



Politica.eu

NUMERO 1 – GIUGNO 2017

DIRITTI DELL’UOMO, POLITICA, RELIGIONE.

OMAGGIO A SERGIO COTTA (1920-2007)

INDICE

EDITORIALE	3
GABRIELLA COTTA	
 STUDI E RICERCHE	
LA TUTELA DELL’INNOCENTE. UN PUNTO DI OSSERVAZIONE SUL RUOLO DELLA CORTE COSTITUZIONALE	8
SALVATORE AMATO	
 INSAISSABLE DIGNITE. EN HOMMAGE AU PROFESSEUR SERGIO COTTA	22
XAVIER DIJON	
 PROFILI DI ERMENEUTICA DELLA TEMPORALITÀ GIURIDICA NELLA RIFLESSIONE DI SERGIO COTTA	46
LUIGI DI SANTO	
 IL FEDERALISMO E I LIMITI DELLA POLITICA	60
FLAVIO FELICE	
 OBBLIGATORIETÀ DEL DIRITTO E GIUSTIZIA: NOTE A MARGINE SU UN TEMA COTTIANO	71
BALDASSARE PASTORE	
 L’IMPORTANZA DEL VIAGGIO	78
LIVIO PERRA	

SERGIO COTTA E AUGUSTO DEL NOCE: SULLA «CIVILTÀ TECNOLOGICA»	90
MICHELE ROSBOCH	
DAL DIRITTO NATURALE AL DIRITTO SECONDO NATURA ANTROPOLOGICA. ELEMENTI PER UN'IPOTESI DI LAVORO	100
LORENZO SCILLITANI	
PER UNA CRITICA DEL SOGGETTIVISMO ALLA LUCE DELLA FILOSOFIA GIURIDICA DI SERGIO COTTA	107
BARBARA TRONCARELLI	

A mia moglie. In the End [as] in the Beginning. Th. S. Eliot, Four Quartet. Questa fu la dedica apposta da Sergio Cotta all'ultima sua fatica intellettuale, Soggetto umano. Soggetto giuridico (Giuffrè, Milano 1997). Vent'anni dopo, e a dieci anni dalla morte del dedicatario di questo Quaderno, lo scopo destinale di lontani inizi viene riproposto a suggello di una raccolta di scritti che vede la luce in concomitanza con la morte di Elisabetta Radicati di Brozolo, amata e fedele compagna di un Maestro il cui pensiero non cessa di ispirare riflessioni, studi, testimonianze. Segno che le mode del tempo non riescono a scalfire la fecondità della sua opera. (NdR)

EDITORIALE

GABRIELLA COTTA

A dieci anni dalla scomparsa di Sergio Cotta, la rivista *Politica.eu* gli dedica un fascicolo intitolato: *Diritti dell'uomo, politica, religione*, delineando subito alcuni importanti spazi tematici su cui il suo pensiero si era esercitato, pur non esaurendone le prospettive teoretiche. D'altra parte, i diversi contributi rivelano la scelta editoriale di ricordare Cotta individuando nel suo pensiero alcune piste significative in grado di attivare autonome linee di ricerca negli autori convenuti. Nessuno studioso, del resto, si può aspettare di essere ricordato in modo migliore di colui il cui pensiero si dimostra, nel tempo, in grado di offrire argomenti capaci di interrogare e stimolare le generazioni seguenti. Ringrazio perciò i Direttori scientifici della rivista, Lorenzo Scillitani e Michele Rosboch di aver voluto ricordare mio Padre in questo modo.

Il saggio di apertura di Salvatore Amato, nell'elaborare la propria nota dedicata alla questione della tutela dell'innocente, prende in esame alcune sentenze della Corte Costituzionale riguardanti questioni bioetiche che, pur non molto frequentate da Cotta, vengono affrontate – anche – alla luce di quel tema, centrale nel suo pensiero. Amato si confronta con le sentenze della Corte relative alla crescente complessità di problematiche riguardanti gli ambiti sempre più artificiali e diversificati della genitorialità, dello statuto dell'embrione, della definizione stessa della vita, evidenziando tensioni e contraddizioni emergenti tra risultati scientifici, definizioni giuridiche, produzione normativa. Spunto teoretico ulteriore che percorre l'analisi di Amato, è un altro degli elementi centrali della costruzione antropologica di Cotta: l'inscindibile connessione che questi tematizza tra individuo e persona, in opposizione alla corrente, netta distinzione tra le due dimensioni, presente anche nel personalismo cattolico. Distinzione che, come sottolinea Cotta, finisce per ridurre l'individuo alla pura condizione biologica, mentre riconosce alla persona la superiore nobiltà dell'esercizio della libertà e, dunque, della moralità. Senza entrare nella articolazione del ragionamento cottiano, basti dire che, pur essendo stato – per limiti cronologici – sconcertato spettatore solo dei prodromi della dissoluzione dello statuto dell'umano in una molteplicità potenzialmente infinita di figure non solo ipotizzate teoricamente, ma anche drammaticamente realizzate nella dimensione pratico contingente – si pensi p.e. alle trasformazioni della genitorialità – Cotta ebbe subito chiaro che proprio la distinzione individuo/persona avrebbe favorito tale dissoluzione. Ciò

avrebbe, a suo parere, legittimato – in ragione della infondata scissione tra realtà biologica presentata come assiologicamente neutra perché genericamente «animale», e dimensione «antropologica», a questo punto dotata di totale, astratta autonomia decisionale perché appartenente ad un soggetto dis-incarnato – la totale manipolabilità del dato biologico. La possibilità stessa di distinguere nel soggetto umano tra lo stadio dell'individuo, non ancora «persona», e lo stadio di colui cui è pienamente riconosciuto lo statuto di «persona», era, per Cotta, foriera di una serie pericolosa e potenzialmente infinita di artificiali differenziazioni e di alterazioni dell'umano. Le odierne vicende riguardanti l'ambito della generatività e della definizione di vita e di morte, che Amato analizza con acuta penetrazione, ne sono evidente dimostrazione.

Il contributo di Di Santo si rivolge invece alla questione della temporalità in relazione alla dimensione del diritto analizzando il pensiero di Cotta accanto ad altri maestri come Bagolini e Opocher. Il primo punto del pensiero di Cotta rilevato da Di Santo riguarda la necessità, ancora una volta, seppure in ottica molto differente, di preservare una prospettiva unitaria, questa volta nella coscienza della propria identità, rispetto agli esiti dissolutivi del disperdersi nel flusso di una temporalità senza alcuna «puntualizzazione». Questo fenomeno, cardine del pensiero post-moderno, secondo Cotta rischia di travolgere sia l'immagine dell'uomo, sia l'orizzonte di una giuridicità che sia espressione dell'umano nella sua universalità. Il tema che Cotta aveva proposto, di una lettura sequenzialmente unitiva delle dimensioni individuo/persona, viene qui riproposto a proposito del rapporto di stretta connessione tra struttura antropologica e struttura del diritto in un legame di continua e circolare relazione tra quest'ultimo e l'esistente. La convinzione di Cotta, infatti, è che sia la relazione esistenziale, sia quella tra diritto e tempo, acquistino il loro pieno senso solo nella continuità diacronica, caratterizzata come *durata*. Il tempo, nel pensiero di Cotta, in opposizione alle filosofie del divenire, frammentate dalla/nella diversità temporale e ontologica di differenze facenti capo solo a sé stesse, non è più soltanto ciò che, essendo diviso in infiniti attimi, distrugge relazioni e strutture giuridiche e normative, ma è anche, e soprattutto, ciò che permane: appunto durata, memoria, proiezione. Di Santo sottolinea che, secondo Cotta, in questa linea è l'«intenzionalità» dell'uomo ciò che dura e che «fa essere» il diritto. Ma se ciò vale per il diritto, è altrettanto vero che anche l'io giunge ad unità rispetto al «flusso del vissuto» grazie alla memoria e alla capacità di questa di attivare il dato coscienziale e la percezione di sé come identico nella durata.

Felice nel suo contributo utilizza la definizione di Cotta della politica come sistema integrativo-escludente rispetto all'universalità del diritto e alla sua caratteristica integrativo-includente, sottolineandone in quest'ottica i limiti strutturali. Nello spirito di un ridimensionamento della politica, ma in favore dell'economia piuttosto che del diritto, Felice analizza uno scritto di von Hayek che collega –come d'altronde anticipava a modo suo Montesquieu- il libero mercato alla pace. Quest'ultimo tema evoca uno dei punti più significativi –nei suoi manifesti legami con il pensiero di Agostino in proposito- della

riflessione sulla politica di Cotta in cui questi evidenzia come la tendenza alla pace sia elemento imprescindibile e costitutivo per la comprensione della struttura ontologica coesistenziale e relazionale caratterizzante l'umano. Questo dato, per Cotta incontrovertibile, segna la profonda differenza del suo pensiero rispetto a quello di Bobbio, ma, soprattutto, rispetto alla dominante linea del pensiero politico moderno e post-moderno. Qui si manifesta tutta la propositività del suo pensiero rispetto al contrario, imperante paradigma della spontanea conflittualità di cui Cotta ha più volte dimostrato, invece, la vera e propria controfattualità ontologica.

Baldassare Pastore ricorda la fondazione ontofenomenologica del diritto di Cotta ed in particolare la sua riflessione circa il problema della giustificazione e della obbligatorietà delle norme che ricevono le proprie ragioni dalle dinamiche della coesistenzialità umana e dal senso che da esse si sprigiona. In questa direzione, ad esempio, il «con-esserci» teorizzato da Cotta è espressione del dato onto-antropologico di strutturale relazionalità esprimente parità ontologica tra gli esseri umani: su questo e sulla sua estensione universale e non sulla morale, Cotta basa la propria costruzione giuridica.

Livio Perra si concentra sul tema del viaggio rifacendosi alle *Lettres persanes* di Montesquieu e alla lettura che di esse ne diede Cotta, che sottolineò l'importanza del reale viaggiare per la formazione del signore de la Brède e per l'elaborazione della sua trama ricostruttiva dell'essenza della politica. Vari viaggi fece anche Cotta, nell'immediato dopoguerra, sulle orme dello stesso Montesquieu, per rintracciare, di lui, spirito e scritti. Michele Rosboch traccia un quadro dei rapporti tra Cotta e Del Noce che, muovendo dalla medesima sponda metafisica, ebbero modo di discutere su molti temi di comune interesse, spesso concordi, a volte, in alcune conclusioni, poi distanziati. Due temi soprattutto solleccarono il loro dibattito: l'esplosione del fenomeno tecnologico e il ruolo cruciale svolto dal pensiero di Rousseau. Rosboch, nel ricordare la volontà di Cotta di considerare la «situazione tecnologica come *problema* e non come *dato*» a partire dalla critica, condivisa con Del Noce, della asserita sovranità dell'uomo su sé stesso, sottolinea, del primo, la ribadita convinzione della necessità di un ritorno all'essere. Questo tema, del resto, doveva diventare sempre più centrale per Cotta che, abbandonando progressivamente l'elaborazione del versante storico-ricostruttivo del pensare, imboccava con sempre maggiore chiarezza la strada più innovativamente propositiva della riflessione intorno alla questione della coesistenzialità e della relazionalità ontologica di cui vedeva, nel diritto e nella sua strutturale appartenenza all'umano, l'universale paradigma.

Scillitani raccoglie l'insegnamento di Cotta applicandolo all'analisi di fondamentali argomentazioni di Lévi-Strauss individuate sia ne *Le strutture elementari della parentela* sia in altri scritti sulla famiglia. Di quest'ultima Scillitani sottolinea, con il pensatore francese, la *normatività* fondamentale e spontaneamente *giuridica*, capace offrire indicazioni circa *ce qu'il faut*, circa, cioè, un dover essere *ontologicamente* primario. Questo, informando «i sistemi di nominazioni e di atteggiamenti elementari», sarebbe

perciò in grado di strutturare quelle reti di relazioni che costituiscono la trama della socialità umana, presentandosi come luogo primario di compresenza di dati naturali e culturali. Una primissima formulazione di giuridicità, dunque, emergente, secondo Scillitani, in chiave antropologica in quanto diritto familiare, il cui interno significato, tuttavia, per seguire il pensiero di Cotta, andrebbe ulteriormente validato enucleandone gli strutturali elementi di universale coesistenza tali da giustificare la loro interna normatività.

Da parte sua, Barbara Troncarelli tocca un argomento centrale nella riflessione di Cotta, esaminandone la critica al soggettivismo assoluto caratterizzante buona parte del pensiero moderno e contemporaneo. A questa deriva, Cotta, facendo perno «sulla propria teoria metafisica di una “ontofenomenologia” del diritto», ha opposto la propria visione di soggetto umano, disegnato senza perdere di vista né la dimensione di singolarità, né quella di universalità. Cotta è riuscito, infatti, secondo Troncarelli, a fornire una convincente riflessione sul soggetto grazie al richiamo alla «giuridicità intrinseca» dell'esistenza, in opposizione agli estremi, costituiti, per un verso, appunto, da un'assolutizzazione della soggettività in chiave di esaltazione del singolo e di radicale soggettivismo «antigiuridista», e per l'altro, da una enfaticizzazione dell'oggettività nei termini di un universalismo giusnaturalistico astratto e disindividualizzato. Nel costruire la propria originale posizione, Cotta utilizza una prospettiva ontologicamente «realistica», che induce a rinvenire nell'oggettività del diritto il fondamento della soggettività umana. Elemento caratteristico del filosofare di Cotta, per Troncarelli, è «una sorta di “fedeltà” filosofica al mondo reale dell'uomo e alla sua vita di relazione», che lo pone in una posizione che evita di cadere sia in forme di astrazione speculativa, sia in forme di fattualismo o prassismo. Egli elabora così un orizzonte di reciproca implicazione tra individuo e fenomeno giuridico, dove il diritto dipende dalla struttura relazionale dell'uomo, ma la relazionalità umana, da parte sua, si articola e sussiste grazie alla propria intrinseca normatività. La riflessione di Cotta sul soggetto, che ha trovato la sua più completa elaborazione nel *Soggetto umano-soggetto giuridico*, viene poi precisata nell'ampia analisi di Troncarelli, dalle osservazioni sui doveri come imprescindibili «rovesci» della prospettiva giuridica e strutturalmente appartenenti nella forma dell'obbligatorietà alla natura umana. La doverosità stessa essendo, infatti, la possibilità stessa del «rendersi libero realizzandosi come soggetto nel dovere-di-essere».

Ringraziando tutti coloro che hanno voluto organizzare e partecipare a questo ricco fascicolo, vorrei concludere notando che – in un momento in cui il pensiero filosofico appare in affanno cercando una via terza tra gli estremi di un individualismo sempre più autoreferenzialmente autonormativo e un universalismo ricercato al di fuori di ogni metafisica che in ogni sua immanentistica proiezione politica sembra riproporre derive egemoniche – il pensiero giuridico ontologicamente relazionale di Sergio Cotta sembra un orizzonte ancora e, forse nuovamente, fecondo.

**Politica.eu**

*STUDI E RICERCHE**

* L'articolo di Xavier Dijon, che impreziosisce questa raccolta in lingua originale, sarà pubblicato prossimamente anche in traduzione italiana, nel Quaderno 2018 della Rivista (NdR).

LA TUTELA DELL'INNOCENTE. UN PUNTO DI OSSERVAZIONE SUL RUOLO DELLA CORTE COSTITUZIONALE

SALVATORE AMATO*

Abstract: In the Italian legal system, the juridical status of the unborn child is not clearly defined. In 1975, the Constitutional Court ruled that the fetus is a human individual, but not a human person. Ever since, the unborn child's rights have sometimes been denied and sometimes affirmed. For instance the Assisted Fertilization Act states that it is necessary to consider the rights of all parties involved «including offspring», but most courts tends to recognise the existence of a right to the child as a right over the child. Such contradictions reflect the difficulties in reaching an optimal balance between the respect for human life from the outset and the values at play in reproductive technologies.

Keywords: Innocence – Offsprings – Cotta – Reproductive technologies – Abortion

1. *Innocenza ed esistenza*

La riflessione sull'innocenza, come essenza costituiva dell'identità umana e intanto come condizione fondamentale della struttura relazionale del diritto, attraversa tutti gli ultimi scritti di Sergio Cotta. La troviamo in *Giustificazione e obbligatorietà delle norme* del 1981 che costruisce proprio sull'assunto, «il rispetto dell'innocente è necessario all'esserci dell'esistenza umana»¹, l'idea che sia possibile individuare un fondamento assiologico all'obbligatorietà delle norme: un fondamento che rispecchi e preservi l'innegabile struttura coesistenziale del vivere umano. Ed è l'innocenza «in sé e per sé» a caratterizzare la «sinolica» struttura ontologica del soggetto umano nelle dense e sofferte pagine di *Soggetto umano. Soggetto giuridico* del 1997². Riflettendo sulla soggettività giuridica, Cotta riprende e porta a compiuta elaborazione il suo rifiuto della differenza tra

* Salvatore Amato, Professore ordinario di Filosofia del diritto IUS/20, Università di Catania. Email: samato@lex.unict.it

¹ S. Cotta, 1981, 114.

² S. Cotta, 1997, 106.

individuo e persona che, in maniera diversa, attraverso Scheler, Mounier, Maritain, Marcel, Ricoeur, Sartre aveva segnato la riflessione filosofica della seconda metà del novecento. Le dimensioni affettive e relazionali dell'esistenza avevano trovato nella persona il fondamento dell'identità umana, relegando l'individuo alla mera condizione di entità biologica potenziale, ma in sé ancora insignificante. In qualche modo la nascente bioetica sembrava riprodurre questa contrapposizione nel dualismo tra vita-fatto (dell'individuo?) e vita-valore (della persona?).

Nel rivendicare, invece, l'inscindibile unità dell'essere umano, perché «si “è” individuo, “ci si fa” persona»³, perché l'individuo è il presupposto ontico di quello sviluppo ontologico che si determina nella persona, Cotta non intende solo indicare quale sia la corretta linea di lettura che da Agostino conduce fino a Kant e Husserl. È soprattutto animato dal timore che l'enfasi sulla persona finisca per lasciare senza rilievo giuridico le dimensioni più fragili dell'esistenza: i minori, gli incapaci, i malati terminali. Le individualità infrante e misconosciute, perché non sono ancora o non sono più definitivamente e compiutamente persona, costituiscono l'espressione del sottile antigiusdismo che attraversa il diritto moderno. Cotta aveva cominciato a riflettere sull'antigiuridismo nel brillante *pamphlet* sulla violenza del 1978⁴, notando come dietro l'equiparazione tra diritto e violenza vi fosse, anche, la rassegnata accettazione della concezione positivista del diritto come un insieme di regole che si fonda esclusivamente sulla coazione e quindi sulla dimensione politica dell'effettività del potere, indipendentemente da qualsiasi esigenza morale di rispetto delle dimensioni esistenziali della vita di relazione e in particolare di tutela dell'innocente.

Il progressivo misconoscimento della vita nascente, negli anni della legge sull'aborto e dei primi sviluppi della fecondazione artificiale, gli appariva la manifestazione più evidente di quanto il dualismo tra individuo e persona potesse condurre a smarrire il senso della struttura intimamente relazionale del diritto. La Corte costituzionale aveva avallato, in qualche modo, le sue preoccupazioni, affermando che il nascituro sarebbe individuo, ma non persona; avrebbe rilievo giuridico, ma non meriterebbe tutela. Perché mai, domanda Cotta, l'individuo non dovrebbe avere valore? «E perché mai non dovrebbe avere valore quell'individuo specifico che è il nascituro? Se è la vivente condizione primaria della possibilità umana, non è certo azzardato attribuirgli il massimo del valore, poiché senza di esso non si dà l'uomo e quindi neanche il valore»⁵.

La Corte costituzionale avrebbe emesso il suo giudizio con «candida o frettolosa incompetenza»⁶. Forse, scrivendo questo, Cotta aveva in qualche modo trovato conferma di una sua convinzione. Una convinzione che non credo abbia mai enunciato esplicitamente, ma che mi sembra trapelare da tanti suoi scritti e dalle numerose discussioni a cui ho avuto la fortuna di partecipare. Mi riferisco alla convinzione che la Corte

³ È quanto aveva già affermato Cotta nella voce *Persona*, 1989, 67-68.

⁴ S. Cotta, 1978, 105 e ss.

⁵ Ivi, 227.

⁶ Ivi, 226.

costituzionale non sia la custode del diritto, nella sua dimensione esistenziale più profonda, ma dell'ordinamento giuridico e quindi in ultima istanza dell'ordine politico.

Torno a dire che non sono in grado di citare nessuno scritto in cui sia contenuta questa affermazione, ma proprio in una delle sue opere più importanti, un'opera che contiene il nucleo fondamentale del suo pensiero, *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*, Cotta afferma che «...la costituzione è proprio l'elemento di chiusura dell'ordinamento giuridico, ciò che lo delimita in termini spaziali, temporali e personali rispetto agli altri ordinamenti giuridici... In breve l'asserita principalità della costituzione ripete e conferma, nell'esperienza giuridica, la chiusura nella particolarità dell'ente politico»⁷. E ricorda, a conferma di queste sue affermazioni, la visione hegeliana della costituzione come «l'organizzazione dello Stato».

Se la costituzione segna il primato della politica sul diritto, non possiamo meravigliarci che la Corte costituzionale lo ribadisca ed asseveri. D'altra parte, anche un giudice emerito di questa istituzione mette a volte da parte l'*aplomb* e riconosce che, in alcuni casi, ci siamo trovati di fronte a «...una Corte politica, che è consapevole del torto, ma chiude un occhio, mettendo sull'avviso l'autore del misfatto»⁸. Seguire gli sviluppi della giurisprudenza costituzionale sui problemi della vita nascente sarebbe, quindi, interessante: un po' per rintracciare gli orizzonti della soggettività giuridica e un po' per riflettere, insieme a Cotta, sul senso del diritto, sul senso del diritto nel nostro tempo proprio a partire dagli elementi più cruciali, laddove sono più evidenti le tracce dell'innocenza violata.

2. Non (ancora) vita?

Dobbiamo partire dall'idea che l'ordinamento giuridico italiano è costruito essenzialmente sulle esigenze di una società di proprietari intenti a gestire i propri beni mediante il libero scambio del mercato⁹. Il soggetto di diritto assume rilievo innanzitutto per i riflessi economici di quanto ha o avrà la capacità di possedere e utilizzare. Questa prevalenza della dimensione economica sulla dimensione esistenziale ha relegato la vita nascente ai margini del contesto normativo. Ai sensi dell'art. 1 del cod. civ., la capacità giuridica si acquisisce con la nascita, «i diritti che la legge riconosce a favore del concepito sono subordinati all'evento della nascita», e quindi al momento in cui gli interessi patrimoniali diverranno attuali. Le poche norme del codice civile, in cui si fa esplicito riferimento al concepito (320, 462, 687, 715, 784), riguardano vari aspetti del diritto ad acquisire beni mediante successione o donazione. Insomma, il legislatore si interessa del nascituro solo se c'è un patrimonio da preservare o gestire.

⁷ S. Cotta, 1985, 95.

⁸ S. Cassese, 2015, 45.

⁹ L. Mengoni, 1982, 1119.

Questa visione è cambiata per effetto dell'entrata in vigore della Costituzione che non menziona esplicitamente il nascituro, ma delinea una visione variegata e complessa dell'essere umano a cui vanno riconosciuti e garantiti «i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità» (art. 2). Il soggetto entra a far parte dell'esperienza giuridica non solo per quello che ha, ma per quello che è, per quello che desidera e per quello a cui aspira. L' art. 3 comma 2 afferma che è compito dello Stato «rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana». In questo progetto ambizioso di attenzione e cura per tutte le potenzialità inesprese, non può non rientrare anche il nascituro, che, se vogliamo, è la potenzialità inespressa per eccellenza. La Corte costituzionale ha interpretato questa profonda valenza esistenziale¹⁰ nel senso più ampio, estendendo, come vedremo, senza tentennamenti l'applicazione degli art. 2 e 3 alla configurazione giuridica della vita nascente. Il problema è costituito dalla portata di questa tutela dinanzi ad altri interessi, ritenuti di pari, se non di maggior rilievo costituzionale.

L'altro elemento di cambiamento è costituito dalle pratiche di fecondazione assistita, e più in generale dalle prospettive aperte dalla tecnoscienza, non soltanto perché hanno imposto al legislatore di intervenire esplicitamente sul rilievo etico e sulla qualificazione giuridica degli embrioni, ma anche perché hanno infranto il dualismo tra madre e figlio e tra vita e non (ancora) vita. Lo statuto giuridico del concepito si fonda su una serie di importanti decisioni emesse, nella seconda metà del novecento, dalle Corti costituzionali dei maggiori paesi occidentali in tema di aborto. La tutela della *privacy*, il diritto all'autodeterminazione, il divieto di ogni *bodily invasion* hanno offerto un sufficiente modello argomentativo ai giudici per risolvere il drammatico conflitto tra la volontà (se non addirittura la vita) della madre e la vita del figlio. «Antiabortion laws violate principles of constitutional privacy... because the grounds for such laws are non neutral in the constitutionally forbidden way in an area of the core of the fundamental human rights of intimate personal relationship»¹¹.

La frattura tra procreazione e gestazione, imposta dalle tecniche di fecondazione assistita, dissolve l'esclusiva intimità personale del dualismo tra madre e figlio, perché moltiplica le possibili figure materne (genetica, gestante, committente) per cui dal rapporto madre/figlio che caratterizza la visione tradizionale della gestazione e si proietta sul problema dell'aborto siamo passati al rapporto madri/figlio oppure madre (committente)/madri/figlio. Nel concepimento assistito il medico ha assunto un ruolo sempre più rilevante, perché decide le condizioni di fertilizzazione, la selezione e l'impianto degli embrioni, ma può anche condizionare, attraverso le possibilità e le responsabilità aperte dalle diagnosi preimpianto e prenatale, l'inizio o la prosecuzione della gravidanza. Questo modello di procreazione asessuata e medicalizzata è ancora più

¹⁰ A. Nicolussi, 2009, 3.

¹¹ D. A. Richards, 1986, 262.

evidente nel caso delle famiglie mono- oppure omo-parentali, in cui l'idea di maschile e femminile svanisce dal contesto esistenziale per emergere solo nell'orizzonte biologico dell'incrocio di gameti. I gameti incrociati dal medico, osservati dal medico nel loro sviluppo, impiantati dal medico se ben sviluppati, determinano una genitorialità indistinta, con genitori che spesso non «generano», ma sono padre o madre o... Al rapporto madre/figlio e a quello madre/madri/figlio si aggiunge il rapporto madre/madri/medico/figlio.

In altri casi l'embrione si svincola non solo dalla madre, ma anche da qualsiasi progetto vitale (embrioni orfani, embrioni soprannumerari, embrioni creati per fini scientifici, embrioni donati alla scienza). Oltre al rapporto madre/figlio, madre/madri/figlio, madre/madri/medico/figlio troviamo, allora, quello madre/madri/medico/scienza/(non)figlio. La centralità della scienza si accentua, seppure in altri termini e con altre prospettive, nel caso dei *designer babies* e nelle prospettive ancora incerte del *gene editing*, perché non è facile individuare la soglia che separa la manipolazione dalla terapia.

Non possiamo neppure ignorare il ruolo che svolge il mercato nel proporre soluzioni e nell'alimentare desideri ed attese: dalle tariffe sulle varie tecniche di fecondazione alla compravendita, laddove è permessa, di gameti; dal commercio delle staminali alla brevettabilità del vivente. Allora la catena si allunga ancora un po', perché dovremmo parlare di madre/madri/medico/scienza/mercato/figlio.

In questa catena sempre più articolata non vanno ripensati e ridefiniti solo i modelli genitoriali, ma anche la tutela della *privacy*, la responsabilità del medico, la configurazione giuridica della cessione di «biologia» (il seme, l'ovulo, l'utero). La modificazione del rapporto tra procreazione e gestazione incide pure sul dualismo tra vita e non vita, evidenziando una pluralità di soglie di rilevanza giuridica a misura dei diversi interessi e soggetti coinvolti: oocita, oocita attivato, oocita singamico, ootide o oocita a due pronuclei o pre-zigote, zigote, embrione, embrione congelato, embrione soprannumerario, embrione orfano. La tutela della vita si perde in una zona indistinta di «non ancora vita» (embrione), «non abbastanza vita» (feto), «non più vita» (materiale biologico).

All'interno di un orizzonte così variegato la visione meramente patrimoniale della vita nascente non ha più senso. L'art. 1 del codice civile è superato da una serie di decisioni giudiziali che offrono una tutela sempre più intensa alla vita prenatale, in conformità alla spinta esistenziale presente nella costituzione. È riconosciuto il diritto alla salute e quindi a nascere sano, il diritto al soccorso e alla diagnosi, il diritto all'identità genetica, il diritto alla dignità umana, il diritto a non essere messo al mondo per soli fini scientifici¹² e anche il diritto a fruire e godere della doppia figura genitoriale¹³. Insomma si viene a definire

¹² Su questi diversi problemi; F. Brunetta D'Usseaux, 2001.

¹³ Per cui ha diritto al risarcimento del danno morale il bambino nato dopo la morte del padre naturale, verificatasi durante la gestazione per fatto illecito di terzi (Cass. Civ. sez. III 03.05.2011 n.9700).

una sempre più ampia costellazione di diritti che autorizza ad affermare che «l'embrione è uno di noi»¹⁴.

Questa spinta soggettiva entra, però, in collisione con la nuova mentalità imposta dalle tecniche di fecondazione artificiale, dove il generare scivola sempre più verso il progettare e il creare. Il creato e il progettato sono oggetti: oggetti preziosi, desiderati, amati, protetti, ma non sono soggetti. Non lo diventano finché il loro creatore non decide in un certo modo oppure lo diventano solo perché il loro creatore ha preso una determinata decisione. Su questo dato puramente elettivo della condizione fetale il sociologo francese Boltanski¹⁵ ha scritto pagine estremamente interessanti per dimostrare come la *grammatica* della generazione possa finire per condizionare l'*esperienza* delle persone, indirizzando il progetto parentale verso esiti profondamente diversi che influenzano le prospettive giuridiche. Nell'immaginario collettivo non esiste più il feto, ma il «feto autentico» (quello che è inserito in un progetto di generazione), il «feto tumorale» (quello che è destinato a essere abortito), il «feto essenzialista» (quello che è avvertito come tale in base a vincoli religiosi), il «feto barbaro» (quello che non rientra in un progetto parentale), il «feto totalitario» (quello la cui nascita è condizionata dalla *policy* dello Stato), il «tecno-feto» (lo scarto dei processi di fecondazione assistita): ciascuno con il proprio destino già segnato non dalla biologia, ma dalle circostanze sociali che hanno indirizzato la volontà dei «creatori» in un senso o nell'altro.

Nel diritto si trovano a convivere entrambe queste istanze: l'esigenza di attribuire sempre maggior rilevanza ai diritti del nascituro e la tendenza a considerarlo il semplice oggetto di scelte altrui, «a commodity»¹⁶, della cui qualità abbiamo il controllo e la responsabilità. La nascita di un figlio malformato (*wrongful birth*) diventa la «colpa» per aver permesso una vita sbagliata (*wrongful life*), rifiutabile se rivelata dai test genetici o comunque se vi è stato un difetto di informazione (*wrongful conception*) e da rifiutare finché è possibile l'aborto (*wrongful pregnancy*). Questo tipo di azioni giudiziali attraversano da anni la cultura giuridica di tutti i paesi occidentali, segnata da alcune storiche decisioni: negli Stati Uniti il caso Curlender¹⁷; in Francia il caso Perruche¹⁸; in Germania una decisione della Corte di giustizia federale del 1986¹⁹; in Olanda il caso Molenaar²⁰; in Italia Tribunale di Verona 4 ottobre 1990. Questo spiega perché spesso le forme di tutela si convertano nel loro opposto. Il diritto alla salute e il diritto a non soffrire si traducono nella pretesa affermazione del diritto a non nascere, perché

¹⁴ Comitato Nazionale per la Bioetica, 1996.

¹⁵ L. Boltanski, 2007.

¹⁶ R. Mackenzie, 1999-7, pp. 175-191.

¹⁷ S. T. Curlender v. Bio-Science Laboratories Court of Appeal of California, Second Appellate District - 11 giugno 1980 (106 Cal. App. 3d 811; 1980 Cal. App. LEXIS 1919; 165 Cal. Rptrad. 477).

¹⁸ Su cui rinvio al lavoro di O. Cayla e Y. Thomas, 2004.

¹⁹ BGHZ 86, 204 su cui E. Picker, 2004.

²⁰ A. Hendriks, 2005, 97-102.

nothingness è sempre preferibile a *nothing of death*²¹. Anche la mancanza della doppia figura genitoriale è servita ai giudici italiani come argomento per negare il diritto all'impianto dell'embrione congelato di una coppia separata²². Impianto richiesto dalla madre e rifiutato dal padre.

Nessuno nega che il nascituro debba ricevere una tutela sempre più ampia, che va ben oltre i meri interessi economici, ma resta ancora il dubbio se sia un soggetto di diritto e se sia possibile riconoscergli la prima e fondamentale prerogativa del soggetto di diritto il diritto alla vita. Si parla di «non cosa», di «non soggetto», di «non persona», di «centro di interesse giuridico». Sembra quasi che il diritto, una volta eliminata la facile contabilità del rapporto tra dare e avere delle relazioni patrimoniali, non sia in grado di assorbire tutte le profonde implicazioni esistenziali riposte nell'attuazione dei valori costituzionali e preferisca metterle da parte ricorrendo al sistema più semplice per evitare la sofferenza: evitare la vita. La vita nascente resta quindi sospesa tra essere e non essere: è meritevole di tutela, ma è una tutela variabile che non dipende dalle norme, ma dal modo in cui sono lette e adattate alle circostanze, per favorire spesso valori e modelli di vita che non hanno nulla che vedere con il nascituro.

3. Il ruolo della Corte costituzionale

Gli interventi della Corte costituzionale italiana sulla vita nascente si inquadrano all'interno di questi particolari sviluppi. Dobbiamo tenere presente che i giudici entrano a contatto con la realtà e con i valori solo attraverso la mediazione delle norme e dei conflitti che devono risolvere. La loro visione è condizionata dal singolo fatto posto alla loro attenzione. L'oggetto della sentenza della Corte costituzionale italiana del 18.02.1975 n. 27, la sentenza tanto criticata da Sergio Cotta, era la tutela della salute della donna, quando la prosecuzione della gravidanza poteva costituire un pericolo per la sua vita. Il feto costituiva solo l'oggetto indiretto della decisione. La Corte non doveva stabilire cosa fosse e quando iniziasse la vita umana, ma se questa vita in formazione avesse un rilievo giuridico e fosse un limite al diritto all'autodeterminazione della gestante. Messa di fronte al rigido dualismo tra vita della madre e vita del figlio, la Corte non ha avuto esitazioni: «non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare». I giudici hanno avuto il merito di non porre questa decisione sul piano dei fatti, dichiarando che quella del nascituro non è ancora vita, ma sul piano delle scelte di valore: il valore della vita attuale della madre (persona) e il valore

²¹ Afferma il giudice Weintraub, nell'*assenting opinion* della decisione *Gleitman v. Cosgrove* (1967) 227 A. 2d, 711.

²² Tribunale di Bologna, 2005, 487 e ss.

della vita, anche questa considerata nell'integrità della sua dimensione biologica ed esistenziale, soltanto potenziale del nascituro (individuo).

Si è raggiunto, insomma, lo strano risultato per cui è proprio la legittimazione dell'aborto ad aver fornito l'occasione per riconoscere la rilevanza costituzionale del nascituro. Se per l'art. 1 del codice civile la tutela giuridica inizia con la nascita, questa sentenza della Corte costituzionale sposta la protezione al momento del concepimento: «l'art. 2 Cost. riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, fra i quali non può non collocarsi, sia pure con le particolari caratteristiche sue proprie, la situazione giuridica del concepito». È iniziata così, nell'ordinamento giuridico italiano, una situazione ibrida tra essere e non essere, tra individuo e persona, che dura ancora oggi. Il concepito è oggetto di tutela per cui l'aborto può avvenire solo su indicazione medica e «l'intervento deve essere operato in modo che sia salvata, quando ciò sia possibile, la vita del feto». *Non è*, invece, oggetto di tutela dinanzi al pericolo anche «non immediato» per la salute della gestante.

Dando attuazione a questa sentenza della Corte costituzionale, la legge 22 maggio 1978 n. 194 sulla tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza ripropone integralmente la confusione tra essere e non essere. L'art. 1 sembra riconoscere esplicitamente rilevanza giuridica alla vita nascente: «lo Stato garantisce il diritto alla procreazione cosciente e responsabile, riconosce il valore sociale della maternità e tutela vita umana dal suo inizio». È vero che il legislatore non chiarisce cosa intenda per inizio della vita (il concepimento? la singamia? la formazione del sistema nervoso?), ma è innegabile che l'affermazione che lo Stato «tutela la vita umana dal suo inizio» abbia un valore simbolico ed etico enorme rispetto a «la capacità giuridica si acquisisce con la nascita» dell'art. 1 del codice civile. Inoltre, la legge impone che l'aborto avvenga solo in strutture pubbliche autorizzate, dopo tutta una serie di consulenze e prescrizioni mediche, e che, dopo i primi novanta giorni, sia possibile solo se la gravidanza o il parto comportino un pericolo che, in questo caso, deve essere «grave» per la vita della donna (art.6).

Questo rigore è più apparente che reale, perché il medico ha solo un ruolo consultivo e non ha nessuno strumento, per tutelare la vita del nascituro, quando ritiene che la decisione della madre sia priva di fondamento. Nei primi novanta giorni l'interruzione della gravidanza è ammessa non solo per motivi terapeutici, ma anche quando la prosecuzione della gravidanza, il parto o la maternità comporterebbero un serio pericolo per la salute «psichica, in relazione o al suo stato di salute, o alle sue condizioni economiche, o sociali o familiari, o alle circostanze in cui è avvenuto il concepimento, o a previsioni di anomalie o malformazioni del concepito» (art. 4). L'aborto terapeutico, che nella decisione della Corte costituzionale appariva indispensabile per salvaguardare la vita della madre, è divenuto un aborto per i motivi più vari: psicologici, economici, sociali, familiari. Motivi che, se posti all'attenzione dei giudici, forse avrebbero determinato un diverso bilanciamento degli interessi. Il «grave pericolo per la vita» sottolineato dalla

Corte è divenuto nel testo di legge un pericolo per le condizioni di vita desiderate o supposte, probabili o anche solo ipotizzabili. Gli effetti prodotti dalla legge sono, quindi, molto lontani dal sofferto bilanciamento di interessi e valori adombrato dalla Corte costituzionale: la donna ha un potere insindacabile di decisione a condizione che rispetti le procedure previste.

Essere o non essere? «Essere» dal punto di vista teorico. «Non essere» dal punto di vista pratico. Questo spiega perché la dottrina, pur riconoscendo la rilevanza costituzionale della vita nascente, abbia grosse difficoltà nell'affermare che il nascituro sia un soggetto di diritto. Il nascituro ha «una sorta di “diritto alla vita” in senso descrittivo, non formale, ma fortemente sentito...»²³. La Corte costituzionale ha continuato, nel tempo, a mantenere questa situazione di incertezza, rigettando tutte le richieste di incostituzionalità della L. n. 194 sia quando veniva lamentata l'insufficiente tutela dell'embrione sia quando venivano denunciate le restrizioni al diritto all'autodeterminazione della donna. In particolare la sentenza 10.02.1997 n. 35 ha dichiarato inammissibile la proposta di un referendum che tendeva alla totale liberalizzazione dell'aborto entro i primi novanta giorni, con la relativa abrogazione della suggestiva formula dell'art. 1. La Corte ha affermato che non solo lo Stato non può rinunciare alla tutela del concepito, ma che questa esigenza si è «rafforzata» per effetto delle numerose dichiarazioni internazionali sui diritti del fanciullo. La Corte chiarisce che «si è rafforzata la concezione, insita nella Costituzione italiana, in particolare nell'art. 2, secondo la quale il diritto alla vita, inteso nella sua estensione più lata, sia da iscriversi tra i diritti inviolabili, e cioè tra quei diritti che occupano nell'ordinamento una posizione, per dir così, privilegiata, in quanto appartengono... all'essenza dei valori supremi su cui si fonda la Costituzione italiana». Secondo alcuni²⁴ si tratta di un'importante evoluzione rispetto alla decisione del 1975. In realtà, non ha cambiato nulla nell'interpretazione della legge n. 194: ha solo accentuato la differenza tra il modello ideale e la sua attuazione pratica.

4. Legge n. 40 versus legge n. 194

Il legislatore ha cercato di dare veramente attuazione ai principi affermati dalla Corte costituzionale, quando ha regolamentato la procreazione medicalmente assistita. Dinanzi al potenziale conflitto di interessi tra *child* e *childmaker*²⁵ in relazione alla creazione di embrioni soprannumerari, alla moltiplicazione delle figure genitoriali, alla selezione eugenetica, alla sperimentazione scientifica, alla clonazione, la legge 19 febbraio 2004 n. 40 («Norme in materia di procreazione medicalmente assistita») ha deciso di dare una

²³ C.M. Mazzoni, 2002, 123.

²⁴ V. Possenti, 2013, 44.

²⁵ M.A. Roberts, 1998.

voce al *child*, statuendo all'art. 1 che «al fine di favorire la soluzione dei problemi riduttivi derivanti dalla sterilità o dall'infertilità umana è consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla legge, che assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il nascituro». In questo caso l'affermazione non ha un valore puramente teorico, come nell'art. 1 della legge sull'aborto. La tutela del nascituro si è concretizzata in una serie di pesanti limitazioni in ordine alle tecniche da utilizzare (divieto della donazione di gameti e della clonazione), ai soggetti ammessi (coppia eterosessuale sterile o infertile), al trattamento (divieto di fecondare più di tre embrioni e obbligo di impiantarli) e alla sperimentazione (divieto della produzione di embrioni a fini di ricerca, divieto di ogni forma di selezione a scopo eugenetico e di ogni predeterminazione delle caratteristiche genetiche). L'art. 14 vieta inoltre «la crioconservazione e la soppressione degli embrioni, fermo restando quanto previsto dalla L. 22 maggio 1978, n. 194».

È difficile trovare nella storia della cultura giuridica italiana una legge che, come quella sulla «procreazione medicalmente assistita», abbia ricevuto critiche tanto violente e reiterate. Si è parlato di «mostruosità normativa», «(in)civiltà umane alimentate dal fanatismo religioso», «insulto all'intelligenza», «assurdità scientifica». Senza entrare nel merito di questi giudizi, va osservato che il limite di questa legge è il suo valore: cercare di scogliere il nodo tra essere e non essere, eliminando tutti gli elementi potenzialmente pregiudizievoli al nascituro, presenti nella pratica della fecondazione assistita. «Ci troviamo infatti di fronte ad una legge che non può essere valutata sotto un profilo tecnico, se prima non la si sia valutata sotto un profilo bioetico»²⁶. Dal punto di vista etico la legge 40 ha costituito una sorta di riflettore acceso sulle contraddizioni del passato, acceso su una soggettività giuridica riconosciuta al concepito e subito negata dal diritto di aborto, acceso su tutta una serie di diritti progressivamente attribuiti al nascituro (alla salute, ai genitori, al risarcimento del danno, alla successione) senza che gli venisse esplicitamente riconosciuto il diritto alla vita, da cui tutti questi diritti dipendono.

Accendere il riflettore non è servito a eliminare i problemi. Come va interpretato, ad esempio, l'art. 1 quando afferma che la legge assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti «compreso» il nascituro? È l'inconfutabile riconoscimento, al concepito, di una soggettività giuridica piena con l'integrale attribuzione di tutti i relativi diritti e, in particolare, del diritto alla vita? È una soggettività giuridica attenuata, «tagliata su misura del corpo che nasce», non valutabile alla stregua del principio della parità di trattamento con i soggetti adulti²⁷? È una soggettività giuridica relativa a determinate situazioni (non essere oggetto di commercio, non essere formato solo per la ricerca scientifica) che consente, se non emergono interessi contrastanti, di considerare il nascituro «portatore diretto di interessi protetti, ovvero nostro simile»²⁸? La legge n. 40 ribadisce

²⁶ F. D'Agostino, 2005, 77.

²⁷ D. Busnelli, 2008, 120.

²⁸ P. Zatti, 2009, 178.

continuamente che non intende toccare gli aspetti disciplinati dalla legge sull'aborto. Ma è possibile? Procreazione e aborto sono strutturalmente legati. Se l'embrione diventa un soggetto di diritto per la procreazione non può essere un oggetto di disposizione per l'aborto e viceversa. È questo il vicolo cieco in cui si è infilata la legge n. 40. Se si collega l'art. 1 all'art. 14 che vieta la crioconservazione degli embrioni e prevede un «unico e contemporaneo impianto» di tutti gli embrioni formati, ci troviamo di fronte al paradosso che l'embrione, una vita che si sta per sviluppare, non può essere mai distrutto, mentre il feto, una vita già ampiamente sviluppata, può essere soppressa a certe condizioni. Portando fino alle estreme conseguenze questa interpretazione, una donna avrebbe l'obbligo di subire l'impianto degli embrioni, anche contro la sua volontà, ma potrebbe chiedere successivamente di essere autorizzata ad abortire. Una situazione grottesca che mette in luce come il problema è costituito dal fatto che è impossibile praticare la fecondazione assistita, senza che emergano forme di pregiudizio per il nascituro. Gli embrioni soprannumerari, la cessione di gameti, la selezione embrionale non sono elementi accidentali, ma strutturali nella «nascita artificiale».

Ne ha preso atto la sentenza 08. 05. 2009 n. 151 della Corte costituzionale che, pur ribadendo il fondamento costituzionale della tutela dell'embrione in virtù dell'2 Cost., ha ritenuto che questa tutela si «affievolisca» in caso di conflitto con altri interessi di pari rilievo costituzionale, come già affermato nel caso dell'aborto. Insomma la salvaguardia del *childmaker* ha determinato, ancora una volta, il sacrificio del *child*, perché «la tutela dell'embrione non è comunque assoluta, ma limitata dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze di procreazione». La creazione di embrioni in soprannumero, il loro impianto, la diagnosi preimpianto sono lasciati esclusivamente alla valutazione del medico e alla volontà dei pazienti, perché, sostiene la Corte, la previsione legislativa della creazione di un numero di embrioni non superiore a tre, in assenza di ogni considerazione delle condizioni soggettive della donna che di volta in volta si sottopone alla procedura di procreazione medicalmente assistita, si pone in contrasto «con l'art. 3 Cost., riguardato sotto il duplice profilo del principio di ragionevolezza e di quello di uguaglianza, in quanto il legislatore riserva il medesimo trattamento a situazioni dissimili; nonché con l'art. 32 Cost., per il pregiudizio alla salute della donna».

La Corte non ha fatto un passo indietro sulla rilevanza costituzionale dell'embrione, ma nel bilanciamento degli interessi ha svuotato ancora un poco i valori affermati di principio: prima era la condizione psico-fisica della madre ora sono le «esigenze della procreazione» a segnare la sorte del nascituro. Le esigenze della procreazione sono un valore costituzionale? Sembra di sì, secondo un'altra sentenza della Corte costituzionale, 10.06.2014 n. 162, con cui è stato dichiarato incostituzionale il divieto di donazione di gameti. Facendo riferimento alla decisione del 2009, i giudici hanno dichiarato che le «giuste esigenze della procreazione» sono un nuovo valore costituzionale che impone di tutelare la libertà fondamentale della coppia di formare una famiglia con dei figli.

La Corte è tornata su questo problema nella decisione del 21 ottobre-11 novembre 2015 n. 229 sulla legittimità delle sanzioni penali previste per la selezione, crioconservazione e soppressione di embrioni (art. 13, commi 3, lettera b), e 4, e dell'art. 14, commi 1 e 6, della legge 40). La selezione degli embrioni, e quindi la distruzione di quelli inutilizzati, è considerata legittima all'interno del disegno procreativo delle coppie infertili, perché è l'unico strumento per consentire l'accesso alle tecniche di fecondazione assistita di queste coppie. Sarebbe stato contraddittorio dichiarare incostituzionali le limitazioni poste dalla legge n. 40 alla possibilità di avere un figlio sano e poi punire la condotta del sanitario che procedeva alla selezione degli embrioni proprio per escludere l'esistenza di malattie genetiche ereditarie.

La Corte ribadisce, però, che, quando non ricorrono questi presupposti, tutti i limiti e i vincoli previsti dalla legge restano immutati, perché la malformazione non giustifica «un trattamento peggiore rispetto a quello degli embrioni sani ...si prospetta, infatti, l'esigenza di tutelare la dignità dell'embrione, alla quale non può parimenti darsi, allo stato, altra risposta che quella della procedura di crioconservazione. L'embrione, infatti, quale che ne sia il, più o meno ampio, riconoscibile grado di soggettività correlato alla genesi della vita, non è certamente riducibile a mero materiale biologico».

Emergono sempre nuove «esigenze», quella della madre prima e quelle della procreazione poi, per relegare l'embrione ai margini dell'esperienza giuridica. La distruzione degli embrioni per sviluppare la ricerca sulle staminali embrionali troverà tra qualche anno il proprio fondamento costituzionale nelle «esigenze della scienza»? La distruzione degli embrioni per ricavare cellule staminali per le terapie geniche troverà fondamento costituzionale nella tutela del diritto alla salute? Sembra che vi siano sempre meno ragioni per tutelare l'embrione, quanto più emerge l'attenzione nei suoi confronti come «progetto genitoriale», come «modello di conoscenza», come «nucleo dei meccanismi vitali». Può una società profondamente condizionata dalla logica del mercato escludere un residuo inviolabile che si sottragga all'ottica dei desideri, delle utilità, degli scambi? A maggior ragione, se questo residuo sta all'origine stessa dell'identità umana ed è quindi il fondamento ideale della libertà? Ecco l'importanza di sottolineare la funzione anche simbolica che la tutela degli embrioni umani riveste per tutti coloro che «non possono difendere se stessi né argomentare in prima persona»²⁹. Può l'innocenza violata continuare a restare ai margini della nostra riflessione sul senso e sul ruolo del diritto? Cotta non ha solo posto questa domanda, ma ha anche offerto una veste teoretica e un fondamento filosofico alle possibili risposte.

²⁹ J. Habermas, 2002, 98.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

BOLTANSKY Luc, 2007, *La condizione fetale. Una sociologia della generazione e dell'aborto*. Feltrinelli, Milano.

BRUNETTA D'USSEAU Francesca, 2001, *Esistere per il diritto. La tutela giuridica del non nato*. Giuffrè, Milano.

BUSNELLI Francesco D., 2008, *Di chi è il corpo che nasce?*. In C.M. Mazzone (a cura di), *Per uno statuto del corpo umano*. Giuffrè, Milano.

CASSESE Sabino, 2015, *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*. Il Mulino, Bologna.

CAYLA Olivier e THOMAS Yan, 2004, *Il diritto di non nascere*. Giuffrè, Milano.

COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, 22 giugno 1996, *Identità e statuto dell'embrione umano*.

COTTA Sergio, 1978, *Perché la violenza? Un'interpretazione filosofica*. Japadre, L'Aquila.

COTTA Sergio, 1981, *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*. Giuffrè, Milano.

COTTA Sergio, 1985, *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontogenomologia giuridica*. Giuffrè, Milano.

COTTA Sergio, 1989, *Diritto. Persona. Mondo umano*. Giappichelli, Torino.

COTTA Sergio, 1997, *Soggetto umano. Soggetto giuridico*. Giuffrè, Milano.

D'AGOSTINO Francesco, 2005, «Bioetica della riproduzione umana: dibattiti attuali». In *Notizie di politeia*, XXI, 77.

HABERMAS Jürgen, 2002, *Il futuro della natura umana*. Einaudi, Torino.

HENDRIKS Aart, 2005, «Wrongful Suits? Suing in the name of Terri Schiavo and Kelly Molenaar». In *European Journal of Health Law*, 2005-12, 97-102.

MACKENZIE Robin, 1999, «From Sanctity to Screening: Genetics Disabilities, Risk and Rhetorical Strategies in Wrongful Birth and Wrongful Conception Cases». In *Feminist Legal Studies*, 1999-7, 175-191.

MAZZONI Cosimo M., 2002, «I diritti dell'embrione e del feto nel diritto privato. Rapporto sull'Italia». In *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2002-2.

MENGONI Luigi, «La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo». In *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1982-71.

NICOLUSSI Andrea, 2009, «Lo sviluppo della persona umana come valore costituzionale e il cosiddetto biodiritto». In *Europa e diritto privato*, 2009-1.

PICKER Eduard, 2004, *Il danno della vita*. Giuffrè, Milano.

POSSENTI Vittorio, 2013, «La vita e l'essere: L'embrione è persona? Il personalismo ontologico». In *La vita e l'essere. L'embrione grumo di cellule o persona?*. Marcianum, Venezia.

RICHARDS David A., 1986, *Toleration and the Constitution*. Oxford University Press, Oxford.

ROBERTS Melinda A., 1998, *Child versus Childmaker. Future Persons and Present Duties in Ethics and in the Law*. Rowman & Littlefield, Boston.

TRIBUNALE DI BOLOGNA, ord. 9 maggio 2000. In «Famiglia e diritto», 2000- 5, 487 e ss.

ZATTI Paolo, 2009, *Maschere del diritto volti della vita*. Giuffrè, Milano.

INSAISSABLE DIGNITE. EN HOMMAGE AU PROFESSEUR SERGIO COTTA

XAVIER DIJON*

Abstract: uncatchable dignity. The paper tries to question if dignity must be embedded in everyone's subjectivity in order to be used by individuals or, on the contrary, dignity can be considered in a more objective way which it would preserve paradoxically its inaccessibility? These questions are firstly examined in *legal* terms, with regard to the notion of *axiom*; then philosophically, around the *enigma*; finally in the theological perspective, about the image.

Keywords: Dignity – Axiom – Enigma – Image – Human subject

Car il est, selon Cotta, une valeur indivisible qui est inhérente à l'objet des volontés accordées à un préalable contractuel. Elle exprime une exigence d'universalisation qui recouvre le respect de la dignité de la personne dans l'Esprit.

Jean-Marc Trigeaud¹

Introduction: est-il possible de saisir la dignité humaine?

Comment cerner cette dignité qui échappe à nos prises tant elle est proche de notre propre humanité? Comment comprendre, par exemple, l'expression *mourir dans la dignité*, employée par l'ADMD (Association pour le droit de mourir dans la dignité) aux fins de désigner l'euthanasie, c'est-à-dire le geste de mort accompli par un médecin à la demande de son patient? Comment comprendre ce témoignage donné dans l'arrêt Carter rendu par la Cour suprême du Canada le 6 février 2015 à propos d'une dame, Gloria Taylor, atteinte de sclérose latérale amyotrophique (SLA), et qui réclamait l'assistance au suicide?² «En 2010, l'état de santé de Mme Taylor s'était détérioré à un point tel qu'elle

* Xavier Dijon, già Professore di Filosofia del diritto, Università di Namur. Email: xavier.dijon@unamur.be

¹ J.-M. Trigeaud, 2007, 134.

² Carter c. Canada (Procureur général), 2015 CSC 5, 20150206, Dossier 35591. L'affaire concerne le cas d'une dame Taylor, mais s'est jointe à la cause la dame Carter qui, avec son époux, avait conduit sa mère en

devait se déplacer en fauteuil roulant, sauf pour parcourir de courtes distances, et la détérioration de ses muscles lui causait de la douleur. Elle avait besoin d'un soutien à domicile pour accomplir ses tâches quotidiennes, ce qu'elle a décrit comme un affront à sa vie privée, à sa dignité et à son estime de soi».

La dignité connote donc ici le rapport le plus intime qui soit de chaque sujet à lui-même; elle apparaît comme la valeur suprême puisqu'il vaut mieux mourir, semble-t-il, que de la voir atteinte. En l'occurrence, la personne gravement malade éprouve le sentiment que sa vie n'est plus digne d'un être humain ou n'est plus, en tout cas, digne d'elle.

Chacun de nous se fait de la sorte une idée de ce qu'est une vie digne de l'homme, mais comment cerner objectivement cette notion? Est-ce d'ailleurs possible?

Selon la Cour fédérale suisse: «Human dignity refers to the very essence of the human being and human beings, which, in the end, cannot be comprehended. It is, in additional consideration of collective views, directed towards the recognition of every single person in its own value, its individual uniqueness and potential difference»³.

La difficulté ici posée tient donc au point de savoir si, pour être saisissable par les individus, la dignité doit rester enclose dans la subjectivité de chacun d'eux, ou si, au contraire, elle est susceptible d'une approche plus objective qui, paradoxalement, la garderait insaisissable. Nous voulons examiner cette tension d'abord en droit, autour de la notion d'*axiome*; ensuite en philosophie, autour de l'*énigme*; enfin en théologie, à propos de l'*image*.

I. En droit

L'examen des textes montre le caractère relativement récent du passage de la dignité *humaine* depuis le domaine philosophique vers le domaine juridique. D'où la perplexité des juristes quant au statut à reconnaître à cette notion.

A. Les textes

La dignité proprement humaine n'apparaît pas dans le champ juridique de la Révolution française (1789) car la *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* ne

Suisse pour qu'elle reçoive une assistance à son propre suicide. Le nom de la clinique suisse qui a fourni cette assistance est significatif pour notre propos: *Dignitas*.

³ «La dignité humaine renvoie à l'essence véritable de l'être humain et des êtres humains, laquelle, en fin de compte, ne peut pas être saisie. Si l'on considère en outre les approches collectives, la dignité vise la reconnaissance de chaque personne singulière en sa valeur propre, son unicité individuelle et sa différence potentielle». (BGE Bundesgerichtsentscheid, 127 I 6 consid. 5b pp. 14-15: confirmé par BGE 132 I 49 consid. 5.1, 55, cité par B. Rütsche, 2010, 86).

traite, sous ce nom, que des fonctions occupées par tel ou tel sujet dans la société⁴. Puisque tous les citoyens sont égaux devant la loi, les titulaires d'une dignité (les dignitaires) ou d'un emploi (les fonctionnaires) ne peuvent être choisis qu'en fonction de leurs capacités personnelles, et non pas d'une appartenance à une classe déterminée. La dignité, au plan social et politique, s'attache donc, certes sur un fond d'égalité démocratique, à la personne qui émerge du rang. Comme l'écrit Christelle Guastadini, «Les 'dignités', aux côtés des 'places et emplois publics', font référence aux *dignitas*, au sens classique du terme: la dignité est liée à l'exercice d'une charge ou d'un office. C'est une vertu politique associée aux fonctions élevées que l'homme occupe dans la Cité. Par conséquent, la dignité désigne aussi le mérite attaché à ces fonctions, ainsi que la considération et l'estime pour celui qui en est digne. Ce sens classique, voire aristocratique, s'oppose aux valeurs démocratiques et républicaines. Les dignités sont le reflet d'une société inégalitaire à laquelle la Déclaration de 1789, par la reconnaissance de droits subjectifs naturels et l'affirmation de l'égalité entre tous les citoyens, entend mettre fin»⁵.

C'est en 1948 qu'apparaît, en droit, la notion de dignité, en réaction à son contraire, la barbarie, inhumaine. Cette fois, il ne s'agit plus de la dignité socio-politique qui fait sortir une personne du lot commun (sur fond d'égalité) mais de la dignité tout simplement humaine: ici, l'égalité porte sur la dignité elle-même⁶. Cette dignité se laisse approcher dans la Déclaration universelle des droits de l'homme à partir de l'humanité dans son ensemble puisqu'elle est *inhérente à tous les membres de la famille humaine* et que *tous les êtres humains s'en reconnaissent également titulaires*⁷.

La mise en évidence de cette dignité, inhérente à tout homme, entraîne la reconnaissance de droits. Ces *droits de l'homme* vont libérer les êtres humains de la terreur et de la misère⁸. Il semble donc aller de soi que la qualité humaine comme telle devait être respectée, à la fois par une abstention qui se garde d'avilir la dignité d'autrui

⁴ *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* de 1789: Art. 6: «La Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes *dignités*, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents» (*nous* soulignons).

⁵ Chr. Guastadini, 2010 (www.buenosbooks.fr).

⁶ On notera d'ailleurs avec intérêt que l'émergence du concept de dignité humaine se produit en présence des êtres dont le dénuement est extrême, par exemple les Juifs traités comme du bétail conduit à l'abattoir, ou encore les sous-prolétaires misérables qui refusent d'être considérés comme des chiens. La dignité: un concept ultime?

⁷ *DUDH* Préambule: «*Considérant* que la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde. Article premier: Tous les êtres humains naissent libres et *égaux en dignité* et en droits. Ils sont doués de raison et de conscience et doivent agir les uns envers les autres dans un esprit de fraternité» (*nous* soulignons).

⁸ Dans le discours qu'il a tenu sur *l'Etat de l'Union* le 6 janvier 1941, le président Franklin Delano Roosevelt évoquait les quatre libertés dont devrait jouir tout être humain: libre de parler, et de croire; libéré de la terreur, et de la misère.

(cf. la terreur), et par une action qui lui garantit les droits élémentaires pour qu'il mène une vie digne (cf. la misère). Mais on remarquera que cette dignité n'est pas définie autrement que par référence à l'humanité commune.

1. La libération de la terreur

Plusieurs textes internationaux ou constitutionnels réaffirment la valeur fondamentale de la dignité humaine qui demande le respect. Deux illustrations parmi d'autres: la Constitution (Grundgesetz) allemande (1949), instruite par l'expérience terrible de la Shoah, soumet tous les pouvoirs de la Nation à la valeur suprême de la dignité⁹.

Mais les menaces peuvent venir aujourd'hui de la biomédecine, comme le montre la Convention d'Oviedo pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine¹⁰.

Or dans l'un et l'autre texte, la dignité n'est pas définie.

2. La libération de la misère

Alors que les droits de l'homme de la première génération (droits civils et politiques) ont pour but de libérer l'homme de la terreur, ceux de la deuxième génération (droits économiques, sociaux et culturels) visent à libérer l'homme de la misère.

En témoignent tant la Déclaration universelle de 1948¹¹ que la Constitution belge¹² et la loi sur les Centres publics d'action sociale¹³. Mais, comme pour la première génération des droits de l'homme, on n'y trouve pas non plus de définition du terme.

⁹ *Constitution de la République fédérale d'Allemagne* (1949): Article 1^{er}: (1) *La dignité* de l'être humain est intangible. Tous les pouvoirs publics ont l'obligation de la respecter et de la protéger.

(2) En conséquence, le peuple allemand reconnaît à l'être humain des droits inviolables et inaliénables comme fondement de toute communauté humaine, de la paix et de la justice dans le monde.

(3) Les droits fondamentaux énoncés ci-après lient les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire à titre de droit directement applicable (*nous soulignons*).

¹⁰ *Convention d'Oviedo* (4 avril 1997): Préambule: Considérant que le but du Conseil de l'Europe est de réaliser une union plus étroite entre ses membres, et que l'un des moyens d'atteindre ce but est la sauvegarde et le développement des droits de l'homme et des libertés fondamentales;

Conscients des rapides développements de la biologie et de la médecine;

Convaincus de la nécessité de respecter l'être humain à la fois comme individu et dans son appartenance à l'espèce humaine et reconnaissant l'importance d'assurer *sa dignité*;

Conscients des actes qui pourraient mettre en danger *la dignité humaine* par un usage impropre de la biologie et de la médecine;

Article 1^{er} – Objet et finalité: Les Parties à la présente Convention protègent l'être humain *dans sa dignité* et son identité et garantissent à toute personne, sans discrimination, le respect de son intégrité et de ses autres droits et libertés fondamentales à l'égard des applications de la biologie et de la médecine.

Chaque Partie prend dans son droit interne les mesures nécessaires pour donner effet aux dispositions de la présente Convention.

Article 21 – Interdiction du profit: Le corps humain et ses parties ne doivent pas être, en tant que tels, source de profit (*nous soulignons*).

Comment donc le juriste peut-il utiliser ces textes qui ne lui donnent qu'une référence si vague? La question se pose, en effet, de savoir comment monnayer ce concept fondamental dans les dispositions juridiques courantes, par exemple dans les lois qui doivent respecter des dispositions internationales ou constitutionnelles protectrices de la dignité humaine ou dans les décisions de justice appelées à sanctionner des manquements au respect de cette même dignité. Mais, après cette première question, de technique juridique, une seconde retient l'attention, d'allure plus philosophique: comment articuler cette dignité humaine avec la liberté du titulaire de cette dignité?

B. Un axiome

Le juriste confronté à la dignité se trouve mal à l'aise car il voit bien que cette notion touche la caractéristique proprement humaine de la personne, mais il ne voit guère comment la mettre en œuvre car ses contours lui échappent. Un juge pourrait-il prononcer des décisions en matière civile ou pénale en prenant comme référence un concept aussi général que cette dignité humaine? Or la précision d'une telle notion est d'autant plus importante que la dignité apparaît comme un pôle qui pourrait, non pas nécessairement supprimer celui de la liberté, mais en tout cas l'équilibrer.

La dignité est souvent invoquée, en effet, soit pour empêcher un sujet d'agir comme il l'entend, tant à l'égard d'autrui, qu'à l'égard de lui-même, puisque les comportements qui portent atteinte à la dignité humaine sont interdits, soit pour obliger la société à prendre les mesures qui permettent à un sujet de trouver du travail, un logement, des soins de santé, une formation, etc. Les libéralistes, qui ne jurent que par l'épanouissement de leur liberté individuelle, se sentent donc menacés par une référence si floue et donc si extensible. C'est que, à peine de brimer les libertés, les notions juridiques doivent être précises.

D'où la proposition que fait Muriel Fabre-Magnan de ne pas faire un trop large usage de la dignité dans les références juridiques courantes, mais de lui garder un statut d'axiome, c'est-à-dire de proposition évidente de soi, qui échappe à toute

¹¹ *DUDH* Article 22: «Toute personne, en tant que membre de la société, a droit à la sécurité sociale; elle est fondée à obtenir la satisfaction des droits économiques, sociaux et culturels *indispensables à sa dignité* et au libre développement de sa personnalité, grâce à l'effort national et à la coopération internationale, compte tenu de l'organisation et des ressources de chaque pays» (*nous soulignons*).

¹² *Constitution belge*, Art. 23. «Chacun a le droit de mener une vie conforme à la *dignité humaine*.

A cette fin, la loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 garantissent, en tenant compte des obligations correspondantes, les droits économiques, sociaux et culturels, et déterminent les conditions de leur exercice (...)» (*nous soulignons*).

¹³ Loi du 8 juillet 1976 organique des Centres publics d'aide sociale

Article 1^{er}: «Toute personne a droit à l'aide sociale. Celle-ci a pour but de permettre à chacun de mener une vie *conforme à la dignité humaine*.

Il est créé des centres publics d'aide sociale qui, dans les conditions déterminées par la présente loi, ont pour mission d'assurer cette aide» (*nous soulignons*).

démonstration¹⁴. Pour préserver les libertés, en effet, il vaut mieux que le législateur définisse lui-même, pour les interdire, les comportements concrets qui, à son estime, portent atteinte à la dignité humaine (les injures, les propos racistes, les traitements dégradants...), plutôt que de suspendre au-dessus de chaque citoyen une épée de Damoclès qui aurait pour nom: dignité. De la sorte, la dignité n'apparaîtrait plus explicitement dans les mises en balance qu'opère quotidiennement le juge lorsqu'il est amené à peser les divers droits et intérêts en présence; elle resterait hors-jeu pour garder, précisément un statut de référence inconditionnelle.

Bernard Edelman tient une position semblable lorsqu'il propose de ne pas mettre la dignité de la personne humaine sur le même plan que celui des droits de l'homme¹⁵. L'hypothèse concrète est la suivante: si un homme de petite taille accepte d'être sanglé de courroies de cuir pour servir de projectile à jeter le plus loin possible au jeu du 'lancer de nains', de quel droit un maire pourrait-il prendre un arrêté qui interdirait pareille pratique? Si l'intéressé lui-même y voit une manière intéressante de gagner sa vie, ne peut-il pas, après tout, disposer comme il l'entend de son propre honneur?¹⁶ Réponse de B. Edelman: alors que les droits de l'homme tournent autour de l'individu qui doit pouvoir effectivement déployer sa liberté, la dignité humaine fait référence à l'humanité comme telle, que chaque sujet de droit est tenu de respecter comme un préalable aux droits de l'homme reconnus par les constitutions démocratiques et par les conventions internationales.

Un argument de texte montre d'ailleurs la pertinence du propos: tant dans la Déclaration universelle de 1948 que dans la Convention d'Oviedo, dans la Constitution allemande ou dans la Constitution belge, ou encore dans la loi sur les CPAS, l'affirmation des droits n'est pas mise exactement sur le même pied que la reconnaissance de la dignité: celle-ci est plus fondamentale que ceux-là¹⁷. Les droits humains qu'un sujet peut faire valoir pour exiger une abstention de la part de la société (droits civils et politiques) ou une action en sa faveur (droits sociaux) forment une sorte de protection autour d'un noyau qui n'est pas du même ordre qu'eux et qui s'appelle dignité humaine.

Pour des auteurs tels que M. Fabre-Magnan ou B. Edelman, donc, la dignité est à la source (cachée) des droits de l'homme mais ne s'identifie pas à eux: elle est, selon l'expression d'Hannah Arendt «le droit d'avoir des droits». Elle indique à l'homme que son action, pour être 'digne' de l'homme, doit honorer cette humanité qu'il porte en lui.

¹⁴ M. Fabre-Magnan, 2007, 1-30; 2013, 167-196.

¹⁵ Cf. B. Edelman, 1997, 186.

¹⁶ V. CE (français), ass., 27 oct. 1995, *Ville d'Aix-en-Provence, RFD Adm.*, 1995, p. 1204, concl. Frydman; *D.* 1996, *Jur.*, p. 177, note Lebreton; *JCP* 1996, II, n° 22630, note F. Hamon, ainsi que Comité des droits de l'homme des Nations Unies, 26 juil. 2002, *RTDH*, 2003, p. 1017 et note M. Levinet, «Dignité contre dignité. L'épilogue de l'affaire du 'lancer de nains' devant le Comité des droits de l'homme des Nations Unies».

¹⁷ L'article 1^{er} de la Constitution allemande montre le plus explicitement cette logique de conséquence: «La dignité de l'être humain est intangible. Tous les pouvoirs publics ont l'obligation de la respecter et de la protéger. *En conséquence*, le peuple allemand reconnaît à l'être humain des *droits* inviolables et inaliénables...».

Mais si cette dignité humaine n'est pas seulement une affaire de droits de l'individu ; si elle précède ses « droits humains », pourrait-elle aller jusqu'à limiter la liberté du sujet non seulement à l'égard d'autrui, titulaire de droits lui aussi et dont la dignité doit être protégée, mais encore à l'égard du sujet lui-même, humain tout comme lui? Ou, à l'inverse, dans la mesure où la dignité humaine est juridiquement indéfinissable, ne convient-il pas de laisser à chaque sujet le soin de la définir en toute liberté?

C. Le débat sur l'articulation de la dignité à la liberté

Le débat amorcé ici porte donc sur le point de savoir si la dignité ne se définirait pas, précisément, par la liberté elle-même. On voudrait le voir d'abord dans le rapport au corps propre, ensuite dans le rapport au corps social.

1. Dans le rapport au corps propre

Dans le champ du droit familial, élargi aujourd'hui à ce qu'on appelle la bioéthique, l'ordre public et les bonnes mœurs régissaient autrefois les matières du corps et de la vie en se fondant sur une certaine conception naturelle de la dignité: l'être humain ne fait pas n'importe quoi de son propre corps. On parlait de l'indisponibilité du corps, comme aussi de l'indisponibilité de l'état-civil.

Mais depuis les années '70, cet ordre naturel ne va plus de soi. Il apparaît comme un arrière-monde qui brime la liberté humaine.

Exemple. Faut-il que la Belgique signe et ratifie la Convention d'Oviedo, évoquée plus haut, «pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine»? Paul Schotsmans expose, sur ce sujet, les positions contraires du Comité consultatif [belge] de bioéthique¹⁸.

Pour Gilbert Hottois: «La valeur fondamentale de la Convention [=d'Oviedo] est la dignité humaine. Si l'on postule qu'il incombe à chaque individu de décider de sa propre dignité, le lien entre la philosophie des droits humains et la Convention sera assuré. Mais si l'on considère qu'individus et communautés doivent être protégés des attaques ou offenses à la dignité humaine, même contre leur gré ([contre]leur conception de la dignité et de l'humanité), alors n'importe quel dogmatisme ou n'importe quelle répression deviennent possibles au nom des 'vraies valeurs'. Le danger est qu'une partie de la société (ou de l'humanité, par exemple une religion ou un courant idéologique) définisse et impose aux autres sa conception de la dignité de l'être humain»¹⁹.

Par contre, au sein du Comité consultatif de Bioéthique, d'autres voix plaidaient en faveur de la signature de la Convention d'Oviedo: «La doctrine des Droits de l'Homme exprime dans le concept 'dignité' l'unique, irremplaçable caractère de l'être humain. A

¹⁸ P. Schotsmans, 2012.

¹⁹ G. Hottois, 2000, 137, cité et traduit par P. Schotsmans, pp. 153-154.

cause de l'unique et de l'irremplaçable de chaque homme, la dignité est ainsi fondation du principe d'inviolabilité (important pour l'intégrité physique) et du principe que l'être humain doit être considéré dans la société toujours comme but et jamais seulement comme objet de quelque instrumentalisation (et commercialisation)»²⁰.

L'avis rendu par le Comité consultatif de Bioéthique relatif à la problématique de la commercialisation de parties du corps humain reflète la même opposition. Comme souvent, il exprime les deux positions opposées²¹. Dans le premier cas, la dignité s'identifie à la liberté; dans le second cas, elle lui lance un défi.

La dignité identifiée à la liberté

Dans la première position, favorable à la mise en commerce des tissus et organes du corps humain en vue de parer à leur pénurie, il n'y a pas lieu de s'inquiéter outre mesure des exigences de la dignité humaine, pour une double raison: «Soulignons d'abord que la notion de "dignité humaine" est une notion très confuse du point de vue philosophique. Le contenu du concept de dignité humaine varie en fonction des valeurs éthiques que l'on défend. Ce concept n'aide certainement pas à clarifier le débat éthique. En réalité, le lien entre le concept de dignité humaine et l'interdiction de commercialisation du corps n'a pas de fondement rationnel. Il est sous-tendu par des considérations intuitives ou émotionnelles qui ne sont pas universalisables»²².

Ensuite, s'il fallait tout de même invoquer la dignité dans ce chapitre de la commercialisation du corps, ce pourrait être pour renverser l'interdiction en promotion:

On pourrait défendre l'idée que le concept d'autonomie doit jouer un rôle essentiel dans la notion de "dignité humaine". Certains philosophes ont considéré que la notion d'échange et de marché était au cœur même de la notion de dignité humaine. Pour Adam Smith, c'est la poursuite de l'intérêt personnel à travers l'échange et le commerce qui distingue l'homme de l'animal et lui confère sa dignité spécifiquement humaine : *'Nobody ever saw a dog make a fair and deliberate exchange of one bone for another with another dog'*²³. Dans cette conception, la liberté et, en particulier, la liberté de pratiquer le commerce, y compris celui de parties de son propre corps, sont indissociables de la dignité de l'homme. La commercialisation assure un meilleur respect de la liberté des individus et de leurs droits sur leur corps. Dans la tradition héritée de Locke, l'individu est propriétaire de son propre corps et doit pouvoir en disposer librement. A l'opposé, le principe de non-commercialisation est paternaliste dans la mesure où l'imposition de son application conduit à une situation où la volonté générale (...) prime sur la liberté individuelle (en l'occurrence, la liberté de disposer

²⁰ P. Schotsmans, 2012, pp. 161-162.

²¹ Comité consultatif de Bioéthique, Avis n°43 du 10 décembre 2007 relatif à la problématique de la commercialisation de parties du corps humain.

²² Avis précité, II.1.6. La liberté de commercer: un élément essentiel de la dignité humaine. On remarquera que cette position n'accueille ni l'intuition ni l'émotion comme indicatrices du sens éthique de la dignité.

²³ En stricte logique, que peut-on tirer de pareil argument ? Si on n'a jamais vu un chien faire du commerce, et que je fais du commerce (par exemple des organes de mon corps), je peux seulement déduire que je ne suis pas un chien, mais suis-je autorisé pour autant à faire commerce de tout, y compris de moi-même?

de parties de son corps). Ce principe est paternaliste dans la mesure où il préfère à l'autonomie une bienfaisance que la collectivité impose²⁴.

Cette vision-là de la dignité identifiée à la liberté se retrouve en de nombreuses figures de la bioéthique contemporaine: après avoir déjà cité, au départ, l'hypothèse de l'euthanasie puis, à l'instant, la vente d'organes, nous pourrions ajouter comme autre illustration la gestation pour autrui dans laquelle la femme met son corps à la disposition de la procréation comme elle le ferait dans un contrat de travail. Elle suppose, notons-le, une mise à distance, par la personne, de son propre corps.

La liberté défiée par la dignité

Mais cette vision libéraliste est combattue par les auteurs qui veulent maintenir un en-deçà, un socle, une humanité commune sur laquelle s'appuie la liberté de chacun: «La dignité humaine en tant que valeur absolue s'exprime de manière spécifique mais essentielle dans le respect inconditionnel du corps. C'est pourquoi, le droit et la morale publique estiment que transformer le corps en marchandise (même partiellement) est une atteinte à la dignité de la personne. Toute intervention sur l'intégrité du corps doit rester un événement exceptionnel qui ne peut en fait avoir de place que dans le cadre de la pratique médicale et qui trouve là sa raison d'être»²⁵.

Quelles sont les racines de cette conviction? L'Avis poursuit: «En fait, dans la législation actuelle et dans la morale publique, il existe une attitude profondément enracinée de respect vis-à-vis du corps humain, une attitude qui jadis était surtout étayée par la religion mais qui reste généralement présente dans notre culture sécularisée. Dans le bouddhisme, l'islam, la chrétienté et la culture juive, on admettait généralement que le corps n'est pas simplement un ensemble d'organes, disponibles pour des échanges commerciaux: le corps est en quelque sorte le 'temple' de l'âme, l'identité de la personne».

Mais la conviction n'est pas nécessairement religieuse pour autant: «Cependant, il serait faux de comprendre cette attitude vis-à-vis du caractère sacré du corps comme le produit d'une vision métaphysique ('fausse' selon les empiristes modernes) du statut de la personne. L'attitude vis-à-vis de l'être humain 'possédant une âme' est considérée par Wittgenstein, par exemple, comme une constante anthropologique qui est préalable à toute réflexion métaphysique»²⁶.

Rappelons, pour conclure ce point, le processus historique parcouru en ce champ-ci: d'abord, la liberté est encadrée par la dignité (sous le nom d'indisponibilité, de bonnes mœurs, etc.), puis, par glissement, la dignité est identifiée à la liberté avant que, en

²⁴ Avis précité, II.1.6. La liberté de commercer: un élément essentiel de la dignité humaine.

²⁵ Avis précité, II.2.3. Dignité humaine et statut symbolique du corps.

²⁶ Avis précité, II.2.3. Dignité humaine et statut symbolique du corps.

réaction, la dignité soit vue comme défiant la liberté. Dans le champ social, le processus historique est inverse.

2. Dans le rapport au corps social

Dans le corps social, en effet, la liberté s'est déployée avant que ne soit revendiquée la dignité et que, en réaction, il soit fait à nouveau appel à la liberté.

La dignité rappelée à la liberté

Le libéralisme, comme son nom l'indique, identifiait l'homme à sa liberté, en laissant à chacun le soin de subvenir à ses besoins par ses propres revenus (issus de la fortune ou du travail), l'Etat se contentant alors d'assurer le respect des conventions librement formées.

Mais l'approche socialiste a combattu les méfaits de ce libéralisme, en cherchant une meilleure distribution des richesses produites, de sorte que chaque travailleur (sécurité sociale) et finalement toute personne (assistance sociale) connaisse des conditions de vie conformes à la dignité humaine. Il est donc légitime d'encadrer légalement le contrat (de travail, de bail, de soins...), et donc de limiter la liberté d'action de l'employeur, du propriétaire, du médecin...pour garantir à tous des conditions conformes à sa dignité. La doctrine sociale de l'Eglise est d'ailleurs allée dans le même sens²⁷.

Or ici, la réaction à cette approche se manifeste dans le sens de la liberté: la reconnaissance constitutionnelle des droits économiques, sociaux et culturels n'entraîne-t-elle pas la création d'une société d'assistés? La dignité ne doit-elle donc pas être mise en veilleuse, afin de mettre chaque sujet devant ses responsabilités?

La liberté intégrée à la dignité

Une interprétation conciliante de cette tension est fournie par Isabelle Hachez dans le commentaire qu'elle fait de l'article 23 de la Constitution belge, prérapporté: «Chacun a le droit de mener une vie conforme à la dignité humaine.

A cette fin, la loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 garantissent, en tenant compte des obligations correspondantes, les droits économiques, sociaux et culturels, et déterminent les conditions de leur exercice».

²⁷ Cf. l'encyclique *Rerum Novarum* du pape Léon XIII: «Quant aux riches et aux patrons, ils ne doivent point traiter l'ouvrier en esclave; il est juste qu'ils respectent en lui *la dignité de l'homme*, relevée encore par celle du chrétien. Le travail du corps, au témoignage commun de la raison et de la philosophie chrétienne, loin d'être un sujet de honte, fait honneur à l'homme, parce qu'il lui fournit un noble moyen de sustenter sa vie. Ce qui est *honteux et inhumain*, c'est d'user de l'homme comme d'un vil instrument de lucre, de ne restituer qu'en proportion de la vigueur de ses bras» (n° 28) (*nous* soulignons).

Que sont ces obligations correspondantes? demande l'auteure²⁸. Ne viennent-elles pas en contradiction avec les droits reconnus?

En réalité, elles correspondent aux droits garantis en poursuivant la *même* fin que les droits: «A cette fin», dit le deuxième alinéa de l'article 23. L'obligation de travailler activement à sa propre subsistance (si on en a la possibilité) fait partie du respect de cette dignité évoquée dans le principe: «Chacun a le droit de mener une vie conforme à la dignité humaine». La dignité commande donc *à la fois* la mobilisation de la société en vue d'assurer à l'indigent une vie conforme à sa dignité, mais aussi la mobilisation de l'indigent lui-même, premier responsable de sa propre vie 'conforme à la dignité humaine'.

Dans le champ social, liberté et dignité donc ne s'opposent pas: il fait partie de la dignité de l'homme de prendre en charge son propre destin, mais lorsque la personne n'est pas en mesure de subvenir par elle-même à ses besoins, sa dignité réclame de la société la garantie de ses droits sociaux.

Comme toute question juridique importante, le couple dignité/liberté, abordé en ce premier volet, ne peut se résoudre au seul niveau du droit; il appelle nécessairement un approfondissement philosophique.

I. En philosophie

La référence obligée de la réflexion sur la dignité humaine reste l'œuvre philosophique d'Emmanuel Kant, en particulier la *Métaphysique des mœurs* et la *Critique de la raison pratique*. Pour le philosophe de Königsberg, l'affirmation de l'humanité comme dignité en elle-même est première par rapport au postulat de la liberté. Elle nous invite à explorer davantage l'énigme que constitue cette humanité.

D. L'éthique kantienne

1. L'humanité comme dignité respectée

Pour Kant, «L'humanité elle-même est une dignité, en effet l'homme ne peut jamais être utilisé simplement comme un moyen par aucun homme (ni par un autre, ni même par lui-même), mais toujours en même temps comme fin, et c'est en ceci précisément que consiste sa dignité (sa personnalité), grâce à laquelle il s'élève au-dessus des autres êtres du monde, qui ne sont point des hommes et peuvent leur servir d'instruments, c'est-à-dire au-dessus de toutes les choses»²⁹.

On aura reconnu ici la différence fondamentale entre les personnes singulières (dont la valeur s'exprime en termes de *dignité*) et les choses échangeables (dont la valeur

²⁸ I. Hachez, 2005.

²⁹ E. Kant, 1996, 140.

s'estime en termes de *prix*)³⁰. Pour notre philosophe, il y a hétérogénéité des domaines. La dignité est sans prix; dès lors qu'il y a prix, la dignité se perd³¹. La vente d'une dent est considérée par Kant comme un «suicide partiel»³².

On aura reconnu aussi dans cette dignité la base de l'impératif catégorique que Kant met en évidence dans sa *Critique de la raison pratique*: la norme d'action de tout sujet est le respect de l'humanité, dans la personne d'autrui, mais aussi en soi-même. Une autre formulation de ce même impératif revient à se demander si la règle (la maxime) d'une action particulière peut devenir universelle. En d'autres termes, est-il bon que tout autre humain puisse agir comme j'ai l'intention de le faire? L'humanité entière est ici la référence de l'action morale³³.

A ce sujet, on pourra s'étonner des lectures contemporaines qui font d'Emmanuel Kant le champion de l'autonomie individuelle. On lit, par exemple, sous la plume de Gilbert Hottois, déjà cité: «L'articulation philosophique du concept de dignité et de liberté est nécessaire et très délicate. Kant l'a probablement exprimé de la manière la plus rigoureuse qui soit en montrant que la dignité humaine réside dans l'autonomie personnelle et la promotion de celle-ci en chaque être humain. Le respect de la dignité de la personne est le respect de l'autonomie de la personne»³⁴. En réalité, il y a malentendu: l'auteur de la *Critique de la raison pratique* insiste certes sur l'autonomie de la conscience car le sujet humain ne peut pas subir une norme extérieure comme serait, par exemple, celle de l'instinct à l'égard de l'animal. L'éthique, en effet, vient de l'intérieur: le sujet suit la norme qui provient de sa propre conscience. Mais il faut se garder soigneusement de confondre la forme, nécessairement autonome, de la conscience proprement éthique, avec l'impératif qui retentit en cette conscience et qui, reliant le sujet à toute l'humanité, déborde largement l'autonomie individuelle.

Gilbert Larochelle donne les précisions souhaitables sur cette «propension d'une certaine postérité intellectuelle à utiliser la métaphysique de Kant pour affirmer en théorie ce que l'on niera en pratique au gré de son jugement»³⁵. En réalité: «Deux valeurs entrent ici en conflit: l'irréductibilité du principe de la dignité humaine et la liberté de la

³⁰ La transcendance de la personne par rapport à la chose vaut aussi à l'égard de l'animal. De nos jours, certains courants d'écologie profonde (*Deep Ecology*) auraient tendance à magnifier la vie comme telle et donc à étendre la dignité au-delà du règne humain lui-même. Une telle extension, qui sous-tend par exemple la reconnaissance de droits aux animaux, méconnaît le caractère spécifiquement humain de la raison en laquelle retentit l'impératif catégorique d'avoir à respecter la dignité d'autrui; injonction qui ne se rencontre pas dans le monde animal.

³¹ Dans cette ligne-là, on peut comprendre l'article 21 de la Convention d'Oviedo, rappelé plus haut: «Interdiction du profit: Le corps humain et ses parties ne doivent pas être, en tant que tels, source de profit».

³² Citation notée par L. Sève, 1994, 156.

³³ André Léonard parle à ce sujet de la *tautologie* kantienne, au sens où c'est la raison humaine, caractéristique de l'humanité, qui s'honore elle-même en respectant la raison présente en tout être humain, laquelle raison (en son usage pratique) enjoint à tout humain de respecter l'humanité en lui-même et dans les autres. (cf. A. Léonard, 1991, 239).

³⁴ G. Hottois, 2000, 137, trad. P. Schotsmans, 154.

³⁵ G. Larochelle, 2005, 62.

personne au fondement de son autonomie. Or, la pensée de Kant, malgré les apparences, ne permet pas une telle désarticulation qui confine, d'ailleurs, à la contradiction logique»³⁶. Il ne conviendrait pas, par exemple, de juger de l'humanité d'une personne souffrante en fonction de la capacité que garderait cette personne de mener sa vie dans l'autonomie: «Ainsi, il est erroné de soutenir que l'on puisse s'autoriser de Kant pour discriminer une vie digne d'être vécue d'une autre qui ne le serait pas en référence au critère de la capacité de projet pour mesurer l'humanité de l'être souffrant»³⁷.

Pour Kant, la dignité ne relève donc pas d'une appréciation, par le sujet, de la propre image (avantageuse ou misérable) qu'il se fait de lui-même, ni d'une quelconque compétence (qu'il posséderait ou ne posséderait pas): elle est cette caractéristique qui définit le sujet humain lui-même, s'imposant d'emblée à son respect³⁸.

Insistons sur cette signification objective de la dignité humaine, car elle permet l'égalité de tous les humains entre eux. Si, en effet, la dignité d'un être se confondait avec le sentiment qu'il a d'elle, cette identification aboutirait à la redoutable conséquence que les êtres humains ne seraient plus ce qu'affirme l'article 1^{er} de la Déclaration universelle des droits de l'homme, à savoir: *égaux en dignité*. Certains humains, développant le sentiment que leur dignité est atteinte par telle maladie ou telle contradiction, ne jouiraient pas, en effet, de la même dignité que les autres humains...

Puisque, chez Kant, la dignité de l'être moral s'impose à l'être moral lui-même, ce n'est que dans un second temps qu'intervient la liberté.

2. L'agir conforme à la dignité

Car, pour aborder à présent l'autre volet de notre couple dignité/liberté, il faut ajouter que l'originalité de Kant consiste, non pas à poser d'abord la liberté puis à mettre en évidence les normes qui encadrent cette liberté, car la liberté est une réalité métaphysique sur laquelle l'homme ne peut rien dire (puisque son esprit est trop limité). Kant emprunte le chemin inverse: le fait premier qui retentit dans la raison est l'impératif catégorique (respecte l'humanité de tout homme!). Ensuite, c'est précisément à partir de ce devoir moral que Kant postule dans l'être humain cette liberté d'action qui le fait échapper aux déterminismes des choses. Le devoir que j'éprouve de respecter la dignité de tout être humain me fait dire qu'il doit y avoir en moi une faculté d'obéir à cette exigence éthique: c'est la liberté, postulée.

³⁶ G. Larochelle, *Ibid.*, p. 62.

³⁷ G. Larochelle, *Ibid.*, p. 63.

³⁸ Pour Eric Fiat, «Le criticisme oblige à ce que la raison qui fait la dignité de l'homme ne soit en rien comprise comme une faculté, puisque l'un des effets de la critique est de fonder l'affirmation de la dignité humaine sur la présence en l'homme d'une instance le transcendant: l'humanité, comprise comme fin. Sauver l'idée d'une dignité attachée à l'humanité comme telle suppose donc qu'on regarde les hommes en deçà ou au-delà des facultés qui sont les leurs» (E. Fiat, 2013, 192-193).

Au total, nous sommes donc en présence d'un sujet ignorant son être profond, – puisque cette réalité métaphysique échappe à ses sens –, mais sommé tout de même d'agir de façon humaine en engageant sa liberté (postulée) dans le respect, non seulement de la dignité d'autrui, mais encore de la sienne propre.

Ainsi la dignité de l'homme consiste non seulement dans cette caractéristique humaine (cette qualité humaine) de tout être humain, mais encore dans le respect de cette qualité-là. Tout se tient: la dignité de l'humain consiste à respecter la dignité de l'humain. Personne ne peut surplomber sa propre humanité. Dès lors que le sujet prend conscience de sa propre dignité humaine, à la fois: il est tenu de la respecter, et ce respect fait partie de sa dignité elle-même³⁹. C'est en cette attitude morale, – que Kant appelle la sainteté de la volonté –, que tient la dignité absolue de l'homme. Pour Kant, «La seule chose qui convienne à tous les êtres finis raisonnables consiste à s'en rapprocher à l'infini»⁴⁰.

Mais comment comprendre cette humanité (cette dignité) qui s'impose à chacun des êtres humains (moi y compris) et dont le respect fait partie de la dignité elle-même?

E. Une énigme

La réponse la plus pertinente consisterait peut-être à dire que nous sommes incapables de donner la définition de l'homme. Car définir, c'est tracer une frontière (*finis*), c'est encercler. Or on n'encercler pas l'humain. L'homme est le seul animal sur terre qui ne sait pas pourquoi il est là. Les sciences humaines telles que la psychologie, l'anthropologie, la sociologie peuvent donner des connaissances sur l'homme. Mais elles ne pourront pas justifier sa dignité, car la dignité de la personne humaine est irréductible à l'objet des connaissances. Elle est au-delà. Elle est de l'ordre de l'énigme.

Pour Jean-François Mattéi, «une énigme est une question qui porte sur sa propre origine, et donc sur la pensée elle-même dès que celle-ci essaie d'atteindre son essence et son fond, au risque de sombrer dans le désespoir». Et l'auteur de poursuivre à partir du fameux mythe grec: «Œdipe a cru imprudemment qu'il était parvenu à connaître l'homme en dénouant l'énigme du Sphinx; aveugle au parricide [de son père Laïos] et à l'inceste [avec sa mère Jocaste], il a découvert trop tard que la pensée débordait à tout moment la connaissance et que sa victoire sur le monstre avait fait de lui un nouveau monstre. Désormais indigne des hommes auxquels il avait apporté la peste, il quittera Thèbes les yeux éteints sous la conduite d'Antigone. (...) L'homme peut-il en effet

³⁹ Quand un malfaiteur enferme des fillettes dans une cave après avoir abusé d'elles, ce ne sont pas les petites filles qui perdent leur dignité: elles restent tragiquement humaines jusqu'au bout, mais c'est le malfaiteur, au sens où il ne s'est pas montré moralement digne de sa propre dignité, laquelle continue tout de même à le saisir sur le plan ontologique.

⁴⁰ E. Kant, 1985, 645-646.

affronter l'énigme de son être et connaître l'origine de sa dignité sans perdre cette dernière dans la levée de cette même énigme?»⁴¹.

Du même coup, la dignité énigmatique de l'homme, échappant à la connaissance, fait l'objet d'un acte qu'il convient d'appeler de *foi*, non pas nécessairement au sens de foi religieuse, mais au sens de conviction partagée par l'ensemble des humains, comme l'indique la Charte de San Francisco, fondatrice de l'Organisation des Nations Unies⁴².

Si l'homme est ainsi une énigme pour lui-même, il reste à chaque sujet le choix, soit de lever cette énigme en décidant par lui-même de ce qu'il veut être, selon la position prérappelée de G. Hottis: «il incombe à chaque individu de décider de sa propre dignité», soit d'exercer cette «foi dans la dignité et la valeur de la personne humaine». Nous optons pour la seconde branche de l'alternative car la prétention de lever l'énigme humaine par soi-même méconnaît l'impératif catégorique qui exige de chaque sujet humain le respect de sa propre dignité, c'est-à-dire de sa propre inscription en cette humanité, laquelle doit sans cesse être recherchée et non pas définie par un coup de force de la volonté. Notre propre humanité est toujours en avant de nous.

F. Les ouvertures vers l'au-delà

Or si, comme le dit Blaise Pascal, «L'homme passe infiniment l'homme»⁴³; si la dignité ne se laisse pas enfermer dans les décisions de la liberté, comment comprendre, comment vivre ce dépassement de soi-même par soi-même? Nous évoquons à ce sujet deux perspectives différentes: d'abord celle, plus dramatique, qu'esquissent les deux autres postulats de la raison pratique qui permettent à Kant de rendre compte de l'exigence assignée à l'homme d'honorer sa propre dignité, ensuite celle, à la fois plus concrète et peut-être plus paisible, que la tradition thomiste propose dans l'exposé de la loi naturelle.

1. Les postulats kantien

Pour honorer le caractère tragique de la condition humaine, sommée de l'intérieur d'elle-même d'honorer sa propre dignité, Kant postule, outre la liberté, déjà évoquée plus haut, l'immortalité de l'âme et l'existence de Dieu.

⁴¹ Jean-François Mattéi, 2005, 163-164.

⁴² La Charte de San Francisco (1945) affirme en son Préambule que nous, Peuples des Nations Unies, sommes «Résolus à proclamer à nouveau notre foi dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine, dans l'égalité de droits des hommes et des femmes, ainsi que des nations, grandes et petites».

⁴³ B. Pascal, *Pensées*, Edition Brunschvicg, 434.

L'immortalité de l'âme

Kant postule l'immortalité de l'âme car il perçoit combien est profond l'écart entre, d'une part, la sainteté d'une volonté qui ne se placerait jamais que sous le signe du devoir, d'autre part, la condition humaine traversée de mouvements sensibles, d'instincts naturels et d'intérêts égoïstes; écart tel qu'il semble impossible de réaliser ici-bas en plénitude l'exigence éthique contenue dans l'impératif catégorique. Quel mortel peut dire, en effet, qu'il a toujours considéré autrui comme une fin en soi, ou qu'il a toujours pris comme maxime de ses actions une loi qui pouvait être aussi universelle? Honorer la dignité humaine est une tâche indéfinie. Il faut donc supposer, au plan pratique, une immortalité de la personnalité dont, ici encore, la raison théorique ne peut rien dire puisque l'âme ne tombe pas sous les sens. Par souci de cohérence, donc, la distance jamais franchie entre le devoir humain (catégorique) et la condition humaine (fragile) oblige l'esprit à postuler un progrès infini, et donc l'immortalité de l'âme.

L'existence de Dieu

Après la liberté de l'homme et l'immortalité de l'âme, le troisième postulat porte sur Dieu, car l'expérience montre que le respect du devoir pour lui-même (en quoi consiste la moralité) n'apporte pas nécessairement le bonheur. Déjà le Psalmiste s'en offusquait: alors que l'homme fidèle à la loi est souvent accablé de malheurs, les méchants rient de lui. Cette contradiction-là n'est pas cohérente. Certes, le sujet, pour agir moralement, ne doit céder à aucune tendance intéressée; il ne peut se laisser guider par aucun sentiment, puisque le seul sentiment admis par Kant dans la vie morale est le respect de la loi. Mais il reste vrai que ce sujet aspire à un accomplissement de lui-même, à une plénitude car, en son être personnel, il n'est pas qu'une liberté confrontée au devoir; il est aussi un être de chair et de sang aspirant au bonheur. D'où la nécessité de postuler un Etre qui résoudrait cette tension en récompensant, par le bonheur, la vie du juste. Tel est le *Souverain bien*, qui réconcilie le devoir et la félicité, car le Dieu ici postulé serait à la fois le dernier garant de la loi morale *en même temps* que l'auteur de la nature et des harmonies du monde où l'homme trouverait son bonheur.

Comment comprendre ces postulats? Ils montrent en creux le drame de la condition humaine chargée, en quelque sorte, d'un fardeau trop lourd pour elle. L'humanité est une dignité qui pèse comme une charge difficile à honorer. D'où la nécessité d'un au-delà de l'homme pour en rendre compte.

2. La loi naturelle

En regard de cette tension tragique du philosophe des Lumières à propos de la dignité humaine, nous aimerions rappeler l'enseignement de Thomas d'Aquin sur la loi

naturelle. L'évocation de cette vieille tradition en plein milieu du thème de la dignité humaine peut surprendre dans la mesure où cette loi naturelle a été évacuée par la Modernité qui préfère évoquer *les droits* naturels (devenus droits de l'homme) comme autant de potentialités mises au service de la liberté individuelle, plutôt que cet ordre objectif qui fait peser sur ladite liberté le poids de la «nature».

En réalité, la tradition de la loi naturelle pourrait se rapprocher du thème de la dignité par une double voie: d'une part, elle lie le devoir être (le droit) de l'être humain à son être propre (sa nature); d'autre part, elle ouvre à l'être humain l'espace de son propre dépassement.

La superposition d'être et de devoir-être

Selon la logique de la loi naturelle, à mesure que l'homme découvre lui-même qui il est dans la complexité de sa propre humanité, il comprend en même temps qu'il *doit* être cet être humain-là. Or c'est déjà cette superposition d'être et de devoir-être que nous avons perçue chez Kant à propos de la dignité, laquelle s'impose catégoriquement à la conscience de tout être humain à l'égard de tout autre être humain. Mais, selon l'exposé de la loi naturelle, l'obligation ici engagée n'exige pas seulement d'honorer l'humanité en soi; elle prend un tour plus concret en acceptant d'analyser le donné humain dans sa complexité et de fournir du même coup une commune mesure de ce qu'est la dignité humaine, objectivée dans le donné corporel et social.

Dans le détail donné par S. Thomas, il s'agit de: persévérer dans l'existence, comme tous les vivants; s'unir sexuellement, comme tous les êtres animés; vivre en société et chercher la vérité sur Dieu, comme créature douée de raison⁴⁴.

Or ces diverses notes rejoignent la dignité humaine, telle qu'examinée jusqu'ici, en ceci qu'elles invitent l'homme à ne pas trancher par lui-même l'énigme de l'homme, mais à l'assumer, pour la transmettre.

Le dépassement de soi

Reprenons l'ordre de la loi naturelle thomiste: assumer la vie, dans ce qu'elle a d'énigmatique et d'insaisissable car la vie saisit et traverse l'homme bien plus qu'il ne la maîtrise; assumer la condition sexuée à la fois comme rencontre d'une altérité au-delà de soi, et comme source de vie d'enfants qui mènent leurs parents au-delà d'eux-mêmes; vivre sa vie de sujet humain non pas dans un état de nature individualiste plus ou moins bien corrigé par le contrat social, mais comme d'emblée ouvert à autrui dans la cité; enfin, vivre la tension vers l'infini de l'au-delà en cherchant la vérité sur Dieu...Pesante, la loi naturelle? Oui, par certains côtés, au sens où elle saisit la liberté humaine sans lui

⁴⁴ Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, Ia IIae, q. 94, art. 2 «la loi naturelle contient-elle plusieurs préceptes ou bien un seul?».

laisser le choix de son véritable bien, c'est-à-dire le déploiement de sa propre nature, mais ce bien, que la liberté peut d'ailleurs refuser en choisissant le mal, n'est jamais qu'ouverture. Le contraire d'un pesant enfermement.

L'humanité ainsi définie en sa nature et, du même coup, dans sa loi (naturelle), est certes très humble: la vie, le corps, l'engendrement, la société, la recherche... Mais n'est-ce pas là que se cache la dignité humaine ? Accepter la vie telle qu'elle est donnée; accepter les corps dans leur différence sexuelle; accepter le lien à autrui; accepter la recherche de la vérité sur Dieu, voilà une condition qui s'écarte sans doute de la toute-puissance du moi qui voudrait définir par lui-même sa propre humanité. Mais dans la quête d'au-delà que manifestent ces modestes réalités, l'être humain n'est-il pas tout simplement humain, et digne de l'être ?⁴⁵ Puisque l'homme, en sa nature, est toujours au-delà de lui-même, sa dignité ne consisterait-elle pas à garder vive cette tension en lui ? Or voici que, après le droit et la philosophie, la théologie pourrait confirmer cette approche de l'insaisissable dignité.

II. En théologie

Or le moins que l'on puisse dire est que la question de Dieu n'entre pas de plain-pied dans le champ public. Faut-il pour autant que, dans la Modernité laïque, le croyant rabatte sa foi sur le champ de la vie privée ? Un tel choix méconnaîtrait sans doute la justesse des rapports entre la foi et la raison. En tout cas, aux yeux du croyant, à cause de l'Image du Créateur imprimée dans l'être de sa créature raisonnable, la question de la dignité fait l'objet d'un combat spirituel.

G. La question de Dieu

1. L'objection laïque

C'est un fait, le discours qui invoque la dignité humaine, en particulier dans les matières «bioéthiques», provient souvent des religions. Or, puisque ce discours s'appuie, dit-on, sur la foi au-delà de la raison, la laïcité récuse très souvent l'intrusion dans le champ public, de ce concept issu d'une croyance privée. La dignité, en effet, cet inoffensif cheval de Troie philosophique, cache dans ses flancs de redoutables ennemis théologiques qui constituent autant de menaces pour les libertés. Dans les mots de Jean-Pierre Baud : «la dignité humaine relève aujourd'hui de la plus dangereuse des bigoteries et de l'anathème liberticide le plus efficace»⁴⁶.

⁴⁵ A propos de la condition corporelle de l'être humain sur laquelle insiste la loi naturelle, on pourra relever ici un lien entre la dignité et la pudeur. La pudeur protège la transcendance de l'esprit dans la fragilité de la chair (v. là-dessus les analyses de Max Scheler, 1952). Alors que le regard d'autrui peut chercher dans les corps une expression que la personne elle-même ne voudrait pas donner, la pudeur entend la protéger de cette menace. N'est-ce pas ce que fait aussi l'invocation de la dignité?

⁴⁶ Jean-Pierre Baud, 2001, 308.

2. La théologie naturelle

Or, un tel discours laïc ne s'appuie-t-il pas sur une dichotomie qui séparerait, d'un côté, la raison, capable seulement d'affirmations communes sur le monde sensible, perceptible par tous les humains, de l'autre côté, la foi qui, en dehors de toute raison, se mettrait à croire des choses incroyables? Il conviendrait, en tout cas, de ne pas se laisser enfermer dans une telle division. Car il existe, entre l'agnosticisme laïc et la confession proprement religieuse, une affirmation rationnellement plausible de l'existence de Dieu, par réflexion sur l'existence humaine elle-même, en particulier sur la dignité dont tout homme est titulaire. Ainsi, selon la tradition catholique, elle-même appuyée sur l'Écriture sainte, la reconnaissance d'une transcendance divine est accessible à la raison humaine⁴⁷.

Il existe, au cœur même de la raison humaine, l'exigence interne d'affirmer un au-delà de la raison humaine. D'où l'intérêt d'approfondir la réflexion des philosophes sur le mystère de Dieu. Thomas d'Aquin, le théologien, voit dans la Création la raison dernière de la loi naturelle, dont il reprend le concept au philosophe Aristote. Kant le rationaliste, agnostique à l'égard des réalités métaphysiques, évoquait le postulat de Dieu comme condition de possibilité de l'agir moral. Il n'est donc pas exact que la reconnaissance d'une transcendance supérieure à l'homme ne relèverait que du registre de la foi.

En outre, c'est non seulement une possibilité, mais encore un devoir de l'homme de chercher la vérité dernière de son être, jusques et y compris dans le domaine de la foi. Certes, la reconnaissance de la vérité religieuse doit nécessairement rester un acte libre, mais elle n'est pas facultative pour autant. En d'autres termes, l'adhésion à la foi est un acte qui relève de la liberté religieuse, car ainsi l'exige la dignité humaine ; mais aucun humain ne peut se dispenser de chercher cette vérité dernière car cette exigence fait partie, elle aussi, de cette *même* dignité⁴⁸.

H. Une image

Cela dit, la foi chrétienne porte à son comble le caractère insaisissable de la dignité humaine puisque l'être humain y est perçu comme rien de moins que l'Image de Dieu lui-

⁴⁷ Comme l'affirme le *Catéchisme de l'Église catholique* (2003), «Dieu, principe et fin de toutes choses, peut être connu avec certitude par la lumière naturelle de la raison humaine à partir des choses créées » (n° 36). Le texte ajoute logiquement: «Sans cette capacité, l'homme ne pourrait accueillir la révélation de Dieu»; il précise l'explication: «L'homme a cette capacité parce qu'il est créé 'à l'image de Dieu' » (n° 36).

⁴⁸ La Déclaration du Concile Vatican II sur la liberté religieuse porte un intitulé significatif: *Dignitatis Humanae*, car c'est la même dignité humaine qui fonde à la fois le devoir et la liberté: «le droit à la liberté religieuse a son fondement réel dans la dignité même de la personne humaine telle que l'ont fait connaître la Parole de Dieu et la raison elle-même» (n° 2); mais aussi: «En vertu de leur dignité, tous les hommes, parce qu'ils sont des personnes, c'est-à-dire doués de raison et de volonté libre, et, par suite, pourvus d'une responsabilité personnelle, sont pressés, par leur nature même, et tenus, par obligation morale, à chercher la vérité, celle tout d'abord qui concerne la religion» (*ibid.*).

même. Selon la doctrine sociale de l'Église, en effet, «L'Église voit dans l'homme, dans chaque homme, l'image vivante de Dieu lui-même; image qui trouve et est appelée à retrouver toujours plus profondément sa pleine explication dans le mystère du Christ, Image parfaite de Dieu, Révélateur de Dieu à l'homme et de l'homme à lui-même»⁴⁹. Cette contemplation du mystère de l'homme suscite la mission de l'Église: «C'est à cet homme, qui a reçu de Dieu une *dignité* incomparable et inaliénable, que l'Église s'adresse et rend le service le plus élevé et le plus singulier, en le rappelant constamment à sa très haute vocation, afin qu'il en soit toujours plus conscient et *digne*»⁵⁰.

La compréhension théologique de la dignité de l'homme comme image de Dieu renforce ainsi le caractère insaisissable de la dignité, déjà perçu comme tel en droit et en philosophie. Si l'*axiome* ne peut être démontré et si l'*énigme* ne peut être levée, c'est à cause de l'*image*. Puisque l'être humain est créé à l'image et ressemblance de son Créateur, il ne peut espérer faire le tour de son humanité, pas plus que de son Créateur. C'est la transcendance insaisissable de Dieu par rapport à l'homme qui rend compte de la transcendance insaisissable de l'homme par rapport à lui-même. Toute la hauteur de Dieu s'est abaissée dans cette Image de lui-même qu'est la créature humaine, de telle sorte que cette créature ne peut comprendre sa propre humanité que comme une hauteur qui la défie

I. Le combat spirituel

La dignité humaine est la valeur la plus fondamentale en même temps que la plus fragile qui soit. Nous l'avons dit: elle ne se laisse pas saisir par les sciences car elle ne s'atteste qu'en y croyant; en outre, le respect de cette dignité humaine fait partie de cette dignité elle-même.

Mais comment repousser la tentation actuelle du sujet qui voudrait rabattre cette dignité sur rien d'autre que sa propre liberté, censée définir la supériorité de l'homme sur l'animal? Comment lui faire percevoir que sa dignité ne se limite pas au choix de l'image qu'il s'en donne, mais qu'elle le saisit, au contraire, à une profondeur sur laquelle il n'a pas de prise?

Si la dignité humaine est insaisissable, c'est parce que c'est elle qui saisit l'être humain dans son corps, dans son histoire. Elle est indémontrable comme un axiome, indéchiffrable comme une énigme, parce qu'elle est insaisissable comme Dieu dont elle est l'image. Pour amener l'homme à cette profondeur, la réflexion philosophique est un devoir, mais suffira-t-elle? En réalité, le combat est spirituel, à la fois dans la réflexion et dans l'action.

⁴⁹ Conseil pontifical *Justice et Paix*, *Compendium de la doctrine sociale de l'Église*, 2005, n°105.

⁵⁰ *Compendium*, *ibid.* (nous soulignons). On remarquera dans cette citation l'alliance d'être et de devoir-être en cette notion de dignité humaine puisque celle-ci est à la fois un don reçu (*incomparable et inaliénable*) et une vocation (*très haute*) dont l'homme doit se montrer digne.

1. Dans la réflexion: ouvrir la raison publique

Pour faire progresser la réflexion sur le concept si délicat de *dignité humaine*, peut-être faut-il abaisser quelque peu les murs qui séparent la philosophie de la théologie, sans rien perdre toutefois de leur spécificité méthodologique. En tout cas, des auteurs tels que Jean-Marc Ferry et Jürgen Habermas invitent les religions à ouvrir leurs archives de sens collectées au cours de leur histoire, pour y montrer la trace de ce qu'a pu penser notre propre humanité (croyante) au long de plusieurs siècles⁵¹. Car la raison publique, appuyée seulement sur le double pilier de la liberté et de l'égalité, est trop courte pour rendre compte de la dignité humaine, comme on le voit dans des pratiques telles que l'euthanasie, le marché d'organes ou la gestation pour autrui, ou encore dans les négligences et les indifférences qui perpétuent la pauvreté et la misère en notre monde.

Pour garder sa propre transcendance sur le monde qui l'entoure, c'est-à-dire sa propre dignité, l'être humain a tout intérêt à écouter le discours de la religion qui le met en face de l'insaisissable transcendance divine, car celle-ci retentira nécessairement sur celle-là. Ecouter ce discours ou, au moins, ne pas le rejeter.

Tout se passe en effet comme si l'être humain ne pouvait plus se définir ni se maintenir en vie, dans l'actualité historique, d'une manière 'neutre' sur le seul horizon de son humanité. Car le dynamisme de la Création est si constitutif de son être (d'Image et ressemblance) que le rejet de cette Origine le conduit d'une façon ou d'une autre à l'indignité et à la mort. C'est que le mystère de la Création comporte sa face tragique: lorsque la dignité humaine n'est plus reçue de plus loin que d'elle-même, elle ne parvient même plus à se maintenir à son propre niveau, tombant alors dans le comportement indigne.

Il ne faut donc pas s'étonner si une institution telle que l'Eglise est, soit interpellée par les philosophes pour qu'elle veuille bien enrichir la raison publique soit, au contraire, dénigrée pour ses appels à la dignité. L'Eglise n'a-t-elle pas souvent joué, en effet, un rôle à la fois de prophète pour rappeler les exigences de la dignité humaine, et de cible pour recevoir les critiques de ceux et celles qui ne veulent pas entendre ce discours-là ? En réalité, l'Eglise, Corps social et historique, communauté de chair et de sang, est intimement liée à la dignité humaine. Puisque l'humanité de l'homme n'est pas d'abord affaire d'image que les humains se donneraient d'eux-mêmes dans l'abstraction de leur liberté et de leur égalité, mais affaire, tout ensemble, de vie et de sexe, de chair et de sang, de communauté et d'esprit, en lesquels ils sont tous appelés à reconnaître leur propre dignité, n'est-il pas *convenable* que l'Eglise, Corps du Christ traversé par l'Esprit, témoigne de cette vérité dernière de l'homme «*dans le mystère du Christ, Image parfaite de Dieu, Révélateur de Dieu à l'homme et de l'homme à lui-même*»⁵²?

⁵¹ Cf. J.-M. Ferry, 2013; J. Habermas, 2008.

⁵² Conseil pontifical *Justice et Paix*, *Compendium de la doctrine sociale de l'Eglise*, 2005, n°105.

2. Dans l'action: soutenir la dignité

Dans la mesure où la dignité humaine suppose déjà le respect de cette même dignité humaine, le cercle de l'être et du devoir-être peut s'avérer vicieux ou vertueux. La personne qui n'est pas disposée à respecter cette dignité donnera à ce concept une définition très subjective, laquelle permettra à son tour un irrespect supplémentaire, comme on le voit par exemple dans le traitement des embryons humains, considérés désormais comme «matériau biologique humain». A l'inverse, la perception d'une humanité reconnue d'emblée commune à tous les humains engendrera une éthique qui, elle-même, affinera le regard de tous sur la dignité de chacun.

C'est le regard que nous portons les uns sur les autres qui permettra aussi bien au grand malade de continuer à croire en sa propre dignité, malgré les déchéances de son organisme, qu'au couple stérile de s'abstenir de toute pratique biomédicale qui réduirait la vie humaine commençante à l'état de chose, ou encore à nos sociétés d'abondance d'œuvrer plus résolument à l'éradication de la misère, tant en leur propre sein que dans les pays de la faim.

Alors qu'une tentation largement répandue aujourd'hui cherche à replier la dignité sur la liberté de chaque sujet, le combat spirituel actuel s'oriente dans la double direction indiquée plus haut: la dignité interdit à la liberté de porter atteinte à l'humanité des êtres, dans leur vie comme dans leurs corps; elle lui enjoint d'agir pour que tout être humain trouve les conditions de vie conformes à sa dignité. Or, puisque cette dignité nous saisit tous tant que nous sommes, dans la condition charnelle, et sociale qui est la nôtre, pouvons-nous faire autrement que de mener ce combat ensemble?

BIBLIOGRAPHIE

BAUD Jean-Pierre, 2013, *Le Droit de vie et de mort, Archéologie de la bioéthique*. Alto, Aubier, 2001, p. 308, cité par M. Fabre-Magnan, «Le statut juridique du principe de dignité», *Droits*, n° 58.

CONSEIL PONTIFICAL JUSTICE ET PAIX, 2005, *Compendium de la doctrine sociale de l'Eglise*, n°105, disponible sur http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/justpeace/documents/rc_pc_justicepeace_doc_20060526_compendio-dott-soc_fr.html

EDELMAN Bernard, 1997, «La dignité de la personne humaine, un concept nouveau». In *Recueil Dalloz*, chr.

FABRE-MAGNAN Muriel, 2007, «La dignité en droit, un axiome», paru (entre autres) dans la *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*.

FABRE-MAGNAN Muriel, 2013, «Le statut juridique du principe de dignité». In *Droits*, n° 58.

FERRY Jean-Marc, 2013, *Les Lumières de la religion*, entretien avec Elodie Maurot. Bayard, Montrouge.

FIAT Eric, 2013, «Dignité et vulnérabilité». In D. Folscheid, Br. De Malherbe *et al.*, *Handicap, handicaps? Vie normale, vie parfaite, vie handicapée*. Collège des Bernardins, Lethielleux, Paris.

GUASTADINI Christian, 2010, *Droit pénal et droits de l'homme: la dignité en prison, genèse et avènement*. Paris, Buenos books international, (www.buenosbooks.fr).

HABERMAS Jürgen, 2008, *Entre naturalisme et religion; les défis de la démocratie*, traduit de l'allemand par Christian Bouchindhomme et Alexandre Dupeyrix. Gallimard, Paris.

HACHEZ Isabelle, 2005, «Les obligations correspondantes, dans l'article 23 de la Constitution». In H. Dumont, Fr. Ost, S. Van Drooghenbroeck *et al.*, *La responsabilité, face cachée des Droits de l'homme*. Bruylant, Bruxelles.

HOTTOIS Gilbert, 2000, «A Philosophical and Critical Analysis of the European Convention of Bioethics». In *Journal of Medicine and Philosophy*, vol. 25, n° 2.

KANT Emmanuel, 1985, *Critique de la raison pratique*, Première partie, livre premier, *Analytique*, chap. I, § 7, *Œuvres philosophiques*.

KANT Emmanuel, 1996, *Métaphysique des mœurs, Doctrine de la vertu*, chap. 38, 2^{ème} partie. Paris, Vrin.

LAROCHELLE Gilbert, 2005, « La dignité du mourir : un défi pour le droit ». In Th. De Koninck et G. Larochelle, *La dignité humaine. Philosophie, droit politique, économie, médecine*. PUF, Paris.

LÉONARD André, 1991, *Le fondement de la morale, Essai d'éthique philosophique générale*. Cerf, Paris.

MATTÉI Jean-François, 2005, «La barbarie et le principe d'Antigone». In Th. De Koninck et G. Larochelle, *La dignité humaine. Philosophie, droit politique, économie, médecine*. PUF, Paris.

RÜTSCHÉ Bernhard, 2010, «The role of human dignity in the swiss legal system. Arguing for a dualistic notion of human dignity». In *Journal international de bioéthique*.

SCHELER Max, 1913, *La pudeur*. Aubier Montaigne, Coll. Philosophie de l'esprit, trad. M. Dupuy, Paris.

SCHOTSMANS Paul, 2012, «Ma dignité ou la dignité de la personne humaine?». In M.-G. Pinsart et P. Schotsmans, *Les quinze ans du Comité consultatif de Bioéthique*. Racine, Bruxelles.

SEVE Lucien, 1994, *Pour une critique de la raison bioéthique*. Odile Jacob, Paris.

TRIGEAUD Jean-Marc, 2007, «Le politique et le droit entre amitié et amour. Une redéfinition de la personne». In *Persona y Derecho*, 57.

PROFILI DI ERMENEUTICA DELLA TEMPORALITÀ GIURIDICA NELLA RIFLESSIONE DI SERGIO COTTA

LUIGI DI SANTO*

Abstract: building a comparison between right and temporality, requires to put time against right but right into the time as well as two features involving the philosophical and legal meditation. In the notional pathway of Sergio Cotta, as known, the mentioned judgement has always been the prime purpose. In his writings about the relationship between time and right, he wonders about consciousness temporality, cause the right involves the human, involves his own self-comprehension. Because of that, the knowledge of both the right and the living human, they enclose each other and due to their inclusion they lead to the core meaning of right.

Keywords: Time – right – existence – person – hermeneutics

1. Premessa

Diritto e tempo si ritrovano nell'essere dell'uomo, ontologicamente temporale, dato che il diritto non avrebbe alcun senso fuori dal con-esserci umano. È ben presente la consapevolezza del diritto come fare dell'uomo, in un rapporto di reversione dove il giuridico è coesistente nello sviluppo dell'umanità e del suo iscriversi nella storia. «Questo è – afferma Cotta – prima che creazione, apprendimento di ciò che siamo, della complessa trama di influenze che riceviamo e di cui dobbiamo diventare consapevoli se vogliamo controllarle. Dal codice genetico alle idee, passando per le abitudini, le tradizioni, la cultura, l'io fin dall'inizio è veramente carico di storia, di già fatto, anche se di un già fatto che si apre al da fare e lo esige»¹. La riflessione intorno al giuridico mira a coglierne l'essenza in direzione della relazione coesistente, dove si esprime il «concreto» manifestarsi dell'attività umana, per la quale il diritto si struttura. «Per cogliere l'essenza del fenomeno giuridico, secondo Cotta, la filosofia deve muovere dalla

* Luigi Di Santo, Professore associato di Filosofia del diritto IUS/20, Università degli Studi di Cassino. Email: disanto.luigi100@tiscali.it

¹ S. Cotta, 1974, 91.

descrizione dei modi in cui l'ente si manifesta, cercando di chiarificarne prima la forma esterna, poi la struttura interna, per giungere a interrogarne il senso profondo»². In tal modo, l'uomo è «nel diritto», perché il richiamo alla propria esistenza implica la profondità del suo essere persona, nella costante ricerca della verità, attesa e liberata dal giusto. «Va rimarcato come Cotta sferrò il suo attacco al positivismo giuridico statualistico, contestando non tanto l'insensibilità di tale metodo alle ragioni eterne del giusto, bensì alla sua inadeguatezza al concreto svolgersi dell'esperienza giuridica e la sua impraticabilità in una società pluralistica e dinamica [...]. La razionalità del diritto, in questo senso, non è risolta nell'astratta ed univoca ragione del legislatore settecentesco, ma è una razionalità plurale e già sempre in atto, esercitata da soggetti interpretanti tenuti a giustificare asserzioni e decisioni al cospetto della comunità interpretativa»³. La dimensione creativa del diritto come attività umana apre alla possibilità nella ricerca del senso, in chiave temporale. La domanda sul diritto e la domanda sull'uomo si alimentano reciprocamente; nessuna delle due è senza l'altra. Il diritto implica l'uomo e l'uomo implica il diritto. Questo è il punto. Quando la coscienza identitaria si disperde nel flusso della temporalità senza alcuna «puntualizzazione», ecco che il diritto non trova più una modulazione di relazione con l'esistente. Quando il diritto non esprime la capacità mediativa di interporre i soggetti, ecco che la coscienza si priva della propria tensione al giuridico non disponendo di sé, disperdendo la pulsione creativa nella dimensione della afasia sociale. Non c'è più l'uomo ma il nulla.

2. Il Diritto nei suoi profili esistenziali

Sergio Cotta pone il diritto nel contesto dell'esistenza ricercandone fondamento e significato. Il diritto, «in primo luogo, contrasta con il patologico chiudersi della coscienza dell'io nell'isolamento, che ne inaridisce la memoria o lo blocca nella regressiva riproduzione speculare dell'immagine di sé. In secondo luogo, il diritto conferma la coscienza nella consapevolezza della sua coesistenzialità, superando l'occasionalità degli incontri. In terzo luogo, rende sicuro nella temporalità l'io (il suo volere e il suo agire) ma entro quello che è il vero e reale orizzonte della sua esistenza: la coesistenza»⁴. L'esperienza giuridica pone dunque una relazione esistenziale tra i soggetti, per cui è necessario «mettere in relazione il diritto con l'essere-uomo, ossia con l'essere di un ente che è ontologicamente temporale ed è cosciente di questa sua intrascendibile temporalità, segnata dalla propria nascita e morte. Ora, questa relazione è l'oggetto proprio della filosofia del diritto, per la quale il nesso diritto-tempo è non già un *dato*

² A. Punzi, 2007, 176. Cfr., inoltre, A. Punzi, 2007, 353-381.

³ Ivi, 177.

⁴ S. Cotta, 1991, 275.

bensi, appunto, un *problema*»⁵. Nelle parole di Cotta, risulta in maniera evidente che, al livello della scienza giuridica e della teoria generale, il nesso diritto-tempo si esaurisce nella mera prassi della regolazione del rapporto normativamente stabilito fra il tempo nella sua «misurazione» usuale e gli atti e fatti giuridici nella misura in cui la regola giuridica non è una regola qualsiasi in quanto si caratterizza nella sua coesistenzialità, dato che mette in relazione di regolarità sincronica e diacronica l'individuo che agisce con il suo simile. Nell'analisi del nesso per la soluzione del *problema* – sostiene Cotta – è possibile dar luogo, ad un primo livello d'interpretazione della realtà, a prospettive alternative: il tempo domina il diritto; il diritto domina il tempo. Nel primo caso vi è una prevalenza del tempo sul diritto al di là della volontà umana e del suo agire; nel secondo caso si connota una prevalenza della situazione giuridica in quanto essa rimane inalterata rispetto al tempo, sottraendosi alla sua azione. Ma, sottolinea ancora Cotta, che ad un livello di osservazione più profondo, «l'opposizione» perde la sua alternatività e si presenta quale *relazione di circolarità dialettica* [per cui] i processi di opposizione, di cui sopra, non si sopprimono a vicenda ma si inseguono e susseguono in una sorta di «eterno ritorno dell'uguale». Infatti, il dominio del diritto sul tempo mediante la normazione e l'istituzionalizzazione viene superato dal tempo che consuma progressivamente e fa sparire le norme e le istituzioni. Ma non appena *quella* norma o istituzione è scomparsa sotto l'azione del tempo, un'altra ne sorge a contrastare e vincolare il dominio del tempo, e così di seguito»⁶. La relazione esistenziale, e non solo quella tra diritto e tempo, acquista il suo pieno senso, solo se ha continuità diacronica e si caratterizza in tal senso come *durata*. «In questa prospettiva, il tempo non appare più soltanto come ciò che, essendo diviso in infiniti attimi fugaci, passa e quindi distrugge il diritto e ogni relazione; bensì anche come ciò che permane, durata, e per ciò fa essere il diritto»⁷. Ciò che dura e che «fa essere» il diritto è, secondo Cotta, l'«intenzionalità» dell'uomo. «Infatti, proprio l'intenzionalità, durando, connette insieme quegli atti nei quali, stando al *loro* tempo, appare scomponibile empiricamente il diritto»⁸. Dalla intenzionalità «duratura» riceve senso il diritto. Cotta chiama in causa Agostino e la sua compresenza dei tempi⁹ per

⁵ S. Cotta, 1981, 1, 120.

⁶ Ivi, 121.

⁷ Ivi, 123.

⁸ *Ibidem*.

⁹ Cfr. Agostino, 1977, 309-335. Nella riflessione di Paul Ricouer che investe la concezione temporale di Agostino sul versante della coscienza del tempo, sulla necessità della memoria nel segno di una «visione autentica del tempo» che dia il senso della continuità all'uomo, non appare comunque possibile ritenere superata l'eredità della fisica aristotelica. Infatti distinguere le forme temporali di passato, presente e futuro dal rapporto col movimento, nel tentativo di spostare sul terreno del presente agostiniano la questione della coscienza del tempo, non porterebbe alla risoluzione della «disputa» tra tempo psicologico e tempo cosmologico. Ricouer ritiene dunque che «non è possibile affrontare il problema del tempo muovendo da uno solo dei due estremi, l'anima e il movimento. La sola distensione dell'anima non può produrre l'estensione del tempo; il solo dinamismo del movimento non può produrre la dialettica del triplice presente». Cfr. P. Ricouer, 1999, 34-35. Al contrario Masullo, ritiene che «già Agostino aveva esplicitato a fondo l'aristotelica idea della soggettività del tempo come operazione mentale. Il tempo per Agostino non solo «non è il moto del corpo», ed è invece misurazione, opera dell'anima, ma consiste nel misurare «non le

sottolineare quella sorta di sospensione dello scorrere del tempo che permette alla coscienza di comprendere passato, presente e futuro. «Applicando il ragionamento al diritto, si avrà che nel presente dell'applicazione della norma, si fanno presenti la memoria della sua passata statuizione e l'aspettativa dei suoi effetti»¹⁰. Ancora egli va oltre la distinzione tra tempo matematico e tempo coscienziale, raccolto nella *durata* e ritiene che il primo presupponga il secondo e rinvia ad esso dato che sono descrivibili come due strati intercomunicanti della percezione coscienziale del tempo, di cui il primo «poggia» sullo «strato profondo» della durata. «Il tempo misurato non è inautentico di per sé, bensì quando, scisso dalla durata, venga assolutizzato, ossia ritenuto l'unica modalità coscienziale del tempo. In tal caso, poiché la misurazione è scomponibile all'infinito (matematico), non si avrebbe coscienza di nulla»¹¹. Il diritto si esprime attraverso questo duplice strato inscindibile della coscienza del tempo per la 'misurazione' dei fatti giuridici in relazione alla durata coscienziale che prevede la 'successione' senza separazione delle modalità giuridiche. «Il diritto perde il suo senso se privo di questa temporalità coscienziale, che si rivela il primo fondamentale incontro per esplicazione del mio proprio orizzonte essenziale di essere, [...] nel mio essere sotto forma di infinità aperta»¹². Per comprendersi come «durata», l'«io» deve «vivere» come «io identico» nel «flusso del vissuto», nel *fluss* dell'orizzonte husserliano¹³; la «comprensione» di sé è data, sostiene Cotta, dalla «memoria», in quanto essa «mi offre la prima esperienza coscienziale (cioè non irriflessa) della sussistenza dell'io nel tempo, della durata dell'io. Essa rivela ciò che di più di intimo a sé abbia l'io»¹⁴. Una «memoria» non discontinua, ma che si sostiene e si sviluppa in virtù delle «stimolazioni» dall'esterno, che non corra il pericolo di «perdersi» nell'alienazione della «non-presenza» poiché ciò comprometterebbe anche il senso della «durata» divenuta anch'essa discontinua con la conseguenza, per le «dimensioni» del presente e del futuro, della dispersione nell'incertezza del «fluire», nell'oblio. La *memoria ferita*, per dirla con Ricoeur, l'oblio profondo che tocca la memoria in quanto «iscrizione», «ritenzione», «conservazione dei ricordi»¹⁵. Ciò che vi è di più «intimo» è proprio all'«io», la coscienza di sé nella memoria, è acquisito tramite l'«alterità» in quanto «l'incontro con l'altro-da-sé suscita la memoria di

cose che sono passate in modo da produrre un'impressione dell'anima», bensì la stessa «impressione, che le cose producono, e che rimane quando esse sono passate». Attraverso il tempo insomma l'anima misura il cambiamento non delle cose, ma di se stessa, nell'avvicinarsi delle sue affezioni ad opera delle cose». Cfr. A. Masullo, 1995, 23.

¹⁰ S. Cotta, 1981, 124.

¹¹ Ivi, pp. 124-125.

¹² E. Husserl, 1994, 123-124.

¹³ Ivi.

¹⁴ S. Cotta, 1981, 125-126.

¹⁵ Scrive a tal proposito Ricoeur, «Aristotele nella *Fisica* evoca il potere devastatore del tempo stesso. L'oblio è così ricondotto a una universale messa in rovina, per mezzo della quale la sparizione l'avrebbe vinta in ultimo sull'apparizione, la distruzione sulla produzione. Ma è già scordare ciò che nasce e cresce, senza che nessuno possa valutare, in un bilancio esaustivo del ricordo il peso di ciò che spetta all'essere e di ciò che gli è sottratto». Cfr. P. Ricoeur, 1998, 229.

sé, perché rende presente quella relazione coesistenziale che – pur di continuo obliata nel disperdersi nel quotidiano o nell'incentrarsi nella propria soggettività empirica – è tuttavia il fondamento della vita»¹⁶. In questo contesto, il diritto nel suo essere «regola» ha in sé i tre modi della temporalità «avvertiti» immediatamente dalla coscienza: «la regola è stata posta, è vigente ora e riguarda il sarà dell'azione di per sé sempre protesa in avanti. Nel suo stesso concetto, come nel suo reale esplicitarsi, la regola implica durata»¹⁷. Essa, implicando una durata, rende «durevolmente» consapevole l'«io» della sua relazione con l'altro. Il diritto, rileva Cotta, rende «pubblico» il tempo ma non in senso heideggeriano in quanto tale 'condizione' va intesa nel senso della preservazione temporale dell'autenticità dell'«io» come coesistente. L'interazione del vissuto dell'«io» nell'alterità è realizzato sul terreno comune delle interferenze intersoggettive nella continua interpretazione della norma. «L'idea del tempo come ciò-che-passa non soddisfa dunque neppure quelli che credono che l'uomo è colui-che-passa, perché si trova contro, l'ostacolo della più profonda esperienza dell'io: la memoria, la ripugnanza verso la morte, l'impossibilità che l'istante si esaurisca in sé. [...] Il giuridico rappresenta nella storia, il metallo resistente con il quale è forgiato ciò che dura. [...] È la struttura che dura, sono le sue forme che cambiano»¹⁸. Il diritto dunque non si oppone alla coscienza ma anzi nasce da una profonda esigenza di questa: «dall'inglobante ordine cosmico (segnato dalla *lex aeterna*), all'ordine antropologico della *rationalis* creatura (segnato dalla *lex naturalis*), fino all'ordine positivo-sociale (segnato dalla *lex humana*), l'uomo è inserito in un sistema ordinato che è la condizione stessa della vita»¹⁹. Nel percorso che parte da Agostino, con la compresenza dei tempi, sino alla «durata umanizzante» di Bergson, che vede nel tempo la qualità stessa del reale come autocreazione continua e come processo indefinitamente aperto, fino al «fluss» husserliano²⁰, si trovano le radici del sistema relazionale diritto-tempo, che Sergio Cotta inserisce nella riflessione, ancora ai nostri giorni viva, all'interno di quella filosofia giuridica, che non ritiene che il tempo, sottratto all'uomo come coscienza, pur «osservabile» con oggettiva chiarezza, in un operoso proposito di comprensione scientifica, ne segna ancor più il distacco dal «vissuto» formulando un incolmabile vuoto.

¹⁶ S. Cotta, 1981, 127. Scrive Bodei a tal proposito, «In realtà anche per Bergson (come per Freud) niente si perde, ma non tutto emerge alla memoria, perché essa ha il compito di selezionare e di far venire alla coscienza solo quel che serve per l'azione e per il futuro». Cfr. R. Bodei, 2006, 64- 78.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ S. Cotta, 1975, 2-3, 188-189.

¹⁹ S. Cotta, 1993, 27.

²⁰ Cfr. G. Brand, 1960. In particolare 145-189, dove «dopo aver rilevato la continua temporalizzazione dell'io nella riflessione, occorre descrivere più da vicino questo fluente dilagare dell'io, e penetrare nella struttura del flusso scoperto nella riflessione. Husserl chiama questo dilagare presente fluente- vivente».

3. La temporalità del diritto nella filosofia giuridica italiana. A 35 anni dalla tavola rotonda

La ricostruzione che qui si propone, sintetica e certamente incompleta, del pensiero di Sergio Cotta sulla relazione tra diritto e tempo, è stata operata in massima parte attraverso il saggio *Diritto e tempo. Linee di una interpretazione fenomenologica*, del 1981, pubblicato a margine di una tavola rotonda che aveva come argomento «Diritto e tempo», in seno al Congresso nazionale della Società italiana di filosofia giuridica e politica. Il testo, pubblicato negli atti e sulla Rivista internazionale di Filosofia del diritto, si confronta con le tesi degli altri partecipanti al tavolo di discussione, ossia Enrico Opocher e Luigi Bagolini. L'evento ricordato assume una importanza notevole per la filosofia giuridica italiana, in quanto riapre il dibattito sulla tematica, a partire dagli studi di Gerhart Husserl che negli anni '50 del secolo scorso ha avuto il merito, tra gli altri, di dar vita a un fecondo confronto sulla relazione tra tempo e diritto. *Recht und Zeit* di G. Husserl è «l'ampio saggio, al quale ancora oggi tutti coloro che si occupano dei rapporti tra diritto e tempo debbono necessariamente riferirsi»²¹, nel panorama italiano. Come scrive Giuliana Stella, «l'importanza della teorizzazione giusfilosofica di G. Husserl, la cui produzione è quella di più lungo respiro tra i giuristi fenomenologi, è primaria. G. Husserl si cimenta con l'essenza stessa del diritto e tenta, mediante l'essere temporale [*Zetsein*] di esso, una individuazione di molta parte del giuridico»²². I dispositivi di pensiero da ricostruire sono ben diversi tra loro ma tutti si pongono il problema della relazione tra l'«essere umano» nel tempo e del suo rapporto con la sfera giuridica nel segno di una umanizzazione del diritto. Infatti gli autori che hanno partecipato a quel dibattito, ai quali faremo riferimento, guardano alla relazione tra tempo e diritto a partire da una tensione coscienziale, seppure specificata con moduli diversi, ma ben lontana da una determinazione «cronica» o «misurata», pur tenendo conto della necessità di considerare una partizione del tempo interno del diritto in direzione di quella che può essere definita una teoria generale del diritto, funzionale, che esprime una tecnica della normazione, sorda agli appelli dell'umanità dell'esperienza giuridica, fonte della relazione discorsiva tra gli uomini.

3.1 Tempo oggettivo e tempo coscienziale nell'ermeneutica giuridica

Le posizioni dei due protagonisti, insieme a Cotta, possono essere così ricordate. Luigi Bagolini nella sua riflessione sul rapporto tra la temporalità con la realtà giuridica, propone una prospettiva che fonda il suo essere sulla distinzione tra un momento «tecnico» che è quello della registrazione del «cosiddetto» decorso del tempo dal punto

²¹ Così scriveva Enrico Opocher nel 1981, nell'apertura della sua relazione *Diritto e tempo* in *Rivista Internazionale di Filosofia del diritto*, 1981, 1, 129.

²² G. Stella, 1990, 155.

di vista giuridico e un momento «teorico» che fa riferimento a un certo uso comune delle parole «passato», «presente», «futuro» per la determinazione di alcuni concetti chiave adoperati dai giuristi. Il decorso del tempo è una circostanza generalmente considerata dal giurista in relazione con altre circostanze ed ha una influenza sulle cosiddette relazioni giuridiche determinata a sua volta dalla necessità della registrazione temporale. Esso va inquadrato come tempo obiettivato, implicato nella varie nozioni «croniche» usate tecnicamente dai giuristi quali «tempo fisso», «tempo mobile», «tempo utile», «tempo continuo». «Queste concettualizzazioni del giurista, che mi sembra siano caratterizzabili [...], in termini di tempo obiettivato, appartengono ad un livello di discorso in cui si esprime per esigenze pratiche e tecniche quella che potrebbe essere detta la localizzazione “cronica” degli eventi con cui il giurista ha a che fare: un processo di localizzazione temporale a cui il giurista non può sottrarsi»²³. Il tempo obiettivato svolge una funzione positiva che consiste nei procedimenti di registrazione cronica degli eventi giuridicamente significativi. Esso può essere definito anche in termini che coinvolgono «passato», «presente» e «futuro» nel senso della successione. Nota Bagolini, «nella successione di passato, presente e futuro è implicata la posizione dell'osservatore. La posizione dell'osservatore è “incidente” nei confronti del tempo obiettivato [...]. Da un lato, non si può dire che il “non essere più presente” o il “non essere ancora presente” coincidano col presente; il dirlo è una contraddizione. Dall'altro lato, non si può neppure dire che il presente sia “schiacciato” fra il passato e il futuro poiché il presente ha uno “spessore” che gli deriva proprio dall'osservatore. Il che è fondamentale per comprendere la temporalità del cosiddetto tempo obiettivato contro ogni surrettizia negazione»²⁴. La componente soggettiva dell'osservatore, la sua capacità di scelta e determinazione assicura un certo «spessore» al presente che fa di esso non solo o non più un mero punto geometrico ma conserva la nozione di tempo obiettivato quale condizione di orientamento e localizzazione cronica anche nell'ambito della conoscenza giuridica. Oltre alla nozione di tempo obiettivato e spazializzato, numerabile e quantitativo, per Bagolini si presenta un altro livello di discorso: il tempo della coscienza. Egli intende per «coscienza» «non soltanto la conoscenza analitica, descrittiva e fattuale, i cui risultati siano riducibili a proposizioni verificabili come vere o come false, bensì anche ogni specie di consapevolezza prescientifica, emozionale, pratica, mitologica, ideologica, ecc., anche la consapevolezza più o meno chiara e distinta che l'individuo abbia di ogni possibilità di azione offertagli dalla situazione e dall'ambiente sociale in cui vive»²⁵. La realtà ambientale, nella quale un individuo vive, acquista senso e valore attraverso la coscienza delle sue possibilità di scelta e azione. «L'individuo, come coscienza ambientale, implica immediatamente la pluralità delle coscienze altrui: ciò implica che ogni “cosciente” manifestazione del vivere umano attraverso una “integrazione” delle forme temporali in

²³ L. Bagolini, 1981, 1, 88.

²⁴ Ivi, p. 99.

²⁵ L. Bagolini, 1975, 102.

quanto il presente implica fenomenologicamente il futuro. La coscienza si esplica così nell'azione attraverso una "interpenetrazione" di passato, presente e futuro [...]. La "interpenetrazione" di passato, presente e futuro si determina nei modi più diversi come esplicazione della mia coscienza attraverso il suo "defluire" mediante le mie azioni»²⁶. È definita, in tal modo, la centralità della coscienza che si esplica e si dispiega attraverso il senso del passato, del presente e del futuro. La prospettiva temporale coscienziale è immanente a ogni comprensione e interpretazione dei fenomeni sociali in termini di «dover essere», superando così quei «limiti» relativi alle «modalità giuridiche» che, come si è visto, si manifestano a livello del tempo obiettivato. Affinché «il tempo coscienziale funzioni come prospettiva di comprensione della realtà sociale bisogna abbandonare la nozione bergsoniana della coscienza come pura interiorità contrapposta alla realtà sociale. [...] Il tempo obiettivato nello spazio è un modo di essere del tempo coscienziale, un modo di essere che si costituisce come condizione di ogni descrizione empirica, come condizione di discorsi concernenti delle situazioni sociali e delle loro relazioni riducibili in termini numerabili»²⁷. Anche per Enrico Opocher, nel proporre la sua ontologia del diritto come valore, la riflessione circa la relazione tra diritto e tempo deve essere inquadrata attraverso la lettura dei due aspetti fondamentali che tale relazione comporta: la prospettiva del tempo che il diritto esprime in direzione di un recupero di una identità coscienziale e la dimensione temporale del diritto. «Nel primo caso si pone evidentemente in questione la prospettiva del diritto come valore e, più particolarmente, la compatibilità, nel valore assiologico del diritto, di "temporalità" e "universalità". Nel secondo, si solleva una questione fondamentale profondamente connessa al contenuto specifico del diritto e cioè la questione dell'uso che il diritto fa del tempo e, insomma, di quello che si potrebbe definire come il "tempo giuridico"»²⁸. Le due questioni sono connesse tra loro, ma sembra che la prima sia fondante per lo schiarimento dell'intera problematica. Si tratta, afferma Opocher, di capire se è possibile attribuire al diritto dignità di valore o se, invece, esso vada considerato come mero strumento di controllo sociale. Innanzitutto va rifiutata quella concezione che sostiene che i valori sono tali solo se si pongono fuori dal tempo, al contrario «i valori valgono per il mondo umano. Sono tali in quanto vi appartengono. [...] Il carattere universale della loro validità non ha, dunque, nulla a che fare con la "atemporalità". Esso implica, piuttosto, la "continuità" attraverso il

²⁶ L. Bagolini, 1981, p.107.

²⁷ L. Bagolini, 1975, p. 112-113. In merito alla distinzione tra durata e temporalità, Bagolini precisa che "mentre passato, presente e futuro (cioè il tempo in senso proprio) sono le categorie universalmente emergenti dalla esplicazione della coscienza, la durata appartiene alla consistenza ontica della coscienza stessa anche a prescindere dal suo dispiegarsi temporale. [...] Il tempo insomma presuppone la durata e non viceversa. Essa non è riducibile né al tempo obiettivato né a quello coscienziale, ma "è la dimensione verticale dell'uomo, una dimensione che, pur esplicandosi coscienzialmente nel tempo è di per sé metatemporale. La persona vivente in questo mondo si determina nella sua durata come coimplicazione di durata e tempo l'una all'altro irriducibile" Cfr. L. Bagolini, 1981, 110-114. Inoltre, per un confronto con le posizioni di Bergson, cfr., L. Bagolini, *Mito, potere e dialogo. Problemi di scienza politica e di filosofia della pratica*, 1973, 103-133.

²⁸ E. Opocher, 1981, 130.

tempo. Il che significa che la validità assiologica del diritto esprime, sotto l'aspetto temporale, la continuità e dunque la inesauribilità della funzione giuridica. [...] il diritto si incarna nella storia e ne sostiene il peso proprio perché è valore»²⁹. Ogni valore, quindi, si «incarna» nella storia di ogni uomo, si confronta con il farsi stesso di ogni esperienza nel senso di una «continuità» temporale. In tal senso, Opocher ritiene che la temporalità che il diritto come valore esprime è molto vicina a quella «durata» nella quale Bergson individua l'autentica essenza del tempo. Il diritto esprime il proprio condizionamento temporale attraverso la 'consuetudine' vista come figura giuridica nella cui essenza si incarna ogni valore, al di là della validità formale che le può essere riconosciuta dai singoli ordinamenti giuridici. Il confronto con il tempo si risolve nel capire cosa significa interpretare le tre dimensioni temporali (passato, presente, futuro) attraverso il diritto come valore. Per quanto riguarda il passato e il futuro, il diritto potrebbe, secondo una prospettiva ideologica, essere connotato come «conservatore» o «rivoluzionario», mentre, sul piano del presente, il diritto come valore si conforma alla positività formale. Questa considerazione introduce la prospettiva del «tempo giuridico» non prima che Opocher puntualizzi sul modo d'essere del diritto nel tempo nell'ambito della sua universalità di valore. «Mentre gli altri valori tendono ad assicurare la continuità temporale, vale a dire la loro universalità (anche se è chiaro che l'universalità dei valori non presenta il solo aspetto temporale) sorreggendo, nell'esperienza, quello slancio creatore che cancella ogni astratto limite temporale, il diritto sembra assicurarla proprio operando entro i limiti temporali»³⁰. Sul versante della «temporalità del diritto», Opocher costata che «termini, prescrizioni, usucapione (e anche, sotto il profilo temporale, finzioni e presunzioni) sono le fondamentali figure logiche che emergono da una simile prospettiva. Il "tempo giuridico" appare perciò come un tempo circoscritto, come un segmento della continuità temporale assolutizzato»³¹. In tal senso, il tempo giuridico in quanto avulso dalla continuità temporale non è identificabile, come vorrebbe la «concezione normativa», con il futuro, né lo è con il passato come vorrebbe una tradizione di pensiero che risale all'«attualismo» gentiliano, nel senso della prospettiva del diritto come volontà, «volontà voluta», e, dunque, già passata. «Norma» e «volontà» rappresentano dunque i due poli antitetici dell'esperienza giuridica in quella contrazione che il tempo subisce nel diritto. Opocher sottolinea che il diritto può essere situato sotto l'aspetto temporale, al passato o al futuro solo da un punto di vista «metagiuridico», in una «visuale esterna» al diritto. Il tempo «subisce» una contrazione nel diritto: il passato e il futuro dell'azione non rappresentano perciò una contraddizione insita nel «tempo giuridico», ma piuttosto i due poli di «inserzione temporale» dell'esperienza giuridica nell'esperienza pratica. «Se consideriamo le specifiche figure temporali del diritto, ci accorgiamo che esse operano proprio nel senso di chiudere l'orizzonte giuridico tanto

²⁹ Ivi, 131.

³⁰ Ivi, 133.

³¹ *Ibidem*.

verso il passato (prescrizione), quanto verso il futuro (termini). [...] Il “tempo giuridico” non è il passato [...], e nemmeno il futuro. Esso è il presente o, meglio, un’assolutizzazione del presente che costituisce quasi una scialba immagine della durata del tempo ma che è tuttavia sufficiente a suggerire ed, anzi, a imporre l’idea della continuità del diritto»³². Da una parte la temporalità del diritto che si risolve in positività formale, dall’altra la validità assiologica del diritto che trova la sua espressione, sotto l’aspetto temporale, nella continuità e nella inesauribilità della funzione giuridica. «Si tratta di considerare che il diritto come valore implica sempre, nella sua qualificazione dei comportamenti, l’accertamento dei fini metagiuridici della volontà dei soggetti o, meglio, il riconoscimento dell’azione per quello che è ed intende essere. [...] Il rispetto della verità costituisce per il diritto, come d’altra parte per la stessa idea della giustizia, un presupposto necessario dal quale l’esperienza giuridica non può prescindere»³³. Portare avanti la riflessione per quanto concerne la definizione del «tempo giuridico», «del diritto come valore e di conseguenza sciogliere in maniera definitiva il nodo tra validità assiologica e validità formale nel rapporto diritto-tempo significherebbe procedere in tal senso dato che il diritto è valore proprio perché appartiene al processo di oggettivazione dell’esistenza, perché la sua funzione “significatrice” sorregge attraverso la storia, la continuità e la coerenza dell’umana libertà»³⁴. Le posizioni di Bagolini e Opocher, pur nelle rispettive differenze dovute ai diversi sistemi filosofici, trovano un terreno comune nell’esigenza di rappresentare una temporalità coscienziale che dia senso al fenomeno giuridico, anche alla stessa dovuta tecnicità, ma che non limitasse a quest’ultima, l’intera dimensione temporale del diritto. L’interpretazione fenomenologica di Sergio Cotta della relazione tra Diritto e Tempo si inserisce nella discussione, in linea con la necessaria distinzione tra tempo «tecnico» della normazione e tempo della coscienza nella declinazione della durata. Egli si interroga sul nucleo di senso del diritto nella esperienza temporale, nel proporre la durata come continuità diacronica, dinanzi alla intenzionalità della coscienza di cui partecipa il giuridico. Ma osservava Romano, nelle riflessioni a margine della tavola rotonda del 1981, che «il diritto, colto nella sua essenza fenomenologica, compare invece nella relazione come ciò che non solo situa il coesistere nell’unità della temporalità, ma in essa lo garantisce e dunque non è solamente un principio unitivo che libera i singoli dalla dispersione nella momentaneità conferendo durata, ma è ciò che garantisce durata. Così letta la diversa qualità temporale che appartiene ai vari principi unitivi del coesistere, si può dire che, fuori dal diritto, la relazione è sempre lasciata alla sola possibilità della ripresa della scelta comune, dunque è strutturalmente esposta al tempo dell’improvviso. Ciò che invece individua l’incidenza specifica delle temporalità del diritto è che esso entra

³² Ivi, 135.

³³ E. Opocher, 1977, 135.

³⁴ E. Opocher, 1983, 284.

nella relazione proprio liberando dall'angoscia della temporalità dell'improvviso»³⁵. Si tratta di incarnare il soggetto nella sua sfera patica, attraverso il giuridico nella misura in cui la dimensione ermeneutica della temporalità è attivata dall'agire della filosofia sul senso.

4. Ermeneutica temporale e dimensione personalista

Il senso dell'ermeneutica temporale di Sergio Cotta si rivela pienamente nella ricerca di ciò che è al di là della contingenza, attraverso il fenomeno giuridico, ovvero la consapevolezza della strutturale relazionalità di un uomo e della sua comunità che trova posto nella storia della coesistenza mondana, in direzione di una fondazione ontologica nella persona umana. In tal senso, «Cotta cerca un modo nuovo di ripensare il diritto naturale fondandolo sulla persona umana, dialogando con grandi pensatori del suo tempo»³⁶. Questa «nuova via», che si propone di andare oltre la tradizione giusnaturalistica, guarda all'uomo che «vive nel mondo» ma si protrae anche «oltre» nel tentativo di «interpretarlo». La persona viene colta nella sua urgenza ontologica e relazionale in virtù di una dimensione fenomenologica che si «regola» attraverso il diritto e il suo proporsi nella temporalità. «Cotta [...] ha presente sempre l'uomo vivente, l'uomo investigante, che cerca una verità globale, all'interno della quale si possa comprendere la specificità della persona»³⁷. La dimensione del diritto «libera» la persona dal suo stato di insicurezza, dato che esso è forma di vita di cui si può cogliere il senso e attraverso cui si lascia avvicinare l'essere proprio dell'uomo³⁸. La persona, in questa direzione, vive nella coesistenza disciplinata dal diritto, nell'incontro con l'altro, sia pur ricercando uno spazio che è quello delle istituzioni dove è necessario costituirsi come uomini e cittadini. Come scrive in *Diritto persona mondo umano*, «la persona è se stessa, e ha integrale coscienza di sé solo quale ente- in- relazione. Tale relazionalità non è il prodotto né della volontà personale né della imposizione d'un ente collettivo ideale o storico-assiologico. È determinazione ontologica e pertanto è condizione intranscendibile dell'esistenza umana»³⁹. Ritorna nel suo assoluto valore, la questione della temporalità. Per la persona, per ciò che significa nella coesistenza profonda, il tempo non potrà mai limitarsi alla delineazione cronologica, ma esprime l'incontro tra il mondo del vissuto e l'esteriorità come costituzione del mondo. Non ci si limita ad avere un ruolo ma si «è parte» nel duplice senso di essere il tutto e di – ciò nonostante – essere un auto consistente *essere*

³⁵ Intervento di B. Romano raccolto in *La responsabilità politica. Diritto e tempo*. Atti del XIII Congresso nazionale della Società italiana di filosofia giuridica e politica (a cura di R. Orecchia), Giuffrè, Milano, 1982, 262. Cfr. inoltre, B. Romano, 1973, 195-211.

³⁶ L. Clavell, 2010, 312.

³⁷ Ivi, 315.

³⁸ S. Cotta, 1991, 18.

³⁹ S. Cotta, 1989, 81.

rispetto al tutto⁴⁰. Il diritto costituisce il «legame». Ma solo se esso rappresenta nella sua temporalità un *plus di senso* oltre il dato normativo. Solo se esso entra in «sintonia» con il «ruolo» e con la «parte» che ognuno di noi ha ed è. Si pensi, nell'esperienza giuridica, al ruolo del giudizio, dove «è in gioco non la mera applicazione di una norma appiattita sulla volontà del legislatore, ma la formazione e continua riscrittura di una regola intesa come unità dinamica di significato, capace di toccare la specificità dell'esperienza storica»⁴¹. Un dimensione giuridica nella quale «implicare, per la valenza di *relazionalità interpersonale* che gli pertiene, quell'apertura universale che il diritto rende possibile, obbligando a “coltivare l'umano nell'altro umano” – ad “averne cura” come direbbe S. Cotta»⁴². Tutto ciò trova la sua condizione di possibilità nel fatto che la persona è sempre «un radicale *novum*» mai copia, che pone allo stesso tempo nello stesso spazio unicità e parzialità, portatrice di libertà e di liberazione nel dire, nell'ascolto dell'altro.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

AGOSTINO, 1977, *Confessioni*. Rizzoli, Milano.

BAGOLINI Luigi, 1981, «Tempo obiettivato, tempo coscienziale e durata nell'esperienza giuridica». In *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1, 83-117.

BAGOLINI Luigi, 1975, *Visioni della giustizia e senso comune*. Il Mulino, Bologna.

BAGOLINI Luigi, 1973, *Mito, potere e dialogo. Problemi di scienza politica e di filosofia della pratica*. Giappichelli, Torino.

BODEI Remo, 2006, *Piramidi di tempo. Storie e teoria del déjà vu*. Il Mulino, Bologna.

BRAND Gerd, 1960, *Mondo io e tempo nei manoscritti inediti di Husserl*. Bompiani, Milano.

CLAVELL Luìs, 2010, «Sergio Cotta metafisico». In *Sergio Cotta (1920- 2007). Scritti in memoria*. RIFD a cura di B. Romano, 310-325. Giuffrè, Milano.

COTTA Sergio, 1991, *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*. Giuffrè, Milano.

COTTA Sergio, 1974, *Prospettive di Filosofia del diritto*, II ed. Giappichelli, Torino.

⁴⁰ Cfr. G. Limone, 1990, 472.

⁴¹ A. Punzi, 2009, 112.

⁴² L. Scillitani, 1996, 146.

COTTA Sergio, 1981, «Diritto e tempo. Linee di un'interpretazione fenomenologica». In *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1, 119-128.

COTTA Sergio, 1975, «Il diritto e l'appropriazione del tempo». In *Archivio di Filosofia*, 2, 180-195.

COTTA Sergio, 1993, «Il diritto naturale e l'universalizzazione del diritto». In *Diritto naturale e diritti dell'uomo all'alba del XXI secolo*, 20-35. Giuffrè, Milano.

COTTA Sergio, 1989, *Diritto, persona, mondo umano*. Giappichelli, Torino.

HUSSERL Edmund, 1994, *Meditazioni Cartesiane*, Bompiani, Milano.

LIMONE Giuseppe, 1990, *Tempo della persona e sapienza del possibile*. ESI, Napoli.

MASULLO Aldo, 1995, *Il tempo e la Grazia. Per un'etica attiva della salvezza*. Donzelli Editore, Roma.

OPOCHER Enrico, 1977, *Analisi dell'idea della giustizia*. Giuffrè, Milano.

OPOCHER Enrico, 1983, *Lezioni di filosofia del diritto*. Cedam, Padova.

OPOCHER Enrico, 1981, «Diritto e tempo». In *Rivista Internazionale di Filosofia del diritto*, 1: 129-136.

PUNZI Antonio, 2007, «Il logos tra le carte del giurista». In *Percorsi di fenomenologia del diritto*, 139-185. Giappichelli, Torino.

PUNZI Antonio, «Bobbio, Cotta e la fenomenologia del diritto». In A.A.V.V., *Metodo linguaggio scienza del diritto. Omaggio a Norberto Bobbio (1909-2004)*, a cura di Antonio Punzi, 353-381. Giuffrè, Milano.

PUNZI Antonio, 2009, *Dialogica del diritto. Studi per una filosofia della giurisprudenza*. Giappichelli, Torino.

RICOUER Paul, 1999, *Tempo e Racconto*, III, *Il tempo raccontato*. Jaca Book, Milano.

RICOUER Paul, 1998, «Passato, Memoria, Oblio». In *Filosofia del tempo*, a cura di Luigi Ruggiu, 214- 230. Mondadori, Milano.

ROMANO Bruno, 1973, *Il senso esistenziale del diritto nella prospettiva di Kierkegaard*. Giuffrè, Milano.

SCILLITANI Lorenzo, 1996, *Studi di antropologia giuridica*. Jovene, Napoli.

STELLA Giuliana, 1990, *I Giuristi di Husserl. L'interpretazione fenomenologia del diritto*. Giuffrè, Milano.

IL FEDERALISMO E I LIMITI DELLA POLITICA

FLAVIO FELICE*

Abstract: the article aims to show how Friedrich August von Hayek's federalist perspective meets the liberal claim, which denies the «primacy of politics» in favor of a polyarchic view of social order, where politics, economics and culture interfere with each other and prevent the hegemonic claim of one sphere on the other. Hayek's federalist analysis is a part of a historic moment of great reconsideration of the international order and intertwines with the analysis of other important liberal authors of his time. This is true, in particular, with Lionel Robbins' economic theory, with Wilhelm Röpke's notion of *Civitas humana* and Luigi Einaudi's criticism of the idea of sovereignty. The great enemy of liberal principles, Hayek says, is totalitarianism. It makes politics «The Great All» and it ends up sacrificing individual freedom on the altar for the «fatal conceit», promoted by the *great planner* of the moment.

Keywords: Federalism – Polyarchy – Liberalism – Sovereignty – Peace

«Avevo scorto che tutto dipendeva radicalmente dalla politica e che, in qualunque modo s'affrontasse la questione, nessun popolo sarebbe se non come la natura del suo governo lo farebbe essere. Pertanto il grande problema del miglior governo possibile mi sembrava ridursi al seguente: qual è la natura del governo atto a formare il popolo più virtuoso, più illuminato, più saggio, in breve, il migliore, nel senso più ampio della parola?»

Jean-Jacques Rousseau

«... che la politica possa risolvere tutti i problemi dell'uomo, che essa sia capace di instaurare uno stato di concordia e di felicità perfette sulla terra. È contro questa illusione che il Cristianesimo ci ha messo soprattutto in guardia ricordandoci, con la nozione di caduta, l'imperfezione esistenziale dell'uomo»

Sergio Cotta

* Flavio Felice, Professore ordinario di Storia delle dottrine politiche SPS/02, Università del Molise. Email: flavio.felice@unimol.it

Introduzione

Il brano di Jean-Jacques Rousseau riportato in *esergo* esprime il tratto più evidente di una riflessione sul sociale che identifica la sfera della politica («il Politico») gerarchicamente sovraordinata rispetto alle altre sfere storico-esistenziali. Una primazia che, per dirla con le parole di Sergio Cotta, si risolve nel cosiddetto «primato della politica», in quanto unica possibile risposta coerente ai problemi di ordine teoretico e pratico posti da una certa concezione dell'uomo e dell'esistenza¹. Un brano così commentato dallo stesso Cotta: «in luogo dell'individualità e dell'indipendenza, la nuova società dovrà imporre, con vincoli indissolubili, l'unità del corpo sociale e la sottomissione integrale alla legge; dovrà subordinare la volontà del singolo a una volontà generale che non ammette né eccezioni né varietà di opinioni e di valutazioni»².

Un'idea monistica dell'ordinamento sociale che si oppone ad una visione poliarchica dello stesso. La poliarchia, in tal senso, sebbene incorpori alcuni aspetti formali dell'analisi di Robert Dahl³, rimanda a un più ampio contesto di *differenziazione* della società, in cui accanto alla sfera del politico vi sono tante altre sfere di eguale dignità: quella economica, religiosa, artistica, e ugualmente produttrici di un particolare tipo di bene comune; una nozione di bene comune che «[Non] nega la diversità delle opinioni e la loro libera, dialettica ricerca di un bene comune storico e relativo, per imporre loro un bene comune assoluto ed astratto, scoperto quasi per mistica intuizione»⁴. In tal senso, con poliarchia-plurarchia⁵ possiamo intendere un contesto sociale retto da un ordine prodotto e mantenuto dal continuo interferire e competere di molteplici e reciprocamente irriducibili principi regolativi; scrive Luigi Sturzo: «la forma politica non si confonde con l'autorità, e che l'autorità politica non è tutta l'autorità, ma semplicemente l'autorità politica, cioè quella che ha cura dell'ordine e della difesa della società»⁶ e gli fa eco il Sheldon S. Wolin: «l'autorità politica non è solamente una delle numerose autorità della società, ma si trova in competizione con esse su determinate questioni»⁷. Il primato o l'egemonia della politica, conclude Cotta, interpreta la società come il «gran tutto», nei cui gorgi annegano autonomia, creatività e responsabilità dell'individuo e lo Stato è

¹ Così Dario Antiseri sintetizza l'analisi di Cotta sul «primato della politica»: «Sergio Cotta fissa, mostrandone la sostanziale inconsistenza, in quattro punti fondamentali: ripudio della nozione di peccato originale, sostituita dal principio dell'innocenza originale dell'uomo; primato della politica quale necessaria premessa di un totale rinnovamento della società che dovrà ristabilire l'uomo "snaturato" in una condizione il più possibile analoga a quella di cui godeva all'inizio; supremazia totale della società, cioè dello Stato, sull'individuo; riduzione della morale alla sua dimensione puramente sociale e politica»; D. Antiseri, 2003.

² S. Cotta, 2002, 242.

³ Cfr. R.A. Dahl, 1971.

⁴ S. Cotta, 2002, 242-243.

⁵ Il concetto di *poliarchia* è suscettibile anche di un'interpretazione più ampia di quanto non faccia il Dahl, ricorrendo, ad esempio, alla nozione di *plurarchia* di Luigi Sturzo. Per Sturzo la democrazia è un'esperienza del vivere sociale che si storicizza nel pluralismo della realtà storica e nella pluralità dei nuclei e delle forze sociali. Cfr. Sturzo, 1935, 236.

⁶ L. Sturzo, 1935, 67.

⁷ S.S. Wolin, 1996, 22.

Stato etico, prende il posto di Dio, «e perciò necessariamente totalitario nella sua essenza»⁸.

In una prospettiva poliarchica, accanto alla sfera politica, a cui spetta il compito di garantire i diritti civili e politici, la regolamentazione del commercio internazionale e della concorrenza interna, c'è il sistema economico. C'è inoltre, il sistema etico-culturale costituito dalla stampa, dalle università, dalle chiese e dalle associazioni culturali, che svolgono un ruolo fondamentale ed indispensabile alla vita tanto del sistema economico quanto di quello politico, in quanto esprimono il loro presupposto e il loro limite⁹, fornendo i valori e le basi etiche che da soli tali sistemi non possiedono né tanto meno sono in grado di produrre: l'autocontrollo, l'impegno nel lavoro, la disciplina e il sacrificio in vista del futuro. Ed ancora, spetta alle istituzioni che si riconoscono nella sfera etico-culturale il compito di diffondere le virtù della generosità, della compassione, dell'integrità e dell'interesse per il bene comune¹⁰. Alla base di quanto detto c'è la convinzione che nessun soggetto sia tanto saggio o buono da poter ricevere un potere indiviso e unitario, di conseguenza, la divisione delle maggiori sfere della vita in tre sistemi si propone di proteggere tutti contro gli abusi e le degenerazioni del potere unitario.

È in questo contesto problematico, teso, nell'omaggio al prof. Cotta, a rimarcare i limiti della politica, evidenziandone i confini rispetto a ciò che politica non è: economia, diritto, religione, morale, che vorremmo proporre la lettura di un saggio di Friedrich August von Hayek dedicato al tema del federalismo e, in particolare, agli aspetti politici, economici e culturali che potrebbero favorirlo.

Il contributo è articolato in sei parti, una prima che descrive la genesi dell'opera e le restanti cinque che tratteggiano gli aspetti che l'economista austriaco individua come caratteristici di una struttura di tipo federale. Il primo aspetto individuato da Hayek è il *problema* di valore che starebbe alla base della teoria dello stato federale: la *pace*. Il secondo riguarda i *vantaggi economici del federalismo*; Hayek intende mostrare come la federazione potrebbe neutralizzare il potenziale distruttivo della nozione di sovranità nazionale. Il terzo aspetto evidenzia i *vantaggi politici del federalismo* e il suo intrinseco maggiore tasso di liberalismo. Il quarto aspetto riguarda la *qualità della politica economica in un'unione federale*: in una federazione non sarà così semplice esercitare la discrezionalità in ambito economico che tipicamente esercitano gli Stati nazione. Il quinto ed ultimo aspetto riguarda la relazione tra *liberalismo e federalismo*. In breve, la fine delle

⁸ S. Cotta, 2002, 259.

⁹ Cfr. W. Röpke, 2015, 105-167.

¹⁰ È interessante la lettura che il teologo e politologo statunitense Michael Novak dà di questo aspetto del liberalismo: «Non è affatto necessario che tutta questa dimensione [...] della vita sociale dell'uomo, sia "ordinata" dallo Stato. Anzi, l'esperienza storica insegna oltre ogni dubbio che la "società dell'ordine", organizzata in ogni sua parte, soffoca la scintilla divina della creatività umana. È indispensabile, affinché il cittadino libero abbia una vita piena, che tutto l'ordine civile sia aperto all'iniziativa personale ed alle libere associazioni»: M. Novak, 1987, 66.

sovranità nazionali esprimerebbe un «complemento necessario» per la realizzazione del «programma liberale».

La genesi dell'opera

Il saggio è stato pubblicato per la prima volta nel settembre del 1939¹¹ e ripubblicato nel 1948 dallo stesso autore nel volume *Individualism and Economic Order*¹². Pur non essendo tra i saggi più noti, esso ha il merito di evidenziare un tratto storico e biografico del nostro Autore di estrema importanza. Tra il 1931 e il 1932 Hayek lascerà Vienna, per trasferirsi a Londra, dove rimarrà fino al 1949, prima di trasferirsi negli Stati Uniti. Dunque, il lasso di tempo che va dal 1932 al 1949 coincide con il periodo londinese di Hayek, con l'esperienza presso la London School of Economics, con l'incontro-scontro con John Maynard Keynes, ma, soprattutto, coincide con sodalizio intellettuale con Lionel Robbins.

L'importanza di quegli anni sono stati descritti dallo stesso Hayek. Il Nostro riconosce che fu quasi per coincidenza che, nel 1935, mentre lavorava su alcuni saggi aventi come oggetto la pianificazione socialista, si ritrovò a scriverne altri e ad interessarsi sempre più alle questioni filosofiche e metodologiche, avendo compreso quanto fossero rilevanti ai fini di comprendere le ragioni che stavano alla base delle controversie politiche del tempo. È a questo punto che Hayek, sono le sue parole, compie il «passo decisivo» e scriverà il saggio *Economics and Knowledge*, che presentò nel 1936 al London Economic Club. *Economics and Knowledge*, insieme ad altri saggi, compreso il nostro *The Economic Conditions of Interstate Federalism*, venne in seguito pubblicato nel già citato volume *Individualism and Economic Order* del 1948.

Il saggio di Hayek sulle condizioni economiche del federalismo è abbastanza breve, ma esprime in forma sintetica le ragioni del federalismo, in relazione alla teoria economica liberale evidenziata da Robbins¹³, alla nozione di *Civitas humana* di Wilhelm Röpke¹⁴ e tutta la critica all'idea sovranista fatta propria e esplicitata da Einaudi¹⁵.

Il problema: la pace

Hayek introduce il saggio, evidenziando immediatamente il *problema* di valore che starebbe alla base della teoria dello stato federale: la *pace*. Egli constata come sia opinione generale e condivisibile considerare l'eliminazione del «ostacoli alla

¹¹ F.A.v. Hayek, 1939, 131-149.

¹² F.A.v. Hayek, 1948, 255-272. Oggi in F.A. v. Hayek, 2016.

¹³ L. Robbins, 1937.

¹⁴ W. Röpke, 1944.

¹⁵ L. Einaudi, 1947.

circolazione» degli uomini, dei beni e dei capitali come uno dei grandi vantaggi della federazione tra stati; oltretutto, ciò favorirebbe anche la creazione di comuni regole giuridiche, un «sistema monetario uniforme e un controllo comune dei mezzi di comunicazione». Di qui, per Hayek, la ragione per la quale «indiscutibilmente», «lo scopo più importante» che si prefigge una federazione tra stati è garantire la pace: «Indiscutibilmente, lo scopo più importante di una federazione tra stati è assicurare la pace: impedire guerre tra le parti federate eliminando motivi di attrito tra di esse e offrendo un'organizzazione efficace per la composizione dei conflitti che possono insorgere tra di esse, oltre che impedire guerre tra la federazione e qualsivoglia stato indipendente rendendo la prima tanto forte da eliminare ogni pericolo di attacco dall'esterno»¹⁶.

Il problema che Hayek individua: la *pace*, impone la riflessione sul rapporto tra unione politica e unione economica e la constatazione che l'unione economica rappresenta un obiettivo principale e indispensabile ai fini di una politica estera e di una difesa comuni. Invero, ragiona Hayek, se reputiamo l'Unione, e non i singoli Stati, l'istituzione responsabile per il mantenimento della pace, spetterà dunque all'Unione, e non alle parti che la compongono, assumersi la responsabilità di tutte le decisioni che potrebbero favorire ovvero danneggiare l'obiettivo principale. Per questa ragione, mostrando tutta l'affinità di pensiero con il collega ed amico Robbins, Hayek giunge ad affermare che ogni «barriera» alla libera circolazione dei beni tra gli Stati rappresenterebbe un ostacolo alla «ottimale utilizzazione delle risorse disponibili» e un indebolimento dell'Unione, dal momento che gli interessi regionali finirebbero per promuovere soluzioni protezionistiche che minerebbero un'efficace politica di difesa, mettendo a repentaglio la pace¹⁷.

Il problema delle frontiere economiche, secondo l'economista austriaco, risiederebbe nel fatto che esse darebbero vita a «comunità d'interesse su base regionale», con una forte cifra di litigiosità, dovuta a millenni di guerre che hanno prodotto relazioni interstatuali condite da una dose altissima di risentimento nazionalistico. I conflitti che nascono da interessi nazionalistici sono molto pericolosi, scrive Hayek, in quanto tendono a diventare conflitti costanti tra gruppi omogenei di persone. Dunque, invece di trovarci di fronte a conflitti d'interessi tra persone che, probabilmente, oggi sono alleate di un gruppo e domani potrebbero esserlo di un altro, a seconda della prevalenza di un particolare interesse presente nell'Unione, in caso di presenza di barriere economiche, i conflitti d'interesse, coinvolgendo gli Stati, finirebbero per compattare le persone di ogni singola entità nazionale, favorendo conflitti perpetui¹⁸. È a questo livello della discussione, e per queste ragioni, che Hayek afferma l'impossibilità, se non sarà accompagnata dall'unione economica, che un'unione politica sopravviva alle spinte

¹⁶ F.A.v. Hayek, 2016, 54.

¹⁷ Cfr. *ivi*, 55.

¹⁸ Cfr. *ivi*, 57.

nazionalistiche, le quali si manifesteranno dapprima attraverso l'armamentario economico protezionistico e, in seguito, attraverso la guerra tra Stati.

I vantaggi economici del federalismo

Se il *problema* della *pace* esprime metodologicamente il primo punto sensibile del saggio del nostro Autore, il secondo riguarda *i vantaggi economici del federalismo*. Qui Hayek mostra in modo cristallino quale sarebbe l'essenza dell'unione economica e come essa potrebbe neutralizzare il potenziale distruttivo della nozione di sovranità nazionale. Sarà proprio in forza dell'assenza di «muri tariffari» e dell'esercizio della libera circolazione di uomini e capitali che l'ambito d'intervento degli stati nel campo della politica economica sarà fortemente limitato. Il fatto stesso che uomini e capitali si possano muovere liberamente nell'unione renderà impossibile l'intervento statale teso ad influenzare i prezzi e quest'ultimi varierebbero solo in ragione del diverso costo di trasporto¹⁹. In definitiva, si anestetizzerebbe il tentativo di quelle particolari organizzazioni, favorite dai singoli governi, quali ad esempio i *marketing board*, tese a orientare il gioco della domanda e dell'offerta in modo tale per cui il prezzo risulti quello di un mercato di monopolio o di oligopolio.

Un ulteriore vantaggio, sul fronte economico, il Nostro lo individuerebbe nella politica monetaria. La nascita dell'unione economica comporterebbe anche la comparsa di un'unione monetaria e la conseguente sterilizzazione della discrezionalità delle singole banche centrali nazionali. Una situazione che, secondo Hayek, avrebbe il merito di riprodurre una condizione simile, se non ancora più virtuosa, di quella in vigore in regime di *gold standard*. È evidente come, per Hayek, una politica monetaria nazionale condurrebbe alla disgregazione dell'unione monetaria; di qui l'imperativo che «tutta la politica monetaria dovrebbe essere materia federale e non statale»²⁰.

In altre parole, i vantaggi economici della federazione sono quelli della concorrenza. Qualora un singolo stato pretendesse di esercitare un'azione di controllo sulla produzione di beni che possono essere acquistati al di fuori di esso, e nel caso in cui tale controllo rappresentasse un onere per l'industria che li produce, esso si renderebbe, alla luce del sole, responsabile dello svantaggio competitivo al quale sottomette una propria industria rispetto a quelle presenti in altre regioni dell'Unione. Per questa ragione, Hayek è convinto che lo smantellamento delle frontiere e la libera circolazione di uomini e capitali segnerà anche la fine di tutte quelle organizzazioni nazionali la cui funzione è di garantire a determinati gruppi industriali posizioni di monopolio, mediante «il potere di controllo dell'offerta dei loro beni e servizi».

¹⁹ Cfr. *ivi*, 59.

²⁰ È questo un argomento molto interessante, che di recente è stato affrontato dall'economista spagnolo Jesús Huerta de Soto, *An Austrian Defense of the Euro*, Mises Institute, Auburn – Alabama, 2012, <https://mises.org/library/austrian-defense-euro>.

I vantaggi politici del federalismo

Il terzo punto che vorremmo evidenziare del saggio in questione sono i *vantaggi politici del federalismo*. In realtà, Hayek rimane ancorato alla dimensione economica; tuttavia, nel considerare le difficoltà che avrebbe l'Unione nell'esercitare una qualsiasi forma di pianificazione, rispetto alla facilità con la quale lo Stato nazionale da sempre si dedica alla medesima attività, finisce per evidenziare un vantaggio politico della federazione che risiederebbe nel suo intrinseco maggiore tasso di liberalismo: «la federazione sembra implicare che né l'uno né l'altro livello di governo potrebbe avere i poteri per la pianificazione socialista della vita economica»²¹.

L'argomento di Hayek è il seguente: se la federazione limiterà il potere discrezionale dei singoli Stati, qualora dovesse assumere un orientamento pianificatore, sarà costretta ad avocare a sé l'autorità di una simile guida. Tuttavia, sarà proprio in forza di tale assunzione di responsabilità che sorgeranno i problemi maggiori per la federazione. Hayek rileva come la protezione di una singola industria, «nella sua interezza», in un contesto federale, risulterebbe pressoché impossibile, dunque, di «scarsa utilità», «poiché i produttori contro la cui concorrenza essi desidereranno protezione saranno allora all'interno dell'Unione». Il sussidio ad una determinata industria imporrebbe un sacrificio alle altre industrie e ai consumatori, per di più, afferma Hayek, alla federazione mancherebbero il collante dell'orgoglio nazionale e dei valori omogenei altamente condivisi tali per cui produttori e consumatori sarebbero disponibili a rinunce e perdite economiche e, infine, la ragione-pretesto della difesa di interessi consolidati nei secoli non avrebbe lo stesso peso e significato in una federazione²².

La qualità della politica economica in un'unione federale

Il quarto punto esprime una sorta di corollario del terzo e riguarda la *qualità della politica economica in un'unione federale*. La constatazione che in una federazione non sia possibile esercitare la discrezionalità in ambito economico che tipicamente esercitano gli Stati nazione, comporta, secondo Hayek, una presenza meno invadente del governo a tutti i livelli: «meno governo a tutto tondo perché la federazione sia praticabile». A questo punto, Hayek sottolinea un aspetto di grande importanza e di estrema attualità. Il fatto che l'Unione possa esercitare determinati poteri, non dipenderà solo dall'eventualità che la stessa trovi un accordo sul «se» certi poteri possano essere utilizzati, ma anche sul «modo in cui» essi debbano essere utilizzati. Qualora non si raggiungesse un accordo su entrambi gli aspetti, afferma Hayek, dovremmo «rassegnarci» a non avere alcuna legislazione, piuttosto che una che «frantumerebbe» l'unione

²¹ F.A. v. Hayek, 2016, 73.

²² Cfr. *ivi*, 68.

economica e, con essa, la federazione. Hayek giunge a proporre una simile condizione come la cifra di una maturità intellettuale favorevole alla creazione di un'unione federale: «In verità, questa disponibilità a non avere, su certi temi, alcuna legislazione piuttosto che una legislazione statale sarà l'amara prova per verificare se siamo intellettualmente maturi per la creazione di un'organizzazione sopra-statale»²³.

Nella prospettiva hayekiana, dunque, da un lato gli Stati nazione dovrebbero subire un progressivo indebolimento, fino a scomparire in quanto enti sovrani. D'altro canto, la federazione non assumerebbe tutti i poteri che gli Stati nel frattempo vanno perdendo, in quanto una mentalità federalista matura vorrebbe che si accettasse l'idea che esistano spazi liberi dal controllo legislativo. Infine, Hayek riconosce che, il combinato disposto tra perdita di poteri sovrani da un lato e assunzione parziale di poteri dall'altro, comporterà anche un trasferimento di poteri verso il basso, ossia, nella direzione di quelle realtà territoriali più piccole e qualitativamente intermedie tra le istituzioni politiche e la società civile.

Dunque, eccoci giunti al tema centrale di questo punto: Hayek, al pari di Robbins, riconosce il fatto che anche in una federazione ci sarà sempre bisogno di una politica economica e nega che nella federazione sia indispensabile un «estremo *laissezfairismo*». Per Hayek la pianificazione economica è incompatibile con la federazione nella misura in cui per pianificazione si intenda la forma di controllo dei processi economici, così come il Nostro la osservava nei giorni in cui maturava il saggio. In pratica, Hayek indica incompatibile con la federazione «l'interferenza quotidiana» e la «regolamentazione» di tutte le forze del mercato, a favore di uno «sviluppo nazionale attraverso monopoli controllati»²⁴: «In una federazione, la politica economica dovrà consistere nel fornire un quadro razionale permanente all'interno del quale l'iniziativa individuale avrà il più ampio spazio possibile e le si permetterà di operare nel modo più benefico possibile; ed essa dovrà integrare il funzionamento del processo competitivo nei casi in cui, date le circostanze, alcuni servizi non possono essere offerti e regolati dal sistema dei prezzi»²⁵. La qualità della politica economica in una federazione dovrà essere orientata al lungo periodo e non perde occasione per polemizzare con l'amico-avversario Keynes, prendendo in prestito il suo noto aforisma secondo il quale «nel lungo periodo saremmo tutti morti», dal quale discenderebbe il principio deresponsabilizzante «*après nous le déluge*». Ebbene, scrive Hayek, proprio questa ovvia considerazione dovrebbe rappresentare un vantaggio, dal momento che il lungo periodo non ci consente di calcolare l'impatto che avranno gli effetti dell'azione di politica economica su determinati

²³ Ivi, 75-76.

²⁴ È questo un interessante aspetto che introdurrebbe il rapporto tra la teoria hayekiana dell'ordine spontaneo e quella di Röpke circa gli «interventi conformi al mercato», Cfr. F. Forte-F. Felice, 2016.

²⁵ Ivi, 79.

gruppi di persone; dunque, possiamo evitare o ridurre al minimo i rischi che la politica economica si risolva in uno scontro tra «interessi più potenti»²⁶.

Liberalismo e federalismo

Il quinto ed ultimo punto crediamo possa delineare la relazione tra *liberalismo e federalismo*. Se è vero che un regime economico chiaramente liberale sia da considerare condizione necessaria per il successo di qualsiasi progetto federalista, allora, chiosa Hayek, dovremmo ritenere altrettanto plausibile che «l'abrogazione delle sovranità nazionali e la creazione di un ordine giuridico internazionale efficace è un complemento necessario nonché il logico compimento del programma liberale»²⁷. Il punto sollevato da Hayek è ripreso direttamente dall'opera di Robbins e lo stesso Hayek ne riconosce la paternità, citando il saggio e, in particolare, l'affermazione dell'amico-collega: «né *Staatenbund* né *Einheitsstaat* ma *Bundesstaat*».

Se in passato il liberalismo si è alleato con il nazionalismo, afferma Hayek, è solo per ragioni di contingenza storica: nel diciannovesimo secolo il nazionalismo e il liberalismo individuarono un comune nemico: l'imperialismo. Quando, in seguito, il liberalismo si è alleato con il socialismo è stato perché con quest'ultimo ha condiviso alcuni obiettivi, quali la giustizia e la libertà, e tale condivisione avrebbe oscurato le macroscopiche e «totali» divergenze di metodo: «Ma ora che il nazionalismo e il socialismo si sono combinati – non solo nel nome – in una potente organizzazione che minaccia le democrazie liberali e quando, persino all'interno di queste democrazie, i socialisti stanno diventando sempre più nazionalisti e i nazionalisti sempre più socialisti, è troppo sperare in una rinascita del vero liberalismo, fedele al suo ideale di libertà e internazionalismo e rientrato dai suoi temporanei sviamenti nei campi nazionalisti e socialisti?»²⁸.

Conclusioni

Appare evidente che Hayek, nel richiamare l'attenzione verso la rinascita dei principi liberali, non ha in mente un partito politico, ma una prospettiva civile capace di tenere

²⁶ È interessante registrare questa profonda comunanza di vedute tra Hayek e un padre dell'economia sociale di mercato, il tedesco Wilhelm Röpke, «Questa tendenza degli economisti ha dato il maggior impulso, abbia potuto raccogliere tanta ammirazione con la sua banale e cinica osservazione: *"In the long run, we are all dead"* ("alla fine, si muore tutti"), mentre non poteva sfuggire ad alcuno che questa osservazione equivale al motto dell'*Ancien Régime* *"Après nous le déluge!"* – e scaturisce da uno spirito decisamente antiborghese. Essa rivela la stessa tipica noncuranza antiborghese per il domani riscontrabile nella moderna politica economica, che ci ha indotti a considerare l'indebitamento come una virtù e il risparmio come una follia»; W. Röpke, 2015, 114-115.

²⁷ F.A. v. Hayek, 2016, 81.

²⁸ Ivi, 84-85.

insieme l'ambito dell'economia, con tutte le sue istituzioni che manifestano il dinamismo della domanda e dell'offerta; l'ambito della politica, le cui istituzioni hanno il gravoso compito di stabilire con metodo democratico e cooperativo le comuni regole del gioco; e l'ambito della cultura che esprime tutto quel complesso di istituzioni che attestano o meno il pluralismo all'interno della società civile.

Questi erano i problemi che dalla fine degli anni Venti alcuni intellettuali, in varie parti d'Europa, credettero di dover affrontare a partire da una visione plurale dell'ordinamento sociale, rifiutando alla radice ogni ipotesi di «primato della politica», intesa come «fonte e regola della vita morale»²⁹, non volendosi arrendere al populismo autarchico, al totalitarismo aggressivo e al protezionismo liberticida, amando la libertà propria e altrui più di ogni altra cosa e la patria altrui almeno quanto la propria. Tutto ciò nella consapevolezza che nessun ordinamento burocratico – pubblico o privato che sia – possa non considerare che esiste sempre qualcosa, come recita il testamento spirituale di Röpke, che vada «oltre l'offerta e la domanda». Questo qualcosa è la dignità della persona umana; un ordine etico, quello della dignità umana, che chiede ancor oggi, e a maggior ragione oggi, di essere affrontato e compreso con la massima urgenza per evitare il rischio di sacrificare il dinamismo economico al ristagno degli accordi collettivi ovvero all'anarchismo degli interessi individuali, rispettivamente, figli di una logica neocorporativa ovvero di un ottimistico disinteresse per le ragioni dell'ordine sociale e della *civitas humana*, e finire, comunque, per sacrificare le libere scelte individuali sull'altare della «presunzione fatale» di qualche *grande pianificatore* di turno: del «grande tutto»³⁰.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

ANTISERI Dario, 3 agosto 2003, *La politica non è tutto*. In «Domenica - Il Sole 24 Ore».

COTTA Sergio, 2002, *I limiti della politica*. Il Mulino, Bologna.

DAHL Robert A., 1971, *Poliarchy: participation and opposition*. New Haven, Conn.

EINAUDI Luigi, 1948, *La guerra e l'unità europea* [1947]. Edizioni di Comunità, Milano.

FORTE FRANCESCO e FELICE Flavio (a cura di), 2016, *L'economia sociale di mercato e i suoi nemici*. Rubbettino, Soveria Mannelli.

²⁹ S. Cotta, 2002, 243.

³⁰ «Di conseguenza il "grande tutto" (la *totalità*: ecco già introdotta la grande parola hegeliana e marxista), sostituendosi all'indipendenza dello stato di natura, dovrà necessariamente dominare, senza contestazioni possibili, sull'individuo»; *ivi*, 261.

HAYEK, Friedrich August von, 1939, «*The Economic Condition of Inter-State Federalism*». In *New Commonwealth Quarterly*, V, No. 2, 131-149.

HAYEK, Friedrich August von, 1948, *Individualism and Economic Order*. The University of Chicago Press, Chicago, 255-272.

HAYEK, Friedrich August von, 2016, *Le condizioni economiche del federalismo tra stati*. Rubbettino, Soveria Mannelli.

NOVAK Michael, 1987, *Lo spirito del capitalismo democratico e il cristianesimo* [1982]. Studium, Roma.

ROBBINS Lionel, 1948, *Il liberalismo internazionale* [1937]. In *L'economia pianificata e l'ordine internazionale*. Rizzoli, Milano.

RÖPKE Wilhelm, 2016, *Civitas humana. I problemi fondamentali di una riforma sociale e economica* [1944]. Rubbettino, Soveria Mannelli.

RÖPKE Wilhelm, 2015, *Al di là dell'offerta e della domanda. Verso un'economia umana* [1958]. Rubbettino, Soveria Mannelli.

SOTO Jesús Huerta de, 2012, *An Austrian Defense of the Euro*. Mises Institute, Auburn–Alabama: <https://mises.org/library/austrian-defense-euro>.

STURZO Luigi, 1935, *La società. Sua natura e leggi*. Zanichelli, Bologna.

WHOLIN Sheldon S., 1996. *Politica e visione. Comunità e innovazione nel pensiero politico occidentale* [1960]. Il Mulino, Bologna.

OBBLIGATORIETÀ DEL DIRITTO E GIUSTIZIA: NOTE A MARGINE SU UN TEMA COTTIANO

BALDASSARE PASTORE*

Abstract: a general feature of law is that its existence means that certain kinds of human conduct are obligatory. Sergio Cotta argued that the obligatoriness of legal norms is based on justification. Such justification, which deals with reason, rests on human structural attitude to live together. Law serves the function of co-ordinating human activity. The obligation to obey law arises from the requirements of social co-ordination. They presuppose human dignity. The authoritativeness of law depends on its ability to secure justice. Justice is necessary because persons must seek to realize and respect human goods in common.

Keywords: law – justification – obligation – co-ordination – justice

1. La relazione tra giustificazione e obbligatorietà delle norme, che del diritto «sono l'espressione più elementare e diretta», è stata oggetto di una profonda riflessione da parte di Sergio Cotta. La tesi di Cotta è che «l'obbligatorietà delle norme derivi dalla loro giustificazione in termini di ragione e che tale giustificazione trovi il suo fondamento nell'ineliminabile struttura coesistenziale del vivere umano»¹.

La giustificazione si connette all'obbligatorietà, che, a sua volta, rinvia all'obbedienza². Asserire che il diritto obbliga implica, infatti, il riconoscimento che esso è meritevole di essere obbedito.

Invero, come è stato sottolineato, la caratteristica generale più evidente del diritto «consiste nel fatto che la sua esistenza implica che certi tipi di condotta umana ... sono in un certo senso obbligatori»³. Obbligatorietà e normatività giuridica, dunque, sono

* Baldassare Pastore, Professore ordinario di Filosofia del diritto IUS/20, Università degli Studi di Ferrara.
Email: baldassare.pastore@unife.it

¹ Le citazioni sono tratte da S. Cotta, 2015, 10.

² La giustificazione della norma è di per sé una giustificazione dell'obbedienza. Cfr. S. Cotta, 2015, 31.

³ H.L.A. Hart, 1991, 9.

questioni che attengono allo stesso ambito di discorso. Ma, alla domanda: «perché il diritto obbliga?» è possibile rispondere in (almeno) tre modi⁴.

Una prima risposta è quella che vede nella coercizione l'aspetto saliente del diritto. Ciò che rende obbligatorio il comportamento prescritto dalle norme giuridiche è il desiderio di sfuggire alle sanzioni che si applicano nel caso di trasgressioni. La sanzione, vista come elemento essenziale della prescrizione giuridica, rappresenta una motivazione e una giustificazione del fatto che si adempia a quanto richiesto. Si adempie a quanto richiesto dalla prescrizione giuridica per evitare le conseguenze spiacevoli minacciate in caso di rifiuto. L'imperativismo vetero-positivistico segue questa strada. L'obbligatorietà della norma giuridica slitta nell'imposizione. Ma non può non evidenziarsi, a questo proposito, la differenza radicale tra «obbligare» e «imporre». «L'obbligo fa riferimento a un *dover fare* e all'assunzione consapevole di tale dovere; l'imposizione invece fa riferimento a un *non poter non fare*, e alla sottomissione ad essa»⁵. La costrizione, richiamata dalla struttura prescrittivo-sanzionatoria della norma non può fondare l'obbligatorietà anche perché, tra l'altro, non si potrebbe distinguere una norma giuridica da un ordine sostenuto da minacce, da un comando del tipo «o la borsa o la vita»⁶.

Una seconda risposta alla domanda «perché il diritto obbliga?» si basa sull'idea secondo cui l'obbligo giuridico non è altro che un tipo particolare di obbligo morale. La normatività del diritto dipende, in ultima istanza, da ragioni morali che prescrivono di fare ciò che il diritto richiede⁷. Gli ordinamenti giuridici, d'altra parte, riproducono la sostanza di certe fondamentali esigenze morali. Il divieto dell'omicidio e dell'uso ingiustificato della violenza rientrano tra gli esempi tipici che militano a favore di tale idea.

Una terza risposta afferma l'esistenza di genuine, autonome, ragioni giuridiche capaci di giustificare azioni e comportamenti. Si tratta di ragioni non riconducibili a quelle morali⁸. Per certi versi, un modo per dar conto dell'esistenza di ragioni autonome è quello di sottolineare che una regolamentazione giuridica ha la caratteristica di diventare opaca rispetto ai valori che ne sono inevitabilmente il presupposto. La regolamentazione giuridica, infatti, ha la funzione di guidare i comportamenti dei destinatari evitando che essi facciano riferimento (diretto, immediato) a quei valori. Le istituzioni giuridiche avrebbero una loro obiettività sociale non compromessa con i valori⁹. Il problema dell'esistenza degli obblighi giuridici viene, in tal modo, *separato* dal problema della giustificazione (morale) dell'autorità del diritto¹⁰. Tale autorità, però, non può essere scissa dalla dimensione assiologica.

⁴ Sul tema cfr. A. Schiavello, 2013, 484-496.

⁵ S. Cotta, 2004, 125.

⁶ S. Cotta, 2015, 24-25. Cfr., in argomento, H.L.A. Hart, 1991, 98-108. Sul punto, con specifico riferimento all'argomentazione cottiana, si veda D.M. Cananzi, 2015, 169-172.

⁷ J.M. Finnis, 1996a, 393.

⁸ J. Raz, 2009, 17, 22-23, 26-27, 32-33.

⁹ J. Raz, 2009, 30-32, 46-48, 69, 158-159.

¹⁰ C. Luzzati, 1999, 493.

L'autorità giuridica, invero, svolge la funzione di favorire il bene comune, da intendere come salvaguardia dell'insieme dei fattori che tendono a garantire la realizzazione personale degli individui impegnati a cooperare nello spazio della relazionalità intersoggettiva¹¹.

2. Il diritto fornisce ragioni per l'azione; ci dice come dobbiamo comportarci. Ragione, qui, è da intendere come considerazione che viene adottata a sostegno di qualcosa e, in sede di ragionamento pratico, come giustificazione che consente di stabilire cosa si deve fare o non fare.

Le ragioni non vanno confuse con i motivi dell'azione. I motivi per seguire una regola possono essere diversi (conformismo, paura della sanzione, condivisione del contenuto della regola). Essi influenzano l'azione, ma, propriamente, non la guidano. È la ragione che può guidare verso una scelta libera e consapevole. Le regole contengono al loro interno le ragioni che le giustificano e queste, a loro volta, rinviano ad altre ragioni, assunte come più fondamentali¹². Pertanto, solo una appropriata giustificazione può conferire obbligatorietà ad una norma. In questo senso, la mera esistenza di una norma giuridica non è, di per sé, una ragione sufficiente per porre in essere il comportamento richiesto.

Se parlare di «esistenza» di una norma significa rinviare alla sua validità (in base alle regole procedurali relative alla sua produzione), dire che una norma è valida implica sostenere che la sua osservanza e la sua applicazione sono obbligatorie. Questo orientamento è assunto da Hans Kelsen, secondo il quale dire «che una norma è valida equivale a dire che noi assumiamo la sua esistenza o – ciò che è lo stesso – assumiamo che essa ha “forza vincolante” per coloro di cui disciplina il comportamento»¹³. Parlare dunque di «forza vincolante» significa considerare la norma «obbligatoria», sicché essa deve essere osservata.

Siffatta concezione, invero, sembra attribuire al diritto positivo una qualità propria della morale: quella di obbligare in coscienza. Ma attribuire al diritto positivo una forza normativa piena è tesi propria del positivismo etico, che sfocia nella giustificazione morale del diritto, qualunque esso sia. Vi sarebbe, pertanto, un dovere assoluto di obbedire al diritto indipendentemente dal suo contenuto, purché tale diritto sia formalmente valido¹⁴. Peraltro, ridurre il diritto a pura forma conduce a considerarlo uno strumento, una mera tecnica, destinata a cedere il passo a tecniche che possono risultare più efficaci, più adatte, più utili, abbandonando, così, l'idea del suo ancoraggio ai valori:

¹¹ J.M. Finnis, 1996a, 164-165, 176-178, 283, 387. Cfr. S. Cotta, 1985, 176-179; S. Cotta, 2004, 114-117.

¹² F. Viola, G. Zaccaria, 1999, 34.

¹³ H. Kelsen, 1994, 30. Cfr. F. Viola, G. Zaccaria, 1999, 353 ss.

¹⁴ Si tratta, propriamente, di una variante del positivismo giuridico come ideologia. Cfr. N. Bobbio, 1996, 236-237. Sull'insufficienza del riferimento ai caratteri formali della norma (l'essere emanata dall'autorità competente, l'appartenere all'ordinamento giuridico) al fine di stabilirne l'obbligatorietà insiste S. Cotta, 2015, 38-44.

primo fra tutti alla giustizia. Si oblitera, così, il problema del fondamento della normatività giuridica, insieme a quello della obbligatorietà¹⁵.

Il diritto, invero, non può essere sottratto alla valutazione morale. Il mondo della giuridicità riguarda deliberazioni, decisioni e azioni che trovano la loro giustificazione in base a ragioni rinviati ai beni in vista di cui si agisce e ad alcuni orientamenti generali della vita di una società. Ciò conduce ad assumere che vi siano cose che hanno valore per la convivenza, che sono ritenute degne di essere perseguite e che, al contrario, qualcos'altro va evitato e impedito.

Il diritto tutela alcuni beni e valori importanti, protegge interessi generali, e ciò consente di affermare, in linea generale, che è obbligatorio conformare il proprio comportamento a quanto esso prescrive¹⁶. L'esistenza di un obbligo presuppone che vi sia una norma che si colloca nell'orizzonte esistenziale della possibilità. La norma stabilisce un *dover essere*; opera una scelta fra varie azioni possibili, stabilendo quale di esse *deve essere*¹⁷; «prescrive che accada (ossia si faccia, non si faccia, si lasci fare) qualcosa che altrimenti potrebbe non accadere»¹⁸. Si può affermare, allora, che la libertà umana sia la condizione dell'esistenza del diritto. Ma la libertà si intreccia con la socialità. L'essere umano è libero, ma non è solo: esiste insieme ad altri esseri umani¹⁹. Il diritto, così, «si colloca entro l'orizzonte della relazione, dell'esistere-con-altri»²⁰.

Ogni comprensione del fenomeno giuridico deve dar conto di come gli individui possano ritenere che il diritto, a cui prestano obbedienza, sia moralmente accettabile. Il diritto positivo è un fenomeno umano che esige sempre un'accettazione di fondo e che si regge su un fondamento ragionevole e consentito²¹. Il diritto è «ordinamento «osservato»²², che si fonda su atti riconoscimentali e si lega ad una forma di vita rinviante a contesti di esercizio e a una comunità di soggetti che orientano la loro condotta entro una rete di aspettative stabili. Sia l'atto di porlo sia il riconoscimento della sua positività non possono essere compresi prescindendo dal riferimento a criteri morali che fondano e suffragano la sua autorità e la sua pretesa autoritativa²³.

3. Il diritto serve a coordinare autoritativamente le azioni e a rendere possibile l'interazione sociale²⁴. Ciò richiede che si obbedisca alle prescrizioni giuridiche²⁵. I comportamenti non conformi a quanto prescritto, infatti, indeboliscono le aspettative

¹⁵ Cfr. S. Cotta, 2004, 45-49.

¹⁶ L'obbligo vincola in quanto si è convinti di doverlo rispettare: cfr. S. Cotta, 1985, 124.

¹⁷ S. Cotta, 2015, 29, 33.

¹⁸ S. Cotta, 2015, 27.

¹⁹ Cfr. L. Palazzani, 2016, 46, 58.

²⁰ S. Cotta, 2004, 33, 116. La pluralità delle possibilità dell'agire umano e la struttura coesistenziale degli esseri umani sono tra le ragioni che rendono indispensabile la giustificazione. Cfr. S. Cotta, 2015, 36.

²¹ Così S. Cotta, 2004, 57-59.

²² P. Grossi, 2003, 19-28.

²³ Cfr. J. Finnis, 1996b, 205.

²⁴ Cfr. G.J. Postema, 1982, 186.

²⁵ J.M. Finnis, 1996a, 343.

reciproche di conformità di coloro che sono soggetti al diritto, impedendo, conseguentemente, il realizzarsi della coordinazione. Il carattere coercitivo del diritto può essere così spiegato: la sanzione opera come deterrente nei confronti di chi non conforma il proprio comportamento a quanto prescritto dalle norme, frustrando le aspettative degli altri (che fanno affidamento sulla reciprocità e sulla generale conformità) e indebolendo il sistema di coordinazione. La funzione della sanzione è quella di scoraggiare i comportamenti difformi rispetto a quelli richiesti dall'autorità, contribuendo a mantenere l'osservanza del diritto, ma è anche quella di indicare la rilevanza del precetto giuridico²⁶.

L'osservanza del diritto è finalizzata, nell'ottica della coordinazione, a garantire e perseguire beni e valori fondamentali della vita personale e sociale. Da questo punto di vista, la legittimità dell'autorità del diritto dipende dai fini che esso assicura e promuove²⁷.

Il senso proprio del diritto consiste nell'essere una modalità di garanzia degli esseri umani, con la loro dignità, quale condizione della coesistenza intersoggettiva. L'obbedienza al diritto è giustificata nella misura in cui viene garantita la dignità di ogni essere umano e di tutti gli esseri umani²⁸. Entra in gioco, qui, la nozione di giustizia.

Il diritto trae la giustificazione della propria obbligatorietà dall'esserci della coesistenza umana²⁹. Il «con-esserci» è espressione della parità ontologica degli esseri umani e della loro insopprimibile relazionalità³⁰. La conformità alla giustizia diventa essenziale³¹. La relazione intersoggettiva costituisce l'essenza della giustizia, che trova espressione nel principio del *suum cuique tribuere*, che, lungi dall'essere una formula vuota, sfociante nella tautologia («a ciascuno deve essere attribuito ciò che deve essergli attribuito»)³², si esplica nell'assunto secondo il quale ciascuno ha sempre qualcosa di propriamente ed esclusivamente suo ed è dunque sempre titolare di qualcosa che ciascun altro ha il dovere di riconoscergli e di dargli. Il *suum cuique*, pertanto, è un principio aperto nei suoi contenuti, relativi alle spettanze proprie di ogni essere umano³³.

Vi è giustizia, quando tutti gli individui sono trattati alla pari e simmetricamente in qualunque concreta determinazione relativa a distribuzioni e/o a compensazioni, quando

²⁶ F. Viola, G. Zaccaria, 1999, 11-13.

²⁷ J. M. Finnis, 1996a, 165-166, 265-266.

²⁸ L. Palazzani, 2016, 58-62.

²⁹ S. Cotta, 2015, 122, 127, 140.

³⁰ S. Cotta, 2015, 155-157.

³¹ Scrive icasticamente S. Cotta, 2004, 124: «l'obbligatorietà del diritto dipende dalla sua giustizia». È, questa, come è ben noto, una modalità del giusnaturalismo.

³² H. Kelsen, 1975, 17-18.

³³ F. D'Agostino, 2006, 6. Scrive, ad esempio, J.M. Finnis, 1996a, 223: «Il moderno vocabolario e la grammatica dei diritti ... sono un versatile strumento con cui riferire e affermare le esigenze, o le altre implicazioni, di una relazione di giustizia *dal punto di vista della persona (o delle persone) che da quella relazione trae beneficio*. Essi forniscono un modo di parlare di "ciò che è giusto" da una speciale angolatura: il punto di vista dell'"altro" a cui qualcosa (compresa, *inter alia*, la libertà di scelta) spetta o è dovuta, e a cui verrebbe fatto un torto se gli venisse negata».

vi è corrispondenza tra diritti e doveri, quando vi è adeguatezza del reciproco rapportarsi delle azioni, quando viene assicurata l'imparzialità del giudizio³⁴. Il valore della giustizia, dunque, non ha a che fare soltanto con i contenuti delle norme e delle istituzioni, ma anche con il modo in cui essi sono individuati, perseguiti, applicati, realizzati³⁵. Giustizia è, così, rifiuto dell'ineguaglianza, dall'arbitrio e, in fondo, dell'inumanità, considerati i diversi ambiti in cui si articolano i rapporti intersoggettivi³⁶, sicché tutti gli individui siano considerati e rispettati come persone.

Il diritto trova legittimazione nella circostanza di riconoscere, dare e garantire a ognuno ciò che gli spetta come persona. La giustizia nell'interazione umana è coesistente all'uso del diritto e alla sua stessa comprensione³⁷. La giustizia appartiene alle condizioni di esistenza del diritto e può essere considerata come il bene proprio della pratica giuridica³⁸: un bene immanente che ha a che fare con il pieno sviluppo della pratica stessa.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

BOBBIO Norberto, 1996, *Il positivismo giuridico* (1961). Giappichelli, Torino.

CANANZI Daniele M., 2015, «Postfazione. Dall'obbligatorietà al diritto naturale vigente. Ermeneutica ed estetica attraverso l'itinerario di S. Cotta». In S. Cotta, *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, 160-184. Studium, Roma.

COTTA Sergio, 1985, *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*. Giuffrè, Milano.

COTTA Sergio, 2004, *Il diritto come sistema di valori*. Edizioni San Paolo, Cinisello Balsamo (MI).

COTTA Sergio, 2015, *Giustificazione e obbligatorietà del diritto*. Studium, Roma (1^a ed. Giuffrè, Milano, 1981).

D'AGOSTINO Francesco, 2006, *Parole di giustizia*. Giappichelli, Torino.

FINNIS John M., 1996a, *Legge naturale e diritti naturali*. Giappichelli, Torino (ed. or. *Natural Law and Natural Rights*. Clarendon Press, Oxford, 1980).

³⁴ S. Cotta, 1985, 141-147; S. Cotta, 2015, 159. Cfr. altresì F. D'Agostino, 2006, 14-15, 19.

³⁵ F. Viola, 2011, 96-97. Non basta dunque fare cose giuste, ma bisogna farle in modo giusto o corretto. La correttezza, in questo senso, è un aspetto ineliminabile del valore della giustizia.

³⁶ Cfr. B. Pastore, 2012, 267, 279-280.

³⁷ F. Viola, G. Zaccaria, 1999, 45, 463.

³⁸ F. Viola, 1993, 78.

FINNIS John, 1996b, «The Truth in Legal Positivism». In *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*, edited by Robert P. George, 195-214. Clarendon Press, Oxford.

GROSSI Paolo, 2003, *Prima lezione di diritto*. Laterza, Roma-Bari.

HART Herbert L.A., 1991, *Il concetto di diritto*. Einaudi, Torino (ed. or. *The Concept of Law*. Oxford University Press, London, 1961).

KELSEN Hans, 1975, *Il problema della giustizia*. Einaudi, Torino (ed. or. *Das Problem der Gerechtigkeit*. Franz Deuticke, Wien, 1960).

KELSEN Hans, 1994, *Teoria generale del diritto e dello Stato*. Etas, Milano (ed. or. *General Theory of Law and State*. Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1945).

LUZZATI Claudio, 1999, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*. Giuffrè, Milano.

PALAZZANI Laura, 2016, *La filosofia per il diritto. Teorie, concetti, applicazioni*. Giappichelli, Torino.

PASTORE Baldassare, 2012, «Giustizia». In *Atlante di filosofia del diritto*, vol. I, a cura di Ulderico Pomarici, 259-280. Giappichelli, Torino.

POSTEMA Gerald J., 1982, «Coordination and Convention at the Foundation of Law». In *Journal of Legal Studies*, 11: 165-203.

RAZ Joseph, 2009, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality* (1979). Clarendon Press, Oxford.

SCHIAVELLO Aldo, 2013, «L'obbligo di obbedire al diritto». In *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, a cura di Giorgio Pino, Aldo Schiavello, Vittorio Villa, 472-504. Giappichelli, Torino.

VIOLA Francesco, ZACCARIA Giuseppe, 1999, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*. Laterza, Roma-Bari.

VIOLA Francesco, 1993, «Ragion pratica e diritto naturale: una difesa analitica del giusnaturalismo». In *Ragion pratica*, 1: 61-81.

VIOLA Francesco, 2011, *Rule of Law. Il governo della legge ieri ed oggi*. Giappichelli, Torino.

L'IMPORTANZA DEL VIAGGIO

LIVIO PERRA*

Abstract: in this paper the author, inspired by the reading of Sergio Cotta, analyses the hypothesis that Montesquieu's travels had influence on the development of *Esprit des Lois*. In particular, he analyses the elements contained in the travel notes by Baron de La Brède and the evolution of the theories in his masterpiece. The journey is not only amusement for Montesquieu, but it becomes an instrument of knowledge to sharpen his thinking and ideas through observation about the society.

Keywords: travel – society – separation of powers – Montesquieu – politics

Introduzione

È da sempre un modo di dire diffuso che viaggiare apra la mente, che il viaggio sia un modo con cui allargare i propri orizzonti, da cui scaturiscono le migliori riflessioni nella mente umana.

L'idea del viaggio come fonte di conoscenza è frequente in letteratura, si pensi ad Antoine de Saint-Exupérie, il quale scrive che il Piccolo Principe lascia la propria stella con il fine di conseguire una sempre maggior conoscenza. La tematica del viaggio è presente anche nella filosofia e quando non si tratta di viaggi reali, si supplisce con viaggi metaforici. Per gli studi antropologici e sociologici è consueto, nella nostra epoca, entrare in contatto e trascorrere periodi con civiltà aborigene in remoti angoli della Terra per osservare e comprenderne usi, costumi, modi di vivere, ad esempio tra i più famosi studi va ricordato quello antropologico di Bronisław Malinowski dei popoli della Melanesia. La tematica del viaggio ha sempre affascinato l'uomo e per questo numerosi romanzi¹, resoconti di viaggi² di studiosi delle più varie materie, lettere e raccolte di lettere dei

* Livio Perra, Professore a contratto di Diritto del lavoro IUS/07, Università degli Studi di Sassari. Email: livio.perra@tiscali.it

¹ Si pensi al romanzo di A. Conan Doyle, 1912.

² Tra le cronache di viaggio più famose v'è senza dubbio quella scritta da J. W. Goethe, 1816-1817.

missionari che hanno vagato in giro per il mondo³, hanno riscosso un notevole successo nel corso dei secoli, un po' per le vicende avvincenti o per la sete di conoscere territori così lontani e diversi dai propri.

Sergio Cotta nella sua opera *Montesquieu e la scienza della società* pone l'accento sull'importanza che il viaggio ha avuto nelle opere di Montesquieu. Il viaggio diventa, addirittura, uno strumento d'indagine pratico imprescindibile nelle opere successive ad esso, scritte dallo stesso Montesquieu. Il viaggio diventa metodo, approccio empirico, fonte di conoscenza. Traendo ispirazione dalle parole del libro *I cosacchi* di Lev Tolstoj ai fini dell'analisi del viaggio di Montesquieu, si può notare come in un lungo viaggio accada che nelle prime tappe l'immaginazione del viaggiatore rimane preda dei concetti e dei modi di pensare del luogo di partenza, per poi improvvisamente evolversi verso la mèta del viaggio e costruire i «castelli in aria dell'avvenire». Indubbiamente è da ritenere esatta la lettura di Cotta che vede negli scritti minori dei viaggi di Montesquieu le basi di riflessione che hanno portato all'*Esprit des Lois*.

1. I motivi del viaggio

Il 5 aprile 1728 Montesquieu parte per un viaggio attraverso l'Europa, accompagnato per una parte fino a Vienna dall'amico Lord Waldegrave, portando con sé un taccuino dove annotare le proprie note di viaggio con impressioni e considerazioni. Sergio Cotta riferisce che non si riscontra una risposta di Montesquieu né nei suoi scritti né nella sua corrispondenza sul perché del viaggio. L'analisi di Cotta sulle motivazioni parte dalle considerazioni che non si tratta di un viaggio di un giovane che voleva completare la propria educazione⁴, non si tratta nemmeno di motivi economici o di ricerca della fama, essendo Montesquieu al culmine della propria fama e avendo una situazione economica solida, fino a spingersi verso ipotesi particolari. Cotta partendo dal saggio scritto intorno al 1727 da Montesquieu *De la considération et de la réputation* sottolinea un'osservazione psicologica. Montesquieu scrive che la considerazione è il segno della «pubblica stima», frutto del merito personale. La reputazione è frutto di un momento ed è complicato mantenerla. Così, osserva Cotta, Montesquieu, che vede calare la propria reputazione ottenuta con il successo delle *Lettres Persanes*, poiché con il passare del tempo non ha scritto ancora altre opere rilevanti, decide di partire. Il viaggio si pone, dunque, come occasione per scrivere qualcosa di nuovo per rinvigorire la reputazione. Altra ipotesi su cui si sofferma Cotta è quella di un Montesquieu che con la sua nobiltà d'animo del servire al meglio i propri concittadini, si pensi alle mire di ricoprire «un posto in diplomazia», volesse attraverso il viaggio far interagire le proprie conoscenze teoriche

³ Nell'*avertissement du libraire* di M. J., 1773, si trova un'importante considerazione sulle *Lettres édifiantes*, è scritto che nelle lettere dei missionari in Cina ed in altri paesi dell'Asia: «on y trouvoit abondamment tout ce qui pouvoit flatter la curiosité d'un Lecteur avide d'apprendre».

⁴ All'epoca Montesquieu ha 39 anni.

con la vita empirica. Montesquieu, secondo Cotta, vuole accrescere il proprio sapere perfezionandosi e affinando le proprie idee non tanto per la reputazione, ma per la duratura considerazione.

2. Gli interessi, gli obiettivi e il metodo

Montesquieu sicuramente trae spunto dai resoconti di viaggio di cui è appassionato lettore. Cotta rileva come elementi per affermare la conoscenza di queste relazioni di viaggio si possono scorgere nelle *Lettres Persanes* e nel *Traité des devoirs*. A detta di Cotta, certamente Montesquieu conosceva le relazioni di viaggio di Chardin sulla Persia, di Sir Paul Rycaut sulla Turchia, il viaggio di Tournefort in Levante, i viaggi di Tavernier in Turchia, in Persia e nelle Indie, la relazione del Perry sulla Russia e le *Lettres édifiantes* dei missionari gesuiti.

Nello specifico l'intento di Montesquieu è quello di ricercare nuovi dati, allargare l'orizzonte di indagine, conoscere le abitudini e la morale dei popoli. L'interesse che muove maggiormente Montesquieu verso la necessità del viaggio è senz'altro quello di confrontare il proprio pensiero con l'osservazione diretta della realtà. Montesquieu raccoglie attentamente le informazioni, osserva in particolare le cose e le persone viste. Egli non manca di annotare il contenuto di libri⁵ e giornali che trova e legge durante il proprio viaggio. Mette per iscritto, inoltre, tutte le risposte che danno ambasciatori, cardinali, ministri, missionari, artisti e scienziati alle sue domande.

Tra quanto diventa oggetto di osservazione del Montesquieu, oltre all'arte, alle persone, alla cultura, grande importanza assume lo sguardo e l'analisi della società.

Pur non sapendo di preciso i motivi da cui abbia preso le mosse l'idea del viaggio di Montesquieu, lo stesso Cotta nella sua attenta analisi riferisce che sui motivi sono date solo ipotesi, il viaggio si rivela una grande fonte d'ispirazione per Montesquieu nelle opere che realizza successivamente. Un'attenta osservazione delle dinamiche sociali, una valutazione dei fenomeni sullo sfondo della cultura in cui si esplicano, delle cause fisiche quali ad esempio il clima, un non eccessivo biasimo per quanto non viene condiviso nel modo di pensare di Montesquieu, allargano le sue vedute, ampliando il campo d'indagine e mettendo alla prova le idee con la realtà che osserva. Montesquieu pone l'occhio sui problemi economici e finanziari, come il commercio. Nel cercare di definire il carattere degli uomini prende in considerazione i fatti fisici, morali ed economici, in particolare osserva le differenze tra le classi sociali ed i loro fattori economici. Una particolare attenzione viene riservata da Montesquieu per la politica, nello specifico prende nota sulle forme di governo dei vari Stati che visita.

⁵ Si pensi al manoscritto attribuito a Fra Paolo Sarpi sul governo veneto e sui mezzi per perpetuarne la gloria che Montesquieu dice di aver trovato a Venezia e del quale riporta un riassunto.

3. Le influenze del viaggio nell'*Esprit des Lois*

Vari sono gli spunti di riflessione, i dati raccolti da Montesquieu nei suoi viaggi che hanno contribuito all'*Esprit des Lois*. Scrive a tal proposito Cotta:

Quand'anche Montesquieu avesse avuto in origine un intento letterario autonomo nel prender le sue note di viaggio, questo gli si è dissolto successivamente perché quelle note hanno trovato la loro funzione nella più vasta impresa della costruzione del sistema dell'*Esprit des Lois*, cui non solo hanno offerto un ricco materiale di dati, ma di cui hanno [...] contribuito per la loro parte ad elaborare il metodo di trattazione scientifica dei problemi sociali⁶.

Montesquieu, che per via dei propri studi crede che la repubblica sia la forma di governo retta dalla virtù⁷, si scontra con la decadenza della repubblica in Italia. L'esperienza osservata è quella di Venezia in cui vi sono troppe leggi per l'avvicinarsi delle cariche e di Genova dove la potenza della repubblica non è più quella di un tempo, le casse dello Stato sono vuote, il popolo è messo ad una parte e tra i nobili vi sono alcuni tiranni che si muovono al di sopra della legge. È deludente la visione dell'Olanda, dove il commercio rovina l'ideale di virtù che Montesquieu aveva in mente, corrompendo gli animi e portando gli uomini all'avidità e all'avarizia. Secondo Cotta, questa visione della repubblica così lontana dall'ideale di virtù ha fatto sì che Montesquieu guardasse con un occhio meno severo alla monarchia inglese nel suo viaggio. Non sono del tutto esperienze negative, ad esempio, l'Olanda ispira a Montesquieu il discorso sugli Stati federali nell'*Esprit des Lois*. In Austria Montesquieu ha la possibilità di parlare con il principe Eugenio di Savoia, il conte di Wurmbrand e il conte Kinski. Montesquieu riferisce poi nei *Pensées* di essersi voluto recare in Ungheria per osservarne le usanze, considerato che in Ungheria si è mantenuto in quell'epoca il sistema feudale come era presente in molti Stati europei anni prima.

Quando Montesquieu giunge nella repubblica di Lucca si interessa al sistema di rotazione delle cariche, di cui parlerà anche nell'*Esprit des Lois*. In Germania, desideroso di verificare come sia la convivenza tra diverse religioni cristiane, analizza il sistema introdotto con la pace di Westfalia e tra le conseguenze politico-religiose definisce la parità giuridico-politica, determinata dalla suddivisione dei magistrati tra le confessioni cristiane che si controllano a vicenda, motivo di libertà dei cittadini. Montesquieu, dopo il primo sguardo un po' scettico verso la monarchia inglese, osserva subito l'ideale dialettico di libertà posto alla base della vita politica che fornisce un valido strumento per controllare l'operato degli organi che compongono lo Stato. Una libertà che deriva dal fatto che anche il sovrano è soggetto alla legge. Montesquieu osserva varie sedute della

⁶ S. Cotta, 1953, 232.

⁷ Montesquieu, 1748, avverte preliminarmente che chiama virtù in riferimento alla repubblica «l'amor di patria, l'amore per l'uguaglianza». Non si tratta di una virtù morale o cristiana, ma la definisce «virtù politica».

Camera e sostiene che le leggi inglesi tendono a garantire la libertà dei propri cittadini, cioè essi sono posti nelle condizioni di controllare l'operato delle Camere e del Sovrano. Egli osserva i giochi e gli equilibri di questo sistema, avendo cura di tener presente i possibili rischi e pericoli, e scoprendo e riconoscendo la tecnica della libertà politica. Nell'*Esprit des Lois* Montesquieu è illuminato dalla propria esperienza di viaggio inglese per affermare e sostenere la teoria della separazione dei poteri. Tale teoria è motivata da Montesquieu con l'assunto che il potere assoluto se diviso in più poteri produrrà meno abusi.

4. L'influenza del viaggio nello sviluppo della teoria delle forme di governo

Montesquieu, come sottolinea Ettore Levi-Malvano, conosce benissimo la tradizione che lo precede:

Come quasi tutti i grandi geni del secolo decimottavo, è un genio per eccellenza assimilatore. Nutrito di letture immense, egli ha sviscerato tutta la letteratura politica a lui antecedente, ha mediato sulle idee di tutti i suoi antecessori. Ha quindi preso da loro quei concetti che naturalmente entravano a far parte nell'insieme delle sue teorie e da cui naturalmente si svolgevano altri suoi concetti⁸.

Il barone de La Brède parte con il bagaglio culturale e il nozionismo dell'epoca, ma non è del tutto arroccato su di esso. È pronto a mettere in discussione le sue convinzioni, a ricredersi se necessario, a rafforzare le idee già formatesi nel caso di un eventuale riscontro positivo. Quanto fatto oggetto di lettura da Montesquieu, in una chiave metodologica rigorosa, deve essere verificato, toccato con mano nella sua dimensione applicata nella pratica e per far ciò egli intraprende il proprio viaggio. Il viaggio è sviluppo originale del metodo, completamento al *modus operandi*.

Montesquieu prende spunto nella scelta del metodo sperimentale applicato ai fenomeni politici dalla *Politica* di Aristotele e dalle opere di Niccolò Machiavelli: occuparsi della realtà com'è e non di come dovrebbe essere⁹, cioè compiere con rigorosa esattezza un'indagine oggettiva della realtà¹⁰ ed il viaggio offre una realtà più ampia da osservare, una maggiore varietà e sfaccettatura della vita sociale e politico istituzionale.

Montesquieu, nei suoi viaggi, verifica, perfeziona e sviluppa la teoria del clima di Jean Bodin¹¹. Se si aggiunge l'appunto di Machiavelli che il legislatore deve opporsi all'azione

⁸ E. Levi-Malvano, 1912, 132.

⁹ Quest'approccio sociologico allo studio delle leggi e delle forme di governo gli costa il consenso dei filosofi illuministi.

¹⁰ Non sempre questo rigore è indenne da giudizi nell'*Esprit de Lois*, ma Montesquieu si pone questo metodo come regola e si osserva una tensione importante verso il suo rispetto.

¹¹ Si vedano J. Bodin, 1566 e J. Bodin, 1576.

negativa del clima, si nota il divenire nel Montesquieu del perno su cui egli fa ruotare la teoria delle cause fisiche e morali.

Montesquieu condivide di Machiavelli l'ammirazione per l'antica Roma e l'idea della religione come strumento di governo¹², ma dissente sul contributo del caso e della fortuna alla grandezza dei Romani, preferisce ricondurla alle qualità del popolo e ai suoi ordinamenti. Montesquieu, dallo studio dei Romani, riscopre in loro quell'idea, anche di machiavelliana ispirazione e lettura, della virtù come fondamento della repubblica, e la sviluppa fino a giungere alla teoria dei tre principi delle forme di governo: la virtù nella repubblica, l'onore nella monarchia, la paura nel dispotismo.

Montesquieu rifiuta l'esplicitazione nel Machiavelli, trattatista della tirannide, delle idee del rinascimento italiano che considera individualistiche e amorali¹³, fugge, cioè, dall'accezione della politica come un qualcosa privo di principi morali o superiori. Pierre-Louis Moreau de Maupertuis scrive che Montesquieu rinviene «le regole applicabili in base alla natura del governo; la soluzione di ciò che in ciascuna potrebbe prospettarsi all'improvviso, la conoscenza dei suoi vantaggi, dei suoi difetti e delle sue possibilità»¹⁴ e dà consigli al legislatore affinché diffidi anche di se stesso, soggetto alle passioni umane, e si vesta di parsimonia e semplicità nella produzione normativa.

Nell'*Esprit des Lois* è sviluppata la teoria dei tre poteri con suggestioni di Aristotele e John Locke¹⁵. Lo stupore e il fascino di questa idea giungono agli occhi di Montesquieu nel soggiorno in Inghilterra, dove si esplica il gioco di equilibrio tra i poteri della monarchia britannica.

Tra gli autori successivi¹⁶, mentre Hans Kelsen ritiene superflua la distinzione in tre poteri e considera come distinzione importante quella tra la creazione e l'applicazione delle leggi, invece Sun Yat-sen individua cinque poteri (*executive, legislative, judicial, censorship, examination*)¹⁷. Ai tre poteri Sun Yat-sen ne aggiunge due: il primo consiste nel controllo della conformità dell'attività del governo alle leggi statali [*censorship*] e il secondo nella selezione tramite concorsi di coloro da impiegare nell'amministrazione pubblica [*examination*].

¹² La religione pagana, che mira più alla dimensione terrena e materiale rispetto al cristianesimo, contribuisce alla grandezza di Roma, perché mantiene negli uomini «l'amore della libertà».

¹³ In Montesquieu alberga al contempo un sentimento di machiavellismo e antimachiavellismo. Dalla repulsione per i discorsi sulla tirannide, sorge un sentimento antimachiavellistico. Si pensi a Voltaire, molto critico verso l'*Esprit de Lois*, ma che non esita ad aiutare Federico II con l'*Anti-machiavel*. Altri studiosi francesi leggono le opere di Machiavelli per capire le basi di alcuni concetti di Montesquieu.

¹⁴ P.-L. Moreau de Maupertuis, [1755] 2011, 93. Moreau aggiunge che la descrizione del dispotismo asiatico è un sufficiente «antidoto» al dispotismo e sottolinea i saggi consigli di Montesquieu per preservare la democrazia.

¹⁵ Si vedano Aristotele, IV secolo a.C. e J. Locke, 1690.

¹⁶ Si veda H. Kelsen, [1945] 1949, 269.

¹⁷ Si veda S. Chen e R. Payne, 1946, 181.

5. Conclusioni

Sotto l'influsso del testo di Sergio Cotta, nel presente lavoro si è osservato come per Montesquieu il viaggio sia diventato uno strumento utilissimo per la realizzazione della sua opera *l'Esprit des Lois*. Tutto quanto scritto da Montesquieu sul proprio viaggio è stato considerato come rientrante nelle opere minori dello stesso autore. Se si considera, però, il ruolo centrale che hanno avuto nel pensiero di Montesquieu sono di un'importanza non trascurabile. Come afferma Cotta, la grandezza del Montesquieu sta nel riuscire a liberarsi dei propri preconcetti, affinare le proprie idee e l'incessante voglia di capire e di conoscere usi, costumi e tradizioni dei popoli, le loro forme di governo. È un Montesquieu che non giudica la decadenza delle repubbliche e non esalta i successi della monarchia inglese, ma cerca di fare tesoro di tutto ciò che osserva e che legge. Si tratta di un viaggio che diviene ricerca, che trova la sua reale natura di *modus operandi*, di strumento essenziale nella ricerca: calare nel vero, osservare il reale, la realtà per affinare ogni discorso teorico, ogni ragionamento consapevolmente. Lo stesso Montesquieu, come osserva Cotta, afferma di essersi voluto recare in terra magiara per vedere da vicino il sistema feudale conservatosi in quel Paese fino alla sua epoca. Montesquieu osserva criticamente le repubbliche di Venezia, Genova e quella Olandese ricercando i motivi e le ragioni che portano alla loro decadenza. Si rivela un Montesquieu a volte deluso, ma non troppo, la realtà che scruta lo porta sino all'oltremarina per osservare i giochi di equilibrio delle forze nella monarchia inglese. Montesquieu tempesta di domande e si appunta le risposte di vescovi, diplomatici, ministri dei popoli che visita. Si stupisce di fronte ai prodigi dell'arte in Italia. Il viaggio diventa un notevole strumento d'indagine della realtà sociale, economica e politica. In questo modo è come se Montesquieu volesse raccogliere, conservare e tramandare le migliori idee che trova nel suo cammino. La riflessione di Cotta secondo cui molto dei *voyages* è trasfuso e filtrato nella redazione più tarda dell'*Esprit des Lois* è certamente azzeccata. Numerosi sono gli esempi che Montesquieu trae dai propri viaggi, molte sono le idee perfezionate dall'osservazione effettuata presso i popoli nel suo «vagare» per l'Europa e trasfuse nella carta della sua più famosa opera. Quali siano i motivi esatti che hanno spinto Montesquieu a compiere il suo viaggio non è dato saperlo, lo stesso Cotta sottolinea come non vi sia qualcosa di scritto che lo precisi, possono essere solo fatte alcune ipotesi, ma ciononostante al di là dei motivi reali, sta di fatto che consapevole o meno Montesquieu ha affinato le proprie idee, ha avuto una crescita di pensiero notevole, ha maturato un senso pratico e critico che lo ha portato a realizzare forse la sua opera più importante che ancora oggi viene letta e commentata ed apprezzata.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

ARISTOTELE, [IV secolo a.C.] 1853, *Trattato della politica di Aristotele*, trad. it. di Matteo Ricci. Coi tipi di Felice Le Monnier, Firenze.

ASCANIO Alfredo, 2010, «El objeto del turismo¿Una posible ciencia social de los viajes?». In *Pasos. Revista de Turismo y Patrimonio Cultural*, vol. 8, n. 4: 633-641, in: http://pasosonline.org/Publicados/8410/PS0410_16.pdf.

BODIN Jean [Ioan Bodini], 1650, *Methodus ad facilem historiarum cognitionem* [1566]. Sumptibus Joannis Ravesteiny, Amstelaedami.

BODIN Jean [Ioan Bodini], 1577, *Les six livres de la Repvblique* [1576]. Chez Jacques du Puys, Libraire luré, à la Samaritaine, Paris.

BODIN Jean [Ioan Bodini], 1586, *De Repvblica libri sex* [1576]. Iacobvm Dv-Pvys sub signo Samaritanae, Parisiis.

BODIN Jean [Giovanni Bodino], 1588, *I sei libri della Repvblica* [1576], trad. it. di L. Conti. Girolamo Bartoli, Genova.

BODIN Jean [Ioan Bodini], 1609, *De Repvblica* [1576]. Typographro Nicolai Hofmanni, Impensa Haeredum Petri Fischeri, Francofvrti.

CASTRO ORELLANA Rodrigo, 2008, «Filósofos y Viajeros. El Pensamiento como Extravío». In *Astrolabio. Revista internacional de filosofía*, n. 6: 1-12, in: <http://ub.edu/astrolabio/Articulos6/Castro-filosofos-viajes.pdf>.

CHARDIN Jean, 1711, *Voyages de monsieur le chevalier Chardin, en Perse, et autres lieux de l'orient*. Vol. 10. Chez Jean Louis de Lorme, Amsterdam.

CONAN DOYLE Sir Arthur, 1912, *The Lost World*. Hodder & Stoughton/George H. Doran Company, New York.

CHEN Stephen e PAYNE Robert, 1946, *Sun Yat-sen. A Portrait*. Asia Press Book, New York.

COTTA Sergio, 1953, *Montesquieu e la scienza della società*. Ramella, Torino.

DESTUTT DE TRACY Antoine Louis Claude, 1819, *Commentaire sur l'Esprit des Lois de Montesquieu* [1817]. Chez Théodore Desoer, Paris.

FILOMUSI GUELFI Francesco, 1873, *La dottrina dello Stato nell'antichità greca nei suoi rapporti con l'etica*. Stabilimento tipografico dell'Ancora, Napoli.

FIRTH Raymond (a cura di), 1960, *Man and Culture. An evaluation of the work of Bronisław Malinowski* [1957]. Routledge & Kegan Paul, London.

FRÉDÉRIC II [Frederick II], 1741, *Anti-Machiavel, ou Essai de critique sur le Prince de Machiavel* [1740]. Chez Jaques La Caze, Amsterdam.

FRÉDÉRIC II [Friedrich des Zweiten], 1834, *Anti-Machiavel, ou Examen du Prince de Machiavel* [1740]. Chez Frédéric Perthes, Hambourg.

GOETHE Johann Wolfgang von, 1862, *Italianische Reise* [1816-1817]. Cotta'scher Verlag, Stuttgart.

GOETHE Johann Wolfgang von, 1910, *Italianische Reise* [1816-1817]. Vol. 1. Verlag von Klinkhardt & Biermann, Leipzig.

KELSEN Hans, 1949, *General Theory of Law and State* [1945]. Harvard University Press, Cambridge.

KELSEN Hans, 2009, *Teoria generale del diritto e dello Stato* [1945], trad. it. di S. Cotta e G. Treves. Etas, Milano.

LEVI-MALVANO Ettore, 1912, *Montesquieu e Machiavelli*. Librairie Ancienne Honoré Champion, Paris.

LOCKE John, 1773, *Il governo civile* [1690], trad. it. di Marcello. Amsterdam.

LOCKE John, 1887, *Two Treatises on Civil Governement* [1690]. George Routledge and Sons, London.

M. J. [anonimo] (a cura di), 1773, *Lettres édifiantes et curieuses. XXIX Recueil*. Chez Ruault, Paris.

MACHIAVELLI Niccolò, 1913, *Il principe* [1513]. G.C. Sansoni Editore, Firenze.

MALINOWSKI Bronisław, 1989, *A diary in the strict sense of the term* [1967]. The Atlone Press, London.

MALINOWSKI Bronisław, 1989, *Diario de campo en Melanesia* [1967], trad. spagn. di A. Cardin. Júcar, Madrid.

MONTESQUIEU [Charles-Louis de Secondat baron de La Brède et de Montesquieu], 1875, *Lettres persanes* [1721]. Garnier Frères, Paris.

MONTESQUIEU [Charles-Louis de Secondat baron de La Brède et de Montesquieu], 1981, *Lettere Persiane* [1721], trad. it. di A. Ruata. Feltrinelli, Milano.

MONTESQUIEU [Charles-Louis de Secondat baron de La Brède et de Montesquieu], 2008, *Persian Letters* [1721], trad. ingl. di Margaret Mauldon. Oxford University Press, New York.

MONTESQUIEU [Charles-Louis de Secondat baron de La Brède et de Montesquieu], 1810, *Considérations sur les causes de la grandeur des romains, et de leur decadence* [1734]. De l'imprimerie de Mame, Frères, Paris.

MONTESQUIEU [Charles-Louis de Secondat baron de La Brède et de Montesquieu], 1803, *De l'Esprit de Lois* [1748]. Vol. 4. Imprimerie et fonderie stéréotypes de Pierre Didot l'aîné, et de Firmin Didot, Paris.

MONTESQUIEU [Charles-Louis de Secondat baron de La Brède et de Montesquieu], 1803, *De l'Esprit de Lois* [1748]. Vol. 5. Imprimerie et fonderie stéréotypes de Pierre Didot l'aîné, et de Firmin Didot, Paris.

MONTESQUIEU [Charles-Louis de Secondat baron de La Brède et de Montesquieu], 1831, *De l'Esprit de Lois* [1748]. Vol. 2. P. Pourrat frères éditeurs, Paris.

MONTESQUIEU [Charles-Louis de Secondat baron de La Brède et de Montesquieu], 1831, *De l'Esprit de Lois* [1748]. Vol. 3. P. Pourrat frères éditeurs, Paris.

MONTESQUIEU [Charles-Louis de Secondat baron de La Brède et de Montesquieu], 1906, *El espíritu de las leyes* [1748], trad. in castigliano di Siro García Del Mazo, Vol. 1. Librería General de Victoriano Suárez, Madrid.

MONTESQUIEU [Charles-Louis de Secondat baron de La Brède et de Montesquieu], 1906, *El espíritu de las leyes* [1748], trad. in castigliano di Siro García Del Mazo, Vol. 2. Librería General de Victoriano Suárez, Madrid.

MONTESQUIEU [Charles-Louis de Secondat baron de La Brède et de Montesquieu], 1914, *The Spirit of Laws* [1748], trad. ingl. di Thomas Nugent. Bell & Sons, Ltd., London.

MONTESQUIEU [Charles-Louis de Secondat baron de La Brède et de Montesquieu], 1995, *De l'Esprit des Lois* [1748]. Éditions Gallimard, Paris. In: http://classiques.uqac.ca/classiques/montesquieu/de_esprit_des_lois/de_esprit_des_lois_tdm.html.

MONTESQUIEU [Charles-Louis de Secondat baron de La Brède et de Montesquieu], 1750, *Defense de l'Esprit de Lois*. Chez Barrillot & Fils, Geneve.

MONTESQUIEU [Charles-Louis de Secondat baron de La Brède et de Montesquieu], 1891, *Deux opuscules de Montesquieu*. G. Gounouilhou, Bordeaux / J. Rouam & C^e, Paris.

MONTESQUIEU [Charles-Louis de Secondat baron de La Brède et de Montesquieu], 1892, *Mélanges inédits de Montesquieu*. G. Gounouilhou, Bordeaux / J. Rouam & C^e, Paris.

MONTESQUIEU [Charles-Louis de Secondat baron de La Brède et de Montesquieu], 1894, *Voyages de Montesquieu*. Vol. 1. G. Gounouilhou, Bordeaux.

MONTESQUIEU [Charles-Louis de Secondat baron de La Brède et de Montesquieu], 1896, *Voyages de Montesquieu*. Vol. 2. G. Gounouilhou, Bordeaux.

MONTESQUIEU [Charles-Louis de Secondat baron de La Brède et de Montesquieu], 1897, «Pensées et fragments inédits de Montesquieu». In *Revue Philomatique de Bordeaux et du Sud-Ouest*, n. 1: 1-8.

MONTESQUIEU [Charles-Louis de Secondat baron de La Brède et de Montesquieu], 2012, *My Thoughts* [1899] trad. ingl. di Henry C. Clark. Liberty Fund, Inc., Indianapolis.

MOREAU DE MAUPERTUIS Pierre-Louis, 2011, «Elogio di Montesquieu» [1755]. Letto all'Accademia Prussiana delle Scienze di Berlino nella seduta del 5 giugno 1755. In *Montesquieu.it. Rivista elettronica annuale del Dipartimento di Filosofia dell'Università di Bologna*, n. 3: 83-101, in: <http://www.montesquieu.it/files/Riviste/numero3.pdf>.

NOYA Antonio, 1869, *La politica di Niccolò Machiavelli. Discorso*. Estratto dalla *Palestra*, Anno II, Vol. 2, punt. 4. Tipografia di Ferd: Petruzzelli e figli, Bari.

PALTSITS Victor Hugo, 1900, *Contributions to the Bibliography of the "Lettres Edifiantes"*. Imperial Press, Cleveland.

PLATONE 1832, *La repubblica ovvero la giustizia* [390-360 a. C.], trad. it. di Pamfilo Fiorimbene. Giuseppe Brancadoro e C., Roma.

PLATONE 1995, *Repubblica o Sulla Giustizia* [390-360 a. C.]. Feltrinelli, Milano.

RYCAUT Paul, 1670, *Histoire de l'état Présent de l'Empire ottoman* [1668], trad. franc. di Pierre Briot. Chez Sebastien Mabre-Cramoisy, Paris.

RYCAUT Paul, 1676, *Histoire de l'état Présent de l'Empire ottoman* [1668], trad. franc. di Pierre Briot. Vol. 2. Chez Pierre de Marteau, Cologne.

SAINT-EXUPÉRY Antoine Jean Baptiste Marie Roger de, 1996, *Le petit prince* [1943]. Angelo Signorelli Editore, Roma.

SARMIENTO Domingo Faustino, 1849, *Viajes por Europa, Africa i América*. Imprenta de Julio Belin i Compañia, Santiago.

SARPI Fra Paolo [autore supposto], 1760, *Memoria inedita, presentata al Senato veneto dal celebre Fra Paolo Sarpi, intorno al modo da tenersi dalla repubblica per il buono e durevol governo del suo Stato [Opinione come debba governarsi internamente ed esternamente la repubblica di Venezia]*. Pietro Mortier, Colonia.

SUCHET Abbé Jacques, 1840, *Lettres édifiantes et curieuses sur l'Algérie*. A^d Mame et C^{ie}, Tours.

TAVERNIER Jean-Baptiste, 1678, *The six voyages of John Baptista Tavernier* [1675], trad. ingl. di John Phillips. R. L. and M. P., London.

TOLSTOJ Lev, 1992, *I cosacchi* [1863]. Mondadori, Milano.

TOURNEFORT Joseph Pitton de, 1741, *A Voyage into the Levant* [1717], trad. ingl. di John Ozell. Vol. 3. D. Midwinter, R. Wars, C. Rivington, A. Ward, J. and P. Knapton, T. Longman, R. Hett, C. Hitch, S. Austen, J. Wood, and J. and H. Pemberton, London.

TRIANAFILLIS Costantino, 1878, *Nuovi studi su Nicolò Machiavelli. "Il Principe"*. Tipografia del tempo, Venezia.

VOLTAIRE [François-Marie Arouet], 2011, «Spirito delle leggi» [1771]. In *Montesquieu.it. Rivista elettronica annuale del Dipartimento di Filosofia dell'Università di Bologna*, n. 3: 103-116, in: <http://www.montesquieu.it/files/Riviste/numero3.pdf>.

WASHINGTON Irving, 1854, *Vida y viajes de Cristobal Colón* [1827]. Gaspar y Roig, Madrid.

SERGIO COTTA E AUGUSTO DEL NOCE: SULLA «CIVILTÀ TECNOLOGICA»

MICHELE ROSBOCH*

Abstract: the paper points out some elements of the exchange between Sergio Cotta and Augusto Del Noce. Such an exchange has stand out a significant time since fifties of the XX century, with particular regard to the events of the so-called «technical society». Each of them has been particularly interested in the topic, describing – with different undertone – the features, the opportunities and the dangers for the humanity. It represents both for Cotta and Del Noce a very important aspect of the modernity and the relevant changes. The two authors offer significant input for alternative approach and for crossing the relevant ideologies also through the recovery of immutable values.

Keywords: Sergio Cotta – Augusto Del Noce – technical society – modernism – values

La meritoria iniziativa di ricordare con una raccolta di saggi il decennale della scomparsa di Sergio Cotta è stata l'occasione di rileggere alcune pagine significative del grande filosofo del diritto piemontese che hanno costituito oggetto di un elevato «dialogo» a distanza con Augusto Del Noce. Senza alcuna pretesa di completezza, si tratta qui di proporre semplicemente alcuni spunti a proposito di aspetti non marginali del pensiero di due fra le maggiori personalità del pensiero cattolico italiano (e forse europeo...) del XX secolo¹.

Certamente numerose sono state, nel corso di decenni di frequentazione, le occasioni di dialogo scientifico e non solo fra Cotta e Del Noce (accomunati – oltre che dal loro convinto cattolicesimo – dalle origini piemontesi delle loro famiglie, dalla solida formazione filosofica e dall'approdo finale delle carriere accademiche nella «Sapienza»

* Michele Rosboch, Professore associato di Storia del diritto italiano ed europeo IUS/19, Università degli Studi di Torino. Email: michele.rosboch@unito.it

¹ Rinviando per i riferimenti all'opera di Sergio Cotta (1920-2007), faccio riferimento ai saggi ed ai rimandi generali contenuti nella presente raccolta di studi; per la biografia e le opere di Augusto Del Noce (1910-1989), per tutti (e con ulteriori indicazioni): G. Riconda, 2007; colgo l'occasione per segnalare la significativa edizione in lingua inglese di alcuni fra i suoi scritti più significativi: A. Del Noce, 2014. Di rilievo sono anche i recenti contributi pubblicati nella «Rivista di Politica» del 2016: cfr. P. Armellini, 2016, 71-86 e F. D'Agostino, 2016, 59-70. Da ultimo mi permetto di richiamare M. Rosboch, 2016.

romana), ma un punto di rilievo del loro simposio – talvolta anche «critico» – è costituito dalla pubblicazione del volume di Cotta su *La sfida tecnologica* (1968), ripreso da Augusto Del Noce specialmente nei saggi su *Civiltà tecnologica e cristianesimo* e *La morale comune dell'ottocento e la morale di oggi*, poi confluito nel volume *L'epoca della secolarizzazione* (1970)².

Naturalmente ci furono altri espliciti punti di contatto e di convergenza culturale e scientifica fra i due autori: su tutti la condivisione dell'interesse per Jean-Jacques Rousseau come esponente assai significativo del pensiero politico moderno e la partecipazione a studi dedicati al tema della violenza verso la fine degli anni Settanta³.

Inoltre, sempre come ambiti di intersezione culturale e di incontro fra Sergio Cotta e Augusto Del Noce vanno ricordati, su tutti i «Colloqui» promossi per quasi vent'anni da Enrico Castelli a Roma, a cui hanno preso parte nel corso degli anni personalità di primo piano nel panorama scientifico italiano, come Giuseppe Capograssi⁴, oltre alla loro convinta partecipazione ai comitati promossi per l'abrogazione referendaria delle leggi sul divorzio e sulla legalizzazione dell'aborto.

In tali ambiti sono sorti, senza dubbio, sentimenti di stima reciproca e di sincera amicizia, testimoniati anche dallo scambio di scritti e la loro esplicita menzione nei rispettivi lavori; per tutti riporto una esplicita osservazione di Del Noce a proposito di comuni interessi di filosofia della politica: «L'amico Sergio Cotta, che tra gli studiosi non solo italiani di Rousseau è tra i più competenti, mi ha gentilmente comunicato un suo manoscritto su Filosofia e Politica in Rousseau, da cui questa mia veduta si trova pienamente confermata»⁵.

Vediamo ora il nodo principale della «dialettica» di pensiero fra i due maestri: si tratta di alcune riflessioni condotte soprattutto negli anni Sessanta del secolo scorso a proposito della civiltà tecnologica e della sua collocazione nel percorso storico della modernità. Emblematicamente essa è l'oggetto di una delle opere più significative di Sergio Cotta, *La sfida tecnologica* (pubblicata per i tipi de il Mulino nel 1968)⁶.

L'evoluzione della tecnologia costituisce, infatti, il principale nodo filosofico-giuridico dell'epoca attuale, caratterizzato da numerose antinomie e destinato a mettere in discussione assetti consolidati e di essere banco di prova delle differenti visioni del

² Anche quest'opera è in via di pubblicazione in lingua inglese, sempre per la meritoria iniziativa di Carlo Lancellotti; per completezza va osservato che dopo *La sfida tecnologica* Cotta proseguì la sua riflessione sul tema con la pubblicazione del libro *L'uomo tolemaico* (1975), a cui però i successivi scritti di Del Noce non fanno espresso riferimento.

³ S. Cotta 1997; A. Del Noce, 1980.

⁴ Ne riferisce puntualmente nel suo ricordo del maestro Bruno Romano: cfr. Romano 2007, 174; per Augusto Del Noce Enrico Castelli (1900-1977) fu un punto di riferimento molto significativo, fin dalla collaborazione di Del Noce alle attività come borsista presso l'Istituto di Studi Filosofici di Roma (a partire dal 1941): in generale cfr. A. Del Noce, 1992, 589-615. Significativa è anche la comune partecipazione di Sergio Cotta e Augusto Del Noce alle iniziative del Centro di Studi Filosofici di Gallarate.

⁵ A. Del Noce, 1990, 362.

⁶ Si tratta di una raccolta di saggi concepiti e rivisitati a partire dal 1964 con lo scopo di: «Comprendere la situazione del nostro tempo nel suo aspetto decisivo: la trasformazione tecnologica» (5).

mondo; «Seguendo la linea di quella realistica sapienza cristiana che rifiuta manicheismo e pelagianesimo, che non considera unilateralmente l'uomo»⁷, l'Autore prende quindi in esame i fondamenti e i caratteri della «sfida» portata dalla nuova situazione tecnologica contemporanea, fino ad individuare – non senza travagli – possibili risposte e soluzioni⁸.

In particolare l'impostazione di Cotta mette in rilievo l'inconsistenza sia della diffusa «letteratura della crisi», sia dello speculare trionfalismo dell'epoca contemporanea, evidenziando piuttosto i caratteri di ambiguità e di uno sviluppo tecnologico destinato – in ogni caso – a proseguire e diffondersi in un contesto di vera e propria «accelerazione della storia» (72)⁹.

Esaminando, poi il nesso fra scienza, tecnica e attività produttive, si viene a descrivere i caratteri fondamentali di una vera e propria «età tecnologica», capace di incidere sia sulla vita politica sia sulla mentalità della corrispettiva «società tecnologica»; essa stessa, peraltro, non si caratterizza univocamente, ma è determinata – piuttosto – da scelte culturali ed antropologiche di fondo, che vengono a differenziare i suoi percorsi e i suoi possibili sviluppi: qui la ricostruzione di Cotta incontra un punto importante del pensiero di Del Noce, con riguardo al problema dell'ateismo ed alla cosiddetta «irreligione occidentale»: «Non si può dimenticare che la tecnica, come ha esattamente osservato A. del Noce, assume significati profondamente diversi a seconda che sia "inserita in una concezione cristiana e teistica ... o in una concezione irreligiosa" [*Il problema dell'ateismo*, p. 103]»¹⁰.

A questo punto, in un significativo crescendo, Sergio Cotta fa emergere alcuni nodi fondamentali dei pericoli insiti nella sfida tecnologica, a partire dalla crisi delle comunità e dallo sfrenato individualismo, quali avvisaglie di quel «nuovo totalitarismo» già disegnato da Aldous Huxley e su cui si soffermerà con pagine molto importanti proprio Augusto del Noce¹¹.

Proprio prendendo «sul serio» la situazione così descritta della società tecnologica, con le sue indubbe possibilità, ambiguità, pericoli e ambivalenza, Cotta si spinge fino a proporre una significativa e argomentata risposta alla sfida; essa muove dalla considerazione fondamentale del fallimento del «pensiero ideologico» (in cui sono i mezzi a legittimare i fini, e non viceversa!) e della necessità di un ritorno convinto all'essere, a partire dalla critica della mera sovranità dell'uomo su se stesso e dal considerare la «situazione tecnologica come *problema* e non come *dato*»¹².

⁷ S. Cotta, 1968, 6.

⁸ Particolarmente significativi sono anche i contributi di Sergio Cotta nel volume miscelaneo del 1976.

⁹ Su un piano più strettamente giuridico Sergio Cotta mette in rilievo con chiarezza le aporie e le contraddizioni del positivismo, fino ad individuarne le possibili derive dittatoriali e totalitarie, sulla scorta di quanto già osservato da Giuseppe Capograssi: cfr. S. Cotta, 1968, in specie 143-152.

¹⁰ S. Cotta, 1979, 60; il Cotta fa riferimento all'edizione del libro di Del Noce del 1964.

¹¹ S. Cotta, 1968, 96-102; cfr. A. Huxley, 1961 e Del Noce, 1993, in specie 131-170 e 187-215.

¹² S. Cotta, 1968, 103; cfr. anche *ibidem*, 123-130 e *Appendice* n. 1; occorre osservare che alle considerazioni generali sulla sfida tecnologica, Sergio Cotta aggiunge pure alcune importanti riflessioni sul ruolo ed il compito del giurista fra diritto e libertà «nella prospettiva tecnologica» (*ibidem*, 131-193).

Le brillanti considerazioni di Cotta, qui sintetizzate per sommi capi, vengono riprese a poca distanza di tempo da Augusto Del Noce in alcuni saggi de *L'epoca della secolarizzazione*, pubblicati nel 1970¹³ in una sorta di dialogo a distanza particolarmente attuale e significativo.

Le posizioni, pur diverse, non sono però distanti, ma piuttosto complementari; a proposito delle conclusioni de *La sfida tecnologica*, Del Noce propone anzitutto una serie articolata di domande aperte sulla natura della civiltà tecnologica e sui compiti dei cattolici¹⁴, anche al fine di smascherare un «torto comune» assai diffuso nel mondo cattolico stesso (ma non presente in Cotta!): quello di non aver compreso i cambiamenti radicali del mondo di oggi e – disconoscendo i caratteri della modernità – oscillare tra «l'ideale di un'impossibile restaurazione del premoderno e quello della conciliazione con un pensiero rivoluzionario, che è ateo e anticristiano nella sua essenza»¹⁵.

Per Cotta, piuttosto, si tratta di accettare onestamente alcuni elementi positivi del pensiero moderno, pur volendo evitare con chiarezza ogni tentazione «neomodernista»: qui si apre però una divaricazione con l'impostazione delnociana, in cui si accentua l'importanza dell'elemento storicamente verificabile della soppressione della dimensione religiosa operata nella società tecnologica e del primato dell'azione (*fare*) a scapito della «contemplazione» dei valori immutabili e dell'ordine ideale, fino a sfociare nella «inscindibilità tra civiltà tecnologica e positivismo»¹⁶.

Inoltre la pretesa «neutralità» della scienza e della tecnica nell'ambito dell'opzione scienziata ha portato all'odierno relativismo assoluto e all'individualismo più spinto, quali esiti di una rivoluzione «più radicale di qualsiasi rivoluzione politica»¹⁷.

Lungi dal disprezzare il valore della scienza e delle applicazioni tecnologiche a favore di un benessere possibile (sorte – come osservato anche da Cotta – proprio nell'*humus* della tradizione religiosa occidentale), Del Noce mette piuttosto in guardia dalle opzioni di fondo compiute dalla mentalità scienziata (approfondendo qui le osservazioni di Cotta) ed evidenziando – in sintesi – come le radici della mentalità tecnologica non risiedano di per sé nello sviluppo tecnico, ma piuttosto in una «deviazione religiosa» di stampo millenarista e antimetafisico, con una sorta di cesura storica e di critica radicale alla tradizione ed ai valori da essa provenienti.

Alle concordanti considerazioni dei due Autori sulle pericolose derive totalitarie della società tecnocratica derivanti dal «falso idolo della civiltà tecnologica»¹⁸ si accostano

¹³ Ed in specie nel capitolo «Civiltà tecnologica e cristianesimo», già pubblicato nella rivista «Ethica» del 1969, 169-192.

¹⁴ A. Del Noce, 1970, 84-85.

¹⁵ A. Del Noce, 1970, 81-82.

¹⁶ A. Del Noce, 1970, 85-88.

¹⁷ *Ibidem*, 90-91.

¹⁸ A. Del Noce, 1970, 97; significativamente Del Noce lega anche le considerazioni proposte alle questioni dell'identità europea: «Fine della religione, della libertà e della democrazia che sarà pure la fine dell'Europa: perché il principio su cui è sorta la civiltà europea è quello di un mondo di verità universali ed eterne, a cui tutti gli uomini partecipano. Il principio del Logos, in altri termini, di cui è esatta antitesi la

anche significative affermazioni sul valore della politica a favore del bene comune e sulla responsabilità dei cristiani nella sfera pubblica quali attori capaci, con il loro fattivo intervento, «a impedire che la civiltà tecnologica non dia luogo a un'oligarchia tecnocratica»¹⁹.

Negli anni successivi va segnalato l'approfondimento da parte di entrambi delle riflessioni avviate sull'età tecnologica e sugli assetti della società contemporanea, in cui emerge la sempre maggior preoccupazione per le conseguenze distruttive derivanti dall'assolutizzazione ideologica²⁰ di elementi particolari dell'umana natura in forza del «principio dell'autocostruzione»²¹.

Riprendendo molte delle affermazioni precedenti, Cotta insiste sulle «divisioni» dell'uomo contemporaneo (soprattutto dalla natura e dalla sua tradizione) in un momento della storia in cui sembra essere scomparso ogni riferimento alla «verità oggettiva», spesso surrogata da nuovi valori, fra i quali spicca proprio quello della tecnica²².

Si collocano in questa stessa linea le ulteriori e acute considerazioni di Del Noce sul «sacrilegio scientifico» e sul suicidio delle rivoluzioni che sfociano in nuove forme di potere particolarmente invasive, impersonali e ultimante totalitarie, spesso nascoste dietro la rassicurante (ma ambigua...) formula della «fine delle ideologie»²³.

Nel complesso, sia Cotta sia Del Noce mostrano quindi non solo di raccogliere la sfida per un'adeguata comprensione dei cambiamenti della modernità (inclusi quelli indotti dalla società tecnologica), ma – senza riproporre luoghi comuni – offrono pure, ciascuno secondo la propria specifica sensibilità e convinzione, spunti per una possibile alternativa alle aporie della stessa e al superamento della sua ideologia, attraverso il recupero nuovo

riduzione dell'idea a strumento di produzione e di organizzazione. Si scavi ogni grande problema politico di oggi, in ognuno si ritroverà la stessa contrapposizione fra primato della verità e primato della vita» (96); cfr. anche A. Del Noce, 1984, 154-162.

¹⁹ A. Del Noce 1970, 83.

²⁰ «L'ideologia è appunto quell'insieme di idee e di progetti operativi che trova la sua verità nel successo pratico; essa è necessariamente relativistica poiché poggia su verità e valori emozionalmente e pragmaticamente sentiti, anziché oggettivamente conosciuti. Ma affidarsi al sentimento, anziché alla conoscenza oggettiva, significa appunto rassegnarsi al relativismo, poiché significa riconoscere che per ognuno può aver valore solo ciò che egli sente nella propria individualità» (S. Cotta, 1976, 29).

²¹ S. Cotta, 1976, 27.

²² «Si può anzi affermare che per questo motivo la tecnica oggi è stata elevata da *strumento per vivere* (strumento esistente fin dai primordi della storia) a *criterio e forma del vivere*. È divenuta cioè un *valore* (la Tecnica) e valore preminente per l'uomo di oggi, il quale si ritiene "adulto", rispetto ai suoi predecessori, appunto perché, pensando ed agendo secondo categorie e modalità tecnologiche, riesce a darsi il benessere (la felicità) che desidera» (S. Cotta, 1976, 23); cfr. anche *ibidem*, 24-29 e 185-187.

²³ Cfr. ad esempio A. Del Noce 1993, 459-463 e 519-569; A. Del Noce, 2004 e A. Del Noce, 1998: «Il "tramonto delle ideologie" viene ad assumere così il senso dell'ideologia giustificante la società che oggi viene abitualmente chiamata tecnocratica, e ne accompagna il processo, già molto avanzato, di predominio egemonico. ... La nuova forma di totalitarismo che oggi ci minaccia non può avere origine che in questo scientismo; ed è una forma assai più raffinata di quelle, oggi non più ripetibili non già perché troppo barbare, ma perché primitive dello stalinismo e dell'hitlerismo» (168).

e genuino dei valori eterni e fondamentali²⁴. Come conclusione valga, quindi, l'osservazione sintetica dello stesso Augusto Del Noce (del 1980):

Quanto alla società tecnocratica (uso questo termine senza alcuna intenzione deprezzativa della tecnica; ma in quello di una società che sostituisce a suo fondamento la filosofia del fare e la filosofia dell'essere) il suo legame con la filosofia neopositivistica è troppo chiaro e dichiarato perché qui occorra insistervi. E dovrei ripetere quel che già scrivevo un quarto di secolo fa, nel 1963, quando il carattere di questa nuova società era ancora incerto. Dicevo allora, è la società che riesce ad eliminare la molla dialettica della rivoluzione col portare al massimo l'alienazione, dissociandola al tempo stesso dalla miseria. Intendendo per alienazione la disumanizzazione reciproca del rapporto di alterità; da ognuno dei soggetti l'altro è sentito come *alienus*, estraneo, separato, cioè come non unificato ad un comune valore, e perciò come *ob-iectum*, sia poi questo «posto davanti» valutato come strumento utile o come ostacolo. Contro questo nuovo tipo di alienazione il marxismo non può nulla; e tuttavia questo è il male che corrode la civiltà occidentale²⁵.

Anche negli attuali sviluppi della società tecnologica restano perciò preziose le analisi ed i suggerimenti di Cotta e Del Noce allo scopo di recuperare la centralità dell'uomo in tutte le sue dimensioni, a partire da quella trascendente e relazionale, ancorato in una tradizione creativa e aperta alle innovazioni, ma – di esse – non culturalmente succube²⁶.

APPENDICE

Per un ritorno all'essere (Sergio Cotta, *La sfida tecnologica*, cit., pp. 129-130).

«L'uomo di oggi, se vuole sottrarsi alla spersonalizzazione derivante dall'involuzione alienante del *fare* e dell'automatismo dei mezzi, non può non prender distanza dalla propria attività rifiutandosi di riconoscere immediatamente la propria essenza nella mera fabbrilità. Ma, ciò posto, non rifiuta il *fare*, bensì ricostituisce o ritrova all'interno di esso il momento sapienziale, quale fonte di chiarezza, di significanza e quindi di consapevole stimolo per il *fare*. Né puro *faber*, né puro *sapiens*, egli deve essere integralmente *homo sapiens-faber*. Ancora una volta, dobbiamo registrare che lo sviluppo richiede, per una sua logica necessità interna, un discendere dal superficiale al profondo, un ritorno dall'*apparire* all'*essere*.

Una ulteriore conferma di questa richiesta interna dello sviluppo ci sarà offerta se lo consideriamo sotto un altro aspetto. Lo sviluppo, si è visto, si affida alla previsione, tipica

²⁴ Come osservano precisamente – a proposito dei due Autori – Giuseppe Riconda e Francesco D'Agostino: G. Riconda, 2007, 23-35 e F. D'Agostino, 2016, 65-68.

²⁵ A. Del Noce, 1980, 75.

²⁶ Valgano in proposito le illuminanti pagine sia di Cotta sia di Del Noce sul rapporto fra autorità e potere: Cotta 2004, 109-117 e Del Noce 1993, 512-578.

espressione del pensiero calcolante proiettato verso il futuro. Ebbene, come ci ha ricordato Whitehead, la previsione (*foresight*) non si esaurisce nella formulazione delle leggi dello sviluppo, bensì richiede la determinazione dei *fatti rilevanti* sulla base dei quali è possibile elaborare quelle leggi. Perciò la previsione non può essere validamente esercitata senza quella “comprensione” (*understanding*) dalla quale emerge appunto la *rilevanza* dei fatti. Ancora una volta ci troviamo rimandati alla coscienza introspettiva (*insight*): “*Foresight is the product of Insight*”.

Il futuro esige dunque il ritorno all’interiorità per poter essere individuato come futuro significativo e comprensibile (e quindi progettabile) e non subito passivamente come semplice *ignoto*. Ma il ricorso all’interiorità si giustifica in quanto questa non si disperda nella totale labilità della storia, ma si riveli custode del permanente. Il futuro, come ha ben visto Calogero, lungi dal distruggere, conferma e autentica quell’eterno nel quale passato presente e futuro sono fusi in una immobile dinamica, sempre presente ad ogni istante che passa.

Più penetriamo nel profondo del congegno dello sviluppo tecnologico sottraendoci al frastuono delle macchine funzionanti e alla dispersione delle attività e degli innumerevoli messaggi esteriori, e più puro e forte risuona l’appello dell’Essere.

Non pretendo di aver così tracciato io il modello umano che, trascendendo l’universo tecnologico, gli è tuttavia immanente come fondamento, fine e criterio del suo dinamico esistere. Sarebbe una pretesa di imperdonabile presunzione. Credo tuttavia sia lecito affermare, dopo le osservazioni sin qui svolte, che per elaborare tale modello occorre partire dal riconoscimento della struttura duale dell’uomo (una dualità coerente e non confliggente): da un lato imperfezione fallibilità mortalità, dall’altro apertura ricerca attesa dell’Essere. Da tale riconoscimento scaturiscono la contemplazione attiva, la saggezza valutante, la lungimirante umiltà, la responsabile audacia che lo sviluppo richiede e che l’uomo acquista quando si pone in ascolto dell’appello dell’Essere».

Oltre la società tecnologica (Augusto Del Noce, *L’epoca della secolarizzazione*, cit., pp. 195-197).

«Ma possiamo ora soprattutto alla considerazione della società o civiltà tecnologica vista come risposta occidentale al comunismo; stimolante e importante il recente libro dell’amico Cotta sulla *Sfida tecnologica*. Dirò che non mi pare che le mie idee siano in contraddizione con le sue, ma che piuttosto siano complementari. Particolarmente io concordo con lui sul punto che si tratta di essere *oltre*, e non *contro* la scienza e lo sviluppo tecnologico, e che per questo oltrepassamento si impone il ricorso al pensiero rivelativo che le offre quello che veramente è: l’essere, l’assoluto, il divino. Del resto avevo cominciato con la citazione di quel passo di Rosmini che mi pare proprio estremamente importante per definire nel suo ordine l’attività tecnica.

Si tratta qui di una concordia non sterile perché una certa letteratura contro la “società dei consumi”, dei cui benefici si vuol d’altra parte abbondantemente fruire, sembra fatta proprio per servire da blasone a una nuova borghesia vorace di tutto, anche delle produzioni letterarie che la negano. Importa però qui sottolineare il punto del possibile disaccordo: sta nella valutazione di quel tipo di civiltà che si è formata in Occidente nell’ultimo ventennio, e che assai spesso viene designata come tecnologica; e anche la questione del nome ha rilievo.

Cotta distingue al riguardo tre serie omogenee, di cui la prima denomina questo mondo nuovo come società opulenta, consumistica, o società del benessere; la seconda come società riformistica e social-democratica; la terza come civiltà della tecnica, o civiltà industriale, o civiltà atomica, e pensa che siano esatti i termini della terza serie.

Tuttavia rispetto alla società oggi presente, e che del resto non è ancora completamente attuata, e che, per di più, attraversa oggi una crisi, penso che debba piuttosto essere definita, secondo una precisa frase di Felice Balbo, attraverso la sostituzione dell’dea di “benessere”, ossia del massimo di soddisfacimento degli appetiti, a quello di “vita buona”: onde ai termini di vero e di falso si sostituiscono quelli di “importante” e di “insignificante”, di “originale” e di “banale”, di “eretico” e di “dogmatico”, di “sincero” e di “retorico”, di “progressivo” e di “reazionario”. E una tale connotazione non mi sembra denunziare una prospettiva moralistica, ma invece proporre la definizione di una civiltà secondo l’atteggiamento esistenziale che le è proprio, e che implica necessariamente una corrispondente posizione filosofica. Ossia, traducendo in termini miei quelli di Balbo: non è per sé il progresso della tecnica ad avere generato un tale tipo di civiltà, ma è invece l’eclissi del sacro, che si spiega per ragioni ideali, filosofiche e morali, ad aver fatto sì che ogni attività umana sia stata vista in termini dell’agonismo uomo-natura.

Consideriamo infatti la caduta di quell’idea di un ordine normativo di valori che era stato affermato dal pensiero morale tradizionale, e che in qualche modo voleva essere conservato anche dalla morale laica dell’ottocento; consideriamo altresì la caduta dell’aspetto religioso-rivoluzionario del marxismo. L’unico valore resterà l’incremento della vita sensibile, insomma il benessere, ed ogni attività umana, e la religione stessa, sarà vista sotto il riguardo di strumento vitalizzante. [...].

Se ci poniamo da questo punto di vista dell’atteggiamento esistenziale implicante la filosofia, direi che la formazione della società del benessere non deve essere messa in rapporto, almeno in primo luogo, col progresso dell’attività tecnologica, ma con un’idea dell’uomo diametralmente opposta e inconciliabile a quella che sta a fondamento non soltanto del pensiero cristiano e di quello greco, ma di ogni possibile religione».

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

ARMELLINI Paolo, 2016, «La modernità fra etica e politica in Augusto Del Noce». In *Rivista di Politica*, 1-2016, 71-84.

COTTA Sergio, 1970, *La sfida tecnologica*. Il Mulino, Bologna.

COTTA Sergio, 1975, *L'uomo tolemaico*. Rizzoli, Milano.

COTTA Sergio, 1976/1, «Esiste una civiltà tecnologica?». In *I limiti culturali della civiltà tecnologica*. Ares, Milano, 19-34.

COTTA Sergio, 1976/2, «Superare le divisioni dell'uomo». In *I limiti culturali della civiltà tecnologica*. Ares, Milano, 177-194.

COTTA Sergio, 2004, *Il diritto come sistema di valori*. San Paolo, Cinisello Balsamo.

D'AGOSTINO Francesco, 2016, «Sergio Cotta e i limiti della politica. Dalla critica della violenza alla teoria della pace». In *Rivista di Politica*, 1-2016, 59-69.

DEL NOCE Augusto, 1980/1, *L'epoca della secolarizzazione*. Giuffrè, Milano.

DEL NOCE Augusto, 1980/2, «La metafisica latente nella realtà politica contemporanea». In *Cultura del fare e cultura dell'essere*. Japadre, L'Aquila, 61-76.

DEL NOCE Augusto, 1985, *Il futuro dell'Europa: le vie della pace*, in *Identità culturale dell'Europa. Le vie della pace. Atti del Colloquio Internazionale. Torino, 19-22 gennaio 1984*, Aic, Milano, 154-162 (ripubblicato anche in *Sintaksis. Raccolta di Studi. I*, 2007, a cura di Michele Rosboch e Daniele Gigli. Saste, Cuneo, pp. 99-109).

DEL NOCE Augusto, 1990, *Il problema dell'ateismo*, a cura di Nicola Matteucci. Il Mulino, Bologna.

DEL NOCE Augusto, 1992, *Filosofi dell'esistenza e della libertà*, a cura di Francesco Mercadante e Bernardino Casadei. Giuffrè, Milano.

DEL NOCE Augusto, 1993, *Rivoluzione Risorgimento Tradizione. Scritti su «L'Europa» (e altri, anche inediti)*, a cura di Francesco Mercadante, Antonio Tarantino e Bernardino Casadei. Giuffrè, Milano.

DEL NOCE Augusto, 1998, *Cristianità e laicità. Scritti su «Il Sabato» (e vari, anche inediti)*, a cura di Francesco Mercadante e Paolo Armellini. Giuffrè, Milano.

DEL NOCE Augusto, 2004, *Il suicidio della rivoluzione*, a cura di Giuseppe Riconda. Aragno, Torino.

DEL NOCE Augusto, 2014, *The Crisis of Modernity*, a cura di Carlo Lancellotti. McGill-Queen's University Press, Montreal&Kingston-London-Chicago.

DESSI Giovanni, 2014, «Augusto Del Noce». In *Annali di storia moderna e contemporanea*, II-2014, 115-132.

HUXLEY Aldous, 1961, *Il mondo nuovo*. Mondadori, Milano.

ROMANO Bruno, 2007, «Sergio Cotta (1920-2007): l'«ontofenomenologia» e il diritto nell'esistenza». In *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, LXXXIV-2007, 173-182.

ROSBOCH Michele, 2016, «Qualche osservazione su istituzioni politiche e crisi della modernità nell'opera di Augusto del Noce». In *Federalismi.it*, 24/2016, 1-11.

RICONDA Giuseppe, 2007, *Introduzione. Attualità del pensiero di Augusto Del Noce*. In A. Del Noce, 2007, *Verità e ragione nella storia*, a cura di Alberto Mina. Bur, Milano, 5-35.

Per il diritto. Omaggio a Joseph Ratzinger e Sergio Cotta, 2000. Giappichelli, Torino.

DAL DIRITTO NATURALE AL DIRITTO SECONDO NATURA ANTROPOLOGICA. ELEMENTI PER UN'IPOTESI DI LAVORO

LORENZO SCILLITANI*

Abstract: the aim of this paper is to reflect how a philosophy of law can be supported by legal anthropology and, in particular, by the thesis that Lévi-Strauss's research makes possible to think «a law according to nature», beyond the aporias of classical naturalism, as well as the modern one. This is a Sergio Cotta's insight, which is consistent, in particular, with the final stage of his intellectual journey. This intuition reinforces and encourages a philosophical anthropology of law that develops its questions in the field of structural anthropology.

Keywords: Natural law – structural anthropology – family – Claude Lévi-Strauss – Sergio Cotta

In un biglietto scritto di suo pugno, e datato 7 settembre 1998, pochi mesi prima del mio incontro con Claude Lévi-Strauss¹, Sergio Cotta attirava l'attenzione su di un passaggio dell'opera del grande antropologo francese che gli sembrava particolarmente decisivo ai fini dell'esplorazione di «una via filosoficamente nuova» al ripensamento dello schema ermeneutico del «diritto di natura» ereditato dalla nobile, eppur almeno in parte decaduta tradizione del giusnaturalismo, classico e poi moderno². Seguendo una traccia che già era emersa in un capitolo dell'ultimo suo libro, *Soggetto umano. Soggetto giuridico*³, intitolato significativamente *Dall'antropologia strutturale al diritto*, l'ultimo autorevole esponente della Scuola romana di filosofia del diritto⁴ indicava la direzione

* Lorenzo Scillitani, Professore ordinario di Diritti dell'uomo e globalizzazione IUS/20, Università del Molise. Email: lorenzo.scillitani@unimol.it

¹ Se ne dà ampio e aggiornato resoconto nella Ripresa conclusiva di L. Scillitani, 2015, 151 ss.

² Per una panoramica della vicenda del giusnaturalismo si rinvia a G. Fassò, G. Zanetti, 2006, 5, 4852-4855, oltre che in particolare a S. Cotta, 1989, 157-211.

³ Cfr. S. Cotta, 1997, 69-87.

⁴ Sulle fasi conclusive della vicenda di questa ultima grande Scuola filosofico-giuridica italiana si rimanda a P. Ventura, 2000, 18 ss. Per un recente, incisivo contributo al riavvio di un dibattito critico-filosofico sul pensiero di Cotta, oltre al testo precitato, cfr. Id., 2010.

nella quale sviluppare un'ipotesi di lavoro che, riferita a Lévi-Strauss, era peraltro rimasta soltanto prefigurata in un lavoro di ricerca pubblicato qualche anno prima⁵, e, questa volta riferita espressamente a Cotta, sarebbe stata di nuovo accennata in epoca più recente⁶.

Il luogo dell'opera levistraussiana sul quale Cotta richiamava l'attenzione era tratto dal testo su *La famiglia*, pubblicato per la prima volta in inglese nel 1956, e tradotto in italiano da Paolo Caruso nel 1967; ripubblicato con qualche revisione in francese nel 1971, e tradotto, con riferimento a questa versione, in italiano da Primo Levi nel 1984. Per dare un'idea della non perfetta sovrapponibilità dei due testi se ne ripropone qui in sequenza entrambe le traduzioni: «la società appartiene all'ambito della cultura mentre la famiglia è l'emanazione, a livello sociale, di quei requisiti naturali senza i quali non ci potrebbe essere la società, né, in fondo, il genere umano»⁷; «se la società è di tipo culturale, la famiglia è, in seno alla vita sociale, l'emanazione delle esigenze naturali con cui bisogna pure venire ad un accordo; altrimenti, nessuna società potrebbe sussistere, e neppure l'umanità stessa»⁸.

Sia pure con sfumature lessicali diverse, ambedue i testi propongono un messaggio del medesimo, sostanziale tenore: la *società* non è soltanto *cultura*, perché racchiude al suo interno un elemento di *natura* imprescindibile per l'esistenza stessa della vita sociale, e della vita umana in generale⁹. È come se Lévi-Strauss suggerisse l'ipotesi di una natura da intendersi in senso *antropologico*, in base alla quale pensare e configurare la famiglia come l'ambito, naturale-e-culturale, nel quale si origina e prende forma un *diritto*: un diritto che, in quanto essenzialmente diritto-di-famiglia, si annuncia a sua volta in duplice valenza, naturale e culturale; un diritto secondo natura in senso non metafisico, o ideale *lato sensu*, ma antropologico-strutturale. Stando a quanto enunciato dallo stesso Lévi-Strauss, ne *Le strutture elementari della parentela*¹⁰ si tratta di null'altro che di questo: la

⁵ Cfr. L. Scillitani, 1994.

⁶ cfr. Id., 2011.

⁷ C. Lévi-Strauss, 1967, 176.

⁸ C. Id., 1984, 74.

⁹ Per un primo approfondimento dei significati nei quali Lévi-Strauss intende la natura, la cultura, e il rapporto che a più livelli si instaura tra di esse, cfr. L. Scillitani, 2015, 47-60. In particolare, l'autore delle *Strutture elementari della parentela*, padre di uno strutturalismo apertamente polemico con l'esistenzialismo (sartriano), non manca di rilevare quanto (esistenzialmente) *drammatico* sia l'incontro fra natura e cultura che si realizza in *ogni* matrimonio (cfr. Lévi-Strauss, 2010, 627): crocevia di tensioni più o meno risolte fra *partners* perennemente sospesi tra accordi e contese, riflesso di un alternarsi ricorrente di una pacifica con-divisione sessuale-generativo-familiare di compiti e di un latente o conclamato stato conflittuale. L'attrito delle individualità singolarmente maschile-e/o-femminile delle parti in gioco riflette, in termini di possibilità positive e al contempo di esiti negativi, la frizione che fatalmente si sviluppa tra due istanze che, per usare un linguaggio junghiano, non si può mancare di indicare, anche solo allusivamente, come cosmiche. La mitologia «strutturale» di Lévi-Strauss è densa di esempi, come quelli relativi al frequente contrasto fra personaggi caratterizzati da un legame eccessivamente forte con la famiglia di origine (dove è la voce della «natura» in senso biogenetico a farsi sentire) e le imperiose rivendicazioni di una «cultura» personificata da eroi civilizzatori che introducono le prime distinzioni di ordine comportamentale, educativo, etico-giuridico, e dei relativi ruoli.

¹⁰ C. Lévi-Strauss, 2010.

normatività fondamentalmente *giuridica* di queste strutture socio-culturali è radicata in una base offerta dalla stessa natura della famiglia, in una maniera tale che *ce qu'il faut*, il dover essere che informa i sistemi di nominazioni e di atteggiamenti elementari, attesta di innestarsi direttamente su di un livello che interessa i rapporti di parentela e di filiazione quale format, *ontologicamente* primario, di strutturazione delle reti di relazioni che costituiscono la trama della socialità umana¹¹.

Un diritto rappresentabile, in chiave antropologica, come insieme naturale e culturale, in quanto diritto familiare, si rende filosoficamente pensabile in una prospettiva che lo sottrae alle aporie dei vetero- e dei neo-giusnaturalismi di qualunque conio, come per converso agli schematismi giuspositivistici, per restituirlo a una dimensione più aderente alla realtà di ciò che è empiricamente osservabile, e quindi suscettibile di un'ermeneutica capace di accostarsi alla vera natura del diritto. Che la natura venga letta da Lévi-Strauss nei termini di un biologismo materialistico non toglie nulla al valore del significato ultimo di una ricerca impegnata a smantellare l'idea per la quale le forme culturali sono il mero risultato di «costruzioni» storiche. Affermare, come fa Lévi-Strauss, che senza i requisiti naturali socialmente emergenti nella famiglia, e nei suoi aspetti giuridici, semplicemente *non potrebbe darsi* qualcosa come la società umana equivale ad assumere il *giuridico* – a pieno titolo normativo, benché non ancora formalizzato in regole codificate – come pre-condizione di possibilità, se non proprio di pensabilità filosofica, dell'organizzazione umana in quanto sin dal suo primo apparire istituzionalmente strutturata.

Nella seconda stesura del suo saggio sulla famiglia, Lévi-Strauss non mancava di rilevare che le culture che si trovano al più alto grado di sviluppo tecnologico ed economico, «istruite (o almeno così ci si augura) dai loro errori passati, sanno che la miglior politica è ancora quella che accetta di tener conto della natura e delle sue leggi» (ibidem). Ad onta di questa lezione, le società tecnologicamente ed economicamente avanzate, almeno in Occidente, sembrano aver imboccato, in questi ultimi tempi, una strada opposta, col reinterpretare la natura in senso piattamente naturalistico, a prescindere da riferimenti a un qualsivoglia ordine regolativo, e col pretendere di «reinventare» arbitrariamente su nuove basi le dimensioni e le modalità famigliari della vita in società. Questa svolta è stata presentata come un'innovazione «progressista», capace di valorizzare la «libertà» degli individui di crearsi un mondo nel quale sia possibile comporre e scomporre, stabilizzare e destabilizzare a piacimento legami affettivi pubblicamente riconosciuti, obliterando le identità sessuate in omaggio a teorie del «genere» spacciate come verità scientifiche. Ne ha fatto le spese qualunque concezione della «natura umana», bollata come idea astratta ereditata da una mentalità ancorata

¹¹ Un primo cenno di svolgimento dell'intuizione di questo diritto *antropologicamente* naturale, post-giusnaturalistico nella misura del suo essere altrettanto scientificamente (cfr. L. Scillitani, 1994, 195-196) *positivo* quanto può esserlo la sua vincolante vigenza, è contenuto in Id., 2015, 153.

alla fissità di categorie ormai desuete. I sostenitori del «diritto d'amore»¹² considerano storicamente superate dall'evoluzione dei costumi diffusi, e dall'affacciarsi di una pluralità di unioni più o meno sociologicamente riconoscibili come famigliari, formule giuridico-matrimoniali ad alta intensità «istituzionale»; i detrattori del «nuovo corso», dal canto loro, spesso si limitano a riproporre una lettura tradizionale (quando non addirittura tradizionalistica) di «valori» politicamente non negoziabili che garantirebbero la «tenuta» etica di un ordinamento giuridico-familiare peraltro già notevolmente destrutturato, a livello legislativo nonché giurisprudenziale. Nell'un caso come nell'altro il diritto della famiglia viene adoperato strumentalmente per scopi ideologici, più o meno dichiarati.

Solo in un mondo idealizzato (o fantasticato) come post-giuridico non avrebbe più senso nemmeno parlare di famiglia. Un mondo interamente consegnato all'arbitrio della tecnica potrebbe anche coronare questo sogno, ma forse ci troveremmo di fronte all'emancipazione dell'uomo da sé stesso, come fase terminale dell'emancipazione umana. Finché tuttavia abbiamo (ancora) a che fare con i prodotti e con i reperti tipici dell'esperienza umana, così come tramandati da millenni, prima di ricorrere ad ardite elaborazioni, molto spesso (pseudo)fantastiche, dobbiamo poter acquisire tutta la portata del fenomeno giuridico, da una parte senza dare per scontata l'assimilazione formalistica che lo risolve in mera sovrastruttura di processi economici, o in genere culturali, dall'altra senza incorrere in un riduzionismo eticistico altrettanto pernicioso, che nega in ultima analisi la specificità ontologica e fenomenologica del diritto. Questo compito può restare inevaso soltanto se si decide, a priori, di scartare come filosoficamente inadeguata, o addirittura improponibile, l'ipotesi di ricostruire elementi di leggibilità antropologica della natura stessa del diritto a partire dalla fenomenologia antropologico-culturale della famiglia.

Si può, certamente, ignorare Lévi-Strauss e la sua antropologia della famiglia, della parentela, dell'*alliance*¹³, allo stesso modo in cui si potrebbe studiare il fenomeno politico indipendentemente dal pensiero di Machiavelli, Hobbes, Locke o Rousseau. Si dà il caso che, se il nostro tempo è segnato da nomi come quelli di Marx, Nietzsche, Freud, non si può evitare di fare i conti con loro, ma a maggior ragione se a questi aggiungiamo il nome di Lévi-Strauss, al quale si deve probabilmente l'unica opera significativa che, nel '900, abbia osato mettere in discussione i presupposti del pensiero giuridico, e politico, ereditato dall'Illuminismo, e filtrato attraverso l'idealismo classico tedesco. Lévi-Strauss ha dimostrato che non solo non si dà una società senza diritto, perché una società senza la famiglia, e senza il suo diritto, sarebbe, antro-po-logicamente, una contraddizione in termini, ma pure che il *pensiero allo stato selvaggio* pensa già – in quanto pensiero di

¹² Cfr. S. Rodotà, 2015.

¹³ Su questa categoria cfr. da ultimo L. Scillitani, 2016, 1291-1298.

natura intesa in senso antropologico¹⁴ – secondo elaborate categorie morali, giuridiche, politiche, evidenziate dall'ontologia levistraussiana dei miti dei popoli senza scrittura con dovizia di esposizioni in modelli e in dettagli.

Non si tratta di rieditare la dottrina del diritto naturale in un formato scientificamente accettabile per una sensibilità moderna. Si tratta, invece, di ricercare il diritto lì dove questo non è ancora qualificato espressamente come tale: soccorre questa ricerca un'ipotesi di lavoro che punta a superare le rigidità della dicotomia natura/cultura, oltre tutto incisivamente presente nello stesso Lévi-Strauss; il «naturale» rivisitato in chiave antropologica si presenta difatti come arricchito di un «bagaglio» culturale piuttosto consistente, come se con l'apparire dell'umano di base coincidesse il darsi di strutture già impregnate di simbolismi tali da esprimere significati culturali. L'emergere delle prime forme di un diritto «umano» consente pertanto di qualificarlo come naturale-e-culturale, dando luogo a un abbozzo di «giusculturalismo» pensato e praticato nell'ordine di una sorta di giusnaturalismo. Si capisce come questi termini vadano un po' forzati sul piano teoretico, se si vuole intendere la questione *filosofica* sottesa: la civiltà umana si lascia rappresentare come civiltà di famiglie, identificate da nomenclature di parentela che fissano regole di condotta, in quanto parla sin dall'origine il linguaggio del diritto, declinato in termini costitutivi e prescrittivo-sanzionatori. Dimensioni genericamente definibili come naturali – attinenti alle differenze sessuali, alle relazioni uomo-donna, alla procreazione – e dimensioni più specificamente identificabili come culturali – tra le quali si afferma in primo luogo la proibizione dell'incesto, con l'articolazione delle prescrizioni endogamiche ed esogamiche – si ritrovano compresenti sin dai primi passi della civilizzazione della vita umana, mostrando così un *nómos* antropologicamente declinabile sia come legge di natura sia come legge umana: come *legge di natura umana*.

La declinazione antropologica di questa legislazione non scritta, ma cionondimeno strutturante la complessa intelaiatura delle relazioni interumane pre-ordinamentali (da intendersi come precedenti e preliminari a qualsiasi ordinamento costruito su basi prestatuali o statuali), è suscettibile di tradursi filosoficamente nell'acquisizione del seguente assunto: un codice universale di principi nominativi e attributivi di posizioni sociali, comune a tutte le culture umane, anche se impostato sulla base di sistemi diversi¹⁵, istituisce, in forza di fattori naturali, e sostiene, grazie a fattori culturali, un regime giuridico che disegna il nucleo della socialità umana come una rete di nessi di *giuridicità*.

¹⁴ Circa le ascendenze comitane della tesi della *pensée sauvage*, dichiarate da Lévi-Strauss negli ultimi appunti consegnati all'edizione 2008 de *Il Pensiero selvaggio* (cfr. C. Lévi-Strauss, 2008), e non riportate in nessuna cfr. P. Iagulli - L. Scillitani, 2016.

¹⁵ L'elenco formato dagli etnologi annovera, a tutt'oggi, i seguenti sei sistemi: eschimese, hawaiano, irochese, crow, omaha, sudanese. Su questo impianto le società umane registrano il loro assetto *in quanto* reti di parentele.

Una filosofia del diritto alimentata da una antropologia giuridica filosoficamente consapevole di questa tesi di fondo è autorizzata a indagare le possibilità ermeneutiche di un diritto ipotizzabile secondo natura antropologica sulla base delle risultanze delle ricerche in materia antropologico-sociale e antropologico-familiare, a dimostrazione della plausibilità e della fondatezza, sia pure postume, dell'intuizione di Cotta. Una antropologia filosofica del diritto che sviluppi i suoi interrogativi nella prospettiva dell'antropologia strutturale di Lévi-Strauss ne viene a sua volta corroborata, e incoraggiata ad approfondire postulati e metodi d'indagine.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

COTTA Sergio, 1989, «Per un riesame delle nozioni di giusnaturalismo e diritto naturale», 157-183; «Diritto naturale: ideale o vigente?», 185-211. In ID., *Diritto, persona, mondo umano*. Giappichelli, Torino.

COTTA Sergio, 1997. *Soggetto umano. Soggetto giuridico*. Giuffré, Milano.

FASSÒ Guido, ZANETTI Gianfrancesco, 2006, «Giusnaturalismo». In *Enciclopedia filosofica*, 5. Bompiani, Milano.

IAGULLI Paolo, SCILLITANI Lorenzo, 2016, *Dal Pensiero selvaggio al Sistema di politica positiva: riproporre tutto Lévi-Strauss per rileggere tutto Comte*, in *Antropologia e società - Studi in onore di Vincenzo Spera*, edd. R. Alaggio, A. Mancini, L. Scillitani. Rubbettino, Soveria Mannelli.

LÉVI-STRAUSS Claude, 1967, «La famiglia», 145-177. In ID., *Razza e storia e altri studi di antropologia*. Einaudi, Torino.

LÉVI-STRAUSS Claude, 1984, «La famiglia», 49-75. In ID., *Lo sguardo da lontano*. Einaudi, Torino.

LÉVI-STRAUSS Claude, 2010, *Le strutture elementari della parentela*. Feltrinelli, Milano.

RODOTÁ Stefano, 2015, *Diritto d'amore*. Laterza, Roma-Bari.

SCILLITANI Lorenzo, 1994, *Dimensioni della giuridicità nell'antropologia strutturale di Lévi-Strauss*. Giuffré, Milano.

SCILLITANI Lorenzo, 2011, «Dall'antropologia esistenziale all'antropologia strutturale: momenti dell'itinerario filosofico-giuridico di Sergio Cotta», 303-313. In ID., *Antropologia filosofica del diritto e della politica*. Rubbettino, Soveria Mannelli.

SCILLITANI Lorenzo, 2015, *La filosofia del diritto di famiglia nell'antropologia strutturale di Claude Lévi-Strauss*. Rubbettino, Soveria Mannelli.

SCILLITANI Lorenzo, 2016, «Amicizia, amore, alleanza: dimensioni fiduciali nelle esperienze di rapporto giuridica e politica», 1283-1298. In *Scritti per Luigi Lombardi Vallauri*. Wolters Kluwer – CEDAM, Padova.

VENTURA Pierfranco, 2000, *Pensare e ri-pensare oggi al diritto*. Giappichelli, Torino.

VENTURA, Pierfranco, 2010, «Considerazioni critico-valutative sul pensiero di Sergio Cotta». In *Quis ut Deus*, III(1), 167-179.

**PER UNA CRITICA DEL SOGGETTIVISMO ALLA LUCE DELLA FILOSOFIA
GIURIDICA DI SERGIO COTTA**

BARBARA TRONCARELLI*

Abstract: this paper aims at showing that, in Sergio Cotta's philosophical thought, reflection about the human subject emerges as one of the distinctive elements of his research, in the sense of a determination of the subject as existential and ontological reality at the same time. In the context of this perspective on human subjectivity, the author proposes her own critique of individualism, especially in terms of critique of the law as individual claim, in front of which it is increasingly important an alternative rediscovery of law as obligation, also by affirming, in the light of Cotta's philosophy, a truly mutual relationship and not just a mere complementarity of rights and duties or of claims and obligations, without to believe that rights are only individual interests o claims.

Keywords: Sergio Cotta – philosophy of law – ontological foundation – individualism – human rights – human duties

1. Critica del «soggetto assoluto» e significato filosofico del diritto.

Si intende qui proporre, entro la tematizzazione di una razionalità «metaformale»¹ alternativa al formalismo giuridico e al funzionalismo prevalsi nella globalizzazione «sistemica» del postmoderno², alcuni spunti di riflessione sul diritto e sul suo rapporto con la soggettività suscitati dal pensiero di Sergio Cotta. Applicatosi a un notevole tentativo filosofico consistente nel coniugare la propria teoria metafisica di una «ontofenomenologia»³ del diritto nella vita umana con un costante richiamo alla verità della concreta e quotidiana esistenza, Cotta è riuscito a non perdere di vista né la dimensione del soggetto come singolarità, né la sua dimensione di universalità. Ciò è

* Barbara Troncarelli, Professore associato di Informatica giuridica IUS/20, Università del Molise. Email: barbara.troncarelli@unimol.it

¹ B. Troncarelli, 2006, 118-120.

² Cfr. Id., 2004, 33-62.

³ S. Cotta, 1991.

stato possibile mediante il richiamo alla «giuridicità intrinseca»⁴ dell'esistenza, incompatibile con ambedue gli estremi costituiti, per un verso, da un'assolutizzazione della soggettività in chiave di esaltazione del singolo e di radicale soggettivismo «antigiuridista»⁵, per l'altro, da una enfattizzazione dell'oggettività nei termini di un universalismo giusnaturalistico astratto e disindividualizzato.

Occorre muovere dall'assunto che nella contemporaneità, come in passato, tutto continua a vertere intorno alla concezione del soggetto, anche in riferimento alla dilemmaticità di concepirlo in base alla sua identità di essere *uomo* oppure secondo l'attribuzione storicamente e socialmente determinata del suo essere *cittadino*. È questo un tema centrale, su cui la prospettiva cottiana si contraddistingue non solo per aver preso le distanze dall'hegelismo in quanto la soggettività umana verrebbe in esso assorbita nella dimensione della cittadinanza e l'individualità nella comunità statale⁶, ma per aver appunto sostenuto una visione del soggetto come realtà empirico-esistenziale e ontologica al tempo stesso, in cui non c'è spazio per alcuna radicalizzazione, in senso né esistenzialistico né idealistico, né soggettivistico né desoggettivato. Piuttosto, si può constatare in Cotta una sorta di *fedeltà* filosofica al mondo reale dell'uomo e alla sua vita di relazione, senza alcuna astrazione speculativa, ma senza nemmeno incorrere in alcuna forma di fattualismo o prassismo.

Riguardo all'hegelismo, il cittadino che realizza dialetticamente la propria soggettività nell'appartenenza al mondo storico-statale rappresenta in Hegel una idea metaempirica della ragione⁷ che, pur mirando a ricomprendere in sé l'effettività della vita umana, è molto diversa da quanto caratterizza la soggettività cottianamente intesa, mai deprivata della sua dimensione esistenziale ed esperienziale. L'eterogeneità di questa formulazione idealistica del soggetto rispetto al pensiero cottiano risiede sia nel divario in essa intercorrente tra essenza ed esistenza, sia nel suo carattere dialettico, derivante dalle forti contraddizioni dinamiche sostanziando la logica storicistica di Hegel, dalle quali Cotta si allontana nell'intento di reperire della realtà, storica e non, più che altro gli elementi di continuità e di armonia. Di qui, la sostanziale rielaborazione in Cotta di ogni forma di storicismo nei termini, da lui ritenuti più oggettivi e autentici, di una *storicità* in quanto esprimente, essa sì, le «costanti e verità durature» della storia, al contrario dello storicismo stesso. Infatti, «scrutato con spregiudicata attenzione, lo *storicismo* si palesa quale una falsificante rappresentazione unilaterale della *storia*»⁸. Questo richiamo storico, e non già storicistico, al corso degli eventi ha considerevoli ricadute sull'intendimento del soggetto, che Cotta cerca così di preservare dalla relativizzazione comportata da uno storicismo, secondo lui, distruttivo dell'universalità metastorica della natura dell'uomo nonché della sua particolare individualità.

⁴ Id., 1997, 89.

⁵ Id., 1978, 105 ss.

⁶ Cfr. Id., 1997, 22.

⁷ Cfr. G.W.F. Hegel, 1987, §§ 260-261, 201.

⁸ S. Cotta, 1997, 52.

Ma, a parte il fatto che rimane ancora da dimostrare la presunta inconciliabilità dello storicismo dialettico di Hegel con una percezione onnicomprensiva e non «unilaterale»⁹ della storia come orizzonte dell'essere oltre che del divenire, è significativo che il pensiero di Cotta presenti comunque un'assonanza, seppur indichiata, con l'hegelismo, non solo per la tendenza a un inquadramento storico-ricostruttivo nella trattazione dei maggiori problemi filosofici, ma anche perché sussiste nell'approccio cottiano una sottesa quanto emblematica dialettica tra molteplici polarità, quali infinito e finito, forza e violenza, ontologico ed esistente, come pure tra diritto naturale e diritto positivo. Ciò non esclude e anzi conferma che, per Cotta, occorra superare l'opposizione «tra positività e naturalità», in direzione di «un concetto unitario»¹⁰, ravvisabile nella concretezza del concetto di «diritto naturale vigente» come «vivente realtà del diritto»¹¹. Ma in tale unità permane pur sempre la differenza insita tra la positività dell'ordinamento giuridico e la naturalità del diritto-categoria. Per Cotta, al pari di Hegel, anche per il quale il diritto è naturale, se non altro nel senso «che si determina mediante la natura della cosa, cioè il *concetto*»¹², il diritto non è un fenomeno esclusivamente positivo, e così, prendendo le distanze anche da Kelsen¹³, Cotta rifiuta l'artificialità del diritto inteso soltanto nella sua validità formale. È dunque in questa complessa ricerca di un superamento, senza negazione, della contingenza e, in particolare, della vigenza *innaturale* del diritto quando esso sia solo formalisticamente tale, che si colloca l'essenziale riferimento cottiano al soggetto, permeato, analogamente al diritto, di una polivalenza e problematicità più profonda di quanto possa sembrare.

Venuto evidentemente in luce nel fondamentale concetto di «diritto naturale vigente» un importante nesso di «unità nella differenza»¹⁴, è in Cotta rinvenibile anche la tendenza a evitare tra vari altri termini o elementi diversi, se non contrapposti, l'elisione adialettica di ciascuno di essi da parte dell'altro. Non sorprende perciò che Cotta, nella sua prospettiva lontana da ogni estremizzazione, per cui particolarità e totalità, empirismo e universalismo, sono distinti eppur uniti e compresenti, consideri inaccettabile quella radicale visione della soggettività che nel postmoderno ha trovato una crescente affermazione in chiave di un «soggetto assoluto»¹⁵ antitetico alla relazionalità dell'individuo fondata sulla «giuridicità intrinseca»¹⁶ della sua esistenza. Per Cotta l'uomo è, proprio perché soggetto giuridico, un individuo ontologicamente in relazione con l'altro, insieme al quale è parte di una comunità sociale.

Dissentendo da ogni teoria orientata verso un soggetto *legibus solutus* e, più a monte, da ogni tentazione antigiusurista rivolta a rifiutare l'idea stessa della regola, avente

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ S. Cotta, 1981, 135.

¹¹ *Id.*, 1989a, 210.

¹² G.W.F. Hegel, 1984, § 502, 484.

¹³ Cfr. S. Cotta, 1997, 15.

¹⁴ B. Troncarelli, 2006, 13.

¹⁵ S. Cotta, 1978, 121 ss.

¹⁶ Cfr. *supra*, nota 4.

la sua massima concretizzazione nel sistema del diritto, Cotta si applica a distinguere la propria concezione dell'individuo non solo da un soggetto autoreferenziale di ascendenza nietzscheana, ma anche dalla *persona* quale pura espressione assiologica, nonché dal *singolo* kierkegaardiano. Sebbene sia questa una singolarità che «non si oppone affatto all'individuo»¹⁷, ovvero alla dimensione di un soggetto effettivo quanto ontologicamente conformato, in essa Cotta scorge la negativa mutazione di un'antropologia filosofica *esistenziale* in direzione *esistenzialistica*. Riguardo poi alla presunta «supremazia della persona sull'individuo»¹⁸ sostenuta da vari pensatori di matrice spiritualistica, Cotta intravede un'altra posizione da cui doversi allontanare, dato che il personalismo «non risolve affatto il problema giuridico»¹⁹. Si tratta, per Cotta, di un problema che si può affrontare adeguatamente solo ricercando il radicamento del diritto-categoria non sul piano valoriale della persona, ma nella struttura ontoesistenziale dell'individuo, essendo per lui basilare comprendere e riscoprire non tanto il valore del diritto, quanto il suo senso e fondamento ontologico nella vita dell'uomo.

Ma la questione cruciale costituita dall'intendimento del soggetto, oscillante nella contemporaneità tra le diverse sponde di un incombente soggettivismo, di una più equilibrata soggettività, e di un crescente rischio di desoggettivazione sistemica derivante dai meccanismi funzionalistici prevalsi nella società globale, in Cotta risulta per molti aspetti dipendente dalla questione, per lui ancor più cruciale, del diritto e della sua ragion d'essere a livello individuale e collettivo. In questo senso, sembra non tanto che il diritto sia ciò che è, ovvero un'attività di relazione, perché esercitato *su* e *da* esseri umani in necessario rapporto reciproco di intersoggettività, quanto che il soggetto sia realmente se stesso, cioè relazionale e non «assoluto»²⁰, proprio in virtù del diritto nel suo costitutivo ruolo di *conditio sine qua non* e di garanzia della vita associata. Vale a dire che il soggetto umano è un essere in relazione perché è radicato nella dimensione originaria e intrinsecamente antropologica del diritto, finalizzata a rendere possibile la coesistenza umana e sociale.

Il principale intento di Cotta risiede, quindi, nel restituire al diritto il suo significato determinante più che nel ribadire la fundamentalità del soggetto rispetto al diritto stesso, mirando così a risolvere quel problema nodale del rapporto tra individuo e ordine giuridico che anche Capograssi ha cercato di affrontare, ma senza che il suo tentativo risulti propriamente «riuscito»²¹. Il confronto critico intercorso con il pensiero di Capograssi attesta che la filosofia di Cotta è protesa non solo alla riscoperta *antropocentrica* dell'individuo e del suo rapporto con il fenomeno giuridico, ma anche e soprattutto all'idea *giuricentrica* che il diritto è fondativo dell'esperienza umana, ed è in

¹⁷ S. Cotta, 1997, 43.

¹⁸ Ivi, 44.

¹⁹ Ivi, 43.

²⁰ Cfr. *supra*, nota 15.

²¹ S. Cotta, 1997, 38.

grado di salvare l'agente non meno dell'azione dell'uomo²², diversamente da quanto affermato da Capograssi, secondo cui il diritto non arriverebbe a tanto, perché «mentre l'imperativo giuridico salva l'azione», soltanto «l'imperativo morale salva l'agente»²³. La novità del rapporto tra soggettività ed esperienza giuridica delineato da Cotta consiste nel muovere non tanto dall'uomo per arrivare al diritto come mezzo necessario di tutela di ogni sua attività pratica, quanto dal diritto stesso come salvifica dimensione dell'uomo, senza la quale non ne sarebbe né pensabile né vivibile l'esistenza, cioè non sarebbe possibile alcuna pacifica e costruttiva coesistenza sociale, a cui si sostituirebbe distruzione, violenza e disumanità. Si tratta, a ben vedere, di una prospettiva ontologicamente *realistica*, che induce a rinvenire nell'oggettività del diritto il fondamento della soggettività umana. Entro una reciproca implicazione tra individuo e fenomeno giuridico, il diritto dipende sì dalla struttura relazionale dell'uomo, ma la relazionalità umana dipende, ancor più, dalla normatività del diritto.

Quando Cotta scrive che «il diritto-categoria è una proprietà della natura umana»²⁴, sostiene più o meno espressamente l'assunto che sussiste una fondamentale interrelazione, tale per cui il diritto presuppone sì il soggetto umano, ma tale soggettività presuppone il diritto in quanto *conditio sine qua non* della sua stessa possibilità di esistere. Ciò va non contro, ma oltre l'idea che l'esperienza giuridica appartiene intrinsecamente alla dimensione antropologica, in quanto non basta sottolineare il significato umano di tale esperienza, ma occorre rilevare, nell'ambito di questo legame di reciproca implicazione, una sorta di anteriorità logica del diritto stesso come prima espressione di quella doverosità, razionale e non meramente naturale, a cui l'uomo è strutturalmente chiamato. Non a caso, Cotta cita questo passo di Hegel: «l'uomo non è per natura quello che deve essere. L'animale è per natura quello che deve essere»²⁵. Il dovere, nell'uomo, ha una valenza totalistica e metafattuale nella misura in cui è non solo un punto di arrivo, ma anche il punto di partenza dal quale muovere per divenire realmente uomo. Vale a dire che la natura dell'uomo è riconducibile, essenzialmente, alla possibilità di diventare ciò che deve essere, alla «possibilità di diventare effettivamente spirito»²⁶, quale paradigmatica manifestazione di una libertà umana che non è mera possibilità dell'agire, ma possibilità del dovere, anzi del «*dovere-di-essere*»²⁷.

Il dovere rappresenta sia un punto di partenza in direzione dell'essere, cioè del compimento di quella facoltà esclusivamente umana che consiste nell'arduo percorso dalla natura allo spirito, sia un punto di arrivo in quanto esso stesso oggetto e obiettivo di un altrettanto arduo percorso, di un continuo sforzo attestante il limite, anzi l'imperfezione dell'uomo e, al tempo stesso, la sua libertà. Egli deve trascendere se stesso,

²² Cfr. *ivi*, 47-48.

²³ G. Capograssi, 1959, 171.

²⁴ S. Cotta, 1992a, 38.

²⁵ G.W.F. Hegel, 1978, 95.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ S. Cotta, 1991, 96.

la sua naturalità immediata, per essere realmente un uomo, e cercando di adempiere a tale dovere, si rende libero eppur conforme alla sua peculiare naturalità razionale. Come sottolinea Cotta, occorre «distinguere la natura dell'uomo, cui pertiene l'obbligatorietà del dovere, dalla natura animale sottoposta al determinismo costringente della necessità»²⁸. L'osservanza di tale doverosità è per l'uomo, paradossalmente, una espressione di libertà, è una obbligatorietà equivalente a una possibilità, appunto alla possibilità del dovere, intesa come possibilità di rendersi libero e davvero umano. Solo muovendo dal dovere normativo, etico-giuridico, l'uomo si fa propriamente tale, cioè realizza se stesso come un soggetto che, mettendo in atto la possibilità del dovere, anzi del «*dovere-di-essere*» ciò che è, trasforma il dovere stesso da mero dato di necessità deterministica, in un'affermazione di diritto e libertà, per sé e per gli altri.

È quindi il diritto come dovere il vero *prius*, il punto di partenza che evoca il fondamento costituito da quell'orizzonte fuori del quale non è possibile realizzare alcuna esperienza propriamente umana, dato che esso è il necessario presupposto, e insieme il risultato, dell'essere stesso come *coesistere* insieme dei soggetti umani, a prescindere dalle particolari contingenze di socialità o isolamento umanamente esperite. Il diritto rappresenta un esempio dialettico di effettività e idealità al tempo stesso, esprimendo la dimensione che introduce al senso integrale dell'esistenza umana, che è tale solo se razionale, cioè ideale eppur effettiva. In questa conciliazione di opposti il diritto tende al suo compimento, ma senza che tale unità comporti la negazione della loro costitutiva differenza. Non c'è realtà, nemmeno quella del diritto, che possa edificarsi su una incomponibile scissione tra i differenti ambiti di effettività e idealità, essere e dover essere, in quanto una effettività priva di significati metaempirici, analogamente a una idealità priva di spinte attuative, non sarebbe in grado di avere alcuna concretezza. Se così fosse, si assisterebbe infatti all'assolutizzazione di un estremo rispetto all'altro, e ciascuno dei due versanti, assolutizzati quanto dimidiati, rimarrebbero solo una mera astrazione, irreali e irrelati.

Essere e dover essere, sebbene uniti, permangono nondimeno differenti tra loro, e non fungibili né confondibili, in particolar modo se riferiti a una realtà complessa quale il diritto, il cui essere non appare mai pienamente compiuto, né pienamente unito e convergente con il proprio dover essere, cioè con una doverosità normativa che, andando oltre la visione ontofenomenologica di Cotta, costituisce il fondamentale obiettivo deontologico del diritto stesso, peraltro mai del tutto raggiunto, da realizzare in termini di giustizia. Nel quadro di un nesso dialettico di «unità nella differenza»²⁹, in Cotta il diritto riacquista, comunque, il suo originario significato sostanziale, ed è concepito a un livello ulteriore rispetto al piano strumentale, non limitandosi più a essere una sorta di mezzo artificiale consistente in meccanismi positivisticici e formalistico-procedurali preposti a produrre, o a imporre, atti giuridici di volontà decisionale validi indipendentemente dal

²⁸ Id., 1992a, 39.

²⁹ Cfr. *supra*, nota 14.

piano contenutistico. Senza nulla togliere alla logica formale, imprescindibile anche nel diritto, dove essa assolve a un indispensabile ruolo di formulazione delle regole secondo una logica intellettualistica rivolta tendenzialmente a stabilire distinzioni binarie, nella fattispecie tra lecito e illecito, o valido e invalido, la lezione cottiana induce a prendere atto che l'ordinamento giuridico non è assimilabile alla fattualità dell'insieme di norme in cui pur inevitabilmente si articola. Essendo espressione, altrettanto inevitabilmente, dell'essere e del dovere, ovvero del dover essere, ogni realtà giuridico-ordinamentale consiste anche in principi e valori forniti di una determinata sostanza e significatività, non negoziabile né derogabile, a garanzia di quei doveri costitutivi di relazionalità intersoggettiva evocabili nei termini di una «logica non formale, bensì esistenziale»³⁰.

È questa una logica sostanziale sottesa a tutta l'attività normativa: «l'essere della giuridicità trae la pienezza del proprio senso [...] dall'essere dell'uomo e dai suoi bisogni esistenziali»³¹, che richiamano fondamentali esigenze contenutistico-sostanziali di uguaglianza e giustizia. Se di strumento si volesse, in ogni caso, parlare in riferimento al diritto, sarebbe da chiarire che esso ha un carattere strumentale non estrinsecamente attribuibile, ma costitutivo e organico alla relazionalità umana, ossia ha il carattere di uno «strumento dell'esperienza pratica [...] e non dell'artificio fabbrile»³². Si tratta perciò di uno specialissimo strumento, riconducibile al piano cognitivo, nonché pratico-operativo, in cui si formulare norme positive, ma anche e soprattutto affermare principi e valori sostanzianti la razionalità del diritto stesso e delle sue regole. I principi rappresentano la struttura portante del diritto, ed esprimono una legalità di ordine superiore che implica e ricomprende in sé le norme o regole propriamente tali, costituendo di esse la *ratio* sottesa alla positività formale del diritto stesso. Sono principi giuridici esprimenti il fondamento e il fine delle norme, che presuppongono e oltrepassano in modo da configurare quel livello originario eppur ulteriore rispetto al diritto, unito e differente da esso, meglio definibile come ambito della giuridicità.

Il primo di tali principi, argomentati a livello giusfilosofico, concerne il rispetto incondizionato dell'identità individuale, la sua intangibilità e integrità, mai strumentalizzabile da alcuno, perché la vita e dignità umana costituiscono kantianamente un fine inappropriabile. Di qui, quel principio generale del diritto secondo cui, per Cotta, «si deve rispettare il *suum* di ciascuno», dove il «*suum*» rappresenta l'«egoità» di ogni uomo nella sua inalienabilità³³, da tutelare con norme adeguate. C'è poi il secondo principio, definito da Cotta come «principio di uguaglianza»³⁴, violabile sia da una divisiva inuguaglianza sia da una omologante indifferenza. Tale principio comporta non solo una uguaglianza formale «davanti alla legge ma, prima ancora, è condizione della giuridicità

³⁰ S. Cotta, 1989a, 194.

³¹ Id., 1993, 61.

³² Id., 1992a, 38.

³³ Cfr. *ivi*, 42.

³⁴ *Ivi*, 43.

della legge stessa»³⁵, perché una disposizione normativa che contravvenisse nei suoi contenuti prescrittivi alla uguaglianza sostanziale intersoggettiva, fondata sul concetto di originaria «parità ontologica»³⁶, sarebbe una espressione legalistica non realmente fornita di giuridicità. Il compimento di un simile «diritto per principi»³⁷ avviene poi, lungo la linea indicata da Cotta, con la formulazione del «principio di libertà»³⁸, ossia di quel terzo principio che tende a tutelare ciascuno come ugualmente libero e *soggetto di diritto*, nessuno essendo solo *soggetto al diritto*³⁹ o mero destinatario di norme.

Il quadro concettuale che ne consegue, imperniato su quegli elementi strutturali del diritto costituiti dai suoi principi portanti, risulta tutt'altro che astrattamente teorico, ma congruo alle crescenti esigenze di una visione integrata e integrale della società odierna, caratterizzata da un contesto multiculturale e multietnico che ha bisogno di una riscoperta del diritto, e del suo ruolo decisivo nella vita individuale e sociale dell'uomo, per rendere tale contesto meno esposto al rischio di una globalizzazione fittizia, cioè solo economico-utilitaria, e non anche, almeno tendenzialmente, giuridica. È infatti la dimensione costitutivamente aperta del diritto che può ridare al mondo sociale unità e coesione. Si tratta di un legame intersoggettivo che è un essere e un dover essere al tempo stesso, basato su pochi, ma essenziali principi e valori finalizzati al rispetto della soggettività propria e altrui, in alternativa a un sempre maggiore antagonismo concorrenziale proteso alla esclusiva difesa economicistica di interessi particolari e, di fatto, a una conflittualità crescente tra individui e tra popoli. Il diritto può riunificare o, quantomeno, riavvicinare una umanità lacerata da inaccettabili divari, economici e sociali oltre che tecnologico-digitali, riscontrabili a dispetto, anzi proprio a seguito, delle dinamiche di una globalizzazione già notevolmente estesa eppur circoscritta a una pervasiva quanto angusta economia di mercato. Al contrario delle chiusure insite non solo nel protezionismo economico-sociale tuttora ricorrente, ma anche nel particolarismo delle società liberiste proteso a forme di autoregolazione o deregolazione dei mercati fruibili in prevalenza da pochi soggetti forti, e delle non minori chiusure comportate dai meccanismi identitari propri dell'attività politica a livello internazionale non meno che nazionale, «l'attività giuridica, in quanto è un agire secondo regola, fa sì che colui il quale si conforma alla regola entri come gli altri in un rapporto di associabilità aperta, diffusiva, in modo potenzialmente illimitato»⁴⁰.

La potenzialità del diritto di estendersi oltre i propri limiti di ordinamento giuridico concernente uno specifico Stato nazionale differenzia il diritto stesso, inteso come attività a tutela di ognuno in quanto essere umano prima ancora che in quanto cittadino, sia dalla politica come attività di potere all'interno di ogni determinata comunità di cui è

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ S. Cotta, 1981, 152.

³⁷ B. Troncarelli, 2002, 149 ss.

³⁸ S. Cotta, 1992a, 43.

³⁹ Cfr. *Id.*, 1997, 6.

⁴⁰ *Id.*, 1992c, 65.

espressione, sia dalla economia, che non può essere se non un'attività di scambio rivolta alla difesa dell'utile, massimizzabile ma non universalizzabile. Ciò non toglie che il diritto sia unito e in linea di continuità con tutte le dimensioni della realtà umana, non solo con le suddette dimensioni istituzionali della politica e dell'economia da cui è pur differente, ma anche e soprattutto con la dimensione della moralità, da cui è altrettanto differente, ma non separabile. Se fosse altrimenti, se tra diritto e morale non sussistesse giuspositivisticamente alcun legame, ne deriverebbe una grave dissociazione della giustizia *giuridica* dalla giustizia *morale*, con una conseguente autoreferenzialità del diritto assunto nel suo esclusivo formalismo procedurale, atta a segnare la negazione teoretica e pratica del diritto stesso.

Ciò è asseribile non tanto perché «la considerazione delle forme nel ragionamento del giurista e il loro rispetto nella prassi da parte dei destinatari del diritto sono cose preziose per tutti, ma non costituiscono l'ultimo e più profondo stadio della comprensione del diritto»⁴¹, quanto perché le forme e le procedure legali indipendenti dai contenuti, cioè tali per cui un contenuto sia ritenuto equivalente o fungibile rispetto a un qualsiasi altro, non possono avere alcun senso se non quello, allarmante, di essere contenitori vuoti, significanti senza significati, mezzi senza fini non solo morali, ma in definitiva nemmeno giuridici. Se così intese e assolutizzate, si tratta infatti di forme e procedure suscettibili, loro malgrado, di divenire vettori di un volontarismo destinato ad autodissolversi in veri e propri atti arbitrari, tutt'altro che congrui alla «purezza»⁴² della scienza giuridica. Muovendo da una forma assolutizzata, cioè da un *contenitore* che in sé prescinda dalla sostanza o dal *contenuto*, si può arrivare fino alla negazione della forma stessa e a un esito totalmente nichilistico, in cui la negazione di ogni contenuto sostanziale comporta la negazione di ogni dimensione formale, poiché una forma scissa dal contenuto, che come tale si presti indifferentemente a veicolare tutto, rischia di sfociare nella negazione di se stessa, o quantomeno nella negazione di sé in quanto entità caratterizzata da un'asettica, pura e non cognitivistica neutralità, rendendosi strumentale a qualsiasi contenuto. Muovendo invece dalla sostanza, viene necessariamente presupposta e affermata anche la forma in cui contenere il contenuto stesso, perché il contenuto implica di per sé una determinata forma che lo contenga, al contrario di un contenitore senza contenuto, o di una forma senza sostanza, che tende a perdere la propria ragion d'essere, e a divenire una forma *spuria* anziché pura, atta a contenere tutto e nulla. Ne consegue che il diritto, se inteso nella sua valenza non soltanto formale, ma anche etico-sostanziale, oltrepassa sì il diritto formalmente inteso come positivo e vigente, ma senza mai negarlo, poiché nel diritto la sostanza implica pur sempre una forma giuridica che la veicoli.

Anche tra diritti e doveri, o tra pretese e obblighi, intercorre un analogo nesso di implicazione unilaterale e non reciproca, nel senso che, come nel diritto la sostanza

⁴¹ Id., 1993, 63.

⁴² H. Kelsen, 1970, 47.

implica la forma ma non viceversa, del pari i doveri implicano i diritti, ossia il diritto inteso come «obbligo» ricomprende in sé il diritto inteso come spettanza da rispettare o come «pretesa»⁴³, ma non necessariamente è vero il contrario. Ciò è la ragione di fondo per cui i diritti umani, intesi per lo più in termini di pretese individuali, sono stati rivendicati e dichiarati come irrinunciabili, eppure sono rimasti ancora poco se non affatto realizzati⁴⁴. In altri termini, non basta muovere dai diritti per affermare i corrispettivi doveri. I diritti vengono, infatti, concepiti prevalentemente come formulazioni giuridico-normative valide e cogenti, ma al tempo stesso astratte e desostanzializzate nel risultare espressione non tanto di relativi obblighi da osservare, quanto di pretese pur legittime da esigere. Mentre i doveri umani, in quanto tali valevoli per tutti, ricomprendono in sé anche i diritti, poiché ciascuno ha diritto di ricevere dagli altri il medesimo rispetto che è tenuto a corrispondere loro, i diritti valgono anch'essi per tutti, ma pochi hanno la capacità di farli valere, cosicché, stando alla logica soggettivistica dei diritti individuali e al concetto di diritto come pretesa, finiscono per essere spesso ignorati proprio i diritti più vulnerabili e quindi più importanti, quelli dei soggetti più deboli. Solo di rado si arriva a comprendere che non è sostenibile relegare i doveri all'ambito extragiuridico della morale e limitarsi all'esercizio o alla rivendicazione dei diritti individuali antepoendoli ai doveri sociali di tutti e di ciascuno. Né è sostenibile la sottesa convinzione del presunto carattere più specificamente giuridico del divieto come astensione da un illecito, che non il concetto del dovere di una buona condotta. Si arriva così a privilegiare i diritti rispetto ai doveri, le pretese rispetto agli obblighi, mentre il diritto stesso viene sempre più percepito come un insieme di spettanze tendenti a una complementare attribuzione di diritti soggettivi da una parte, e di doveri altrui di rispettarli dall'altra, eludendo la primarietà e anteriorità, logica non meno che etica, di una sostanziale assunzione di responsabilità mediante la reciproca osservanza di obblighi, ugualmente vincolanti per tutti.

Questa scarsa o assente reciprocità e specularità tra l'io e l'altro appare ancor più evidente se si consideri che la logica del *mio*, sia essa riferita ai miei interessi economici o ai miei diritti legali, prescinde non solo dalla logica oblativa del *tuo*, ma anche dalla logica sociale del *nostro*, potendo sussistere un *homo juridicus* del tutto autoreferenziale, che muova unicamente da se stesso e ritenga tutt'al più che i diritti dell'uomo siano una somma di diritti individuali. Si tratta del solipsismo giuridico descritto da Croce: «in verità, gli altri in quanto individui non hanno nessun diritto che non abbia anch'io, in quanto individuo: io sono un altro per l'altro e l'altro è un io per sé»⁴⁵. Se ne ricava una prospettiva individualistica del diritto e del suo ruolo ben diversa da ogni altra fondata su quella logica partecipativa del *nostro* che, pur non essendo altruistica come la logica disinteressata ed etico-religiosa del *tuo*, muove da un assunto non esclusivamente soggettivo per ricomprendervi al suo interno anche il proprio sé. Ebbene, mentre alla

⁴³ B. Leoni, 2004.

⁴⁴ Cfr. S. Cotta, 1982, 645 ss.

⁴⁵ B. Croce, 1932, 281.

logica del *mio* corrisponde il diritto inteso come pretesa nonché l'idea dei diritti come spettanze individuali, alla logica del *nostro* è riconducibile il diritto come obbligo nonché l'idea dei doveri sociali, di tutti e di ciascuno, assunti come via maestra per realizzare in concreto i diritti individuali stessi. Infatti, mentre l'affermazione del *mio* diritto, almeno di fatto, non implica necessariamente il riconoscimento del medesimo diritto dell'altro, ma piuttosto il suo dovere di rispettare il mio, invece il *nostro* dovere di rispettare ciascuno il diritto dell'altro implica necessariamente il *mio* diritto di attendermi da ogni altro l'osservanza dei miei analoghi doveri di rispetto nei suoi confronti.

Non è un caso che l'ambito dei diritti, come delineatosi nel tempo anche per stemperare il più possibile il loro significato più o meno soggettivistico, venga a estrinsecarsi soprattutto sul piano enunciativo, traducendosi spesso in formulazioni giuridiche astratte sulle legittime prerogative dell'essere umano. Al contrario, l'ambito dei doveri induce sempre ciascun uomo a impegnarsi sul piano fattivo per gli altri oltre che per se stesso, e riguarda un'attuazione concreta dei rispettivi diritti che esige l'osservanza non tanto di generici divieti di interferenza con le prerogative altrui, quanto di precisi obblighi di azione, senza l'adempimento dei quali i diritti umani sono destinati a rimanere oggetto di dichiarazioni programmatiche sì importanti e autorevoli, ma senza alcuna effettività giuridica.

2. La concretezza dell'«universalità empirica» del diritto.

Il diritto è davvero tale, cioè diritto non puramente formale, né diritto antiformale altrettanto riduttivo del diritto formalistico, solo se esso è, in modo per certi aspetti paradossale, altro da sé, vale a dire se è dovere, e quindi se assolve al suo ruolo realizzativo di quegli obblighi normativi, etico-giuridici, che sostanziano in gran parte il suo contenuto. Non che diritto e morale siano una medesima manifestazione della realtà umana, ma è pur vero che il diritto non può prescindere dall'ambito morale, di cui ha il compito di realizzare inderogabili imperativi, rilevanti socialmente oltre che individualmente. Anche in considerazione di ciò, il diritto come pretesa risulta insufficiente a rendere conto della dimensione sociale del diritto, il quale non può limitarsi a *pretendere* giustizia, affidando la giustizia stessa alle aleatorie dinamiche volontaristiche delle aspettative e delle attività dei singoli, ma deve realizzarla. Di qui, l'unità nella distinzione intercorrente tra diritto e giustizia, nonché tra diritto e morale, dato che ogni processo di realizzazione implica uno scarto, o differenza, tra *realizzante* e *realizzato*.

Se il diritto non realizza o concretizza socialmente la morale, esso perde la qualità intrinseca del *realizzante*, cioè del diritto stesso, che per conservare la propria inseità giuridica è chiamato a oltrepassare l'ambito della mera aspettativa unilaterale o pretesa individuale, seppur legittima, di giustizia, per applicarsi bilateralmente a realizzarla come *dovere del rispetto* da parte degli altri verso ciascuno di noi e *rispetto del dovere* da parte

di ciascuno di noi verso gli altri. Così facendo, il diritto realizza la morale o, quantomeno, tende a realizzarla in termini di etica (*ethos*) o costumi sociali, in modo tale che essa non resti una questione solo privata, entro un processo di realizzazione, o concretizzazione, in cui il dover essere dei principi normativi assolve a un ruolo essenziale, ancor più importante dell'essere dei valori. Si tratta di una doverosità il cui senso trapassa dal piano *individualmente morale* al piano *socialmente etico*, ovvero dalla moralità alla eticità, dalla ristretta sfera dell'individuo alla più ampia dimensione della società. E ciò può avvenire proprio per mezzo del diritto come dovere, cioè di un diritto non più inteso solo come aspettativa o pretesa individuale di giustizia, ma come mezzo di realizzazione della giustizia stessa a livello sociale oltre che individuale. Dove realizzare significa *rendere reale* la giustizia, in quanto non solo voluta e pretesa da ciascuno per sé, ma compresa e dovuta da tutti per tutti.

Lungo questa prospettiva, appare notevole l'importanza assunta in Cotta dalla categoria del diritto, e il carattere particolarmente innovativo della sua concezione, speculativa e realistica al tempo stesso. Si tratta di una concezione filosofica in cui il diritto viene sottratto a quel ruolo subalterno comportato nella contemporaneità dal predominio dell'economia, nonché da un diffuso relativismo etico. Peraltro entrambe, cioè economia ed etica, non essendo ascrivibili unicamente alla discrezionalità soggettiva, come invece si ritiene facendo riferimento alla iniziativa individuale per quanto riguarda la prima, e all'etica della coscienza per la seconda, risultano anch'esse prive di qualsiasi consistenza socialmente positiva se demandate al mero arbitrio della volontà individuale e alle capacità autoregolatrici dei singoli senza edificarsi sulla base di una oggettiva relazionalità, *in primis* giuridica, fondata su dati della ragione teoretica non meno che pratica. L'individuo stesso e la sua relazionalità non possono trovare alcuna reale affermazione, né di principio né tantomeno di fatto, se si prescinde dalla dimensione della coesistenza, o «interpersonalità»⁴⁶, in cui si traduce la categoria della giuridicità nei termini di una regola vincolante dell'agire che stabilisca reciproci obblighi e diritti. Se quindi è vero che «il diritto s'impenna sull'uomo» naturalmente portatore «di doveri, di cui è responsabile, e di diritti, di cui è legittimo assertore», è altrettanto vero che la specificità relazionale dell'essere umano si impenna sul diritto come basilare «*struttura di pace*»⁴⁷, senza la quale né l'individualità umana, né la sua profonda significanza morale e sociale, potrebbero minimamente realizzarsi.

Tanto premesso, occorre prendere atto che il diritto economicistico prevalso negli ultimi anni in una società globalizzata sempre più divisa, se non conflittuale, non può essere una «*struttura di pace*» al servizio dell'armonica coesistenza civile e, in definitiva, dell'intera collettività sociale. Nella sua specificità categoriale, il diritto rimane in ogni caso la principale attività di pacificazione e risoluzione dei contrasti a disposizione di soggetti privati e pubblici, ma di fronte a un diritto reso spesso funzionale a più o meno

⁴⁶ S. Cotta, 1992b, 381.

⁴⁷ *Ibidem*.

dichiarate esigenze di autoaffermazione e di individualismo liberistico⁴⁸, ciò che emerge è un tendenziale fraintendimento della giuridicità, destinato a incrinare gradualmente la stessa vita associata di cui il diritto vorrebbe pur essere un fattore incentivante. Ciò non significa sostenere *sic et simpliciter* che esista solo il *diritto giusto*, e che il diritto basato su un amorale economicismo, o su un'immorale volontà di potenza, manchi di giuridicità. Anziché contestare la possibilità tutt'altro che remota di un *diritto ingiusto*, si tratta piuttosto di contestare il senso stesso della locuzione di *diritto giusto*, dato che la giustizia non sempre sostanzia l'essere del diritto, proprio in quanto rappresenta il suo dover essere, ossia il suo primario obiettivo da realizzare. Ne consegue, in ciò discostandosi dall'ontologismo cottiano, che un diritto ingiusto è sì inconcepibile, ma solo deonticamente, perché non concettualmente né fattualmente inesistente.

Se l'inconcepibilità del diritto ingiusto dipende dalla sua inconciliabilità sul piano deontico con l'intrinseco dover essere del diritto, in quanto è un diritto esprime una divergenza artificiosa e astratta da ciò a cui è destinato, solo l'aderenza al ruolo costitutivo del diritto, inteso come necessaria condizione e «garanzia della interpersonalità»⁴⁹, comporta un senso di concretezza anziché di astrazione, poiché ciò implica che non si ignori il significato del diritto nella realtà degli individui, e si arrivi così ad afferrarne il carattere ontoesistenziale. Dove la concretezza non rappresenta mera effettività contingente, ma fedeltà al senso e significato profondo della realtà, in particolare del mondo umano, anche nella sua peculiare dimensione di immanente esistenzialità e di finitudine spazio-temporale. Non sorprende, allora, che anche una concezione fortemente metaempirica come quella di Cotta, mirante a comprendere della realtà le invarianze strutturali e ad attingere direttamente l'essere stesso nel «*dovere-di-essere*» senza limitarsi a una incessante e mai risolta tensione verso il dover essere, riesca a raggiungere nondimeno una visione né astratta né ipostatizzata del diritto e di ogni altra dimensione del reale. Ne consegue una innovativa lettura, concreta e corposa, del diritto stesso come diritto naturale eppur positivisticamente orientato.

Sostenendo che il diritto è un necessario presupposto della coesistenza «per la sua intenzionalità a sostituire il conflitto e l'imporsi della potenza, sempre possibili nella condizione umana, con il dialogo, il discorso di ragione»⁵⁰, Cotta si cimenta in una osservazione attenta dei sistemi giuridici positivi, che è in grado di pervenire attraverso un percorso di induzione logica a una organica concezione del diritto non banalmente giusnaturalistica, né lontana dalla effettività del diritto vigente o *vivente*, bensì ripensata nel quadro di una «universalità empirica»⁵¹. Ne è una conferma la particolare attenzione rivolta da Cotta al diritto processuale, in quanto emblematico connubio tra la *positiva* normatività delle procedure giuridiche e la *naturale* «esigenza di giustizia»⁵². Il momento

⁴⁸ Cfr. B. Troncarelli, 2015, 69.

⁴⁹ S. Cotta, 1992b, 382.

⁵⁰ Ivi, 381.

⁵¹ Id., 1997, 51 ss.

⁵² Id., 1993, 61.

della giurisdizione gli sembra, non a caso, una paradigmatica espressione della presenza nel diritto, oltre alle due tipiche espressioni della giuridicità, costituite dal prescrivere e dal proibire, di quella manifestazione atipica eppur peculiare di essa costituita dall'individualità esistenziale, intesa come «concreta realtà dell'io, autore degli atti e responsabile di essi nei confronti di altri»⁵³. Risulta quindi riduttivo e fuorviante sottolineare l'aspetto più speculativo del pensiero di Cotta senza ricollegarlo all'interesse da lui rivolto alla effettiva realtà del diritto nell'esistenza umana, non però per uniformarsi ai dati di fatto, ma per elevarsi al di sopra, e non certo contro di essi.

Il costante richiamo alla concretezza si può rinvenire in Cotta anche nel suo approfondimento di quella classica interpretazione del *giusto diritto* e del *giusto processo* quali concetti orientati ad affermare, in una prospettiva tradizionalmente giusnaturalistica, l'insussistente giuridicità intrinseca di norme o procedure positive ingiuste⁵⁴. In base a una lettura ulteriore, essi si mostrano infatti concetti insoddisfacenti, al pari di ogni nozione che astrattamente attribuisca o meno al diritto valori morali, come se questi possano rimanere a esso estrinseci. Non sembra, perciò, che Cotta ritenga appropriato parlare di *giusto diritto* o *giusto processo*, proprio perché la giustizia non è qualcosa di contingente nel fenomeno giuridico, che possa esserci o non esserci. Ma la sua prospettiva ontologica fondata sull'essere, o meglio sul «*dovere-di-essere*», piuttosto che sul dover essere, induce poi Cotta a condividere giusnaturalisticamente la convinzione che il diritto o è giusto o, altrimenti, non è diritto, essendo anche per lui impensabile un diritto ingiusto. Resta il fatto che il diritto cottianamente inteso, in quanto realmente diritto e quindi giusto, non avente alcun bisogno di ricevere dalla moralità valori che sono già in esso insiti, emerge non solo sul piano teoretico come un dato incontrovertibile del diritto naturale, ma anche sul piano fattuale nella vita degli individui con tutta la forza che lo caratterizza in termini di «giustizia legale»⁵⁵. Si tratta di una giustizia che ha tanto impatto sulla coesistenza umana da essere al tempo stesso «giustizia sociale»: «la giustizia è sempre sociale, poiché non riguarda il rapporto del soggetto con se stesso, ma sempre il suo rapporto con altri»⁵⁶.

C'è però un rilievo critico desumibile da una simile lettura del diritto protesa ontologicamente a coglierne l'intrinseco carattere di giustizia, relativo al fatto che è una lettura tendente ad avere difficoltà nel rendere conto del negativo presente nel diritto stesso, il quale, come ogni altro elemento della realtà transeunte, può divergere dal suo pieno compimento, cioè dal suo dover essere, e realizzarlo solo in parte o in molti casi per nulla, senza con ciò cessare di essere ciò che è, ogni essere consistendo anche, necessariamente, in negatività e non-essere. Nondimeno, la visione cottiana del rapporto indissolubile tra diritto e giustizia attesta una notevole originalità rispetto alle versioni più consuete del giusnaturalismo, poiché permane ravvisabile in essa un rapporto dialettico,

⁵³ Id., 1997, 66.

⁵⁴ Cfr. Id., 1992c, 83-84.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ *Ivi*, 85.

sia pur indichiarato, di «unità nella differenza»⁵⁷ tra giuridicità e moralità, che compare chiaramente nel concetto di «moralità del diritto»⁵⁸. Sottraendo il diritto stesso a ogni subordinazione dalla morale, tale concetto permette a Cotta di porre in luce «le aporie della separazione fra etica e diritto»⁵⁹, e di delineare una loro, per così dire, *identità differenziata*.

Ferma restando la grande valorizzazione attuata da Cotta della dimensione giuridica del mondo umano, la sua filosofia non si limita però alla «morale della giustizia», cioè a quella complessa dimensione normativa di cui è parte integrante il diritto non meno dell'etica, inoltrandosi al di là di tale morale, che viene oltrepassata, pur senza essere negata, dalla «morale della carità»⁶⁰. Ecco allora comparire l'aspetto più toccante di un pensiero filosofico che, a parte la sua indiscutibile capacità di innovare il giusnaturalismo mediante un approccio concreto e analitico ai problemi del diritto, inteso come vigente e positivo oltre che naturale, sa elevarsi anche oltre il diritto, ma per meglio comprenderne la specificità, e non per sminuirne il senso. Secondo Cotta, il giurista può comprendere appieno la peculiarità del proprio impegno professionale e umano solo riconoscendo che, accanto alla «misura» connotante la giuridicità, si staglia l'«*oltremisura*» della carità⁶¹. Se il piano metagiuridico della carità significa amore, oblazione, disinteresse e relazionalità «asimmetrica» nella cura del prossimo, anche del nemico, senza mai chiedere nulla in cambio, il diritto non può spingersi fino a tanto, essendo invece espressione di una relazione «simmetrica»⁶² tra dare e ricevere, tra obblighi e pretese, tra doveri e diritti.

Al di là di tale straordinaria riflessione sulla carità, molto insolita in un contesto di studi giuridici, si può osservare come da questo ordine di considerazioni, che muovendo dal raffronto tra etica e diritto giunge a un'ampia visione giusfilosofica, organica quanto articolata, possano essere tratte due conseguenze, tra loro alternative: da una parte, in un'ottica formalistica, se ne desume che ogni ambito della realtà ha i propri limiti determinati, di cui prendere atto e a cui attenersi senza indebite commistioni né tra diritto ed etica, né tantomeno tra diritto e carità, seguendo così un acritico approccio logico non certo erroneo, ma riduttivamente basato sui principi formali di identità e non-contraddizione riferiti ai vari elementi del reale; dall'altra, in un'ottica sostanzialistica e più complessa, l'assunto che il diritto non abbia a che vedere con la moralità o con la carità appare invece contestabile non perché falso, ma perché non del tutto vero, nel senso che i limiti intercorrenti tra questi distinti ambiti costituiscono pur sempre punti di contatto, cioè confini in nesso dialettico tra loro, al pari di tutti gli altri enti delimitati concettualmente o materialmente, ciascuno nel contempo differente e unito a qualcos'altro, che inizia laddove esso finisce.

⁵⁷ Cfr. *supra*, nota 14.

⁵⁸ S. Cotta, 1991, 277 ss.

⁵⁹ *Id.*, 1995, 287 ss.

⁶⁰ *Ivi*, 294.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² S. Cotta, 1989b, 245-246.

È questa sottesa dialettica, riconducibile a una sostanzialità non già antiformale, ma «metaformale»⁶³, che rende possibile cogliere la specificità del diritto e la sua basilare importanza. Prima di giungere alla carità, non c'è infatti il vuoto, ma c'è il collimante seppur distinto piano giuridico della legge come sua *conditio sine qua non*, trattandosi, anche alla luce delle scritture neotestamentarie, di due dimensioni eterogenee e insieme correlate, dato che non si può arrivare ad amarsi caritatevolmente se, innanzitutto, non sussista un rapporto di pacifica coesistenza tramite l'osservanza reciproca di regole fondative della stessa relazionalità intersoggettiva. È solo a partire da tali legami giuridici, e «simmetrici», che la realtà finita dell'uomo si può aprire a quell'«*oltremisura*» rappresentato dal dono gratuito e «asimmetrico» della carità, che presuppone di necessità il diritto, e che, per elevarsi al di sopra di tutto, ha bisogno dell'idea stessa della legge, *in primis* espressa dalla dimensione della giuridicità. La legge è dialetticamente superata, ma rimane presupposta e non negata dall'amore caritatevole, come emerge in modo esemplare nell'illuminante parola di Cristo: «non pensate che io sia venuto ad abolire la legge o i profeti; non sono venuto per abolire, ma per dare compimento»⁶⁴.

Prima della carità c'è dunque, nell'insieme unitario eppur molteplice delle forme relazionali umane, l'ambito del diritto eticamente orientato, che non è la morale, ma che tende a realizzarla come suo dovere ultimo, e in ciò il diritto ritrova se stesso come prescrittività sostanziale e dover essere, che Cotta, invero, interpreta ontologicamente come «*dovere-di-essere*». In ogni caso, dalla stessa riflessione metagiuridica sulla carità, si trae conferma che in Cotta il diritto ha un significato portante o strutturale, più esattamente ha una «*struttura di pace*» e di giustizia, nel senso di una giuridicità avente il ruolo di essere, come loro *conditio sine qua non*, in linea di continuità con i grandi valori dell'etica e della carità stessa. L'individuo non può realizzarsi, né come uomo moralmente giusto né come uomo religiosamente caritatevole, se si ponga al di fuori di un prioritario ordine coesistenziale basato sul rispetto della legge, che lo vincola all'osservanza dei doveri, anzi all'idea stessa del dovere, e che, nel contempo, lo salva dal rischio di una soggettività egoistica e violenta⁶⁵, mirando a istituire un mondo relazionale e umano. Il diritto si disvela perciò come una complessa e dialettica dimensione, un dato effettuale e insieme un ideale da attuare, un essere nonché un dovere, o meglio un dover essere, riformulato da Cotta mediante quel concetto ontologico, piuttosto che deontologico, costituito appunto dal «*dovere-di-essere*».

Si assiste evidentemente in Cotta a un pensiero multivalente e non unidimensionale, in cui sono compresenti concetti diversi o contrapposti, che vengono dialetticamente uniti ma non confusi tra loro, come nel caso di naturalità ideale e positività vigente, o di quella totalità e particolarità rinvenibili nell'emblematico concetto cottiano di «universalità

⁶³ Cfr. *supra*, nota 1.

⁶⁴ Matteo 5,17.

⁶⁵ Cfr. S. Cotta, 1978, 142-145.

empirica»⁶⁶. Si ha infatti che dalla fattualità del fenomeno giuridico, mai venuta meno nel giusnaturalismo non astratto né ipostatizzato caratterizzante la sua filosofia del diritto, Cotta trae alcune paradigmatiche invarianze, come l'ospitalità e gli interdetti costituiti da incesto, omicidio, menzogna e furto, non ricondotti solo a contingenti determinazioni storico-culturali, ma derivati dal carattere archetipico e costitutivo della normatività nella vita umana. Ciò attesta una prospettiva filosofico-giuridica in cui la concretezza non ha un senso esclusivamente ideale oppure empirico, ma nell'eludere ogni schematicità intellettualistica, giusnaturalistica o giuspositivistica che essa sia, è una concretezza esprime l'intrinseca complessità del reale, sempre sospesa tra natura e artificio, idealità ed effettività, necessità e contingenza.

3. Soggettività relazionale: dai diritti ai doveri dell'uomo.

Anche il concetto cottiano di individuo si presenta in modo non univoco né semplice. È un concetto in cui non traspare una identità pacificata, ma che evoca una rappresentazione dell'esistenza talora drammatica, dato che Cotta si è soffermato più volte sugli aspetti chiaroscurali dell'essere umano, capace sì di autocoscienza e discernimento del bene, ma pervaso anche da volontà di dominio sul mondo esterno⁶⁷, e spesso da impulsi di autoaffermazione distruttiva⁶⁸. L'assolutizzazione della soggettività non sembra essere una improbabile ed eventuale patologia della realtà umana, ma è una possibilità negativa costantemente incombente sulla vita e sul destino dell'uomo, a cui solo il prevalere della sua natura razionale e relazionale può sottrarlo.

Non che manchi una visione, in definitiva, ottimistica nell'antropologia cottiana, ma la salvezza dal rischio di degradarsi a livello di un «soggetto assoluto»⁶⁹, e intollerante verso ogni altro, può avvenire a condizione che si acquisisca la «consapevolezza di essere bisognosi, indigenti nella propria dattità ontica»⁷⁰, quale lucida, pacata e responsabile presa d'atto della strutturale finitezza umana, dissociandosi il più possibile da atti di arbitrio in quanto manifestazioni di una libertà incondizionata, e dunque fittizia. Non solo. Ciò può avvenire a condizione che l'individuo reagisca alla tentazione negativa del soggettivismo tramite la consapevolezza del proprio dialettico legame, altrettanto strutturale, con l'infinito, ovvero con un *oltre* che, prima di consistere in una lontana o inattingibile dimensione divina e ultraterrena, è l'altro individuo su questa terra, qui e ora *prossimo*, anche se spesso non riconosciuto né trattato come tale. È sorprendente, ma l'individuo incontra più o meno consapevolmente l'infinito già nella «propria

⁶⁶ Cfr. *supra*, nota 51.

⁶⁷ Cfr. S. Cotta, 1971; *Id.*, 1975.

⁶⁸ Cfr. *Id.*, 1978.

⁶⁹ Cfr. *supra*, nota 15.

⁷⁰ S. Cotta, 1991, 51.

interrelazionalità con gli altri io»⁷¹, cioè nella realtà finita e terrena del proprio io dinanzi all'altro, che delimita la sua identità eppur l'apre al di là di sé, e quindi alla realtà dialettica dello spirito, in quanto è nella finitudine dell'io che si dischiude l'infinitezza del reale, non riducibile ad alcuna particolarità, né dell'io né dell'altro, ma esprime la totalità di io e non-io in ciascuna delle sue stesse parti senza essere di esse la mera somma.

Filosoficamente, ciò comprova l'insufficienza della concezione del diritto come pretesa particolaristica del singolo. Non che non meritino piena tutela gli interessi individuali, ma essi non esauriscono gli interessi della società, che è anch'essa una realtà organica e non semplicemente un insieme di individui. Solo tutelando la realtà sociale attraverso una diversa concezione del diritto come obbligo, che muova dai doveri di tutti per giungere ai diritti di ciascuno, sono tutelabili anche gli individui, mentre non necessariamente è vero il contrario, poiché muovendo dalle singole parti si può non arrivare affatto agli interessi di tutti. Non a caso, nel diritto come pretesa sussiste una tendenziale elusione degli obblighi positivi, propositivi e sostanziali, restando piuttosto divieti, nel senso che in un diritto individualistico, concepito essenzialmente come il *mio diritto*, ciascuno è chiamato a esercitare, accanto ai propri diritti, non tanto doveri di relazione, quanto proibizioni di interferenza verso ogni altro, come se i diritti, propri e altrui, potessero configurarsi autonomamente, senza un previo riferimento indispensabile ai doveri, reciproci e non soltanto complementari rispetto ai diritti stessi.

In tal senso, non sorprende che in carenza o in assenza di una relazionalità significativa, e in presenza di una prevalente autonomia soggettivistica, si possa facilmente passare nell'anomia sociale. Il diritto si configura, allora, come quel tendenziale *diritto senza doveri* imperniato sull'affermazione autoreferenziale degli individui, che evita sì il rischio di un *dovere senza diritti* destinato alla negazione eteroreferenziale e alienante della libertà umana, ma che non può sottrarsi al rischio altrettanto temibile di un diritto *anomico*, in cui ognuno segue non già il diritto, ma il proprio diritto. È questo, in fondo, il rischio di un *diritto senza diritto*, che nell'aspirare alla massima legalità formale tende però a considerare le leggi come elementi funzionali all'utile individuale, tanto che «obbedendo a esse l'individuo persegue pur sempre i propri fini e non quelli del legislatore»⁷². Certo, la concezione del diritto come mezzo di affermazione dell'autonomia individuale è intesa dai suoi sostenitori non come espressione di anomia, ma come garanzia di libertà, atta a salvaguardare l'individuo da ogni possibile coercizione o condizionamento del potere, in modo che, obbedendo alla legge, l'individuo rimane libero, non essendo assoggettato alla volontà altrui ma soltanto alla propria, senza che nulla determini dall'esterno gli scopi che egli deve perseguire, anche se a governare è formalmente la legge, e non lui stesso né altri uomini.

Un concetto individualistico del diritto e della libertà rischia, tuttavia, di negare l'uno e l'altra. Nell'affermazione dell'iniziativa individuale come principio di un ordine

⁷¹ Id., 1997, 101.

⁷² F.A. von Hayek, 1998a, 209.

spontaneo, diritto e libertà convergono in una medesima perdita di finalità, proprio in quanto è un ordine governato dalla legge, ossia «nomocratico», distinto da un ordine sociale governato da uno scopo, ossia «teleocratico»⁷³. La «nomocrazia» rischia infatti di autonegarsi in una vera e propria anomia nella misura in cui rifiuta finalità comuni per avallare finalità soprattutto individuali. E ciò è qualcosa di socialmente deregolativo, in cui vige il perseguimento di tanti diversi, anche confliggenti, scopi individuali, e a cui concorre l'assenza di una legalità sostanziale rivolta a integrare pretese e obblighi. Separando, almeno di fatto, la pretesa dall'obbligo, si mira a scindere il diritto dalla morale, e ad avvalorare la tesi che la specificità del diritto risieda nell'esprimere spettanze, facoltà e aspettative, piuttosto che nell'adempiere a doveri. Ne è una conferma l'emblematica notazione secondo cui «nell'uso linguistico comune esiste un'altra parola in connessione col concetto d'obbligo o dovere: è questa la parola *morale*»⁷⁴.

In un'altra prospettiva, come quella di Cotta, il concetto di dovere entra invece a pieno titolo, sia pur con modalità di «simmetria» diverse da quelle «asimmetriche» proprie degli atti di carità⁷⁵, anche nell'ambito del diritto, innanzitutto nella categorica obbligatorietà dei suoi principi generali. Il diritto è la prima espressione di una doverosità senza la quale ogni altro dovere, etico e religioso, non è nemmeno concepibile, stante quell'essere e insieme dovere, o dover essere, che è l'esistere, o meglio coesistere, prodotto *in primis* dalla doverosità giuridica, senza la quale vengono a mancare i basilari vincoli relazionali di rispetto intersoggettivo, socialmente indispensabili. Tuttavia, la relazionalità è qualcosa di non necessariamente sussistente nella realtà dell'uomo. Sebbene essa corrisponda al suo essere costitutivo, l'individuo umano può sempre contravvenire con un atto di negazione, più o meno esplicito e consapevole, al suo essere in relazione, e questo paradosso rappresenta la peculiare specificità della natura umana, mai naturalisticamente determinata, né nel bene né nel male. Ciò non toglie che l'uomo trovi la sua libertà soltanto nell'osservanza dei doveri concernenti la relazionalità intersoggettiva e il riconoscimento dell'alterità, cioè oltrepassando quelle pulsioni soggettivistiche che lo assoggettano a se stesso e lo conducono a una deriva antigiusurista. Un determinante apporto della filosofia di Cotta è rappresentato, in tal senso, dalla sua concezione del ruolo ontoesistenziale del diritto, in quanto capace di salvare l'agente, oltre che l'azione⁷⁶, seppur entro la peculiare logica del diritto, che è differente, ma non separata, da quella della morale o della religione, e che prescrive non già di agire senza nulla pretendere o di amare il prossimo, bensì di «dare a ciascuno il suo».

Sul piano delle spettanze fondamentali dell'uomo, si tratta di affermare incondizionatamente e universalmente, per se stessi non meno che per gli altri, una intangibile egoità e dignità. L'universalità dei diritti, senza la quale essi non sarebbero

⁷³ Id., 1998b, 300.

⁷⁴ B. Leoni, 2003, 88.

⁷⁵ Cfr. S. Cotta, 1989b, 245-246.

⁷⁶ Cfr. *supra*, nota 22.

davvero umani, resta però irraggiungibile se non viene oltrepassata, pur senza essere negata, la logica particolaristica della politica, che vede nell'uomo il cittadino, e nella comunità umana lo Stato⁷⁷. Per quanto anch'essa possa aprirsi al riconoscimento di altri soggetti non appartenenti all'ambito statale di riferimento, la politica concepisce il rapporto intersoggettivo nei termini di una determinata *interazione* tra entità diverse e chiuse, più che nel senso di una estensibile *interrelazione* tra soggetti eterogenei eppur partecipi di una comune identità. Da questo punto di vista, la politica permane una dimensione, a livello nazionale e internazionale, pressoché chiusa ed escludente, anche nelle dinamiche postmoderne della globalizzazione, anzi proprio a causa di tali dinamiche globalistiche o presunte tali, tuttora angustamente connotate dal loro prevalente orientamento economicistico. Ma le stesse potenzialità diffuse del diritto sembrano sempre più lasciare il posto a una sua subordinazione funzionale alle esigenze della politica, contestualmente al primato assunto dai diritti come riduttiva espressione di, pur legittime e necessarie, spettanze individuali rispetto ai doveri sociali di solidarietà e reciprocità.

L'importanza acquisita nel postmoderno, quantomeno sul piano enunciativo, dal riconoscimento dei diritti umani è certo un fenomeno altamente positivo, attestante la difficile ricerca di un comune terreno di incontro su un nucleo di valori inalienabili e condivisibili da tutti. Ma la capacità coesiva del diritto resta qualcosa di molto fragile se venga elusa una riflessione sul significato teoretico di tali diritti, e se alle ripetute dichiarazioni d'intenti non venga affiancata, almeno tendenzialmente, la protezione fornita da «un sistema giuridico positivo universalmente riconosciuto ed effettivamente vigente»⁷⁸. E ciò appare possibile non prima di una risemantizzazione concettuale dei diritti umani, che permetta di superare il limite principale, essenzialmente politico, a cui sono sottoposti, stando al quale i diritti umani sono tuttora destinati a valere, nella migliore delle ipotesi, solo per i cittadini di quei singoli Stati che abbiano assunto l'impegno di riconoscerli. La sostanziale assenza di un vincolante ordine giuridico mondiale, non solo sovranazionale ma nemmeno internazionale, trova uno dei suoi maggiori motivi proprio nella difficoltà di integrare la precaria logica operativa della *generalità*, in quanto riferita a un insieme sommativo di sparsi elementi disgregabili, con una più salda logica teoretica dell'*unità* organica, che induca alla riscoperta di un perduto legame sociale e interumano pur nel rispetto delle ineludibili differenze. Senza questa ricerca, innanzitutto concettuale, di una nuova unità cosmopolitica quanto pluralistica, nessun ideale umanitario può venire davvero salvaguardato, perché senza un esercizio costruttivo del pensiero non è la logica a produrre la prassi, ma la prassi a produrre la logica come un'acquiescente descrizione dei dati di fatto. L'affermazione concreta dei diritti umani richiede quindi il ricorso a un pensiero logico-dialettico, antico eppur nuovo, indispensabile per quella ricerca razionale di senso in cui l'unità di essere e dover essere

⁷⁷ Cfr. S. Cotta, 1991, 107 ss.

⁷⁸ Id., 1990, 27.

emerge, contro ogni appiattimento del dovere sulla realtà effettuale, come tensionalità dell'essere verso ciò che deve essere, cioè «come un impegno senza del quale l'esistenza sarebbe condannata al naufragio»⁷⁹, a prescindere dalla riuscita o meno nel raggiungimento di tale unità.

È vero che, hegelianamente, l'Idea «non è tanto impotente da restringersi a dover essere solo, e non esser poi effettivamente»⁸⁰. Ma è altrettanto vero che, in ogni espressione della realtà, in particolare della realtà umana, l'essere resta un processo inesauribile e mai definitivo, cioè un compimento mai attuato appieno, a cui solo la dimensione del dovere consente di approssimarsi incessantemente. Si tratta di quel dovere che, non senza paradosso, è il diritto, costituendolo e legittimandolo anche come pretesa, ossia come il diritto avente nella rivendicazione dei diritti umani una manifestazione di cruciale importanza per lo sviluppo mondiale della civiltà giuridica, ma che per questa via rielabora se stesso *in primis* come dovere od obbligo, antepoendo ai diritti umani l'osservanza di una doverosità senza la quale tali diritti non sono né pensabili né attuabili.

In considerazione di ciò, diviene sempre maggiore l'esigenza di valorizzare il richiamo ai doveri, conciso quanto indicativo, che si trova nella *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* del 1948: «ogni individuo ha dei doveri verso la comunità, nella quale soltanto è possibile il libero e pieno sviluppo della sua personalità» (art. 29, co. 1). La questione non è soltanto quella di ribadire l'ovvio principio per cui a un diritto individuale corrisponde un obbligo degli altri individui di rispettarlo, né quella di tradurre sul piano dei doveri il linguaggio dei diritti al fine di sostenere il loro significato morale oltre che giuridico. Più importante è, invece, rilevare il carattere dei diritti stessi in quanto espressioni di un diritto inteso nella sua doverosità prima ancora che nella sua esigibilità, cioè non solo come «diritto ad avere diritti»⁸¹, ma anche e primariamente come dovere di rispettare tali diritti, propri non meno che altrui, giungendo così alla concezione giusfilosofica, di mazziniana ascendenza⁸², del dovere come fonte di ogni diritto.

Porre in rilievo tale fonte della giuridicità, e di quelle sue emblematiche manifestazioni che sono i diritti umani, consente di comprendere, oltre al rapporto di corrispondenza tra pretese e obblighi, il senso stesso del diritto nella sua valenza vincolante. Ma è un senso che non può manifestarsi chiaramente se l'ambito enunciativo delle legittime rivendicazioni o pretese giuridiche non venga integrato con un ambito ancor più concreto e sostanziale, quello appunto della doverosità, in cui il dover essere ricomprende in sé l'essere, rendendolo propriamente tale. È nel dover essere che l'essere si presenta nella sua realtà, razionalità e concretezza. Insistere sulla importanza della dimensione deontologica e prescrittiva dei diritti non equivale semplicemente ad auspicare che si rediga una Carta dei doveri fondamentali, con cui integrare le

⁷⁹ Id., 1992c, 36.

⁸⁰ G.W.F. Hegel, 1984, § 6, 11.

⁸¹ H. Arendt, 1967, 410 ss.

⁸² Cfr. G. Mazzini, 2011.

dichiarazioni dei diritti già più volte emanate. L'esigenza crescente, teoretica e pratica nel contempo, è quella piuttosto di promuovere l'affermazione effettiva dei diritti attraverso l'intendimento concettuale di essi come doveri di ogni uomo verso tutti gli altri. I diritti umani non possono essere solo formulazioni di volontà rivolte alla tutela del benessere individuale, ma implicano il superamento del piano soggettivo, più o meno egocentrico, della pretesa in direzione di una relazionalità realmente giuridica, cioè «simmetrica», reciproca e inclusiva, nella quale l'individuo e la comunità convergano verso un medesimo dovere oggettivo di solidarietà sociale, pur senza che l'uno si risolva nell'altra.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

ARENDRT Hannah, 1967, *Le origini del totalitarismo*. Edizioni di Comunità, Milano (ed. or., *The Origins of Totalitarianism*. Harcourt Brace and Co., New York, 1951).

CAPOGRASSI Giuseppe, 1959, *Analisi dell'esperienza comune*. In *Opere*. Giuffrè, Milano, vol. II (I ed. 1930).

COTTA Sergio, 1971, *La sfida tecnologica*. Il Mulino, Bologna (I ed. 1968).

COTTA Sergio, 1975, *L'uomo tolemaico*. Rizzoli, Milano.

COTTA Sergio, 1978, *Perché la violenza? Una interpretazione filosofica*. Japadre, L'Aquila.

COTTA Sergio, 1981, *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*. Giuffrè, Milano.

COTTA Sergio, 1982, «Il fondamento dei diritti umani». In *I diritti umani. Dottrina e prassi*, a cura di Gino Concetti. Ave, Roma, 645-654.

COTTA Sergio, 1989a, «Diritto naturale: ideale o vigente?». In ID., *Diritto, persona, mondo umano*. Giappichelli, Torino, 185-211.

COTTA Sergio, 1989b, «Sul dovere di aiuto». In ID., *Diritto, persona, mondo umano*. Giappichelli, Torino, 239-249.

COTTA Sergio, 1990, «I diritti dell'uomo: una rivoluzione culturale». In *Persona y Derecho*, n. 22, 13-36.

COTTA Sergio, 1991, *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*. Giuffrè, Milano (I ed. 1985).

COTTA Sergio, 1992a, «I principi generali del diritto». In *Atti dei Convegni Lincei* (Roma, 27-29 maggio 1991). Accademia Nazionale dei Lincei, Roma, 31-46.

COTTA Sergio, 1992b, «Il diritto: struttura di pace». In *Iustitia*, n. 4, 379-385.

COTTA Sergio, 1992c, *Perché il diritto*. La Scuola, Brescia (I ed. 1979).

COTTA Sergio, 1993, «Variazioni in tema di processo». In *Scritti in onore di Elio Fazzalari*. Giuffrè, Milano, vol. I, 59-67.

COTTA Sergio, 1995, «Etica e diritto. Dall'unità al completamento». In *Studi in onore di Manlio Mazzotti di Celso*. Cedam, Padova, vol. I, 287-294.

COTTA Sergio, 1997, *Soggetto umano. Soggetto giuridico*. Giuffrè, Milano.

CROCE Benedetto, 1932, *Filosofia della pratica. Economica ed etica*. Laterza, Bari (I ed. 1909).

HAYEK Friedrich A. VON, 1998a, *La società libera*. Seam, Roma (ed. or. *The Constitution of Liberty*. Routledge & Kegan, London, 1960).

HAYEK Friedrich A. VON, 1998b, «I principi di un ordine sociale liberale». In Id., *Studi di filosofia, politica ed economia*, prefazione di Lorenzo Infantino. Rubbettino, Soveria Mannelli, 295-324 (ed. or. *Studies in Philosophy, Politics and Economics*. Routledge & Kegan, London, 1967).

HEGEL Georg Wilhelm Friedrich, 1978, *Lezioni sulla storia della filosofia*. La Nuova Italia, Firenze, vol. III/1 (ed. or. *Vorlesungen über die Geschichte der Philosophie*. Duncker und Humblot, Berlin, 1833-1836).

HEGEL Georg Wilhelm Friedrich, 1984, *Enciclopedia delle scienze filosofiche in compendio*. Laterza, Roma-Bari (ed. or. *Encyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse*, Oßwald, Heidelberg, 1817).

HEGEL Georg Wilhelm Friedrich, 1987, *Lineamenti di filosofia del diritto*. Laterza, Roma-Bari (ed. or. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Nicolaischen Buchhandlung, Berlin, 1821).

KELSEN Hans, 1970, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*. Einaudi, Torino (ed. or. *Reine Rechtslehre. Einleitung in Die Rechtswissenschaftliche Problematik*. Deuticke, Leipzig-Wien, 1934).

LEONI Bruno, 2003, *Lezioni di filosofia del diritto*, prefazione di Carlo Lottieri. Rubbettino, Soveria Mannelli (ed. or. *Lezioni di filosofia del diritto*. Viscontea, Pavia, 1959).

LEONI Bruno, 2004, *Il diritto come pretesa*, a cura di Antonio Masala. Liberilibri, Macerata.

MAZZINI Giuseppe, 2011, *Doveri dell'uomo*. Editori Riuniti, Roma (I ed. 1860).

TRONCARELLI Barbara, 2002, *Complessità e diritto. Oltre la ragione sistemica*. Giuffrè, Milano.

TRONCARELLI Barbara, 2004, *Logica della globalizzazione e diritto*. Giuffrè, Milano.

TRONCARELLI Barbara, 2006, *Dialettica e logica sociale nella prospettiva della complessità. Hegel, Croce, Gentile*. Esi, Napoli.

TRONCARELLI Barbara, 2015, *Dilemmi della società complessa. Implicazioni economiche, tecnologiche ed etico-giuridiche*. Esi, Napoli.