

## Il concetto di diritto soggettivo: Sergio Cotta, Michel Villey e Javier Hervada

*Thierry Sol*

Facoltà di Diritto Canonico, Pontificia Università della Santa Croce  
t.sol@pusc.it

DOI: 10.17421/2498-9746-05-31

### Sommario

*Il concetto di diritto soggettivo è uno dei più utilizzati ai nostri giorni, ed è forse diventato per questa ragione uno dei più ambigui. Sembra impossibile in questa sede ripercorrere la sua storia o tentare una sintesi dell'ampia letteratura sviluppata da più di un secolo su questo tema. Sergio Cotta, Michel Villey e Javier Hervada hanno, in contesti e con interessi differenti, consacrato una rilevante parte dei loro studi al diritto soggettivo: Cotta inserisce il concetto nel grande panorama della storia del diritto del soggetto e nella sua relazione antagonistica con la norma — quello che si tradurrebbe con l'opposizione tra right e law; Villey propone una penetrante ricostruzione della genesi filosofica del diritto soggettivo attorno al nominalismo occamiano; Hervada precisa il momento logico del diritto soggettivo come conseguenza dell'esistenza primaria del diritto inteso come la cosa giusta.*

**Parole chiave:** Diritto soggettivo; realismo giuridico; Sergio Cotta; Michel Villey; Javier Hervada.

### Abstract

*The concept of subjective right is one of the most used in our days and has perhaps become for this reason one of the most ambiguous. It seems impossible here to retrace its history or attempt to summarise the extensive literature developed on this subject over a century ago. Sergio Cotta, Michel Villey and Javier Hervada have, in different contexts and with different interests, devoted a significant part of their studies to subjective right: Cotta places the concept in the great panorama of the history of the subject's rights and in its antagonistic relationship with the law; Villey proposes a penetrating reconstruction of the philosophical genesis of subjective right around Ockham's nominalism; Hervada specifies the logical moment of subjective right as a consequence of the primary existence of the right, understood as *res iusta*.*

**Keywords:** Subjective right; juridical realism; Sergio Cotta, Michel Villey; Javier Hervada.

## INDICE

1	Il diritto soggettivo nella dialettica individuo-potere politico secondo Sergio Cotta . . . . .	548
1.1	I diritti del soggetto di diritto, vittime della norma . . . . .	548
1.2	La rivincita dei desideri-diritti del soggetto sulla legge . . . . .	550
1.3	Il destino hegeliano del diritto del soggetto e il trionfo del volontarismo . . . . .	551
2	La genesi del diritto soggettivo in Michel Villey . . . . .	552
2.1	La matrice del nominalismo occamiano . . . . .	552
2.2	Una genesi più filosofica che storica . . . . .	553
2.3	Capire il diritto per capire il diritto soggettivo . . . . .	554
3	Il diritto soggettivo secondo il realismo giuridico in Javier Hervada . . . . .	555
3.1	Il diritto soggettivo come elemento secondario del processo giuridico . . . . .	555
3.2	Il diritto soggettivo come confusione tra sostanza e relazione . . . . .	557
3.3	L'inversione del processo giuridico e la scomparsa della relazione giuridica . . . . .	558
4	Conclusioni . . . . .	559
	Note . . . . .	560

## 1 IL DIRITTO SOGGETTIVO NELLA DIALETTICA INDIVIDUO-POTERE POLITICO SECONDO SERGIO COTTA

La prima lettura, forse la più accessibile — o per lo meno la più ovvia — del concetto di diritto soggettivo, la troviamo presso Sergio Cotta, che inserisce la sua riflessione nel dibattito filosofico, politico, storico e soprattutto ideologico, attorno all'opposizione tra i diritti del soggetto e il diritto oggettivo inteso nel senso di "norma" o "legge". L'analisi di Cotta permette di capire come la nozione sia stata paradossalmente inserita e respinta dal sistema giuridico.

### 1.1 *I diritti del soggetto di diritto, vittime della norma*

Sergio Cotta intende il diritto soggettivo come una parte della categoria dei diritti del soggetto, accanto ai diritti fondamentali<sup>1</sup>. La sua analisi parte dai lavori di Riccardo Orestano, che, tra altri, mostrava già come la costruzione "in ordine razionale" del "sistema giuridico" a partire dall'Illuminismo avesse posto al centro l'individuo, assunto come il "soggetto di diritto". Secondo uno schema analogo al giudizio logico, che riferisce degli attributi e dei predicati alla cosa di cui si parla (cioè il "soggetto"), tutte le possibili situazioni giuridiche vennero a risolversi in

altrettanti “attributi” e “predicati” del “soggetto”, cioè in *diritti soggettivi*, sicché il sistema del “diritto” venne a identificarsi con il sistema dei diritti soggettivi<sup>2</sup>.

Soltanto per citare alcuni momenti chiave di questa storia della nozione, si potrebbe partire da Leibniz, che, operando un capovolgimento di significato tra “oggetto” e “soggetto”, fu uno dei primi a parlare dell’uomo come *subiectum iuris* e a trattare della persona come soggetto di qualità morale<sup>3</sup>. Una tappa successiva fu quella di percepire questo diritto soggettivo come “potere della volontà del soggetto”<sup>4</sup>. Questa ultima formula, attribuita a Savigny non si ritrova in questi termini nel suo *Sistema del diritto romano*, dove egli parla infatti di “un potere che spetta a ciascuna persona: una sfera nella quale la volontà di questa regna, e regna col nostro consenso. Siffatto potere noi lo chiamiamo “diritto” di questa persona, nel significato di facoltà; molti lo chiamano diritto in senso soggettivo”<sup>5</sup>. Orestano denunciava già tale concezione come la “grande illusione” della Pandettistica, vale a dire di “poter trasportare dal piano filosofico-giusnaturalistico al piano giuridico-positivo l’idea dell’*individuo-soggetto di diritto*, con tutti i suoi attributi e i suoi predicati e di poter costruire sulla sua potestà di volere il “sistema” giuridico”<sup>6</sup>.

Questa concatenazione progressiva tra volontà dell’individuo, potenza morale, facoltà e diritto, si iscrive nel contesto di una lotta filosofica, politica e giuridica, della quale Cotta ha precisamente offerto una spiegazione penetrante. La storia dei diritti soggettivi sarebbe la storia di una lotta tra individuo e società, tra l’affermazione della fondazione autonoma e prioritaria dei diritti naturali del soggetto e l’onnipotenza legislativa e politica del monarca assoluto. Come sappiamo, questo conflitto ha condotto alla positivizzazione dei diritti soggettivi nelle varie “dichiarazioni” dei diritti. Ma proprio a questo punto Cotta fa la seguente domanda: “Sono i diritti del soggetto a prevalere sulla norma o è vero il contrario? Ad affermarsi sempre di più è la seconda tendenza, per opera sia di giuristi sia di filosofi”<sup>7</sup>.

Cotta osserva che la scienza giuridica, nei fatti, ha sempre più cercato di limitare l’autonomia concettuale del diritto del soggetto “fino a giungere a renderla irrilevante o a negarla del tutto. Da Windscheid a Jhering e a Thon, da Duguit a Santi Romano e a Vinogradoff, da Kelsen a Vysinskij e a Ross, il diritto del soggetto diventa una articolazione interna, una sorta di appendice sempre meno utile del diritto oggettivo, che ne determina l’ambito e le possibilità di azione e quindi le condizioni stesse di esistenza”<sup>8</sup>. Non serve molto ricercare le cause di tale evoluzione nell’influenza delle ideologie politiche. Secondo Cotta, la spiegazione va cercata altrove: “Invero la subordinazione-negazione del diritto del soggetto risponde a un ragionamento in cui convergono motivi epistemologici e logici”<sup>9</sup>.

Tra questi motivi, troviamo prima di tutto la logica del positivismo giuridico, che non riconosce nessun valore al fenomeno giuridico in sé, ma solo a ciò che viene stabilito come tale dalla volontà legislatrice (comunque formata) dello

Stato o di qualsiasi altra formazione sociale<sup>10</sup>. Tale atteggiamento trova un appoggio nelle filosofie che respingono il primato dell'individuo sulla società: "Idealisti come Hegel e Gentile, positivisti come Comte, democratici come Rousseau e marxisti come Lenin e Stucka, concordano nel subordinare (quando non lo neghino) il diritto del soggetto al diritto oggettivo della società, o dello Stato, oppure alla oggettività dei rapporti di produzione"<sup>11</sup>. Cotta costata che "il movimento iniziale di autonomizzazione liberatrice dell'individuo sembrerebbe svanire nella realizzazione del sistema giuridico su base positivista, che riconosce solo le libertà date nelle situazioni giuridiche soggettive stabilite dalla norma. (...) Si ricordi per tutti la nota frase di Thon: "il diritto obiettivo è la volontà generale"<sup>12</sup> (...) Si è in grado così di comprendere un punto decisivo dell'antisoggettivismo giuridico contemporaneo: "la lotta contro l'arbitrarietà del potere cessa quando il popolo si sostituisce al monarca nella titolarità della sovranità"<sup>13</sup>.

## 1.2 *La rivincita dei desideri-diritti del soggetto sulla legge*

Se questa storia del destino contrariato dei diritti soggettivi, digeriti nel o dal sistema positivista non è originale di Cotta, nostro autore sviluppa un'altra considerazione molto attuale quando spiega come i diritti soggettivi siano stati finalmente reintrodotti nel dibattito odierno: "Posto come valore supremo l'espandersi e l'affermarsi, libero e totale, dell'individualità, l'unica via accettabile è quella dello spontaneismo, dell'agire *sua sponte*, secondo la propria volontà. Entro questa prospettiva si apre un largo ventaglio di posizioni o di tesi, che sostengono la proclamazione dei cosiddetti diritti civili, meglio definibili come diritti individuali: diritto ad esprimere liberamente la propria personalità, diritto alla disobbedienza, diritto all'aborto, all'eutanasia ecc. Si giunge, sulla linea del diritto alla piena libertà sessuale, a rivendicare la liberazione del desiderio, secondo la formula di André Breton"<sup>14</sup>.

Cotta mostra in particolare le conseguenze giuridiche delle posizioni di Michel Foucault: "Se il desiderio, ogni desiderio, è naturale nella infinita varietà delle sue espressioni, allora è proprio la legge a risultare contro-natura per la sua assenza delimitatrice ed uguagliatrice. Perciò si potrà opporle facilmente il diritto naturale al desiderio. (...) La legge, dunque, è divenuta il simbolo dell'artificiale, la libertà (il diritto di libertà) il simbolo della natura, ma di una natura che non è più ordine, armonia, *cosmos*, bensì *ca-osmos*, secondo l'efficace espressione di Deleuze, l'ordine caotico o il caos ordinante, ripetizione eterna e infinita della differenza"<sup>15</sup>. Più importante ancora sembra questa ultima osservazione di Cotta: "Ora ciò che era "privato" reclama il diritto illimitato di manifestarsi "in pubblico", d'imporci al "pubblico", di esser soddisfatto a spese del "pubblico"<sup>16</sup>".

Queste riflessioni di Sergio Cotta ci fanno capire la vera natura dei diritti sog-

gettivi odierni. Non si tratta più di rivendicare un diritto soggettivo costruito su un giusnaturalismo “oggettivo”, ma dedotto da una percezione soggettiva della natura, costruita dal soggetto stesso, secondo i suoi desideri. Orbene, il passaggio dal sentimento all’affermazione giuridica di un diritto non sembra così facile, quando manca del tutto la possibilità di verificare l’esistenza reale della cosa rivendicata. Chi potrebbe infatti opporre a qualcuno che il suo sentimento non esiste? Ma come allora trasformare una pulsione soggettiva in oggetto di diritto? Come rendere il sentimento opponibile agli altri?<sup>17</sup> Sergio Cotta indica in queste righe una evoluzione significativa della natura stessa dei diritti soggettivi e delle inquietanti conseguenze che questo può avere sul diritto.

### 1.3 *Il destino hegeliano del diritto del soggetto e il trionfo del volontarismo*

Dietro questa apparente irreconciliabilità tra il primato del sociale e del “noi” da un lato, e della natura e dello “io” dall’altro,<sup>18</sup> Cotta intravede una “solidarietà di fondo che consiste nell’uso di un’unica categoria interpretativa e operativa. Ed è proprio la categoria del diritto del soggetto, poiché l’opposizione fra legge e diritto è oggi soltanto verbale<sup>19</sup>”. Spiega così il movimento storico di fondo: “Si suol dire che i diritti dell’uomo sono stati opposti alla legge. Ma ciò è inesatto: sono stati opposti a quel diritto, assoluto e fondamentale, del monarca a legiferare, che aveva trasformato la legge, la regola, nel suo opposto: l’arbitrio. Al diritto di uno solo sono stati dunque sostituiti i diritti di tutti; il plurale si sostituisce al singolare, ma la categoria è la medesima e identico ne è il contenuto: il potere di agire liberamente secondo il proprio arbitrio”<sup>20</sup>.

Uno dei pregi dell’analisi di Cotta consiste quindi nel mostrare che dietro la dialettica io / potere dello Stato, che sembra animare la storia dei diritti soggettivi, si nasconde nel fondo lo stesso principio. “Ciò che cambia, dice Cotta, è soltanto il titolare del diritto. È forse possibile rappresentare questa vicenda del diritto del soggetto nei termini di una dialettica triadica di tipo hegeliano. *Tesi*: il diritto è affermato nella sua universalità astratta o formale (giusnaturalismo moderno). *Antitesi*: il diritto è affermato nella oggettività concreta della volontà statale o sociale (storicismo sociale). *Sintesi*: il diritto è affermato nella universalità concreta della volontà di potenza, che è sì individuale ma abbraccia la totalità (neo-giusnaturalismo libertino). Kant, Hegel e Nietzsche potrebbero venir indicati quali gli interpreti filosofici più significativi di questo movimento dialettico”<sup>21</sup>.

Questo dramma in tre atti del diritto del soggetto mette a fuoco un elemento chiave: la volontà di potenza. Questo sviluppo storico coinvolge la nozione di legge: “Rompendo frettolosamente la tradizione plurisecolare che considera il giuridico come *ius quia iustum*, hanno affermato che il giuridico altro non era che *ius quia iussum*. Pertanto, hanno consegnato il giuridico al dominio della volon-

tà pura e quindi dell'incomunicabilità: *stat pro ratione voluntas*<sup>22</sup>. Così i giuristi hanno accolto e pienamente inserito nel diritto il volontarismo: “La legge emana da una volontà di potenza, sociale o individuale, che giunge a pienezza quando si afferma quale diritto illimitato e sovrano”<sup>23</sup>.

## 2 LA GENESI DEL DIRITTO SOGGETTIVO IN MICHEL VILLEY

### 2.1 *La matrice del nominalismo occamiano*

Queste ultime riflessioni di Sergio Cotta ci portano a uno dei punti più salienti dell'analisi di Villey, che ha mostrato che la chiave d'interpretazione della trasformazione del concetto di diritto risiede infatti nell'identificazione o meno delle nozioni di *ius* e *potestas*.<sup>24</sup> Secondo questo autore, il passaggio dalla concezione realistica del diritto (quella di Aristotele, dei giuristi romani e di San Tommaso d'Aquino) alla concezione soggettivista (la legge nata dal potere dell'individuo) ebbe luogo prima dell'Illuminismo, nel contesto della controversia sulla povertà francescana e dello sviluppo della filosofia nominalista di Occam.

Villey non nega che alcuni prodromi della concezione soggettiva fossero visibili prima di Occam, specialmente nella filosofia stoica di Cicerone<sup>25</sup> e nel cosiddetto agostinismo politico, che favorì, secondo lui, una visione “religiosa” della giustizia, aliena alla concezione aristotelica<sup>26</sup>. È precisamente questo vecchio fondo religioso di pensiero, che si dimentica di Aristotele e di Roma, confonde moralità e legge e assorbe il diritto nei precetti evangelici, che sarebbe poi passato a Occam<sup>27</sup>. La sua filosofia nominalista e individualista avrebbe funzionato come catalizzatore di queste deformazioni del diritto e trasformato il diritto soggettivo in un sistema nuovo ed esclusivo,<sup>28</sup> definitivamente separato dal realismo giuridico classico<sup>29</sup>. Anzi, più che una deformazione del concetto di diritto, il pensiero giuridico moderno inaugurato dalla filosofia nominalista risponderebbe a un cambiamento radicale di paradigma e all'entrata in un nuovo mondo<sup>30</sup>. Villey descrive addirittura questo processo come una “uscita dal diritto” o la sua scomparsa in un soggettivismo universalista, i cui “diritti umani” sarebbero l'ultimo avatar<sup>31</sup>.

Villey descrive così la dottrina nominalista: “Non esiste nel reale e nella «natura» reale nulla che sia al di sopra degli individui: non esistono universali, non esistono strutture, non esiste diritto naturale. (...) Occam anticipa l'idealismo, mettendo il pensiero al posto dell'essere”<sup>32</sup>. Le conseguenze sulla scienza giuridica sono importanti: “Ciò comporta l'abbandono del diritto naturale (...); quel metodo che prendeva come punto di partenza per arrivare a dare soluzione ai casi giuridici l'osservazione della *natura* e dell'ordine che in essa si manifesta. Il nominalismo, al contrario, induce a pensare tutte le cose a partire dall'*individuo*.”

L'individuo (e non più il rapporto tra parecchi individui) diviene il centro d'interesse della scienza del diritto; lo sforzo della scienza giuridica è ormai rivolto a descrivere le qualità giuridiche dell'individuo, l'ambito delle sue facoltà, dei suoi *diritti individuali*. Quanto alle norme giuridiche, non potendole più dedurre dall'ordine stesso che si credeva in precedenza di poter leggere nella natura, sarà giocoforza cercarne l'origine esclusivamente nella volontà positiva degli individui: il *positivismo* giuridico sarà figlio del nominalismo. Tutti i caratteri essenziali del pensiero giuridico moderno sono già insiti in potenza nel nominalismo<sup>33</sup>.

Ovviamente la penetrazione della filosofia nominalista nel mondo giuridico ha preso tempo e Occam non ha elaborato le sue teorie a questo fine, ma "la struttura del diritto moderno è inesplicabile se non si risale a questa sua fonte, a queste premesse metafisiche elaborate dalle scuole medievali; (...) Le rivoluzioni nella storia del pensiero non sono mai fatte da una persona sola<sup>34</sup>". Villey mette in rilievo l'influsso concomitante del nominalismo sullo sviluppo dell'individualismo e del positivismo giuridico e, di conseguenza l'importanza della volontà del legislatore nella produzione del diritto: "E così il cerchio si chiude. Il diritto umano, così come il diritto di origine divina, sono concepiti solo come positivi: essi nascono, in ultima analisi, da volontà individuali. (...) Non esiste più che una sola fonte del diritto, la volontà individuale: o la volontà dell'individuo-Dio, o la volontà dell'individuo-uomo<sup>35</sup>".

## 2.2 *Una genesi più filosofica che storica*

Non possiamo soffermarci troppo in questa sede sulla controversia tra Brian Tierney e Michel Villey a proposito del momento della nascita del diritto soggettivo<sup>36</sup>. Secondo Tierney, bisogna ricercare le origini del diritto soggettivo non soltanto prima dell'Illuminismo, ma addirittura prima ancora di Occam. I prodromi della nozione di diritti naturali (*rights*) in contrapposizione alla legge oggettiva e positiva (*laws*), si troverebbero nel contesto di società a priori strutturate sulla comunità piuttosto che sull'individuo, e in particolare nel diritto canonico del XII secolo, cioè prima del "momento occamiano" additato da Villey. Occam avrebbe soltanto assunto una concezione già esistente per la sua argomentazione<sup>37</sup>.

L'aspetto storico della problematica del diritto soggettivo è ovviamente importante: Sergio Cotta situa la nozione nella dialettica diritto-potere dell'individuo – legge-norma dello Stato; Michel Villey sottolinea il ruolo decisivo del nominalismo occamiano nella sua nascita; Brian Tierney afferma anche che lo sviluppo del diritto soggettivo non è legato alle condizioni sociali o politiche peculiari di un periodo e lo scopre nel diritto romano e specialmente nel diritto medievale prima di Occam. Villey, e soprattutto Tierney, sono stati accusati di anacronismo<sup>38</sup> per

avere cercato la nozione moderna del diritto soggettivo prima dell'*Aufklärung* e delle società del *contratto sociale*<sup>39</sup>.

Tale critica ci sembra applicarsi molto di più a Tierney<sup>40</sup>. Villey non analizza il diritto soggettivo come una rivendicazione di diritti di fronte alle leggi dello Stato e perciò il diritto soggettivo non è per lui essenzialmente un prodotto storico-politico. Il soggettivismo giuridico si sviluppa secondo lui grazie al contributo di una filosofia, che enfatizza l'individuo, ma che non è il prodotto di una società diventata individualista. Il nominalismo di Occam precede lo sviluppo posteriore e, in un certo senso ne rende possibile la realizzazione.

In fondo, Villey, più che spostare il periodo di nascita del diritto soggettivo, sposta la problematica della sua essenza. Ciò si manifesta specialmente nel modo radicalmente differente di intendere il concetto di diritto soggettivo, e soprattutto d'impostare la filosofia del diritto. Perciò, la controversia tra Villey e Tierney non ci interessa tanto per l'aspetto storico della cronologia delle idee (quando sarebbe nato veramente il diritto soggettivo?), quanto piuttosto per le ambiguità che veicola e perché ci permette di mettere a fuoco il problema di fondo riguardante la definizione del diritto soggettivo.

### 2.3 *Capire il diritto per capire il diritto soggettivo*

Per Tierney, ma anche per la stragrande maggioranza dei filosofi del diritto o dei giuristi stessi, la nozione di "diritto soggettivo", intesa come *rights*, corrisponde alla rivendicazione di diritti individuali, in contrapposizione al diritto oggettivo, che rinvierebbe per loro soltanto al diritto positivo, cioè *laws*.<sup>41</sup> Generalmente, la maggioranza degli autori rimane fedele alla tassonomia dei diritti stabilita da Hohfeld all'inizio del XX secolo<sup>42</sup>, e declinano inoltre le forme di diritto soggettivo secondo le seguenti antitesi: *claims rights / liberty rights*, *passive rights / active rights*. Tutte queste categorie riflettono una costellazione filosofica positivista, nella quale il diritto soggettivo si spiega a partire dal diritto positivo, e diventa esso stesso una categoria del diritto positivo.

Invece per Villey, "diritto oggettivo" non significa appunto "diritto positivo" e non corrisponde all'insieme delle leggi, cioè: non è *laws*, e, di conseguenza, la nozione di diritto soggettivo non si comprende in questa dialettica. Le nozioni di *rights* e *laws* partecipano ambedue secondo Villey della stessa deformazione del diritto; ambedue sono prodotti del nominalismo e non sono appunto "diritto" nel senso del realismo classico. Per capire la nozione di "diritto soggettivo" si deve quindi partire da una nozione di "diritto oggettivo" non positivista. In ciò consiste tutto lo sforzo della *Formazione del pensiero giuridico moderno*: ritornare a un concetto del diritto nel senso realista, sparito dopo Occam e tuttora ignorato dai giuristi.

Michel Villey fu forse il primo a ripristinare, con grande forza, la tradizione classica e realista del diritto, di Aristotele, del diritto romano e di San Tommaso. In particolare, ribadendo la dottrina aristotelica sul giusto mezzo, Villey sottolinea che il diritto, oggetto della giustizia, si trova nelle cose e non nel soggetto: “esso è nelle cose, nel reale, nella realtà esterna (*medium in re* dice San Tommaso)”<sup>43</sup>. Questo aspetto è stato anche messo in rilievo da Javier Hervada, che ha proposto una descrizione forse più didattica e una vera tematizzazione del diritto in senso realista. Diciamo subito che Villey e Hervada sviluppano nel fondo la stessa idea di diritto soggettivo, precisamente perché condividono la stessa concezione del realismo giuridico, o almeno, possiamo dire che le loro conclusioni sui problemi nati dalla concezione moderna del diritto soggettivo convergono ampiamente.

È anche vero che esistono delle differenze tra Villey e Hervada sulla essenza stessa del diritto, soprattutto a livello metafisico della distinzione tra sostanza e relazione<sup>44</sup>. Comunque, pensiamo che queste differenze non abbiano conseguenze sulla loro valutazione del diritto soggettivo, e si spiegano a partire dal contesto accademico differente nel quale lavorano i due autori. Gli scritti di Villey hanno un carattere polemico<sup>45</sup> e Villey è portato ad accentuare alcune opposizioni. Ciò che costituisce la forza delle sue tesi, la visione sintetica della storia del diritto, le opposizioni che egli propone, le audaci genealogie che discerne, sono però anche la sua debolezza: la sua analisi perde sfumature, la forza espressiva non può evitare le ambiguità: Villey combatte più di quanto espone. Hervada, invece, offre un’analisi più pacifica, tecnica e forse più sfumata per capire che cos’è il diritto in assoluto e che cos’è il diritto soggettivo nel senso realista.

### 3 IL DIRITTO SOGGETTIVO SECONDO IL REALISMO GIURIDICO IN JAVIER HERVADA

#### 3.1 *Il diritto soggettivo come elemento secondario del processo giuridico*

Come notava già San Tommaso, capita ordinariamente che dal loro uso primitivo le parole siano volte a significare altre cose<sup>46</sup>. Così il diritto può essere anche capito come scienza, luogo, decisione di giustizia... Si tratta di significati analogici della stessa parola, il cui significato originale e corretto rimane comunque quello di “cosa giusta”. In questo senso, “diritto soggettivo” e “norma” sono significati derivati dal diritto. Si capisce così l’importanza per Javier Hervada di descrivere con la maggiore precisione possibile i momenti logici del processo giuridico.

Nella tradizione classica, il diritto è ciò che appartiene a ciascuno, per obbligo e nella giusta misura. È oggetto della giustizia, secondo la definizione del *Digesto* (1.1.10), spesso ricordata ma spesso dimenticata: “Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi”: la giustizia consiste nel dare a ciascuno ciò

che è suo. Da dove procede questo *ius suum*? La specificità di Hervada a questo riguardo consiste nello spiegare che il fenomeno giuridico (la giustizia) è un atto secondario che viene dopo una ripartizione antecedente delle cose: “la giustizia segue il diritto, perché non può esserci un atto di giustizia laddove non vi sia un titolo a una certa cosa, dove la cosa non sia — in virtù di un titolo — qualcosa di dovuto, un diritto”<sup>47</sup>.

Così, secondo Hervada, l’atto primo che istituisce il diritto è un atto di dominio, che può essere regolato dalle virtù, e in particolare dalla prudenza, ma non è di per sé un atto della virtù della giustizia. Il primo elemento del rapporto giuridico nasce quindi dalla relazione soggetto-oggetto, che non è ancora né giuridica né sufficiente per generare da solo un diritto<sup>48</sup>. Non costituisce quindi un “diritto soggettivo”, perché non si tratta ancora di diritto; manca un titolo, in virtù del quale la cosa diventerà oggetto di doveri e obblighi giuridici tra più individui<sup>49</sup>. Hervada formula generalmente questa idea dicendo che ci sono relazioni tra uomini che significano che “le cose di ciascuno — le cose sue —, in un determinato momento, stanno o possono stare in potere di un altro”<sup>50</sup>.

Torniamo sulla descrizione del passaggio dal piano ontologico al piano giuridico: “La struttura dello *ius* o diritto (...) è la seguente. L’uomo, in virtù della sua capacità di dominio e di appropriazione, fa sue le cose. Si stabilisce così una relazione tra l’uomo e la cosa, relazione che, in un primo momento, non è giuridica, ma ontologica di dominio. (...) Le cose dominate diventano sue in virtù della sua capacità di appropriazione. (...) Una volta stabilita questa relazione di dominio si genera nei confronti degli altri uomini il debito o dovere di rispettare, restituire, dare, ecc. La prima cosa che nasce sul piano delle relazioni umane, la prima cosa sul piano giuridico, è il dovere o debito; per questo la cosa è *diritto*, prima di tutto, perché è dovuta. E siccome gli altri gliela devono, il titolare del diritto può esigerla. La *facoltà di esigere o diritto soggettivo* nasce in un secondo momento, come conseguenza del debito”<sup>51</sup>. Soltanto in questo momento interviene il diritto soggettivo, che corrisponde alla facoltà morale di esigere quello che è dovuto in giustizia. È quindi la conseguenza dell’esistenza di una relazione di esigibilità, dovuta al fatto che la *res* è in potere di un altro soggetto diverso dal soggetto di attribuzione; appunto per questo è una cosa dovuta e, di conseguenza, esigibile.

Si tratta di un secondo momento logico. La facoltà di richiedere può essere quindi descritta come facoltà di fare (*facultas agendi*), facoltà di possedere (*facultas possidendi*) e facoltà di richiedere (*facultas exigendi*)<sup>52</sup>. Tuttavia, non dobbiamo perdere di vista il fatto che la facoltà non è nulla al di fuori della cosa giusta stessa, e che, di conseguenza, se il debito si estingue, cessa anche la facoltà di chiederlo. La facoltà è un senso derivato dal diritto, in necessaria relazione con la cosa giusta. Per aderire più strettamente alla realtà, si dovrebbe dire che la facoltà di esigere del soggetto è solo la versione soggettiva dell’esigenza che è inerente alla cosa<sup>53</sup>. Forse sarebbe utile trovare una denominazione alternativa a “diritto sog-

gettivo”, come “esigibilità della cosa giusta” per tradurre la radicale dipendenza della facoltà di esigere in relazione alla cosa giusta.

### 3.2 *Il diritto soggettivo come confusione tra sostanza e relazione*

Questo *ius suum* è inoltre una cosa esteriore al soggetto: “si tratta di qualcosa che, trovandosi in un modo qualunque al di fuori del soggetto, può essere oggetto di relazioni umane. È questo un aspetto fondamentale nel caso della giustizia perché l’atto della giustizia si basa sul fatto che la titolarità, il possesso o l’uso e godimento di una cosa possono subire interferenze o essere in potere di una persona diversa da quella cui spettano. La giustizia può agire soltanto in seno alle relazioni umane e, pertanto, il suo oggetto — ciò che è suo — deve avere la caratteristica dell’esteriorità”<sup>54</sup>. Queste precisazioni sono importanti per contrastare il “diritto soggettivo” moderno: secondo il realismo giuridico, il diritto è propriamente una cosa, esterna al soggetto, inserita in un rapporto intersoggettivo: siamo lontani dalla facoltà morale che considera soltanto il rapporto soggetto-oggetto.

Considerare il diritto come “facoltà morale” equivale precisamente, secondo Hervada, a confondere il nome della sostanza e il nome della relazione: ed è quello l’errore dei soggettivisti<sup>55</sup>: “La giuridicità non rivela una sostanza, ma una relazione. Ogniqualvolta diciamo che un qualcosa è giuridico stiamo dando il nome ad una relazione. È per questo che tutto ciò che diciamo diritto ha due nomi: il nome della sostanza e il nome della relazione”. Hervada applica questo ragionamento alla facoltà morale: “La cosa avrà un suo nome proprio in quanto sostanza e la si chiamerà diritto (in senso realista) in quanto relazione. La facoltà morale ha questo nome in quanto sostanza e la si chiama diritto soggettivo in quanto relazione”. Si tratta infatti di una doppia relazione: da una parte la relazione di attribuzione della cosa riguardo al soggetto di attribuzione e, da un’altra parte, una relazione bilaterale perché la cosa sta — o può stare — in potere di un altro soggetto diverso dal soggetto di attribuzione. Come sintetizza Hervada: “La parola diritto o *ius* connota nella cosa la relazione di debito e di esigibilità”<sup>56</sup>.

Il realismo giuridico non nega quindi l’esistenza del diritto soggettivo o della facoltà morale, ma il diritto, in senso stretto, non è il diritto soggettivo: “Poiché la giustizia viene definita come la virtù di dare a ciascuno il suo diritto, non può venir definita principalmente come la virtù di riconoscere a ciascuno il suo diritto soggettivo, perché altrimenti se ne cambia sostanzialmente la definizione, nella quale *il suo diritto* è la cosa sua”<sup>57</sup>. La giustizia, consiste quindi nel dare o restituire la cosa giusta, e non nel riconoscere una facoltà su questa cosa.

### 3.3 *L'inversione del processo giuridico e la scomparsa della relazione giuridica*

Trasformare la facoltà morale in diritto, o ridurre il diritto all'unico diritto soggettivo nel senso odierno, corrisponderebbe a una inversione della logica del processo giuridico: la cosa sarebbe esigibile prima di essere dovuta; sarebbe dovuta perché il soggetto avrebbe il diritto di richiederla. Quale sarebbe il fondamento di questa esigenza? È veramente possibile fondare il diritto sul solo potere morale o sul desiderio dell'individuo che rivendica ciò che considera i suoi diritti. Hervada mostra chiaramente che il diritto segue un processo inverso: questi diritti sono suoi perché corrispondono a ciò che è giusto,<sup>58</sup> e ciò che è giusto non viene fissato dal soggetto: ci vuole l'esteriorità dell'oggetto (la cosa giusta) e l'esteriorità della relazione intersoggettiva.

Come si vede, è difficile respingere il diritto soggettivo odierno perché non si presenta come un paralogismo: certamente, inverte i termini (la cosa sarebbe dovuta perché esigibile dal soggetto), ma li inverte perché inverte il fondamento del fenomeno giuridico: il giusto non è più la cosa dovuta (oggettivamente, cioè secondo la natura o una norma esterna al soggetto), ma ciò che il soggetto considera giusto, cioè la sua facoltà o il suo potere di esigerla. Infatti, invertire il ragionamento e dire che "il diritto è dovuto perché è esigibile" non è di per sé contrario alla logica. Piuttosto, va contro una concezione, e in realtà va contro il diritto nel senso della *ipsa res iusta*.

Le conseguenze di questa inversione del processo giuridico sono precisamente quelle che descriveva Cotta, quando mostrava come il desiderio del soggetto fosse diventato il fondamento ultimo della rivendicazione dei diritti. Il fatto di ridurre il diritto al diritto soggettivo ha avuto come conseguenza di fare svanire un elemento primordiale del diritto che consiste nella relazione con gli altri, attorno, appunto, a una cosa dovuta in giustizia. Cotta chiedeva con ragione: "Cos'è che caratterizza in senso proprio il *diritto* del soggetto (ad essere e ad agire) e lo distingue dalla *potenza* originata dalle sue capacità fisiche e intellettuali? Come la potenza, il diritto si colloca entro l'orizzonte della relazione, dell'esistere-con-altri in quanto sorge come pretesa nei confronti di altri. Ma entro questo orizzonte comune, si costituisce nella propria originalità allorché la relazione s'instaura nel modo di una simmetria specifica tra l'io e l'altro, la simmetria che comporta la reciproca corrispondenza di diritto e obbligo. Ciò avviene allorché l'altro riconosce (e qui non ne interessano le ragioni) la pretesa dell'io; il riconoscimento opera la trasformazione della pretesa in diritto e dell'obbedienza in obbligo"<sup>59</sup>. Cotta sottolinea la necessaria reciprocità e corrispondenza bilaterale di diritti e obblighi per uscire dalla semplice affermazione di potenza del soggetto e dall'arbitrarietà.

Cotta sembra anche raggiungere le linee di fondo del realismo giuridico di Villey e Hervada quando afferma: "Ciò implica la necessità di ripensare il diritto

del soggetto entro quell'universo della misura e dell'armonia di cui è espressione la legge. È dunque esatta la tesi secondo cui non vi è diritto senza la determinazione della legge. Ma a patto d'intendere questa non già quale misura imposta da volontà o potenza, bensì quale misura richiesta dalla «ragione della cosa», come diceva Hegel, o meglio dalle strutture stesse dell'esser-uomo. Qui il discorso non è più giuridico ma diventa apertamente ontologico<sup>60</sup>.

#### 4 CONCLUSIONI

Questa sommaria presentazione non pretende di esaurire la ricchezza dell'analisi proposta dai tre autori. Ognuno infatti sviluppa la sua riflessione sul triplice livello della filosofia, del diritto e della storia. Abbiamo soltanto cercato di cogliere l'apporto più specifico di ognuno e d'inserirlo in una interpretazione complessiva del concetto. Tale prospettiva viene facilitata dal fatto che le analisi di Cotta, Villey e Hervada offrono una complementarità assai felice, sempre nell'ambito — implicito per Cotta o esplicito per Villey e Hervada — di una concezione realista del diritto, e permettono di mettere a fuoco le problematiche essenziali sollevate dalla nozione odierna di diritto soggettivo. La lettura parallela dei tre autori permette di capire con maggiore chiarezza come i processi filosofici e giuridici all'opera nella concezione moderna del diritto si completano.

La concezione soggettiva del diritto sembra oggi occupare tutto lo spazio della teoria giuridica. La rivendicazione dei diritti soggettivi si fonda sempre di meno sull'esistenza oggettiva di un ordine naturale, considerato proprio come limite alla libertà individuale, o di un ordine *tout court* che non fosse quello determinato dal soggetto stesso, a partire dai suoi sentimenti. Con ciò sono anche sparite le condizioni dell'esistenza del diritto stesso, cioè della possibilità di definire che cosa è giusta o ingiusta. Sergio Cotta ci permette di capire come, dietro la dialettica abituale individuo / società o ancora diritti / norma, si nasconde infatti l'affermazione di una volontà di potenza individuale o sociale.

È precisamente questo movimento di fondo, più filosofico che storico, che Michel Villey ha rintracciato nei suoi scritti, attribuendo al nominalismo di Occam, se non la nascita del diritto soggettivo stesso, almeno la sua sistematizzazione. Con Occam è tutt'altra concezione del diritto che prende il posto della concezione classica o piuttosto si tratta di una vera «uscita dal diritto»: lo sforzo della scienza giuridica è ormai rivolto a descrivere le qualità giuridiche dell'individuo, l'ambito delle sue facoltà, dei suoi *diritti individuali*. La legge stessa esprime la volontà del legislatore e non più l'ordine giusto delle cose.

Il cuore dell'argomento di Villey non differisce da quello di Hervada: entrambi sottolineano che l'alterità è una caratteristica essenziale del diritto. Con il soggettivismo, la relazione costitutiva del diritto sarebbe stata ridotta alla relazione tra

la cosa e la persona. Al contrario, il realismo riguarda il rapporto giuridico tra due o più soggetti, il cui fondamento è la cosa giusta, esterna al soggetto. La linea divisoria tra realismo e soggettivismo può quindi essere tradotta nel campo propriamente giuridico, sul quale Javier Hervada si è focalizzato. La relazione giuridica è realistica quando riunisce i tre termini che integrano il concetto di diritto: due persone e un oggetto dovuto in giustizia. La relazione è normativista quando pone la legge al centro del processo; è soggettivista quando dipende dalla facoltà del soggetto.

## NOTE

1. Cf. S. Cotta, *Diritto, persona, mondo umano*, Giappichelli, Torino 1989, p. 98.
2. Cf. R. Orestano, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto*, «Jus», 11 (1960), p. 150.
3. *Ibid.*, p. 151: “Nella *Nova methodus descendae docendaeque iurisprudentiae ex artis didacticae principiis* (1667), ancorché confusamente, dopo avere definito lo *ius* come *potentia moralis*, trattava della persona *quale subiectum qualitatis moralis*”. Per completare l’analisi di Orestano sul capovolgimento di significato tra oggetto e soggetto a partire dal XVII secolo, cf. A. Guzmán, *Historia de la denominacion del derecho-facultad como subjetivo*, in O. Condorelli, *Panta rei. Studi dedicati a Manlio Bellomo*, Il Cigno, Roma 2004, pp. 525-558.
4. Cf. R. Orestano, *Diritti soggettivi*, cit., p. 151. Su tutto questo processo cf. anche J. Dabin, *Le droit subjectif*, Dalloz, Paris 2008<sup>2</sup> (prima edizione nel 1952).
5. F.K. von Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, V. Scialoja (trad.), Unione Tipografico-Editrice, Torino 1900, Vol. 1, pp. 36, § 4. Per altre simili affermazioni di Savigny e per l’immensa letteratura su questo argomento cf. R. Orestano, *Diritti soggettivi*, cit., p. 152.
6. R. Orestano, *Diritti soggettivi*, cit., p. 159.
7. S. Cotta, *Diritto, persona, mondo umano*, cit., p. 99.
8. *Ibid.*, p. 100.
9. *Ibid.*, p. 101.
10. Cf. *Ibid.*: “Il primato del diritto soggettivo, proprio perché sostenuto sulla base di ragioni etiche, economiche o politiche, cade fuori dalla scienza giuridica, la quale può riconoscere diritti al soggetto solo sulla base della norma”.
11. *Ibid.*, p. 105.
12. A. Thon, *Rechtsnorm und subjectives Recht: Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre*, Hermann Böhlau, Weimar 1878, p. 108.
13. S. Cotta, *Diritto, persona, mondo umano*, cit., p. 105.
14. *Ibid.*, p. 107.
15. *Ibid.*, p. 108: “Ma non ci si dovrà limitare a liberare il desiderio: occorre liberarlo dalla sua falsa liberazione, decodificando il sistema «capitalista» di canalizzazione del desiderio verso il consumo mediante scambio; allo scambio e al contratto si dovranno perciò sostituire il dono e il furto, riuniti insieme nella medesima categoria liberante poiché esprimono la gratuità assoluta del gesto. Tale è la posizione di Deleuze e Guattari nel loro libro *Anti-Oedipe*”.

16. *Ibid.*, p. 110.
17. Vincent Descombes ha descritto i problemi che nascono dalla tendenza moderna a definire una identità pubblica a partire da una identità soggettiva e a chiedere il riconoscimento reciproco di tale soggettività auto-costruita: cf. V. Descombes, *Le complément de sujet: enquête sur le fait d'agir de soi-même*, Gallimard, Paris 2004, pp. 388-390.
18. Cf. S. Cotta, *Diritto, persona, mondo umano*, cit., p. 113: “Può ritornarci utile la dialettica: le due tendenze hanno spezzato il vincolo dialettico che unisce sociale e individuale e, ciascuna essendosi presa la sua parte, l'hanno assolutizzata e, pertanto, resa astratta e irreal. La vita è stata così sottomessa a quella legge della “duplice frenesia” di cui parlava Bergson: ora si volge tutta verso il sociale fino alla schiavitù, ora verso l'individuale fino al delirio di potenza, senza mai poter trovare pace poiché è stato separato ciò che aveva senso soltanto in una relazione indissolubile”.
19. *Ibid.*, p. 114.
20. *Ibid.*, pp. 114-115. Cotta scrive dopo: “La successiva subordinazione del diritto del soggetto all'ordinamento normativo è attuata secondo la medesima logica: il popolo soltanto ha il *diritto* di legiferare scavalcando la volontà particolare dell'individuo. Un nuovo plurale, il «noi», ha preso il posto del precedente, il «tutti» (tutti gli uomini hanno uguali diritti), dacché questo «tutti» si è rivelato un astratto mascheramento dell'anarchica monoarchia dei singoli. Infine, l'odierna rivendicazione dei diritti individuali intende smascherare, a sua volta, la falsa e formale generalità del «noi» legislatore per sostituirgli la concreta pluralità degli «io», ciascuno dei quali nell'agire attua il proprio diritto”.
21. *Ibid.*, p. 115.
22. *Ibid.*, p. 116: “Di conseguenza la legge, provenga essa dal monarca o dal *demos* o dal superuomo, risulta sempre e soltanto l'espressione di una volontà misurante non soggetta ad alcuna misura. In tal modo i giuristi hanno accolto in pieno il volontarismo di certe correnti della filosofia moderna”.
23. *Ibid.*, p. 117.
24. Cf. M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, Presses universitaires de France, Paris 2013<sup>2</sup>. L'idea viene anche sviluppata in *Seize essais de philosophie du droit dont un sur la crise universitaire*, Dalloz, Paris 1969, pp. 140-220; *Philosophie du droit*, Dalloz, Paris 2001<sup>4</sup>, pp. 136-171.
25. Cf. M. Villey, *La formation*, cit., p. 480. Nelle pp. 407-430, Villey offre uno sviluppo sullo stoicismo ciceroniano.
26. Villey è tornato più volte su queste idee in numerosi articoli che propongono inoltre alcune inflessioni della sua tesi: *Le «ius in re» du droit romain classique au droit romain moderne*, in *Conférences faites à l'Institut de droit romain en 1947*, Sirey, Paris 1950, pp. 187-225; *Les origines de la notion de droit subjectif*, in *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Dalloz, Paris 1962, pp. 221-250; *Les Institutes de Gaius et l'idée du droit subjectif*, in *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Dalloz, Paris 1962, pp. 167-188; *La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam*, «Archives de philosophie du droit», 9 (1964), pp. 97-127; *Critique de la pensée juridique moderne (Douze autres essais)*, Dalloz, Paris 1976.
27. Cf. M. Villey, *La formation*, cit., p. 378. Sulla teoria occamiana del diritto soggettivo, cf. in particolare, *Ibid.*, pp. 251-269.

28. Cf. M. Villey, *La formation*, cit., pp. 240-241. Villey era molto riluttante a parlare di diritto soggettivo prima di Occam e criticava in particolare coloro che volevano cercare l'idea moderna dei diritti soggettivi nel diritto romano, medievale e anche nel diritto cuneiforme: cf. M. Villey, *La genèse du droit subjectif*, cit., p. 102.
29. M. Villey, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, Jaca book, Milano 1986, p. 178: "Sono persuaso che pochi studi sono più utili per la storia della filosofia del diritto di quello del nominalismo, se confrontato col suo opposto, il realismo di San Tommaso. Infatti, è nel nominalismo che va rinvenuta la linea di frattura tra il diritto naturale classico, inseparabile dal realismo di Aristotele e San Tommaso, e il positivismo giuridico. È nel nominalismo che va rintracciata la chiave del problema fondamentale (fondamentale anche oggi, checché se ne dica) della filosofia del diritto".
30. Cf. *Ibid.*, p. 224: "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 occidentale».
31. Cf. M. Villey, *Le droit et les droits de l'homme*, PUF, Paris 1983. Si può trovare una sintesi della critica di Villey nei confronti dei diritti umani in C. Colliot-Thélène, *Après la souveraineté: que reste-t-il des droits subjectifs*, «Ius Politicum», 1 (2008), p. 3.
32. M. Villey, *La formazione*, cit., p. 182.
33. *Ibid.*, p. 183.
34. *Ibid.*
35. *Ibid.*, p. 194.
36. Per una discussione su questa controversia, cf. T. Sol, *La controverse Villey-Tierney sur la naissance du droit subjectif au XIIème siècle : difficultés et valeur heuristique d'un anachronisme conceptuel*, in N. Laurent-Bonne – X. Prévost (a cura di), *Penser l'ordre juridique médiéval et moderne. Regards croisés sur les méthodes des juristes (I)*, Lextenso éditions, Paris 2016, pp. 209-234; *Droit subjectif ou droit objectif? la notion de ius en droit sacramentaire au XIIIe siècle*, Brepols, Turnhout, Belgium 2017.
37. Rinviamo ai principali testi di Tierney sul tema: *Tuck on Rights: Some Medieval Problems*, «History of Political Thought», 4 (1983), pp. 429-441; *Marsilius on Rights*, «Journal of the History of Ideas», 52/1 (1991), pp. 3-17; *Villey, Ockham and the Origins of Individual Rights*, in *The Idea of Natural Rights: Studies on Natural Rights, Natural Law and Church Law, 1150-1625*, Scholars Press, Atlanta 1997, pp. 12-42; *Origins of Natural Rights Language: Texts and Contexts 1150-1625*, in *The Idea of Natural Rights: Studies on Natural Rights, Natural Law and Church Law, 1150-1625*, Scholars Press, Atlanta 1997, pp. 43-77; *Permissive Natural Law and Property: Gratian to Kant*, «Journal of the History of Ideas», 62 (2001), pp. 381-399; *Natural Law and Natural Rights: Old Problems and*

- Recent Approaches*, «The Review of Politics», 64 (2002), pp. 389-406; *The Idea of Natural Rights-Origins and Persistence*, «Northwestern Journal of International Human Rights», 2 (2004); *Liberty and Law: The Idea of Permissive Natural Law, 1100-1800*, The Catholic University of America Press, Washington, D.C 2014. Per una presentazione sistematica e fedele della tesi di Tierney, poco tempo dopo la pubblicazione di *The Idea of Natural Rights*, cf. K. Pennington, *The History of Rights in Western Thought*, «Emory Law Journal», 47 (1998), pp. 237-252. Sulla recezione delle tesi di Villey nel diritto naturale nel mondo anglo-sassone e specialmente da Tierney e Finnis, cf. G. Demelemestre, *La réception de l'interprétation française des théories du droit naturel dans le monde anglo-saxon*, «Archives de philosophie du droit», 58 (2015), pp. 393-428; P. Popović, *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. Le teorie di Tierney sono state anche riprese da C. J. Reid, *The Canonistic Contribution to the Western Right Tradition: An Historical Inquiry*, «Boston College Law Review», 33 (1991), pp. 37-92.
38. Tierney era consapevole dei problemi metodologici e dei rischi di anacronismo che questa impresa comportava; cf. B. Tierney, *Religion et droit dans le développement de la pensée constitutionnelle, 1150-1650*, PUF, Paris 1993, p. 6: “Est-ce une entreprise légitime pour un historien de chercher à retracer les origines lointaines d'idées modernes? Peut-il le faire sans tomber dans des anachronismes naïfs? Et encore : comment un historien devrait-il évaluer les rapports réciproques entre idées et événements? L'étude des idées est-elle de quelque manière pertinente pour comprendre le développement effectif des institutions?” La risposta di Tierney viene riassunta e spiegata in T. Sol, *La controverse Villey-Tierney*, cit., pp. 219-220.
39. Helmut Coing scriveva nel 1964: “C'est au cours des temps modernes avant tout que l'idée du droit subjectif a pris un sens. C'est l'Aufklärung (le rationalisme) et la conception du droit naturel qu'elle développe qui firent de l'idée du droit subjectif un concept central du droit”. Il diritto soggettivo si sarebbe soltanto sviluppato nel quadro della società del *contratto sociale*: “L'État créé par le contrat, assume la protection de ces droits : ce faisant, il entraîne la transformation des droits humains originels et fondés par le droit naturel, en droits subjectifs, en vertu du droit positif”. (H. Coing, *Signification de la notion de droit subjectif*, «Archives de philosophie du droit», 9 (1964), p. 1). Secondo lui, nel Medioevo è possibile trovare la nozione di privilegio, ma non si tratta di “diritto soggettivo” perché questo è “prérogative définie abstraitement, qui n'est pas assurée à des individus, mais rendue accessible à tous”. (*Ibid.*, p. 3) Coing poggia su riferisce a F.C. Von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, Berlin 1840, lib. 1, p. 7, che traduce così: “un pouvoir appartenant à la personne, un domaine où règne sa volonté”. Coing sottolinea che la nozione di volontà deve sempre essere messa in relazione con quella di libertà, se vogliamo veramente parlare di diritto soggettivo. Altri autori hanno anche espresso simili critiche: J. Dabin, *Le droit subjectif*, cit.; *Droit subjectif et subjectivisme juridique*, «Archives de philosophie du droit», 9 (1964), pp. 17-35; G. Kalinowski, *Logique et philosophie du droit subjectif*, «Archives de philosophie du droit», 9 (1964), pp. 37-43.
40. Per una discussione su questo aspetto, cf. T. Sol, *La controverse Villey-Tierney*, cit.
41. Sull'opposizione tra *rights* e *laws* in questo contesto, cf. l'inizio dell'articolo di K.

- Pennington, *The History of Rights in Western Thought*, cit.
42. W.N. Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, «Faculty Scholarship Series. Paper 4378» (1917) [[http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/4378](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4378)].
  43. Sulla distinzione tra diritto quale cosa dovuta in giustizia e il diritto soggettivo, cf. in particolare, M. Villey, *La formazione*, cit., pp. 195-224. Sul fatto che il diritto si trova nelle cose, cf. M. Villey, *Philosophie du droit*, cit., pp. 72-73; *Le droit dans les choses*, in P. Amsseleer, C. Grzegorzczak (a cura di), *Controverses autour de l'ontologie du droit (Questions)*, Puf, Paris 1989, pp. 11-26.
  44. Su queste divergenze e convergenze, cf. T. Sol, *La notion de droit subjectif chez Villey et Hervada*, «Ius ecclesiae», 28/2 (2016), pp. 323-344. Sul realismo giuridico cf. J.-P. Schoupe, *Le réalisme juridique*, Story-Scientia, Bruxelles 1987 e in particolare in Michel Villey cf. R. Rabbi-Baldi Cabanillas, *La filosofía jurídica de Michel Villey*, Eunsa, Pamplona 1990.
  45. Le tesi controcorrenti di Villey sono state rapidamente marginalizzate in certi ambienti accademici e classificate come l'espressione di una visione reazionaria della storia delle idee. Per gli oppositori di Villey, poiché il diritto soggettivo aveva trionfato, il dibattito su Villey poteva soltanto essere un meta-dibattito sulle cause del suo revisionismo. Spesso, le tesi di Villey non furono nemmeno affrontate dal punto di vista del contenuto. Un esempio significativo di tale trattamento inflitto alle tesi di Villey si può trovare in S. Piron, *Congé à Villey*, «L'Atelier du Centre de recherches historiques», 1 (2008) [<http://acrh.revues.org/index314.html>].
  46. Cf. Thomas Aquinas, *Summa theologiae*, *Ila Ilae* q. 47, art. 1.
  47. Cf. J. Hervada, *Introduzione critica al diritto naturale*, A. Giuffrè, Milano 1990, p. 12.
  48. *Ibid.*, pp. 10-11: «La giustizia non distribuisce le cose, è conseguenza del fatto che le cose sono già previamente distribuite. In sé stesso l'atto mediante il quale si dà ad un soggetto una cosa che non gli apparteneva precedentemente non è — in nessun modo e sotto nessun aspetto — un atto di giustizia (non si tratta, infatti, di dare ad un altro ciò che è suo, ma di far diventare sua una cosa, dargli una cosa che non è ancora sua). Potrà perciò essere un atto di buon governo, un atto di liberalità, un atto di retta amministrazione, ma non un atto di giustizia. La giustizia potrà essere esercitata soltanto dopo che una cosa sia già stata attribuita a qualcuno, cioè soltanto quando una persona possa dire, perlomeno in un certo senso e sotto un certo rispetto, che la tal cosa è sua». Hervada si riferisce a Thomas Aquinas, *Summa contra gentiles*, lib. 2, cap. 28: «Poiché l'atto di giustizia consiste nel dare a ciascuno ciò che è suo, l'atto di giustizia viene preceduto da un altro atto mediante il quale una persona fa sua una cosa, così come si può vedere nelle realtà umane; infatti uno lavorando merita che diventi suo ciò che il retribuente gli dà come atto di giustizia. Pertanto, l'atto per il quale primieramente uno fa sua una cosa, non può essere un atto di giustizia».
  49. Le spiegazioni di Hervada sembrano tradurre con molta fedeltà il concetto di diritto di San Tommaso: cf. le osservazioni di Delos sul concetto di San Tommaso in Thomas Aquinas, J.T. Delos (a cura di), *Somme théologique. La justice. Ila Ilae, questions 57-62*, M.S. Gillet (trad.), Revue des jeunes, Société saint Jean l'évangéliste, Paris - Tournai 1932, p. 232.
  50. J. Hervada, *Introduzione critica*, cit., p. 17.
  51. *Ibid.*, p. 33.

52. Cf. J. Hervada, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, Eunsa, Pamplona 2008<sup>4</sup>, p. 238.
  53. Cf. J.-P. Schoupe, *Le réalisme juridique*, cit., p. 168.
  54. J. Hervada, *Introduzione critica*, cit., p. 28.
  55. Cf. *Ibid.*, p. 34.
  56. Cf. *Ibid.*
  57. *Ibid.*, p. 31.
  58. Cf. l'analisi di Schoupe: J.-P. Schoupe, *Le réalisme juridique*, cit., p. 167.
  59. S. Cotta, *Diritto, persona, mondo umano*, cit., p. 119.
  60. *Ibid.*, p. 121.
- 

© 2019 Thierry Sol & 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](#)