olivi non era approdato «*verosimilmente solo perché non era particolarmente interessato alla problematica giuridica: il predominio assoluto della volontà e della libertà che vi si accompagna sono infatti per lui un carattere irrinunciabile della natura umana*», in (Parisoli, 1999), p. 72. Il che, significa che, esattamente partendo dai postulati speculativi dell'Olivi, non si può che ritenere immanenti nel di lui pensiero gli sviluppi enucleati nel *De perfectione statuum* e che, quindi, la ricostruzione qui proposta non è del tutto priva di pregio.

Ed ecco il punto: visto che si propugna che è preferibile rinunciare ad ogni diritto sulle cose, occorre reperire una teoria dei diritti che possa spiegare ed argomentare come sia possibile non solo rinunciare al diritto di proprietà, cosa tutto sommato non particolarmente problematica, bensì, addirittura ad ogni diritto sulle cose.

La direttrice argomentativa è quindi duplice: da un lato si sostiene l'inerenza della povertà francescana alla perfezione evangelica.

Fino qui *nihil novi*.

Dall'altro lato, invece, si fornisce un armamentario giuridico - politico che possa permettere la concreta esplicazione di detta povertà entro un mondo innervato di rapporti giuridici tra gli individui. E qui la soluzione offerta è sconvolgente⁵⁵⁷: «*nulla perfectio unius dependet ex voluntate alterius, sed ex voluntate alterius est quod velit tibi dare [...] Dicendum quod me acceptare usum sine dominio est solum in potestate mea [...] semper in potestate mea est acceptare usum sine dominio vel non*»⁵⁵⁸.

In altri termini, quando si accetta un bene si ha sempre la facoltà di accettarlo con, oppure senza, il diritto con il quale colui che ce lo offre ritiene di accompagnarlo.

Se, infatti, l'Olivì aveva concentrato per lo più la propria attenzione alla libertà umana ed alla volontà, facendo vela da un piano mistico ed afferente *in primis* al rapporto con il Creatore⁵⁵⁹, l'anonimo autore non ha tali remore e porta in luce le conseguenze di quanto già premesso (e nemmeno troppo velatamente, cfr. *supra*) nella teoresi oliviana.

Egli giunge ad esprimere senza molte possibilità di smentita come il diritto, lungi dall'essere una struttura oggettiva, ontologica ed impreteribile afferente alle *res*, alle *personae* ed ai rapporti tra di loro, è del tutto disponibile nei confronti della volontà del soggetto, il quale può disporne.

Tale potere di disposizione non trova attuazione soltanto nel senso comune, nella possibilità dell'alienazione ad un altro soggetto, bensì anche nel senso più radicale che consiste nel rendere disponibile alla *volontà* dell'agente la sussistenza o meno del diritto medesimo. Al soggetto è infatti consentito, come chiaramente

⁵⁵⁷ Anche se, a parere dello scrivente, essa si situa in perfetta consequenzialità con la teoriche fin qui analizzate, centrate sulla primazia della volontà così come in precedenza illustrata.

⁵⁵⁸ *De perfectione statuum*, par. 49.

⁵⁵⁹ Si rinvia, comunque a quanto notato precedentemente, anche in nota. In merito, acutamente fa notare il Parisoli che «*il predominio assoluto della volontà e della libertà che vi si accompagna sono infatti per lui (per l'Olivì, nda) un carattere irrinunciabile della natura umana. Ma sebbene ciò favorisca la soggettivizzazione del diritto, Olivì non si cura di sviluppare questa prospettiva: egli sentiva che dietro le espressioni ius, auctoritas o potestas non vi era una realtà di apprezzabile spessore metafisico. Per lui erano anzi espressioni che non rimandavano a nessuna realtà essenziale a meno che non fossero intese in un seno teologico che le estraniasse dai loro usi correnti nei rapporti mondani. Nei suoi stessi termini, infatti, queste espressioni nihil realiter addant*» (Parisoli, 1999), p. 72 e p. 72 nota n. 68. Tuttavia, in merito all'affermazione che effettivamente non sia aggiunto nulla da parte della volontà, per mezzo delle espressioni linguistiche *de quibus*, mi permetto di avanzare qualche riserva, come già messo in luce in precedenza.

dimostrato dal frammento da ultimo citato, di modificare il contenuto del diritto, ovvero di agire sul diritto stesso con effetti ablativi⁵⁶⁰.

Se ciò presuppone necessariamente la riduzione delle categorie del giuridico ad entità nominalistiche *convenzionali* (nel senso etimologico di “disponibili al *consensus*”) e, prima di tutto, necessariamente prive di qualsivoglia ontologica coerenza⁵⁶¹, dato che esse sono modificabili, al contempo le degrada ad essere oggetto di disposizione. Ed oggetti disponibili come e forse anche di più delle *res* oggetto di diritti, in senso convenzionale.

Ove l’aggettivo “*convenzionale*”, però, assume immediatamente una valenza peculiare: non incontro relazionale di due soggetti nell’*idem placitum ex conventione*, bensì:

- a) In primo luogo disposizione in relazione alla *volontà*, la quale decide se, come, in che modo alienare ovvero accettare lo *jus*⁵⁶²;
- b) In secondo luogo disposizione di una volontà che si pone necessariamente come *unilaterale*, in quanto esplica la propria potenza sulle *res*, sui fenomeni. Ed è unilaterale in quanto libera, incondizionatamente libera proprio in quanto solipsistica e totipotente (e non potrebbe essere altrimenti, si pensi alla scaturigine storica di tali teoriche ed al loro sviluppo). E solo così può dirsi effettivamente *volontà*.

Nel riconoscere quindi i dirompenti effetti dell’elaborazione della scuola francescana non si può esimersi dal notare come, almeno a parere dello scrivente, la cifra rivoluzionaria della speculazione *de qua* sia data dall’emergere di un concetto di volontà. Si badi bene, come già anticipato, non della volontà, come fosse essa stessa un concetto *naturaliter* percepibile, bensì di una data concezione di volontà. Quella che, citando il passo del *De perfectione statuum* rammentato poc’anzi, consente di modificare unilateralmente la realtà, anche giuridica.

Evidentemente, una *voluntas* così concepita avrebbe mutato, di molto ed *ab origine*, molte delle categorie del giuridico.

Tuttavia il passo definitivo, pur se immanente e, a parere dello scrivente, addirittura implicito, doveva ancora compiersi.

Nel frattempo, gli effetti dell’effervescente scuola francescana iniziavano a propagarsi, in maniera effettivamente dirompente.

⁵⁶⁰ Pur mantenendo, ad esempio, l’oggetto del diritto medesimo. Il che, ormai è banale ricordarlo, è stata senza dubbio la preoccupazione prima dello scrittore del libello. Il quale, una volta sancita la possibilità (necessitata dalla scelta della *paupertas evangelica*)

⁵⁶¹ Che non sia quella della volontà dei singoli o, comunque, di un potere volontaristicamente inteso, su cui si veda *infra*.

⁵⁶² Balza immediatamente all’occhio come il lemma *jus*, nel senso ora utilizzato, diverge, e moltissimo, dal significato attribuitogli dall’elaborazione precedente, di cui Tommaso d’Aquino è esponente preclaro.

6. Olivi, Niccolò III e la *Exiit qui seminat*

a) Rilevanza del pronunciamento papale

Un segnale del turbamento ingenerato dalla concezione francescana proviene addirittura dalla decretale che Papa Niccolò III promulgò il 14 agosto 1279, e cui s'è sovente fatto riferimento allorché si è descritto l'*humus* storico che diede origine alla teoresi francescana: la *Exiit qui seminat*.

Se essa viene tuttavia spesso citata in quanto parte fondamentale dello snodarsi dello storico del rapporto dei *Minores* con la sede petrina, specie per quanto riguarda il problema della *paupertas*, non così frequentemente essa gode del favore dei commentatori allorché si tratti di affrontare la storia del pensiero giusfilosofico⁵⁶³. Eppure essa dà profonda contezza della confluenza di due filoni di pensiero: quello rigorosamente giuridico di marca squisitamente medievale e quello di provenienza teologica fiorito entro l'alveo dell'*Ordo Fratrum Minorum*⁵⁶⁴.

Anche la persona Niccolò III, il pontefice emanante detta Bolla, presente profili peculiari, avendo egli avuto sin dalla fanciullezza familiarità ed amicizia verso i *Minores*⁵⁶⁵, che lo aveva portato, da cardinale, ad essere tra coloro che avevano esaminato e condannato le tesi a mezzo delle quali Guglielmo di S. Amore aveva frontalmente attaccato gli ordini mendicanti a mezzo del suo *Tractatus brevis de periculis novissimorum temporum*⁵⁶⁶.

Egli, già attento alle cose dell'Ordine per *personalis affectio*, dovette affrontare in qualità di Pontefice i profondi turbamenti che lacerarono la congregazione fondata da Francesco al proprio interno, con le ben note dispute concernenti l'interpretazione della *Regula*. Dovette così, *medio auctoritatis suae* contribuire con una «solenne dichiarazione interpretativa, non suscettibile di discussione, per l'autorità di chi la poneva in essere»⁵⁶⁷.

⁵⁶³ In realtà si è ben consci che l'angolo visuale prescelto per il tema trattando sia affatto originale. Comunque è di conforto allo scrivente che un autorevolissimo autore quale Grossi abbia, come già ricordato, intrapreso un percorso che presenta talune affinità con quello qui eletto. Lo stesso Autore richiama la *Exiit qui seminat* illustrandone la rilevanza ai fini delle mutazioni innescate dal pensiero francescano alla concezione di *dominium*. E tali considerazioni, assolutamente condivisibili e pertinenti sono in parte qui riportate. Cfr. (Grossi, 'Usus facti' - *La nozione di proprietà nella inaugurazione dell'età nuova*, 1992), pp. 134 – 141.

⁵⁶⁴ Essa si pone, tra l'altro, in un momento particolare, in cui si sono già affacciate le elaborazioni di Bonaventura, Giovanni di Peckham e di Pietro di Giovanni Olivi, eppur tuttavia, rispetto alla controversia, essa si pone su di un terreno ancora "formativo". Sic (Grossi, 'Usus facti' - *La nozione di proprietà nella inaugurazione dell'età nuova*, 1992), p. 134.

⁵⁶⁵ Lo dichiara il papa stesso, al par. 5 della *Exiit*: «Nos autem, qui a teneris annis ad ordinem ipsum affectus nostros ereximus, in illis succrescendo cum aliquibus ejusdem confessoris sociis, quibus ejus vita et conversatio nota erat super ipsa regula et sancta ipsius beati Francisci intentione frequenti collatione tractavimus».

⁵⁶⁶ V. *supra*, nonché (Elizondo, 1963), p. 76.

⁵⁶⁷ (Grossi, 'Usus facti' - *La nozione di proprietà nella inaugurazione dell'età nuova*, 1992). Alla stesura del testo della bolla parve partecipasse, oltre all'ovvia compagine di giuristi e teologi francescani e curiali, anche Pietro di Giovanni Olivi. Grossi lo dà per certo [(Grossi, 'Usus facti' - *La nozione di*

La redazione della medesima, posta in essere da una commissione di esperti giuristi e teologi, sia curiali, sia francescani, rende adeguatamente l'idea di una del tutto peculiare contingenza storica, ponendosi esattamente a spartiacque tra due visioni sensibilmente diverse dei rapporti tra uomo e cose⁵⁶⁸.

La bolla rende adeguatamente conto dell'effettiva (quanto, forse, inconsapevole, in tutte le sue implicazioni) portata epocale della disputa, in quanto, come nota Grossi, non si limita a tentare di dettare una disciplina per il caso concreto, bensì, come pressoché tutta la controversia inerente la *franciscana paupertas*, essa ha sempre mostrato la tendenza «*ad ascendere su di un piano generale e a proporsi su questo quasi interpretazione dell'uomo nel tempo*». Allo stesso modo, la *Exiit qui seminat* non si limita, per ciò che interessa la presente tema, a disciplinare un particolare, bensì aspira al generale, a sancire un *quid* valevole «*in rebus temporalibus*»⁵⁶⁹.

E' altresì di notevole interesse che il documento pontificio presenta una struttura e delle argomentazioni ormai familiari.

All'esordio, infatti, è ricordato come l'esperienza religiosa ripeta chiaramente la vita e la chiamata di Cristo e degli apostoli, chiamati ad evangelizzare l'intero genere umano per la salvezza di ogni uomo⁵⁷⁰, fondandosi come diretta ispirazione della Trinità⁵⁷¹. Detta regola, approvata dalla Sede Apostolica, è stata posta sotto attacco⁵⁷²

proprietà nella inaugurazione dell'età nuova, 1992), p. 135], così come anche il (Tierney, *Origins of papal infallibility, 1150 - 1350: a study on the concepts of infallibility, sovereignty and tradition in the middle ages*, 1972), p. 97; Burr, invece, tenderebbe ad escluderlo, potendo arguire dai suoi scritti soltanto che il suo provinciale gli chiese una qualche collaborazione in merito nel periodo in cui la commissione era al lavoro [(Burr, *Olivi e la povertà francescana*, 1992), p. 46.].

⁵⁶⁸ (Grossi, *'Usus facti' - La nozione di proprietà nella inaugurazione dell'età nuova*, 1992), p. 136.

⁵⁶⁹ (Grossi, *'Usus facti' - La nozione di proprietà nella inaugurazione dell'età nuova*, 1992), p. 137.

⁵⁷⁰ Cfr. punti 1 e 2 della *Bulla*, ove le espressioni utilizzate paiono fortemente evocative. Punto 1: «*exiit qui seminat seminare semen suum de sinu Patris in mundum veste scilicet humanitatis indutus Dei Filius Ihesus Christus verbum evangelicum saturas in singulos probos et reprobos, insipientes et gnaros, studiosos et desides, et iuxta prophetam colonus futurus in terra semen suum doctrinam evangelicam sine delitu despersit in omnes, qui omnia tracturus ad se omne salvare venerat, qui tandem se ipsum Deo Patri pro salute omnium in redemptionis humane pretium immolavit (...)*». Ed, ancora più significativo quanto si legge al punto 2: «*Hec est Minorum fratrum mitis et docilis in paupertate et humiliata per alium Christi confessorem Franciscum radicata religio, que ex illo vero semine germinans germen illud per regulam sparsit in filios, quos sibi et Deo per suum ministerium in observantia Evangelii generavit [...]*».

⁵⁷¹ Punto 2: «*Hec est apud Deum et Patrem munda et immaculata religio, que descendens a Patre luminum per ejus Filium exemplariter et verbaliter Apostolis tradita, et demum per Spiritum Sanctum beato Francisco et eum sequentibus inspirata totius in se quasi continet testimonium Trinitatis*». Si veda, in merito, anche il punto n. 6.

⁵⁷² Nonostante l'approvazione pontificia e nonostante sia perfetta messa in opera dei consigli evangelici! Cfr. punti nn. 3 e 4 della *Bolla*.

dall'astuzia dell'antico nemico⁵⁷³, prescrive la povertà, allo stesso modo in cui Cristo e gli apostoli furono poveri⁵⁷⁴.

Cristo, Dio fatto uomo, ha dato l'esempio, ha confermato come la vocazione richiesta da Dio sia possibile per l'uomo, per la creatura che il Padre ha creato a Sua immagine⁵⁷⁵.

Personalmente, e lo noto *per incidens*, ritengo che i richiami alla *Menschwerdung Christi* siano del tutto armonici all'interno dell'antropologia francescana così come illustrata ampiamente anche in precedenza, laddove si sottolinei la posizione poziore dell'uomo all'interno del creato. Del resto, se Dio ha reso uomo Suo figlio, se l'uomo è stato fatto a Sua immagine, come poter dubitare della superiorità dell'uomo su qualsivoglia *res* od ente?

b) L'abdicazione ad ogni diritto: una soluzione volontarista

Ed ecco, quindi, il fulcro dell'argomentazione: al fine di vivere una perfetta *imitatio Christi*⁵⁷⁶, i *Minores* debbono, e possono, abdicare a qualsivoglia diritto, ritenendo tuttavia, il semplice uso moderato delle cose a loro disposizione. La rinuncia ai diritti non implica, infatti, la rinuncia all'uso. E, soprattutto, la possibilità dell'uso non implica la sussistenza in capo agli utenti di qualsivoglia diritto.

Al punto n. 8 della Bolla si legge infatti: «*Non autem talem abdicationem proprietatis omnimode renuntiationem usus rerum cuiquam videatur inducere; nam cum in rebus temporalibus sit considerare precipuum proprietatem, possessionem, usum fructum, jus utendi et simplicem facti usum, et ultimo tanquam necessario egeat, licet primis carere possit vita mortalium, nulla prorsus potest esse professio, que a se usum necessarie sustentationis excludat, verum condescens fuit ei professioni, que sponte devovit Christum pauperem in tanta paupertate securi, omnium abdicare dominium et rerum sibi concessarum necessario usu fore contentam*».

⁵⁷³ Con tutta evidenza il richiamo addirittura a satana per qualificare gli oppositori alla *Regula* tradisce una decisa benevolenza del pontefice verso l'Ordine, nonché un preciso programma teologico. E' altresì agevole scorgere un nemmeno tanto velato rimprovero a coloro che volevano "annacquare" il rigore della disciplina posta da Francesco.

⁵⁷⁴ E coloro che sostengono il contrario sono proni all'astuzia dell'antico nemico. Si tratta, con tutta evidenza, di un esplicito avallo a tesi come quella dell'Olivi, che, per l'appunto, ravvisavano nella povertà, un *praeceptum* direttamente proveniente dalla *Scrittura*, dal Cristo stesso. Il testo papale è esplicito: «*Porro cum regula ipsa expresse contineat, quod fratres nichil sibi approprient non domum nec locum nec aliquam rem (...) dicimus quod abdicatio proprietatis huiusmodi omnium rerum tam in speciali quam etiam in communi propter Deum meritoria est et sancta, quam et Christus viam perfectionis ostendens verbo docuit et exemplo firmavit, quamque primi fundatores militantis ecclesie*».

⁵⁷⁵ Cfr. Punto n. 7: «*Christus suscepit in oculis, sic et in nonnullis aliis infirma humane carnis assumens, prout Evangelica testatur ystoria, non tantum carne sed et mente condescendit infirmis, sic enim humanam naturam assumpsit quod in suis operibus perfectus existens in nostris factus humilis, in propriis permansit excelsus*».

⁵⁷⁶ *Imitatio Christi* che, non solo è possibile, seguendo la via della *franciscana paupertas*, bensì addirittura più meritoria. Cfr. punto n. 10: «*Patet itaque sane intelligentibus ex predictis regulam quoad abdicationem huiusmodi non solum observabilem, possibilem et licitam, sed meritoriam et perfectam; et eo magis meritoriam quo per ipsam professores ipsius magis a temporalibus propter Deum, sicut predictur, elongantur*».

La disamina che di esso offre il Grossi è magistrale, oltre che perfettamente condivisibile, e lo scrivente si permette qui di ricalcarne i tratti salienti⁵⁷⁷.

E' evidente che, quando la *Exiit* si trova dinanzi alla necessità di disciplinare le istanze pauperistiche dell'*Ordo Fratrum Minorum*, sia per motivi interni all'Ordine, che per motivi inerenti questioni concernenti la Chiesa in generale, venga a confliggere con una consolidata mentalità giuridica che cozza frontalmente contro le istanze "soggettivistiche" vantate dai seguaci del Patrono d'Italia.

Infatti la *Exiit* si inserisce in un clima culturale basato su di una visione *oggettivistica*. Il che significa che si trova nel documento emanato da Niccolò III una pervasiva idea dell'enorme «forza condizionante del fatto, o più semplicemente, del reale, delle cose; idea che incombe sul testo (della Bolla, nda) come un pericolo da evitare; incubo pressante per i redattori della Bolla che, pur respingendolo, dimostrano sostanzialmente di riconoscerne l'intima fondatezza»⁵⁷⁸.

Sulla commissione incaricata di dirimere la spinosa questione incombe quindi l'idea che il fatto posseda una forza espansiva fortissima, capace di insinuarsi entro la sfera del diritto, propria dell'umano e di determinarla. E ciò per la semplice constatazione che il mondo è visto come un fascio ordinato di relazioni, in cui non è, forse, nemmeno esatto asserire che il fatto entra nel diritto e lo determina, quanto piuttosto, che la stessa realtà fattuale, salvo i casi di *res illicita*, contiene in *re ipsa* la regolamentazione giuridica.

Factum ipsum ius si potrebbe asserire, senza nemmeno troppo timore di smentita⁵⁷⁹.

Tuttavia nel testo della bolla papale si assiste ad un qualcosa di sinora inaudito: a prevalere non sono, infatti, i canonisti di curia, legati a siffatta impostazione, bensì i latori della nuova teoresi francescana, secondo i quali è ben possibile separare un dato di fatto quale il semplice *usus facti*⁵⁸⁰ da qualsivoglia diritto⁵⁸¹.

⁵⁷⁷ (Grossi, 'Usus facti' - La nozione di proprietà nella inaugurazione dell'età nuova, 1992), pp. 134 – 141.

⁵⁷⁸ (Grossi, 'Usus facti' - La nozione di proprietà nella inaugurazione dell'età nuova, 1992), p. 137.

⁵⁷⁹ Si pensi come ciò acquisisca effettivamente un senso precipuo e comprensibile entro una visione che veda il mondo come fascio ordinato di fenomeni, fascio ordinato da Dio. Grossi fa riferimento, in tal senso alla nascita dell'istituto del *dominium utile*, ponendo altresì in luce come la realizzabilità di ogni situazione all'interno della sfera temporale rimane un incubo per la mentalità medievale, in quanto essa deve prendere in carico, più che la realizzazione della *voluntas hominis* sulle cose, anche le istanze della realtà divina che al contempo la sovrasta e la permea. Cfr. (Grossi, 'Usus facti' - La nozione di proprietà nella inaugurazione dell'età nuova, 1992), p. 138. Il che pare confermare quanto dallo scrivente ora asserito.

⁵⁸⁰ Evidentemente già la locuzione "*usus facti*" sarà parsa quantomeno ossimorica ai giuristi non formati alla mentalità francescana.

⁵⁸¹ Cfr. punto n. 9 della *Exiit qui seminat*: «*Nec per hoc quod proprietatem usus et rei cuiuscumque dominium a se abdicasse videtur, simplici usui omnis rei renuntiatum esse conicitur qui inquam usus non juris sed facti tantummodo nomen habens quod facti est tamen in utendo prebet utentibus nichil juris, quinimmo necessarium rerum tam ad vite sustentationem quam ad officiorum sui status executionem, excepto quod de pecunia infra subiungitur moderatus usus secundum eorum regulam et veritatem omnimodam concessus est fratribus; quibus rebus fratres licite uti possunt, durante concedentis licentia, et iuxta quod in presenti serie continetur*».

Non solo: esso non sarà mai traducibile in diritto⁵⁸².

La frattura è evidente⁵⁸³, ed infatti, dinanzi al reticolo di relazioni innervante il cosmo dell'uomo del medioevo, viene opposta un'altra teoria. Cosa, infatti, determina il transito di una situazione, di un *factum*, dalla sfera di irrilevanza per il giuridico alla sfera del diritto? Se si pensa a quanto armonicamente ipostatizzato da Pietro di Giovanni Olivi, la risposta non può che essere una ed una sola, ovvia: la *voluntas* dell'agente⁵⁸⁴.

E' essa a determinare che in base ad una scelta, quale quella di un voto, un dato di fatto come il *simplex usus facti* venga sottratto alle maglie dell'ordinamento giuridico⁵⁸⁵.

E' altresì lapalissiano come, disancorando la rilevanza del fenomeno giuridico dalla sua realtà ed ancorandola al barbaglio incondizionato, incausato e meramente causante dell'atto volitivo, si sia operata una frattura insanabile. La possibilità, infatti, di re-introdurre il mero fatto entro la giuridicità, è nuovamente un atto volitivo, di natura "soggettiva", di quieta esplicazione di una facoltà totipotente sul mondo, di una facoltà *dispositiva* nel senso più radicale del termine, come in precedenza ricordato.

Essa, infatti, non dispone solo del diritto o del bene oggetto del diritto medesimo. Essa incide sulla rilevanza o meno di una determinata fattispecie per l'ordinamento giuridico, *disponendo, de facto*, del medesimo. Ossia, decidendo se agire

⁵⁸² «Non v'è più attenzione per il fatto e per la carica normativa di cui è depositario; il fatto è e resta nel novero dei fenomeni, né alcun processo ad esso intrinseco varrà a immetterlo nella sfera del giuridico. Miracolo che solo un atto di volizione potrebbe compiere, in un recupero in cui mai al fatto in sé sarebbe spettato il ruolo di momento costitutivo, bensì alla appropriazione umana di quel fatto; proprio perché dalla sfera del fatto a quella del diritto v'è un salto qualitativo non superabile», (Grossi, 'Usus facti' - La nozione di proprietà nella inaugurazione dell'età nuova, 1992), p. 139.

⁵⁸³ Al punto che, condivisibilmente Grossi ritiene che la riconduzione dell'atto di utilizzare, ossia di un mero fatto, a *simplex factum* è divenuta la leva demolitrice, sul piano giuridico, di tutta la costruzione tomistico – medievale. Cfr. (Grossi, 'Usus facti' - La nozione di proprietà nella inaugurazione dell'età nuova, 1992), p. 185.

⁵⁸⁴ Si rammenti quanto osservato in precedenza in relazione al pensiero di Pietro di Giovanni Olivi e di quanto contenuto nel De perfectione statuum. Grossi scrive in merito: «Se il senso di tutto l'ordinamento medievale si sorprende appieno nella isponibilità a cogliere armonicamente fenomeni e soggetti, aspetto oggettivo ed aspetto soggettivo dei problemi e degli istituti, la diagnosi francescana è fuori di questo alveo; con la conseguenza che il diritto va sempre più discriminandosi e formalizzandosi, va sempre più perdendo la sua dimensione oggettiva per assumere invece la dimensione di atto di volizione» (Grossi, 'Usus facti' - La nozione di proprietà nella inaugurazione dell'età nuova, 1992), p. 139.

⁵⁸⁵ Grossi scrive in merito: «non v'è più attenzione per il fatto e per la carica normativa di cui è depositario; il fatto è e resta nel novero dei fenomeni, né alcun processo ad esso intrinseco varrà a immetterlo nella sfera del giuridico. Miracolo che solo un atto di volizione potrebbe compiere, in un recupero in cui mai al fatto in sé sarebbe spettato il ruolo di momento costitutivo, bensì all'appropriazione umana di quel fatto; proprio perché dalla sfera del fatto a quella del diritto v'è un salto qualitativo non superabile», in (Grossi, 'Usus facti' - La nozione di proprietà nella inaugurazione dell'età nuova, 1992), p. 139. Appunto, come intuito felicemente da Grossi, il grimaldello concettuale avrebbe dovuto essere rappresentato, appunto, dalla *voluntas*. *Rectius*, come si ripete continuamente, da un *determinato* concetto di volontà.

ablativamente rispetto allo stesso ed alla rilevanza per la propria soggettività, del diritto.

E' evidente che, inaugurato siffatto percorso, il parlare di diritto "oggettivo" perda completamente significato. E' pur vero, infatti, che il soggetto può aderire alle categorie oggettivamente poste. Tuttavia, come già rammentato poc'anzi, l'ingresso nell'orbita del giuridico è data dalla mera volizione.

Le categorie giuridiche oggettive sono svuotate della loro "oggettività", a parere dello scrivente anche della loro rilevanza ontologica per la realtà del creato voluto da Dio e finiscono per essere degli accidenti di mera matrice soggettiva, dei *nomina*.

In altre parole, fenomeni soggetti al *dominium alicuius voluntatis*.

Pietro di Giovanni Olivi aveva, finalmente, conseguito la sua vittoria. Ed una vittoria molto più profonda di quanto potesse apparire all'epoca.

Gli sviluppi della storia del pensiero lo testimonieranno.

7. Guglielmo di Ockham

a) Okcham e gli influssi oliviani. Una nuova prospettiva

Secondo il tradizionale inquadramento delle vicende storico – filosofiche illustrate nel corso delle pagine precedenti⁵⁸⁶, sarebbe con la speculazione di Guglielmo di Ockham che si avrebbe la compiuta virata verso una concezione giuridica (e, prima ancora, etica e teologica), decisamente connotata dalla *libertà* e dalla *volontà*⁵⁸⁷.

Tuttavia, come tenterò di illustrare nel corso delle pagine seguenti, mi permetto di dissentire da siffatta impostazione⁵⁸⁸, per quanto autorevole. Ciò in quanto, a parere dello scrivente, in realtà Ockham⁵⁸⁹ non fece che esplicitare *in claris* le

⁵⁸⁶ Inquadramento che, come si sarà intuito, in questa sede non si è reputato soddisfacente, rinvenendo, al contrario, la reale cifra rivoluzionaria nella teoresi oliviana. Si veda, comunque, *supra*.

⁵⁸⁷ Cfr. in merito, *ex multis*, (De Lagarde, 1961), pp. 100 e ss.; (Fassò, *Storia della filosofia del diritto*, 2001), vol. I, pp. 234 e ss.; (Todescan, *Etiamsi daremus - Studi Sinfonici sul diritto naturale*, 2003), pp. 103 e ss.; (Villey, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, 1985), pp. 188 e ss.; (Todescan, *Le radici teologiche del giusnaturalismo laico - Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico del sec. XVII*, 2014), pp. 314 – 316; (Todescan, *Itinerari critici dell'esperienza giuridica*, 1991), pp. 70 e ss.; (Parisoli, 1999), pp. 36 – 38; 90 e ss. Tuttavia, è opportuno richiamare che, come già accennato, non si tratta di una presa di posizione monolitica, in quanto autorevoli Autori hanno argomentato in senso affatto contrario. Il riferimento è ai già più volte citati (Tierney, *L'idea dei diritti naturali. Diritti naturali, legge naturale e diritto canonico 1150-1625*, 2002), e (Tuck, *Natural rights theories. Their origin and development*, 1979). Più di recente due interessantissimi contributi di Marchettoni hanno con vigore contestato l'impostazione tradizionale, mettendo in luce come Villey e De Lagarde, gli iniziali zelatori della teorica della rivoluzione ockhamiana avrebbero frainteso il pensiero dell'inglese. Il riferimento è a (Marchettoni, *Ockham e l'origine dei diritti soggettivi*, 2008), nonché a (Marchettoni, *Ockham, i canonisti e l'atomismo dei diritti*, 2006). Mi riservo di citare nuovamente detti contributi, specie quelli di Marchettoni, in quanto notevolmente approfonditi ed innovativi. Con tutta evidenza, tuttavia, non sarà affatto mia intenzione tentare di dirimere siffatta disputa, quanto, piuttosto, di porre in luce l'aspetto legato all'ipotesi della *voluntas*, profilo sovente trascurato ed oggetto, invece, del presente lavoro.

⁵⁸⁸ Pur senza aderire all'opposta teorica, ossia quella di Tuck, Tierney e, recentemente, di Marchettoni. Anche perché mia premura è tentare di porre in luce un peculiare aspetto del fenomeno, appunto, la nascita della *voluntas*.

⁵⁸⁹ Personalmente sono del parere che la presunta innovatività (in senso volontaristico) del pensiero occamiano sia frutto, almeno in parte, della convinzione diffusa secondo cui il *Venerabilis Inceptor* sarebbe all'origine della categoria del diritto soggettivo, in quanto egli teorizzò delle *facultates agendi* proprie del soggetto ed inviolabili. Non è certo questo, ovviamente il tema della presente ricerca, quindi non vi dedico che il presente accenno, rinviando in materia a (Todescan, *Itinerari critici dell'esperienza giuridica*, 1991), pp. 72 e ss.; e, soprattutto, alla notevole monografia destinata proprio alla genesi del diritto soggettivo in orbita alla rivoluzione volontaristica della scuola francescana, ossia (Parisoli, 1999), in particolare, per quanto concerne la genesi dello *jus subjectivum* in Ockham, alle pp. 90 e ss. Mi permetto solamente di notare come la possibilità di concepire in soggetto sui vanno astrette della facoltà giuridiche che gli sono pertinenti e di cui è titolare e che esse siano

conseguenze proprie della *voluntas* così come ipostatizzata dal genio di Pietro di Giovanni Olivi⁵⁹⁰. *Id est*, una volontà concepita come assoluta, implicante quindi la libertà come spazio di non coazione (in quanto è la volontà ad esser mozione non mossa, quindi, mozione prima ed, essenzialmente, non condizionata), e capace di modificazioni (giuridiche) sul reale.

Certo, in un certo senso egli ne trasse conseguenze forse estreme, eppure, a mio parere, già perfettamente concluse entro la genesi oliviana della *voluntas*.

Sarà mia cura tentare di enucleare i motivi di ciò nelle pagine seguenti.

A prescindere da ciò, secondo molti autori, la speculazione francescana scaturita in seno alla disputa sulla povertà raggiunse uno dei suoi apici in un pensatore che di essa si interessò direttamente, finendovi altresì coinvolto, drammaticamente, in prima persona: Guglielmo di Ockham⁵⁹¹.

Egli viene in primo luogo ricordato in quanto avrebbe infatti rinvenuto una soluzione al problema della sottrazione dell'uomo al fascio di diritti oggettivi (*i.e.* al problema della rinuncia ai medesimi, come si insegna tradizionalmente⁵⁹²), di cui

inviolabili, presuppone la *separazione* del soggetto dal mondo del diritto oggettivo. Il che, come si sarà intuito, rimanda ancora una volta al grimaldello concettuale che ha reso possibile siffatto approdo teoretico. *Id est*, ancora una volta, la *voluntas*.

⁵⁹⁰ Pare adombrare (seppure in via incidentale e facendo vela da altri presupposti, nonché avendo di mira diversi approdi) siffatta conclusione pure il Parisoli, allorquando scrive che il rifiuto occamiano della *plenitudo potestatis* del Pontefice «è il punto di arrivo di una nozione di libertà che trova un precedente, in questa forma così assoluta, nella scuola francescana almeno a partire da Olivi», in (Parisoli, 1999), p. 91. Sul punto mi pare converga anche Emmen in (Emmen, 1966), nonché anche, recentissimamente, (Salanitri, 2014), p. 41, nota n. 126. Tuttavia, ancora una volta, mi sia permesso di rilevare come i succitati illustri studiosi pongano l'accento sulla *libertà*, ovvero in generale sull'elaborazione teorica della Scuola Francescana in generale (segue siffatto filone in particolare Salanitri), laddove nel presente scritto, ed a mio parere fondatamente, si ponga l'accento sul reale elemento rivoluzionario (di cui la libertà non rappresenta che un corollario, ovverosia la *voluntà*).

⁵⁹¹ La biografia di Guglielmo di Ockham (nato nel Surrey nel 1285 e morto a Monaco di Baviera nel 1347) racconta molto sia delle vicende inerenti la scuola francescana, che degli indirizzi che prese la sua speculazione. Senza riportare compiutamente la turbolenta esistenza del *Venerabilis Inceptor*, mi preme soltanto mettere in luce come egli visse effettivamente in prima persona le lacerazioni interne all'Ordine Franciscano ed alla chiesa. Ad Avignone aveva infatti conosciuto il ministro generale dell'Ordine, Michele da Cesena, il quale, imprigionato dal Papa per le proprie posizioni ereticali, era fuggito dalla corte papale il 26 maggio 1328 portando con sé il filosofo. Questi nel 1330 era quindi approdato alla corte di Ludovico il Bavaro, appunto, a Monaco. Ciò si riverberò decisamente anche sulla di lui speculazione, laddove l'*Opus nonaginta dierum*, scritta, per l'appunto, in novanta giorni, affronta la *vexata quaestio* della *franciscana paupertas*, e solo dagli anni 1332 – 1333 egli iniziò ad affrontare il tema della *plenitudo potestatis* del Pontefice. Ciò sebbene pare che egli non mirò mai a costruire la propria dottrina politica sulla povertà francescana, né miro a costruire una propria personale teoria dei diritti di proprietà. In merito cfr. l'importantissima monografia di McGrade, in particolare (McGrade, 1974), pp. 15 e ss.

⁵⁹² Anche se ritengo che la posizione francescana sia connotata da un qualcosa di più radicale della rinuncia, la quale presuppone comunque un ingresso ed una rilevanza della fattispecie entro l'orbita del giuridico. Al contrario, mi pare che la scuola francescana abbia mirato (ed ,a mezzo dell'Olivi, sia riuscita nell'intento) a sottrarre l'uomo dalla realtà giuridica, subordinando l'esistenza di un diritto alla sola *voluntas*. Quindi non solo l'apprensione, bensì, addirittura, la stessa esistenza e lo stesso contenuto del diritto erivano da un atto di volontà.

lasciò traccia entro la sua notevole speculazione⁵⁹³. La sua peculiare ricostruzione del problema merita notevole attenzione, anche perché, a parere di chi scrive, essa mostra come le categorie di volontà, libertà e *dominium* fossero ormai assodate all'interno della scuola francescana⁵⁹⁴. Scuola francescana il cui pensiero egli trasse alle estreme eppur immanenti conseguenze, dando origine ad una visione del pensiero francescano sulla volontà (i.e., per quanto concerne la tesi quivi sostenuta) in un certo senso "*secolarizzata*"⁵⁹⁵.

Essa è comunque rilevante perché, quantomeno tradizionalmente, viene considerata come una delle prime teoriche del diritto soggettivo, che, in particolare, mirarono a dare un fondamento teoreticamente saldo alla possibilità di rinunciare ai beni⁵⁹⁶.

Mi limiterò in questa sede, pur conscio di non rendere compiutamente giustizia alla speculazione del Nostro, a brevi accenni ai temi rilevanti ai fini del discorso che si va svolgendo in questa sede⁵⁹⁷. Cercherò, quindi, di rinvenire quanto entro il pensiero di Ockham sia debitore dell'Olivi, ossia della rivoluzione volontaristica, di un concetto di *voluntas* enucleato come potere demiurgico⁵⁹⁸.

⁵⁹³ Al punto da guadagnarsi l'appellativo di *Venerabilis Inceptor*. Si precisa altresì come quanto si esporrà in questa sede del pensiero del Maestro inglese, non mira certamente a dare contezza della sua intera opera filosofica, bensì soltanto ad affrontare quanto i rinvenga in essa di direttamente rilevante per la tematica trattanda.

⁵⁹⁴ Cfr. (Salanitri, 2014), p. 41, nota n. 126.

⁵⁹⁵ Faccio in particolare riferimento alla definizione di secolarizzazione enucleata da Francesco Cavalla, il quale la concepisce come «*l'espulsione di fatto di ogni riferimento a realtà traendenti per fondare conoscenze o regole adottate nell'esperienza*», (Cavalla, *La verità dimenticata. Attualità dei presocratici dopo la secolarizzazione*, 1996), p. 54 ed, in generale come «*quel processo per il quale si è espulso progressivamente ogni riferimento ad un mondo trascendente come a ciò che possa condizionare la formazione di conoscenze e valori. Precisiamo poi che per "trascendente" intendiamo quella dimensione della realtà che non si manifesta integralmente nell'ambito dei fenomeni, delle cose che appaiono nello spazio e nel tempo*», sic in (Cavalla, *All'origine del diritto al tramonto della legge*, 2011), p. 162. In merito, mi sia consentito di rinviare alle conclusioni, laddove metterò in luce cosa si intende in questa sede per effetto secolarizzante della rivoluzione volontaristica.

⁵⁹⁶ (Parisoli, 1999), p. 97.

⁵⁹⁷ Per una bibliografia in merito alla situazione in cui Ockham sviluppò il proprio pensiero e sull'influenza osmotica esercitata da esso e dalla disputa sulla povertà, si vedano: (Boenher P. , 1945); (Baudry, 1956); (Knysh, 1986); (Baudry L. , 1965); (Alessio, 2002), con particolare attenzione al filone anti - giuridico presente all'epoca in seno all'ordine francescano; (Bartoli, 1974).

⁵⁹⁸ E' attraverso questa strada che egli, come già anticipato, a lume di moltissimi Autori, egli giunse a teorizzare un nucleo di *libertas* soggettiva, di facoltà soggettive inalienabili, in quanto donate all'essere umano da Dio stesso.

b) La via ockhamiana all'abdicazione dei diritti. Lo *jus poli*

Egli, muove da una presa di coscienza dello stato della dottrina giuridica civilistica in materia, avendo ovviamente a mente anche i pronunciamenti papali riguardanti l'*Ordo Fratrum Minorum*⁵⁹⁹.

⁵⁹⁹ In merito ha osservato acutamente Cristina Salantri come Ockham, componendo l'*Opus nonaginta dierum*, abbia affrontato tali questioni attingendo da una dottrina giuridica che affondava le proprie radici nel diritto romano e che si era alimentata grazie ai glossatori e al costante apporto di canonisti e decretisti che cominciavano ad assumere un ruolo di primo piano anche nelle università, contribuendo a un'analisi particolareggiata di categorie giuridiche utili nella trattazione di questioni eminentemente morali legate ai diversi modi in cui è possibile intendere una relazione con i beni economici. È possibile, infatti, che un soggetto si relazioni con un bene rivendicando su di esso un diritto *ius* garantito da una convenzione umana, oppure può usarlo (più o meno legittimamente) instaurando con esso una relazione di fatto. In quest'ultimo caso il possesso materiale di un bene si distingue dalla sua proprietà. Secondo i giuristi medievali il proprietario di un bene poteva goderne e disporne secondo la propria volontà (*ad libitum*), nel rispetto dei limiti stabiliti dall'immutabile diritto di Dio e della natura (il che, ovviamente, non costituiva affatto un limite di poca rilevanza). Ma, in alcuni casi, si ammetteva che la relazione con un bene si potesse limitare all'uso, mentre la sua proprietà restava di pertinenza di un soggetto diverso. Sembrava legittimo, però, solo l'uso sulle *res non consumabiles*, ovvero soggette a più utilizzazioni nel tempo, mentre riguardo alle *res consumabiles* (in genere cibo e bevande) si riteneva che il diritto del proprietario andasse garantito contro coloro che, usando tali beni una sola volta, li avrebbero definitivamente distrutti e quindi sottratti dalla disponibilità di colui che sulle medesime potesse effettivamente vantare uno *ius*. Le *scientiae legales* stabilivano dunque l'impossibilità che si costituisse un diritto d'uso (*ius utendi*) su beni consumabili a favore di un soggetto distinto dal legittimo titolare del diritto di proprietà. Questa dottrina, favorevole a tutelare il "soggetto del diritto" da qualsiasi abuso altrui non era certo una novità; ne sono la prova i puntuali riferimenti a tali termini e concetti giuridici contenuti nelle stesse bolle emanate da Giovanni XXII, un esperto giurista *in utroque iure* (civile e canonico). Con tali bolle il pontefice, fondando le proprie *rationes* sulla dottrina civilistica, negava che alla Chiesa si potesse riservare la proprietà dei beni consumabili e non consumabili concessi in semplice uso ai frati e revocava così la *reservatio domini* che, come in precedenza illustrato era stata invece ammessa per volontà di Niccolò III nel 1279. Nell'*Opus*, Ockham avrebbe richiamato spesso il brano tratto dal *Decretum* in cui si ammette la liceità dell'uso senza diritto, realizzato in nome del diritto naturale e divino *transire per agrum alienum fas est, ius non est*. Come si vedrà, Ockham cercherà di semplificare il discorso, chiarendo alcuni concetti già noti ai giurisperiti del tempo. L'*Opus* contiene perciò alcune distinzioni tra *dominium* e *proprietas*; inoltre chiarisce che il diritto di uso di un bene (*ius utendi*) per definizione presuppone un uso garantito dal diritto, a differenza di un uso che può essere realizzato di fatto senza presupporre alcun diritto (*usus facti, licentia utendi*). È evidente che il filosofo inglese, ormai coinvolto definitivamente nella disputa, si cimentava con una materia a lui nuova, presentandosi però come il *recitator* di idee altrui, come lui stesso avrebbe dichiarato. Ockham mostrava che per analizzare la natura del *dominium* bisognava conoscerne l'origine e per fare ciò bisognava tenere conto di una tradizione che aveva riflettuto sulle vicende dell'umanità, partendo dallo *status innocentiae* per finire al tempo in cui, *per inventionem rationis humanae*, erano stati introdotti istituti giuridici a garanzia della proprietà e di altri diritti sui beni. La cultura teologica a cui Ockham apparteneva, forniva così alla cultura giuridica il nucleo centrale di una "teoria dei diritti" che teneva ancora nella giusta considerazione quella distinzione tra diritto naturale e diritto positivo utile ai teologi per ribadire l'origine umana di qualsiasi forma di dominio. Cfr. (Salantri, 2014), pp. 57 – 58.

La riflessione francescana infatti, sin dai tempi in cui Bonaventura da Bagnoregio aveva affrontato la questione della possibilità di rinuncia a qualsivoglia diritto⁶⁰⁰, si era però sviluppata sulla nozione agostiniana *ius poli* che - esulando dal contesto meramente giuridico - richiamava espressamente una nozione teologica che permetteva il superamento di un'etica economica centrata sulla difesa del diritto del proprietario e riaffermava la possibilità di un semplice uso anche sulle cose consumabili da parte di chi si trovasse temporaneamente in uno stato di bisogno.

Concentrandosi su queste argomentazioni, dunque, Ockham si impegnavano a realizzare una chiarificazione concettuale, richiestagli espressamente dai confratelli, in merito alle argomentazioni con cui Giovanni XXII aveva stabilito l'impossibilità che i Minori usassero beni consumabili e non consumabili rinunciando volontariamente ai diritti di proprietà⁶⁰¹.

Egli mosse quindi dalla rivoluzione di un concetto agostiniano quale quello di *ius poli*. In particolare, è opportuno richiamare quanto sostenuto dal *Venerabilis inceptor* nella sua replica alla *Quia vir reprobus* contenuta nell'*Opus nonaginta dierum* e nella produzione ad essa successiva. E' in tali opere, infatti, che egli giunge ad elaborare una nuova teoria del diritto⁶⁰².

Partendo, infatti, da un concetto di matrice agostiniana come quello di *ius poli*⁶⁰³ elabora una teorica affatto nuova.

I postulati di partenza, che risulteranno affatto familiari, sono infatti indice degli sviluppi che potrà prendere la teoresi di Ockham.

Ockham muove infatti dalla constatazione della supremazia della *libertas evangelica*, cui deduce un'intangibile sfera di diritti incomprimibili corrispondenti⁶⁰⁴.

Dalla lettera ai Galati egli trae l'idea che «*lex evangelica est lex libertatis*», che preclude la possibilità che il cristiano debba e possa essere in qualsivoglia modo schiavo⁶⁰⁵.

⁶⁰⁰ Come prescritto, si rammenti, da Bonaventura medesimo allorché egli ravvisò il non possesso di diritti quale contenuto della povertà francescana. Cfr. *supra*.

⁶⁰¹ (Salanitri, 2014), p. 58.

⁶⁰² Ciò, almeno, secondo la tesi che si va qui sviluppando. In realtà, pare che sostenere che la rivoluzione si ebbe solamente entro l'alveo della categoria del c.d. "diritto naturale" sia decisamente riduttivo, e non coglie la vera deflagrazione concettuale che la speculazione occamiana inoculò nel dibattito giuridico. *Rectius*, che la speculazione occamiana espose *in claris*, in ossequio a quanto già lucidamente elaborato da Pietro di Giovanni Olivi.

⁶⁰³ Su cui, si vedano, di Agostino, il *Sermo CCCLV, De vita et moribus clericorum suorum*, I, c. IV, 5, di tormentata attribuzione. Infatti, in un'edizione del 1989 delle opere di Agostino, il sintagma *jus poli* è stato sostituito dall'espressione *iure caeli* (cfr. *Discorsi*, VI, in *Opere di Sant'Agostino*, Roma 1989, XXIV, 252. Sul punto, si veda (Parisoli, 1999), p. 95, nota n. 165.

⁶⁰⁴ Sull'idea di libertà in Ockham si vedano, ad esempio (Miethke, 1991); (Mc Grade, 1974); (De Lagarde, 1961), p. 71-73. In particolare, i luoghi ockhamiani in cui sono rinvenibili siffatte suggestioni sono: *Contra Benedictum*, l. VI, c. 4; *Dialogus, Ius*, IIIae l. I, c. 5-8, *Breviloquium*, l. II, c. 3-4 e c. 17-18.

⁶⁰⁵ Cfr. Gal. 5, 1; 5, 13. Ma, in generale, tutto il cap. 5 della Lettera ai Galati affronta il tema della *libertà*.

Tuttavia, ancora una volta, e forse ciò rappresenta un aspetto trascurato da molta storiografia, la cifra innovativa non risiede nell'aver posto l'accento sulla libertà, bensì su un *dato concetto di libertas*. Il concetto di libertà su cui egli impernia la propria speculazione si caratterizza, infatti, per essere una situazione totalmente priva di qualsiasi vincolo⁶⁰⁶.

In altri termini, essa connota la sfera entro cui la volontà agente può agire incondizionatamente. Il che, *ictu oculi*, presuppone che si sia assunta la nozione di volontà scolpita nelle precedenti pagine.

Si tratta, come già ampiamente messo in luce, di una nozione che diventa la vera cifra dell'essere umano, la sua essenza, ciò che lo connota come *imago Dei*⁶⁰⁷.

Per quanto concerne, in particolare, lo *ius poli*, Ockham riprende il già citato luogo agostiniano⁶⁰⁸, laddove l'Ipponate aveva tratteggiato una scissione tra diritti che si possono far valere dinanzi all'autorità giudiziaria ed, invece, diritti sanciti solamente

⁶⁰⁶ (De Lagarde, 1961), p. 140.

⁶⁰⁷ In merito Parisoli scrive che essa si presenta, quindi, come «diritto inalienabile, cui l'individuo non può rinunciare, nemmeno qualora lo volesse», in (Parisoli, 1999), p. 90. Senza contestare l'affermazione dell'illustre Studioso, mi pare tuttavia che, specie a lume di quanto osservato in merito alla teoresi oliviana (nonché ai punti di partenza dell'afflato mistico della teologia e della filosofia della Scuola Francescana) sia più corretto rinvenire nella *voluntas* la vera sostanza dell'essere umano, il suo motore, più che un diritto. Le *potestates* rappresentano invece delle proiezioni causali della mozione volontaristica, il contenuto che ad esse viene riconosciuto. Mi pare anche in questa sede sia evidente il ritorno alla gerarchia dominativa. Sul punto rinvio alle conclusioni del presente lavoro. Mi pare confermare siffatto assunto quanto scrive sempre Parisoli nel luogo da ultimo citato, allorquando annota come sotto questo aspetto, sarebbe «lo stesso principio dell'obbedienza religiosa che si dissolve, schiantato dalla portata precettiva della libertas». E ciò in quanto, qualora la *Regula* (oppure, ovviamente, mi sento di aggiungere, qualsiasi altro precetto normativo) violi detto precetto, essa sarebbe da considerarsi eretica. Mi pare evidente come si tratti di un problema di competenze gerarchiche, *rectius*, della sfera di attribuzioni che la volontà poziore (per Ockham, quella divina) riconosce a quelle inferiori, la cui violazione determina l'illegittimità della volizione inferiore non conforme. Si tratta di una non conformità ad ciò che è *soggettivamente voluto*, non a ciò che è *oggettivamente giusto*. Ed è davvero una rivoluzione epocale. Le osservazioni di Parisoli, quindi, sono condivisibili più agevolmente entro la prospettiva sviluppata ed eletta nel corso del presente lavoro.

⁶⁰⁸ Come scrive Parisoli: «L'apporto di Ockham è anche quello di utilizzare in alcuni luoghi dell'*Opus nonaginta dierum* una teoria specifica dello *ius poli*: l'origine di questa espressione è antica e autorevole, dato che la ritroviamo in sant'Agostino, in un passo poi ripreso e consacrato dal *Corpus iuris canonici*. Il vescovo di Ippona utilizza la coppia *ius fori vs ius poli* per sottolineare l'opposizione tra i diritti che si possono far valere di fronte ad un tribunale e quelli che sono sanciti dalla coscienza: si tratta infatti del caso di un prelado che riceve un lascito da parte di una persona che credeva di non avere più figli, mentre in seguito alla sua morte questi figli si manifestano. In forza dello *ius fori* i beni non sono restituibili, mentre *iure poli* essi devono essere restituiti. In questo senso parlare della divisione tra *ius fori* e *ius poli* significa parlare di una divisione tra un diritto morale e un diritto positivo», in (Parisoli, 1999), p. 95. Che la divisione tra *ius fori* e *ius poli* ricalchi quella tra morale e diritto è adombrato altresì da Damiana, in (Damiana, 1978), p. 404. Tuttavia non mi sento di concordare con costui allorquando arguisce che lo *ius poli* sarebbe anteriore a qualsiasi norma, anche di provenienza divina, bensì meramente rinvenibile dalla *recta ratio*. In realtà mi pare che entro l'orbita complessiva della speculazione oliviana non si possa seguire detta interpretazione, a pena di togliere al creatore la *vis creandi*. E' Dio stesso, infatti, che strutturando in tal modo la realtà ha concesso lo *ius poli*.

dalla coscienza dell'uomo⁶⁰⁹. In altri termini, potrebbe laconicamente concludersi che Agostino parlasse di una distinzione tra diritto morale e diritto positivo⁶¹⁰.

Tuttavia il pensatore francescano rivoluziona completamente *ab intra* il concetto rappresentato da detto lemma.

Infatti, mediante l'espressione *de qua* egli mira a risolvere la disputa sulla povertà. Ed opera ciò mostrando come il mero uso delle cose che pongono in essere i frati minori sia perfettamente lecito: appunto, come l'utilizzo delle stoviglie che fanno gli invitati ad una cena: essi non acquisiscono alcun diritto sulle cose poste a loro disposizione. Ciò nonostante, le *usano*⁶¹¹.

L'inglese scrive, infatti, che l'errore esiziale degli zelatori della tesi avversa consiste nel trascurare che «*ius poli non est aliud quam potestas conformi rationi rectae absque pactione. Ius fori est potestas ex pactione*»⁶¹². Per poi concludere, coerentemente, che costoro: «*ostendunt differentiam inter usum iustum et usum licitum*»⁶¹³.

c) Diritto *absque pactione* e *ius poli*

Di interesse imprescindibile è la specificazione inferibile dalle parole del pensatore stesso: da un lato v'è il diritto *absque pactione*, suddiviso nelle categorie del diritto divino e dello *ius poli*. Dall'altro lato si situa il diritto *ex pactione*, articolato nel diritto naturale e nel diritto umano. Tuttavia, tali categorie afferiscono a due momenti cronologici e, soprattutto, logici affatto diversi: mentre questa pertiene al mondo

⁶⁰⁹ Come correttamente riporta (Parisoli, 1999), pp. 95 – 96, la dicotomia ora accennata è presente pure in: San Bonavenuta, nell'*Apologia pauperum*, c. XII, 39; Duns Scoto, *Opus Oxoniense*, IV, d. 15, q. 2, n. 36, *ad argumenta* 6.

⁶¹⁰ (Parisoli, 1999), p. 95.

⁶¹¹ Cfr. Cap. 6, *Opus nonaginta dierum*. A partire da ciò un Autore che ha svolto un percorso tangenziale a quello svolto nelle presente pagine e che, tuttavia, con questo presenta più di qualche consonanza, ossia il già più volte citato Parisoli, sostiene che, in realtà, la circostanza che l'uso fosse separabile dalla proprietà sulle cose consumabili fosse contenuta già nel *De perfectione statuum*. Tuttavia, l'accento che ne farebbe Ockham sarebbe affatto diverso. Infatti, se in precedenza il tentativo dei pensatori era volto precipuamente a dimostrare la non contrarietà del mero uso rispetto al *dominium*, con il *Venerabilis Inceptor*, si compirebbe un passo in avanti decisivo e dirimpente. Egli modellerebbe una nuova concezione del diritto naturale, per fondare su basi non meramente positive il problema della povertà francescana, in (Parisoli, 1999), p. 97. Senza nulla togliere a siffatta ricostruzione, essa, com'è intuibile, non è che tangenzialmente rilevante rispetto a quanto si va argomentando nel presente lavoro. Infatti, mentre Parisoli ha di mira la nascita del diritto soggettivo (fattispecie che egli ritiene sia nata, quantomeno *in nuce*, proprio nei luoghi citandi della speculazione ockhamiana, scopo dello scrivente è rintracciare i riverberi della rivoluzione volontaristica, in quanto mi pare di poter concludere come essa abbia enucleato un concetto di volontà poi non più rivoluzionato, e che permea anche la speculazione del *Venerabilis Inceptor*. Le attinenze con il percorso di Parisoli sono tuttavia evidente, in quanto sono dell'avviso che la nascita della categoria del diritto soggettivo abbia il proprio antecedente logico giuridico proprio nella concezione volontaristica in esame. Tuttavia, come già più volte messo in luce in precedenza, lascio siffatti accenni volutamente incidentali, essendo essi eccentrici rispetto all'oggetto principale del presente scritto, sperando di poter affrontare detti suggestivi profili in futuro.

⁶¹² *Opus nonaginta dierum*, c. 65. Cfr. (Folgado, 1959), pp. 105-106.

⁶¹³ *Opus nonaginta dierum*, c. 60, 62, 65.

successivo alla caduta del peccato originale, quella è propria del mondo gravato dal peccato di Adamo. Dunque, solo nella sfera dello *ius fori* affinché possa esservi uso lecito di una *res* occorre la titolarità di un diritto corrispondente.

La povertà francescana, quale concretizzazione della povertà evangelica, invece, appartiene allo *ius poli*.

Conseguentemente, essa si situa al di là della sfera di competenza dello *ius fori*, in modo che ogni pretesa su di essa è da considerarsi irrilevante.

La sfera di diritti dell'umanità precedente alla caduta di Adamo⁶¹⁴, tuttavia, non si presenta come il diritto naturale di matrice razionalistica⁶¹⁵, bensì, come messo in luce dall'autore che forse più compiutamente ha indagato l'evoluzione del volontarismo francescano⁶¹⁶, ossia il Parisoli⁶¹⁷, il quale scrive come questo concetto giuridico configuri non il diritto naturale classico, bensì una sua *variante* che precede il peccato originale.

Sebbene ci si trovi, secondo il pensatore inglese, in uno stato della condizione umana di certo posteriore alla caduta, ciò nonostante, lo *ius poli* continua a vigere. Addirittura, si tratta di un fascio di facoltà così stringenti che limitano pure la *plenitudo potestatis* del Pontefice⁶¹⁸.

La continuità di vigenza però si basa su di una struttura logica peculiare che, sebbene di primo acchito barocca, pare in realtà a chi scrive perfetta estrinsecazione e corollario del concetto di *voluntas* che si va tentando di indagare nel corso del presente lavoro.

Infatti, affinché possa dirsi che i seguaci di Francesco sono soggetti solamente allo *ius poli* e che qualsivoglia tentativo di conculcare le facoltà da esso promananti è *illegittimo*, occorre che essi si situino in una situazione sottratta alle leggi *mondane*⁶¹⁹.

Il che significa, per utilizzare le categorie enucleate durante l'esposizione del pensiero dell'Olivì, che qualsivoglia tentativo di violare lo *ius poli* è da qualificarsi senza meno come illegittimo, in quanto la volontà del legislatore mondano (umano)

⁶¹⁴ Non può non balzare all'occhio – almeno, balza evidentemente all'occhio dello scrivente - che nella narrazione ockhamiana si trovino *in nuce* i temi fondamentali di molti dei pensatori successivi che teorizzeranno il diritto naturale. In particolare, si pensi allo stato primigenio di titolarità *assoluta* dei diritti, alla successiva caduta. Tuttavia, si veda quanto si sosterrà *infra*.

⁶¹⁵ Sul punto, si veda *infra* e, soprattutto, (Ambrosetti, 1985), p. 186.

⁶¹⁶ Seppure, a parere dello scrivente, entro un'ottica tanto approfondita quanto debitrice dell'interpretazione tratteggiata del concetto di volontà. Senza, anzi, nemmeno porre in discussione detto concetto. E ciò, sia chiaro, non intende essere un commento a detrimento (non avendone, del resto, lo scrivente, né intenzione né, tantomeno, titolo) della pregevole opera, ormai sovente citata in queste pagine, bensì solo un'ulteriore demarcazione utile a collocare correttamente il presente lavoro ed i suoi intenti.

⁶¹⁷ Il riferimento, ovviamente, è a (Parisoli, 1999).

⁶¹⁸ Ed ecco qui, infine, l'ulteriore bersaglio polemico della speculazione di Ockham sul punto.

⁶¹⁹ Mi pare altresì significativo annotare, con Damiata, che «*mentre lo ius utendi naturale (ius poli) è sempre razionale e quindi morale, quello positivo, potendosi discostare dalla forma della ragione, si trova esposto al rischio di cadere fuori anche della norma etica, perché non sempre gli uomini nel far leggi sanciscono quello che la ragione loro detta*», in (Damiata, 1978), p. 404. Cfr. altresì *Opus nonaginta dierum*, 579: «*potestas ex pactione aliquando conformi rationi rectae, et aliquando discordanti*». Si noti l'insistere sul lemma *potestas*.

non avrebbe alcuna competenza sullo *ius poli*, sottostando esso solo alla volontà divina⁶²⁰.

E' per questo che essi, sul punto, sono sottratti alle potestà umane, compresa quella papale, in quanto la normativa competente sul punto è solamente quella divina⁶²¹.

Si tratta, ancora una volta, della gerarchia di volontà, ossia della gerarchia dominativa di stampo volontaristico⁶²².

d) La gerarchia dominativa volontaristica in Okcham

A prescindere dalla profondità speculativa e, soprattutto, giuridica, di una simile impostazione, è rilevante rammentare come l'inglese abbia utilizzato la sfera dello *ius poli*, certamente per offrire un solido appiglio concettuale alla vocazione pauperistica

⁶²⁰ Del resto, lo *ius poli* è invocabile solamente dinanzi al Cielo. Ed i frati minori, per scelta esplicita (Il precetto *de quo* era *in claris* enunciato nelle *Costituzioni Generali* di Narbonne del 1260, e continuerà ad essere patrimonio dell'Ordine almeno fino al *Tractatus Minoricarum* di Bartolo da Sassoferrato. Con costui inizierà la potersi ammettere la possibilità, per i seguaci del Patrono d'Italia, di accettare eredità, di sostenere le necessarie ed eventuali liti giudiziarie, ecc... insomma, di poter essere titolari di situazioni giuridiche soggettive) non hanno alcun diritto sulle cose, per il mero fatto di auto – sottrarsi al potere mondano ed alle sue leggi. E' allora solo *iure poli* che possono utilizzare delle *res*: per vestirsi, nutrirsi, insomma, per non andare incontro alla morte. Si tratta di un diritto consustanziale all'essere umano, cui nessuno può lecitamente rinunciare. E', questo, ben diverso dallo *ius naturale*, che, invece, può ben essere limitato - e, nei fatti, è limitato - in molti casi. Addirittura, anche al di fuori del caso in cui una cosa sia di proprietà di un altro soggetto, *iure poli* spetta ad ogni uomo il diritto di utilizzare le *res*, previo permesso del legittimo proprietario.

⁶²¹ Non mi pare pertinente il considerare gli esiti del pensiero occamiano sul punto quale mera abdicazione al diritto positivo per rievocare una valida regola del diritto antecedente la caduta di Adamo. Al contrario, essi possono abdicare al diritto positivo umano solo in quanto dotati di *volontà* e solo in quanto è ad essi concesso dalle regole sancite da Dio (il diritto positivo di origine divina), quale, appunto, quello posto dalla Regola Francescana (che, si ricordi, prescrivendo la povertà è la sottrazione dei *Minores* all'orbita del giuridico, costituisce il *passe – partout* concettuale per addivenire a detti esiti. Si tratta, semplicemente, ancora una volta, della gerarchia volontaristica.

⁶²² E' altresì interessante notare come, nello scontro con il papato, ovviamente, il neonato ordine si trovò a chiedere la protezione del potere imperiale, tentando di utilizzarlo al fine di liberare la Chiesa da coloro che la frangia dissidente dell'Ordine riteneva *pseudo – papi*. E, del resto, Ockham stesso, finì per vivere sotto la protezione di Ludovico il Bavaro, presso la di lui corte. Con forse ingenerosa salacia, Parisoli [in (Parisoli, 1999), p.89] nota come Ockham, nell'illusione che Ludovico il Bavaro avesse più a cuore le sorti della Chiesa che non quelle del proprio potere, finì per abdicare dalle sue stesse teorie sul governo e sulla natura umana, improntate ad uno schietto consensualismo. In realtà, a parere di chi scrive, tutto ciò può trovare piena ed armonica composizione entro l'orizzonte determinato nella speculazione del filosofo inglese, dall'elezione di un precipuo concetto di volontà, ed ,ancora, mi riferisco alla gerarchia volontaristica, esito necessitato degli approdi che si vanno tratteggiando. In materia, si veda quanto Ockham scrive in *Breviloquium* 1. IV, c. 10, 161-162, ossia che il consenso è il meccanismo principale di formazione dell'impero. Tuttavia, più oltre, egli sostiene che un governo legittimo possa costituirsi anche attraverso una *guerra giusta*. Anche sotto siffatto profilo pare a chi scrive che non debba ravvisarsi una mera ricognizione legittimante dello *statu quo* o simili asserzioni. In realtà esse paiono comprensibile entro l'orbita concettuale in cui si muove l'inglese.

dell'Ordine, ma altresì, di conseguenza per limitare la *plenitudo potestatis* del Pontefice. Ciò, dato che Papa Giovanni XXII aveva messo in crisi le prerogative dell'Ordine, abrogando i privilegi ad esso concessi dai suoi predecessori, e rivendicando la legittimità di detto operare, esattamente, in virtù della *plenitudo potestatis*.

Tuttavia, *ictu oculi* si evince come, entro l'orbita delle relazioni volontaristiche così come tratteggiata nel corso del presente scritto, ciò sia effettivamente un nonsenso.

Il Papa, in altri termini, sta violando le norme poste da Dio, viola la volontà divina: una volontà inferiore viola le proprie competenze e si pone contro la volontà superiore.

E' partendo da detti presupposti che si può concepire se ed in che termini Ockham abbia forgiato una sfera di intangibilità del singolo nei confronti degli abusi del poter temporale, ovvero, come mise in luce l'*occasione* storica in cui egli si trovò a redigere le proprie opere, anche da parte del potere spirituale⁶²³.

Ecco, quindi, comprensibilmente il *Venerabilis Inceptor* viene celebrato come colui che ebbe un ruolo centrale nell'elaborazione del concetto di libertà⁶²⁴, seppure con accenti differenti a seconda degli Autori⁶²⁵.

Mi pare indubbio, tuttavia, constatare come che con Ockham venga esplicitata una speculazione che godrà di enorme fortuna nei secoli successivi. Detta speculazione trova il proprio fulcro nell'idea di volontà (e, quindi, di libertà, nonché, secondo il parere di chi scrive, antropologica), decisamente rivoluzionaria⁶²⁶.

⁶²³ Infatti, la conclusione necessitata è che, così come l'uomo è titolare di una sfera su cui il potere umano non ha alcun diritto di ingerirsi (in quanto così ha previsto la volontà divina), allo stesso modo l'Ordine francescano, con la propria *Regula* si situa entro una sfera di intangibilità.

⁶²⁴ Al punto che il Kelley ha scritto che «*William of Ockham must go down as an early champion of human liberty*», in (Kelley, 1987), p. 13. Sulla stessa lunghezza d'onda (De Lagarde, 1961), pp. 71-73.

⁶²⁵ Oltre ai succitati, altri hanno posto in luce l'opposizione dell'inglese al sistema feudale per mezzo della costruzione del concetto di libertà accennato in queste pagine. Ad esempio, (Wilks, 1987). Altri si sono soffermati sulla sua opposizione al potere del pontefice, come (Miethke, 1991); (Miethke, *Ockhams Weg zur Sozialphilosophie*, 1969). Altri, ed è forse il profilo più in sintonia con la direttrice - non con il contenuto - del lavoro che si sta sviluppando in queste pagine, hanno soffermato la propria attenzione sull'aspetto anti - realistico della filosofia occamiana, giungendo alla conclusione che in un mondo così forgiato, popolato di soli individui, non può esistere alcun titolare per dei diritti che siano sopra - individuali. Il che, è ovvio: se esistono solo individui, null'altro esiste al di fuori di questi (Mc Grade, 1974), pp. 149 - 165. Tuttavia acutamente fa notare il [(Parisoli, 1999), p. 100, nota 186] che, forse, «*il volontarismo dell'intera scuola francescana e la necessità di difendere la rinuncia ad ogni diritto di proprietà spiegano altrettanto efficacemente la nascita dell'idea del diritto soggettivo* (in corsivo nel testo originale, ndr) *individuale*». In realtà, mi permetto di aggiungere a margini di siffatti autorevoli Autori, che, ancora una volta, in realtà, la sussistenza di individui soli e solipsistici, *rectius*, la loro coesistenza ed il fatto stesso della loro esistenza presuppone un potere sopra - individuale: Dio. Solo in tal modo essi possono coesistere, secondo la dinamica gerarchica già più volte accennata e la cui struttura mi propongo di tratteggiare nel corso delle conclusioni, cui rinvio.

⁶²⁶ Si pensi alla concezione oliviana, che, come si sarà arguito, lo scrivente ritiene essere la prima e compiuta ipotesi di *voluntas*. E' questa nozione di volontà, di matrice schiettamente scolastica e causalistica, che si staglia sullo sfondo dell'elaborazione dell'inglese. Da essa egli argomenta la

Se si analizza la teorica occamiana inerente lo *ius*, ciò non può che trovare conferma⁶²⁷, come non potrà, quantomeno a parere dello scrivente, che contribuire ad illuminare il percorso che il *Venerabilis Inceptor* intraprese per giungere a scolpire in tal modo lo *ius poli*.

E' opinione comune che la *definitio* di *ius* contenuta nel cap. 65, par. 579 dell'*Opus nonaginta dierum* sia di notevole importanza e marchi una profonda differenza rispetto alle concezioni giuridiche dell'epoca. In essa Ockham definisce lo *ius* come «*potestas conformis rationi rectae absque pactione*»⁶²⁸.

limitazione dei diritti del Pontefice, ma, *funditus*, la spettanza a tutti e contro chiunque, del nucleo fondamentale della libertà di cui sopra. Facendo vela da A. S. Brett, analizzando la tarda scolastica anche in raffronto a Ockham, ha potuto sostenere che costui, a differenza di molti altri pensatori, anche successivi, può essere considerato il primo teorico dell'esistenza di diritti individuali universali ed inalienabili, cfr. (Brett, 1997), pp. 66-67. seppure, in realtà, mi permetto di far nuovamente notare come la rivoluzione volontaristica trovi in Olivi il primo compiuto teorico. Addirittura, Ockham, secondo taluni anticiperebbe (specie nel *Breviloquium de principatu tyrannico*), facendo vela dalla libertà evangelica, la separazione tra ordinamento spirituale e temporale [Cfr. (Parisoli, 1999), p. 104].

⁶²⁷ Mi riferisco, in particolare, al fatto che in Ockham vengono esplicitati i riverberi della concezione di volontà quale potenza (o potere, o potestà dominativa, che dir si voglia), ipostatizzati dalla teoresi oliviana di cui s'è tentato un affresco nelle pagine precedenti.

⁶²⁸ A prescindere dalla circostanza (effettivamente poco rilevante, se non per quanto concerne un'indagine afferente l'*occasio* che condusse Ockham a detta presa di posizione concettuale) che esso si riferisca al diritto di utilizzare le *res*, è da rammentare che, come già annotato precedentemente, non v'è unanimità di vedute in ordine all'effettivo carattere rivoluzionario di detto sintagma. In particolare, secondo Tuck, l'enfasi posta da Villey sull'equazione di *ius* e *potestas* offerta da Ockham nell'*Opus nonaginta dierum* sarebbe fuorviante. In realtà il francescano, nel proporre la sua definizione di *ius*, non stava realizzando un'inedita innovazione semantica ma si limitava semplicemente a recepire l'interpretazione di *dominium* e di *ius* come «diritto attivo», insieme di facoltà e poteri spettanti al detentore del diritto, che era stata proposta dal papa. Questa definizione, inoltre non era una novità ma era stata già diffusa dai glossatori della scuola di Accursio [(Tuck, *Natural rights theories: Their origin and development*, 1979), pp. 15 - 17]. Dal punto di vista della ricostruzione storica, perciò, Tuck dissente dalla tesi di Villey dal momento che retrocede l'«invenzione» del diritto soggettivo di circa un secolo. Sotto un altro profilo, tuttavia, i due autori concordano sul significato complessivo da attribuire al dibattito, dal momento che secondo Tuck la teoria dei diritti che emerse dalla controversia sulla povertà possedeva un marcato carattere individualistico: «l'applicazione dei concetti legali post-accursiani ai problemi relativi ai connotati essenziali degli uomini aveva condotto direttamente a una teoria politica fortemente individualistica molto vicina alle classiche teorie dei diritti del diciassettesimo secolo» [(Tuck, *Natural rights theories: Their origin and development*, 1979), p. 24]. Un segno completamente diverso possiedono invece le critiche mosse all'interpretazione di Villey da Brian Tierney. In (Tierney, *L'idea dei diritti naturali. Diritti naturali, legge naturale e diritto canonico 1150-1625*, 2002), pp. 29 – 69, Tierney attacca frontalmente le posizioni à la Villey. In primo luogo, in risposta alla tesi di Villey secondo la quale la novità della riflessione giuridico-politica di Ockham va messa in relazione con le caratteristiche della metafisica ockhamiana, Tierney ha osservato che l'idea dell'esistenza di una connessione diretta fra le teorie politiche e giuridiche di Ockham e le sue convinzioni metafisiche è difficilmente provabile, aggiungendo che anche la metafisica di Tommaso d'Aquino era, da questo punto di vista, sufficientemente «individualista» da consentire l'elaborazione di una teoria dei diritti soggettivi [(Tierney, *L'idea dei diritti naturali. Diritti naturali, legge naturale e diritto canonico 1150-1625*, 2002), p. 54]. Per una ricostruzione accurata sul punto, rinvio a (Marchettoni, *Ockham e l'origine dei diritti*

Orbene, a prescindere dalle accennate disquisizioni sul punto, credo che sia evidente come la volontà così come scolpita dalla teoresi oliviana sia un presupposto degli approdi cui giunse Ockham⁶²⁹.

Vedrò di motivare quanto appena asserito.

e) La volontà francescana ed il potere. L'ombra di Olivi

Evidentemente la concezione di *ius* quale *potestas* implica una dinamica in cui v'è una potestà ed una *res* a questa soggetta, come implicava ovviamente la *definitio* ockhamiana sul diritto di usare le *res*⁶³⁰.

Ponendosi nell'alveo della concezione di potestà quale *potentia voluntatis*, ovvero come potenza volontaristica, la facoltà deve poter godere di uno spazio di non

soggettivi, 2008), pp. 30 e ss. Per quanto invece concerne l'interpretazione tradizionale, rinvio altresì a (Ghisalberti, Todescan, & Zanolli, 2007), pp. 44 e 64.

⁶²⁹ Seppure secondo Tierney anche da Tommaso sarebbe stato possibile inferire l'esistenza di diritti soggettivi (Tierney, *L'idea dei diritti naturali. Diritti naturali, legge naturale e diritto canonico 1150-1625*, 2002), p. 54 [Per un giudizio analogo cfr. (Finnis, 1998), cap. 5]. A sostegno di queste affermazioni Tierney cita l'opinione di uno dei maggiori interpreti novecenteschi di Ockham, Philoteus Boehner, secondo il quale «*le idee politiche di Ockham nei loro tratti generali avrebbero potuto essere sviluppate, per quanto possiamo vedere, a partire da una qualsiasi delle metafisiche classiche del XIII secolo, dal momento che [...] coincidono con una solida teoria politica cattolica*», in (Boehner, 1943), p. 466. Tierney ricorda anche l'opinione di Charles Zuckerman, secondo il quale qualsiasi filosofo scolastico di valore sarebbe stato capace di associare qualunque insieme di premesse metafisiche con qualsiasi posizione politica preferisse: cfr. (Zuckerman, 1973). Sul punto, nuovamente, sono debitore di (Marchettoni, *Ockham e l'origine dei diritti soggettivi*, 2008), p. 32. Per quanto concerne il modesto punto di vista dello scrivente, si tratta di posizioni del tutto condivisibili, se non fosse per la circostanza che esse, mi pare, tralascino la forza dirompente della concezione di volontà così come ipostatizzata dalla Scuola Francescana. E ciò ritengo sia imputabile alla pervasività ed al successo della medesima, al punto che, ormai, detta «*volontà giuridica*» è ritenuta davvero un *endoxon* indiscusso, al punto che risulta spiazzante qualora ci si trovi a metterlo in discussione ovvero a porre in luce come esso sia il portato di una precisa ipotesi epistemica e non un dato «naturale» (il che è..paradossale), ovvero indiscutibile. Ancora una volta, comunque, fatto tesoro delle osservazioni di Tierney, si continuerà in questa sede ad affrontare il tema trattando, entro la specifica orbita prescelta pre il presente lavoro.

⁶³⁰ Per questo motivo ritengo che Ghisalberti concluda che, per Ockham, «*il diritto, lo ius, non designa semplicemente id quod iustum est, bensì il potere che l'individuo esercita su un bene, un potere preciso e circostanziato, e che viene attribuito da una legge positiva, ben differente dal semplice permesso*», in (Ghisalberti, Todescan, & Zanolli, 2007), p. 64. Al di là dell'annotazione, evidentemente mirante ad una ricostruzione storiografica, mi preme porre in luce come mi pare che la disputa tra Marchettoni, Tierney & Tuck *versus* Villey, De Lagarde, Todescan et al. sia tutto sommato marginale ai fini del presente lavoro, in quanto, se personalmente ritengo effettivamente eccessive le conclusioni tratte da Tierney (tanto più alla luce del contributo di Marchettoni, che, personalmente, ritengo esaustivamente persuasivo sul punto), e certamente viziate da una visione troppo debitrice di una qualificazione *a posteriori* del fenomeno, ciò nonostante, esse colgono indirettamente un profilo eversivo nella speculazione di Ockham. *Rectius*, si tratta di un profilo eversivo che, secondo lo scrivente, vede in Olivi il prio compiuto teorico. Ed è quest'idea di volontà, che, una volta sottratta alla propria radice teologica, diventerà il volano per la modernità giuridica.

coazione. Ciò, ovviamente, deriva *de plano* dai presupposti volontaristici (intesi nel senso di derivazione dalla concezione di *voluntas* oliviana).

Orbene, ciò trova conferma (ed, al contempo, rende necessario), uno spazio di non coazione. Esattamente quella non coazione che egli rinviene garantita dalla *lex evangelica libertatis*⁶³¹.

E, ribadisco, si tratta di una caratteristica dell'uomo, quella della libertà (essenziale al fine di poter esplicitare la propria *voluntas*, come *imago Dei*) non conculcabile nemmeno dal potere pontificio⁶³².

⁶³¹ Cfr. *Breviloquium* II, c. 4: «*Iterum, quia legem evangelicam esse legem perfecte libertatis ex quo patet papam non habere talem plenitudinem potestatis potest bene et male intelligi, est advertendum quod legem evangelicam esse legem perfecte libertatis non debet intelligi ut omnem servitutem tollat nullam paciatur etiam christianis, cum Apostolus dicat I Corinth. 7: Unusquisque in qua vocatione vocatus est in ea permaneat; servus vocatus es, non sit tibi cure. Sed debet magis intelligi negative, quia scilicet per legem evangelicam nullatenus jugum grave inducitur et nullus per ipsam fit servus alterius nec tantum onus quoad exteriorem cultum divinum per ipsam imponitur christianis quanto Judei passi sunt. Propter quod non solum christiani non fiunt servi pape per evangelicam legem, sed nec etiam papa de plenitudine potestatis posset quemcumque christianum, ipso invito, sine culpa sua et absque causa, tante gravitatis ceremoniis onerare quante fierunt ceremonie veteris legis et, si hoc de facto attemptaret, factum suum de jure non teneret, sed ipso jure divino esset nullum. Et ideo, si in contravenientem ferret sententiam, ipsa sententia esset nulla tanquam a non suo iudice lata, juxta regulam illam que habetur extra de regulis juris, Ea que, li. vi. Ea que a iudice fiunt, si ad ejus non spectant officium, viribus non subsistunt*». Sul punto, si veda altresì *Breviloquium* II, c. 3: «*Istam assercionem, non solum falsam et periculosam toti communitati fidelium sed immo hereticalem existimo. lunde primo ostendam quod hereticalis est quia manifeste scripture divine repugnat. Nam lex evangelica non majoris sed minoris servitutis est quam fuerit lex mosaica. Unde et lex perfectissime libertatis a beato Jacobo appellatur, sicut patet in canonica sua, c. 1. Lex autem mosaica propter importabilitatem servitutis ipsius, secundum sententiam beati Petri ut habetur act. 15, non erat fidelibus imponenda. Ai enim loquens de jugo legis mosayce: Quid temptatis Deum imponere jugum super cervices discipulorum quod neque patres nostri neque nos portare potuimus. Ex quibus verbis patenter colligitur quod jugum tante gravitatis et tante servitutis quante fuit lex mosayca non est super christianos impositum. Hinc beatus Augustinus ad inquisitiones Januarii illos reputat arguendos qui contra evangelicam libertatem majoribus oneribus quam fuerint illa veteris legis volunt premere christianos, dicens de talibus, ut habetur dis. 12 Omnia: Ipsam religionem quam paucissimis et manifestissimis celebrationum sacramentis misericordia Dei voluit esse liberam, servilibus oneribus premunt adeo ut tolerabilior sit condicio Judeorum qui, etiamsi tempus liberationis non agnoverint, legalibus tamen sacramentis, non humanis presumptionibus subjiciuntur. Ex quibus verbis patenter habetur quod lex Christiana non est tante servitutis quante fuit lex vetus. Hinc beatus Jacobus dicit, ut habetur Act. 15: Ego judico non inquietari eos qui ex gentibus convertuntur ad Deum, sed scribere ad eos ut abstineant sea contaminacionibus simulacrorum etc. Hinc collegium apostolorum cum senioribus ait ut habetur ibidem; (...). Hinc apostolus, 2 ad Galatas, ait: Neque Titus qui mecum erat, cum esset gentilis, compulsus est circumcidi, sed propter introductos falsos fratres qui introierunt explorare libertatem nostram quam habemus in Christo Jesu ut nos in servitutem redigerent. Hinc, c. 5, ait: Utinam et abscondantur qui vos conturbante vos enim in libertatem vocati estis, fratres. Hinc, c. 4, ait: Non sumus ancille filii sed libere, qua libertate Christus nos liberavit. Hinc, 2 Corintli. 3, ait: Ubi Spiritus Domini, ibi libertas. Ex quibus omnibus et aliis innumeratis assercionibus legis divine et sanctorum patrum colligitur evidenter quod lex Christiana non est tante servitutis quante erat lex mosayca*».

⁶³² Cfr., ad es., *Breviloquium*, c. 3: «*Sed, si papa per preceptum et ordinationem Christi talem haberet plenitudinem potestatis ut omnia tam in temporalibus quam in spiritualibus sine omni excepcione posset de jure que non obviat legi divine neque juri naturali, lex Christiana esset horrendissime servitutis et incomparabiliter majoris quam fuerit lex vetus. Omnes enim christiani, tam imperatores et reges quam quicumque alii ipsis subjecti, essent servi pape secundum strictissimam acceptionem nominis servi, quia numquam fuit nec erit de jure aliquis qui majorem habuerit super quemcumque hominem potestatem quam ut possit in eum omnia que nec juri naturali nec juri divino repugnant. Posset ergo papa de jure privare regem Francie et omnem alium, sine culpa et absque causa, regno suo,*

Si tratta, in altri termini, di una limitazione al potere in quanto Dio ha concesso questi caratteri all'uomo. In altri termini, ecco la gerarchia volontaristica, dato che il Nostro afferma *in claris* che non è lecito andare contro la volontà (ossia, contro la libertà), salvo che ci si trovi in circostanze eccezionali, oppure che sia concesso dal diritto naturale o dal diritto divino⁶³³.

Il che, appunto, significa che le volontà inferiori sono etero – limitate da quella superiore, che le ha create⁶³⁴.

Del resto, il riferimento alla gerarchia dominativa quale unica possibilità di armonizzare le esistenze *voluntates* (e, quindi, a sua volta, il presupposto necessario, ossia l'esistenza delle *voluntates* intese nel senso tratteggiato dall'Olivi), emerge *de plano* anche dall'analisi della concezione di *dominium* enucleata da Ockham.

Dominium che, lo si arguirà agevolmente, è strettamente legato al concetto di potere. Il che, ovviamente, non deve stupire, risultando invece perfettamente coerente con l'orizzonte che si va affrescando nel corso del presente lavoro.

Ockham, infatti, muovendo dalla constatazione dell'esistenza del *dominium*⁶³⁵, nonché dell'inviolabilità, entro certi termini, del dominio stesso, deduce che esso non è contrario a quanto voluto da Dio⁶³⁶. Di esso possono essere titolari anche i non credenti. Ed allo stesso modo è legittimo il potere temporale, sia in se stesso, sia in quanto capace di rendere legittimi degli atti a mezzo dei quali taluni uomini sono divenuti titolari i diritti su alcune *res*.

*quemadmodum dominus absque causa et sine culpa potest tollere a servo suo rem quam sibi concessit; quod est absurdum. Posset etiam papa, si talem haberet tam in temporalibus quam in spiritualibus plenitudinem potestatis, multo plurimas et graviores ceremonias exteriores imponere christianis quam fuerint ceremonie veteris legis, quare nullo modo lex evangelica esset lex libertatis, sed intollerabilis servitutis. Est ergo predicta assertio hereticalis censenda. Que etiam est toti christianitati periculosa quia, si papa talem haberet in temporalibus plenitudinem potestatis, posset de jure spoliare omnes reges et principes regnis et dominiis suis et ea consanguineis suis vel aliis vilibus personis quibus vellet conferre vel sibi retinere, ex quo scismata et dissensiones ac guerre toti christiani periculose leviter minarentur». Si noti l'accento alla *plenitudo potestatis* (nonché alla salacia con cui pone in luce l'incompetenza per il potere spirituale di disporre del potere temporale...ancora, la gerarchia dominativa). Per ulteriori accenni alla libertà, si veda altresì Cfr., ad es., *Breviloquium*, c. 16, nonché il vero e proprio manifesto sulla libertà evangelica, ossia il c. 4.*

⁶³³ *Breviloquium* II, c. 17: «*Hec est enim libertas evangelice legis quod observationibus ejus sine culpa eorum extra articulum urgentis necessitatis et manifeste utilitatis, ipsis invitis, nichil, precipue grave, quod supererogacionis, est vel non est de jure naturali nec de jure divino expresso potest imponi virtute eiusdem legis*». Si noti come anche il lessico parli di “imposizione”, ed addirittura da parte di un atto normativo. Il brano citato continua con la critica alle pretese di Papa Giovanni XXII, ma si tratta, evidentemente, di tematica eccentrica rispetto al presente scritto.

⁶³⁴ Mi pare concordare sul punto (seppure *ceteris verbis*) anche Ghisalberti, laddove scrive che anche la *potestas absoluta* di Dio, ossia il suo diritto soggettivo principale (*rectius*, la sua precipua potestà, quella che o qualifica quale *Deus - Amor*), fonda ogni ordine giuridico ed è promulgato sulla Sacra Scrittura; da tale legislazione derivano quindi le *potestas* agli uomini, in (Ghisalberti, Todescan, & Zanolli, 2007), p. 65 nota 5.

⁶³⁵ Per un'attenta ricostruzione della palingenesi della teorica ockhamiana del dominio, rinvio a (Salanitri, 2014), pp. 70 – 85, nonché a (Damiata, 1978), pp. 403 - 411. Per i riferimenti ai testi ockhamiani, si vedano ad es.: *Breviloquium de potestate papae*, III, c. 6 e ss.

⁶³⁶ Il percorso argomentativo del Nostro in realtà è più sofisticato, distinguendo tra il dominio privato (detto *proprietas*) e quello comune, ma non è di alcuna rilevanza ai fini della trattazione.

Orbene, secondo Ockham lo stesso accade per il potere politico in generale⁶³⁷.

Si tratta apparentemente di un passaggio logico brusco. Eppure, ripeto, soltanto in apparenza. Infatti, stante quanto s'è tentato di illustrare in merito alla gerarchia dominativa, alla *voluntas*, ecc, non dovrebbe stupire: sia proprietà che potere politico sono *dominia*, potestà, rappresentano il potere di dispiegare una forza causale giuridicamente protetta ed efficace su di una *res* ovvero su di una panoplia di *res*.

I riverberi oliviani, ovvero, se si preferisce, la perfetta consonanza della teoresi del *Venerabilis Inceptor* con quanto enucleato dai suoi confratelli pensatori in precedenza ed ipostatizzato in *claris* dal Bacelliere Provenzale con cui s'è fatta conoscenza nelle pagine precedenti.

Tuttavia effettivamente Ockham, nell'esplicitare le conseguenze dell'approdo volontaristico, si spinge oltre. Infatti, egli giunge a sostenere che qualora il potere sia stato conferito dagli uomini, per ciò stesso esso godrà di protezione da parte di Dio⁶³⁸.

Il che tradotto significa nuovamente che, entro una concezione antropologica imperniata attorno alla *voluntas*, non v'è altra possibilità relazionale che la dinamica *dominus – res* (*res dominata*), ossia quella di dominio, ontologicamente sperequata ed orientata gerarchicamente tra i vari *dominia* (*ac domini*)⁶³⁹.

⁶³⁷ E che, al contrario, la proprietà (del singolo, detta, per l'appunto, *proprietas* e istinta da quella detta *dominium*) non è istituto di diritto divino, e sul punto critica nuovamente Giovanni XXII. Cfr. *Breviloquium de potestate papae*, III, c. 13 e soprattutto 14: «*Ad cujus evidenciam est primo sciendum quod potestas condendi leges et jura humana primo et principaliter fuit apud populum. Unde et populus potestatem condendi leges transtulit in imperatorem. Sic etiam populus, tam romanus videlicet quam alii, potestatem condendi leges transtulerunt in alios et quandoque in reges, quandoque in alios minoris et inferioris dignitatis et potestatis. Ista non solum per hystorias et cronicas, sed etiam partim per divinam scripturam possent ostendi, sed brevitatis causa pertranseo. Ex hoc autem evidenter colligitur quod jura humana non solum fuerunt jura imperatorum et regum, sed etiam populorum et aliorum qui potestatem condendi et constituendi jura a populis acceperunt et etiam consuetudines laudabiles et utiles a populis introducte. Et ideo, quia potestas appropriandi res temporales a Deo data fuit generi humano, temporalia que possessa fuerunt jure humano non solum legibus imperatorum et regum poterant possideri, sed etiam poterant possideri laudabilibus et rationabilibus consuetudinibus et juribus ac ordinationibus humanis a populis et aliis, qui potestatem et auctoritatem habuerunt a populis, introductis; et de facto, antequam essent imperatores et reges quam plura dominia propria tali jure humano possessa fuerunt. Et ideo, quod dicit Augustinus: jus humanum habemus in legibus regum, intelligi debet prò tempore suo et in regionibus ubi ipse et heretici quos confutare voluit habitabant, non autem intelligi debet de jure humano quod precessit leges imperatorum et regum, quod tempore Augustini erat, saltem prò magna parte, abrogatum vel mutatum».*

⁶³⁸ *Breviloquium*, IV, c. 5: «*Tercio potest intelligi aliqua jurisdiccio vel potestas esse a solo Deo, non quando datur vel confertur, sed postquam data est, ut scilicet, licet, quando datur, non sit a solo Deo nec primo modo nec secundo, sed vere detur vel conferatur etiam ab alio quam a Deo tamen, postquam collata est, a solo Deo dependet, ita quod fungens ea ipsam a nullo alio quam a Deo tanquam a superiori regulariter recognoscit*».

⁶³⁹ Credo quindi vada in questa direzione quanto si legge in (Ghisalberti, Todescan, & Zanolli, 2007), p. 250: «*In Ockham si riscontra la tendenza, peraltro legittimata, ad associare il concetto di proprietà con quello di potere o autorità: egli si esprime sempre in modo da far intendere che ai suoi occhi il diritto di proprietà e il diritto di essere costituiti in autorità, il possesso di beni materiali come l'abilità ad esercitare un qualsiasi potere, sono aspetti indissociabili di un'unica potestas. Per il filosofo risulta impossibile distinguere l'investitura di cariche pubbliche dal possesso di beni materiali: l'autorevolezza di una persona deve poggiare su una vistosa base canonica. Così, l'interdipendenza tra proprietà e autorità è un dato tanto rilevante agli occhi di Ockham, che egli finisce col considerare compito precipuo del principe la difesa della giustizia e di ogni sopruso che attenti al diritto di proprietà*».

Ed a questa struttura Dio dona la sua protezione⁶⁴⁰.

Ancora una volta, mi pare che emerga *de plano* come ci si trovi davanti alla gerarchia dominativa. Infatti non è possibile alcuna altra relazione tra gli uomini, se non quella di sottomissione, con gli effetti che verranno poi compiutamente enucleati in sede di conclusioni.

Mi pare di poter concludere questi cursori accenni alla teoresi di Guglielmo di Ockham sul punto ribadendo che l'assunto da cui si era fatto vela, ovverosia che il *Venerabilis Inceptor* in realtà, a prescindere da una certa interpretazione del suo pensiero che lo vorrebbe essere il primo ad imperniare il proprio pensiero sulla *voluntas*⁶⁴¹, egli si situa a pieno titolo all'interno della Scuola Francescana.

⁶⁴⁰ Forse forzando un po' troppo il pensiero del Nostro, si potrebbe parafrasare con il replicarsi della struttura fondamentale del Principio nella realtà. Ovvero, nella replica del rapporto uomo – Dio così come ipostatizzato a partire dalla volontà così concepita. Per ulteriori approfondimenti, mi sia consentito rinviare alle conclusioni.

⁶⁴¹ Credo che sul punto, nonostante Boenher scrisse che Ockham non si è mai servito di premesse nominaliste nei suoi scritti politici per trarne conclusioni in favore dell'autonomia individuale [in (Boenher, 1943), pp. 445 -446, sul punto condiviso da Marchettoni, in (Marchettoni, *Ockham e l'origine dei diritti soggettivi*, 2008) e (Marchettoni, *Ockham, i canonisti e l'atomismo dei diritti*, 2006)], la prospettiva prescelta in questa sede sia un'altra: il problema non risiede tanto nel nominalismo (il quale, ma è tema eccentrico rispetto al presente lavoro, semmai lo richiede quale presupposto), quanto nella concezione di *voluntas*. E' lì che si annidano i germi di un pensiero potenzialmente eversivo. E ciò, mi preme di far notare, senza fare violenza ai testi, bensì basandosi proprio sui presupposti e le aspirazioni da cui erano mossi i *Minores*. Sul punto non ritengo decisivi nemmeno gli studi che vorrebbero rinvenire nell'inglese un profilo razionalista (seppure è evidente che esso sia stato presente, si pensi ad es, a quanto osservato in nota in merito allo *ius poli*). Secondo illustri autori, infatti, a partire dal *Dialogus* (Vedi in particolare la trattazione delle varie specie di diritto naturale in *Dialogus*, III, tract. II, liber 1, cap. 15 e in *Dialogus*, III, tract. II, liber 3, cap. 6. Per il testo del *Dialogus* si veda l'edizione critica *in progress* curata da John Kilcullen, George Knysh e John Scott, disponibile sul sito della British Academy all'indirizzo <http://www.britac.ac.uk/pubs/dialogus/ockdial.html>), sia possibile ricostruire una teoria razionalistica del diritto naturale perfettamente in accordo con l'insegnamento tradizionale e con le concezioni sviluppate dai canonisti del secolo precedente [si vedano, in particolare, Vedi in particolare (Kilcullen, 1993), ora rinvenibile anche all'url http://www.mq.edu.au/about_us/faculties_and_departments/faculty_of_arts/mhpir/staff/staff-politics_and_international_relations/john_kilcullen/natural_law_and_will_in_ockham/. (Oakley, 1961), ora disponibile grazie alla Notre Dame Law School sul sito internet di questa, all'url http://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1059&context=nd_naturallaw_forum; (Tierney, *L'idea dei diritti naturali. Diritti naturali, legge naturale e diritto canonico 1150-1625*, 2002), pp. 252ss.; (McGrade, *Natural Law and Moral Omnipotence*)]. Molti autori, a questo proposito, hanno parlato di «razionalismo ockhamiano» per indicare una linea argomentativa ricorrente soprattutto negli scritti politici del *Venerabilis Inceptor* e che consiste in una dottrina della derivabilità delle norme di condotta per via razionale a partire da precetti fondamentali autoevidenti. Al punto che Marchettoni conclude sul punto che l'idea sostenuta da Finnis e Grisez secondo la quale i principi fondamentali della moralità sono precetti *per se nota* sembra del tutto pertinente rispetto all'esegesi della dottrina ockhamiana dello *ius naturale*, in (Marchettoni, *Ockham e l'origine dei diritti soggettivi*, 2008), p. 43. Sul punto Marchettoni (alle pp. 45 – 46) acutamente osserva come: «Secondariamente, non è nemmeno chiaro perché la svolta nominalista dovrebbe pregiudicare, come sembra ritenere Villey, l'applicazione del diritto naturale come metodo generale per ricavare norme dall'osservazione del mondo visto come un cosmo ordinato. Villey sembra ritenere che l'impostazione nominalista della metafisica ockhamiana introduca uno

Anzi, egli recepisce *in claris* la strutturazione della volontà (e, quindi, della libertà e della gerarchia) nate entro l'alveo della scuola medesima, in particolare, secondo l'opzione ricostruttiva prescelta per questo lavoro, entro il pensiero Pietro di Giovanni Olivi.

Soltanto entro siffatta ottica ritengo sia possibile armonizzare la speculazione ockhamiana, quanto meno sotto l'aspetto della volontà⁶⁴², oggetto del presente lavoro.

*scarto rispetto alla concezione tomista del diritto naturale, nel senso che dalla negazione della realtà degli universali in re come essenze degli individui segue l'impossibilità di dedurre dalla conoscenza degli enti le leggi che li riguardano. In altre parole, ciò significherebbe che le leggi naturali che vincolano gli individui non sono più deducibili dalla conoscenza della natura degli individui stessi. Ma questo sembra essere un non sequitur: il passaggio dall'ontologia realista a quella nominalista non comporta l'annullamento delle leggi che regolano il mondo naturale, ma semplicemente la loro traduzione in un linguaggio privo di riferimenti a essenze universali. E d'altro canto, se le norme in questione sono il risultato astrazioni condotte a partire dall'osservazione della realtà esterna, si potrebbe sostenere, al contrario, che la dottrina metafisica ed epistemologica sviluppata da Ockham, abbandonando la macchinosa teoria delle species conoscitive elaborata dal tomismo e incentrandosi sulle naturali capacità astrattive di cui l'intelletto è dotato, possa fornire un supporto ugualmente valido alla riproduzione del metodo del diritto naturale». Il che effettivamente mi pare pertinente [sul punto, da ultimo, rinvio altresì a quanto osservato, con riferimento alle fonti Ockhamiane, da Cristina Salanitri, in (Salanitri, 2014), alle pp. 127 e ss.]. Se non fosse che l'antropologia ed i postulati primi della volontà impingono fatalmente ad una sottrazione ed astrazione del soggetto per elevarlo verso Dio, che fatalmente si può riverberare su di un aspetto teoretico volto a ridurre tutto a *dominium*, compreso lo scibile e la realtà. E' vero che, come Marchettoni annota a p. 42 Ockham non ha mai tratto dalle proprie posizioni nominalistiche delle conseguenze inerenti l'autonomia individuale (punto che, pare, anche De Lagarde avrebbe fatto intendere fosse implicito). Tuttavia, quantomeno entro l'orbita del presente lavoro, mi sia consentito inferire come Ockham di tratte l'autonomia individuale dal proprio nominalismo non aveva assolutamente bisogno. Semmai era vero il contrario: la concezione di *voluntas* da cui egli parte fonda l'eventuale nominalismo e l'autonomia individuale. Quest'ultima, sarei addirittura propenso a considerarla un corollario immanente della volontà francescana. Senza considerare, inoltre, che la stessa categoria di autonomia individuale non è che un'ipotesi epistemica, una precisa scelta concettuale, e che scolpirla (come fanno i critici di Villey) attorno alla volontà non fa che ribadire quanto si va sostenendo, ossia che entro la volontà scolpita da Olivi si affermò a tal punto (e gode tuttora di tanta fortuna) da presentarsi come concetto di volontà unico e possibile. Il che, naturalmente, non è vero. Quantomeno, non potrebbe esser assunto apoditticamente e senza un'acconcia riflessione critica.*

⁶⁴² In riferimento alla volontà ed alla sua "fatale" gerarchizzazione, *rectius*, alla sussunzione normativa entro un'orbita gerarchica ed al rapporto tra le sfere di competenza (*i.e.* tra *dominus ac res*, si vedano comunque le conclusioni), ritengo sia interessante quanto annota acutamente Luca Parisoli, richiamando sia Olivi che Scoto in rapporto ad Ockham: «L'ordine immutabile delle leggi, "quod Deus non potest nec debet oppositum eius velie", è detto "ordo naturalis", ed è contrapposto all'ordine del "dominativo imperio", l'altra sfera normativa in cui si possono mutare le regole date "seu absolute seu conditionaliter pro libitu" [Cfr. la *Quaestio* oliviana "Quid ponat ius vel dominium", v. *supra*], in cui nessuna norma è immutabile. Non è chiaro se prevalga in Olivi l'immagine di un Dio che agisce correntemente de potentia absoluta, come un sovrano assoluto sciolto da ogni vincolo, oppure l'immagine di un Dio che agisce de potentia ordinata [sul punto mi permetto di rinviare a Bettoni a Simoncioli, i quali mi pare offrano una corretta soluzione al dilemma, mettendo in luce come in Olivi si ritrovi un limite all'arbitrarismo. Cfr. (Bettoni, 1959) e (Simoncioli, 1956)], come un sovrano ottocentesco che dopo aver concesso la costituzione è tenuto a rispettarla. E però certo che la potenza divina si propone come modello di discussione per il potere normativo umano e, soprattutto, che il problema del diritto naturale (non posto dall'uomo) e quello positivo (voluta dall'uomo) si caratterizza sempre più prepotentemente nei termini di una separazione ontologica. Ockham, però, capovolge la distinzione de iure e de

facto rispetto ad Olivi o Scoto: mentre per Scoto è l'agire de iure l'azione secondo potenza ordinata (perché vincolata dalle leggi esistenti), per Ockham la distinzione tra potenza assoluta e ordinaria è solo di rango logico. In questo senso Dio avrebbe potuto scegliere qualunque ordine per il creato, ma una volta che ne ha scelto uno, non può più agire contro quell'ordine che lui stesso ha voluto», in (Parisoli, 1999), p. 118. Parisoli prosegue poi: «La terminologia scotista si capovolge, tanto che diviene *é facto* la stessa azione ordinata [Cfr. Guglielmo di Ockham, *Tractatus contra Benedictum*, III, c. 3; *Opus nonaginta dierum*, c. 95, 719. Per la trattazione in sede metafisica della questione si veda *Quodlibeta septem*, VI, q. 1], poiché, semplicemente, una volta posto l'ordine del mondo, Dio non può più agire de potentia absoluta. Ockham si mantiene in un contesto schiettamente politico e pone le basi di una riflessione costituzionalista. In questo modo Dio, e per analogia il sovrano terreno, risulta legato dall'ordine già posto; in particolare, il sovrano terreno sarà vincolato da quelle norme che sfuggono alla sua possibilità di revisione e che quindi non possono essere da lui poste e neppure eliminate. Questo genere di norme, quasi una costituzione ante litteram che limita l'azione del sovrano, trasformano il dovere scotista di fedeltà legislativa verso i precetti divini in un diritto dei sottoposti a contestare il legislatore ockhamiano che viola la sfera sovra-positiva. Occorre tuttavia considerare che la potenzialità divina, anche se supposta vincolata dall'ordine da Dio stesso stabilito, è amplissima. La concezione logica di Ockham, formalista e nominalistica, gli permette di ridurre al minimo lo spazio della contraddizione. In una questione quodlibetale intitolata “*Utrum Deus possit facere omne prius absolutum sine posteriore realiter distincto*”, Ockham afferma che “*prius absolutum non dependet a posteriore; igitur non repugnat sibi separati ab eo, et per consequens Deus potest hoc facere*”. Ma se il prima e il dopo non sono connessi da una definizione analitica che definisca il prima rispetto al dopo, ed il dopo rispetto al prima, essi possono essere separati in quanto prima isolato dal dopo e viceversa. Ciò significa che l'ordinamento logico che fissa i concetti di prima e dopo non è assoluto, e quindi, una volta stabilito, permette cambiamenti profondi nella sua struttura», in (Parisoli, 1999), p. 119.

III. John Locke

1. Volontà è potere, potere è volontà: *Essay*, II, XXI

Dopo aver tratteggiato il percorso di quella che in queste pagine s'è denominata "rivoluzione volontarista", vorrei ora brevemente tratteggiare come alcuni dei caposaldi della teoresi nata in senso alla scuola francescana ed, in particolare, grazie alla teoresi di Pietro di Giovanni Olivi dipanino i propri riverberi entro gli sviluppi successivi del pensiero giuridico.

In particolare, vorrei ora brevemente richiamare un Autore relevantissimo⁶⁴³ per la modernità giuridica⁶⁴⁴, John Locke⁶⁴⁵, ponendo in luce come i riverberi della

⁶⁴³ Mi permetto di rilevare l'importanza del pensiero lockiano, oltre che per il costituzionalismo continentale, anche e, forse, *a fortiori*, per *the concept of law* nordamericana. In merito, c'è chi scrisse come «*Few philosophers are as ubiquitous within American politics and law as John Locke. A mere listing of the primary and secondary sources—from the Founding Fathers to today—that explicitly refer to Locke or implicitly invoke his ideas would rival the Encyclopaedia Britannica in length. His labor argument for property, in particular, has been especially influential. The Second Treatise bears the distinction of being the only philosophy text cited on this subject as authoritative precedent by the contemporary Supreme Court. As exemplified by the repeated references to and quotations from the Second Treatise in the first chapter of the most popular property casebook, the imprint of Lockean ideas upon American conceptions of property is striking*», in (Mossoff, 2014), p. 1. Il che del resto aiuta a comprendere come il filosofo inglese venga invocato dagli Autori Nordamericani in moltissime branche dello scibile giuridico: dal dibattito in ordine al pagamento federale per le prestazioni erogate da enti religiosi [cfr. (Berg & Laycock, 2004)], a quello in ordine ai matrimoni omosessuali [(Turner, 2007)], a quello su federalismo, neutralità e religione [(Merriam, 2007)], fino al problema della neve sulle strade (!), cfr. [(Silbey, 2007)]. Ma si tratta solamente di un accenno, in quanto davvero Locke è praticamente onnipresente. Per avere coscienza di ciò, basta visitare il sito del "Social Science Research Network", <http://www.ssrn.com/en/>.

⁶⁴⁴ La rilevanza di Locke, oltre che da numerosissimi Autori che ne hanno indagato la speculazione (v. nota seguente), ritengo sia perfettamente riassunta in una memorabile pagina di Villey, un Autore che ha posto in luce gli effetti di quella che in queste pagine s'è denominata "rivoluzione volontaristica" di cui qui s'è tentato di porre in luce la "causa prima". L'Autore ipostatizza chiaramente il rilievo del pensiero giusnaturalistico sulla contemporaneità giuridica esprimendosi in tal modo: «*(...) Come i principi messi in chiaro da Aristotele hanno reso possibile la costruzione scientifica del diritto romano, così è stato per la filosofia moderna nei suoi rapporti coi sistemi giuridici moderni, che sono poi ancora quelli con cui noi dobbiamo fare i conti, quelli che si sono definitivamente strutturati sotto la Rivoluzione francese o nei codici del XVIII e del XIX secolo (se non addirittura nella dottrina anteriore). Nessuno studioso di diritto pubblico oserebbe mettere in dubbio questa dipendenza; tutti sanno che le nostre costituzioni, i nostri principi "democratici", la nostra concezione della legge, derivano da Locke o da Rousseau. Un'analoga verità emerge, per quanto concerne il diritto privato, dai recenti lavori di Wieacker la struttura, l'organizzazione interna dei nostri codici e ancor più dei nostri trattati sistematici di diritto civile, la nostra nozione di proprietà, la nostra teoria del contratto, sono tutte creazioni dello spirito moderno e trovano la loro prima fonte nel lavoro dei filosofi all'inizio dell'epoca moderna. Lo strano è che questo modo di pensare il diritto, questi progetti, queste nozioni, queste tecniche sono sopravvissute alla filosofia che ha costituito il loro fondamento. Al giorno d'oggi, infatti, Hobbes, Locke, Rousseau, Wolff e Kant sono pensatori fortemente contestati; non c'è certamente più nessuno, né tra i filosofi, né tra i sociologi, che prenda veramente sul serio la teoria del contratto sociale; e del resto nemmeno la dottrina sensistica individualistica, atomistica della conoscenza, propria di un Locke, è rimasta vitale. Ma noi continuiamo a trattare le questioni giuridiche come se credessimo ancora alla sovranità dello stato e a pensare l'esperienza giuridica*

rivoluzione volontaristica sospingano i loro effetti sul pensiero giuridico moderno, specie per il pensiero costituzionalista⁶⁴⁶.

Lo affronterò in maniera forse iconoclasta, tentando di porre schematicamente in luce⁶⁴⁷ il portato della rivoluzione volontarista sul pensiero di John Locke, nonché viceversa⁶⁴⁸.

Ne affronterò un micro - aspetto poco (o per nulla) indagato, che tuttavia mi sento di poter enucleare come rilevante ai fini della trattazione in esame, ossia il tema del *power*, del *potere*, così come scolpito da Locke nel suo *Saggio sull'intelletto umano*, al libro II, cap. XXI, par. 5⁶⁴⁹.

La definizione che l'inglese offre di potere infatti, dovrebbe risultare familiare, dal momento che egli lo scolpisce a guisa di *forza causale* capace di modificazioni, unilateralmente: prima partendo dalle idee, quindi sul mondo esterno⁶⁵⁰.

attraverso le categorie dei diritti soggettivi, dei diritti reali, della persona giuridica o della proprietà assoluta... », in (Villey, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, 1985), p. 136. Mi permetto soltanto di precisare che, dal canto mio, sono persuaso che uno degli elementi portanti di quella felicemente vista da Villey come “modernità giuridica”, come frattura rivoluzionaria, risiede, *ca va sans dire*, nella *voluntas moderna*. E' forse questa categoria che, indiscussa eppure persistente, ha garantito il *continuum* posto autorevolmente in luce da Villey?

⁶⁴⁵ La bibliografia su Locke è copiosa e pone in luce ottimamente il rilievo dell'inglese per la filosofia giuridica della Modernità. *Ex multis*, i lavori che più sono serviti da riferimento per le seguenti pagine, cfr.: (Bobbio, 1963); (Belloni, 2011), (Cox, 1960); (Von Leyden, 1981); (Yolton, 1990); (Tuck, *Natural rights theories: Their origin and development*, 1979); (Aaron, 1955); (Viano, 1960); (Dunn, 1992); (Pievatolo, 2005), (Costantini, 2003); (Zanuso, *Conflitto e controllo sociale nel pensiero giuridico - politico moderno*, 1993), (Polin, 1978) oltre agli autori che verranno citati in nota.

⁶⁴⁶ 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 (Zanuso, 1993), pag. 59. Su alcuni aspetti del pensiero lockiano espressi dalla compianta Maestra veronese, sono in disaccordo, come avrò modo di enucleare nel prosieguo della trattazione (e come ebbi l'onore di discutere con Lei personalmente), ma ciò non toglie che la sua disamina dei caposaldi dell'Autore inglese sia di altissimo livello ed, a parere dello scrivente, sotto alcuni aspetti, insuperata.

⁶⁴⁷ Se mi è consentito un paragone (di certo senza voler insinuare alcuna analogia tra il sottoscritto e l'illustre Studioso), tenterò un'eposizione simile a quella di Franco Todescan in (Todescan, *Il problema del volontarismo in Hobbes*, 1997), avendo però di mira il pensiero di un altro dei colossi del giusnaturalismo inglese, ossia, appunto, John Locke.

⁶⁴⁸ Il che porterà a concludere, se mi è consentito un *divertissement*, che, parafrasando B. Croce, non solo Locke, ma anche molti di noi quali figli della modernità giuridica, non possiamo non dirci volontaristi. *I.e.*, permeati dell'*humus* culturale latore dell'idea di volontà scolpita in precedenza.

⁶⁴⁹ Farò riferimento all'edizione del *Saggio sull'intelletto umano* edita da Bompiani nel 2004, a cura di V. Cicero e M. G. D'amico, cfr. (Locke, 2004).

⁶⁵⁰ Ecco cosa si può leggere in J. Locke, *An Essay Concerning Human Understanding*, Libro II, cap. XXI (dedicato significativamente al “power”), par. 1: «The mind being every day informed by the senses of the alteration of the simple ideas it observes in things outside it, and noticing how one comes to an end and another begins to exist, reflecting also on what passes within itself, and observing a constant change of its ideas, sometimes by the impression of outer objects on the senses and sometimes by its own choice; and concluding from what it has so

La gnoseologia lockiana fa vela dalla constatazione, quietamente razionalistica, che la più chiara idea di un potere causalmente attivo non può che derivare dalla mente dell'uomo. Anzi, più precisamente, è unicamente grazie al volere che si giunge a concepire un potere diretto quale pensiero della mente. E' grazie al volere che il potere diviene efficace entro la realtà empirica⁶⁵¹.

Ed, infatti, sussunta entro le categorie del razionalismo, la *voluntas*, il potere volutaristico che spalancò le porte a quella che Villey chiama la modernità. Infatti, secondo Locke, «questo potere, che appartiene alla mente, di ordinare così la considerazione di una qualunque idea, o di rinunciare a considerarla, o di preferire il movimento di una parte qualsiasi del corpo alla sua quiete, e viceversa, in un qualsiasi esempio particolare, è quel che noi chiamiamo volontà».

Da ciò deriva, *more geometrico*⁶⁵², che «l'esercizio effettivo di quel potere, sia con l'indirizzare una qualsiasi azione particolare, sia con il suo impedimento, equivale a quel che noi chiamiamo volizione o volere. L'impedimento o l'espletamento di quella azione, conseguente a un determinato ordine o comando della mente, viene chiamato volontario. Qualunque azione sia espletata senza un determinato pensiero della mente si definisce involontaria»⁶⁵³.

Con tutta evidenza, si tratta, come già anticipato, di un potere capace di mozione causale.

constantly observed to have happened that similar changes will in the future be made in the same things by similar agents and in similar ways, considers in one thing the possibility of having any of its simple ideas changed, and in another the possibility of making that change, and so comes by that idea that we call power. Thus we say that fire has a power to melt gold, and gold has a power to be melted; that the sun has a power to blanch wax, and wax a power to be blanched by the sun (...). In all such cases the power we think of is in reference to the change of perceivable ideas, for we can't observe or conceive any alteration to be made in a thing except by observing or conceiving a change of some of its ideas». Si noti come l'approccio empiristico della gnoseologia lockiana conduca comunque ad una nozione come quella di *power*.

⁶⁵¹ Ecco cosa si può leggere in J. Locke, *An Essay Concerning Human Understanding*, Libro II, cap. XXI (dedicato significativamente al "power"), par. 4: «But if we think about it hard we'll see that bodies don't give us through our senses as clear and distinct an idea of active power as we get from reflecting on the operations of our minds. (...). The idea of the beginning of motion is one that we get only from reflection on what happens in ourselves, where we find by experience that merely by willing something—merely by a thought of the mind—we can move parts of our bodies that have been at rest. So it seems to me that our sensory perception of the operations of bodies gives us only a very imperfect and obscure idea of active power, since it provides no idea of the power to begin any action, whether physical or mental. If you think you have a clear idea of power from your observations of colliding bodies, I shan't quarrel with you, because sensation is one of the ways by which the mind gets its ideas. But I thought it worthwhile to consider—just in passing—whether the mind doesn't receive its idea of active power more clearly from reflection on its own operations than from any external sensation».

⁶⁵² Per dirla a là Zanuso. Cfr. (Zanuso, 1993), p. 59.

⁶⁵³ J. Locke, *An Essay Concerning Human Understanding*, II, XXI, par. 5, secondo la traduzione rinvenibile in (Locke, 2004), p. 421. Il testo in lingua originale si esprime così: «This at least seems to me evident: We find in ourselves a power to begin or not begin, and to continue or end, various actions of our minds and motions of our bodies, by a mere thought or preference of the mind in which it commands (so to speak) that such and such an action be done or that it not be done. This power that the mind has to order that a given idea be thought about or that it not be thought about, or to prefer that a given part of the body move rather than stay still (or viceversa), is what we call the will. The actual exercise of that power in a particular case is what we call volition or willing. If your doing x (or not doing y) results from such an order or command of the mind, your doing x (or not doing y) is called voluntary. And any action that is performed without such a thought of the mind is called involuntary».

E, *ca va sans dire*, rappresenta una potenza propria dell'uomo razionale, ossia dotato di intelletto.

Come da tradizione "oliviana", ecco spuntare necessariamente anche in Locke il concetto di *libertà*, definita come potere di un qualunque agente di compiere od astenersi da una particolare azione, in armonia con la determinazione o il pensiero della mente⁶⁵⁴. Come afferma, anodino, il Grande Pensatore inglese: «*la libertà è il potere di agire o non agire secondo di dettami dello spirito. Il potere di dirigere le facoltà operative alla mozione od alla quiete nei casi particolari è la volontà*»⁶⁵⁵.

Ciò, implica, *a contrario*, che, quando non sussistano detti caratteri, non sussisterà la libertà della volizione. *Id est*, non sarà più possibile parlare di volontà⁶⁵⁶.

Con il che mi sia permesso di precisare che, più che il potere, il quale, ovviamente, è rappresentato dalla volontà, la libertà implica il fatto che detto potere possa muovere incondizionatamente i propri riverberi causali⁶⁵⁷.

Si tratta di un nesso, nuovamente, inscindibile⁶⁵⁸ tra il potere volutaristico e la libertà quale spazio vuoto di non coazione⁶⁵⁹.

⁶⁵⁴ J. Locke, *An Essay Concerning Human Understanding*, II, XXI, par. 8. Riferisco il testo in inglese, in quanto decisamente eloquente: «*So that the idea of liberty is, the idea of a power in any agent to do or forbear any particular action, according to the determination or thought of the mind*».

⁶⁵⁵ J. Locke, *An Essay Concerning Human Understanding*, II, XXI, par. 73: «*Liberty is a power to act or not act according as the mind directs. A power to direct the operative faculties to motion or rest in particular instances is the will*».

⁶⁵⁶ J. Locke, *An Essay Concerning Human Understanding*, II, XXI, par. 8: «*where either of them is not in the power of the agent to be produced by him according to his volition, there he is not at liberty; that agent is under necessity. So that liberty cannot be where there is no thought, no volition, no will; but there may be thought, there may be will, there may be volition, where there is no liberty*».

⁶⁵⁷ E ciò mi pare confermato da quanto Locke asserisce al par. 10, laddove si esplica chiaramente che essa riguarda l'esercizio non condizionato del potere. Mi permetto altresì di osservare come, nel cap. XXI dell'*Essay*, Locke mostri qualche incertezza classificatoria in ordine al rapporto tra volontà e libertà (ed il par. 10 da ultimo citato ne rappresenta esempio preclaro). Ritengo che ciò sia ingenerato dallo strettissimo corollario *genetico* e, forse, sovente implicito, che astringe i due concetti a partire dalla speculazione francescana (secondo la tesi assunta nel corso della presente opera).

⁶⁵⁸ Ritengo degno di nota come Locke, con l'usuale arguzia, sottilmente ponga in luce come la libertà pertenga essenzialmente al potere, al *power* volutaristico, al soggetto, piuttosto che ad una facoltà della mente. Il che mi pare ribadire come il potere costituisca una facoltà essenziale del soggetto, e che sia ineliminabile. Al di là delle differenze nominalistiche, quindi, non v'è dubbio che la *voluntas* nata – secondo l'impostazione prescelta in questo lavoro – nella teoresi di Pietro di Giovanni Olivi, trovi cittadinanza chiaramente anche nella raffinata architettura lockiana. Cfr., J. Locke, *An Essay Concerning Human Understanding*, II, XXI, par. 10: «*So that liberty is not an idea belonging to volition, or preferring; but to the person having the power of doing, or forbearing to do, according as the mind shall choose or direct. Our idea of liberty reaches as far as that power, and no farther. For wherever restraint comes to check that power, or compulsion takes away that indifferency of ability to act, or to forbear acting, there liberty, and our notion of it, presently ceases*».

⁶⁵⁹ J. Locke, *An Essay Concerning Human Understanding*, II, XXI, par. 12: «*Liberty, what. As it is in the motions of the body, so it is in the thoughts of our minds: where any one is such, that we have power to take it up, or lay it by, according to the preference of the mind, there we are at liberty. A waking man, being under the necessity of having some ideas constantly in his mind, is not at liberty to think or not to think; no more than he is at liberty,*

Del resto, Locke afferma chiaramente come la volontà sia un «atto della mente che esercita consapevolmente quel dominio che ritiene di avere su una parte qualsiasi dell'uomo, impiegandola in un'azione particolare o distogliendola da essa? E che cosa è la volontà, se non la facoltà di fare ciò? (...) La volontà, dunque, non è altro che un tale potere. D'altro lato, la libertà è il potere che un uomo ha di compiere una qualunque azione particolare, a seconda che il compierla o l'astenersi riceva una preferenza effettiva della mente, e ciò equivale a dire: a seconda che egli stesso lo voglia»⁶⁶⁰.

In altri termini, ne detiene il *power*⁶⁶¹.

*whether his body shall touch any other or no: but whether he will remove his contemplation from one idea to another is many times in his choice; and then he is, in respect of his ideas, as much at liberty as he is in respect of bodies he rests on; he can at pleasure remove himself from one to another. But yet some ideas to the mind, like some motions to the body, are such as in certain circumstances it cannot avoid, nor obtain their absence by the utmost effort it can use. A man on the rack is not at liberty to lay by the idea of pain, and divert himself with other contemplations: and sometimes a boisterous passion hurries our thoughts, as a hurricane does our bodies, without leaving us the liberty of thinking on other things, which we would rather choose. But as soon as the mind regains the power to stop or continue, begin or forbear, any of these motions of the body without, or thoughts within, according as it thinks fit to prefer either to the other, we then consider the man as a free agent again». Cfr. altresì par. 14: «I think he will as plainly perceive that liberty, which is but a power, belongs only to agents, and cannot be an attribute or modification of the will, which is also but a power». Rinvio altresì ad un'interessante osservazione di John Dunn, il quale sostiene che la libertà fosse un presupposto logico necessario entro la speculazione lockiana. Cito Dunn in quanto ritengo che egli offra un affresco molto convincente della sistematica dell'inglese. Si veda, *infra*. Cfr. (Dunn, 1992), p. 313.*

⁶⁶⁰ J. Locke, *An Essay Concerning Human Understanding*, II, XXI, par. 15: «*Volition. Such is the difficulty of explaining and giving clear notions of internal actions by sounds, that I must here warn my reader, that ordering, directing, choosing, preferring, &c., which I have made use of, will not distinctly enough express volition, unless he will reflect on what he himself does when he wills. For example, preferring, which seems perhaps best to express the act of volition, does it not precisely. For though a man would prefer flying to walking, yet who can say he ever wills it? Volition, it is plain, is an act of the mind knowingly exerting that dominion it takes itself to have over any part of the man, by employing it in, or withholding it from, any particular action. And what is the will, but the faculty to do this? And is that faculty anything more in effect than a power; the power of the mind to determine its thought, to the producing, continuing, or stopping any action, as far as it depends on us? For can it be denied that whatever agent has a power to think on its own actions, and to prefer their doing or omission either to other, has that faculty called will? Will, then, is nothing but such a power. Liberty, on the other side, is the power a man has to do or forbear doing any particular action according as its doing or forbearance has the actual preference in the mind; which is the same thing as to say, according as he himself wills it». Cfr. altresì J. Locke, *An Essay Concerning Human Understanding*, II, XXI, par. 20; 21; 22; 23; 25, 26. Ancora, J. Locke, *An Essay Concerning Human Understanding*, II, XXI, par. 27: «*In this, then, consists freedom, viz in our being able to act or not to act, according as we shall choose or will». Per la differenza, sottile, tra volontà e desiderio, cfr. anche par. 30. Mi permetto di mettere altresì in luce come, emerga anche nella speculazione lockiana la facoltà auto – poetica della mente volontaristica (ed, in genere, del “meta – soggetto”), capace di determinare i propri confini, le proprie “competenze operative”.**

⁶⁶¹ In seno agli studiosi del pensiero dell'Inglese, le pagine dedicate al *power* sono decisamente rare, essendosi i commentatori concentrati su altri aspetti della di lui teoresi. Lo affronta Yolton, concentrandosi sull'empirismo gnoseologico di Locke, notando come: «*l'idea di potere è un caso paradigmatico della genesi di un'idea con l'ausilio di queste sorte di operazioni mentali*» (Yolton, 1990), p. 168. Il che, effettivamente, è evidente, tuttavia non rilevante ai fini della trattazione. Ed, infatti Yolton va oltre, ponendo in luce acutamente (commentando proprio il cap. XXI del Libro II dell'*Essay on human understanding*, cioè i brani presi in esame *supra*) come gli atti attraverso cui, empiricamente, l'intelletto umano giunge alla conoscenza, «*non legano la mente alla sensazione né a qualche atto diretto*»

Ecco quindi che, essendo gli uomini, connotati da una siffatta *voluntas*, le ricadute antropologiche siano chiare, e ritengo che la deflagrazione dello stato di natura nella narrazione lockiana⁶⁶² derivi da queste premesse teoretiche.

Brevemente, tenterò di esporre le ragioni di questa mia asserzione.

riflessione o introspezione: essi operano indipendentemente dalle due fonti della conoscenza, generando una moltitudine di idee. Quando Locke giunge alla derivazione delle nostre idee dei modi misti (ad esempio i concetti morali), ha a che fare con una derivazione in cui la mente è indipendente in maniera ancora maggiore dalla sensazione e dalla riflessione. Essi sono (o almeno potrebbero essere) formati dalla mente senza riferimento a quel che esiste realmente, fuori o dentro la mente. La transizione a tale generazione o creazione di nuove idee è una estensione di quei richiami al considerare, concludere, paragonare nella derivazione dell'idea di potere», in (Yolton, 1990), pp. 168 – 169. Effettivamente, si tratta di una facoltà che si pone come antecedente logico a tutte le altre. Eppure non credo, come Yolton, che essa si limiti a palesare un presupposto causalistico (se non addirittura finalistico) nella speculazione lockiana. Tutt'altro. Credo che il presupposto sia esattamente, la *voluntas*. Credo colga più nel segno un altro Autore, tra i pochi che si sono occupati dell'esegesi dei brani presi in esame in questa sede, Arrigo Pacchi. Costui non a caso paragona sul punto Locke ad Hobbes (e, di nuovo non a caso, fa precedere la trattazione dell'idea di *power* in Locke da un richiamo alla volontà hobbesiana). Credo sia rilevante richiamare qui la sua esegesi, in quanto decisamente rilevante. Avendo constatato che Locke ritiene che valga la pena di esaminare soprattutto queste due, della libertà e della volontà. E ciò in quanto una tradizione teologica (!) le avrebbe connesse. Però ciò è profondamente erroneo, in quanto ciò significherebbe attribuire un potere ad un altro potere, generando così un qualcosa di logicamente insostenibile ed insensato [cfr. J. Locke, *An Essay Concerning Human Understanding*, II, XXI, par. 14]. Occorre così concludere che la libertà è un potere dell'agente, ossia dell'uomo. Il che porta Locke a concludere che si è liberi quando si ha libertà di fare ciò che la volontà è stata determinata a volere, aderendo così alla *definitio* hobbesiana [cfr. (Pacchi, 1983), pp. 94 - 96]. Ancora, mi permetto di precisare, anche alla luce dei suesposti sintagmi lockiani, che libertà è possibilità per la volontà di volere ciò che ha voluto. *Id est*, la tautologia volontaristica che concepisce la volontà come forza causante incausata ed assolutamente libera.

⁶⁶² Tralattivamente, la concezione antropologica del Maestro inglese viene identificata da un atteggiamento teoretico "ottimista", come scrive Todescan [(Todescan, *Itinerari critici dell'esperienza giuridica*, 1991), p. 56]. Il che lo renderebbe decisamente opposto rispetto ad Hobbes. Che in realtà le premesse dei due autori siano meno divergenti di quanto si possa supporre, sarà discusso nel corso delle pagine seguenti. Del resto, pure la storiografia contribuisce ad inquadrare come il pensatore or ora in esame si sia spinto a virare verso tinte meno fosche rispetto all'autore del *Leviathan*. Allorquando Locke inizia la propria attività speculativa, l'Inghilterra ha infatti già conosciuto il crepuscolo dell'epoca delle lotte intestine. In particolare, con la c.d. 'seconda rivoluzione' e l'insediamento di Guglielmo d'Orange, accompagnato dalla concessione del *Bill of Rights*. Evento, questo, tutt'altro che marginale, e che potrebbe contribuire alla corretta esegesi della filosofia dell'inglese. All'epoca del filosofo de quo si preannuncia infatti una nuova stagione, che pare anticipare il liberalismo. *Sic*, F. Todescan, in [(Todescan, *Itinerari critici dell'esperienza giuridica*, 1991), pp. 56-57].

2. Dallo stato di natura alla *community*. La gerarchia dominativa

a) Gli uomini nello stato di natura

Come è noto, le dottrine lockiane in ordine alla genesi dello stato ed al contratto sociale godono⁶⁶³ (e godettero⁶⁶⁴) di notevole fortuna.

Orbene, senza volerle qui richiamare esaustivamente, limiterò la trattazione ad alcuni punti che ritengo fondamentali nell'ottica della ricerca che si va operando in queste pagine.

Allo stato di natura gli uomini si trovano «*liberi, uguali, indipendenti*»⁶⁶⁵. Da cui consegue che, allo stato pre – politico, essi si trovino nella perfetta libertà di regolare le proprie azioni, di disporre dei propri possessi e delle proprie persone come credono meglio, entro i limiti della legge di natura, senza che essi debbano chiedere qualsivoglia permesso ovvero dipendere dalla volontà di qualcun altro.

Anzi, come correttamente osserva Locke, si tratta di uno stato ove gli uomini hanno il *power* di operare nel senso appena indicato⁶⁶⁶.

Si tratta, altresì, ovviamente, di uno stato di perfetta uguaglianza (ipotetica)⁶⁶⁷.

⁶⁶³ Norberto Bobbio sostiene che la filosofia politica lockiana sia così radicata nella tradizione giusnaturalistica, da costituirne 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* (Bobbio, 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 circonfuse entro un'aura mitologica, vedono stagliarsi 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 (Tonnes, 1999), pag. 56).

⁶⁶⁴ Voltaire stesso si invaghì quasi “perdutamente” del filosofo inglese, giungendo a scrivere, nella tredicesima delle sue *Lettere filosofiche*, che fecero conoscere ai suoi contemporanei i pensatori albionici: «*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*».

⁶⁶⁵ Cfr. l'inizio di J. Locke, *Second treatise on government*, VIII, par. 95: «*Men all being naturally free, equal, and independent*».

⁶⁶⁶ J. Locke, *Second treatise on government*, IX, par. 128: «*For in the state of nature a man has, along with his liberty to enjoy innocent delights, two powers. The first is to do whatever he thinks fit for the preservation of himself and of others, so far as the law of nature permits. This law makes him and all the rest of mankind into one community, one society, distinct from all other creatures*».

⁶⁶⁷ Cfr. J. Locke, *Second treatise on government*, II, par. 4: «*To understand political power correctly and derive it from its proper source, we must consider what state all men are naturally in. In this state men are perfectly free to order their actions, and dispose of their possessions and themselves, in any way they like, without asking anyone's permission—subject only to limits set by the law of nature. It is also a state of equality, in which no-one has more*

Tuttavia, secondo Locke, anche nello *status naturae*, essi sono soggetti a qualcuno: sono sottoposti a Dio ed alla legge di natura. Mi permetto di soffermarmi su siffatti celeberrimi aspetti della costruzione lockiana per mettere in luce come si tratti in ogni caso, anche nello stato prepolitico, di quella che s'è denominata “*gerarchia dominativa*”: gli uomini rappresentano delle singolarità solipsitiche, degli enti volontaristici comunque in stato di soggezione: sono infatti *soggetti* a Dio ed alla legge che Questi ha posto⁶⁶⁸.

E ciò balza agli occhi in quanto la possibile epifania della “relazione” entro le dinamiche umane è affidata alla regolamentazione *ab externo*, in verticale⁶⁶⁹, ossia al rispetto della *lex naturalis*⁶⁷⁰.

La struttura “schizofrenica” della gerarchia dominativa è altresì data dal fatto che gli uomini, tutti, hanno una volontà potenzialmente totipotente, con il che è evidente che essi, *sicut postulati*, non possono interagire tra loro se non sottomettendosi o scatenando il conflitto.

Ecco, quindi, ancora una volta, la necessità di un medio comune capace di porsi come mediazione, come *medium relationis*. Un medio, però, del tutto artificiale, in quanto non risultante dialetticamente dalla relazione umana, bensì imposto dall'alto secondo la dinamica della volontà dominante

E ciò si palesa evidentemente nella crisi dello stato di natura così come scolpita dall'inglese.

Allo stato di natura infatti gli uomini hanno altresì il potere di sanzionare la violazione della legge naturale, potendo punire i trasgressori della medesima⁶⁷¹.

power and authority than anyone else; because it is simply obvious that creatures of the same species and status, all born to all the same advantages of nature and to the use of the same abilities, should also be equal in other ways, with no-one being subjected to or subordinate».

⁶⁶⁸ Il parallelo con la concezione teocentrico – volontarista emersa dalla scuola francescana credo sia davvero evidente, nonostante sia stato tralasciato dai molti commentatori. Come invece ha messo in luce acutamente Dunn, la concezione dello stato di natura lockiano non è concepibile se si prescinde dalla concezione teologica di Locke, il che fa concludere che lo stato di natura è una condizione di diritto, e che la legge che lo governa si sustanzia in una legge di natura fondata sulla teologia. *Sic* in (Dunn, 1992), p. 128 e ss. Aggiungerei, provocatoriamente, rinviando nuovamente al capitolo conclusivo che riporta siffatta denominazione, che è una teologia orientata in senso meramente gerarchico e verticale, derivante da una data concezione di Dio: una teologia del potere.

⁶⁶⁹ Anticipando quanto si esporrà in sede di conclusioni, anticipo che ciò sta a significare, nuovamente, che il criterio unificante, il Principio, è costituito dalla soggezione, dalla reificazione degli enti. Per un'analisi meno cursoria, rinvio a quanto osserverò nel capitolo conclusivo.

⁶⁷⁰ Utilizzando l'evocativa immagine prescelta da Sommaggio, si tratta dell'etica della “*terza persona*”. Cfr. (Sommaggio, *Tetica I. Riflessioni preliminari*, 2013), *et infra*.

⁶⁷¹ Si noti l'insistenza della norma posta dal potere legiferante quale unica possibilità mediativa tra gli uomini. E la possibilità degli uomini di applicare la medesima. Se ciò può *prima facie* apparire sconcertante, in realtà ciò non deve suscitare eccessivo clamore. In primo luogo, qualora fosse voluto dalla volontà dominante, esso sarebbe per ciò stesso efficace e valido, per cui, *nulla quaestio*. Ma, in realtà, sono propenso a ritenere che ciò non dovrebbe stupire, in quanto, in realtà, i singoli non fanno altro che soggiacere al volere dominante, con il che, punendo i trasgressori, essi non si

Tuttavia, con il deflagrare del conflitto intersoggettivo ciò non è più sufficiente, infatti, qualora un essere umano eserciti senza diritto la forza su di un altro uomo – circostanza senz'altro possibile, stante la volontà (*rectius, quella* volontà) umana quale mozione delle azioni –, ecco che lo stato di guerra divampa senza requie.

In altri termini, si passa dallo stato di natura, allo stato di guerra⁶⁷².

E ciò, ancora una volta, è dovuto dalla mancanza di un mediatore capace di dirimere il conflitto⁶⁷³. Un mediatore, si badi bene, che si ponga quale *superiore* agli altri esseri umani! Locke è chiarissimo: seppure Dio abbia posto la legge naturale, e sebbene essa sia assolutamente valida, allorché lo stato di natura deflagra nello stato di guerra, non v'è alcuno *sulla terra* capace di porre fine alle controversie⁶⁷⁴.

Il che, implica, coerentemente, che, se non v'è alcuno capace di imporsi dall'alto *sopra* il consorzio umano, sarà un essere umano a prevaricare sugli altri, replicando una gerarchia dominata *in statu naturae* che Locke rifugge (pur riconoscendola esito della coesistenza fra uomini) in quanto ingiusta⁶⁷⁵.

A questo punto egli si chiede: «*What if the situation is like this?*»⁶⁷⁶. Occorre forgiare la società, per fare in modo che vi sia un'autorità sulla terra, un giudice che

fanno latori di nulla, essendo soli *nuntii* del potere apicale, il quale riafferma la propria identità e l'opposizione a tutto ciò che è altro da sé ed alle sue volizioni.

⁶⁷² Locke, in aperta polemica con Hobbes, il quale li aveva sovrapposti, distingue il medesimo (cfr. Cap. III, par. 19, del *Second Treatise*), ponendo in luce come, entro lo *status naturae*, gli uomini vivano assieme «*according to reason*». Mi permetto di osservare come, in ultima istanza, si possa asserire che le concezioni hobbesiana e lockiana non divergono così sostanzialmente come inferito da Locke stesso. A ben guardare, infatti, l'assioma volontaristico conduce esattamente allo stato di guerra. Ed, ancora, l'incapacità dialettica di reperire il Principio unificante tra gli uomini obbliga alla gerarchia dominata, che si ripropone sia verso Dio o verso la legge naturale, che nei rapporti intersoggettivi (il fatto che ciò sia sanzionabile non esclude ciò, dal momento che è esattamente il deflagrare del conflitto che conduce alla crisi dello stato naturale, sia in Hobbes, che in Locke).

⁶⁷³ Un mediatore che, ovviamente, consiste in un giudice il quale applichi la norma *posta*. Cfr. Cfr. J. Locke, *Second treatise on government*, III, 19: «*This is the plain difference between the state of nature and the state of war. A state of nature, properly understood, involves men living together according to reason, with no-one on earth who stands above them both and has authority to judge between them. Whereas in a state of war a man uses or declares his intention to use force against another man, with no-one on earth to whom the other can appeal for relief*».

⁶⁷⁴ Si noti come ciò effettivamente marchi la differenza tra lo stato di guerra e di natura e la società civile. Cfr. J. Locke, *Second treatise on government*, III, 19 - 20: «*What puts men into a state of nature is the lack of a common judge who has authority; the use of unlawful force against a man's person creates a state of war, whether or not there is a common judge and (therefore) whether or not they are in a state of nature. But for men who are in a society under a government, the state of war ends when the actual force ends; and then those on each side of the trouble should equally submit to the fair determination of the law. . . . But in the state of nature, where there are no positive laws or judges with authority to appeal to, once a state of war has begun it continues— with the innocent party having a right to destroy the other if he can—until the aggressor offers peace, and seeks reconciliation on terms that will make up for any wrongs he has done and will give the innocent person security from then on*».

⁶⁷⁵ Cfr. J. Locke, *Second treatise on government*, III, parr. 19 - 20. Si badi bene, però, che qui la gerarchia rifuggita è soltanto quella deflagrante nello stato di natura, non certo quella manifestantesi nello Stato.

⁶⁷⁶ Cfr. J. Locke, *Second treatise on government*, III, par. 20.

deciderà, in forza del proprio *power*, la controversia. Così, e soltanto così, si potrà porre fine allo stato di guerra⁶⁷⁷.

Ancora una volta, si noti il richiamo ad un *quid* imposto, avulso ed assoluto rispetto alla realtà umana, un *quid* non rinvenibile entro le relazioni umane. Anzi, si tratta di un ente che ad esse si oppone: è (op – im) *posto ab alio potiore*.

Ecco allora che, visto che, per quanto gli uomini siano sudditi alla *lex naturalis*, l'applicazione dell' medesima cagiona notevoli problemi, occorre rinvenire un potere più efficace, capace di esplicarsi entro siffatte dinamiche umane ovvero di evitare che uno tra gli uomini imponga il proprio potere.

b) La gerarchia quale *medium* artificiale

Lo strumento attraverso cui si genera la società è ancora una volta radicato nella volontà, nel consenso⁶⁷⁸ che, implicando⁶⁷⁹ una rinuncia alle facoltà dei singoli⁶⁸⁰, origina lo Stato.

⁶⁷⁷ Cfr. J. Locke, *Second treatise on government*, III, par. 21: «In a state of nature where there is no authority to decide between contenders, and the only appeal is to heaven, every little difference is apt to end up in war; and that is one great reason for men to put themselves into society, and leave the state of nature. For where there is an authority, a power on earth from which relief can be had by appeal, the controversy is decided by that power and the state of war is blocked».

⁶⁷⁸ Cfr. J. Locke, *Second treatise on government*, III, par. 95: «Men all being naturally free, equal, and independent, no-one can be deprived of this freedom etc. and subjected to the political power of someone else, without his own consent. The only way anyone can strip off his natural liberty and clothe himself in the bonds of civil society is for him to agree with other men to unite into a community, so as to live together comfortably, safely, and peaceably, in a secure enjoyment of their properties and a greater security against outsiders. Any number of men can do this, because it does no harm to the freedom of the rest; they are left with the liberty of the state of nature, which they had all along. When any number of men have in this way consented to make one community or government, that immediately incorporates them, turns them into a single body politic in which the majority have a right to act on behalf of the rest and to bind them by its decisions».

⁶⁷⁹ La rinuncia alla volontà singola è evidente, si pensi alla struttura della volontà ed alla gerarchia dominativa quale unica possibilità di coesistenza tra i soggetti. *Rectius*, tra le *voluntates*.

⁶⁸⁰ Compresa la libertà. Cfr. Cfr. J. Locke, *Second treatise on government*, III, par. 22: «The natural liberty of man is to be free from any superior power on earth, and not to be under the will or legislative authority of men but to be ruled only by the law of nature. The liberty of man in society is to be under no legislative power except the one established by consent in the commonwealth; and not under the power of any will or under restraint from any law except what is enacted by the legislature in accordance with its mandate». Ed, ancora, Cfr. J. Locke, *Second treatise on government*, III, par. 87: «As I have shown, man was born with a right to perfect freedom, and with an uncontrolled enjoyment of all the rights and privileges of the law of nature, equally with any other man or men in the world. So he has by nature a power not only to reserve his property, that is, his life, liberty and possessions, against harm from other men, but to judge and punish breaches of the law of nature by others—punishing in the manner he thinks the offence deserves, even punishing with death crimes that he thinks are so dreadful as to deserve it. But no political society can exist or survive without having in itself the power to preserve the property—and therefore to punish the offences—of all the members of that society; and so there can't be a political society except where every one of the members has given up this natural power, passing it into the hands of the community in all cases. . . . With all private judgments of every particular member of the society being excluded, the community comes to be the umpire. It acts in this role according to settled standing rules, impartially, the same to all parties; acting through men who have authority from the community to apply those rules. This 'umpire' settles all the disputes that may arise between members of the society concerning any matter of right, and punishes offences that any member has committed against

La genesi dello Stato, ancora una volta, mostra come la *volontà* sovrana si ripresenti: infatti, una volta che gli uomini hanno acconsentito, per mezzo del contratto sociale, ad aggregarsi in società, immediatamente essi, dall'essere soggetti alla *le naturalis*, passano ad essere soggetti alle norme che detta la maggioranza, ossia l'artificiale "macro – volontà superiore" dei consociati⁶⁸¹.

A guisa di modello per tutti i contratti, il contratto sociale, lungi dal rappresentare una mediazione tra le parti, diventa immediatamente la nuova fonte gerarchica, empiricamente percepibile, la quale detta norme cui gli esseri umani devono obbedire.

L'uomo, per mezzo del contratto sociale opera un atto dispositivo totale avente ad oggetto tutti i propri diritti, rimanendo obbligato all'osservanza di detta pattuizione. A guardar bene, si tratta di un'obbligazione avente un oggetto parzialmente indeterminato, nonché strutturalmente sperequata tra le parti: se il singolo dispone dei propri diritti, la *community* non ha alcun obbligo, se non l'impegno a garantire taluni diritti (senza che ciò sia effettivamente cogente, v. *infra*), mentre il contenuto delle di lei volizioni potrà essere, ovviamente, del tutto libero.

Si tratta, ancora una volta, del rinvio formale ad una fonte di normazione gerarchicamente dominante, libera ed assoluta⁶⁸².

the society, with penalties that the law has established. This makes it easy to tell who are and who aren't members of a political society. Those who are united into one body with a common established law and judiciary to appeal to, with authority to decide controversies and punish offenders, are in civil society with one another; whereas those who have no such common appeal (I mean: no such appeal here on earth) are still in the state of nature, each having to judge and to carry out the sentence, because there isn't anyone else to do those things for him. Si noti l'insistenza sulla necessità di dirimere le controversie e sull'impossibilità di concepire detto fenomeno senza un riferimento assoluto ed opposto agli uomini. E come, per converso, ciò divenga possibile una volta che gli uomini si sono accordati fra loro e per ciò stesso sono soggetti alla volontà comune. Si noti altresì come la libertà, ossia assenza di coazione, sia presente eppure essa riveli in controtela come, sia nello stato di natura, che nella società, si sia in presenza di una sottomissione. Cambia solamente il referente, le volizioni, i precetti cui tributare obbedienza, ossia i limiti alla libertà.

⁶⁸¹ Cfr. J. Locke, *Second treatise on government*, III, par. 95: «*When any number of men have in this way consented to make one community or government, that immediately incorporates them, turns them into a single body politic in which the majority have a right to act on behalf of the rest and to bind them by its decisions*».

⁶⁸² Cfr. J. Locke, *Second treatise on government*, III, par. 97: «*Thus every man, by agreeing with others to make one body politic under one government, puts himself under an obligation to everyone in that society to submit to the decisions of the majority, and to be bound by it. Otherwise— that is, if he were willing to submit himself only to the majority acts that he approved of—the original compact through which he and others incorporated into one society would be meaningless; it wouldn't be a compact if it left him as free of obligations as he had been in the state of nature*». Mi sia permesso di precisare che, a differenza di quanto espresso in questo paragrafo, allo stato di natura l'uomo non è libero da obblighi, essendo egli, come si evince chiaramente dalla speculazione lockiana e come evidenziato in precedenza, sottoposto a Dio ed alla *lex naturalis*. Ritengo tuttavia che l'utilizzo da parte di Locke di un termine tecnico quale *obligation* nel distinguere tra lo stato apolitico e quello politico non sia da sottovalutare, e ritengo di poter trovare conforto in questa considerazione nella stessa teoresi dell'inglese. In particolare, ritengo che l'uso del lemma *obligation* faccia riferimento ad un obbligo giuridico vincolante entro la società umana, la soggezione ad un potere che sia meramente umano, frutto di convenzioni obbliganti degli uomini. Cosa che, in effetti, non può darsi allo stato di natura. Mi permetto di porre in luce come, seppur cambi il referente primo della gerarchia, ossia il potere (che qui diviene

Dinanzi ad essa, ovviamente, il singolo non potrà che essere, nuovamente, sottoposto. Anziché a Dio ed alla *lex naturalis*, ovvero, nel disgregarsi dello stato di natura in stato di guerra, alla violenza di un singolo più forte di lui, al potere di volontà della maggioranza.

Il tutto, come appassionatamente annota Locke, per la salvaguardarsi e proteggersi⁶⁸³.

Ecco dunque come si replica la gerarchia dominativa entro l'alveo della speculazione di John Locke: da un *dominium naturale* si passa ad un *dominium positivum*, di matrice consensuale.

Alla luce delle considerazioni che s'è tentato di abbozzare, mi pare tuttavia non possano esservi dubbi che la *voluntas* ha ancora una volta mostrato come l'unica possibilità di "relazione" e di rappresentazione della realtà giuridica, del rapporto tra i singoli, tra l'uno ed i molti, sia quello della gerarchia dominativa. Della sottomissione, della subordinazione del singolo ad una volontà *altra*, particolarmente quella pubblica.

Ecco quindi che, nonostante possa risultare in apparenza spiazzante, tanto più in seguito a dichiarazioni autorevoli come quelle di Bobbio, ci si può porre l'intento di sviscerare il problema del rapporto tra il singolo e lo Stato⁶⁸⁴ 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. Ma, alla luce di quanto poc'anzi illustrato e dell'immanente concezione volontaristico – gerarchica, può davvero sostenersi sia così?

In realtà il *trait d'union* che astringe tutti i soggetti dell'ordinamento è rappresentato dalla volontà, ossia dal potere volontaristico, che, basato sull'identità,

effettivamente meramente umano), la struttura gerarchica e dominativa della *voluntas* non muta affatto. Anzi, ribadisco l'ossessiva ricerca di un *quid commune* assurdamente *non – commune* se non assoluto e dominante (ovviamente, in senso volontaristico). Ancora, mi sia concesso porre in luce come vi sia una contraddizione lampante entro la teoresi di Locke: qualora gli uomini non riescano a vivere e ad accordarsi nello stato di natura e di guerra, com'è possibile che essi rinvercano detta facoltà *una tantum*, per addivenire alla stipulazione del contratto sociale? Essi al momento della stipulazione si trovano in stato pre – politico, quindi non potrebbero pattuire alcunché. Forse, in realtà, la soluzione potrebbe rinvenirsi entro gli stessi testi del filosofo inglese: l'accordo, il *consent* lockiano è mero atto di sottomissione ad una volontà, e ciò è ben possibile anche *in statu naturae*. Non solo, è possibile che solo alcuni degli uomini si mettano d'accordo per aprirsi alla socialità. Il che potrebbe far supporre che, astrattamente, basterebbero soli due esseri umani per dare origine ad un'organizzazione sociale. Se ciò effettivamente è vero (e parrebbe spalancare scenari "relazionali"), ritengo tuttavia che vi sia un vizio genetico connaturato a siffatta impostazione. Infatti, nuovamente, si tratta di una sottomissione, di un'ablazione gerarchica al potere dominante (per minimo che esso sia). Con il che, effettivamente, mi pare coerente con le premesse del Nostro e mi pare conduca fatalmente alla conferma che anche l'antropologia lockiana si connota per il solipsismo tipico dei seguaci della totipotente *voluntas*.

⁶⁸³ Cfr. J. Locke, *Second treatise on government*, III, parr. 19 - 20.

⁶⁸⁴ 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, *Second treatise on government*, par. 95.

tende all'autoaffermazione tautologica, risolvendo gerarchicamente (il che significa, in senso ablativo delle differenze) non solo ogni controversia o conflitto, bensì ogni relazione⁶⁸⁵.

Detta tendenza si tenterà ora di indagare.

c) Volontà a-relazionale e consenso demiurgico in *statu naturae*

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 Stato⁶⁸⁶, viene scolpito come esplicito paradigma dell'antropologia.

Esso si scopre infatti libero, portato, dalla legge naturale, al reciproco amore verso i propri simili⁶⁸⁷. In *statu naturae* possiede inoltre il diritto alla vita, alla libertà ed alla proprietà, diritti che sono inalienabili⁶⁸⁸, e spettanti, oltre che a sé, a ciascuno dei suoi simili.

⁶⁸⁵ Il che, essendo mancante un Principio mediatore, non dovrebbe sorprendere. Cfr. *supra*.

⁶⁸⁶ 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 *Second treatise*, 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.

⁶⁸⁷ 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 (Euchner, 1995), p. 85. Pure l'emersione del concetto di norma, come prodotto d'*adprehensio* 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 (Moro, *La via della giustizia*, 2001).

⁶⁸⁸ 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 (Polin, 1978), p. 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, nelle sezioni 44 e 27 del *Second treatise*. I commentatori dell'inglese inferiscono l'inalienabilità dal fatto che l'uomo avrebbe l'imperativo dettatogli dalla ragione (in particolare dall'uguaglianza), 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*.

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”.

E, del resto, essendo tutti gli uomini dotati di una volontà totipotente ed illimitata, il deflagrare e l'implosione dello stato di natura sono logicamente *in re ipsa*.

Invero, la *lex naturalis* sarebbe, secondo Locke, esattamente (ed astrattamente) sufficiente, a far sì che gli uomini possano vivere in pace tra di loro, senonché, allorché 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»⁶⁸⁹. Infatti, 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*⁶⁹⁰, esso è destinato fatalmente a risolversi in quest'ultimo. In quanto è evidente che, una volta insorti i conflitti, non essendo possibile per gli uomini dirimerli da soli⁶⁹¹, si assiste al divampare di una sempre maggiore conflittualità⁶⁹².

⁶⁸⁹ (Costantini, 2003), p. 28.

⁶⁹⁰ 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 (Strauss, 2009), pp. 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», (Bobbio, 1963), pp. 204-205. Al solito caustico con l'inglese, Macpherson annota: «lo stato di natura a volte è il contrario dello stato di guerra, a volte coincide con quello», in (Macpherson, 1962), pp. 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 (Bobbio, 1963), pp. 214-215, e (Costantini, 2003), pag. 31.

⁶⁹¹ Si leggano le parole del filosofo stesso: «So the great and chief purpose of men's uniting into commonwealths and putting themselves under government is the preservation of their property. The state of nature lacks many things that are needed for this; I shall discuss three of them. First, The state of nature lacks an established, settled, known law, received and accepted by common consent as the standard of right and wrong and as the common measure to decide all controversies. What about the law of nature? Well, it is plain and intelligible to all reasonable creatures; but men are biased by self-interest, as well as ignorant about the law of nature because they don't study it; and so they aren't apt to accept it as a law that will bind them if it is applied to their particular cases», J. Locke, *Second treatise on government*, sez.124. Secondo, «the state of nature lacks a known and impartial judge, with authority to settle all differences according to the established law. In that state everyone is both judge and enforcer of the law of nature, and few men will play either role well. Men are partial to themselves, so that passion and revenge are very apt to carry them too far, and with too much heat, in their own cases; and their negligence and lack of

Del resto, trattandosi di soggetti pressoché egualmente totipotenti, nulla può evitare che la minima divergenza sprofondi poi nel caos più totale⁶⁹³.

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

Per evitare detti infausti esiti ecco infatti che, partendo dalla propria concezione antropologica, Locke sostiene, come già ampiamente citato in precedenza, che: «*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*»⁶⁹⁴.

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 natura⁶⁹⁵, si rinviene un fondamento comune su cui imperniare 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*"⁶⁹⁶!

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*»⁶⁹⁷. Conseguentemente il sovrano è tale in quanto, e solo se rispetta ed ossequia la propria funzione rappresentativa⁶⁹⁸.

concern will make them remiss in other men's cases», J. Locke, *Second treatise on government*, sez. 125. In tema, si veda anche (Pievatolo, 2005), pp. 126-127.

⁶⁹² Senza dubbio ciò deriva in primo luogo dai fondamenti volontaristici del pensiero di Locke. Sul punto, si veda *infra*.

⁶⁹³ Cfr. J. Locke, *Second treatise on government*, sez. 35.

⁶⁹⁴ «*I have shown that every man is naturally free, and that nothing can make him subject to any earthly power except his own consent*», cfr. J. Locke, *Second treatise on government*, sez. 119, ma anche le sezz. 74, 75, 76.

⁶⁹⁵ *Rectius*, della legge di natura inerente l'amore reciproco, declinato nel rispetto dei diritti soggettivi.

⁶⁹⁶ Pare intuire detto stato di cose, pur senza giungere alle conclusioni, forse radicali, dello scrivente (Pievatolo, 2005), pag. 127.

⁶⁹⁷ (Costantini, 2003), p. 50. Si noti la rilevanza del consenso, che *ictu oculi* astringe entro il medesimo orizzonte concettuale la speculazione lockiana e gli odierni dibattiti.

⁶⁹⁸ Secondo Locke, in particolare, «*The great purpose for which men enter into society is to be safe and at peace in their use of their property; and the great instrument by which this is to be achieved is the laws established in that society*», J. Locke, *Second treatise on government*, sez. 139 [mi riferisco alla traduzione italiana prescelta per il presente lavoro, ossia quella di (Locke, *Secondo trattato sul governo*, 2009), che così recita: «*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*», avendo a mente che la versione in lingua originale curata da Jonathan Bennett nel 1980 per i tipi della Hackett Publishing Company riporta, invece, quale paragrafo/sezione il n. 134]. Ma, ancora: «*But notice that although oaths of allegiance and loyalty are taken to him, it is to him not as supreme legislator but as supreme executor of the law that he and others jointly made; for allegiance is nothing but obedience according to law. This distinction is important, because if this supreme executor violates the law he then has no right to obedience; he can claim obedience not as a private person but only as the public person vested with the power of the law; he is to be considered as the image or representative of the commonwealth, empowered by the will of the society as declared in its laws; and thus he has no will, no power, other than that of the law. If he leaves this representative function, this public will, and acts by his*

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 esso *voglia* usarne, egli dà per ciò stesso tacito consenso alla potestà pubblica, ed è obbligato al rispetto delle leggi⁶⁹⁹.

La trasformazione rispetto alla primigenia situazione è radicale al punto che il singolo cessa di esistere come tale, venendo sussunto all'interno del corpo politico⁷⁰⁰, e si dichiara *per facta concludentia* disposto ad essere governato dalla decisione⁷⁰¹ della maggioranza⁷⁰².

own private will, he demotes himself and becomes again a single private person, with no power or will that has any right to obedience. . . .», J. Locke, *Second treatise on government*, sez. 151. Si noti come sia ribadito come, una volta che l'essere umano entra in società, egli, per ciò stesso «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».

⁶⁹⁹ Seguendo le parole di Locke stesso: «I have shown that every man is naturally free, and that nothing can make him subject to any earthly power except his own consent. That raises the question: What are we to understand as a sufficient declaration of a man's consent—sufficient, that is, to make him subject to the laws of some government? The common distinction between explicit and tacit consent is relevant here. Nobody doubts that an explicit consent of a man entering into a society makes him perfectly a member of that society, a subject of that government. Our remaining question concerns tacit consent: What counts as tacit consent, and how far does it bind? That is: What does a man have to do to be taken to have consented to be subject of a given government, when he hasn't explicitly given such consent? I answer: If a man owns or enjoys some part of the land under a given government, while that enjoyment lasts he gives his tacit consent to the laws of that government and is obliged to obey them. This holds, whether the land is the owned property of himself and his heirs for ever, or he only lodges on it for a week. It holds indeed if he is only travelling freely on the highway; and in effect it holds as long as he is merely in the territories of the government in question», J. Locke, *Second treatise on government*, sez. 119. Cfr. anche (Costantini, 2003), pp. 50-54.

⁷⁰⁰ «To understand this better, consider how land comes within the reach of governments. When a man first incorporates himself into any commonwealth he automatically brings with him and submits to the community the possessions that he does or will have (if they don't already belong to some other government). [...] So the act through which a person unites himself—his previously free self—to any commonwealth also unites his possessions—his previously free possessions—to that commonwealth. Both of them, the person and his possessions, are subject to the government and dominion of that commonwealth for as long as it exists. From that time on, therefore, anyone who comes to enjoy that land—whether through inheritance, purchase, permission, or whatever—must take it with the condition it is already under, namely, submission to the government of the commonwealth under whose jurisdiction it falls», J. Locke, *Second treatise on government*, sez. 120.

⁷⁰¹ 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, *Second treatise on government*, sez. 88: «That's how it comes about that the commonwealth has the power of making laws: that is, the power to set down what punishments are appropriate for what crimes that members of the society commit; and the power of war and peace: that is, the power to punish any harm done to any of its members by anyone who isn't a member; all this being done for the preservation of the property of all the members of the society, as far as is possible. Every man who has entered into civil society has thereby relinquished his power to punish offences against the law of nature on the basis of his own private judgment, giving it to the legislature in all cases; and along with that he has also given to the commonwealth a right to call on him to employ his force for the carrying out of its judgments (which are really his own judgments, for they are made by himself or by his representative)».

⁷⁰² J. Locke, *Second treatise on government*, sezz., 95- 99, ove è possibile leggere espressioni come: «When any number of men have in this way consented to make one community or government, that immediately incorporates them, turns them into a single body politic in which the majority have a right to act on behalf of the rest and to bind

d) Il contratto sociale quale atto dispositivo

Parrebbe, secondo un insegnamento tralatizio, 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, quantomeno a mente dello scrivente, si presenta 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 parte*»⁷⁰³.

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*⁷⁰⁴: 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"⁷⁰⁵.

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"⁷⁰⁶ degli

them by its decisions» (sez. 95). «*For when any number of men have, by the consent of every individual, made a community, they have thereby made that community one body, with a power to act as one body, which is only by the will and determination of the majority: for that which acts any community, being only the consent of the individuals of it, and being necessary to tabt which is one body to move one way; it is necessary the body should move that way whither the greater force carries it, which is the consent of the majority: or else it is impossible it should act or continue one body, one community, which the consent of every individuale that united into it, agree that it should; and so everyone is bound by the consent to be concluded by the majority. And therefore we see, that in assemblies, impowered to act by positive laws, where no number is set by that positive law which impowers them, the act of the majority passes for the act of the whole, and of course determines, as having, by the law of nature and reason, the power of the whole», sez. 96. «Thus every man, by agreeing with others to make one body politic under one government, puts himself under an obligation to everyone in that society to submit to the decisions of the majority, and to be bound by it. Otherwise—that is, if he were willing to submit himself only to the majority acts that he approved of—the original compact through which he and others incorporated into one society would be meaningless; it wouldn't be a compact if it left him as free of obligations as he had been in the state of nature», sez. 97. «So those who out of a state of nature unite into a community must be understood to give up all the power required to secure its purposes to the majority of the community (unless they explicitly agree on some number greater than the majority)», sez. 99.*

⁷⁰³ (Costantini, 2003), p. 69.

⁷⁰⁴ 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.

⁷⁰⁵ (Costantini, 2003), pp. 62-75.

⁷⁰⁶ Cfr., ad es. J. Locke, *Second treatise on government*, sez. 222.

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'appena richiamata ablazione del singolo⁷⁰⁷ 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*»⁷⁰⁸.

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 dei suoi beni non ha però nulla a che fare*»⁷⁰⁹.

⁷⁰⁷ In seguito, ovviamente, al pervertimento dei di lui diritti.

⁷⁰⁸ Il testo inglese, al solito, è ancora più eloquente. Si leggano i seguenti passi tratti da J. Locke, *Second treatise on government*: «*The great purpose for which men enter into society is to be safe and at peace in their use of their property; and the great instrument by which this is to be achieved is the laws established in that society. So the first and fundamental positive law of any commonwealth is the establishing of the legislative power; and the first and fundamental natural law—which should govern even the legislature itself—is the preservation of the society and (as far as the public good allows it) the preservation of every person in it*» (sez. 134). «*Thirdly, the supreme power can't take from any man any part of his property without his consent. What men enter into societies with governments for is the preservation of their property; so it would be a gross absurdity to have a government that deprived them of that very property! So men in society have property, which means that they have such a right to the goods that are theirs according to the law of the community, and nobody has a right to take any part of those goods from them without their own consent*» (sez. 138). «*. . . Sometimes it is necessary for power to be absolute, but that doesn't mean that it is arbitrary; even absolute power, when it is legitimate, is restricted to the purposes that required it to be absolute. To see that this is so, we need only to look at the usual form of military discipline*» (sez. 139).

⁷⁰⁹ «*The preservation of the army, and through that the preservation of the whole commonwealth, requires absolute obedience to the command of every superior officer; and even when a command is dangerous or unreasonable,*

Tutto, perfino un comando «*pericoloso ed irragionevole*», atto a cagionare anche il nocumento 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 Leviatano⁷¹⁰, oltre a svuotare in senso “sociale” i diritti dei singoli, fa in modo che lo Stato stesso, perseguendolo⁷¹¹, 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 ultima⁷¹².

*disobedience to it is rightly punished with death. And yet a sergeant who could command a soldier to march up to the mouth of a cannon, or stand in a breach in the defensive walls where he is almost sure to be killed, may not command that same soldier to give him one penny of his money. A general who can condemn the soldier to death for deserting his post or for not obeying the most desperate orders may not, for all his absolute power of life and death, help himself to the least little thing among that soldier's possessions. The reason for the difference is clear. The commander has his power for a purpose, namely the preservation of all the people; for that purpose blind obedience is necessary; and that is why the general can command anything and hang men for the least disobedience. Whereas taking a soldier's goods has nothing to do with that purpose», J. Locke , *Second treatise on government*, sez. 139. 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.*

⁷¹⁰ Cfr. la “scomoda” citazione d’ascendenza hobbesiana rinvenibile, ad esempio, in J. Locke, *Second treatise on government*, sez. 98.

⁷¹¹ Com’è consustanziale alla propria essenza. Cfr., ad es., J. Locke , *Second treatise on government*, sezz. 120, 141, 149, 212.

⁷¹² Acutamente un Autore 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 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», in (Costantini, 2003), p. 69.

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 solipsismo⁷¹³ 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.

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»⁷¹⁴, pare a chi scrive che ciò non corrisponda, quindi, al vero. Forse in quanto impregnati di benigni affliti giusnaturalistici, molti commentatori hanno sottaciuto l'importanza e la rilevanza di passi come quello ora citato, ritenendo che i limiti al potere politico fossero razionalmente percepibili per *adprehensio*⁷¹⁵.

⁷¹³ 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, scevro dalle relazioni, si trovi entro uno spazio vuoto. Per tale motivo, si preferisce qui parlare, più che di individualismo di *solipsismo*.

⁷¹⁴ (Bobbio, 1963), p. 71.

⁷¹⁵ 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, ovverosia 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

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: ancora una volta, la volontà.

e) La struttura dominicale dei diritti

Locke, come s'è visto e come è noto, muove, dalla considerazione che ogni essere umano è *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 altro⁷¹⁶. 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 maggioritaria⁷¹⁷, in due modalità: un primo significato (proprietà in senso “forte”) individua sotto il *nomen* “proprietà” la somma dei diritti⁷¹⁸, mentre un secondo

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, *Second treatise on government*, sez. 139.

⁷¹⁶ «Non c'è dubbio che il diritto di proprietà in senso stretto 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 (Bobbio, 1963), p. 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 (Costantini, 2003), p. 26.

⁷¹⁷ 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 (Macpherson, 1962), pp. 229-230.

⁷¹⁸ Per utilizzare le parole del filosofo stesso, si legga J. Locke, *Second Treatise on Government*, sez. 87: «As I have shown, man was born with a right to perfect freedom, and with an uncontrolled enjoyment of all the rights and privileges of the law of nature, equally with any other man or men in the world. So he has by nature a power not only to preserve his property, that is, his life, liberty and possessions, against harm from other men, but to judge and punish breaches of the law of nature by others—punishing in the manner he thinks the offence deserves, even punishing with death crimes that he thinks are so dreadful as to deserve it. But no political society can exist or survive without having in itself the power to preserve the property—and therefore to punish the offences—of all the members of that society; and so there can't be a political society except where every one of the members has given up this natural power, passing it into the hands of the community in all cases»; J. Locke, *Second Treatise on Government*, sez. 123: «If man in the state of nature is as free as I have said he is—if he is absolute lord of his own person and possessions, equal to the greatest and subject to nobody—why will he part with his freedom? Why will he give up this lordly status and subject himself to the control of someone else's power? The answer is obvious: Though in the state of nature he has an unrestricted right to his possessions, he is far from assured that he will be able to get the use of them, because they are constantly exposed to invasion by others. All men are kings as much as he is, every man is his equal, and most men are not strict observers of fairness and justice; so his hold on the property he has in this state is very unsafe, very insecure. This makes him willing to leave a state in which he is very free, but which is full of fears and continual dangers; and not unreasonably he looks for others with whom he can enter into a

(proprietà in senso *debole*) fa direttamente riferimento solamente ai beni (materiali) posseduti.

Rilevante in tale distinzione⁷¹⁹ è certamente, come sostiene MacPherson, l'intento di Locke di dimostrare per tale via “*un diritto naturale agli averi*”⁷²⁰, da cui, come criticamente osserva il citato autore, giungere ad un esito straordinario: «*ricostituire il diritto di proprietà al fondamento del diritto e della legge naturale, e poi rimuovere i limiti della legge di natura dal diritto di proprietà*»⁷²¹.

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”⁷²², con conseguente dissoluzione della appena rammentata tratlizia distinzione.

A parere di chi scrive, il *dominium*, oltre a porsi alla base della genesi razionale⁷²³ dello Stato, miete un sì consistente bottino in diretta conseguenza dell'antropologia eletta dal filosofo inglese⁷²⁴.

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

society for the mutual preservation of their lives, liberties and estates, which I call by the general name 'property'». J. Locke, Second Treatise on Government, sez. 173: «Nature gives paternal power to parents for the benefit of their children during their minority, to make up for their lack of the skills and knowledge needed to manage their property. (Here and throughout I use 'property' to refer to the property that people have in their persons as well as in their goods.) Voluntary agreement gives political power to governors for the benefit of their subjects, to secure them in the possession and use of their properties. And forfeiture gives despotic power to lords for their own benefit, over those who have been stripped of all property».

⁷¹⁹ *Rectius*, a parere di chi scrive, a fondamento della medesima.

⁷²⁰ (Macpherson, 1962), p. 230.

⁷²¹ (Macpherson, 1962), p. 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.

⁷²² 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.

⁷²³ «*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*», (Manti, 2004), p. 194.

⁷²⁴ 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 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.

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 discussione⁷²⁵, sebbene, a parere dello scrivente, 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»⁷²⁶, 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»⁷²⁷ richiama un orizzonte concettuale legato alla possibilità di disporre dell'oggetto del dominio⁷²⁸, si ribadisce proprio in quanto oggetto *sub jure domini*, e proprio in virtù del contenuto del diritto di proprietà⁷²⁹.

⁷²⁵ 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», sic in (Costantini, 2003), p. 27. Altrove lo stesso autore [in (Costantini, 2003), p. 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). 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.

⁷²⁶ J. Locke, *Second Treatise on Government*, sez. 44: «All this makes it clear that though the things of nature are given in common, man had in himself the great foundation for ownership—namely his being master of himself, and owner of his own person and of the actions or work done by it».

⁷²⁷ J. Locke, *Second Treatise on Government*, sez. 27: «Though men as a whole own the earth and all inferior creatures, every individual man has a property in his own person [= 'owns himself']; this is something that nobody else has any right to».

⁷²⁸ 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», (Cavalla, *Diritto alla vita, diritto sulla vita. Alle origini delle discussioni sull'eutanasia*, 2009), p. 67.

⁷²⁹ 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.

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 pregnanza.

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'autoconservazione del corpo sociale⁷³⁰, con la possibilità di imporre pure ordini irragionevoli ed atti a cagionare lesioni ai singoli.

Nel caso, invece, del singolo, si attribuiscono al medesimo i diritti (su cui, operativamente, data l'irrealità 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 sociale⁷³¹.

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 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. Eucleato questo sarà

⁷³⁰ 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.

⁷³¹ 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*.

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. Rilevanza della volontà nella speculazione lockiana

a) Libertà e volontà. Ascendenze francescane

A parere di chi scrive, sebbene quanto or ora rammentato rappresenti senza dubbio alcuno uno dei nuclei centrali della speculazione del Maestro del pensiero liberale, configura, altresì, una discendenza diretta⁷³² dei fondamenti concettuali del pensiero giusnaturalistico⁷³³, che si imperniano attorno ad un già evocato concetto⁷³⁴.

Il riferimento è, nuovamente, 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 rouge* speculativo che dalla Scolastica conduce al giusnaturalismo laico⁷³⁵.

Si sostiene, giustamente⁷³⁶, che l'antropologia della modernità sarebbe imperniata attorno alla figura dell'*homo faber fortunae suae*⁷³⁷. Un uomo che scompone e

⁷³² Si potrebbe asserire “ortogonale” per aderire alle metafore geometriche tanto care al Nostro. Come esempi di tale predilezione, si veda, ad esempio, in J. Locke, *An Essay Concerning Human Understanding*, IV, I, 2; IV, III, 29.

⁷³³ Presumibilmente, della modernità *tout court*.

⁷³⁴ 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.

⁷³⁵ Cfr. in merito, (Todescan, *Le radici teologiche del giusnaturalismo laico - Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico del sec. XVII*, 2014); (Cavalla, *La verità dimenticata. Attualità dei presocratici dopo la secolarizzazione*, 1996).

⁷³⁶ (Zanuso, *Conflitto e controllo sociale nel pensiero giuridico - politico moderno*, 1993), pp. 16-21; (Zanuso, *L'indisponibile filo delle Parche. Argomentazione e decisione nel dibattito biogiuridico*, 2009), pp. 12-19; (Moro, *Dignità umana e consenso all'atto medico. I diritti fondamentali del paziente e il problema della volontà*, 2009), pp. 140-141; (Moro, *I diritti indisponibili - Presupposti moderni e fondamento classico nella legislazione e nella giurisprudenza*, 2004), pag. 120; (Zanuso, *Neminem laedere. Verità e persuasione nel dibattito biogiuridico*, 2005), pp. 1-7.

⁷³⁷ In tema, si veda pure la suggestiva ricostruzione palinogenetica di tale creatura contenuta in (Manzin, *Ordo Iuris. La nascita del pensiero sistematico*, 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.

ricomponere la realtà a proprio piacimento, essere antropomorfo cui la speculazione *de qua* ha attribuito facoltà totipotenti⁷³⁸, imperniata sul binomio *voluntas–intellectus*, teleologicamente vincolate al raggiungimento della sua “fortuna”⁷³⁹.

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”, come già rammentato in sede di esordio della presente sezione lockiana, 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*»⁷⁴⁰.

⁷³⁸ 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.

⁷³⁹ 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 in quanto destinati a contenere ciò dalla diade è 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).

⁷⁴⁰ J. Locke, *An Essay Concerning Human Understanding*, II, XXI, 71. In seguito, nello stesso paragrafo, l'inglese opera una perfetta ipostatizzazione dell'utilitarismo consustanziale all'*homo faber*: «*Liberty is a power to act or not act according as the mind directs. A power to direct the operative faculties to motion or rest in particular instances is the will. What determines the will to any change of operation is some present uneasiness, which is—or at least is always accompanied by—desire. Desire is always moved to avoid evil, because a total freedom from pain is always a necessary part of our happiness. But a ·prospective· greater good may fail to move desire, because it doesn't make a necessary part of the person's happiness or because he thinks it doesn't. All that we ever desire is to be happy. But although this general desire of happiness operates constantly and invariably, the satisfaction of any particular desire can be suspended from determining the will until we have maturely examined whether the apparent good in question really does make a part of our real happiness. What we judge as a result of that examination is what ultimately determines us*». 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*”, in [(Zanuso, *L'indisponibile filo delle Parche. Argomentazione e decisione nel dibattito biogiuridico*, 2009), pp. 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 esistenza, un cammino contrassegnato da limiti, anche banalmente fisici, dalle malattie, dall'orizzonte della morte. Il che, a

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 primo⁷⁴¹.

Locke scolpisce la libertà come uno spazio di non-ingerenza⁷⁴², 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»⁷⁴³.

Essa finisce così per risultare in un certo qual senso categoria "residuale" del pensiero, in quanto sussistente ove non imperino altre forze ad essa contrastanti⁷⁴⁴.

La libertà si rivela come uno spazio libero⁷⁴⁵, ove il pensiero umano, indi l'uomo, possono esplicitare appieno le proprie facoltà⁷⁴⁶. 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 postulato⁷⁴⁷.

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.

⁷⁴¹ Nonché dell'intera costruzione antropologica della Modernità.

⁷⁴² 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, *An Essay Concerning Human Understanding*, II, XXI, 8 e ss.

⁷⁴³ J. Locke, *An Essay Concerning Human Understanding*, II, XXI, 8: «*A man is free to the extent that he has the power to think or not, to move or not, according to the preference or direction of his own mind.*».

⁷⁴⁴ «*So liberty is not an idea belonging to volition or preferring, but to the person's having the power of doing or not doing something, according to what his mind chooses or directs. idea of liberty reaches as far as that power and no further. The moment that power is restrained, or some compulsion removes one's ability to act or refrain from acting, liberty is extinguished.*», J. Locke, *An Essay Concerning Human Understanding*, II, XXI, 10. Si badi a come il filosofo reputi quasi demiurgica l'opera della ragione. E, soprattutto, l'insistenza sulla funzione del "power".

⁷⁴⁵ Si pensi, altresì, a come Locke definisce la necessità, ossia la perfetta antitesi della libertà: «*Necessity occurs where thought is lacking, and where thought is present but doesn't have the power to direct the behaviour.*», J. Locke, *An Essay Concerning Human Understanding*, II, XXI, 13.

⁷⁴⁶ 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*, J. Locke, *An Essay Concerning Human Understanding*, II, XXI, 12.

⁷⁴⁷ 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...

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 voglia»⁷⁴⁸.

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 riposo»⁷⁴⁹, 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 particolare»⁷⁵⁰.

Conseguentemente, «la volizione, o volontà, è un atto della mente che indirizza il suo pensiero alla produzione di una qualunque azione e perciò esercita il suo potere di produrla»⁷⁵¹.

Dovendo quindi necessariamente procedere con semplificazioni e schematizzazioni, forse ingenerose verso la complessità della speculazione del colosso giusnaturalista⁷⁵² emerge con prepotenza come attorno ai concetti di “libertà”, “volontà” e “mente”, si impenni molta della *vis* filosofica dell'inglese⁷⁵³.

⁷⁴⁸ J. Locke, *An Essay Concerning Human Understanding*, II, XXI, 27: «First then, it should be borne in mind that freedom consists in the dependence on our volition or preference of an action's being done or not done, not in the dependence on our preference or volition of any action or its contrary. A man standing on a cliff is at liberty to leap twenty yards downwards into the sea, not because he has a power to do the contrary action, which is to leap twenty yards upwards (for he has no such power), but because he has a power to leap or not to leap. . . . A prisoner in a room twenty feet square, when he is at the north side of the room, is at liberty to walk twenty feet southward because he can walk or not walk it; but he isn't at the same time at liberty to do the contrary, i.e. to walk twenty feet northward. Freedom, then, consists in our being able to act or not to act according as we shall choose or will».

⁷⁴⁹ Si noti il perpetuarsi della metafora “spaziale”, ed, in generale, eziologica, propria del filone speculativo cui s'è accennato.

⁷⁵⁰ J. Locke, *An Essay Concerning Human Understanding*, 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: «Thirdly, to the question *What determines the will? The true answer is The mind. The will is the general power of directing action this way or that; it is a power that the agent has; and what determines its exercise in a given case is the agent, the mind, exercising its power in some particular way. If you aren't satisfied with this answer, then you must be asking What determines the will? With the meaning What moves the mind, in every particular instance, to perform the particular act of volition that it does perform? This is an intelligible and respectable question, which doesn't involve treating the will as an agent or anything like that. To this question I answer: The motive for continuing in the same state or action is one's present satisfaction in it; the motive to change is always some uneasiness. The only thing that ever leads us to will a change of state or the performing of a new action is some uneasiness with our present state or action. This is the great motive that works on the mind, getting it to act».*

⁷⁵¹ J. Locke, *An Essay Concerning Human Understanding*, II, XXI, 28: «we must remember that volition or willing is an act of the mind directing its thought to the performing of some action and thereby exerting its power to produce it».

⁷⁵² Si pensi soltanto, per esempio, alla complessità con cui egli tratteggia il concretarsi dell'atto volitivo e la sua cogenza all'interno della mente umana, al punto da far trapelare come l'uomo non

Risulta comprensibile allora come una libertà intesa come spazio vuoto sia imprescindibile onde permettere agli esseri umani di esplicitare i diritti soggettivi a loro riconosciuti *ex natura*. E' evidente infatti come le facoltà⁷⁵⁴ attribuite ai singoli siano in grado di esplicitarsi 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 originariamente scolpite *in statu naturae*, ossia totipotenti⁷⁵⁵.

Pare 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 potenza⁷⁵⁶.

Le facoltà soggettive, d'altro canto, sono rinvenute dalla ragione, sono dipendenti da questa, che le esercita, "liberamente"⁷⁵⁷. 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

sia libero verso la volontà, come ad esempio si legge in J. Locke, *An Essay Concerning Human Understanding*, II, XXI, 23: «If at some time you have in your mind the question of whether to start walking right now, and you do have the power to start walking and also the power not to do so, you cannot be free with respect to the relevant act of volition. Either you will start walking or you won't; whichever it is will be an upshot of your choosing to walk or choosing not to; so you cannot get out of making an act of the will settling the matter; and so your act of the will is not free. In such a case, whatever you do will be 'unavoidably voluntary'».

⁷⁵³ 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.

⁷⁵⁴ 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, (Todescan, *Itinerari critici dell'esperienza giuridica*, 1991), 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 (Zanuso, *Conflitto e controllo sociale nel pensiero giuridico - politico moderno*, 1993), 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.

⁷⁵⁵ 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.

⁷⁵⁶ 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.

⁷⁵⁷ 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.

produce nel mondo esterno le azioni, azioni che, come visto, sono teleologicamente vincolate all'aumento del benessere, dell'utilità⁷⁵⁸.

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*»⁷⁵⁹. Infatti, se la mente è totipotente, essa abbisogna di una proiezione operativa di tale totipotenza nel mondo esterno⁷⁶⁰. Ed ecco la volontà, che, dotata della stessa capacità infinita dell'intelletto, traduce in operazione i comandi analitici di questo. E, come questo è postulato assoluto⁷⁶¹ 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'intelletto⁷⁶².

⁷⁵⁸ *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 volutaristica, i quali danno origine al già denunciato ragionamento circolare risolubile solo sussumendo tutto entro l'orbita volutaristica. Si parla esplicitamente di felicità, ad esempio, *ex multis*, in J. Locke, *An Essay Concerning Human Understanding*, II, XXI, 41 e ss.

⁷⁵⁹ (Moro, *Dignità umana e consenso all'atto medico. I diritti fondamentali del paziente e il problema della volontà*, 2009), pagg. 144-146.

⁷⁶⁰ 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 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*», in (Moro, *Dignità umana e consenso all'atto medico. I diritti fondamentali del paziente e il problema della volontà*, 2009), 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.

⁷⁶¹ Nel senso etimologico di *ab-solutus*.

⁷⁶² La volontà e l'intelletto non solo costituiscono il fondamento, bensì hanno pure una capacità di fondazione del soggetto. 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” [*sic* (Natoli, 1979), pp. 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

Risulta 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 comprimerle⁷⁶³.

b) La *property*, un *dominium ad omnia*

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 privata⁷⁶⁴.

trovare compimento. Un uomo solipsista. Con il solipsismo la 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 denunciate in (Cavalla, *La verità dimenticata. Attualità dei presocratici dopo la secolarizzazione*, 1996), pp. 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.

⁷⁶³ 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, (Grossi, *La proprietà nel sistema privatistico della Seconda Scolastica*, 1973), pag. 135. In merito alla proprietà come paradigma del pensiero di Locke, si veda (Moro, *I diritti indisponibili - Presupposti moderni e fondamento classico nella legislazione e nella giurisprudenza*, 2004), pp. 107-127.

⁷⁶⁴ (Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, 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

Al contempo, gran parte della critica ritiene che il concetto di *property* sia centrale onde comprendere compiutamente la filosofia lockiana⁷⁶⁵, 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, con particolare attenzione a quella tomista⁷⁶⁶. *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»⁷⁶⁷.

Senza addentrarsi nelle dispute *de quibus*, occorre tuttavia rimarcare come in Locke si assiste ad una teorizzazione del diritto dominicale che prende origine, innanzitutto⁷⁶⁸, 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 creato⁷⁶⁹. Di riflesso, il rapporto del tutto secolarizzato tra uomo e Dio si riflette per analogia sul rapporto tra l'uomo e la

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. Si rammenti altresì l'antropologia di Pietro di Giovanni Olivi.

⁷⁶⁵ (Fiaschi, 2005), p. 41.

⁷⁶⁶ (Tully, 1980), p. 65.

⁷⁶⁷ (Macpherson, 1962), p. 253.

⁷⁶⁸ Anche se, a mente dello scrivente, il vero punto di partenza è il postulato antropologico già accennato.

⁷⁶⁹ Si pensi alle assonanze con la concezione oliviana. 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 ascrivita 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 (Fiaschi, 2005), p. 45. Non è forse un recepimento della gerarchia dominativa dell'Olivi? Cfr J. Locke, *An Essay Concerning Human Understanding*, IV, 10; 19.

creazione⁷⁷⁰, per giungere infine alla relazione tra l'uomo e quella specifica creatura che è se stesso⁷⁷¹.

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 ipostasi 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 libertà⁷⁷² 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.

E l'addentellato per inoculare entro i diritti la diade (ed il mezzo d'esplicazione d'essa, ovvero la libertà), è lo strutturarli in senso dominicale⁷⁷³. Infatti, se la proprietà rappresenta il «diritto inalienabile per eccellenza» o, più precisamente, «la forma stessa del diritto»⁷⁷⁴, è esattamente per tale motivo: entro la sfera dei propri domini⁷⁷⁵ il soggetto

⁷⁷⁰ J. Locke, *An Essay Concerning Human Understanding*, 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.

⁷⁷¹ «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», in (Kramer, 1997), p. 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*.

⁷⁷² Grossi scrive ancora: «la proprietà è il paradigma della libertà», in (Grossi, *La proprietà nel sistema privatistico della Seconda Scolastica*, 1973), p. 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.

⁷⁷³ 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, *Second treatise on government*, 26.

⁷⁷⁴ (Costantini, 2003), p. 26; (Bobbio, 1963), p. 218.

⁷⁷⁵ «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*», (Grossi, *La proprietà nel sistema privatistico della Seconda Scolastica*, 1973), pag. 135. Si noti, ma è ovviamente osservazione superflua, come vi sia un nesso evidente con la speculazione della Scuola Franciscana.

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 intellettual-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 illimitato⁷⁷⁶, una volta insorta la coesistenza⁷⁷⁷ intra-antropica si avrà una necessaria⁷⁷⁸ 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 quell'oggetto della proprietà⁷⁷⁹.

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

⁷⁷⁶ *Rectius*, potrebbe essere illimitato, se non esistessero le interferenze limitatrici causate dagli altri soggetti latori della medesima totipotenza.

⁷⁷⁷ 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, *Second treatise on government*, 25 e ss.

⁷⁷⁸ Sui fondamenti di detta necessità, si veda, ad es. J. Locke, *Second treatise on government*, 31 e ss. In merito, criticamente: (Macpherson, 1962).

⁷⁷⁹ 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.

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 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 titolare⁷⁸⁰. Un potere dispositivo che può portare anche alla disposizione totale, all'ablazione addirittura del soggetto proprietario⁷⁸¹.

c) La *property* quale paradigma sociale. Ancora in merito al potere

Rievocando ora la prospettiva “sociale”, si rammenta come all'interno dello Stato i diritti soggettivi 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 pronunciata⁷⁸², 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 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,

⁷⁸⁰ (Cavalla, *Diritto alla vita, diritto sulla vita. Alle origini delle discussioni sull'eutanasia*, 2009), pp. 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 (Moro, *I diritti indisponibili - Presupposti moderni e fondamento classico nella legislazione e nella giurisprudenza*, 2004), pag. 108. Si noti 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*.

⁷⁸¹ 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.

⁷⁸² J. Locke, *Second treatise on government*, 139, già citato.

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.

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.

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

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.

E che, anzi, ciò sia consustanziale alla gerarchica dominata di matrice volontaristica ed al dualismo metafisico e radicale che, riproponendosi ad ogni livello della scala gerarchica (ed, anzi, anche nei confronti della stessa gerarchia), fa precipitare ogni ente, uomo compreso, verso il nichilismo.

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 “dominicale”) 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.

IV. Conclusioni. La teologia del potere

1. Ripercorrendo il percorso logico svolto

a) Libertà, volontà, povertà

Al fine di tentare di trarre delle conclusioni dall'*iter* giurisprudenziale/dottrinale, storico e filosofico che s'è andato sviluppando in queste pagine alla ricerca di rinvenire la nascita (nonché la fisionomia) del concetto di volontà, è opportuno richiamare brevemente il percorso che s'è tentato di sviluppare in queste pagine.

In primo luogo s'è fatto vela dalla constatazione di come sia costante, nella giurisprudenza e nella dottrina giuridica, il riferimento alla *volontà*. *Rectius*, ad una volontà concepita come mozione causale *libera*. Libera e capace di modificazioni causali (ossia "potente"), diversamente a seconda della posizione gerarchica del soggetto che la esercita.

Quindi s'è tentato di ricercare le origini di detto concetto.

Facendo vela dalla constatazione diffusa in ordine alla frattura indetta dal fermento culturale ingenerato dalla "disputa sulla povertà" che oppose il Papato all'Ordine dei Frati Minori (o, quantomeno, ad una frangia dei medesimi), s'è tentato di indagare quale fosse stato il "motore primo" di tale frattura.

S'è messo in luce come agli zelatori della *franciscana paupertas* occorresse (anche se presumibilmente non ne erano compiutamente consapevoli) un sistema concettuale capace di attuare un mutamento epocale.

Al tempo della nascita dell'*Ordo Fratrum Minorum*, infatti, le concezioni giuridiche nettamente prevalenti erano imperniate sul diritto c.d. "oggettivo", inteso come ritmo dei rapporti tra *res et personae* derivante direttamente dall'ordine del creato e quindi immediatamente rinvenibile entro la fattispecie concreta considerata, per l'appunto, "oggettivamente".

La frizione con siffatto mondo concettuale era ingenerata *in primis* dalla constatazione che il precetto pauperistico previsto dalla *Regula* dei *Minores*, andava sempre più scolpendosi come *rinuncia* ai diritti, come *finì* per asserire *in claris* Bonaventura. Il che, tradotto entro i termini di quel lontano conflitto giuridico – filosofico, significava che ammettere la possibilità di ravvisare uno iato tra il presentarsi concreto della fattispecie, tra le relazioni tra *homines ac res* e la loro disciplina giuridica.

Insomma, semplicemente un nonsenso per la teorica del diritto "oggettivo".

Il che, con tutta evidenza, sollevava grossissimi problemi in ordine a come poter giustificare, entro la qualificazione offerta dalla dogmatica giuridica del tempo, come fosse possibile contemperare la precettività della *povertà* con la situazione concreta dell'ordine.

Quest'ultima, infatti, a lume delle categorie "oggettive" spingeva ad una qualificazione del rapporto dei *Minores* con le *res* del tutto in contrasto con quanto previsto dal precetto pauperistico contenuto nella *Regula*, dato che i Fraticelli detenevano conventi, proprietà, ecc...

Fu così che si rese necessario un apparato concettuale capace di opporsi al diritto c.d. "oggettivo" (*rectius*, alla teorica sostenente il medesimo), rendendo possibile così una radicale ed originaria sottrazione (ed abdicazione) al sistema oggettivo di diritti. *Rectius*, occorreva ipostatizzare un sistema capace di rendere il singolo sovrano della sfera giuridica, in modo che tutte le categorie del diritto fossero svuotate del loro significato oggettivo e sottoposte in primo luogo non alla *ratio ordinis creati*, bensì alla disponibilità del singolo.

In altri termini, se prima il diritto assumeva valore in quanto ritmo del mondo e per la propria *oggettività*, gli zelatori delle ragioni del Francescanesimo eressero un sistema di pensiero per il quale il diritto assumeva valore a partire dalla *soggettività*.

Rectius, a partire dal *volere* del singolo, a cagione di una visione antropologica tutta impregnata sulla *volontà*, vista come la facoltà più atta a connotare l'essere umano, visto come *imago Dei*.

S'è era così proposta una soluzione alla questione della povertà, nel senso che, a prescindere dalle risultanze delle fattispecie, ciò che avrebbe rilevato, ai fini della qualificazione della fattispecie e, quindi, dell'applicazione della disciplina giuridica, sarebbe stata la *volontà* dei singoli.

Il che, tradotto, stava a significare che, qualora essi (i.e. i Francescani, nel caso concreto) non avessero *voluto* essere proprietari, essendo il *dominium* privo di qualsivoglia valore ontologico, senza il loro *consenso* (ossia, la volontà), non avrebbero potuto essere considerati tali.

Semplice e rivoluzionario.

Fu solamente in seguito a questa rivoluzione concettuale, ed a partire dai corollari (impliciti od espliciti) innervati in detta speculazione, che i *Minores* riuscirono a dare soluzione ad annosi problemi di quelle contingenze, quali quelli concernenti la *plenitudo potestatis* del Pontefice, l'*usus pauper*, ecc.

Muovendo dalla constatazione che gran parte della storiografia e della teoresi hanno già ampiamente ed esaurientemente indagato il portato concettuale della filosofia francescana, s'è scelto per questo lavoro, un percorso differente. Nel corso della trattazione s'è infatti focalizzata l'attenzione principalmente sull'indagine volta chiarire quale fosse il stato il *virement* concettuale che ha consentito il fiorire di ascendenze giuridiche e filosofiche riconosciute (a torto od a ragione) come *filiae temporis ac cogitationis* di quel fermento. E s'è riconosciuto tale caposaldo concettuale, appunto, nell'appena ricordata nascita dell'idea di *volontà* concepita come *mozione assoluta e libera*, intimamente soggettiva e capace di un potere causale astrattamente totipotente ed illimitato.

A ben guardare, si tratta della stessa idea cui fanno a man bassa ricorso i giusperiti del nostro tempo.

b) La rivoluzione volontaristica: Pietro di Giovanni Olivi

La compiuta teorizzazione della medesima è stata rinvenuta, dopo minuziose analisi e ricerche, non tanto, come si crede tralatiziamente, nella filosofia di Guglielmo di Ockham, quanto, piuttosto, nell'affascinante, complessa e compiuta teoresi di uno semisconosciuto Bacelliere francescano proveniente dalla Provenza: Pietro di Giovanni Olivi⁷⁸³.

Tale concetto, credo di poter ritenere fondatamente, non nacque con lui. Sebbene si possa asserire che esso aleggiasse su tutta la teoresi francescana, è tuttavia con Pietro di Giovanni Olivi che esso divenne compiuto e completo, al punto da rappresentare la reale chiave (spesso nemmeno esplicitata) di tutta la sua speculazione.

A mente dello scrivente, infatti, è solo avendo a mente *ipsa voluntas* che la teoresi oliviana, almeno per ciò che più attiene alle tematiche “giuridiche”, acquista coerenza.

E, ribadisco, una coerenza anodina e cristallina.

E' a questo Autore che, quindi, s'è dedicata cospicua parte della stesura del presente lavoro, illustrando il percorso teoretico che lo portò ad ipostatizzare la *voluntas*. *Rectius*, quella *voluntas* che consentì di rivoluzionare e superare le categorie giuridiche del mondo medievale nel modo richiamato *supra*: una volontà concepita come potenza, potere di operare un mutamento, ponendosi causalmente come unica eziologia per l'apparire del mondo di un dato fenomeno ed il fenomeno stesso.

c) Dalla volontà quale potenza alla gerarchia dominativa

E', questa, una volontà che, al contempo, e come imprescindibile corollario legato alla sua struttura, presuppone un fascio illimitato di fenomeni su cui esercitare la propria mozione, illimitatamente ed incondizionatamente.

Ceteris verbis, una volontà che si pone quale *potenza dominativa*.

Non per nulla l'Olivi si riferisce sovente ad essa connotandola, per l'appunto, con questi stessi attributi.

Le conseguenze di un tale postulato teoretico sono evidenti.

⁷⁸³ Si lasci annotare, *per incidens*, che, almeno secondo il parere dello scrivente, l'insistenza nel voler ravvisare nella teoresi del *Venerabilis Inceptor* la cifra prima di quella che, nel corso della trattazione, s'è enucleata come “rivoluzione volontaristica”, risente già dello strabismo prospettico con cui s'è usi analizzare questo segmento di storia del diritto. E, per osmosi, di storia del pensiero. Infatti, ciò che condusse Ockham a trarre delle conclusioni “rivoluzionarie” non consiste, almeno secondo l'opzione ricostruttiva quivi eletta, nell'aver incentrato la propria teoresi sulla volontà, quanto, piuttosto, nell'aver eletto *quel concetto di volontà* a cifra prima e per averlo, coerentemente applicato in molte delle sue conseguenze. Anche le più “scandalose”, come dovette tragicamente sperimentare Ockham nel corso della sua esistenza.

Rebus sic stantibus, appare quindi evidente come non possano concepirsi due *voluntates* siffatte entro la medesima orbita concettuale.

Cosciente di ciò, Pietro di Giovanni Olivi ha strutturato l'unica possibilità di coesistenza tra le volontà: la gerarchia dominativa, laddove la volontà sita in posizione apicale dispone *totaliter* delle *voluntates* ad essa sottoposte, determinandone l'*an*, il *quomodo* ed il *quantum* di esistenza ed essenza.

Esse, le *inferiores voluntates* sono *libere* ed esistenti, ma solo entro i termini e nella sfera di attribuzioni (*rectius*, entro la propria "competenza") di cui la volontà poziore le ha rese signore. Questa, a sua volta, le limita e le condiziona, lasciando tuttavia alle medesime, entro la propria sfera di attribuzioni, una totipotenza ripetente la struttura della volontà prima.

Si tratta di una gerarchia dominativa, laddove la *vis dominandi* viene trasmessa dalla volontà dominante divina alle altre *res* (e solo alle *res* che, liberamente ritiene di poter beneficiare con siffatto attributo, ossia solamente l'essere umano) e dove essa non può che replicare la forma stessa del proprio potere, limitandone ontologicamente tuttavia la totipotenza.

Ceteris verbis, la volontà divina crea l'uomo, e, per Amore, lo dota di una potenza volontaristica assoluta ed illimitata. Questa pur essendo differente da quella del Creatore in *quantità*, ne ripete i caratteri ontologici, essendo i limiti che le sono propri limitati *ab externo* e *de facto*, ma non ontologicamente. E ciò è confermato dalla circostanza che, entro la propria competenza, la *potentia voluntatis* dell'uomo si presenta libera ed assoluta, così come la potenza divina, entro la propria sfera di competenza.

Infatti, a ben guardare, le attribuzioni della volontà umana non si presentano *strutturalmente* differenti rispetto a quelle divine. E' soltanto un postulato a limitarle, e soltanto dal punto di vista di *quantità di potenza* erogabile da ciascuna di esse.

Ancora una volta, si tratta della gerarchia dominativa, con Dio come onnipotente creatore che detta le proprie volizioni ai suoi sottoposti. Entro questo scenario l'uomo effettivamente si eleva al di sopra di ogni altra *res*, dovendo e potendo affacciarsi solamente al divino.

Se si ritorna, per un istante, alla speculazione oliviana, si nota come l'andamento verticistico della gerarchia risponde alla necessità della creazione di un'antropologia che, sul piano delle relazioni fattuali e mondane, vede l'uomo come signore dominante, ma da esse *ab-solutus* (al punto che il mondo delle forme umane diviene per lui irrilevante, mera sfera di esplicazione del proprio dominio⁷⁸⁴), e capace di orientarsi soltanto verso Colui che condivide con l'uomo la caratteristica di dominio, ossia Dio stesso.

⁷⁸⁴ Con tutta evidenza, ciò era perfetto per sottrarre l'essere umano alle pastoie limitanti del diritto "oggettivo". Però non si tratta dell'eterno ritorno di una tentazione gnosticheggiante del pensiero, che tende ad opporre l'uno ai molti, il Principio alla realtà delle forme e, quindi, a svilire di significato tutta l'esperienza umana entro un orizzonte fatalmente nichilista?

Con il che significa che l'unica possibile "relazione" con un ente che non sia una *res*, è quella con Dio⁷⁸⁵: ossia una relazione di sottomissione ad un volere, nell'essere della disponibilità d'un potere.

L'unica relazione possibile consiste, quindi, per l'uomo, nel considerarsi *res* sottomessa a chi detiene la primazia gerarchica⁷⁸⁶.

E' evidente comunque che, entro un'ottica teocentrica, com'è ancora, e saldamente, quella della Scuola Francescana, l'aver scolpito siffatto spazio di irrelazione del singolo, risponde effettivamente all'afflato mistico del Santo Fondatore⁷⁸⁷ ed alla *ratio* di ipostatizzare un uomo che sia realmente *imago Dei*⁷⁸⁸.

Del resto, nei postulati di partenza la concezione del Dio – Amore pone un chiarissimo vincolo all'arbitrarismo facilmente attribuibile alla volontà divina dominante.

Eppure, ancora una volta, non si tratta di limiti né logici, né ontologici. Certo, Olivi sarebbe certamente inorridito qualora taluno avesse avanzato l'ipotesi di sottrarre Dio dal suo sistema e di aprirlo all'arbitrarismo⁷⁸⁹. Eppure entro siffatto sistema gli attributi volutaristici non consentono di concepire un limite a Dio.

Ed intendo un limite intrinseco, dal momento che mi pare evidente che i limiti cui l'Olivi fa riferimento siano estrinseci e postulati (*ipso modo*, per le volontà sottomesse i limiti saranno *posti*, dalla volontà dominante)⁷⁹⁰.

La cifra della speculazione oliviana, conseguentemente, non consente alcun limite alle potenze volutaristiche.

E ciò implica la sussunzione di qualsivoglia forma "relazionale" tra le medesime entro un orizzonte gerarchico. E' solo così, limitandole nuovamente *ab extra*, che esse possono venire ad esistenza (in quanto create *ab nihilo* dalla demiurgica volontà), ma, soprattutto, a coesistenza.

⁷⁸⁵ Tralascio in questa sede il problema, evidentissimo, che sorge come corollario da questa impostazione, ossia l'entificazione di Dio, del Principio. Senza alcuna pretesa di esaustività, ne parlerò più avanti, laddove verrà affrontata l'aporia inerente la posizione apicale della scala gerarchica. Cfr. *infra*.

⁷⁸⁶ Si noti come richiami *in claris* la dinamica *dominus – servus*. E, il tutto, si badi bene, entro un'ottica affatto peculiare: il dominio si propaga da Dio verso l'uomo. L'uomo, entro un mondo di *res*, si affaccia a Dio quale unico soggetto, per esservi dominato. Mentre l'uomo, da par suo, domina le altre *res*. Il dominio rappresenta quindi l'unico carattere che possa aprire al riconoscimento della soggettività umana. Il che, ancora una volta, specie una volta che si sarà elisa l'idea divina (un'idea, così come scolpita da Olivi, tuttavia meramente consolatoria, priva di effettiva pregnanza logico – razionale), aprirà un orizzonte nichilista, connotato dall'affacciarsi dell'uomo ad una potenza ignota che può determinarne liberamente l'annichilimento. Il potere è ciò che resta.

⁷⁸⁷ Il che, tra l'altro, mi pare di poter asserire che corrispondesse pienamente alla volontà di sottomissione *amorosa et plena* a Dio voluta da Francesco d'Assisi.

⁷⁸⁸ Secondo i postulati degli zelatori della medesima, ovviamente.

⁷⁸⁹ Come invece fece, senza tante remore, Guglielmo di Ockham. Del resto, si ribadisce, quantomeno a parere dello scrivente, questi non fece altro che esplicitare conseguenze già immanenti (quantomeno implicitamente) nella speculazione oliviana.

⁷⁹⁰ Se mi è consentito un *divertissement*, sono anch'essi, ancora una volta, frutto di una... potenza, ossia quella del pensatore.

Ciò però ingenera evidentemente una serie di conseguenze, in parte già accennate.

d) Il *dominium* quale paradigma delle relazioni

In primo luogo le volontà sottoposte ripetono la loro *esistenza* ed *essenza* dalla dominante, qualsiasi sia la dominante. Il che significa che esse sono nella di lei disponibilità per tutto l'arco della loro esistenza: sono sue proprietà, suoi *dominia*.

In secondo luogo che la possibilità di interazione tra esse non potrà mai essere paritaria, bensì solo gerarchica, ovvero sia conformata alla logica del potere (discendente) e del riconoscimento della sovranità (ascendente) che ne implica la soggezione ed il riconoscersi essenzialmente come *res*, meri fenomeni in balia del potere dominatore.

Si tratta, tuttavia, di un'ipostasi che presenta dei tratti schizofrenici, in quanto, anche le *inferiores voluntates* entro il loro ambito, saranno a loro volta totipotenti (*id est*, latori di una volontà libera ed assoluta), ripetendo in esse la stessa struttura della volontà principale, seppur limitate dalla medesima.

E' evidente come ciò sia strutturalmente slegato dall'eventuale contenuto dell'atto volitivo, essendo questo del tutto irrilevante ai fini della propria precettività⁷⁹¹. Esso è *in sé*, da obbedire in quanto vincolante. E vincolante in quanto potenza causale capace di modificazioni (giuridiche)⁷⁹².

⁷⁹¹ Non è, in altri termini, la qualità del comando a legittimare la sovranità, bensì è l'essere sovrano che rende lecito, giuridico, ogni contenuto di volontà debitamente espresso da chi detiene il potere: *stat pro ratione voluntas*, cfr. (Zanuso, *La fragile zattera di Ulisse*, 2012), p. 53.

⁷⁹² Rinvio in questa sede alle pertinenti e ficcanti osservazioni svolte da Paolo Sommaggio in merito alla struttura dell'etica nell'età moderna. Secondo l'Autore, l'ordine etico consisterebbe in un «*ordo razionale prescrittivo, ovvero un'organizzazione di elementi che costituisce un ponte tra gli atti umani e la potenza che rassicura*». E ciò sarebbe conseguenza del fatto che, almeno da Boezio in avanti, il ragionamento deve essere conforme a prescrizioni organizzate secondo un sistema gerarchico di *loci*, i quali hanno perduto la loro forza endossale divenendo assiomi. Il che spinge Sommaggio ad inferire che proprio la natura topica ed endossale delle condotte umane viene sostituita (nel pensiero di Tommaso d'Aquino) da una vera e propria gerarchia assiologica prescrittiva e predefinita [(Sommaggio, 2013), p. 175]. Sommaggio riconosce il medesimo fenomeno nella modernità, laddove, avendo in particolare a mente il pensiero di Grozio e Spinoza, pone in luce come essi, a loro volta, fondino il modello etico su di un'*autorità* epistemica [(Sommaggio, 2013), p. 180]. L'Autore richiama altresì un saggio di Vendemiati [(Vendemiati, 2006), p. 658], laddove si annoterebbe come lo scarto dell'etica intesa quale riferimento ad un *ordo* stabilito da un comando di una terza persona sarebbe da far risalire al pensiero di Duns Scoto e Guglielmo di Ockham. Con Sommaggio, ovvero senza entrare nel merito della disputa *de qua*, ritengo che le suggestioni offerte dalla sua opera siano perfettamente assonanti a quanto si va sostenendo nelle presenti pagine (ed *infra*, cui si rinvia), laddove si cerca di porre in luce il portato della rivoluzione volontaristica (questa volta, quindi, seguendo implicitamente Vendemiati). In particolare ritengo, anticipando alcune osservazioni che mi premuro di illustrare più compiutamente nel prosieguo, che senza dubbio alcuno Sommaggio colga nel segno laddove mette in luce la gerarchizzazione normativa [sul punto, rinvio anche a (Sarra, 2012), pp. 148 e ss.], eppure non posso esimermi dal notare come la "rivoluzione volontaristica" abbia reso la gerarchia ontologicamente quale *unica* forma (in ossequio alla struttura identitaria della teoresi volontaristica) della manifestazione del Principio, e

In realtà, ciò conserva una validità, una precettività (*rectius*, una quantità di potenza precettiva⁷⁹³) progressivamente degradante, allo stesso modo in cui si discende la gerarchia delle volontà dominanti: se ciò è vero per la volontà poziore, ciò sarà meno vero per quella immediatamente inferiore, la quale dovrà osservare i precetti della superiore. E così a scalare.

Tuttavia, ancora una volta emerge come ciò che connota e determina la gerarchia consiste nel solo fatto che una volontà sia in essere, sia espressa. *Id est*, sia potenza esplicita⁷⁹⁴.

In altri termini, si tratta di potere⁷⁹⁵. E non v'è nulla che logicamente possa condurre ad inferire alcunché di diverso.

A loro volta le volizioni soggette al potere dominativo, astrattamente possono anche configurarsi come illimitate, ma ciò non significa altro se non che esse, entro le proprie competenze ripetono l'assolutezza della *vis dominativa* della volontà poziore.

Volontà poziore alla cui *disponibilità* sono soggetti.

Si tratta, in altri termini, della sottomissione teoretica ad un potere, per il mero fatto che esso venga esercitato⁷⁹⁶.

del giuridico. Aprendo tuttavia anche ad un dualismo irriducibile tra il Principio ed il mondo, che condusse da una parte alla teologia del potere e, dall'altra, all'espulsione del medesimo dal novero degli elementi razionalmente controllabili (consistendo questo in una sgangherata epigone di Principio), consistendo in una potenza opposta al molteplice e, quindi, potenzialmente annichilente. Credo che l'eco di quanto ora asserito possa esser visto in controluce, allorché Sommaggio analizza la "tetica" hobbesiana [(Sommaggio, 2013), pp. 179 e ss.], ponendo in luce quanto, sotto altro punto di vista, verrà illustrato in questa sede come palingenesi del fenomeno, ossia la "teologia del potere".

⁷⁹³ Intenderei in questo senso proprio una "misura", in quanto la volontà, per quanto totipotente, può esser esercitata soltanto entro la propria sfera di attribuzioni.

⁷⁹⁴ Sul punto mi pare converga, seppure proveniendo da altro percorso, anche Luca Parisoli. Secondo l'Illustre Autore, la scuola francescana, insistendo sul primato della volontà, avrebbe individuato in essa la fonte di ogni diritto positivo, contribuendo al processo di autonomizzazione del diritto umano rispetto a quello naturale e divino, in opposizione alla dottrina tomista del diritto naturale oggettivo. Cfr. (Parisoli, 1999), pp. 264 – 265.

⁷⁹⁵ Paradossalmente, l'afflato che tentava di avvicinare l'uomo a Dio liberandolo, lo ha sacrificato. Certo, entro un'ottica teocentrica, assunta la bontà infinita di Dio, ciò contribuiva effettivamente a realizzare l'anelito di Francesco. Ma solo *per ipotesi*, e, mi permetto di aggiungere, per ipotesi consolatoria.

⁷⁹⁶ Ovviamente, tolto Dio (*rectius*, la potenza suprema di Dio, il quale agisce *per ipotesi* in una determinata maniera), non sarà possibile alcun criterio discretivo che logicamente possa ergersi a limite di una potenza. Se non, ancora una volta, un'altra potenza. E, tra volontà totipotenti, ovviamente, non potrà che sorgere un conflitto, da cui, quasi "darwinisticamente", uscirà la volontà vincitrice, la quale riaffermerà detta dinamica in suo nome.

2. La teologizzazione del potere *medio voluntatis*

a) Gerarchia, volontà ed identità

L'aver strutturato in tal modo la gerarchia, ed, *a fortiori*, essendo questa l'unica modalità possibile di concepire la coesistenza di più volontà così come enucleate dall'Olivi (ed, in genere, dalla Scuola Francescana), ha quindi condotto ad una concezione teologica del potere. Ad una "teologia del potere", per utilizzare il titolo prescelto per le presenti conclusioni.

Mi spiego.

In primo luogo per una ragione evocativa, avendo *in primis* gli zelatori della *nova voluntas* fatto riferimento a Dio quale volontà dominante *prima*, con l'ovvio risultato che l'ordine gerarchico da Lui instaurato rappresentava una diretta espressione del *volere* della Divinità⁷⁹⁷.

Ma in realtà sono propenso a pensare che la ragione sia un'altra, di cui quella appena accennata non costituisce che un riverbero.

Così intesa la gerarchia, ovvero la proiezione ordinata della volontà dominante nel relazionarsi con le altre *voluntates*⁷⁹⁸, tende ad essere (*rectius*, deve *necessariamente* essere), *de facto*, la riproposizione di un'identità.

Infatti tutto il sistema deve essere conformato. *Id est*, conforme al *voluto* della *voluntas dominativa* poizore. E ciò, sia chiaro, non in senso che la gerarchia *dev'essere* conforme (ossia in senso deontologico).

Tutt'altro.

Intendo che la conformità vada intesa sia in senso logico che ontologico: la gerarchia è plasmata dall'attività demiurgica della totipotente volontà dominante, la quale non può ripetere altro che se stessa, entro un universo identitario e necessariamente assoluto e solipsistico.

E, se ciò è vero per la volontà, tanto più lo sarà con il dato esperienziale dettato dalla volontà stessa, ossia la gerarchia. La gerarchia si pone come forma del mondo creato dal demiurgo volontarista, è un assoluto non contemplante altro da sé, salvo che non siano *res* (allora assogettizzabili e di certo non capaci di configurare un *altro*). Tanto più che l'altro non potrebbe essere che un'altra gerarchia (ovvero un ente latore delle stesse potenze volontaristiche, quindi gerarchizzanti)⁷⁹⁹.

⁷⁹⁷ Per citare ancora un pensatore che ritengo abbia svolto delle ricerche molto affini a quanto ora si va dicendo: «da Tommaso in avanti l'etica verrà considerata in una prospettiva di prescrittività assoluta, poiché la riflessione verterà esclusivamente sulle prescrizioni della c.d. "terza persona", sia essa un metaforico giudice o il legislatore divino», in (Sommaggio, 2013), p. 176.

⁷⁹⁸ E, senza dubbio, può aggiungersi che il porsi gerarchico concerne il rapporto tra la *voluntas* dominante e *tutta* la relatà. Per la dominante, infatti, la realtà non è concepita altro che da *res*, tutte sottoposte alla sua potenza dominante e demiurgica.

⁷⁹⁹ Si pensi alla descrizione dello stato di natura offerta dai giusnaturalisti (oppure, pur con profonde differenze, significativamente presente anche in Ockham e nella Seconda Scolastica).

Non v'è dubbio, infatti, che nessun'altra gerarchia può essere compresente ed efficace, *hic et nunc*, assieme ad un'altra. Qualora lo fosse, necessiterebbe a sua volta di essere gerarchizzata da un'altra volontà (o una delle due “gerarchizzerebbe l'altra sottomettendola), la quale la sussumerebbe entro un ulteriore orizzonte gerarchico ove avrebbe del tutto perso la propria specificità e la propria *vis dominandi absoluta*.

Non v'è altra possibilità: *nihil extra hierarchiam, nihil extra voluntatem*⁸⁰⁰.

b) Volontà e potenza quali assoluti: la “teologia del potere”

Quanto *supra* rammentato pone in luce come si possa parlare di una teologia del potere, dato che il *potere*, l'esercizio della volontà, della potenza volontaristica, diviene l'unico modo di darsi dell'Assoluto.

Anzi, diviene esso stesso assolutizzato, ripetendo entro la realtà fenomenica i caratteri dell'Assoluto.

Mi spiego meglio.

Come insegnato da Francesco Cavalla, ciò che è assoluto, ossia non è confinabile nell'ambito dell'oggettività spazio – temporale è il Principio. E si intende per Principio ciò che è impreteribile al pensiero, innegabile, e che accomuna tutte le cose, pur non essendo sussumibile in alcuna di esse, né nella loro somma⁸⁰¹.

Con tutta evidenza, quindi, l'aver assolutizzato un fenomeno costituisce un'aporia insanabile. E, tuttavia, anche l'aporia illustrata ben riflette un tormento della storia del pensiero, il tormento, appunto, inerente l'intero ed il Principio. In altri termini, come messo in luce da Claudio Sarra, l'*ordinatio* gerarchica riflette esattamente il rapporto tra l'uno ed i molti⁸⁰².

⁸⁰⁰ Cito in merito quanto scritto da Claudio Sarra: «La gerarchia è, dunque, un pensiero che ha come direzione la totalità, e ambisce a esprimerne la essenziale natura che è quella di mostrare la “divina effusione del Principio”, in sé e per sé ineffabile. Aldilà delle particolari declinazioni nei singoli autori, sicuramente molto diverse tra loro e per nulla trascurabili, certamente si tratta di un concetto che si caratterizza per lo sforzo di portare il pensiero sul piano dell'Assoluto e come tale non ammette “residui”. La rappresentazione “a piramide” nasce proprio da qui: dal tentativo di trovare un'immagine metaforica che esprimesse pienamente il carattere totalizzante della perfusione del principio nelle cose. Ma, ed ecco il limite, coerentemente, tale immagine esprime, appunto, soltanto questo» in (Sarra, *Diritto e ordine. Riflessioni sul sistema delle fonti del diritto e sulla sua crisi*, 2012), p. 162.

⁸⁰¹ Per una trattazione più completa, rinvio a (Cavalla, *La verità dimenticata. Attualità dei presocratici dopo la secolarizzazione*, 1996), pp. 20 e ss.; (Cavalla, *All'origine del diritto al tramonto della legge*, 2011), pp. 11 e ss.

⁸⁰² «L'ordinazione gerarchica esprime inoltre il modo specifico con il quale la moltitudine di elementi partecipa di un unico principio. Esso è presente in modo differente negli enti ordinati; vi si trova, cioè, in differente grado, e ciò è rappresentato, nella metafora, attraverso la maggiore o minore “vicinanza” al vertice della piramide. Quest'ultima esprime in immagine una relazione uno-molti, che al pensiero si mostra sempre problematica e richiede, perciò, di essere ricategorizzata. La metafora offre perciò la disponibilità di categorie di relazione spaziale, assunte nella loro pura razionalità geometrica, dunque, commensurabile. I termini “sopra”, “sotto”, “sovraordinato”, “subordinato”, “prima”, “dopo” ecc. altro non sono che usi interni alla metafora e costituenti un autentico sistema dotato di forte coerenza. Il che consente perciò l'esprimibilità di una struttura - quella che “tiene insieme” l'uno e i molti, l'identità e la differenza - che, in sé, sembra impossibile a dirsi senza contraddizione. Ora, la gerarchia è, appunto, un pensiero che vuole essere sistematico su questa stessa relazione e perciò si serve di vari strumenti figurati», in (Sarra, *Diritto e ordine. Riflessioni sul sistema delle fonti del diritto e sulla sua crisi*, 2012), p. 149. Il che, del resto,

Ciò, com'è evidente, trova esatta applicazione nel rapporto tra la volontà e le *res* ad essa soggette (il che equivale a dire, tra il soggetto e l'oggetto, ovvero tra la *vis dominativa* ed i suoi sottoposti), che, appunto, la forma gerarchica mira, ad ipostatizzare, a rappresentare nella propria situazione originaria ed unica possibile.

E qui, tuttavia, v'è uno scarto concettuale che conduce, appunto, alla "*teologia del potere*".

Credo che quanto osservato dall'Illustre Studioso sia pienamente in linea con quanto si è andati argomentando finora: la gerarchia esprime la realtà che è sottoposta alla realtà dominante, e che partecipa alla stessa.

Tuttavia con la "rivoluzione volontaristica" si è assistito ad un fenomeno assolutamente peculiare, in quanto essa è divenuta, in forza degli assunti della medesima, *l'unica struttura possibile per pensare la realtà* (quindi, nuovamente, il rapporto tra l'uno ed i molti, e, quindi, il Principio) e *la realtà giuridica in particolare*⁸⁰³.

Se si pensa che, per l'Olivi, la volontà dominante è quella divina, diviene agevole del resto comprendere come sia possibile sussumere le notazioni di Sarra entro il discorso che si va svolgendo in questa sede.

Ed ecco, ancora una volta, la teologia del potere, laddove le cose esistono solo in quanto *dominate*. Anzi, riprendendo un'osservazione già esplicitata, il riconoscimento di consistere in *res* soggette ad una potenza assoluta costituisce l'unica forma di possibile accesso all'Assoluto (in senso verticale), così come il riconoscere di essere titolari di una volontà dominante nei confronti di altre *res*, e che siffatta potenza, entro la propria competenza è pienamente rispondente ai caratteri della volontà (ossia, libera, ecc... insomma, è una *voluntas*) costituisce l'unica forma di rapporto con ciò che non sia poziore⁸⁰⁴.

significa al contempo interferire con il modo di concepire l'intero, come notato da (Manzin, *Ordo Iuris. La nascita del pensiero sistematico*, 2008), p. 143.

⁸⁰³ Conclude giustamente quindi Sarra: «La verità è che il principio gerarchico, in sé, non può "morire", essendo la forma logica conseguente a un certo modo di pensare il reale», in (Sarra, *Diritto e ordine. Riflessioni sul sistema delle fonti del diritto e sulla sua crisi*, 2012), p. 148.

⁸⁰⁴ Citando ancora Sarra: «L'elemento della partecipazione del Principio nulla dice del peculiare modo con cui ciascuna delle cose che sono, è il Principio stesso, senza esaurirlo?! In altri termini, con quella immagine, ma direi con il concetto stesso di gerarchia, le cose sono identificate esclusivamente attraverso quella qualità specifica che le rende, tutte, del tutto identiche, quella di essere partecipanti. Nell'essenza non si dà alcuna differenza tra le cose, se non in termini quantitativi: nell'immagine, la maggior o minor distanza dal vertice esprime il maggior o minor grado di partecipazione e, siccome - come ricordato - si tratta di un pensiero che non ammette residui, la differenza quantitativa implica un moto asintotico allo zero: zero di partecipazione, che equivale a nessuna cosa. La gerarchia presuppone cioè un ordine finito, per definizione. Anzi, si può dire che essa esprime la forma del venir meno, totale, delle forme. E il quanto di questo venir meno progressivo è l'unica differenza che si dà tra le cose (...). Aggiungo che si tratta, sorprendentemente, di una filosofia della finitezza: il ricorso a un'ordinazione gerarchica implica la postulazione che l'insieme delle cose che così si procede a ordinare sia conchiuso, finito. Quella qualità che caratterizzava essenzialmente e identicamente le cose, ora si mostra essere precisamente la sottoposizione a un potere di governo. Da questo punto di vista esse sono in quanto sottoposte al potere efficace di un primus, seppur in differente grado. Dall'altro lato, poiché si tratta un pensiero assoluto, che non ammette residui, si inaugura una lettura del mondo in termini di pura finitezza, di universale fenomenicità, la cui unica modalità di esistenza è quella di essere ordinabile, nel senso di subire l'azione di un potere ordinante efficace e totale. Così le cose sono nell'essere se e in quanto governate: un terribile monito ai reggenti di un impero la cui incapacità di ritrovare un'armonia

Si tratta di un dominio biunivoco: dal lato passivo apre all'altro "soggetto" (o, meglio, da ciò che viene reputato tale in quanto postulato non - *res*), dal lato attivo all'oggetto (ossia la *res* verso cui si dirige la mozione causale – appropriativa – dominativa).

Ma, paradossalmente, l'apertura al soggetto (all'unico soggetto possibile), implica il riconoscere che solo il potere è *soggetto*, mentre il dominato è *oggetto*.

Si tratta, evidentemente, di un'autocoscienza *reificante*, che staglia gli uomini e Dio, ovvero gli uomini tra loro, o gli uomini ed il Principio su di un piano teoreticamente differente. Tra di loro sussiste un abisso incolmabile, ove non può darsi relazione, se non, per l'appunto, quella di potenza, di sussunzione entro la sfera volitiva del *volens*.

Ovvero, utilizzando il lessico proprio della disputa sulla povertà, si tratta di una dinamica proprietaria.

L'ulteriore aspetto aporetico è, evidentemente, rappresentato dalla circostanza che l'Assoluto consiste in realtà in un soggetto (*rectius*, l'unico soggetto), un ente, assolutizzato artificialmente in quanto concepito come radicalmente solo, solipsistico. E che può relazionarsi con le proprie *res* solo *medio voluntatis*⁸⁰⁵ e, costituendo principio di siffatta costruzione, ovviamente, le annichilisce assoggettandole al proprio potere. E rimarcando, così, il proprio ontologico solipsismo di "soggetto" solo.

Ossia, ancora una volta, i rapporti tra gli enti si attuano per mezzo del potere⁸⁰⁶, che davvero consiste in ciò che, da solo, connota tutti i fenomeni.

Ecco, quindi, che il potere, ovvero il suo esercizio, sono visti come l'unico soggetto, l'unico radicalmente *altro* rispetto alle *res*. L'unico soggetto libero, irrelato, assoluto⁸⁰⁷.

avrebbe, in effetti, pregiudicato per sempre la sua sopravvivenza», in (Sarra, Diritto e ordine. Riflessioni sul sistema delle fonti del diritto e sulla sua crisi, 2012), pp. 162 – 164.

⁸⁰⁵ Si noti altresì come, entro siffatto universo concettuale, la soggettività stessa sia un concetto relativizzato e disponibile, e che non possa darsi altrimenti.

⁸⁰⁶ *Rectius*, a mezzo dell'*esercizio del potere* (sulla rilevanza della distinzione, si veda *infra*). Ecco perché ritengo che acutamente concluda Sarra: «Ecco, forse i semi della nascita dello stato moderno, quello che - dice Hobbes - esiste solo se è successful, e del suo diritto, che è tale in quanto effettivo e ordinato, sono gettati proprio in questo cruciale momento. E con tali premesse non può sorprendere, a questo punto, la continua riemersione del principio gerarchico ogniqualvolta sia in questione la stessa esistenza del diritto», in (Sarra, Diritto e ordine. Riflessioni sul sistema delle fonti del diritto e sulla sua crisi, 2012), p. 164.

⁸⁰⁷ E si badi bene che il solipsismo opera a tutti i livelli. Anche l'uomo, se *res* nei confronti della volontà poziore, sarà *dominus* verso le *res* a lui sottoposte, le quali, ovviamente, non essendo passibile alcuna relazione entro il dominio incontrastato della volontà, non faranno altro che osservarne l'assolutezza. Ecco che la nuova antropologia è radicalmente solipsista: tra uomini non può esservi la relazione, se non quella *dominus – servus*. Mi permetto in questa sede una precisazione. A lume del pensiero dell'Olivi credo questa conclusione sia necessitata. Eppure credo che il Nostro non si fosse nemmeno posto il presente problema: la sua speculazione è tutta *ascendente*, volta ad avvicinare il soggetto a Dio sottraendolo dalla mondanità (del resto, l'*occasione* offerta dalla disputa sulla povertà impingeva proprio in tale direzione). Ed, infatti, il risultato fu raggiunto, in quanto a distacco dal molteplice. Anche eccessivo, ossia fino ad opporre radicalmente il *singulus* all'esperienza: facendolo dominatore delle *res*, eppure lontano dai suoi simili. Padrone

S'è parlato poc'anzi di un assoluto fenomenico, il che potrebbe di primo acchito suonare ossimorico. Eppure, a quello che fu il posto di Dio (*rectius*, della volontà di Dio), ove ora brandisce il proprio maglio la volontà, *ipsa via electa*, non può che riconscersi un carattere “sacrale”: il carattere dell'Assoluto.

Un assoluto, ormai sarà chiarissimo, illimitato... e, proprio in quanto rivestente i caratteri del principio, esercente il proprio potere su tutti gli enti.

Infatti, nella concezione volontaristica le cose non solo sono concepibili solo in quanto dominate, bensì esse esistono e sono *disponibili* al potere dominante.

Ed, ancora, una volta che si è assunta siffatta impostazione, non si assiste soltanto, nel progredire ascendente o discendente della scala gerarchica, ad un affievolirsi quantitativo, seppure esso si dia. Entro l'orbita volontaristica, del resto anch'esso, ossia il *quantitativo* diviene un concetto del tutto svincolato, aleatorio, relativizzato alla volontà cogente, in quanto fa parte delle *res* disponibili alla volontà dominativa. Esso rileverà, tutt'al più nel rapporto tra i sottoposti, laddove si replica la stessa relazione di forza di cui in precedenza, seppure dominata *ab extra*.

Tuttavia, si tratta di una narrazione necessariamente contingente, in quanto ciò che connota il tutto è di essere una costruzione del tutto arbitraria e cangiante, relativizzata, della volontà dominante.

Si tratta, quindi, di una gerarchia che viene assolutizzata, in quanto vista come epifania dell'Assoluto.

A ben guardare, tuttavia, un ulteriore profilo critico ed aporetico emerge tuttavia da siffatta circostanza. Poc'anzi ho infatti asserito altresì di come l'assolutizzazione (e la “soggettivizzazione”) concerna il potere (ossia l'esplicarsi della totipotente volontà così come scolpita dalla teoresi in esame), non il soggetto che lo esercita.

Si tratta di una differenza che, per quanto sottile, è invece abissale e dirimente.

Vedrò ora di spiegarmi più diffusamente.

I motivi di ciò vanno rinvenuti, ancora una volta, nell'errore logico e concettuale esiziale e congenito a siffatta impostazione.

A ben guardare, infatti, l'origine della gerarchia dominante del volontarismo altro non fa che ergere a principio un fenomeno: il darsi della mozione volitiva, ossia l'esplicarsi del potere⁸⁰⁸. Infatti, se si rammenta quanto l'Olivì scrive chiarissimamente, il potere volontaristico non consiste e non coincide con il *volens*.

(dominato a sua volta) *solo* di un mondo di fenomeni e capace di relazioni solamente proprietarie e dominative

⁸⁰⁸ L'assolutizzazione sacrale dell'esercizio del potere non assomiglia forse all'espressione hobbesiana secondo cui nulla di quanto comandato dal sovrano può essere considerato contrario alla *lex naturalis*, in quanto proprio questa obbliga ad obbedire alle leggi civili in forza del principio *pacta sunt servanda*? Cfr. Hobbes, *De Cive*, cap. XIV, par. 10: «Seeing therefore our obligation to observe those Laws is more ancient than the promulgation of the Laws themselves, as being contained in the very constitution of the City, by the vertue of the naturall Law which forbids breach of Covenant, the Law of nature commands us to keep all the civill Laws; for where we are tyed to obedience, before we know what will be commanded us, there we are universally tyed to obey in all things. Whence it followes, that no civil Law whatsoever, which tends not to a reproach of the Deity (in respect of whom, Cities themselves have no right of their own, and cannot be said to make Lawes)

Allo stesso modo, la volizione (il potere volutaristico) non consiste con colui che le emette.

c) Un radicale dualismo metafisico

Tradotto nei termini della gerarchia volutaristica, significa che ciò che si pone al massimo grado della scala gerarchica non è, come già ricordato, altro che la fenomenologica esplicazione del potere, eretta a principio.

Il volente, invece, si trova opposto al divenire fenomenico. Ed a *tutto* il divenire fenomenico comprese le sue stesse volizioni ipostatizzate nella scala gerarchica, realizzando un dualismo⁸⁰⁹ dal profilo nichilista⁸¹⁰.

Il volente, infatti, si trova detronizzato dal ruolo di Principio (ammesso e non concesso che fosse stato logicamente corretto erigerlo a Principio), avendo assolutizzato la mozione volitiva⁸¹¹. Egli agisce però, a sua volta, come volente, avendo disponibilità piena delle proprie mozioni, ed essendo postulato libero ed irrelato. Ed infatti egli lo è realmente, al punto che qualsivoglia stravolgimento della scala gerarchica da esso posta è pienamente possibile.

Ciò ingenererà nuovamente il meccanismo di cui sopra, con conseguente sacralizzazione/assolutizzazioni delle espressioni di volontà, ecc.

Si noti altresì come l'ipostasi ora accennata sia realmente *secolarizzata*⁸¹², al punto da condurre ad assolutizzare dei meri fenomeni, e ad attribuire ai medesimi caratteri che l'Olivi avrebbe attribuito a Dio stesso.

Si noti, a Dio stesso e non solo alla volizione divina.

can possibly be against the Law of nature». E ciò non ha forza una solidissima matrice volutaristica, laddove prevede la totipotenza della volontà, capace di disporre anche della persona che ne emette la mozione, al punto da trasformarsi anch'essa in un metasoggetto imperativo?

⁸⁰⁹ In merito al pensiero identitario ed alla rilevanza ed all'influsso di Porfirio, cfr. (Hadot, 1993).

⁸¹⁰ Ed, ancora una volta gerarchico, laddove il volente si situa in orbita di irrazionale e sfuggente dualismo teoretico. Eppure egli, a guisa della *Grundnorm* di kelseniana memoria, non rientra nel sistema, essendo opposto a tutto, compresa la propria gerarchica. Sul dualismo metafisico, si veda (Manzin, *Ordo Iuris. La nascita del pensiero sistematico*, 2008), pp. 19 e ss.

⁸¹¹ Si noti come anche l'ablazione del soggetto volente ponga in luce come si operi una riduzione di tutta l'esperienza a contingenza fenomenica. Con il che ritengo doveroso convenire con Cavalla laddove ravvisa nel processo di secolarizzazione proprio del secondo millennio l'espunzione progressiva del trascendente, ossia del metafenomenico. Cfr. (Cavalla, *La verità dimenticata. Attualità dei presocratici dopo la secolarizzazione*, 1996), p. 54.

⁸¹² Per la definizione di secolarizzazione si aderisce qui alla ricostruzione offerta da Francesco Cavalla, il quale la intende come il processo per il quale si è espulso progressivamente ogni riferimento ad un mondo trascendente come a ciò che possa condizionare la formazione di conoscenze e valori. Intendendo per "trascendente" quella dimensione della realtà non manifestantesi compiutamente nel mondo dei fenomeni, ossia delle cose che appaiono nello spazio e nel tempo, *sic* in (Cavalla, *La verità dimenticata. Attualità dei presocratici dopo la secolarizzazione*, 1996), p. 54, nonché in (Cavalla, *All'origine del diritto al tramonto della legge*, 2011), p. 162. Per un'ulteriore definizione del fenomeno, la quale, tuttavia, non pare assolutamente opposta alla medesima, bensì focalizzata su di ulteriori aspetti, si veda (Todescan, *Etiamsi daremus - Studi Sinfonici sul diritto naturale*, 2003), p. 102.

Nella gerarchia volontaristica si pone quindi in essere una indebita sovrapposizione concettuale tra le mozioni del potere primo ed il potere in quanto tale che, se mi è permesso di avanzare una supposizione, costituisce l'inconscio bisogno di superare un dualismo visto come annichilente (in quanto, in effetti, lo è)⁸¹³, elevando la rappresentazione contingente dell'esercizio del potere ad ipostasi di un ordine regolativo della realtà quantomeno deontologico.

Tuttavia ontologicamente esse rappresentano due fattispecie affatto distinte: uno è un fenomeno, l'altro costituisce l'ipostatizzazione di un meta – soggetto, *rectius*, di un macro – soggetto⁸¹⁴ che possiede in massimo grado le potenze demiurgiche ben scolpite dal Bacelliere Provenzale.

Ecco anche perché ho reputato corretto, seppure forse provocatorio, parlare di “teologia del potere”: il mero esercizio del potere viene assolutizzato, senza che vi siano criteri logico – razionali per opporvisi, per opporsi ad un ignoto del tutto sfuggente alla razionalità.

Anzi, l'opposizione in via di principio è inconcepibile, e *giustamente* annichilabile dalla volontà poziore (*id est*, dal potere).

E' evidente, infatti, che qualsivoglia diritto soggettivo, oggettivo o simile, visto come derivante da un'altrui volontà non può che ricadere entro il corto circuito il cui affresco s'è tentato di offrire in queste pagine.

Ed ecco che allora si può ben comprendere come il ricorso alla certezza della norma sia visto come salvifico. Ecco, quindi, l'invocato carattere “soteriologico” del positivismo giuridico, concepito illusoriamente (eppure, comprensibilmente) come limite al potere⁸¹⁵.

⁸¹³ Come ha osservato Maurizio Manzin, «*si rifletta, al riguardo, sul modo in cui, nel corso del Primo Millennio, sorge e progressivamente si consolida la nozione di “Principio – Uno”, opposto ai molteplici e differenti fenomeni fra loro collegati che costituiscono il mondo di cui abbiamo esperienza; nozione che, inevitabilmente, finisce per privare questo mondo di una sua originaria necessità, esponendolo al rischio di una potenza estranea e soverchiante capace di annullarlo in ogni istante*», in (Manzin, *Ordo Iuris. La nascita del pensiero sistematico*, 2008), p. 144.

⁸¹⁴ Inconoscibile razionalmente se non a mezzo delle proprie mozioni. *Rectius* ad essere conoscibili sono solo esse. Per un approfondimento sul fenomeno gnostico, rinvio a (Jonas, *Lo gnosticismo*, 1973), (Jonas, *Il principio gnostico*, 2011), (Samek Lodovici, 1991).

⁸¹⁵ Si noti come, ancora una volta, il potere dovrebbe limitare se stesso. Del resto, essendo il potere concepito come assoluto, non v'è altra possibilità. Si noti come l'elaborazione di dottrine giuspositivistiche ha percorso buona parte del Novecento europeo, e non solo. Basti pensare, solo per citarne alcune, al normativismo di Hans Kelsen, al giurealismo scandinavo di Alf Ross, al positivismo analitico di Herbert Hart e, per restare in Italia, alle teorie di Norberto Bobbio [per una nitida rassegna delle varie posizioni, cfr. (Velluzzi & Schiavello, 2005)]. Secondo l'analisi di Villa, il minimo comune denominatore fra correnti di pensiero pur così diverse tra loro è dato dal “concetto” di giuspositivismo, che si compone di una tesi ed. ontologica ed una ed. metodologica. Secondo la prima, il diritto è il prodotto normativo, di tipo convenzionale, di decisioni e/o comportamenti umani storicamente contingenti, inevitabilmente influenzati, se non determinati, dal contesto culturale ed etico-politico. In base alla seconda, si ritiene possibile descrivere il diritto positivo (esprimendo giudizi di fatto), senza valutarlo (evitando cioè i giudizi di valore), cfr. (Villa, 2004), p. 29. Nel panorama italiano, un superamento critico di tale orizzonte è proposto dalla ed. prospettiva processuale del diritto, in originale alternativa alla dicotomia tra giuspositivismo e giusnaturalismo. Inaugurata da Enrico Opocher, essa è stata sviluppata da Francesco Cavalla ed

d) Una rivoluzione giuridica

Essendo, del resto, opposto al molteplice⁸¹⁶, il potere così concepito offre una peculiare soluzione al problema dei conflitti intersoggettivi. Infatti, laddove si manifesta una crisi dei rapporti intersoggettivi, la norma, che nella narrazione giusnaturalistica dovrebbe ristabilire la pace fra i consociati, lungi dal rappresentare una mediazione⁸¹⁷ capace di rinvenire un *quid commune* tra i litiganti, opera, invece, in peculiare e significativo. Nel momento in cui la volontà dominante, ossia il potere, non è strutturalmente ed ontologicamente capace di relazione, ossia di cogliere l'altro da sé (essendo irrelato e passibile di agire solo su sé un fascio fenomenico), nel dirimere le controversie si assiste ad un fenomeno assai particolare.

Innanzitutto l'applicazione della norma non rappresenta altro che la riproposizione del potere, delle volizioni del medesimo.

In secondo luogo essa, eletta la strada del volontarismo, consente effettivamente di cogliere l'unico *quid commune* tra i consociati: l'essere oggetti, *res* assoggettate alla *voluntas* poiziore⁸¹⁸, tramite un movimento di ascesa e poi discesa nella

ulteriormente elaborata i suoi allievi, recuperando gli insegnamenti della filosofia greca (cfr. Cavalla, *La prospettiva processuale del diritto. Saggio sul pensiero di Enrico Opocher*, 1991); (Cavalla, *La verità dimenticata. Attualità dei presocratici dopo la secolarizzazione*, 1996); (Sommaggio, *Contraddittorio giudizio mediazione. La danza del demone mediano*, 2012); (Fuselli, 2014), p. 127 ss. in particolare, laddove si discute dei fondamenti antropologici del diritto). Per un approccio critico anche verso la prospettiva processuale, a favore di una prospettiva dialogica, si veda (Reggio, *Giustizia dialogica. Luci e ombre della Restorative Justice*, 2010), nonché (Reggio, *'Norma del caso' e soluzioni concordate della controversia in ambito civile. Alcune riflessioni su una 'zona limite' della positività giuridica*, 2012).

⁸¹⁶ Come scritto da Francesca Zanuso, l'organizzazione sociale è concepita come «sostanzialmente finalizzata ad espellere la conflittualità intersoggettiva dall'esperienza», in (Zanuso, *L'ordine oltre le norme. L'incauta illusione del normativismo giuridico*, 2011), p. 41.

⁸¹⁷ Acutamente, infatti, Francesca Zanuso ha messo in luce questo aspetto del normativismo, tacciando la norma di costituire un illusorio “*medio artificiale*” per la definizione delle controversie. E, come giustamente messo in luce, si trattava di un *quid* artificiale, in quanto non radicato nella naturalità e nell'esperienza della dimensione antropologica, riducendosi ad essere mera manifestazione della volontà dominante. cfr. (Zanuso, *L'ordine oltre le norme. L'incauta illusione del normativismo giuridico*, 2011), p. 41. Il che, mi pare assolutamente in linea con quanto si va osservando nel corso del presente lavoro. L'Autrice ha ripreso la tematica *de qua* in un altro saggio, laddove si rinviene un approfondimento dell'acuta indagine inerente il c.d. “*medio artificiale*”, [(Zanuso, *La fragile zattera di Ulisse*, 2012), pp. 52 - 54] ed a cui si farà riferimento in nota *infra*.

⁸¹⁸ Il che, *en passant*, mostra come l'idea di Principio sia impreteribile al pensiero. In merito, mi sia consentito di rinviare a (Cavalla, *La verità dimenticata. Attualità dei presocratici dopo la secolarizzazione*, 1996), pp. 17 – 20.]Francesca Zanuso ha posto ben in luce la pretesa organizzatrice del “*medio artificiale*” costituito dalla norma giuridica, la quale ha cercato di colmare a due “pericolose assenze”: la perdita di un orizzonte condiviso che consentisse alle distinte individualità di relazionarsi, e la perdurante incapacità di rinvenire detto orizzonte comune cagionata dall'oblio progressivo del metodo dialettico [cfr. (Zanuso, *La fragile zattera di Ulisse*, 2012), pp. 52 – 54]. Com'è evidente, l'Autrice coglie perfettamente nel segno. Mi preme tuttavia porre in evidenza come entro siffatto orizzonte, in realtà, la norma quale *medio artificiale* compie effettivamente la propria opera di mediazione, seppure entro una dinamica del tutto artificiale ed affabulatoria (per utilizzare nuovamente dei termini cari alla Magistra veronese) quale quella che s'è tentato di

scala gerarchica, il quale non fa che riaffermare il solipsismo e l'irriducibile permanere del pensiero identitario⁸¹⁹.

3. *La moderna voluntas*. Considerazioni finali

Concludendo, si può asserire che, seguendo la teorei in esame si assiste a una curiosa eterogenesi dei fini: una speculazione nata per avvicinare l'uomo a Dio⁸²⁰ e sottrarlo al diritto "oggettivo", se si permette un gioco di parole, ha finito per sottometerlo all'arbitrio del diritto "soggettivo"⁸²¹.

Conclusivamente, ritengo non ci si possa esimere dall'asserire che la nozione di volontà innervata entro l'orbita della contemporaneità giuridica abbia condotto con sé, oltre ad una storia assai affascinante, anche una panoplia di corollari, di cui s'è tentato di offrire un affresco nel corso delle pagine precedenti. I corollari hanno il loro fulcro nell'ovvia constatazione che la volontà assoluta e totipotente non consente alcuna possibilità di relazione con ciò che si pone come altro rispetto alla *volizione*⁸²². E ciò a causa della connotazione della volontà medesima come potenza causante sugli oggetti.

Da qui l'ipostasi di un mondo (giuridico) gerarchizzato e portato necessariamente all'assolutizzazione del potere.

Tuttavia, al di là delle prese di posizione personali, cosa può dirsi di siffatta ricostruzione da un punto di vista logico? Essa, mi pare di poter osservare, a lume del Magistero di Francesco Cavalla, che rechi in sé un vizio esiziale: l'oblio del *Lògos*.

L'aver incentrato, *de facto*, il sapere attorno all'identità forzata imposta dalla volontà unica ed assoluta, ossia dal potere dominante, conduce, come già più volte s'è messo in luce, ad un annichilimento di tutto ciò che ad essa non sia opposto. Anzi, il fatto stesso che essa sia Principio dominativo, implica la reificazione ed il riconoscimento della propria assogettabilità. In altri termini, l'indifferenziato.

illustrare nel corso delle ultime pagine. Eppure tale "mediazione" effettivamente afferma ciò che è comune tra i sudditi (*id est*, tra i soggetti al potere): ossia, appunto, l'essere soggetti. Tuttavia v'è il peculiare meccanismo di affermazione della norma che, effettivamente, si pone come annichilente e reificante.

⁸¹⁹ Quest'afflato ascensionale del ingolo verso un potere gerarchicamente entificato e presupposto da cui ripetere la normazione, *rectius*, la sottomissione di entrambe le parti in contesa ritengo sia davvero una sintomatica costante del volontarismo. Si pensi alle spinte che conducono alla stipulazione del contratto sociale nella narrazione giusnaturalistica.

⁸²⁰ Inteso come espressione della volontà dominante. Ed, effettivamente, ne permane forse una flebile eco laddove si nota che strutturalmente l'uomo è legato alla volontà che lo domina e non ai suoi pari.

⁸²¹ Inteso non in senso tecnico, ovviamente, bensì soltanto come normazione promanante da un soggetto. Dall'unico soggetto presente nell'architettura concettuale data.

⁸²² E, tantomeno con il soggetto volente, che realmente scompare entro quest'orizzonte meramente fenomenico. Ovvero, per dirla con Cavalla, *secolarizzato*.

Si tratta, a guardare bene, dello stesso errore in cui incorse Talete, laddove con la sua metafora del principio come acqua non si accorse di aprire le porte al nichilismo. Tuttavia, come indica Cavalla, si tratta di una presa di posizione inconferente: essa implica la riduzione dell'intero ad una somma di fenomeni, il che è esplicitamente contraddittorio⁸²³.

Non stupisce, del resto, siffatto approdo: la riduzione della realtà a fascio fenomenico è presupposta entro l'orizzonte che s'è tratteggiato.

Ed è per questa via che s'è assistito all'oblio del *Lògos*, ossia del Principio, laddove s'è eletto un ente incapace strutturalmente di relazione.

E' per questo motivo che la volontà assoluta così ricorrente nelle decisioni giurisprudenziali e dottrinali, seppure spesso inconsciamente, ha causato e cagiona aporie e difficoltà qualificatorie⁸²⁴. Semplicemente essa è irrazionale e cozza contro ciò che è proprio dell'esperienza giuridica, ossia, a parere di chi scrive, il darsi del *Lògos*⁸²⁵.

Anche per questo motivo, credo di poter concludere, occorre operare un ripensamento critico di questa figura che rappresenta certamente un *éndoxon* indiscusso della nostra contemporaneità giuridica⁸²⁶.

Mi affido, per concludere a quanto scrisse Franco todescan allorché scolpì le caratteristiche di quello che significativamente chiamò "volontarismo teologico": in primo luogo la concezione della legge come atto della volontà del legislatore (divino od umano), atto mirante a determinare liberamente il contenuto della legge morale o giuridica. Da detti postulati conseguirebbero il formalismo (perché rilevante è la forma della volontà statuyente e non il contenuto statuito)⁸²⁷, l'individualismo (dato che la società consiste in una molteplicità di individui caratterizzanti per la loro singola *voluntas*). Infine, il razionalismo, perché alla *ratio* è affidato il compito di notificare e reperire una verità che si dà già tutta nella volontà deliberante⁸²⁸.

Come si può agevolmente notare, si tratta di caratteristiche immanenti nel percorso che s'è tentato di enucleare. Mi permetto soltanto di porre in luce come esse non furono un percorso necessitato, derivante dall'importanza dedicata alla volontà.

Bensì, ancora una volta, da una *certa idea* di volontà: quella che s'è tentato di scolpire nel corso della trattazione.

⁸²³ Cfr. (Cavalla, *La verità dimenticata. Attualità dei presocratici dopo la secolarizzazione*, 1996), pp. 30 e ss.; (Cavalla, *All'origine del diritto al tramonto della legge*, 2011), pp. 20 e ss.

⁸²⁴ Per non parlare dell'annoso problema dei limiti al potere, ben noto alla dottrina costituzionalistica, si pensi alle costituzioni "rigide", ecc..

⁸²⁵ Prospettiva processuale e mia prospettiva relazionale (e di Reggio).

⁸²⁶ In merito ad una ricostruzione della volontà in termini dialettici, mi permetto di rinviare a (Moro, *I diritti indisponibili - Presupposti moderni e fondamento classico nella legislazione e nella giurisprudenza*, 2004), pp. 166 e ss., nonché a (Moro, *Dignità umana e consenso all'atto medico. I diritti fondamentali del paziente e il problema della volontà*, 2009), pp. 146 e ss.

⁸²⁷ Mi permetto soltanto di accennare che ciò che conta, appunto, è l'esercizio del potere volontaristico, dato che detta *voluntas* non presuppone altro contenuto che la propria azione, essendo qualsivoglia contenuto per lei disponibile.

⁸²⁸ (Todescan, *Il problema del volontarismo in Hobbes*, 1997), p. 169.

Appendice. Lo strano caso dell'art. 20 d.p.r. 131/1986

1. L'imposta di registro. Cenni introduttivi e rilevanza

In conclusione del presente lavoro vorrei soffermarmi brevemente su di una norma facente parte dell'ordinamento italiano la cui applicazione mi pare possa dar conto del percorso seguito nel presente lavoro e mostrare (come già s'è tentato di fare nel capitolo introduttivo) l'incidenza pratica e l'influenza esercitata dalla volontà così come scolpita nel corso della presente ricerca. Ossia quella che è stata denominata in questa pagine come "volontà giuridica".

Id est, la moderna voluntas.

Mi soffermerò icasticamente nel corso della pagine che seguiranno in particolare su di un ambito che ritengo mostrare paradigmaticamente quanto s'è tentato di sostenere nel corso del presente lavoro. Si tratta di una branca della *scientia juris* sovente misconosciuta a coloro che non se ne occupano personalmente, eppure, secondo il mio parere, di assoluto interesse (oltre che di dirompente rilevanza pratica).

Il riferimento è al diritto tributario, ed in particolare alla norma fondamentale in materia di interpretazione degli atti soggetti a registrazione ai fini dell'applicazione dell'imposta di registro. Si tratta, come si vedrà, di un'attività interpretativa dirimente ai fini della determinazione della base imponibile e, quindi, della corretta applicazione della normativa fiscale. E, ancora, si tratta di una norma che impone all'interprete⁸²⁹ uno sforzo interpretativo decisamente peculiare, situato in una zona limbrica tra il diritto privato ed il diritto pubblico e, più in generale, in una zona che schiude scenari affatto nuovi e perfettamente coerenti con l'orizzonte che s'è andanto scolpendo nel presente lavoro.

L'imposta di registro, così come scolpita dal d.p.r. 131 del 26 aprile 1986, denominato "*Testo unico delle disposizioni concernenti l'imposta di registro*" (d'ora innanzi, per brevità, anche semplicemente "Testo Unico", "TUR", ovvero "Testo Unico Registro") contiene al suo interno la norma fondamentale per l'interpretazione degli atti soggetti a registrazione al fine di individuare la base imponibile ai fini dell'applicazione dell'imposta.

Il riferimento è all'art. 20 del TUR, rubricato "*interpretazione degli atti*", il quale recita: «*L'imposta è applicata secondo la intrinseca natura e gli effetti giuridici, degli atti presentati alla registrazione, anche se non vi corrisponda il titolo o la forma apparente.*».

⁸²⁹ Ossia, nella maggior parte dei casi, l'Amministrazione Finanziaria ed i Pubblici Ufficiali Roganti, per lo più Notai e Segretari Comunali.

Ai fini della corretta comprensione di quanto si andrà asserendo in questa sede, ritengo tuttavia opportuno precedere le osservazioni in merito alla peculiarità della disposizione in parola, ai fini della ricerca che si va svolgendo, da un breve inquadramento generale e necessariamente cursorio in ordine all'imposta di registro *per se ipsa*.

L'art. 1 del Testo Unico, ponendo in luce quello che il legislatore ha voluto essere l'oggetto dell'imposta (stante l'inequivoco dettato della *rubrica legis*) recita: «L'imposta di registro si applica, nella misura indicata nella tariffa allegata al presente testo unico, agli atti soggetti a registrazione e a quelli volontariamente presentati per la registrazione»⁸³⁰.

Ed infatti, ciò rinvia a quella che storicamente ha rappresentato (evidentemente, anche nella stessa denominazione del tributo) la funzione tipica che l'ordinamento riservava al "registro".

Per l'appunto, la registrazione degli atti.

2. Da tassa di registrazione ad imposta sull'attività giuridica

a) Effetti della registrazione e presupposto d'imposta

Come riassume icasticamente il Busani⁸³¹, storicamente l'imposta di registro nascerebbe quale corrispettivo reso dal cittadino alla p.a. per il servizio di registrazione dell'atto⁸³². A sua volta il servizio offerto dagli organi pubblici a ciò deputati sarebbe consistito, in primo luogo, nella "registrazione" dell'atto presentato all'Ufficio, ossia «nella "presa d'atto" da parte della pubblica Autorità»⁸³³, nell'attribuzione a quell'atto di una data certa⁸³⁴, nonché nella conservazione di detto atto presso l'archivio della p.a.⁸³⁵.

⁸³⁰ E' noto che il riferimento alla tariffa è alle disposizioni contenute nelle tariffe allegatae al d.p.r. 131/1986. Ad esso sono allegatae tre tariffe, dedicate rispettivamente agli atti da registrarsi in termine fisso (Tariffa parte I), in caso d'uso (Tariffa parte II) e gli atti per quali non v'è obbligo di richiedere la registrazione (Tariffa Parte III).

⁸³¹ (Busani, 2009), pp. 29 - 30.

⁸³² Si tratterebbe di una misura antichissima. In merito, cfr. (Rastello, 1955), p. 12, il quale ne rinviene traccia a Babilonia, in Egitto, in Grecia e nell'impero romano. Resta il fatto che, storicamente, esso avrebbe avuto svariate finalità, oltre a quella di riscuotere un'entrata per le casse pubbliche. In primo luogo dare certezza alle situazioni giuridiche pubblicizzando la costituzione, il trasferimento e l'estinzione dei diritti, nonché, evidentemente, offrire una salvaguardia contro le falsificazioni. Per quanto concerne la disciplina propria del Belpaese, la prima regolamentazione venne operata a mezzo della l. 585 del 1862, quindi da R.D. 6 del 1874 e dal R.D. 217 del 1897. A questi seguirono il R.D. 3269 del 1923, quindi il d.p.r. 634 del 1972, immediato predecessore della normativa ora vigente. Per una disamina storica della funzione dell'imposta di registro, in una zona anfibia tra registrazione del traffico giuridico e controllo dell'A.F., si veda (Nastri, 2012), pp. 8-9, specie alla nota n. 16.

⁸³³ (Busani, 2009), p. 29

⁸³⁴ Come prescritto *in claris* dall'art. 18 TUR.

⁸³⁵ Nonché, funzione forse sottostimata eppure assai rilevante, anche e proprio per la funzione dell'imposta così come informata dalla prescrizione di cui all'art. 20 TUR ed alla sua relazione

In altri termini, come scolpisce icasticamente l'art. 18 TUR: «*La registrazione, eseguita ai sensi dell'art. 16, attesta l'esistenza degli atti ed attribuisce ad essi data certa di fronte ai terzi a norma dell'art. 2704 del codice civile*».

Si tratta, quindi, di un'imposta indiretta⁸³⁶ applicata, come prescrive l'art. 41 TUR, mediante l'applicazione di un'imposta in misura fissa o proporzionale in seguito al verificarsi della fattispecie di cui all'art. 1, ossia il compimento di un'attività giuridica, per lo più risultante da un documento scritto e posta in essere nel territorio dello Stato⁸³⁷.

Utilizzando una terminologia tecnicamente più precisa, il *presupposto d'imposta*, ossia la fattispecie la cui verifica cagiona il sorgere dell'obbligazione tributaria⁸³⁸, consiste del compimento di determinati atti.

Ovvero, nel manifestarsi di un'*attività giuridica*.

Rectius, nell'esplicarsi di una volontà giuridica intesa non assolutizzata, bensì innervata entro il reticolo di relazioni ove, oltre le mitologie ingenerate dal volontarismo nonché dall'aporetica concezione inerente la *moderna voluntas* cui s'è tentato di dare conto nelle pagine precedenti, essa effettivamente dispiega i propri effetti.

Nelle pagine che seguiranno si tenterà di dar conto di detta asserzione.

strettissima tra l'attività giuridica (e l'esplicarsi di una volontà giuridica), indicatore di capacità contributiva ai sensi dell'art. 53 Cost., è la circostanza che, a mezzo della registrazione, l'Amministrazione Finanziaria (ed, in generale, il potere pubblico), giungono a conoscenza di situazioni patrimoniali e reddituali, sottostanti all'attività giuridica che possono agevolare l'attività di controllo dell'applicazione della normativa fiscale e reprimere fenomeni elusivi ed evasivi in genere.

⁸³⁶ Le imposte indirette sono i tributi che assumono a presupposto indici che palesano in via indiretta la forza economica (in particolare, il patrimonio e gli scambi... si pensi, oltre all'imposta di registro, all'IVA). Detta distinzione ha una notevole valenza pratica. Si pensi, ad esempio, a quanto previsto dall'art. 2772 c. 1 c.c., rubricato "Crediti dello Stato per tributi indiretti": «*Hanno pure privilegio i crediti dello Stato per ogni tributo indiretto sopra gli immobili ai quali il tributo si riferisce (...)*».

⁸³⁷ Infatti, l'art. 2 TUR esplicita che sono soggetti a registrazione «*gli atti indicati nella tariffa, se formati per iscritto nel territorio dello Stato*». Tuttavia non si tratta dell'unica categoria di atti soggetti a tassazione, in quanto la stessa norma prevede che il presupposto d'imposta si verifichi anche per «*i contratti verbali indicati nel comma 1 dell'art. 3; le operazioni delle società ed enti esteri indicate nell'art. 4; d) gli atti formati all'estero, compresi quelli dei consoli italiani, che comportano trasferimento della proprietà ovvero costituzione o trasferimento di altri diritti reali, anche di garanzia, su beni immobili o aziende esistenti nel territorio dello Stato e quelli che hanno per oggetto la locazione o l'affitto di tali beni*». Nuovamente, non si esauriscono qui gli atti per i quali può verificarsi il presupposto impositivo, essendo prevista la registrazione in caso d'uso (art. 6 TUR e Tariffa Parte II), nonché una categoria di atti per i quali non sussiste obbligo di registrazione (art. 7 TUR e Tariffa Parte III) ed, addirittura, la possibilità di registrare qualsivoglia atto, così come enucleato dall'art. 8 TUR: «*Chiunque vi abbia interesse può richiedere in qualsiasi momento, pagando la relativa imposta, la registrazione di un atto*».

⁸³⁸ Il "presupposto d'imposta" consiste «*nei fatti e situazioni previsti dalle singole leggi d'imposta, riferibili ad un soggetto e verificatisi in un certo spazio e in un determinato lasso di tempo, che fungono da fonte, immediata o mediata, dell'obbligazione*», in (Falsitta, 2012), p. 236. Il riferimento, ovviamente, è all'obbligazione tributaria.

b) Attività giuridica relazionale quale presupposto d'imposta

Se si analizza il modo con cui il legislatore ha scolpito il tributo in esame, ci si rende conto che quanto è rubricato all'rt. 1 *sub rubrica* di "oggetto dell'imposta"⁸³⁹ costringe a considerare come il presupposto d'imposta sia rappresentato dagli effetti giuridici di detti atti e come essi siano considerati dirimenti ai fini della determinazione della base imponibile.

Sono essi, infatti, che manifestano la capacità contributiva che legittima il prelievo fiscale ai sensi dell'art. 53 Cost.

Se ciò potrebbe risultare di primo acchito spiazzante, è, a ben guardare, la stessa sistematica del TUR, come acutamente nota Busani⁸⁴⁰, a condurre a siffatti esiti interpretativi. Infatti, scorrendo l'articolato del Testo Unico, non si rinviene la previsione dell'aliquota (o dell'imposta in misura fissa) per tassare una compravendita ovvero, un mutuo, bensì piuttosto la previsione delle aliquote per tassare "trasferimenti", "garanzie", ecc.

Tutto ciò in quanto il legislatore, con tutta evidenza si è concentrato sugli *effetti* degli atti giuridici, piuttosto che sulla fonte da cui essi promanano (ovverosia, sull'atto in se stesso)⁸⁴¹.

In altri termini, l'imposta di registro va applicata a *tutta l'attività giuridica*⁸⁴², *rectius* agli effetti giuridici che danno luogo al *Rechtsverkehr*.

⁸³⁹ È evidente che si tratta di una terminologia in parte divergente rispetto a quella che propria del diritto tributario, a lume della quale il legislatore avrebbe dovuto più correttamente rubricare l'art. 1 del Testo Unico quale "presupposto dell'imposta". Del resto, non ritengo si possa semplicemente svilire la portata di ciò con un mero errore materiale, dal momento che il legislatore tributario, lo stesso anno, in sede di redazione del fondamentale "Testo Unico delle imposte sui redditi" (il c.d. TUIR), allo stesso art. 1 ha espressamente optato per una rubrica recitante "presupposto dell'imposta". A prescindere da questioni meramente nominalistiche, veramente prive di qualsivoglia ricaduta applicativa, si potrebbe spingersi a concettualizzare che effettivamente oggetto della tassazione siano gli atti. Ma ciò che costituisce il vero presupposto sono gli effetti in essi contenuti, ovverosia l'esplicarsi nel traffico giuridico della volontà giuridica. Pare adombrare un'interpretazione affine a quella qui proposta Busani, in (Busani, 2009), p. 35.

⁸⁴⁰ (Busani, 2009), pp. 35.

⁸⁴¹ Per una disamina rapida, ma efficace sulla sistematica del TUR, rinvio a (Busani, 2009), pp. 35 – 39. Si pensi altresì a quanto previsto dall'art. 21, TUR, il quale, disciplinando il caso in cui vi sia da registrare un unico documento, ma contenente diverse "disposizioni", distingue, all'interno delle stesse, tra quelle che non derivano, per loro intrinseca natura, le une dalle altre. e quelle tra le quali invece esiste un rapporto di necessaria derivazione (prescrivendo, nel primo caso, una tassazione autonoma delle varie "disposizioni" e, nel secondo caso, un'unica tassazione), di nuovo si evidenzia con chiarezza che il presupposto dell'imposta non è il "documento-contenitore", bensì l'attività-contenuto che in esso è veicolata. Da ciò discende *de plano* che, quindi, un dato documento può anche contenere una pluralità di atti (o di disposizioni), tutte sottoposte ad una differente tassazione, in quanto "atti" distinti. Appunto, lo scrivente è del parere che solo a lume di detta ermeneutica si possa concepire e comprendere l'art. 21 TUR entro un quadro sistematicamente coerente.

⁸⁴² Principalmente entro il territorio dello Stato, cfr. art. 2 TUR.

Ed infatti, interpretando sistematicamente l'articolato del TUR, a lume del principio fondamentale di cui all'art. 1, si può concludere che, essendo oggetto dell'imposta gli atti giuridici ed i loro effetti (e tutti gli atti giuridici), ciò che (rientrando entro la categoria degli atti giuridici) quelli che tra essi sono sottratti a tassazione sono da qualificarsi come esenti⁸⁴³. Si avrebbe, quindi, l'*esenzione* per taluni atti aventi effetti giuridici da tassazione ovvero come l'*esclusione*, per gli atti aventi altri effetti⁸⁴⁴ (non giuridici)⁸⁴⁵.

Orbene, tutto ciò premesso, è evidente che l'art. 20 TUR, dettando i criteri ermeneutici fondamentali per applicare la tassazione degli atti sottoposti a registrazione debba tener conto di dette considerazioni, data dall'impianto sistematico evincente dalla *voluntas legis*. Ed, infatti, sia dottrina che giurisprudenza

⁸⁴³ Nel senso che in dette fattispecie la legge d'imposta opererebbe una vera e propria esenzione, intesa nel senso di sottrazione alla tassazione di fattispecie che, altrimenti, vi sarebbero ricomprese, in quanto per esse si realizza compiutamente il presupposto, e, quindi, sorgerebbe l'obbligazione tributaria. Tuttavia, per espressa volontà di legge esse sono sottratte da ciò. Ossia, tecnicamente, sono *esenti*.

⁸⁴⁴ I quali, effettivamente, non realizzano il presupposto d'imposta.

⁸⁴⁵ E ciò non è smentito dalla circostanza che, effettivamente, salvo quanto previsto ex art. 3 TUR, gli atti sottoposti a tassazione richiedano un supporto scritto. E ciò sia in quanto vi sono fattispecie che non lo richiedono, bensì, ancora, in quanto, essi possono essere tassati ex art. 22 al momento dell'enunciazione dei medesimi. Si tratta, a ben guardare, di una conferma che, entro la sistematica eletta dal legislatore tributario, gli atti conclusi verbalmente siano *esenti* da registrazione e da imposta fino a quanto non risultino da un atto scritto. Però, si badi, ancora una volta, allorquando saranno tassati, la base imponibile sarà rappresentata dai loro effetti giuridici. Detta esenzione, con ogni probabilità, si giustifica, non tanto in ossequio alla natura dell'imposta di registro quale "imposta d'atto", come da impostazione tradizionale, in quanto ciò implicherebbe a sua volta una petizione di principio, pretendendo di interpretare il lemma "atto" soltanto come atto scritto. Il che, ovviamente, darebbe luogo ad un ragionamento circolare, nonché a presupporre il *thema probandum*. Senza contare che detta interpretazione contrasta assolutamente con le categorie negoziali della civilistica, di vitale importanza in sede di applicazione dell'imposta di registro. Sono del parere che la scelta del legislatore sia da imputarsi, tradizionalmente, all'obiettiva difficoltà di poter registrare un atto avente effetti giuridici che non risulti a mezzo di uno scritto espresso in segni linguistici. Considerando anche che, qualora essi siano poi enunciati in un atto soggetto a registrazione, essi saranno imponibili ex art. 22 (e la mancata registrazione potrà addirittura essere sanzionata ex art. 79 TUR!). Sul rapporto tra detta norma e l'assetto causale reale immesso nel traffico giuridico, mi pare degno di nota quanto si legge nella sent. n. 10180/2009 degli Ermellini «L'art. 20, D.P.R. n. 634 del 1972, contiene al comma 1 una regola generale, secondo la quale quando in un solo documento è racchiusa una pluralità di disposizioni, l'imposta di registro si applica distintamente a ciascuna di esse, e al secondo comma un'eccezione per il caso in cui le diverse disposizioni derivano necessariamente, per la loro intrinseca natura, le une dalle altre. Tale eccezione, necessariamente di stretta interpretazione, ricorre solo allorquando è la volontà della legge o l'intrinseca natura delle diverse disposizioni a determinare tra esse un rapporto di connessione oggettiva, necessaria e inscindibile, e non anche quando quel rapporto trovi origine nella volontà delle parti. Un rapporto di connessione di quel genere non può cogliersi nella relazione pur esistente tra più "disposizioni" aventi diversa funzione, e collegate soltanto per volontà delle parti, come nel caso di atto di cessione di azienda e di contestuale clausola espressa di cessione dei contratti di locazione degli immobili in cui si svolge l'attività d'impresa. In tale ipotesi il tributo va pagato su entrambi gli atti, che sono e devono rimanere separati, seppur contenuti in un'unica scrittura».

sono dell'avviso che detta norma imponga di interpretare l'attività giuridica sottoposta alla registrazione, ai fini della determinazione dell'imposta.

Le opinioni in dottrina e giurisprudenza sono però discordi in merito al *quomodo* di detta operazione ermeneutica. *Ceteris verbis*, le opinioni sono differenti in ordine a cosa debba intendersi per "effetti giuridici" degli atti sottoposti a registrazione.

In particolare, un tanto diuturno, quanto tormentato dilemma concerne la possibilità, per l'Amministrazione Finanziaria, in sede di determinazione della tassazione di considerare soltanto gli effetti giuridici, ovvero anche quelli economici degli atti soggetti a registrazione⁸⁴⁶.

E' evidente che la soluzione risente sensibilmente della considerazione dell'art. 20 quale norma antielusiva o meno, soluzione che comunque dovrà ora tener conto della previsione di cui all'art. 10*bis* della novellata l. 212/2000.

Senza entrare nel dettaglio di detta questione, ritengo che la nozione di "atto" inteso come "atto giuridico", produttivo di effetti giuridici sia da valorizzare ai fini dell'interpretazione e della salvaguardia dell'art. 20. In particolare, la rilevanza che

⁸⁴⁶ Si tratta di un dibattito decisamente acceso prima dell'entrata in vigore dell'art. 10*bis* della l. 212/2000 (il c.d. "Statuto del Contribuente"), avvenuta ad opera del D.Lgs. 128/2015, che tuttavia ritengo conservi notevole validità, in quanto il rapporto tra la norma da ultimo citata e l'art. 20 TUR è di non facile decifrazione. In particolare, il legislatore del 2015, dettando una clausola generale antielusiva (ed abrogando l'art. 37*bis* del d.p.r. 300/1973, il quale conteneva una clausola antielusiva che, seppure dettata in materia di accertamento delle imposte sui redditi, veniva ritenuto dall'A.F. ed anche dalla giurisprudenza, specie a partire dalle sentenze delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nn. 30055, 30056 e 30057 del 23 dicembre 2008, come sintomatico dell'immanenza, entro l'ordinamento tributario, di un principio generale antielusivo, espressione dei principi di cui all'art. 53 Cost.), avrebbe abrogato l'art. 20? Per coloro che ritenevano che, *ante* 2015, la norma in parola avesse anche efficacia antielusiva, ciò dovrebbe essere pacifico (anche in ossequio ad uno sguardo sistematico sull'intero ordinamento tributario: sarebbe perfettamente logico, infatti, che il legislatore, sopprimendo l'art. 37*bis* d.p.r. 300/1970, ai fini della sussunzione della clausola antielusiva nello Statuto del Contribuente, intendesse far piazza pulita delle norme anti-abuso contenute nelle varie leggi d'imposta, e che l'abrogazione dell'art. 20 TUR – ribadisco, qualora detta norma fosse stata effettivamente antielusiva - sarebbe da considerarsi avvenuta tacitamente). Diversamente, chi riteneva che l'art. 20 non avesse affatto intenti miranti la repressione dell'abuso del diritto tributario, ritiene che la norma in parola ed il nuovo art. 10*bis* della l. 212/2000 abbiano ambiti di operatività affatto diversi, laddove il primo riguarderebbe la tassazione degli effetti giuridici, mentre il secondo imporrebbe di valutare anche gli effetti economici degli atti. E' vero che, in ogni caso, l'interpretazione "antielusiva" dell'art. 20 TUR, *rebus sic stantibus* deve in primo luogo tener conto che essa rischia di incorrere in un'*interpretatio abrogans* del medesimo disposto, abrogazione non necessitata. Anche perché, sarebbe da rilevare come, nel caso in cui si riconoscesse all'art. 20 una funzione antielusiva esso o sarebbe abrogato, ovvero cagionerebbe un'aporia, dal momento che si tratterebbe di norma speciale dettata per l'imposta di registro. Da ciò conseguirebbe che i contribuenti che vedessero liquidarsi l'imposta a mente del medesimo articolo vedendosi contestato un abuso del diritto, non godrebbero delle garanzie previste dalla clausola antielusiva generale di cui all'art. 10*bis* dello Statuto (norma cardine del sistema fiscale ed esplicitazione di principi costituzionali impretebiliti). Con il che mi pare che occorra tenere scisso abuso del diritto ed art. 20, tenendo conto che, come si tenterà di porre in luce nel prosieguo, tale disposizione ha una propria autonoma funzione, decisamente peculiare. Per il resto, si tratta di tematica affascinante che si spera di poter approfondire in futuro. Ulteriori accenni verranno comunque svolti *infra*.

viene data al “significato obiettivo dell’atto”⁸⁴⁷ credo sia da valorizzare, seppure con alcune precisazioni.

Infatti, nel considerare la produzione di un atto giuridico quale presupposto dell’imposta di registro, si assiste alla considerazione della medesima fattispecie “obiettivamente”, ossia quale mera fattispecie legale cui l’ordinamento ricollega degli effetti. Si tratta, e lo si dice in questa sede provocatoriamente, con la precisa intenzione di evocare un paradosso, esso viene in rilievo quale, per l’appunto “atto giuridico”, ossia quale «*comportamento umano, il quale rileva semplicemente quale presupposto di effetti giuridici*»⁸⁴⁸, ovvero quale circostanza rientrante tra i «*fatti produttivi di un evento giuridico, consistente particolarmente nella costituzione, nella modificazione o nell’estinzione di un rapporto giuridico, oppure nella sostituzione di un nuovo rapporto a un rapporto preesistente; o altrimenti, nella qualificazione di una persona, di una cosa o di un altro fatto*»⁸⁴⁹.

E’ evidente che si tratta di un paradosso, tuttavia ai fini dell’imposta di registro, realizzando il presupposto d’imposta, eventuali fattispecie negoziali confluiscono tutte entro l’orbita del presupposto d’imposta, determinando, quale categoria onnicomprensiva di “atti giuridici” (sia in senso stretto che negoziali, quindi, ed, in ogni caso, rilevando solamente quali meri “fatti”), al sorgere dell’obbligazione tributaria⁸⁵⁰.

3. La volontà rilevante per l’erario

a) Relazionale, non assoluta

Detta ricostruzione del presupposto d’imposta, tanto paradossale quanto, se si vuole, grezza ed imprecisa, ritengo possa tuttavia aiutare chi è meno avvezzo alle categorie tributaristiche al fine di comprendere la peculiare efficacia (ben diversa da

⁸⁴⁷ In merito alla considerazione che l’art. 20 TUR sarebbe finalizzato alla sola «*ricognizione del significato obiettivo del contenuto dell’atto, da ricostruirsi esclusivamente alla luce del tenore letterale del medesimo*» [sic (Girelli, 2012), p. 98], si vedano, ad es., (Girelli, 2012), p. 98, (Tesauro, 2006), pp. 248 e ss., (Santamaria, 1988), p. 545, (Ferrari, 1991), p. 9. E’ più possibilista, invece, Nicoletta Dolfin, in (Dolfin, 2014), pp. 909 e ss. E’ da tenere comunque in considerazione che dette pubblicazioni si situano in un momento cronologicamente antecedente quello dell’introduzione nel nostro ordinamento di una clausola antielusiva generale, quale quella dell’art. 10bis dello Statuto del contribuente.

⁸⁴⁸ (Bianca, 2000), p. 17.

⁸⁴⁹ (Santoro - Passarelli, 2012), p. 103.

⁸⁵⁰ Cfr. ad es., C. di Cass. 16354/2013 «*L’art. 20 del D.P.R. n. 131/1986 (T.U. imposta di registro), sulla interpretazione degli atti ai fini dell’applicazione dell’imposta di registro, introduce un criterio di qualificazione autonomo, rispetto alle ordinarie ipotesi interpretative civilistiche, che impone di tener conto, nella qualificazione del negozio, della sua causa reale e degli interessi effettivamente perseguiti dai contraenti, anche qualora siano stati stipulati, pur in tempi diversi, più atti*». Cfr. altresì, C. di Cass., ord. n. 5877/2014: «*In tema di imposta di registro, la disciplina dettata dall’art. 20 T.U.R. implica che i concetti privatistici sull’autonomia negoziale regrediscono a semplici elementi della fattispecie tributaria. Conseguentemente, ancorché non possa prescindere dall’interpretazione della volontà negoziale secondo i canoni generali, nell’individuazione della materia imponibile dovrà darsi la preminenza assoluta alla causa reale sull’assetto cartolare*».

quella riconosciuta tradizionalmente ai *negotia*) che gli “atti” di cui all’art. 1 TUR hanno ai fini dell’imposta *de qua*.

Si tratta, quindi, di un paradosso, ossia della considerazione “obiettiva”, “obiettivata ex art. 20”⁸⁵¹, di fattispecie sovente (ma non esclusivamente, ovviamente) di matrice negoziale, quindi essenzialmente promananti dalla volontà dei paciscenti⁸⁵².

L’interpretazione di detti atti, quindi, prima che interrogarsi se sussumere entro lo spettro dell’ermeneutica anche i fatti meramente economici, dovrà fare i conti con la volontà delle parti, senza la quale non si avrebbe il negozio⁸⁵³.

E tuttavia, ed è questo, ritengo, il profilo di relevantissimo interesse, alla luce del lavoro che s’è tentato di svolgere nel corso delle pagine precedenti, che tipo di volontà è quella cui debbono far riferimento gli interpreti, ai fini della qualificazione delle fattispecie, onde correttamente applicare la normativa fiscale, ai sensi dell’art. 20 TUR?

⁸⁵¹ Per quanto concerne l’applicazione dell’art. 20 d.p.r. 131/1986, la giurisprudenza è costante nel porre l’attenzione, tra l’altro, all’intrinseca natura ed agli effetti dell’atto registrato. Cfr., ad es.; C. di Cass. 6835/2013: *«In forza del disposto di cui all’art. 20, D.P.R. n. 131 del 1986 (T.U. imposta di registro), nell’ipotesi di più atti presentati per la registrazione tra loro funzionalmente collegati (nella specie atto di conferimento di azienda agricola e cessione delle azioni della conferitaria), ai fini dell’imposta di registro tali atti devono essere interpretati secondo l’intrinseca natura e gli effetti giuridici, valorizzando la sostanziale unitarietà del fenomeno negoziale, trattandosi di un contratto a formazione progressiva o, quantomeno, di un oggettivo collegamento strutturale e funzionale tra i diversi atti stipulati dalle parti»*.

⁸⁵² Per la definizione di negozio giuridico, rinvio a quanto osservato nel corso del primo capitolo. Ad es., si veda (Santoro - Passarelli, 2012), p. 125: *«il negozio giuridico è l’atto di una volontà autorizzata dall’ordinamento a perseguire un suo scopo»*.

⁸⁵³ Il che mi sembra evidente e credo che erri la dottrina che ritiene che il criterio di cui all’art. 1362 c. c.c. non possa trovare applicazione ai fini dell’art. 20 TUR. Cfr. *ex multis*: (Berliri, 1960), p. 137; (Fantozzi, 2003), p. 786; (Ferrari, 1991), p. 9; (Rastello, 1955), p. 282; (Russo, 2007), p. 726; (Santamaria, 1988), p. 545; (Tesauro, 2006), p. 248; (Uckmar, *La legge di registro*, 1958), p. 197; (Uckmar & Uckmar, *Registro (imposta di)*, 1968), p. 553; nonché (Busani, 2009), p. 44: *«la medesima attività che occorre spiegare quando, nell’attività interpretativa di un contratto, la legge impone di “non limitarsi al senso letterale delle parole” (articolo 1362, comma 1, del codice civile), ma di attribuire, a ciascuna clausola contrattuale, «il senso che risulta dal complesso dell’atto» (art.1363 c.c.). Peraltro, mentre per la norma civilistica occorre ricercare, nell’opera interpretativa, la «comune intenzione delle parti», per la norma fiscale, l’obiettivo dell’interpretazione andrebbe mirato sulla «intrinseca natura e gli effetti giuridici degli atti» (con ciò anche qui confermandosi che l’imposta registro è l’imposta sugli “effetti prodotti” dagli atti da registrare). Ne consegue che il risultato dell’attività interpretativa svolta ai fini fiscali divergerebbe, rispetto a quella svolta ai fini civilistici, almeno sotto due rilevanti aspetti: a) sul punto che solo a livello civilistico potrebbe darsi rilievo a dati extratestuali, quali il comportamento delle parti contrattuali anche posteriore alla stipula del contratto (articolo 1362, comma 2, del codice civile), in quanto, a livello fiscale, l’analisi interpretativa deve essere concentrata esclusivamente sull’atto presentato per la registrazione; b) Sul punto che la norma fiscale imporrebbe che vengano comunque tassati gli effetti giuridici che l’atto produce, indipendentemente dalla volontà di produrli. da parte di chi ha posto in essere l’atto soggetto a tassazione. Che la tassazione va «applicata secondo la intrinseca natura e gli effetti giuridici degli atti», mentre, come detto, a livello civilistico, l’interprete svolge la ricerca della «comune intenzione delle parti». Siffatta posizione, comunque, mi pare tutt’altro che esente da critiche.*

En passant, mi permetto di osservare altresì come quanto ora esplicito in relazione agli atti negoziali, vale *a fortiori* per gli atti non negoziali. Ci si sofferma su quelli, in quanto è evidente come la normativa tributaria mostri l'inconsistenza del dogma volontaristico, in un modo che può risultare forse spiazzante, specie alla luce della teorica negoziale.

E ciò in quanto ciò che assume rilevanza, ai fini del prelievo di registro, con tutta evidenza non consiste nella volontà assoluta della parti cui fa riferimento la tradizionale teorica volontarista del negozio giuridico. Al contrario, si tratta di ciò che la volontà delle parti, enucleata entro l'atto sottoposto a tassazione, obiettivamente immette entro il traffico giuridico, e giuridico – economico⁸⁵⁴.

Si tratta di un'ermeneutica dell'art. 20 TUR necessitata a mente dell'art. 53 della Costituzione, in quanto, come ha acutamente messo in luce Girelli, un'interpretazione eccessivamente formalistica, potrebbe «determinare uno scollamento tra la capacità economica realizzata per mezzo dell'atto sottoposto a registrazione e la corretta determinazione del prelievo, così da rendere i criteri interpretativi detti difficilmente compatibili con i principi costituzionali, ed in particolare con il principio di capacità contributiva espresso dall'art. 53 Cost.».

E, continua, in senso assolutamente condivisibile: «la ricostruzione dell'imposta di registro come "imposta d'atto", ossia prelievo tendente a colpire l'atto in quanto "potenzialmente" produttivo di effetti, implica che l'individuazione del presupposto dell'imposta ricada sulla

⁸⁵⁴ La questione inerente la possibilità di elidere le considerazioni economiche degli atti soggetti a registrazione, francamente, mi pare effettivamente mal posta. Infatti, è evidente che la struttura del TUR preveda che siano soggetti a tassazione atti aventi effetti chiaramente riverberantesi entro la sfera economica. E, praticamente, solo detti effetti. Del resto, se si osserva la sistematica del Testo Unico, non può non balzare agli occhi con tutta evidenza che si tratta di atti per lo più ricadenti entro la disciplina del libro IV del c.c., con tutta evidenza volto a disciplinare rapporti che siano connotati da un interesse (ex art. 1174 c.c.), per lo più patrimoniale. Del resto, si noti come non vanno certo registrati atti di riconoscimento del figlio naturale o di matrimonio, bensì atti aventi chiari effetti economici. Il profilo, semmai, da porre in luce mi pare sia piuttosto quello inerente il nesso causale fra detti atti e la modificazione economica. *Rectius*, il nesso eventualmente sussistente fra il *voluto* delle parti, interpretato "obiettivamente" alla luce degli effetti ex art. 20 TUR e la panoplia di effetti economici che da esso promanano direttamente. Anche perché mi pare che l'interpretazione eccessivamente formalistica propugnata da certa dottrina possa condurre ad effetti assolutamente contrari a quelli garantistici per il contribuente che mi pare soggiaciano a tale presa di posizione. Detta eterogenesi dei fini potrebbe infatti condurre a ritenere sussistente ed a sottoporre a tassazione un atto recante "accertamento di usucapione del fondo Cornelianò", reputato, per mero errore materiale, adibito a coltivazioni di pregiati vitigni. Mentre, invece, esso è incolto (e non v'è stato alcun riaccatastamento da parte dell'Agenzia del Territorio) e non certo coltivato a vitigni. Orbene, l'obiettività di cui molti dottori si fanno zelatori contribuirebbe ad un artificiale *maquillage* della base imponibile, in senso del tutto sfavorevole al contribuente. L'analisi, invece, dei dati di fatto economici condurrebbe ad una corretta qualificazione dell'avvenuta usucapione in senso obiettivo e, in detta fattispecie, favorevole al contribuente. Mi sia consentito comunque annotare *en passant* che la tutela della c.d. "ragion fiscale" ovvero la tutela della "ragione del contribuente" non devono assolutamente interferire con l'analisi degli istituti *de quibus*. Anche perché è richiesto all'interprete uno sforzo diretto alla ricostruzione del sistema in ossequio ai principi costituzionali ed europei, nonché ai principi propri del diritto tributario, e non a motivare aprioristiche prese di posizione del tutto in contrasto con il dettato costituzionale.

formazione dell'atto, giacché nel trasferimento della ricchezza si rinviene soltanto la causa mediata dell'imposizione. Ciò induce a sollevare parecchie perplessità sulla compatibilità del prelievo con i principi costituzionali che, invece, imporrebbero una maggiore aderenza del presupposto alla effettiva manifestazione di ricchezza, espressiva di capacità contributiva, che, all'evidenza, non si rinviene nella semplice formazione dell'atto, quanto, al contrario, negli effetti che da quest'ultimo scaturiscono»⁸⁵⁵.

L'interprete, quindi, non può misconoscere che gli effetti giuridici sono interconnessi con quelli economici, specie sotto il profilo causale dell'atto negoziale⁸⁵⁶.

Ed è questo profilo che ritengo vada valorizzato.

b) Causa e mozione causale

In altri termini, la volontà delle parti che gode degli effetti di cui al d.p.r. 131/1986 (mi riferisco, con tutta evidenza, non solo all'assoggettamento al prelievo, bensì anche agli ulteriori effetti esemplificati in parte dall'art. 18 di detto T.U.) è quella che, manifestando un profilo causale approvato dall'ordinamento, esplica (esattamente per questo motivo) una modificazione giuridico – economica ritenuta meritevole di tutela ai sensi dell'art. 1322 c.c.

⁸⁵⁵ (Girelli, 2012), p. 99. Si tratta di considerazioni, come già osservato, che cronologicamente si situano prima dell'approvazione dell'art. 10bis dello Statuto del Contribuente. Tuttavia mi pare che esse siano assolutamente attuali, non foss'altro in quanto miranti ad offrire un'interpretazione costituzionalmente orientata della materia *de qua*.

⁸⁵⁶ E' tema del tutto eccentrico rispetto a quello del presente lavoro, comunque la causa, richiesta ex art. 1325 c.c. quale requisito del contratto, rappresenta un tema assolutamente tormentato per la civilistica. Se la si può definire quale «*ragione pratica del contratto, cioè, l'interesse che l'operazione contrattuale è diretta a soddisfare*», [sic in (Bianca, 2000), p. 447], ponendo in luce come essa sia il fondamento della rilevanza giuridica dell'accordo intercorso tra le parti, che essa serva quale criterio di interpretazione, di qualificazione, non ci può tuttavia esimere dal porre in luce come essa non goda di consenso tra i dottori in ordine alla sua struttura. Il nostro diritto positivo ha optato per un'ipotesi della medesima intesa quale «funzione economico – sociale del negozio», al punto che il Betti l'ha poi definita quale «*funzione d'interesse sociale dell'autonomia privata*», in (Betti, 1960), p. 183. Ancora più pregnanti mi paiono le osservazioni di Gazzoni, a mente del quale andrebbe recuperata l'attenzione al momento soggettivo della causa, non nel senso di identificare la causa con lo scopo soggettivo, bensì sottolineando «*come più che funzione economico sociale, dovrebbe parlarsi di "funzione economico individuale", in tal modo ponendosi in luce che proprio l'identificazione tra causa e tipo ha portato a premettere l'analisi del concreto contesto economico in cui i privati agiscono*», in (Gazzoni, 2009), p. 808. Così operando si potrebbe correttamente concepire la causa quale «ragione dell'affare» [cfr. (Bianca, 2000), p. 452], come giustificazione dei movimenti dei beni da un individuo all'altro, quale essa emerge dal concreto atteggiarsi degli interessi nel caso singolo, desumibili in concreto, se del caso, dalla più complessa operazione economica, come annota nuovamente Gazzoni in (Gazzoni, 2009), p. 808. Senza, ovviamente, addentrarsi in dette diuturne dispute, mi pare si possa comunque mettere in luce come la causa afferisca direttamente alla funzione socio – economica delle pattuizioni negoziali. Con il che anche l'art. 20 TUR non può dimenticarsene, e non si possono anche per detta natura negligenza gli effetti giuridico – economico - sociali degli atti sottoposti a registrazione.

E solo questa volontà che rileva ai fini dell'imposta di registro, non certo quella legata alla totipotenza del dogma della volontà. *Rectius*, della volontà così come ipostatizzata dalla "rivoluzione volontaristica" e giunta sino ad oggi.

Anzi, è proprio l'accordo negoziale (negli atti negoziali soggetti a registrazione), intrinsecamente relazionale e dialogico, a richiedere un'interpretazione inerente la propria precettività. E detta attività ermeneutica deve considerarsi volta ad «accertare il contenuto sostanziale del contratto».

Con il che si deve concludere che «il significato del contratto deve rispondere a ciò che le parti hanno inteso stabilire. Ma questa intenzione intanto rileva in quanto si sia obbiettivizzata e resa riconoscibile. L'interpretazione, precisamente, non è volta ad accertare la volontà dell'uno e la volontà dell'altro contraente, ma quella volontà che si sia tradotta nell'accordo e che abbia pertanto acquisito un'espressione socialmente rilevante»⁸⁵⁷.

Ciò che asserisce l'illustre civilista è senz'altro vero, ma mi pare che in sede di interpretazione degli atti ai sensi dell'art. 20 TUR sia richiesta all'interprete un'attività ulteriore, nonché, cronologicamente successiva e che prevede che l'attività ermeneutica sia compiuta⁸⁵⁸. E ritengo che detta attività sia descrivibile come un'attività di qualificazione, intesa in termini «rigorosamente oggettivi e del tutto distaccati dalla volontà privata»⁸⁵⁹.

Si tratta di un'attività ricostruttiva che, per l'appunto, punta direttamente agli effetti dell'atto giuridico (effetti senz'altro voluti per lo più dalle parti, ma non necessariamente e non solamente ed, in ogni caso, non riferibili ad un mero moto volontaristico dei paciscenti), così come dispiegantesi nel traffico giuridico⁸⁶⁰.

⁸⁵⁷ (Bianca, 2000), p. 408.

⁸⁵⁸ *Rebus sic stantibus*, mi sento di poter asserire che il dilemma inerente l'applicazione dell'art. 1362 c.c. ai fini della determinazione della base imponibile ex art. 20 TUR vada risolto in questo senso. Sul punto ritengo quindi che erri la dottrina già citata, la quale ne esclude l'applicabilità. In realtà, ciò mi pare nasconda dei pregiudizi epistemici inerenti una concezione rappresentazionale della verità da un lato e, dall'altro, l'incoscia adesione alla concezione della *voluntas* totipotente che s'è tentato di indagare nel corso del presente lavoro. Senza entrare nel merito, ritengo che abbia ragione Gazzoni allorché dica che prima vada interpretato l'atto, quindi vada qualificato. Ed è allora che, come già ripetuto, emerge la forza causale dell'atto, ossia la capacità di produrre gli effetti di cui all'art. 20 TUR. In questo senso il contegno che le parti avranno dopo la stipulazione di un negozio, potrà rilevare (tenendo conto che si tratta di fattispecie tutto sommato rara, in quanto all'Ufficio potrà pervenire solo in quanto contenuta in atti, ma ciò non è impossibile: si pensi, ad es., ad una sentenza soggetta a registrazione, ove la materia del contendere sia rappresentata da un contratto; è evidente che le parti, nelle prove che dedurranno potranno ben far risaltare dei comportamenti che poi il giudice richiama nella decisione e che potranno aiutare l'A.F., ma anche i difensori delle parti nel caso in cui l'Agenzia delle Entrate emetta un avviso di liquidazione dell'imposta su detto atto, a qualificare causalmente nel modo più corretto il negozio enunciatore nell'atto giudiziario *de quo*).

⁸⁵⁹ (Gazzoni, 2009), p. 809.

⁸⁶⁰ Non afferma forse qualcosa di assolutamente analogo la Suprema Corte, allorché si pronuncia come nella sent. n. 16345/2013 «La previsione normativa di cui all'art. 20, D.P.R. n. 131 del 1986, nella parte in cui sancisce che l'imposta è applicata secondo la intrinseca natura e gli effetti giuridici degli atti presentati alla registrazione, anche se non vi corrisponda il titolo o la forma apparente, comporta che, ai fini fiscali, la causa reale della volontà negoziale prevale sull'assetto cartolare impresso dalle parti. L'autonomia contrattuale nella scelta

Orbene, ciò va rinvenuto nella *causa*⁸⁶¹ così intesa. Questa, ovviamente, risentirà della volontà dei paciscenti, ma non sarà per nulla esauribile in essa, né tutto ciò che essi avranno *voluto* sarà per ciò stesso vigente con efficacia autoregolamentativa tra i paciscenti.

Si tratta di una *mozione causale* giuridica, che produce determinati effetti, obiettivamente. Ed è una causa innestata essenzialmente entro il tessuto delle relazioni giuridiche fra gli uomini. Ed è essa che *causa* gli effetti giuridici, che, per l'appunto, sono assunti dal legislatore come criterio di determinazione della base imponibile ai fini del prelievo di registro⁸⁶².

Si tratta, ovviamente, di un qualcosa di profondamente diverso dalla volontà assoluta e totipotente: la volontà umana ha forza causale, ma essa è *costretta* alla relazione dialogica, a rinvenire un *quid commune* nella relazione con la controparte. Ed è questo che rileva, un punto d'incontro che rappresenta l'accordo e che, come bene mette in luce la dottrina, non consiste nelle dichiarazioni negoziali dei paciscenti, bensì le astringe e le presuppone. E si pone nel reale capace di modificazioni.

degli strumenti ritenuti più idonei per il conseguimento dello scopo perseguito e la rilevanza degli effetti giuridici dei singoli negozi ad esso preordinati restano, dunque, circoscritte sul piano della regolamentazione formale degli interessi delle parti e non si estendono alla loro rilevanza fiscale. La richiamata disposizione, invero, introduce un criterio di qualificazione autonomo, rispetto alle ordinarie ipotesi interpretative civilistiche, che impone di tener conto, nella qualificazione del negozio, della sua causa reale e degli interessi effettivamente perseguiti. Seppure, dunque, non si prescinde dalla interpretazione delle volontà contrattuali, secondo i canoni generali, nella individuazione della materia imponibile va data preminenza assoluta alla causa reale sull'assetto cartolare».

⁸⁶¹ Credo sia assolutamente degno di nota il ritornare ancora una volta del dogma causale. Si pensi alla teoresi oliviana, alla volontà che immette un *aliquid reale* nelle fattispecie giuridiche, ed a tutta l'origine nettamente causalistica della *voluntas*. Tuttavia esso è inteso non in senso assoluto, bensì relazionale, depotenziando così l'ideologia della "rivoluzione volontaristica".

⁸⁶² E' evidente che l'interpretazione degli atti negoziali, su cui ci si è più lungamente soffermati, sia differente rispetto a quella inerenti gli atti giuridici in senso stretto, oppure, ancora, gli atti giudiziari. Se s'è scelto di dedicare più attenzione alle fattispecie negoziali è dovuto, oltre alla circostanza che, tradizionalmente, l'attenzione dei commentatori dell'imposta *de qua* s'è lungamente arrovellata attorno al rilievo da dare alla volontà dei paciscenti. Ciò in relazione al criterio ermeneutico di cui all'art. 20 TUR (in contrasto specie con l'art. 1362 c.c.). Sono del parere che questo affaticarsi della dottrina sia stato ingenerato sia dalle precomprensioni inerenti il dogma della volontà, che dall'impulso pavloviano che spinge soventi i giuristi a conferire un'efficacia causale pressoché assoluta alla volontà (cosa che si rivela non solo un dogma ricostruttivo, bensì un *aliquid* che non trova rispondenza entro il campo dell'esperienza, come mostra *in claris* l'imposta di registro che, si ricorda, ha altresì l'effetto di certificare e controllare il traffico giuridico all'interno dell'ordinamento). In realtà l'art. 20 TUR opera una parificazione delle fattispecie ad effetto giuridico, sottoponendole a tassazione a seconda degli effetti da queste prodotti. A tal fine la volontà ha certamente un'efficacia "genetica" (nel senso di costituire la "genesì") delle fattispecie negoziali. Ed, ovviamente, essa è fondamentale per ricostruire la struttura obiettiva dell'atto. Ma essa si ferma qui, non è onnipotente, ciò che rileva è il propagarsi dei riverberi effettuali dell'atto entro la realtà giuridica. Lo stesso dicasi per gli altri atti soggetti a registrazione. Ritengo sia degno di nota e rilevante a tal fine la previsione di cui all'art. 22 TUR, il quale prevede la registrazione (con conseguente assestamento a prelievo) degli atti enunciati posti in essere fra le stesse parti dell'atto sottoposto a registrazione. Essi rilevano in forza del loro *effetto*.

Ceteris verbis, mi pare non sia azzardato concludere che la causa rappresenta il punto d'incontro tra l'accordo tra le parti e l'ingresso di questo nella realtà giuridica esperienziale, essenzialmente relazionale e plurale.

A tal fine credo sia opportuno richiamare le già citate osservazioni di Gazzoni, a mente del quale andrebbe recuperata l'attenzione al momento soggettivo della causa, non nel senso di identificare la causa con lo scopo soggettivo, bensì sottolineando «*come più che funzione economico sociale, dovrebbe parlarsi di "funzione economico individuale", in tal modo ponendosi in luce che proprio l'identificazione tra causa e tipo ha portato a pretermettere l'analisi del concreto contesto economico in cui i privati agiscono*»⁸⁶³. Così operando si potrebbe correttamente concepire la causa quale «*ragione dell'affare*»⁸⁶⁴, come giustificazione dei movimenti dei beni da un individuo all'altro, quale essa emerge dal concreto atteggiarsi degli interessi nel caso singolo, desumibili in concreto, se del caso, dalla più complessa operazione economica, come annota nuovamente Gazzoni⁸⁶⁵. In altri termini, citando nuovamente Bianca, occorre accertare «*la ragione concreta del contratto*», id est, avere a mente «*che la nozione di causa quale funzione pratica del contratto può avere una sua rilevanza solo in quanto si accerto la funzione che il singolo contratto è diretto ad attuare*», e ciò significa ricercare l'interesse concretamente perseguito⁸⁶⁶.

Il che significa, avere a mente il voluto dalle parti e di come esso sia configurato per immettersi nel reticolo delle relazioni giuridiche, di come esso venga recepito e possa attuarsi concretamente entro il traffico giuridico⁸⁶⁷.

c) Imposta di registro e volontà giuridica moderna.

Ritengo sia assolutamente degno di nota che ai fini dell'imposta di registro soltanto ciò abbia rilevanza⁸⁶⁸. E, ribadisco, non solo ai fini di determinare la base

⁸⁶³ (Gazzoni, 2009), p. 808.

⁸⁶⁴ (Bianca, 2000), p. 452.

⁸⁶⁵ (Gazzoni, 2009), p. 808.

⁸⁶⁶ (Bianca, 2000), pp. 452 – 453.

⁸⁶⁷ Ritengo che ciò che si va osservando in questa sede si situa in un terreno concettualmente contiguo rispetto alla struttura di volontà elaborata da Aristotele nell'Etica Nicomachea e su cui ha posto con vigore l'attenzione Paolo Moro dapprima nel suo saggio dedicato ai diritti indisponibili, quindi in uno scritto del 2009 [Riprendo qui le considerazioni che l'Autore svolge in (Moro, *Dignità umana e consenso all'atto medico. I diritti fondamentali del paziente e il problema della volontà*, 2009), pp. 146 e ss.]. Detta opera concerneva principalmente il consenso e l'autodeterminazione terapeutica, eppure credo che molte riflessioni siano estendibili tranquillamente anche ad altre branche della *scientia juris*, data la pervasività del concetto di *voluntas* cui s'è dedicata la presente opera. Mi riferisco ai già citati (Moro, *I diritti indisponibili - Presupposti moderni e fondamento classico nella legislazione e nella giurisprudenza*, 2004), pp. 166 e ss. e (Moro, *Dignità umana e consenso all'atto medico. I diritti fondamentali del paziente e il problema della volontà*, 2009), pp. 146 e ss.

⁸⁶⁸ *En passant*, mi sia consentito di annotare come, riservandomi di approfondire in seguito le considerazioni che ora andrò svolgendo, il criterio per salvaguardare le disposizioni di cui all'art. 20 TUR e di cui all'art. 10bis della l. 212/2000 vada proprio ricercato in termini causali (con attenzione altresì al collegamento negoziale), stante la causa così come ipostatizzata poc'anzi. Infatti, l'art. 20 mira a dare la corretta qualificazione in termini causali, determinando per ciò stesso

imponibile, bensì anche, per citare l'art. 18 del Testo Unico, per la rilevanza che l'ordinamento riconosce agli atti giuridici (ed utilizzo ora detto lemma in senso tecnico, così come scolpito dalla teorica negoziale), a tal punto che, a mezzo del tributo di registro, lo Stato «attesta l'esistenza degli atti ed attribuisce ad essi data certa di fronte ai terzi a norma dell'art. 2704 del codice civile».

In altri termini, per il traffico giuridico lo Stato ritiene rilevante non la volontà totipotente e le sue pretese, bensì quanto della volontà sia stato oggetto di accordo, ossia scaturisca e rappresenti la relazione dialogica tra i paciscenti, ciò che solo legittima l'autoregolamentazione dei privati e la forza cogente della fattispecie negoziale⁸⁶⁹, e che si traduce nella mozione causale che dà luogo alle modificazioni giuridiche⁸⁷⁰.

Quindi, da parte dell'Amministrazione Finanziaria, verrà applicata sull'atto, *rectius*, sui suoi effetti, l'imposta in misura fissa oppure questo costituirà la base imponibile per l'applicazione dell'imposta in misura proporzionale, a seconda di quanto prescritto dal legislatore⁸⁷¹.

l'imposta. Qualora invece dalla qualificazione in termini causali emerga che causa dell'atto sia stato un vantaggio fiscale indebito, la fattispecie applicabile sarà l'art. 10bis. Mi permetto di sottolineare altresì come non mi parrebbe del tutto ultroneo anche sollevare una nullità del negozio per illiceità della causa, dal momento che un vantaggio fiscale indebito è senza alcun dubbio da considerarsi *contra legem*. Ma, si ribadisce, si tratta di idee assolutamente abbozzate che mi riservo di approfondire in un futuro (auspicabilmente) prossimo. Tuttavia mi pare non essere eccessivamente distonica rispetto a quanto ora tratteggiato una recente pronuncia della Suprema Corte. Il riferimento, in particolare, è a quanto si legge nella sentenza n. 9582/2016: «L'art. 20 del D.P.R. n. 131/1986 non è disposizione predisposta al recupero di imposte eluse, perché l'istituto dell'abuso di diritto disciplinato dall'art. 10-bis della legge n. 212/2000 presuppone una mancanza di causa economica, che non è invece prevista per l'applicazione dell'art. 20 citato, norma che invece semplicemente impone, ai fini della determinazione dell'imposta di registro, di qualificare l'atto o il collegamento negoziale in ragione degli effetti oggettivamente raggiunti dal negozio o dal collegamento negoziale, come, per esempio, può avvenire con il conferimento di beni in una società e la cessione di quote della stessa, che, se collegati, potrebbero essere senz'altro idonei a realizzare oggettivamente gli effetti della vendita e cioè il trasferimento di cose dietro corrispettivo del pagamento del prezzo. La fattispecie regolata dall'art. 20 nemmeno ha a che fare con l'istituto della simulazione, atteso che la riqualificazione in parola avviene anche se le parti hanno realmente voluto quel negozio o quel collegamento negoziale e questo, appunto, perché ciò che conta sono gli effetti oggettivamente prodottisi».

⁸⁶⁹ Quanto ora asserito credo sia confermato altresì dagli artt. 51 e ss. TUR.

⁸⁷⁰ Al punto che l'art. 1372 c.c., com'è noto, asserisce che il contratto «ha forza di legge tra le parti». Mi preme altresì porre in luce come l'effettiva esistenza di un atto di volizione dei singoli non viene obliterata in alcun modo. E ritengo che la previsione di cui all'art. 38 TUR inerente la rilevanza della nullità e dell'annullabilità dell'atto. In altri termini, riprendendo considerazioni già più volte riprese nella stesura del presente lavoro, il pregiudizio epistemico riaffiorante sovente è il medesimo: non si tratta della messa in discussione della volontà, ovvero della costruzione dogmatica attorno alla volontà. Ciò che ingenera detti effetti, talvolta aporetici è il riferimento ad un dato concetto di volontà. Appunto, quello in questa sede chiamato *voluntas*, ovvero volontà giuridica *tout court*.

⁸⁷¹ Sul punto v'è un profluvio di letteratura, che tende ad inquadrare l'imposta di registro come tassa, ovvero come imposta, ovvero secondo una natura spuria, da valutare caso per caso. Per quanto concerne l'opinione qui prescelta, presumibilmente la natura spuria del tributo è quella che più rispecchia la sistematica del TUR. Secondo quest'impostazione, l'applicazione del tributo in misura proporzionale configurerebbe un'imposta, mentre invece la registrazione dell'atto con conseguente

Emerge da siffatto quadro, quindi, che la volontà che esplica i propri effetti nel mondo giuridico, la volontà cui, ex art. 20 d.p.r. 131/1986 l'ordinamento tributario⁸⁷² riconosce rilevanza quindi non ha alcuna attinenza con la *voluntas* assoluta e totipotente⁸⁷³ affermatasi a partire da quella che, nel corso del presente lavoro, si è denominata “rivoluzione volontaristica”.

Non si manifesta, fenomenologicamente quindi quale *domina ab - soluta*, bensì intrinsecamente relazionale. Ed è ad essa, e solo ad essa che l'art. 20 TUR riconosce rilevanza. Solo essa, infatti, è *causa* di effetti giuridici, quegli effetti costituenti il presupposto d'imposta per il prelievo di registro.

Se è consentito un provocatorio gioco di parole, in sede di conclusione di un lavoro dedicato alla genesi ed alla struttura di quella che s'è denominata quale “volontà giuridica”, è esattamente una volontà diversa dalla *voluntas* che viene in rilievo per il legislatore tributario!

E solo essa, è “giuridicizzata” e capace di mozione giuridica.

4. Considerazioni riepilogative

In conclusione, riprendendo alcune considerazioni svolte nel capitolo denominato “teologia del potere”, si rinvergono pure in detta sede alcuni dei riverberi della considerazione della *voluntas* totipotente cui s'è dedicata ampia parte del presente scritto.

Paradossalmente, tuttavia, ciò ha consentito l'emersione, al lume del diritto positivo e del diritto vivente, per non parlare dell'elaborazione dottrinale, che l'unica volontà possibile per il diritto tributario, in particolare per l'imposta di registro, sia una volontà relazionale e dialogica, innervata nella realtà del *Rechtsverkehr*.

Si tratta, in effetti, di un felice paradosso, di una fortunata eterogenesi dei fini, in quanto, ciò emerge... a cagione della gerarchia volontaristica, in forza della quale

pagamento dell'imposta in misura fissa, configurerebbe una tassa. Sul punto, rinvio a quanto espresso con chiarezza da Nicoletta Dolfin, in (Dolfin, 2014), p. 903. Ritengo utile anche la precisazione che l'autrice fa in ordine alla tassazione degli effetti giuridici più che dell'atto *in se*, come criterio distintivo tra l'imposta di registro e quella di bollo di cui al d.p.r. 642/1972.

⁸⁷² In realtà, presumibilmente, non soltanto l'ordinamento tributario, cfr. *supra*.

⁸⁷³ Cfr., *ex multis*, altresì quanto deciso dalla S.C. nella sentenza 6902/1988: «Nella determinazione del rapporto ai fini dell'applicazione dell'imposta di registro si deve aver riguardo non solo agli effetti voluti dalle parti, ma anche a quelli che il contratto è idoneo a produrre in forza della fattispecie normativa in cui si inquadra; in questa ottica e per quanto sia valido sempre il principio secondo il quale *in claris non fit interpretatio*, è necessario che il giudice non si fermi al significato letterale delle parole, ma ricerchi in ogni caso la comune volontà delle parti, secondo il canone della totalità dell'interpretazione, sicché l'elemento letterale escluda la necessità di ulteriori indagini solo quando l'effettivo contenuto precettivo del negozio emerge in modo certo e immediato dal dato testuale».

una volontà poziore quale quella del legislatore mette in evidenza la possibile sussistenza di una volontà *altra*.

In forza dell'art. 20 TUR, quindi, la gerarchia dominante, come già messo in luce, corollario indefettibile della volontà moderna, mostra di reputare rilevante solo una volontà *diversa*.

Ciò nonostante, si noti come la gerarchia dominativa imposta dalla concezione volontaristica improntata alla volontà assoluta, quale totipotente mozione, permane sullo sfondo.

Innanzitutto in quanto essa comunque *impone* un proprio comando. In secondo luogo perché essa replica perfettamente le sfere di competenza di cui alla teologia del potere: le volontà dei paciscenti sono infatti concepite come *assolute* entro i limiti che ad esse sono riconosciuti propri. Salvo poi riconoscere che l'effetto causale è molto limitato e che la totipotenza, vista l'intrinseca relazionalità del fenomeno giuridico (e del fenomeno giuridico privatistico in particolare) impinge a considerare tutt'altro.

Ed, appunto, ancora una volta, ritengo che anche ciò che emerge in controluce dall'art. 20 del d.p.r. 131/1986 spinge gli operatori giuridici a ripensare il concetto di volontà.

Bibliografia

- R. Aaron, *John Locke*, Clarendon Press, Oxford 1955
- F. Accroca, *Ordinem vestrum un pronunciamento fragile e resistente*, in *Frate Francesco, rivista di cultura francescana*, 81 (2), 2015, pp. 477 e ss.
- Alessio, F., “*Simplicitas*” e “*paupertas*” da Ruggero Bacone a Guglielmo d'Occam, in G. Francioni (A cura di), *Studi di storia della filosofia francescana*, Pisa: ETS, 2002, pp. 145 e ss.
- Alpa G., *Salute (diritto alla)*, in *Novissimo Digesto Italiano - Appendice*, 1986, p. 914 e ss.
- Amato S., *Bodily invasion*, in L. Palazzani (A cura di), *Doveri e diritti alla fine della vita*, pp. 109 – 126, Roma, Studium, 2010
- Ambrosetti G., *Diritto naturale cristiano*. Giuffrè, Milano 1985
- Andronico A., *Il regalo di Holden. Riflessioni sul dono e sulla cura*, in L. Palazzani (a cura di), *Doveri e diritti alla fine della vita*, Studium, Roma 2010, pp. 91 e ss.
- Andronico A., *Falso movimento: il tempo post-secolare*, in L. Palazzani (a cura di), *Filosofia del diritto e secolarizzazione - Percorsi, profili, itinerari*, Studium, Roma 2011, pp. 87 e ss.
- Astuti G., *Legge [dir. intermedio]*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIII, 1973
- Austin J. L., *How to Do Things with Words*, Cambridge University Press, Cambridge – Massachussets 1962
- Austin J. L., *Come fare cose con le parole*. (C. Penco, M. Sbisà, A cura di, & C. Villata, Trad.), Marietti, Genova 1987
- Azzalini M., *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* (I), 2008, pp. 65 e ss.
- Barni M., *Diritti-doveri, responsabilità del medico*, Milano, Giuffrè 1999
- Bartoli L., *Il manifesto francescano di Perugia del 1322 alle origini dei fraticelli 'de opinione'*, in *Picenum Seraphicum*, 1974, pp. 204 e ss.
- Bastit M., *Naissance de la loi moderne. La pensée de la loi de saint Thomas à Suárez*, Paris, PUF 1990
- Baudry L., *Guillaume d'Occam. Sa vie, ses oeuvres, ses idées sociales et politiques*, in *Revue Philosophique de Louvain*, LVI (44), 1956, pp. 626 e s.
- Baudry L., *L'Ordre franciscain au temps de Guillaume d'Occam*, in *Medieval Studies*, 27, 1965, pp. 184 e ss.
- Bazzicalupo L., *Locke e il paradigma biopolitico*, in G. M. Chiodi, & R. Gatti (a cura di), in *La filosofia politica di Locke*, Milano, Franco Angeli 2005, pp. 143 e ss.
- Bellino F., *Bioetica e qualità della vita. Fondamenti*, Nardò, BESA 1999
- Belloni I., *Una dottrina «assai strana». Locke e la fondazione teologico-deontologica dei diritti*, Giappicchelli, Torino 2008

- Benciolini P., *Il diritto alla salute. Pace, diritti dell'uomo, diritti dei popoli*, (I), 1988, pp. 48 e ss.
- Berg, T. C., & Laycock, D., *The Mistakes in Locke v. Davey and the Future of State Payments for Services Provided by Religious Institutions*, in *Tulsa Law Review* (227), 2004
- Berliri A., *Le leggi di registro*, Milano, Giuffrè 1960
- Betti E., *Teoria generale del negozio giuridico*. Torino, UTET 1960
- Bettoni E., *Le dottrine filosofiche di Pier di Giovanni Olivi*, Milano, Vita e Pensiero 1959
- Bianca C. M., *Il contratto* (II ed.), Milano, Giuffrè 2000
- Bigliuzzi Geri, L., Breccia, U., Busnelli Francesco, & Natoli, U., *Diritto civile. Vol. 1: Norme, soggetti e rapporto giuridico. Fatti e atti giuridici*, Torino, UTET 1992
- Bobbio N., *Locke e il diritto naturale*, Torino, Giappicchelli 1963
- Boenher P., *Ockham's Political Ideas*, in *Review of Politics* (V), 1943, pp. 462 e ss.
- Boenher P., *The "Tractatus de Successivis" attributed to William Ockham*, in *Philosophical Review*, LIV, 1945, pp. 519 e ss.
- Brett A. S., *Liberty, right and nature: Individual Rights in later Scholastic Thought*, Cambridge University Press, Cambridge 1997
- Burdese A., *Manuale di diritto privato italiano*, Torino, UTET 1974
- Burr D., *The persecution of Peter Olivi*, in *American Philosophical Society*, Philadelphia 1967
- Burr D., *Olivi e la povertà francescana*. (L. Bergamaschi, Trad.), Edizioni Biblioteca Francescana, Milano 1992
- Busani A., *L'imposta di registro*, Milano IPSOA 2009
- Buscaroli S., *La povertà francescana secondo San Bonaventura*, Editrice Miscellanea Francescana, Roma 1978
- Cannata C., *Labeone, Aristone e il sinallagma*, in *IURA* (LVIII), 2010, pp. 33 e ss.
- Capitani O., *Il francescanesimo ed il papato da Bonaventura a Pietro di Giovanni Olivi: una riconsiderazione*, in *Ricerche storiche*(13), 1983, pp. 595 e ss.
- Caravita B., *La disciplina costituzionale della salute*, in *Diritto e società*, I, 1984, pp. 55 e ss.
- Cariota Ferrara L., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1945
- Carlassare L., *Libertà d'iniziativa economica e tutela della salute nella Costituzione*, in *Rivista Trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1992, pp. 605 e ss.
- Casalini B., *L'eredità lockiana e la tradizione liberale*, in *La filosofia politica di Locke*, Franco Angeli, Milano 2005, pp. 95 e ss.
- Cavalla F., *Sapienza e rapporti intersoggettivi - Riflessioni su alcuni testi di S. Agostino*, Padova, CEDAM 1970
- Cavalla F., *La prospettiva processuale del diritto. Saggio sul pensiero di Enrico Opocher*, CEDAM, Padova 1991
- Cavalla F., *La verità dimenticata. Attualità dei presocratici dopo la secolarizzazione*, CEDAM, Padova 1996
- Cavalla F., *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* CEDAM, Padova 2009, pp. 57 e ss.
- Cavalla F., *All'origine del diritto al tramonto della legge*, Jovene, Napoli 2011

- Cavalla F., *Appunti intorno al concetto di secolarizzazione*, in L. Palazzani (a cura di), *Filosofia del diritto e secolarizzazione - Percorsi, profili, itinerari*, Roma, Studium 2011, pp. 11 e ss.
- Cavalla F., *Topica giuridica*, in *Enciclopedia del diritto*, XLIV, pp. 720 e ss.
- Cesarini Sforza W., *Diritto soggettivo*, in *Enciclopedia del Diritto* (XII), 1964
- Chenu M. D., *Introduzione allo studio di S. Tommaso*, Libreria Editrice Fiorentina, Firenze 1953
- Clark D. W., *Voluntarism and Rationalism in the Ethics of Ockham*, in *Franciscan Studies* (XXXI), 1971, pp. 27 e ss.
- Clasen S., *Tractatus Gerardi de Abbatisvilla contra adversarium perfectioni christianae*, in *Archivium Franciscanum Historicum* (XXI), 277, 1938
- Congar Y., *Aspects ecclésiologiques de la querelle entre Mendians et Séculiers dans la seconde moitié du XIIIe siècle et le début du XIVe*, in *Archives d'Histoire doctrinale et littéraire du Moyen Age* (XXXVI), 1961
- Costantini D., *La passione per la solitudine – Una lettura del “Secondo Trattato sul Governo” di John Locke*, Il Poligrafo, Padova 2003
- Cotta S., *Soggetto umano - Soggetto giuridico*, Giuffrè, Milano 1997
- Cox R. H., *Locke on war and peace*, Clarendon Press, Oxford 1960
- Crocker L. G., *Il contratto sociale di Rousseau*, Società Editrice Internazionale, Torino 1968
- Cubeddu R., *Frontiere temporali dell'individualismo*, in *La filosofia politica di Locke*, Franco Angeli, Milano 2005, pp. 149 e ss.
- D'Agostino F., *La filosofia del diritto in un'epoca di secolarizzazione*, in L. Palazzani (a cura di), *Filosofia del diritto e secolarizzazione - Percorsi, profili, itinerari*, Studium, Roma 2011, pp. 85 e ss.
- Dalla Massara T., *Alle origini della causa del contratto - Elaborazione di un concetto nella giurisprudenza classica*, CEDAM, Padova 2004
- Dalla Massara T., *Ancora sul valore del richiamo al sinallagma in Labeone ed Aristone*, in *Studi in onore di Remo Martini*, vol. I, Giuffrè, Milano 2008, pp. 827 e ss.
- Dalla Massara T., *La causa del contratto nel pensiero di Aristone: della necessità di un concetto*, in *Seminarios complutenses de derecho romano* (XXII), 2009, pp. 251 e ss.
- Damiata M., *Guglielmo di Ockham: povertà e potere. Il problema della povertà evangelica e francescana nel sec. XIII e XIV*, in *Origine del pensiero politico di G. D'Ockham*, Edizioni Studi Francescani, Firenze 1978
- Davidson D., *Azioni ed eventi*, Il Mulino, Bologna 2000
- De Lagarde G., *Alle origini dello spirito laico, vol. I - Bilancio del XIII secolo*. (A. Barbieri, Trad.), Morcelliana Brescia 1961
- Delorme F. M., *Question de P. J. Olivi "quid ponat jus vel dominium" ou encore "De signis voluntariis"*, in *Antonianum* (XX), 1945, pp. 309 e ss.
- Guglielmo di Ockham, *Il filosofo e la politica* (a cura di F. Camastra), Bompiani, Milano 2002
- Guglielmo di Ockham, *Dialogo sul papa eretico*. (A. Salerno, A cura di, & A. Salerno, Trad.), Bompiani, Milano 2015

- Dolfin N., *L'imposta di registro*, in G. Falsitta (A cura di), *Manuale di diritto tributario. Parte speciale. Il sistema delle imposte in Italia*, Padova, CEDAM 2014, pp. 901 e ss.
- Douie D., *The Conflict Between the Seculars and Mendicants at the University of Paris in the Thirteenth Century*, Aquinas Society of London, London 1954
- Douie D. L., *The Conflict Between the Seculars and the Mendicants at the University of Paris in the Thirteenth Century*, Blackfriars, London 1954
- Dunn J., *Il pensiero politico di John Locke*, (B. Fontana, & P. Pasquino, Trad.), Il Mulino, Bologna 1992
- Duns Scotus J., *De perfectione statuum*, in *Joannis Duns Scoti Opera Omnia - Editio Nova*, vol. XXVI, Vivés, Paris 1895, pp. 501 e ss.
- Ehrle F., *Petrus Johannis Olivi, sein Leben und seine Schriften*, in *Archiv für Literatur und Kirchengeschichte des Mittelalters* (III), 1887, pp. 409 e ss.
- Elizondo F., *Bulla «Exiit qui seminatus» Nicolai III*, in *Laurentianum* (IV), 1963, pp. 59 e ss.
- Emmen A., *La dottrina dell'Olivi sul valore religioso dei voti*, in *Studi Francescani* (LXIII), 1966, pp. 88 e ss.
- Gilson E., *Giovanni Duns Scoto. Introduzione alle sue posizioni fondamentali*, Jaca Book, Milano 2007
- Euchner W., *La filosofia politica di Locke*, Laterza, Roma – Bari 1995
- Eusebi L., *Il dolo come volontà*, Morcelliana, Brescia 1993
- Falsitta G., *Manuale di diritto tributario. Parte generale*, CEDAM, Padova 2012
- Fantozzi A., *Il diritto tributario*, UTET, Torino 2003
- Fassò G., *Il giusnaturalismo e la teoria moderna del diritto e dello stato*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* (III), 1962, pp. 813 e ss.
- Fassò G., *Scritti di filosofia del diritto* (Vol. II), (a cura di E. Pattaro, Faralli Carla, & G. Zucchini) Giuffrè, Milano 1982
- Fassò G., *La legge della ragione*, Giuffrè, Milano 1999
- Fassò G., *Storia della filosofia del diritto* (Vol. I), Laterza, Roma - Bari 2001
- Fassò G., *Storia della filosofia del diritto* (Vol. II), Laterza, Roma - Bari 2001
- Ferrari A. M., *Registro (imposta di)*, in *Enciclopedia del diritto* (XXVI), 1991
- Fiaschi G., *Locke o dell'ambiguità di un moderno*, in G. M. Chiodi, & R. Gatti (a cura di), *La filosofia politica di Locke*, Franco Angeli, Milano 2005, pp. 33 e ss.
- Finnis J., *Aquinas: Moral, Political, and Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford 1998
- Folgado A., (1959). *La controversia sobre la pobreza franciscana bajo el pontificado de Juan XXII y el concepto de derecho subjetivo*, in *La ciudad de Dios* (172), 73 e ss.
- Fortin E. L., *On the presumed medieval origin of individual rights*, in R. F. Hassing (a cura di), *Final causality in nature and human affairs*, Press, Washington D.C. 1997
- Fries H., & Kretschmar G., (A cura di), *Il pensiero medievale*, Jaca Book, Milano 2005
- Frosini V., *Diritto Soggettivo*, in *Novissimo Digesto Italiano*, V, 1960, pp. 1047 e ss.
- Fuselli S., *La lanterna di Diogene: alla ricerca dell'uomo negli esperimenti di ibridazione*, in *Il filo delle Parche – Opinioni comuni e valori condivisi nel dibattito biogiuridico*, Franco Angeli, Milano 2009, pp. 91 e ss.
- Fuselli S., *Diritto Neuroscienze Filosofia. Un itinerario*, Franco Angeli, Milano 2014

- Fussenegger G., «*Littera septem sigillorum*» contra doctrinam Petri Jobannis Olivi edita, in: *Archivum Franciscanum Historicum* (47), 1947, pp. 51 e ss.
- Gaeta L., *Il seme di Locke – Interpretazioni del mercato immobiliare*, Franco Angeli, Milano 2006
- Galgano F., *Il problema del negozio giuridico*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1976, pp. 449 ss.
- Galgano F., *Negozio giuridico (dottrine generali)*, in *Enciclopedia del Diritto* (XXVII), 1977
- Gallo M., *Dolo (dir. pen.)*, in *Enciclopedia del Diritto* (XIII), 1964
- Gambino A. M., *Direttive anticipate e diritto privato*, in *Autonomia e autodeterminazione - Profili etici, bioetici e giuridici*, Editori Riuniti University Press, Roma 2011, pp. 115 e ss.
- Garofalo L., *Contratto, obbligazione e convenzione in Sesto Pedio*, in L. Garofalo (a cura di), *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, CEDAM, Padova 2006, pp. 339 e ss.
- Gazzoni F., *Manuale di diritto privato* (XIV ed.), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2009
- Ghisalberti A., Todescan, F., & Zanolli L., *Guiglielmo di Ockham*, CEDAM, Padova 2007
- Gilson E., *La filosofia nel medioevo*. (M. A. Del Torre, Trad.), La Nuova Italia, Firenze 1973
- Gilson E., *La filosofia di San Bonaventura*. (C. Marabelli, A cura di), Jaca Book, Milano 1995
- Gilson E., *Giovanni Duns Scoto*. (D. Riserbato, Trad.), Jaca Book, Milano 2008
- Girelli G., *Abuso del diritto e imposta di registro*, Giappicchelli, Torino 2012
- Gorla G., *Il potere della volontà nella promessa come negozio giuridico*, in *Rivista di diritto commerciale* (I), 1956
- Gratien P., *Histoire de la fondation et de l'evolution de l'Ordre des Frères Mineurs au XIII siecle*, Bibliotheca Seraphico – Capuccina, Paris 1928
- Greco A., *Il "nocciolo duro" del diritto alla salute*, in *La responsabilità civile* (IV), 2007, pp. 299 e ss.
- Greco T., *Recensione a "L'idea dei diritti naturali. Diritti naturali, legge naturale e diritto canonico 1150-1625, Il Mulino, Bologna 2002 di B. Tierney, 2002*, <http://www.juragentium.org/books/it/tierney.htm>.
- Grossi P., *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale - Corso di storia del diritto*. CEDAM, Padova 1968
- Grossi P., *Usus facti. La nozione di proprietà nella inaugurazione dell'età nuova*, in *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 1972, pp. 287 e ss.
- Grossi P., *La proprietà nel sistema privatistico della Seconda Scolastica*, in P. Grossi (a cura di), *La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, Giuffré, Milano 1973, pp. 117 e ss.
- Grossi P., *'Usus facti' - La nozione di proprietà nella inaugurazione dell'età nuova*, in P. Grossi, *Il dominio e le cose. Percezioni medievali moderne dei diritti reali*, Giuffré, Milano 1992, pp. 123 e ss.
- Grossi P., *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffré, Milano 2007

- Hadot, P., *Porfirio e Vittorino* (G. Girgenti, Trad.), Vita e Pensiero, Milano 1993
- Henry B., *Lessici dei diritti, pragmatica della tolleranza. Una parziale rilettura di un testo lockiano*, in G. M. Chiodi, & R. Gatti (A cura di), *La filosofia politica di Locke*, Franco angeli, Milano 2005, pp. 173 e ss.
- Huizinga J., *L'autunno del medioevo*, BUR, Milano 1998
- Jacobelli M. C., *La povertà francescana e il capitalismo medioevale negli scritti di Pietro di Giovanni Olivi*, Casa Editrice Miscellanea Francescana, Roma 2014
- Jarraux L., *Pierre Jean Olivi, sa vie, sa doctrine*, in *Etudes Franciscaines*, 1933, 129 e ss.
- Jonas H., *Lo gnosticismo*, Società Editrice Internazionale, Torino 1973
- Jonas H., *Dalla fede antica all'uomo tecnologico*, Il Mulino, Bologna 1991
- Jonas H., *Il principio gnostico*, Morcelliana, Brescia 2011
- Kelley F. E., *Ockham, Avignon, before and after*, in A. Hudson, & M. Wilks (a cura di), *From Ockham to Wyclif* (Vol. V, p. 1 - 18), Ecclesiastical History Society, New York 1987
- Kilcullen J., *Natural Law and Will in Ockham*, in *History of Philosophy Yearbook*, I, 1993 pp. 1 e ss.
- Kirby G. J., *The Authenticity of the De Perfectione Statuum of Duns Scotus*. *The new Scholasticism* (7), 1933, pp. 134 e ss.
- Knysh G., *Ockham's avignon period: biographical rectifications*, in *Franciscan Studies*, 46, 1986. pp. 61 - 91
- Kolmer L., *Apologia Pauperum. Die Armutslehre Bonaventuras da Bagnoregio als Sozialtheorie*, in *Historisches Jahrbuch*, 1974
- Kramer M. H., *John Locke and the origins of private property – Philosophical explorations of individualism, community, and equality*, Cambridge University Press, Cambridge 1997
- Lambert M., *Povert  francescana: la dottrina dell'assoluta povert  di Cristo e degli Apostoli nell'Ordine francescano* (M. Colombo, Trad.), Biblioteca Francescana, Milano 1995
- Lambertini R., *Apologia e crescita dell'identit  francescana: 1255-1279*, Istituto Palazzo Borromini, Roma 1990
- Lambertini R., & Tabarroni, A., *Dopo Francesco: l'eredit  difficile*, Gruppo Abele, Torino 1989
- Locke J., *Saggio sull'intelletto umano*. (V. Cicero , & M. G. D'Amico, A cura di), Bompiani, Milano 2004
- Locke J., *Secondo trattato sul governo*. (A. Gialluca, Trad.), BUR, Milano 2009
- Longpr  E., *La philosophie du B. Duns Scot*, Soci t  et Librairie S. François d'Assise, . Paris 1924
- Macpherson C. B., *Libert  e propriet  alle origini del pensiero borghese – La teoria dell'individualismo possessivo da Hobbes a Locke*, ISEDI, Milano 1962
- Manti F., *Locke e il costituzionalismo*, Name Edizioni, Genova 2004
- Mantovani F., *Diritto penale. Parte generale*, CEDAM, Padova 2011

- Manzin M., *La natura (del potere) ama nascondersi*, in F. Cavalla (a cura di), *Cultura moderna e interpretazione classica - Temi e problemi di filosofia del diritto*, vol. I, CEDAM, Padova 1997, pp. 85 e ss.
- Manzin M., *Ordo Iuris. La nascita del pensiero sistematico*, Franco Angeli, Milano 2008
- Marchettoni L., *Ockham, i canonisti e l'atomismo dei diritti*, in *Iride* (III), 2006, pp. 527 e ss.
- Marchettoni L., *Ockham e l'origine dei diritti soggettivi*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* (XXXVII), 2008, pp. 21 e ss.
- Martini R., *Il mito del consenso nella dottrina del contratto*, in *Iura* (XLII), 1991, pp. 97 e ss.
- Matanic A., *Il pensiero di San Tommaso d'Aquino sulla vita religiosa, in particolare degli Ordini mendicanti*, in *Antonianum* (38), 1963, pp. 193 e ss.
- McGrade A. S., *The Political Thought of William Ockham*, Cambridge University Press, Cambridge 2009
- McGrade A. S., *Natural Law and Moral Omnipotence*, in P. V. Spade (a cura di), *The Cambridge Companion to Ockham*, Cambridge University Press, Cambridge 1999, pp. 273 e ss.
- Mengoni L., *Responsabilità contrattuale*, in *Enciclopedia del diritto*, 1988
- Merino J. A., *Storia della filosofia francescana*, Edizioni Biblioteca Francescana, Milano 1993
- Merriam J. R., *Finding A Ceiling In A Circular Room: Locke V. Davey, Religious Neutrality, And Federalism*, in *Temp. Pol. & Cin. Rts. L. Rev.*, 2007, pp. 103 e ss.
- Michael E., *Geschichte des deutsche Volkes, II*, Herder, Freiburg 1897 - 1975
- Micheli G. A., *Legge (diritto tributario)*, in *Enciclopedia del diritto* (XXIII), 1973
- Miethke J., *Ockhams Weg zur Sozialphilosophie*, De Gruyter, Berlin 1969
- Miethke J., *The concept of liberty in William of Ockham*. In *Théologie et droit dans la science politique de l'Etat moderne*, Publications de l'Ecole française de Rome, 1991, Roma, pp. 89-100
- Mingardo L., *Incontro alle sirene. Autodeterminazione e testamento biologico*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2015
- Mirabelli G., *Negoziio giuridico (teoria)*, in *Enciclopedia del diritto* (XXVIII), 1978
- Morandini D., *L'origine moderna del principio di autodeterminazione. Riflessioni critiche sul pensiero giuridico – politico di John Locke*, in *Tigor* (IV), 2012, pp. 89 e ss.
- Moro P., *L'essenza della legge. Saggio sul Minosse platonico*, in F. Cavalla (a cura di), *Cultura moderna e interpretazione classica - Temi e problemi di filosofia del diritto*, vol. I, CEDAM, Padova 1997, pp. 113 e ss.
- Moro P., *La via della giustizia*, Libreria Al Segno Editrice, Pordenone 2001
- Moro P., *I diritti indisponibili - Presupposti moderni e fondamento classico nella legislazione e nella giurisprudenza*, Giappichelli, Torino 2004
- Moro P., *Dignità umana e consenso all'atto medico. I diritti fondamentali del paziente e il problema della volontà*, in F. Zanuso (a cura di), *Il filo delle parche. Opinioni comuni e valori condivisi nel dibattito biogiuridico*, CEDAM, Padova 2009, pp. 131 e ss.
- Moro P., *Il diritto come processo. Una prospettiva critica per il giurista contemporaneo*, in P. Moro (a cura di), *Il diritto come processo. Principi, regole e brocardi per la formazione critica del giurista*, Franco Angeli, Milano 2012, pp. 9 e ss.

- Moro P., *Libertà indisponibile. Un percorso critico*, in F. Zanuso (a cura di), *Custodire il fuoco. Saggi di filosofia del diritto*, Franco Angeli, Milano 2013, pp. 121 e ss.
- Moro P., *Alle origini del Nòmos nella Grecia Classica*, Franco Angeli, Milano 2014
- Moro P., *La volontà relazionale nel reato. Contributo filosofico alla definizione del dolo*, in R. Borsari, L. Sanmicheli, & C. Sarra (a cura di), *Homo oeconomicus. Neuroscienze, razionalità decisionale ed elemento soggettivo nei reati economici. Atti del Convegno di Studi Padova, 28 novembre 2014*, Padova University Press, Padova 2015, pp. 63 e ss.
- Mortati C., *Costituzione dello Stato (dottrine generali e Costituzione della Repubblica italiana)*, in *Enciclopedia del Diritto* (XI), 1962
- Mossoff A., *Locke's Labor Lost*, in *Research Paper No. 01-14*, Michigan State University DCL College of Law, 2014
- Nastri M. P., *Il principio di alternatività tra imposta sul valore aggiunto e imposta di registro*, Giappichelli, Torino 2012
- Natoli S., *Soggetto e fondamento, studi su Aristotele e Cartesio*, Antenore, Padova 1979
- Navarini C., *Natura e valore dell'autonomia: riflessioni sul testamento biologico*, in *Autonomia e autodeterminazione - Profili etici, bioetici e giuridici*, Editori Riuniti University Press, Roma 2011, pp. 47 e ss.
- Nicoletti M., *L'individuo e le sue relazioni a partire dal Second Treatise di John Locke*, in G. M. Chiodi, & R. Gatti (a cura di), *La filosofia politica di Locke*, Franco Angeli, Milano 2005, pp. 113 e ss.
- Oakley F., *Oakley, Francis, "Medieval Theories of Natural Law: William of Ockham and the Significance of the Voluntarist Tradition"*, in *Natural Law Forum* (VI), 1961, pp. 65 e ss.
- Pacchi A., *Introduzione alla lettura del "Saggio sull'intelletto umano" di Locke*, UNICOPLI, . Milano 1983
- Padovani A., *Studi storici sulla dottrina delle sostituzioni*, Giuffrè, Milano 1983
- Pagani P., *Autonomia, autodeterminazione, libertà: una questione di senso*, in *Autonomia e autodeterminazione Profili etici, bioetici e giuridici*, Editori Riuniti University Press, Roma 2011 pp. 31 e ss.
- Paladin L., *Diritto Costituzionale*, CEDAM, Padova 1998
- Palermo Fabris E., *Diritto alla salute e trattamenti sanitari nel sistema penale - Profili problematici del diritto all'autodeterminazione*, CEDAM, Padova 2000
- Parisoli L., *Volontarismo e diritto soggettivo - La nascita medievale di una teoria dei diritti nella scolastica francescana*, Istituto Storico dei Cappuccini, Roma 1999
- Pasquino T., *Autodeterminazione e dignità della morte*, CEDAM, Padova 2009
- Pecham I., *Quaestiones disputatae*. (G. Etzkorn, H. Spettmann, & L. Oligier, a cura di), Editiones Collegii S. Bonaventurae ad Claras Aquas, Grottaferrata (RM) 2002
- Perlingieri P., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, ESI, Napoli 1972
- Pezzini B., *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Diritto Societario*, I, 1983, pp. 15 e ss.
- Pietro di Giovanni Olivi, *De usu paupere. The Quaestio and the Tractatus*. (D. Burr, a cura di), Leo S. Olschki Editore - University of Western Australia Press, Firenze - Perth 1992

- Pievatolo M. C., *Ambiguità liberali: la persistenza dello stato di natura*, in G. M. Chiodi, & R. Gatti (a cura di), *La filosofia politica di Locke*, Franco Angeli, Milano 2005, pp. 123 e ss.
- Polin R., *La giustizia nella filosofia di Locke*, in *Locke*, ISEDI, Milano 1978, pp. 262 e ss.
- Pugliatti S., *La logica e i concetti giuridici*, in *Rivista di diritto commerciale* (XXXIX), 1940, pp. 276 e ss.
- Pugliatti S., *Autonomia privata*, in *Enciclopedia del Diritto* (IV), 1959
- Rastello, L. *Il tributo di registro*, Soc. A.B.E.T.E. Editore, Roma 1955
- Reggio F., *Giustizia dialogica. Luci e ombre della Restorative Justice*, Franco Angeli, Milano 2010
- Reggio F., *'Norma del caso' e soluzioni concordate della controversia in ambito civile. Alcune riflessioni su una 'zona limite' della positività giuridica*, in P. Moro, & C. Sarra (a cura di), *Positività e giurisprudenza. Teoria e prassi nella formazione giudiziale del diritto*, Franco Angeli, Milano 2012, pp. 217 e ss.
- Ronco M., *Volontà anticipate e volontà attuale: quale autonomia?*, in C. Navarini (a cura di), *Autonomia e autodeterminazione - Profili etici, bioetici e giuridici*, Editori Riuniti University Press, Roma 2011, pp. 67 e ss.
- Russo P., *Manuale di diritto tributario. Parte generale*, Giuffrè, Milano 2007
- Sabatier P., *Vita di S. Francesco d'Assisi*, Porziuncola, S. Maria degli Angeli 2009
- Salanitri C., *Scienza morale e teoria del diritto naturale in Guglielmo di Ockham*, Interlinea, Novara 2014
- Samek Lodovici E., *Metamorfosi della gnosi. Quadri della dissoluzione contemporanea*, Ares, Milano 1991
- Santamaria B., *Registro (imposta di)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIX, 1988
- Santoro - Passarelli F., *Dottrine generali del diritto civile* (IX ed.), Jovene, Napoli 2012
- Sarra C., *Il diritto e il dilemma. Il modello giuridico di fronte alla scelta tragica*, in F. Zanuso, & S. Fuselli (a cura di), *Il lascito di Atena. Funzioni, strumenti e esiti della controversia giuridica*, Franco Angeli, Milano 2011, pp. 13 e ss.
- Sarra C., *Diritto e ordine. Riflessioni sul sistema delle fonti del diritto e sulla sua crisi*, Cleup, . Padova 2012
- Sarra C., *L'imposizione tributaria nell'era della positività pluritipica: la giustizia tributaria e la Filosofia del diritto contemporanea*, in F. Zanuso (a cura di), *Custodire il fuoro. Saggi di filosofia del diritto*, Franco Angeli, Milano 2013, pp. 223 e ss.
- Schleyer K., *Anfänge des Gallikanismus im 13. Jahrhundert (rist. anast.)*, Kraus Reproduction, Vaduz 1965
- Schlossmann S., *Der Vertrag*, Scientia Verlag, Aalen: 1980 - rist. anast. dell'edizione del 1876
- Scialoja V., *Negozi giuridici (Corso di diritto romano nell'anno accademico 1892-1893)* - III ed., Anonima Romana Editoriale, Roma 1938
- Scognamiglio R., *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Jovene, Napoli 2008
- Searle J., *Speech acts: an essay in the philosophy of language*, Cambridge University Press, . Cambridge 1969
- Searle J., *Atti linguistici. Saggio di filosofia del linguaggio*, (G. R. Cardona, Trad.), Bollati Boringhieri, Torino 1992

- Silbey S., *J. Locke, op. cit.: Invocations of Law on Snowy Streets*, in *Journal of Comparative Law*, 2007
- Simoncioli F., *Il problema della libertà umana in Pietro di Giovanni Olivi e Pietro de Trabibus*, Vita e Pensiero, Milano 1956
- Somma A., *Autonomia privata e struttura del consenso contrattuale. Aspetti storico - comparativi di una vicenda concettuale*, Giuffrè, Milano 2000
- Sommaggio P., *Contraddittorio giudizio mediazione. La danza del demone mediano*, Franco Angeli, Milano 2012
- Sommaggio P., Tetica I. Riflessioni preliminari. In F. Zanuso (A cura di), *Cusodire il fuoco*, Franco Angeli, Milano 2013, pp. 165 e ss.
- Spirato M., *San Bonaventura e la povertà francescana (l'Apologia Pauperum)*, in C. Blanco (a cura di), *Bonaventuriana. Miscellanea in onore di Jacques Guy Bougerol*, Antonianum, Roma 1988, pp. 417 e ss.
- Spoto G., *Questioni di fine vita tra modelli adottati in Europa, negli Stati Uniti e proposte interne*, in *Europa e diritto privato (IV)*, 2004, pp. 1176 e ss.
- Stella F., *La nozione penalmente rilevante di causa. La condizione necessaria*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1988, pp. 1256 e ss.
- Stolfi G., *Teoria del negozio giuridico*, CEDAM, Padova 1947
- Strauss L., *Diritto naturale e storia*, Il Nuovo Melangolo, Genova 2009
- Tarello G., *Profili giuridici della questione della povertà nel francescanesimo prima di Ockham*, Giuffrè, Milano 1964
- Tasso T. G., *Il diritto soggettivo. Analisi del concetto nella filosofia giuridica del Novecento*, CEDAM, Padova 2012
- Tesauro F., *Istituzioni di diritto tributario. Vol. II. Parte speciale*, Giappicchelli, Torino 2006
- Tierney B., *Origins of papal infallibility, 1150 - 1350: a study on the concepts of infallibility, sovereignty and tradition in the middle ages* (rist. ed.), E. J. Brill Academic Publishers, Leiden 1972
- Tierney B., *Church law and constitutional law in the middle ages*, Variorum, London 1979
- Tierney B., *The Idea of Natural Rights. Studies on Natural Rights, Natural Law and Church Law 1150-1625*, Scholar Press of Emory University, Atlanta 1997
- Tierney B., *L'idea dei diritti naturali. Diritti naturali, legge naturale e diritto canonico 1150-1625* (A. Melloni, A cura di, & V. Ottonelli, Trad.), Il Mulino, Bologna 2002
- Tocco F., *La questione della povertà nel secolo 14. : secondo nuovi documenti*, F. Perrella, Napoli 1910
- Todescan F., *Itinerari critici dell'esperienza giuridica*, Giappicchelli, Torino 1991
- Todescan F., *Il problema del volontarismo in Hobbes*, in F. Cavalla (a cura di), *Cultura moderna e interpretazione classica. Temi e problemi di filosofia del diritto vol. I*, CEDAM, Padova 1997, pp. 169 e ss.
- Todescan F., *Etiamsi daremus - Studi Sinfonici sul diritto naturale*, CEDAM, Padova 2003
- Todescan F., *Le radici teologiche del giusnaturalismo laico - Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico del sec. XVII*, CEDAM, Padova 2014
- Tonnies F., *Una tipica espressione del pensiero moderno*, in M. Mancini (a cura di), *Interpretazioni novecentesche di Thomas Hobbes*, Giappicchelli, Torino 1999, pp. 47 e ss.

- Trabucchi A., *Istituzioni di diritto civile* (XLVI ed. a cura di G. Trabucchi), CEDAM, Padova 2013
- Trapuzzano C., *Commento all'art. 1218 c.c.*, in *Codice civile commentato* (a cura di P. Cendon), Giuffrè, Milano 2009
- Trimarchi P., *Illecito (dir. priv.)*, *Enciclopedia del diritto* (XX), 1970
- Tuck R., *Natural rights theories. Their origin and development*, Cambridge University Press, Cambridge 1979
- Tuck R., *Natural rights theories: Their origin and development*, Cambridge University Press, Cambridge 1979
- Tully J., *A discourse on property. John Locke and his adversaries*, Cambridge University Press, Cambridge 1980
- Turner W., *Of Marriage and Monarchy; Why John Locke Would Support Same-Sex Marriage*, 2007 www.ssrn.com
- Uckmar A., *La legge di registro*, CEDAM, Padova 1958
- Uckmar A., & Uckmar V., *Registro (imposta di)*, in *Novissimo Digesto Italiano* (XV), 1968
- Velluzzi V., & Schiavello A., *Il positivismo giuridico contemporaneo: un'antologia*, Giappicchelli, Torino 2005
- Vendemiati A., *La legge naturale nella "Summa Theologiae" di San Tommaso d'Aquino*, Edizioni Dehoniane, Roma 1995
- Vendemiati A., *Dio come fondamento dell'etica nel pensiero di San Tommaso D'Aquino*, in *Salesianum* (68), 2006, pp. 657 e ss.
- Vendemiati A., *San Tommaso e la legge naturale*, Urbaniana University Press, Roma 2011
- Viano C. A., *John Locke: dal razionalismo all'illuminismo*, Einaudi, Torino 1960
- Villa V., *Il positivismo giuridico : metodi, teorie e giudizi di valore : lezioni di filosofia del diritto*, Giappicchelli, Torino 2004
- Villey M., *La gènese du droit subjectif chez Guillaume d'Occam*, in *Archives de philosophie du droit* (IX), 1964, pp. 97 e ss.
- Villey M., *La formazione del pensiero giuridico moderno* (R. D'Ettorre, & F. D'Agostino, Trad.), Jaca Book, Milano 1985
- Von Leyden W., *Hobbes and Locke. The politics of Freedom and Obligation*, The London School of Economics and Political Science, London 1981
- Wilks M., *Royal patronage and anti - papalism from Ockham to Wyclif*, in A. Hudson, & M. Wilks (a cura di), *From Ockham to Wyclif* (Vol. V), Ecclesiastical History Society, New York 1987, pp. 135 e ss.
- Windscheid B., *Diritto delle Pandette, vol. I: Del diritto in genere* (C. Fadda, & P. E. Bensa, Trad.), UTET, Torino 1930
- Yolton J. W., *John Locke*. (B. Morcavallo, Trad.), Il Mulino, Bologna 1990
- Zanuso F., *Conflitto e controllo sociale nel pensiero giuridico - politico moderno*, CLEUP, Padova 1993
- Zanuso F., *Neminem laedere. Verità e persuasione nel dibattito bio-giuridico*, CEDAM, Padova 2005
- Zanuso F., *L'indisponibile filo delle Parche. Argomentazione e decisione nel dibattito biogiuridico*, in *Il filo delle parche. Opinioni comuni e valori condivisi nel dibattito biogiuridico*, Franco Angeli, Milano 2009, pp. 3 e ss.

- Zanuso F., *L'ordine oltre le norme. L'incauta illusione del normativismo giuridico*, in F. Zanuso, & S. Fuselli (a cura di), *Il lascito di Atena. Funzioni, strumenti ed esiti della controversia giuridica*, Franco Angeli, Milano 2011, pp. 39 e ss.
- Zanuso F., *La fragile zattera di Ulisse*, in P. Moro, & C. Sarra (a cura di), *Positività e giurisprudenza. Teoria e prassi nella formazione giudiziale nel diritto*, Franco Angeli, Milano 2012, pp. 49 e ss.
- Zatti P., *Il corpo e la nebulosa dell'appartenenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2007, pp. 1 e ss.
- Zuckerman C., *The Relationship of Theories of Universals to Theories of Church Government: A Critique of Previous Views*, in *Journal of the History of Ideas*, 1973, pp. 579 e ss.