

# Grandezza e limiti della modernità. I rapporti tra diritto e politica in Villey, Cotta, Hervada

*Antonio Punzi*

Dipartimento di Giurisprudenza, Luiss – Università Guido Carli (Roma)  
apunzi@luiss.it

DOI: 10.17421/2498-9746-05-34

## Sommario

*Questo lavoro cerca di presentare il pensiero di Villey, Cotta e Hervada sui rapporti tra il diritto e la filosofia politica. Dopo aver collocato il pensiero di questi autori nel quadro storico del fine della modernità, l'autore cerca di sistemare i loro argomenti secondo i seguenti elementi: i diritti al di sopra dello stato, l'universalità del diritto, il ritorno dell'aspetto relazionale e il binomio diritto-politica, la giurisprudenza come scienza pratica.*

**Parole chiave:** Javier Hervada, Sergio Cotta, Michel Villey, filosofia politica, diritto.

## Abstract

*The present work seeks to present the thought of Villey, Cotta and Hervada with regard to the relationship between the right and political philosophy. Having contextualized the thought of these authors in the historical framework of the end of modernity, the author seeks to categorize the elements of their thought on the subject according to the following elements: right above the political state, universality of right, the return of the relational aspect and the "right-politics" relationship, jurisprudence as practical science.*

**Keywords:** Javier Hervada, Sergio Cotta, Michel Villey, political philosophy, right.

## INDICE

1 La fine della Modernità: dal primato della politica alla sua crisi . . . . .	616
2 Il diritto e i diritti al di sopra dello Stato . . . . .	618
3 L'universalità del diritto e le frontiere della politica . . . . .	621
4 Il ritorno della relazione e i segni del tempo . . . . .	622
5 Il diritto vivente e la giurisprudenza come scienza pratica . . . . .	623
6 Ritorno al futuro. . . . .	625
Note . . . . .	625

La presente indagine sul rapporto tra diritto e politica nel pensiero di Michel Villey, Sergio Cotta e Javier Hervada, prenderà le mosse non da singoli aspetti delle loro opere, bensì da alcuni fenomeni che connotano l'esperienza giuridica e politica del nostro tempo. Ciò al fine di verificare se e in quale misura le diagnosi che connotano il loro magistero possano dirsi attuali o addirittura le prognosi verificate.

Tale scelta non è a caso: tra le caratteristiche che accomunano il pensiero di questi tre autori, pur nella specificità dei rispettivi percorsi speculativi, una delle più significative è proprio l'attitudine realistica con cui essi aprono la mente del giurista, al contempo, a riconoscere la specificità fenomenologica del diritto — la sua realtà in senso filosofico — e a confrontarsi con la concretezza del diritto vivente — la sua realtà in senso fenomenico<sup>1</sup>. Una filosofia realistica, d'altronde, se davvero vuol dirsi tale, deve anche fare i conti con la storia, avere il coraggio di misurare la propria capacità di leggere il reale con le forme in concreto assunte dalla prassi. Ed è proprio in ragione di tale attitudine realistica che l'attualità della lezione di questi maestri va misurata con le trasformazioni — le conquiste come le criticità — degli ordinamenti giuridici degli ultimi anni.

Quanto ai rapporti tra diritto e politica, tale attualità si coglie anzitutto sotto quattro profili. Anzitutto la perdita del primato della politica — caratteristica di certo pensiero moderno — e la correlativa posizione di superiorità assunta dai diritti (tenendo comunque presenti la severa critica di Villey ai *droits de l'homme* e l'esigenza di un'adeguata fondazione e classificazione di tali diritti rappresentata da Hervada e Cotta) (§ 1-3); in secondo luogo, l'apertura universalistica del diritto (intesa nelle sue varie e controverse modalità, tra crisi dello Stato nazionale, apertura ai grandi spazi della globalizzazione e regressioni sovraniste) (§ 4); inoltre, l'affermarsi del paradigma antropologico della relazionalità a fronte della crisi dei due grandi riduzionismi: individualismo e collettivismo (§ 5); infine, la crisi del modello legicentrico, con il conseguente ritorno del diritto alla dimensione della controversia e della scienza giuridica nell'orizzonte della razionalità pratica (§ 6).

## 1 LA FINE DELLA MODERNITÀ: DAL PRIMATO DELLA POLITICA ALLA SUA CRISI

Riflettendo sull'eclissi della modernità, il giurista deve, più di ogni altro scienziato sociale, sempre mantenere piena avvertenza della grandezza e insieme dei limiti del lascito culturale e civile di questa epoca.

I limiti del moderno si sono manifestati appieno nell'era dei totalitarismi, quando il primato della politica, figlio di una certa filosofia razionalistica e pianificatoria, è tracinato fino a tradursi nella rivendicazione da parte degli Stati

totalitari di una piena “disponibilità dell’uomo” e nel conseguente, inevitabile disprezzo delle forme del diritto. Totalitario è l’ingresso dello Stato nella nostra intimità, la sua pretesa di occuparsi dell’intima moralità dell’uomo<sup>2</sup>. Ed è significativo, agli occhi del giurista, che tale violazione della dignità dell’uomo – di quel nucleo ontologico in cui il diritto deve trovare il fondamento – sia stato perpetrato attraverso lo spregio delle forme del diritto, prime tra tutte il principio di legalità e il valore della certezza del diritto.

Molte le matrici filosofiche di tale totalizzante primato della politica e del conseguente oblio del diritto. Per tutte – suggerisce Cotta – J.J. Rousseau, pur considerato il padre della democrazia dei moderni<sup>3</sup>. Nella filosofia del ginevrino, infatti, si coglie quel deficit di realismo ch’è autentica premessa della totalizzazione della politica: nel volgersi ad un uomo scisso tra l’essere e l’apparire, la politica si fa dispositivo terapeutico inteso a colmare tale scissione e restituire all’uomo l’integralità del suo essere<sup>4</sup>. L’oblio della finitezza che connota la filosofia politica di Rousseau va letto come rimozione della difettività, della stessa colpa originale: l’uomo nasce innocente, la radice del male è nella società<sup>5</sup>. Ma il risvolto dell’innocenza originaria dell’uomo è il potenziale assoggettamento. Se la società ha snaturato il mondo, solo la società può salvarlo e, perché quest’opera redentrice sia possibile, il legislatore deve poter trasformare il cittadino alienato. La politica, infatti, può ricreare la verginità dell’uomo, plasmandolo attraverso un’arte dell’educazione capace di restituirgli una nuova, pura identità: essa non deve assicurare solo ordine, pace, benessere, ma è portatrice di verità, ha una funzione salvifica. Di qui una religione civile ridotta a mistica esaltazione della patria e i cui dogmi saranno fissati dallo Stato<sup>6</sup>.

Invero, Cotta lo sottolinea con forza, il modello rousseauviano nel quale l’individuo viene privato di una dignità propria, e dunque di autonomia rispetto allo stato, esprime solo uno dei volti della modernità (la dissoluzione della morale nella politica mai sarebbe stata sottoscritta da autori come Pufendorf, Locke o Kant). È comunque significativo che, nell’era dei totalitarismi, abbia preso il sopravvento proprio l’anima oscura della modernità: l’idealismo costruttivistico che fa dell’uomo il demiurgo, per dirla con Villey.

Anche dalle ceneri di un tale costruttivismo è sorta l’odierna società complessa che, se viene definita, non a caso e con formula efficace, società liquida, è proprio a rimarcare l’assenza, in essa, di un ordine certo o comunque programmabile. Per mettere a fuoco questo passaggio, che il senso comune direbbe aver condotto da un eccesso all’altro, è opportuno rivolgere attenzione alla parabola storica tracciata, proprio a seguito della crisi del primato della politica, dalla nuova “età dei diritti”.

## 2 IL DIRITTO E I DIRITTI AL DI SOPRA DELLO STATO

È noto: la risposta della seconda metà del '900 al dominio della politica declinata come pedagogia totalitaria fu pronunciata in nome del diritto.

Invero, rispetto alla deriva del diritto come strumento arbitrariamente manipolabile dal politico che tiene in pugno le piazze, persino il formalismo di Kelsen, con tutti i suoi ben noti limiti, mostrava indubbe virtù. Beninteso, la riduzione del diritto a forma vuota e a tecnica di controllo del comportamento sociale — in ciò Capograssi aveva ragione — coglieva solo una parte della complessa esperienza giuridica. Ciononostante, la sua insistenza sulla forma aveva pur sempre, potrebbe dirsi parafrasando Hart, un “nocciolo di buon senso”: la gabbia d'acciaio dello *Stufenbau* trattiene la prepotenza del Leviathan.

In ogni caso la risposta postbellica al primato della politica è individuata sì nel diritto come limite, ma pensato ben al di là della piramide normativa kelseniana e del suo stesso riconoscimento del primato del diritto internazionale. Si pensi ai processi postbellici, alle carte sovranazionali dei diritti, alle organizzazioni delle nazioni, alle costituzioni rigide fondate su principi: per tutelare la dignità dell'uomo è necessario il diritto non solo come forma, ma come struttura di pace. E di un diritto così inteso, dunque colto nel suo fondamento proprio, è parte essenziale la proclamazione dell'indisponibile, dunque di quel nucleo assiologico connaturato all'essere umano e la cui tutela si sottrae alla discrezionale valutazione di chi detiene le leve del potere. E non è un caso che in molte motivazioni delle sentenze dei tribunali postbellici vi sia traccia della celebre “formula di Radbruch”: *Unerträglich, se non addirittura Unrecht*<sup>7</sup>. La forma, quando dà spazio all'intollerabile, si deforma.

Che piaccia o no, il nome attribuito dal secolo XX all'“indisponibile” che consegue alla intrinseca dignità di ciascuno è proprio ‘diritti dell'uomo’. D'altronde, prima di considerare la critica di Villey — che in essi vedeva degli idoli moderni<sup>8</sup>, delle eresie, delle promesse che non potevano essere mantenute — e la stessa tesi di Cotta sull'ambiguità dei diritti e sulla loro inarrestabile proliferazione, dei diritti dell'uomo è prudente rimarcare le molte virtù e la funzione civilizzatrice indubitabilmente giocata<sup>9</sup>.

Un valido punto di partenza, in tal senso, è l'affermazione di principio di cui alla Dichiarazione universale del 1948: “il riconoscimento della dignità inerente a tutti i membri della famiglia umana e dei loro diritti uguali ed inalienabili, costituisce il fondamento della libertà della giustizia e della pace nel mondo”<sup>10</sup>. Né è privo di significato che ad ogni cittadino europeo, quando abbia esaurito gli strumenti processuali per ottenere giustizia all'interno dello stato, sia stata conferita la possibilità di agire in giudizio di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo in caso di asserita violazione di uno dei diritti affermati nella Convenzione del 1950 e posti, dunque, al di sopra degli Stati stessi.

Dell'“indisponibile”, invero, vi è traccia anche negli ordinamenti di democrazia costituzionale, specie se a costituzione rigida. Ciò può dirsi sia con riferimento a norme quali l'art. 2 della Costituzione italiana (“la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo”) sia, più in generale, a quella tavola di valori fondamentali posti nelle Carte costituzionali in posizione di superiorità rispetto alle mutevoli norme poste dall'autorità politica. Certo, le norme-principio costituzionali che proclamano tali valori sono sempre soggette a revisione, benché attraverso procedure più complesse rispetto a quelle previste per la modifica di norme ordinarie. In ogni caso non può negarsi che i principi fondanti di un ordinamento costituzionale assolvano alla funzione, un tempo ascritta al diritto naturale, di proclamazione e garanzia di un nucleo di valori superiori alle mutevoli volontà del legislatore.

Cosa pensare, dunque, delle perplessità dei nostri autori sui diritti dell'uomo? Non solo provocatoriamente, si potrebbe rispondere: tali perplessità confermano l'attualità del loro pensiero.

Si consideri anzitutto Villey ed in specie la sua tesi, ad esempio enunciata in *Précis de Philosophie du droit*, secondo cui i diritti dell'uomo non sono diritti, bensì fini del diritto; che promettono ciò che non possono mantenere; che hanno un senso non se proclamati in astratto, bensì se e quando tutelati in concreto; che sono irrealizzabili giacché entrano in conflitto con altri diritti; che, applicati in modo unilaterale, possono essere fonte di ingiustizia<sup>11</sup>.

Viene però da chiedersi: il potenziale conflitto tra diritti costituisce davvero una prova della loro vacuità? Si muova da un esempio, fatto proprio da Villey, di due diritti potenzialmente in conflitto: il diritto alla riservatezza e quello all'informazione. Orbene, l'esempio è paradigmatico, non solo per i valori in gioco ma perché consente di fare un richiamo normativo. L'art. 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, infatti, nel proclamare la libertà di espressione — dunque l'inviolabile diritto a dare e ricevere conoscenze — individua al II comma valori e diritti (l'altrui reputazione, la sicurezza dello Stato, ecc.) a tutela dei quali il proclamato diritto all'informazione e alla conoscenza deve trovare limitazione e con i quali deve essere bilanciato. Viene dunque da chiedersi: la proclamazione di un diritto dell'uomo e la limitazione del suo esercizio in nome di altri diritti non sono forse due facce della stessa medaglia? Ha ragione, dunque, Villey a sostenere che i diritti sono inadeguati se rimangono a livello di proclamazione astratta. Solo che il bilanciamento costituisce una (almeno parziale) soluzione al problema dell'attuazione in concreto dei diritti piuttosto che un argomento per sostenere l'inutilità di una loro proclamazione.

Sono forse, a ben vedere, la ricchezza della stessa natura umana e la varietà delle sue esigenze a rendere necessario il bilanciamento. Se è vero, ad esempio, che, come afferma Hervada, tra le inclinazioni naturali dell'uomo vi è tanto quella alla conoscenza, da cui discende il diritto a sapere, quanto quella alla comunica-

zione, da cui deriva il diritto ad un'adeguata reputazione, allora la tensione tra diritto a informare e a sapere e diritto alla reputazione non è prova della debolezza di tale diritti, bensì una conseguenza del necessario temperamento tra le diverse, naturali, legittime inclinazioni dell'essere umano.

È vero, dunque, che, intesi in senso individualistico e astratto, i diritti dell'uomo non forniscono una tutela adeguata dell'essere umano, ma ciò dovrebbe indurre non a disconferire il valore, bensì a comporli in un quadro nel quale opera proprio quella logica del ragionevole e del probabile che lo stesso Villey ha finemente teorizzato nella sua filosofia della controversia<sup>12</sup>.

Più che la critica di Villey, sono forse i dubbi formulati da Hervada e soprattutto da Cotta a meritare oggi un'attenta considerazione.

Il lettore ha ben presente lo scenario odierno ed in particolare il succedersi delle stagioni attraversate da quella che Bobbio giustamente elogiava come "l'età dei diritti": ai diritti di libertà e a quelli sociali ed economici, già proclamati nella nostra e in altre costituzioni novecentesche, si sono aggiunti, prima i diritti della c.d. terza generazione (ambiente, pace, autodeterminazione dei popoli), poi quelli dell'età tecnologica (privacy, accesso all'informazione, protezione dagli abusi delle nuove tecnologie, ecc.). Si assiste, oggi, ad una vera proliferazione di diritti<sup>13</sup>, rispetto alla quale alcuni osservatori sollevano il dubbio che vi corrisponda un effettivo potenziamento delle tutele. Ecco che il grande portato della civiltà giuridica successiva alla seconda guerra mondiale — per l'appunto il primato dei diritti — sembra entrato in crisi proprio a seguito dell'inarrestabile proliferazione di quei diritti. L'indiscriminato allargamento si è tradotto paradossalmente in un sostanziale indebolimento.

Viene da chiedersi anzitutto se un tale esito, ancor prima che paradossale, fosse davvero imprevedibile. Cotta, ad esempio, nel saggio "Attualità e ambiguità dei diritti fondamentali", segnalava l'esigenza di fare chiarezza su tali diritti, di precisarne lo statuto assiologico ed e la collocazione al di sopra degli ordinamenti positivi. E ciò in opposizione anche alla nota tesi di Bobbio secondo cui il tentativo di dare ad essi un fondamento sarebbe stato del tutto vano e gli sforzi dovessero piuttosto concentrarsi sull'impegno civile per una loro effettiva tutela. L'esigenza di intendersi sui diritti tanto più veniva rimarcata dal Cotta in considerazione del rischio che una certa cultura libertaria potesse richiamarsi ad essi come argomenti di carattere essenzialmente politico per ottenere un riconoscimento e una tutela giuridica per qualunque bisogno<sup>14</sup>.

Qui, va detto, Cotta aveva visto giusto. Anzitutto nel rilevare come la società e la cultura dei desideri — in specie quella diffusasi nelle società occidentali dagli anni '70 in poi — corresse il rischio di annacquare il valore dei diritti dell'uomo e la loro stessa forza. E ciò per il fatto di muovere da una visione in cui qualunque desiderio, essendo stato immesso nell'uomo dalla natura, dovrebbe essere ritenuto conforme a natura e dunque la relativa condotta giudicata lecita, se non addirittura

tura meritevole di tutela alla stregua di un diritto inviolabile. E proprio una tale deriva evidenzia l'insufficienza della tesi di Bobbio<sup>15</sup>: prima di lottare per i diritti umani bisogna intendersi sul piano teoretico su cosa e quali essi siano. Lo slittamento dal piano filosofico e antropologico a quello politico, lungi dal risolvere il problema, lo ha spostato in avanti, ma fatalmente lo ha aggravato.

Con ciò non vuol certo negarsi che il dibattito sul fondamento dei diritti umani porti, specie nell'epoca del pluralismo delle culture e delle visioni del mondo, a contrapposizioni anche aspre, se non irriducibili. D'altronde l'obiettivo non è quello di (illudersi di poter) ricondurre i diversi punti di vista *ad unum*, bensì di enunciare in modo aperto i valori in gioco, far emergere le diverse posizioni, individuare quelle che vanno messe 'fuori gioco' — ad esempio ove incompatibili con il rispetto della dignità dell'uomo — e valutare se e in che misura tra le altre sia possibile un accordo e quali forme dovrà assumere l'eventuale bilanciamento tra di esse.

L'ennesima conferma del fatto che, sul tema dei diritti umani e non solo, una filosofia realistica del diritto trae sicuro beneficio dalla lezione aristotelica (e, aggiungerebbe Villey, tomistica) sulla giurisprudenza come arte dialettica.

### 3 L'UNIVERSALITÀ DEL DIRITTO E LE FRONTIERE DELLA POLITICA

Nel valutare l'attualità della lezione dei tre pensatori in ordine ai rapporti tra diritto e politica, un buon punto di partenza è l'articolata analisi delle forme coesistenziali offerta da Cotta. La cui tesi di fondo può così riassumersi: il diritto, colto nella sua specificità fenomenologica, è aperto all'universalità, mentre la politica è una forma integrativo-escludente connotata da un movimento centripeto-aggregativo. La distinzione fenomenologica tra diritto e politica offre spunti interessanti per decifrare alcuni fenomeni del tempo presente, segnato dalla crisi dello Stato nazionale. Ciò tanto più se si concentra l'attenzione non tanto sul periodo dalla caduta del muro di Berlino alla crisi economico-finanziaria del 2008, bensì sugli anni successivi, segnati da una, forse inattesa, recrudescenza identitaria.

Qui la lezione di Cotta sembra duplice. Da un lato il rapporto politico "è un rapporto chiuso, nel senso che la coesistenza in esso vissuta resta interna all'ente politico e non appare universalizzabile" e quindi lo straniero diviene "oggetto di stupore, di inquietudine e di sospetto per la diversità dei costumi, della lingua e dell'aggregazione di gruppo". Per rendere l'idea dell'intrinseca chiusura della forma politica, Cotta richiama la visione schmittiana della politica connotata da "una dialettica antinomica di amicizia-inimicizia" e l'idea hegeliana dell'inevitabilità, in termini di principio, della "guerra tra Stati indipendenti che obbediscono ciascuno alla propria logica centripeta"<sup>16</sup>. L'essenza della forma politica è resa dal confine che separa l'io e i suoi simili da un lato e l'estraneo dall'altro. "Il

patriota è sempre duro verso gli stranieri”, come recita un passo de “L’Emile” di Rousseau<sup>17</sup>.

L’individuazione del limite proprio della forma politica, d’altronde, non impedisce a Cotta di valorizzare la natura socionomica dell’uomo e dunque l’esigenza che tale politicità non venga mortificata<sup>18</sup>. Di più: se il diritto è la forma coesistenziale intesa a tutelare universalmente l’uomo e la sua dignità al di là delle sue appartenenze, non può dirsi autentico tale riconoscimento ove prescindendo dalla concreta identità e storicità dell’uomo, ch’è fatta anche di storia, lingua, tradizioni, appartenenze a comunità più o meno ampie, dai corpi intermedi che compongono la stessa nazione<sup>19</sup>. Se un ordine sovrastatale può immaginarsi, questo ha le sembianze di una patria che coordina e tiene insieme, senza inglobare e dissolvere in sé, le tante patrie in cui si traduce la naturale politicità dell’uomo.

Se è vero, dunque, per riprendere le parole di Cotta, che “appreso col pensiero il nostro non è il tempo hegeliano dei popoli e degli stati” e che oggi “nessun popolo e nessuna cultura basta a se stessa”, d’altronde l’appartenenza comunitaria esprime un tratto della persona umana che il diritto dovrà tutelare nella misura in cui sia compatibile con il principio della parità ontologica tra tutti gli uomini.

#### 4 IL RITORNO DELLA RELAZIONE E I SEGNI DEL TEMPO

Può forse sorprendere che un profilo di attualità nella riflessione dei nostri autori venga rinvenuto nell’insistenza sulla relazionalità come dimensione costitutiva dell’uomo e come via d’uscita dalla falsa alternativa tra il paradigma individualistico – Villey definiva l’individualismo come “malattia della modernità” – e l’inveramento/dissoluzione dell’io nel collettivo<sup>20</sup>.

È un fatto che negli ultimi anni abbiamo assistito al fallimento sia del modello individualistico che di quello collettivistico. Di più: sembrano registrarsi, in forme e dimensioni sempre più rilevanti, condotte individuali e sociali che, senza essere in alcun modo prescritte, in senso lato paiono ispirate al principio di responsabilità per l’altro e di condivisione. Nel prendere atto di tali fenomeni<sup>21</sup> il pensiero va alle fini indagini di Villey sulla genesi della responsabilità come un rispondere di qualcosa che dobbiamo all’altro<sup>22</sup> o alle tesi di Cotta sulla condizione naturale dell’uomo come irriducibile al mero bisogno di avere e sempre mossa anche dal bisogno di essere<sup>23</sup>. Non si tratta, beninteso, di tendenze uniformi ed è noto come l’odierna società liquida, in ragione della sua frammentazione, presenti caratteri che difficilmente possono ricondursi a sintesi. Vi sono però degli indizi che, se non altro, smentiscono le letture sociologiche del presente come irrimediabilmente dominato dalla cultura del narcisismo.

Di certo l’era dell’individualismo proprietario sembra giunta al termine e ciò anche per effetto della svolta informazionale e soprattutto digitale. Ora che l’indi-

vidualismo proprietario è in crisi, si avverte piuttosto l'esigenza di ripermire lo spazio della persona tra sfera pubblica e sfera privata, evitando che l'interconnessione permanente con gli altri si traduca in un vero e proprio collettivismo informazionale. L'uomo come utente dell'info-spazio, i cui pezzi di identità sono distribuiti in forma di dati nello spazio immateriale della rete e degli archivi pubblici e privati, è paradossalmente chiamato ad operare una riappropriazione del sé.

Sul punto è opportuna una precisazione: la consapevolezza dei rischi derivanti, per così dire, dall'abbattimento digitale delle frontiere dell'io non assume in alcun modo le tonalità di una polemica contro la tecnoscienza (né potrebbe esserlo, evidentemente, in una riflessione sull'opera dei nostri autori). Chiarissimo, ad esempio, è il convincimento di Cotta sulla compatibilità tra progresso scientifico e cristianesimo: lo sviluppo della scienza e tecnica costituisce un potente fattore di unificazione planetaria, il progresso porta vittoria sulla fame, sulla fatica, sull'ignoranza, sulle discordie civili e sulla guerra. Di qui, nello spirito di un autentico realismo cattolico, il rifiuto di quel moralismo antistorico che disprezza il progresso e auspica con tonalità apocalittiche un romantico ritorno alla natura<sup>24</sup>. Anche di fronte alla società informazionale che cancella le frontiere dell'io e lo espone ad una continua, sinanche pervasiva interazione con gli altri, l'atteggiamento da assumere non è quello del rifiuto dei mezzi, bensì del dominio cosciente e sapienziale su di essi. Per dirla con le espressioni dallo stesso Cotta felicemente prescelte: "contemplazione attiva", "saggezza valutante", "lungimirante umiltà", "responsabile audacia"<sup>25</sup>.

## 5 IL DIRITTO VIVENTE E LA GIURISPRUDENZA COME SCIENZA PRATICA

L'attualità delle filosofie del diritto di Villey, Cotta e Hervada va da ultimo valutata osservando il diritto contemporaneo nei suoi assetti più recenti. Si è detto all'inizio che il denominatore comune a tali prospettive è la volontà di fare filosofia a partire dall'osservazione della realtà — sia fattuale che fenomenologica — del diritto. Dal confronto (vigile, critico) con la realtà non si sfugge: non a caso una delle critiche più persuasive rivolte nel tempo a certo positivismo giuridico — ad esempio sulla scia di Giuseppe Capograssi — era quella di un'insufficiente realismo.

I segni del tempo presente sono inequivocabili. Le mitologie giuridiche della modernità, per dirla con Paolo Grossi, sono da tempo in crisi, prima tra tutte la riduzione del diritto a legge e della legge a prodotto della volontà del legislatore<sup>26</sup>. Una simile visione del diritto, per lungo tempo difesa sul fronte positivista, oltre che riduzionistica sul piano teoretico, si rivela del tutto inadeguata rispetto al modo in cui si producono regole nel diritto contemporaneo. Ben più che

un sistema di comandi posti dall'autorità politica di uno Stato nazionale, il diritto contemporaneo si presenta come un insieme di principi, proclamati anche a livello sovranazionale, e di regole alla cui formazione contribuiscono, ciascuno nell'esercizio del suo ufficio, anche le corti di giustizia, la dottrina, gli operatori del diritto e gli stessi privati<sup>27</sup>.

Assolutamente concordi sono i tre autori nel prendere di mira non solo il culto illuministico della legge, ma ciò che esso comportava: l'illusione razionalistica di un diritto senza interpretazione<sup>28</sup>. Ammesso che il diritto sia definibile come insieme di norme, ciascuna di queste costituisce un plesso triadico: enunciato deontico, giustificazione, interpretazione<sup>29</sup>. È significativo che già ne "La sfida tecnologica" Cotta si scagli contro l'idea del giurista come puro esegeta della legge, incoraggi la creazione giurisdizionale di norme di portata generale sulla base del caso concreto e guardando ai precedenti ed attribuisca al giurista la responsabilità di avvicinare il diritto legale al diritto spontaneo<sup>30</sup>. Nei medesimi termini Hervada: "il giurista deve sempre interpretare la legge *razionalmente*, secondo quello che è razionale e risulta ragionevole in un dato momento, appunto perché così richiede l'intima razionalità delle leggi. Perciò, l'interprete della legge non guarda soltanto alla legge ma tiene conto anche della realtà sociale e delle circostanze del caso concreto e vi applica *ragionevolmente* la legge". Gli interpreti, dunque, presumono la razionalità del legislatore "e se non lo è, cercano di farlo diventare ragionevole, perché prima viene il bene delle persone e della società che il capriccio del legislatore"<sup>31</sup>.

In sintesi: una realtà continuamente in movimento — chiude Cotta — non può che scavalcare il sistema codicistico a vantaggio di un apparato normativo più flessibile<sup>32</sup>, rispetto al quale la tradizionale gerarchia delle fonti del diritto appare poco più che un residuo archeologico.

E qui non si tratta di propendere per una dottrina normativa dell'interpretazione anziché per un'altra: se il giurista rifiuta il metodo assiomatico-deduttivo è per la sua inutilizzabilità. Netti, sul punto, sono anche Villey e Hervada: giudicare è anzitutto interrogare le premesse e solo dopo orientarsi alla ricerca di una soluzione che dovrà, per l'appunto, essere 'inventata', guardando anche al caso concreto e al contesto sociale<sup>33</sup> (e soprattutto mantenendo lo sguardo rivolto ai principi). La disposizione non solo — come lo Stagirita aveva già messo in chiaro — non racchiude in sé una preconstituita soluzione per ogni possibile caso concreto, ma viene anzi impregnata dalla fattualità del caso pratico e solo grazie alla mediazione del giudicante, che dà nuova vita alle parole del legislatore, alla luce delle argomentazioni delle parti e delle interpretazioni stratificatesi nel tempo, può svolgere la sua funzione ed attribuire a ciascuno ciò che gli spetta. Solo una scienza del diritto dimentica della sua natura di "scienza pratica"<sup>34</sup>, osserva Hervada, può illudersi che "tutta l'arte del giurista si riassume nel ricondurre i fatti agli enunciati della legge"<sup>35</sup>.

La consapevolezza che il diritto non vive di disposizioni pronte ad essere applicate a casi concreti giacché il significato di quelle disposizioni viaggia nel tempo ed affiora proprio a contatto col caso pratico, induce a compiere un passo ulteriore e a posizionare la controversia al centro dell'esperienza giuridica<sup>36</sup>. Il diritto non è funzione del potere, ma espressione dell'arte del giudizio, non è prodotto di volontà, ma della ragione o meglio della dialettica di ragioni nel quadro di una controversia mediata da un terzo<sup>37</sup>. Il diritto si fa giusto proprio in quanto "ascolta i cittadini uno per uno, controversia per controversia, processo per processo. Si occupa di ciascuno, detta sentenza per ciascun caso, protegge ciascun cittadino. Questo è la giustizia: dare a ciascuno il suo"<sup>38</sup>.

## 6 RITORNO AL FUTURO.

Il "ritorno al futuro" del diritto contemporaneo ha, evidentemente, un prezzo. L'abbandono del culto della legge, la ritrovata centralità dell'interpretazione e dell'argomentazione, le sempre cangianti esigenze della società complessa, la presa di congedo da un diritto naturale costruito per assiomi, alimentano nel giurista uno stato di inquietudine. Ma è un'inquietudine che può anche rappresentare una felice opportunità. E ciò sia per la confidenza che il viaggio del giurista verso l'età dell'incertezza possa essere sempre guidato dalla bussola della ragione — di quella stessa ragione pratica che sa di potersi approssimare alla verità, senza dominarla — sia per aver appreso, proprio da Villey, Cotta e Hervada, che per esercitare in modo corretto e responsabile il proprio ufficio il giurista deve accettare che il proprio viaggio sia una lunga, faticosa, perseverante *peregrinatio* verso la giustizia.

## NOTE

1. Naturalmente i tre autori declinano il realismo con sfumature diverse. Cotta, ben prima di entrare in contatto con Husserl e la fenomenologia più o meno esistenziale del Novecento, sembra sviluppare una sensibilità realistica anzitutto nel contatto con le opere di Montesquieu, nel quale intravede un pensatore molto diverso dai *philosophes* proprio per l'orientamento empirico e descrittivo, non deduttivo e prescrittivo, della visione sociale e politica, per uno storicismo che spinge a comprendere prima e più che a giudicare il passato. Nella mentalità illuministica, per converso, Cotta vede ideologia e realtà indifferenziate: la prima è l'unica vera realtà e la scienza dello stato si risolve in una costruzione razionale puramente ideale (S. Cotta, *Il problema dell'ordine umano e la necessità nel pensiero di Montesquieu* [1948], in *I limiti della politica*, Il Mulino, Bologna 2002 p. 142 ss. nonché *Montesquieu, Diderot e Caterina II* [1954], *ivi*, p. 150 ss.).

Eloquente la presa di posizione di Villey in tema di realismo: “La philosophie elle-même part d’une vision, d’une théorie : rendons ce mot à son sens étymologique, qui implique regard, *observation*, de la chose dont on parle” (M. Villey, *Critique de la pensée moderne*, Dalloz, Paris 276, p. 231 ss. Sui risvolti giusfilosofici del realismo di Villey, tra i tanti luoghi v. ad es. *Seize essais de philosophie du droit dont un sur la crise universitaire*, Dalloz, Paris 1969, p. 42 ss. nonché Id., *Critique de la pensée juridique moderne*, Dalloz, Paris 1978, p. 147.

Per Hervada “tornare al realismo giuridico è un tentativo di rinnovamento e modernizzazione della scienza giuridica. Non è un voltarsi indietro, ma è un voler liberare la scienza giuridica da una visione fallace e antiquata che, oltre ad aver già dato sufficiente prova sia della sua sterilità, ha contribuito a degradare non poco il mestiere di giurista” (J. Hervada, *Che cos’è il diritto? La moderna risposta del realismo giuridico* [2008], Edizioni della Santa Croce, Roma 2013, p. 13). E ancora “L’un des traits les plus caractéristiques du réalisme juridique classique est que cette réalité que nous appelons le droit au sens strict n’est pas la loi mais cette chose, corporelle ou incorporelle, qui est due à un sujet parce qu’elle lui est attribuée, c’est-à-dire parce qu’elle est sienne” (J. Hervada, *Le droit dans le réalisme juridique classique*, in “Droits”, 10 (1989), pp. 31-34, poi in *Escritos de derecho natural*, II ed., EUNSA, Pamplona 1993, pp. 785-789, spec. p. 785).

2. J. Hervada, *Che cos’è il diritto?* cit., p. 70.
3. Su ciò, v. S. Cotta, *Filosofia e politica nell’opera di Rousseau* [1964], in *I limiti della politica*, cit., p. 229 ss. Importanti contributi sulla filosofia del diritto e della politica di Cotta in B. Romano (a cura di), *Sergio Cotta (1920-2007). Scritti in memoria*, Giuffrè, Milano 2010 e in F. D’Agostino (a cura di), *Ontologia e fenomenologia del giuridico. Studi in onore di Sergio Cotta*, Giappichelli, Torino 1995.
4. S. Cotta, *Rousseau. L’insufficienza della politica* [1978], in *I limiti della politica*, cit., p. 284 ss.
5. S. Cotta, *Come si pone il problema della politica in Rousseau* [1973], in *I limiti della politica*, cit., p. 254 ss.
6. S. Cotta, *Teoria religiosa e teoria politica in Rousseau* [1965], in *I limiti della politica*, cit., p. 276 ss.
7. S. Cotta, *La sfida tecnologica*, cit., pp. 146-147.
8. Il riferimento naturalmente è a M. Villey, *Le droit et les droits de l’homme*, PUF, Paris 1983. Su ciò, v. ad es. S. Rials, *Villey et les idols*, PUS, Paris 2000, cap. I e G. Peces-Barba Martinez, *Michel Villey and Human Rights*, «Droit et société», 71 (2009), p. 93 ss.
9. S. Cotta, *Il diritto naturale e l’universalizzazione del diritto* [1991], in *Il diritto come sistema di valori*, San Paolo, Cinisello Balsamo (MI) 2004, spec. p. 142 ss.
10. “Los derechos humanos son una categoría prepositiva, anterior —en el sentido de preexistente— al derecho positivo. Los derechos humanos en cuanto recogidos por los derechos positivos son derechos constitucionales, derechos públicos subjetivos, derechos fundamentales —como prefieren algunos—, derechos civiles y políticos, libertades públicas, derechos emanados de pactos internacionales, etc. Pero la categoría “derecho humano” evoca una entidad jurídica preexistente al derecho positivo. Así, si un ordenamiento jurídico no reconoce los derechos humanos —o algunos de ellos— se dice que es injusto, discriminatorio o tiránico, lo cual no tendría sentido si no preexistiese al ordenamiento jurídico una realidad —los derechos humanos—

- que fuese criterio de su justicia y de su legitimidad. En esta misma línea se sitúan los documentos internacionales sobre derechos humanos, los cuales hablan de *reconocer y garantizar* los derechos humanos, lenguaje que supone la preexistencia de tales derechos” (J. Hervada, *Los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana*, in *Escritos de derecho natural*, cit., pp. 649-688, spec., p. 653). Su ciò v. anche Id., *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, III ed., EUNSA, Pamplona 2000, p. 635 ss.
11. “Nous devons ici les signaler. Car, n’ayant pas le sentiment que des textes tels que les Déclarations des Droits des Nations Unies nous aient réellement procuré une parfaite santé, des loisirs et une bonne culture générale, nous estimerons qu’elles disent plutôt des aspirations; plus que le droit, les fins du droit” (M. Villey *Précis de Philosophie du Droit*, II ed., Dalloz, Paris 1975, t. I, sez. II, cap. II, art. III, p. 161. Per un’analisi della genesi e dell’evoluzione della critica formulata da Villey nei confronti dei diritti dell’uomo, v. ad es. A. Dufour, *Michel Villey et les Droits de l’Homme: la critique d’un Anti-moderne?*, «Droit et philosophie», 8 (2016), pp. 9-31.
  12. Sulla filosofia dialettica della controversia come via d’uscita dalla logica inferenziale, M. Villey, *La formazione del pensiero giuridico moderno* [1975], Jaca Book, Milano 1986, pp. 484-485
  13. “Encore la liste des droits de l’homme de 1789 était-elle pauvre, relativement à celle dont nous dotent de récentes constitutions ou Déclarations internationales. Nous sommes comblés, gratifiés d’une panoplie de droits dits « substantiels » : « au travail – aux loisirs – au sexe – à la grève – à l’intimité – à la culture – à la santé »”. “D’où la floraison de nouveaux droits de l’homme” (M. Villey *Précis de Philosophie du Droit*, cit. p. 161). D’altronde, in una prospettiva del tutto diversa rispetto a quella di Villey, è stato opportunamente osservato come dalla vastissima tipologia di diritti risulti “un panorama di complessa e difficile decifrazione, caratterizzato da rivendicazioni incontrollate di diritti, rivendicazioni esprimenti spesso soltanto un bisogno individuale o un disagio morale che chiede conforto da una regolamentazione giuridica dei fenomeni. S’impone, dunque, una maggiore cautela nell’acceptare nella famiglia dei diritti umani pretese e richieste, aderenti a queste tipologie, che non abbiano la copertura di un documento normativo o di una pronuncia giurisprudenziale” (F. Riccobono, S. Castignone, *Diritti*, “Enciclopedia Italiana” – VI Appendice, 2000 [http://www.treccani.it/enciclopedia/diritti\\_%28Enciclopedia-Italiana%29/](http://www.treccani.it/enciclopedia/diritti_%28Enciclopedia-Italiana%29/))
  14. S. Cotta, *Attualità e ambiguità dei diritti fondamentali*, in *Diritto persona mondo umano*, Giappichelli, Torino 1989, spec. p. 106 ss.
  15. Tesi enunciata in molti saggi, alcuni dei quali riuniti in N. Bobbio, *L’età dei diritti*, Einaudi, Torino 1990.
  16. S. Cotta, *Il diritto nell’esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*, Giuffrè, Milano 1985, pp. 84-86 nonché Id., *Dalla guerra alla pace. Un itinerario filosofico*, Rizzoli, Milano 1989, p. 84 ss. Com’è noto Cotta pubblicò una seconda edizione de *Il diritto nell’esistenza* (Giuffrè, Milano 1991), sensibilmente modificata.
  17. Il passo per esteso recita: “Ogni società particolare, non troppo estesa e intimamente unita, si distacca dalla grande società umana. Il patriota è sempre duro verso gli stranieri: sono soltanto uomini e non hanno alcun valore ai suoi occhi. Questo inconveniente è inevitabile, ma non grave. L’essenziale è comportarsi bene verso coloro con i quali viviamo. Fuori della sua città lo Spartano era ambizioso, avaro, iniquo, ma dentro le mura di Sparta regnavano il disinteresse, l’equità, la concordia. Diffidate di

- quei cosmopoliti che vanno a cercarsi remoti doveri sulle pagine dei libri e non si degnano di compierne intorno a loro” (J.J. Rousseau, *Emilio o dell'educazione* [1762], Armando, Roma 1994, p. 67).
18. “L’identità sovraindividuale del noi è dovuta a una situazione di familiarità fra tutti quanti ne partecipano e stabilisce tra loro una facilità di comunicazione e comprensione, che ne assicura l’integrazione”. “Nella memoria storica, il noi si distende nella dimensione diacronica risalendo nel passato” e così “la personalità individuale si allarga e completa nella partecipazione a una storia e a una civiltà” (S. Cotta, *Il diritto nell’esistenza*, cit., pp. 75-76).
  19. Sul punto v. anche S. Cotta, *Comunità*, in *Diritto persona mondo umano*, cit., spec. p. 46 ss., ove non a caso, discutendo dell’inveramento del comunitarismo nel personalismo, parla di un “rovesciamento di senso (e di valore)” della parola comunità “dal chiuso all’aperto, da una vita e cultura circoscritte a una esistenza destinata alla comunicazione universale” (ivi, p. 57).
  20. “Podemos hablar de una estructura *dialogal* de la persona. La persona no está encerrada en sí misma: tal encerramiento sería una imperfección. Se abre al mundo y a los demás por el conocimiento, un conocimiento que es contemplación, aprehensión intelectual que penetra en lo conocido” (J. Hervada, *Los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana*, cit., p. 679). Tra i tanti luoghi in cui Cotta discute la relazionalità dell’uomo, v. ad es. *Il diritto nell’esistenza*, cit., p. 24 ss.
  21. Si pensi ad esempio alla notevole diffusione del crowdfunding (utenti della rete partecipano al finanziamento di attività imprenditoriali gestite da persone sconosciute e, specie nel modello del donation c.f., senza alcun ritorno economico); si pensi al riemergere del principio della responsabilità d’impresa (e alla crescente attenzione degli stessi consumatori e utenti dei servizi nei confronti della condotta — più o meno responsabile — delle imprese anche ai fini della determinazione della propria decisione di acquisto); si pensi alla diffusione degli enti del terzo settore e al numero sempre crescente di persone impegnate in attività di volontariato.
  22. M. Villey, *Esquisse historique sur le mot responsable*, «Archives de philosophie du droit», 22 (1977), p. 59 ss.
  23. S. Cotta, *Il diritto nell’esistenza*, cit., cap. I.
  24. S. Cotta, *La sfida tecnologica*, Il Mulino, Bologna 1968, p. 123 ss.
  25. Ivi, p. 130.
  26. A tal proposito può sottolinearsi, in continuità con quanto detto nel paragrafo precedente, un altro profilo sotto il quale sembra cogliersi il ritorno del paradigma della relazionalità. Il diritto contemporaneo nasce spesso dalla stessa relazione, senza bisogno di un’ autorità che eteronomamente imponga una condotta minacciando una sanzione. Il che sancisce la sconfitta di quell’antigiuridismo ‘libertario’ (specie di marca francese) che trovava il suo punto di forza nell’equazione tra diritto e violenza (su ciò v. S. Cotta, *La violenza e il diritto*, in *Diritto persona mondo umano*, cit., spec. p. 88 ss.). Fenomeni come il diritto dei privati, l’autoregolazione, la rinascita dell’ordinamento concreto sono indicativi di come il mondo umano assuma spontaneamente la forma del diritto.
  27. Di qui l’avvicinamento strutturale e funzionale dei sistemi di diritto codificato a quelli di common law, come intuito da Cotta già in *La sfida tecnologica*, cit., p. 160 ss.

28. M. Villey, *Critique de la pensée moderne*, cit., p. 223. J. Hervada, *Che cos'è il diritto?*, cit..
29. S. Cotta, *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, Giuffrè, Milano 1981, cap. I, (ora Studium, Roma 2015, con Postfazione di D.M. Cananzi: *Dall'obbligatorietà al diritto naturale vigente. Ermeneutica ed estetica attraverso l'itinerario di Sergio Cotta*, pp. 160-184).
30. S. Cotta, *La sfida tecnologica*, cit., pp. 136 ss. e 153 ss.
31. J. Hervada, *Che cos'è il diritto?*, cit., p. 87. Sotto questo profilo il giurista compie un ritorno al diritto nel senso classico (v. su ciò M. Villey, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, cit., pp. 582-583). D'altronde lo stesso Cotta scriveva che quando si osserva il lavoro di “comprensione, di coordinamento e di sistemazione logicamente coerente” del diritto vigente svolto dal giurista, ci si rende conto che “non lo possiamo certo considerare come un lavoro di mera descrizione o di interpretazione automatica del diritto vigente. Si presenta invece come un'attività in cui è largamente presente l'aspetto critico” e ciò sia nel senso di una “comprensione critica – cioè ordinatrice, discriminatrice – del significato delle disposizioni giuridiche” sia nel senso di una “critica del contenuto delle disposizioni giuridiche, in quanto vengono accertate inoperanti, inadeguate o non conformi al loro scopo, modificate da consuetudini diverse. (...) Ed è chiaro che a tali accertamenti si accompagnano considerazioni, proposte, dichiarazioni circa lo *ius condendum*” (S. Cotta, *Prospettive di filosofia del diritto*, III ed., Giappichelli, Torino 1979, p. 61).
32. S. Cotta, *La sfida tecnologica*, cit., p. 180.
33. J. Hervada, *Che cos'è il diritto?*, cit., nonché Id., *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, cit., p. 634 ss.
34. J. Hervada, *Che cos'è il diritto?*, cit., p. 19.
35. J. Hervada, *Che cos'è il diritto?*, cit., p. 85. “La science juridique interprete la loi pour connaitre le droit et, en conséquence, pour déterminer ce qui appartient à chacun. De cette façon, plus qu'une science des lois, la science juridique est la science des droits, naturels et positifs, de la personne humaine” (J. Hervada, *Le droit dans le réalisme juridique classique*, cit., p. 789). Già nel 1961 Hervada scriveva: “si el Derecho es un producto de la razón práctica prudente, lógicamente la configuración de todo ordenamiento jurídico responde en lo que tiene de genuino Derecho, al ser de la razón práctica prudente” (Id. *Reflexiones acerca de la prudencia jurídica y el derecho canónico*, «Revista Española de Derecho Canónico», 16 (1961), pp. 415-451, spec. p. 416).
36. Su ciò v. M. Villey, *Reflexions sur la philosophie et le droit. Les carnet*, PUF, Paris 1995, p. 193. L'ispirazione romanistica della filosofia della controversia di Villey merita appena di essere richiamata: “Le jurisconsulte romain garde toujours son regard fixé sur le cas concret, sur lequel il a l'habitude d'être consulté. Il use d'une méthode tâtonnante et controversiale, compare avec les cas voisins, confronte telle ou telle solution avec celle qu'on a pu proposer à un précédent jurisconsulte. Il questionne, discute, pratique moins la déduction que la discussion dialectique” (M. Villey, *Le Droit Romain*, 8.<sup>a</sup> ed., Paris, P.U.F. 1987, p. 37). Sul punto v. anche G. Azzoni, *Nomofanie: esercizi di filosofia del diritto*, II ed., Giappichelli, Torino 2018, pp. 167-168.
37. Ecco che “le retour aux anciens est un retour à une manière de résoudre les litiges et de ramener l'ordre dans la société” (N. Campagna, *Michel Villey, Le droit ou les droits?*, Michalon, Paris 2004, p. 10).

38. J. Hervada, *Che cos'è il diritto?*, cit. e M. Villey, *Philosophie du droit. Définitions et fins du droit*, Dalloz, Paris 1975, p. 97.
- 

© 2019 Antonio Punzi & Forum. Supplement to Acta Philosophica



Quest'opera è distribuita con Licenza [Creative Commons Attribuzione - Non commerciale - Non opere derivate 4.0 Internazionale](#).

[Testo completo della licenza](#)