

analisi e diritto

mauro barberis

diritto in evoluzione
un manuale?

g. Giappichelli editore

Presentazione

Istruzioni per studenti e studiosi

Settima versione di un fortunato manuale o libro nuovo? Per fornire qualche istruzione su come leggerlo, bisogna dire che nei cinque anni passati da *Una filosofia del diritto per lo stato costituzionale* (2017), è cambiato molto: e non solo per fattori esterni. Prima ancora della pandemia, la digitalizzazione aveva già svuotato aule, dipartimenti, soprattutto biblioteche; la stessa pandemia, e temo anche i prossimi razionamenti determinati dalla crisi energetica, completeranno l'opera. Da luogo reale, l'Università, specie pubblica, si avvia a trasformarsi in un luogo virtuale, irreal, spettrale.

Anche la filosofia/teoria/sociologia del diritto è cambiata, iper-specializzandosi. Di fatto, l'attuale politica della ricerca, privata e pubblica, interna e internazionale, premia le micro-indagini immediatamente spendibili sul mercato rispetto a progetti culturali, trasversali, inter-disciplinari. Anche l'integrazione di analisi del linguaggio e ipotesi evoluzioniste che distingue questo libro, in effetti, risale a un'altra stagione, quando la ricerca poteva vertere su temi come *L'evoluzione nel diritto* (1998) e, prim'ancora, il mio primo manuale triestino poteva intitolarsi *Il diritto come comportamento* (1988).

Insomma, libro nuovo, più imparentato con i miei lavori scientifici del secolo scorso che con i manuali del Duemila, dei quali conserva soprattutto una struttura espositiva collaudata: cinque capitoli, sempre dedicati a definizione del diritto, rapporti diritto-morale e teorie della norma, del sistema e dell'interpretazione. Ma il metodo espositivo è capovolto: ovunque sia possibile si parte da esempi, e solo da questi si astraggono teorie. Lo farò anche in questa Presentazione, che parte da un e-

sempio concreto di evoluzione (o involuzione) istituzionale, e solo dopo parla dei contenuti del libro.

L'esempio viene dall'Università di Trieste, cui il libro deve tanto, compresi il superamento dell'eredità "genovese" e la sperimentazione del corso *in corpore vivi*, sugli studenti 2021/22. Dopo una primavera e un'estate emotivamente faticose, il sottoscritto già assaporava il piacere dei corsi d'autunno quando una notizia ferale gliel'ha guastato. Anche il nostro ateneo avrebbe sperimentato, sin dal primo semestre, la gestione di corsi e aule da parte dell' algoritmo di una ditta privata: algoritmo già sperimentato altrove, dicono, ma fatalmente ignaro delle esigenze di studenti e docenti triestini.

Avendo scritto due libri su internet, conosco l'avvertimento di David Lyon contro il tecno-soluzionismo: l'illusione che il digitale possa risolvere qualsiasi problema, anche quelli che a Trieste noi giuristi non avevamo mai conosciuto. Si sono così scontrati, nella mia testa, due tipi di evoluzionismo, l'uno culturale, l'altro tecnologico-digitale, prosecuzione dell'evoluzionismo naturale. Secondo l'evoluzionismo culturale, i problemi si risolvono per tentativi ed errori, imparando dall'esperienza: corsi e aule li gestiscono gli umani con il *know how* (il saper-fare) accumulato negli anni.

Secondo l'evoluzionismo naturale o le sue imitazioni digital-tecnologiche, invece, anche problemi pratici come aule e orari possono/devono essere gestiti da algoritmi: formule matematiche buone per ogni università, e per nessuna in particolare. I risultati si sono già visti. Settimane di lavoro per correggere orari e aule pianificati a casaccio dall'algoritmo, pianificazione che gli anni scorsi richiedeva una sola persona e un pomeriggio. Musi lunghi dei docenti e ancor più degli studenti, costretti a lezioni spalmate su un'intera settimana anche quando, gli uni e gli altri, provengono da fuori sede.

Soprattutto, un'ignoranza davvero algoritmica di storia, identità, vocazione culturale di un'università, come l'ateneo triestino, che ha costruito le proprie fortune didattiche e scientifiche anche su studenti e docenti provenienti da fuori regione. Questa minuscola vicenda suggerisce due considerazioni più generali, una sull'evoluzionismo e l'altra sulla filosofia del diritto, i due temi che s'incrociano in questo libro. Sull'evoluzionismo, in-

tanto, scordiamoci che l'evoluzione scientifico-tecnologica risolva tutti i problemi umani: spesso, come s'è visto, li complica soltanto.

Quanto alla filosofia del diritto, poi, se ha una funzione insostituibile, nell'attuale organizzazione degli studi giuridici, non è perseguire sino all'estenuazione l'analisi del linguaggio, ormai praticata dagli stessi giuristi positivi, né riciclare le metafisiche della filosofia pre-analitica e anti-scientifica. La vocazione della filosofia del diritto, qui e oggi, è un'altra: essere luogo d'incontro di tutti i saperi rilevanti per la formazione professionale del giurista. Non è possibile laurearsi in giurisprudenza senza saper nulla di storia, sociologia, economia, criminologia, politica, informatica ...

Il *primo* capitolo fornisce una definizione del diritto come sistema sociale, differenziatosi dagli altri, nell'Occidente moderno, per rimediare ad alcuni conflitti tipici: in origine, e poi negli Stati giurisdizionale e legislativo, soprattutto liti fra privati e punizione dei crimini; oggi, negli Stati costituzionale e internazionale, anche lotte per il potere nazionale e globale. Con 'diritto', dopotutto, non s'intende molto più di questo: un sistema di rimedi normativi, coattivi e istituzionali a conflitti lasciati irrisolti o acuiti, ieri e altrove, da sistemi sociali come costume, morale, religione...

Il sistema giuridico – il complesso di norme e istituzioni che rimedia ai conflitti sopra indicati – comincia a differenziarsi dagli altri sistemi sociali, confusi sotto il nome di morale dalla teoria analitica standard, a partire dall'emersione di istituzioni tipicamente giuridiche come giudice e processo, e di quel ceto di professionisti della soluzione dei conflitti che sono i giuristi. L'evoluzione del diritto, determinata dall'aumento della complessità sociale e delle esigenze di regolazione, passa così per tre stati, stadi o Stati reali, giurisdizionale, legislativo, e costituzionale, e uno possibile, lo Stato internazionale.

Il *secondo* capitolo, sui rapporti fra diritto e morale, o meglio fra sistema giuridico e altri sistemi sociali, segue a specchio l'evoluzione degli Stati del diritto. A ognuno di essi corrisponde una filosofia/teoria del diritto tipica, che ricostruisce diversamente le relazioni fra sistema giuridico e altri sistemi sociali. Allo Stato giurisdizionale corrisponde il giusnaturalismo; allo Stato

legislativo, il positivismo giuridico, con la variante scandinava e statunitense del realismo giuridico; allo Stato costituzionale, il costituzionalismo (giuridico, o per antonomasia); allo Stato internazionale, l'evoluzionismo giuridico.

A chi troverà queste corrispondenze forzate e semplicistiche rispondo non solo richiamando ovvie esigenze espositive, ma anche la principale discontinuità dell'evoluzionismo giuridico rispetto a filosofie/teorie pretese generali: il contestualismo. Non si capisce nulla di una filosofia/teoria del diritto, e della cultura in generale, sinché le si considerano come asteroidi che avrebbero potuto cadere su qualsiasi altro terreno. Invece no: sono nate e si sono sviluppate proprio lì, come funghi o cactus, secondo gli umori del terreno loro proprio. Io, almeno, non conosco altro modo per comprenderle.

Il *terzo* capitolo, sulle norme giuridiche, ripropone la tipologia delle norme basata sulla distinzione debole fra regole, che guidano direttamente la condotta, e principi, che la guidano solo indirettamente, tramite le stesse regole. Un approccio evolutivo impone peraltro di adottare un ordine espositivo storico, piuttosto che meramente analitico: un ordine che va dalle consuetudini ai precedenti, dalle prescrizioni ai principi regolativi e direttivi, sino alle norme di competenza. Lo stesso ordine storico, per inciso, in cui si succedono le fonti distintive dei diversi Stati del diritto.

Riprendendo una tipica assunzione positivista, d'altra parte, si ammette che il diritto è formato soprattutto di regole: sono queste, non i principi, i principali strumenti usati dai giuristi per risolvere i conflitti. Le regole giuridiche si distinguono da altri tipi non tanto perché coattive, cioè applicate dai giudici ricorrendo in ultima istanza alla forza statale, quanto perché istituzionalizzate, ossia prodotte, attuate e applicate da istituzioni come costituenti, legislatori e giudici. Anche in questo la distinzione diritto/morale si rivela una mera differenziazione evolutiva, oggi meno netta che nel recente passato.

Il *quarto* capitolo, sul sistema giuridico, ammette anzitutto che il diritto stesso, non solo le sue raffigurazioni, è sistematico. Che 'sistema' e 'ordinamento giuridico' siano solo raffigurazioni, neppure di autentici sistemi, ma di meri insiemi di nome, è l'assunzione esplicita delle Scuole di Genova e di Buenos Aires.

Assunzione doppiamente utile, in realtà. Intanto, permette di distinguere, come si fa in questo capitolo, due sistemi giuridici molto diversi: uno parziale e artificiale, le sistematiche prodotte dalla dottrina, l'altro totale e reale, l'ordinamento giuridico studiato dalla teoria del diritto.

Poi, l'assunzione è importante perché considera i sistemi giuridici, comunque concepiti, come necessari a gestire problemi generati dall'evoluzione stessa del diritto: l'appartenenza di norme al sistema (validità), la soluzione di antinomie fra norme (coerenza), l'integrazione di lacune (completezza). Eppure, riconosciuto tutto questo, mi pare resti più semplice assumere che il diritto occidentale-e-moderno, frutto della differenziazione da altri sistemi, evolva anche come un sistema di relazioni reali fra norme e istituzioni, non solo come un insieme di raffigurazioni dottrinali e teoriche.

Il *quinto* capitolo, su interpretazione e ragionamento giuridico, approfondisce distinzioni precedenti fra i sensi soprattutto giudiziali di 'interpretazione' e 'ragionamento giuridico', e tenta di superare la classificazione delle teorie dell'interpretazione operata da Herbert Hart sessant'anni fa. Accantonati formalismo e scetticismo, si propone come alternativa alle varie teorie "miste" o intermedie una teoria evolutiva dell'interpretazione, la cui novità, tutt'altro che ovvia, consiste in questo: considerare le interpretazioni giudiziali come giochi ripetuti nel tempo, e non giocati ogni volta daccapo.

Basta esplicitare questo aspetto dell'interpretazione giudiziale di merito, ma anche di altre forme di interpretazione giuridica, per restituire un ruolo centrale ai precedenti giudiziali, o più precisamente a giurisprudenze consolidate o dominanti. Queste ultime riducono la conflittualità della stessa interpretazione giudiziale di legittimità, oggetto dell'annoso dibattito sull'interpretazione o, meglio, sull'argomentazione costituzionale. Persino il bilanciamento ripetuto dei principi ultimi costituisce un argine giuridico agli irriducibili conflitti etici tipici delle società pluraliste.

Venendo ai ringraziamenti, in questo lavoro confluiscono tre ordini di influenze, alle quali non sempre si può risalire per mezzo delle note: ben più numerose di quante ne servano a un manuale, comunque altro sintomo del fatto che non si tratta solo

di un manuale. La prima influenza viene di nuovo da maestri e amici genovesi: in questo libro, che doveva essere una sorta di resa dei conti con l'analisi del linguaggio, c'è ancora più analisi del linguaggio che nei precedenti. La seconda influenza viene da analisti inquieti, aperti alle scienze sociali, come Damiano Canale, Giorgio Pino e Bruno Celano; il libro è dedicato alla memoria di Bruno.

La terza e più importante influenza, non restituita dalle note, viene dai miei allievi e amici triestini. Ricordo solo Nicola Muffato, senza il cui costante aiuto, non solo teorico, mi sarei speso perso, specie negli anni del lockdown; Alessio Sardo, che grazie alla sua frenetica curiosità intellettuale mi ha permesso, negli stessi anni, di restare *in touch* con l'evoluzione della ricerca internazionale; infine, la dottoressa Magda Fanzutti, la studentessa della prima fila, che mi ha fornito non solo gli appunti delle lezioni 2021/2022 ma anche segnalazioni utilissime su quanto, nel corso, funzionava oppure no.

M.B.

Genova, agosto 2022

Capitolo I

L'evoluzione del diritto

Quel che prevedibilmente faranno
i giudici, e nulla di più pretenzioso,
è ciò che intendo per diritto

(O.W. Holmes, *The Path of the Law*, 1897)

1.1. *Premessa*

Anche il diritto, evolvendosi come tutti i fenomeni naturali e sociali, può essere oggetto di una definizione e di una teoria evolutive. La definizione si basa sulla principale funzione evolutiva del diritto: risolvere i conflitti (1.2). La teoria muove dalla differenziazione del sistema giuridico, nell'Occidente moderno, da altri sistemi sociali: costume, morale, religione ... (1.3). L'evoluzione del diritto occidentale-e-moderno, sinora, è passata per quattro Stati – giurisdizionale, legislativo, costituzionale, e internazionale (1.4-7) – in ognuno dei quali il sistema giuridico è stato identificato in base a fonti diverse.

1.2. *Una definizione evolutiva del diritto*

La migliore filosofia del diritto novecentesca, sia analitica (ingl. *philosophical analysis*), sia ermeneutica, adotta il metodo dell'analisi del linguaggio¹. Occorre però ammettere, come

¹ Cfr. M. Jori (a cura di), *Ermeneutica e filosofia analitica. Due concezioni del diritto a confronto*, Giappichelli, Torino, 1994.

fanno gli analisti più consapevoli, che nelle teorie l'analisi del linguaggio è solo la prima parola, non l'ultima². L'analisi va integrata con le acquisizioni delle scienze, sia naturali sia sociali, molte delle quali oggi sono orientate in una prospettiva evolutivista. Questa sezione propone una definizione evolutiva del diritto, partendo dall'analisi delle parole 'diritto', 'evoluzione', e 'definizione'.

1.2.1. Per parlare del fenomeno giuridico non si può evitare di fornire una qualche definizione della parola 'diritto' (scritta fra apici): la parola, non la cosa (scritta senza apici). Le ragioni principali sono due. La prima è che di 'diritto' possono darsi molte definizioni diverse, a seconda degli obiettivi che si perseguono³, sicché è opportuno far chiarezza sin dall'inizio. La seconda è che più un fenomeno è importante e complesso, come il diritto, e più la parola che lo indica è affetta da indeterminatezze alle quali una definizione può rimediare: in particolare ambiguità, vaghezza, genericità (5.2).

'Diritto' è *ambiguo*, anzitutto, perché presenta almeno tre significati. Il primo significato è detto oggettivo per distinguerlo dal secondo, detto soggettivo: nella prima accezione, il termine italiano e le altre parole che lo traducono nelle altre lingue occidentali (ingl. *law*, fr. *droit*, ted. *Recht*, ecc.) indica norme, istituzioni, sanzioni e simili. Il secondo significato (ingl. *right*), è detto soggettivo e indica una posizione favorevole attribuita a un soggetto dal diritto o da altri sistemi normativi. Il terzo significato, più particolare, indica un (sotto-)sistema del sistema sociale: un ambito dell'esperienza umana⁴.

'Diritto' è *vago*, poi perché, una volta risolta l'ambiguità scegliendo il primo e in parte il terzo senso, ci si accorge che tale significato ha confini sfumati⁵. Fra diritto e non-diritto i

² J.L. Austin, *A Plea for Excuses*, in "Proceedings of the Aristotelian Society. New Series", 57, 1956, p. 11.

³ C.S. Nino, *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho* (1994), trad. it. Giuffrè, Milano, 1999, p. 27.

⁴ Cfr. M. Barberis, *Il diritto come discorso e come comportamento*, Giapichelli, Torino, 1990, pp. 35-42.

⁵ Cfr. C. Luzzati, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1990.

confini erano assolutamente sfumati nel diritto occidentale antico, e restano tali nei sistemi sociali extra-occidentali. Fra Sette- e Ottocento, con la codificazione, i confini sono divenuti nettissimi, grazie a una dottrina delle fonti che riduceva il diritto alla legislazione. Oggi, con la crisi di quella dottrina delle fonti, i confini sono tornati a sfumare: ad esempio, fanno parte del diritto i valori morali, i principi costituzionali, il *soft law*?

Infine, 'diritto' è *generico*: è un termine troppo inclusivo (ingl. *over-inclusive*), che va specificato se si vuole che risulti davvero informativo⁶. Bisogna obbedire "al diritto", d'accordo: ma a quale diritto? Solo al diritto positivo o anche al diritto naturale? Solo al diritto giusto o anche al diritto ingiusto? Solo al diritto nazionale o anche al diritto internazionale? Nella comunicazione ordinaria la genericità è un difetto, perché lascia aperte troppe possibilità⁷; nel diritto, invece, può essere una risorsa: vedremo che il legislatore se ne serve per formulare clausole generali e principi⁸.

Torneremo nell'ultimo capitolo su ambiguità, vaghezza e genericità, in quella sede predicate non di singole parole, come 'diritto', bensì di interi enunciati, cioè insieme di parole con senso grammaticalmente compiuto. Qui occorre solo anticipare che tanto 'definizione' quanto 'interpretazione' indicano attribuzioni di significato, ma la prima a una parola, la seconda a un enunciato. Ora occorre chiarire quanto inizialmente potrebbe anche lasciare perplessi: in quali sensi di 'evoluzione' e di 'evoluzionismo' si propongano, qui, una teoria e una definizione evolutiva del diritto.

1.2.2. Anche 'evoluzione' ha almeno tre significati, che si ritrovano pure nel linguaggio giuridico. Nel linguaggio ordinario, anzitutto, 'evoluzione', in opposizione a 'involutione', indica

⁶ Cfr. F. Schauer, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life* (1991), trad. it. Il Mulino, Bologna, 2000, pp. 90-97.

⁷ Cfr. H.P. Grice, *Logic and Conversation* (1967), in Id., *Studies in the Way of Words*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1989, pp. 22-40.

⁸ Cfr. G. Pino, *L'interpretazione nel diritto. Come un trattato*, Giappichelli, Torino, 2021, pp. 132-137.

un progresso o miglioramento; nel diritto, ad esempio, si dice evolutiva l'interpretazione che attribuisce a una legge il significato più adeguato ai tempi. Poi, in filosofia della storia, 'evoluzione' indica un processo storico diviso in stadi prefissati; ad esempio, per il giurista ottocentesco Friedrich von Savigny, il diritto nasce dalle consuetudini, passa per una fase dottrinale e poi decade a legislazione⁹.

Infine e soprattutto, in biologia prima e nelle scienze sociali poi, 'evoluzione' indica l'emersione e lo sviluppo spontaneo dei fenomeni, per mezzo di meccanismi involontari come la selezione naturale e culturale. I fenomeni emergono e si sviluppano da soli, né necessariamente per il meglio, come nel primo senso, né in stadi prefissati, come nel secondo. In polemica con il creazionismo – la fallacia che spiega fenomeni complessi con il progetto (ingl. *design*) di Dio o di umani – l'evoluzionismo spiega la complessità con una selezione naturale o culturale millenaria¹⁰.

'Evoluzionismo' indica almeno tre tipi di teorie dell'evoluzione. La *prima*, la teoria dell'evoluzione biologica o *naturale*, s'è imposta a partire da *On the Origins of Species* (1859) di Charles Darwin¹¹, e funziona secondo il meccanismo della mutazione cieca e ritenzione selettiva (ingl. *blind variation and selective retention*). Le mutazioni genetiche casuali nel DNA dei viventi, che si tratti di *Homo sapiens* o di virus come il Covid-19, si trasmettono geneticamente ai loro discendenti, talora favorendone l'adattamento all'ambiente, più spesso determinandone l'estinzione¹².

Il DNA, il codice genetico dei viventi ancora ignoto a Darwin, è una specie di scrittura, e la mutazione funziona come un

⁹ F.C. Savigny, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (1814), trad. it. in A.F.J. Thibaut, F.C. Savigny, *La polemica sulla codificazione*, Esi, Napoli, 1982, pp. 97-102.

¹⁰ S. Pinker, P. Bloom, *Natural Language and Natural Selection*, in "Behavioral and Brain Sciences", 13/4, 1990, pp. 707-727.

¹¹ Ch. Darwin, *On the Origin of Species by Means of Natural Selection* (1859), trad. it. in Id., *L'evoluzione*, Newton Compton, Roma, 1994, pp. 191-522.

¹² Cfr. S. J. Gould, *The Structure of Evolutionary Theory* (2002), trad. it. Codice, Torino, 2003.

errore di copiatura. Immaginiamo che nella copia o stampa di un testo capitino errori, e che fra i tanti errori corretti alcuni passino inosservati, e si accumulino nelle copie e poi stampe successive, per secoli o millenni. Ecco un esempio semplice di mutazione cieca e ritenzione selettiva: il testo originario cambia più volte nel tempo, le eventuali correzioni eliminano solo i molti errori evidenti, premiando i pochi errori favorevoli o indifferenti alla sua fruizione¹³.

La *seconda* teoria, dell'evoluzione *culturale*, considera determinante per lo sviluppo della specie umana anche la cultura (materiale), ossia strumenti, credenze e istituzioni trasmesse ai discendenti¹⁴ – non geneticamente, come nell'evoluzione naturale, bensì – culturalmente, tramite esempi, istruzione, tradizioni¹⁵. È culturale l'evoluzionismo della Scuola austriaca di economia, da Carl Menger (1840-1921) a Friedrich Hayek (1899-1992) e oltre: fenomeni come linguaggio, mercato, diritto, non sono l'esito della progettazione umana, ma semmai degli effetti non intenzionali di questa¹⁶.

Il linguaggio emerge in sintonia con lo sviluppo del cervello umano, e poi evolve con l'uso, differenziandosi in lingue diverse adeguate a comunicare in ambienti differenti. Il mercato, secondo Adam Smith, emerge dall'inclinazione di ognuno ad arricchirsi, che però produce non solo ricchezza, come pensava Smith, ma anche devastazione dell'ambiente, come sappiamo ora. Il diritto emerge dal non-diritto (costume, morale, religione ...) differenziandosi da esso nell'Occidente moderno, tramite la sua produzione intenzionale (legislazione) e i suoi effetti non intenzionali (interpretazione).

La *terza* teoria dell'evoluzione è detta sempre più spesso *co-evoluzione*, per riferirsi alle interazioni fra evoluzione biologica

¹³ Così J. Elster, *Explaining Social Behavior. More Nuts and Bolts for Social Sciences (Revised Edition)*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, pp. 276-278.

¹⁴ Cfr. A.J. Toynbee, *A Study of History*, Oxford University Press, Oxford, 1064, vol. VIII.

¹⁵ Cfr. L.L. Cavalli-Sforza, *Evoluzione culturale* (1989), Istituto della Enciclopedia Italiana, Torino, 2019.

¹⁶ Cfr. E. Butler, *Austrian Economics: A Primer* (2010), trad. IBL, Milano, 2014.

e culturale: interazioni il cui fattore determinante è stato ritenuto originariamente la biologia, mentre oggi, su un pianeta la cui stessa sopravvivenza dipende ormai da scelte umane, diviene altrettanto importante la cultura¹⁷. Ora, ammesso che il diritto sia un fenomeno evolutivo in tutti e tre i sensi di ‘evoluzione’, qual è la sua funzione specifica nel suo terzo senso: in che cosa concorre all’evoluzione della vita e della cultura umana?

L’evoluzione è conflitto per la vita (ingl. *struggle for life*), per risorse sempre più scarse come sicurezza, benessere, rispetto. Conflitto potenzialmente distruttivo: per renderlo sostenibile occorrono istituzioni che lo prevengano e ancor più che rimedino a esso¹⁸. Non necessariamente il diritto, certo, istituzione tipicamente occidentale-e-moderna: anche costume, morale, religione ... (1.3). Se però si pensa al ruolo egemone giocato dalla cultura occidentale nella storia moderna, viene il sospetto che il diritto, insieme con scienza e tecnica, abbia largamente contribuito a tale egemonia.

1.2.3. ‘Definizione’ ha un significato relativamente univoco: si tratta di un enunciato della forma “Il termine ‘x’ significa y”, dove ‘x’ si chiama *definiendum*, ciò che va definito, e ‘y’ *definiens*, ciò che lo definisce. Si danno molti tipi di definizioni, in base a vari criteri distintivi¹⁹. In base al criterio dell’*oggetto*, si dovrebbero distinguere definizioni reali, di cose, e definizioni nominali, di parole; in base alla stessa definizione di ‘definizione’ appena fornita, peraltro, tutte le definizioni sono nominali, di parole, e le cosiddette definizioni reali sono solo definizioni nominali implicite.

In base al criterio della *tecnica definitoria*, ancora, si distinguono definizioni connotative, sui predicati del *definiendum* (“‘uomo’ significa animale razionale”), e denotative, sull’oggetto dei predicati (“sono uomini Giacomo, Roberto,

¹⁷ Cfr. T.W. Deacon, *The Symbolic Species. The Co-evolution of Language and the Brain* (1998), Giovanni Fioriti Editore, Roma, 2016.

¹⁸ V. Tomeo, *Il diritto come struttura del conflitto. Un’analisi sociologica* (1981), Rubbettino, Soveria Mannelli (CZ), 2013.

¹⁹ Cfr. A. Belvedere, M. Jori, L. Lantella (a cura di), *Definizioni giuridiche e ideologie*, Giuffrè, Milano, 1976.

Andrej ...”)²⁰. La tecnica definitoria più usata si dice per genere e differenza (lat. *per genus proximum et differentiam specificam*): si indica il genere cui appartiene il *definiendum* (nel caso del diritto, di solito le norme) e si indica la differenza che lo distingue da altri oggetti dello stesso genere (nel caso del diritto, di solito sanzioni e istituzioni)²¹.

La distinzione più importante fra le definizioni, però, è la terza, riguardante le loro *funzioni*, che sono principalmente tre. Le definizioni *lessicali*, usate nei dizionari, informano sui diversi significati, ordinari o tecnici, che una parola ha già nell'uso: 'diritto', come s'è visto, ha tre significati principali, oggettivo, soggettivo, e ambito di esperienza. Come pure s'è visto, 'diritto', al singolare, è ambiguo: talvolta può essere dubbio se abbia senso oggettivo o soggettivo. Per evitare l'ambiguità, al plurale per il senso oggettivo si usa 'sistemi giuridici', riservando 'diritti' per il solo senso soggettivo.

Le definizioni *stipulative*, tipiche delle scienze esatte, consentono di attribuire a una parola, vecchia o nuova, un significato *tecnico* ulteriore ai significati, ordinari o tecnici, elencati dalla definizione lessicale. Ciò avviene soprattutto quando si conia una parola nuova, come 'ossigeno', che poi però può entrare nell'uso, sicché una nuova definizione lessicale ne registrerà entrambi i significati, tecnico e ordinario. Anche il diritto è gremito di termini tecnici come 'evizione', 'litispendenza', e simili; il legislatore, peraltro, cerca di non abusare di definizioni stipulative e di ricorrere a ri-definizioni.

Le *ridefinizioni* scelgono uno o più significati compresi nella definizione lessicale, per precisarli, a scopi sia pratici sia teorici. Scopi pratici: il legislatore distingue, e tecnicizza, i sensi dei termini 'proprietà', 'possesso' e 'detenzione', usati indifferentemente fuori dal diritto civile; la maggiore difficoltà per gli studenti di giurisprudenza, all'inizio, è proprio usare i termini nel senso tecnicizzato. Scopi teorici: le ri-definizioni che servo-

²⁰ Cfr. G. Frege, *Über Sinn und Bedeutung* (1892), trad. it. in A. Bonomi (a cura di), *La struttura logica del linguaggio*, Bompiani, Milano, 1973, pp. 9-32.

²¹ Ma cfr. almeno V. Villa, *Il modello di definizione per casi paradigmatici e la definizione di 'diritto'*, in "Analisi e diritto", 1992, pp. 275-310.

no anche a tali scopi si dicono pure definizioni esplicative, perché selezionano caratteristiche del *definiendum* abbastanza importanti per spiegarlo²².

Anche in un manuale di filosofia/teoria del diritto si usano soprattutto ri-definizioni, per ragioni analoghe a quelle per cui le usa anche il legislatore: essenzialmente, rendere sì i propri discorsi più rigorosi – il linguaggio giuridico, in questo senso, è *amministrato* da legislatore, dottrina, giudici²³ ... – ma non sino al punto da diventare incomprensibili per il parlante ordinario, come avverrebbe usando solo definizioni stipulative. Anche la definizione evolutiva del diritto fornita qui di seguito è un ri-definizione, in particolare esplicativa, fra le tante che si potrebbero fornire.

Gli inventori della filosofia del diritto, fra Sette e Ottocento, pensavano che fornire definizioni del diritto (lat. *quid ius*) spettasse ai filosofi²⁴: i giuristi avrebbero dovuto accontentarsi di stabilire cosa sia di diritto (lat. *quid iuris*), ossia cosa prescriva il diritto di un paese. In realtà, i filosofi, anche analitici o ermeneutici, sono gli ultimi a poter definire termini ambigui, vaghi e generici come ‘diritto’ perché carichi di sensi stratificati nei secoli. Una ri-definizione esplicativa, in particolare, richiede molte conoscenze empiriche, che solo le scienze naturali e soprattutto sociali possono fornire.

Come tutti i sistemi e le istituzioni sociali, anche il diritto non avrebbe superato il test della selezione naturale/culturale se non avesse esercitato molte funzioni diverse: specie comporre le liti, reprimere i crimini, controllare il potere, rispettivamente tipiche di (sotto-)sistemi giuridici come il diritto civile, penale e costituzionale²⁵. Se da queste funzioni particolari, esercitate

²² Cfr. F. Schauer, *The Force of Law* (2015), trad. it. Mimesis, Milano, 2016, specie pp. 270-276.

²³ Cfr. M. Jori, A. Pintore, *Introduzione alla filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 197-200.

²⁴ Cfr. I. Kant, *Die Metaphysik der Sitten* (1798), trad. it. Laterza, Roma-Bari, 1983, pp. 33-34.

²⁵ Così G. Tarello, *Il diritto e la funzione di distribuzione dei beni* (1978), ora in Id., *Cultura giuridica e politica del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1988, p. 219.

prima dai giudici, poi dai legislatori, infine da costituenti e autorità internazionali, si volesse astrarre *una* funzione evolutiva, ci si dovrebbe accontentare della funzione generalissima di assicurare l'ordine sociale.

Senonché, assicurare l'ordine sociale, oltre a essere implicito in alcuni degli attuali sinonimi di 'diritto', come 'sistema' e soprattutto 'ordinamento giuridico', è una funzione troppo generica, svolta anche da altri sistemi sociali, quali costume, morale, religione, in concorrenza con il diritto nell'Occidente moderno, indistintamente da esso altrove. Qual è, invece, la funzione evolutiva specifica del diritto occidentale-e-moderno, tale da spiegare il successo evolutivo dell'Occidente rispetto ad altre culture? A questa domanda enorme tenta di rispondere la seguente definizione evolutiva del diritto.

'Diritto' indica il sotto-sistema sociale che provvede alla soluzione dei conflitti sociali in modo compatibile con l'ambiente umano in genere e con la cultura occidentale-moderna in specie. Per diritto, in altri termini, s'intende un sistema di rimedi normativi, coattivi e istituzionali, a conflitti reali o possibili: rimedi il primo dei quali è il processo. Detto ancora altrimenti: il diritto non regola la fisiologia, ma la patologia della vita sociale. Non governa tutta la nostra vita: si limita a punire crimini, comporre liti, controllare poteri, contribuendo a preservare un ambiente che possa davvero dirsi umano.

1.3. *Differenziazione del diritto*

Si dice *ubi societas ibi ius*: dove c'è una società, una comunità o cultura umana, lì c'è anche il diritto. Come ogni luogo comune, anche questo contiene un nucleo di verità: ogni comunità umana è tenuta insieme da norme e istituzioni paragonabili al nostro diritto. Senonché, ammesso che nessuna cultura è «un blocco unitario»²⁶, fra i caratteri distintivi della nostra cultura,

²⁶ B. Celano, *Diritti umani e diritto a sbagliare. (La cultura occidentale è compatibile con i diritti umani?)* (2005), <https://www.juragentium.org/forum/ignatief/it/celano.htm>.

occidentale-e-moderna, vi è la *differenziazione* del diritto dagli altri sistemi sociali (costume, morale, religione ...) ²⁷: Differenziazione avvenuta in tre fasi, qui chiamate non-diritto, pre-diritto e diritto in senso stretto ²⁸.

1.3.1. Per *non-diritto* si può intendere quella sorta di grado zero dell'evoluzione giuridica che gli antropologi chiamano diritto primitivo, indigeno, aborigeno, nativo, o anche *ctonio*, proprio delle popolazioni che vivono in armonia con la Terra ²⁹. Sino a diecimila anni fa, prima della diffusione dell'agricoltura, Homo sapiens, migrato dall'Africa su tutto il pianeta, ha cominciato a vivere in comunità di cacciatori-raccoglitori rette da un sistema normativo consuetudinario: l'unico concepibile in una cultura orale, ossia priva di scrittura, applicato in caso di conflitto da capi, anziani, sacerdoti ...

Comunità simili esistono ancora in nicchie del pianeta minacciate da deforestazione, desertificazione e malattie: proprio perché isolate, infatti, sono esposte a patologie contro cui sono prive di anticorpi, come i nativi americani di fronte ai Conquistadores. I sistemi normativi primitivi sono stati detti dal maggior filosofo del diritto del Novecento, il già citato Hart, sistemi giuridici semplici, privi di norme che istituiscono giudici e legislatori e, soprattutto, di una norma di riconoscimento: un criterio che permetta di distinguere norme giuridiche e no, le prime soltanto applicabili dai giudici ³⁰.

Un approccio evolutivo-naturale pare più appropriato per lo studio di sistemi normativi primitivi: è nel non-diritto, chiamato dai giusnaturalisti del Seicento stato di natura (1.3.2.2), che si mostrano più chiaramente le esigenze vitali – sfruttamento di risorse scarse, riproduzione e allevamento dei figli, guerra – da

²⁷ Così N. Luhmann, *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie* (1981), trad. it. Il Mulino, Bologna, 1990, specie pp. 61-80.

²⁸ Cfr. H.P. Glenn, *Legal Traditions in the World. Sustainable Diversity in Law* (2000), trad. it. Il Mulino, Bologna, 2011.

²⁹ Così E. Goldsmith, *The Way: an Ecological World-View*, Rider, London, 1992, xvii.

³⁰ Cfr. H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (1961; 1992), trad. it. Einaudi, Torino, 2001, p. 95 ss.

cui evolveranno pre-diritto e diritto. L'opposizione di Hart fra sistemi semplici e complessi esprime inconsapevolmente una tipica idea evoluzionista: trascurando solo che anche le culture primitive non sono così semplici, e hanno ancora molto da insegnarci in prospettiva ecologica.

1.3.2. Per *pre-diritto* s'intendono i sistemi normativi che in altre culture hanno svolto e svolgono tuttora funzioni in parte analoghe e in parte diverse, in sostituzione o in alternativa, al diritto occidentale-moderno. Si tratta di sistemi normativi indicati da nomi a rigore non traducibili con il nostro 'diritto'³¹, per almeno tre ragioni. In Occidente, intanto, si parla di tali sistemi in termini di costume, morale o religione, non di diritto; a differenza del diritto occidentale, poi, essi non si sono differenziati dal non-diritto; infine, nessuno di tali sistemi pretende di prevalere sulla politica, con cui anzi si confondono³².

L'antichissimo (pre-)diritto *cinese*, primo esempio, ha sempre visto la compresenza di due sistemi normativi: da un lato, un costume preponderante, il *li*, orientato ai valori dell'armonia, del merito e della pedagogia, soprattutto a partire dalla morale di Confucio; dall'altro, un diritto minuziosamente scritto, più simile al diritto occidentale, il *fa*, concepito come rimedio al fallimento del *li*, e ritenuto indispensabile solo per la repressione dei crimini, non anche per le liti fra privati, risolte tramite mediazioni non giuridiche. Nell'odierna Cina, ovviamente, cresce il diritto scritto³³.

Lo stesso dualismo di strati normativi, rispettivamente profondo e non giuridico, superficiale e giuridico, caratterizza il secondo esempio, il (pre-)diritto *indù*. Qui lo strato profondo è rappresentato dal *dharma*, formulato in testi sacri dove «precetti [...] giuridici si trovano accanto a formule rituali e magiche, inni sacri, regole linguistiche, insegnamenti astronomici e specu-

³¹ R. Sacco *Antropologia giuridica. Contributo a una macro-storia del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2007, p. 19.

³² H.J. Berman, *Law and Revolution. The Formation of Western Legal Tradition* (1983), trad. it. Il Mulino, Bologna, 1998, specie pp. 24-29.

³³ F. Jullien, *De l'être au vivre: lexique euro-chinois de la pensée* (2015), trad. it. Feltrinelli, Milano, 2016.

lazioni metafisiche»³⁴. Lo strato superficiale è il *viahavara*, più simile al diritto occidentale e anche più disponibile a subirne le influenze modernizzatrici, comprese laicizzazioni che sdrammatizzano le differenze fra religioni indù e musulmana.

Anche il terzo esempio, il (pre-)diritto ebraico, l'*halakha*, ha una base religiosa, i commenti ai testi sacri dell'ebraismo dalla Bibbia in poi; anch'esso, peraltro, non è riducibile al (nostro) diritto. Regolando anzitutto i culti, infatti, l'*halakha* finisce per trasformare in altrettanti riti ogni momento della vita quotidiana, dal risveglio al sonno: è dunque religione, costume, diritto, morale, igiene, dietetica e molte altre cose ancora. Nell'attuale Stato d'Israele, poi, vige un diritto di tipo occidentale la cui principale specificità consiste nell'essere privo di uno specifico documento costituzionale.

Il quarto esempio, il (pre-)diritto islamico, la *Shari'a*, presenta analogie con l'ebraismo, cui originariamente s'ispirò il suo fondatore, Maometto. Come parte profonda ha il Corano e una teologia elaborata da commentatori e giudici islamici che tende anch'essa a regolamentare e ritualizzare condotte, indumenti, pratiche dietetiche e igieniche non solo estranee al diritto occidentale, ma confliggenti con esso specie per la condizione della donna. Molti Stati islamici hanno poi leggi e codici di tipo occidentale: anche se pure lì il fondamentalismo islamico vorrebbe tornare alla purezza della *Shari'a*.

Insomma, i sistemi pre-giuridici extra-occidentali si distinguono dal nostro diritto, fra l'altro, perché consistono di uno strato profondo e di uno emerso. Lo strato profondo è frutto anch'esso di un'evoluzione millenaria: salvo pretendere di essere immutabile. La parte emersa, necessaria se non altro per tenere relazioni con le altre culture, resta comunque non autonoma dal pre-diritto. In particolare, le altre culture considerano inconcepibile la pretesa del diritto occidentale-moderno – leggi, costituzioni, trattati – di prevalere sulla politica, specie se teocratica, ossia esercitata da autorità religiose³⁵.

³⁴ Così M. Bretone, *Storia del diritto romano*, Laterza, Roma-Bari, 1987, pp. 33-34.

³⁵ Cfr. U. Mattei, P.G. Monateri, *Introduzione breve al diritto comparato*, Cedam, Padova, 1997, specie pp. 56-57.

Un quinto esempio potrebbe essere lo stesso diritto greco-antico, indicato da un termine, 'dikaion', che può riferirsi indistintamente al diritto e alla giustizia: costringendo i pensatori greci a distinguerne la parte profonda, il *dikaion fusei*, o diritto per natura, derivante da consuetudini comuni a greci e popoli civilizzati, e lo strato superficiale, il *dikaion thesei*, o positivo, dettato da monarchi o assemblee cittadine. Un pre-diritto, il diritto greco-antico, emergente anch'esso dal non-diritto ma, a differenza del diritto romano e inglese, non ancora differenziato da questo.

1.3.3. Per *diritto* (in senso stretto, per antonomasia, o senz'altra qualifica) s'intende un sistema di norme e istituzioni sviluppatosi paradigmaticamente – ossia non solo tipicamente ma indiscutibilmente – solo nell'Occidente moderno, benché a partire dal *ius civile* romano (ingl. *civil law*) e dal *common law* inglese. Questi sono gli archetipi del diritto occidentale-e-moderno, ma non i suoi casi paradigmatici. Entrambi, infatti, sono anteriori alla differenziazione del diritto, qui adottata come spiegazione fondamentale del diritto: una spiegazione dell'emergere di un fenomeno prima assente³⁶.

Anche nel diritto romano e nel *common law*, come nel pre-diritto, abbiamo una tradizione profonda ma non giuridica, rispettivamente il *mos* (costume, da cui 'morale') e la consuetudine (ingl. *custom*), e una tradizione giuridica emergente, il diritto vero e proprio. La differenza, rispetto al pre-diritto specie greco, è che a Roma e nell'Inghilterra normanna si formò un ceto di giuristi: giurisperiti o giurisprudenti a Roma, chiamati a risolvere casi delegando poi la sentenza a un *iudex* (da *ius dicere*, dire il diritto), e giudici nominati dai monarchi normanni per decidere i casi insieme con giurie locali.

Per l'emergere dei sistemi giuridici romano e inglese, avvenuto a un millennio e mezzo di distanza, al di qua e al di là della Manica, si può solo rinviare alle tante opere storiche e comparatistiche che, pur usando 'evoluzione' solo nel primo o nel se-

³⁶ Cfr. R. Nozick, *Anarchy, State and Utopia* (1974), trad. it. Le Monnier, Firenze, 1981, pp. 6-9.

condo dei sensi qui distinti³⁷, parlano dell'invenzione del diritto a Roma³⁸, e poi del suo sviluppo in Europa, Inghilterra e altrove attorno alla funzione principale di risolvere controversie³⁹. A proposito del *common law*, in particolare, si rinvia all'esame della sua fonte tipica, il precedente giudiziale, compiuta nel capitolo sulle norme (3.4).

Come il *ius* romano, comunque, anche il *common law* inglese finì per differenziarsi dagli altri sistemi normativi, qui a opera dei giudici e non di giuristi in senso stretto. La materia regolata, se non il modo di regolarla, non differiva moltissimo dal diritto romano: si trattava essenzialmente di proprietà, contratti, risarcimenti e repressione dei crimini. Fu però in Inghilterra, piuttosto che nella tradizione imperiale continentale, che s'impose l'idea del *rule of law*, poi detto anche *constitutionalism*: la supremazia del diritto oggettivo, *law*, e dei diritti soggettivi, *rights*, sulla politica.

Non è un caso, insomma, che storici e comparatisti suggeriscano di *non* tradurre con 'diritto', 'law', 'droit', 'Recht', e così avanti, parole come il cinese 'li', l'indiano 'dharma', l'ebraico 'halakha', l'arabo 'shari'a'. Il fatto è che il pre-diritto antico e moderno, pur svolgendo funzioni tipiche del diritto in senso stretto, non s'è mai differenziato dagli altri sistemi normativi né, meno che mai, ha preteso di assumere funzioni prevalenti sulla politica, come nel *rule of law* o negli Stati costituzionale e internazionale. Fenomeno nient'affatto strano, del resto, se non fosse che l'eccezione siamo noi⁴⁰.

Certo, i sistemi giuridici eredi del diritto romano e inglese si sono prestati a trapianti giuridici (ingl. *legal trasplants*) in tutto il mondo⁴¹: alimentando il mito etnocentrico dell'universalità

³⁷ Così P. Stein, *The Evolution of Law. The Story of an Idea*, Cambridge University Press, Cambridge, 1980.

³⁸ Cfr., sin dal titolo, A. Schiavone, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Einaudi, Torino, 2005.

³⁹ Cfr. P. Stein, *Legal Institutions. The Development of Dispute Settlement* (1984), trad. it. Giuffrè, Milano, 1987.

⁴⁰ Cfr. M. Barberis, *Europa del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2008.

⁴¹ A. Watson, *Legal Transplants. An Approach to Comparative Literature* (1974), University of Georgia Press, Athens (Georgia), 1993.

del diritto. In realtà, è probabile che il diritto occidentale-e-moderno si sia diffuso soprattutto in virtù del contributo dato alla (oggi declinante) egemonia economica, finanziaria e militare dell'Occidente. Oggi, forse, il nostro diritto potrebbe trapiantarsi ancora solo per salvare il pianeta da guerre e riscaldamento globale: come vedremo parlando dell'evoluzione del diritto attraverso i suoi Stati.

1.4. *Stato giurisdizionale*

Il *primo* degli stati/stadi/Stati per cui passa l'evoluzione del diritto in senso stretto verrà qui chiamato *Stato giurisdizionale*: soffermandoci in particolare – come per tutti gli altri Stati di cui ci si occuperà dopo – sulla situazione delle fonti del suo diritto. Il nome 'Stato giurisdizionale'⁴², potrebbe però suscitare dubbi sia per il sostantivo sia per l'aggettivo, sicché si procederà così. Prima (1.4.1), si distinguerà fra 'stato', 'stadio' e 'Stato'. Poi (1.4.2) si chiarirà cosa s'intende con 'giurisdizione'. Infine (1.4.3), si definirà 'fonti del diritto', e si mostreranno le fonti dello Stato giurisdizionale.

1.4.1. Il termine 'stato' (lat. *status*), con la minuscola, indica una situazione. Da questa parola deriva anche 'Stato' con la maiuscola, che in Niccolò Machiavelli – l'autore cinquecentesco che fu il primo a studiare questo fenomeno, allora relativamente nuovo⁴³ – traduceva appunto il latino '*status reipublicae*', situazione della cosa pubblica. Spesso, viene ancora la tentazione di usare 'Stato giurisdizionale' e tutte le espressioni simili con la minuscola appunto perché, dopotutto, si sta parlando soprattutto di altrettanti stati o situazioni del diritto, e in particolare delle sue fonti.

Il termine 'stadio' indica la divisione in fasi, tappe, passaggi, di un processo evolutivo: divisione utile, a meno di pretendere

⁴² M. Fioravanti, *Stato e costituzione*, in Id., *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2002, pp. 3-36.

⁴³ N. Machiavelli, *Il Principe* (postumo, 1532), Rizzoli, Milano, 1975, p. 85.

che sia anche pre-determinata, ossia che le cose dovessero andare necessariamente così (secondo senso di ‘evoluzione’). In realtà, l’evoluzione (nel terzo senso della parola) va dove vuole; solo *dopo* che ha portato in una certa direzione si può dire che andasse proprio lì. Con questa importante precisazione, si può assumere che nell’evoluzione del diritto ci sia stato uno stadio giurisdizionale, in cui la figura-chiave, il “signore del diritto”, non era il legislatore ma il giudice⁴⁴.

Questo stadio giurisdizionale e, a Roma, anche giurisprudenziale (dal latino *iusprudentia*, dottrina), in realtà è durato millenni; per millenni, cioè, il diritto è stato prodotto dai consociati stessi tramite consuetudini (3.3) e poi riconosciuto e applicato da giuristi e giudici. Poiché peraltro questo era solo pre-diritto, non ancora del tutto differenziato da costume, morale e religione, è opportuno far iniziare più tardi lo Stato giurisdizionale: dall’epoca chiamata dagli storici moderna, e segnata dall’apparizione dello Stato con la maiuscola, lo Stato moderno o per antonomasia.

Il termine ‘Stato’, qualificato come moderno appunto per indicare la sua novità rispetto a regni, imperi e repubbliche di antichità e medioevo, indica l’organizzazione politica che ottiene il monopolio della forza legittima su un determinato territorio⁴⁵. Questa è la classica definizione di ‘Stato’ fornita, agli inizi del Novecento, dal sociologo tedesco Max Weber⁴⁶. Uno dei corollari di questa definizione di ‘Stato’, che fa dello Stato un fenomeno occidentale-e-moderno, è che oltre al monopolio della forza – esercito e polizia – esso ottiene progressivamente anche il monopolio del diritto.

Questa monopolizzazione si realizzerà solo nello Stato legislativo, con la codificazione dell’intero diritto. Lo Stato giurisdizionale appartiene al periodo della formazione dello

⁴⁴ Cfr. R.Ch. Van Caenegem, *Judges, Legislators and Professors: Chapters in European Legal History* (1987), trad. it. Giuffrè, Milano, 1991.

⁴⁵ Cfr. G. Miglio, *Genesi e trasformazione del termine-concetto “Stato”*, ora in Id., *Le regolarità della politica. Scritti scelti, raccolti e pubblicati dagli allievi*, vol. II, Giuffrè, Milano.

⁴⁶ M. Weber, *Politik als Beruf* (1919), trad. it. in Id., *Il lavoro intellettuale come professione*, Einaudi, Torino, 1948, p. 48.

Stato, ancora in lotta contro i poteri feudali preesistenti: periodo in cui, oltretutto, il potere giudiziale non è ancora concettualmente distinto dagli altri, come avverrà solo con Montesquieu (1748). Con queste cautele, d'altra parte, d'ora in poi parleremo di Stato giurisdizionale per riferirci allo stato o stadio dell'evoluzione del diritto coincidente con la modernità: l'epoca che va dalla scoperta dell'America alla Rivoluzione francese.

1.4.2. 'Giurisdizione' deriva dal latino '*iurisdictio*', che, come '*iudex*', viene da '*ius dicere*', dire o stabilire il diritto che risolve una lite decidendo un processo⁴⁷. Questo è quanto hanno sempre fatto – forse già nel non-diritto, e a maggior ragione nel pre-diritto (1.3.1-2) – una serie di istituzioni non- o pre-giuridiche: capitribù, collegi di anziani, sciamani, sacerdoti ... Carattere importante di tutti questi soggetti e degli stessi giudici, perché ne limita i poteri, è il fatto di non creare dal nulla i materiali normativi con cui risolvere i conflitti, ma di assumerli come dati entro la comunità di appartenenza.

Ancor oggi c'è questa differenza essenziale fra legiferare e giudicare: il legislatore può pretendere di creare diritto nuovo, il giudice no. Anche quando risolve i conflitti in modo "creativo", cioè, il giudice rischierebbe di perdere ogni autorità se pretendesse di far di più che applicare il diritto preesistente. A questa condizione, distintiva della giurisdizione, non si sottraggono neppure i monarchi semi-assoluti cui la *iurisdictio* veniva attribuita nel medioevo: monarchi che potevano sì esercitare un governo quasi illimitato (lat. *gubernaculum*), ma erano vincolati al diritto nell'esercizio della *iurisdictio*⁴⁸.

Anche nello Stato giurisdizionale sei-settecentesco i giudici regi (nelle monarchie) o cittadini (nelle repubbliche), che esercitano la *iurisdictio* in concorrenza con corti nobiliari, ecclesiastiche, corporative o locali, dicono di non far altro che riconoscere e applicare un diritto preesistente. Questo è quanto conti-

⁴⁷ Cfr. P. Costa, *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale*, Giuffrè, Milano, 1969.

⁴⁸ Ch. McIlwain, *Constitutionalism: Ancient and Modern* (1947), trad. it. Il Mulino, Bologna, 1990, pp. 89-113.

nuano a dire i giudici del successivo Stato legislativo: ancor oggi, per non delegittimarsi, i giudici pretendono solo di applicare la legge. Ma con un'importante differenza, per la quale bisogna introdurre la fondamentale nozione, sin qui solo menzionata, di fonti del diritto.

1.4.3. Si dicono *fonti del diritto*, con una metafora di tipo naturalistico, i materiali normativi – leggi, precedenti, consuetudini ... – che possono essere adottati da giudici e funzionari per motivare le loro decisioni. Si dice poi *dottrina* delle fonti un elenco di esse e la fissazione della loro priorità – l'ordine di prevalenza in caso di conflitto – stabiliti formalmente da parte dello stesso diritto, in realtà da chi poi lo applica⁴⁹. La stessa differenziazione del diritto può ridursi al fatto che siano legislatori e giudici a stabilirne le fonti con un'apposita dottrina: che cioè il diritto regoli la propria produzione⁵⁰.

Benché ogni manuale di materie giuridiche, oggi, inizi con una parte generale nella quale si indicano le fonti della materia, a specializzarsi sul tema sono stati i manuali di diritto costituzionale. A questi si devono le numerose distinzioni fra le fonti, alcune comuni, altre meno. Comune è la distinzione fra fonti-atto, prodotto di appositi atti costituzionali, legislativi o regolamentari, e fonti-fatto, frutto di condotte consuetudinarie. Comune è pure la distinzione fra fonti di produzione, produttive di diritto, e di mera cognizione, cioè documenti, come le Gazzette ufficiali, che permettono di conoscerlo.

Meno comune, ma indispensabile per distinguere lo Stato giurisdizionale dai successivi, è la distinzione fra fonti formali e informali. Sbarazziamoci subito delle fonti *formali*, stabilite tassativamente dallo stesso legislatore, costituzionale o più spesso ordinario, e perciò vincolanti per i giudici e per tutti gli altri operatori giuridici. L'esempio più semplice di dottrina delle fonti, in realtà tipico del solo Stato legislativo, è forse l'art. 1 delle Preleggi al Codice civile italiano del 1942, che recita:

⁴⁹ A. Ross, *On Law and Justice* (1951; 1958), trad. it. Einaudi, Torino, 1965, pp. 72-74.

⁵⁰ Cfr. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1960), trad. it. Einaudi, Torino, 1966, p. 87.

«Sono fonti del diritto: 1) le leggi; 2) i regolamenti; [3] gli usi [le consuetudini]».

Molto più arduo, ma anche più interessante, è stabilire cosa siano le fonti *informali*, non vincolanti, oggi dette dai comparatisti *formanti* specie per dottrina e giurisprudenza: tipiche fonti informali, oggi, per opposizione a fonti formali come trattati internazionali, costituzioni, leggi, regolamenti ...⁵¹. Le fonti informali comprendono qualsiasi materiale normativo applicabile da giudici in base a una dottrina essa stessa informale delle fonti per millenni stabilita dagli stessi operatori giuridici, e comprendente, nel pre-diritto, materiali eterogenei come leggi, precedenti, diritto naturale, testi religiosi ...

Le dottrine delle fonti più antiche, in effetti, si limitavano a elencare materiali normativi usati dai pratici senza troppo preoccuparsi di distinguere fra diritto e altri sistemi normativi. Ad esempio affermare, come fa il giurista romano Ulpiano, che i tre principi supremi del *ius* sono «non danneggiare altri» (lat. *alterum non laedere*), «dare a ognuno il suo» (lat. *suuum cuique tribuere*) ma anche «vivere onestamente» (lat. *honeste vivere*)⁵², mostra che a Roma il (pre-)diritto non era ancora differenziato da costume e morale, ai quali appartiene ancora un valore oggi ritenuto pre- o non-giuridico come l'onestà.

Altro esempio: il diritto non era ancora differenziato dalla religione nel medioevo, secondo la dottrina delle fonti formulata nella *Summa theologiae* (1269-1274) da Tommaso d'Aquino. Prima, infatti, veniva il *ius divinum*, i testi sacri del cristianesimo, poi il *ius naturale*, ricavato da natura delle cose o ragione umana, infine il *ius* detto da Tommaso, tra i primi, *positivum*, ossia fatto da uomini, sia pure deducendolo o specificandolo dal diritto naturale⁵³. Solo in seguito il diritto si laicizzerà, ma pur sempre ispirandosi al versetto del Vangelo di Matteo «Date a Cesare quel ch'è di Cesare, a Dio quel ch'è di Dio»⁵⁴.

⁵¹ Cfr. R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, Utet, Torino, 1992.

⁵² *Digesta*, 1, 1, 10.

⁵³ Tommaso, *Summa Theologiae* (1269-1274), trad. it. Marietti, Casale Monferrato, vol. I, 1962, pp. 413-416.

⁵⁴ Matteo, 22, 21.

Nello Stato giurisdizionale sei-settecentesco le fonti del diritto restano in gran parte informali; oltre alle poche leggi statali, infatti, comprendono soprattutto materiali tradizionali come il *common law* inglese e il diritto romano-comune continentale. Come dottrina delle fonti tipica o rappresentativa dello Stato giurisdizionale qui useremo la dottrina adottata in Francia prima della Rivoluzione, comprendente due livelli di fonti: uno superiore, la *lex*, e uno inferiore, l'*interpretatio*, il secondo suppletivo nel senso che si applicava solo ove il caso non fosse già regolato dalla *lex*⁵⁵.

Il termine 'lex' – come tutte le parole lasciate non tradotte in questo manuale – non significa il suo discendente italiano 'legge' bensì diritto. Sono *lex*, infatti, non solo le leggi del monarca, comuni a tutto il regno, ma anche le consuetudini (fr. *coutumes*), diverse per ogni regione del nord del paese, il *ius commune* romano, cioè gli usi moderni del *Corpus iuris* giustiniano vigenti invece in tutto il sud della Francia, nonché gli statuti di particolari città o istituzioni. La *lex* vigeva solo *in claris*, cioè nei casi espressamente regolati; nei casi non espressamente regolati, invece, vigeva l'*interpretatio*.

Come 'lex' non si traduce con 'legge' così 'interpretatio' non si traduce con 'interpretazione'; non si tratta dell'odierna interpretazione della legge (5.2), infatti, ma delle fonti suppletive della *lex*. L'*interpretatio* era suppletiva ma nient'affatto residuale: se la *lex* si applicava solo *in claris*, allora un caso non risolto direttamente dalla *lex*, ma solo per analogia con un caso risolto dalla *lex*, non costituiva *lex* ma appunto *interpretatio*. Il brocardo «in claris non fit interpretatio», oggi spesso citato a sproposito, inficiava proprio la prevalenza dell'*interpretatio* salvo che nei casi espressamente regolati dalla *lex*.

'Interpretatio', di fatto, indicava essenzialmente le opinioni dottrinali, cioè dei dottori delle università, insomma la dottrina, e i precedenti giudiziari, frutto della giurisprudenza dei tribunali. Nello Stato giurisdizionale, dottrina e giurisprudenza erano fonti del diritto, benché suppletive della *lex*. In mancanza di una

⁵⁵ G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, vol. I, *Illuminismo e codificazione del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1976, pp. 67-69.

dottrina ufficiale delle fonti, formalmente stabilita, che si avrà solo nello Stato legislativo, tutte le fonti erano in qualche modo informali: anche perché, mentre i funzionari statali avevano interesse a privilegiare la *lex*, giudici e dottori preferivano la (propria) *interpretatio*.

Una distinzione simile a quella fra *lex e interpretatio*, vigente in Francia prima della Rivoluzione e della successiva codificazione, vigeva allora e per più versi vige tuttora nel Regno Unito: che sotto questo aspetto potrebbe considerarsi ancora uno Stato giurisdizionale. Pure qui, infatti, la *lex*, nel caso le leggi del Parlamento (ingl. *statutory law*), prevarrebbe sui precedenti giudiziali (ingl. *common law*) se non ne fosse spesso derogata ove il precedente si attagli meglio al caso (3.4). Proprio per evitare tale concorrenza, lo Stato legislativo continentale abolirà l'*interpretatio* dalle proprie fonti del diritto.

A quel punto, però, l'evoluzione del diritto si biforca. Nel Regno Unito e nelle ex colonie inglesi, come gli Stati Uniti, i precedenti giudiziali si convertono in fonti formali del diritto, benché sempre suppletive della legge (ingl. *statute*). Sul Continente europeo e in America latina, invece, lo Stato giurisdizionale, deprecato come *ancien régime* o particolarismo giuridico⁵⁶, viene sostituito dallo Stato legislativo. Come vediamo subito, la codificazione espelle dottrina e giurisprudenza dalle fonti formali del diritto, tendenzialmente esaurite dall'unica fonte formale rimasta: la legge.

1.5. Stato legislativo

La *seconda* fase dell'evoluzione del diritto, che copre gran parte dell'epoca contemporanea, dalla Rivoluzione francese alla fine della seconda guerra mondiale, viene spesso chiamata Stato di diritto (ted. *Rechtsstaat*)⁵⁷: espressione qui evitata per una ra-

⁵⁶ Ma cfr. P. Grossi, *Universalismo e particolarismo nel diritto*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012.

⁵⁷ Cfr. ad esempio G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Einaudi, Torino, 1992, pp. 20-56.

gione ben precisa. Come tutta una famiglia di espressioni in diverse lingue – dai greci ‘nomos basileus’ e ‘politeia’ agli inglesi ‘rule of law’ e ‘constitutionalism’, sino all’italiano ‘governo delle leggi’ – ‘Stato di diritto’ non indica un tipo di Stato, ma l’ideale di uno Stato dove non governano gli uomini ma lo stesso diritto⁵⁸.

Da questo punto di vista, tutti e quattro gli Stati per cui passa l’evoluzione del diritto potrebbero considerarsi altrettanti modi diversi di perseguire lo stesso ideale: il governo del diritto. Lo Stato giurisdizionale lo faceva tramite la giurisdizione; lo Stato legislativo, come vedremo, attraverso la subordinazione della giurisdizione alla legislazione; lo Stato costituzionale per mezzo della subordinazione della legislazione alla costituzione; lo Stato internazionale, infine, grazie alla subordinazione delle stesse costituzioni nazionali ai trattati, e più in generale al diritto internazionale.

Come nome per questa secondo stadio dell’evoluzione del diritto, dunque, si adotterà ‘Stato legislativo’ (ted. *Gesetzstaat*)⁵⁹. Dopo la Rivoluzione francese e la codificazione, infatti, fonte del diritto per antonomasia diviene la legge, prodotta da un organo politico, elettivo e rappresentativo del popolo, il Parlamento. Alla legislazione, del resto, ricorrono anche i paesi, né occidentali né democratici, in via di modernizzazione: la legge, infatti, permette di adattare il diritto all’evoluzione della società molto più rapidamente che tramite consuetudini, dottrina e giurisprudenza.

Seguendo il modello parlamentare inglese, seguito dai costituenti statunitensi e francesi, dal Settecento l’Occidente adotta lo Stato legislativo, caratterizzato dall’organizzazione istituzionale detta *separazione dei poteri*. In base al famoso capitolo 6 del libro XI dell’*Esprit des lois* (1748), dedicato da Montesquieu alla costituzione inglese⁶⁰, lo Stato legislativo adotta (non una,

⁵⁸ Cfr. P. Costa, D. Zolo (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milano, 2002.

⁵⁹ Cfr. già C. Schmitt, *Legalität und Legitimität* (1932), trad. it. in Id., *Le categorie del ‘politico’*, Il Mulino, Bologna, 1972, specie pp. 211-212.

⁶⁰ Montesquieu, *De l’esprit des lois* (1748), Garnier Flammarion, Paris, 1979, vol. I, pp. 294-304 (XI.6).

ma) tre dottrine della separazione dei poteri in senso ampio – distinzione, equilibrio e separazione dei poteri in senso stretto – che ancor oggi, insieme con la tutela dei diritti, distinguono le democrazie dalle autocrazie⁶¹.

1.5.1. La *prima* dottrina della separazione dei poteri in senso ampio, la *distinzione* dei poteri, distingue tre funzioni giuridiche principali esercitate in qualsiasi organizzazione politica: fare le leggi, attuarle e applicarle. Negli Stati liberi, oggi chiamati (liberal)democrazie, queste funzioni vengono poi esercitate da tre (gruppi di) organi, totalmente o parzialmente separati. Invece, negli Stati dispotici, che oggi chiamiamo autocrazie ma che ai tempi di Montesquieu includevano, virtualmente, la stessa monarchia assoluta francese, un solo organo, di solito il monarca, monopolizzava tutt'e tre le funzioni.

La *prima* e più importante funzione statale, nello Stato legislativo, è ovviamente la *legislazione*, o potere *legislativo*: unica funzione attiva, mentre l'esecutivo si limita ad attuare le leggi, e il giudiziario ad applicarle. Nella costituzione inglese, dopo la caduta in desuetudine del diritto di veto del monarca, la funzione di fare le leggi era, ed è, monopolizzata dal Parlamento: in particolare, dalla Camera dei Comuni eletta dal popolo. Ancor oggi, nel Regno Unito, si parla di sovranità del Parlamento (ingl. *sovereignty of Parliament*), non essendoci una costituzione scritta in grado di limitarne il potere⁶².

Il modello dello Stato legislativo, d'altra parte, non è più il Regno Unito, in cui la legislazione parlamentare è bilanciata dal *common law*, e neppure gli Stati Uniti, primo tentativo di Stato costituzionale, bensì la Francia post-rivoluzionaria. Qui la codificazione sostituisce tutte le fonti previgenti – diritto romano-comune e *coutumes*, dottrina e giurisprudenza – con leggi, cui sono subordinati regolamenti e consuetudini. Leggi generali, che regolano intere materie come i codici, a partire dal *Code ci-*

⁶¹ Cfr. già M. Barberis, *Etica per giuristi*, Laterza, Roma-Bari, 2006, pp. 42-79 e 136-140.

⁶² Cfr. A.V. Dicey, *Introduction to the Law of the Constitution* (1885), trad. it. Il Mulino, Bologna, 2003, p. 33 ss.

vil detto *Code Napoléon* (1804), e leggi dette speciali perché regolano materie particolari.

La seconda funzione giuridica dello Stato legislativo è *attuare* le leggi: il potere *esecutivo*. Come vediamo fra un attimo, la funzione esecutiva, già in Inghilterra e poi sul Continente, passa molto presto da un monarca costituzionale al premier o presidente del consiglio dei ministri, nominato dal monarca scegliendo il leader della maggioranza parlamentare. Anche per questo fra legislativo ed esecutivo non c'è separazione ma equilibrio: il legislativo controlla l'esecutivo, soggetto al suo voto di fiducia, l'esecutivo controlla a sua volta il legislativo, tramite la propria maggioranza parlamentare.

Nel Novecento, infine, per gestire due guerre mondiali ma anche per fronteggiare la crescita esponenziale delle funzioni dello Stato, il Parlamento ha sempre più spesso delegato la legislazione all'esecutivo, tramite decreti legislativi oppure, in casi di necessità e urgenza poi divenuti a loro volta quasi normali, decreti-legge soggetti a ratifica parlamentare. Del potere esecutivo fa parte la pubblica amministrazione (PA): ognuno dei suoi rami (interni, esteri, difesa, economia ...) è presieduto da un ministro, ma il potere della PA, non cambiando con le elezioni, finisce per essere maggiore degli altri⁶³.

La terza e ultima funzione giuridica dello Stato legislativo, il potere *giudiziario*, è *applicare* le leggi, tramite sentenze particolari e concrete dedotte da leggi generali e astratte. Prima di Montesquieu, la giustizia era solo un ramo dell'amministrazione; fu lui a elevarla a terzo potere dello Stato, indipendente rispetto agli altri, ma anche a qualificarla potere nullo, da lui attribuito preferibilmente a giurie come in Inghilterra. Solo la Costituzione federale statunitense (1787) farà del giudiziario un autentico potere, in equilibrio con gli altri; altrove, fra poteri politici e giudiziario vige una netta separazione.

1.5.2. La *seconda* dottrina della separazione dei poteri in senso ampio è detta *equilibrio* o *bilancia* dei poteri (ingl. *balance of powers*) e, come la terza, la separazione dei poteri in senso

⁶³ Cfr. da ultimo M. Brigaglia, *Potere. Una rilettura di Michel Foucault*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, pp. 323-337.

stretto, stabilisce a quali organi dello Stato debbano essere attribuite le tre funzioni distinte dalla prima. In particolare, la dottrina dell'equilibrio distribuisce fra diversi organi – re o capo dello Stato, governo, Camere – le funzioni politiche, legislativa ed esecutiva; la separazione in senso stretto, invece, attribuisce il potere giudiziario alla magistratura, separandola rigorosamente dai due poteri politici.

Montesquieu riteneva, realisticamente, che quando si tratta di politica, solo il potere possa limitare il potere⁶⁴. Per assicurare la libertà politica, dunque, i due poteri politici, legislativo ed esecutivo devono bilanciarsi a vicenda. Questa dottrina verrà adottata nella costituzione statunitense sotto il nome di controlli e contrappesi (ingl. *checks and balances*), e anticipa l'idea evolutivista della mano invisibile (1.2). Smith pensava che la fame di arricchirsi producesse più ricchezza, Montesquieu che l'ambizione per il potere producesse – non più potere, ma – libertà, limitazione del potere.

In effetti, mentre la ricchezza è massimizzata dalla mano invisibile, come mostra l'economia di mercato, l'equilibrio dei poteri rischia di massimizzare – non la limitazione del potere, la libertà politica, bensì – lo stesso potere. Proprio questo era avvenuto nella società feudale, che Montesquieu era sospettato di rimpiangere. Il modello dei *checks and balances*, minuziosamente attuato da costituenti statunitensi come James Madison, ha però effettivamente assicurato la libertà politica negli Usa⁶⁵: non però nei paesi latino-americani che hanno imitato il modello costituzionale statunitense.

L'equilibrio raccomandato da Montesquieu fra i poteri politici, legislativo ed esecutivo, si è poi sviluppato in almeno due forme di governo diverse. A partire dalla sovranità del Parlamento inglese si è sviluppata la forma di governo *parlamentare*; qui governa il premier, o Presidente del Consiglio, nominato dal re o dal Presidente della Repubblica purché go-

⁶⁴ Cfr. ancora Montesquieu, *De l'esprit des lois*, vol. I, cit., p. 293 (XI.4).

⁶⁵ A. Hamilton, J. Jay, J. Madison, *Federalist* (1788), trad. it. Il Mulino, Bologna, 1980, specie p. 396 (§ 51).