

L'essenza del diritto alla luce delle proposte di Sergio Cotta, Michel Villey e Javier Hervada: riflessioni conclusive

Carlos José Errázuriz

Pontificia Università della Santa Croce
errazuriz@pusc.it

DOI: [10.17421/2498-9746-05-37](https://doi.org/10.17421/2498-9746-05-37)

Sommario

Si studiano le proposte di Cotta, Villey ed Hervada sull'essenza del diritto. In primo luogo si evidenziano alcune linee comuni tra di loro: il rapporto tra il diritto e la giustizia, la necessità di uno sguardo ontologico, la specificità del diritto rispetto alla morale e alla politica, la rilevanza della filosofia giuridica per la scienza del diritto. Poi si descrivono i tre approcci nella loro diversità: l'ontofenomenologia del diritto in Cotta, il realismo giuridico classico in Villey ed in Hervada, prospettando anche un paragone tra entrambi. Da ultimo si offrono alcune considerazioni propositive che cercano di mostrare l'attualità di queste proposte, sottolineando che il diritto è inerente alle relazioni reali tra le persone, e la centralità della concezione del diritto come bene giuridico, ossia quale bene dell'altro in quanto oggetto della giustizia.

Parole chiave: *essenza del diritto, Cotta, Villey, Hervada, bene giuridico*

Abstract

We study the proposals of Cotta, Villey and Hervada on the essence of law and right. First of all, some common lines are highlighted between them: the relationship between law, right and justice, the need for an ontological look, the specificity of the juridical with respect to morality and politics, the relevance of juridical philosophy for the juridical science. Then we describe the three approaches in their diversity: the ontophenomenology of law in Cotta, the classic juridical realism in Villey and Hervada, also suggesting a comparison between both. Finally, we offer some propositional considerations that try to show the relevance of these proposals, underlining that right is inherent in real relations between people, and the centrality of the conception of right as a juridical good, that is, as a good of the other which is object of justice.

Keywords: *essence of law and right, Cotta, Villey, Hervada, juridical good*

INDICE

1	Premessa	695
2	Perché si possono accomunare Cotta, Villey ed Hervada nella comprensione di cos'è il diritto?	696
2.1	Il rapporto tra il diritto e la giustizia	696
2.2	La necessità di uno sguardo ontologico	697
2.3	La specificità del diritto	699
2.4	Il rapporto della filosofia giuridica con la scienza e l'arte del diritto	701
3	Il diritto nella sua essenza: un approccio alla luce del pensiero di Cotta, Villey ed Hervada	702
3.1	La diversità delle loro proposte	702
3.1.1	L'approccio ontofenomenologico di Cotta	702
3.1.2	L'approccio di Villey dal realismo giuridico classico	704
3.1.3	L'approccio di Hervada dal realismo giuridico classico	706
3.2	È possibile ricondurre ad unità la pluralità di proposte sull'essenza del diritto?	708
3.3	Alcune considerazioni propositive sulla comprensione dell'essenza del diritto	710
3.3.1	Il diritto è essenzialmente inerente alle relazioni reali tra le persone, per cui l'attività umana regolativa e giudiziaria è giuridica in rapporto a quelle relazioni	710
3.3.2	La specificità relazionale del diritto si coglie essenzialmente nelle cose in quanto giuste	711
3.3.3	Le cose giuste sono beni giuridici	714
3.3.4	La concezione del diritto quale bene giuridico è in grado di spiegare l'insieme del fenomeno giuridico e di vivificare la scienza e l'arte del diritto	717
4	A modo di conclusione: vale la pena rivisitare oggi questi autori e la tradizione che essi rappresentano per quel che concerne l'essenza del diritto	718
	Note	720

1 PREMESSA

Il nostro Convegno sull'essenza del diritto ha preso in considerazione contemporaneamente l'opera di tre maestri della filosofia del diritto: Sergio Cotta, Michel Villey, e Javier Hervada¹. Una valutazione complessiva in conclusione può certamente essere compiuta in molteplici modi. Ho scelto quello che mi è parso più semplice e direi naturale. Mi sono posto infatti questi tre interrogativi: perché si possono accomunare questi tre autori?, il confronto tra di loro dà luci sull'essenza del diritto?, e risulta attuale questa problematica? La mia relazione sarà quindi un tentativo di risposta a tali quesiti.

Prima di cominciare vorrei indicare la motivazione che da tempo mi ha spinto a considerarli in modo unitario. Essa si lega al mio rapporto di discepolo nei confronti di Hervada. È proprio da lui, e concretamente in quel periodo in cui si è dedicato soprattutto alla filosofia del diritto, che ho imparato ad apprezzare Villey e Cotta. Di Villey Hervada ha promosso la traduzione spagnola del *Précis Dalloz* di filosofia del diritto², in un'edizione caratterizzata da diverse note a piè di pagina scritte dallo stesso Hervada, nelle quali traspare lo sforzo per aiutare a comprendere il testo nonché il confronto talvolta amabilmente critico con un collega di cui si valuta molto positivamente l'insieme³. Di Cotta invece Hervada ha fatto pubblicare una versione in spagnolo della prima edizione di *Il diritto nell'esistenza*⁴, nella consapevolezza che con il filosofo italiano non esisteva quella convergenza nella riscoperta del realismo giuridico classico, che era alla base della sintonia con quello francese, essendoci però un sostrato profondo di coincidenza nella visione del diritto. Nella mia frequentazione con Cotta negli ultimi anni della sua vita ho constatato che tale coincidenza si alimentava da una percezione comune veramente ontologica di tutto il reale.

È proprio quel sostrato comune, ma limitatamente alla questione sull'essenza del diritto, che vorrei mettere in luce, con tutte le difficoltà di un tentativo che aspira solo ad indicare piste di riflessioni. In un secondo momento, desidero avviare un breve confronto costruttivo tra le loro posizioni per quel che riguarda la domanda su cos'è il diritto, senza pretendere uno studio dettagliato delle loro dottrine nelle varie fasi della loro produzione. Mio intento è che le intuizioni fondamentali di questi maestri ci possano aiutare a progredire nella conoscenza dell'essenza del diritto. Perciò mi sono chiesto se questa problematica, e pertanto le impostazioni di Cotta, Villey ed Hervada, e a monte quelle tradizioni di pensiero cui essi si rifanno, siano ancora illuminanti per oggi e per l'avvenire.

2 PERCHÉ SI POSSONO ACCOMUNARE COTTA, VILLEY ED HERVADA NELLA COMPRESIONE DI COS'È IL DIRITTO?

Sulla base di una mia lettura recente di alcuni libri significativi di questi tre autori proporrei quattro punti di coincidenza tra di loro, attenendomi sempre alla questione sull'essenza del diritto.

2.1 *Il rapporto tra il diritto e la giustizia*

Nella seconda edizione di *Il diritto nell'esistenza*, contenente l'ultima presentazione globale del suo pensiero, Sergio Cotta ha introdotto un nuovo capitolo su "Senso comune e teorie giuridiche odierne"⁵. All'inizio egli ha scritto:

proprio rispetto a questa domanda [che cos'è il diritto?] va preso in considerazione preliminare un dato assai significativo della contemporanea cultura giuridica (ma non solo di questa), che sollecita alla riflessione il filosofo del diritto. È il dato costituito dalla progressiva divaricazione, fino alla scissione attuale, tra ciò che il plurisecolare senso comune intende per diritto e le concezioni giuridiche odierne più largamente diffuse⁶.

L'intero capitolo è una lucida analisi di tale divaricazione. Mi limito a citare un'osservazione preliminare:

Il senso comune percepisce il fenomeno giuridico in termini di giustizia, della quale ha un'idea invero generica, ma spontanea e perciò convinta. Se si traduce in formula filosofica codesto convincimento, è lecito dire che per il senso comune la giustizia è l'essenza del diritto. Invece, per le concezioni odierne, diritto e giustizia appartengono a due ambiti diversi, nettamente separati tanto sul piano empirico dei fatti quanto su quello epistemologico della loro comprensione. Il diritto viene collocato sul piano dell'esserci constatabile di fatto, la giustizia su quello del valore o del *dover-essere*: la giustizia è l'ideale al quale deve (o dovrebbe) conformarsi il diritto empirico-fattuale. Pertanto, — parlando ancora Cotta su quelle concezioni odierne, radicalmente opposte al suo pensiero — il diritto per venir compreso e determinato nella sua essenza non ha da corrispondere alla giustizia, ritenuta una sua variabile aggiuntiva di tipo assiologico, che ne determina il *valore*⁷.

Dal canto suo, Michel Villey nel suo *Précis* di filosofia del diritto, mette in grande risalto il nesso tra diritto e giustizia. Infatti, egli presenta il diritto all'interno di una trattazione sui fini dell'arte giuridica, considerando la giustizia quale finalità tradizionale del diritto (inteso come arte del diritto). Le prime parole del suo discorso si agganciano al senso comune:

A prima vista niente sembra più banale che questa prima definizione secondo cui l'arte del diritto mira alla *giustizia*. Nel nostro mondo occidentale essa è la

più tradizionale. Il nostro linguaggio ce lo attesta. Noi associamo le due parole giustizia e diritto. Si dice che il giudice “fa giustizia” e che l’esercizio del diritto rientra nell’ambito “dell’amministrazione della giustizia”, “del ministero della Giustizia”⁸.

Dopo però aver constatato che queste espressioni hanno perso senso ai nostri giorni, e che la giustizia è per lo più interpretata come un sogno di uguaglianza o di libertà, Villey afferma la necessità di un ritorno alle fonti, specialmente ad Aristotele, di cui espone una visione sul diritto e la giustizia in cui giustizia e diritto appaiono intimamente legati⁹.

Nella sua *Introduzione critica al diritto naturale* Javier Hervada prende anche le mosse dall’arte del diritto inteso come l’arte di dire il giusto¹⁰, e abbina l’analisi della giustizia e del giusto, designando spesso il diritto proprio con quest’ultima parola che evoca il suo rapporto con la giustizia. Il diritto viene presentato all’interno della formula della giustizia — dare a ciascuno ciò che è suo —, come “ciò che è suo”, ossia il “*ius suum*” della tradizionale definizione ulpiana di giustizia¹¹. Molto caratteristica del suo approccio è l’affermazione secondo cui “*la giustizia segue il diritto*”, nel senso che la virtù della giustizia presuppone l’esistenza di un diritto¹².

Questa sintonia tra i tre autori nel legare inseparabilmente diritto e giustizia è tanto più rilevante quanto si desume da testi destinati alla didattica tra gli studenti di diritto, e perciò testi d’indole chiaramente elementare, che intendono parlare di nozioni fondamentali che sono propedeutiche rispetto a qualunque approfondimento ulteriore.

2.2 *La necessità di uno sguardo ontologico*

La visione che coglie l’inseparabilità tra diritto e giustizia implica un approccio ontologico. Questa seconda coincidenza di fondo è compatibile con una considerevole varietà di impostazioni in questi autori.

Il sottotitolo di *Il diritto nell’esistenza* di Cotta è molto espressivo: *Linee di ontofenomenologia giuridica*. Per illustrare questa peculiare sintesi tra ontologia e fenomenologia occorrerebbe una lunga ed approfondita trattazione. Ma in Cotta, come in ogni autore avente una propria filosofia, si verifica che il tutto è nel frammento. Perciò, mi accontento di una citazione, nella quale si evidenzia il suo sguardo ontologico e la sua capacità di integrare le acquisizioni altrui:

In questa prospettiva onto-esistenziale si chiarisce il riferimento essenziale della giuridicità: l’individuo umano o persona. Rosmini ha messo in lucida evidenza questo punto, là dove afferma l’identità di diritto e persona (da lui correttamente intesa nel senso di individuo umano), poiché essa “ha per la sua stessa essenza

tutti i costitutivi” del diritto; di qui la sua famosa formula incisiva: “la persona dell’uomo è il diritto umano sussistente”¹³. È proprio la persona a segnare il limite primario della libertà e quindi a costituire quella in “diritto sussistente”, cui è correlato l’altrui *dovere* di rispettarla. In questo primo diritto e nel corrispondente primo dovere (primo in ordine logico) viene dunque a manifestarsi il *dover-essere* (il *Sollen*) dell’esistenza, che delimita i confini della sua libertà, sottraendola ad esiti contraddittori e, al limite, nichilistici. Perciò il dover-essere esistenziale (e degli esistenti) — prima ancora di venir considerato conseguenza di valori (del buono, del giusto ecc.) e di un giudizio di valore — va ascritto nella sua origine all’esigenza dell’uomo di conformarsi nel vivere alla verità del proprio essere. Distaccandosi da questa, il soggetto non si libera ma dà inizio al processo della propria degradazione fino alla propria nientificazione¹⁴.

Questa visione ontologica dell’individuo in Cotta è certamente diversa dall’approccio iusfilosofico di Michel Villey, basato piuttosto sul concetto di natura. In questo momento non vorrei tentare di conciliare il loro pensiero, che è comunque ugualmente distante dall’individualismo. Ciò che mi preme sottolineare è che in Villey esiste anche una netta percezione della dipendenza che ogni concezione del diritto ha rispetto a un determinato pensiero metafisico. Lo possiamo vedere a proposito delle sue note tesi sull’apparire dell’idea di diritto soggettivo in Occam e sulla fondazione di essa nel nominalismo occamista:

il termine “diritto soggettivo” conclude e riassume tutta una filosofia. L’affermarsi di questa espressione e la sua definizione teorica sono solo piccoli dettagli nella storia del linguaggio giuridico. Ma essi comportano l’abbandono di una forma di pensiero giuridico, che aveva avuto un grande successo e che era fondata sull’ordine naturale e la sua sostituzione con un’altra, basata sull’idea di potere. Ci troviamo di fronte ad una vera e propria rivoluzione copernicana nella storia della scienza del diritto; di fronte alla frontiera che divide due mondi diversi. Nasce un nuovo ordine sociale, la cui cellula elementare sarà il diritto individuale e che si costruirà tutto a partire dalla nozione di *potestas*, elevata alla dignità di diritto. E a questa nozione verranno ricondotte d’ora in poi le leggi positive, divenute l’unica fonte dell’ordine sociale e provenienti esse stesse da poteri individuali; così come sempre a questa nozione va ricondotto il contenuto individualistico liberale e utilitaristico del nostro diritto occidentale¹⁵.

In Javier Hervada troviamo una marcata consapevolezza della dimensione metafisica della conoscenza del diritto. Nelle sue *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho* sostiene che

la conoscenza metafisica fa parte del modo comune di conoscere proprio dell’uomo, la cui intelligenza opera metafisicamente in modo costante, come lo evidenzia la più semplice analisi del linguaggio. Ogni volta che usiamo un concetto stiamo operando metafisicamente, ogni volta che stabiliamo la differenza tra ciò che è normale e ciò che è difettoso — non tra ciò che è generale o comune e

ciò che è minoritario o particolare — ci succede lo stesso, ecc., per cui la conoscenza metafisica ci è connaturale. Perciò, quando nell'ambito dei saperi colti si verifica un rifiuto assoluto — non solo metodologico come nel caso delle scienze fenomeniche — della conoscenza metafisica e una cosciente e volontaria riduzione alla conoscenza fenomenica o empirica, vi è uno scorretto abbandono di una parte fondamentale del nostro sapere, che rende opaca una dimensione essenziale della realtà. (...) Inoltre, lo stesso rifiuto della metafisica riveste un carattere metafisico, poiché non si basa sui soli fatti¹⁶.

A proposito del diritto, Hervada afferma che

poiché è un universale, il concetto di diritto è metaempirico, oltrepassando l'esperienza sensibile. Ciò significa che il concetto di diritto non si limita ad essere la descrizione di un'esperienza. Per questa ragione, il concetto di diritto prende forma a partire da dimensioni, aspetti e strutture metafenomenici del diritto, nei quali risiedono i tratti più essenziali del diritto. Ne deriva che non basta che appaia un fenomeno con apparenza di diritto per considerarlo diritto¹⁷.

Di nuovo non intendo ora indicare quali sono secondo Hervada quelle dimensioni, aspetti e strutture metafenomenici — tra l'altro, è mia impressione che in lui siano molto rilevanti e il concetto di persona e quello di natura —; ai nostri effetti ciò che interessa rilevare è il suo consapevole realismo metafisico.

2.3 *La specificità del diritto*

I due primi profili comuni portano a un accentuato riconoscimento della specificità del diritto. Si tratta di una caratteristica talmente tipica nei tre autori che all'inizio avevamo pensato di citarla proprio nel titolo di questo Convegno.

Uno degli aspetti più conosciuti del pensiero di Cotta è la sua ontofenomenologia delle forme coesistenziali. La percezione del diritto come forma della coesistenza umana, e la sua distinzione rispetto ad altre forme come la politica, l'amizizia e la carità, costituisce una sua feconda intuizione, profondamente imbevuta di sensibilità per il fenomeno e per l'essere. Mi limito qui a constatare come Cotta, che è stato anche filosofo della politica, delimiti nettamente gli ambiti della politica e del diritto, ascrivendoli rispettivamente alle "forme integrativo-escludenti" e alle "forme integrativo-includenti".

Malgrado la rilevante presenza di un diritto subalterno alla politica e malgrado la riduzione contemporanea del diritto all'ordinamento giuridico, io non credo affatto che l'*intero* fenomeno giuridico si possa ridurre a quella sua specificazione che Montesquieu chiamava opportunamente il "diritto politico" (il diritto di una *polis*, corrispondente alla moderna nozione di ordinamento giuridico), distinguendolo classicamente dal "diritto delle genti", non circoscritto da una comunità politica¹⁸.

Ne segue la tesi secondo cui “il primo elemento strutturale del diritto, quello del suo ambito umano, è di principio l’*universalità degli uomini*”¹⁹.

La stessa struttura del volume I del *Précis* di Villey sulle definizioni e i fini del diritto, si basa sulla distinzione tra la giustizia quale finalità del diritto (inteso come arte giuridica) — oggetto della prima sezione — e altre concezioni della finalità del diritto — presentate nella sezione seconda —, e cioè la buona condotta, il servizio degli uomini (l’individualismo) e il servizio della società (il collettivismo), includendo una parte dedicata alla “morte dei fini” che si dà nel positivismo. Alla fine del libro si constata *en passant* la sua sintonia con Cotta, il quale nel Congresso internazionale di filosofia del diritto a Madrid nel 1973 “ci spiegò che il fine del diritto non consiste né nel servizio dell’individuo o del corpo sociale, della pace sociale, dello Sviluppo o del progresso (quelli che noi chiamiamo fini *estrinseci*); il fine del diritto è *specifico*. Esso non ha che un nome, la *giustizia*”²⁰. Nel descrivere tale fine Villey, com’è ben noto, sta pensando ai giudici che, davanti alle parti che si contendono un bene, hanno il compito di definire la parte che corrisponde a ciascuna, l’attribuire a ciascuno la sua cosa (*sui cuique tributio*). I legislatori e i giuristi vengono concepiti come ausiliari del giudice. “Essi [i giudici e coloro che li aiutano] mirano al giusto, che significa la miglior *ripartizione (partage)*, e tutti gli sforzi di *riduzione* di questo fine complesso, relazionale, a dei fini semplici, particolari, sono altrettanti insuccessi. Essi sono occupati nella ricerca della migliore *proporzione* tra persone e cose”²¹.

L’approccio di Hervada al diritto sceglie lo stesso punto di partenza: l’arte del diritto²² ovvero il mestiere di giurista²³, che per lui segna la prospettiva formale della filosofia del diritto.

Ciò che caratterizza formalmente la filosofia del diritto è il suo essere *giuridica*, cioè che studia la realtà in quanto giuridica, o detto in modo più grafico, che studia il diritto *in quanto diritto* — non in quanto fattore politico o etico — e perciò è una branca specifica della filosofia, diversa dalla filosofia politica e dalla filosofia morale o etica. (...) Dire prospettiva giuridica vuol dire *la prospettiva del giurista* (che si distingue dal politico e dal moralista). Chi è il giurista? Il giurista è colui che guarda il diritto dalla prospettiva del suo adempimento o soddisfazione. La filosofia del diritto è la scienza filosofica del diritto in quanto diritto, la filosofia sulla realtà giuridica dalla prospettiva del mestiere di giurista. (...). I saperi filosofici richiesti per la filosofia del diritto sono molteplici, ma c’è un’unità formale: la prospettiva giuridica. Ciò consente alla filosofia del diritto di costituirsi come scienza filosofica unitaria. Ciò mette in risalto l’importanza per la filosofia del diritto di mantenersi rigorosamente nell’ambito della sua formalità, senza derivare verso la filosofia politica o verso la filosofia morale, le due perenni tentazioni della filosofia del diritto²⁴.

2.4 *Il rapporto della filosofia giuridica con la scienza e l'arte del diritto*

L'attenzione alla specificità del diritto consente di instaurare un rapporto molto stretto della filosofia giuridica con la scienza e l'arte del diritto.

Cotta è stato un filosofo assai attento a tutte le discipline da cui potessero venire luci per cogliere meglio l'esperienza e dunque l'essere del diritto. Naturalmente la scienza del diritto ha occupato costantemente un posto d'eccezione nella sua fatica filosofica. Penso concretamente all'ultima sua espressione nel libro *Soggetto umano. Soggetto giuridico*²⁵, in cui basta sfogliare l'indice dei nomi per accorgersi della singolare e vastissima comunità di pensiero, sia filosofico che giuridico, che ne è alla base. Questa esperienza intellettuale corrisponde perfettamente all'affermazione teorica generale dello stesso Cotta nelle sue *Prospettive di filosofia del diritto*: "C'è insomma una continuità esistenziale, nella esperienza di vita di ogni individuo come nella vita e nello sviluppo del genere umano, che esige di rispecchiarsi nel "continuo" della ricerca conoscitiva e interpretativa svolta dalla scienza e dalla filosofia"²⁶. Perciò egli parla del "rapporto di *continuità-distinzione* che intercorre tra filosofia del diritto e scienza giuridica"²⁷. "Pur diverse per orizzonte, le due ricerche sul diritto, quella filosofica quella scientifica, non sono dunque separate e incomunicabili, ma hanno bisogno l'una dell'altra. È un bisogno costante ed essenziale che si giustifica per quella continuità del conoscere che è espressione dell'unicità dell'esistente"²⁸.

In Villey questa consapevolezza è rafforzata dal suo essere anche un giurista, in specie un romanista. La esprime così nel *Précis*:

Una filosofia che si applica a discernere le strutture generali del mondo è in grado di apportare al diritto questo complemento indispensabile: la discussione dei suoi fini e dei suoi fondamenti. Quale disciplina "*architetonica*", essa ha il ruolo di *pastore* della moltitudine delle scienze; atta a mettere ciascuna nel suo posto, a regolare tra esse i conflitti di confini; a distinguere tra le loro rispettive fonti di conoscenza; a segnalare loro dei limiti. La filosofia esercita questo ruolo verso la scienza del diritto, come lo svolge verso le altre scienze. Le spetta determinare l'ambito del diritto *in relazione* alla morale, la politica e l'economia; definire il diritto (*quid ius*), il *fine* dell'attività giuridica. Corrisponde pure ad essa discernere le *fonti* specifiche del diritto, e ciò che è proprio del metodo della scienza giuridica, rispetto ad altre fonti ed altri metodi²⁹.

Anche Hervada affronta questo argomento con l'esperienza che gli viene dalla sua dedizione alla scienza del diritto, specialmente canonistica. A proposito della necessità della filosofia per il lavoro del giurista, egli scrive:

Che il giurista si limiti ad alcuni rudimenti filosofici impliciti non è una situazione auspicabile. Per esercitare il suo lavoro con competenza, senso e cognizione di causa occorre che il giurista raggiunga in misura accettabile il sapere filosofico, deve conoscere con certa profondità la filosofia del diritto. Ciò non significa

altro che riflettere sul proprio lavoro di giurista, la sua natura, il suo oggetto, il suo statuto epistemologico; e implica anche riflettere sulla natura e finalità delle leggi, la cui interpretazione è parte principale del suo lavoro. Il sapere filosofico sul diritto arricchisce il lavoro del giurista. Gli conferisce profondità, lo illumina con luci nuove, gli dà maggiore penetrazione, gli offre una conoscenza più completa delle soluzioni di diritto e gli consente di fuggire dalle false soluzioni basate su pregiudizi impliciti e a volte inconsapevoli³⁰.

3 IL DIRITTO NELLA SUA ESSENZA: UN APPROCCIO ALLA LUCE DEL PENSIERO DI COTTA, VILLEY ED HERVADA

Una volta evidenziati alcuni profili di coincidenza tra questi tre filosofi del diritto, conviene mettere a fuoco più da vicino la questione centrale del presente Convegno, cioè l'essenza del diritto. Da questo punto di vista emerge subito la diversità delle loro posizioni, ma ritengo che la fedeltà all'ispirazione di fondo di ognuno di questi maestri spinga oltre, tentando un dialogo costruttivo tra di essi.

3.1 *La diversità delle loro proposte*

3.1.1 *L'approccio ontofenomenologico di Cotta*

La proposta di Cotta sulla questione circa l'essenza de diritto è piuttosto articolata, e qui tento solo di riassumerla per sommi capi. Da una parte, per lui il principio costitutivo del diritto quale forma coesistenziale è la regola. Anzi, dopo aver riconosciuto che la regola è presente anche in altre forma coesistenziali (si pensi al rapporto amicale, familiare o politico), egli asserisce che “nel rapporto giuridico la regola è presente nella purezza del suo concetto, che comporta universalità di estensione in tutte le direzioni”³¹. Tale universalità, compatibile con limitazioni empiriche nell'uso della regola, appare strettamente legata alla costatazione dell'universalità degli uomini quale ambito umano del diritto: “Grazie alla regola il rapporto io-altro è in grado di assumere la massima estensione e stabilità; ciò conferma che nel modo di vivere giuridico la coesistenza è aperta alla totalità degli uomini”³². L'analisi del principio regolativo della forma giuridica della coesistenza, che Cotta esprime come principio di legalità, mostra un analogo percorso che supera l'approccio meramente formale: “Il senso fenomenologico della legalità è proprio e solo questo: il superamento delle particolarità irrelate e chiuse in sé”³³.

In questo senso, nella seconda edizione di *Il diritto nell'esistenza* viene esplicitata la distinzione tra giuridicità generica (inerente all'esistenza di regole in altre forme della coesistenza, e d'indole prevalentemente formale, benché si ripercuota sull'autenticità della relazione) e la giuridicità specifica del diritto in sé:

Qui la sua funzione propria è di realizzare la coesistenza nella legalità universale, la quale non è tale soltanto per la sua forma, bensì anche per dei contenuti ben precisi, poiché è basata sul riconoscimento dell'uguaglianza primaria degli individui nella integralità del loro comune essere-uomo, e quindi comporta la compatibilità delle loro libertà esistenziali³⁴. L'analisi fenomenologico-strutturale del diritto conferma quanto risulta dall'esperienza concreta, dal sentire comune e dalla riflessione della filosofia classica del diritto. Il diritto ha una propria funzione *specific*a nient'affatto formale: quella di attuare la legalità universale secondo giustizia. Ma sappiamo anche che in tale modo si realizza e garantisce una relazionalità coesistenziale aperta all'uomo in quanto tale³⁵.

L'analisi cottiana prende così le mosse dalla regola ma approda alla giustizia. La parte IV con cui si conclude *Il diritto nell'esistenza* s'intitola "Giuridicità e giustizia", e nel corposo capitolo dedicato a "la regola giuridica e la giustizia", Cotta espone quella che chiama "giustizia prima" o "onto-esistenziale", che "costituisce l'ordine globale (fondato sull'essere uomo d'ogni individuo), entro il quale si collocano e vengono rettificata le forme particolari di giustizia (intersoggettiva e societaria)"³⁶. La caratterizzazione di questa giustizia prima o onto-esistenziale attraverso i suoi elementi strutturali rimanda chiaramente alla concretezza della relazione giuridica. Il primo elemento è l'uguaglianza ontologica tra gli uomini: "ogni azione o norma che violi la uguaglianza ontologica è ingiusta; per converso tutto ciò che pertiene allo statuto ontologico dell'uomo va riconosciuto per giustizia a chiunque e sempre (...)"³⁷. Ne deriva la simmetria o reciprocabilità biunivoca, in virtù della quale "la prestazione che pretendo da altri, chiunque, nella medesima situazione, può pretenderla da me"³⁸. Il terzo elemento, coerente con i due precedenti, è la corrispondenza tra diritti e doveri: "Ciò che, per la sua reciprocabilità, ha titolo per venir considerato diritto del soggetto in senso rigoroso, implica il corrispondente dovere dell'altro"³⁹. Gli altri elementi strutturali della giustizia onto-esistenziale mostrano come essa si realizzi anche nella particolarità delle situazioni, le quali richiedono di essere trattate in modo oggettivamente adeguato alla loro diversità, ed esigono il rispetto del giusto da parte di tutti. L'ultimo elemento strutturale è l'imparzialità del giudizio che determina il giusto, il che implica l'esistenza di un terzo (il giudice, l'arbitro) che giudica, l'ascolto di tutte le parti e la raccolta delle prove oggettive dei fatti⁴⁰.

Questa disamina strutturale della giustizia prima conduce Cotta a una tesi conclusiva:

Intesa in questo senso, la giustizia costituisce il *trascendentale* della regola, ossia la condizione non solo, kantianamente, della sua pensabilità, secondo la già chiarita pienezza del suo concetto, ma anche della sua concreta *possibilità* di attuazione specifica (in quanto regola universale) nella realtà dell'esistenza. Si tratta, dunque, d'un trascendentale tanto sotto il profilo della logica dei concetti, quanto sotto quello d'una logica, per così dire, esistenziale⁴¹.

Quest'intima relazione tra regola, cioè diritto, e giustizia, fa ricordare la già citata constatazione di Cotta secondo cui "per il senso comune la giustizia è l'essenza del diritto"⁴².

Potremmo seguire Cotta nel suo itinerario concernente la giustificazione delle norme, che porta all'affermazione della funzionalità coesistenziale della prescrizione, e consente di offrire una nuova impostazione della vecchia questione del diritto naturale, secondo cui "il diritto naturale non è dunque una astratta costruzione teorica né un puro ideale; è invece la vivente realtà del diritto, elaborato dagli uomini *per l'uomo*"⁴³. Ma non vorrei complicare ulteriormente il discorso, soprattutto perché penso che la questione sul diritto naturale dipenda da quella sull'essenza del diritto. Ai nostri effetti è sufficiente constatare che Cotta, nella sua trattazione sul diritto naturale che lui chiama vigente, mette in risalto gli stessi convincimenti antropologici che sorreggono la sua analisi sul rapporto tra regola e giustizia, evidenziando che l'esperienza giuridica mostra un'antropologia specifica, che comprende la relazionalità dell'uomo e l'unità integrale del soggetto umano tra le sue dimensioni interne e quelle esterne⁴⁴.

3.1.2 *L'approccio di Villey dal realismo giuridico classico*

La risposta di Michel Villey al quesito su cos'è il diritto si trova all'interno delle sue molteplici esposizioni della visione classica del diritto, in Aristotele, i giuristi romani e San Tommaso d'Aquino. Non potendo fare qui uno studio dettagliato, mi limito a mostrare alcuni tratti salienti, sempre nell'ottica dell'essenza del diritto.

In primo luogo, Villey sottolinea che il diritto è nelle cose. A questo proposito egli spiega la dottrina aristotelica sul giusto mezzo, rilevando la singolarità della giustizia rispetto alle altre virtù: il diritto, oggetto della giustizia, come giusto mezzo non si situa nel soggetto: "esso è nelle cose, nel reale, nella realtà esterna (*medium in re* dice San Tommaso)"⁴⁵. Mette l'esempio dell'imposta sul reddito che una persona deve pagare, un oggetto esterno che non deve essere né insufficiente né eccessivo. Se il diritto è nelle cose, Villey condivide la preferenza delle fonti romane per l'uso del plurale nei diritti (*jura*)⁴⁶. Conviene poi ricordare che, ispirandosi anche ai testi romani, Villey pensa piuttosto alle cose incorporali (che vede come funzioni, competenze o ruoli nella vita sociale intersoggettiva)⁴⁷, e che nel suo modo di intendere la cosa come diritto egli comprende sia i beni che i compiti legati alla medesima cosa⁴⁸. Si noti come quest'ultimo profilo di responsabilità urti contro la nostra concezione abituale dei diritti.

Tuttavia, la visione di Villey sul diritto non poggia tanto sulle cose in se stesse quanto sulla relazione esistente tra di esse. "Il *Dikaion* è una *proporzione* (quella che noi scopriremo buona) tra cose ripartite tra le persone; un proporzionale (termine neutro), un '*analogon*'"⁴⁹. "Una buona proporzione nella ripartizione

dei beni tra i membri di un gruppo, questa è l'essenza del diritto, malgrado tale definizione ci possa stupire oggi, e ci sembri difficile da assimilare"⁵⁰.

Per comprendere meglio questo approccio all'essenza del diritto, conviene tener presenti due dati. Da una parte, l'affermazione secondo cui il diritto è anzitutto la stessa ripartizione e subordinatamente la parte che tocca a ciascuno (entrambi i sensi corrispondono al termine francese *partage* adoperato da Villey): "Il *Dikaion* è la ripartizione (il rapporto giusto, la parte) la cui determinazione è compito del giurista"⁵¹. In questo senso, Villey spiega che nella formula "*jus suum cuique tribuere*" si verifica uno spostamento di senso del termine *jus*: "la parola non evoca più la *ripartizione*, ma la *parte* che spetta a ciascuno a seguito della ripartizione, lo statuto che ne risulta per tale o quale cosa: *jus fundi, jura praediorum*, la situazione di tale proprietà terriera in particolare"⁵². D'altra parte, merita di essere messa in risalto la tendenza di Villey ad usare la stessa parola "diritto" al singolare nel senso di arte giuridica, ad es. nello stesso titolo della sezione del *Précis* "sulla giustizia come finalità del diritto"⁵³. Ovviamente egli è consapevole dell'analogia, ma ritengo significativo che ricorra ad essa proprio quando vuole spiegare agli studenti ciò che sono la giustizia e il diritto: essi non sembrano comprensibili per lui indipendentemente dall'arte giuridica. Perciò, laddove non si esercita tale arte, per Villey semplicemente non c'è diritto, come avviene nell'ambito della famiglia o della società internazionale⁵⁴.

Questa ermeneutica giudiziaria del realismo giuridico di Villey trova una chiara conferma nel suo modo di intendere il verbo *tribuere* nella formula della giustizia:

per i giuristi si tratta di attribuire a ciascuno il suo *jus*: (...) una porzione di beni o compiti esteriori. Più tardi i romanisti moderni falsificarono questa formula, sostituendo *tribuere* con la parola *reddere*; rendere al prossimo ciò che gli è dovuto, come se si sapesse in anticipo la consistenza del debito. No! L'ufficio del giudice non è altro che *attribuire*, perciò determinare i *jura* rispettivi di ogni cittadino⁵⁵.

Portando all'estremo questa visuale si potrebbe sostenere che il diritto non esiste prima della ripartizione ad opera del giudice; la giuridicità della cosa proverrebbe dal suo essere oggetto dell'arte del diritto.

Tuttavia, ritengo che tale conclusione non rispecchi il pensiero complessivo di Villey. In primo luogo, egli è molto attento al metodo dialettico proprio del processo di determinazione del diritto, e anche alle fonti, naturali o positive, su cui si basa tale processo, per cui la determinazione del diritto non è in nessun modo frutto di una volontà arbitraria, e il diritto naturale è chiaramente affermato quale fondamento del diritto. Anzi, in lui esistono asserzioni esplicite sull'esistenza di un diritto che preesiste nel seno della "natura"⁵⁶, su una ripartizione naturale del tuo e del mio⁵⁷ nonché sul discernimento nelle cose del giusto e dell'ingiusto⁵⁸.

Inoltre, tutto il titolo secondo del volume secondo del *Précis*, sulle fonti naturali, porta come motto: “*Bonum est in re*”⁵⁹. Senonché è significativo che impieghi la parola “fondamento” preferendola espressamente a “fonte”, e sostenga che il diritto naturale “è il fondamento, la materia prima, da cui si estrarrà il diritto scritto – l’oggetto del dibattito giurisprudenziale”⁶⁰. E va tenuto presente il fatto che tutti i suoi esempi di diritto naturale in Aristotele e nei giuristi romani riguardano la diversità relazionale nell’ambito della natura, non invece un diritto situato in ciò che è permanente nella persona, ritenuto non relazionale e pertanto non giuridico⁶¹. In conclusione, penso che sussista una certa tensione tra ciò che dice in generale sul diritto, il quale appare piuttosto come risultato della ripartizione umana, e ciò che afferma sul diritto naturale, visto come prioritario rispetto a tale ripartizione, pur tenendo conto delle precisazioni ricordate.

A mio giudizio rimane in piedi il fatto che la sua comprensione dell’essenza del diritto è molto dipendente dall’ufficio del giurista, e a mio avviso questa concettualizzazione influisce molto su diverse sue tesi (ad es. sul nesso essenziale tra giustizia particolare e diritto, sul netto rifiuto della categoria dei diritti dell’uomo, ecc.).

3.1.3 *L’approccio di Hervada dal realismo giuridico classico*

A prima vista ci sono molte coincidenze tra Villey e Hervada nel loro propugnare la riscoperta del realismo giuridico classico, per cui sarebbe da attendersi una grande sintonia circa la comprensione essenziale del diritto. In effetti, Hervada prende le mosse anche dall’arte del diritto, che costituisce il punto di partenza della sua *Introduzione critica al diritto naturale*⁶² e nelle sue *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, prima delle lezioni dedicate alla giustizia e al diritto, ve n’è una d’indole introduttiva circa l’ufficio del giurista⁶³. Nell’ottica dell’arte del diritto nonché della virtù della giustizia egli individua ciò che chiama “il punto di partenza del fenomeno giuridico”, ossia i presupposti sociali di quell’arte e di quella virtù: “le cose sono ripartite”, e “le cose stanno o possono stare in potere di altri”⁶⁴. Ne segue una grande importanza data al concetto di ripartizione e anche a quello di relazione nel cogliere ciò che è il diritto. Anche in Hervada viene dato molto rilievo alla formula della giustizia o più precisamente dell’azione giusta, cioè al *suum cuique tribuere*, presentandola come cornice per la comprensione dello stesso diritto quale suo oggetto, ossia come “ciò che è suo”, equivalente a “ciò che è giusto”, e anche a “ciò che è uguale”⁶⁵. Vi è pure una coincidenza nel vedere il diritto nelle cose, anzi nel sostenere che “*ciò che è suo è una cosa*”⁶⁶, intendendola in senso molto largo, come “tutto ciò di cui l’uomo possa dire *mio, tuo, suo* sempre che possa essere oggetto o contenuto di relazioni interumane (...)”⁶⁷. Si potrebbero citare molte altre affermazioni in cui si scorge una profonda sintonia, alimentata dalle stessi fonti principali: Aristotele, i giuristi romani, San Tommaso

d'Aquino. Basti segnalare che, nell'*Introduzione critica*, che costituisce la prima esposizione della scoperta del realismo giuridico classico da parte di Hervada, il primo autore citato è proprio Villey nella traduzione spagnola del *Précis* promossa dallo stesso Hervada⁶⁸.

Eppure, tralasciando altre differenze, è mia impressione che tra Villey ed Hervada sussista un'importante diversità proprio per quanto concerne l'essenza del diritto. Lo stesso fatto di porre come punto di partenza del fenomeno giuridico l'affermazione secondo cui "le cose sono ripartite" evidenzia che in Hervada la ripartizione è presupposto dell'atto di giustizia. Perciò,

per comprendere bene la giustizia bisogna tener presente il seguente principio fondamentale: *la giustizia segue il diritto*. Non ci può essere un atto di giustizia laddove non vi sia un titolo ad una certa cosa, dove la cosa non sia — in virtù di un titolo — qualcosa di dovuto, un diritto. La giustizia è la virtù di dare compimento e di rispettare il diritto, non la virtù di crearlo⁶⁹. La giustizia *non distribuisce le cose*, è conseguenza del fatto che *le cose sono già previamente distribuite*⁷⁰.

Per chiarire meglio la questione, Hervada distingue tra ripartizione come atto primo, quando produce per la prima volta l'attribuzione di un bene a un destinatario, dando luogo a un titolo sulla cosa, la quale non è opera della giustizia, e ripartizione in quanto atto secondo, che avviene sulla base della previa esistenza di un titolo e quindi di un diritto, il che è proprio della giustizia⁷¹. Questa visione comporta l'esistenza di una ripartizione naturale, quella riguardante i diritti naturali, dal cui rispetto dipende la giustizia o l'ingiustizia delle ripartizioni storiche e positive⁷². E questi diritti naturali vengono fondati sull'essere l'uomo una persona: "A tal punto la nozione di persona — che ha come essenziale implicazione il dominio sul proprio essere — comporta nei confronti degli altri il diritto sui beni propri della sua natura, che la negazione dell'esistenza dei diritti naturali si può sostenere soltanto negando all'uomo il suo carattere di persona"⁷³.

Tutto ciò mostra che in Hervada non si riscontra quella che ho chiamato ermeneutica giudiziaria dei diritti, che abbiamo trovato in Villey. In Hervada non si trova la tesi del diritto inteso come ripartizione né l'interpretazione costitutiva del *tribuere*, essendoci invece una comprensione del "dare" della formula di giustizia come "una parola dal significato generico che comprende tutti i tipi di azioni necessari a far sì che una cosa si trovi realmente, secondo quanto contenuto nel titolo, nella sfera di potere di chi ne è titolare"⁷⁴. Pur affermando risolutamente la necessità di considerare l'arte dei giuristi per comprendere ciò che è il diritto, Hervada contempla il diritto e la giustizia come realtà legate alla stessa vita degli interessati, al cui servizio si pone quell'arte. Vi è in lui la convinzione netta sulla preesistenza dei diritti e degli obblighi di giustizia rispetto al processo giudiziario che li dichiara e tutela, senza negare l'apporto prudenziale che talvolta può venire dal giudice nella determinazione concreta di ciò che altrimenti non è de-

terminato. Come cercherò di spiegare più avanti, penso che questo cambiamento di prospettiva, che può passare quasi inosservato, abbia invece molta rilevanza per mettere a fuoco l'essenza del diritto.

Nel contempo, fra i nostri tre autori mi sembra che Hervada sia quello che ha dedicato una maggiore attenzione alla domanda specifica su cos'è il diritto. Direi che in Cotta e in Villey la loro proposta al riguardo sia più desumibile dall'insieme del loro approccio che da un'esplicita tematizzazione. È significativo invece il fatto che proprio tale domanda sia stata scelta da Hervada per intitolare una pubblicazione introduttiva al suo pensiero giuridico⁷⁵.

Proprio perché Hervada attribuisce tanta importanza a cogliere l'essenza, egli ha potuto offrire un'elaborazione analitica assai sviluppata sulla giustizia e sul diritto⁷⁶. Tale elaborazione si sintetizza nella seguente definizione del diritto in senso proprio:

diritto è quella cosa che, essendo attribuita a un soggetto, che è il suo titolare, gli è dovuta in virtù di un debito in senso stretto. Ciò è proprio l'oggetto dell'azione giusta e l'oggetto dell'arte del giurista. Ciò è il giusto, quello che il giurista deve discernere e dichiarare. Ne consegue che il diritto e il giusto sono la stessa cosa che il suo in quanto dovuto⁷⁷.

Hervada precisa che “benché il fondamento o relazione fondante del diritto sia la sua titolarità, ciò che è specifico della relazione di giustizia — e pertanto ciò che è specifico e costitutivo del diritto — è l'indole di dovuto, il debito”⁷⁸. In tale ottica l'obbligatorietà del diritto risulta davvero essenziale: “il debito o l'obbligatorietà ha il suo fondamento nella ripartizione, che distribuisce i beni, funzioni e servizi, stabilendo sfere di dominio e attribuzione, e la ripartizione, a sua volta, ha il suo fondamento nella condizione della persona umana capace di appropriarsi e di dominare le cose”⁷⁹.

3.2 *È possibile ricondurre ad unità la pluralità di proposte sull'essenza del diritto?*

La precedente esposizione ha consentito di esplorare sia i punti di confluenza che la diversità tra Cotta, Villey ed Hervada nel loro approccio all'essenza del diritto. Anche al loro interno, e molto di più se prendessimo in considerazione l'insieme del pensiero giuridico nella storia e nel presente, può sorgere il dubbio sulla viabilità di un'indagine circa l'essenza del diritto che vada oltre la mera constatazione di una pluralità di prospettive. Oltre all'interpretazione scettica di tale fenomeno, che nega la stessa esistenza di un'essenza del diritto, risulta facile cedere ad un'impostazione eclettica, che si accontenta di registrare una molteplicità di prospettive, irriducibili ad unità. Vi sarebbero solo molti punti di vista, legitti-

mi nella loro peculiarità, e complementari nel cercare di cogliere una realtà così ricca e complessa.

Il nostro Convegno muove invece dal convincimento della possibilità di un vero dialogo tra posizioni divergenti, cercando ciò che le unisce e ponendosi criticamente e costruttivamente dinanzi a ciò che le separa. Il presupposto di fondo di tale dialogo è ovviamente il riferimento comune ad una medesima realtà. Qui la percezione della necessità di uno sguardo ontologico, così presente in questi tre autori, costituisce la premessa realistica per poter avviare un dialogo autentico. Siffatto sguardo esclude in partenza un'impostazione esclusivamente culturale o artificiale del fenomeno giuridico. Nello stesso tempo apre vasti orizzonti di reciproco arricchimento. Sappiamo quanto sia difficile raggiungere risultati condivisi quando le posizioni iniziali sono profondamente radicate. Ma la fecondità del pensiero dei maestri, risultato della loro sintonia con il reale, si misura anche dalla loro capacità di dialogo e di eventuale accoglienza ed integrazione del pensiero altrui, come ha evidenziato in maniera egregia l'itinerario intellettuale di Sergio Cotta⁸⁰.

Sarebbe palesemente ingenua la pretesa di arrivare ad una conclusione definitiva sull'essenza del diritto, che renda superflua ogni indagine ulteriore. La consapevolezza dei limiti personali e dei condizionamenti storici delle nostre concettualizzazioni ci insegna a diffidare dalle visioni semplicistiche. Lo stesso Hervada, deciso assertore del realismo giuridico classico nella tappa attuale del suo pensiero, reputandolo la migliore spiegazione conosciuta del diritto e della scienza giuridica, non osa considerarlo una risposta definitiva, augurandosi che magari in futuro vi sia "una migliore e più perfetta filosofia giuridica, un pensiero giuridico più completo e chiarificatore"⁸¹. Ciò però comporta un invito a lavorare alacremente affinché quell'augurio non cessi di prendere corpo nella storia, giacché gli auspici di un pensiero più perfetto, completo e chiarificatore hanno senso unicamente se c'è una verità sul diritto e se tale verità è accessibile, entro i nostri limiti umani, all'indagine intellettuale di una vera comunità scientifica.

Tale indagine, nella misura in cui si apre davvero all'essere del diritto, ha un'intrinseca vocazione all'unità. Non si tratta di raggiungere una sorta di uniformità che pretenda di negare l'esistenza di tratti culturali propri di ogni pensatore e di ogni corrente. Tuttavia, la tensione costante verso il vero è tensione verso ciò che ci unisce, che ci rende mutuamente comprensibili e fecondi nell'accesso al vero. Tolto l'orizzonte di una vera unità, non c'è dialogo che tenga né scienza che, di nuovo nei nostri limiti, possa appagare il nostro desiderio di conoscere. Ciò implica, tra l'altro, la possibilità di una critica costruttiva, capace di indicare amabilmente le debolezze e mancanze altrui, essendo nel contempo disposti a riconoscere le proprie.

3.3 *Alcune considerazioni propositive sulla comprensione dell'essenza del diritto*

Alla luce del percorso compiuto intendo ora presentare alcune considerazioni ispirate dal confronto tra questi tre filosofi del diritto. Mi soffermerò unicamente su alcuni aspetti che ritengo molto basilari per cogliere l'essenza del diritto. Li presenterò a modo di tesi.

3.3.1 *Il diritto è essenzialmente inerente alle relazioni reali tra le persone, per cui l'attività umana regolativa e giudiziaria è giuridica in rapporto a quelle relazioni*

Un nodo d'indole preliminare che occorre cercare di sciogliere è quello riguardante l'ambito in cui si situa il diritto in quanto tale. È molto comune ascriverlo essenzialmente alla sfera dei prodotti dell'uomo, ed è ciò che a mio parere succede anche nell'ottica di autori così lontani dal positivismo giuridico come il Cotta dell'ontofenomenologia e, meno chiaramente, il Villey della ripresa del realismo giuridico classico.

Negli "orientamenti introduttivi" di "Il diritto nell'esistenza" Cotta afferma: "Non v'è dubbio che il diritto è un prodotto dell'uomo, nel significato più semplice e consueto di "prodotto": sono gli uomini a fare (produrre) le leggi, le sentenze, i contratti e via dicendo"⁸², e parla del diritto come mezzo per raggiungere uno scopo⁸³. Si pensi poi al posto che nella sua visione della coesistenza giuridica spetta alla regola. Trascendentale della regola è la giustizia, ma si tenga presente questa affermazione che abbiamo già riportato: "il diritto naturale non è dunque una astratta costruzione teorica né un puro ideale; è invece la vivente realtà del diritto, elaborato dagli uomini *per l'uomo*"⁸⁴. Adoperando la terminologia cottiana, il principio costitutivo di ciò che egli chiama "diritto naturale vigente"⁸⁵ è la regola giusta, ma tale regola viene elaborata dagli uomini, e pertanto in quanto tale appartiene all'ambito dei prodotti degli uomini, quale espressione della loro capacità regolativa dell'esistenza. La funzione coesistenziale del diritto — il *per l'uomo* — e l'intrinseca adeguazione del diritto all'ontologia umana, distinguono Cotta radicalmente da ogni visione estrinseca e meramente strumentale del fenomeno giuridico. Ma a mio parere la sua fenomenologia giuridica rimane legata alle regole positive, nelle quali si situa anche la vigenza del diritto naturale. Ne segue che l'attività regolativa umana appare del tutto essenziale per il diritto.

Con un percorso molto diverso, che si può dire parte dal punto in cui l'analisi della giustizia in Cotta finisce, e cioè nel processo giudiziario, abbiamo constatato che la concezione di Villey sul diritto resta essenzialmente legata all'opera della ripartizione compiuta dai giuristi. Al momento regolativo si sostituisce quello giudiziario, ma in entrambi i casi il diritto viene posto nell'ambito di un'attività

umana. Malgrado il fatto che alcune affermazioni già ricordate sul diritto naturale vadano in un'altra direzione⁸⁶, mi sembra che la sua concezione complessiva della giuridicità come proporzione derivante da una ripartizione e che si traduce in concreti diritti, dipenda anch'essa dal buon esercizio dell'arte dei giuristi.

Come abbiamo notato, in Hervada si dà un capovolgimento di quest'ottica, malgrado l'importanza che egli attribuisce all'ufficio del giurista per la stessa comprensione di ciò che è la prospettiva giuridica. In effetti, alla luce di ciò che egli chiama la sua "illuminazione" circa il realismo giuridico classico, in cui dice di aver finalmente compreso il *de iure* di San Tommaso d'Aquino⁸⁷, Hervada concepisce il diritto come l'oggetto della giustizia, asserendo che il diritto in tal senso precede la giustizia. In tale precedenza è contenuta una chiara collocazione del diritto nella stessa realtà relazionale interumana. Certamente non si misconoscono gli effetti che in tale realtà hanno le regole positive e le sentenze dei giudici, ma il centro dell'attenzione si situa nella stessa realtà relazionale del diritto, inteso come il suo di un soggetto in quanto il suo è giusto, cioè in quanto dovuto da un altro soggetto.

Situare i diritti *negli* uomini che sono in relazione, e concepire questa relazione in termini di vera giustizia, costituisce un paradigma molto semplice, ma per niente facile da assimilare, in quanto siamo abituati a pensare il diritto come attività estrinseca rispetto ai rapporti interumani cui esso si riferisce, i quali vengono visti come fatti d'indole meramente empirica. Perciò, le comuni interpretazioni odierne del broccardo "ex facto oritur ius" non contemplano la possibilità che il diritto esista realmente come tale nella realtà dei fatti. Non è questa la sede per indicare i presupposti filosofici del paradigma alternativo che pone il diritto in quanto giusto negli stessi fatti, scoprendo in essi una realtà metaempirica, in maniera radicalmente contraria alla separazione tra *Sein* e *Sollen*. Nemmeno possiamo descrivere la fecondità di tale paradigma per la comprensione di tutto il mondo giuridico, non inteso più solo come mondo delle leggi e del foro, bensì come dimensione intrinseca dell'intero mondo umano. È sufficiente ribadire che siamo dinanzi a un profilo veramente essenziale, che contraddice alla radice il senso di isolamento tecnico con cui sia i giuristi che la gente comune vedono spesso il diritto. Si realizza così il tanto frequentemente auspicato raccordo del diritto con la vita reale, senza perdere la specificità obbligatoria del diritto.

3.3.2 *La specificità relazionale del diritto si coglie essenzialmente nelle cose in quanto giuste*

Sulla rilevanza della relazione per comprendere l'essenza del diritto sono concordi i tre maestri presi in considerazione, a prescindere da ulteriori precisazioni sul modo di intenderla⁸⁸. In Cotta basta ricordare che la funzione propria di quella che chiama "la giuridicità specifica del diritto in sé"

è di realizzare la coesistenza nella legalità universale, la quale [funzione] non è tale soltanto per la sua forma, bensì anche per dei contenuti ben precisi, poiché è basata sul riconoscimento dell'uguaglianza primaria degli individui nella integralità del loro comune essere-uomo, e quindi comporta la compatibilità delle loro libertà esistenziali⁸⁹.

Molto caratteristica di Villey è invece la sua tesi secondo cui il diritto è la stessa proporzione che viene a stabilirsi in virtù della buona ripartizione⁹⁰.

Ed Hervada concepisce lo stesso nome del diritto quale nome esprime una relazione, per cui

tutto ciò che diciamo diritto ha due nomi: il nome della sostanza e il nome della relazione. (...) La parola diritto o *ius* connota nella cosa la relazione di debito e di esigibilità. Dal canto suo la legge è diritto relativamente alla cosa giusta: è regola del diritto; la facoltà morale è diritto soggettivo in quanto insieme di manifestazioni di potere o di dominio sulla cosa⁹¹.

A questo punto ci possiamo chiedere quale sia la nozione di sostanza, per dirla con Hervada, più essenziale per cogliere la relazionalità del diritto. L'indagine di Cotta appare illuminante per quel che riguarda la possibilità di prendere le mosse dalla regola. Anzitutto, egli è molto consapevole che non basta la sola idea di regola per afferrare il diritto in sé, poiché la regola quale "giuridicità generica" è presente in altre forme della coesistenza. Invece, la regola propria del diritto in sé è quella "costitutiva in teoria (nel concetto) e in pratica (nell'attuazione) d'una coesistenza *universale* dell'uomo in quanto tale, ossia corrispondente al suo specifico statuto ontologico e al conseguente rispetto del dover-di-esser"⁹². Ma, per comprendere la portata di quest'indole costitutiva della regola, con parole dello stesso Cotta,

non dobbiamo dimenticare che il rapporto giuridico non è di tipo immediato ma mediato dalla regola e che esso si stabilisce fra individui, i quali sono fra loro estranei dal punto di vista personale, fra i quali cioè non si dà una comunicazione intuitivo-affettiva che, per la sua immediatezza, può essere appunto in-formale. La forma stabilita in termini generali dalla regola (la forma del contratto, del matrimonio, del trattato internazionale, dell'atto costitutivo di una società, ecc.) ha il significato (e l'effetto) di render ancor più concretamente oggettivo e inequivocabile il comportamento relazionale, in modo da garantirne la comprensibilità e l'apertura a chiunque⁹³.

Nonostante il legame strettissimo tra regola e coesistenza universale, e l'affermazione decisa di una legalità non formalistica, possiamo constatare che l'essenza della regola si distingue dall'essenza del comportamento relazionale, poiché la regola opera come mediazione e come garanzia. In altri termini, il suo essere un

prodotto umano le impedisce di essere essenzialmente coesistenziale. Ne segue che la stessa regola o norma umana in quanto tale non è la nozione adatta per cogliere la relazionalità giuridica nella sua essenza⁹⁴.

Per quanto concerne la facoltà di esigere, ossia il diritto soggettivo, basta considerare l'approfondita e brillante esposizione storica di Villey nelle sue lezioni raccolte ne *La formazione del pensiero giuridico moderno*, per rendersi conto che la principale ragione dell'impossibilità di usare tale categoria come nozione centrale nel comprendere la giuridicità, staccata dalla cosa giusta, risiede proprio nella sua mancanza di vera relazionalità, dovuta al suo soggettivismo ed individualismo nonché alla sua tendenza ad un ampliamento illimitato e potenzialmente conflittuale con le pretese altrui. È certamente possibile concepire il diritto soggettivo in un altro modo, come manifestazione di un'esigibilità fondata e limitata dalla stessa cosa giusta. Ma il problema concerne la sua considerazione come essenziale e quindi prioritario punto di riferimento del diritto.

Mi pare invece che il principale pregio del recupero del realismo giuridico classico consista nel situare l'essenza della relazionalità giuridica nelle stesse cose in quanto giuste. Per comprendere questo approccio, bisogna anzitutto sgomberare il campo dall'equivoco derivante dall'uso del termine "cosa". In questo contesto essa non significa esclusivamente un oggetto materiale, ma assume un significato molto ampio, peraltro presente anche nelle lingue moderne, che equivale al latino *res*, il quale può essere tradotto come "realtà". Al di là della questione sul senso metafisico preciso che debba darsi a *res*⁹⁵, sembra chiaro che in un approccio di realismo metafisico si tratti di un concetto trascendentale che si converte con quello di ente. È famoso il testo di San Tommaso in cui dice che "questo nome *ius* è stato in primo luogo usato per significare la *ipsa res iusta*"⁹⁶. Questo uso del concetto di "res" per definire il diritto va inteso nel contesto della presentazione della tesi secondo cui il diritto è oggetto della giustizia. A mio parere, tale uso intende evidenziare l'esistenza di una peculiare rettitudine propria della giustizia: "Ciò che è retto nell'opera della giustizia, anche a prescindere dalla relazione con l'agente, si costituisce in relazione all'altro: poiché si chiama giusto in una nostra opera ciò che corrisponde all'altro secondo una certa uguaglianza, come il pagamento della retribuzione dovuta per un servizio realizzato"⁹⁷. Poi si aggiunge che "si dice giusto qualcosa, avente la rettitudine della giustizia, che è oggetto dell'azione giusta, anche senza considerare in quale modo sia compiuta dall'agente"⁹⁸. L'alterità e l'uguaglianza di cui parlano questi testi si spiegano in funzione della cosa. È la cosa ad essere dovuta all'altro secondo una certa uguaglianza. Di conseguenza, la specificità relazionale del diritto si coglie nelle cose in quanto giuste. Il realismo giuridico classico è pertanto una prospettiva massimamente relazionale nella misura in cui mette a fuoco le stesse relazioni interumane. E, come ho già rilevato (cfr. *supra*, 3.1.c), mi sembra che la presentazione di Hervada sia in questo senso più chiara di quella di Villey, troppo legata all'atto della ripartizione

giudiziaria.

3.3.3 *Le cose giuste sono beni giuridici*

Che la *res iusta* possa essere chiamata anche “bene giuridico” può sembrare un semplice cambiamento terminologico, che non dovrebbe creare speciali problemi. Tuttavia, sono convinto che, oltre a togliere l’equivoco che la parola “cosa” può ingenerare come se si riferisse unicamente agli oggetti materiali, l’utilizzo del concetto trascendentale di bene per intendere la cosa giusta risulti assai conveniente. Si potrebbe anche dire “bene giusto”, perché in questo contesto l’aggettivo “giuridico” è sinonimo di “giusto”: è la cosa o bene in quanto oggetto della giustizia.

Il concetto di “bene giuridico” viene impiegato con una certa frequenza dalla scienza giuridica, pur riferendolo generalmente al bene che è oggetto di una norma o di un diritto soggettivo, senza cogliere una vera giuridicità intrinseca⁹⁹. Pur sovente con questa stessa impronta in fondo positivista, la nozione viene soprattutto adoperata nell’ambito penalistico per segnalare i beni (la vita, la proprietà, ecc.) contro i quali attentano i vari delitti, e che vengono protetti mediante le rispettive pene¹⁰⁰. Nel campo del diritto ecclesiale l’ho usata come criterio per presentare unitariamente le relazioni di giustizia che hanno come oggetto la parola di Dio, la liturgia, specie i sacramenti, il matrimonio e la famiglia, il servizio della carità e i beni temporali nella Chiesa. Queste realtà sono così qualificate come beni giuridici ecclesiali, ambito che viene distinto da quelli dei soggetti ecclesiali di diritto e della dichiarazione e tutela del diritto nella Chiesa, secondo una tripartizione che riecheggia quella classica di *personae, res, actiones*¹⁰¹. In seguito mi sono accorto che la nozione di “bene giuridico” può servire per sistematizzare in maniera molto semplice e perspicua le varie parti della scienza giuridica proprio perché riguarda l’essenza del diritto.

La convenienza di ricorrere alla nozione di bene mi è stata confermata dal fatto che Aristotele nell’*Etica Nicomachea* affermi che “la giustizia, sola tra le virtù, è considerata anche “bene degli altri”, perché è diretta agli altri”¹⁰². Tale tesi è sostenuta rispetto alla giustizia generale, ma ritengo che possa essere estesa a quella particolare, in quanto dell’essenza della giustizia in senso giuridico è l’essere *ad alterum*¹⁰³. D’altra parte, se la giustizia è “bene degli altri”, lo stesso, anzi a maggior ragione in quanto tale bene è di natura oggettiva, può essere predicato del diritto come il giusto, cioè quale oggetto della giustizia. Pensare il diritto come bene degli altri può risultare paradossale, dal momento che siamo abituati a concepire essenzialmente il diritto come bene appartenente ad un soggetto, nella prospettiva del suo di ciascuno, ed inoltre tante volte tale bene viene visto non direttamente come il bene stesso bensì come facoltà di esigerlo. Così facendo non usciamo dall’individualismo nella comprensione del diritto. Occorre invece inver-

tire il punto di vista, per concepire il diritto come il bene dell'altro che l'agente deve dare o rispettare. La definizione offerta da Hervada assume questa prospettiva: *“diritto è quella cosa che, essendo attribuita a un soggetto, che è il suo titolare, gli è dovuta in virtù di un debito in senso stretto”*¹⁰⁴.

Può anche far riflettere la classica affermazione iniziale del *Digesto* secondo cui *“ius est ars boni et aequi”*¹⁰⁵. Si può tendere a pensare che in tale definizione solamente l'equo sarebbe specificamente giuridico. Ma, senza pretendere un'esegesi storica di questo testo né l'analisi del perché si distinguono in esso il bene e l'equo, mi sembra che la connessione dell'arte del diritto con il bene nella mente dei giuristi romani, evidenzia anche che lo stesso diritto costituisce un bene. L'arte di discernere ciò che spetta a ciascuno viene meglio compresa e avvalorata qualora si comprenda che la spettanza è un bene, e che la ragione del suo essere un bene sotto il profilo del diritto non proviene dalla mera appartenenza, ma dall'essere un bene dell'altro la cui soddisfazione o rispetto in caso di litigio è resa possibile dall'esercizio dell'arte giuridica.

Concepire il diritto quale bene appare molto congruente con il rapporto tra diritto e giustizia. In effetti, il trascendentale “bene” è l'ente in quanto oggetto della volontà, e la giustizia è virtù della volontà, per cui la giustizia tende al bene. A quale bene? Al bene dell'altro che l'agente deve dare o rispettare. In questo modo, la considerazione della cosa giusta come bene giuridico mette in luce la teleologia insita nel diritto e nella giustizia. L'essenza del diritto non si coglie in una situazione statica che ognuno pretende di conservare. Al contrario, l'essenza del diritto comporta una dinamica finalistica, in cui la finalità immediata è costituita dalla stessa soddisfazione o rispetto del diritto. L'essere un bene giusto o giuridico rimanda essenzialmente alla giustizia e agli atti giusti. Siamo di nuovo nell'ambito della relazionalità interumana, in cui il diritto è davvero vitale, come oggetto di un vivere giusto nei confronti degli altri.

La dimensione relazionale che caratterizza il bene giuridico si coniuga perfettamente con la sua dimensione personale. Infatti, il diritto come bene appare essenzialmente legato alla persona, quale bene della persona. Di quale persona? Si potrebbe pensare che si tratta del bene della persona che agisce giustamente, perché tale bene è senz'altro quello più radicale che è in gioco nella relazione di giustizia. Ma tale risposta porterebbe ad una concezione essenzialmente morale del diritto, una concezione tanto elevata e nobile quanto poco specifica. D'altro canto, si potrebbe considerare il bene appartenente alla persona, in quanto esso è suo. Questo approccio riguarda un presupposto certamente importantissimo del diritto, e cioè la possibilità di avere beni come propri, il che si basa sulla stessa condizione di persona, come ha messo in evidenza Hervada con particolare chiarezza¹⁰⁶. Ma se si considera tale presupposto come costitutivo del diritto, ci si allontana anche dall'autentica relazionalità giuridica, giacché si concepisce il diritto come ambito di rivendicazioni, e perciò come incentrato sull'individuo che

esige. Rimane dunque una possibilità veramente relazionale e personale: quella del diritto come bene dell'altra persona, come concrezione del rispetto della sua dignità personale, essendo tale rispetto un bene personale ancor maggiore per chi lo vive, ma questa volta non essenzialmente giuridico ma morale.

Il bene dell'altro che costituisce il diritto può essere il bene di una singola persona, o di un'unità sociale in quanto costituisce un singolo soggetto, come avviene nei rapporti di giustizia particolare, sia commutativa che distributiva. Può essere anche il bene dell'unità sociale o bene comune in quanto le esigenze ad esso inerenti rappresentano un dovere di giustizia per i membri di quell'unità. Tali esigenze comuni hanno bisogno di una determinazione attraverso norme positive, per stabilire il contributo al bene di tutti che è diritto della collettività; ma mi pare che esistano esigenze giuridiche del bene comune derivanti dalla natura stessa dei rispettivi rapporti sociali, e che esse siano alla base delle determinazioni positive giuste.

Questo discorso sui beni giuridici potrebbe essere prolungato in due direzioni che qui mi limito ad accennare. In primo luogo, sorge la questione filosofica concernente il fondamento dei beni giuridici, ossia sul perché un certo bene sia giuridico. Basti dire in proposito che la tesi secondo cui il diritto è un bene, inteso in un'ottica ontologica, ossia quale vero bene oggettivo, si separa nettamente dalla posizione di Rawls, secondo cui il diritto avrebbe priorità sul bene¹⁰⁷. Senza sottovalutare i problemi circa la determinazione dei beni giuridici, vale a dire dei diritti, sia a livello generale che nei casi concreti, ritengo che tanto la concezione politica d'indole procedurale sulla giuridicità quanto la visione delle diverse idee sul bene come opinioni che non possono essere oggettivamente valutate, costituiscano dei presupposti che impediscono di cogliere il diritto nella realtà dei beni. In secondo luogo, si apre la questione su quali sarebbero i beni giuridici fondamentali, la cui presenza si verifica nei vari rapporti di giustizia. Anche in questa direzione vorrei unicamente affermare che la nota dottrina di Finnis sui beni umani basilari (come la conoscenza, la vita, ecc.)¹⁰⁸ merita di essere attentamente considerata, ma, a parte le problematiche sul loro rapporto con il concetto di natura umana, occorre assumere una prospettiva diversa, più specificamente giuridica, poiché tale dottrina prende le mosse da una domanda etica, concernente il bene della persona in quanto tale, non il bene relazionale che caratterizza invece la domanda sul bene giuridico. D'altra parte, conviene avvertire che la considerazione dei beni giuridici fondamentali può certamente illuminare il lavoro dei giuristi, indicando loro il centro di attenzione delle elaborazioni teoriche e pratiche sul diritto, ma non può essere ritenuta una premessa da cui aprioristicamente dedurre un sistema giuridico che ignori la complessità e storicità dei diritti, che sempre si danno realmente nei casi concreti.

3.3.4 *La concezione del diritto quale bene giuridico è in grado di spiegare l'insieme del fenomeno giuridico e di vivificare la scienza e l'arte del diritto*

Un'argomentazione indiretta, ma certamente molto pertinente, in favore di una determinata visione dell'essenza del diritto è quella che prende in considerazione la sua capacità di rendere ragione della totalità dei fenomeni giuridici e di costituire anche un valido contributo per la scienza e per l'arte giuridiche. Tale argomentazione richiederebbe una verifica effettiva, che in questa sede è ovviamente impossibile. Mi limito a segnalare due possibili piste di lavoro.

Mettere il bene al centro della concettualizzazione del diritto non solo non elimina gli altri analogati del diritto, a cominciare dalla facoltà di esigere e dalla norma, ma fonda ed illumina la loro partecipazione alla giuridicità. Mi pare che questo punto sia di grande importanza, e lo si potrebbe enunciare in questi termini: affermare il diritto come bene permette di comprendere meglio in quale senso possono dirsi diritto la facoltà e la norma, mentre viceversa prendere le mosse da queste ultime nozioni necessita di un riferimento al bene giuridico per cogliere la loro specificità autenticamente giuridica. Di conseguenza, la tesi della centralità del bene (dovuto dall'altro) nel diritto consente di rinnovare la concezione della norma (o se si preferisce della regola o della legge, poiché a questo livello fondamentale si possono prendere come sinonimi) così come quella del diritto soggettivo. Non si tratta di prescindere dalle articolazioni e sfumature che la scienza giuridica distingue in quei due ambiti; la sfida è piuttosto quella di introdurre un rinnovato realismo ontologico del diritto-bene come oggetto della giustizia, che eviti di collocare al centro il sistema normativo e giudiziario, proprio per meglio comprenderlo e valorizzarlo. Per questa via può venire a mio avviso un fecondo rinnovamento della conoscenza scientifica e della prassi del diritto.

D'altra parte, concepire il diritto nell'ottica del bene comporta a mio parere una radicale riappropriazione giuridica del diritto naturale, inteso anzitutto come bene giuridico naturale, ma anche come norma giuridica naturale¹⁰⁹ e come facoltà naturale di esigere. In effetti, se il diritto è un bene, la via per comprendere in che consista tale bene passa necessariamente attraverso l'esame della stessa relazionalità umana secondo giustizia. Lungo questa via molto spesso l'argomentazione giuridica sulle questioni concrete ricorre a fonti che non dipendono dalla volontà umana, ma dalla stessa realtà relazionale. È vero che questa argomentazione si presenta il più delle volte come *de iure condendo*, ma non è meno vero che nell'atteggiamento di convinti positivisti si rivendicano spesso dei veri diritti aventi un fondamento indipendente dalle norme positive. Vale a dire, si riconosce in qualche modo, con scarsa coerenza rispetto al positivismo, un *ius conditum* che è alla base delle proposte normative o giudiziarie, anche quando di tale diritto si abbiano idee fuorvianti. Prendendo sul serio il diritto preesistente alla volontà umana, esso comporta il riconoscimento di un piano ontologico, sul quale esisto-

no sia degli aspetti permanenti della dimensione sociale che è propria della natura della persona umana, sia degli aspetti mutevoli che realmente si verificano in ogni situazione giuridica.

Per concludere questo elenco di vantaggi vorrei accennare ad un altro, che tocca una questione assai complessa, ma che a mio avviso riceve anche luci essenziali dall'approccio al diritto quale bene. Si tratta della distinzione e dei rapporti tra morale, diritto e politica. Credo che una buona parte delle difficoltà che di solito s'incontrano nel mettere a fuoco questa triade, provenga da un'inadeguata concezione del diritto. Basti considerare che qualora esso si veda come sistema normativo, s'introduce *ipso facto* una separazione rispetto alla morale, che viene spesso concepita come un altro sistema normativo, cercando di determinare le sue peculiarità formali nei confronti di quello giuridico. La stessa prospettiva d'indole normativa conduce a postulare il carattere strumentale del diritto rispetto alla politica. Insomma, l'intera problematica è molto condizionata dall'idea di diritto. Nell'ottica del bene giusto, invece, c'è spazio per la distinzione, ma non per la separazione tra diritto e morale: lo stesso rapporto essenziale tra giustizia e diritto come suo oggetto fornisce un punto di partenza molto valido, che certamente non elimina le complessità del problema, ma indica i principi fondamentali per illuminare l'intreccio tra le due dimensioni. Anche la relazione diritto-politica appare sotto un profilo diverso, che non riduce il diritto a politica ma mostra la sua specificità, e nel contempo aiuta a comprendere la dimensione giuridica della politica dal punto di vista dei molteplici rapporti di giustizia concernenti i beni giuridici che in essa sono presenti.

4 A MODO DI CONCLUSIONE: VALE LA PENA RIVISITARE OGGI QUESTI AUTORI E LA TRADIZIONE CHE ESSI RAPPRESENTANO PER QUEL CHE CONCERNE L'ESSENZA DEL DIRITTO

Al termine di queste riflessioni vorrei osservare che Villey, Cotta ed Hervada hanno un'altra caratteristica comune: si collocano esplicitamente in una tradizione di pensiero e affermano nel contempo la sua attualità. Per Villey ed Hervada è sufficiente ricordare la loro riproposizione del realismo giuridico classico, usando come fonti principali Aristotele, i giuristi romani e San Tommaso d'Aquino. Da parte sua, l'ontofenomenologia giuridica di Cotta vuole iscriversi nel quadro della filosofia classica dell'essere, esplorando l'essere dell'ente uomo, e si rifà alla sapienza greca, in specie platonica, a S. Agostino, e a diversi autori dell'età moderna, tra cui Pascal e Leibniz e poi Kirkegaard, Bergson e Husserl¹¹⁰.

Perché questi tre maestri si rifanno ad una tradizione e desiderano riproporla come qualcosa di vitale? Non certo per tradizionalismo, oppure per ignoranza o timore del nuovo. Il movente profondo dei loro percorsi intellettuali è stato sem-

plicemente quello di cogliere la verità sul diritto. Se Villey ed Hervada rimandano costantemente ad Aristotele, ai giuristi romani e a San Tommaso d'Aquino ciò è semplicemente dovuto ad una sintonia profonda nel sapere sul giusto. Si può certamente discutere la loro interpretazione di questi grandi momenti del pensiero giuridico, anzi si può sostenere che essi trovano ciò che già avevano in mente, e che la loro lettura è piuttosto ingenua o poco fondata storiograficamente. In fin dei conti tutto ciò ha un'importanza secondaria, poiché l'essenziale trascende anche quei nomi eccezionali. Ciò che davvero ha interessato i nostri autori è conoscere la realtà del diritto, e le autorità più eminenti del passato servono a ripensarlo con sempre maggiore adeguazione e profondità. A loro volta, vale la pena continuare a frequentare Villey, Cotta ed Hervada nella misura in cui essi hanno qualcosa da dirci sul reale. È proprio l'esperienza di questi giorni di Convegno.

Il tema dell'essenza del diritto appare come una questione centrale nel loro pensiero. Ciò si verifica forse più direttamente in Villey ed Hervada, giacché il realismo giuridico classico da essi riproposto costituisce ai loro occhi una risposta al quesito su cos'è il diritto. Ma anche in Cotta la sua ontofenomenologia giuridica, pur da un'angolatura diversa, cerca di offrire una prospettiva coesistenziale che colga nell'essenziale la regola giusta.

La centralità del nostro argomento permette di capire la sua indole nodale. Da un lato, le proposte sull'essenza del diritto presuppongono una risposta a molte altre questioni; dall'altro, tali proposte aprono la strada per affrontare meglio tanti altri problemi. Per la verità, più che una precisa ordinazione di questioni previe o successive, direi che vi è un intreccio e una coimplicazione. Senza addentrarmi nel merito menziono come esempi paradigmatici tre grandi questioni strettamente connesse con l'essenza del diritto: l'apertura del diritto alla trascendenza, l'esistenza e il senso del diritto naturale ed il suo rapporto con quello positivo, e con riferimento a una categoria culturale del nostro tempo, il fondamento e la natura dei diritti umani.

In conclusione vorrei spezzare una lancia in favore della fecondità delle idee semplici, non semplicistiche, come le tesi che ho enunciato prima circa l'essenza del diritto. La mia esperienza nell'ambito dei fondamenti del diritto nella Chiesa mi porta ad affermare che in qualsiasi campo del diritto la chiarificazione sull'essenza del diritto può produrre frutti notevoli, in quanto aiuta a centrare tanto la soluzione dei casi pratici quanto l'elaborazione di concetti e principi a partire da essi. In effetti, se si ha chiarezza su cosa sia il diritto, risulta molto più facile orientare la propria indagine in maniera veramente fedele al vero, e perciò autenticamente creativa. Con ciò non voglio sostenere che tale chiarezza implichi il dare per concluso il processo mai esaustivo di approfondimento del diritto, e nemmeno voglio suggerire in alcun modo che il concetto essenziale del diritto contenga razionalisticamente tutte le soluzioni ai problemi giuridici, come se il possedere quel concetto potesse sostituire l'approccio realistico globale alla complessità

e storicità della realtà. Tuttavia, sono convinto che lo sforzo per comprendere sempre meglio l'essenza del diritto, avvalendosi delle riflessioni di coloro che ci hanno preceduto in questa fatica, vale certamente la pena per contribuire a mettere a fuoco il giusto nel nostro mondo e nel nostro tempo, e ciò è una premessa assai feconda per impostare e cercare di risolvere meglio qualunque questione giuridica.

NOTE

1. Nella mia esposizione ho preferito non seguire l'ordine tra i tre autori secondo la data di nascita, adottato nel presente Convegno, ed iniziare invece da Cotta, in quanto più diverso rispetto a Villey ed Hervada.
2. Cfr. M. Villey, *Compendio de filosofía del derecho*, 2 vol., EUNSA, Pamplona 1979-1981 (orig.: *Philosophie du droit*, 2ª ed., Dalloz, Paris 1978-1979).
3. Sono da ricordare due ottime tesi dottorali dirette da Hervada, l'una sul realismo giuridico in generale (J.P. Schoupe, *Le réalisme juridique*, Story-Scientia, Bruxelles 1987) e l'altra specificamente su Villey (R. Rabbi-Baldi Cabanillas, *La filosofía jurídica de Michel Villey*, EUNSA, Pamplona 1990).
4. Cfr. S. Cotta, *El Derecho en la existencia humana. Principios de ontofenomenología jurídica*, a cura di Ismael Peidro Pastor, EUNSA, Pamplona 1987 (orig: *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*, 1ª ed., Giuffrè, Milano 1985).
5. *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*, 2ª ed. riveduta e ampliata, Giuffrè, Milano 1991, cap. II, pp. 21-38.
6. *Ibidem*, p. 21.
7. *Ibidem*, pp. 21-22.
8. *Philosophie du droit*, cit., n. 25, p. 51. Sono mie le traduzioni di testi non tradotti prima in italiano.
9. *Ibidem*, nn. 25-26, pp. 51-54, e poi tutta la prima sezione dell'opera: "De la justice comme finalité du droit".
10. Cfr. trad. it., Giuffrè, Milano 1990, pp. 1-7.
11. Cfr. *ibidem*, pp. 9-70.
12. Cfr. *ibidem*, pp. 12-14.
13. In *Filosofia del diritto. Diritto derivato*, parte I, lib. I, cap. 3 (nell'ediz. naz., vol. XXXV, p. 191).
14. *Il diritto nell'esistenza*, 2ª ed., cit., pp. 94-95.
15. *La formazione del pensiero giuridico moderno*, introduzione di F. D'Agostino, Jaca book, Milano 1986, p. 224.
16. 4ª ed., EUNSA, Pamplona 2008, p. 62.
17. *Ibidem*, p. 167.
18. *Il diritto nell'esistenza*, 2ª ed., cit., p. 142.
19. *Ibidem*, p. 144.
20. *Philosophie du droit*, cit., vol. I, n. 121, p. 205.
21. *Ibidem*, n. 123, p. 206.
22. Cfr. *Introduzione critica al diritto naturale*, cit., pp. 1-6.
23. Cfr. *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, lezione IV, pp. 71-87.

24. *Ibidem*, pp. 50-51.
25. Giuffrè, Milano 1997.
26. (1971), Presentazione di B. Romano, Giappichelli, Torino 2014, p. 15.
27. *Ibidem*, p. 56.
28. *Ibidem*.
29. *Philosophie du droit*, cit., vol. I, n. 13, p. 28.
30. *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, cit., p. 54.
31. *Il diritto nell'esistenza*, 2^a ed., cit., p. 144.
32. *Ibidem*, p. 146.
33. *Ibidem*, p. 151.
34. *Ibidem*, pp. 182-183. Cfr. anche la premessa alla II edizione, p. VII.
35. *Ibidem*, pp. 185-186.
36. *Ibidem*, p. 211.
37. *Ibidem*, p. 213.
38. *Ibidem*.
39. *Ibidem*, p. 214.
40. Cfr. *ibidem*, pp. 215-216.
41. *Ibidem*, p. 217.
42. *Ibidem*, p. 21.
43. *Ibidem*, p. 256.
44. Cfr. *ibidem*, pp. 251-256.
45. *Philosophie de droit*, cit., vol. I, n. 39, pp. 72-73. Cfr. anche M. Villey, *Le droit dans les choses*, in AA.VV., *Controverses autour de l'ontologie du droit*, P. Amselek, Ch. Grzegorzczuk (edd.), P.U.F., Paris 1989, pp. 11-26.
46. *Le droit et les droits de l'homme*, P.U.F., Paris 1983, p. 72-74.
47. Cfr. *ibidem*, pp. 74-76.
48. *Ibidem*, p. 78.
49. *Philosophie de droit*, cit., vol. I, n. 41, p. 74.
50. *Ibidem*, n. 42, p. 75.
51. *Le droit et les droits de l'homme*, cit., p. 49.
52. *Ibidem*, cit., p. 74.
53. *Philosophie de droit*, cit., vol. I, cit., p. 49.
54. *Le droit et les droits de l'homme*, cit., p. 46.
55. *Ibidem*, pp. 62-63.
56. Cfr. *Philosophie du droit*, cit., vol II, n. 204, p. 149.
57. Cfr. *Ibidem*, n. 207, p. 154.
58. Cfr. *Ibidem*, n. 212, p. 165.
59. Cfr. *Ibidem*, p. 83.
60. *Ibidem*, p. 206, p. 151.
61. Cfr. *ibidem*, nn. 204-210, pp. 148-162, e in particolare n. 210, p. 160.
62. Cfr. cit., pp. 1-6.
63. Cfr. cit., pp. 71-87.
64. Cfr. *Introduzione critica al diritto naturale*, cit., pp. 9-18; *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, cit., pp. 85-87.
65. Cfr. *Introduzione critica al diritto naturale*, cit., pp. 18-37; *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, cit., pp. 146-157.

66. *Introduzione critica al diritto naturale*, cit., p. 27.
67. *Ibidem*, p. 28.
68. *Ibidem*, p. 5.
69. *Ibidem*, p. 12.
70. *Ibidem*, p. 10.
71. Cfr. *ibidem*, pp. 14-15.
72. Cfr. *ibidem*, p. 16.
73. *Introduzione critica al diritto naturale*, cit., p. 77.
74. *Ibidem*, p. 19.
75. *Cos'è il diritto. La moderna risposta del realismo giuridico*, EDUSC, Roma 2013. Cfr. i vari scritti attorno a questo piccolo libro: AA.VV., *Realismo e diritto naturale. Un dibattito su Cos'è il diritto? di Javier Hervada*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 94 (2017), pp. 260-320.
76. Cfr. le rispettive lezioni nelle *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, pp. 89-163 e 165-250.
77. *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, cit., pp. 198-199.
78. *Ibidem*, p. 203.
79. *Ibidem*, p. 204.
80. Per una presentazione globale di tale itinerario, con abbondanti citazioni testuali delle opere dei diversi momenti, cfr. la tesi dottorale di A. García, *La ontofenomenología del derecho y del sujeto en el pensamiento de Sergio Cotta*, EDUSC, Roma 2005.
81. *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, cit., p. XVIII.
82. *Il diritto nell'esistenza*, 2^a ed., cit., p. 11.
83. Cfr. *ibidem*, pp. 11 ss.
84. *Ibidem*, p. 242.
85. *Ibidem*, p. 256.
86. Cfr. *supra*, n. 3.1.b.
87. Cfr. il carteggio con Hervada riportato da M. Del Pozzo, *L'evoluzione della nozione di diritto nel pensiero canonistico di Javier Hervada*, EDUSC, Roma 2005, pp. 594-595.
88. Per un confronto tra le concezioni di Villey ed Hervada, cfr. T. Sol, *La notion de droit subjectif chez Villey et Hervada*, «*Ius Ecclesiae*», 28 (2016), pp. 323-344.
89. *Il diritto nell'esistenza*, 2^a ed., cit., pp. 182-183.
90. Cfr. *Philosophie du droit*, cit., vol. I, nn. 41-42, pp. 74-75.
91. *Introduzione critica al diritto naturale*, cit., p. 34.
92. Cfr. *Il diritto nell'esistenza*, 2^a ed., cit., p. 166, e tutto il capitolo su “giuridicità e diritto in sé: un bilancio”: pp. 161-167.
93. *Ibidem*, p. 147.
94. Ciò non toglie l'esistenza di una dimensione normativa intrinseca alla stessa relazionalità secondo giustizia, com'è quella della norma giuridica naturale e quella che è effetto delle norme giuridiche umane in quanto incidono realmente sulle relazioni di giustizia.
95. Cfr. A. González Álvarez, *Tratado de Metafísica. Ontología*, 2^a ed., Gredos, Madrid 1967, pp. 116-118.
96. *Summa theologiae*, II-II, q. 57, a. 1, ad 1.
97. *Ibidem*, in c.
98. *Ibidem*.

99. Cfr. ad es. S. Pugliatti, voce *Beni. I. Teoria generale*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, vol. V, pp. 164-189 (l'esposizione, pur con cenni ad altri campi, è incentrata sul diritto civile).
100. Cfr. l'esposizione sulle "Funzioni di tutela del diritto penale: la protezione dei beni giuridici", con un approccio storico e sistematico, in G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, 2^a ed., Zanichelli, Bologna 1989, pp. 20-40.
101. Cfr. la sistematica dei due volumi del mio *Corso fondamentale sul diritto nella Chiesa*, Giuffrè, Milano 2009-2017.
102. V, 1, 1130 a.
103. Cfr. S. Tommaso d'Aquino, *Summa theologiae*, II-II, q. 58, a. 2.
104. Cfr. *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, cit., p. 198.
105. 1,1,1.
106. Cfr. *Introduzione critica al diritto naturale*, cit., pp. 54-60, 111-123.
107. Cfr. J. Rawls, *Lecture V. The Priority of Right and Ideas of the Good*, in *Political Liberalism*, Expanded Edition, Columbia University Press, New York 2005, pp. 173-211.
108. Cfr. *Natural Law and Natural Right*, 2^a ed., Oxford University Press, Oxford 2011, pp. 59-99.
109. Su di essa, cfr. la tesi di P. Popovic, *The Juridical Domain of Natural Law. A View From Michel Villey's and Javier Hervada's Juridical Realism within the Context of Contemporary Juridico-Philosophical Perspectives on the "Law-Morality" Intersection*, EDUSC, Roma 2019.
110. Cfr. *Il diritto nell'esistenza*, 2^a ed., cit., pp. 19-20.

© 2019 Carlos José Errázuriz & Forum. Supplement to Acta Philosophica



Quest'opera è distribuita con Licenza [Creative Commons Attribuzione - Non commerciale - Non opere derivate 4.0 Internazionale](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/).

[Testo completo della licenza](#)