



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

Scuola di Dottorato in Scienze Giuridiche “Cesare Beccaria”

Sezione di Filosofia e Sociologia del diritto

XXXII Ciclo

Il diritto in movimento

Hans Kelsen e l'evoluzione macrostorica degli ordinamenti giuridici

Tutor: Chiar.mo Prof. Paolo Di Lucia

Coordinatore del Dottorato:

Chiar.mo Prof. Claudio Luzzati

Tesi di dottorato di:

Stefano Sammarco

Matricola n. R11520

Anno Accademico 2018 - 2019

Sommario

Introduzione	4
1. I due volti dell'evoluzione giuridica	10
1.1. <i>Un regno, due generi e molte specie: una tesi metateorica</i>	10
1.2. <i>Il senso riconosciuto di evoluzione giuridica: l'evoluzione nel diritto</i>	12
1.2.1. Teorie dell'evoluzione <i>nel</i> diritto.....	12
1.2.2. Genesi, sviluppi e fortuna delle teorie dell'evoluzione <i>nel</i> diritto.....	15
1.2.2.1. Il giusnaturalismo e l'evidenza dell'evoluzione <i>nel</i> diritto.....	15
1.2.2.2. Montesquieu: <i>De l'Esprit des Lois</i>	16
1.2.2.3. F. K. von Savigny e l'evoluzione organica del diritto.....	18
1.2.2.4. Charles Darwin, Oliver W. Holmes Jr. e gli sviluppi dell'evoluzionismo giuridico.....	20
1.3. <i>Il senso misconosciuto di evoluzione giuridica: l'evoluzione macrostorica del diritto</i>	24
1.3.1. Teorie evolutive del diritto.....	24
1.3.2. Le ragioni del discredito delle teorie evolutive del diritto.....	27
1.3.3. In difesa delle teorie evolutive del diritto.....	34
2. Evoluzione macrostorica del diritto: la vasta storia di un'idea	41
2.1. <i>I primordi di una storia</i>	41
2.1.1. Tempo e mito nel mondo classico.....	41
2.1.2. Eschilo.....	42
2.1.3. Protagora e Platone.....	45
2.1.4. Tito Lucrezio Caro.....	49
2.2. <i>Al di là del contratto sociale</i>	53
2.2.1. La vocazione storico-genetica delle teorie del contratto sociale.....	53
2.2.2. Thomas Hobbes.....	57
2.2.3. John Locke.....	62
2.3. <i>Dalla caccia al commercio: l'evoluzione di alcuni istituti giuridici fondamentali</i>	65
2.3.1. Il carattere storico-contingente di alcuni istituti giuridici: l'avanguardia.....	65
2.3.2. Antoine-Yves Goguet, John Dalrymple e Lord Kames.....	70
2.3.3. Adam Smith e John Millar.....	76
2.4. <i>L'antropologia evoluzionistica del XIX secolo e lo sviluppo unilineare del diritto</i>	88
2.4.1. Storia, evoluzione, progresso e civilizzazione nel XIX secolo.....	88

2.4.2. Henry Sumner Maine.....	94
2.4.3. Lewis Henry Morgan.....	106
2.5. <i>Una storia che prosegue: percorsi alternativi di evoluzione macrostorica del diritto</i>	112
2.5.1. Oltre l'antropologia evoluzionistica del XIX secolo.....	112
2.5.2. Max Weber.....	114
2.5.3. Paul Vinogradoff.....	122
2.5.4. José Gil.....	130
2.5.5. Ernst Joachim Lampe.....	140
3. Hans Kelsen e l'evoluzione macrostorica degli ordinamenti giuridici	149
3.1. <i>Hans Kelsen oltre i confini della dottrina pura del diritto</i>	149
3.1.1. I primi anni Quaranta del XX secolo.....	149
3.1.2. Nota a margine. <i>Sein e Sollen</i> : Hans Kelsen e la sociologia del diritto.....	153
3.2. <i>Oggetto d'indagine e schemi interpretativi della teoria evolutiva del diritto di Kelsen</i>	159
3.2.1. L'oggetto di indagine: il diritto come tecnica di ordinamento sociale.....	159
3.2.2. Centralizzazione e decentramento come schemi interpretativi.....	164
3.3. <i>L'ordinamento giuridico primitivo</i>	167
3.3.1. L'uomo primitivo tra animismo e interpretazione socio-normativa della natura.....	167
3.3.2. La vendetta come sanzione giuridica primitiva.....	171
3.3.3. Le caratteristiche strutturali dell'ordinamento giuridico primitivo.....	174
3.4. <i>Dall'ordinamento giuridico primitivo all'ordinamento giuridico statale</i>	176
3.4.1. La progressiva centralizzazione delle funzioni del diritto.....	176
3.4.2. Una versione moderata di evoluzionismo unilineare.....	181
3.5. <i>Il futuro dell'ordinamento giuridico internazionale</i>	185
3.5.1. L'ordinamento giuridico internazionale come ordinamento giuridico primitivo.....	185
3.5.2. L'evoluzione dell'ordinamento giuridico internazionale.....	188
3.6. <i>Hans Kelsen e la filosofia della storia</i>	192
3.6.1. Lo statuto epistemologico della filosofia della storia.....	192
3.6.2. Una filosofia della storia promozionale.....	195
Osservazioni conclusive	200
Bibliografia	203

Introduzione

In *Interpretations of Legal History* del 1923¹, il prestigioso giurista e filosofo americano Roscoe Pound si fa portavoce di un'interessante prospettiva sulla storia della cultura giuridica, sostenendo che essa sia da intendersi come interamente attraversata e alimentata dalla perenne tensione tra due opzioni teoriche, corrispondenti rispettivamente a due esigenze pratiche: (i) che il diritto sia stabile e (ii) che esso sia in costante mutamento, perché chiamato a rispondere alle sempre nuove circostanze che si vengono a presentare nei differenti e variabili contesti storici e sociali. In tal senso, Pound scrive:

Il diritto deve essere stabile e tuttavia non può rimanere fermo. Di conseguenza, ogni riflessione sul diritto si configura come un faticoso tentativo di conciliare due esigenze contrastanti: la necessità di stabilità e la necessità di cambiamento. L'interesse sociale per la sicurezza generale ha condotto alla ricerca di un fondamento saldo per un ordinamento assoluto dell'azione umana, in base al quale poter assicurare un ordine sociale stabile e fisso. Ma i continui cambiamenti nelle circostanze della vita sociale richiedono continui nuovi adattamenti che rispondano alle pressioni determinate tanto dall'emergere di nuovi interessi sociali, quanto dall'emergere di nuove circostanze che minacciano la sicurezza. Pertanto, l'ordinamento giuridico deve essere flessibile e al tempo stesso stabile. Deve essere revisionato costantemente e adattato continuamente ai cambiamenti che hanno luogo nella vita reale che esso è chiamato a regolamentare. Se cerchiamo principi, dobbiamo cercare sia principi di cambiamento che principi di stabilità. Di conseguenza, il problema principale che ha sempre interessato i teorici del diritto è come conciliare l'idea di un nucleo stabile del diritto, che non offra spazio all'arbitrio individuale, con l'idea di cambiamento, crescita e creazione di nuovo diritto.²

La chiave di lettura suggerita da Pound consente di porre in evidenza quanto la questione del carattere evolutivo del diritto sia sempre stata centrale nella storia della cultura giuridica: tanto *ex negativo* con teorie che, per promuovere stabilità e certezza del diritto, hanno contestato o tentato di circoscrivere l'intrinseca e *naturale* mutevolezza del giuridico; quanto *ex positivo* con riflessioni e teorie tese a valorizzare l'idea che il diritto sia inevitabilmente cangiante, in perenne

¹ R. Pound, *Interpretations of Legal History*, New York, The Macmillan Company, 1923.

² Trad. mia dall'originale inglese: «Law must be stable and yet it cannot stand still. Hence all thinking about law has struggled to reconcile the conflicting demands of the need of stability and of the need of change. The social interest in the general security has led men to seek some fixed basis for an absolute ordering of human action whereby a firm and stable social order might be assumed. But continual changes in the circumstances of social life demand continual new adjustments to the pressure of other social interests as well as to new modes of endangering security. Thus, the legal order must be flexible as well as stable. It must be overhauled continually and refitted continually to the changes in the actual life which it is to govern. If we seek principles, we must seek principles of change no less than principle of stability. Accordingly, the chief problem to which legal thinkers have addressed themselves has been how to reconcile the idea of a fixed body of law, affording no scope for individual willfulness, with the idea of change and growth and making of new law» (R. Pound, *Interpretations of Legal History*, cit., p. 1.)

movimento. A parere di Pound, infatti, pur affermandosi inesorabilmente nel XIX secolo con la proposta teorica di Savigny e gli altri pensatori appartenenti alla Scuola storica del diritto, la questione del carattere evolutivo del fenomeno giuridico deve essere considerata come sostanzialmente sottesa, sebbene *ex negativo*, anche alle teorie che la Scuola storica stessa andava a contrastare e che fino a quel momento erano state imperanti: non solo le teorie giusnaturalistiche che miravano ad individuare principi, diritti e valori presuntivamente assoluti, atti a fungere da riferimento per un diritto positivo stabile oltre che giusto; ma anche quelle teorie che pretendevano di ridurre i mutamenti giuridici alla sola iniziativa arbitraria del potere sovrano e/o degli organi legislativi.

Partendo da tali presupposti d'ispirazione poundiana relativi a centralità e pervasività del tema dell'evoluzione del diritto nella storia della cultura giuridica, appare evidente quanto arduo si prospetti il lavoro di chiunque voglia intraprendere un'indagine relativa al carattere evolutivo del fenomeno giuridico. In tal senso, estremamente impegnativo si prospetta il tentativo di elaborare un'originale teoria dell'evoluzione del diritto, ovvero il tentativo di rispondere adeguatamente alla complessa – e semanticamente ambigua – domanda: come e perché il diritto evolve? Ma può essere considerato parimenti ostico il lavoro di chi ambisca a render conto in maniera esaustiva della vasta e varia storia dell'idea di evoluzione giuridica, anche nel caso in cui una tale indagine storiografica venga circoscritta alle sole teorie che *ex positivo* hanno cercato di affermare il carattere evolutivo del diritto e di comprendere e spiegare come si articoli l'evoluzione giuridica. Due progetti, quelli appena illustrati, che proprio perché particolarmente onerosi sono certamente al di fuori della portata della presente ricerca dottorale, la quale intende approcciarsi al vasto tema dell'evoluzione giuridica, cercando però di circoscrivere tanto l'oggetto d'indagine quanto gli obiettivi da perseguire.

Per comprendere quali siano oggetto specifico ed obiettivi di fondo della presente indagine, risulta necessario soffermarsi preliminarmente e brevemente su una tesi di ordine metateorico che si avrà modo di proporre e sviluppare in modo articolato nel corso della ricerca. In sintesi, la tesi in questione è che esistano due differenti linee di ricerca in merito all'evoluzione giuridica, le cui storie inevitabilmente si intrecciano, ma che possono e devono essere distinte in quanto corrispondenti a due modi essenzialmente diversi di intendere l'evoluzione del diritto, ovvero in quanto pongono rispettivamente attenzione a livelli diversi dell'evoluzione giuridica, perseguendo peraltro finalità tra loro irriducibili. La prima linea di ricerca corrisponde a quelle che nella presente indagine si è deciso di definire "teorie dell'evoluzione *nel* diritto", il

cui oggetto è il continuo mutamento dei contenuti normativi che ha luogo negli ordinamenti giuridici e il cui obiettivo primario è la comprensione e spiegazione dei meccanismi che sottendono a tale incessante variazione. La seconda linea di ricerca corrisponde, invece, a quelle che si è deciso di definire “teorie evolutive del diritto”, il cui oggetto è l’evoluzione macrostorica del fenomeno giuridico – ovvero, il processo o i processi di metamorfosi cui va incontro il fenomeno giuridico nel corso dei secoli – e il cui obiettivo principale consiste nel riconoscere sequenze di evoluzione del diritto che si sarebbero dispiegate nel contesto della storia sociale e culturale del genere umano.

Brevemente introdotta la distinzione tra queste due differenti linee di ricerca relative all’evoluzione giuridica, diviene possibile chiarire che oggetto specifico della presente indagine sono le teorie evolutive del diritto e, di conseguenza, l’idea di un’evoluzione macrostorica del fenomeno giuridico. La scelta di tale oggetto d’indagine risponde sostanzialmente alla constatazione che nella cultura giuridica contemporanea sia ormai radicata la tendenza a liquidare le teorie evolutive del diritto come prodotto culturale tipico del XIX secolo, degno di nota unicamente in termini profondamente critici. Come si avrà modo di spiegare più nel dettaglio nel corso della ricerca, tale attitudine nei confronti delle teorie evolutive del diritto e, conseguentemente, nei confronti dell’idea di un’evoluzione macrostorica del fenomeno giuridico deriva essenzialmente dalle aspre critiche che furono mosse da Franz Boas e altri sostenitori del relativismo culturale e del particolarismo storico a studiosi come Henry Sumner Maine, Johann J. Bachofen, John F. McLennan, Lewis H. Morgan, Eduard B. Tylor e Albert H. Post. Tali studiosi sono in genere annoverati tra i rappresentanti della cosiddetta antropologia evoluzionistica del XIX secolo in quanto, a dispetto delle differenze rilevabili nelle loro rispettive teorie, condividono l’assunto di fondo dell’evoluzionismo unilineare, ovvero la tesi che sia possibile riconoscere una sequenza evolutiva *universale* e costante, caratterizzante cioè lo sviluppo culturale e giuridico di tutte (e quasi tutte) le società. Le critiche di Boas risultano effettivamente comprensibili e condivisibili nella misura in cui le teorie proposte nel XIX secolo dai rappresentanti dell’antropologia evoluzionistica non solo risultano fondate sul discutibile assunto dell’evoluzionismo unilineare, ma si rivelano anche intrise di una pericolosa retorica del progresso e tendenti a scadere in forme inaccettabili di etnocentrismo. A partire dal condivisibile rifiuto delle teorie degli antropologi evoluzionisti e, in particolare, della loro tesi che sia possibile individuare una sequenza di evoluzione sociale e giuridica caratterizzante lo sviluppo di tutte le società, si è passati, tuttavia, al discredito di qualsivoglia tentativo di

elaborare ricostruzioni dell'evoluzione macrostorica del fenomeno giuridico, ovvero a misconoscere l'importanza storica e le potenzialità teoretiche delle teorie evolutive del diritto in generale.

Venendo a chiarire l'obiettivo essenziale della presente ricerca, si può affermare che consiste nel voler mostrare come tale misconoscimento generalizzato delle teorie evolutive del diritto sia improprio. A tal fine, in primo luogo, si cercherà di sottolineare come le teorie evolutive del diritto non presentino necessariamente le problematicità riscontrabili nelle elaborazioni proposte dagli antropologi evolucionisti nel XIX secolo, ovvero come la ricerca di sequenze di evoluzione macrostorica del diritto possa in vari modi conciliarsi con il riconoscimento delle ineludibili differenze e specificità su cui insistono i sostenitori di relativismo culturale e particolarismo storico. In secondo luogo, al medesimo fine, si intende procedere con un lavoro di ricostruzione storico-critica volto ad evidenziare come quella delle teorie evolutive del diritto non sia una parentesi infelice e circoscritta nella storia della cultura giuridica, ma una linea di ricerca che può vantare una lunga tradizione che, risalente fino all'antichità classica, viene portata avanti ancora oggi da alcuni studiosi, a dispetto delle diffuse e radicate perplessità concernenti la possibilità di individuare percorsi di evoluzione macrostorica del fenomeno giuridico.

Chiarito oggetto specifico ed obiettivi principali della presente ricerca dottorale, diviene quindi possibile procedere con l'illustrazione più dettagliata della struttura della stessa. Il primo capitolo, dal titolo *I due volti dell'evoluzione giuridica*, è dedicato alla proposta ed elaborazione della tesi metateorica di fondo, relativa alla possibilità e necessità di distinguere tra teorie dell'evoluzione *nel* diritto e teorie evolutive del diritto come linee di ricerca che trattano di differenti e irriducibili processi di evoluzione del diritto. Nel contesto del primo capitolo si intende, inoltre, proporre una breve ricostruzione storico-critica della genesi, degli sviluppi e della fortuna delle teorie dell'evoluzione *nel* diritto, nonché un'analisi delle ragioni che hanno condotto a misconoscere il valore delle teorie evolutive del diritto e alcune riflessioni volte a mettere in luce in che senso sia possibile riabilitare le stesse.

Il secondo capitolo, dal titolo *Evoluzione macrostorica del diritto: la vasta storia di un'idea*, è invece dedicato alla storia delle teorie evolutive del diritto. Come già accennato, l'obiettivo di tale sezione storiografica della presente ricerca è mettere in evidenza come i tentativi di elaborare ricostruzioni dell'evoluzione macrostorica del diritto non possano essere circoscritti al XIX secolo, essendo anzi quella delle teorie evolutive del diritto una linea di ricerca che può

vantare un'importante tradizione. Senza alcuna pretesa di esaustività e, piuttosto, con l'intenzione di evidenziare alcuni momenti cruciali della storia delle teorie evolutive del diritto, si procederà allora a sottolineare come già nell'antichità classica – ad esempio nelle tragedie di Eschilo o in alcuni dialoghi platonici – e nelle teorie del contratto sociale di filosofi politici moderni come Thomas Hobbes e John Locke sia possibile rinvenire interessanti riflessioni concernenti l'evoluzione macrostorica del fenomeno giuridico. Si passerà poi a prendere in esame versioni di teorie evolutive del diritto che – tanto sotto il profilo metodologico, quanto sotto il profilo contenutistico – si rivelano decisamente più mature e sistematiche delle precedenti, ovvero le teorie elaborate nel XVIII secolo da pensatori scozzesi come, ad esempio, John Dalrymple, Lord Kames, Adam Smith e John Millar. Dopo aver preso in considerazione le teorie evolutive del diritto proposte nel XIX secolo da rappresentanti dell'antropologia evoluzionistica come Henry S. Maine e Lewis H. Morgan, si procederà con l'esame delle riflessioni che studiosi come Max Weber, Paul Vinogradoff, José Gil ed Ernst Joachim Lampe hanno dedicato all'evoluzione macrostorica del fenomeno giuridico: contributi che risultano estremamente rilevanti ai fini della presente ricerca in quanto si prestano a dimostrare la possibilità di teorie evolutive del diritto che non presentano (o, quantomeno, cercano di evitare) le criticità rinvenibili nelle dottrine degli antropologi evoluzionisti del XIX secolo.

Il terzo capitolo della presente ricerca è dedicato, infine, all'esame dettagliato delle riflessioni concernenti l'evoluzione macrostorica degli ordinamenti giuridici che Hans Kelsen ha proposto in alcune opere dei primi anni Quaranta del XX secolo: *The Law as a Specific Social Technique* del 1941, *Law and Peace in International Relations* del 1942, *Society and Nature* del 1943. È, innanzitutto, per ragioni di ordine storiografico che si è scelto di affrontare uno studio approfondito di questo versante della produzione giusfilosofica kelseniana. Infatti, non è mai stata tentata una ricostruzione unitaria della teoria kelseniana dell'evoluzione macrostorica degli ordinamenti giuridici, render conto della quale significa procedere ad un lavoro di sistematizzazione di tesi ed intuizioni affidate da Kelsen, in modo non del tutto organico, ad opere che, *prima facie*, potrebbero apparire profondamente distanti le une dalle altre. In secondo luogo, ancora dal punto di vista storiografico, l'analisi della teoria kelseniana dell'evoluzione macrostorica degli ordinamenti giuridici si rivela certamente interessante per una rivalutazione di alcuni assunti o pregiudizi relativi all'ontologia giuridica e all'epistemologia giuridica di Kelsen. Invero, il Kelsen della teoria dell'evoluzione degli ordinamenti giuridici pare non del tutto assimilabile al Kelsen fondatore e promotore della dottrina pura del diritto: si

tratta, infatti, di un Kelsen che, andando oltre i confini di un'analisi formale-strutturale del diritto inteso come sistema dinamico di norme, si appropria al fenomeno giuridico da un punto di vista realistico-istituzionalistico, storico e socio-antropologico. Non sono, tuttavia, solo ragioni di ordine storiografico ad aver motivato la scelta di tale approfondimento kelseniano. Infatti, la teoria dell'evoluzione macrostorica degli ordinamenti giuridici elaborata da Kelsen consta di intuizioni che ancora oggi si rivelano di valore e meritevoli di attenzione, ad esempio: l'affermazione del carattere propriamente giuridico della vendetta come tecnica sanzionatoria primitiva e il riconoscimento dei legami che possono sussistere tra teorie evolutive del diritto, filosofia della storia e progetti di riforma della realtà sociale, giuridica e politica.

Chiarito il senso generale del terzo capitolo della presente ricerca, diviene possibile entrare nel merito della struttura e dei contenuti dello stesso. In primo luogo, si svolgeranno alcune riflessioni preliminari concernenti l'epistemologia giuridica di Hans Kelsen e, più nello specifico, le sue tesi riguardanti lo statuto di scienze storico-sociali del diritto come, ad esempio, la sociologia giuridica: riflessioni che risultano necessarie al fine di stabilire se ed entro quali limiti sia possibile conciliare il Kelsen fondatore e promotore della dottrina pura del diritto con il Kelsen antropologo-sociologo della teoria dell'evoluzione macrostorica degli ordinamenti giuridici. Si intende, quindi, procedere con la definizione dell'oggetto specifico della teoria evolutiva del diritto di Kelsen e con l'illustrazione degli schemi interpretativi che guidano la stessa. In altri termini, si tratta di chiarire come, nel contesto della propria teoria evolutiva del diritto, Kelsen concepisca l'ordinamento giuridico e in che senso i concetti di centralizzazione e decentramento siano per lui essenziali al fine di render conto non solo delle differenze tra ordinamenti giuridici primitivi e ordinamenti giuridici statali moderni, ma anche del percorso tipico che conduce dai primi ai secondi. Affrontate tali questioni preliminari, si prenderanno in esame le riflessioni di Kelsen su natura e struttura degli ordinamenti giuridici primitivi, nonché le sue considerazioni concernenti la vendetta come tecnica giuridica primitiva di ordinamento sociale. Si passerà, successivamente, ad esaminare la ricostruzione kelseniana del processo che caratterizza il passaggio dagli ordinamenti giuridici primitivi agli ordinamenti giuridici statali moderni e il suo sforzo di individuare una costante nell'evoluzione macrostorica degli ordinamenti giuridici. Seguirà l'esame delle tesi kelseniane riguardanti il futuro del diritto internazionale e, infine, si procederà con un tentativo di rileggere le stesse come espressione di una filosofia della storia a carattere promozionale.

Capitolo Primo

I due volti dell'evoluzione giuridica

1.1. Un regno, due generi e molte specie: una tesi metateorica

Punto di partenza pressoché obbligato per chiunque intenda intraprendere una ricerca, di taglio storiografico o teoretico, dedicata al vasto e articolato tema dell'evoluzione giuridica è il confronto con *Legal Evolution: the Story of an Idea*³, famosa opera del giurista e storico del diritto britannico Peter Stein, risalente al 1980. Si tratta di un *incipit* pressoché imprescindibile perché Stein è l'unico studioso che si è riproposto di render conto in maniera sistematica di una storia così complessa, ampia e variegata come quella delle teorie concernenti l'evoluzione giuridica. A conclusione del suo contributo, in poche righe, Stein sintetizza nel modo seguente cosa egli intenda per evoluzione giuridica e per teorie dell'evoluzione del diritto:

Ho utilizzato l'espressione "evoluzione giuridica" per descrivere un gruppo di teorie che pretendono di spiegare il mutamento giuridico [*legal change*] non semplicemente in termini storici, ma come un processo che procede secondo certi stadi determinati o in certe maniere predefinite. Nella loro forma più compiuta, tali teorie sono essenzialmente un fenomeno del XIX secolo e non sopravvivono oltre la fine dello stesso.⁴

A tempo debito si avrà modo di valutare se la periodizzazione proposta da Stein possa, ed entro quali limiti, essere accettata. Ciò che tuttavia ora preme rilevare è come dalla definizione di Stein, sicuramente a dispetto delle sue stesse intenzioni, emerga una certa ambiguità di fondo caratterizzante tanto l'idea di evoluzione giuridica, quanto la rappresentazione degli obiettivi delle teorie dell'evoluzione del diritto. Infatti, per un verso, Stein pare suggerire che per evoluzione giuridica si debba intendere il mutamento costante di contenuti normativi (*legal change*) che ha luogo in tutti gli ordinamenti giuridici e, conseguentemente, che obiettivo essenziale delle teorie dell'evoluzione del diritto sia comprendere quali siano i principi che guidano tale costante variazione e i meccanismi in cui essa si concretizza. D'altra parte, però,

³ P. Stein, *Legal Evolution: the Story of an Idea*, Cambridge, Cambridge University Press, 1980.

⁴ Trad. mia dall'originale inglese: «I have used the term legal evolution to describe a group of theories which claim to explain legal change not merely in historical terms but as proceeding according to certain determinate stages or in a certain pre-determined manner. In their full developed form, such theories were essentially a nineteenth-century phenomenon and did not long survive the end of the century» (P. Stein, *Legal Evolution: the Story of an Idea*, cit. p.122).

Stein aggiunge che obiettivo delle teorie dell'evoluzione del diritto è l'individuazione di definiti e costanti stadi di sviluppo del fenomeno giuridico, lasciando così trasparire la possibilità di utilizzare l'espressione "evoluzione giuridica" per fare riferimento a determinati processi di metamorfosi del diritto che si concretizzerebbero – attraverso una serie di significative rivoluzioni istituzionali da porre in sequenza – nel corso dei secoli, ovvero nel contesto della storia sociale e culturale del genere umano.

Nel primo capitolo della presente ricerca si intende, dunque, fare i conti con tale ambiguità di fondo che, oltre ad emergere dalla definizione di Stein e attraversare l'intera sua opera, può essere considerata come irrisolta nella storia della cultura giuridica in generale. Nello specifico, per risolvere tale ambiguità di fondo, si intende sostenere che in merito all'evoluzione del diritto esistano due linee di ricerca, le cui storie inevitabilmente si intrecciano, ma che possono e devono essere distinte perché corrispondono a modi essenzialmente differenti di intendere l'evoluzione giuridica, ovvero in quanto pongono rispettivamente attenzione a processi evolutivi di portata differente e, dunque, tra loro irriducibili. La prima linea di ricerca corrisponde a quelle che nella presente indagine si è deciso di definire "teorie dell'evoluzione *nel* diritto", mentre la seconda corrisponde a quelle che si propone di indicare come "teorie evolutive del diritto". Facendo ricorso alle categorie di base della tassonomia biologica è possibile rendere la tesi di ordine metateorico che si vuole proporre e sviluppare nel modo seguente:

- (i) Il *regno* delle teorie dell'evoluzione del diritto è costituito da tutte quelle teorie che – stando ad una caratterizzazione volutamente generica e semplicistica – si contraddistinguono per il fatto di insistere *ex positivo* sul carattere mutevole e cangiante del fenomeno giuridico e per il tentativo di rispondere alla complessa e semanticamente ambigua domanda: come e perché il diritto evolve?
- (ii) Nel vasto e vario regno delle teorie dell'evoluzione giuridica, esistono due *generi* di teorie che possono e devono essere nettamente distinti nella misura in cui si riferiscono a livelli diversi dell'evoluzione del diritto, a processi evolutivi di portata differente: le teorie dell'evoluzione *nel* diritto e le teorie evolutive del diritto.
- (iii) In seno a ciascuno dei due generi esistono, infine, numerose *specie* di teorie risultanti dalla possibilità di declinare in modo differente alcune incognite variabili.

Nel prosieguo del capitolo si procederà non solo a fornire una caratterizzazione delle due linee di ricerca, ma anche a mettere in evidenza come nella cultura giuridica contemporanea venga

valorizzato il genere delle teorie dell'evoluzione *nel* diritto e invece screditato, per ragioni di cui si intende valutare la fondatezza, il genere delle teorie evolutive del diritto.

1.2. Il senso riconosciuto di evoluzione giuridica: l'evoluzione nel diritto

1.2.1. Teorie dell'evoluzione nel diritto

Nella cultura giuridica contemporanea, espressioni come “evoluzione del diritto” o “evoluzione giuridica” vengono utilizzate, nella maggior parte dei casi, per fare riferimento al processo di continuo mutamento che ha luogo in seno agli ordinamenti di diritto positivo, ovvero per indicare il costante variare di contenuti (norme, istituti, diritti e doveri ecc.) negli stessi. Si tratta di quel processo che in inglese viene spesso definito “*legal change*” e che in questa sede – proprio al fine di evitare l'ambiguità già rilevata di espressioni come “evoluzione giuridica” o “evoluzione del diritto” – si propone di qualificare come “evoluzione *nel* diritto”.

La problematizzazione del complesso fenomeno del *legal change* contraddistingue quelle che in questa sede si è deciso di definire “teorie dell'evoluzione *nel* diritto”. Obiettivi primari delle teorie dell'evoluzione *nel* diritto sono la comprensione dei principi determinanti il processo di *legal change* e l'individuazione dei meccanismi attraverso i quali tale processo si articola. In altri termini, le teorie dell'evoluzione *nel* diritto ambiscono a comprendere *perché* e *come* avvenga, in generale, il processo di continuo mutamento dei contenuti normativi negli ordinamenti di diritto positivo. In particolare, comprendere il *perché* dell'evoluzione *nel* diritto significa volgere l'attenzione al rapporto tra diritto e società, tanto al fine di stabilire come determinate variazioni nel contesto storico-sociale-culturale siano capaci di attivare quel meccanismo evolutivo che produce poi un mutamento nel diritto, quanto al fine di determinare quali fattori (economici, politici, culturali ecc.) risultino maggiormente capaci di stimolare il processo evolutivo. Se comprendere il *perché* dell'evoluzione *nel* diritto significa, quindi, tentare di spiegare come si attivi il meccanismo evolutivo che produce poi l'effettivo *legal change*, comprendere il *come* dell'evoluzione *nel* diritto significa, invece, cercare di spiegare il funzionamento del processo evolutivo stesso, ovvero il modo in cui si articola e svolge il meccanismo attraverso cui negli ordinamenti giuridici si concretizza il mutamento di norme, di diritti e doveri, nonché di particolari istituti. Ad esempio, più nel concreto, comprendere *come* avvenga l'evoluzione *nel* diritto significa tanto cercare di stabilire quale ruolo spetti alle azioni razionali e intenzionali dell'individuo nell'articolarsi del processo di *legal change*, quanto spiegare quali elementi strutturali dell'ordinamento giuridico possono accelerare o rallentare, ostacolare o impedire del tutto un certo cambiamento nel diritto, sia tale cambiamento

l'estinzione di un istituto, l'abrogazione di una legge, l'introduzione di nuove norme o la modifica parziale di contenuti preesistenti. È importante sottolineare, a questo punto, che la spiegazione di *come* avvenga l'evoluzione *nel* diritto non deve essere confusa con l'analisi formale delle modalità legalmente previste di produzione del diritto. Il processo di evoluzione *nel* diritto, infatti, non si esaurisce nel concreto *iter* di produzione giuridica positivamente previsto dagli ordinamenti giuridici, essendo l'evoluzione *nel* diritto corrispondente ad un processo che viene prima del concreto momento produttivo e che rappresenta la ragion d'essere dello stesso. Ciò non toglie, tuttavia, che nel contesto delle teorie dell'evoluzione *nel* diritto si possano rilevare alcune considerazioni relative ai meccanismi legalmente previsti di produzione giuridica, nella misura in cui essi possono influenzare il processo di mutamento dei contenuti giuridici, accelerandolo o rallentandolo. Ad esempio, in *The Use of Evolutionary Theory in Law*⁵, Michael B. W. Sinclair propone alcune interessanti riflessioni comparative concernenti il diverso modo in cui il legislatore (nei sistemi di *civil law*) e il giudice (nei sistemi di *common law*) possono rispondere alla richiesta di un'evoluzione *nel* diritto⁶.

Altro aspetto da evidenziare è che le teorie dell'evoluzione *nel* diritto possono pretendere un diverso grado di astrazione e generalità per le spiegazioni che intendono fornire, a seconda che esse ambiscano ad indicare principi e meccanismi del mutamento giuridico che siano validi per qualsiasi specie di ordinamento di diritto positivo o principi e meccanismi di *legal change* caratterizzanti specifici tipi di ordinamento giuridico (ad esempio: ordinamenti di *civil law* o

⁵ M. B. W. Sinclair, *The Use of Evolutionary Theory in Law*, in «University of Detroit Law Review», n. 64, pp. 451-477.

⁶ Trad. mia dall'originale inglese: «La prospettiva del legislatore in merito ad uno sviluppo sociale che genera l'esigenza di un mutamento nel diritto è molto differente dalla prospettiva del giudice. Il legislatore non dipende dalla circostanza occasionale che gli venga presentato un caso appropriato, ma può prendere l'iniziativa per pretendere il mutamento in questione. Nel decidere forma e contenuto della nuova legge, a differenza del giudice, il legislatore non è limitato dal doversi attenere ad un ristretto numero di fatti, ma può spaziare ampiamente. In riferimento ai dati su cui basa la propria decisione, a differenza del giudice, il legislatore non è limitato al ristretto numero di evidenze storiche che sono legalmente ammissibili, ma può attingere a tutte le circostanze passate e presenti e anche fare appello a possibili circostanze future. Inoltre, a differenza del giudice, il legislatore non deve preoccuparsi che i suoi colleghi possano mostrare insoddisfazione per il fatto che, sulla base di pochi e circostanziati fatti, venga presa una decisione il cui impatto generale rimanga indefinito. A differenza del diritto risultante da produzione giurisprudenziale, il diritto creato legislativamente è espresso in determinate stringhe di parole i cui propositi sono intellegibili e il cui contenuto è comunicabile. Tanto il giudice quanto il legislatore sono incentivati ad adattare il diritto alle esigenze sociali, a tenere in considerazione i cambiamenti delle abitudini sociali. Le legislazioni sono costrette dal processo democratico ad agire in conseguenza degli sviluppi della morale corrente. I giudici sono limitati dalla forza degli argomenti che possono sostenere nelle loro opinioni [...] ci si potrebbe aspettare che, quando emerge l'esigenza di una riforma, di questi due attori chiamati a produrre il diritto, il legislatore sia portato ad assumere una posizione più rivoluzionaria mentre il giudice un atteggiamento più evolucionistico. Ma si tratta di una questione che non deve essere decisa speculativamente, per intuizione o casuali valutazioni empiriche, ma osservando cosa effettivamente succede nel corso dello sviluppo degli ordinamenti giuridici nei rispettivi casi di un'azione legislativa e di un'azione giudiziale» (M. B. W. Sinclair, *The Use of Evolution Theory in Law*, cit., pp. 458-459)

ordinamenti di *common law*). A ciò, bisogna aggiungere che alcune teorie dell'evoluzione *nel* diritto paiono interessate a spiegare in termini comparativi come funzionino i meccanismi di *legal change* in diverse specie di ordinamento giuridico, mentre altre varianti si prefiggono come obiettivo l'analisi del funzionamento dell'evoluzione *nel* diritto in un determinato ordinamento giuridico esistente, ad esempio il funzionamento dell'evoluzione *nel* diritto nel sistema di *common law* statunitense, oppure nell'ordinamento giuridico internazionale. In ogni caso, in questo passaggio da riflessioni più astratte e generali a riflessioni più concrete e particolari, l'obiettivo delle teorie dell'evoluzione *nel* diritto rimane essenzialmente di ordine speculativo.

Oltre agli obiettivi finora considerati, ovvero l'individuazione dei fattori determinanti il *legal change* e la comprensione dei meccanismi in cui esso si concretizza, le teorie dell'evoluzione *nel* diritto presentano in genere anche un'altra finalità: la spiegazione, per tramite dei principi e meccanismi stabiliti in fase speculativa, di specifici mutamenti occorsi in dati ordinamenti giuridici. A titolo esemplificativo, si pensi alla ricostruzione che in *The Use of Evolution Theory in Law* Michael B. W. Sinclair propone dell'evoluzione del reato di seduzione negli Stati Uniti, oppure alla ricostruzione che in *The Interdisciplinary Study of Legal Evolution*⁷ Robert C. Clark fornisce dell'evoluzione del *corporate law* statunitense. In riferimento a tale secondo obiettivo, pare possibile riconoscere che le teorie dell'evoluzione *nel* diritto si avvicinano molto alle indagini particolareggiate cui si dedicano gli storici del diritto, ma la differenza essenziale consiste nel fatto che solo nel primo caso v'è l'utilizzo di un apparato teorico generale precedentemente stabilito. In altri termini, nel caso delle teorie dell'evoluzione *nel* diritto non si tratta unicamente di descrivere e spiegare i mutamenti occorsi nel diritto ricostruendo concatenazioni causali di eventi, ma di spiegare tali mutamenti alla luce di principi predeterminati che, a loro volta, dovrebbero essere poi confermati dalla sequenza evolutiva presa in esame⁸.

⁷ R. C. Clark, *The Interdisciplinary Study of Legal Evolution*, in «Yale Law Journal», vol. 90, 1981, pp. 1238-1274

⁸ Per comprendere tale differenza, è sufficiente volgere l'attenzione a *The Interdisciplinary Study of Legal Evolution*, in cui Robert C. Clark propone un «metodo in sette passaggi per la costruzione e convalida di un'indagine completa relativa ad una linea di evoluzione nel diritto». I sette passaggi di Clark sono: «1. Definire la sequenza. Descrivere il passaggio dalla regola (o complesso di regole) A alla regola B [...] Se la linea di evoluzione in esame consta di più di due stadi (da A a B, da B a...N), si deve identificare e documentare gli elementi rilevanti che permangono nel passaggio da una fase all'altra [...] 2. Identificare i punti di partenza [...] ovvero, identificare le fonti -siano persone o istituzioni- da cui deriva la richiesta di generazione di nuove regole o variazione di quelle preesistenti [...] 3. Individuare i principi di sviluppo [...] In altri termini, si tratta di descrivere il "motore" del cambiamento [...] ovvero identificare qualche meccanismo evolutivo che spieghi perché sia avvenuta la selezione delle regole in questione a scapito di altre regole alternative [...] 4. Individuare le condizioni di sviluppo rilevanti

Infine, bisogna tener presente che alcuni studiosi riconoscono apertamente anche una funzione predittiva e una certa utilità pratico-politica alle teorie dell'evoluzione *nel* diritto, nella misura in cui attribuiscono alle stesse la possibilità di prevedere e, dunque, influenzare il mutamento giuridico a venire. Tra questi autori si colloca il già menzionato Clark che, sintetizzando gli obiettivi delle teorie dell'evoluzione *nel* diritto, scrive:

Esiste un importante settore di ricerca in ambito giuridico che dovrebbe essere valorizzato più di quanto oggi accade. Chiamo questo settore di ricerca "studio interdisciplinare dell'evoluzione giuridica" [interdisciplinary study of legal evolution (ISLE)], il cui obiettivo è comprendere, predire e influenzare i mutamenti che avvengono sul piano delle norme giuridiche e delle istituzioni che tali norme costituiscono.⁹

1.2.2. *Genesi, sviluppi e fortuna delle teorie dell'evoluzione nel diritto*

1.2.2.1. *Il giusnaturalismo e l'evidenza dell'evoluzione nel diritto*

Che gli ordinamenti giuridici siano in costante movimento, soggetti a continue variazioni nei loro contenuti, è un dato di fatto che difficilmente può essere negato, pressoché autoevidente. Tale fenomeno emerge, ad esempio, a fronte di qualsivoglia, pur distratta, valutazione diacronica di un dato ordinamento giuridico, osservando cioè come in fasi diverse della sua storia esso risulti differente perché, nel corso del tempo, determinati contenuti che precedentemente ne erano parte integrante scompaiono, di nuovi vengono introdotti ed altri ancora permangono, immutati o in forme più o meno alterate rispetto all'originale¹⁰. Ma che gli ordinamenti di diritto positivo siano intrinsecamente mutevoli può emergere anche per via indiretta, a partire dalla constatazione sincronica delle differenze che sussistono tra

[...] specificare le condizioni ambientali che incidono sul modo in cui i meccanismi di selezione effettivamente operano sui punti di partenza [...] 5. Mettere insieme i tasselli della spiegazione. Collegare i risultati ottenuti seguendo le precedenti linee guida in una spiegazione unitaria della sequenza evolutiva identificata nella prima fase [...] 6. Considerare fatti e argomenti contrari [...] Il procedimento ideale sarebbe: dichiarare esplicitamente quali dati potrebbero non confermare la spiegazione proposta, andare poi alla ricerca dei suddetti dati e di tutti gli altri che sembrerebbero confliggere con la spiegazione e, infine, tentare di mostrare come solo apparentemente i dati rilevati siano in conflitto con la spiegazione [...] 7. Formulare ipotesi sui fattori esplicativi e, quando possibile, testare i risultati rispetto alle prove. Questo passaggio è fondamentale perché, se non percorso, sarà molto difficile produrre schemi esplicativi e generalizzazioni che siano simili a leggi propriamente scientifiche o almeno tali da poter essere combinate in qualcosa che responsabilmente possa essere definito una "teoria" dell'evoluzione» (Trad. mia da: R. C. Clark, *The Interdisciplinary Study of Legal Evolution*, cit., pp. 1256-1259)

⁹ Trad. mia dall'originale inglese: «There is an important kind of legal scholarship that should be done to a much greater extent than it is now. I call this type of scholarship the interdisciplinary study of legal evolution (ISLE). Its object is to understand, to predict, and to influence changes in legal rules and in the institutions that they shape» (R. C. Clark, *The Interdisciplinary Study of Legal Evolution*, cit., p. 1238)

¹⁰ La constatazione dell'intrinseca mutevolezza del diritto tramite osservazione diacronica del mutamento che interessa un medesimo ordinamento giuridico risulta più efficace nel caso di ordinamenti giuridici che prevedono forme centralizzate di produzione giuridica, che non invece nel caso di ordinamenti consuetudinari, essendo questi ultimi -come insegnano, tra gli altri, Hart e von Hayek - caratterizzati da un mutamento che richiede tempi decisamente più lunghi, vale a dire un mutamento risultante direttamente dal lento variare delle prassi e dei costumi vigenti.

ordinamenti giuridici esistenti in un medesimo frangente temporale. Infatti, laddove ci si soffermi a considerare che tali differenze tra i contenuti di diversi ordinamenti giuridici coesistenti corrispondono a differenze di contesto sociale, culturale, politico o anche ecologico, si può pervenire alla conclusione che un dato ordinamento giuridico inevitabilmente sia destinato a mutare e trasformarsi al variare del suo proprio contesto di riferimento.

Che l'evoluzione *nel* diritto sia una realtà che difficilmente può essere negata è testimoniato dal fatto che tale fenomeno viene apertamente riconosciuto anche dai pensatori di tradizione giusnaturalistica che, come noto, insistono sulla possibilità di individuare principi e valori presuntivamente assoluti, immutabili e validi in ogni contesto storico-sociale. In tal senso, bisogna ricordare con Norberto Bobbio che il giusnaturalismo, in tutte le irriducibili varianti, si caratterizza sempre per una concezione dualistica del diritto in quanto «afferma non già che esista soltanto il diritto naturale, ma che esiste anche il diritto positivo, se pure in una posizione di inferiorità rispetto al diritto naturale»¹¹ e proprio il diritto positivo (definito da alcuni giusnaturalisti “civile”, da altri invece “legale” o “umano”) viene riconosciuto come intrinsecamente mutevole. Pur consapevoli dell'evoluzione *nel* diritto, tuttavia, i pensatori di tradizione giusnaturalistica, interessati precipuamente a rinvenire principi e valori assoluti, non arrivano a problematizzare l'intrinseca mutevolezza del diritto positivo, nella maggior parte dei casi limitandosi a ricondurre semplicisticamente la stessa all'iniziativa arbitraria del potere sovrano e/o degli organi legislativi.

1.2.2.2. *Montesquieu: De l'Esprit des Lois*

Gli albori dell'effettiva problematizzazione dell'evoluzione *nel* diritto risalgono al XVIII secolo e sono concomitanti alla messa in discussione degli assunti della tradizione giusnaturalistica fino ad allora imperante. A cogliere questo punto – benché con qualche ambiguità data dal mancato riconoscimento della problematica dell'evoluzione *nel* diritto nella sua specificità – è Peter Stein nel suo *Legal Evolution: the Story of an Idea*:

La teoria del diritto del XVIII secolo era strettamente legata alla filosofia morale. Entrambe si innestavano sulla tradizione giusnaturalistica che si appellava alla natura razionale e sociale dell'essere umano per stabilire obblighi morali e obblighi giuridici che gli uomini di tutte le società dovrebbero rispettare nei confronti del prossimo. Nel corso del medesimo secolo, andò rinforzandosi la coscienza delle

¹¹ N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, Edizioni di Comunità, 1997, pp. 127-128.

differenze tra doveri morali e doveri giuridici, dell'esistenza di differenti doveri giuridici nei diversi paesi e del variare dei doveri giuridici in uno stesso paese in diversi momenti storici.¹²

Tra i pensatori del XVIII secolo che pongono le basi per la problematizzazione effettiva dell'intrinseca e costante mutevolezza dei sistemi di diritto positivo e, dunque, per la maturazione delle teorie dell'evoluzione *nel* diritto, un posto di rilievo spetta di certo a Charles-Louis de Secondat, barone di Montesquieu. La sua opera *De l'Esprit des Lois*¹³ del 1748 è rilevante, innanzitutto, in quanto contribuisce a determinare uno slittamento dell'attenzione dalla storia degli istituti di diritto naturale alla storia dei diversi e particolari ordinamenti di diritto positivo. In tal senso, Stein scrive:

L'oggetto cui Montesquieu pone attenzione è diverso da quello degli scrittori giusnaturalisti. Questi erano, infatti, interessati ai principi fondamentali rinvenibili in uno stato di naturale libertà, prima della comparsa della società politica. Montesquieu è invece interessato al diritto delle società progredite, caratterizzate da qualche forma di governo. Egli, dunque, accantona il diritto naturale e si concentra sul diritto positivo [...] L'orizzonte della ricerca giuridica si sposta dalle norme che governano per natura gli uomini appartenenti a qualsivoglia società, alle norme che effettivamente esistono come specifici fenomeni in specifiche società, passate e presenti.¹⁴

Più nello specifico, *De l'Esprit des Lois* si rivela essenziale per l'affermazione del tema dell'evoluzione *nel* diritto nella sua specificità in quanto Montesquieu vi fornisce numerosi esempi della connessione esistente tra i sistemi di diritto positivo e le variabili circostanze storiche, sociali, culturali, fisiche e geografiche. Montesquieu è, infatti, mosso dalla volontà di comprendere le ragioni delle differenze tra vari sistemi di diritto positivo e conclude che tali differenze sono dovute al fatto che i sistemi di diritto positivo sono frutto dell'applicazione della ragione umana a circostanze e fattori profondamente mutevoli. Tra i fattori variabili cui si applica la ragione "giuridica" e che determinano la diversificazione dei sistemi di diritto positivo

¹² Trad. mia dall'originale inglese: «Eighteenth-century legal theory was closely associated with moral philosophy. Both had grown out of a natural law tradition that used man's rational and social nature everywhere as the basis on which it founded both his moral and his legal obligations to his fellow men in all societies. As the century progressed, however, there was a growing consciousness of differences in this area, differences between a man's moral duties and his legal duties, between his legal duties in different countries and between his legal duties in the same country in different periods» (P. Stein, *Legal Evolution: the Story of an Idea*, cit. p. ix)

¹³ Montesquieu, *De l'Esprit de Lois*, 1748; trad. it. *Lo spirito delle leggi*, Milano, Rizzoli, 2013

¹⁴ Trad. mia dall'originale inglese: «It should now be clear that the subject of Montesquieu's treatise is not the same as that of natural law writers. They were primarily concerned with the basic laws which obtained in a state of natural liberty, before political society had come into being. He is concerned more with the law of developed societies, which already have some form of government. He dismisses natural law in one place and concentrates on positive law [...] The work shifted the focus of legal speculation from the rules that governed men naturally, irrespective of the society in which they lived, to the rules which actually existed as specific phenomena in specific societies, past and present» (P. Stein, *Legal Evolution: the Story of an Idea*, cit., pp. 16-17)

Montesquieu, come noto, annovera: la collocazione geografica, il clima, la qualità e l'estensione del suolo, nonché le principali attività di sostentamento praticate nel gruppo sociale. In merito alla differenza tra sistemi di diritto positivo come risultato dell'applicazione della ragione alle variabili circostanze storiche, culturali, sociali, fisiche e geografiche, Montesquieu afferma:

La legge, in generale, è la ragione umana, in quanto governa tutti i popoli della terra, e le leggi politiche e civili di ogni nazione non devono costituire che i casi particolari ai quali si applica questa ragione umana. Devono essere talmente adatte ai popoli per i quali sono state istituite, che è incertissimo se quelle di una nazione possano convenire a un'altra. È necessario che siano relative alla natura e ai principi del governo stabilito o che si vuole stabilire, sia che lo formino, come fanno le leggi politiche, sia che lo conservino, come fanno le leggi civili. Devono essere corrispondenti alle caratteristiche fisiche del paese; al clima - freddo, ardente, temperato-; alla qualità del suolo, alla sua situazione, alla sua ampiezza; al genere di vita dei popoli, agricoltori, cacciatori o pastori; devono rifarsi al grado di libertà che la costituzione può permettere, alla religione degli abitanti, all'indole di essi, alla loro ricchezza, al numero, al commercio, agli usi e costumi. Hanno, infine, relazioni fra loro, ne hanno con la loro origine con lo scopo del legislatore, con l'ordine delle cose su cui sono stabilite¹⁵

Argomentando diffusamente, con numerosi esempi, la propria tesi che la diversità dei sistemi di diritto positivo sia data da differenze di contesto sociale, culturale, politico ed ecologico, Montesquieu finisce, dunque, per promuovere, seppur indirettamente, l'idea che i medesimi sistemi giuridici siano destinati a mutare e trasformarsi al variare del proprio contesto di riferimento, ovvero l'idea che i sistemi giuridici siano in costante evoluzione.

1.2.2.3. F. K. von Savigny e l'evoluzione organica del diritto

Se, dunque, con Montesquieu inizia ad affermarsi nell'Europa del XVIII secolo l'idea che i contenuti specifici di ciascun ordinamento di diritto positivo dipendano dalle variabili circostanze di contesto storico, sociale, culturale e fisico-geografico, è nel XIX secolo che il tema dell'evoluzione *nel* diritto emerge pienamente nella sua specificità, in particolare grazie alla Scuola storica del diritto capeggiata da Friedrich K. von Savigny. Il ruolo centrale di Savigny per la maturazione delle teorie dell'evoluzione *nel* diritto emerge in particolar modo considerando il contenuto di *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*¹⁶ del 1814. In questo pamphlet programmatico, Savigny discute in particolare contro la proposta del giurista Anton F. J. Thibaut di sostituire il codice imposto da Napoleone agli Stati tedeschi con un codice

¹⁵ Montesquieu, *Lo spirito delle leggi*, cit., p. 152.

¹⁶ F. K. von Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1814. Trad. it. *Sulla vocazione del nostro tempo per la legislazione e la giurisprudenza*, in F. De Marini Avonzo (a cura di), *Savigny: antologia di scritti giuridici*, Bologna, Il Mulino, 1980, pp. 43-76

modellato sull'esempio di quello prussiano del 1794 o di quello austriaco del 1811. In *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, è tuttavia possibile rinvenire anche i nodi cruciali della teoria dell'evoluzione *nel* diritto elaborata dal capostipite della Scuola storica del diritto. L'idea di fondo di Savigny è che il diritto, così come il linguaggio, sia elemento costitutivo di ogni popolo e società e, di conseguenza, che l'evoluzione giuridica sia organicamente connessa con l'evoluzione del carattere del popolo. Infatti, per Savigny, tutte le società presentano un medesimo sviluppo ciclico – consistente in nascita, maturazione, declino e morte – e il diritto segue sempre la medesima sorte di evoluzione ed involuzione delle società. Per Savigny, in altri termini, «il diritto cresce insieme al popolo, si perfeziona con esso e finalmente muore così come il popolo perde la sua individualità»¹⁷.

Gli elementi che contraddistinguono la teoria dell'evoluzione *nel* diritto di Savigny sono, quindi, essenzialmente due. Il primo elemento specifico consiste nel riconoscimento dei fattori culturali – che vanno a costituire quello che Savigny definisce “spirito del popolo” – come moventi essenziali del processo di evoluzione *nel* diritto. Infatti, per Savigny «la sede propria del diritto è la coscienza comune degli uomini»¹⁸. Il secondo elemento caratterizzante la teoria di Savigny è invece quell'organicismo in virtù del quale sarebbe l'ordinamento giuridico in sé ad evolvere spontaneamente, a prescindere da qualsivoglia azione o intenzione individuale. Infatti, per Savigny, «ogni diritto ha origine nel modo che l'uso linguistico dominante, non del tutto appropriato, indica come diritto consuetudinario, vale a dire che esso è creato prima dai costumi e dalla credenza popolare, poi dalla giurisprudenza: sempre dunque da una forza interna che opera in silenzio, e non mediante l'arbitrio di un legislatore»¹⁹.

Come sottolinea Stein – tanto a ragione di tale prospettiva che nega l'evoluzione *nel* diritto possa essere semplicemente ricondotta al volere del legislatore, quanto a ragione dell'idea che il diritto evolva (e *debba* evolvere) in consonanza con lo spirito del popolo – la teoria di Savigny viene ripresa da numerosi giuristi britannici e scozzesi. Ad esempio, John J. Park e John Reddie si rifanno esplicitamente alle tesi di Savigny per difendere la specificità del sistema di *common law* nel dibattito aperto da Jeremy Bentham e John Austin, i quali sostenevano la superiorità del *civil law* perché convinti della maggiore efficienza di una produzione giuridica per via legislativa rispetto ad una produzione giuridica per via giurisprudenziale.²⁰ Ma si tratta di un

¹⁷ Ivi p. 49.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Ivi pp. 50-51.

²⁰ Cfr. P. Stein, *Legal Evolution: the story of an Idea*, cit. pp. 71...78.

semplice esempio, tra i tanti possibili, dell'estrema rilevanza di Savigny – e gli altri membri della Scuola storica tedesca – per gli sviluppi del pensiero giuridico in generale e per il futuro delle teorie dell'evoluzione *nel* diritto in particolare. Tale rilevanza viene esplicitamente riconosciuta anche da Roscoe Pound che, in *Interpretations of Legal History*, afferma:

Le scuole di pensiero contemporanee sono sorte dalla dissoluzione della scuola di Savigny così come le scuole del XIX secolo si sono sviluppate a partire dalla dissoluzione della tradizione giusnaturalistica. L'influenza di Savigny sul diritto e sul pensiero giuridico contemporaneo è evidente quanto l'influenza della scuola del diritto naturale sul diritto e sul pensiero giuridico della prima metà del XIX secolo²¹

1.2.2.4. Charles Darwin, Oliver W. Holmes Jr. e gli sviluppi dell'evoluzionismo giuridico

Per gli sviluppi delle teorie dell'evoluzione *nel* diritto si deve riconoscere come assolutamente determinante anche la comparsa e diffusione della teoria concernente la trasmutazione delle specie proposta da Charles R. Darwin in *The Origin of Species by Natural Selection*²² del 1859. In *Visioni in Movimento: teorie dell'evoluzione e scienze sociali dall'Illuminismo ad oggi*²³, Domenico Maddaloni sintetizza in questi termini la teoria darwiniana della trasmutazione delle specie per adattamento e selezione naturale:

Per la teoria dell'evoluzione delle specie secondo la selezione naturale, in qualsiasi contesto ecologico lo squilibrio tra le risorse e la popolazione di ciascuna specie vivente conduce ad una lotta per la sopravvivenza tra gli individui di ognuna delle specie presenti. In questa lotta, gli individui che hanno maggiore successo, ovvero che si adattano meglio alle condizioni del contesto ecologico in questione, lasciano una discendenza più numerosa, il che nel lungo periodo si traduce in una diversificazione che conduce alla speciazione, ovvero alla nascita di nuove specie. Per Darwin, dunque, [...] le specie non sono tipi ideali legati ad un disegno divino, ma il prodotto di una graduale e incessante trasformazione; e nella vita sulla terra si dispiega dunque un processo continuo di discendenza con modificazioni, che rende il mondo ciò che è ai nostri occhi.²⁴

Con il suo *The Origin of Species by Natural Selection* del 1859, Darwin non solo assesta il colpo di grazia al creazionismo fino ad allora imperante – ovvero la teoria di matrice religiosa secondo la quale tutte le specie vegetali ed animali viventi sono presenti sulla terra sin dalle origini, in

²¹ Trad. mia dall'originale inglese: «The schools of today have arisen out of the dissolution of Savigny's school almost as definitely as the schools of the last century grew out of the dissolution of the law-of nature school. Its influence on the law and the legal thinking of today is as palpable as the influence of the law of nature school on the law and the legal thinking of the first half of the nineteenth century» (R. Pound, *Interpretations of Legal History*, cit. p. xvi).

²² C. Darwin, *The Origin of Species by Natural Selection*, 1859. Trad. it, *L'origine delle specie per selezione naturale*, Roma, Newton Compton, 1974.

²³ D. Maddaloni, *Visioni in Movimento: teorie dell'evoluzione e scienze sociali dall'Illuminismo ad oggi*, Milano, Franco Angeli, 2011.

²⁴ Ivi, p. 51.

quanto derivanti da un atto di creazione di natura divina²⁵ – ma arriva anche ad influenzare profondamente le scienze sociali. Ciò non deve stupire per il semplice fatto che, certamente influenzato dall'economista Thomas Malthus e dal filosofo Herbert Spencer²⁶, lo stesso Darwin tenta di applicare le sue teorie anche alle origini della socialità nella specie umana e alle differenze tra popolazioni, generi e classi: tanto in *The Descent of Man and Selection in Relation to Sex*²⁷ del 1871, quanto in *The Expression of Emotions in Man and Animals*²⁸ del 1882.

Influente sulle scienze sociali in generale, la teoria darwiniana della selezione naturale si rivela anche fonte di ispirazione per numerose teorie dell'evoluzione *nel* diritto. Basti pensare, ad esempio, alla teoria dell'evoluzione *nel* diritto, a carattere propriamente evoluzionistico, che Oliver Wendell Holmes Jr. propone dapprima in *The Common Law*²⁹ del 1881 e sviluppa poi in *Law in Science and Science in Law*³⁰ del 1899. Si tratta di una teoria che si focalizza in particolare modo sui meccanismi di *legal change* tipici dei sistemi di *common law* e il cui presupposto risulta ben chiaro anche solo a considerare quanto, ispirandosi a Savigny, Holmes afferma in *The Common Law* in merito al ruolo che rispettivamente spetta a logica (o razionalità) ed esperienza nel processo di metamorfosi dei contenuti giuridici:

La vita del diritto non è stata la logica: è stata l'esperienza. Le esigenze del tempo, le teorie morali e politiche prevalenti, le intuizioni del pubblico interesse, consce o inconscie, persino i pregiudizi che i giudici hanno in comune coi loro simili hanno avuto una più gran parte che non il sillogismo nel determinare le regole con le quali gli uomini sono governati. Il diritto incarna la storia del plurisecolare sviluppo di una

²⁵ In realtà, come spiega Domenico Maddaloni, alcuni colpi erano già stati assestati al creazionismo, innanzitutto da alcuni geologi (in particolare James Hutton e Charles Lyell) che con le loro ricerche andarono a stabilire la durata della Terra nell'ordine dei miliardi di anni, screditando così la cronologia biblicamente stabilita che era sottesa al creazionismo. Sempre alla geologia si deve inoltre la scoperta di quei reperti fossili che provavano l'esistenza passata sulla Terra di una grande varietà di specie vegetali ed animali ormai estinte: scoperta che poneva la comunità scientifica di fronte al compito non solo di ripensare il grande schema di classificazione del vivente elaborato da Linneo nel XVIII secolo, ma anche di spiegare il perché dell'estinzione di alcune specie e della sopravvivenza di altre. Proprio per questa via, si arriva al concetto di evoluzione biologica, presente innanzitutto nelle teorie di Jean-Baptiste de Lamarck, che poneva l'accento sull'interazione con l'ambiente e l'ereditarietà dei caratteri acquisiti. Per Lamarck, in sostanza, l'uso e il disuso dei tratti di ciascun organismo vivente, causato dall'interazione con l'ambiente di riferimento, e la trasmissione di questi aspetti tra le generazioni, conduce all'origine delle specie. (Cfr. D. Maddaloni, *Visioni in Movimento: teorie dell'evoluzione e scienze sociali dall'Illuminismo ad oggi*, cit. pp. 49-53).

²⁶ Per un'attenta analisi del pensiero di Herbert Spencer Cfr. G. Lanaro, *L'evoluzione, il progresso e la società industriale. Un profilo di Herbert Spencer*, La Nuova Italia, Firenze 1997.

²⁷ C. Darwin, *The Descent of Man and Selection in Relation to Sex*, London, Murray, 1871.

²⁸ C. Darwin, *The Expression of Emotions in Man and Animals*, London, Pickering, 1890.

²⁹ O. W. Holmes Jr., *The Common Law*, Clark, The Lawbook Exchange, 2005.

³⁰ O. W. Holmes Jr., *Law in Science and Science in Law*, in «Harvard Law Review», vol. 12, n. 7, 1899, pp. 443-463.

nazione e non può essere preso in esame come fosse un libro di matematica, ovvero come un insieme di assiomi e corollari.³¹

Quanto la teoria dell'evoluzione *nel* diritto di Holmes sia influenzata dall'evoluzionismo darwiniano è messo in evidenza da E. Donald Elliott in *Holmes and Evolution: Legal Process as Artificial Intelligence*³². Elliott spiega, infatti, che «implicitamente Holmes elabora una sofisticata teoria concernente il modo in cui le strutture giuridiche mutano» e che «la teoria dell'evoluzione giuridica elaborata da Holmes, una volta portata alla luce, può essere considerata come fonte di importanti suggestioni relative alla natura del processo giudiziale e dell'evoluzione nel diritto»³³. Elliott si sofferma in particolar modo sull'analisi del corposo articolo *Law in Science and Science in Law* – lo scritto di Holmes a suo avviso più propriamente evoluzionistico – e ne sintetizza così il contenuto:

Law in Science and Science in Law consta di tre sezioni principali. Nella prima, Holmes descrive in termini di mutamento evoluzionistico le “trasformazioni” delle idee nel diritto. Nella seconda sezione, Holmes identifica il “processo evoluzionistico” che crea il mutamento nel diritto. Nell'ultima sezione, Holmes concentra la sua attenzione su certe “patologie” che possono ostacolare l'evoluzione nel diritto – che egli definisce “sopravvivenze” e “generalizzazioni” – e si fa portavoce dell'idea che al giudice spetti il compito di evitare che il diritto intorpidisca.³⁴

In sintesi, Holmes pare riconoscere due differenti meccanismi in gioco nel processo di *legal change* caratterizzante i sistemi di *common law*. Innanzitutto, un processo di chiara ispirazione darwiniana, che può essere definito “*struggles among legal ideas*” e che consiste nella competizione tra differenti idee giuridiche, o meglio tra differenti interpretazioni giudiziali, che inevitabilmente si presenta nel momento in cui i giudici si ritrovano a valutare determinate

³¹ Trad. mia dall'originale inglese: «The Life of the law has not been logic; it has been experience. The felt necessities of the time, the prevalent moral and political theories, intuitions of public policy avowed or unconscious, even with the prejudices which judges share with their fellow men, have had a great deal more to do than syllogism in determining the rules by which men should be governed. The law embodies the story of a nation's development through many centuries, and it cannot be dealt with as if it contained only the axioms and corollaries of a book of mathematics» (O. W. Holmes Jr, *The Common Law*, cit. p. 1).

³² E. D. Elliott, *Holmes and Evolution: Legal Process as Artificial Intelligence*, In «Journal of Legal Studies», vol. XIII, 1984, pp. 113-146

³³ Trad. mia dall'originale inglese: « Holmes implicitly developed a sophisticated theory of how bodies of law evolve. Holmes's theory of legal evolution, once reclaimed from obscurity, can be a valuable source of insights into the nature of the judicial process and legal change » (. D. Elliott, *Holmes and Evolution: Legal Process as Artificial Intelligence*, cit., p. 114).

³⁴ Trad. mia dall'originale inglese: «*Law in Science and Science in Law* has three main sections. In the first, Holmes describes “transformations” of the ideas in law as evidence of evolutionary change. In the second section, Holmes identifies the “evolutionary processes” that create change in the law. In the final section, Holmes focuses on “pathologies” that can impede the evolution of the law, which he calls “survivals” and “generalizations” and proposes a role for judges to keep the law from stultifying » (E. D. Elliott, *Holmes and Evolution: Legal Process as Artificial Intelligence*, cit. pp. 117-118).

circostanze fattuali in sede processuale: al ripetuto prevalere di una interpretazione su altre possibili può corrispondere, secondo Holmes, un cambiamento nel diritto. Il secondo processo individuato da Holmes può essere invece definito “*integration*” e si realizza tanto nel momento in cui un giudice riconduce nuove fattispecie sotto categorie generali preesistenti, quanto nel momento in cui il giudice, rifacendosi a sentenze precedenti, più o meno volontariamente, ne arricchisce o amplia il significato. Infine, Holmes riconosce alcune patologie, ovvero alcuni fattori che possono impedire il naturale corso dell’evoluzione *nel* diritto, ad esempio il permanere di contenuti normativi la cui ragion d’essere è venuta meno con il variare delle circostanze storiche, sociali e culturali. Tali sopravvivenze inopportune vengono ricondotte da Holmes all’inerzia dei giudici e all’eccessiva riverenza che questi dimostrano nei confronti del principio del precedente vincolante e, riconosciuta questa causa, propone come soluzione che i giudici si assumano con maggiore spirito critico e consapevolezza la responsabilità di guidare il processo di evoluzione *nel* diritto, tenendo conto degli interessi sociali comuni.

Holmes, dunque, può essere a giusto titolo considerato l’iniziatore di quella scuola di pensiero, ormai vasta e variegata, che è in genere denominata “evoluzionismo giuridico” e di cui Elliott è uno tra i più fervidi conoscitori e fautori. È proprio ad Elliott, infatti, che si deve una breve ma attenta ricostruzione della storia di questo approccio. In *The Evolutionary Tradition in Jurisprudence*³⁵ del 1985 sottolinea come l’evoluzionismo giuridico abbia conosciuto grande fortuna e considerevoli sviluppi tra XX e XXI secolo: non solo grazie ai contributi di studiosi come Arthur Linton Corbin, Robert Charles Clark, Paul Rubin, George Priest, Jack Hirshleifer e Richard Epstein, ma anche grazie al movimento *Law and Biology* fondato da Margaret Gruter e cui Elliott stesso appartiene. Alla spiegazione di assunti e obiettivi di fondo di tale movimento, Elliott dedica un altro importante articolo del 1997 dal titolo *Law and Biology: The New Synthesis?*³⁶, in cui peraltro rende conto degli sviluppi più recenti delle teorie evoluzionistiche dell’evoluzione *nel* diritto in relazione a linee di ricerca come sociobiologia e psicologia evoluzionistica.

Già solo a considerare il saggio che Elliott dedica ai risvolti contemporanei dell’evoluzionismo giuridico, emerge chiaramente quanto floridi e promettenti si prospettino gli sviluppi della linea di ricerca corrispondente alle teorie dell’evoluzione *nel* diritto. Una conclusione che appare ancor più netta se si volge l’attenzione alla sociologia giuridica che, come sottolineato da

³⁵ E. D. Elliott, *The Evolutionary Tradition in Jurisprudence*, in «Columbia Law Review», vol. 85, 1985, pp. 38-94

³⁶ E. D. Elliott, *Law and Biology: A New Synthesis*, in «Saint Louis University Law Journal», vol. 41, pp. 595-624

Norberto Bobbio, ha ereditato dalla filosofia del diritto quel compito *fenomenologico* che consiste essenzialmente nella soluzione del problema della «evoluzione del diritto nella società»³⁷. Per fare solo due esempi, tra i molti possibili, dell'importante ruolo che spetta ai sociologi del diritto nell'avanzamento delle teorie dell'evoluzione *nel* diritto, basti qualche accenno all'apporto di Theodor J. Geiger e Niklas Luhmann. In *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*³⁸, Geiger si dedica ad «esaminare geneticamente come, nella vita sociale, si possa arrivare alla creazione del fenomeno “norma obbligatoria”»³⁹, in particolare focalizzando l'attenzione sul rapporto genetico esistente tra consuetudini, modelli comportamentali generali e norme giuridiche. In *Das Recht des Gesellschaft*⁴⁰ del 1993, Niklas Luhmann si fa invece portavoce di una teoria autopoietica dell'evoluzione *nel* diritto che, come rileva Mauro Barberis, sotto numerosi profili ripropone la «stessa concezione del diritto come forma spontanea di auto-organizzazione della società, e della giurisprudenza come articolazione consapevole di tale auto-organizzazione, che si incontra già nel Savigny della polemica sulla codificazione»⁴¹.

1.3. Il senso misconosciuto di evoluzione giuridica: l'evoluzione macrostorica del diritto

1.3.1. Teorie evolutive del diritto

Si è avuto modo di sottolineare come nella cultura giuridica contemporanea espressioni quali “evoluzione del diritto” o “evoluzione giuridica” siano utilizzate, nella maggior parte dei casi, per fare riferimento al mutamento costante di contenuti normativi che ha luogo negli ordinamenti di diritto positivo, ovvero quel processo che si è proposto di definire “evoluzione *nel* diritto”. Bisogna ora mettere in evidenza come tali espressioni siano state utilizzate – e vengano ancora oggi talvolta impiegate – per fare riferimento ad un fenomeno distinto, ad un meccanismo evolutivo irriducibile all'evoluzione *nel* diritto in quanto di portata essenzialmente differente. Per dissipare le ambiguità inerenti ad espressioni come “evoluzione giuridica” o “evoluzione del diritto”, in questa sede si suggerisce di qualificare come “evoluzione macrostorica del diritto” tale secondo movimento evolutivo che, irriducibile al *legal change*, concerne quei processi di metamorfosi del fenomeno giuridico che si sarebbero concretizzati,

³⁷ N. Bobbio, *La filosofia del diritto e i suoi problemi*, in N. Bobbio, *Giusnaturalismo e Positivismo giuridico*, Milano, Edizioni di Comunità, 1977, p. 53

³⁸ T. J. Geiger, *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, 1987; trad. it. *Studi preliminari di sociologia del diritto*, Milano, Mimesis, 2018

³⁹ Ivi p. 165

⁴⁰ N. Luhmann, *Das Recht des Gesellschaft*, 1993; trad. it. *Il diritto della società*, Torino, Giappichelli Editore, 2012.

⁴¹ M. Barberis, *L'evoluzione nel diritto*, Torino, Giappichelli Editore, 1998, p. 232.

attraverso una serie di significative rivoluzioni istituzionali, nel corso dei secoli, ovvero nel contesto della storia sociale e culturale del genere umano.

La problematizzazione dell'evoluzione macrostorica del diritto contraddistingue quelle che, in questa sede, si propone di definire "teorie evolutive del diritto". Volendo procedere con una caratterizzazione generica delle stesse, si può sostenere che obiettivo delle teorie evolutive del diritto è l'individuazione di percorsi di evoluzione del fenomeno giuridico che si sarebbero svolti (o si starebbero svolgendo) nel corso dei secoli, ovvero il riconoscimento o la ricostruzione di sequenze di evoluzione del fenomeno giuridico che si sarebbero dispiegate (o si starebbero dispiegando) nella storia sociale e culturale del genere umano, intesa come una storia che si svolge al di sopra delle (o attraverso le) storie delle singole culture e società. In altri termini, le teorie evolutive del diritto ambiscono ad individuare le tappe principali in cui si esplica il percorso che da determinate configurazioni originarie o primitive del fenomeno giuridico conduce a configurazioni più recenti, cercando – nel contesto di tale spiegazione – di chiarire anche cosa rimanga di essenzialmente invariato e cosa invece muti nel processo di evoluzione macrostorica in questione.

Fornita tale caratterizzazione generica, diviene possibile volgere l'attenzione ad alcune variabili di specie nel genere delle teorie evolutive del diritto. In tal senso, bisogna anzitutto osservare che le sequenze di evoluzione macrostorica che le teorie evolutive del diritto mirano ad individuare possono riguardare diversi aspetti o componenti del fenomeno giuridico. Ad esempio, alcune teorie evolutive del diritto si interessano all'evoluzione macrostorica dell'ordinamento giuridico nel suo insieme – inteso come specifico tipo di organizzazione sociale – e loro intento si rivela essere la ricostruzione della comparsa progressiva di organi specifici atti allo svolgimento delle principali funzioni giuridiche. D'altra parte, esistono varianti di teorie evolutive del diritto interessate a individuare le sequenze di evoluzione macrostorica che conducono alla comparsa e maturazione di determinati istituti giuridici come, ad esempio, il matrimonio, la proprietà o il contratto; mentre, in altre specie ancora, l'attenzione si sposta sull'evoluzione macrostorica dei meccanismi giudiziari previsti per la soluzione dei conflitti sociali. Ulteriore elemento di diversificazione in seno al genere delle teorie evolutive del diritto concerne il grado di generalità che si pretende per le spiegazioni fornite. Infatti, alcune teorie evolutive del diritto si caratterizzano per la pretesa di individuare sequenze di evoluzione macrostorica del fenomeno giuridico che siano *universali*, ovvero caratterizzanti lo sviluppo di tutte (o quasi tutte) le società; altre varianti di teorie evolutive del diritto pretendono, meno

ambiziosamente, di riconoscere sequenze di evoluzione macrostorica del fenomeno giuridico che si sarebbero dispiegate nella storia sociale e culturale del genere umano in molteplici, ma *determinate*, circostanze, senza quindi giungere a generalizzare le sequenze evolutive rilevate fino al punto di porre le stesse come espressione di un percorso destinato a ripetersi per *ogni* società.

Ad ogni modo – che loro obiettivo sia individuare e porre in sequenza le grandi epoche del diritto in generale, oppure ricostruire l'evoluzione macrostorica di alcune componenti specifiche del fenomeno giuridico; che esse pretendano di individuare sequenze *universali* di evoluzione macrostorica del fenomeno giuridico, oppure sequenze che si sarebbero svolte in molteplici, seppur determinate, circostanze – le teorie evolutive del diritto non possono essere semplicisticamente assimilate alla storia del diritto. Piuttosto, le teorie evolutive del diritto si avvalgono dei dati forniti dalla storia del diritto (così come dei dati ricavabili da indagini etnografiche e antropologiche) per ricostruire il percorso o i percorsi di una *macrostoria* che pretende di collocarsi al di sopra delle storie giuridiche particolari: percorso o percorsi di cui le storie giuridiche specifiche sarebbero, dunque, solo gli indicatori. In altri termini, le teorie evolutive del diritto non sono interessate a ricostruire la storia o l'evoluzione nel corso dei secoli di un determinato diritto, come ad esempio il diritto francese; esse ambiscono piuttosto ad indicare e spiegare il processo tipico che conduce alla comparsa di certe *forme* di ordinamento giuridico (ad esempio, le configurazioni statali che si caratterizzano per la presenza di specifici organi atti alla creazione e applicazione delle norme giuridiche) e, in questo tentativo, possono avvalersi dei dati relativi alle singole e specifiche storie dei concreti ordinamenti giuridici esistenti o esistiti. Similmente, le teorie evolutive del diritto non sono interessate a comprendere come e quando si sia affermato l'istituto della proprietà privata nella storia della Gran Bretagna, ma risultano interessate a individuare schemi evolutivi generali che spieghino come e perché l'istituto della proprietà privata si sia affermato così diffusamente. Appare evidente, quindi, che se la storia del diritto cerca di descrivere e spiegare delle sequenze uniche di eventi relative a realtà giuridiche specifiche, le teorie evolutive del diritto, pur sulla base di concrete realtà storiche, si concentrano su *categorie* di fenomeni giuridici, su sequenze temporali di *forme* giuridiche che attraversano l'intero percorso dell'umanità e si ritrovano in contesti e in momenti diversi. Tra teorie evolutive del diritto e storia del diritto esiste, dunque, una differenza nel grado di generalità e astrazione che si pretende dalle rispettive spiegazioni, nonché una differenza relativa alla portata dei rispettivi oggetti di indagine.

1.3.2. *Le ragioni del discredito delle teorie evolutive del diritto*

Nel paragrafo in cui è stata proposta una breve ricostruzione della storia delle teorie dell'evoluzione *nel* diritto, si è avuto modo di osservare sviluppi e fortuna di tale linea di ricerca che continua a maturare, nella cultura giuridica contemporanea, tanto grazie agli sforzi dei sostenitori dell'evoluzionismo giuridico, quanto grazie alla sociologia del diritto. Una stessa fortuna non può dirsi caratterizzi anche la storia dell'altra linea di ricerca che si è proceduto a delineare, ovvero quella che corrisponde alle teorie evolutive del diritto. Bisogna riconoscere, in effetti, che nel XX secolo lo sviluppo delle teorie evolutive del diritto ha conosciuto una frenata così sostanziale da indurre alla diffusa convinzione che quella delle teorie evolutive del diritto sia una parentesi infelice nella storia della cultura giuridica, ovvero un modo errato e ormai superato, sostanzialmente circoscrivibile al XIX secolo, di declinare il tema dell'evoluzione giuridica. In tal senso, infatti, è alle teorie evolutive del diritto che, pur ambigualmente, Peter Stein si riferisce quando conclude che «nella loro forma più compiuta, le teorie dell'evoluzione giuridica sono essenzialmente un fenomeno del XIX secolo e non sopravvivono oltre la fine dello stesso»⁴². Prima di procedere, nel secondo capitolo, a mettere in evidenza come quella delle teorie evolutive del diritto non sia una parentesi infelice e circoscritta nella storia della cultura giuridica, ma una linea di ricerca che può vantare una lunga tradizione che, risalente fino all'antichità classica, viene portata avanti ancora oggi da alcuni studiosi, si ritiene opportuno esaminare quali siano le ragioni della crisi dei tentativi di elaborare ricostruzioni dell'evoluzione macrostorica del fenomeno giuridico, per considerare poi la fondatezza di tali ragioni stesse e cercare, infine, di argomentare a favore della possibilità di una rivalutazione delle teorie evolutive del diritto.

La crisi delle teorie evolutive del diritto può essere considerata dipendente tanto da alcuni accadimenti storici, quanto da specifici rivolgimenti culturali. Dal punto di vista storico, bisogna ricordare che nel periodo che intercorre tra gli anni Settanta del XIX secolo e gli anni Trenta del XX secolo si assiste ad un mutamento improvviso dell'assetto economico nel mondo occidentale, specialmente in riferimento all'andamento del capitalismo globale. Tale mutamento corrisponde sostanzialmente al tramonto del ciclo sistemico di accumulazione che era fondato sull'egemonia britannica e sul cosiddetto "imperialismo del libero scambio": tramonto cui coincide, d'altra parte, l'ascesa degli Stati Uniti come potenza egemone capace di

⁴² P. Stein, *Legal Evolution: the Story of an Idea*, cit. p. 122.

determinare verticalmente gli assetti economici globali⁴³. Tali metamorfosi sul piano economico globale, insieme con i tristi accadimenti della Prima Guerra mondiale, portano con sé inevitabilmente un clima di generale incertezza che, a sua volta, determina il venir meno di quella fiducia nel progresso (non solo scientifico e materiale, ma anche morale e culturale) che aveva caratterizzato il XIX secolo. La fiducia nella capacità umana di progredire verso il meglio aveva permeato anche il mondo della filosofia e delle scienze, determinando la proliferazione di teorie che pretendevano di ricostruire la storia sociale e culturale del genere umano in termini evolutivi e progressivi⁴⁴. Come sottolinea Domenico Maddaloni in *Visioni in movimento. Teorie dell'evoluzione e scienze sociali dall'Illuminismo ad oggi*, al venir meno della fiducia nel progresso corrisponde certamente il declino di quelle teorie dell'evoluzione del mondo sociale che, appunto, della retorica del progresso si nutrivano:

Non sorprende, data l'associazione – o meglio, la confusione – tipica dei pensatori del XIX secolo tra evoluzione e progresso, che insieme con la fiducia nel progresso sia scemata anche quella nella teoria dell'evoluzione quale criterio esplicativo da applicare al mondo sociale, al punto da tradursi in una reazione antievoluzionista non meno che antiprogredista.⁴⁵

Tale conclusione può essere considerata valida anche in riferimento alle teorie evolutive del diritto perché le ricostruzioni concernenti l'evoluzione macrostorica del fenomeno giuridico proposte nel XIX secolo da autori come Henry Sumner Maine e Lewis H. Morgan – così come quelle proposte nel secolo precedente da alcuni pensatori scozzesi come Lord Kames, Adam Smith e John Millar – sono caratterizzate da un'inegabile visione progressiva dell'evoluzione. Per questi studiosi, stabilire sequenze di evoluzione macrostorica del fenomeno giuridico significa render conto del passaggio da forme giuridiche inferiori e imperfette a forme giuridiche più complesse e avanzate, tanto dal punto di vista della tecnica giuridica quanto dal punto di vista morale. Essendo, dunque, le teorie evolutive del diritto del tempo intrise della retorica del progresso, si può sostenere che una prima ragione del venir meno dell'interesse nei confronti dei progetti di ricostruzione dell'evoluzione macrostorica del fenomeno giuridico

⁴³ Cfr. G. Arrighi, *Il lungo XX secolo. Denaro, potere e le origini del nostro tempo*, Milano, Il Saggiatore, 1996, pp. 87-97

⁴⁴ Basti pensare, in tal senso, a *Cours de philosophie positive*, opera in sei volumi che appare tra il 1830 e il 1842, in cui Auguste Comte elabora una teoria relativa all'evoluzione macrostorica delle forme di conoscenza e propone due tesi essenziali: (i) che all'evoluzione, intesa appunto in termini di progresso, delle forme di conoscenza corrisponda lo sviluppo organico della società; (ii) che con l'approdo finale alla sociologia -intesa come massima manifestazione della scienza positiva- si realizzi quella completa autocoscienza suscettibile di condurre l'umanità al governo perfetto (Cfr. A. Comte, *Cours de philosophie positive*, Paris, Costes, 1934).

⁴⁵ D. Maddaloni, *Visioni in movimento. Teorie dell'evoluzione e scienze sociali dall'illuminismo ad oggi*, cit., p. 90.

sia il crollo improvviso della fiducia nel progresso, a sua volta determinato dai rivolgimenti storico-economici occorsi tra gli anni Settanta del XIX secolo e gli anni Trenta del XX secolo.

Tuttavia, ancor più che il naturale venir meno della fiducia nel progresso, a determinare la crisi delle teorie evolutive del diritto contribuiscono proprio le numerose critiche mosse alle teorie di studiosi come Henry Sumner Maine, Johann J. Bachofen, John F. McLennan, Lewis H. Morgan, Eduard B. Tylor e Albert H. Post. Tali studiosi sono in genere considerati come rappresentanti della cosiddetta antropologia evoluzionistica del XIX secolo in quanto, a dispetto delle differenze rilevabili nelle loro rispettive teorie, condividono la tesi di fondo dell'evoluzionismo unilineare, ovvero l'idea che sia possibile riconoscere una sequenza evolutiva universale e costante caratterizzante lo sviluppo culturale e giuridico di tutte (e quasi tutte) le società⁴⁶. Sintetizzando efficacemente la legge dell'evoluzionismo unilineare sottesa alle ricostruzioni dell'evoluzione macrostorica del fenomeno giuridico proposte da autori come Maine, Morgan e Post, Anna Paltrinieri Casella, in *Lineamenti di antropologia culturale*⁴⁷, scrive:

La legge dell'evoluzionismo antropologico può essere così definita: "Tutti i popoli subiscono un processo storico a ritmo fisso, in linea ascendente, dal meno perfetto al più perfetto, secondo le leggi deterministiche del mondo fisico". Si tratterebbe perciò di un processo storico (inteso come movimento progressivo, diveniente e perfezionabile) ascendente, di tipo deterministico e non creativo (quindi soggetto a leggi naturali necessarie), che si sviluppa nelle stesse forme per tutti i popoli.⁴⁸

A partire dalla fine del XIX secolo, la tesi dell'evoluzionismo unilineare viene presa di mira da numerosi storici e antropologi. Tra questi, un posto di rilievo – per veemenza ed efficacia dell'attacco sferrato – spetta al geografo e antropologo di origine tedesca Franz Boas. Ad esempio, in *Some Traits of Primitive Man*⁴⁹ del 1904, lapidariamente, Boas sostiene:

L'idea di un grande sistema dell'evoluzione delle culture che sia valido per l'umanità intera sta perdendo sempre più plausibilità. In luogo di una singola linea di evoluzione si riconoscono una molteplicità di linee convergenti e divergenti che si fatica a tenere insieme in un unico sistema.⁵⁰

⁴⁶ L'appellativo "antropologia evoluzionistica" in riferimento alle teorie antropologiche del XIX secolo che condividono l'assunto dell'evoluzionismo unilineare risulta in qualche modo fuorviante, benché comunemente utilizzato. In effetti, di propriamente "evoluzionistico" -in senso darwiniano- tali teorie presentano ben poco e sembrano piuttosto rifarsi a quella concezione di evoluzione come "sviluppo" tipica dell'embriologia tra i secoli XVIII e XIX. Sul debito delle teorie antropologiche del XIX secolo nei confronti dell'embriologia si avrà modo di ritornare nel prossimo capitolo.

⁴⁷ A. Paltrinieri Casella, *Lineamenti di antropologia culturale*, I.S.U. Università Cattolica, Milano, 2000.

⁴⁸ Ivi, p.20.

⁴⁹ F. Boas, *Some traits of primitive man*, in «Journal of American Folk-lore», n. 17, 1904.

⁵⁰ Trad. mia dall'originale inglese: «The grand system of the evolution of culture, that is valid for all humanity, is losing much of its plausibility. In place of a single line of evolution there appears a multiplicity of converging and diverging lines which it is difficult to bring under one system» (F. Boas, *Some Traits of Primitive Man*, cit., p. 522)

È tuttavia in un saggio del 1896, dal titolo *The Limitations of the Comparative Method in Anthropology*⁵¹, che Boas procede alla sua critica più serrata dell'evoluzionismo unilineare. Punto di partenza di Boas è la caratterizzazione dell'idea sottesa all'evoluzionismo unilineare, ovvero che in contesti sociali differenti fenomeni culturali simili devono avere la medesima causa e la medesima funzione. Scrive Boas:

Le indagini comparative cui mi riferisco pongono attenzione a costumi e idee che presentano rimarchevoli somiglianze e possono essere rinvenuti in diversi contesti. Tuttavia, le indagini comparative cui faccio riferimento si ripropongono anche un obiettivo più ambizioso, cioè di scoprire le leggi e ricostruire la storia dell'evoluzione della società umana. Il fatto che molti aspetti della cultura sono universali o, quantomeno, occorrono in differenti luoghi, interpretato alla luce della convinzione che tali aspetti devono sempre derivare dallo stesso genere di cause, conduce alla conclusione che v'è un grande modello unico caratterizzante l'evoluzione del genere umano in qualunque circostanza; conclusione da cui consegue l'idea che eventuali variazioni siano nient'altro che dettagli minori in tale grande uniforme evoluzione. È chiaro che questa teoria ha come sua base logica l'assunto che stessi fenomeni hanno sempre medesime cause.⁵²

Per smentire tale assunto di fondo, Boas fornisce controesempi specifici, tratti da indagini etnografiche sul campo, e dimostra come tratti culturali simili, in effetti, possono apparire in contesti diversi senza alcuna origine comune e con funzioni differenti. A fronte di tale dimostrazione, Boas allora conclude circa l'infondatezza dell'approccio evolutivo stesso:

Dobbiamo, quindi, considerare di dubbio valore tutti gli ingegnosi tentativi di costruire grandi sistemi di evoluzione della società, a meno che non riescano a dare prova del fatto che fenomeni uguali derivano sempre da origini comuni. Finché ciò non sia provato, bisogna inevitabilmente propendere in favore dell'idea che esista una grande varietà di percorsi che la storia può prendere.⁵³

Inoltre, in alternativa all'approccio comparativo ed evoluzionistico dei padri dell'antropologia culturale e giuridica, Boas propone il particolarismo storico come modo di guardare alle culture

⁵¹ F. Boas, *The Limitations of the Comparative Method in Anthropology*, in F. Boas, *Race, Language and Culture*, New York, The MacMillan Company, 1940, pp. 270-280

⁵² Trad. mia dall'originale inglese: «The comparative studies of which I am speaking here attempt to explain customs and ideas of remarkable similarity which are found here and there. But they pursue also the more ambitious scheme of discovering the laws and the history of the evolution of human society. The fact that many fundamental features of culture are universal, or at least occur in many isolated places, interpreted by the assumption that same features must always have developed from the same causes, leads to the conclusion that there is one grand system according to which mankind has developed everywhere; that all the occurring variations are no more than minor details in this grand uniform evolution. It is clear that this theory has for its logical basis the assumption that the same phenomena are always due to the same causes» (F. Boas, *The Limitations of the Comparative Method in Anthropology*, cit. p. 275).

⁵³ Trad. mia dall'originale inglese: «Therefore we must also consider all the ingenious attempts at construction of a grand system of evolution of society as of very doubtful value, unless at the same time proof is given that the same phenomena must always have had the same origin. Until this is done, the presumption is always in favor of a variety of courses which historical growth may have taken» (F. Boas, *The Limitations of the Comparative Method in Anthropology*, cit. p. 276).

a partire dal presupposto che esse siano totalità dotate ciascuna della propria specificità, pur nel riconoscimento del fatto che esse possono influenzarsi vicendevolmente. Boas scrive:

Proponiamo un altro metodo, che sotto diversi punti di vista si rivela molto più sicuro. Uno studio dei costumi in relazione con la cultura totale del popolo che li pratica, in connessione con un'indagine della distribuzione geografica di tali costumi tra popolazioni vicine, ci garantisce quasi sempre strumenti per determinare con considerevole accuratezza tanto le cause storiche che hanno condotto alla formazione dei costumi in questione, quanto i processi psicologici che erano in opera nel loro sviluppo.⁵⁴

Tuttavia, la tesi dell'evoluzionismo unilineare non rappresenta l'unico elemento critico delle teorie proposte da studiosi come Maine, Tylor e Morgan. Infatti, essi non si limitano a proporre l'idea già di per sé problematica che sia possibile individuare sequenze *universali* di evoluzione macrostorica del fenomeno giuridico, caratterizzanti cioè lo sviluppo di tutte o quasi tutte le società, ma pretendono anche di considerare tali sequenze evolutive in termini progressivi. In altri termini, se già l'evoluzionismo unilineare di per sé risulta problematico in quanto conduce a negare le specificità storiche e culturali dei popoli, ancor di più esso risulta inaccettabile nella misura in cui, accostato alla retorica del progresso, porta a considerare alcune realtà sociali, culturali e giuridiche come intrinsecamente inferiori rispetto ad altre. Come se ciò non bastasse, in tali pensatori è possibile riscontrare anche un sostanziale etnocentrismo che fa da corollario alla retorica del progresso, nella misura in cui essi valutano come progredite e civili le configurazioni sociali, culturali e giuridiche tipiche del mondo occidentale e come invece inferiori e imperfette non solo numerose realtà del passato, ma anche e soprattutto le realtà sociali, culturali e giuridiche caratterizzanti quelle popolazioni indigene con cui si ebbe la possibilità di entrare in contatto, a ragione delle grandi spedizioni geografiche prima e del colonialismo poi. Ovviamente, anche il progressismo e l'etnocentrismo impliciti nelle elaborazioni proposte dagli antropologi evoluzionisti vengono aspramente criticati da Boas. Per minare le basi stesse di progressismo ed etnocentrismo, Boas si sforza di smentire la visione dell'indigeno come uomo violento e impulsivo, dalle facoltà mentali sottosviluppate. Nella seconda versione rivisitata di *The Mind of Primitive Man*⁵⁵ risalente al 1937, in tal senso, Boas sottolinea che se si considerano i comportamenti degli indigeni in riferimento allo specifico

⁵⁴ Trad. mia dall'originale inglese: «We have another method, which in many respects is much safer. A detailed study of customs in their relation to the total culture of the tribe practicing them, in connection with an investigation of their geographical distribution among neighboring tribes, affords us almost always a means of determining with considerable accuracy the historical causes that led to the formation of the customs in question and to the psychological processes that were at work in their development» F. Boas, *The Limitations of the Comparative Method in Anthropology*, cit. p. 275).

⁵⁵ F. Boas, *The Mind of Primitive Man*, New York, Free Press, 1965.

contesto sociale e culturale in cui essi vivono, allora tali comportamenti si rivelano non solo dotati di senso, ma anche non troppo dissimili dai nostri:

Si è spesso osservato che l'uomo primitivo è caratterizzato da mancanza di autocontrollo in merito allo sfogo delle proprie passioni, anche nel caso di lievi provocazioni. Anche in questo caso, le differenze tra l'attitudine dell'uomo civilizzato e quelle dell'uomo primitivo spariscono se attribuiamo il giusto peso al contesto sociale in cui gli individui vivono. Abbiamo infatti ampie prove del fatto che il primitivo controlla le sue passioni così come noi le controlliamo, solo che il primitivo le controlla in circostanze differenti.⁵⁶

Ovviamente, Franz Boas non è voce critica isolata: in difesa della specificità storica e della dignità dei diversi popoli e delle diverse culture, le teorie evolutive del diritto basate sulla tesi dell'evoluzionismo unilineare, implicanti forme inaccettabili di progressismo ed etnocentrismo, vengono prese di mira da numerosi storici e antropologi⁵⁷. Si comprende allora perché, citando il famoso antropologo nordamericano Edward A. Hoebel, Peter Stein concluda che furono in generale gli sviluppi dell'antropologia culturale e giuridica a determinare il discredito dell'idea di uno schema universale di evoluzione giuridica:

Il risultato principale della ricerca antropologica è il rifiuto di qualsivoglia schema universale di evoluzione giuridica. La varietà rilevata tra le differenti società allo stesso stadio di sviluppo sociale ed economico è così ampia che diviene necessario concordare con Hoebel quando sostiene che "non esiste una linea di sviluppo del diritto che sia predefinita".⁵⁸

Ritornando, dunque, alle ragioni del discredito delle teorie evolutive del diritto, si può sostenere che la critica delle elaborazioni fondate sull'evoluzionismo unilineare sia stata così feroce nel XX secolo da determinare, di conseguenza, la svalutazione di qualsivoglia tentativo di ricostruire l'evoluzione macrostorica del fenomeno giuridico, come se un tale tentativo

⁵⁶ Trad. mia dall'originale inglese: «It has been claimed that lack of control is exhibited by primitive man in his outbursts of passion occasioned by slight provocations. In this case also the difference in attitude of civilized man and of primitive man disappears if we give due weight to the social conditions under which the individual lives. We have ample proof that his passions are just as much controlled as ours, only in different directions» (F. Boas, *The Mind of Primitive Man*, cit., pp. 126-127).

⁵⁷ Così, ad esempio, nel 1951 E. E. Evans-Pritchard critica l'evoluzionismo unilineare degli antropologi del XIX secolo: «Io ritengo che l'elemento di maggior confusione tra gli antropologi del secolo scorso non fu tanto la loro fede nel progresso e la ricerca di un metodo con cui ricostruirne il cammino, poiché essi erano ben consapevoli che i loro schemi non erano che ipotesi che non avrebbero mai potuto essere completamente verificate. Io credo piuttosto che tale elemento si debba ricercare nell'assunto, ereditato dall'illuminismo, secondo cui le società sono sistemi naturali, o organismi che hanno un determinato corso di sviluppo riducibile a principi o leggi generali» (E. E. Evans-Pritchard, *An Introduction to social Anthropology*, 1951; trad. it. *Introduzione all'antropologia sociale*, Bari, Laterza, 1975, p. 54).

⁵⁸ Tda dall'originale inglese: «The main result of anthropological research is that any scheme of universal legal evolution must be rejected. Such is the variety found in different societies at the same stage of social and economic development that we must hold with Hoebel that "there has been no straight line of development in the growth of law"» (P. Stein, *Legal Evolution: the Story of an Idea*, cit., p. 104).

inevitabilmente implicasse le problematiche rilevate nelle elaborazioni di studiosi come Maine e Morgan. In altri termini, assimilate alle teorie basate sull'evoluzionismo unilineare e proposte dagli antropologi evoluzionisti nel XIX secolo, le teorie evolutive del diritto in generale vengono accantonate e si inizia a considerare come chiuso e concluso, perché inevitabilmente problematico, il tentativo di un'indagine dedicata all'evoluzione macrostorica del fenomeno giuridico.

Ma a consolidare la convinzione di una sostanziale problematicità delle teorie evolutive del diritto contribuiscono anche altre circostanze culturali, come ad esempio, l'affermazione dello storicismo. Proposto innanzitutto da Carl Menger in ambito economico, lo storicismo viene poi sviluppato da Wilhelm Dilthey che, di contro alle filosofie della storia idealistiche che pretendevano di spiegare l'evoluzione delle società e delle culture umane sulla base di un'unica causa o principio, arriva a sottolineare l'impossibilità di racchiudere il divenire storico in uno schema unitario, sostenendo che le manifestazioni dell'esistenza umana appaiono infinite⁵⁹. Di conseguenza, Dilthey insiste sulla necessità di cogliere le specifiche manifestazioni dello spirito umano, con un metodo differente da quello delle scienze naturali, ovvero un metodo olistico e intuitivo mirante ad "intendere" le espressioni dei significati vissuti di un'esperienza attraverso la collocazione degli stessi vissuti nel contesto di senso in cui essi si inseriscono, al fine «di comprendere gli sviluppi storici in termini di un carattere più qualitativo, cioè in termini di tendenze e scopi contrastanti o in termini di "carattere nazionale" o di "spirito dell'epoca"»⁶⁰. Se l'affermazione dello storicismo rappresenta sicuramente una ragione del rifiuto di qualsivoglia ricostruzione evolutiva unitaria e generale (e quindi anche di quelle riguardanti il fenomeno giuridico), paradossalmente anche la sua crisi contribuisce a consolidare la diffidenza nei confronti delle teorie evolutive del diritto. Infatti, per quanto contrario ad una ricostruzione evolutiva unitaria e generale, lo storicismo pretende di considerare la storia in base a leggi e generalizzazioni e, per questa ragione, viene aspramente criticato, nei suoi obiettivi e nei suoi fondamenti epistemologici, da pensatori come Karl Popper che, nel suo *The Poverty of Historicism*⁶¹, scrive:

È sbagliato credere che vi possa essere una storia in senso olistico, una storia degli "stati della società" che rappresenti "l'intero organismo sociale", ovvero "tutti gli eventi sociali e storici di un'epoca". Tale idea

⁵⁹ Cfr. W. Dilthey, *Einleitung in die Geisteswissenschaften*, 1883; trad. it. *Introduzione alle scienze dello spirito*, Torino, G. B. Paravia & C, 1949; Cfr. W. Dilthey, *Der Aufbau der geschichtlichen Welt in den Geisteswissenschaften*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1981.

⁶⁰ K. Popper, *The poverty of Historicism*, 1957; trad. it. *Miseria dello storicismo*, Milano, Feltrinelli, 2002, p. 38

⁶¹ K. Popper, *The poverty of Historicism*, 1957; trad. it. *Miseria dello storicismo*, Milano, Feltrinelli, 2002.

deriva da una visione intuitiva della storia dell'umanità come di un vasto fiume fatto di tante correnti che però tutte scorrono nel senso dello sviluppo. Ma una simile storia non può essere scritta.⁶²

La crisi dello storicismo e l'ormai definitiva falsificazione empirica delle varie filosofie della storia – prima fra tutte quella marxiana – alimentano, dunque, il generale atteggiamento di diffidenza nei confronti di ogni tentativo di ricostruzione storica per leggi e generalizzazioni e contribuiscono, quindi, anche al discredito delle teorie evolutive del diritto e di qualsivoglia progetto di spiegazione dell'evoluzione macrostorica del fenomeno giuridico; tutto ciò a vantaggio di posizioni particolariste, come quella lucidamente formulata da Karl Popper quando sostiene che la «storia è caratterizzata dal suo interesse per gli avvenimenti reali, singolari o specifici, piuttosto che per le leggi e le generalizzazioni»⁶³.

1.3.3. *In difesa delle teorie evolutive del diritto*

Come preannunciato nel precedente paragrafo, si intende ora procedere con la valutazione della fondatezza delle ragioni che hanno condotto al discredito generale delle teorie evolutive del diritto. Non si tratta ovviamente di valutare la validità delle condivisibili critiche che Boas e altri hanno mosso alle teorie evolutive del diritto elaborate dagli antropologi evoluzionisti nel XIX secolo. Piuttosto, si tratta di mettere in evidenza come la ricerca di sequenze di evoluzione macrostorica del fenomeno giuridico possa in vari modi conciliarsi con il riconoscimento delle ineludibili differenze e specificità su cui insistono i sostenitori di relativismo culturale e particolarismo storico, ovvero di mostrare come le teorie evolutive del diritto non presentino necessariamente le evidenti problematicità rilevate nelle ricostruzioni degli antropologi evoluzionisti del XIX secolo.

Innanzitutto, quindi, sono necessarie due puntualizzazioni in riferimento al rapporto tra teorie evolutive del diritto in generale ed evoluzionismo unilineare, ovvero tra ricostruzioni dell'evoluzione macrostorica del fenomeno giuridico e l'idea che sia possibile individuare sequenze universali di evoluzione del fenomeno giuridico. In primo luogo, a tal proposito, bisogna sottolineare come, nel contesto dell'*evolutionary anthropology* e dell'*evolutionary sociology* contemporanee, si tenti di elaborare teorie che, senza negare le specificità di ciascun popolo, riconoscano comunque certe tendenze costanti di evoluzione sociale e culturale⁶⁴.

⁶² Ivi, p. 91.

⁶³ Ivi, p. 144.

⁶⁴ Cfr. D. Maddaloni, *Visioni in Movimento. Teorie dell'evoluzione e scienze sociali dall'Illuminismo ad oggi*, cit., pp. 161...173 e pp. 294...333.

Basti pensare, in tal senso, all'importante contributo dell'antropologo americano Robert L. Carneiro. A partire dall'idea di ispirazione spenceriana che l'evoluzione delle società e delle culture «non è soltanto “discendenza con modificazioni”, ma incremento della complessità sociale»⁶⁵, Carneiro sostiene una forma di evoluzionismo unilineare. Ad esempio, procedendo a confrontare coppie di elementi culturali, in *Evolutionism in Cultural Anthropology. A Critical History*⁶⁶ del 2003, Carneiro scrive:

Possiamo affermare in completa fiducia che, in ciascun momento di sviluppo autoctono, il baratto ha preceduto il denaro, gli sciamani i sacerdoti, l'egemonia la monarchia, la redistribuzione ad opera degli egemoni la tassazione, le strade in terra battuta quelle dotate di pavimentazione, i consigli tribali i parlamenti, le costruzioni di legno e di paglia quelle in pietra, il giudizio ad opera dei capi i tribunali, gli spiriti del bosco le divinità più lontane, ecc.⁶⁷

Tuttavia, come spiega Domenico Maddaloni, quello proposto da Carneiro è un evoluzionismo unilineare *debole*, non solo perché nella prospettiva dell'antropologo americano «il sentiero principale dell'evoluzione può avere delle deviazioni, lungo le quali la sequenza evolutiva seguita appare in parte diversa – uno schema che si potrebbe definire evoluzione unilineare con deviazioni»⁶⁸; ma anche perché «dal sentiero principale dell'evoluzione si dipartono sequenze parzialmente discordanti in base ad uno schema definibile evoluzione multilineare in senso stretto»⁶⁹. Spiegando con quali precisazioni Carneiro tenti di evitare i problemi tipici dell'evoluzionismo unilineare classico, Maddaloni scrive:

Carneiro riconosce: (1) la possibilità di “saltare” alcuni degli stadi di evoluzione della cultura, in virtù della diffusione; (2) la possibilità che si verifichi un'involuzione, piuttosto che una evoluzione della cultura [...]; (3) il fatto che società situate allo stesso stadio di sviluppo mostrino la più ampia variabilità di tratti culturali non strettamente correlati alla natura dello stadio in oggetto; (4) il fatto che anche la definizione di ciascuno degli stadi attraversati sia compatibile con una grande varietà di differenze di grado minore.⁷⁰

Alla luce di tentativi come quello di Carneiro di ripensare l'evoluzionismo unilineare in maniera più elastica, in modo cioè che esso non presenti le problematicità tipiche delle formulazioni classiche risalenti al XIX secolo, appare evidente come sia parimenti possibile tentare di elaborare teorie evolutive del diritto che, pur pretendendo di riconoscere sequenze *costanti*

⁶⁵ Ivi, p. 210.

⁶⁶ R. L. Carneiro, *Evolutionism in Cultural Anthropology. A critical History*, Boulder, Westview, 2003.

⁶⁷ Ivi, p. 236.

⁶⁸ D. Maddaloni, *Visioni in Movimento. Teorie dell'evoluzione e scienze sociali dall'Illuminismo ad oggi*, cit., p. 210.

⁶⁹ Ivi, pp. 210-211.

⁷⁰ Ivi, p. 210 (in nota).

dell'evoluzione macrostorica del diritto, non implicino la negazione delle particolarità storiche e specificità culturali dei popoli. Nel secondo capitolo della presente ricerca, si avrà modo di considerare come teorie evolutive del diritto di tal genere – orientate cioè a riconoscere il carattere multifattoriale e multilineare dell'evoluzione macrostorica del fenomeno giuridico, senza però rinunciare ad individuare alcune tendenze evolutive – siano proposte già nei primi decenni del XX secolo da Max Weber in *Wirtschaft und Gesellschaft*⁷¹ e da Paul Vinogradoff nel suo *Outlines of Historical Jurisprudence*⁷².

Come accennato, in merito al rapporto tra teorie evolutive del diritto in generale ed evoluzionismo unilineare, è necessaria una seconda puntualizzazione, volta a sottolineare come in realtà tale rapporto non sia stringente. Infatti, obiettivo delle teorie evolutive del diritto non è inevitabilmente l'individuazione di sequenze di evoluzione macrostorica del fenomeno giuridico che siano *universali*, ovvero caratterizzanti lo sviluppo di *ogni* società. Le teorie evolutive del diritto possono anche, meno ambiziosamente, mirare ad individuare e spiegare sequenze di evoluzione macrostorica del fenomeno giuridico che si sarebbero dispiegate in *molteplici*, ma *determinate*, circostanze nella storia sociale e culturale del genere umano, senza pretendere di considerare le stesse come destinate a realizzarsi in *ogni* società. Certo, come si è avuto modo di argomentare precedentemente, le teorie evolutive del diritto non si focalizzano su specifiche e peculiari realtà storiche, ma su *categorie* di fenomeni giuridici, su sequenze temporali di *forme* giuridiche che attraversano l'intero percorso dell'umanità e si ritrovano in contesti e in momenti diversi. Sotto questo profilo, le teorie evolutive del diritto si differenziano per grado di generalità e astrazione dalla storia del diritto; ma l'approccio macrostorico che le contraddistingue non implica necessariamente il grado di generalizzazione preteso dalle teorie che ambiscono ad individuare sequenze *universali* di evoluzione del fenomeno giuridico, valide cioè per *ogni* società. Ad esempio, come si avrà modo di chiarire nel secondo capitolo, sia Weber che Vinogradoff ammettono esplicitamente di non voler delineare modelli evolutivi *universalmente* validi e di ambire esclusivamente a render conto delle sequenze di evoluzione macrostorica caratterizzanti il percorso che ha condotto alle configurazioni del fenomeno giuridico tipiche della civiltà occidentale.

⁷¹ M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1922; trad. it. M. Weber, *Economia e società*, Roma, Edizioni di Comunità, 1995.

⁷² P. Vinogradoff, *Outlines of Historical Jurisprudence*, London etc., Oxford University Press, 1922.

Passando alla valutazione del rapporto che sussiste tra teorie evolutive del diritto in generale e il progressismo/etnocentrismo caratterizzante le teorie classiche che si fondano sull'assunto dell'evoluzionismo unilineare, bisogna riconoscere come in effetti anche questo rapporto non sia stringente. Per rendersene conto, è sufficiente considerare che esistono versioni di teorie evolutive del diritto che paiono quasi porsi nel solco delle teorie settecentesche del "buon selvaggio". Nel ricostruire sequenze di evoluzione macrostorica del fenomeno giuridico, anziché connotare immediatamente le configurazioni più semplici e antecedenti come meno progredite ed inferiori rispetto a quelle più complesse e posteriori, tali teorie si soffermano sui caratteri o elementi positivi delle prime che sarebbero andati perduti nel corso del processo evolutivo. Tale attitudine – che evidentemente si colloca all'estremo opposto del progressismo e dell'etnocentrismo caratterizzanti le elaborazioni dei padri dell'antropologia giuridica – contraddistingue, ad esempio, la teoria evolutiva del diritto proposta da José Gil in *Antropologia delle forze: dalle società senza stato alle società statali*⁷³. A ciò si deve aggiungere che, ovviamente, tra i due poli opposti del progressismo/etnocentrismo e della prospettiva del "buon selvaggio", si colloca la via dell'imparzialità, dell'indagine che rimane avalutativa anche nel caso in cui si debba riconoscere che alla sequenza di evoluzione macrostorica individuata corrisponda un aumento di complessità, non essendo l'approdo a maggiore complessità necessariamente sinonimo di perfezionamento.

Nel tentativo di riabilitare le teorie evolutive del diritto, un'ultima questione cruciale deve essere affrontata, ovvero quella relativa al valore epistemico delle stesse: questione che risulta strettamente connessa al problema dello statuto ontologico dell'evoluzione macrostorica del diritto, vale a dire il problema di stabilire se effettivamente *esistano* quelle sequenze di evoluzione macrostorica del fenomeno giuridico che le teorie evolutive intendono individuare e spiegare. Tali complesse questioni rievocano immediatamente i problemi che vengono affrontati dalla *filosofia analitica dell'indagine storica*. Quest'ultima linea di ricerca, infatti, si occupa essenzialmente (i) di stabilire se la storia esista come fatto (o insieme di fatti) al di là della narrazione o ricostruzione che ne forniscono gli storici di professione e (ii) di comprendere in che misura l'indagine storica possa essere considerata oggettiva e avalutativa, considerato che anche la semplice selezione dei dati rilevanti da parte dello storico pare configurarsi necessariamente come scelta dalle inevitabili risonanze valutative⁷⁴. Dubbi, quelli sollevati dalla

⁷³ J. Gil, *Un'antropologia delle forze: dalle società senza stato alle società statali*, Torino, Einaudi, 1983

⁷⁴ Per un approfondimento sulla filosofia analitica dell'indagine storica si rimanda a: R. F. Atkinson, *Knowledge and Explanation in History*, Houndmills & London, Macmillan, 1989.

filosofia analitica dell'indagine storica, che paiono amplificarsi in riferimento alle teorie evolutive del diritto, nella misura in cui esse pretendono di fornire una spiegazione relativa a fenomeni che si collocherebbero ad un livello più generale ed astratto delle concrete realtà storiche.

Appare evidente fin da subito quanto complesse siano le questioni del valore epistemico delle teorie evolutive del diritto e dello statuto ontologico dell'evoluzione macrostorica del fenomeno giuridico. Questioni talmente complesse che meriterebbero una ricerca a sé stante e che, quindi, non possono essere in questa sede affrontate in maniera esaustiva. A fronte di questa impossibilità, si propone però di procedere assumendo la prospettiva che maggiormente sembra mettere in discussione il valore epistemico delle teorie evolutive del diritto, per tentare di mettere in evidenza come anche nella peggiore delle ipotesi si riveli una ragion d'essere delle stesse. Tale prospettiva si basa sulla constatazione che l'evoluzione macrostorica del diritto non è una realtà evidente e immediatamente constatabile – come il processo di evoluzione *nel* diritto – ma un *fenomeno* che esiste solo nel momento in cui viene riconosciuto, ovvero come prodotto di uno sforzo di ricostruzione, come risultato di una certa interpretazione generalizzante di circostanze storiche concrete. Da questa prospettiva relativa allo statuto ontologico dell'evoluzione macrostorica del fenomeno giuridico, deriva di conseguenza che le teorie evolutive del diritto non possono essere considerate come vere e proprie teorie scientifiche, ma solo come interpretazioni generalizzanti, più o meno attendibili a seconda che esse siano in maggior o minor misura compatibili con concrete e specifiche circostanze storiche. Si tratta della soluzione che lo stesso Karl Popper sembra suggerire in *The Poverty of Historicism*, quando discute del valore scientifico di quelle teorie che rispetto alla storia pretendono di proporre, in un modo o nell'altro, leggi o generalizzazioni:

Io credo che l'unica soluzione sia di introdurre consapevolmente nella storia un *punto di vista selettivo preconconcetto*, cioè scrivere quella storia che ci interessa. Ciò non significa che possiamo deformare i fatti, costringendoli entro limiti di idee preconconcette, o che possiamo tralasciare i fatti che non quadrano con quelle idee. Al contrario, tutti quei fatti che riguardano il nostro punto di vista dovrebbero essere considerati attentamente e obbiettivamente. Scrivere quella storia che ci interessa significa che non dobbiamo preoccuparci di tutti quei fatti e aspetti che non riguardano il nostro punto di vista e che perciò non ci interessano. Tali punti di vista selettivi hanno nella storia delle funzioni sotto molti aspetti analoghe a quelle delle teorie nelle scienze. È pertanto comprensibile che essi siano stati spesso scambiati per teorie. E infatti quei punti di vista che possono essere formulati come ipotesi sperimentali, sia singolari che universali, possono benissimo essere considerati ipotesi scientifiche. Ma di regola i punti di vista storici non possono essere sperimentati. Quindi non posso essere confutati, e pertanto delle conferme apparenti non

hanno alcun valore. Se tale punto di vista selettivo, o fulcro d'interesse storico, non può essere formulato come ipotesi sperimentale, lo denomineremo una interpretazione storica.⁷⁵

Rimane da chiedersi, dunque, se a partire da tale prospettiva che riduce decisamente il valore epistemico delle teorie evolutive del diritto – attribuendo loro il significato di semplici interpretazioni generalizzanti – rimanga per le stesse una valida ragion d'essere. A tale interrogativo, sembra possibile rispondere affermativamente. In primo luogo, bisogna riconoscere che le teorie evolutive del diritto possono fornire un sostanziale contributo all'indagine comparata dei sistemi di diritto, delle forme o dei fenomeni giuridici. Infatti, le ricostruzioni di sequenze di evoluzione macrostorica del diritto (anche quelle che sfociano in inaccettabili forme di etnocentrismo) partono dal presupposto di ehrlichiana memoria della sostanziale identità del fenomeno giuridico: un'identità di fondo che permane nonostante le innumerevoli varianti e variazioni. Proprio per questo motivo, le teorie evolutive del diritto rappresentano via privilegiata per cogliere non solo il medesimo nel diverso, ma anche il diverso nel medesimo: una possibilità che invece pare preclusa a chi supporti forme estreme di particolarismo storico e relativismo culturale. Non è un caso, ad esempio, che sia proprio nel contesto delle teorie evolutive del diritto del XIX secolo che si pongano le basi per l'interpretazione di fenomeni come la vendetta o il dileggio pubblico quali meccanismi propriamente giuridici per la soluzione dei conflitti, caratterizzanti le società senza Stato. Ma v'è anche una seconda ragion d'essere delle teorie evolutive del diritto, la quale permane anche a considerarle come semplici interpretazioni generalizzanti: elaborare teorie evolutive del diritto sembra aprire le porte sia alla possibilità di riflessioni critiche concernenti gli ordinamenti giuridici contemporanei, sia alla possibilità di riflessioni pratico-politiche concernenti il futuro degli stessi. Come si è già avuto modo di considerare accennando ad *Antropologia delle forze: dalle società senza stato alle società statuali* di José Gil, ricostruire il processo di evoluzione macrostorica che ha condotto alle configurazioni moderne di ordinamento giuridico può consentire di valutare criticamente se vi siano caratteristiche di altre e antecedenti forme giuridiche che, andate perdute nel percorso evolutivo in questione, meriterebbero di essere recuperate in seno agli ordinamenti giuridici moderni. Analogamente, le teorie evolutive del diritto, come interpretazioni relative a senso e direzione di certe metamorfosi del fenomeno giuridico nel contesto della storia sociale e culturale del genere umano, possono servire da fondamento per ipotizzare quale potrebbe essere la rotta da seguire per procedere con riforme

⁷⁵ K. Popper, *Miseria dello storicismo*, cit., p. 150.

degli ordinamenti giuridici esistenti: una rotta che si può valutare debba essere in consonanza o in dissonanza con la tendenza di evoluzione macrostorica riscontrata. Tale potenzialità pratico-politica delle teorie evolutive del diritto è certamente colta da Hans Kelsen che, come si avrà modo di approfondire nel terzo capitolo della presente ricerca, sulla base della propria ricostruzione dell'evoluzione macrostorica degli ordinamenti giuridici arriva a suggerire in quale direzione potrebbe e dovrebbe procedere la riforma del diritto internazionale.

Posto, dunque, che le teorie evolutive del diritto non presentano necessariamente le problematicità che hanno condotto al rifiuto delle elaborazioni basate sull'assunto dell'evoluzionismo unilineare classicamente inteso; posto che esse paiono rivelare un senso e una ragion d'essere anche laddove non venga loro riconosciuto status di teorie scientifiche, ma solo status di interpretazioni generalizzanti; posto tutto ciò, pare possibile concludere che almeno entro certi limiti risulta infondato il discredito generalizzato in cui versano oggi i tentativi di ricostruire sequenze di evoluzione macrostorica del diritto. In altri termini, le teorie evolutive del diritto, seppur con le dovute cautele, meritano di essere rivalutate, tanto in riferimento alla loro importanza storica come linea di ricerca, quanto in riferimento alle loro potenzialità teoretiche e pratico-politiche. Sullo sfondo di questa conclusione, nel prossimo capitolo si intende procedere con un lavoro di ricostruzione storico-critica volto ad evidenziare come quella delle teorie evolutive del diritto non sia una parentesi infelice e circoscritta nella storia della cultura giuridica, ma una linea di ricerca che può vantare una lunga tradizione che, risalente fino all'antichità classica, viene portata avanti ancora oggi da alcuni studiosi, a dispetto delle diffuse e radicate perplessità concernenti la possibilità di individuare percorsi di evoluzione macrostorica del fenomeno giuridico.

Capitolo Secondo

Evoluzione macrostorica del diritto: la vasta storia di un'idea

2.1. I primordi di una storia

2.1.1. Tempo e mito nel mondo classico

Nel saggio *Modelli di Temporalità*¹, Giuseppe Limone si sofferma a mettere in evidenza la specificità della concezione che gli antichi avevano del tempo: circolare, senza fine, eterno, fatto di corsi e ricorsi. Contrapponendo la concezione del tempo degli antichi alla concezione lineare che si afferma nel Medioevo, Limone scrive:

Esiste, nella tradizione storiografica e filosofica odierna, ormai consolidata, la distinzione fra il tempo degli antichi – eternamente circolare, reversibile, tornante, senza inizio né fine – e il tempo dell'evo cristiano-procedente in una sola direzione, rettilineo, con inizio e catastrofe finale.²

Pur condivisibile, la posizione di Limone deve essere integrata con la precisazione che, al fianco della concezione circolare del tempo, presso i pensatori del mondo classico è rinvenibile anche una visione evolutiva, in chiave progressiva, del tempo in generale e della storia del genere umano in particolare. A tal proposito, in *History of the Idea of Progress*³, Norbert Nisbet sostiene:

Grazie ai preziosi insegnamenti di studiosi del mondo classico come Ludwig Edelstein, M. I. Finley, W. K. C. Guthrie e Eric R. Dodds è oggi possibile sostenere che Greci e Romani, contrariamente all'interpretazione convenzionale, avevano precisa consapevolezza della vastità della storia passata, nonché contezza di un certo progresso nelle arti, nelle scienze e nelle condizioni generali dell'umanità in terra.⁴

Partendo dal presupposto di questa duplice visione della temporalità, non deve stupire che risulti possibile individuare nel mondo classico non solo alcune riflessioni concernenti le origini e l'evoluzione della civiltà umana in generale, ma anche, più nello specifico, riflessioni concernenti la genesi e l'evoluzione macrostorica del fenomeno giuridico. Tali ricostruzioni

¹ G. Limone, *Modelli di temporalità. L'homo sapiens sapiens tra i simboli e il tempo*, in G. M. Chiodi (a cura di), *Tempo della legge e tempo della storia*, Napoli, Alfredo Guida Editore, 1999.

² Ivi, p.109.

³ N. Nisbet, *History of the Idea of Progress*, New York, Basic Books, 1980.

⁴ Trad. mia dall'originale inglese: «Through the specialized scholarship of such eminent classicists as Ludwig Edelstein, M. I. Finley, W. K. C. Guthrie, and Eric R. Dodds we have come to see that the Greeks and Romans, contrary to conventional interpretation, did have a distinct awareness of a long past, did see a measured progression of the arts and sciences and of man's estate on earth, and did on occasion refer to a future in which civilization would have gone well beyond what it was in their own time» (N. Nisbet, *History of the Idea of Progress*, cit., p. 11).

classiche si caratterizzano per il ricorso frequente ad una ricca e variegata costellazione mitologica, ma il riferimento al mito non deve essere considerato come ragione per negare un vivo e reale interesse alla comprensione storico-genetica delle sorti della specie umana. Infatti, rifacendosi a Henri Hubert e Marcel Mauss, in *Il 753 a.C. L'anno zero del diritto*⁵, Aglaia McClintock sostiene che le narrazioni mitiche sono inizialmente pensate come relative ad episodi che si collocano fuori dal tempo, ma – con il maturare della coscienza storica – tendono poi ad essere collocate nel corso reale degli eventi, in particolare per render conto dell'origine e della fine dei tempi:

Hubert e Mauss osservano che gli eventi mitici si svolgono fuori dal tempo, eppure «ogni mitologia si è sforzata di fissare questa eternità nella serie cronologica e in genere la si è posta alla fine o all'inizio dei tempi» (miti delle origini o miti escatologici). Man mano che la società impara a rappresentare i fatti con maggiore precisione nel tempo, anche i miti chiedono di essere posti nel tempo con maggiore precisione. Ciò che era all'origine o alla fine dei tempi diviene fatto storico, collocato in una "data critica", in momento, cioè, che differisce dalle durate che precedono e seguono poiché spezza la continuità del tempo.⁶

Nelle riflessioni concernenti l'evoluzione macrostorica del fenomeno giuridico riscontrabili nel mondo classico, dunque, il racconto mitico – con il suo riferirsi a dèi, eroi o eponimi fondatori di città e donatori di leggi – appaga la concreta «esigenza di conoscenza di come si fissino le relazioni umane sotto la specie della stabilità di un ordinamento collettivo»⁷. Se, dunque, il ricorso al mito non deve essere considerato come ragione per negare un reale interesse alla comprensione storico-genetica delle origini e metamorfosi del diritto, d'altra parte esso consente di mettere in evidenza come le riflessioni concernenti l'evoluzione macrostorica del fenomeno giuridico riscontrabili nel mondo classico siano caratterizzate da un approccio che può essere definito filosofico-congetturale in quanto non fondato su un'attenta valutazione di dati storici o empirici.

2.1.2. *Eschilo*

Intese come riti collettivi della *polis*, le tragedie greche devono essere considerate non solo cassa di risonanza per idee e problemi di natura politica concernenti la società ateniese, ma anche come occasione per condividere riflessioni su questioni più generali e astratte di ordine filosofico-politico e religioso. Non deve quindi stupire che già in alcune tragedie greche sia

⁵ A. McClintock, *Il 753 a.C. L'anno zero del diritto*, in F. Casucci (a cura di) *Diritto di parola. Saggi di diritto e letteratura*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009, pp. 243-256.

⁶ Ivi, p. 246.

⁷ M. Caroselli, *La fondazione della città nel mito veterotestamentario*, in G. Romagnoli (a cura di) *Il mito in Sicilia*, Palermo, Carlo Saladino Editore, 2007, p. 73.

possibile rinvenire considerazioni concernenti l'evoluzione macrostorica del fenomeno giuridico. Infatti, l'*Oresteia* (460-459 a.C.) di Eschilo⁸, unica trilogia tragica a noi pervenuta per intero, può esser letta come tentativo di cristallizzare in forma artistica la cruciale transizione tra due epoche giuridiche ben distinte, vale a dire il passaggio dal (pre)diritto basato su legge del taglione e pratica vendicativa, al diritto basato sull'autorità dei giudici. Tale interpretazione dell'*Oresteia* è suggerita da François Ost in *Mosè, Eschilo e Sofocle. All'origine dell'immaginario giuridico*⁹. Ad *incipit* del secondo capitolo dedicato appunto all'analisi dettagliata dell'*Oresteia*, Ost spiega in questo modo la sostanziale metamorfosi del fenomeno giuridico messa in scena da Eschilo nella trilogia:

Non è vietato pensare – gli storici del diritto ci esortano a farlo – che il giudice fosse, prima del legislatore, e molto prima dell'amministratore, la figura giuridica originaria: la prima autorità che, distaccandosi dalla comunità, sia stata investita del compito di dire il diritto per la comunità. Ma sarà stato necessario, per questo, che la comunità superasse un ostacolo veramente incommensurabile e nel quale si può vedere l'atto fondatore del diritto nella sua interezza: la rinuncia a farsi giustizia da sé e il ricorso a un terzo imparziale – al di sopra delle parti – per mettere fine a una disputa. Questo capitolo racconta tale passaggio, del resto mai interamente compiuto.¹⁰

Passando all'analisi dell'*Oresteia*, si può allora anzitutto notare che il mondo che si rivela attraverso *Agamennone* e *Coefore*, primi due episodi della trilogia, è totalmente dominato dalla logica del taglione. Clitennestra uccide il marito Agamennone per vendicare la morte della figlia Ifigenia, sacrificata dal padre per propiziarsi le divinità in vista della guerra di Troia: non nasconde il suo delitto, lo rivendica in quanto totalmente legittimato dalla legge del taglione, ovvero dalla giustizia delle Erinni. Di questa giustizia "arcaica" si fa portavoce il Coro: «Oltraggio giunge su oltraggio: difficile giudicare. Chi preda è predato; chi uccide paga. Fin quando, nel tempo, rimane Zeus, rimane che chi agisce subisce: è legge»¹¹. Nelle *Coefore*, similmente, protagonista indiscussa è la legge del taglione: Oreste uccide la madre Clitennestra per vendicare l'assassinio del padre Agamennone, dandosi poi alla fuga consapevole di esser divenuto egli stesso bersaglio dell'implacabile legge del taglione per il matricidio commesso¹².

⁸ Eschilo, *Oresteia*, Milano, Mondadori, 1981.

⁹ F. Ost, *Raconter la loi. Aux source de l'imaginaire juridique*, 2004, trad. it. *Mosè, Eschilo, Sofocle. All'origine dell'immaginario giuridico*, Bologna, Il Mulino, 2007.

¹⁰ Ivi, p. 75.

¹¹ Eschilo, *Oresteia*, cit., p. 141, vv. 1560-1564.

¹² Numerosi studiosi dei sistemi di giustizia vendicativa, tra i quali ad esempio Antonio Pigliaru, hanno sottolineato come la legge del taglione rischi di avviare una catena infinita di delitti che sono al tempo stesso sanzioni, con la conversione del predatore in preda, della vittima in colpevole, del giustiziere in giustiziato. Questo rischio è secondo Ost limitato dal fatto che la legge del taglione non impone come unica soluzione la vendetta, ma ammette

È bene chiarire che la pratica vendicativa di cui si parla non deve essere intesa come reazione istintiva e animalesca, ma come oggetto di una codificazione consuetudinaria rigorosa, come pratica istituzionalizzata che si inserisce in un articolato sistema di giustizia che, all'insegna della compensazione, mira non solo a ripristinare l'onore dello offeso (funzione privata), ma anche ad assicurare l'equilibrio necessario a che possa ricominciare il libero scambio nel contesto sociale (funzione pubblica). Ost scrive:

Compresa come istituzione del sistema vendicativo, la vendetta dipende a doppio titolo dalla *dike*: essa si iscrive sotto il codice d'onore delle società di eguali, come mezzo per rispondere all'offesa e recuperare la propria dignità e, d'altra parte, manifesta la preoccupazione di restaurare la reciprocità degli scambi che l'affronto ha sbilanciato.¹³

Il superamento di questa forma arcaica di giustizia, di questo (pre)diritto basato su legge del taglione e vendetta (come una tra le tante possibili pratiche compensatorie), è messo in scena da Eschilo in *Eumenidi*. Un ruolo cruciale nel terzo episodio della trilogia è giocato dalla dea Atena cui spetta il compito non solo di persuadere le Erinni, protettrici della giustizia vendicativa, ma anche di istituire l'Areopago, tribunale composto dai migliori cittadini ateniesi. Attraverso la fondazione dell'Areopago, che proclama Oreste innocente, si «consuma la rottura con l'universo magico del prediritto, costituito da ordalie e giuramenti» e si «entra, con lo scrupolo della giustizia vera e propria, nel mondo delle prove obiettive e delle argomentazioni razionali»¹⁴. Ost evidenzia come tale superamento non sia assoluto, ma un superamento che ingloba (*Aufhebung*). Infatti, le Erinni non scompaiono ma, tramite il discorso persuasivo di Atena, si trasformano in Eumenidi. Protettrici della città e del nuovo ordine, le Eumenidi «continuano a simboleggiare il timore salutare delle sventure che comporterebbe l'oblio delle leggi»¹⁵. Come sottolinea Ost, il permanere delle Eumenidi si rispecchia in qualche modo anche

anche altre forme non violente di compensazione: «La vendetta è spesso qualificata come *poiné* (da cui il termine moderno di pena) ed è precisamente la contropartita di cui, in cambio, è prevista la compensazione. Aristotele sottolinea in maniera netta questo senso: la vendetta è "contraccambiare" [...] Ma questa compensazione non esige necessariamente la morte dell'offensore. Ci si ricorderà inoltre che era stata citata, per crimini meno gravi, la possibilità di una compensazione finanziaria. Courtois sottolinea, a questo proposito, la grandissima creatività del diritto arcaico» (F. Ost, *Mosè, Eschilo, Sofocle. All'origine dell'immaginario giuridico*, cit., p. 130). Altre caratteristiche della giustizia vendicativa sono: il fatto che si applica indifferentemente al colpevole e ai suoi discendenti; che può essere scatenato dalla violazione, non veramente intenzionale, di divieti impliciti, di tabù più o meno oscuri; che si mantenga nella memoria la somma dei misfatti passati, perché determinano meccanicamente il futuro. Per un approfondimento relativo alle caratteristiche della giustizia vendicativa, si rimanda a: I. Terradas, *Justicia vindicatoria: de la ofensa e indefensión a la imprecación y el oráculo, la vindicta y el talión, la ordalia y el juramento, la composición y la reconciliación*, Madrid, CSIC, 2008.

¹³ F. Ost, *Mosè, Eschilo, Sofocle. All'origine dell'immaginario giuridico*, cit., p. 129.

¹⁴ Ivi, p. 115.

¹⁵ Ivi, p. 123.

nella realtà storica, nella misura in cui effettivamente i giudici si limiteranno per lungo tempo all'accertamento dei fatti condizionanti e all'ordine della sanzione, lasciando alla vittima o ai suoi congiunti l'onere dell'esecuzione. Ost osserva:

Di fatto l'intervento dei giudici pubblici, si limiterà per lungo tempo (in caso di furto, stupro, omicidio, adulterio ecc.) a verificare se tutte le condizioni per l'esercizio della vendetta privata si siano verificate e, in caso di risposta positiva, ad affidare il colpevole alla vittima o alla sua famiglia. Solo molto tardi nella storia del diritto la repressione pubblica si sostituirà interamente alla compensazione privata.¹⁶

Pur non trattandosi, dunque, di un tentativo sistematico di affermare e spiegare l'evoluzione macrostorica del fenomeno giuridico, l'*Oresteia* di Eschilo mette in scena un passaggio epocale nell'evoluzione dell'amministrazione della giustizia e, con ciò, consente di cogliere come già nel mondo classico vi sia consapevolezza di un evolversi macrostorico del diritto. Un passaggio talmente epocale, quello da forme di giustizia vendicativa a forme di giustizia in cui un ruolo di primo piano è giocato dal giudice come terzo al di sopra delle parti, che sarà sottolineato poi anche in numerose teorie evolutive del diritto a venire come, fra le tante, quelle di Kelsen, Lampe e Gil.

2.1.3. *Protagora e Platone*

Passando dal piano della tragedia greca a quello della filosofia antica, è similmente possibile individuare riflessioni concernenti l'evoluzione macrostorica del fenomeno giuridico, ad esempio in pensatori come Protagora e Platone. Bisogna chiarire fin da subito che nel caso di questi filosofi i temi dell'origine e dell'evoluzione macrostorica del diritto non sono riconosciuti e approfonditi nella loro specificità, ma affrontati solo a margine di una più ampia riflessione concernente la storia e il progresso del genere umano. Si tratta cioè di ricostruzioni relative all'evoluzione sociale e culturale del genere umano in cui si trova qualche riferimento all'evoluzione macrostorica del fenomeno giuridico e non di sistematiche teorie evolutive del diritto. Ciò premesso, quindi, si può volgere l'attenzione al sofista Protagora, il cui pensiero in relazione all'evoluzione progressiva del genere umano ci viene tramandato da Platone in uno dei suoi dialoghi. Come sostiene Norbert Nisbet in *History of the Idea of Progress*, non v'è motivo di pensare che Platone non abbia riportato fedelmente le idee del sofista:

Per render conto in maniera esaustiva della concezione protagorea del progresso umano, è necessario volgere l'attenzione al dialogo platonico intitolato *Protagora*. Non v'è alcuna ragione per dubitare che Platone si sia impegnato a rendere accuratamente e fedelmente l'effettiva visione di Protagora. Il rispetto

¹⁶ Ivi, p. 131.

per Protagora emerge a più riprese e il resoconto dettagliato che è fornito della vita politica e intellettuale di Atene consente di supportare l'idea che attraverso il *Protagora* platonico trovi onestamente espressione la filosofia protagorea.¹⁷

Nel dialogo platonico *Protagora*¹⁸, dunque, il celebre sofista discute con Socrate della possibilità per gli uomini di apprendere le virtù politiche e propone al suo interlocutore una storia non solo relativa alla creazione del mondo e del genere umano, ma anche concernente la genesi di società e diritto. La narrazione di Protagora si ispira esplicitamente al mito di Prometeo. La storia è nota: gli dèi incaricano i titani Epimeteo e Prometeo di dotare tutte le creature viventi di qualità che garantiscano loro la sopravvivenza. Epimeteo, nel distribuire le qualità, dimentica gli uomini e, per compensare tale mancanza, Prometeo fornisce loro fuoco e conoscenza delle arti tecniche, rubati rispettivamente ad Efesto ed Atena. Gli uomini riescono, con questi doni, a sopravvivere, ma rimangono soggetti a continue minacce esterne come, ad esempio, gli assalti delle belve. In cerca di riparo, si riuniscono in città, ma le acridini fra i cittadini rischiano di sfociare in guerre così feroci da mettere a rischio di estinzione l'intero genere umano. Nel racconto di Protagora, si rivela a questo punto provvidenziale l'intervento di Zeus che decide di distribuire equamente fra gli uomini il rispetto (*aidos*) e la giustizia (*dike*):

Zeus, temendo per la nostra specie, minacciata di andar tutta distrutta, inviò Hermes perché portasse agli uomini il rispetto [*aidos*] e la giustizia [*dike*] affinché servissero da ordinamento della città e da vincoli costituenti unità di amicizia. Chiede Hermes a Zeus in quale modo debba dare agli uomini il rispetto e la giustizia: «Debbo distribuire giustizia e rispetto come sono state distribuite le arti? Le arti furono distribuite così: uno solo che posseda l'arte medica basta per molti profani e lo stesso vale per le altre professioni. Anche giustizia e rispetto debbo istituirli negli uomini nel medesimo modo o debbo distribuirli a tutti?». «A tutti, rispose Zeus, e che tutti ne abbiano parte: le città non potrebbero esistere se solo pochi possedessero pudore e giustizia, come avviene per le altre arti. Istituisce, dunque, a nome mio una legge per la quale sia messo a morte come peste della città chi non sappia avere in sé pudore e giustizia».¹⁹

In *Mosè, Eschilo e Sofocle. All'origine dell'immaginario giuridico*, François Ost propone un'interessante lettura di questo passaggio, sottolineando il fatto che «Zeus non offre la legge, ma il rapporto con la legge»²⁰, ovvero «una disposizione favorevole nei suoi confronti,

¹⁷ Trad. mia dall'originale inglese: «For Protagoras' full conception of mankind's progress, we must go to Plato's dialogue Protagoras. There is no reason whatever to believe that Plato did other than set down as accurately as he could the actual, stated views of Protagoras. The respect for Protagoras is evident throughout, and the detail that is provided of Athenian political and intellectual life gives a high degree of support to the view that it is in fact Protagoras, and not Plato speaking his own views through the personage of Protagoras, who come to the fore» (N. Nisbet, *History of the Idea of Progress*, cit., p. 22).

¹⁸ Platone, *Protagora*, in Platone, *Opere complete*, Roma-Bari, Laterza, 1996, vol. 5, pp. 61-131.

¹⁹ Ivi, pp. 82-83.

²⁰ F. Ost, *Mosè, Eschilo, Sofocle. All'origine dell'immaginario giuridico*, cit., p.37.

un'inclinazione alla civiltà, una certa capacità di stima interiore»²¹ che è il presupposto di qualsivoglia esperienza della giuridicità, la condizione affettiva *a priori* del diritto. Infatti, spiega Ost, «*dike* è la giustizia, che rimanda, da un lato, all'eguaglianza, alla parte dovuta, e dall'altro, alla legalità, al rispetto delle spartizioni fissate dalla legge»²², mentre *aidos* – che significa nello stesso tempo onore, dignità, pudore, vergogna, timore rispettoso, devozione religiosa – corrisponde a «quel sentimento di ritegno che mette in discussione insieme il rapporto con noi stessi e il rapporto con gli altri»²³. Chiariti significato di *aidos* e *dike*, Ost conclude:

Laddove ci si aspettava che Zeus affidasse agli uomini un codice di leggi determinate, comandamenti precisi, divieti sanzionati, istituzioni e procedure politiche pronte all'uso, offre invece doni più indiretti ed enigmatici: *aidos* e *dike* [...] Più che contenuti normativi determinati, *aidos* e *dike* sono dunque affetti politici che sono come le "condizioni affettive a priori della legge", i quali, fondando i legami della *philia* (amicizia tra cittadini), suggellano l'appartenenza alla comunità. Essi sono come il trascendentale della solidarietà civica e nello stesso tempo le ringhiere che preservano la società dagli straripamenti passionali.²⁴

Nella ricostruzione di Platone si può, dunque, riscontrare un Protagora che, nel contesto di una ricostruzione mitica concernente la storia sociale e culturale del genere umano, si rivela interessato alla questione delle origini del diritto (o nella lettura di Ost: alle condizioni trascendentali di possibilità dell'esperienza giuridica). Una posizione ed un approccio simili si ritrovano anche nel *Libro Terzo* delle *Leggi*²⁵, opera della maturità, in cui Platone – per tramite dell'enigmatica figura dell'Ateniese che è generalmente considerato suo portavoce – propone una storia filosofico-congetturale riguardante «l'origine delle costituzioni dello Stato»²⁶. La storia che Platone descrive si articola come processo graduale che ha luogo in un arco di tempo molto ampio. *Incipit* della narrazione platonica è una catastrofe naturale: un diluvio azzerava totalmente le conquiste materiali, sociali, culturali del genere umano. L'umanità si ritrova al punto zero, senza alcun ricordo delle vestigia del glorioso passato. In questo nuovo inizio che ricolloca gli uomini agli albori del vivere associato, è possibile constatare, secondo Platone, assenza di istituzioni complesse, di competenze tecniche e ricchezze. In questa sorta di stato di natura, l'uomo è inoltre caratterizzato da innocenza morale e semplicità. Platone così descrive tali inizi:

²¹ *Ibidem*.

²² *Ivi*, p. 36.

²³ *Ibidem*.

²⁴ *Ivi*, pp. 36-37.

²⁵ Platone, *Le Leggi*, in Platone, *Opere complete*, Roma-Bari, Laterza, 1987, vol. 7, pp. 33-418.

²⁶ *Ivi*, p. 90.

Prima di tutto quegli uomini fra loro si amavano, si volevano bene perché erano pochi e soli e poi non dovevano combattersi per mangiare. Non c'era scarsità di pascoli, se non per qualcuno forse in principio, e dai pascoli allora traevano la base del loro alimento. Non erano mai poveri infatti di latte e di carni e anche quando cacciavano avevano modo di procurarsi un cibo che non era vile né poco [...] Perciò non erano proprio poveri e non divenivano discordi sotto la spinta della povertà; e nemmeno ricchi divennero mai perché erano senza oro e senza argento; così vivevano allora. Nella società ove non sia presente ricchezza né povertà, necessariamente i costumi saranno nobilissimi: infatti non sorge violenza né ingiustizia, rivalità ed invidie non possono nascere. Erano buoni in grazia di questa vita e di quella che si dice "semplicità"; ciò che sentivano definire bello o brutto ritenevano esser detto con verità, senza limitazione, e vi si conformavano, essendo appunto uomini semplici.²⁷

Platone, dunque, chiarisce che i primi gruppi sociali, composti da uomini così semplici e moralmente innocenti, sono di dimensioni ridotte e che le relazioni interpersonali si basano su nuclei familiari patriarcali, tradizioni e diritto consuetudinario non scritto:

Possiamo allora dire che c'erano omini allora di costumi più semplici e più coraggiosi ed anche più saggi e in tutto più giusti? [...] Tutto questo sia da noi enunciato e quanto seguirà si intenda da noi detto al fine di comprendere quale bisogno quegli uomini avevano delle leggi e quale era il loro legislatore [...] Perché non è forse vero che quelli non potevano avere bisogno di legislatori né in quei tempi la legislazione soleva essere realizzata? Infatti, non hanno neppure in alcun modo la scrittura quelli nati in questa parte del periodo di tempo necessario all'evoluzione, vivono seguendo i costumi e le leggi che si dicono tramandate dagli avi [...] Mi pare che tutti chiamino la costituzione in vigore a quel tempo "patriarcato", e c'è ancora in molti luoghi, sia presso i Greci che i barbari.²⁸

Tuttavia, la situazione vigente fino a quel momento è destinata a mutare in quanto, per limitare i rischi provenienti dal mondo naturale e animale, avviene l'incontro di diversi gruppi familiari e la formazione di gruppi sociali più complessi:

[Gli uomini] si radunano poi in comunità più numerose e formano organismi politici più grandi; si rivolgono dapprima alle campagne poste ai piedi dei mondi e stendono recinti a guisa di siepe come mura a difesa dalle fiere, e compiono allora una sola casa grande e comune.²⁹

È con l'incontro tra diversi gruppi familiari patriarcali, ognuno avente le proprie norme consuetudinarie, che secondo Platone ci si avvia tanto verso la nascita di una legislazione positiva risultante dall'accordo tra i capifamiglia, quanto verso l'istituzione di organi preposti alla creazione e all'applicazione della legge:

²⁷ Ivi, p. 92.

²⁸ Ivi, p. 93.

²⁹ Ivi, p. 94.

Queste organizzazioni più grandi crescono per l'aggregarsi delle prime e più piccole, e ciascuna delle minori è presente, per ciascuna singola stirpe avendo come suo capo il più vecchio e certi suoi costumi particolari a lei sola per il fatto che sono vissute separate le une dalle altre; essendo stati diversi fra di loro i capostipiti e gli educatori, diversi devono essere stati anche i rapporti loro consueti con gli dèi e con gli uomini, più prudenti quelli che discendevano da antenati più prudenti, più virili quelli discendenti da antenati più virili. A questo modo ciascuna stirpe forma secondo le sue concezioni i suoi figli e i figli dei figli e così come stiamo dicendo vengono nella comunità più grande avendo norme particolari. E a ciascuno necessariamente vanno bene le proprie norme, e dopo quelle degli altri [...] Si rende quindi necessario che tutti questi uomini convenuti insieme scelgano alcuni di loro per tutti, i quali, esaminate le norme proprie d'ognuno, mostrino in comune e chiaramente ai capi ed ai condottieri di quei popoli, come si farebbe coi re, quelle che per loro sono le più adatte e le diano loro da vagliare. Essi verranno chiamati "legislatori". Saranno da loro poi stabiliti i magistrati e costituita una aristocrazia o anche una monarchia, traendola dai capi del patriarcato, e governeranno così in questa fase di sviluppo della costituzione.³⁰

Benché a margine di una riflessione generale concernente la storia sociale e culturale del genere umano, Platone rende dunque conto del passaggio epocale da società semplici basate sul diritto consuetudinario a società complesse che invece si fondano sulla legislazione positiva: passaggio che implica, ovviamente, l'istituzione di organi specifici preposti alla creazione e all'applicazione delle norme giuridiche.

2.1.4. *Tito Lucrezio Caro*

Anche nel *De rerum natura*³¹ di Tito Lucrezio Caro, uno dei capolavori della poesia latina, è possibile rinvenire riflessioni concernenti l'evoluzione macrostorica del fenomeno giuridico. In particolare, nel *Libro V* Lucrezio narra dell'origine e del progresso della civiltà umana e, nel contesto di tale racconto, propone una ricostruzione della genesi e degli sviluppi del fenomeno giuridico. L'approccio di Lucrezio richiama quello filosofico-congetturale già riscontrato in Protagora e Platone, ma nella sua ricostruzione si innesta un elemento innovativo, ovvero l'ipotesi del contratto sociale, su cui sarà necessario soffermarsi in seguito, in quanto determinante per gli sviluppi della storia delle teorie evolutive del diritto.

Nel suo resoconto, Lucrezio parte dalla contrapposizione tra stato di natura e stato di società, caratterizzando il primo come condizione in cui gli uomini vivono in buona sostanza a guisa di bestie (*more ferarum*). Errabondi, gli uomini abitano le caverne dei monti, fra le foreste, e si nutrono dei prodotti spontanei del suolo. Non hanno alcuna conoscenza tecnica e sono privi

³⁰ Ivi, p. 94.

³¹ Lucrezio, *De rerum natura*; trad. it. *La natura delle cose*, Milano, Mondadori, 2019.

non solo di un'organizzazione propriamente politica e giuridica, ma anche di qualsivoglia semplice forma di organizzazione sociale. Infatti, precisa Lucrezio, gli uomini delle origini «né a un bene comune riuscivano a guardare, né di alcuna consuetudine tra loro sapevano usare, né di leggi»³².

La natura ferina dell'uomo inizia, tuttavia, a smussarsi: si assiste ad alcuni miglioramenti sul piano tecnico/materiale e, parallelamente, vengono stabilite una serie di convenzioni (*foedera*) per la regolamentazione della vita sociale. Così ha luogo l'uscita dallo stato di natura e la nascita della prima forma di vita associata. Tali convenzioni, la cui *ratio* è essenzialmente di evitare o limitare danni reciproci, risultano tutto sommato efficaci nell'assicurare la conservazione della vita e della specie umana. Rimangono tuttavia alcuni soggetti "devianti" e, dunque, stabilità e sicurezza sono ancora ben lungi dall'esser garantite in modo effettivo:

Poi, dopo che si procurarono capanne e pelli, e il fuoco, e una donna unita ad un uomo si ritirò e videro prole nata da loro, allora per la prima volta la stirpe umana iniziò ad addolcirsi [...] Allora, cominciarono a unire amicizie tra loro i vicini, non volendo né nuocere né prendere danno, e i fanciulli si affidarono l'un l'altro, e la razza delle donne, con voci e con gesti a parole spezzate indicando esser giusto che tutti avessero compassione dei deboli. Né tuttavia in modo assoluto poteva nascere accordo ma grande e massima parte osservava i patti (*foedera*) piamente; altrimenti la razza umana già allora tutta sarebbe stata distrutta né la propagazione avrebbe potuto fin qui trasmettere le stirpi.³³

Dopo un dettagliato resoconto relativo alla genesi di un linguaggio comune, Lucrezio procede a mettere in evidenza un secondo momento di sviluppo sociale, ovvero il passaggio ad una terza fase, successiva tanto allo stato di natura ferino quanto alle forme primitive di vita associata. Gli uomini più dotati di ingegno e forza di spirito, ovvero quelli che più contribuiscono allo sviluppo delle condizioni materiali di vita, acquistano sempre maggiore autorità e ben presto vengono ad assumere la funzione di *reges*. Ai re si deve non solo la fondazione delle città e delle fortificazioni, ma anche un'ulteriore organizzazione della società, ad esempio la distribuzione delle terre e dei beni e, consequenzialmente, l'istituzione di una classe aristocratica:

Di giorno in giorno, sempre più, insegnavano a mutare il cibo e la vita di prima con nuove cose e col fuoco quelli che emergevano per intelligenza ed erano forti nel cuore. Cominciarono dunque a fondare città, e collocare fortezze, i re stessi per loro, difesa e grande rifugio, e greggi e campi divisero e li assegnarono secondo bellezza e forza e intelligenza d'ognuno.³⁴

³² Ivi, p. 391 (vv. 958-959).

³³ Ivi, pp. 395-397 (vv. 1011...1027).

³⁴ Ivi, p. 401 (v. 1105...1112).

Per comprendere la natura di questa terza fase di sviluppo della società e in particolare il ruolo svolto dai *reges* nell'organizzazione della società, val la pena considerare quanto Aglaia McClintock scrive in *Il 753 a.C. L'anno zero del diritto* a proposito della figura e del ruolo del *rex* nel mondo latino come sorta di sacerdote cui spetta il compito di indicare la retta via, più che il compito di comandare autoritativamente:

Dobbiamo allontanare dal nostro discorso ciò che oggi comunemente si intende per re: la concezione medievale del re detentore del potere supremo, che, attraverso il sangue, per virtù divina trasmette al principe suo figlio. Questi concetti sono sconosciuti in Roma: il principe è il *princeps senatus*, il più anziano dei senatori. Sarà Augusto a dare a questo titolo una nuova rilevanza. Fra *rex* e *princeps*, dunque, non vi è una relazione nel senso che vi diamo oggi [...] *Rex* è colui che traccia la linea, la via da seguire, che incarna nello stesso tempo ciò che è retto. La sua missione non è di comandare, ma di fissare regole, di determinare ciò che è in senso proprio, retto. Il *rex* così definito assomiglia più a un sacerdote che a un sovrano.³⁵

Ritornando alla storia narrata nel *De rerum natura*, Lucrezio chiarisce che la fase di dominio dei più meritevoli e forti, dei *reges*, non poteva tuttavia durare a lungo a causa dell'inevitabile scontro delle volontà di potenza. Gli uomini divengono assetati di gloria, potere e soprattutto di benessere materiale. Infatti, una volta comparsa la proprietà e divenuto l'oro una merce di scambio, si perviene alla situazione per cui il riconoscimento sociale è veicolato dal possesso di ricchezze. I re vengono così uccisi e si piomba in uno stato anarchico di *bellum omnium contra omnes*:

Poi fu inventata la proprietà, fu scoperto l'oro, che facilmente sottrasse il rispetto a forza e onore; per lo più infatti gli uomini s'accodano al ricco, benché forti e dotati di corpo ben fatto [...] Ma gli uomini si vollero famosi e potenti, perché su base ben ferma ristesse il loro destino, e potessero, ricchi, condurre una liscia esistenza; ma inutilmente, poiché lottando per giungere alla vetta del potere, pericoloso si resero il percorrere quella vita [...] Allora, uccisi i re, sconvolti giacevano l'antica maestà dei troni e gli scettri superbi, e l'insigne ornamento di testa regale, macchiato di sangue, sotto i piedi del popolo il grande onore piangeva; infatti con passione si calpesta ciò che prima fu troppo temuto. La vita pubblica dunque tornava a massimo caos e sconvolgimento, ciascuno cercando per sé potere e supremazia.³⁶

Per uscire dallo stato di anarchia seguito alla cacciata dei re, gli uomini decidono di stipulare dei nuovi patti di pace, il cui risultato è la nascita di una effettiva organizzazione giuridica che si caratterizza per l'istituzione di magistrature e la formulazione di principi giuridici (*iura*) per potersi valere di leggi:

³⁵ A. McClintock, *Il 753 a.C. L'anno zero del diritto*, cit., p. 248.

³⁶ Lucrezio, *La natura delle cose*, cit., pp. 403-405 (vv. 1105...1125/ vv. 1136...1142).

Ma allora alcuni insegnarono a creare la magistratura e fondarono il diritto, perché volessero obbedire alle leggi. Infatti, la razza umana, spossata dal vivere con violenza, languiva per le ostilità; e perciò essa stessa di suo volere cadde sotto le leggi e lo stretto diritto. Ciascuno, spinto da rabbia, era pronto a vendicarsi in modo più crudo di quanto oggi è concesso da leggi costanti; e per questo stancò gli uomini il vivere nella violenza. Da allora la paura di punizioni macchia i premi della vita. Violenza e ingiustizia irretiscono chi le pratica e spesso ritornano proprio là donde sono nate, né è possibile che conduca una vita serena e tranquilla chi rompe con le sue azioni i comuni accordi di pace (*communia foedera pacis*).³⁷

Considerata in larghe linee la ricostruzione macrostorica di Lucrezio, bisogna ora soffermarsi sull'elemento specifico ed innovativo che la caratterizza, ovvero l'idea del contratto sociale. A tal fine, illuminante risulta essere il commento di Guido Fassò al *Libro V* del *De rerum natura*. In buona sostanza, in *Storia della filosofia del diritto*³⁸, Fassò sottolinea che per Lucrezio il diritto è frutto di un contratto: tanto il diritto "primitivo" che si rivela al momento della prima associazione degli uomini tramite la stipulazione di semplici regole di condotta, quanto il diritto nella sua forma matura che nasce in seguito al periodo di anarchia e si caratterizza per l'istituzione di magistrature e per la determinazione di principi giuridici:

Il diritto nasce dunque come patto comune diretto ad assicurare la pace fra gli uomini; e le leggi non sono perciò per natura, bensì, come l'agricoltura, la poesia, l'arte, fan parte di ciò che il bisogno (*usus*) e l'alacre esperienza della mente hanno a poco a poco insegnato agli uomini che progredivano passo passo.³⁹

L'approccio di Lucrezio, dunque, si colloca non solo sulla scia delle storie filosofico-congetturali di Protagora e Platone, ma anche e soprattutto sulla scia della dottrina di ispirazione contrattualista proposta da Epicuro. Tuttavia, nota Fassò, se dai frammenti a noi pervenuti è possibile sostenere che Epicuro si limita ad affermare l'essenza utilitaria e il fondamento contrattuale della giustizia, non spingendosi a parlare di un'origine convenzionale della società e delle leggi positive, «da Lucrezio invece la tesi dell'origine, e perciò del fondamento contrattuale tanto della società quanto del diritto è esplicitamente affermata ed ampiamente illustrata»⁴⁰. Ecco perché Fassò sostiene che il *Libro V* del *De rerum natura* può essere considerato a pieno titolo «il primo documento della teoria del contratto sociale»⁴¹. E proprio il contratto sociale, nell'ottica delle teorie evolutive del diritto, pare possa essere considerato come artificio atto a significare che nell'evoluzione macrostorica delle forme politiche e del fenomeno giuridico un ruolo di primo piano è giocato dalla determinazione razionale e

³⁷ Ivi, p. 405 (vv. 1144-1156).

³⁸ G. Fassò, *Storia della filosofia del diritto*. Antichità e Medioevo, Bologna, Il Mulino, 1970.

³⁹ Ivi, p. 128.

⁴⁰ Ivi, p. 126.

⁴¹ Ivi, p. 127.

dall'azione intenzionale degli individui. Tale interpretazione del significato che la finzione del contratto sociale può assumere nell'ottica delle teorie evolutive del diritto pare in qualche modo suggerita anche da Fassò, quando spiega che per Lucrezio il contratto si configura come patto immanente al progresso del genere umano:

Dimostrando senso storico assai maggiore di quanto ne riveleranno teorie contrattualistiche posteriori, Lucrezio non concepisce il *foedus commune*, il patto che dà vita al diritto, come un evento accaduto, una volta per tutte, in un determinato momento: il diritto nasce da un patto, ma da un patto immanente al progresso stesso del genere umano, il quale a poco a poco, "passo passo" (*pedetemptim*) impara, e si foggia, con la ragione e con l'esperienza gli strumenti e le forme della civiltà.⁴²

Ciò che in conclusione interessa rilevare è che la componente del contratto sociale rinvenibile nella ricostruzione macrostorica proposta nel *Libro V* del *De rerum natura* si rivela, ai fini della presente ricerca, di estrema importanza in quanto si intende argomentare a favore dell'idea che la storia delle teorie evolutive del diritto prosegua proprio attraverso i pensatori che, in età moderna, faranno proprio il modello contrattualista di cui Lucrezio è l'iniziatore.

2.2. Al di là del contratto sociale

2.2.1. La vocazione storico-genetica delle teorie del contratto sociale

Sotto l'etichetta di "contrattualismo" rientrano quelle teorie filosofico-politiche che, partendo dall'ipotesi di un primordiale stato di natura, riconducono l'origine e le condizioni di legittimità della società civile/politica e dello Stato ad un contratto, attraverso il quale vengono stabiliti determinati obblighi e specifici diritti tanto per gli individui che ne entrano a far parte quanto per i governanti. Il paradigma contrattualista può vantare una lunga storia. Si è già avuto modo di considerare come la prima formulazione articolata del contratto sociale sia rinvenibile nel *De rerum natura* di Lucrezio, ma in *Storia della filosofia del diritto* Guido Fassò parla di possibili "accenni contrattualistici" anche nella Sofistica del mondo classico greco:

Si incontra presso alcuni Sofisti, enunciata più o meno esplicitamente, anche un'altra dottrina che sarà ripresa più tardi da vari scrittori, e che avrà grande sviluppo e fortuna nell'età moderna: la dottrina cioè per la quale il diritto e lo Stato, e secondo alcuni la società stessa, non sono istituzioni esistenti per natura, ma hanno origine da un atto della volontà umana, da un'espressa convenzione con la quale gli uomini danno loro vita.⁴³

Del modello contrattualista si avvalgono poi anche pensatori medievali nel tentativo di trovare soluzione al problema di come conciliare potere temporale e potere spirituale, ovvero con

⁴² Ivi, p. 128.

⁴³ G. Fassò, *Storia della filosofia del diritto. Antichità e medioevo*, cit., pp. 48-49.

l'obiettivo di stabilire limiti e criteri di legittimità del potere politico e del diritto positivo. In *Grandi opere del pensiero politico*⁴⁴, Jean-Jacques Chevallier sottolinea, ad esempio, come sia proprio in età medievale che si radichi la netta distinzione tra due tipi di accordi sociali distinti: il *pactum societatis* (o *unionis*) e il *pactum subjectionis*⁴⁵. Chevallier scrive:

I teologi del medioevo avevano, in realtà, distinto due contratti. In base al primo, detto *pactum unionis* o *societatis*, gli uomini isolati dello stato di natura si costituivano in società. In base al secondo, detto *pactum subjectionis* o di sottomissione, la società così costituita trasferendo o alienando i propri poteri mediante certe condizioni, si dava un capo, un sovrano.⁴⁶

Il paradigma contrattualistico viene così ereditato dall'età moderna che rappresenta di certo il momento di maggiore fortuna delle teorie del contratto sociale, soprattutto tra i secoli XVII e XVIII. A partire dall'elaborazione che ne viene proposta nel 1651 da Thomas Hobbes nel *Leviathan*⁴⁷, la "sfida contrattualistica" viene infatti accolta da numerosi altri pensatori, tra i quali i più noti sono certamente Baruch Spinoza, John Locke, David Hume, Jean Jacques Rousseau e Immanuel Kant. Con particolare riferimento a tali formulazioni moderne delle teorie del contratto sociale, in *Modelli di filosofia politica*⁴⁸, Stefano Petrucciani spiega che il paradigma contrattualista deve essere considerato come tentativo di rispondere alla «problematica della legittimità dell'ordine statale e del carattere vincolante dell'obbligo politico che ad esso ci lega», ovvero come «un metodo per dare una risposta razionale alla domanda che in un certo senso fa tutt'uno con il pensiero politico: come deve essere organizzato uno stato legittimo, cui tutti i cittadini siano tenuti a dare il loro assenso?»⁴⁹. Dalla caratterizzazione che ne fornisce Petrucciani, emerge chiaramente che tali dottrine presentano una netta vocazione normativa e prescrittiva e che loro obiettivo non è solo la legittimazione del potere politico in generale, ma anche (e forse soprattutto) la promozione e giustificazione di determinate forme di governo: monarchia assoluta per pensatori come Hobbes, democrazia per altri contrattualisti come invece Spinoza e Locke. Il carattere intrinsecamente prescrittivo

⁴⁴ J. J. Chevallier, *Les grande ouvres politiques. De Machiavelli à nos jours*, 1949 ; trad. it. *Le grandi opere del pensiero politico*, Bologna, Il Mulino, 1998.

⁴⁵ Si tratta di una distinzione cruciale in quanto, a seconda che si insista sulla rilevanza dell'uno o dell'altro tipo di patto, si arriva a sostenere una certa configurazione del potere politico statale. In particolare, i teorici che attribuiscono maggior peso al *pactum societatis* intendono sottolineare con nettezza gli obblighi dello Stato nei confronti dei cittadini e sono quindi in genere propensi a forme di governo democratiche; d'altra parte, i pensatori che attribuiscono maggiore rilevanza al *pactum subjectionis* insistono in particolar modo sui doveri del cittadino nei confronti dello Stato e in genere propendono per forme di governo assolute.

⁴⁶ J. J. Chevallier, *Le grandi opere del pensiero politico*, cit., p. 76.

⁴⁷ T. Hobbes, *Leviathan or The Matter, Form and Power of a Common-Wealth Ecclesiastical and Civil*, 1651; trad. it. *Leviatano*, Firenze, La nuova Italia, 1987.

⁴⁸ S. Petrucciani, *Modelli di filosofia politica*, Torino, Einaudi, 2003.

⁴⁹ Ivi, pp. 77-78.

delle teorie del contratto sociale emerge inoltre dal fatto che esse vanno spesso di pari passo con l'affermazione dei più disparati diritti naturali, ovvero con il tentativo di definire degli spazi di libertà ed autonomia degli individui rispetto al potere costituito. In tal senso, in riferimento al contrattualismo moderno, Fassò in *Storia della filosofia del diritto* scrive:

Il giusnaturalismo dell'età moderna non si esaurisce nell'affermazione dell'esistenza di leggi naturali e nella teoria di uno stato di natura dal quale si passi per un atto di volontà degli individui allo stato sociale e politico. Di questo artificio logico, talvolta travestito da fatto storico, i giusnaturalisti propriamente detti si servono per un fine ben preciso, che è la garanzia dei diritti innati dell'uomo anche nella condizione sociale e politica; e per essi il diritto naturale non è soltanto il fondamento di validità logica di quello positivo, ma ne è anche e soprattutto il limite quanto al contenuto.⁵⁰

Nella sua introduzione al modello contrattualistico, Petrucciani chiarisce inoltre come le teorie del contratto sociale non presentino alcuna ambizione o valenza storico-genetica in quanto le ricostruzioni del passaggio dallo stato di natura allo stato politico e civile che in esse è possibile rilevare sono (più o meno dichiaratamente, a seconda dei casi⁵¹) frutto dell'immaginazione ed evidentemente strumentali alla promozione di determinati valori politici:

La forza del modello contrattualistico non sta certo nella pretesa di ricostruire il processo storico-genetico della società politica a partire da individui originariamente pensati come isolati [...]. L'interesse del modello contrattualista non è certo da vedersi, dunque, nel fatto che esso fornisce uno schema lungo il quale ricostruire la genesi dello stato politico.⁵²

In merito a questo secondo giudizio di Petrucciani concernente l'assenza di qualsivoglia vocazione storico-genetica nei pensatori moderni che fanno proprio il paradigma del contratto sociale, si può entro certi limiti dissentire. Le teorie del contratto sociale si configurano certamente come teorie politiche con evidenti finalità prescrittive, ma rivelano al contempo una certa tendenza ed esigenza a pensare alla società civile/politica e allo Stato in termini evolutivi e macrostorici, ovvero una vocazione ad affrontare il problema effettivo della genesi e dello sviluppo tanto delle società politiche, quanto dello Stato. A riprova di tale interpretazione, si può notare con Norbert Nisbet che è indubbia l'influenza esercitata su questi pensatori dalla letteratura antropologica ed etnografica del tempo. Infatti, nello specifico a partire dal XVI secolo, iniziano a circolare profusamente in Europa numerosi resoconti redatti

⁵⁰ G. Fassò, *Storia della filosofia del diritto. L'età moderna*, Bologna, Il Mulino, 1970, p. 151.

⁵¹ L'idea che il contratto sociale sia semplice finzione si ritrova già in Pufendorf, ma si radica in particolare grazie a Rousseau, Kant e Fichte che, ancora più chiaramente, ne riconoscono e affermano il carattere propriamente e puramente congetturale.

⁵² S. Petrucciani, *Modelli di filosofia politica*, cit., p. 104.

dagli esploratori dei paesi scoperti tramite le spedizioni iniziate sin dal XV secolo. Concernenti popoli “selvaggi” che venivano considerati come esempi viventi di fasi anteriori della storia dei popoli “civilizzati”, tali resoconti andavano ad incrementare la curiosità nei confronti delle origini primitive del mondo occidentale e – benché certamente viziati da valutazioni etnocentriche – fornivano la possibilità di ancorare a dati più o meno attendibili le caratterizzazioni della genesi della socialità come quelle elaborate appunto dei contrattualisti. In *History of the idea of Progress* Nisbet scrive:

Viene raramente ricordato il fatto che questi pensatori, Locke specialmente, erano immersi nella letteratura antropologica del loro tempo e profondamente influenzati da ciò che leggevano. Hobbes, come testimoniato dal famoso paragrafo del *Leviatano*, rimase impressionato da ciò che aveva letto e ascoltato sulle bellicose popolazioni tribali del Nordest America. Nelle opere di Locke vi sono ben più numerosi riferimenti ai popoli primitivi. [...] è possibile constatare che egli si dedicò a letture approfondite relative tanto alle medesime popolazioni bellicose di indiani del Nord America che avevano interessato Hobbes, quanto ai ben più pacifici indiani del Sudest. L’attenzione di Rousseau si focalizzò invece sugli Indiani del Centro America, ma era certamente a conoscenza di altre popolazioni a cultura orale.⁵³

Della stessa opinione di Nisbet, è l’antropologo José Gil che in *Antropologia delle forze: dalle società senza Stato alle società statuali* insiste sul fatto che le teorie moderne del contratto sociale furono ampiamente condizionate dalle scoperte, iniziate già nel XV secolo, delle società “selvagge” dell’Africa e dell’America:

Lo sfondo cui tale rappresentazione dello stato di natura rinvia comprendeva indubbiamente le società primitive che l’Occidente era venuto scoprendo, a partire dal XV secolo, in Africa e soprattutto in America. Così Hobbes, alla fine del terzo capitolo del *Leviatano* fa riferimento all’America del suo tempo, prendendone i selvaggi a modello di quello stato di natura che non è “forse mai esistito”. E Locke, nel secondo dei *Two Treatise of Government*, scrive che l’America “è ancora un esempio delle prime età dell’Asia e dell’Europa”.⁵⁴

Alla luce delle puntualizzazioni di Nisbet e Gil, pare quindi possibile concludere a favore di una pur sottile vocazione storico-genetica delle teorie moderne del contratto sociale. A fronte di questa conclusione, pare quantomeno ragionevole chiedersi se nelle dottrine dei pensatori che

⁵³ Trad. mia dall’originale inglese: «What is too little and too seldom noted is the fact that these men, Locke especially, were steeped in the anthropological literature of their times and were without question deeply influenced by what they read. Hobbes, as the famous paragraph in *Leviathan* makes evident, was sensitive to what he had read and heard about warlike tribes of northeastern America. There are many more references to primitive peoples in Locke’s works [...] We can see his reading interests move, for example, from the same warlike North American Indians Hobbes had been stuck by all the way down to the much more peaceful, landholding Indians of the South-east [...] Rousseau’s political attention went to the Indians of Central America, but he was not unaware of other preliterate peoples» (N. Nisbet, *History of the Idea of Progress*, cit. p. 149).

⁵⁴ J. Gil, *Un’antropologia delle forze: dalle società senza Stato alle società statuali*, cit., p. 49

in età moderna adottano il paradigma del contratto sociale sia possibile rinvenire alcune riflessioni concernenti la genesi e l'evoluzione macrostorica del fenomeno giuridico. A tale domanda si ritiene possibile rispondere affermativamente, con la precisazione però che per cogliere le riflessioni concernenti l'evoluzione macrostoria del fenomeno giuridico contenute nelle teorie moderne del contratto sociale risulta necessario fare astrazione dalle componenti propriamente ideologiche e, quindi, in primo luogo (e in un certo senso paradossalmente) dall'artificio del contratto sociale stesso che, diversamente declinato, è certamente strumento per esprimere e promuovere determinate soluzioni politiche⁵⁵. In alcuni casi, come nella teoria di Locke, la finzione del contratto sociale non preclude la possibilità di individuare pressoché immediatamente le riflessioni concernenti l'evoluzione macrostorica del diritto; in altri casi, come nella teoria elaborata da Hobbes nel *Leviathan*, risulta decisamente maggiore lo sforzo di astrazione dalle componenti ideologiche che è necessario per cogliere la teoria evolutiva del diritto sottesa. In ogni caso, si può affermare che è proprio con le teorie contrattualiste moderne – e in particolare con il loro pur sporadico riferimento a dati storici e ai resoconti degli esploratori di Africa e America – che ha avvio quel processo attraverso il quale le teorie evolutive del diritto si approssimano al rispetto degli standard epistemici richiesti perché si possa riconoscere loro attendibilità scientifica.

2.2.2. *Thomas Hobbes*

Nel *Leviathan* del 1651, Thomas Hobbes fornisce una delle più rilevanti e stimolanti declinazioni della teoria del contratto sociale che siano mai state elaborate. Di grande interesse è, innanzitutto, la caratterizzazione che Hobbes fornisce dello stato di natura, la quale si basa su una preliminare valutazione delle passioni fondamentali che animano la natura umana, ovvero su un'analisi delle componenti emotive e psicologiche che essenzialmente caratterizzano gli esseri umani. Dopo aver argomentato a favore di una sostanziale uguaglianza degli esseri umani dal punto di vista biologico e cognitivo⁵⁶, Hobbes riconosce come fondamentali due passioni

⁵⁵ Tuttalpiù, come già nel caso di Lucrezio, il momento del contratto sociale può essere considerato, nell'ottica delle teorie evolutive del diritto, come finzione atta a significare il ruolo svolto da razionalità e intenzionalità umana nel processo di evoluzione macrostorica del fenomeno giuridico.

⁵⁶ In polemica con l'idea aristotelica della naturalità dei rapporti gerarchici a ragione di presunte differenze biopsichiche strutturali, Hobbes afferma che gli uomini dal punto di vista fisico e cognitivo sono sostanzialmente uguali. Petrucciani sintetizza così questo punto: «Hobbes (che avrebbe potuto addossare ai sostenitori dell'ineguaglianza il difficile onere della prova) dimostra con argomenti semplici ma efficaci che gli uomini sono uguali per natura, e che quindi è implausibile e illegittimo spacciare come naturale qualsiasi rapporto gerarchico: quanto alla forza fisica, gli uomini possono anche differire, ma si tratta di differenze non dirimenti perché, infine, anche il più debole ha abbastanza forza per uccidere, magari con l'astuzia o a tradimento, il più forte. Quanto alle facoltà mentali, la prudenza si acquista con l'esperienza, che ovviamente è alla portata di tutti [...] Gli uomini,

egoistiche: il desiderio di possedere beni e guadagni materiali e il desiderio di onore, gloria e riconoscimento. A parere di Hobbes, tali passioni egoistiche determinano un inevitabile conflitto tra volontà di potenze: ognuno ricerca il dominio su tutti gli altri, nella misura in cui l'altro è percepito come ostacolo alla realizzazione dei propri obiettivi. Scrive Hobbes:

La competizione per le ricchezze, l'onore, il comando o per gli altri poteri inclina alla contesa, all'inimicizia e alla guerra, perché la via che porta un competitore al conseguimento del proprio desiderio è quella di uccidere, sottomettere, soppiantare o respingere l'altro.⁵⁷

Al fianco del desiderio di possedere beni, guadagni materiali e riconoscimento, Hobbes colloca un'altra passione fondamentale: la paura. L'altro è, infatti, avvertito non solo come ostacolo alla realizzazione dei propri obiettivi, ma anche come una minaccia alla propria sicurezza, nella misura è riconosciuto come ugualmente caratterizzato da passioni egoistiche e volontà di dominio. Nell'analisi di Hobbes, dunque, la paura si rivela passione che, in prima istanza, contribuisce ad alimentare il conflitto:

Cosicché nella natura umana troviamo tre cause principali di contesa: in primo luogo, la competizione, in secondo luogo, la diffidenza, in terzo luogo, la gloria. La prima fa sì che si aggrediscano per guadagno, la seconda per sicurezza, la terza per reputazione.⁵⁸

Egoismo, volontà di potenza e timore: ecco gli essenziali caratteri della natura umana che determinano il famoso stato di guerra di tutti contro tutti che Hobbes ritiene sia la condizione originaria in cui versa l'umanità. In tale primordiale situazione di *bellum omnium contra omnes*, vige un unico principio di condotta: ricorrere a ogni mezzo possibile per evitare la morte ed ottenere sicurezza. Si tratta del cosiddetto «diritto naturale di ogni uomo ad ogni cosa», in virtù del quale «non ci può essere sicurezza per alcuno (per quanto forte o saggio egli sia) di vivere per tutto il tempo che la natura ordinariamente concede agli uomini di vivere»⁵⁹.

Stabilito quale sia lo stato di natura, la disamina di Hobbes volge quindi a mettere in evidenza come la paura – da passione che contribuisce a determinare lo stato di guerra di tutti contro tutti – si trasformi in passione societaria. Infatti, come sostiene Hobbes nel *De Cive*⁶⁰, «se non vi fosse il timore, gli uomini sarebbero portati dalla loro natura molto più a desiderare il dominio

dunque, sono e si pensano eguali; nel senso che anche le diseguaglianze che pur sussistono non alterano questa fondamentale parità, e quindi non potrebbero mai giustificare la naturale sottomissione degli uni agli altri» (S. Petrucciani, *Modelli di filosofia politica*, cit., p. 81).

⁵⁷ T. Hobbes, *Leviatano*, cit., p. 94.

⁵⁸ Ivi, p. 119.

⁵⁹ Ivi, p. 125.

⁶⁰ T. Hobbes, *De Cive*, 1642; trad. it *De Cive*, Roma, Editori Riuniti, 1970.

che la società» e, di conseguenza, «si deve quindi stabilire che le società grandi e durevoli hanno tratto origine non dalla benevolenza reciproca degli uomini ma dal timore reciproco»⁶¹. In particolare, la paura assurge a questo ruolo in quanto “passione ragionevole”, ovvero passione capace di mobilitare la ragione affinché si arrivi a cogliere tanto la necessità che ognuno rinunci al diritto naturale di avere ogni cosa, quanto l’esigenza di una qualche forma di collaborazione e accordo sociale. Dal connubio di paura e ragione derivano infatti le cosiddette “leggi di natura”:

[La possibilità di uscire dalla triste condizione in cui l’uomo è effettivamente posto dalla natura] si trova in parte nelle passioni e in parte nella sua ragione. Le passioni che inclinano gli uomini alla pace sono il timore della morte, il desiderio di quelle cose che sono necessarie per condurre una vita comoda, e la speranza di ottenerle mediante la loro industria. La ragione poi suggerisce convenienti articoli di pace su cui gli uomini possono essere tratti ad accordarsi. Questi articoli sono quelli che vengono altrimenti chiamati leggi di natura.⁶²

Hobbes individua in particolare diciannove leggi di natura, alla cui esposizione dedica due densi capitoli del *Leviathan* e il cui significato di fondo egli stesso sintetizza nella massima: “Non fare agli altri ciò che non vuoi sia fatto a te”. Nella sua ricostruzione, Hobbes non pare tuttavia far corrispondere al riconoscimento delle leggi di natura una fase specifica di evoluzione sociale o giuridica in quanto, pur riconosciuta l’esigenza di tali leggi, si permane nello stato di natura. Infatti, per Hobbes «le leggi di natura [...] in se stesse, senza il terrore di qualche potere che le faccia osservare, sono contrarie alle nostre passioni naturali che ci spingono alla parzialità, all’orgoglio, alla vendetta e simili»⁶³, di modo che risulta possibile concludere che «i patti senza la spada sono solo parole e non hanno la forza di assicurare affatto un uomo»⁶⁴. Per Hobbes, in altri termini, è unicamente attraverso il contratto sociale e la conseguenziale nascita dello Stato che si esce dalla condizione anarchica e violenta che è lo stato di natura e si perviene alla società civile. Il contratto tra individui è al tempo stesso un *pactum unionis* e *pactum subjectionis* in quanto, per suo tramite, si attribuisce potere assoluto ad un sovrano, cui spetterà il compito di creare le leggi e farle rispettare con la forza della spada.

Riportata brevemente l’argomentazione hobbesiana relativa al passaggio dallo stato di natura allo stato civile, diviene possibile cercare di cogliere fra le righe del discorso la sua visione

⁶¹ Ivi, p. 82.

⁶² T. Hobbes, *Leviatano*, cit., p. 123.

⁶³ T. Hobbes, *Leviatano*, p. 163.

⁶⁴ *Ibidem*.

dell'evoluzione macrostorica del fenomeno giuridico. Come si è avuto modo di accennare, ciò implica lo sforzo di mettere tra parentesi le componenti ideologiche e promozionali della teoria di Hobbes. In tal senso, bisogna allora osservare, innanzitutto, che la tesi hobbesiana che prima della stipulazione del contratto sociale si permanga nello stato naturale – anche quando siano riconosciute le leggi di natura – risponde non solo all'obiettivo politico di affermare la legittimità e necessità dello Stato assoluto, ma anche alla volontà di sostenere – in polemica con Edward Coke – che di diritto si possa propriamente parlare solo nel caso del prodotto di una legislazione positiva. Astraendo da tali intenzioni propriamente politiche e ideologiche – e tenendo conto del fatto che proprio dalla polemica con Edward Coke emerge chiaramente che Hobbes è ben consapevole dell'esistenza di forme di diritto consuetudinario e giurisprudenziale⁶⁵ – appare evidente come per l'autore del *Leviathan* tra l'anomico e anarchico stato di natura e lo stato civile che si determina con il contratto sociale (che è anche l'epoca del diritto risultante da legislazione positiva) esista almeno uno stadio intermedio di evoluzione sociale, politica e giuridica. Delle caratteristiche strutturali della vita associata in tale stadio intermedio, in effetti, Hobbes pare rendere conto tramite l'esposizione dettagliata delle leggi di natura, le quali – più che espressione di una «morale razionale della reciprocità»⁶⁶ – devono essere considerate come regole di condotta caratterizzanti forme sociali "primitive". Infatti, delle diciannove leggi di natura, le prime due risultano astratte e generali – la prima prescrive di cercare e perseguire la pace, mentre la seconda prescrive di rinunciare al diritto naturale su ogni cosa – , ma le altre si configurano come regole di condotta ben più specifiche, riguardanti: il valore dei giuramenti e dei patti, la proprietà comune, le finalità rieducative e dissuasive che deve avere la pena (e anche la vendetta, intesa come sanzione), la possibilità di perdonare le offese, la ricerca di equità, la necessità di un terzo imparziale per la soluzione dei conflitti, il ruolo dei mediatori etc. Prescindendo dalle componenti ideologiche e, di conseguenza, interpretando la descrizione delle leggi di natura come descrizione di uno stadio intermedio tra lo stato naturale e quello propriamente civile, pare possibile affermare che per Hobbes esiste una forma sociale prestatale che presenta una certa regolamentazione giuridica, la quale tuttavia risulta incapace di garantire un effettivo superamento del rischio di ripiombare nello stato di guerra di tutti contro tutti. In altri termini, in questa prima forma di organizzazione sociale e giuridica, esiste un problema di instabilità, dato sostanzialmente dalla mancanza di strumenti che garantiscano

⁶⁵ Cfr. T. Hobbes, *A dialogue between a philosopher and a student of the common laws of England*, Milano, Giuffrè, 1960.

⁶⁶ S. Petrucciani, *Modelli di filosofia politica*, cit. p. 83.

il rispetto effettivo delle norme vigenti. Ecco che allora – per ovviare al problema di ineffettività caratterizzante tale stadio intermedio di evoluzione sociale e giuridica – avviene la comparsa di organi specifici, preposti alla creazione/definizione del diritto e alla sua applicazione, vale a dire la comparsa dello Stato. Scrive Hobbes:

Il solo modo per dar vita alla costituzione di un potere comune capace di difendere gli uomini dalle invasioni degli altri popoli e dalle reciproche ingiurie, ed insomma di garantire la loro sicurezza in modo che con la propria attività e con i prodotti della terra essi possano nutrirsi e vivere comodamente, consiste nell'investire di tutto il proprio potere e di tutta la propria forza un uomo od una assemblea di uomini che sia in grado di ridurre tutte le varie opinioni, per mezzo della pluralità dei voti, ad una sola volontà; il che è come dire di dare incarico ad un uomo o ad una assemblea di uomini di rappresentare la persona dei singoli cittadini e riconoscersi, ciascuno per quanto riguarda se stesso, come l'autore di qualsiasi cosa che colui che è stato eletto a rappresentarli, farà o farà in modo che venga fatta, in quelle cose che concernono la pace e la sicurezza comune, ed in questo, ridurre le proprie volontà ciascuno alla volontà di lui, ed i loro giudizi al giudizio di esso.⁶⁷

In questo passaggio – che tramite la finzione del contratto sociale è pensato come repentino, ma che evidentemente deve essere inteso come processo graduale – è ancora una volta la paura che si rivela essenziale: da passione che contribuisce allo stato di guerra, la paura diviene passione ragionevole e condizione necessaria ma non sufficiente di un ordine sociale stabile, per rivelarsi infine – come timore della sanzione – requisito per “assicurare” il rispetto delle norme giuridiche e per garantire la stabilità sociale stessa. Sul ruolo centrale che la paura svolge nella ricostruzione di Hobbes insiste efficacemente Elena Pulcini in *Paura, legame sociale e ordine politico in Thomas Hobbes*⁶⁸:

La costruzione dello Stato è allora l'ultimo e decisivo atto che scaturisce dall'alleanza tra paura e ragione, tra paura e autoconservazione. È la strategia risolutiva che la paura adotta, per rimediare alla propria inefficacia: trasformandosi da paura della morte in paura della sanzione, da paura reciproca in paura comune. È vero, dunque, come è stato detto, che la paura è passione produttiva, politicamente produttiva, in quanto risolve il problema del conflitto e della morte. Ma è vero anche che la paura non scompare; non può scomparire, nell'universo hobbesiano, in quanto è la passione che, in tutte le sue forme, garantisce il bene fondamentale della conservazione della vita. E ciò vuol dire che la politica, chiamata a liberare gli uomini dalla paura della morte, è in grado di garantire la vita solo facendosi a sua volta produttrice di paura, erigendosi ad istituzione coercitiva, tutrice di un ordine repressivo.⁶⁹

⁶⁷ T. Hobbes, *Leviatano*, cit., p. 167.

⁶⁸ E. Pulcini, *Paura, legame sociale e ordine politico in Thomas Hobbes*, in G. M. Chiodi e R. Gatti (a cura di), *La filosofia politica di Hobbes*, Milano, Franco Angeli, 2009, pp. 65-80.

⁶⁹ *Ivi*, p. 74.

Proprio tale attenzione nei confronti delle componenti emotive e psicologiche in gioco nel processo macrostorico di evoluzione sociale e giuridica si rivela elemento estremamente moderno della riflessione di Hobbes e, sebbene in misura minore, anche della riflessione degli altri pensatori che adottano il paradigma contrattualista. Infatti, la tendenza ad ancorare le riflessioni sulle origini della società politica e dello Stato (ma anche del fenomeno giuridico) a considerazioni preliminari di ordine psico-antropologico relative all'essenza della natura umana – con pensatori come Hobbes e Spinoza e Kant che insistono sul fondamentale egoismo (più o meno illuminato) degli esseri umani e altri come Locke e Rousseau più inclini a riconoscere all'essere umano un'intrinseca predisposizione alla socievolezza – si ritroverà poi sviluppato, ovviamente con maggiore rigore scientifico, dalla sociobiologia e dalla psicologia evuzionistica nei loro tentativi di render conto delle origini e dello sviluppo della socialità e della giuridicità. In tal senso basti pensare all'ampio dibattito su *pure altruism*, *kin altruism* e *reciprocal altruism* che prende avvio a partire dalla seconda metà del XX secolo e di cui approfonditamente rende conto Wojciech Załuski in *Evolutionary Theory and Legal Philosophy*⁷⁰.

2.2.3. John Locke

Si è avuto modo di considerare come per cogliere le riflessioni sull'evoluzione macrostoria del fenomeno giuridico sottese alla teoria del contratto sociale elaborata da Hobbes nel *Leviathan*, sia necessario procedere ad un notevole sforzo di astrazione dalle componenti ideologiche. Nella teoria di Locke, invece, la finzione del contratto sociale non preclude la possibilità di individuare pressoché immediatamente le riflessioni concernenti l'evoluzione macrostorica del diritto. In *Essay Concerning the True Original, Extent, and End of Civil Government*⁷¹ del 1689, dopo aver affermato l'originaria eguaglianza degli uomini di contro a quelle teorie che riconoscevano come naturali determinati rapporti di subordinazione e di soggezione, Locke passa a caratterizzare lo stato di natura come «stato di perfetta libertà di regolare le proprie azioni, in cui gli uomini possono disporre dei propri beni e persone come meglio credono, entro i limiti della legge di natura, senza chiedere permesso o dipendere dalla volontà di un altro»⁷². Lo stato di natura, continua Locke, non è caratterizzato solo da perfetta libertà, ma «è anche uno stato di eguaglianza in cui ogni potere e autorità sono reciproci»⁷³ in quanto «creature

⁷⁰ W, Załuski, *Evolutionary Theory and Legal Philosophy*, Cheltenham-Northampton, Edgar Elgar Publishing, 2009.

⁷¹ J. Locke, *An Essay Concerning the True Original, Extent, and End of Civil Government*, 1689; trad it. *Secondo trattato sul governo*, Milano, Rizzoli, 2013.

⁷² Ivi, p. 65.

⁷³ *Ibidem*.

della stessa specie e grado, destinate senza discriminazione al godimento dei benefici della natura e all'uso delle stesse facoltà, debbono essere anche uguali fra loro, senza subordinazione o soggezione»⁷⁴. A tale condizione di perfetta libertà ed eguaglianza però non corrisponde, secondo Locke, una condizione di totale anomia in quanto vige ed è rispettata una legge fondamentale: «Nessuno deve ledere gli altri nella vita, nella salute, nella libertà o negli averi»⁷⁵. Si tratta della cosiddetta legge di natura che «è per tutti vincolante»⁷⁶: tanto in foro interno, ovvero dal punto di vista morale; quanto in foro esterno, perché esistono anche nello stato di natura meccanismi sanzionatori per punire chi ne sia trasgressore. In particolare – in qualche modo anticipando quanti, come Hans Kelsen, insisteranno sul carattere decentrato dell'esecuzione delle sanzioni negli ordinamenti giuridici primitivi – Locke spiega che «l'esecuzione della legge di natura in quello stato è affidata nelle mani di ciascuno, per cui ognuno ha il diritto di punire i trasgressori di quella legge in misura tale da impedirne la violazione»⁷⁷. Cogliendo la natura propriamente riparativa della giustizia primitiva su cui insisteranno successivamente numerosi studiosi, Locke chiarisce inoltre come colui che agisce nei confronti del trasgressore non possa operare in modo arbitrario e «secondo gli appassionati furori o le stravaganze della volontà»⁷⁸ ma solo con l'obiettivo «di retribuire ciò che è proporzionato alla trasgressione, secondo quanto gli dettano la serena ragione e la coscienza, vale a dire tanto quanto può servire come riparazione e prevenzione»⁷⁹. Su tal punto, Petrucciani sintetizza efficacemente:

La legge di natura obbliga perché, anche nello stato di natura, i modi di punire chi la trasgredisce ci sono: non c'è un potere istituito che applichi sanzioni ai trasgressori (perché altrimenti non saremmo nello stato di natura), ma ognuno ha il diritto di punire coloro che attentano alla legge, e ciò dovrebbe, secondo Locke, scoraggiarne la violazione. È vero che essa sarebbe vana se non vi fosse nessuno dotato del potere di renderla esecutiva, ma per fortuna le cose non stanno così: anzi, nello stato di natura ognuno ha il diritto di punire chi trasgredisca le norme della ragione e della giustizia.⁸⁰

Nella prospettiva di Locke, dunque, le società delle origini non sono totalmente prive di forme di regolamentazione e organizzazione giuridica: semplicemente sono caratterizzate da un modo decentrato di assolvere alle funzioni del diritto: non solo l'esecuzione della sanzione, ma

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ *Ivi*, p. 67.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ *Ivi*, p. 69.

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ *Ivi*, pp. 69.71.

⁸⁰ S. Petrucciani, *Modelli di filosofia politica*, cit., p. 93

anche l'accertamento dei fatti condizionanti, visto che nello stato di natura è normale «per gli uomini essere giudici della propria causa»⁸¹. Tuttavia, nella prospettiva di Locke, tale forma primitiva di diritto è destinata ben presto a rivelarsi incapace di garantire effettiva stabilità, essendo facile che lo stato di natura – che è uno «stato di pace, benevolenza, assistenza e difesa reciproca»⁸² – si tramuti in uno stato di guerra di tutti contro tutti, ovvero «uno stato di inimicizia, malvagità, violenza e reciproca distruzione»⁸³. In tal senso, chiarendo sinteticamente mancanze e carenze dello stato di natura di Locke, Chevallier scrive:

Insomma, mancano, in questo stato di natura a prima vista idilliaco: leggi stabilite, conosciute, accolte ed approvate di comune accordo; giudici riconosciuti, imparziali, istituiti per porre fine ad ogni controversia conformemente a tali leggi stabilite; infine un potere di costrizione capace di assicurare l'esecuzione delle sentenze emesse.⁸⁴

Proprio per ovviare a queste inevitabili carenze e incertezze del diritto primitivo – ovvero per il timore costante che lo stato di natura si tramuti in stato di guerra – si decide di uscire dallo stato di natura tramite un contratto sociale con cui avviene il riconoscimento di un'autorità terza al di sopra delle parti:

Evitare lo stato di guerra (in cui non vi è altro appello che al cielo, e in cui si risolve ogni più piccola divergenza in quanto non vi è alcuna autorità che decida tra i contendenti) è l'unico grande motivo per cui gli uomini si costituiscono in società e abbandonano lo stato di natura. Infatti, dove c'è un'autorità, un potere sulla terra cui appellarsi per avere un aiuto, lì è esclusa la permanenza di uno stato di guerra e ogni controversia è risolta da quel potere.⁸⁵

A tale autorità, ovvero lo Stato, si riconoscono quei poteri che prima erano nelle mani di ciascuno – ovvero il potere di valutare quando sia avvenuta la trasgressione di una norma e il potere di mettere in atto le misure sanzionatorie – con l'aggiunta del potere di stabilire quali comportamenti debbano essere considerati passibili di punizione. In altri termini, allo Stato sono affidati rispettivamente potere giudiziario, potere esecutivo e potere legislativo:

Lo Stato acquisisce il potere di fissare quale punizione convenga alle trasgressioni che si verificano fra i membri della società e quali, fra di esse, ne siano meritevoli (è il potere di far leggi) [...] con il potere d

⁸¹ J. Locke, *Secondo trattato sul governo*, cit., p. 77.

⁸² *Ivi*, p. 85.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ J. J. Chevallier, *Le grandi opere del pensiero politico*, cit., p. 115.

⁸⁵ *Ivi*, p. 89.

giudicare le offese, lo Stato assume anche il diritto di usare la sua forza per l'esecuzione dei giudizi emessi dallo Stato stesso, ogni qual volta sia richiesto.⁸⁶

Al di là dell'artificio del contratto – che serve non solo ad affermare l'idea che il potere costituito possa essere legittimato unicamente tramite il consenso esplicito dagli associati, ma anche per individuare quali siano i limiti del potere stesso⁸⁷ – è quindi possibile rinvenire nel pensiero di Locke una teoria evolutiva del diritto, in virtù della quale l'evoluzione macrostorica consiste sostanzialmente nel passaggio da ordinamenti giuridici in cui valutazione dei fatti condizionanti ed esecuzione delle sanzioni sono affidate a ciascun individuo secondo un regime di autotutela ad ordinamenti giuridici in cui si presentano organi specifici atti alla creazione ed applicazione delle norme giuridiche.

2.3. Dalla caccia al commercio: l'evoluzione di alcuni istituti giuridici fondamentali

2.3.1. Il carattere storico-contingente di alcuni istituti giuridici: l'avanguardia

Nel paragrafo dedicato alla caratterizzazione generale delle teorie evolutive del diritto si è avuto modo di accennare al fatto che le sequenze di evoluzione macrostorica che le stesse pretendono di individuare possono riguardare diversi aspetti o componenti del fenomeno giuridico. Se le ricostruzioni macrostoriche finora considerate riguardavano essenzialmente il fenomeno giuridico inteso come specifico tipo di ordinamento sociale e, di conseguenza, ponevano attenzione alla comparsa progressiva di particolari organi atti all'amministrazione della giustizia o alla creazione e applicazione delle norme giuridiche, bisogna ora volgere l'attenzione a una specie di teorie evolutive del diritto che si caratterizza per l'intento di indagare genesi ed evoluzione di istituti giuridici fondamentali come il matrimonio, la proprietà e il contratto. Teorie evolutive del diritto di tal genere compaiono a partire dal XVIII secolo, in un clima di pensiero in cui si inizia a porre sempre maggiore attenzione al carattere storico e mutevole del diritto. In particolare, il terreno viene spianato da pensatori giusnaturalisti come

⁸⁶ Ivi, p.175.

⁸⁷ Infatti, a parere di Locke, attraverso il contratto sociale si stabilisce che lo Stato è chiamato a tutelare quei diritti che l'uomo possiede per natura, tra i quali il diritto alla proprietà e il diritto di resistenza in caso di derive tiranniche del potere costituito. Questo punto è ben chiarito da Chevallier: «É l'esistenza dei diritti naturali nello stato di natura che proteggerà l'individuo dagli abusi del potere nello stato di società. Come mai? Perché, in primo luogo, lo stato di natura di Locke è regolato, al contrario di quello di Hobbes, dalla ragione. Perché, in secondo luogo, i diritti di natura, contrariamente a Hobbes, lungi dal costituire l'oggetto di una rinuncia totale al momento del contratto originario, lungi dallo scomparire, spazzati via dalla sovranità, nello stato di società, vi sussistono. E sussistono, precisamente per costituire le basi della libertà» (J.J. Chevallier, *Le grandi opere del pensiero politico*, cit., pp. 113-114). Argine contro il pericolo della degenerazione tirannica è, tuttavia, anche la chiara distinzione tra potere legislativo (atto a creare leggi e risolvere le controversie) e potere esecutivo, su cui Locke si sofferma insistentemente.

Hugo Grozio e Samuel Pufendorf che, nel XVII secolo, propongono alcune riflessioni sul carattere storico-evolutivo di istituti come la proprietà privata. A cogliere tale punto è Peter Stein nel suo *Legal Evolution: the Story of an Idea*:

Pur in modi differenti, sia Grozio che Pufendorf tentarono di provare l'esistenza di certi principi generali e immutabili che fossero vincolanti, a ragione della natura umana stessa, per ogni uomo. Ciononostante, essi non intendevano affermare che tutti gli istituti giuridici derivanti dai principi naturali fossero in ogni circostanza gli stessi. Gli organi di Stato, la proprietà, il contratto sono istituti rinvenibili nella maggior parte delle comunità, ma non esistevano nello stato di natura. Furono piuttosto introdotti quando necessari per il soddisfacimento di determinati bisogni umani.⁸⁸

Grozio e Pufendorf sono certamente tra i più fervidi sostenitori del giusnaturalismo. Pur consapevoli del carattere intrinsecamente mutevole di ogni sistema di diritto positivo, ritengono possibile individuare alcuni principi giuridici universali che, dotati di certezza e generalità come le proposizioni della matematica, devono essere considerati non solo vincolanti per gli uomini di tutti i tempi, ma anche fondamento di validità per ogni ordinamento giuridico che pretenda di esser giusto. Pufendorf è fautore della versione classica del giusnaturalismo moderno, ovvero sostiene che sia possibile dedurre *a priori* i principi di diritto naturale una volta che siano stati individuati i caratteri essenziali della natura umana, che per lui sono in sostanza: l'istinto di sopravvivenza e l'incapacità di ottenere autonomamente la soddisfazione dei propri desideri. Più interessante è l'approccio di Grozio nei *Prolegomena ad De iure belli ac pacis*. Pur ritenendo essenziale il procedimento deduttivo *a priori*, Grozio insiste sulla possibilità di dimostrare i principi di diritto naturale *a posteriori*, cioè constatando "empiricamente" il generale consenso e la generale accettazione degli stessi nel corso della storia: tanto attraverso la valutazione delle testimonianze di filosofi, poeti e oratori di tutti i tempi, quanto mediante la valutazione dei dati storici reperibili. A proposito del metodo di Grozio, in *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*⁸⁹, Franz Wieacker scrive:

Il grande merito di Grozio fu di fondare questo diritto naturale, non già – come avrebbero fatto in seguito i giusnaturalisti – su dei semplici assiomi, ma sulle testimonianze che era dato raccogliere dall'esperienza giuridica di tutta l'umanità e che di fatto potevano essere messe a profitto da un uomo che aveva una così

⁸⁸ Trad. mia dall'originale inglese: «In their different ways, both Grotius and Pufendorf were seeking to prove the existence of certain general principles which bound every man by his nature, and which were themselves unchanging. But they did not mean that all legal institutions derived from those principles were always the same. Civil government, property and contracts are institutions found in most communities, but they did not exist in the state of nature. They were introduced as and when they were required to meet man's needs» (P. Stein, *Legal Evolution*, cit., p. 5).

⁸⁹ F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, 1952; trad. it. *Storia del diritto privato moderno, con particolare riguardo alla Germania*, Milano, Giuffrè, 1980.

vasta cultura da poter spaziare tranquillamente nella tradizione teologica come in quella umanistica o in quella romanistica.⁹⁰

Sullo sfondo di tali impostazioni giusnaturalistiche, tanto Grozio quanto Pufendorf elaborano una concezione peculiare di istituti come la proprietà privata. Infatti, per i due pensatori, si tratta di istituti di diritto naturale, ma in un senso specifico che non esclude il riconoscimento del loro carattere storico-evolutivo. Come spiega Stein, per Grozio e Pufendorf un istituto può essere di diritto naturale in due sensi ben distinti: (i) perché desumibile da principi di diritto naturale e, di conseguenza, esistente anche nello stato di natura; (ii) perché tale istituto è stato introdotto gradualmente in tutte le società civilizzate e, per questa ragione, può essere riconosciuto come necessario, dal punto di vista razionale, alla sussistenza delle società. Per Grozio e Pufendorf, la proprietà privata è istituto di diritto naturale nel secondo senso e, di conseguenza, risulta in definitiva possibile riconoscergli carattere storico. In altri termini, la proprietà privata è per un verso istituto naturale in quanto comune a tutte le società civilizzate e riconosciuto come condizione necessaria del vivere associato; d'altra parte, è istituto storico perché, non esistendo nello stato di natura e non essendo desumibile da alcun principio di diritto naturale, esso viene introdotto gradualmente nelle società. In merito alla posizione di Grozio e Pufendorf sulla proprietà privata, Stein scrive:

È il fatto che la ragione dimostra che gli uomini, in certe condizioni sociali, beneficiano dell'introduzione della proprietà privata che rende la stessa un istituto di diritto naturale. Nessun principio di diritto naturale detta che debba esservi proprietà privata; dunque tale istituto non è naturale nel primo senso. Non esiste nello stato di natura. Tuttavia, tale istituto è naturale nel secondo senso, nella misura in cui viene gradualmente introdotto e accettato in tutte le società civilizzate come un istituto necessario.⁹¹

Stein nota inoltre che «sia Grozio che Pufendorf descrivono la proprietà privata come frutto di uno sviluppo graduale a partire da una forma primitiva di comunanza dei beni»⁹² e sottolinea, peraltro, come Pufendorf – anticipando future riflessioni in merito a legittimità ed opportunità di utilizzare concetti giuridici di derivazione occidentale per comprendere realtà culturali e

⁹⁰ Ivi, p. 439.

⁹¹ Trad. mia dall'originale inglese: «It is the fact that reason demonstrates that all men in a certain condition of society would benefit from its introduction that makes it an institution of natural law. No principle of natural law dictates that there must be private property, so it is not natural in the first sense. It did not exist in the state of nature. But it is natural in the second sense, since it was gradually introduced and accepted in all civilized communities as a necessary institution» (P. Stein, *Legal Evolution*, cit., p. 6.).

⁹² Trad. mia dall'originale inglese: «Both Grotius and Pufendorf describe private property as developing gradually out of primitive form of community of property, but their accounts of the development were restricted by the need to incorporate data given in the Scriptures» ((P. Stein, *Legal Evolution*, cit., p. 7).

giuridiche differenti⁹³ – , abbia sostenuto chiaramente l'impossibilità di intendere l'originaria comunanza dei beni e della terra in termini di *proprietà comune*, in quanto alle origini semplicemente mancava qualsivoglia concetto o nozione di proprietà. Scrive Stein:

Pufendorf commenta che l'originario regime di comunanza dei beni tipico degli uomini primitivi non è, come spesso si pensa in tempi moderni, una comunione *positiva* dei beni, per la quale sarebbe necessaria una nozione esplicita di proprietà. Si tratta piuttosto di una comunione *negativa* dei beni, nel senso che manca qualsivoglia nozione di proprietà e tutto viene semplicemente condiviso.⁹⁴

La ricostruzione che, dunque, Grozio e Pufendorf forniscono dello sviluppo che dall'originaria condivisione della terra e dei beni conduce fino alla proprietà privata è certamente limitata dal fatto di doversi attenere come fonte ai dati rinvenibili nelle Sacre Scritture. Tuttavia, al fine confermare l'originario stato di comunanza dei beni, Grozio fa anche riferimento all'assenza di proprietà privata presso alcune popolazioni di indiani d'America e sostiene che dopo un originario stato di innocenza morale, in cui appunto vige un regime di comunanza dei beni, inizia la specializzazione tecnica degli uomini in arti come, ad esempio, l'agricoltura e l'allevamento. Tale progresso tecnico porta all'emersione di invidia e ambizione tra gli uomini, ma la condivisione di terra e beni tra agricoltori e allevatori resiste, anche dopo la divisione delle terre tra le nazioni che avviene a seguito dell'episodio di Babele. Tuttavia, gradualmente, l'ambizione e il desiderio di benessere materiale prevalgono, rendendo impossibile perseverare con il regime di comunanza dei beni e determinando l'approdo alla proprietà privata.

Le opere di Grozio e Pufendorf ebbero larga diffusione in tutta Europa e non deve quindi stupire che riflessioni simili a quelle proposte dai due giusnaturalisti nel XVII secolo in merito al carattere storico-evolutivo di istituti come la proprietà privata si ritrovino anche nella Gran Bretagna del XVIII secolo. Un esempio lampante è rinvenibile nella riflessione del filosofo empirista inglese David Hume: tanto nel suo *Treatise of Human Nature*⁹⁵ del 1740, quanto nel suo *Enquiry Concerning the Principles of Morals*⁹⁶ del 1751. Hume in effetti subisce l'influenza del filosofo morale Francis Hutcheson che, pur innovativo nella sua idea di un'applicazione del

⁹³ In tal senso, si pensi ad esempio alla famosa distinzione introdotta da Paul Bohannon tra sistema folk e sistema analitico (cfr. P. Bohannon, *Justice and Judgment among the Tiv*, New York, Oxford University Press, 1957).

⁹⁴ Trad. mia dall'originale inglese: «Pufendorf makes the comment that the early community of property enjoyed by primitive man was not positive community, as it is understood in modern times, which presupposes an explicit notion of property. It was rather negative community, in the sense that there was no notion of property at all, everything being enjoyed in common» (P. Stein, *Legal Evolution*, cit., p. 8).

⁹⁵ D. Hume, *A Treatise of Human Nature*, 1740; trad. it. *Trattato sulla natura umana*, Roma-Bari, Laterza, 2008.

⁹⁶ D. Hume, *An Enquiry Concerning the Principles of Morals*, 1751; trad. it. *Ricerca sui principi della morale*, Roma-Bari, Laterza, 1997.

metodo induttivo allo studio della morale, per sua stessa ammissione si colloca nel solco della tradizione giusnaturalistica di Grozio e Pufendorf. Hume, dunque, pur non interessandosi in modo specifico al tema dell'evoluzione del diritto, propone alcune interessanti riflessioni sul carattere storico e contingente della proprietà privata, chiarendo come le leggi che regolano tale istituto siano l'archetipo della regolamentazione giuridica in generale. Hume parte dall'assunto che gli uomini si riuniscono in società in quanto, attraverso un processo esperienziale per tentativi ed errori, imparano a riconoscere utilitaristicamente i benefici che è possibile trarre dal vivere associato. Il godimento di tali benefici è tuttavia minacciato dall'inevitabile scarsità di risorse, a fronte della quale emerge il fondamentale egoismo degli individui, con la conseguente crisi della stabilità sociale stessa. Per ovviare a questo limite e consentire il vivere associato stesso, emergono gradualmente «le tre leggi fondamentali di natura: la stabilità del possesso, il suo trasferimento per consenso e il mantenimento delle promesse»⁹⁷. Si tratta delle tre leggi che costituiscono il nucleo essenziale dell'istituto della proprietà. Tale istituto, nella prospettiva di Hume, assume allora carattere non solo storico, ma anche contingente. La contingenza della proprietà è data dal fatto che essa è resa necessaria dalla condizione ambientale e materiale in cui l'uomo accidentalmente si ritrova, ovvero l'ineluttabile scarsità di risorse: se vi fosse abbondanza di beni, infatti, non vi sarebbe bisogno della proprietà privata, né di qualsivoglia forma di regolamentazione del vivere associato. La storicità dell'istituto della proprietà privata deriva dal fatto che «la regola della stabilità del possesso non solo deriva dalle convenzioni umane, ma sorge inoltre gradualmente e acquista forza attraverso un lento progresso, e in virtù di una reiterata esperienza degli inconvenienti che sorgono dal trasgredirla»⁹⁸. Pur riconoscendo storicità, contingenza e artificialità alla proprietà privata, Hume sostiene, tuttavia, che tale istituto possa essere inteso come istituto di diritto naturale, «se per naturale intendiamo ciò che è comune a una specie, o addirittura se limitiamo questa parola a significare ciò che è inseparabile dalla specie»⁹⁹. In riferimento, all'interesse che le riflessioni di Hume hanno per la storia delle teorie dell'evoluzione giuridica in generale, Stein scrive:

Hume non si interessa esplicitamente al processo che caratterizza il mutamento giuridico, ma insistendo sul fatto che gli uomini accettano gradualmente, attraverso l'abitudine, determinate convenzioni sulla

⁹⁷ D. Hume, *Trattato sulla natura umana*, cit., p. 557.

⁹⁸ Ivi, p. 518.

⁹⁹ Ivi, p. 512.

proprietà, le quali convenzioni sono giustificate dalla loro utilità in una certa società, ha contribuito a creare un clima di opinione in cui l'idea dell'evoluzione giuridica poteva emergere.¹⁰⁰

Ancora più che a Hume, è tuttavia al suo contemporaneo francese Montesquieu che bisogna riconoscere un ruolo essenziale nell'aver preparato il terreno per la maturazione nel XVIII secolo delle indagini sull'evoluzione macrostorica degli istituti giuridici fondamentali. Si è già avuto modo di considerare quanto la fondamentale tesi che Montesquieu propone nel suo *De l'Esprit de Lois* – ovvero che le differenze tra i numerosi sistemi di diritto positivo vadano ricondotte al variare, nei differenti contesti sociali, di fattori di ordine sociale, culturale ma anche fisico/geografico – sia stata rilevante per lo sviluppo delle teorie dell'evoluzione nel diritto. Ebbene, questa stessa tesi, declinata in un modo specifico che ci si appresta a considerare, risulta similmente rilevante per il futuro delle teorie evolutive del diritto.

2.3.2. *Antoine-Yves Goguet, John Dalrymple e Lord Kames.*

Nei decenni successivi alla pubblicazione di *De l'Esprit des Lois*, le tesi di Montesquieu iniziano ad essere discusse in tutta Europa. Non deve quindi stupire che tanto pensatori francesi come Antoine-Yves Goguet, quanto pensatori scozzesi come Henry Home Lord di Kames, John Dalrymple e Adam Smith siano profondamente influenzati dalle idee di Montesquieu e, in particolare, dalla sua tesi per cui a differenti modi di sussistenza corrispondono diverse configurazioni del fenomeno giuridico. In tal senso, Montesquieu scriveva:

Le leggi hanno uno strettissimo rapporto col modo in cui i diversi popoli si procurano il sostentamento. Ci vuole un codice di leggi più esteso per un popolo dedito al commercio e al mare, che per un popolo che si contenta di coltivare le sue terre. Ce ne vuole uno più ampio per questo che per un popolo che vive delle sue greggi. Ce ne vuole uno più ampio per quest'ultimo che per un popolo che vive di caccia.¹⁰¹

Andando oltre lo stesso Montesquieu – che infatti pare riluttante a fornire qualsivoglia schema di sviluppo predefinito del fenomeno giuridico – tali pensatori iniziano a proporre teorie incentrate tanto sull'idea che sia possibile riconoscere sequenze di sviluppo dei metodi di sostentamento caratterizzanti l'evoluzione di tutte le società, quanto sull'idea che allo sviluppo costante dei metodi di sostentamento corrisponda sempre la comparsa progressiva di

¹⁰⁰ Trad. mia dall'originale inglese: «Hume did not concern expressly with the process of legal change, but by stressing the gradual way in which men by force of habit come to accept certain conventions about property, which are justified by their utility in that particular society, he helped to create a climate of opinion in which ideas of legal evolution could emerge. In particular he brought out the point that institutions which are necessary for a civilized and orderly society may not have been created with that end in view» (P. Stein, *Legal Evolution*, cit., p. 14).

¹⁰¹ Montesquieu, *Lo spirito delle leggi*, cit., p. 445.

determinati istituti giuridici come, ad esempio, la proprietà privata. In questo superamento delle originarie intenzioni e tesi di Montesquieu e in particolare nel suggerire che le sequenze evolutive indicate siano caratterizzanti lo sviluppo di tutte le società, tali pensatori paiono collocarsi sulla scia di studi come *Moeurs des sauvages Américains comparées aux mœurs des premiers temps* del 1724, in cui Joseph-François Lafitau mette in evidenza le similarità tra gli istituti e le abitudini vigenti presso i popoli selvaggi americani e gli istituti e le abitudini vigenti nell'antica Grecia, lasciando appunto trasparire l'idea che vi siano determinate realtà sociali e giuridiche che si ripetono costantemente nella storia. Ecco allora come Stein sintetizza in merito alle teorie evolutive del diritto del XVIII secolo che ci si appresta a considerare più nel dettaglio:

Due gruppi di pensatori, uno in Francia e l'altro in Scozia, procedendo con ricerche relative alle origini del fenomeno giuridico, sviluppano le tesi di Montesquieu. In primo luogo, tali pensatori assumono le modalità di sostentamento non come uno tra i numerosi fattori determinanti il carattere delle leggi di una data società, ma come la circostanza cruciale determinate natura e obiettivo delle stesse; in secondo luogo, essi invertono l'ordine delle tesi di Montesquieu, convertendole in uno schema di sviluppo generale, applicabile alle società primitive. La conclusione di tali teorie è dunque che le società passano attraverso determinati stadi di sviluppo, in primo luogo individuati in tre di numero, successivamente in quattro, ovvero: società basate sulla caccia, società basate sull'allevamento, società basate sull'agricoltura e società in cui compare il commercio.¹⁰²

Il primo dei pensatori direttamente influenzati da Montesquieu è il giurista francese Antoine-Yves Goguet, autore di *De l'origine des lois, des arts, et des sciences, et leurs progrès chez les anciens peuples*¹⁰³ del 1758. Il lavoro di Goguet è indicato da Stein come la prima opera francese in cui è possibile rilevare una teoria concernente (tra le altre cose) il progresso del diritto nelle società. Goguet, a ben vedere, non propone uno schema preciso e articolato delle fasi di sviluppo del diritto, limitandosi piuttosto ad affermare che nelle società stanziali in cui si praticano arti come l'agricoltura inevitabilmente aumenta il numero delle leggi necessarie alla regolamentazione della vita sociale. Stein sintetizza così la tesi di Goguet che sia necessario

¹⁰² Trad. mia dall'originale inglese: «Two groups of thinkers, one in France and the other in Scotland, in prosecuting the search for the pattern of legal origins, developed these remarks in two ways. First, they treated the mode of subsistence as not merely one of several factors affecting the character of a society's laws but as the crucial circumstance which dictated their nature and scope; and secondly, they reversed the order of Montesquieu's remarks and converted them into a scheme of development applicable to primitive societies generally. As a result, the theory was propounded that early societies pass through certain stages of development, at first three and then four in number, namely, hunting, pastoral, agricultural and commercial» (P. Stein, *Legal Evolution*, cit., p. 19).

¹⁰³ A. Y. Goguet, *De l'origine des lois, des arts, et des sciences, et leurs progrès chez les anciens peuples*, 1758 ; trad. en., *The Origin of Laws, Arts, and Sciences : And Their Progress Among the Most Ancient of Nations*, Charleston SC, Nabu Press, 2010.

distinguere tra le leggi caratterizzanti tutte le società, anche quelle primitive, e le leggi che invece si presentano solo nelle società basate sull'agricoltura:

Goguet distingue tra leggi essenziali a tutte le società -comprese quelle primitive- e leggi che caratterizzano le società che si basano sull'agricoltura. Tra le leggi rinvenibili anche nelle società prive di agricoltura vi sono quelle relative alla proprietà dei beni mobili, al matrimonio e le leggi penali. Una società agricola necessita in aggiunta a queste leggi una regolamentazione della proprietà della terra, dell'eredità e in generale di ciò che oggi si definisce diritto privato.¹⁰⁴

Al di là del contributo sostanziale, ciò che pare più rilevante nell'opera di Goguet si riscontra tuttavia sul piano metodologico. Nella *Prefazione*, infatti, Goguet informa di aver basato le proprie ricostruzioni su fonti storiche attendibili, per evitare l'errore di scrittori precedenti che vengono criticati appunto per «essersi prestati a troppe congetture, seguendo racconti fantastici invece che i fatti e assumendo come guida la loro stessa immaginazione invece che le luci della storia»¹⁰⁵. La ricostruzione proposta da Goguet si focalizza, in particolare, sul periodo che intercorre tra il diluvio universale e l'ascesa di Ciro al trono di Persia e si avvale di dati relativi alla storia di Babilonesi, Ebrei, Egizi e Greci, con alcuni riferimenti anche alla storia dell'India e della Cina. Inoltre, in un passaggio fondamentale in cui ammette la mancanza di fonti certe in relazione alle fasi più risalenti della storia da lui ricostruita, Goguet rivela di essersi rifatto ai resoconti sulle “nazioni selvagge” dell'America per colmare il deficit di informazioni relative ai primi stadi dell'evoluzione sociale, culturale e giuridica. Con questa precisazione, Goguet pare quindi farsi portavoce non solo dell'idea che le popolazioni indigene contemporanee possano essere intese come esempi viventi dello stato in cui si trovano alle origini le società occidentali ormai “civilizzate” – idea che rimarrà in voga fino alle critiche mosse nel XX secolo agli antropologi evoluzionisti del XIX secolo – ma anche e conseguentemente pare sostenere la tesi che le società evolvano tutte nella stessa direzione:

Quando mi sono ritrovato piuttosto privo di fatti e documenti storici, in particolare in riferimento alle prime fasi di sviluppo, ho consultato ciò che è stato detto dagli scrittori sia antichi che moderni sulle maniere delle nazioni selvagge. Ho immaginato che la condotta di queste nazioni ci avrebbe dato idee abbastanza chiare e giuste sullo stato delle prime colonie erranti subito dopo la confusione delle lingue e la dispersione delle famiglie [...] Possiamo giudicare lo stato del mondo antico per alcuni tempi dopo il diluvio prendendo in

¹⁰⁴ Trad. mia dall'originale inglese: «Goguet distinguishes between laws essential to any society, however undeveloped, and those peculiar to a society which follows agriculture. Among the laws required even by societies without agriculture are rights of property in moveables, marriage ceremonies, and penal laws. An agricultural society needs in addition rules relating to property in land, inheritances, in fact the bulk of what we call civil law» (P. Stein, *Legal Evolution*, cit., p. 21).

¹⁰⁵ P. Stein, *Legal Evolution*, cit., p. 20.

considerazione le condizioni in cui versava la maggior parte del nuovo mondo quando fu scoperto per la prima volta. Nel confrontare ciò che i primi avventurieri ci hanno detto riguardo all'America con ciò che l'antichità ci ha trasmesso riguardo al modo in cui gli abitanti del nostro continente vivevano in quei tempi cui si fanno risalire le prime età del mondo, non possiamo non percepire la più evidente e sorprendente somiglianza e conformità. Pertanto, ho confrontato abbastanza spesso le relazioni dei viaggiatori moderni con quelle degli storici antichi e ho mescolato le loro narrazioni in un unico disegno per supportare la testimonianza di scrittori antichi circa la possibilità e persino la realtà di alcuni fatti cui essi si riferiscono e di alcune usanze che citano. Questi diversi passaggi, così confrontati e riuniti, si sostengono a vicenda e gettano solide basi per tutto ciò che ho detto riguardo al progresso della conoscenza della specie umana, al miglioramento delle sue condizioni e alle sue scoperte, che risalgono al periodo immediatamente successivo al diluvio universale.¹⁰⁶

Similmente importante dal punto di vista metodologico, si rivela il contributo di Henry Home Lord di Kames, il cui *Historical Law Tracts*¹⁰⁷ è pubblicato nello stesso 1758. In tale opera, Kames elabora una teoria evolutiva del diritto non solo più sistematica di quella di Goguet, ma anche con un focus più preciso sullo sviluppo del fenomeno giuridico. Kames fu certamente influenzato dall'opera di Montesquieu, ma anche da personalità del calibro di David Hume, Adam Smith e John Millar di cui era appunto diretto interlocutore. Con tono critico nei confronti di Montesquieu, Kames afferma la necessità di ancorare le teorie evolutive del diritto a fonti e dati storici quanto più possibile precisi, giungendo alla conclusione che «il diritto diventa oggetto di uno studio razionale solo nel momento in cui viene preso in esame storicamente, ovvero tracciando il percorso che dai suoi inizi primitivi presso i selvaggi conduce, attraverso mutamenti successivi, alle sue manifestazioni più alte nelle società civilizzate»¹⁰⁸. Ciò non

¹⁰⁶ Trad. mia dall'originale inglese: «When I found myself quite destitute of facts and historical monuments, particularly in the first ages, I consulted what has been said, both by ancient and modern writers, on the manners of savage nations. I imagined that the conduct of these nations would give us pretty clear and just ideas of the state of the first wandering colonies, immediately after the confusion of tongues and dispersion of families [...] We may judge of the state of the ancient world for some time after the deluge, by the condition of the greatest part of the new world when it was first discovered. In comparing what the first adventurers have told us concerning America, with what Antiquity has transmitted to us concerning the manner in which the inhabitants of our continent lived in those times which were reckoned the first ages of the world, we cannot but perceive the most evident and striking resemblance and conformity. I have, therefore, pretty often compared the relations of modern travelers with those of ancient historians, and intermingled their narrations, with a design to support the testimony of ancient writers, to shew the possibility, and even reality of certain facts which they relate and certain customs which they mention. These different passages thus compared and brought together, mutually support each other, and lay a solid foundation for everything I have said concerning the progress of the human understanding, in its improvement and discoveries, which I date from the deluge » (A. Y. Goguet, *The Origin of Laws, Arts, and Sciences*, cit., p. xiv-xv).

¹⁰⁷ H. Home, Lord Kames, *Historical Law Tracts*, Edinburgh, A. Kincaid, 1761.

¹⁰⁸ Trad. mia dall'originale inglese: «Law in particular becomes then only a rational study, when it is traced historically, from its first rudiments among savages, through successive changes, to its highest improvements in civilized society» (H. Home, Lord Kames, *Historical Law Tracts*, cit., p. v).

significa certo che Kames si sia esentato da congetture, specialmente in riferimento alle origini della società e del diritto. Kames scrive:

Per ricostruire la storia del diritto risalendo fino ai tempi di cui non si hanno testimonianze – o di cui si hanno così pochi dati che risulta impossibile stabilire alcuna concatenazione storica lineare – non possiamo far altro che tentare di colmare le lacune al meglio, ovvero rifacendoci agli indizi suggeriti da poeti e storici, ai fatti collaterali, procedendo anche con caute congetture basate sulla considerazione della natura dei governi, dei popoli e dei tempi. In questi casi, se utilizziamo tutte le risorse a disposizione e se le nostre congetture ben si incastrano con i pochi fatti certi che è possibile raccogliere di modo che ne risulti una concatenazione lineare, allora dobbiamo ritenerci soddisfatti del nostro tentativo perché nulla di più può esser fatto [...] Dobbiamo perciò accontentarci di collezionare i fatti e le circostanze per come possono essere colti a partire dalle leggi dei differenti paesi; se, messi insieme questi dati, perveniamo a un sistema lineare di cause ed effetti, possiamo allora razionalmente concludere che il progresso è stato lo stesso in tutte le nazioni: almeno in riferimento agli avvenimenti più importanti, perché accidenti e fattori specifici caratterizzanti un popolo o un governo inevitabilmente produrranno sempre circostanze particolari.¹⁰⁹

Passando dalle riflessioni di ordine metodologico al contenuto sostanziale della teoria di Kames, bisogna in particolare soffermarsi sulla sua tesi che sia possibile distinguere tre stadi di sviluppo delle società, rispettivamente corrispondenti all'affermazione di differenti metodi di sostentamento: dalla società basata sulla caccia si passa alla società basata sull'allevamento, per arrivare infine alle società stanziali in cui si pratica l'agricoltura. Allo sviluppo dei metodi di sostentamento Kames riconnette, dunque, cruciali cambiamenti a livello giuridico e riconosce in particolare nella comparsa dell'agricoltura il momento di svolta. Peculiare è la sua proposta di ricondurre alla comparsa dell'agricoltura non solo la trasformazione e il radicamento dell'istituto della proprietà privata, ma anche l'evoluzione dell'amministrazione della giustizia e l'istituzione e regolamentazione dei contratti. Ad esempio, in merito al rapporto tra sviluppo dell'agricoltura e comparsa di organi atti all'amministrazione della giustizia, Kames scrive:

L'associazione di una moltitudine di individui, determinata dall'agricoltura, determinò la comparsa di numerosi obblighi sociali precedentemente inesistenti. Fu necessario che tali obblighi sociali fossero accertati da leggi, l'osservanza delle quali doveva essere imposta con punizioni. Operazioni del genere non

¹⁰⁹ Trad. mia dall'originale inglese: «In tracing the history of law through dark ages unprovided with records, or so slenderly provided as not to afford any regular historical chain, we must endeavor, the best way we can, to supply the broken links, by hints from poets and historians, by collateral fact, and by cautious conjectures drawn from the nature of government, of the people, and of the times. If we use all the light that is afforded, and if the conjectural facts correspond with the few facts that are distinctly vouched and join all in one regular chain, nothing further can be expected from human endeavors [...] We must be satisfied with collecting the facts and circumstances as they may be gathered from the laws of different countries; and if these put together make a regular system of cause and effects, we may rationally conclude that the progress has been the same among all nations, in the capital circumstances at least; for accidents, or the singular nature of a people or of a government, will always produce some peculiarities» (H. Home, *Lord Kames, Historical Law Tracts*, cit., pp. 36-37).

potevano essere garantite se non delegando ad una o più persone il potere di guidare le risoluzioni ed esercitare la forza a nome di tutta la società.¹¹⁰

Lo schema evolutivo suggerito da Kames può essere considerato uno sviluppo di quello elaborato da John Dalrymple of Cranstoun in *An Essay towards a General Theory of Feudal Property in Great Britain*¹¹¹, pubblicato nel 1757, ovvero un anno prima di *Historical Law Tracts*. Se obiettivo principale di Dalrymple è tracciare la storia delle leggi agrarie di Inghilterra e Scozia per indicarne differenti sviluppi e momenti di variazione, risulta d'altra parte possibile rintracciare nella sua opera la prima proposta, in ambito scozzese, di un generale schema di sviluppo dell'istituto della proprietà in rapporto all'evoluzione dei metodi di sussistenza. In primo luogo, Dalrymple individua tre stadi di sviluppo sociale che si susseguono con il mutare dei metodi di sussistenza; in secondo luogo, egli riconduce a questi differenti stadi di sviluppo sociale diverse configurazioni dell'istituto della proprietà. Così, alle società dei cacciatori e pescatori corrisponde un regime di comunanza dei beni immobili e proprietà privata di alcuni beni mobili; alle società di pastori corrisponde il possesso temporaneo della terra, finalizzato all'utilizzo occasionale della stessa per il gregge; alle società degli agricoltori corrisponde infine l'affermazione della proprietà degli immobili e della terra. Dalrymple scrive:

La prima forma di società è quella dei cacciatori e pescatori, presso i quali l'idea di proprietà è confinata a pochi -per non dire pochissimi- beni mobili, mentre i beni immobili sono considerati comuni. La forma successiva di società inizia nel momento in cui gli inconvenienti e i pericoli del precedente stato conducono gli uomini alla scoperta della pastorizia. In questa fase, dopo aver brucato in una determinata porzione di territorio, il gregge viene guidato dai proprietari verso un altro punto: il luogo che viene abbandonato così rimane a disposizione di chiunque voglia prendere possesso dello stesso. Per questa ragione, i pastori non hanno alcuna nozione della proprietà dei beni immobili, né del diritto di mantenere il possesso di qualcosa per un tempo più lungo del suo temporaneo utilizzo. Una terza forma di società emerge quando gli uomini diventano così numerosi che la carne e il latte derivante dal bestiame divengono insufficienti per la loro sussistenza e quando aumentano i reciproci rapporti di modo che essi pervengono a nuove tecniche come, in particolare, l'agricoltura. La pratica dell'agricoltura determina una maggiore connessione con singole porzioni di terra, sulla quale l'uomo è portato ad investire ora pensiero e lavoro. Tale connessione

¹¹⁰ Trad. mia dall'originale inglese: «The intimate union among a multitude of individuals, occasioned by agriculture, discovered a number of social duties, formerly unknown. These behoved to be ascertained by laws, the observance of which must be enforced by punishment. Such operations cannot be carried on, otherwise than by lodging power in one or more persons, to direct the resolutions, and apply the force of the whole society» (H. Home, Lord Kames, *Historical Law Tracts*, cit., p. 51).

¹¹¹ J. Dalrymple, *An Essay towards a General Theory of Feudal Property in Great Britain*, London, A. Millar, 1757.

prolungata genera un inevitabile sentimento attaccamento, dal quale a sua volta deriva la nozione di proprietà della terra.¹¹²

2.3.3. Adam Smith e John Millar

La forma più matura delle teorie evolutive del diritto tipiche del XVIII secolo può essere attribuita ad Adam Smith, la cui riflessione risulta superiore alle precedenti non solo perché più comprensiva e sistematica, ma anche in quanto fondata su un apparato teorico più solido. Prima di procedere con l'esame della ricostruzione macrostorica elaborata da Smith, risulta conveniente considerare alcuni elementi teorici generali che caratterizzano la sua impostazione di pensiero. Innanzitutto, con Stein è possibile riconoscere come Smith sia fortemente influenzato da Hume, Montesquieu e Latifau nel suo approccio al tema dell'evoluzione degli istituti giuridici. In proposito, Stein scrive:

Smith aveva assimilato non solo l'insegnamento di Hume sulla gradualità dello sviluppo delle convenzioni concernenti la proprietà, ma anche l'insegnamento di Montesquieu a riguardo delle relazioni del diritto con le particolari circostanze della società. Era inoltre ben informato sulle descrizioni degli Indiani d'America e attento alle similarità riscontrabili tra lo stile di vita di questi ultimi e lo stile di vita degli antichi greci, così come suggerito da Latifau.¹¹³

Certamente determinante fu anche l'influsso di alcuni pensatori come Kames e, in special modo, lo scrittore e filosofo James Harrington. Proprio attraverso Harrington, infatti, Smith è introdotto alla teoria di Machiavelli relativa al susseguirsi ciclico di ordine e disordine dei governi. Nel romanzo utopico *Oceana* del 1656, modernizzando il pensiero di Machiavelli, Harrington propone infatti la tesi che le forme del potere politico, nel loro susseguirsi periodico,

¹¹² Trad. mia dall'originale inglese: «The first state of society is that of hunters and fishers; among such people the idea of property will be confined to a few, and but a very few of moveables; and subjects which are immoveable will be esteemed to be common. The next state of society begins, when the inconveniences and dangers of such a life leads men to the discovery of pasturage. During this period as soon as a flock has brouzed upon one spot of ground, their proprietors will remove them to another: and the place they have quitted will fall to the next who pleases to take possession of it. For this reason, such shepherds will have no notion of property in immoveables, nor of right of possession longer than the act of possession lasts. A third state of society is produced, when men become so numerous, that the flesh and milk of their cattle is insufficient for their subsistence, and when their more extended intercourse with each other has made them strike out new arts of life and particularly the art of agriculture. This art leading men to bestow thought and labour on land, increases their connection with a single portion of it; this connection long continued, produces an affection; and this affection long continued, together with the other, produces the notion of property in land» (J. Dalrymple, *An Essay towards a General Theory of Feudal Property in Great Britain*, cit., pp. 76-77).

¹¹³ Trad. mia dall'originale inglese: «[Smith] had assimilated the teaching of Hume on the gradual development of conventions concerning property, and of Montesquieu concerning the relations of law to the particular circumstances of society. He was well versed in the descriptions of the American Indians and was sensitive to similarities between their style of life and that of the ancient Greeks, as suggested by Latifau» (P. Stein, *Legal Evolution*, cit., p. 30).

sono determinate in larga misura dalle differenti modalità di distribuzione della terra: tesi che verrà fatta propria da Smith nella sua ricostruzione macrostorica concernente appunto il corso ciclico delle forme di governo¹¹⁴.

Bisogna inoltre notare con Stein come l'approdo ad una visione schematica del mutamento sociale e giuridico in Smith sia favorita dal suo deismo, ovvero dalla fede in un Creatore onnisciente. Sottolineando come la scoperta delle leggi del mutamento sociale e giuridico abbia viceversa rinforzato la fede deistica di Smith, Stein scrive:

Il suo deismo gli consentì di interpretare lo schema attraverso il quale le società si sviluppano stadio per stadio come corrispondente al disegno tracciato dalla mano invisibile di un Creatore onnisciente della Natura. Tale credenza lo incoraggiò alla ricerca degli aspetti sistematici del progresso sociale e, viceversa, una volta scoperti tali aspetti sistematici del progresso sociale la sua credenza in Dio fu rinforzata.¹¹⁵

La fede in un Creatore onnisciente, tuttavia, non impedì a Smith di approdare a valutazioni estremamente moderne sull'evoluzione macrostorica degli istituti sociali e giuridici. In primo luogo, tale fede non gli impedì di affermare la possibilità di un intervento tutto umano sul corso naturale delle cose e di riconoscere, ben due secoli prima di Holmes, che certi istituti permangono solo a ragione dell'abitudine, della tradizione o di interessi ormai vetusti. In secondo luogo, il deismo non impedì a Smith di sostenere che la storia delle istituzioni sociali e giuridiche è essenzialmente frutto dell'interazione tra l'uomo e l'ambiente circostante, con una particolare rilevanza accordata a fattori di ordine economico. Stein scrive:

Dio definisce il corso generale che una società naturalmente seguirebbe, ma l'azione umana può intervenire per modificare tale corso. Le istituzioni sociali originano e mutano in risposta a una gran varietà di fattori, anche se il fattore economico è il più decisivo. Il processo in questione non è senza resistenze; i costumi, le abitudini e gli interessi vetusti di gruppi ormai in declino possono contribuire al mantenimento di istituzioni anche dopo che la loro ragion d'essere sia ormai superata. Ciò consentì a Smith di mantenere

¹¹⁴ Per Smith i cambiamenti nell'assetto proprietario, corrispondenti alle diverse fasi di sviluppo sociale, portano non solo al mutamento della realtà giuridica determinando la comparsa di leggi e amministrazione, ma anche cambiamenti politici nelle forme di governo. Rispetto al mutamento delle forme di governo, Smith riprende da Machiavelli l'idea di un mutamento ciclico: dallo stadio pastorale con un capo/monarca, si passa ad un assetto aristocratico quando si arriva allo stadio dell'agricoltura, per giungere con il commercio all'affermazione della democrazia in due forme: o piccole repubbliche democratiche difensive o grandi repubbliche democratiche offensive. Queste ultime hanno la meglio, ma sono destinate a decadere a ragione dello sviluppo delle arti e del commercio a scapito dell'attività militare che viene rilegata alle classi sociali subalterne o a mercenari: il che alla lunga conduce ad una nuova frammentazione dello Stato, alla sua erosione e all'avvio di un nuovo ciclo.

¹¹⁵ Trad. mia dall'originale inglese: «His deism enabled him to see the scheme by which societies developed from stage to stage as part of the plan of an all-wise Author of Nature, whose invisible hand had shaped the design. This belief encouraged him to seek the systematic aspect of societal progress, and when he did discover them, they in turn confirmed him in his belief in God» (P. Stein, *Legal Evolution*, cit., p. 45).

al contempo che le istituzioni sociali e giuridiche sono il risultato dell'interazione umana con l'ambiente e che certi particolari istituti sono in alcune circostanze ostacolo alla libertà naturale.¹¹⁶

Infine, come ultimo tassello della sua impostazione teorica generale, bisogna considerare il modo in cui Smith prende le distanze dal modello giusnaturalistico, assumendo – così come aveva già fatto Hume – che per “naturale” si debba intendere ciò che si radica nel tempo e che pare adeguato alle circostanze specifiche di un dato momento storico. Ancora una volta è Stein che sintetizza al meglio questo punto:

Per Smith è naturale ciò che di norma avviene o ciò che accade a ragione di alcuni caratteri distintivi dell'essere umano. Naturale è il comportamento istintivo e spontaneo, ma un'azione può diventare naturale anche come risultato di abitudini, costumi e educazione. Ciò che è naturale per una società è deciso dal livello di sviluppo che la stessa società ha raggiunto.¹¹⁷

Considerati alcuni elementi cruciali della impostazione di pensiero di Smith, è possibile ora procedere con l'esame della sua teoria evolutiva del diritto. Come accennato, la ricostruzione di Smith si rivela più comprensiva e sistematica delle precedenti. Infatti, essa concerne non solo l'evoluzione macrostorica della proprietà privata in rapporto all'affermarsi progressivo di diversi modi di sussistenza, ma anche l'evoluzione di organi atti all'amministrazione della giustizia, nonché lo sviluppo di altri istituti giuridici come il contratto, le successioni e il matrimonio. La vasta portata della teoria di Smith emerge a considerare quanto egli afferma a conclusione di *The Theory of Moral Sentiments*¹¹⁸ del 1759, quando esprime l'intenzione di lavorare ad una nuova opera in cui fornire «un resoconto dei principi generali del diritto e dell'amministrazione, delle loro differenti rivoluzioni in età e fasi diverse della società, non solo per quanto concerne la giustizia, ma anche in riferimento a organi esecutivi, imposte, poteri e tutto ciò che può essere oggetto del diritto»¹¹⁹. Tale intento non si concretizzò mai in un'opera

¹¹⁶ Trad. mia dall'originale inglese: «God lays down the general course that a society will naturally take, but human action can prevent it from taking that course. Social institutions grow up and change in response to a wide variety of factors although the economic factor is the most decisive. The process is not without resistance; custom and habit and the vested interests of declining groups can maintain institution long after the causes which produced them have ceased to operate. This enables Smith to hold both that social and legal institutions are the natural result of man's interaction with his environment, and that particular institutions at a particular time are a hindrance to natural liberty» (P. Stein, *Legal Evolution*, cit., p. 45).

¹¹⁷ Trad. mia dall'originale inglese: «What is natural for Smith is what normally happens or what would happen but for the presence of some distinctively human factor. Instinctive or spontaneous behaviour is natural, but an act may also become natural as a result of habit, custom and education. What is natural for a society is decided by the stage of development which that society has reached» (P. Stein, *Legal Evolution*, cit., p. 45).

¹¹⁸ A. Smith, *The Theory of Moral Sentiments*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

¹¹⁹ Trad. mia dall'originale inglese: «I shall in another discourse endeavor to give an account of the general principles of law and government, and of the different revolutions they have undergone in the different ages and

compiuta, ma per prendere in esame quella che Stein definisce la *philosophical history of legal institutions* di Smith si può volgere l'attenzione ad alcune lezioni che lo Stesso Smith tiene a Glasgow nel 1752 in qualità di professore di filosofia morale: lezioni di cui rimane testimonianza grazie agli appunti degli studenti che vennero pubblicati in seguito con il titolo *Lectures on Jurisprudence*¹²⁰. La pertinenza delle lezioni di Glasgow col tema in esame emerge chiaramente considerando quanto sostiene John Millar, allievo prediletto di Smith, che così sintetizza il contenuto del corso del 1752:

Sul tema della giustizia Smith seguì il piano che sembrava essere suggerito da Montesquieu, ovvero tentare di tracciare il progresso graduale del diritto, sia pubblico che privato, dalle età più rudi fino a quelle più raffinate, sottolineando l'effetto di quelle tecniche che contribuiscono alla sussistenza e all'accumulazione delle proprietà nel produrre corrispondenti miglioramenti o mutamenti nel diritto e nell'amministrazione¹²¹

Nelle lezioni di Glasgow, Smith pare in un primo momento collocarsi nel solco della tradizione giusnaturalistica, nella misura in cui sostiene che la *jurisprudence* ha come obiettivo precipuo di individuare tanto «le norme in base alle quali dovrebbero essere retti i governi civili»¹²², quanto i diritti personali che devono essere tutelati perché si possa parlare in senso proprio di giustizia. Inoltre, seguendo l'insegnamento di Hutcheson, Smith distingue tra diritti che l'uomo ha in quanto individuo, in quanto membro di una famiglia, in quanto membro di uno Stato. Entrando nel vivo della disamina, Smith rivela tuttavia uno specifico approccio evolutivo, chiarendo che per comprendere il fondamento non solo di tali diritti ma anche delle diverse forme di amministrazione della giustizia, risulta necessario procedere con un'indagine relativa alle fasi di sviluppo delle società in quanto i diversi diritti e le diverse forme di amministrazione della giustizia si radicano in concomitanza con i grandi mutamenti sociali e, specialmente, con il variare dei metodi di sostentamento. Diversamente da Dalrymple e Kames che spiegavano l'evoluzione sociale in tre momenti, Smith riconosce quattro principali fasi di sviluppo delle società: l'età dei cacciatori, l'età dei pastori, l'età degli agricoltori e, infine, l'età del commercio.

periods of society, not only in what concerns justice, but in what concerns police, revenue, and arms, and whatever else is the object of law» (A. Smith, *The Theory of Moral Sentiments*, cit., p. 342).

¹²⁰ A. Smith, *Lectures on Jurisprudence*, 1978; trad. it. *Lezioni di Glasgow*, Milano, Giuffrè Editore, 1998.

¹²¹ Trad. mia dall'originale inglese: «Upon this subject he followed the plan that seems to be suggested by Montesquieu; endeavouring to trace the gradual progress of jurisprudence both public and private, from the rudest to the most refined ages, and to point out the effect of those arts which contribute to subsistence, and to the accumulation of property, in producing correspondent improvements or alteration in law and government» (P. Stein, *Legal Evolution*, cit., p. 30)

¹²² A. Smith, *Lezioni di Glasgow*, cit., p. 3.

Nell'età dei cacciatori, la società si compone di un certo numero di famiglie indipendenti e, in questa condizione, è praticamente inesistente la proprietà privata, né si riscontra alcun bisogno di regolamentazione articolata del vivere associato. Sono pochi i casi di conflitto tra individui: se si tratta di conflitti interni ad un nucleo familiare, vengono gestiti dalla famiglia stessa; laddove occorrono – e avviene di rado – conflitti tra membri di due nuclei familiari diversi, interviene l'intera comunità, non con finalità punitive ma mirando alla riconciliazione delle parti in causa. In riferimento al caso di conflitto tra membri di gruppi familiari diversi, Smith afferma:

Un popolo di cacciatori è costituito da un certo numero di famiglie indipendenti, non altrimenti collegate se non dal fatto che vivono insieme nella stessa città o villaggio e parlano la medesima lingua. Il potere giudiziario, fra questi popoli, per quel poco che esiste, ricade sotto il controllo di tutta la comunità come corpo unico. Le questioni interne alle singole famiglie, fintantoché riguardano soltanto i membri di una famiglia, sono lasciate alla decisione dei membri di quella famiglia. Le dispute fra gruppi familiari estranei si verificano di rado in questi tipi di stato, ma se si verificano – e sono di natura tale da turbare la comunità – l'intera comunità interviene per sanare i contrasti. Questo è di solito il massimo a cui si spingono, in quanto non osano mai infliggere una punizione vera e propria. Lo scopo del loro intervento è quello di conservare l'ordine pubblico e la sicurezza degli individui e dunque cercano di far riconciliare le parti in dissidio.¹²³

Con il passaggio alla società dei pastori, avvengono una serie di mutamenti di ordine sociale e, di conseguenza, anche sul piano propriamente giuridico. Le società di pastori continuano ad essere essenzialmente nomadi, ma il popolo diventa più numeroso e si radica l'idea che gli animali siano proprietà di specifici individui. Contestualmente alla manifestazione della proprietà del bestiame si afferma la distinzione tra ricchi e poveri, cui Smith riconduce in definitiva il radicamento di leggi stabili e la comparsa di prime forme, benché ancora fortemente decentrate, di amministrazione della giustizia. Con parole che evidentemente anticipano la concezione marxiana del diritto come strumento a disposizione della classe dominante per il controllo delle classi subalterne, Smith sostiene:

Quando alcuni posseggono una grande ricchezza e altri nulla, è necessario che il braccio dell'autorità sia sempre proteso minacciosamente e siano stabiliti principi e norme permanenti che possano proteggere la proprietà dei ricchi dalle incursioni dei poveri, i quali altrimenti la minaccerebbero continuamente. Diventa allora necessario stabilire in cosa consista la violazione di questa proprietà e in quali casi tali violazioni siano passibili di protezione. In questo caso, e in realtà in tutti i casi, le leggi e lo stato possono essere considerati come una alleanza dei ricchi per opprimere i poveri e conservare a proprio vantaggio la disuguaglianza nella distribuzione dei beni che sarebbe altrimenti eliminata dalle rivolte dei poveri, i quali, se non venissero

¹²³ Ivi, p. 247.

frenati dal governo, ridurrebbero ben presto gli altri nelle loro stesse condizioni per mezzo di un'aperta violenza. Le leggi e lo stato impediscono ai poveri di impadronirsi delle ricchezze per mezzo della violenza che essi altrimenti eserciterebbero sui ricchi; essi impongono loro di continuare ad essere poveri o di arricchirsi con lo stesso sistema degli altri. Perciò le leggi o i patti concernenti la proprietà vengono fissati subito dopo l'età dei pastori.¹²⁴

Come esempi, di tali società caratterizzate da forme decentrate di amministrazione della giustizia, Smith riporta alcuni popoli descritti da Omero e risalenti ai tempi delle guerre troiane, le tribù germaniche descritte da Tacito, ma anche alcuni esempi moderni come i tartari dell'Asia Centrale che vivono raccolti in tribù nomadi, sotto la guida di capi dispotici. In tutti questi casi, si riscontra una forma di amministrazione della giustizia che è decentrata innanzitutto perché le leggi applicate sono convenzioni derivanti da pratiche consolidate e non esiste ancora alcuna attività di legislazione propriamente positiva. Similmente decentrata è l'applicazione del diritto in quanto la valutazione dei fatti condizionanti e l'esecuzione di eventuali sanzioni risultano a carico dell'intera comunità. Per quanto concerne la valutazione dei fatti condizionanti, avviene spesso per tramite di assemblee popolari, a capo delle quali si trova in genere un uomo tra i più ricchi che può godere di largo séguito. Ma, come chiarisce Smith, in questa fase risulta rilevante in generale la valutazione di un qualsivoglia terzo imparziale, anche dell'intera comunità intesa come terzo imparziale: sia in casi come la violazione di una proprietà, sia in circostanze ben più gravi come l'omicidio. In altri termini, «in tutti i casi la gravità della punizione che deve essere inflitta al colpevole è la risultante del parere dello spettatore imparziale e del risentimento dell'offeso»¹²⁵. Val la pena in particolare soffermarsi su quanto Smith sostiene a proposito del ruolo del terzo imparziale nella determinazione del tipo di sanzione da applicare in caso di omicidio:

Se il danno è così grave che lo spettatore può incoraggiare la vittima a vendicarsi con la morte del colpevole, questa è la punizione adeguata e ciò è quanto richiede la persona offesa o, in sua vece, il magistrato, il quale assume il ruolo dello spettatore imparziale. Se lo spettatore non è d'accordo con l'offeso nel richiedere come vendetta la morte del colpevole, ma concorda con lui se chiede una piccola punizione corporale o una multa pecuniaria, questa è la punizione che dovrebbe essere inflitta. In tutti i casi una punizione appare equa agli occhi del resto dell'umanità quando è tale che un testimone imparziale sarebbe d'accordo con l'offeso nell'esigerla.¹²⁶

¹²⁴ Ivi, pp. 256-257.

¹²⁵ Ivi, p. 127.

¹²⁶ *Ibidem*.

Tale passaggio consente di mettere in evidenza come in questo stadio di sviluppo sociale e giuridico esistano diverse forme sanzionatorie per chi violi i patti stabiliti, le più radicali delle quali sono la vendetta di sangue e l'esilio. Il riferimento di Smith alla vendetta di sangue come meccanismo sanzionatorio consente di comprendere come anche la funzione esecutiva sia ancora decentrata in quanto esercitata dalla vittima stessa o dai suoi prossimi. È tuttavia necessario sottolineare che, secondo Smith, nell'età dei pastori, così come nella precedente età dei cacciatori, l'obiettivo primario del meccanismo giudiziario rimane essenzialmente la riconciliazione delle parti in causa, come testimoniato dal frequente tentativo di sostituire vere e proprie punizioni come la vendetta o l'esilio con forme di compensazione pecuniaria. In un passaggio emblematico – riferendosi agli indigeni nordamericani come esempio di società di cacciatori e alle popolazioni germaniche come esempio di società di pastori – Smith rende conto di come la riconciliazione rimanga l'obiettivo primario della giustizia primitiva anche nei casi più gravi come, ad esempio, l'omicidio:

A quei tempi perciò si intercedeva presso le due parti, tramite qualche individuo di grande merito e quindi dotato di autorità o a nome dell'intera comunità, consigliando ed esortando le parti interessate alla tale o alla tal'altra misura [...] Padre Charlevoix e De La Fulage riferiscono che presso gli Irochesi e diverse tribù selvagge del Nord America, quando un individuo viene ucciso da un altro della stessa famiglia, la tribù non interferisce mai, ma lascia che siano il padre o il capofamiglia a punire o a perdonare come credono meglio. Se invece il membro di una famiglia viene assassinato da un estraneo, allora la tribù interviene e stabilisce i doni per placare gli amici dell'ucciso e se la persona non è in grado di offrire doni sufficienti, l'intera comunità raccoglie una colletta per lui, ed ognuno dà il suo contributo per una causa così degna [...] La struttura sociale dei popoli nordici che invasero l'Europa agli inizi del V secolo era più avanzata di qualche grado rispetto a quella degli Americani di oggi. Questi sono ancora allo stadio di cacciatori, il più rozzo e barbaro che vi sia, mentre quelli avevano già raggiunto lo stadio di pastori e praticavano addirittura anche un po' di agricoltura [...] Questi popoli erano perciò piuttosto sviluppati rispetto agli americani e lo Stato, che cresce con la società, aveva anch'esso raggiunto una forza maggiore. Di conseguenza si intrametteva maggiormente e nelle leggi di tutti quei popoli viene fissata una somma particolare come ammenda per l'omicidio di ogni individuo di qualsiasi rango, dal re allo schiavo, ed essa viene definita guidrigildo [...] L'espiazione di un delitto attraverso i doni era diffusa universalmente nell'antichità.¹²⁷

La centralizzazione dell'amministrazione della giustizia avviene nella terza fase di sviluppo sociale che corrisponde all'introduzione dell'agricoltura e alla privatizzazione della terra. La proprietà privata della terra, chiarisce Smith, non compare immediatamente, in quanto in un primo tempo si coltivava il suolo collettivamente in una sorta di regime di proprietà comune e

¹²⁷ Ivi, pp. 130-131.

al massimo era ammesso un possesso esclusivo della terra limitato nel tempo al periodo di coltivazione. Con la nascita delle città e con l'incremento della popolazione avviene, a seguito di valutazioni razionali ed utilitaristiche, la separazione definitiva del suolo, ovvero la privatizzazione della terra. Smith afferma:

Anche dopo l'avvento dell'agricoltura, ci volle del tempo prima che la terra fosse divisa in proprietà private. Dapprima l'intera comunità coltivava insieme un pezzo di terra e il raccolto dell'appezzamento veniva diviso fra i diversi abitanti in base al numero dei membri di ciascuna famiglia e al rango dei singoli individui. Il desiderio del singolo non era sufficiente per acquisire la proprietà di un pezzo di terra neanche per una sola stagione; il resto della comunità si sarebbe rivoltato contro di lui protestando per la sua invadenza e per l'appropriazione di qualcosa che doveva essere comune a tutti [...] Le origini della proprietà privata risalgono probabilmente ad individui che si trasferiscono in abitazioni fisse e cominciarono a vivere insieme in nuclei urbani, cosa che probabilmente si verifica in qualunque società avanzata. Il campo che coltivavano vivendo insieme in questo modo era probabilmente quello più vicino alla loro abitazione. Poiché la loro abitazione era diventata ormai stabile, si resero conto ben presto che il sistema migliore era quello di dividere la terra una volta per tutte, piuttosto che prendersi la briga di dividere il raccolto ogni anno. In conseguenza di ciò i notabili di questa comunità o Stato – se si vuol definire con questo appellativo altisonante un gruppo di uomini in quella condizione – divisero la terra comune in parti separate fra ciascun individuo o famiglia.¹²⁸

È in questa fase, come si accennava, che avviene la centralizzazione dell'amministrazione della giustizia che prima era affidata all'intero corpo sociale. Tale passaggio avviene secondo Smith per ragioni utilitaristiche e logistiche, ovvero a ragione dell'incremento dei conflitti da risolvere e dell'impossibilità di proseguire con quella soluzione dei conflitti implicante la partecipazione dell'intero collettivo sociale. Si affida così l'amministrazione della giustizia ad alcuni specifici individui o ad un gruppo ristretto di persone, tra le quali ovviamente il capo e gli altri che possono vantare maggior influenza. Smith sostiene:

Quando l'umanità ha compiuto qualche progresso, l'istruzione delle cause diventa una questione più difficile e faticosa. Quando cominciano ad essere coltivate le arti e le attività manifatturiere la gente è più impegnata e ha meno tempo da dedicare per presenziare ai processi. Aumentano inoltre i contratti di matrimonio, cosicché mentre da un lato aumenta l'attività giudiziaria, dall'altro la gente ha meno tempo da dedicarvi. Per cui si verifica fatalmente una di queste due cose: o le cause e le controversie restano irrisolte, oppure si rende necessario nominare alcuni che agiscano da giudici in tali questioni. La prima di queste alternative non può in nessun caso essere permessa perché ne conseguirebbero inevitabilmente confusione e diverbi. Perciò si sceglie sempre la seconda. Dal corpo del popolo viene eletto un certo numero di uomini il cui compito è quello di seguire i processi e mettere fine alle dispute. Il capo e gli uomini

¹²⁸ Ivi, pp. 23-24.

più autorevoli fanno naturalmente parte di questo consiglio. In tal modo la loro autorità cresce ulteriormente ed essi si trasformano in capi o presidenti della corte.¹²⁹

Con l'età degli agricoltori, chiarisce Smith, aumenta anche la distanza tra ricchi e poveri, tra coloro che detengono i mezzi di sussistenza e quanti invece sono costretti alle dipendenze dei possidenti per poter godere di parte del raccolto. Con la privatizzazione della terra, ma anche a ragione dell'incremento della popolazione, accrescono notevolmente le occasioni di violazione della proprietà altrui e – tanto per garantire la stabilità sociale, quanto per assicurare ai ricchi il dominio sui loro beni – ha luogo un considerevole aumento delle leggi da seguire. Smith afferma:

Quando si allevano greggi e armenti, la proprietà diventa assai consistente. Vi sono molte possibilità di danneggiarsi reciprocamente e tali danni sono estremamente pesanti per chi li subisce. In questo stadio diventa necessario un maggior numero di norme e di leggi; infatti poiché furti e rapine si possono commettere facilmente, essi saranno puniti di conseguenza con il massimo rigore. Nell'età dell'agricoltura si è meno esposti al furto e alla rapina, ma vi sono altri modi di ledere la proprietà, perché gli oggetti in proprietà sono assai più numerosi. Le leggi, pertanto, anche se non così rigorose, saranno molto più numerose che non in una società di pastori.¹³⁰

Ciò risponde al principio generale dell'evoluzione giuridica che viene poco dopo espresso da Smith: «Quanto più progredita la società e quanto più avanzati i diversi sistemi di sostentamento, tanto maggiore sarà il numero di norme e di leggi necessarie per conservare la giustizia e a prevenire le infrazioni del diritto di proprietà»¹³¹. Non sorprende quindi che «nell'età del commercio, poiché gli oggetti in proprietà sono molto più numerosi, le leggi sono necessariamente moltiplicate in proporzione»¹³². L'approdo al quarto e ultimo stadio, quello del commercio, è piuttosto repentino, vincolato solo alla capacità di produrre un *surplus* di beni da esportare. In un passaggio che rende conto sinteticamente tanto del passaggio dall'età dei cacciatori a quella dell'agricoltura, quanto del passaggio dall'età dell'agricoltura all'età dei commerci, Smith sostiene:

Quando una società diventa numerosa, anche vivere di mandrie e di greggi diventa difficile. La soluzione naturale, allora, è quella di dedicarsi alla coltivazione della terra e alla coltura degli alberi da frutto e dei vegetali commestibili [...] Così si avanza gradualmente verso l'età dell'agricoltura. Quando la società progredisce ulteriormente, le varie attività, che inizialmente venivano esercitate dal singolo per il suo

¹²⁹ Ivi, p. 252.

¹³⁰ Ivi, 16.

¹³¹ Ivi, p. 17.

¹³² *Ibidem*.

benessere personale, si separano e si differenziano: alcuni si dedicarono ad un'attività ed altri ad altre, secondo le loro tendenze e inclinazioni. Essi scambiavano la produzione che eccedeva le loro esigenze individuali ed ottenevano in cambio i beni di cui avevano bisogno e che non producevano da soli. Questo scambio di beni si allargò nel corso del tempo non solo agli individui dello stesso popolo, ma anche a quelli di popoli diversi. Così, finalmente, nasce l'età del commercio.¹³³

All'età del commercio corrispondono ovviamente una serie di avanzamenti specifici sul piano giuridico, come ad esempio, lo sviluppo definitivo dell'istituto del contratto. Ovviamente, prima dell'età del commercio vi erano forme primitive di contratto basate in particolare sulla parola data. Tuttavia, secondo Smith, «nelle prime fasi della società e anche quando essa aveva fatto notevoli progressi, i contratti non erano vincolanti»¹³⁴. Con l'inizio dei commerci e specialmente nel momento in cui iniziano traffici *indiretti* di beni che non prevedono cioè l'incontro fisico tra le parti che scambiano merci e/o denaro, si rende necessaria una regolamentazione articolata della capacità contrattuale:

Nei primi stadi del commercio, quando essi si svolgeva fra individui che vivevano a poca distanza ed anche allora in modo molto limitato, tutti i tipi di merci venivano acquistati attraverso scambi diretti [...] A quei tempi non era possibile stipulare un contratto se non fra coloro che pronunciavano effettivamente le parole con le quali il contratto veniva stipulato. Un giuramento si poteva ottenere soltanto da colui che effettivamente lo pronunciava con la sua bocca. Un giuramento scritto e firmato non era valido. La scrittura non è l'espressione naturale del nostro pensiero (mentre lo è il linguaggio) e perciò è più incerta e meno definita nel significato [...] Tuttavia, quando i commerci si estesero, divenne evidente che era necessario ampliare la possibilità di stipulare contratti. Se un mercante di Roma voleva comprare grano da uno di Alessandria, secondo la vecchia normativa non poteva farlo, a meno che non fosse stato presente e non avesse consegnato il denaro. Affinché i commerci potessero svolgersi più facilmente, si adottò la norma che tutti i contratti più importanti divenissero vincolanti e ciò sia che fossero stipulati fra presenti che fra assenti. In tal modo *emptio venditio*, *locatio conductio*, *societas* e *mandatum* vennero considerati come obbligazioni vincolati.¹³⁵

Un simile approccio macrostorico viene applicato da Smith anche ad altri istituti giuridici (come il matrimonio, le successioni, il debito) e diviene allora comprensibile perché il già menzionato John Millar consideri Smith come uno dei grandi pensatori che, insieme a Montesquieu e Lord Kames, contribuisce all'affermazione di un nuovo e imprescindibile modo di guardare in chiave evolutiva al fenomeno giuridico:

¹³³ Ivi, pp. 15-16.

¹³⁴ Ivi, p. 105.

¹³⁵ Ivi, pp. 109-110.

I tentativi di delineare sistemi di diritto [...] condussero alla fine ad un nuovo modo di pensare, suggerendo un tipo di indagine relativo alle circostanze che hanno determinato varie e contraddittorie imperfezioni nei sistemi giuridici di differenti paesi e che non hanno consentito ai sistemi stessi di ottenere quello sviluppo che per noi non è difficile concepire. Nella prosecuzione di questa indagine, specialmente ad opera di Montesquieu, di Lord Kames e del Professor Smith, l'attenzione dei teorici del diritto è stata diretta ad esaminare tanto la genesi quanto i seguenti avanzamenti della società civile; la nascita, lo sviluppo graduale e il nutrimento delle arti e delle scienze; la comparsa e l'estensione della proprietà in tutte le sue modificazioni, e la conseguenziale influenza delle stesse – insieme ad altre cause di ordine politico – su abitudini, costumi, istituti e leggi di ogni popolo.¹³⁶

Sul solco di tali pensatori in effetti si colloca anche lo stesso Millar che all'età di ventisei anni diviene professore di *Civil Law* presso l'Università di Glasgow. Al 1779 risale *The Origin of the Distinction of Ranks. An Inquiry into the Circumstances which gave rise to Influence and Authority in the different Members of Society*¹³⁷ in cui propone una ricostruzione che ricollega lo sviluppo macrostorico del diritto (tanto lo sviluppo dell'ordinamento giuridico, quanto di istituti come la proprietà privata) alle grandi rivoluzioni che occorrono sul piano sociale ed economico. Un saggio del tipo di ricostruzione macrostorica che Millar propone è rinvenibile già nell'*Introduzione a The Origin of the Distinctions of Ranks*:

Un popolo di selvaggi, costretto a procurarsi quasi tutto ciò che è indispensabile alla sopravvivenza, deve concentrare la sua attenzione su di un limitato numero di obiettivi, quali il procurarsi il cibo e gli indumenti, o trovare riparo contro l'inclemenza atmosferica. Di conseguenza, anche le sue idee e i suoi sentimenti, in coerenza con la situazione in cui si trova, non possono essere anguste e limitate. All'inizio, i suoi sforzi sono ovviamente diretti ad accrescere i mezzi di sussistenza, cacciando o catturando, mediante l'uso di trappole, gli animali selvaggi, o raccogliendo i frutti spontanei della terra. L'esperienza acquisita nell'esercizio di queste attività è successivamente in grado di suggerirgli i metodi per addomesticare e allevare il bestiame e per coltivare la terra [...] Grazie a questi graduali progressi nel rendere la sua situazione più confortevole, si producono i più importanti mutamenti nello stato e nella condizione di un popolo: il suo numero aumenta, si estendono le relazioni sociali e gli uomini, meno oppressi dalle loro necessità, sono

¹³⁶ Trad. mia dall'originale inglese: «The attempts to delineate systems of jurisprudence [...] opened at length a new source of speculation, by suggesting an inquiry into the circumstances which have occasioned various and opposite imperfections in the law of different countries, and which have prevented the practical systems, in any, from attaining that improvement which we find no difficulty in conceiving. In the prosecution of this inquiry, more especially by President Montesquieu, by Lord Kames and by Dr Smith, the attention of speculative lawyers has been directed to examine the first formation and subsequent advancement of civil society; the rise, the gradual development and cultivation of arts and sciences; the acquisition and extension of property in all its modifications, and the combined influence of these and other political causes, upon the manners and customs, the institutions and the laws of any people» (Cfr. W. C. Lehmann, *John Millar of Glasgow*, Cambridge, Cambridge University Press, 1960, p. 347).

¹³⁷ J. Millar, *The Origin of the Distinction of Ranks. An Inquiry into the Circumstances which gave rise to Influence and Authority in the different Members of Society*, 1779; trad. it. *Osservazioni sull'origine delle distinzioni di rango nelle società*, Milano, Franco Angeli, 1989.

maggiormente disposti a coltivare sentimenti di umanità. Si afferma la proprietà, grande causa di distinzione fra gli individui, vengono riconosciuti e protetti i vari diritti del genere umano, conseguenti alle aumentate relazioni sociali. A causa di ciò le leggi di un paese divengono più numerose; si rende quindi necessaria una più complessa forma di governo al fine di amministrare la giustizia e di prevenire i disordini che derivano dai discoranti interessi e passioni di una numerosa e ricca comunità.¹³⁸

Oltre questa ricostruzione generale, Millar si focalizza poi sullo sviluppo dell'istituto della famiglia, con considerazioni volte a mettere in evidenza come a fronte di vari cambiamenti sul piano sociale ed economico mutino, ad esempio, l'autorità paterna sui figli o la posizione della donna nel nucleo familiare. Ad esempio, dopo aver sottolineato come originariamente molte società fossero matriarcali, affrontando la questione del miglioramento delle condizioni di vita della donna nel contesto familiare e sociale grazie allo sviluppo dei commerci e alle conseguenti modificazioni sociali, Millar scrive:

Da quando l'agricoltura ha assicurato un abbondante rifornimento di viveri, le persone hanno ampliato l'orizzonte della loro attenzione ad altri interessi di minore importanza. Essi cercano di vestirsi, abitare e mantenersi nel più confortevole dei modi e si dedicano a quelle occupazioni che servono a perseguire questi utili propositi [...] Questi sviluppi sono all'origine di molti importanti cambiamenti nello stato della società, in particolare per quanto riguarda le donne. Il progresso della società nelle manifatture e nel commercio ha una naturale tendenza a rimuovere quelle cause che impedivano il libero rapporto tra i sessi e contribuivano ad elevare e infiammare le loro passioni. [...] Gli uomini, quando cominciano a smettere le loro usanze primitive, quando la loro attenzione non è completamente assorbita dal perseguimento del prestigio militare, allorché hanno compiuto un certo progresso nelle arti e raggiunto un adeguato grado di raffinatezza, sono necessariamente spinti ad attribuire valore a quelle doti e a quelle virtù femminili che hanno una così grande influenza sulla evoluzione dei costumi sociali e che contribuiscono, in tanti e diversi modi, a moltiplicare gli agi della vita. In questa situazione le donne, non più schiave, né idoli dell'altro sesso, diventano amiche e compagne. La donna ottiene quel rango e quella posizione che sembrano più ragionevoli, in quanto appropriati al suo carattere e alle sue inclinazioni.¹³⁹

Anche sul piano teorico generale il contributo di Millar risulta rilevante: innanzitutto perché, come si è già notato, coglie con chiarezza il passaggio dall'indagine normativa e prescrittiva tipica dei giusnaturalisti all'indagine descrittiva e comparativa di Montesquieu, Kames e Smith, giungendo a sostenere che «tra tutte le scienze, la giurisprudenza sembra essere quella che maggiormente dipende dall'esperienza e in cui i ragionamenti meramente speculativi paiono

¹³⁸ Ivi, p. 80.

¹³⁹ Ivi, pp. 125-126.

pressoché irrilevanti»¹⁴⁰. In secondo luogo, Millar insiste sulla sostanziale uniformità del mutamento sociale e giuridico che occorre presso i diversi popoli. Infatti, secondo Millar, «v'è nell'essere umano una disposizione a migliorare la propria condizione, il dispiegamento della quale conduce da un livello di sviluppo all'altro; e l'omogeneità dei suoi desideri e delle facoltà mediante le quali tali desideri possono essere soddisfatti produce ovunque una considerevole uniformità»¹⁴¹. In terzo luogo, il contributo di Millar sul piano teorico generale consiste nell'aver posto come equivalenti evoluzione e progresso, sostenendo inequivocabilmente che le società evolvono costantemente verso il meglio. In tal senso, in un passaggio in cui peraltro chiarisce come possano darsi ragioni specifiche che talvolta accelerano ed altre rallentano lo sviluppo delle società e del diritto, Millar scrive:

Si verifica quindi, nella società umana, un naturale progresso dall'ignoranza alla conoscenza e da abitudini primitive a usanze civili i cui diversi stadi sono, in genere, scanditi da leggi e costumi ad essi peculiari. Diverse cause accidentali hanno contribuito invero – nei diversi paesi – ad accelerare o ritardare questo progresso. È anche accaduto che alcune nazioni, costrette da sfavorevoli circostanze ad arrestarsi per lungo tempo ad un determinato stadio di sviluppo, si siano talmente assuefatte alle usanze proprie di quell'epoca da conservarne una forte traccia anche dopo essere passate, più volte, attraverso momenti di radicali trasformazioni.¹⁴²

Proprio la tesi della sostanziale uniformità del mutamento sociale e giuridico che occorre presso i diversi popoli nel corso dei secoli e l'interpretazione in termini progressivi dell'evoluzione macrostorica di società e diritto sono elementi che si ritrovano e vengono sviluppati ulteriormente nelle teorie evolutive del diritto elaborate dagli antropologi evolucionisti nel XIX secolo: teorie cui ora si intende volgere l'attenzione.

2.4. L'antropologia evolucionistica del XIX secolo e lo sviluppo unilineare del diritto

2.4.1. Storia, evoluzione, progresso e civilizzazione nel XIX secolo

Quasi un secolo separa la pubblicazione di *The Origin of the Distinction of Ranks* di John Millar nel 1779 e la pubblicazione di *Ancient Law* di Henry Sumner Maine nel 1861: un arco temporale che si caratterizza per grandi rivolgimenti culturali, per un incredibile avanzamento delle scienze e per mutamenti a livello sociale e globale di estrema rilevanza. Di alcuni tratti del clima

¹⁴⁰ Trad. mia dall'originale inglese: «Of all the sciences, law seems to be that which depends most upon experience and in which mere speculative is of the least consequence» (Cfr. W. C. Lehmann, *John Millar of Glasgow*, cit., p. 113)

¹⁴¹ J. Millar, *Osservazioni sull'origine delle distinzioni di rango nella società*, cit., p. 80

¹⁴² Ivi, p. 81.

di pensiero che in questi anni si va consolidando, nonché di alcune scoperte scientifiche e di determinati processi storici che hanno luogo in questi anni si intende ora render conto, nella misura in cui essi risultano essenziali per gli sviluppi delle teorie evolutive del diritto in generale, ma anche nel determinare il contesto in cui compaiono le teorie evolutive del diritto caratterizzate dalla tesi dell'evoluzionismo unilineare, tipiche di antropologi evoluzionisti come Henry Sumner Maine, John Ferguson McLennan, Edward B. Tylor, Johann Jakob Bachofen, Lewis H. Morgan e Albert Hermann Post.

Innanzitutto, è necessario soffermarsi sul ruolo di primaria importanza che spetta, ancora una volta, alla Scuola storica del diritto. Si è già avuta occasione di considerare la rilevanza di Savigny per la maturazione definitiva della linea di ricerca corrispondente alle teorie dell'evoluzione *nel* diritto e bisogna ora sottolineare come il movimento di cui è in genere considerato il capostipite si riveli di pari importanza anche per gli sviluppi delle teorie evolutive del diritto. In generale, con la sua insistenza su una visione del diritto come fenomeno essenzialmente connesso a fattori storico-culturali specifici, la Scuola storica si rivela certamente importante nel determinare un avanzamento delle teorie evolutive del diritto dal punto di vista metodologico, in quanto cioè contribuisce al riconoscimento della necessità di ancorare la ricerca storica e macrostorica a dati quanto più possibile precisi. Basti pensare, in tal senso, al contributo e influsso di Gustav Hugo, uno degli iniziatori della Scuola storica del diritto, cui si deve la proposta di un approccio moderno allo studio romanistico. Fino a quel tempo, infatti, a predominare era stato il metodo di giuristi come Johann Gottlieb Heineccius che, nel suo *Antiquitatum Romanarum Syntagma* del 1717, proponeva di guardare al *Corpus iuris civilis* giustiniano come *ratio scripta* e con approccio antiquario tendeva, quindi, a raccogliere dati e dettagli storici per mostrare come le istituzioni romane fossero effettivamente corrispondenti all'ordine presentato nelle *Institutiones Iustiniani*. In alternativa, Hugo propone di procedere allo studio del diritto romano con un metodo esattamente inverso a quello adottato da Heineccius, vale a dire di comprendere il testo giustiniano a partire dallo studio dello sviluppo effettivo degli istituti giuridici romani nelle loro varie evoluzioni e mutamenti¹⁴³. In particolare, però, il contributo maggiore della Scuola storica per gli sviluppi delle teorie evolutive del diritto consiste nel fatto che è proprio grazie ad essa che prendono avvio una serie di dettagliate ricerche che vanno ad arricchire notevolmente il materiale su cui fondare le ricostruzioni concernenti l'evoluzione macrostorica del fenomeno giuridico. In tal senso, si pensi ad esempio

¹⁴³ Cfr. G. Marini, *L'opera di Gustav Hugo nella crisi del giusnaturalismo tedesco*, Milano, Giuffrè, 1969.

al ritrovamento delle *Institutiones* di Gaio a Verona: scoperta del 1816 che si deve allo storico e diplomatico tedesco Barthold Georg Niebuhr e che risulta di estrema importanza in quanto il manoscritto di Gaio rappresenta l'unica opera della giurisprudenza romana classica ad essere pervenuta fino ai nostri giorni senza il tramite di compilazioni bizantine successive. Come nota Kaius Tuori in *Lawyers and Savages*¹⁴⁴, alla Scuola storica del diritto si devono non solo scoperte sul fronte romanistico, ma anche indagini approfondite riguardanti altre tradizioni giuridiche. Basti pensare, in tal senso, al lavoro di Jacob Grimm e Karl Friedrich Eichhorn che, non condividendo l'interpretazione proposta da Savigny del diritto romano come fonte dello spirito e del diritto del popolo tedesco, si dedicano a ricerche approfondite sulle radici propriamente teutoniche della tradizione giuridica germanica. Tuori scrive:

A parere di Savigny, il diritto romano rappresentava la fonte originaria del popolo tedesco e del loro diritto, in quanto il diritto romano era stato centrale in Germania sin dal Medioevo. Non tutti erano però d'accordo. Jacob Grimm, intimo amico di Savigny, si sforzò di costruire una controparte germanistica della fazione romanistica della Scuola storica. Grimm, Eichhorn e gli altri cosiddetti germanisti credevano vi fosse molto da scoprire circa le radici propriamente teutoniche della tradizione giuridica germanica [...] I germanisti intrapresero studi sulle radici storiche della tradizione giuridica germanica e pubblicarono opere accademiche come *Monumenta Germanicae Historica* a partire dal 1819. In aggiunta a questo lavoro monumentale sulla lingua tedesca, Grimm produsse due opere dedicate alle tradizioni giuridiche germaniche: *Deutsche Rechts Altert hümer* del 1828 e *Weisthümer* del 1840.¹⁴⁵

Se alla Scuola storica del diritto si deve, quindi, tanto la comprensione della necessità di ancorare a dati storici le teorie evolutive del diritto, quanto l'incremento dei dati a disposizione per le ricostruzioni dell'evoluzione macrostorica del fenomeno giuridico, bisogna chiedersi da dove derivi quella tendenza alla comparazione e alla generalizzazione estrema che sottende alla tesi dell'evoluzionismo unilineare caratterizzante le teorie degli antropologi evoluzionisti del XIX secolo. Domanda che si rivela necessaria proprio alla luce del fatto che l'impianto teorico della Scuola storica del diritto pare sottrarsi per natura alle generalizzazioni estreme e

¹⁴⁴ K. Tuori, *Lawyers and Savages. Ancient History and Legal Realism in the Making of Legal Anthropology*, London & New York, Routledge, 2015.

¹⁴⁵ Trad. mia dall'originale inglese: «[According to Savigny], because Roman law had been central in Germany since medieval times, it was the original source of the German people and their true law. Not all agreed. Jacob Grimm, a personal friend of Savigny, led the effort to build a Germanic counterpart to Savigny's Roman law scholarship. Grimm, Eichhorn, and the other so called Germanists believed that there was much to be discovered in the proper Teutonic roots of the German legal tradition [...] The Germanists proceeded to study the historical roots of the German legal tradition and to publish texts in scholarly editions, such as the *Monumenta Germanicae Historica* beginning from 1819. In addition to his monumental work on the German language, Grimm produced two works, *Deutsche Rechts Altert hümer* or *German Legal Antiquities* (1828) and *Weisthümer* (1840) on Germanic legal customs» (K. Tuori, *Lawyers and Savages*, cit. pp. 38-39).

all'uniformazione delle storie giuridiche dei popoli. Tale punto è ben colto da J. W. Burrow in *Evolution and Society. A Study in Victoria Social Theory*¹⁴⁶ del 1966:

La Scuola storica tedesca del diritto era fortemente influenzata dal Romanticismo e nazionalista, incline ad asserire il carattere unico e ineffabile delle entità di cui si occupava, in particolar modo della nazione. Una tale dottrina poteva di certo incoraggiare dettagliate ricerche storiche ed effettivamente così fu. Tuttavia, attenendosi strettamente al suo insegnamento, risultavano impossibili quella classificazione e quella generalizzazione di elementi appartenenti a differenti tradizioni sociali che sono l'essenza del metodo comparativo.¹⁴⁷

Per comprendere da dove derivi la tendenza alla comparazione e alla generalizzazione estrema che sottende alla tesi dell'evoluzionismo unilineare bisogna volgere l'attenzione ad una serie di indagini e scoperte scientifiche che hanno luogo nel XIX secolo e cui si deve il radicamento di una disposizione generale a pensare in termini evolutivi non solo ai fenomeni naturali, ma anche ai fenomeni storici e sociali. Del nesso esistente tra tutti questi rivolgimenti scientifici e culturali – riguardanti numerosi ambiti di ricerca come la geologia, la linguistica, l'archeologia, la paleontologia e la biologia – e l'affermazione delle teorie evolutive del diritto basate sull'assunto dell'evoluzionismo unilineare, rende conto Kaius Tuori nel suo *Lawyers and Savages*:

Domande concernenti le origini erano all'ordine del giorno nelle scienze del XIX secolo. L'espansione della storia e della conoscenza storica era stata notevole specialmente rispetto alla storia antica. Nel 1822 Champollion riusciva a decifrare i geroglifici e rendeva così possibile la comprensione di vasti aspetti della storia dell'Egitto; al tempo stesso, ritrovamenti archeologici come la scoperta di Nineveh nel 1842, di Troia nel 1868 e di Micene pochi anni dopo andavano a rinforzare tanto la convinzione comune che il passato potesse essere spiegato attraverso indagini scientifiche, quanto l'idea che le storie di Omero e della Bibbia avessero un fondamento storico. In linguistica si radicava invece la convinzione che fosse possibile individuare un'unica lingua originaria dalla quale sarebbero derivate poi tutte le altre tramite un processo di separazione. Influssi similmente importanti provenivano dagli ambiti di ricerca emergenti in paleontologia, archeologia e storia e andavano a costituire lo sfondo per l'affermazione dell'interpretazione evoluzionistica. William Buckland e altri iniziarono a mettere in crisi il creazionismo attraverso la scoperta dei fossili (come quelli di dinosauro) a partire dal 1815: crisi che culmina con *On the Origins of Species* di

¹⁴⁶ J. W. Burrow, *Evolution and Society. A Study in Victoria Social Theory*, London, Cambridge University Press, 1970.

¹⁴⁷ Trad. mia dall'originale inglese: « The German historical school of jurisprudence was strongly Romantic and nationalistic, inclined to asserts the unique and ineffable character of the entities it dealt with, particularly the nation. Such a doctrine might well encourage detailed historical research, as in fact it did, but if rigidly held it would make the classification of, and generalization from, elements from many different social traditions, which was the essence of the comparative method, impossible » (J. W. Burrow, *Evolution and Society. A Study in Victoria Social Theory*, cit., p. 145).

Darwin. I paleontologi andavano alla ricerca delle origini dell'umanità da un punto di vista fisiologico e la scoperta di stadi intermedi, come ad esempio la scoperta dell'uomo di Neanderthal nel 1852, condussero a mettere in discussione quella visione del mondo biblicamente fondata che era ancora molto influente. Poiché le scienze più rispettabili del tempo erano praticate in Germania e poiché sembrava possibile individuare una lingua originaria (*Ursprache*), ci si iniziò ad interrogare sulla possibilità di individuare similmente un diritto originario (*Urrecht*). Teorie dello sviluppo e del progresso, come quelle proposte da Herbert Spencer, divennero molto popolari. Mentre l'archeologo John Lubdock – cui si deve la coniazione dei termini Neolitico e Paleolitico – continuava ad applicare la teoria evoluzionistica di Darwin allo sviluppo sociale del genere umano, Spencer procedeva a elaborare schemi universali di sviluppo basandosi su fonti classiche. Studiosi come Morgan popolarizzarono poi la teoria dell'evoluzionismo unilineare, per la quale pressoché tutte le civiltà avanzano secondo gli stessi stadi di sviluppo e, in tale percorso, ottengono simili risultati in termini di progresso.¹⁴⁸

Come emerge dalle ultime battute di questa lunga citazione tratta da *Lawyers and Savages* di Tuori, le teorie evolutive del diritto di antropologi evoluzionisti come Maine, Tylor e Morgan si caratterizzano per una stretta associazione di evoluzione e progresso. Tale associazione deve essere considerata sicuramente riflesso di un generale sentimento di fiducia nella capacità umana di progredire tanto dal punto di vista materiale quanto dal punto di vista morale e culturale: sentimento tipico del XIX secolo e dovuto in larga misura ai grandi avanzamenti scientifici e tecnologici. Ma l'associazione tra evoluzione e progresso rinvenibile nelle teorie evolutive del diritto basate sull'assunto dell'evoluzionismo lineare deriva, più nello specifico, anche da una tendenza rilevabile in seno alle scienze naturali a considerare in termini progressivi l'evoluzione biologica. Su tale interpretazione in termini progressivi dell'evoluzione

¹⁴⁸ Trad. mia dall'originale inglese: «Questions of origins were a staple of the 19th century science. The expansion of history and historical knowledge was especially notable in the field of early history. Champollion's deciphering of hieroglyphs in 1822 opened vast tracts of Egyptian history, while archaeological finds such as the discovery of Nineveh in 1842, Troy in 1868, and Mycena a few years later reinforced the common conviction that the past could be found through scientific inquiry and that the stories of Homer and the Bible had a historical foundation. Linguistic theory proposed that there was one original language from which all the other languages had developed through the process of separation. Important influences were the emerging fields of paleontology, archaeology, and history, which produced the backdrop for the evolutionary interpretation. William Buckland and others, through the discovery of fossils such as dinosaurs started to question creationism from 1815 onwards in a process culminating in Darwin's *On the Origins of Species*. Paleontologists searched for the physical origins of mankind and discoveries of intermediate stages, such as Neanderthals in 1852, led them into direct conflict with the still influential biblical worldviews. Because most reputable science at the time was practiced in German, the question was that if there was a *Ursprache* (an original language), could there be an original law, *Urrecht*? Theories of development and progress, such as those of Herbert Spencer, proved to be remarkably popular. While Darwin's friend, archaeologist John Lubbock, who coined the words Neolithic and Paleolithic, continued applying Darwinian evolutionary thought to the development of human society, he relied on classical sources to construct universal schemes of development. Scholars such as Morgan popularized the ladder theory (the theory of unilinear development) in which nearly all civilizations advance along the same path and attain similar hallmarks of progress along the way. The result was an attempt at creating a universal theory of the development of man and law by observing natural phenomena and applying a scientific methodology to them» (K. Tuori, *Lawyers and Savages*, cit., pp. 6-7).

biologica nelle scienze naturali insiste efficacemente Peter J. Bowler. In *The Changing Meaning of "Evolution"*¹⁴⁹ – saggio del 1975 in cui il famoso storico delle teorie evoluzionistiche esamina le metamorfosi del significato del termine “evoluzione” nella storia della biologia, con particolare riferimento al suo utilizzo tra XVIII e XX secolo in embriologia e nel contesto delle teorie per la trasmutazione della specie – Bowler scrive:

Sin dalle origini, il termine “evoluzione” è stato utilizzato dai biologi in due sensi decisamente distinti. Alcuni embriologi lo utilizzarono letteralmente per significare il dispiegarsi di parti preesistenti in germe, mentre altri lo utilizzarono più generalmente per render conto del processo di sviluppo, senza però ridurre lo stesso al dispiegamento di parti preesistenti. Quando l’importanza della teoria della preesistenza andò declinando e la stessa fu sostituita dal modello suggerito da biologi come von Baer, il termine “evoluzione” continuò ad essere utilizzato in embriologia in connessione all’idea di uno sviluppo progressivo consistente in un incremento di complessità. L’utilizzo del termine “evoluzione” da parte di Spencer sembra derivare direttamente dal contesto d’indagine dell’embriologia, con il risultato che l’idea di una progressione si ritrovò connessa indirettamente con la teoria della trasmutazione delle specie per adattamento e, di conseguenza, con il darwinismo. La filosofia di Spencer sembra aver svolto un ruolo cruciale per l’introduzione del titolo “teoria dell’evoluzione” e anche se la moderna teoria dell’evoluzione coincide semplicemente con lo studio della trasmutazione, fu solamente con qualche difficoltà che i suoi sostenitori si liberarono dalle implicazioni progressiste della filosofia sintetica spenceriana.¹⁵⁰

A prescindere da quale ne sia l’origine, l’associazione tra evoluzione e progresso è una caratteristica delle teorie evolutive del diritto fondate sull’assunto dell’evoluzionismo unilineare su cui bisogna soffermarsi in quanto – correlata ad un sostanziale etnocentrismo – essa può essere considerata il presupposto della visione che gli antropologi evoluzionisti del XIX secolo hanno delle popolazioni indigene come popolazioni *primitive* e *selvagge*, cui guardare per render conto delle origini delle società *civilizzate* del mondo occidentale. Una visione certamente adeguata a giustificare tanto il processo di colonizzazione imperialistica che proprio nel XIX secolo toccò livelli mai raggiunti prima, quanto le politiche di “civilizzazione” che del

¹⁴⁹ P. J. Bowler, *The Changing Meaning of "Evolution"*, in «Journal of the History of Ideas», vol 36, n. 1, 1975, pp. 95-114.

¹⁵⁰ Trad. mia dall’originale inglese: «From the beginning, “evolution” has been used by biologists in two quite distinct senses. Some embryologists applied it literally to the unfolding of the preexisting miniature, while others used it more generally to cover the process of development without implying that only an unfolding was involved. As the preexistence theory declined in importance and was replaced by the embryology of men such as von Baer, the word remained associated with this study and hence became connected with the idea of a progressive development toward increasing complexity. Its use by Spencer appears to arise directly out of the embryological context, with the result that the idea of progression became connected indirectly with the theory of transmutation by adaptation and hence with Darwinism. Spencer’s philosophy seems to have been closely connected with the introduction of the title “theory of evolution”, and although the modern theory is restricted to the study of transmutation, it was only with some difficulty that its practitioners freed themselves from the progressionist implications of the Synthetic Philosophy» (P. J. Bowler, *The Changing Meaning of "Evolution"*, cit., p. 114).

colonialismo sono naturale corollario. Degli indiscutibili nessi tra teorie degli antropologi evolucionisti, retorica del progresso, colonialismo e processo di civilizzazione rende conto ancora una volta Tuori:

L'espansione del colonialismo fu un altro fenomeno del XIX secolo che portò nuove scoperte, anche se a scapito delle popolazioni indigene. L'aumento dei contatti tra indigeni da una parte e autorità coloniali e missionari dall'altra garantirono nuovi resoconti su varie culture, mentre gli esploratori di regioni sconosciute alimentavano l'immaginario comune. Alla fine del XIX secolo, le ultime regioni che erano rimaste inesplorate, come ad esempio il cuore dell'Africa Centrale, vennero colonizzate [...] Il concetto di "uomo primitivo" fu cruciale per i risvolti giuridici del colonialismo e per la missione di civilizzare e portare il diritto a popoli "che vivevano nell'oscurità" [...] Le implicazioni pratiche e coloniali delle teorie del progresso sulle comunità di indigeni consistono nell'aver veicolato l'idea che fosse necessario fare qualcosa in merito agli aspetti moralmente obsoleti ed economicamente sfavorevoli dei costumi dei "nativi". Specifiche istituzioni indigene come la vendetta di sangue, la proprietà comune della terra, ordalie, formalismi rituali e poligamia erano viste come forme primitive – corrispondenti a quelle che vi erano state in passato in Europa – in una scala di sviluppo.¹⁵¹

2.4.2. *Henry Sumner Maine*

Nella storia della cultura giuridica, Henry James Sumner Maine è generalmente riconosciuto come il padre fondatore dell'antropologia giuridica. In questa sede, interessa sottolineare come Maine sia stato il primo a proporre una teoria evolutiva del diritto in cui l'idea dell'evoluzionismo unilineare viene proposta come tesi scientifica. Prima di entrare nel merito della teoria evolutiva del diritto di Maine, si considera opportuno procedere con alcune premesse generali relative al metodo e all'impianto teorico che sottende alla sua ricostruzione. È allora necessario chiarire innanzitutto perché Maine ritenga essenziale volgere l'attenzione alle manifestazioni più antiche del fenomeno giuridico. A tal fine, un buon punto di partenza è quanto Maine stesso scrive nella prefazione alla sua opera certamente più nota, *Ancient Law*:

¹⁵¹ Trad. mia dall'originale inglese: «The expansion of colonialism was another 19th century phenomenon that brought new discoveries, although often at the expense of indigenous peoples. Increased contracts by colonial authorities and missionaries provided new accounts of various cultures, while explorers traveling to unknown regions fueled popular imagination. By the late 19th century, the last unexplored regions, such as the interior of Central Africa, were being explored and colonized. [...] This view of the primitive was crucial to the legal side of colonialism and its mission to civilize and to bring law to the people "living in darkness" [...] The practical colonial implications of the theories of progress on indigenous communities amounted to doing something about the morally reprehensible and economically unsound aspects of the "native" customs. Specific indigenous institutions such as blood feud, communal landownership, ordeals, ritual formalism, and polygamy were seen as earlier and more primitive forms in a developmental scale, as they had been in Europe» (K. Tuori, *Lawyers and Savages*, cit., p. 7).

*its Connection with the Early History of Society and Its Relation to Modern Ideas*¹⁵² del 1861. L'obiettivo della sua indagine, sostiene Maine, è «indicare alcune delle idee più antiche dell'uomo, così come si trovano riflesse nel diritto antico, e mettere in luce il rapporto che sussiste fra quelle idee e il pensiero moderno»¹⁵³. Al di là del fatto che, come nota Peter Stein, più che allo sviluppo storico di *concetti giuridici*, Maine pare «interessato alla storia di *istituti giuridici*»¹⁵⁴ (come, ad esempio: proprietà privata, disposizione testamentaria e contratto) si può dire che Maine ritiene essenziale volgere l'attenzione alle manifestazioni più antiche del fenomeno giuridico in quanto crede che nelle stesse siano rinvenibili tutte le forme e i contenuti che sono destinati a svilupparsi successivamente negli ordinamenti giuridici moderni, solo in forma germinale e meno complessa e, quindi, più adatta a fungere da base per procedere a generalizzazioni. In una delle sei lezioni tenute ad Oxford di ritorno dall'India – raccolte nel volume *Village Communities in the East and West*¹⁵⁵ del 1871 – Maine sostiene esplicitamente che l'analisi della storia antica sia essenziale al fine di comprendere il presente ed elaborare tesi a carattere generale:

A fini scientifici, la storia antica ha il grande vantaggio, rispetto alla storia moderna, di essere incomparabilmente più semplice – più semplice perché più giovane. Le azioni degli uomini, le loro motivazioni e i movimenti della società sono tutti infinitamente meno complessi [nelle società primitive] che nel mondo moderno e si rivelano, dunque, più adattati a servire da materiali per una prima generalizzazione.¹⁵⁶

Stein chiarisce che a tale visione della storia antica Maine perviene anche perché fortemente influenzato dalla geologia che in quegli anni, in effetti, progredisce notevolmente, grazie al contributo di studiosi come Sir Charles Lyell. In *Principles of Geology* del 1830, ad esempio, «Lyell sostiene che i cambiamenti della superficie terrestre non sono stati causati, come generalmente si credeva, da catastrofi improvvise, periodiche ed imprevedibili, ma si rivelano essere piuttosto il risultato di forze fisiche regolari, di un cambiamento costante, graduale e

¹⁵² H. S. Maine, *Ancient Law. Its connection with the early history of society and its relation to modern ideas*, New York, Henry Holt & Company, 1906; trad. it. *Diritto Antico*, Milano, Giuffrè Editore, 1998.

¹⁵³ Ivi, p. 3.

¹⁵⁴ Trad. mia dall'originale inglese: «[Ancient Law] was an attempt to expound the historical development of legal conceptions which were incorporated into the social system of his own time, such as property, disposition by will, contract, crime and punishment» (P. Stein, *Legal Evolution: the Story of an Idea*, cit., p. 87).

¹⁵⁵ H. J. S. Maine, *Village Communities in the East and West*, London, John Murray, 1895.

¹⁵⁶ Trad. mia dall'originale inglese: «Ancient history has for scientific purposes the great advantage over modern that it is incomparably simpler – simpler because younger. The actions of men, their motives and the movements of society are all infinitely less complex than in the modern world, and better fitted therefore, to serve as materials for a first generalization» (H. S. Maine, *Village Communities in the East and West*, cit., p. 269).

quasi impercettibile»¹⁵⁷. Una tale visione dell'evoluzione della superficie terrestre viene ripresa da Maine in modo esplicito, nel momento in cui afferma che «[le forme primitive delle concezioni giuridiche] sono per il giurista ciò che gli strati più antichi della crosta terrestre sono per il geologo», in quanto «esse contengono, potenzialmente tutte le forme nelle quali il diritto si è successivamente manifestato»¹⁵⁸. Ma, come acutamente nota Burrow, Maine approda all'idea che le antiche forme giuridiche contengano in germe già tutti gli elementi caratterizzanti le manifestazioni giuridiche successive anche perché influenzato dalle ricerche di filologia comparata che vengono portate avanti in quegli stessi anni e che mirano ad individuare una lingua originaria comune, della quale tutte le specifiche lingue indo-europee sarebbero manifestazioni particolari¹⁵⁹. È in effetti lo stesso Maine che in numerose occasioni si riferisce alla filologia comparata. Ad esempio, in *Dissertations on Early Law and Customs*¹⁶⁰, Maine assimila l'evidenza della propria teoria concernente la natura patriarcale della famiglia primitiva – che si avrà modo di considerare di qui a breve – all'evidenza della teoria della lingua madre ancestrale proposta dai filologi comparatisti:

Le prove a favore della teoria patriarcale mi sono sembrate dello stesso tipo e della stessa forza di quelle che hanno convinto il filologo comparatista della correttezza della tesi che numerose parole in diverse lingue ariane abbiano una forma originaria comune in una lingua madre ancestrale ormai sconosciuta.¹⁶¹

Se Maine trae sicuramente ispirazione da geologia e filologia comparata per elaborare la sua idea che le forme giuridiche antiche contengano in germe già tutti gli elementi caratterizzanti le manifestazioni giuridiche successive, rimane ancora da chiarire da dove egli tragga la concezione dell'evoluzione macrostorica del fenomeno giuridico come percorso unilineare che rimane invariato per tutte (o quasi tutte) le società. In tal senso, bisogna chiedersi innanzitutto se vi siano debiti di Maine nei confronti di Charles Darwin. Circa tale punto, Burrow è categorico e sostiene non solo che è «errato guardare al lavoro di Maine come un'imitazione conscia della biologia evuzionistica», ma anche che il caso di Maine rappresenta un «esempio

¹⁵⁷ Trad. mia dall'originale inglese: «Lyell argues that changes in the earth's surface were not caused, as had been generally believed, by periodic but unpredictable sudden catastrophes but were rather the result of regular physical forces in constant, but gradual and almost imperceptible change» (P. Stein, *Legal Evolution: the Story of an Idea*, cit. p. 88).

¹⁵⁸ H. S. Maine, *Diritto Antico*, cit., p. 6.

¹⁵⁹ Cfr. J. W. Burrow, *Evolution and Society*, cit., pp. 148...151.

¹⁶⁰ H. S. Maine, *Dissertations on Early Law and Customs*, London, John Murray, 1883.

¹⁶¹ Trad. mia dall'originale inglese: «The evidence for it [the patriarchal theory] appeared to me very much of the same kind and strength as that which convinces the comparative philologist that a number of words in different Aryan languages had a common form in a now unknown ancestral mother tongue » (H. S. Maine, *Dissertations on Early Law and Customs*, cit., p. 192).

dell'impossibilità di interpretare ogni teoria evolutiva emersa negli anni successivi al 1859 come un effetto dell'influenza di Darwin»¹⁶². In merito ad eventuali influssi darwiniani su opera e pensiero di Maine, Elliott è invece più cauto: ricorda, ad esempio, che alcuni riferimenti a Darwin sono rinvenibili nel VII capitolo di *Dissertation on Early Law and Custom*¹⁶³, ma conclude comunque che «la teoria di Maine relativa agli stadi dello sviluppo giuridico è solo “moderatamente” evoluzionistica»¹⁶⁴ e che in essa sembra piuttosto possibile riconoscere quella concezione di evoluzione come “sviluppo” tipica dell'embriologia tra XVIII e XIX secolo. In *The Evolutionary Tradition in Jurisprudence*, Elliott scrive:

Maine non aveva assimilato il concetto darwiniano di mutamento evoluzionistico come variazione nella distribuzione delle caratteristiche nelle popolazioni. Infatti, Maine pensava ancora in termini rigidamente meccanicistici, ispirandosi agli stadi di sviluppo inflessibili di cui parlava l'embriologia e che erano il modello di riferimento della teoria dell'evoluzione di Spencer, non di quella di Darwin.¹⁶⁵

Tale interpretazione di Elliott pare tanto più convincente se si considera che – come sottolinea Bowler – a partire dalla fine del XVIII secolo in embriologia si inizia a radicare l'idea che «una qualche forza (meccanica o vitale, a seconda delle differenti interpretazioni) sia alla guida dello sviluppo: una forza capace di assicurare che gli organi, correttamente formati, siano prodotti nella sequenza corretta»¹⁶⁶. Inoltre, l'idea che Maine adottò, più o meno consapevolmente, la concezione di evoluzione come sviluppo tipica dell'embriologia si rivela anche adatta a render conto dell'equazione tra evoluzione e progresso che caratterizza la sua ricostruzione dell'evoluzione macrostorica del fenomeno giuridico, in quanto effettivamente «molti biologi del XIX secolo tracciarono un'analogia tra embriologia e l'apparizione di nuove specie e supposero che il mutamento evolutivo di *ogni* sistema dovesse essere interpretato rigorosamente in termini di un incremento di complessità, ovvero che qualsivoglia processo evolutivo dovesse essere inteso sempre in termini di un mutamento progressivo»¹⁶⁷.

¹⁶² Trad. mia: «Whatever view one takes, however, it is at least clear that it is utterly false to regard Maine's work as a conscious imitation of evolutionary biology. His career is another example of the impossibility of interpreting every piece of evolutionary thinking in the years following 1859 into an effect of the influence of Darwin» (J. W. Burrow, *Evolution and Society*, cit., pp. 152-153).

¹⁶³ Cfr. H. S. Maine, *Dissertation on Early Law and Custom*, cit., p. 206.

¹⁶⁴ E. D. Elliott, *The Evolutionary Tradition in Jurisprudence*, cit., p. 43.

¹⁶⁵ Trad. mia: «Maine had not assimilated the Darwinian concept of evolutionary change as variation in the distribution of characteristics within populations. Maine still thought in terms of the iron laws of the machine, or the inflexible stages of development in embryology, which were the model for Herbert Spencer's theory of evolution, not Darwin's» (E. D. Elliott, *The Evolutionary Tradition in Jurisprudence*, pp. 45-46).

¹⁶⁶ P. J. Bowler, *The Changing Meaning of "Evolution"*, cit., p. 99.

¹⁶⁷ Trad. mia dall'originale inglese: «Many nineteenth-century biological thinkers drew an analogy between embryology and the appearance of new species and supposed that any system undergoing an evolutionary change

Per quanto concerne il metodo, Maine concepiva il proprio lavoro come propriamente scientifico perché empirico ed induttivo, lontano da quelle pure astrazioni e quei ragionamenti *a priori* che avevano caratterizzato le teorie dello stato di natura e del diritto naturale. In *Village Communities in the East and West*, a proposito del valore epistemico dell'indagine storica, Maine scrive:

È oramai riconosciuto – ed era chiaro anche molto prima che fosse esplicitamente riconosciuto – che la verità della storia, se esiste, non può differire da qualsiasi altra forma di verità. Se deve essere verità, deve essere la verità scientifica. Non può esserci alcuna differenza essenziale tra le verità dell'astronomo, del fisiologo e dello storico. Il grande principio che sta alla base di tutta la nostra conoscenza del mondo fisico, secondo cui la Natura è sempre coerente con se stessa, deve essere vero anche per la natura umana e per la società umana, la quale dalla natura umana è costituita.¹⁶⁸

In merito alla validità e modernità del metodo di Maine, esistono tuttavia posizioni discordanti. Paul Vinogradoff tende, ad esempio, a riconoscere che «Maine introduce nel campo di indagine un nuovo elemento, l'elemento della *scienza* nel senso inglese della parola, ovvero una conoscenza esatta basata sull'osservazione e mirante alla formulazione delle leggi» e, di conseguenza, sostiene che Maine «si rivela essere studioso in linea con il proprio tempo e specialmente con la brama – tipica del suo tempo – di un trattamento scientifico dei problemi della vita sociale»¹⁶⁹. Stein, all'estremo opposto, sottolinea come l'approccio di Maine alla storia (e all'evoluzione macrostorica) del diritto non sia in realtà rigoroso e anzi tendente al *congetturale*. In particolare, Stein individua due limiti del metodo di Maine: l'aver posto attenzione pressoché esclusivamente al diritto romano e al diritto inglese, con più o meno sporadici riferimenti all'antica Grecia e alle tradizioni indiane; l'aver basato le proprie ricostruzioni quasi esclusivamente sull'esame di fonti scritte. Stein scrive:

must be a steady increase in its state of complexity -an evolution must in some sense be a “progressive” change» (P. J. Bowler, *The Changing Meaning of “Evolution”*, cit., p. 96).

¹⁶⁸ Trad. mia dall'originale inglese: «It is now affirmed, and was felt long before it was affirmed, that the truth of history, if it exists, cannot differ from any other form of truth. If it be truth at all it must be the scientific truth. There can be no essential difference between the truths of the Astronomer, of the Physiologist, and of the Historian. The great principle which underlies all our knowledge of the physical world, that Nature is ever consistent with herself, must also be true of human nature and human society which is made up of human nature» (H. J. S. Maine, *Village communities*, cit. pp. 265-266).

¹⁶⁹ Trad. mia dall'originale inglese: «Maine brings into the field of enquiry a new element, the element of science in the English sense of the word, that is of exact knowledge based on observation and aiming at the formulation of laws. The fact is that Maine did not only stand under the influence of preceding generation, which had given such an extraordinary impulse to historical research, but also under the sign of his own time with its craving for a scientific treatment of the problems of social life» (P. Vinogradoff, *The Teaching of Sir Henry Maine*, London, Oxford University Press, 1904, pp. 10-11).

Maine pretendeva che il suo approccio fosse non solo storico, ma anche comparativo, benché effettivamente le sue comparazioni siano state limitate [...] Maine non prestò attenzione alle tradizioni giuridiche delle popolazioni indigene, ad esempio quelle degli Indiani d'America. Lavorò pressoché esclusivamente con fonti scritte e il suo resoconto è essenzialmente limitato al diritto romano e, in misura minore, al diritto inglese, con riferimenti occasionali a dati relativi alla Grecia antica e all'India.¹⁷⁰

Le critiche di Stein sono certamente fondate e, in particolare, appare corretta la sua constatazione relativa all'eccessivo peso attribuito da Maine alla storia del diritto romano. In effetti, nella *Prefazione* ad *Ancient Law*, Maine stesso è costretto a chiarire che la sua opera non deve essere considerata un trattato di romanistica e che la ragione dei numerosi riferimenti alla storia del diritto romano consiste nell'aver cercato di garantire un discorso scientifico sulle origini del diritto, scevro da congetture o astrazioni. Maine sostiene:

Gran parte dell'indagine che ho cercato di fare non sarebbe potuta procedere con speranze pur minime di utili risultati se non fosse esistito un corpo di leggi, come quello dei Romani, che nelle parti più arcaiche reca le tracce dell'antichità più remota e con le norme più recenti ci offre la base da cui provengono le istituzioni civili che ancor oggi regolano la moderna società. La necessità di assumere il diritto romano come sistema tipico ha costretto l'autore a trarne un numero di esempi che può apparire sproporzionato; ma la sua intenzione non era quella di scrivere un trattato di giurisprudenza romana.¹⁷¹

La scelta di volgere l'attenzione alla storia del diritto romano è però motivata in Maine anche dalla convinzione di fondo che tutti i sistemi giuridici moderni siano, più meno decisamente e rapidamente, tendenti a far propri i concetti elaborati dai giureconsulti romani. Nel suo primo articolo *Roman Law and Legal Education* del 1856, Maine sostiene:

Non è perché la nostra giurisprudenza e quella romana sono state simili *nel passato* che esse devono essere studiate insieme: è perché saranno simili *in futuro*. È perché tutte le leggi, per quanto dissimili nella loro infanzia, tendono ad assomigliarsi a vicenda nella loro maturità; e perché noi in Inghilterra lentamente – forse inconsciamente o involontariamente, ma comunque inesorabilmente e decisamente – ci stiamo abituando ai modi di pensiero e alle concezioni giuridiche cui sono pervenuti i giureconsulti romani dopo secoli di esperienza accumulata e instancabile dedizione.¹⁷²

¹⁷⁰ Trad. mia dall'originale inglese: « Maine claimed to be not only historical but also comparative, but his comparisons were limited [...] Maine paid no attention to the legal customs of savage tribes, such as the American Indians. He worked almost exclusively from written sources, and his account is essentially limited to Roman and, to lesser extent, English law, with occasional references to Greek and Indian materials» (P. Stein, *Legal Evolution, The Story of an Idea*, cit., pp. 91-92).

¹⁷¹ H. S. Maine, *Diritto antico*, cit., p. 3.

¹⁷² Trad. mia: «It is not because our own jurisprudence and that of Rome were once alike that they ought to be studied together, it is because they will be alike. It is because all laws, however dissimilar in their infancy, tend to resemble each other in their maturity; and because we in England are slowly, and perhaps unconsciously or unwillingly, but still steadily and certainly accustoming ourselves to the same modes of legal thought and to the same conceptions of legal principle to which the Roman jurisconsults had attained after centuries of accumulated

Chiariti alcuni presupposti teorici e metodologici dell'opera di Maine, diviene ora possibile procedere con l'esame della sua teoria evolutiva del diritto, per render conto della quale si ritiene opportuno chiarire fin da subito che secondo Maine è possibile tracciare una distinzione netta tra *società stazionarie* e *società progressive*. Entrambe i tipi di società, secondo Maine, presentano un certo livello di evoluzione macrostorica del fenomeno giuridico, ma solo le società progressive – che sono in numero ridotto e, come si avrà modo di chiarire, corrispondono essenzialmente alle società del mondo occidentale – procedono con ulteriori e comunque determinate fasi di sviluppo. In primo luogo, dunque, si deve considerare quale sia secondo Maine l'evoluzione macrostorica del fenomeno giuridico che caratterizza tutte le società, tanto le stazionarie quanto le progressive. Il resoconto di Maine si apre allora con la presentazione di quella fase originaria in cui nelle società antiche risulta impossibile rilevare leggi stabili, nemmeno nella forma di norme consuetudinarie e costumi consolidati. In tale fase giuridica primordiale, è possibile riscontrare – quali antenati remoti delle norme di condotta e delle leggi – solo giudizi singolari per la soluzione di specifiche circostanze conflittuali, emanati dal re sulla base di una qualche ispirazione divina. Rifacendosi al mondo omerico e alla storia dell'antica Grecia, Maine definisce tali decisioni giudiziarie “*themistes*” e scrive:

Le nozioni più antiche connesse con il concetto, ora tanto sviluppato, di legge o regola di vita, sono quelle contenute nelle parole omeriche *Themis* e *themistes* [...] Quando un re decideva una controversia con una sentenza, si riteneva che il giudizio fosse il prodotto di un'ispirazione diretta. L'agente divino, il quale suggeriva le sentenze ai re o agli dèi, il più grande dei re, era *Themis*. La peculiarità del concetto sorge con l'uso del plurale. *Themistes* – che è il plurale di *Themis* – sono le sentenze medesime, dettate al giudice dalla divina fonte. Dei re si dice che abbiano nelle loro mani una scorta di *themistes* pronta per l'uso: ma bisogna rendersi conto con chiarezza del fatto che non si tratta di leggi, sibbene di sentenze [...] Il re dispone di *themistes*, ma coerentemente con la credenza che questi emanino dall'alto non si può supporre che siano in alcun modo collegati dal filo di un principio; sono giudizi separati, isolati.¹⁷³

Nell'evoluzione di tutte le società, alla fase giuridica primordiale segue l'epoca del diritto consuetudinario in cui ai re ispirati dal divino si sostituiscono piccoli gruppi di aristocratici che vengono considerati detentori e portavoce esclusivi del diritto – ove per diritto bisogna intendere regole consuetudinarie non scritte:

Il punto importante per il giurista è che queste aristocrazie furono universalmente depositarie e amministratrici del diritto. Sembra che esse siano succedute nelle prerogative del re, con l'importante

experience and unwearied cultivation» (H. S. Maine, *Roman Law and Legal Education*, in H. S. Maine, *Village Communities in East and West*, cit., p. 331).

¹⁷³ H. S. Maine, *Diritto antico*, cit., p. 7.

differenza, peraltro, che non pare rivendicassero una diretta ispirazione per ogni sentenza [...] L'epoca del diritto consuetudinario, e della sua custodia da parte di un ordine privilegiato, è di grande importanza. Le caratteristiche della giurisprudenza che essa implica hanno lasciato tracce che ancora si possono ritrovare nella fraseologia giuridica e popolare. Il diritto, a quel tempo conosciuto esclusivamente da una minoranza privilegiata, fosse quella una casta, un'aristocrazia, una tribù o un collegio sacerdotale, è autentico diritto non scritto.¹⁷⁴

La terza epoca nell'evoluzione macrostorica del fenomeno giuridico caratterizzante tutte le società – tanto quelle stazionarie, quanto quelle progressive – si realizza con l'apparizione di antichi codici come le Dodici Tavole a Roma, il Codice di Solone ad Atene, le Leggi di Manu in India. Maine chiarisce fin da subito che non si tratta di codici nel senso moderno della parola, ma di semplici registrazioni autorevoli dei costumi, atte a preservare dall'oblio le norme di condotta radicatesi per via consuetudinaria:

Dal periodo del diritto consuetudinario giungiamo ad un'altra epoca della storia della giurisprudenza, pur essa chiaramente definita. Giungiamo nell'era dei codici, quegli antichi codici di cui le Dodici Tavole romane furono il modello più famoso. In Grecia, in Italia, sulle coste ellenizzate dell'Asia occidentale, quei codici fecero la loro apparizione in periodo abbastanza simili ovunque: periodi -intendo dire- non identici in senso cronologico, ma simili quanto al progresso relativo di ciascuna comunità. Dovunque nei paesi che ho nominato, le leggi incise sulle tavolette e divulgate al popolo prendono il posto degli usi affidati alla memoria di un'oligarchia privilegiata. Non bisogna neppure per un attimo credere che le raffinate considerazioni che oggi si fanno insistentemente in favore di ciò che si chiama codificazione abbiano avuto parte o luogo nel mutamento che ho descritto. I codici antichi, senza dubbio, furono suggeriti dalla scoperta e dalla diffusione dell'arte della scrittura [...] Si ritenne che le tavolette scritte fossero migliori depositarie del diritto, che offrirono miglior sicurezza alla sua accurata preservazione, che non la memoria di un certo numero di persone, per quanto rafforzata fosse dall'esercizio abituale.¹⁷⁵

Maine specifica inoltre come la comparsa degli antichi codici risponda anche all'esigenza di evitare l'abuso di potere da parte degli aristocratici, perché infatti «fra i principali vantaggi che le Dodici Tavole e altri simili codici garantirono alle società che li introdussero, vi fu la protezione che essi offrirono contro le frodi dell'oligarchia privilegiata»¹⁷⁶. In più – mostrandosi attento a quella che potrebbe essere considerata una ricostruzione dell'evoluzione macrostorica dei differenti meccanismi di evoluzione *nel* diritto – Maine osserva che all'affermazione dei codici antichi corrisponde la sostanziale fine della crescita spontanea del diritto:

¹⁷⁴ Ivi, p. pp. 12-13.

¹⁷⁵ Ivi, pp. 14-15.

¹⁷⁶ Ivi, p. 17.

Il momento in cui il diritto è stato per la prima volta incorporato in un codice costituisce il termine finale di ciò che può chiamarsi il suo sviluppo spontaneo. Da quel momento in poi i mutamenti che in esso si realizzano, se mai si realizzano, sono prodotti deliberatamente e dall'esterno [...] Con i codici ha inizio una nuova era. Dovunque tracciamo, dopo questa epoca, il corso dei mutamenti giuridici, possiamo attribuirlo al desiderio consapevole di miglioramento, o in ogni caso al desiderio di abbracciare degli obiettivi diversi da quelli che erano perseguiti nelle epoche primitive.¹⁷⁷

A questo punto della ricostruzione, Maine introduce la distinzione tra società stazionarie e società progressive, dando prova evidente di quella visione etnocentrica che è tipica delle teorie evolutive del diritto del XIX secolo basate sull'assunto dell'evoluzionismo unilineare e che sostanzialmente consiste nel considerare le forme giuridiche del mondo occidentale moderno come le più progredite. Chiarendo come le società progredite siano l'eccezione e quelle stazionarie invece la regola, Maine scrive:

Dopo l'epoca dei codici comincia a farsi sentire la distinzione fra le società statiche e le società progressive. Noi ci occupiamo solo di queste ultime, e nulla impressiona di più del loro numero estremamente piccolo. Malgrado le prove schiaccianti è difficilissimo per un cittadino dell'Europa occidentale rendersi conto compiutamente di quanto sia vero che la civiltà che lo circonda è un'eccezione rara nella storia del mondo [...] Indiscutibilmente la grandissima parte dell'umanità non ha mai mostrato il minimo desiderio che le sue istituzioni civili migliorassero dal momento in cui ricevettero una completezza esteriore col venire incorporate in qualche documento duraturo [...] Lo studio delle razze nelle loro fasi primitive ci fornisce qualche indizio circa il punto in cui si è fermato lo sviluppo di certe società. Possiamo vedere come l'India bramini non abbia oltrepassato uno stadio che si presenta nella storia di tutte le famiglie umane, quello stadio in cui non si è ancora giunti a distinguere una norma giuridica da un precetto religioso.¹⁷⁸

Introdotta la distinzione, Maine procede a discutere dell'evoluzione macrostorica che caratterizza le sole società progressive. Generalizzando la storia del diritto romano, Maine perviene alla conclusione «che il movimento delle società progressive è stato fino ad ora un movimento dallo *status* al *contratto*»¹⁷⁹. Per comprendere tale conclusione, è tuttavia necessario partire dalle idee che Maine propone in riferimento alla famiglia come nucleo essenziale delle società arcaiche e primitive. A tal proposito, Maine chiarisce che per "famiglia" si deve intendere un nucleo allargato di persone, legate non tanto da vincoli di sangue ma dalla comune sottomissione ad un'autorità patriarcale: tesi – quella che pone un'autorità patriarcale a capo della famiglia primitiva – che verrà ampiamente dibattuta a seguito della pubblicazione

¹⁷⁷ Ivi, p. 21.

¹⁷⁸ Ivi, pp. 22-23.

¹⁷⁹ Ivi, p. 130.

di *Ancient Law*¹⁸⁰. Ad ogni modo, in merito alla famiglia come unità essenziale dell'ordine sociale primitivo, Maine scrive:

La famiglia, in tutte le forme che fu capace di assumere è dunque il modello di una società arcaica; ma la famiglia di cui parliamo non è la famiglia quale sarebbe concepita da un moderno. Per poter giungere alla concezione antica, dobbiamo imporre alle nostre idee moderne un'importante estensione e un'importante limitazione. Dobbiamo guardare alla famiglia come a un qualcosa che costantemente si allarga tramite l'inserimento di estranei nella sua cerchia, e dobbiamo cercare di considerare che la finzione dell'adozione simula così strettamente la realtà della parentela che né il diritto né la comune opinione fanno la benché minima differenza tra un vincolo reale ed uno adottivo. Dall'altro lato, le persone teoricamente riunite in una famiglia dalla loro comune discendenza sono di fatto tenute assieme dalla comune obbedienza al maggiore antenato vivente, sia questi il padre, il nonno o il bisnonno. L'autorità patriarcale di un capo è un elemento tanto necessario alla nozione di gruppo familiare quanto il fatto (o l'assunzione) di essere stati tutti da lui originati¹⁸¹

L'evoluzione macrostorica del fenomeno giuridico caratterizzante le società progressive consiste sostanzialmente nello sfaldamento graduale di quell'ordine sociale primitivo in cui unità essenziale è la famiglia patriarcale. Al venir meno del gruppo familiare patriarcale come unità di base dell'organizzazione sociale corrisponde, innanzitutto, l'acquisizione di sempre maggiore autorità – anche in riferimento alla sfera del diritto privato – da parte di organi specifici esterni al nucleo familiare, come ad esempio i tribunali:

Le leggi civili degli Stati fanno la loro prima apparizione come *themistes* di un sovrano patriarcale, e siamo ora in grado di capire che questi *themistes* sono probabilmente solo una forma sviluppata dei comandi insindacabili che, in una condizione ancora precedente della razza, il capo di ogni singolo gruppo familiare indirizzava alle mogli, ai figli e agli schiavi. Ma anche dopo l'organizzazione statale, l'applicazione delle leggi è estremamente limitata. Sia che conservino il loro carattere primitivo di *themistes*, sia che progrediscano alla condizione di consuetudini ovvero di testi codificati, essi vincolano non già gli individui, bensì le famiglie [...] Tutta la sfera del diritto civile, dapprincipio ristretta, tende sistematicamente ad allargarsi. I fattori del cambiamento giuridico, e cioè le finzioni, l'equità e la legislazione, sono a turno chiamati a sovrapporsi alle istituzioni primitive, e ad ogni stadio del processo un numero sempre maggiore di diritti personali e di proprietà viene sottratto al foro domestico e portato alla cognizione dei tribunali pubblici. Le ordinanze governative vengono gradualmente a conseguire la stessa efficacia nelle questioni

¹⁸⁰ Nel 1861, anno di pubblicazione di *Ancient Law*, compare anche *Das Mutterrecht* di Bachofen; nel 1865 McLennan pubblica *Primitive Marriage*; nel 1871 compare *Systems of Consanguinity and Affinity of the Human Family* di L. H. Morgan: in tutte queste opere viene messa in discussione l'idea che il nucleo familiare primitivo sia caratterizzato da autorità patriarcale.

¹⁸¹ Ivi, pp. 104-105.

private che in quelle pubbliche e non devono essere soppiantate dai comandi del despota di un focolare domestico.¹⁸²

Ma, soprattutto, al venir meno della famiglia come unità di base dell'organizzazione sociale corrisponde, secondo Maine, tanto l'affermazione dell'individuo come unità di riferimento del diritto civile, quanto il passaggio da una condizione primitiva in cui la posizione che l'individuo assume nel contesto sociale è predeterminata dallo *status* che viene a lui attribuito dall'autorità patriarcale, ad una condizione in cui tutte le relazioni sociali originano da *contratto*, ovvero da libero accordo tra gli individui. A proposito, dunque, della conclusione che il movimento delle società progressive corrisponda essenzialmente ad un movimento dallo *status* al *contratto*, Maine scrive:

Vi è un senso in cui il movimento delle società progressive è stato uniforme. Durante tutto il suo corso è stato caratterizzato dal graduale venir meno della dipendenza familiare e dalla sua sostituzione con l'obbligo individuale. Alla famiglia viene sostituito sistematicamente l'individuo come unità di riferimento del diritto civile. Questo avanzamento si è realizzato a velocità differenti, e vi sono società non completamente stazionarie in cui il crollo dell'organizzazione antica può essere percepito solo osservando con estrema attenzione i fenomeni che esse presentano [...] Né è difficile vedere quale tipo di legame tra uomo e uomo venga gradualmente a sostituirsi alle forme di reciprocità nei diritti e nei doveri originati nella famiglia. Si tratta del contratto. Partendo da una sorta di capolinea storico, da una condizione sociale in cui tutte le relazioni tra persone si riassumono nelle relazioni familiari, sembriamo esserci sistematicamente mossi verso una fase di ordine sociale in cui tutte queste relazioni originano dal libero accordo tra gli individui [...] Così è scomparso lo status di schiavo – che è stato sostituito dalla relazione contrattuale tra servo e padrone. Anche lo status della donna soggetta a tutela è venuto meno, se ci riferiamo alla tutela da parte di persone diverse dal marito. Dalla maggiore età al matrimonio, tutte le relazioni che essa può stabilire sono relazioni contrattuali¹⁸³

Come si è già avuto modo di osservare, la teoria evolutiva del diritto di Maine può essere considerata il risultato di una generalizzazione della storia del diritto romano. Su tale punto, insiste efficacemente Tuori nel suo *Lawyers and Savages*, mostrando in particolare la corrispondenza della ricostruzione fornita da Maine dell'evoluzione macrostorica caratterizzante tutte le società – stazionarie e progressive – con la storia dell'antica Roma:

La teoria del Maine relativa allo sviluppo del diritto appare strettamente connessa alla comprensione che al suo tempo si aveva della storia romana antica. I sovrani dispotici a capo della famiglia primitiva, naturalmente, rimandano al *paterfamilias* dell'antica tradizione romana, ovvero a quell'individuo che aveva il potere sulla vita e sulla morte di ogni membro della famiglia (*vita necisque potestas*). I leader che

¹⁸² Ivi, pp. 127-128.

¹⁸³ Ivi, pp. 129-130.

rivendicarono ispirazione divina per legittimare le leggi da loro emanate corrispondono perfettamente ai resoconti dei primi re romani, mentre l'ascesa dell'aristocrazia che rivendica il monopolio sulla conoscenza della legge corrisponde ad accadimenti risalenti all'era della prima repubblica di Roma. La perdita di quel monopolio con la pubblicazione delle leggi nei codici combina invece due storie romane, quella della promulgazione delle XII Tavole e la storia di Gneo Flavio, l'impiegato che pubblicò le formule procedurali per avviare procedimenti giudiziari¹⁸⁴

Tuttavia, proprio lo stesso Tuori procede a sottolineare come Maine riveli un'attitudine alla comparazione ben più profonda di quella che pare disposto a concedergli Stein, benché tale attitudine risulti ancora certamente viziata da un modo di pensare etnocentrico e progressista. Ad esempio, alla luce di quanto appreso e constatato in India, Maine propone interessanti interpretazioni della storia del diritto romano. In particolare, Maine giunge a sostenere che alle origini della storia di Roma – e all'origine di tutte le società antiche – sia possibile collocare una condizione di proprietà comune della terra non dissimile da quella che è possibile rilevare nelle comunità-villaggio dell'India. Tuori scrive:

Maine ha paragonato le comunità-villaggio dell'India con l'istituzione della *gens*, l'unità familiare estesa che ripercorre la storia dell'antica Roma fino ai tempi arcaici. Ciò che Maine suggerisce è che le *gentes* romane non sono altro che un residuo modernizzato di una forma originaria in cui vi sarebbe stata una comunità sia di sangue che di proprietà, affine a quella rilevabile nelle comunità-villaggio indiane¹⁸⁵

Proprio la questione del passaggio dall'originario regime di comunione dei beni e della terra alla proprietà privata rappresenta uno dei temi tipici – insieme al tema della configurazione della famiglia primitiva e dei suoi sviluppi – di quell'antropologia evoluzionistica del XIX secolo di cui Maine è iniziatore e Lewis Henry Morgan il più fervido fautore.

¹⁸⁴ Trad mia: « Maine's theory of how the development of law took place was closely linked with the contemporary understanding of early Roman history. The sovereign despotic heads of family, of course, resembled the Roman paterfamilias, the head of the family who had the power over the life and death of every family member (*vita necisque potestas*). The leaders that claimed divine inspiration for the laws that they made corresponded nicely with the accounts of early Roman kings, while the rise of the aristocracy that claimed a monopoly over the knowledge of law is a Roman feature from the early republic. The loss of that monopoly with the publication of law in codes combines two Roman stories, that of the promulgation of the XII Tables and the story of Gnaeus Flavius, the clerk who published the formulae needed to initiate legal proceedings» (K. Tuori, *Lawyers and Savages*, cit., pp. 72-73).

¹⁸⁵ Trad mia: «Maine compared the Indian village community with the Roman institution of *gens*, the extended family unit that traces its history to archaic times. What Maine suggests is that the historical *gens* is but a modernized remnant of an original form in which there would have been a community of blood and ownership akin to the Indian village community» (K. Tuori, *Lawyers and Savages*, cit., p. 68).

2.4.3. Lewis Henry Morgan

Se Henry Sumner Maine è il primo ad aver proposto come tesi scientifica l'idea che le società evolvano secondo un *pattern* predefinito, il vero pioniere e teorico dell'evoluzionismo unilineare può essere considerato l'antropologo americano Lewis Henry Morgan. In tal senso, circa il ruolo cruciale di Morgan nella storia dell'approccio evoluzionistico e universalistico in antropologia, Kaius Tuori nel suo *Lawyers and Savages* scrive:

Le prime ricerche dedicate effettivamente al diritto delle popolazioni indigene erano semplici e pratici manuali amministrativi per i funzionari coloniali e ben poco avevano in comune con i primi lavori di antropologia giuridica. Il passaggio dalla versione espansa della storia delle culture antiche a una descrizione degli sviluppi universali e delle sequenze unilineari di evoluzione delle civiltà avvenne solo gradualmente. Il principale sostenitore di questa visione fu Lewis Henry Morgan, il cui modello di sviluppo della civiltà, sebbene includesse il riferimento a culture classiche, fu sostanzialmente indipendente da tale riferimento stesso [...] Benché inizialmente critico delle teorie unilineari, che affermavano che tutte le civiltà attraversano essenzialmente gli stessi stadi di sviluppo, alla fine Morgan – individuando processi troppo contorti perché ne si possa render conto in questa sede – arrivò ad un sistema che tiene conto dello sviluppo della famiglia, dei modi di produzione e del linguaggio. Morgan è stato lo storico universale per eccellenza, in quanto ha preteso di delineare il progresso sia tecnico che sociale, tenendo conto sia delle antiche civiltà dell'Europa, dell'Asia e dell'America, sia delle culture contemporanee.¹⁸⁶

A Morgan si deve, tuttavia, non solo la teorizzazione più esplicita e rigorosa dell'evoluzionismo unilineare, ma anche il radicamento del metodo comparativo di esame delle testimonianze e dei documenti forniti dall'archeologia, dalla storiografia e soprattutto dall'etnografia. Infatti, se del metodo comparativo si trovano già applicazioni in Maine – che tuttavia continua a basare le proprie ricostruzioni essenzialmente sul modello della storia dell'antica Roma – con Morgan si perviene non solo ad un effettivo, sostanzioso e sostanziale riferimento ai dati etnografici concernenti le popolazioni indigene, ma anche al radicamento di procedure di ricerca come l'indagine sul campo, basata su osservazione partecipante, e l'invio di questionari ai missionari.

¹⁸⁶ Trad mia: «The earliest works on actual indigenous law were simple and practical administrative manuals for colonial officials that had very little in common with the early works on legal anthropology. The change from the expanded version of ancient cultures to a description of universal developments and unilinear ladders of civilization came about only gradually. The main advocate was Henry Lewis Morgan, whose model of the development of civilization, although it did include classical cultures, was essentially independent of it [...] Although he had initially been critical of the unilinear theories, which stated that all civilizations go through essentially the same developmental stages, he would eventually, through stages too convoluted to describe here, arrive at a system which took into account both the development of family, modes of production and language. Morgan was the definite universal historian, who outlined both technical and social progress, taking into account both ancient civilizations from Europe, Asia and America, as well as contemporary cultures». (Kaius Tuori, *Lawyers and Savages*, cit., p. 76).

Proprio in riferimento al contributo di Morgan allo sviluppo dell'antropologia quale pratica scientifica, Tuori scrive:

A partire dalla metà degli anni Cinquanta del XIX secolo, Morgan intraprende studi antropologici con una combinazione di ricerche sul campo e questionari. I questionari di Morgan, inviati ai missionari, costituirono un precedente per i lavori di stampo universalista continuati poi da Kholer e Post in Germania. Alcuni studiosi affermano spesso che le teorie di Morgan sono basate sulla tradizione antropologica britannica, ma tale interpretazione è ormai respinta, a seguito di studi sugli archivi dello stesso Morgan, i quali testimoniano come egli sia in realtà uno studioso di gran lunga superiore, con una comprensione etnografica più acuta rispetto ai suoi contemporanei britannici.¹⁸⁷

Come chiarisce Domenico Maddaloni, la valorizzazione del metodo comparativo in Morgan risponde all'idea di fondo che sia possibile «colmare, attraverso l'analisi delle società "selvagge" e "barbare" coeve alla società occidentale moderna, le lacune della conoscenza sull'evoluzione sociale, nella convinzione che queste costituiscano delle sopravvivenze, ovvero le vestigia contemporanee di stadi precedenti di sviluppo della società»¹⁸⁸. Bisogna anche sottolineare come all'idea del carattere cumulativo dell'evoluzione delle istituzioni sociali e delle forme culturali nella teoria di Morgan si trovi associato quel progressismo e quell'etnocentrismo che varranno numerose critiche all'antropologia evoluzionista del XIX secolo. Che per Morgan l'evoluzione sia da intendersi in termini progressivi emerge anche solo a considerare l'*ouverture* della sua opera certamente più nota, ovvero *Ancient Society*¹⁸⁹ del 1877. Morgan scrive:

Le conclusioni cui giungono le ricerche più recenti sulla condizione primaria della razza umana tendono ad accreditare la tesi che l'umanità abbia cominciato la propria carriera muovendo dal gradino più basso della scala e progredendo poi dallo stato selvaggio fino alla civiltà attraverso lente accumulazioni di conoscenza sperimentale. Che parti della famiglia umana siano vissute allo stato selvaggio è innegabile, come innegabile è l'esistenza di altre parti della famiglia stessa allo stato di barbarie, e di altre ancora a un livello di civiltà; e sembra altrettanto certo che quelle tre distinte condizioni siano connesse l'una con l'altra in una sequenza di progresso tanto naturale quanto necessaria. Inoltre, che questa sequenza possa dirsi storicamente vera per l'intera famiglia umana fino allo status raggiunto rispettivamente da ciascun ramo di essa, è reso probabile dalle condizioni sotto le quali interviene ogni progresso, nonché da quanto conosciamo circa l'avanzamenti di alcuni rami della famiglia nel concorso di due o più fra tali condizioni. Nelle pagine che

¹⁸⁷ Trad. mia dall'originale inglese: « Only during the mid-1850s did Morgan begin to pursue anthropological study with a combination of fieldwork and questionnaires. Morgan's questionnaires, sent to missionaries, set a precedent for the universalist scholarly work continued by Kholer and Post in Germany. While scholars rooted in the British tradition often claim that Morgan's theories were based on the British tradition, this has been rejected by studies founded on Morgan's archives, which prove that Morgan was actually a far superior scholar with a more acute ethnographic understanding than his British contemporaries» (K. Tuori, *Lawyers and Savages*, cit. p. 76).

¹⁸⁸ D. Maddaloni, *Visioni in movimento*, cit., p. 60.

¹⁸⁹ L. H. Morgan, *Ancient Society or Researches in the Lines of Human Progress from Savagery, through Barbarism to Civilization*, 1877; trad. it, *La società antica*, Milano, Feltrinelli, 1983.

seguono tenderemo di portare ulteriori prove della rozzezza della condizione primaria dell'umanità, della graduale evoluzione delle sue capacità mentali e morali attraverso l'esperienza, e del lungo protrarsi della sua lotta contro gli ostacoli che si frapponavano sul suo cammino verso la civiltà.¹⁹⁰

Nel proseguo della sua disamina, Morgan chiarisce di voler prendere in considerazione la «straordinaria sequenza di invenzioni e scoperte che si snoda lungo l'intera strada del progresso umano; ma soprattutto delle istituzioni che esprimono la crescita di certe idee e certe passioni»¹⁹¹. Sulla base di tale idea che l'evoluzione sociale consista tanto in sviluppi tecnologici quanto in rivoluzioni istituzionali, Morgan riprende e codifica la classica distinzione tra stato selvaggio, barbarie e civiltà, chiarendo peraltro come le sequenze di evoluzione sociale e culturale di cui intende render conto si siano presentate in modo più rapido in alcune circostanze e più lento in altri contesti. I primi due stati, quello selvaggio e quello della barbarie, sono ulteriormente suddivisi in tre stadi (inferiore, intermedio e superiore), a ciascuno dei quali Morgan fa corrispondere alcune acquisizioni tecnologiche e culturali. Lo stadio inferiore dello stato selvaggio «ha inizio con l'infanzia della razza umana e può dirsi concluso con l'acquisizione della pesca come mezzo di sussistenza, nonché con l'apprendimento dell'uso del fuoco» e, chiarisce Morgan, «l'inizio del linguaggio articolato appartiene a questo periodo»¹⁹². Lo stadio intermedio dello stato selvaggio inizia con l'acquisizione dell'alimentazione ittica e con la conoscenza dell'uso del fuoco, per terminare con l'invenzione dell'arco e delle frecce ed «è in questa condizione che l'umanità esce dai limiti del suo habitat originario per diffondersi su una vasta estensione della superficie terrestre»¹⁹³. In tale condizione, vivono numerose tribù indigene «come ad esempio (fra quelle tuttora esistenti), gli Australiani e la maggior parte dei Polinesiani al momento della loro scoperta»¹⁹⁴. Lo stadio superiore dello stato selvaggio va invece dall'invenzione di arco e frecce fino all'invenzione delle tecniche della ceramica, il cui sviluppo caratterizza però lo stadio inferiore dello stato barbaro riscontrabile, ad esempio, presso «le tribù indiane degli Stati Uniti a oriente del fiume Missouri»¹⁹⁵. Nello stadio intermedio dello stato barbaro avviene invece lo sviluppo di tecniche di allevamento e di agricoltura, mentre in quello superiore si perviene alla lavorazione del ferro. Lo stadio della

¹⁹⁰ Ivi, p. 1.

¹⁹¹ Ivi, p. 1.

¹⁹² Ivi, p. 6.

¹⁹³ Ivi, p. 7.

¹⁹⁴ *Ibidem*.

¹⁹⁵ *Ibidem*.

civiltà, infine, ha inizio con «l'invenzione di un alfabeto fonetico e con l'uso della scrittura in composizioni letterarie»¹⁹⁶.

Sulla base di un tale schema di fondo, Morgan procede a render conto di come avvenga lo sviluppo dell'organizzazione familiare, avente come punto di arrivo la famiglia monogamica tipica delle società che hanno raggiunto lo stadio della civiltà. Al principio di tale percorso evolutivo, Morgan colloca un'orda primitiva e animalesca caratterizzata da una sostanziale promiscuità. Come nota Kaius Tuori, Morgan assume come semplice congettura la tesi dell'orda primitiva promiscua in quanto mancanti dati diretti capaci di confermarne definitivamente la veridicità:

Morgan riteneva che rapporti sessuali promiscui caratterizzassero il livello più basso concepibile dello stadio selvaggio, che rappresenta il fondo della gerarchia. A tale livello, vivendo in un'orda, l'uomo sarebbe stato poco più che animale, con poco intelletto e scarso senso morale. Non rimanevano esempi viventi di tal genere di rapporti, ma il sistema di consanguineità malese presupponeva, secondo Morgan, una promiscuità antecedente e gli antichi greci e romani erano in contatto con gruppi che vivevano nello stadio di promiscuità. Morgan accettava quindi la promiscuità originaria come una necessità teorica che va oltre la portata della conoscenza positiva.¹⁹⁷

Un passo avanti rispetto a tale primissima fase di assoluta promiscuità si ha con la comparsa dei matrimoni di gruppo. Anche quella dei matrimoni di gruppo è, in un primo tempo, assunta da Morgan come semplice congettura, ma ne ottiene poi conferma nel 1871 grazie al resoconto di Lorimer Fison, missionario cui aveva inviato un questionario e da cui ottiene informazioni relative ai matrimoni di gruppo presso le popolazioni aborigene australiane. Lo stadio successivo corrisponde all'affermazione della cosiddetta famiglia *punalua*, in cui il matrimonio rimane essenzialmente di gruppo ma tra un numero ridotto di membri: o il «matrimonio di varie sorelle, carnali o collaterali, con i mariti di ciascuna delle altre, all'interno di un gruppo» o in alternativa il «matrimonio di vari fratelli, carnali o collaterali, con le mogli di ciascuno degli altri, all'interno di un gruppo»¹⁹⁸. Attraverso una lunga serie che consta di ben quindici stadi successivi di sviluppo, si giunge alla famiglia monogamica caratterizzante lo stadio della civiltà

¹⁹⁶ *Ibidem*.

¹⁹⁷ Trad mia: «[Morgan] held promiscuous intercourse to be the lowest conceivable stage of savagery -it represents the bottom of the scale. Man would be little more than animal, living in a horde with little intellect and moral sense. There were no living examples remaining, but the Malayan system of consanguinity presupposed antecedent promiscuity. However, the ancient Greeks and Romans were in contact with groups living in the stage promiscuity. Morgan accepts promiscuity as a theoretical necessity that is beyond the reach of positive knowledge» (K. Tuori, *Lawyers and Savages*, cit., p. 64).

¹⁹⁸ L. H. Morgan, *La società antica*, cit., p. 297.

e che risulta immediatamente preceduta da quel modello patriarcale di famiglia che Maine – come si è avuto modo di considerare nel precedente paragrafo – riteneva essere l’archetipo della famiglia antica.

Ciò che in questa sede interessa maggiormente sottolineare è come allo sviluppo della famiglia Morgan faccia corrispondere anche lo sviluppo della struttura sociale stessa. In tal senso, in primo luogo, Morgan individua come cruciale il passaggio da quel tipo di organizzazione in classi sulla base del sesso tipica delle società in cui vigono i liberi matrimoni di gruppo ad un’organizzazione superiore che inizia ad affermarsi già con le limitazioni della famiglia *punalua*, in cui unità di base diventano le *gentes* e in cui le relazioni sociali risultano fondate su vincoli di sangue. Morgan scrive:

L’organizzazione in *gentes* sulla base del sangue si pone naturalmente come la struttura arcaica della società antica; ma esiste un’organizzazione ancor più vecchia nel tempo e arcaica nel tipo, che prima d’ogni altra esige la nostra attenzione: l’organizzazione in classi sulla base del sesso [...] Apparirà subito evidente che nei tempi più remoti dello stato selvaggio la comunione di mariti e mogli, entro limiti prescritti, era il principio centrale del sistema sociale. I diritti e i privilegi “maritali” istituiti nel gruppo, si svilupparono in un magnifico schema, che divenne il principio organico su cui venne a costituirsi l’intera società [...] Si troverà perciò che la famiglia passava da una forma inferiore a una forma superiore mentre l’area di diffusione di questo sistema coniugale a poco a poco si riduceva. La famiglia, che partiva dall’unione consanguinea basata su matrimoni tra fratelli e sorelle entro un certo gruppo, passò a una seconda forma, la *punalua* (subordinata ad un sistema sociale simile alle classi australiane), che pose fine alla prima specie di matrimoni sostituendovi gruppi di fratelli che si spartivano le mogli, e gruppi di sorelle che si spartivano i mariti -rimanendo in entrambi i casi il matrimonio all’interno del gruppo. L’organizzazione in classi sulla base del sesso e la susseguente organizzazione superiore in *gentes* sulla base del sangue, vanno considerate come il risultato di grandi movimenti sociali inconsciamente prodottisi per selezione naturale.¹⁹⁹

Morgan sostiene poi che dal tipo di organizzazione sociale in cui unità fondamentale sono le *gentes* si arriva naturalmente alle vere e proprie società politiche, in quanto «il germe del governo va ricercato nell’organizzazione per *gentes*, propria dello stato selvaggio, e va seguito via via attraverso le progressive forme di questa istituzione, fino all’istaurarsi della società politica»²⁰⁰. Ecco perché allora nella seconda parte di *Ancient Society*, dedicata allo sviluppo dell’idea di governo, Morgan considera dettagliatamente (in ben quindi capitoli) vari esempi di organizzazione sociale per *gentes*, rifacendosi tanto alla storia dell’antica Grecia e dell’antica Roma, quanto ad attente indagini etnografiche relative alle popolazioni aborigene australiane

¹⁹⁹ Ivi, p. 35.

²⁰⁰ Ivi, p. 2.

e agli irochesi americani. A proposito del passaggio dalla società gentilizia alla società politica, Morgan scrive:

Risulta evidente che l'impossibilità da parte delle istituzioni gentilizie di adattarsi alle esigenze ormai complesse della società originò un movimento tendente a ritirare tutti i poteri civili dalle *gentes*, dalle fratrie e dalle tribù, e a ristrutturarli in base a nuove circoscrizioni elettorali. Tale movimento fu graduale, occupando un periodo di tempo, ed esplicandosi in una serie di successivi esperimenti attraverso i quali si cercava di porre rimedio ai mali esistenti. L'affermarsi del nuovo sistema fu graduale quanto l'estinguersi dell'antico, entrambi esistendo fianco a fianco per un certo periodo [...] Ripercorrendo idealmente la linea del progresso umano, si può notare che il villaggio circondato da palizzata fu la dimora tipica della tribù nello stadio inferiore della barbarie. Nello stadio intermedio, fanno la loro apparizione le case multiple addossate l'un l'altra, in mattone cotto al sole e pietra, simili a fortezze. Ma nello stadio superiore, appaiono per la prima volta nell'esperienza umana città circondate da terrapieni, e poi da mura di pietre squadrate [...] Città di tale livello implicano l'esistenza d'una agricoltura stabile e sviluppata, il possesso di animali domestici in greggi e mandrie, di merci in gran numero e di proprietà reale in case e terreni. La città comportò nuove esigenze nell'arte di governo, insieme con la creazione di una mutata condizione sociale. Si avvertì sempre più nettamente la necessità di magistrati e giudici, di funzionari militari e municipali di grado diverso, con un sistema di incremento delle leve militari, che richiedeva tassazioni pubbliche. La vita municipale e le sue esigenze devono dunque aver aumentato in modo considerevole i doveri e le responsabilità del consiglio dei capi, e forse preteso troppo dalla sua capacità di governo.²⁰¹

Come già per Maine, anche per Morgan, dunque, è dallo sfaldamento dell'organizzazione sociale basata sulle *gentes* come unità fondamentale che deriva quell'evoluzione macrostorica del diritto che conduce alla società politica con le sue specifiche forme centralizzate di organizzazione sociale. Similmente, come già in Maine, anche in Morgan si ritrova una teoria relativa alle sequenze evolutive che caratterizzano il passaggio dal regime di proprietà comune di beni e terra tipiche dei primi stadi di sviluppo sociale e giuridico alle forme di proprietà privata tipiche delle società che giungono invece allo stadio della civiltà. Se tematiche e alcune conclusioni rimangono sostanzialmente invariate nelle elaborazioni dell'antropologo britannico e dell'antropologo nordamericano, il metodo risulta differente e più maturo in Morgan che si sforza di articolare maggiormente le sue ricostruzioni evolutive. In più, come sottolinea Stein, a differenza di Maine, «Morgan enfatizza il ruolo che il variare delle modalità di sussistenza e l'avanzamento del livello tecnologico svolgono come fattori determinanti per lo sviluppo delle istituzioni sociali»²⁰² e proprio per questo venne preso a modello non solo dai già menzionati Kholer e Post, ma anche da Marx ed Engels che nell'antropologo evoluzionista nordamericano

²⁰¹ Ivi, pp. 200-201.

²⁰² P. Stein, *Legal Evolution: the Story of an Idea*, cit., p. 111.

riconoscono un «cofondatore indipendente del materialismo storico, con tanto di sottolineatura delle implicazioni socialiste del suo pensiero e della sua ricerca»²⁰³. Proprio sulla base delle ricerche di Morgan, Friedrich Engels arriva ad elaborare una ricca teoria concernente tanto le configurazioni primitive della famiglia, quanto il percorso evolutivo che da originari regimi di comunanza di beni e terra conduce alla comparsa della proprietà privata e dello Stato. Risultato finale di tale versante della riflessione di Engels è *Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staats. Im Anschluss an Lewis H. Morgan's Forschungen*²⁰⁴ del 1884 in cui temi effettivamente già riscontrabili nelle opere giovanili di Marx ed Engels vengono riletti dal punto di vista specifico dell'antropologia evoluzionistica.

2.5. Una storia che prosegue: percorsi alternativi di evoluzione macrostorica del diritto

2.5.1. Oltre l'antropologia evoluzionistica del XIX secolo

Nel primo capitolo della presente ricerca si è avuta occasione di osservare come nella cultura giuridica contemporanea sia ormai radicata la tendenza a liquidare le teorie evolutive del diritto come prodotto culturale tipico del XIX secolo, degno di nota solamente in termini profondamente critici. Si è inoltre argomentato circa la possibilità di ricondurre tale attitudine nei confronti delle teorie evolutive del diritto alle aspre critiche che furono mosse da Franz Boas – e gli altri sostenitori di relativismo culturale e particolarismo storico – alle teorie elaborate nel XIX secolo dai rappresentanti della cosiddetta antropologia evoluzionistica. Nel presente paragrafo si intende mettere in evidenza come la ricerca di sequenze di evoluzione macrostorica del diritto possa in vari modi conciliarsi con il riconoscimento delle ineludibili differenze e specificità su cui insistono i fautori di relativismo culturale e particolarismo storico. A tal fine si intende prendere in considerazione alcune varianti di teorie evolutive del diritto che non presentano (o quantomeno cercano di evitare) le problematiche che caratterizzano le ricostruzioni proposte dagli antropologi evoluzionisti nel XIX secolo. Conviene, innanzitutto, ricordare brevemente quali siano le tesi tipiche, successivamente criticate, dell'antropologia evoluzionistica iniziata da Maine. Le tesi in questione sono essenzialmente tre:

- (i) che nella storia sociale e culturale del genere umano sia possibile individuare una sequenza *universale* di evoluzione macrostorica del diritto, caratterizzante lo sviluppo di tutte o quasi tutte le società (tesi dell'evoluzionismo unilineare);

²⁰³ D. Maddaloni, *Visioni in movimento*, cit., p. 83.

²⁰⁴ F. Engels, *Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staats. Im Anschluss an Lewis H. Morgan's Forschungen*, 1884; trad. it. *L'origine della famiglia, della proprietà privata e dello Stato*, Roma, Editori riuniti, 1970.

- (ii) che a tale evoluzione corrisponda un sostanziale avanzamento verso il meglio, sia dal punto di vista tecnico-giuridico che dal punto di vista morale (tesi dell'evoluzione come progresso);
- (iii) che il punto di approdo di tale evoluzione progressiva corrisponda essenzialmente alle configurazioni occidentali del fenomeno giuridico (interpretazione etnocentrica).

In primo luogo, si intende prendere in esame due varianti di teorie evolutive del diritto che sembrano prendere le distanze dall'evoluzionismo unilineare classicamente inteso, ovvero la teoria elaborata dallo storico e sociologo tedesco Max Weber in *Wirtschaft und Gesellschaft* e quella proposta dallo storico del diritto russo Paul Vinogradoff in *Outlines of Historical Jurisprudence*. Tramite l'analisi delle ricostruzioni proposte da Weber e Vinogradoff si vuole mostrare come le teorie evolutive del diritto possano mirare ad individuare e spiegare sequenze di evoluzione macrostorica del fenomeno giuridico senza pretendere di considerare le sequenze individuate come *universali*, ovvero destinate a realizzarsi in *ogni* società. Inoltre, mediante l'esame delle elaborazioni di Weber e Vinogradoff si intende sottolineare la possibilità di teorie evolutive del diritto che, pur procedendo a generalizzazioni e astrazioni, non implicano la negazione delle particolarità storiche e specificità culturali dei popoli, riuscendo anzi a conciliarsi con il riconoscimento del carattere multifattoriale e multilineare del processo evolutivo stesso.

In secondo luogo, per mostrare come non sia effettivamente stringente il rapporto tra teorie evolutive del diritto in generale e il progressismo/etnocentrismo caratterizzante le elaborazioni degli antropologi evoluzionisti del XIX secolo, si volgerà l'attenzione alla teoria evolutiva del diritto proposta da José Gil in *Antropologia delle forze: dalle società senza stato alle società statuali*. Tramite l'analisi della ricostruzione proposta da Gil si vuole mostrare la possibilità di teorie evolutive del diritto che, anziché connotare immediatamente le configurazioni giuridiche più semplici e antecedenti come meno progredite ed inferiori rispetto a quelle più complesse e posteriori, si soffermano su quei caratteri o elementi positivi delle prime che sarebbero andati perduti nel corso del processo evolutivo.

Infine, si intende prendere in esame la teoria evolutiva del diritto elaborata dal filosofo del diritto e antropologo tedesco Ernst Joachim Lampe in scritti come *Genetische Rechtstheorie: Recht, Evolution und Geschichte* del 1987 e *The Concept and Development of Law* del 1992. Fine di questo approfondimento concernente la teoria di Lampe è illustrare le nuove opportunità che si dispiegano oggi per le teorie evolutive del diritto, ovvero la possibilità di ancorare il tentativo di elaborare ricostruzioni concernenti l'evoluzione macrostorica del diritto a discipline

disparate e relativamente giovani come, ad esempio: paleoantropologia, etologia, sociobiologia e psicologia evoluzionistica.

2.5.2. Max Weber

*Wirtschaft und Gesellschaft*²⁰⁵ è certamente l'opera alla quale, più delle altre, Max Weber deve il suo riconoscimento come uno dei padri fondatori della sociologia, nella misura in cui è possibile riscontrarvi tanto riflessioni di ordine teorico-generale concernenti metodo e concetti fondamentali della sociologia, quanto contributi sostanziali dedicati a temi e fenomeni specifici come la città, il potere, il diritto, lo Stato, la religione, l'economia capitalistica ecc. Si tratta di un'opera la cui stessa genesi potrebbe essere oggetto di una ricerca a sé stante, in quanto risulta dall'accorpamento di una serie di scritti e ricerche su cui Weber lavora – in maniera più o meno definitiva – tra il 1909 e l'anno della sua morte nel 1920 e di cui esistono varie edizioni che si differenziano essenzialmente per la diversa sistematizzazione dei materiali stessi. Le edizioni più rilevanti sono di certo la prima a cura di Marianne Weber e Johannes Winckelmann che compare immediatamente dopo la morte di Weber tra il 1921 e il 1922 e quella risultante dal lavoro di risistemazione del lascito weberiano iniziato nel 1981 dai curatori della Max Weber-Gesamtausgabe.

Ai fini della presente ricerca, rileva soprattutto la sezione di *Wirtschaft und Gesellschaft* dedicata alla sociologia del diritto²⁰⁶, in cui – come sottolinea Luca Pes in *Teorie dello sviluppo giuridico*²⁰⁷ – «Weber offre un'analisi dell'ascesa del modo di produzione capitalista nell'area europea in rapporto alle istituzioni e al sistema giuridico che egli caratterizza come moderno e razionale»²⁰⁸. Prima di procedere con l'analisi della teoria evolutiva del diritto che Max Weber elabora in *Wirtschaft und Gesellschaft*, si ritiene utile volgere l'attenzione ad alcuni aspetti generali della sua impostazione di pensiero, con particolare riguardo alla sua posizione sul metodo delle scienze storico-sociali e sull'opportunità di adottare nelle stesse una prospettiva evolutiva. In primo luogo, è allora necessario chiarire in che senso per Weber le scienze storico-sociali in generale (e la sociologia in particolare) siano scienze “comprendenti”. A tal proposito, evidenziando i punti di contatto tra l'approccio weberiano e quello storicista, Domenico Maddaloni scrive:

²⁰⁵ M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1922; trad. it. *Economia e società*, Milano, Edizioni di Comunità, 1981.

²⁰⁶ M. Weber, *Economia e società. Volume III. Sociologia del diritto*, Milano, Edizioni di Comunità, 1981.

²⁰⁷ L. Pes, *Teorie dello sviluppo giuridico*, Trento, Tangram Edizioni Scientifiche, 2012.

²⁰⁸ Ivi, p. 60.

Sulla scorta delle distinzioni delineate già dall'approccio storicista di Dilthey, Windelband, Rickert tra "scienze della natura" a carattere nomotetico (e cioè rivolte alla scoperta di leggi e uniformità universali) e "scienze dello spirito" a carattere idiografico (e cioè rivolte all'analisi di costellazioni storiche o di fenomeni storici individuali), Weber evidenzia che carattere peculiare delle scienze storico-sociali è la possibilità non soltanto di esaminare i comportamenti, ma anche di comprendere le motivazioni delle azioni.²⁰⁹

Secondo Weber, alle scienze storico-sociali spetta quindi il compito specifico di comprendere il "senso soggettivamente intenzionato" delle azioni individuali, ovvero di intendere quale sia la motivazione che sottende ai comportamenti dei diversi attori sociali. Tale motivazione deve essere spiegata tenendo in considerazione diversi elementi: ideali e valori dell'individuo agente, le consuetudini o tradizioni che lo influenzano, gli interessi materiali o sociali che lo muovono all'azione, i sentimenti che lo animano ecc. In un saggio del 1913 dal titolo *Über einige Kategorien der verstehenden Soziologie*²¹⁰, Weber scrive:

Il comportamento umano (esterno o interno) mostra nel suo corso connessioni e regolarità, al pari di ogni accadere. Ciò che però, almeno in senso pieno, è proprio soltanto del comportamento umano, sono connessioni e regolarità il cui corso è interpretabile in modo intellegibile. Una "comprensione" del comportamento umano, conseguita mediante l'interpretazione, comporta in primo luogo una specifica "evidenza" qualitativa di misura assai diversa [...] Il massimo grado di "evidenza" è posseduto dall'interpretazione razionale rispetto allo scopo. Per atteggiamento razionale rispetto allo scopo si deve intendere un atteggiamento che è orientato esclusivamente in base a mezzi concepiti (soggettivamente) come adeguati per scopi definiti in maniera (soggettivamente) precisa [...] Oggetto della sociologia comprendente non è per noi un qualsiasi tipo di "stato interiore" o di atteggiamento esterno, ma è l'agire. "Agire" (includendo in esso l'omissione e la sopportazione volontarie) vuol dire sempre un atteggiamento intellegibile di fronte a certi "oggetti", e cioè un atteggiamento specificato in base a qualche senso (soggettivo) posseduto o "intenzionato", anche se in maniera più o meno inosservata [...] Riferiti in modo soggettivamente dotato di senso al mondo esterno, e particolarmente all'agire di altri, sono pure le azioni affettive e gli "stati affettivi" rilevanti, anche in maniera indiretta, per il corso dell'agire -come per esempio il sentimento della dignità, l'orgoglio, l'invidia, la gelosia.²¹¹

Si tratta evidentemente di una forma di individualismo metodologico con cui Weber giunge a riconoscere la complessità del mondo sociale e il carattere multifattoriale (che non esclude elementi specificamente materiali) dei processi di causazione che conducono al verificarsi dei fenomeni sociali. Nella prospettiva weberiana, tuttavia, a tale individualismo metodologico non corrisponde un ripiegamento in forme radicali di particolarismo storico. Weber afferma infatti

²⁰⁹ D. Maddaloni, *Visioni in movimento*, cit., p. 113.

²¹⁰ M. Weber, *Über einige Kategorien der verstehenden Soziologie*, 1913; trad. it. *Alcune categorie della sociologia comprendente*, in M. Weber, *Saggi sul metodo delle scienze storico-sociali*, Torino, Edizioni di Comunità, 2001.

²¹¹ Ivi, pp. 497...499,

che nelle scienze storico-sociali si può e si deve adottare un orientamento che sia al tempo stesso individualizzante/idiografico e generalizzante/nomotetico. Dal primo punto di vista, quello individualizzante e idiografico, si tratta di porre attenzione al particolare, alle specifiche caratteristiche di fenomeni o attori sociali; dal secondo punto di vista, quello generalizzante e nomografico, si tratta invece di definire categorie o modelli (i cosiddetti “tipi ideali”) che facciano astrazione dagli aspetti unici e casuali della realtà considerata e di cui le singole concrete manifestazioni storiche possano essere considerate esempi particolari. I tipi ideali sono, secondo Weber, non ideali morali ma modelli «da costruire con l’accentuazione unilaterale di alcuni punti di vista sugli eventi in questione e ne sostiene l’utilità per misurare il grado di somiglianza dei fenomeni storici concreti rispetto alle generalizzazioni stesse»²¹².

Se, per un verso, la definizione dei tipi ideali allontana Weber dall’empirismo radicale del particolarismo storico, d’altra parte bisogna sottolineare che i tipi ideali non sono da lui pensati in termini di modelli che si realizzano effettivamente in una sequenza costante di sviluppo storico. Infatti, come evidenzia Domenico Maddaloni, Weber si dichiara apertamente «contro le filosofie della storia e le teorie dell’evoluzione a carattere monocausale e che tendevano a postulare una sequenza unilineare di mutamento»²¹³. Sulla base di questa avversione, Weber arriva a criticare «gli schemi di Hegel, di Comte, di Spencer, di Marx in quanto secondo lui troppo schematici, lineari, monocausali nelle loro assunzioni circa il mutamento sociale»²¹⁴. Oltre a rigettare l’arbitraria imposizione di modelli teorici evolutivi fissi ai dati della storia, Weber «rifiuta in maniera esplicita ciò che giudica un’indebita estensione al mondo sociale dei concetti di selezione e di adattamento derivati dalla teoria dell’evoluzione della specie di Darwin»²¹⁵, come emerge ad esempio dalle aspre critiche che egli rivolge alle teorie – ampiamente in voga agli inizi del XX secolo – che cercavano di interpretare la storia in termini di lotta per la sopravvivenza tra diverse razze umane.

Ma è lo stesso Maddaloni che sottolinea come, stante il generale rifiuto dell’opportunità di adottare modelli evolutivi rigidi nelle scienze storico-sociali, Weber proponga una visione generale della storia tutto sommato compatibile con un approccio evolutivo al mutamento sociale. Infatti, Weber ritiene «sia all’opera nella storia una forza, la razionalizzazione o intellettualizzazione, che giunge a livelli diversi di sviluppo nelle diverse civiltà in ragione, tra

²¹² D. Maddaloni, *Visioni in movimento*, cit., p. 114.

²¹³ *Ivi*, p. 115.

²¹⁴ *Ibidem*.

²¹⁵ *Ibidem*.

l'altro, anche delle possibilità offerte dall'etica associata ai rispettivi sistemi religiosi»²¹⁶. Per Weber, tuttavia, tale forza non risulta determinante per l'evoluzione o la storia di *tutte* le culture e società; al contrario, la razionalizzazione – che riguarda le procedure incorporate nelle imprese capitalistiche, nelle burocrazie pubbliche, nelle comunità degli scienziati, dei professionisti, degli esperti, dei tecnici – arriva a compiersi soltanto nel mondo occidentale moderno. Di particolare rilievo, in questo processo di progressiva razionalizzazione caratterizzante il mondo occidentale, risulta secondo Weber l'etica protestante che, favorevole all'impegno lavorativo ed alla ricerca del profitto, porta all'affermazione del capitalismo che «non coincide con la semplice volontà di sopraffazione economica o con l'aspirazione al lucro, ma richiede un calcolo razionale che consenta la perpetuazione del processo che conduce al profitto, e con questo il libero scambio, il lavoro formalmente libero, e possibilità economiche formalmente pacifiche»²¹⁷. Inoltre, sul presupposto di uno schema di evoluzione a carattere multifattoriale e multilineare, Weber riconosce in primo luogo che il compimento della razionalizzazione avviene in tempi e modi variabili nei diversi contesti della civiltà occidentale, a seconda delle specifiche circostanze storico-culturali. In secondo luogo, sempre sul presupposto di uno schema di evoluzione a carattere multifattoriale e multilineare, secondo Weber, «il processo evolutivo che si esprime nella razionalizzazione non conduce in maniera inesorabile ad uno stato finale di cui possiamo forse anche prevedere i connotati, ma appare al contrario infinito ed aperto, per quanto influenzato dalle proprietà delle forme antiche dalle quali le nuove emergono e si sviluppano»²¹⁸.

Ciò che interessa sottolineare a fronte di queste pur brevi considerazioni generali su metodo e presupposti della ricerca weberiana, è che – nel contesto della sua interpretazione della storia della civiltà occidentale come storia di progressiva razionalizzazione – Weber elabora anche una teoria concernente il processo di evoluzione macrostorica che ha condotto alle configurazioni del fenomeno giuridico che si realizzano nel mondo occidentale moderno. Come sottolinea Luca Pes, Weber concepisce «il sistema originato dalla storia e dalla cultura giuridica europea come il sistema giuridico più prossimo a un ideale di diritto razionale»²¹⁹. Più nello specifico, per Weber il modello che si concretizza nelle configurazioni del fenomeno giuridico tipiche del mondo occidentale moderno è quello di un diritto caratterizzato da razionalità

²¹⁶ Ivi, p. 117.

²¹⁷ Ivi, p. 116.

²¹⁸ Ivi, p. 118.

²¹⁹ L. Pes, *Teorie dello sviluppo giuridico*, cit., p. 60.

formale. Esempi di sistemi prossimi al tipo ideale di diritto formalmente razionale sono sia il diritto codificato dell'Europa continentale sia il *common law* in quanto, nonostante le irriducibili differenze, in tali sistemi si realizza «lo specifico formalismo giuridico che, facendo funzionare l'apparato giuridico come una macchina tecnicamente razionale, garantisce ai singoli interessati il massimo relativo di libertà e di movimento e soprattutto di calcolabilità delle conseguenze giuridiche e delle possibilità del suo agire di scopo»²²⁰. In altri termini, in tali tradizioni giuridiche caratterizzate da razionalità formale si raggiunge la massima autonomia del diritto rispetto alle altre strutture sociali (quali, ad esempio, la politica e la religione) e si stabiliscono norme generali e precise che, razionalmente commisurate al perseguimento di un fine razionale, risultano conoscibili *ex ante* e vincolo imprescindibile, in sede processuale, nella valutazione delle più disparate circostanze fattuali²²¹.

Contraltare di questo modello moderno e formalmente razionale di diritto che si concretizza nelle esperienze occidentali di *common law* e *civil law*, sono quei sistemi giuridici che risultano caratterizzati da irrazionalità e, in particolare, da «arbitrarietà e personalismo nelle decisioni e, in definitiva, nel trionfo della regola dell'uomo sulla regola del diritto»²²². Tra questi, Weber colloca sia i sistemi caratterizzati «da quella che l'uso linguistico popolare chiama "giustizia del cadi" – cioè dal giudicare caso per caso secondo il senso di equità del giudice o secondo altri mezzi giurisdizionali e principi irrazionali, quali quelli impiegati ovunque nel passato o ancora oggi in Oriente»²²³; sia il sistema contraddistinto «dall'amministrazione patriarcale dei gruppi di potere teocratici o patrimoniali dell'Asia e delle epoche passate in Occidente, procedente secondo il libero arbitrio e la grazia, e per il resto secondo una tradizione sacra e inviolabile, ma irrazionale»²²⁴. Esistono poi, tra i due estremi della razionalità formale e dell'irrazionalità, sistemi giuridici in cui si realizza una forma di razionalità *materiale* (o *sostanziale*), ovvero sistemi che non mirano «a raggiungere il massimo grado di precisione giuridica formale, che dia la massime garanzie per la calcolabilità delle possibilità e la sistemazione razionale del diritto e della procedura; ma piuttosto a realizzare la massima corrispondenza sostanziale con le aspirazioni pratico-utilitarie ed etiche delle autorità»²²⁵.

²²⁰ M. Weber, *Economia e società. Volume III. Sociologia del diritto*, cit., p.133.

²²¹ Per un approfondimento relativo ai concetti di razionalità formale e razionalità materiale in Weber, si rimanda a: R. Marra, *Max Weber: razionalità formale e razionalità materiale del diritto*, in «Sociologia del diritto», n. 2, 2005, pp. 43-73.

²²² M. Weber, *Economia e società. Volume III. Sociologia del diritto*, cit., p 61.

²²³ M. Weber, *Economia e società. Volume IV. Sociologia del potere*, Milano, Edizioni di comunità, 1981, p. 486.

²²⁴ *Ibidem*.

²²⁵ M. Weber, *Economia e società. Volume III. Sociologia del diritto*, cit., p. 131.

Volgendo finalmente all'analisi della teoria evolutiva del diritto elaborata da Weber, bisogna sottolineare come egli non si limiti alla caratterizzazione di questi modelli o tipi ideali di sistema giuridico, ma tenti anche di elaborare una sorta di sequenza di sviluppo tra i diversi generi di sistema giuridico individuati. Tale sequenza di sviluppo è presentata da Weber nei termini di passaggio graduale da sistemi giuridici irrazionali a sistemi giuridici razionali dal punto di vista materiale e, in seconda battuta, da sistemi giuridici razionali sotto il profilo materiale a sistemi giuridici razionali dal punto di vista formale. Scrive Weber:

Lo sviluppo generale del diritto e del processo -determinato nei suoi "stadi di sviluppo" teorici- reca dalla creazione carismatica del diritto ad opera di "profeti giuridici" alla creazione e alla produzione empirica del diritto ad opera di notabili giuridici (produzione giuridica mediante giurisprudenza cautelare e precedenti), per poi condurre all'imposizione del diritto da parte di un *imperium* secolare e di poteri teocratici, ed infine alla statuizione sistematica del diritto e all'amministrazione della giustizia specializzata ad opera di giuristi di professione che ricevono una formazione letteraria e logico-formale. Le qualità formali del diritto si sviluppano così da una combinazione di formalismo magicamente condizionato e di irrazionalità condizionata da rivelazioni nel processo primitivo, passando eventualmente per una fase di razionalità rispetto allo scopo di carattere materiale, e quindi non formale, condizionata da motivi teocratici o patrimoniali, per arrivare ad una razionalità e ad una sistematica giuridica sempre più specializzata, cioè di carattere logico, e pertanto -da un punto di vista puramente esteriore- a un grado sempre maggiore di sublimazione logica e di rigore deduttivo del diritto oltre che a una tecnica del processo sempre più razionale.²²⁶

Weber procede, tuttavia, ad un'immediata precisazione: tale evoluzione del fenomeno giuridico da configurazioni irrazionali a configurazioni formalmente razionali – cui corrisponde una crescente divisione del lavoro e specializzazione nei vari settori della creazione del diritto e dell'amministrazione della giustizia – non caratterizza tutte le società. Non è una sequenza di evoluzione *universale* che egli pretende di indicare, ma semplicemente la sequenza di evoluzione macrostorica che ha condotto alle configurazioni tipicamente occidentali del fenomeno giuridico. Inoltre, sul presupposto di uno schema di evoluzione a carattere multifattoriale e multilineare, Weber apertamente riconosce che i diversi sistemi giuridici occidentali si approssimano alla razionalità formale in tempi e modi differenti:

Dato che in questa sede ci interessa soltanto tracciare le linee di sviluppo più generali, dovremo di proposito ignorare il fatto che gli stadi di razionalità qui teoricamente costruiti non si sono nella realtà storica susseguiti secondo l'ordine del loro grado di razionalità, e non si sono verificati ovunque, anche in Occidente, né si verificano oggi, ed anche il fatto che i motivi determinanti della forma e del grado di

²²⁶ Ivi, p. 188.

razionalizzazione del diritto sono stati storicamente del tutto diversi. Ricorderemo soltanto che le grandi differenze dello sviluppo furono (e sono) essenzialmente condizionate dalla diversità dei rapporti di potenza politica, nonché dai rapporti di forza tra poteri teocratici e poteri secolari, e dalla forte differenza di struttura – condizionata in larga misura da costellazioni di interessi politici – dei notabili che decidono la produzione giuridica. Soltanto l'Occidente conobbe il pieno sviluppo della giustizia di assemblea popolare, e la stereotipizzazione in base al ceto propria del patrimonialismo, nonché l'ascesa dell'economia razionale, che venne alleandosi dapprima con la potenza dei principi allo scopo di abbattere i poteri dei ceti, per poi impegnarsi in una rivoluzione contro il primo. Soltanto l'Occidente conobbe perciò anche il diritto naturale; soltanto esso vede oggi completamente eliminato il principio della personalità del diritto e il principio che "il diritto arbitrario prevale sul diritto generale del paese". Soltanto l'Occidente, infine, ha visto nascere un organismo della specie del diritto romano e ha vissuto un processo come quello della sua recezione. Tutti questi sono, per una parte essenziale, processi dovuti a concrete cause politiche, con scarse analogie in tutto il resto del mondo. Questa è anche la ragione per la quale la fase del diritto di formazione tecnica specializzata è stata raggiunta appieno soltanto in Occidente.²²⁷

Al di là dei particolarismi storici, Weber individua però alcuni fattori generali decisivi in ogni circostanza per l'affermazione della razionalità formale nei diversi sistemi giuridici del mondo occidentale. Tra questi fattori, Weber colloca l'avanzamento dell'economia capitalistica. Infatti, sviluppo giuridico in Europa e sviluppo economico in direzione capitalistica vanno, secondo Weber, di pari passo perché solo sullo sfondo di sistemi giuridici formalmente razionali è possibile il pieno sviluppo del capitalismo stesso. Weber scrive:

Anche storicamente il "progresso" verso lo stato burocratico, che giudica e amministra secondo un diritto razionalmente statuito e regolamenti razionalmente concepiti, è però in strettissima connessione con lo sviluppo capitalistico moderno. L'impresa capitalistica moderna si fonda internamente soprattutto sul calcolo. Essa richiede per la propria esistenza una giustizia e un'amministrazione il cui funzionamento possa, almeno in linea di principio, venire calcolato razionalmente in base a norme generali precise – nello stesso modo in cui si calcola la prestazione prevedibile di una macchina.²²⁸

Esposta brevemente la teoria evolutiva del diritto weberiana, bisogna tentare di cogliere quale sia l'elemento innovativo della sua ricostruzione rispetto a precedenti elaborazioni concernenti l'evoluzione macrostorica del fenomeno giuridico. In tal senso, bisogna escludere che l'elemento innovativo della ricostruzione weberiana consista nel superamento dell'etnocentrismo caratterizzante le teorie evolutive del diritto precedenti e in particolar modo quelle elaborate dagli antropologi evolucionisti del XIX secolo. Infatti, in qualche modo permane nella teoria di Weber un residuo della visione etnocentrica precedentemente in voga,

²²⁷ Ivi, pp. 188-189.

²²⁸ M. Weber, *Economia e società. Volume IV. Sociologia del potere*, cit., p. 486.

nella misura in cui, come nota Luca Pes, «l'identificazione della tradizione giuridica occidentale con il modello weberiano, altamente idealizzato e astratto, di diritto razionale comporta che le strutture giuridiche presenti in altre civiltà, e diverse da quelle tipiche della *rule of law*, vengano considerate arretrate»²²⁹. Che si tratti solo di un *residuo* di etnocentrismo, emerge dal semplice fatto che Weber appare ben consapevole dei risvolti negativi connessi al processo di razionalizzazione che, nei più disparati settori, procede nel mondo occidentale. Infatti, come nota Maddaloni, «per il sociologo tedesco, la razionalizzazione produce certamente un incremento incessante delle energie e delle ricchezze a disposizione della società – un progresso, nel senso di progresso tecnico e delle condizioni materiali – ma al tempo stesso rischia di imprigionare l'umanità in una “gabbia d'acciaio”, forgiata dalle medesime forze dell'impresa, della burocrazia, della scienza e della tecnologia»²³⁰. Se non nel superamento definitivo dell'etnocentrismo, l'elemento innovativo della teoria evolutiva del diritto di Weber può essere individuato nel rifiuto della tesi dell'evoluzionismo unilineare, ovvero nell'abbandono dell'idea che sia possibile riconoscere stadi di sviluppo giuridico caratterizzanti tutte le società. Per livello di generalità e astrazione, la ricostruzione dell'evoluzione del diritto di Weber rimane di certo macrostorica perché mirante a delineare i tratti tipici dello sviluppo di *molteplici* realtà storico-giuridiche differenti, ma Weber non arriva a pretendere di individuare sequenze di evoluzione macrostorica del fenomeno giuridico che siano costanti e universali, destinate a dispiegarsi in ogni società. Tale carattere innovativo della teoria evolutiva del diritto weberiana pare in qualche modo essere colto anche da Tuori in *Lawyers and Savages*:

La sviluppo degli elementi razionali formalistici del diritto è, secondo Weber, una peculiarità del mondo occidentale e deriva dalla volontà dell'amministrazione monarchica di eliminare i privilegi di cui godevano i feudatari. Weber, sebbene fosse fermamente contro l'idea di una legge intrinseca di sviluppo progressivo, ricorreva comunque al linguaggio dell'evoluzione quando descriveva questo processo storico. La rappresentazione di Weber, sebbene operasse a un livello molto astratto, conteneva moltissimi elementi storici derivati da una profonda conoscenza della cultura antica. A ciò, ha aggiunto una grande quantità di informazioni sulla storia europea e sulla cultura indigena contemporanea, ma il cuore della ricostruzione era, anche nelle sue stesse intenzioni, lo sviluppo del diritto moderno occidentale. La forza della teoria di Weber e il motivo principale per cui ha eclissato così tanto le precedenti teorie del primitivismo giuridico è che elabora una ricostruzione della storia del diritto occidentale.²³¹

²²⁹ L. Pes, *Teorie dello sviluppo giuridico*, cit., p. 63.

²³⁰ D. Maddaloni, *Visioni in movimento*, cit., p. 118.

²³¹ Trad. mia dall'originale inglese: « The growth of the rational formalistic elements of law are, according to Weber, a peculiarity of the Western world and arose from the needs of the monarchical administration to eliminate the privileges enjoyed by feudal estates. Weber, although he was firmly against any idea of inner law of

Alla luce di tale peculiarità della teoria evolutiva del diritto di Weber, pare possibile concludere che non deve essere considerato stringente il rapporto tra il tentativo di elaborare ricostruzioni dell'evoluzione macrostorica del fenomeno giuridico e la problematica tesi dell'evoluzionismo unilineare caratterizzante le teorie degli antropologi evoluzionisti del XIX secolo. In particolare, tramite l'analisi della ricostruzione weberiana, appare evidente: (i) che obiettivo delle teorie evolutive del diritto non è necessariamente l'individuazione di sequenze *costanti* e *universali* di evoluzione macrostorica del fenomeno giuridico, potendo le teorie evolutive del diritto anche meno ambiziosamente mirare ad individuare e spiegare una sequenza di evoluzione macrostorica del diritto che si sarebbe dispiegata in molteplici, ma determinate, circostanze nella storia sociale e culturale del genere umano, senza pretendere cioè di considerare tale sequenza come caratterizzante lo sviluppo di *ogni* società; (ii) che il tentativo di delineare una tendenza di evoluzione macrostorica del fenomeno giuridico che sia valida per molteplici e differenti realtà richiede certamente un alto livello di astrazione da specifiche circostanze storico-culturali, ma risulta compatibile con il riconoscimento del carattere multifattoriale e multilineare del processo evolutivo stesso.

2.5.3. Paul Vinogradoff

Nato a Kostroma (Russia) nel 1854, successore di Henry Sumner Maine e Francis Pollock come *Corpus Professor of Jurisprudence* ad Oxford a partire dal 1903, Pavel Gavrilovich Vinogradoff è figura ben nota agli storici del diritto, in particolare a ragione delle sue importanti opere dedicate alle origini e agli sviluppi medievali della storia sociale e giuridica della Gran Bretagna, ad esempio: *Villainage in England* del 1892, *Growth of the Manor* del 1905 e *English Society in the Eleventh Century* del 1908. Meno noti – sebbene non di certo del tutto ignorati – sono invece i contributi di Vinogradoff come teorico del diritto. Ad esempio, l'antropologo spagnolo Ignasi Terradas Saborit arriva a riconoscere in Vinogradoff «uno dei principali propugnatori della prospettiva di base che deve essere osservata dall'antropologia giuridica»²³²: non solo a ragione delle sue riflessioni antipositivistiche concernenti il ruolo del *senso comune* nel diritto

higher development, would still resort to the language of evolution when describing this historical process. Weber's depiction, although it operated on a very abstract level, contained very many historical elements that were derived from a deep knowledge of ancient culture. To that, he added a wealth of information on European history and contemporary indigenous culture, but the heart of the story was, and was meant to be, the development of modern Western law. The strength of Weber's theory and the main reason why it so eclipsed the theory of legal primitivism was that it offered a history of Western law» (K. Tuori, *Lawyers and Savages*, cit., p. 130).

²³² I. Terradas Saborit, *Paul Vinogradoff y la Antropología Jurídica*, in «Revista interdisciplinar de estudios histórico-jurídicos», n. 18, 2015, pp. 11-43.

o delle sue indagini concernenti il diritto consuetudinario tipico delle società primitive, ma anche e soprattutto per il modo rispettoso e privo di preconcetti con cui Vinogradoff procede nelle sue indagini comparative su differenti tradizioni giuridiche. Dal punto di vista teorico, oltre che come sostenitore e antesignano di concetti fondamentali e istanze tipiche dell'antropologia giuridica moderna, Vinogradoff deve anche essere ricordato per il tentativo di elaborare un'articolata teoria concernente l'evoluzione macrostorica del diritto. In tal senso, si deve specialmente pensare a *Outlines of Historical Jurisprudence*²³³, opera rimasta incompiuta, di cui Vinogradoff riesce a completare – prima della morte nel 1925 – solo due volumi: il primo dedicato al cosiddetto “diritto tribale” pubblicato nel 1920, il secondo invece dedicato al “diritto civico” (tipico, ad esempio, delle città-stato greche) pubblicato nel 1922.

Prima di procedere con l'esame della teoria evolutiva del diritto delineata da Vinogradoff in *Outlines of Historical Jurisprudence*, si ritiene utile volgere preliminarmente l'attenzione ad alcuni assunti metodologici e teorici che sottendono alla sua ricostruzione. In tal senso, bisogna innanzitutto ricordare che Vinogradoff si forma a Mosca nel solco della tradizione di studi giuridici avviata da Semyon Efimovich Desnitsky e Ivan Andreyevich Tretyakov: studiosi che in giovane età erano stati inviati dal governo russo a Glasgow per seguire gli insegnamenti di Adam Smith e John Millar. Una volta rientrati in patria e divenuti professori di diritto presso l'Università di Mosca, Desnitsky e Tretyakov portano avanti l'idea che sia necessario indagare i rapporti esistenti tra fenomeno giuridico e fenomeni socioeconomici, sulla base di un approccio storico-comparativo capace di condurre al rilevamento di specifici stadi di sviluppo giuridico. Certamente influenzato dal clima di pensiero creato da Desnitsky e Tretyakov, Vinogradoff prosegue all'estero i suoi studi ormai chiaramente indirizzati alla storia del diritto e ha modo di collaborare con personalità illustri come lo storico e giurista Christian Matthias Theodor Mommsen, generalmente considerato il più grande classicista del XIX secolo. Ma ruolo di primo piano nella determinazione degli orientamenti di ricerca di Vinogradoff spetta ad Henry Sumner Maine. Nella lezione inaugurale con cui avvia la sua carriera ad Oxford – pubblicata con il titolo *The Teaching of Sir Henry Maine*²³⁴ – Vinogradoff stesso chiarisce quanto in debito egli sia nei confronti dello storico, comparatista e antropologo britannico:

²³³ P. Vinogradoff. *Outlines of Historical Jurisprudence. Volume I. Introduction & The Tribal Law*, London, Oxford University Press, 1920; P. Vinogradoff. *Outlines of Historical Jurisprudence. Volume II. The Jurisprudence of the Greek Cities*, London (etc.), Oxford University Press, 1922.

²³⁴ P. Vinogradoff, *The Teaching of Sir Henry Maine*, London, Oxford University Press, 1904.

Ritengo significativo che, pur provenendo dall'estero, io possa affermare che il Maine sia uno dei miei insegnanti più influenti. La sua è stata una di quelle menti che si irradiano ben oltre il loro ambiente circostante; tutta la generazione di studenti di giurisprudenza e storia cui io stesso appartengo ha dovuto affrontare direttamente o indirettamente le idee da lui sostenute o simili alle sue.²³⁵

Vinogradoff procede nel suo elogio chiarendo che, pur muovendosi nel solco della Scuola Storica del diritto tedesca, «Maine non può essere considerato semplice continuatore di quella generazione precedente che aveva dato un impulso così straordinario alla ricerca storica, in quanto si rivela essere studioso in linea con il proprio tempo e specialmente con la brama – tipica del suo tempo – di un trattamento scientifico dei problemi della vita sociale»²³⁶. In particolare, Vinogradoff ritiene essenziale che Maine sia stato capace di svincolare l'indagine storico-giuridica dal nazionalismo sotteso alle teorie degli esponenti della Scuola Storica tedesca. Tale nazionalismo impediva, infatti, di comprendere l'importanza della ricerca del medesimo nel diverso e, di conseguenza, ostacolava l'affermazione di quel tipo di indagine storico-comparativa il cui obiettivo «non è tanto risolvere questioni di dettaglio, ma spianare la strada per una visione generale dell'evoluzione del diritto»²³⁷. Come sottolinea Terradas, il rifiuto del nazionalismo viene ereditato da Vinogradoff che, ad esempio nella sua interpretazione del diritto consuetudinario, prende nettamente le distanze dalla Scuola Storica del diritto tedesca:

Il diritto consuetudinario nella prospettiva di Vinogradoff coincide con il diritto caratteristico delle società primitive. Vinogradoff non concorda con l'interpretazione del diritto consuetudinario che risale a Savigny e alla Scuola storica, ovvero con l'idea che tale diritto sia prodotto del carattere o dello spirito di una nazione. Infatti, per Vinogradoff, il diritto consuetudinario è riflesso della *sociologia* di un popolo o di una comunità ed è frutto di costruzioni storiche, tacite o esplicite, non di caratteristiche singolari del carattere di quella che viene chiamata razza o nazione.²³⁸

²³⁵ Trad mia: «It is not without significance that, though coming from abroad, I can claim Maine as one of my most influential teachers. His was one of those minds which radiate far beyond their immediate surroundings; the whole of my generation of students of law and history have had to deal directly or indirectly with the ideas propagated by him or similar to his» (P. Vinogradoff, *The Teaching of Sir Henry Maine*, cit., p. 2).

²³⁶ Trad mia: «The fact is that Maine did not only stand under the influence of preceding generation, which had given such an extraordinary impulse to historical research, but also under the sign of his own time with its craving for a scientific treatment of the problems of social life» (P. Vinogradoff, *The Teaching of Sir Henry Maine*, cit., pp. 10-11).

²³⁷ P. Vinogradoff, *The Teaching of Sir Henry Maine*, cit. p. 12.

²³⁸ Trad. Mia dall'originale spagnolo: «El derecho consuetudinario en la perspectiva de Vinogradoff coincide sobre todo con el derecho característico de las sociedades primitivas. Vinogradoff no está de acuerdo con el sentido que adquiere el derecho consuetudinario en Savigny y la escuela histórica, en la medida en que ese derecho estaría creado por el carácter o el espíritu de una nación. Porque para Vinogradoff el derecho consuetudinario descubre la sociología de un pueblo o de una colectividad –unas construcciones históricas, sean tácitas o explícitas, no unos

Tuttavia, la ricezione di Maine da parte di Vinogradoff non è acritica. Per rendersene conto, è sufficiente volgere l'attenzione al primo volume di *Outlines of Historical Jurisprudence*, in cui Vinogradoff a fini introduttivi fornisce un'attenta e dettagliata panoramica dei vari profili della scienza giuridica del suo tempo, chiarendo peraltro i caratteri principali delle diverse scuole di pensiero esistenti. Nel contesto di questa introduzione, Vinogradoff dimostra di concordare con le osservazioni dello storico del diritto britannico Frederic William Maitland che, pur non totalmente contrario all'utilizzo di un metodo storico-comparativo, lamenta un'incauta tendenza alla generalizzazione e una sostanziale carenza di fonti nel lavoro di Maine. Dopo aver considerato la generale diffidenza del suo tempo nei confronti delle indagini giuridiche storico-comparative, Vinogradoff sintetizza così critiche e istanze di Maitland:

F. W. Maitland era decisamente scettico riguardo a molte delle generalizzazioni proposte dal Maine, non però a ragione di un'opposizione al relativismo. Al contrario, egli ammetteva pienamente che i fenomeni giuridici, sociali e politici sono prodotti dal flusso di circostanze storiche, ma gli sembrava che gli scrittori del tempo fossero stati guidati nel loro lavoro più dal desiderio di dimostrare teorie preconcepite che da un'attenta considerazione delle prove. Il suo formidabile senso critico della storia lo portò a ribellarsi alle ipotesi del Maine e alla mancanza di un'attenta indagine sulle fonti [...] Poiché, tuttavia, il metodo comparativo non può essere completamente scartato, lo stesso Maitland ne fece uso ripetutamente e, in effetti, con le sue critiche ha mostrato una via per approcciarsi ai temi in questione evitando gli errori dei precedenti sostenitori del metodo storico-comparativo.²³⁹

Facendo tesoro delle obiezioni di Maitland, Vinogradoff stesso arriva a farsi portavoce della necessità di un rinnovamento delle indagini giuridiche a carattere storico-comparativo. In tal senso, innanzitutto, Vinogradoff invita gli studiosi – e in particolare gli antropologi evolucionisti – a maggior prudenza nel procedere con l'accostamento di fenomeni sociali-giuridici differenti, chiarendo che eventuali assimilazioni possono essere proposte solo a seguito di una preliminare e attenta valutazione dei singoli casi presi in esame. Scrive:

rasgos singulares del carácter de lo que se llama raza o nación» (I. Terradas Saborit, *Paul Vinogradoff y la Antropología jurídica*, cit., pp. 31-32).

²³⁹ Trad. mia dall'originale inglese: « He was a decided sceptic as regards many generalizations proposed by Maine – not, however, because of any opposition to relativism. On the contrary, he fully admitted that legal as well social and political phenomena are produced by the flow of historical circumstances, but it seemed to him that writers had been guided in their work more by their wish to prove preconceived theories than by a careful consideration of the evidence. His developed sense of historical criticism rebelled against Maine's assumptions and lack of careful investigation of sources [...] As, however, the comparative method cannot be completely discarded, Maitland himself did use it repeatedly, and, in fact, he has shown by his very attacks how the same problems may be approached by a similar road while avoiding the pitfalls into which the former votaries of the school had stumbled» (P. Vinogradoff. *Outlines of Historical Jurisprudence. Volume I*, cit., pp. 147-148).

La revisione del metodo comparativo è una delle vie che dovrebbero essere percorse dalla scienza giuridica moderna. Le inferenze devono essere precedute da un attento studio dei singoli casi e le analisi giuridiche devono essere svolte in maniera più attenta rispetto al passato. Ad oggi, le opere di antropologica giuridica – anche quelle scritte da giuristi – generalmente risultano viziate dalla tendenza a mettere insieme fenomeni che non sono in realtà collegabili. Studiosi come Post, Kohler e Kovalevsky giustificavano l'accorpamento di fatti – raccolti in maniera più o meno arbitraria – ponendo la necessità di partire da ipotesi preliminari stabilite su vasta scala. Ciò che pretendiamo oggi è che le nostre posizioni siano fondate sull'attenta analisi comparata di genesi, sviluppo e declino di specifiche norme, relazioni o istituzioni.²⁴⁰

Ma Vinogradoff non si limita a pretendere cautela nel procedere con l'accostamento di fenomeni sociali-giuridici differenti e maggiore attenzione alle specifiche realtà storiche e culturali prese in esame. Pretende anche un'estensione del raggio di indagine, ovvero che si volga l'attenzione a diverse tradizioni giuridiche. In particolare, Vinogradoff – non senza spirito critico – osserva come sia scorretto «limitare le indagini a quei paesi e stati che sono più familiari al giurista addestrato in diritto positivo»²⁴¹, specialmente laddove si pretenda di individuare sequenze di evoluzione macrostorica del diritto che siano universali:

È difficile, ovviamente, render conto dell'intera gamma dello sviluppo umano negli schemi di una teoria del diritto che pretende di essere universale; ma se per garantire una ricostruzione unitaria risulta inevitabile tagliare arbitrariamente parti di questo sviluppo, allora bisogna concludere che un trattamento scientifico del tema non dovrebbe mirare all'assoluto e universale, ma a costruzioni relative.²⁴²

A fronte di una tale denuncia del carattere mistificatorio di quelle teorie che, sulla base di indagini fondate su dati limitati, pretendono di individuare sequenze universali di evoluzione macrostorica del fenomeno giuridico, non deve stupire che in *Outlines of Historical Jurisprudence* Vinogradoff ammetta chiaramente che la teoria evolutiva del diritto che intende proporre deve essere considerata come essenzialmente riguardante lo sviluppo di certe idee

²⁴⁰ Trad. mia dall'originale inglese: «The necessity of revising the comparative method is one of the lines on which modern jurisprudence has to take up the thread of investigation. Inferences must be preceded by a careful study of individual cases, and in this study juridical analysis ought to receive more attention than has been the case hitherto. This side is very poorly represented in the books on anthropological jurisprudence, which, even when written by lawyers, generally suffer from a tendency to put together things which are in reality unconnected. The accumulation of somewhat indiscriminately collected facts like those presented by Post, Kohler, Kovalevsky, etc., had its justification in the necessity of preliminary surveys on broad lines. What is wanted now is to take our stand on the careful analysis of one or the other rule, relation or institution, as illustrated in its formation, development and decay by the facts on comparative jurisprudence» (P. Vinogradoff, *Outlines of Historical Jurisprudence. Volume I*, cit., p. 148)

²⁴¹ I. Terradas Saborit, *Paul Vinogradoff y la Antropologia jurídica*, cit., p. 24.

²⁴² Trad. mia dall'originale inglese: «It would be difficult, to be sure, to embrace the whole range of human development by ideas of universal jurisprudence, but if we have to cut off arbitrarily parts of this development for the sake of unity of treatment, this surely shows that a scientific treatment of the subject ought to aim not at absolute and universal, but at relative constructions» ((P. Vinogradoff, *Outlines of Historical Jurisprudence. Volume I*, cit., p. 145).

giuridiche nel contesto della sola civiltà europea. In particolare, Vinogradoff pare interessato a ricostruire il percorso che conduce a quelle forme di *individualistic jurisprudence* che si realizzano, a suo avviso, nella civiltà europea moderna. Le tappe principali di tale percorso vengono così presentate da Vinogradoff:

Non v'è dubbio che la nostra giurisprudenza individualistica abbia stabilito il suo predominio dopo una lotta prolungata con quelle realtà feudali e teocratiche che si fondavano su vincoli sociali determinati dalla fedeltà o dalla volontà divina. Guardando ancora più indietro, possiamo discernere un'altra importante fase, contraddistinta da un tipo di giurisprudenza in cui essenziale risulta il legame sociale della vita cittadina. Ancor prima della *pòlis* antica, si collocano le società tribali, i cui assetti possono essere considerati con sufficiente precisione, anche se non hanno prodotto astrazioni filosofiche. Ad una fase ancora precedente, risalgono società totemiche come quelle di cui si occupa la scienza antropologica, che possono essere considerate in un certo senso come tipo specifico, benché ovviamente in esse la tecnica giuridica sia poco sviluppata. Cedendo alla tentazione di proporre in maniera schematica lo sviluppo della giurisprudenza storica, pare possibile proporre la seguente costruzione: 1. Origini nella società totemica; 2. Diritto tribale; 3. Diritto civico; 4. Diritto medievale nella sua combinazione di diritto canonico e diritto feudale; 5. Giurisprudenza individualistica; 6. Inizio della giurisprudenza socialista.²⁴³

Illustrata sinteticamente la propria ricostruzione dell'evoluzione macrostorica del diritto, Vinogradoff procede con alcune avvertenze. In primo luogo, come già accennato, Vinogradoff specifica che la propria teoria pretende validità solo in riferimento allo sviluppo di certe idee giuridiche nel contesto della civiltà europea, chiarendo però come al fine di render conto delle prime fasi di evoluzione sociale e giuridica sia necessario attingere ai dati forniti dall'antropologia giuridica in merito alle popolazioni indigene ancora esistenti:

Lo schema proposto non tenta di coprire l'intero terreno d'indagine. Lascia da parte importanti variazioni, come il sistema giuridico del Brahmanismo, dell'Islam, del Talmud. È principalmente limitato all'evoluzione delle idee giuridiche nel contesto della civiltà europea. Tuttavia, nel tracciare le fasi precedenti, risulta necessario prendere in considerazione i materiali raccolti dalle indagini antropologiche rispetto ad una

²⁴³ Trad. mia dall'originale inglese: «Nor it is doubtful that our individualistic jurisprudence has established its predominance after a prolonged struggle with feudal and theocratic conceptions derived from the social ties of human fidelity and of Divine guidance. Looking still further back, we may discern a great period of civilization in which the type of jurisprudence was settled by social tie of city life. Previously to the antique polis, we have the records of tribal arrangements: they did not result in philosophical abstractions, but their unity and dialectical conferences can be sufficiently established in all directions. And let us note that even a more primitive typical concentration of totemistic society has been discovered by anthropological science, and has to certain extent been subjected to a systematic treatment as a social type, though, naturally there is not much technical law at that stage. It might be tempting to tabulate the typical construction of historical jurisprudence in the following manner: 1. Origins in Totemistic Society; 2. Tribal Law; 3. Civic Law; 4. Medieval Law in its combination as Canon and Feudal Law; 5. Individualistic jurisprudence; 6. Beginnings of socialistic jurisprudence» (P. Vinogradoff, *Outlines of Historical Jurisprudence, Volume I*, cit. pp. 157-158).

gamma più ampia, in effetti da tutte le parti abitate del mondo. Solo in questo modo i complicati problemi delle società più antiche possono essere affrontati con una qualche speranza di soluzione.²⁴⁴

In secondo luogo, Vinogradoff evidenzia che i tipi storici che intende presentare in sequenza evolutiva si realizzano nel concreto per vie differenti e in un contorno cronologico ampiamente flessibile. Di conseguenza, sostiene che – nel tentativo di individuare una tendenza di evoluzione macrostorica del fenomeno giuridico che sia valida per molteplici e differenti realtà – non si può totalmente prescindere dalla considerazione dei fattori che risultano rilevanti nelle specifiche circostanze storiche e culturali:

Quando trattiamo fatti e dottrine in ordine ideologico, non intendiamo assolutamente negare o ignorare le condizioni – geografiche, etnologiche, politiche, culturali – che hanno determinato il corso degli eventi. Le idee non si concretizzano nella vita reale in modo lineare; sono incarnate nei fatti e questi ultimi sembrano influenzati in gran parte da necessità e forze materiali. [...] In una parola, il processo cronologico della storia non può non influenzare le deduzioni ideologiche dal tipo sociale. Pertanto, siamo tenuti a tenere debitamente conto delle varie correnti incrociate prodotte dalle condizioni effettive.²⁴⁵

Tali avvertenze preliminari rievocano immediatamente i chiarimenti di Max Weber in merito alla propria teoria evolutiva del diritto. Non si tratta di un caso fortuito: nel porsi il problema di come utilizzare il modello evolutivo nelle scienze giuridiche, Vinogradoff sostiene che «alcune indicazioni possono essere derivate da recenti tentativi nel campo dell'economia politica»²⁴⁶ e si riferisce esplicitamente «all'insistenza di Max Weber sulla necessità di uno studio evolutivo dei *tipi* economici»²⁴⁷. Al di là di quali siano i debiti effettivi dello storico russo nei confronti del sociologo tedesco, ciò che conta rilevare è che anche Vinogradoff pare prendere le distanze dalle ricostruzioni proposte nella seconda metà del XIX secolo dagli antropologi evuzionisti, riuscendo nell'obiettivo di mettere in evidenza come il rapporto tra le teorie evolutive del diritto e la problematica tesi dell'evoluzionismo unilineare non sia affatto stringente: in primo

²⁴⁴ Trad. mia dall'originale inglese: « Such a scheme does not attempt to cover the whole ground. It leaves aside important variations, such as the juridical system of Brahmanism, of Islam, of the Talmud. It is restricted in the main to the evolution of juridical ideas within the circle of European civilization. Yet in tracing earlier stages it is bound to take into account materials collected by anthropological inquiries from a wider range, in fact from all inhabited parts of the world. Only by this means can the complicated problems of early society be approached with any hope of solution» (P. Vinogradoff, *Outlines of Historical Jurisprudence. Volume I*, cit., p. 158).

²⁴⁵ Trad. mia dall'originale inglese: « When we treat of facts and doctrines in ideological order we do not mean for a moment to deny or to disregard the conditions -geographical, ethnological, political, cultural- which have determined the actual course of events. Ideas do not entirely get their own way in real life; they are embodied in facts, and these latter appear influenced largely by material necessities and forces. [...] In a word, the chronological process of history cannot fail to affect the ideological deductions from social type. We are bound, therefore, to make due allowance for the various cross-currents produced by actual conditions» (P. Vinogradoff, *Outlines of Historical Jurisprudence. Volume I*, cit., pp. 159-160).

²⁴⁶ P. Vinogradoff, *Outlines of Historical Jurisprudence. Volume I*, cit., p. 155.

²⁴⁷ Ivi, p. 156.

luogo, perché sottolinea come sia possibile procedere ad individuare sequenze di evoluzione macrostorica del fenomeno giuridico senza pretendere che tali sequenze caratterizzino lo sviluppo di *ogni* società; in secondo luogo, perché dimostra come le teorie evolutive del diritto, per quanto basate su generalizzazioni e astrazioni, non implicino necessariamente la negazione delle specificità storiche e culturali, potendo anzi esse conciliarsi con il riconoscimento del carattere multifattoriale e multilineare del processo evolutivo stesso.

Vale la pena notare, infine, come – al di là degli importanti contributi di ordine metodologico e metateorico relativi all'indagine giuridica storico-comparativa e alle teorie evolutive del diritto – Vinogradoff fornisca anche rilevanti contributi sostanziali. In tal senso, si pensi ad esempio alle suggestive riflessioni che egli propone nel secondo volume di *Outlines of Historical Jurisprudence* in merito al diritto tipico della città-stato greca, in cui coesistono sopravvivenze dell'antica società tribale ed elementi caratteristici dei sistemi giuridici moderni. Si pensi, inoltre, agli sforzi di Vinogradoff per affermare l'esistenza di diritto anche nelle forme più arcaiche e semplici di organizzazione sociale: uno sforzo motivato dall'idea di fondo che «il diritto non è l'insieme dei comandi di un sovrano, ma l'insieme delle norme dirette ad assicurare ordine nella comunità, a prescindere che queste norme siano prodotte da un legislatore, stabilite da giudici con la loro attività di amministrazione della giustizia o frutto di pratiche consuetudinarie»²⁴⁸. A proposito di tale versante della riflessione di Vinogradoff, Terradas scrive:

Uno dei principali ostacoli etnocentrici (ed epistemologici per un'antropologia giuridica) nel tentativo di comprendere la varietà di culture giuridiche dell'umanità è l'idea che esista un rapporto causale esclusivo tra Stato e diritto. D'altra parte, per Vinogradoff, nel definire il diritto dobbiamo partire da una data società, non necessariamente da uno Stato. “*Ubi societas, ibi ius*”: formula in voga da molto tempo ormai, ma che non viene tenuta effettivamente in considerazione, a vantaggio dell'idea – direttamente influenzata dal positivismo giuridico – che lo Stato sia creatore di diritto “più sicuro” [...] In linea con la sua critica all'etnocentrismo, Vinogradoff riconosce una storia giuridica nei popoli “primitivi”, con atteggiamento esattamente agli antipodi di quello basato sull'idea che esistano “società senza storia” o “fredde”, come sosteneva Lévi-Strauss nella sua discussione con Sartre. Studiando le istituzioni giuridiche che sembrano “più primitive”, egli scopre insomma un'esperienza giurisprudenziale davvero notevole, storica.²⁴⁹

²⁴⁸ Trad. mia dall'originale inglese: «Law is not the aggregate of commands of the Sovereign, but the aggregate of all rules directed towards ensuring order in the commonwealth, whether these rules are may by legislators, laid down by judges in their administration of justice or worked out by customary practice» (P. Vinogradoff, *Outlines of Historical Jurisprudence. Volume I*, cit., p. 119).

²⁴⁹ Trad. Mia dall'originale inglese: «Uno de los principales obstáculos etnocéntricos (y epistemológicos para una Antropología jurídica) al tratar de comprender la variedad de culturas jurídicas de la humanidad es la creencia en

Dimostrare l'esistenza di diritto nelle società primitive e mettere in evidenza le qualità specifiche delle tecniche giuridiche tipiche delle società senza Stato divengono – in particolare a partire dalla pubblicazione di *Crime and Custom in Savage Societies*²⁵⁰ di Malinowski nel 1926 – obiettivi specifici dell'antropologia giuridica. Obiettivi che animano fortemente anche il filosofo e antropologo portoghese José Gil, alla cui teoria evolutiva del diritto si intende ora volgere l'attenzione.

2.5.4. José Gil

È in particolare in due lavori che il filosofo e antropologo portoghese José Gil sviluppa la propria teoria evolutiva del diritto: nella voce *Giustizia*²⁵¹ scritta per l'Enciclopedia Einaudi nel 1979 e in *Antropologia delle forze: dalle società senza Stato alle società statuali*²⁵² del 1983. Come già Weber e Vinogradoff prima di lui, Gil circoscrive gli obiettivi che intende perseguire: non pretende di render conto del percorso di evoluzione macrostorica che caratterizza tutte le società, ma solo delle trasformazioni che si presentano sul piano politico e giuridico con il passaggio dalle società primitive senza Stato alle società caratterizzate da organizzazione statale. In *Antropologia delle forze*, Gil chiarisce inoltre che suo obiettivo è proporre «un modello della logica della formazione dello Stato»²⁵³. Infatti, riconoscendo il carattere multifattoriale e multilineare del processo concreto che conduce alla formazione dei diversi Stati, Gil specifica di non essere interessato a procedere con quel tipo di indagine storica che inevitabilmente presenta carenze concettuali:

Si può certo assegnare un'origine allo Stato nella storia e mostrare, per esempio come si sia costruita la forma statale nell'Europa della fine del Duecento, ma non per questo si saprà, da una parte, perché essa abbia preso proprio quella via e, d'altra parte, perché, in quel momento, la convergenza di certi disordini (la guerra, la carestia, l'instabilità politica) abbia portato allo sviluppo di vari fattori (la centralizzazione, il sentimento nazionale, la disgregazione dell'impero, l'amministrazione, ecc.), così che ha finito col trionfare

una relación causal exclusiva entre Estado y Derecho. En cambio, para Vinogradoff “in defining law we have to start from a given society, not necessarily from a State”. *Ubi societas, ibi ius*, se dice desde hace mucho tiempo, pero no se razona a partir de esta constatación, sino que –con la influencia del positivismo jurídico– se ve siempre al Estado como un creador “más seguro” de derecho [...] Congruente con su crítica al etnocentrismo, Vinogradoff reconoce una historia jurídica en los pueblos «primitivos»⁷¹. Todo lo contrario de la idea de «sociedades sin historia» o «frías», como sostenía Lévi-Strauss en su discusión con Sartre⁷². Estudiando las instituciones jurídicas que parecen «más primitivas», descubre en ellas una experiencia jurisprudencial muy notable, histórica pues» (I. Terradas Saborit, *Paul Vinogradoff y la Antropología jurídica*, cit. pp. 26-27).

²⁵⁰ B. Malinowski, *Crime and custom in savage society*, 1926; trad. it. *Diritto e costume nella società primitiva*, Roma, Newton Compton, 1972.

²⁵¹ J. Gil, “*Giustizia*”, in «Enciclopedia. Volume sesto: Famiglia – Ideologia», Torino, Einaudi, 1979.

²⁵² J. Gil, *Un'antropologia delle forze: dalle società senza Stato alle società statali*, Torino, Einaudi, 1983.

²⁵³ Ivi, p. 29.

e con l'imporsi definitivamente una ricerca progressiva di definizione (politica e giuridica) dell'istituzione, sostituendo per sempre le vecchie istituzioni medievali. Finché non si avrà un modello della logica della formazione dello Stato, l'intelligibilità storica sarà sempre oscurata dal caso [...] Il problema pare, in un senso, insolubile: quando è sorto lo Stato? Se si chiede un'origine cronologica, ciò presuppone una storia già costituita, il che permette di spostare (indefinitamente) all'indietro tale origine: e la storia non è la storia della nascita dello Stato? Quando si è formato, in Europa, lo Stato? Si risponde parzialmente, delimitando l'indagine allo "Stato moderno". L'origine del quale s'iscrive nella storia dello "Stato feudale", dell'impero e del papato; ora, con lo Stato moderno prende avvio tutta un'altra temporalità storica in Europa. L'indagine storica difetta, qui, di punti di riferimento concettuali.²⁵⁴

La teoria evolutiva di Gil si distingue, tuttavia, da quelle finora considerate soprattutto in quanto il filosofo e antropologo portoghese pare animato, più dei suoi predecessori, dalla volontà di mettere in evidenza quali siano le qualità specifiche delle tecniche giuridiche e dei meccanismi giudiziari e sanzionatori caratterizzanti le società pre-statali, con l'obiettivo ultimo di illustrare come nel processo di evoluzione macrostorica che conduce alle configurazioni del fenomeno giuridico tipiche delle società ad organizzazione statale vadano perduti alcuni aspetti positivi caratterizzanti il diritto delle società primitive. Proprio a ragione del taglio critico che la contraddistingue, la teoria evolutiva del diritto sviluppata da Gil si rivela di estremo interesse ai fini della presente ricerca: essa rappresenta, infatti, la prova che il tentativo di elaborare ricostruzioni dell'evoluzione macrostorica del diritto non implica necessariamente il progressismo e l'etnocentrismo caratterizzanti le teorie proposte degli antropologi evolucionisti del XIX secolo e che, al contrario, possono anche darsi teorie evolutive del diritto che tendono a sottolineare come le configurazioni più recenti del fenomeno giuridico – ad esempio quelle tipiche delle società ad organizzazione statale che iniziano ad affermarsi in Europa a partire dal XIII secolo – presentino determinate carenze rispetto a forme giuridiche più semplici e risalenti nel tempo.

Il primo passo da muover per render conto della teoria elaborata da Gil consiste nell'analizzare la caratterizzazione che egli fornisce del diritto tipico delle società senza Stato. A tal fine, risulta certamente utile volgere l'attenzione alla voce *Giustizia* che Gil scrive per l'Enciclopedia Einaudi e in cui, facendosi fin da subito portavoce della necessità di rivalutare positivamente le società primitive, afferma l'opportunità di «abbandonare un momento i confini della nostra cultura sovrabbondante di storia e di Stato, per rivolgere l'attenzione a quelle società che non ne hanno affatto, o quasi», al fine specifico di «cercare soluzioni ai problemi delle società altamente

²⁵⁴ Ivi, pp. 29-30.

svilupate»²⁵⁵. In tale corposo saggio, Gil affronta innanzitutto una questione cruciale e ampiamente dibattuta, ovvero se sia possibile ammettere l'esistenza di norme giuridiche e meccanismi giudiziari nelle società primitive. La portata del problema in questione emerge da tale passaggio in cui Gil esplicita due possibili soluzioni:

Bisogna definire la legge sulla base della sanzione, come sostiene Radcliffe-Brown? Il diritto diventa allora il "controllo sociale attraverso l'applicazione sistematica della forza da parte di una società politicamente organizzata". Poiché una tale definizione implica necessariamente l'esistenza di tribunali, nel pensiero di Radcliffe-Brown si sarebbe indotti ad affermare che le società senza Stato e senza tribunali non possiedono leggi nel senso stretto della parola. [...] La giustizia presuppone un diritto codificato, scritto, tale che il giudizio debba cercare di conformarsi – vale a dire una legge la cui autorità, in tutti i casi, sia in grado di imporsi ai giudici e alle controparti, eventualmente con la forza? O piuttosto bisognerebbe definire la giustizia in rapporto a quelle norme consuetudinarie, così profondamente interiorizzate nei comportamenti da far sì che ogni giudizio o sanzione riscuota il consenso di tutta la comunità? Nel primo caso si insiste sullo scarto fra diritto e società, nel secondo sull'adeguamento fra questa e le norme consuetudinarie. Nel primo caso la giustizia diventa prima di tutto una questione di sottomissione al diritto, nel secondo una sorta di ordine immanente alla società.²⁵⁶

A fronte di tale alternativa, Gil si sforza ovviamente di argomentare a favore dell'esistenza di diritto nelle società primitive, ovvero di mostrare che è possibile riconoscere norme giuridiche e meccanismi giudiziari anche in quelle società senza Stato in cui non esistono veri e propri tribunali, giudici e leggi statuite. Innanzitutto, rifacendosi espressamente al Malinowski di *Crime and Custom in Savage Society* del 1926, Gil sostiene che esiste «una fascia di norme del diritto primitivo molto vicine a quelle del diritto civile occidentale»²⁵⁷. Pur di origine consuetudinaria, tali norme possono essere considerate propriamente giuridiche: esse «si fondano sulla reciprocità sociale, sul principio *do ut des*, il mutuo obbligo di prestazioni la cui violazione innesca la reazione della parte avversa»²⁵⁸, «regolano la condotta individuale nei confronti degli altri individui»²⁵⁹ e loro compito consiste nel gestire gli scambi di parole, servizi, beni e persone nel contesto sociale di riferimento. Il punto su cui maggiormente insiste Gil è che le norme in questione, nel regolare tal genere di scambi, assolvono in realtà ad una funzione molto più importante, vale a dire controllare e coordinare il dispiegamento delle singole volontà di potenza. Infatti, secondo Gil, è possibile caratterizzare l'ambito giuridico della norma primitiva

²⁵⁵ J. Gil, "Giustizia", cit., p. 825.

²⁵⁶ Ivi, p. 826.

²⁵⁷ *Ibidem*

²⁵⁸ *Ibidem*

²⁵⁹ Ivi, p. 830.

come «ambito in cui si dispiegano le volontà di potenza individuali, volontà (in un senso quasi nietzschiano) intesa qui come l'insieme delle forze che operano sotto attributi di tono morale o psicologico quali orgoglio, vanità, ambizione, desiderio di autorevolezza»²⁶⁰. Gil ritorna su questo punto anche in *Antropologia delle forze*, chiarendo in particolare come le norme di reciprocità caratterizzanti le società senza Stato non mirino semplicemente ad una limitazione delle forze e delle volontà di potenza, ma anche a garantire la possibilità che le potenze stesse trovino sfogo:

La norma (consuetudinaria) esprime infatti i mezzi consentiti per l'affermazione delle potenze, cioè dei diritti. Il diritto non ha per fine primario quello di limitare le potenze o quello di sottometterle a un'istanza pubblica trascendente [...] Quindi la finalità delle regole, dei divieti, dei vincoli strutturali è di far vivere le forze singole che coesistono in un corpo unico.²⁶¹

Gil osserva che tali norme di reciprocità – anche definibili “leggi civili primitive” – presentano inevitabilmente un certo grado di elasticità ed indeterminatezza, nella misura in cui gli scambi stessi (di beni e forze) che esse sono chiamate a regolare devono poter avvenire in modo flessibile. Proprio a ragione di tale elasticità, le norme consuetudinarie di reciprocità possono essere non solo variamente interpretate, ma anche facilmente violate: motivo per cui è inevitabile che nel contesto sociale si vengano a creare numerose occasioni di conflitto. A proposito della genesi dei conflitti nel contesto delle società senza Stato, Gil scrive:

La stessa natura di indeterminatezza delle leggi permette l'insorgere del conflitto, in quanto zona di variazione dell'intensità delle manifestazioni di potenza [...] Qualcuno si appropria, in un modo o nell'altro, di un bene altrui. Che sia volontaria o no, questa azione rischia di essere avvertita dagli altri come un tentativo di rafforzare la propria potenza, ma senza contropartita simbolica (beni). Ciò equivale proprio all'inverso del ricevere un dono: chi agisce in questa maniera costringe la propria vita a “fargli un dono”, senza che a ciò segua una precisa obbligazione a rendere. Si ha un conflitto in quanto la vittima viene ad essere privata della propria capacità di scambiare, di donare e dispiegare la propria manifestazione di volontà (a partire da quel bene di cui è stato “espropriato”. Il contesto di emulazione degli *scambi* viene così a trovarsi sconvolto: la vittima percepisce il danno subito come l'espressione di un surplus di manifestazioni di potenze dell'aggressore, che a lui deriva da un'accumulazione di beni. A questo punto non può neutralizzare l'illegalità se non con un rafforzamento della propria potenza al di fuori di ogni referente simbolico: violenza in risposta ad un primo atto, esso stesso avvertito come violenza ai propri diritti (alla volontà di dominio, nel reciproco sistema degli scambi). Esplode così il conflitto.²⁶²

²⁶⁰ Ivi, p. 833.

²⁶¹ J. Gil, *Un'antropologia delle forze*, cit., pp. 66-67.

²⁶² J. Gil, *“Giustizia”*, cit., p. 838.

Poiché esistente la concreta possibilità che esplodano conflitti, continua Gil, è normale che anche nelle società senza Stato esistano meccanismi giudiziari e sanzionatori che appunto «intervengono allorché il normale andamento degli scambi sociali è interrotto da una iniziativa individuale che si allontana dalle condotte prescritte dalle norme»²⁶³: meccanismi che hanno come obiettivo «il ristabilimento, nella misura del possibile, della situazione precedente»²⁶⁴. In particolare, per ripristinare il normale corso degli scambi sociali, il procedimento giudiziario deve agire in direzione del risanamento delle volontà di potenza singolari, a garanzia di una riattivazione della “*parata delle forze*” nello spazio di indeterminatezza costruito dalle stesse norme di reciprocità:

[Il procedimento giudiziario] ha come scopo quello di riprendere gli scambi, ristabilendo il vincolo spezzato a livello delle volontà di potenza. Il procedimento giudiziario incide soprattutto su questo livello. Si tratta di ricostruire il vincolo che sottende la possibilità degli scambi, riallacciando i rapporti interrotti. Ciò significa che l’attività della giustizia consiste pertanto nel ricreare questo spazio di indeterminatezza nel cui ambito si esprime ogni volontà individuale di potenza: ne deriva una condizione essenziale della giustizia primitiva, “salvare la faccia”, difendere l’onore delle parti avverse e in particolare di quella che è in torto. Se l’esito del procedimento giudiziario fosse il disonore, il vincolo spezzato non potrebbe essere ricostituito (e ciò accade quando il procedimento fallisce, sfociando nella guerra; o anche nel caso di quei delitti che esigono la morte o il bando per permettere che il vincolo si ristabilisca).²⁶⁵

Una volta stabilito che funzione specifica dei meccanismi giudiziari e sanzionatori primitivi è il risanamento delle volontà di potenza individuali e il ripristino degli scambi sociali, Gil procede a mostrare come gli stessi siano profondamente differenti da un punto di vista tecnico-strutturale da quelli che caratterizzano le società ad organizzazione statale. Nello specifico, Gil ritiene essenziale chiarire come meccanismi o procedimenti rilevabili nelle società primitive, pur essendo oggetto di una regolazione consuetudinaria rigorosa, si basino inevitabilmente sulla forza privata, mancando organi centrali atti alla valutazione dei fatti condizionanti e all’esecuzione della sanzione:

In genere, sia che si tratti di un reato “civile” sia di uno “penale” le società prive di organizzazione statale sono dotate di dispositivi specifici, destinati ad assicurare l’applicazione della pena che comporta la trasgressione della norma: l’assenza di un organo esecutivo del genere dei tribunali esclude la possibilità di processi che condurrebbero a decisioni (sentenze) prese da terzi (giudici) e inflitte a forza a coloro riconosciuti colpevoli. Questi dispositivi sono d’altro tipo: per esempio, se tale reato è passibile di morte, la famiglia o il clan dell’imputato si assumono il compito dell’esecuzione – oppure è la vendetta o il suicidio.

²⁶³ Ivi, p. 836.

²⁶⁴ *Ibidem*.

²⁶⁵ Ivi, p. 839.

Questo tipo di giustizia con le sue sanzioni deve essere garantito dalla forza privata (*self-help*, il cui dispiegarsi, tuttavia, è controllato da rigidi rituali di lotta o applicazione delle pene), poiché non può fare affidamento su giudici con l'autorità di origine statale per imporre i propri pareri: se vengo derubato, ho il diritto di riprendermi l'equivalente da chi mi ha derubato; i terzi intervengono solo in quanto mediatori il cui prestigio può far deflettere le volontà, facendo pesare la loro autorità sociale nelle negoziazioni.²⁶⁶

Come primo esempio di un tal genere di procedimento giudiziario e sanzionatorio, Gil considera il biasimo pubblico: colui che ha infranto la norma viene colpito nel suo orgoglio e punito con il disonore tramite accuse, beffe, ingiurie, scherno che hanno luogo nello spazio comune. Il biasimo pubblico, sostiene Gil, sembrerebbe essere una sanzione "intrinseca" ma in realtà «in quanto dispositivo di controllo, piuttosto che automatismo inerente al rapporto sociale, appare come una sorta di sanzione generalizzata, che si aggiunge all'interruzione della reciprocità»²⁶⁷. A titolo esemplificativo, Gil fa riferimento ai duelli di canzoni che hanno luogo presso le società eschimesi: duelli che lasciano emergere come l'importante sia «che i litiganti si sentano più sollevati, e che una volta messa a tacere l'accusa si ottenga una certa soddisfazione psicologica, perché venga ristabilito l'equilibrio»²⁶⁸. Infatti, continua Gil, «il combattimento non si conclude con l'annientamento o l'umiliazione del perdente; tutti gli autori insistono sulla buona armonia, l'atmosfera gioiosa che regna alla fine dello scontro, il quale si chiude con un pasto comune»²⁶⁹. L'obiettivo dei duelli di canzoni è, dunque, sfogare tramite parole quelle passioni che impediscono tanto il libero corso delle volontà di potenza, quanto gli scambi sociali:

La circolazione delle volontà di potenza, grazie all'istanza comunitaria dello spazio aperto e della presenza del pubblico, poco per volta si ristabilisce. Avendo trovato uno sfogo alla collera, al rancore e al risentimento nelle parole, nel canto e nel riso, si è svincolato il piano simbolico (dei beni causa del conflitto) da quello delle volontà di potenza (affetto). Pertanto, la circolazione infrasimbolica può riprendere a funzionare dal momento che la causa del suo arresto (un'ineguaglianza, un'ingiustizia negli scambi) è rimossa a livello simbolico grazie a parole e canti tenuti in conto di beni, in una logica del tipo di quella che presiede agli scambi di beni.²⁷⁰

Ma il risanamento delle volontà di potenza individuali e la ripresa del sistema degli scambi sociali nel sistema comunitario sono l'obiettivo anche di un altro genere di sanzione primitiva: la vendetta. Facendo in particolare riferimento alla pratica della vendetta nella società

²⁶⁶ Ivi, p. 850.

²⁶⁷ Ivi, p. 851.

²⁶⁸ Ivi, p. 841.

²⁶⁹ *Ibidem*.

²⁷⁰ Ivi, p.842.

tradizionale còrsa e alle analisi proposte in merito da Jacques Busquet in *Le droit de la vendetta et les pacis corses* del 1920, Gil scrive:

La guerra privata è così la risposta alla violazione di una norma. Il gruppo che ha subito l'offesa scatena le ostilità e tutta la società si scinde secondo blocchi di parentela: questa dinamica della vendetta è propria delle società disgregate. Tra queste, l'esempio della società tradizionale còrsa illustra bene l'economia giuridica dei beni e delle volontà di potenza.²⁷¹

A proposito della vendetta, Gil ritiene essenziale contrastare l'idea che essa sia meccanismo giudiziario e sanzionatorio difettoso, incapace di ripristinare l'ordine in quanto tendente a generare una catena infinita di violenze. Di contro a tale interpretazione, Gil invita ad osservare che la vendetta è «rigidamente ritualizzata, implica ogni sorta di obblighi cerimoniali, relativi al vestiario e all'alimentazione, gestuali, e presuppone anche un insieme organico di credenze magico-religiose»²⁷². Ma, continua Gil, bisogna soprattutto tenere a mente che il sistema giudiziario in cui compare la vendetta come specifico tipo di sanzione si caratterizza sempre per il riconoscimento della possibilità di procedere con accordi di pace tra le famiglie in conflitto: accordi che implicano scambi e che si basano, dunque, ancora una volta, su quella logica della reciprocità che è sempre sottesa al risanamento delle volontà di potenza. Rifacendosi ancora una volta alla vendetta còrsa, Gil chiarisce come in genere tali accordi non prevedano uno scambio di beni, ma uno "scambio di persone" capace di generare nuovi vincoli tra le famiglie in lotta:

I numerosi accordi di pace (*pacis*) che interrompono le ostilità si accompagnano in genere a un vincolo: un uomo della famiglia che per prima ha ucciso deve sposare una donna della famiglia del morto [...] E il principio di reciprocità che presiede alla logica giudiziaria, in questo caso, impone che i legami infranti siano riallacciati con uno scambio di beni particolari, beni che daranno vita a nuove volontà di potenza: le donne. Così l'onore (la volontà di potenza individuale nel suo rapporto con la comunità) è reintegrato. È da rilevare che l'onore delle due famiglie è salvo, perché questa "regola" che impone il matrimonio soddisfa entrambi i gruppi familiari [...] Il matrimonio generato dalla vendetta non soltanto ripara ai danni, ma dà origine a un nuovo blocco di parentela.²⁷³

Tali accordi di pace, prosegue Gil, non sarebbero possibili senza quella figura ambigua – mediana tra il mediatore e il giudice – che è il *pacere*. In virtù del prestigio sociale e della effettiva forza che detiene nella comunità a ragione dei suoi numerosi vincoli di parentela, al

²⁷¹ Ivi, p. 854.

²⁷² *Ibidem*.

²⁷³ Ivi, p. 855-856.

pacere è riconosciuta l'autorità di iniziare negoziati, di emettere una "sentenza" e di intervenire egli stesso con un atto di forza nel caso di una violazione dei patti stabiliti:

L'intervento del *pacere* è essenziale. La posizione che viene ad occupare nella soluzione delle ostilità mette in luce nuovi aspetti della funzione della giustizia nella società [...] Interviene in due temi (in un terzo momento, in caso di violazione della pace). Nella prima fase – i negoziati – in cui a volte prende il nome di parolante, il *pacere* assume il ruolo di mediatore, in quanto cerca di ottenere dal gruppo aggressore sacrifici che ritiene compatibili con il suo onore, e dal gruppo aggredito le soddisfazioni che il suo onore esige: ruolo infinitamente delicato che richiede discrezione e capacità diplomatiche. Nella seconda fase, quella dell'arbitraggio, le controparti (che si sono messe d'accordo) si rimettono completamente al *pacere*. I due gruppi gli accordano tutta l'autorità e tutta la libertà necessaria a rimetterlo in grado di giudicare ed emettere una sentenza [...] Se dopo la stipulazione del trattato una delle controparti ne viola le clausole, il *pacere* con tutta la sua famiglia dà il via a una nuova catena di vendette contro il rompitore di pace (chi ha spezzato l'accordo).²⁷⁴

Dall'analisi di Gil appare evidente come il *pacere* sia figura con cui ci si approssima, sebbene entro limiti circoscritti, a quell'accentramento dei meccanismi giudiziari e sanzionatori che si realizza poi appieno nelle società ad organizzazione statale. È Gil stesso, infatti, che sottolinea la centralità delle procedure giudiziarie del tipo della vendetta nell'avviare quel processo di accentramento di forza e potere che condurrà poi alle configurazioni centralizzate del fenomeno giuridico tipiche delle società statali. Ma, avverte Gil, il passaggio allo Stato non è mai netto e repentino. Nella maggior parte dei casi si creano situazioni di coesistenza dei nuovi meccanismi giudiziari e legislativi centralizzati tipici dell'organizzazione statale, con meccanismi primitivi che permangono al livello concreto dell'organizzazione sociale:

È chiaro che le modalità d'estrinsecazione della giustizia cambiano con l'emergere dello Stato. Non si tratta tuttavia di un brusco e radicale capovolgimento che d'improvviso fa apparire l'insieme più o meno compiuto degli elementi propri dell'apparato giudiziario moderno [...] Vi sono società (certi regni africani, ad esempio) le cui forme di potere presuppongono uno Stato determinato con tribunali e giudici capaci di creare nuove leggi, ma in cui la stragrande maggioranza delle norme rimane consuetudinaria, norme alle quali si ricorre per risolvere conflitti grazie a meccanismi giudiziari che in gran parte ancora informano la realtà delle società senza Stato [...] Molto spesso coesistono molteplici dimensioni proprio nelle organizzazioni sociali che comportano una struttura statale ma che funzionano ancora, fondamentalmente, secondo i moduli culturali primitivi e non secondo quelli implicati dalla presenza dello Stato. Vi sono tribunali, ma i giudici esercitano la loro autorità solo su questioni riguardanti il potere e l'autorità del re, ad esempio; meccanismi propri della giustizia privata – quale la vendetta, sopravvivono come istituti riconosciuti dalla legge, sebbene circoscritti a certi reati; mentre altri tipi di crimini, castighi

²⁷⁴ Ivi, pp. 856-857.

applicabili dalla sola forza dello stato riproducono dispositivi comunitari – quali il pubblico biasimo – che conservano un grande potenziale di coercizione.²⁷⁵

Posto che da un punto di vista storico «non è possibile dunque tracciare una netta frontiera tra procedimenti giudiziari affermatasi prima e dopo la nascita dello Stato»²⁷⁶, bisogna comunque riconoscere che lo Stato stesso ha una naturale tendenza a soppiantare le forme arcaiche di giustizia: prima moderatamente, limitandosi ad un'azione fiscale e all'organizzazione della guerra; poi in modo massivo e pervasivo, fino ad arrivare alla pretesa di un'organizzazione completa della vita sociale. Per quel che concerne l'evoluzione macrostorica del fenomeno giuridico, ovvero le trasformazioni che il diritto subisce con la comparsa delle società statali, di particolare rilevanza è per Gil l'acquisizione da parte dello Stato del monopolio legittimo della forza. Con lo Stato, infatti, si crea una situazione per la quale «qualsiasi manifestazione di potenza (implichi essa o no la violenza) da parte di un'unità sociale particolare, la quale venga a collidere con gli interessi dello Stato, è considerata illegittima», di modo che «ogni altro soggetto (fazione famiglia, individuo, partito) che si arroghi l'esercizio pubblico della propria forza, rischia di vedersi sorgere contro il dispositivo (esercito, polizia) della potenza dello Stato»²⁷⁷. Dall'acquisizione del monopolio della forza legittima da parte dello Stato discendono una serie di modificazioni di ordine tecnico-strutturale nelle modalità di amministrazione della giustizia:

Sul piano della giustizia, le conseguenze di questo accaparramento della forza da parte dello Stato sono note: creazione di tribunali con funzionari di Stato incaricati di amministrare la giustizia; facoltà dello Stato di infliggere sanzioni e pene; comparsa di un arsenale di leggi e codici che divengono modelli sulla scorta dei quali i magistrati misurano il grado di responsabilità dei delitti ecc.²⁷⁸

Ma Gil non si sofferma a lungo su tal genere di metamorfosi tecnico-strutturali riguardanti le modalità di amministrazione della giustizia e pare piuttosto interessato a considerare un'altra conseguenza dell'acquisizione del monopolio della forza da parte dello Stato, una conseguenza «che è stata meno esplorata delle altre: l'incapacità in cui la giustizia viene a trovarsi di ricucire il tessuto sociale rotto dal conflitto, dando alla parte lesa i mezzi per ritrovare la sua potenza»²⁷⁹. La pretesa dello Stato di avere il monopolio della forza legittima è il riflesso di una

²⁷⁵ Ivi, p.859.

²⁷⁶ *Ibidem*.

²⁷⁷ J. Gil, *Un'antropologia delle forze*, cit., pp. 34-35.

²⁷⁸ Ivi, p. 35.

²⁷⁹ *Ibidem*.

più generale e naturale tendenza all'acquisizione di sempre maggiore potere e controllo sulla società:

Attraverso le diverse forme che assume nel corso della sua storia, lo Stato assume direttamente funzioni una volta attribuite a gruppi o istituzioni, addirittura a strutture (famiglia, gruppi d'età, procedimenti giudiziari comunitari) di modo che tende a rimpiazzare la stessa società. La vocazione naturale dello Stato sarebbe così quella di sostituirsi globalmente all'organizzazione sociale: via via che la sua storia distrugge le realtà arcaiche e tradizionali, esso allarga il raggio dei propri diritti e competenze, soddisfa ai bisogni che esso stesso fa nascere, controlla il proprio organismo insaziabile, imprime la propria dinamica al processo di assorbimento e autoproduzione.²⁸⁰

Ad ogni modo, ciò che interessa rilevare è che, proprio in virtù di tale tendenza ad accaparrarsi tutta la potenza e la forza, lo Stato non può di certo, tramite la sua giustizia, ambire al ripristino delle potenze dei singoli. Con l'affermazione dello Stato e la sua tendenza naturale ad assorbire potere e forza, si determina quindi inevitabilmente un rivolgimento nelle funzioni (di giustizia) dei meccanismi giudiziari: un rivolgimento che consiste nel venir meno dell'obiettivo di ripristinare, tramite il procedimento giudiziario, la volontà di potenza dell'individuo leso. Certo, l'individuo non può essere totalmente messo da parte e gli vengono riconosciuti dei diritti; ma dal punto di vista del risanamento della potenza singolare «la riparazione che *deve* essere effettuata dallo Stato non potrà che essere parziale, difettosa, mutilata, inegualitaria»²⁸¹. In merito a tale carenza del diritto statale, Gil scrive:

Dato che il fondamento stesso del diritto dello stato è l'esclusività dell'esplicazione della potenza, ogni altro soggetto sociale non può che venire ad esserne spossessato [...] Dato che non si restituiscono più beni, non si agguagliano più colpe, non si distribuiscono più ricompense per consentire alla vittima di esercitare di nuovo i diritti che scaturiscono dall'affermazione della sua potenza, l'azione della giustizia si limiterà d'ora innanzi a delle compensazioni parcellari, in un circuito nel quale non è più in discussione la potenza. Sono, certo, in discussione dei diritti, ma poiché questi si definiscono anzitutto per l'interdizione dell'esplicazione della potenza singolare, la giustizia non può che seguire quell'orientamento: riparare diventa allora un modo di calcolare l'uguaglianza a partire dall'equivalenza dei beni o dall'annientamento delle potenze (punizioni, prigioni, ecc.).²⁸²

In contesto statale, i meccanismi giudiziari perdono allora la vocazione e funzione riparativa che caratterizza invece i dispositivi di giustizia rinvenibili nelle società senza Stato. Meccanismi come il dileggio pubblico o la vendetta sono concepiti in modo che l'eccesso di forza che ha

²⁸⁰ J. Gil, *“Giustizia”*, cit., p. 860.

²⁸¹ J. Gil, *Un'antropologia delle forze*, cit., p. 35.

²⁸² *Ibidem*.

scatenato il conflitto ritorni alla vittima; viceversa «nella giustizia di Stato, il sovrappiù di forza viene accaparrato dall'apparato statale stesso: il che è attestato dalla necessaria sottomissione al verdetto dei giudici, dalla facoltà che lo Stato di assegnare punizioni e dalle tasse pagate ai tribunali»²⁸³. Né, continua Gil, potrebbe essere altrimenti, perché se lo Stato procedesse a ripristinare le potenze individuali nell'ottica di una distribuzione più o meno egualitaria delle forze, finirebbe con ciò per negare se stesso:

Se la giustizia di Stato dovesse seguire la sua interna vocazione, avrebbe da svolgere un duplice compito: correggere le diseguaglianze puntuali che si manifestano nelle infrazioni e nei delitti, e lottare contro la diseguaglianza originaria che ogni legge di Stato porta con sé e che si dà difficilmente a vedere. Compito impossibile, compito contraddittorio e infinito. L'eguaglianza perseguita dalla giustizia rappresenta un ideale impossibile a raggiungersi: restaurare la potenza perduta di ciascuna singolarità equivarrebbe a ritogliere allo Stato la potenza sua propria²⁸⁴

Ecco che allora è sul fronte degli obbiettivi che il diritto è chiamato a realizzare – ovvero sul fronte delle funzioni (di giustizia) proprie dei meccanismi giudiziari – che il diritto statale si rivela essere, secondo Gil, carente rispetto al diritto delle società senza Stato. A fronte di tale conclusione, non deve stupire, quindi, che già nell'introduzione a *Antropologia delle forze*, Gil si faccia portavoce di una concezione dello Stato come “male necessario”: pur garantendo spazi di sicurezza di cui non possiamo fare a meno, lo Stato tende ad espandersi a dismisura fino a minacciare l'individualità dei soggetti che vi si affidano. Gil scrive:

Sappiamo bene che esso è indispensabile al buon funzionamento della società, e tuttavia ravvisiamo qualcosa di mostruoso, come direbbe Nietzsche, nel fatto che l'insieme della vita sia invaso dal diritto dello Stato. Più esso interviene, si accaparra funzioni, si fa carico di compiti, si occupa dell'organizzazione del quotidiano, più noi avvertiamo, anche in seno alla sicurezza che ci procura, un'oscura minaccia: quella di sparire in quanto individualità.²⁸⁵

2.5.5. Ernst Joachim Lampe

Il filosofo del diritto e antropologo tedesco Ernst Joachim Lampe è figura ben nota nel panorama della cultura giuridica contemporanea, in particolare perché fondatore e promotore della cosiddetta “teoria genetica del diritto” (*genetische Rechtstheorie*). Anche definita da Lampe antropologia storica del diritto [*historische Rechtsanthropologie*], tale teoria si ripropone di spiegare quale sia la ragion d'essere del fenomeno giuridico tramite un'indagine volta a

²⁸³ Ivi, p. 37.

²⁸⁴ Ivi, p. 36.

²⁸⁵ Ivi, p. vii.

stabilire come e per quali motivi nella storia sociale e culturale del genere umano abbia avuto inizio l'esperienza della giuridicità. Nel saggio del 1992 dal titolo *The Concept and Development of Law*²⁸⁶ – sorta di sintesi della ben più complessa opera dal titolo *Genetische Rechtstheorie: Recht, Evolution und Geschichte*²⁸⁷ del 1987 – Lampe esprime, inoltre, la convinzione che rispondere alla complessa domanda “perché esiste il diritto?” significhi al tempo stesso tentare di trovare una soluzione al problema fondamentale dell'essenza del diritto. Lampe scrive:

Il problema fondamentale che sottende a qualsivoglia teoria del diritto è quello relativo all'essenza del diritto. Tale problema può essere posto in due modi diversi. Da un lato, si può procedere con il tentativo di spiegare la natura del diritto nella coscienza intellettuale. In questo caso si tratta di analizzare il concetto di diritto, ovvero di rispondere alla domanda: *cos'è il diritto?* Oggetto dell'indagine è allora l'essenza concettuale del diritto e obiettivo è l'individuazione delle condizioni in base alle quali possiamo riconoscere un oggetto come diritto. D'altra parte, per risolvere il problema relativo all'essenza del diritto si può procedere con un'indagine diretta alla comprensione della natura del diritto nella realtà sociale. In questo caso, ci si concentra sull'esistenza del diritto, tentando di rispondere alla domanda: perché esiste il diritto? [*why is there law?*]. In questo caso, l'indagine riguarda la *genes del diritto* e cerca di fornirci una visione delle precondizioni essenziali in base alle quali dobbiamo fare i conti con l'esistenza del diritto.²⁸⁸

La teoria genetica di Lampe può a giusto titolo essere annoverata tra le teorie evolutive del diritto, nella misura si occupa non solo di spiegare come e perché avvenga l'emergenza del fenomeno giuridico, ma anche di riconoscere alcuni processi determinanti l'evoluzione macrostorica dello stesso nel corso della storia sociale e culturale del genere umano. Inoltre, la teoria genetico-evolutiva del diritto di Lampe si caratterizza per la pretesa di spiegare come e perché il fenomeno giuridico emerga per differenziazione da una generica normatività sociale che, più risalente nel tempo rispetto alla normatività propriamente giuridica, a sua volta scaturisce da una condizione che può essere considerata essenzialmente pre-normativa. Tali obiettivi della teoria genetica del diritto sono chiaramente esplicitati in un passaggio di *The Concept and Development of Law* in cui Lampe discute di meriti e limiti della Scuola storica capeggiata da Savigny. Pur avendo il merito di aver fatto affiorare appieno la necessità di

²⁸⁶ E. J. Lampe, *The Concept and Development of Law*, in «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», vol. 78, n. 1, 1992, pp. 1-21.

²⁸⁷ E. J. Lampe, *Genetische Rechtstheorie: Recht, Evolution und Geschichte*, Freiburg, Alber, 1987.

²⁸⁸ Trad. mia dall'originale inglese: «The fundamental question of any legal theory focuses on the essence of law. This question can be put in two different ways, though: On the one hand, it can be directed at explicating the nature of law within intellectual consciousness. It then probes the concept of law and seeks to find out "what law is". The inquiry is directed to the conceptual essence of law, that is, it seeks the conditions under which we have to recognize an object as law. On the other hand, the question can be directed at the nature of law within social reality. In this case, it centers on the existence of law and wants to know "why law is". Now the inquiry concerns the genesis of law-, it tries to provide us with an insight into the essential preconditions under which we have to reckon with the existence of law» (E. J. Lampe, *The Concept and Development of Law*, cit., p. 1).

problematizzare la questione del carattere storico-evolutivo del diritto, la Scuola storica risulta parziale in quanto non ha affrontato il problema relativo alle origini della normatività in generale: problema la cui risoluzione rappresenta per Lampe il primo necessario tassello di una teoria che intenda render conto della genesi e degli sviluppi della normatività propriamente giuridica. Lampe afferma:

Senza dubbio, la Scuola storica ha compreso correttamente la centralità della questione relativa alla mutevolezza storica del diritto, ma non l'ha posta in termini abbastanza radicali. Presupponendo infatti che il diritto sia sempre esistito, non ha esaminato la sua genesi da uno stato pre-giuridico, né si è mai resa conto che questo stato pre-giuridico stesso deve essere ricondotto a una fase ancora più risalente, in cui per la prima volta deve essersi verificata la genesi di "archetipi primitivi di norme" [...] Per questo motivo, la teoria genetica del diritto inizia con la considerazione dell'emersione delle norme archetipiche da un originario stato pre-normativo e solo successivamente si occupa dell'emergenza delle prime norme giuridiche dai loro archetipi indifferenziati, nonché della loro successiva evoluzione.²⁸⁹

Lampe appare ben cosciente della complessità dell'impresa che si propone di portare a termine e, in particolare, delle difficoltà derivanti dalla mancanza di dati empirici che fungano da riferimento per render conto delle prime fasi dell'evoluzione biologica, psicologica e culturale del genere umano. Proprio a fronte di tale consapevolezza, Lampe arriva ad ammettere che rispetto alle fasi più risalenti dell'evoluzione macrostorica del fenomeno normativo e giuridico sia necessario accontentarsi di ipotesi sperimentali:

Va da sé che la teoria genetica del diritto non può supportare i risultati della sua analisi con dati esatti. Il processo di emergenza del diritto rimane al di fuori degli orizzonti storici, semplicemente perché troppo risalente nel tempo. Tutte le ricostruzioni, quindi, non possono che fondarsi su ipotesi sperimentali. Tuttavia, grazie all'antropologia, si può ormai dare per assodato che nel corso dell'evoluzione umana la mente abbia assorbito le strutture di un "dover essere", che forme diverse di *dovere* si siano gradualmente sviluppate e che queste stesse forme si siano antitetivamente differenziate per poi riunirsi ad un livello superiore.²⁹⁰

²⁸⁹ Trad. mia dall'originale inglese: « No doubt, the historical school correctly understood the historical changeability of law; but, to my mind, it didn't understand it radically enough. It presupposed law as having always existed; and as a result it did not examine its genesis out of a pre-legal State. And accordingly, it never realized that this pre-legal State must be traced back to an even earlier one in which for the first time a genesis of norms must have occurred - "primitive archetypes of norms", as they were to be called later [...] For this reason, the genetic legal theory starts with the genesis of the archetypical norms out of a pre-normative original State. Then it explores the formation of the first legal norms out of their undifferentiated archetypes. And only subsequently does it pursue their evolution» (E. J. Lampe, *The Concept and Development of Law*, cit. p. 6).

²⁹⁰ Trad. mia dall'originale inglese: «It goes without saying that the genetic legal theory cannot support the results of its analysis with exact data. The process of the emergence of law simply began too far away from historical horizons; the process of its development remained too long hidden behind them. All reconstructions, therefore, have to be theses-like. But that in the course of human evolution the mind absorbed structures of an 'ought to be', that special forms of an ought gradually evolved, and that these acquired antithetical positions and reunited

Ai fini della presente ricerca risulta, tuttavia, importante sottolineare come Lampe – dando prova delle nuove opportunità che si dispiegano oggi per le teorie evolutive del diritto – si sforzi di fondare le proprie ipotesi sperimentali concernenti le prime fasi di evoluzione del fenomeno normativo e giuridico su dati attinti da discipline disparate e relativamente giovani, tra le quali: paleoantropologia, etologia, sociobiologia e psicologia evoluzionistica. Ciò emerge, ad esempio, dalla sua ricostruzione delle condizioni che si rendono necessarie per l'emergenza delle prime forme di vita associata presso gli ominidi. Partendo dalla constatazione di derivazione antropologica che «tanto i proto-ominidi quanto gli ominidi vivevano in comunità»²⁹¹, Lampe afferma che condizione necessaria per l'emergenza delle prime forme di vita associata presso gli ominidi è lo sviluppo di qualche forma di comunicazione. Chiarendo al tempo stesso come le abilità comunicative degli ominidi evolvano contestualmente allo sviluppo della corteccia cerebrale, Lampe scrive:

Il primo prerequisito per qualsiasi forma di vita associata è lo sviluppo completo di organi di senso per la comunicazione interna al gruppo. Per quanto concerne gli ominidi, le potenzialità visive e uditive hanno svolto il ruolo più importante, consentendo non solo la trasmissione di segnali, ma anche l'utilizzo di atti simbolici. Poiché gli ominidi vivevano in aree aperte, hanno sviluppato un linguaggio fonetico [...] Con gli umani, grazie allo sviluppo della corteccia cerebrale, le capacità di parola e comunicazione si sono moltiplicate. Ciò ha di conseguenza determinato non solo una maggiore plasticità delle condotte sociali, ma anche lo sviluppo della facoltà di formare astrazioni.²⁹²

La seconda condizione del vivere associato presso gli ominidi consiste in una qualche forma di riduzione delle tendenze che favoriscono unilateralmente l'individuo a scapito del gruppo: limitazione che può avvenire solo laddove il gruppo sia, d'altra parte, capace di garantire un qualche beneficio all'individuo stesso (difesa da nemici, assistenza nella ricerca di cibo ecc). Tutto ciò, spiega Lampe, si può realizzare solo attraverso una certa coordinazione dei comportamenti individuali. Agli albori del vivere associato, tale coordinazione/organizzazione non è data da norme sociali, ma si realizza "naturalmente". Rievocando argomenti tipici della

on a higher echelon all these can be taken to be settled anthropological findings» (E. J. Lampe, *The Concept and Development of Law*, cit. p. 7).

²⁹¹ Trad. mia dall'originale inglese: «As we know from scientific anthropology, both proto-hominides and hominids lived in a firmly established social community» (E. J. Lampe, *The Concept and Development of Law*, cit. p. 7)

²⁹² Trad. mia dall'originale inglese: «The first prerequisite for any social Community is the full development of sense organs for group-internal communication. With hominids visual and audial powers played the most important role, allowing the transmission of signals, but also symbolic acts over long distances. Since hominids lived in open areas they developed a phonetic language [...] With humans, speech and communication skills multiplied with the increased Potential in the cerebral cortex. An enormous plasticity of social conduct consequently ensued. At the same time, the faculty to form abstractions matured» (E. J. Lampe, *The Concept and Development of Law*, cit. p. 7).

sociobiologia – linea di ricerca che si fonda sull’idea che esista un rapporto più o meno stringente tra geni e comportamenti sociali²⁹³ – Lampe riconosce infatti che la prima forma di organizzazione e coordinazione dei comportamenti individuali tra ominidi è fondata – così come nel caso degli altri animali – su base genetica. Avvalendosi di dati ricavati da ricerche etologiche e chiarendo come per gli ominidi la coordinazione “naturale” e spontanea dei comportamenti avvenga tramite un’assegnazione di ruoli geneticamente determinata ma comunque flessibile, Lampe sostiene:

Per raggiungere un certo coordinamento la natura ha sviluppato tre modelli: il comportamento può (1) essere direttamente determinato dai geni o (2) essere fondato su una base genetica; e se fondato su una base genetica, può essere stabilito (a) in base a una rigida assegnazione di ruoli o (b) in base a un’acquisizione flessibile di ruoli. Pertanto, la vita dei pesci in banchi è geneticamente determinata dalla natura, la formazione di "stati" tra gli insetti avviene su base genetica con assegnazione rigida di ruoli e, infine, la vita sociale dei vertebrati è incentrata sul modello di acquisizione flessibile dei ruoli. Quindi, questo terzo modello è quello operante anche per gli ominidi. Da un lato, esso richiede pratiche di acquisizione dei ruoli dominanti al fine di coordinare il comportamento geneticamente indeterminato all'interno della società. D'altro canto, richiede la capacità di adattare il proprio comportamento a quello dei membri dominanti al fine di salvaguardare i vantaggi delle azioni comuni.²⁹⁴

Lampe procede, quindi, nella sua ricostruzione evidenziando come lo sviluppo delle funzioni psichico-cognitive negli ominidi determini non solo una sempre maggiore differenziazione e proliferazione dei ruoli sociali, ma anche un progressivo allentamento dei vincoli genetici. In altri termini, si viene a determinare un aumento della complessità della struttura sociale e, contemporaneamente, la determinazione dei ruoli diviene più flessibile perché sempre meno condizionata da fattori genetici. Tutto ciò, continua Lampe, ingenera una nuova situazione di instabilità, data dalla sempre maggiore difficoltà di prevedere quali possano essere azioni e reazioni degli individui stessi nel gruppo:

²⁹³ Cfr. E. O. Wilson, *Sociobiology: the new synthesis*, London, Belknap press, 1975.

²⁹⁴ Trad. mia dall’originale inglese: «The second prerequisite for social relationships is a reduction of tendencies that one-sidedly favor the individual but are harmful to society. [...] All of this presupposes a coordinated behavior of the members of the society. To achieve this To achieve this coordination nature has developed three models: behavior can (1) either be directly determined by genes or (2) be founded on a genetic basis; and if founded on a genetic basis, it can be established either (a) upon a rigid role-assignment or (b) upon a flexible role acquisition. Thus, the social life of fishes in schools is genetically determined by nature, the formation of 'states' among insects works on the genetic basis of rigid role-assignment, and the social life of vertebrates is hinged on the model of flexible role-acquisition. Hence, this third model must have applied to hominids, too. On the one hand, it demanded acquisition-practices for dominant roles in order to coordinate the genetically indeterminate behavior within the society. On the other hand, it required the capability of adjusting one's own behavior to that of the dominant members in order to safeguard the advantages of communal actions» (E. J. Lampe, *The Concept and Development of Law*, cit. p. 7).

La complessità delle strutture sociali diviene quasi insondabile. L'interpretazione dei comportamenti diventa più difficile, le reazioni pressoché imprevedibili. Come unico punto di riferimento rimangono quei comportamenti geneticamente determinati che, tuttavia, sono in costante declino. Infatti, anche la possibilità di prevedere i comportamenti determinati diviene sempre più approssimativa, poiché gli individui possono discostarsi dagli stessi senza temere conseguenze negative²⁹⁵

È proprio per far fronte a tale condizione di instabilità che avviene la formazione delle prime norme sociali. Tramite l'imposizione di doveri e la limitazione delle libertà individuali, le norme sociali sono chiamate a ripristinare la possibilità di prevedere i comportamenti altrui e di vedere confermate le proprie aspettative sociali: una nuova forma – specificamente “culturale” – di coordinamento e organizzazione sociale viene così a sostituirsi alla originaria coordinazione “naturale” su base genetica. Lampe sostiene:

A questo punto, per la sopravvivenza degli uomini si rende necessaria l'invenzione delle norme sociali. In che direzione vanno ad agire le norme? Il loro intervento è richiesto nel campo del controllo dei comportamenti, al fine di ovviare all'incertezza sociale. La natura ha infatti liberato il comportamento dalle sue leggi intrinseche; una certa forma di regolazione, tuttavia, rimane assolutamente necessaria; di conseguenza, le norme devono essere introdotte “culturalmente”. [...] Si formano così, nella psiche umana, norme che sono il corrispettivo delle regole endogene caratterizzanti altri esseri viventi, ma vengono prodotte in modo esogeno e adattate culturalmente alla libertà umana. Si tratta di norme nella forma di un “dovere”.²⁹⁶

Lampe non si accontenta però di indicare le ragioni che rendono necessaria la comparsa delle norme sociali, ma pretende anche di spiegare quale sia il processo che rende possibile la genesi delle stesse. Avvalendosi di ricerche e teorie psicologiche concernenti la natura – al tempo stesso egoisticamente volitiva e altruistica – degli esseri umani, Lampe conclude che sotteso all'emergenza delle norme sociali è un processo di spontanea integrazione tra le volontà individuali. Certamente coadiuvata dalla presenza negli esseri umani di una naturale tendenza alla socialità e all'altruismo, tale integrazione delle volontà individuali conduce alla formazione

²⁹⁵ Trad. mia dall'originale inglese: «The complexity of the social structures became nearly unfathomable. Behavioral situations became unclear, behavioral reactions became unpredictable. Only the *ratio* of genetically fixed social behavior, though continuously declining, could still be taken into account. Moreover, predictions of this behavior had to be content with approximations marked by increasing imprecision; for individuals could deviate from them without having to fear negative consequences for themselves» (E. J. Lampe, *The Concept and Development of Law*, cit. p. 9)

²⁹⁶ Trad. mia dall'originale inglese: «What man needed in order to survive was the 'invention' of social norms. But how were they accomplished? The innovating effect was required in the very field that had become socially questionable: in the field of behavioral control. Nature had released behavior from inherent laws; regulations, however, remained absolutely necessary; in consequence, norms had to be introduced culturally. [...] This process developed rules within the human psyche that corresponded to the endogenous rules of other beings but were exogenous culturally produced and adjusted to human freedom. They were rules in the form of an ought» » (E. J. Lampe, *The Concept and Development of Law*, cit. p. 10).

di una "volontà comune" che, per riflesso, genera nella psiche umana strutture nella forma di un "dover essere": strutture che rappresentano, appunto, la condizione di possibilità dell'emergenza di norme sociali²⁹⁷. In merito a tale processo, Lampe scrive:

I desideri individuali e le inclinazioni sociali sono gli elementi in gioco nel processo di auto-organizzazione che produce, per combinazione iperciclica, nuove norme – quelle che io chiamo "norme sociali" [...]. La combinazione di desideri individuali e inclinazioni sociali dà origine a ciò che si può – in modo abbreviato – descrivere come "competizione cooperativa" o "cooperazione competitiva". La loro programmazione richiede lo sviluppo di una nuova forma di organizzazione, un "iper-ciclo di ordine superiore" in cui le volontà individuali e le inclinazioni sociali si rafforzano reciprocamente in modo tale che emerga una "volontà comune", rispetto alla quale i desideri individuali e le inclinazioni sociali appaiono come unità subordinate, assumendo la forma di un "dover essere".²⁹⁸

Chiarito quale sia il processo sotteso all'emergenza delle norme sociali, Lampe passa a sottolineare come le stesse siano inevitabilmente vulnerabili: esistono soggetti devianti che, discostandosi dalle condotte socialmente ammesse, portano all'insorgenza di conflitti. Posto che «in tutte le società devono essere previste strategie per fare fronte ai comportamenti devianti», Lampe passa quindi a valutare quali siano i meccanismi che a tal fine vengono predisposti nelle comunità primitive egualitarie. In tal senso, egli invita innanzitutto a distinguere tra due differenti circostanze: il caso di conflitti interni al gruppo familiare e il caso di conflitti che insorgono tra nuclei familiari differenti. I conflitti del primo tipo sono in genere facilmente risolti dalla famiglia stessa nel suo insieme o, più frequentemente, dal capofamiglia. La situazione risulta più complessa da gestire nel secondo caso, allorché il membro di una famiglia offenda o arrechi danno al membro di un altro nucleo familiare, portando all'insorgenza di un conflitto tra nuclei distinti. In questi casi, «a volte un anziano può tentare di far ragionare le parti; a volte qualcuno riesce a suggerire una soluzione che viene accettata in quanto immediatamente sensata agli occhi di tutti»²⁹⁹. Nei casi più problematici di conflitto tra distinti gruppi familiari, invece, la questione diviene di pubblico dominio, con due esiti

²⁹⁷ Cfr. E. J. Lampe, *Zur Entwicklung von Rechtsbewußtsein*, Frankfurt / Main, Suhrkamp Verlag, 1997.

²⁹⁸ Trad. mia dall'originale inglese: «Individual will and social inclination were, as I said, the substances of the process of self-organization that produced, by a 'hypercycle', new laws - those laws which I call the 'social norms'. [...] The combination of individual wills and social inclinations gives rise to what one can - in a slightly abbreviating manner - describe as 'cooperative competition' or 'competing cooperation'. (d) Their Organization requires the development of a new form of Organization, a 'hypercycle of a higher order'; therein, individual wills and social inclinations reinforce each other reciprocally so that a 'common will' emerges in the face of which the individual wills and the social inclinations appear as sub-ordinate units, i.e. they become 'ought' and 'duty'» (E. J. Lampe, *The Concept and Development of Law*, cit. pp. 11-12),

²⁹⁹ Trad. mia dall'originale inglese: «Sometimes an old man could bring the troublemakers to reason; sometimes someone might even suggest a solution to the dispute that immediately made sense to everyone and, therefore, was accepted» (E. J. Lampe, *The Concept and Development of Law*, cit. p. 15).

possibili: «se uno dei disputanti è nettamente giustificato nella sua pretesa, allora l'opinione pubblica costringe l'altro ad arrendersi; se, altrimenti, il caso è dubbio e i fatti considerati non possono essere definiti con chiarezza, allora diviene inevitabile procedere con duelli»³⁰⁰.

Ad ogni modo, continua Lampe, tali meccanismi di risoluzione delle controversie che caratterizzano le comunità primitive egualitarie si rivelano ben presto inefficaci nel garantire una effettiva pacificazione sociale. Contestualmente alla progressiva affermazione di diseguaglianze strutturali che vanno a determinare la comparsa di vere e proprie gerarchie sociali, ha avvio un «processo attraverso cui sia l'imposizione sia l'esecuzione delle sanzioni vengono sottratte all'arbitrarietà dell'individuo o della comunità e affidate a qualcuno che, dotato di saggezza e autorità, è chiamato a procedere in conformità con regole generalmente valide»³⁰¹. Il *tertium super partes* «può essere il capotribù o un comandante, qualcuno dotato di conoscenze speciali (ad esempio: un uomo anziano o un sacerdote) oppure un Consiglio composto da diverse personalità illustri»³⁰²: ciò che, tuttavia, si rivela essenziale perché si riesca ad andare effettivamente oltre i limiti intrinseci ai precedenti meccanismi di risoluzione dei conflitti è che il ruolo del terzo imparziale venga ad essere istituzionalizzato ed esso stesso in qualche modo regolamentato. Alla comparsa del terzo imparziale – come figura cui viene riconosciuta istituzionalmente l'autorità di intervenire per la soluzione dei conflitti, secondo procedure in certa misura regolamentate – corrisponde, a parere di Lampe, la nascita effettiva del fenomeno giuridico. Come per numerosi altri teorici, anche per Lampe si può a giusto titolo parlare di diritto solo laddove siano presenti specifici organi centrali atti all'applicazione delle norme e, in particolare, allo svolgimento della funzione giudiziaria. Con tale rivoluzione istituzionale che corrisponde ad un “processo di giuridificazione”, la società si trasforma in comunità giuridica, in cui gli individui divengono “persone”, ovvero soggetti dotati di eguali

³⁰⁰ Trad. mia dall'originale inglese: «If one of the disputants was obviously justified in his case, then public opinion supported him and the other had to give in. If, on the contrary, the case was doubtful, in particular if the disputed facts of the case could not be established, then the whole matter had to be brought to an end in a duel or a competition» (E. J. Lampe, *The Concept and Development of Law*, cit. p. 15).

³⁰¹ Trad. mia dall'originale inglese: «the process of disconnecting the imposition and execution of sanctions from individual's or the community's arbitrariness and, viceversa, of linking it to someone with intelligence and authority who had to proceed in accordance with generally valid rules» (E. J. Lampe, *The Concept and Development of Law*, cit. p. 18)

³⁰² Trad. mia dall'originale inglese: «This could, but did not have to be the schief or another leader; it could also be a member of the tribe who was endowed with special knowledge (an elder man, a priest and the like) or a council that was composed of several distinguished personalities» (E. J. Lampe, *The Concept and Development of Law*, cit. p. 18).

diritti e doveri e di un potere giuridico astratto e de-individualizzato. Ecco che, allora, Lampe propone la sua definizione di diritto:

Il diritto è una somma di norme di comportamento per “persone”. Con il diritto viene stabilita linguisticamente l’autorità di specifici organi di una società o di uno Stato, la cui volontà è resa effettiva secondo regole procedurali generali e secondo determinati principi di giustizia, ad esempio il principio “*sum cuique tribure*”.³⁰³

Una definizione che, secondo Lampe, coglie il carattere essenziale del fenomeno giuridico e, per questo motivo, «vale nonostante gli ulteriori sviluppi del diritto, il che significa che il diritto rimane essenzialmente “gene-identico”»³⁰⁴. Con ciò Lampe non intende certamente negare le differenze esistenti tra i vari sistemi giuridici: differenze che sono date dal fatto che «l’evoluzione del diritto consiste in un incontro tra sistemi giuridici e diversi ambienti socio-culturali, in breve: tra diritto e società»³⁰⁵. Pur posta tale irriducibile diversità tra i sistemi giuridici – data dal fatto che questi sono costantemente chiamati ad “adattarsi” a specifici, sempre diversi e mutevoli ambienti sociali e culturali – Lampe arriva però a sostenere, sulla scia di autori come Vinogradoff e Hoebel, che l’evoluzione giuridica procede sempre «secondo un percorso che dal semplice conduce al più complesso»³⁰⁶: un percorso attraverso cui, dunque, i differenti sistemi giuridici pervengono, in tempi e modi diversi, ad un sempre maggiore grado di differenziazione e specializzazione, di integrazione e plasticità, nonché ad un più alto livello di razionalità.

³⁰³ Trad. mia dall’originale inglese: «Law is a sum of behavioral norms of persons; it lays down linguistically the authoritative will of special organs of a society or a state and carries it into effect by general procedural rules; and it is subject to the principles of justice, especially the “*sum cuique tribuere*”» (E. J. Lampe, *The Concept and Development of Law*, cit. p. 19).

³⁰⁴ Trad. mia dall’originale inglese: «This definition holds true for the entire further development of law, which means that law remains “gene-identical”» (E. J. Lampe, *The Concept and Development of Law*, cit. p. 19).

³⁰⁵ Trad. mia dall’originale inglese: «the evolution of law consists of a confrontation between legal systems and different socio-cultural environments – in short: between law and society» (E. J. Lampe, *The Concept and Development of Law*, cit. p. 20).

³⁰⁶ Trad. mia dall’originale inglese: «[The evolution of legal systems] takes shape in the form of inherent laws to the path from simplicity to complexity that Paul Vinogradoff and E. A. Hoebel have already named» (E. J. Lampe, *The Concept and Development of Law*, cit. p. 20).

Capitolo Terzo

Hans Kelsen e l'evoluzione macrostorica degli ordinamenti giuridici

3.1. Hans Kelsen oltre i confini della dottrina pura del diritto

3.1.1. I primi anni Quaranta del XX secolo

Nel 1941 – giunto da circa un anno negli Stati Uniti d'America per mettersi al riparo dalla guerra in corso nel continente europeo¹ – Hans Kelsen pubblica nella *University of Chicago Law Review* un articolo dal titolo *The Law as a Specific Social Technique*². Lungo poco più di venti pagine e, dunque, relativamente breve rispetto agli standard dell'autore, questo scritto è di indubbio interesse per gli studiosi del pensiero kelseniano, nella misura in cui si presta perfettamente a testimoniare la sempre maggiore apertura del Kelsen teorico del diritto costruttivista e neokantiano ad una visione realistico-istituzionalistica, sociologica e funzionalistica del fenomeno giuridico³. Infatti, in questo breve ma denso lavoro, Kelsen non procede all'usuale difesa della scienza giuridica normativa e non pare interessato a proporre un'analisi della struttura formale del diritto, inteso come sistema di norme caratterizzato da una costruzione a gradi (*Stufenbau*) e capace di autoregolare la propria produzione e applicazione. Piuttosto, nel saggio in questione, Kelsen volge esclusivamente l'attenzione al diritto come tecnica di ordinamento sociale, come articolato meccanismo per la regolamentazione delle relazioni interindividuali nelle società. Nella prima sezione, dal titolo *The Essence of Legal Technique*, Kelsen è mosso dall'obiettivo di precisare quali siano i caratteri distintivi della tecnica

¹ Per un'attenta analisi storico-critica degli sforzi kelseniani finalizzati al reperimento di una sistemazione accademica negli Stati Uniti si rimanda a: C. Nitsch, «Holmes Lecture, 1940-1941» *Studio storico-critico su Kelsen in America*, in H. Kelsen, *Diritto e pace nelle relazioni internazionali*, Milano, Giuffrè, 2009.

² H. Kelsen, *The Law as a Specific Social Technique*, 1941; trad. it. *Il diritto come specifica tecnica sociale*, in H. Kelsen, *La teoria politica del bolscevismo e altri saggi di teoria del diritto e dello Stato*, Milano Il Saggiatore, 1981, pp. 94-121.

³ Per una periodizzazione relativa agli sviluppi della teoria kelseniana del diritto si rimanda a: M. G. Losano, *Forma e realtà in Kelsen*, Milano, Edizioni di Comunità, 1981, pp. 13-66. Una periodizzazione alternativa è proposta da S. L. Paulson, *Methodological Dualism in Kelsen's Das Problem der Souveränität*, in A. Carrino (a cura di), *Kelsen e il problema della sovranità*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1990, pp. 85-103. È Paulson stesso a chiarire in nota al saggio in questione che la ricostruzione in cinque fasi del pensiero kelseniano che intende proporre deve essere considerata come rettifica della periodizzazione in quattro fasi proposta in un altro suo articolo datato 1990, ovvero: S. L. Paulson, *Toward a Periodization of the Pure Theory of Law*, in L. Gianformaggio (a cura di), *Hans Kelsen's legal theory: a diachronic point of view*, Torino, Giappichelli, 1990. Per quanto concerne il realismo di Kelsen si rimanda a: P. Chiassoni, *Il realismo radicale della teoria pura del diritto*. In: «Materiali per una storia della cultura giuridica», XLII-1, 2012, pp. 237-261.

propriamente giuridica di ordinamento sociale e, a tal fine, confronta la stessa con altri meccanismi (ad esempio, quelli religiosi e morali) che perseguono per vie differenti lo stesso scopo organizzativo. Ai fini della presente ricerca, è tuttavia la seconda sezione di questo scritto – intitolata *The Evolution of Legal Technique* – che si rivela di maggiore interesse, in quanto Kelsen si ripropone di illustrarvi come la tecnica specificamente giuridica di organizzazione delle relazioni interindividuali sia andata incontro ad una serie di metamorfosi nel corso della storia sociale e culturale del genere umano e, in particolare, intende indicare le tappe principali che caratterizzano il percorso attraverso cui generalmente avviene il passaggio dai cosiddetti ordinamenti giuridici primitivi agli ordinamenti giuridici statali moderni. In altri termini, *The Law as a Specific Social Technique* appare di estremo interesse ai fini della presente ricerca in quanto dimostra come Kelsen si sia interessato al tema dell'evoluzione macrostorica del fenomeno giuridico, giungendo ad elaborare una teoria evolutiva del diritto.

Come si è già avuto modo di accennare, per mettere in luce la complessa articolazione e le varie sfaccettature della teoria evolutiva del diritto proposta da Kelsen, risulta necessario volgere l'attenzione a diverse opere che, *prima facie*, potrebbero sembrare profondamente distanti le une dalle altre, accomunate dal solo fatto di essere pubblicate nei primi anni Quaranta del XX secolo⁴. Oltre al già menzionato saggio *The Law as a Specific Technique* – in cui Kelsen espone la propria teoria evolutiva del diritto in maniera lineare, sistematica e sintetica – bisogna, dunque, volgere l'attenzione anche a *Law and Peace in International Relations*⁵ del 1942, prima monografia pubblicata in inglese da Kelsen e risultante dalla raccolta di una serie di lezioni da lui tenute, in qualità di *O. W. Holmes Lecturer*, presso l'Università di Harvard nell'anno accademico 1940-1941. Obiettivo di Kelsen in queste lezioni è non solo argomentare a favore del carattere propriamente giuridico dell'ordinamento internazionale, ma anche suggerire una possibile e desiderabile direzione di sviluppo capace di rendere il diritto internazionale più efficiente nel garantire la pacificazione delle relazioni interstatali. Proprio a tal fine, a partire da una visione del diritto internazionale del suo tempo come sorta di diritto primitivo, nelle *Oliver*

⁴ Ovviamente, per render conto della teoria evolutiva del diritto di Kelsen, si avrà modo di far riferimento anche ad opere kelseniane degli anni Trenta, degli anni Cinquanta, finanche degli anni Sessanta del XX secolo. Per quanto certe idee o tesi che confluiscono nella sua teoria evolutiva del diritto siano elaborate da Kelsen già prima degli anni Quaranta e sviluppate poi nei decenni successivi, rimane possibile affermare che è proprio nei suoi primi anni americani che egli pare maggiormente interessato al fenomeno dell'evoluzione macrostorica degli ordinamenti giuridici.

⁵ H. Kelsen, *Law and Peace in International Relations. The Oliver Wendell Holmes Lectures 1940-41*, 1942; trad. it. *Diritto e pace nelle relazioni internazionali. Le Oliver Wendell Holmes Lectures 1940-1941*, Giuffrè editore, Milano 2009.

Wendell Holmes Lectures del 1940-41, Kelsen si dedica ad approfondite considerazioni riguardanti tanto le caratteristiche strutturali degli ordinamenti giuridici primitivi, quanto le metamorfosi che si determinano con il passaggio da questi ultimi agli ordinamenti giuridici statali moderni: considerazioni con le quali Kelsen arriva a riproporre, sviluppandola sotto certi profili, la teoria evolutiva del diritto già presentata in *The Law as a Specific Social Technique*.

Per render conto in maniera esaustiva della teoria evolutiva del diritto di Kelsen è, inoltre, necessario volgere l'attenzione a *Society and Nature*⁶, pubblicata negli Stati Uniti nel 1943⁷. *Society and Nature* è un lavoro complesso, che si presta a differenti chiavi di lettura. Innanzitutto, è un'opera epistemologicamente orientata, nella misura in cui Kelsen intende mostrare come l'interpretazione causale della natura tipica della scienza moderna origini da quella visione animistica e socio-normativa del mondo che caratterizza gli uomini primitivi, i quali tendono ad interpretare ogni evento (e, quindi, anche i fenomeni naturali) in base al principio di retribuzione⁸. D'altra parte, come Kelsen stesso specifica nella *Presentazione all'edizione castigliana*⁹ dell'opera, *Society and Nature* può essere considerata anche un contributo alla cosiddetta «sociologia dell'idea di giustizia»¹⁰. In riferimento a questa seconda possibile chiave di lettura, Renato Treves spiega che in *Society and Nature* «Kelsen mette in evidenza le origini sociologiche delle dottrine del diritto naturale, là dove spiega come dall'interpretazione animistica della natura, retta dal principio di retribuzione, sia nata l'idea della natura come società ideale, e come da questa idea sia derivata quella di un diritto naturale inteso come diritto assolutamente giusto»¹¹. Tuttavia, ai fini della presente ricerca, *Society and Nature* rileva soprattutto in quanto Kelsen, vestendo i panni dell'antropologo del diritto, indaga i rapporti esistenti fra religione animistica, interpretazione socio-normativa della natura e meccanismi sanzionatori tipici delle società primitive come, ad esempio, la vendetta di sangue. In tal senso, *Society and Nature* può essere considerata compimento di una serie di studi che

⁶ H. Kelsen, *Society and Nature. A sociological Inquiry*, 1943; trad. it. *Società e natura. Ricerca sociologica*. Einaudi, Torino 1953.

⁷ Una versione in tedesco, pressoché identica, di quest'opera compare con il titolo *Vergeltung und Kausalität. Eine soziologische Untersuchung* già nel 1941 in Olanda, dove però la pubblicazione è interdetta a causa dell'occupazione tedesca.

⁸ Nell'Introduzione a *Society and Nature* chiarisce che obiettivo dell'opera è «di ricercare sulla base del materiale etnografico a nostra disposizione come l'uomo primitivo interpreti la natura che lo circonda e in qual modo da questa interpretazione, e specialmente dal principio del contrappasso, si sia sviluppata l'idea di causalità, e quindi la concezione moderna della natura» [H. Kelsen, *Società e natura*, cit., p. 14].

⁹ H. Kelsen, *Presentazione all'edizione castigliana di Società e natura*, in S. L. Paulson (a cura di), *Formalismo giuridico e realtà sociale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992, pp. 195-197.

¹⁰ Ivi, p. 196.

¹¹ R. Treves, *Sociologia del diritto e sociologia dell'idea di giustizia nel pensiero di Hans Kelsen*, in: «Sociologia del diritto», n. 3, 1981, p. 15.

avevano interessato Kelsen fin dagli anni Trenta, come testimoniato dalla relazione su *L'Âme et le Droit* presentata a Parigi nel 1935 presso l'*Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique* e con la quale Kelsen, per la prima volta, espone al pubblico i risultati delle proprie ricerche sul diritto primitivo¹².

Infine, per la ricostruzione ed esposizione sistematica della teoria evolutiva del diritto di Kelsen, si ritiene utile volgere l'attenzione a *Secular Religion*¹³: opera pubblicata postuma in quanto, benché ultimata negli anni Sessanta del XX secolo, fu ritirata dalle stampe per volontà dell'autore stesso. In questo contributo originale, valicando i confini della scienza giuridica, Kelsen si scaglia contro la proposta di studiosi come Eric Voegelin di «considerare certe ideologie politiche del nostro tempo come religioni secolari»¹⁴ e di «interpretare come teologia mascherata o snaturata, a dispetto della loro dichiarata tendenza anti-teologica, le più importanti opere di filosofia sociale della modernità (in particolare le opere di filosofia della storia)»¹⁵. Il motivo per cui *Secular Religion* risulta di estremo interesse per la presente ricerca è che Kelsen vi propone interessanti riflessioni concernenti statuto epistemologico e funzione della filosofia della storia, alla luce delle quali pare possibile rileggere e interpretare le tesi sul futuro del diritto internazionale e la pacificazione delle relazioni interstatali che egli stesso propone in *Law and Peace in International Relations* come espressione di una filosofia della storia di ispirazione kantiana.

Chiarite quali siano le principali opere di riferimento per la ricostruzione della teoria evolutiva del diritto di Kelsen, diviene possibile entrare nel merito della struttura e dei contenuti del presente capitolo. Innanzitutto, si intende procedere con la definizione dell'oggetto specifico della teoria evolutiva del diritto di Kelsen e con l'illustrazione degli schemi interpretativi che guidano la sua ricostruzione dell'evoluzione macrostorica del fenomeno giuridico. In altri termini, si tratta di chiarire come, nel contesto della propria teoria evolutiva, Kelsen concepisca l'ordinamento giuridico e in che senso i concetti di centralizzazione e decentramento siano per lui essenziali al fine di render conto non solo delle differenze tra ordinamenti giuridici primitivi

¹² Per un approfondimento sugli sviluppi delle ricerche kelseniane sul diritto primitivo si segnala il terzo capitolo, dal titolo *Sul diritto primitivo (e le sue traiettorie evolutive)*, di C. Nitsch, *Diritto e forza nella comunità degli Stati. Studi su Hans Kelsen e la teoria del diritto internazionale*, Napoli, Satura, 2012.

¹³ H. Kelsen, *Secular Religion. A Polemic against the Misinterpretation of Modern Social Philosophy, Science and Politics as "New Religions"*, 2012; trad. it. *Religione Secolare. Una polemica contro l'errata interpretazione della filosofia sociale, della scienza e della politica moderne come "nuove religioni"*, Milano, Raffaello Cortina Editore, 2014.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ *Ivi*, p. 3.

e ordinamenti giuridici statali, ma anche del percorso tipico che conduce dai primi ai secondi. Seguirà, quindi, l'analisi delle riflessioni che Kelsen propone su natura e struttura degli ordinamenti giuridici primitivi, con un approfondimento relativo alla sua interpretazione della vendetta come tecnica sanzionatoria primitiva dal carattere propriamente giuridico. Dopo aver preso in esame la ricostruzione del processo tipico che, secondo Kelsen, caratterizza il passaggio dagli ordinamenti giuridici primitivi agli ordinamenti giuridici statali moderni, si intende procedere con la valutazione dell'interpretazione che egli propone del diritto internazionale come diritto primitivo e con l'illustrazione delle tesi che egli elabora in merito al futuro dell'ordinamento giuridico internazionale. Infine, alla luce delle considerazioni epistemologiche sviluppate da Kelsen in *Secular Religion*, si intende chiarire in che senso le sue tesi degli anni Quaranta del XX secolo relative al futuro del diritto interazione e alla pacificazione delle relazioni interstatali possano essere interpretate come espressione di una filosofia della storia avente natura promozionale.

Prima di procedere con lo svolgimento effettivo di tale programma concernente la teoria kelseniana dell'evoluzione macrostorica degli ordinamenti giuridici, si ritiene tuttavia imprescindibile un approfondimento preliminare, relativo alla controversa posizione di Kelsen nei confronti della sociologia del diritto. Infatti, in qualità di fondatore della celebre *dottrina pura del diritto* e promotore di una scienza giuridica *normativa*, Kelsen si è espresso sovente in termini critici nei confronti delle scienze storico-sociali del diritto e, in particolare, nei confronti della sociologia giuridica: motivo per il quale agli occhi di molti potrebbe apparire circostanza quantomeno sorprendente che egli si sia dedicato ad elaborare una teoria evolutiva del diritto. Con tale approfondimento preliminare, si intende mostrare come, in realtà, al di là dei toni spesso aspri dovuti alla volontà di avvalorare il proprio modello di scienza giuridica normativa, Kelsen non abbia mai negato *in toto* legittimità e dignità a discipline giuridiche storico-sociali come la sociologia del diritto e, di conseguenza, come il Kelsen promotore di una scienza giuridica normativa sia in effetti compatibile con il Kelsen che – vestendo i panni del sociologo e dell'antropologo – elabora una teoria evolutiva del diritto.

3.1.2. *Nota a margine. Sein e Sollen: Hans Kelsen e la sociologia del diritto*

Non solo nei testi canonici in cui sviluppa e promuove la dottrina pura del diritto, ma anche in specifici saggi in cui si confronta con teorici del calibro di Hermann Kantorowicz, Eugen Ehrlich e Max Weber, Hans Kelsen propone interessanti considerazioni concernenti statuto epistemologico e metodologia della sociologia giuridica: considerazioni così approfondite e

pregnanti da aver indotto Renato Treves a riconoscere in Kelsen un pensatore che, seppure *ex negativo*, ha profondamente contribuito alla maturazione della sociologia del diritto come scienza empirica¹⁶.

La ragione di fondo per la quale Kelsen si confronta a più riprese con la sociologia del diritto è che tale confronto, a suo parere, risulta necessario al fine di precisare quali siano oggetto e metodo specifici di quella scienza giuridica normativa di cui intende dimostrare dignità scientifica e autonomia. Si può, in effetti, riconoscere in Kelsen una vittima *resiliente* di quel «vero e proprio “complesso di inferiorità” del giurista di fronte agli altri scienziati»¹⁷ di cui parla Norberto Bobbio in *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*: complesso di inferiorità dato dal fatto che «la giurisprudenza non è mai riuscita a riconoscere pienamente se stessa nella definizione di scienza che è stata via via formulata dalle diverse teorie della scienza»¹⁸. Mosso, dunque, dall'urgenza di mostrare dignità scientifica e autonomia della scienza giuridica normativa – nelle due varianti di giurisprudenza dogmatica e teoria generale del diritto – Kelsen, fin dai suoi *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*¹⁹ del 1911, porta avanti una critica serrata al sincretismo dei metodi, sostenendo la necessità di «liberare la formazione giuridica dei concetti da certi elementi di carattere sociologico e psicologico, fatti entrare a forza nella concettualizzazione giuridica solo attraverso un modo sbagliato di porre i problemi»²⁰. Proprio per significare la differenza di metodo ed oggetto di indagine tra scienza giuridica normativa e discipline come la sociologia del diritto – ma anche per mostrare specificità ed autonomia della scienza giuridica normativa – Kelsen introduce la famosa distinzione tra *Sein* e *Sollen*, tra “essere” e “dover essere”. Infatti, con tale binomio concettuale, ai tempi di *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Kelsen mira a specificare che fine delle scienze normative «non è, come quello delle discipline esplicative, la spiegazione causale di ciò che effettivamente accade, dunque la conoscenza delle leggi naturali, bensì la comprensione di norme»²¹.

Pur rivendicando una totale autonomia della scienza normativa e pur criticando il sincretismo dei metodi, Kelsen negli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* riconosce che «il fenomeno

¹⁶ Cfr. R. Treves, *Sociologia del diritto e sociologia dell'idea di giustizia nel pensiero di Hans Kelsen*, in «Sociologia del diritto», n. 3, 1981, pp. 22-23.

¹⁷ N. Bobbio, *Scienza giuridica e analisi del linguaggio*, in Uberto Scarpelli (a cura di), *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, Edizioni di comunità, 1976, p. 289.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ H. Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre: entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, 1911, trad. it. *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1997.

²⁰ *Ivi*, p. 7.

²¹ *Ivi*, p. 8.

sociale del diritto in gran parte, forse la più gran parte, soggiace al modo di considerazione di scienze come la sociologia o la psicologia»²². Che, agli albori della sua produzione giusfilosofica, Kelsen ammetta la sociologia del diritto nell'alveo delle scienze propriamente giuridiche emerge con nettezza da quanto sostiene nel saggio *Zur Soziologie des Rechtes: kritische Betrachtungen*²³. In questo scritto del 1912, pur criticando alcuni aspetti della teoria di Kantorowicz, Kelsen non solo riconosce statuto di scienza giuridica alla sociologia del diritto, ma pare addirittura ammettere un *essere* del *dover essere*, ovvero una storicità delle norme giuridiche, convalidando così l'idea che la netta distinzione tra *Sein* e *Sollen* valga solo da un punto di vista logico-formale e non anche da un punto di vista ontologico-materiale:

Il modo di considerazione normativo, specificamente giuridico, coglie sempre solo un lato del fenomeno giuridico. Le norme giuridiche possono essere intese anche come fatti dell'essere; esse hanno le loro cause nella società in cui sorgono, e soprattutto i loro effetti sulla società per la quale sono create. La comprensione di questo nesso è il compito di una sociologia del diritto. Ciò riveste la massima importanza per i giuristi, in prima linea per coloro che partecipano alla produzione delle norme, il legislatore, il politico del diritto e perciò anche per coloro cui spetta l'applicazione delle norme giuridiche, il giudice e il funzionario amministrativo. Ma la costruzione dei concetti giuridici non può essere intorbidita dalla problematica sociologica. In altri termini la sociologia del diritto concerne il contenuto del fenomeno giuridico, mentre la scienza giuridica deve occuparsi solo della sua forma. Il giurista può, anzi deve, essere anche sociologo, così come l'artista, per padroneggiare il materiale col quale lavora, deve essere anche un tecnico [...]. La sociologia è un presupposto della giurisprudenza, ma è da essa fundamentalmente distinta.²⁴

A fronte di tali prime considerazioni, sembrerebbe possibile concludere che a Kelsen possa essere attribuita una posizione tutto sommato conciliante nei confronti della sociologia giuridica e delle altre scienze empiriche e storico-sociali del diritto. Tale conclusione è in realtà tutt'altro che pacifica, in quanto negli anni immediatamente successivi alla pubblicazione di *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* Kelsen arriva ad assumere posizioni ben più radicali e critiche nei confronti della sociologia del diritto, giungendo infine a negare status di scienza propriamente giuridica alla stessa. Tale mutamento di prospettiva nei confronti della sociologia del diritto corrisponde ad una radicalizzazione da parte di Kelsen del punto di vista del giurista e della scienza giuridica normativa: radicalizzazione – come chiarito dallo stesso Kelsen nella *Prefazione* alla seconda edizione di *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* risalente al 1923 –

²² Ivi, p.7.

²³ H. Kelsen, *Zur Soziologie des Rechtes: Kritische Betrachtungen*, 1912; trad. it, *Sociologia del diritto. Considerazioni critiche*, in H. Kelsen, *Sociologia della democrazia*. Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1991, pp. 85-101.

²⁴ Ivi, p. 86.

dovuta di certo all'influenza dell'insegnamento neokantiano di Hermann Cohen e, in particolare, alla ricezione della sua tesi che «la tendenza conoscitiva determina l'oggetto della conoscenza e l'oggetto della conoscenza viene prodotto logicamente a partire da una origine»²⁵. Come rileva Renato Treves in *Il fondamento filosofico della dottrina pura del diritto di Hans Kelsen*²⁶, Cohen, focalizzandosi sulla logica trascendentale, giunge a respingere gran parte dell'impostazione gnoseologica kantiana – in particolare, l'idea che «il pensiero è preceduto dall'intuizione sensibile»²⁷ – e si fa portavoce della possibilità di una «conoscenza pura che si determina mediante il pensiero puro che, come piena spontaneità, non è legato a qualcosa di dato ed esistente fuori di sé medesimo»²⁸: una conoscenza per produzione autoctona del pensiero puro che non richiede cioè alcun contatto con la sensazione o la rappresentazione, intese in senso kantiano. Kelsen trae da Cohen questa rielaborazione della gnoseologia kantiana e, facendo proprio il principio della auto-produttività del pensiero, giunge a concepire il diritto come complesso di concetti intellettivi che viene prodotto da un'attività conoscitiva pura: l'attività del giurista²⁹. Se, dunque, ai tempi di *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Kelsen si limita a voler indicare il modo specifico in cui il giurista e la scienza giuridica normativa guardano (e devono guardare³⁰) al diritto, dopo aver introiettato l'insegnamento neokantiano della Scuola di Marburgo arriva invece a pretendere che il “vero” diritto sia il diritto conosciuto (e costituito nella sua autonomia) dai giuristi per mezzo della scienza giuridica normativa. Come accennato, a tale radicalizzazione del punto di vista del giurista e della scienza giuridica normativa corrisponde la messa in discussione della “vita del diritto” e, conseguentemente, una svalutazione della sociologia giuridica. Ancora in *Reine Rechtslehre*³¹ del 1934 – benché Kelsen sia ormai pervenuto da almeno dieci anni al

²⁵ H. Kelsen, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico*, cit., p. 30.

²⁶ R. Treves, *Il fondamento filosofico della dottrina pura del diritto di Hans Kelsen*, in «Atti della Reale Accademia delle Scienze di Torino», v. 69, 1933/34, pp. 52-90.

²⁷ *Ivi*, p. 66.

²⁸ *Ibidem*

²⁹ Per un approfondimento ulteriore relativo ai rapporti tra Kelsen e il neokantismo si rimanda a G. Calabrò, *Kelsen e il neokantismo*, in C. Roehrssen (a cura di), *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del Novecento*, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1983, pp. 87-92; S. L. Paulson., *Kelsen and the Neo-Kantian Problematic*, in A. Catania e M. Fimiani (a cura di), *Neokantismo, diritto e sociologia*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1995, pp. 81-98; R. Racinaro, *Cassire e Kelsen*, in A. Catania e M. Fimiani (a cura di), *Neokantismo, diritto e sociologia*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1995, pp. 99-110

³⁰ Che la teoria di Kelsen si configuri anche come metagiurisprudenza prescrittiva è ben messo in evidenza da Norberto Bobbio nel saggio *Essere e dover essere nella scienza giuridica*. Bobbio scrive, infatti, che «volendo riassumere la teoria kelseniana della scienza giuridica in una formula ad effetto, si potrebbe dire che essa *prescrive di descrivere*» (N. Bobbio, *Essere e dover essere nella scienza giuridica*, in N. Bobbio, *Diritto e potere: saggi su Kelsen*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, p. 48).

³¹ H. Kelsen, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, 1934; trad. it, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 2000.

riconoscimento della necessità di integrare la propria teoria con un'indagine nomodinamica – è possibile riconoscere chiaramente le tracce di tale assolutizzazione del punto di vista del giurista e la conseguente esclusione della sociologia del diritto dall'alveo delle scienze propriamente giuridiche:

Una tale conoscenza sociologico-giuridica non ha nulla a che fare con le norme giuridiche come specifiche strutture qualificative, ma soltanto con certi fatti senza riguardo al rapporto che essi hanno con una qualsiasi norma riconosciuta o presupposta come valida. Questa sociologia del diritto non pone in relazione i fatti naturali che deve studiare con le norme valide, ma stabilisce un rapporto di causa ed effetto tra questi e altri fatti naturali. [...] Il diritto in tal modo viene in questione solo come fatto naturale, come fatto nella coscienza degli uomini che pongono, che eseguono o che violano le norme giuridiche. Non è quindi propriamente il diritto quello che costituisce l'oggetto di questa scienza, ma costituiscono questo oggetto soltanto certi fenomeni paralleli della natura.³²

Tuttavia, man mano che la nomodinamica arriva ad assumere nella dottrina pura del diritto un ruolo sempre più centrale a scapito della nomostatica, Kelsen pare in qualche modo tornare sui suoi passi. Infatti, come sottolinea Carrino, «una dinamica giuridica intesa in senso proprio porta necessariamente con sé il superamento del dualismo essere-dovere, norme-fatti, giungendo ad un collegamento stretto tra le une e gli altri»³³, di modo che – tramite l'introduzione prima e la valorizzazione poi della nomodinamica nel contesto della dottrina pura del diritto – Kelsen arriva, benché forse non consapevolmente e di sicuro non dichiaratamente, ad «una visione realistico-istituzionalistica, fenomenologica e sociologica del diritto per la quale il fenomeno giuridico non è mai puro dovere ma sempre anche essere».³⁴ Considerato che, come sostiene Treves, «con la dinamica giuridica Kelsen lascia una porta aperta verso la realtà della vita sociale e riconosce esplicitamente che il diritto, in quanto si produce e si applica, non è forma pura, ma volontà, azione concreta»³⁵, non deve stupire che al suo consolidamento a scapito della statica giuridica corrisponda la rivalutazione di scienze come la sociologia del diritto. Stante la necessità di evitare il sincretismo dei metodi, discipline come la sociologia del diritto e la storia del diritto vengono ad essere ricollocate da Kelsen nell'alveo delle scienze propriamente giuridiche, al fianco di quell'analisi strutturale che interessa nello specifico la

³² Ivi, p. 54.

³³ A. Carrino, *Autopoiesi dell'ordinamento dinamico. Diritto e sociologia in Kelsen*, in «Sociologia del diritto», n.2, 1991, p. 19.

³⁴ Ivi, pp. 19-20.

³⁵ R. Treves, *Intorno alla concezione del diritto di Hans Kelsen*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», XXIX/III, 1952, pp. 181-182.

scienza giuridica normativa. Esemplicativo di tale ritorno ad una epistemologia giuridica pluralistica è quanto Kelsen scrive in *Law, State and Justice in the Pure Theory of Law*³⁶ del 1948:

Il diritto può essere oggetto di scienze diverse. La teoria pura del diritto non ha mai preteso di essere l'unica scienza del diritto possibile, o l'unica legittima: vi sono anche la sociologia del diritto e la storia del diritto. Esse, insieme con l'analisi strutturale del diritto, sono necessarie per una comprensione completa del complesso fenomeno del diritto.³⁷

Da tale epistemologia giuridica essenzialmente pluralistica Kelsen non si discosta negli anni successivi, se non in rare occasioni in cui si ritrova a dover difendere la propria dottrina pura del diritto da violenti attacchi. In tali circostanze – ad esempio, quando chiamato a rispondere alle dure critiche mossegli da Paul Amssek in *Méthode Phénoménologique et Théorie du Droit*³⁸ del 1964 – Kelsen effettivamente ritorna a toni meno concilianti nei confronti di discipline come la sociologia giuridica ma, come sostiene Renato Treves in *Sociologia del diritto e sociologia dell'idea di giustizia*, l'inasprimento dei suoi toni in tali circostanze è dato solo dall'originaria volontà di difendere dignità e autonomia della scienza giuridica normativa contro quanti sembrano non voler riconoscere alcuno spazio all'analisi strutturale e formale del diritto³⁹.

Alla luce della disamina proposta, pare dunque possibile concludere che – fatta eccezione per il periodo in cui la dottrina pura del diritto conosce un decisivo irrigidimento a ragione dell'influenza della teoria neokantiana di Herman Cohen – Kelsen appare evidentemente un pensatore ben disposto a riconoscere la sociologia giuridica e le altre scienze storico-sociali del diritto come scienze propriamente giuridiche, necessarie al fine di una comprensione completa

³⁶ H. Kelsen, *Law, State and Justice in the Pure Theory of Law*, 1948; trad. it., *Diritto, stato e giustizia nella teoria pura del diritto*, in H. Kelsen, *La teoria politica del bolscevismo e altri saggi di teoria del diritto e dello stato*, Milano, Saggiatore, 1981, pp. 148-161.

³⁷ Ivi, p. 155.

³⁸ P. Amssek, *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1964.

³⁹ Kelsen risponde alle critiche mossegli da Amssek in *Méthode Phénoménologique et Théorie du Droit* con un lungo articolo dal titolo *Eine phänomenologische Rechtstheorie* del 1965. All'idea di Amssek che oggetto della scienza giuridica sarebbe una "réalité historique" da comprendere per mezzo di una "connaissance empirique", Kelsen risponde sottolineando come per tale via non sarebbe il diritto a venire ad oggetto, ma gli uomini che creano le norme giuridiche e questa critica si accompagna alla riconduzione di sociologia del diritto e psicologia giuridica ad una mera posizione ancillare rispetto alla preminente scienza giuridica normativa: «Ciò che Amssek intende è che oggetto della scienza giuridica non sono le norme giuridiche, ma gli uomini che creano le norme giuridiche; "une certaine aventure humaine". Ciò si riduce al fatto che oggetto della scienza del diritto non sono – come originariamente affermato- le norme giuridiche, ma gli atti il cui senso sono le norme giuridiche. La conseguenza di questo spostamento dell'oggetto della scienza giuridica è che questa alla fine viene caratterizzata come psicologia e sociologia. Che queste scienze siano qualificate come psicologia del diritto e sociologia del diritto –come la storia del diritto- e possano venire considerate come integrazioni di gran valore di una scienza giuridica nel senso vero e proprio della parola, io non l'ho mai contestato» (H. Kelsen, *Eine phänomenologische Rechtstheorie*, 1965, trad. it. *Una teoria fenomenologica del diritto*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1990, pp. 65-66).

del complesso fenomeno sociale chiamato “diritto”. Tale conclusione deve però essere integrata con un’ultima precisazione: pur riconoscendo status di scienza giuridica alle discipline storico-sociali del diritto che applicano il metodo causale e pur fautore di una epistemologia giuridica pluralistica, Kelsen non rinuncerà mai all’affermazione della preminenza della scienza giuridica normativa. La superiorità indiscussa della scienza giuridica normativa, secondo Kelsen, è data dal fatto che solo per suo tramite risulta possibile definire i caratteri che differenziano norme e ordinamenti giuridici da altri tipi di norme e ordinamenti sociali. Tale convinzione si trova espressa chiaramente in *General Theory of Law and State*⁴⁰ del 1945, quando Kelsen sostiene che «soltanto riferendo il comportamento umano al diritto come sistema di norme valide, cioè al diritto com’è definito dalla giurisprudenza normativa, la giurisprudenza sociologica può delimitare il suo oggetto specifico da quello della sociologia generale»⁴¹; ma una tale convinzione era già stata espressa da Kelsen, sicuramente con toni più aspri, nel famoso scritto del 1913 dal titolo *Eine Grundlegung der Rechtssoziologie*⁴², dedicato a mettere in evidenza i limiti della teoria sociologico-giuridica proposta da Eugen Ehrlich:

La sociologia del diritto non può stabilire cosa è diritto, alla genesi e agli effetti di quali norme la conoscenza vada quindi limitata; essa deve necessariamente presupporre il concetto normativo di diritto [...] Solo l’errata idea secondo la quale la sociologia può cogliere lo stesso oggetto della giurisprudenza normativa, il diritto, porta alla rappresentazione di una autonoma sociologia del diritto. In realtà, la norma giuridica, questo oggetto specifico della scienza giuridica, non esiste per una sociologia orientata all’essere. Un concetto sociologico di diritto, di cui parlano Ehrlich e molti altri autori recenti, è possibile quanto il concetto matematico di un processo biologico o il concetto etico della caduta dei gravi.⁴³

3.2. Oggetto d’indagine e schemi interpretativi della teoria evolutiva del diritto di Kelsen

3.2.1. L’oggetto di indagine: il diritto come tecnica di ordinamento sociale

Il primo passo da muovere in direzione di una esposizione sistematica della teoria evolutiva del diritto elaborata da Hans Kelsen è la specificazione di quale sia l’oggetto della ricostruzione che egli intende proporre. In prima battuta, sembrerebbe possibile risolvere tale questione senza complicazioni di sorta, concludendo semplicemente che Kelsen mira ad una ricostruzione dell’evoluzione macrostorica degli *ordinamenti giuridici*. Tuttavia, non è possibile accontentarsi di una tale conclusione. Più che semplice, infatti, tale conclusione si rivela semplicistica, nella

⁴⁰ H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, 1945; trad. it. *Teoria generale del diritto e dello stato*, Milano, Etas Libri, 1984.

⁴¹ Ivi, pp. 178-179.

⁴² H. Kelsen, *Eine Grundlegung der Rechtssoziologie*; trad. it., *Una fondazione della sociologia del diritto*, in Eugen Ehrlich/Hans Kelsen, *Scienza giuridica e sociologia del diritto*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, pp. 110- 147.

⁴³ Ivi, p. 147.

misura in cui risulta necessario chiarire a cosa di preciso Kelsen si riferisca quando, nel contesto della propria teoria evolutiva del diritto, utilizza la nozione di ordinamento giuridico. Una tale precisazione risulta imprescindibile alla luce del fatto che v'è un'ambiguità di fondo nel modo in cui Kelsen utilizza la nozione di ordinamento giuridico: ambiguità che è stata spesso rilevata, talvolta con toni profondamente critici, talaltra invece con intenzioni giustificatorie⁴⁴. Senza entrare nel merito di un'analisi approfondita di genesi e metamorfosi del concetto di ordinamento giuridico nella dottrina pura del diritto – analisi che porterebbe la presente ricerca troppo lontano rispetto ai suoi scopi specifici⁴⁵ – è possibile constatare che esistono almeno due modi differenti in cui Kelsen utilizza la nozione in questione. Innanzitutto, di frequente, Kelsen fa uso della nozione di ordinamento giuridico per riferirsi al diritto come sistema dinamico di norme caratterizzato da una specifica costruzione a gradi e capace di autoregolare la propria produzione e applicazione. Esemplicativo dell'uso della nozione di ordinamento giuridico come sinonimo di sistema dinamico di norme è quanto Kelsen scrive ad apertura di *General Theory of Law and State*⁴⁶ del 1945:

Il diritto è un ordinamento del comportamento umano. Un «ordinamento» è un sistema di regole. Il diritto non è una regola, come talvolta si dice. Esso è un complesso di regole aventi quel genere di unità che concepiamo come un sistema. È impossibile afferrare la natura del diritto limitando la nostra attenzione alla singola regola isolata. I rapporti che collegano fra loro le norme particolari di un ordinamento giuridico sono pure essenziali alla natura del diritto. Solo sulla base di una chiara comprensione di questi rapporti che costituiscono l'ordinamento giuridico si può intendere pienamente la natura del diritto.⁴⁷

D'altra parte, oltre che per fare riferimento al diritto come sistema dinamico di norme, la nozione di ordinamento giuridico è sovente utilizzata da Kelsen anche per significare una specifica tecnica di ordinamento sociale, un peculiare meccanismo di regolamentazione delle relazioni interindividuali nelle società. Esemplicativo di tale secondo modo di declinare la nozione di ordinamento giuridico è un passaggio divenuto celebre perché riportato in *General*

⁴⁴ Posizione critica nei confronti di tale ambiguità kelseniana relativa alla nozione di ordinamento giuridico è quella di Agostino Carrino (cfr. A. Carrino, *Autopoiesi dell'ordinamento dinamico. Diritto e sociologia in Kelsen*, in «Sociologia del diritto», n.2, 1991, pp. 13-41). Una lettura giustificatoria di tale stessa ambiguità è proposta invece da Renato Treves (Cfr. R. Treves, *Intorno alla concezione del diritto di Hans Kelsen*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», XXIX/III, 1952, pp. 177-197).

⁴⁵ Un'interessante ricostruzione di genesi e metamorfosi del concetto di ordinamento giuridico nella dottrina pura del diritto è proposta da Mauro Barberis. Cfr. M. Barberis, *Evoluzione nel diritto*, cit., pp. 202-214.

⁴⁶ H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, 1945; trad. it. *Teoria generale del diritto e dello stato*. Milano, Etas Libri, 1984.

⁴⁷ Ivi, p. 3.

Theory of Law and State del 1945⁴⁸, ma che originariamente Kelsen propone proprio in *The Law as a Specific Social Technique*:

Il fatto che ordinamenti sociali di tenore straordinariamente diverso, in vigore in tempi differenti e fra i popoli più diversi, siano tutti chiamati «ordinamenti giuridici» può far supporre che questo termine sia pressoché privo di significato. Che cosa può avere in comune il cosiddetto «diritto» degli antichi babilonesi con il «diritto» che vige oggi negli Stati Uniti? Che cosa può avere in comune l'ordinamento sociale di una tribù di indigeni dominata da un capo dispotico, con la costituzione della repubblica svizzera? Eppure, vi è un elemento comune che giustifica pienamente questa terminologia e permette al vocabolo «diritto» di esprimere un concetto di grande significato sociale. Il vocabolo si riferisce, infatti, a quella specifica tecnica sociale di un ordinamento coercitivo, che è essenzialmente la stessa per tutti questi popoli tanto diversi nel tempo, nello spazio, di luogo e di cultura: gli antichi babilonesi e gli Stati Uniti dei giorni nostri, gli Ashanti dell'Africa occidentale e la Svizzera in Europa. Si tratta di quella tecnica sociale che consiste nell'ottenere dagli uomini la condotta sociale desiderata mediante la minaccia di una misura coercitiva da applicarsi in caso di condotta contraria.⁴⁹

Ebbene, brevemente illustrati quali siano i due modi principali in cui Kelsen utilizza la nozione di ordinamento giuridico, diviene finalmente possibile precisare che, nel contesto della propria teoria evolutiva del diritto, egli si riferisce all'ordinamento giuridico non come sistema dinamico di norme, ma come specifica tecnica di ordinamento sociale. In altri termini, quando si ripropone di spiegare quali siano le tappe principali del processo di evoluzione macrostorica che dagli ordinamenti giuridici primitivi conduce agli ordinamenti giuridici statali moderni, Kelsen ambisce sostanzialmente ad illustrare come la tecnica specificamente giuridica di organizzazione delle relazioni interindividuali sia andata incontro ad una serie di metamorfosi nel corso della storia sociale e culturale del genere umano.

Rimane, tuttavia, ancora da spiegare in cosa consista effettivamente tale tecnica propriamente giuridica di ordinamento sociale: spiegazione che consentirà, inoltre, un'ulteriore delucidazione relativa alla specifica configurazione della teoria evolutiva del diritto di Kelsen. A tal fine, bisogna innanzitutto chiarire come, secondo Kelsen, al pari di tutte le altre tecniche di ordinamento sociale, anche il diritto risponda essenzialmente al fine di «ottenere dagli individui un certo mutuo comportamento: indurli a tenere una certa condotta, positiva o negativa, a

⁴⁸ Proprio il fatto che tale passaggio in cui propone una concezione di ordinamento giuridico come tecnica di ordinamento sociale sia riportato da Kelsen in *General Theory of Law and State* testimonia della sostanziale ambiguità kelseniana in relazione alla nozione di ordinamento giuridico, visto che -come si è avuto modo di chiarire- proprio in quest'opera, solo poche pagine prima, egli fornisce anche una caratterizzazione dell'ordinamento giuridico come sistema dinamico di norme (Cfr. H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello stato*, cit., pp. 3-19).

⁴⁹ H. Kelsen, *Il diritto come specifica tecnica sociale*, cit., p. 99.

compiere una certa azione o ad astenersene»⁵⁰. Posta tale sostanziale comunanza di intenti, passando a specificare quali siano i caratteri distintivi del diritto, Kelsen sostiene che esso si contraddistingue come «tecnica che consiste nell'ottenere dagli uomini la condotta sociale desiderata mediante la minaccia di una misura coercitiva da applicarsi in caso di condotta contraria»⁵¹, dove per misura coercitiva bisogna intendere la «privazione di un bene posseduto: la vita, la salute, la libertà, o la proprietà [...] contro la volontà dell'interessato»⁵². Ovviamente, Kelsen non si arresta a tale caratterizzazione semplicistica del diritto come tecnica di ordinamento sociale che si avvale di misure coercitive. Infatti, egli procede immediatamente ad una precisazione ulteriore, chiarendo che la misura coercitiva di cui la tecnica propriamente giuridica di ordinamento sociale si avvale si configura sempre come «sanzione socialmente organizzata», ovvero come «atto di coercizione che una persona determinata dall'ordinamento applica, in un modo esso pure determinato dall'ordinamento, contro la persona responsabile della condotta contraria all'ordinamento»⁵³. È proprio in base a tale precisazione che Kelsen arriva a distinguere nettamente diritto, morale e religione. Infatti, come tecniche di ordinamento sociale, morale e religione non si avvalgono, al pari del diritto, di sanzioni socialmente organizzate: la morale si basa sulla motivazione diretta, «senza promettere premi per l'obbedienza e senza minacciare svantaggi per la disobbedienza, cioè senza stabilire sanzioni»⁵⁴; la religione – nella misura in cui prevede «punizioni da parte di un'autorità sovraumana»⁵⁵ per coloro che decidano di deviare dalle condotte desiderate – presenta delle sanzioni che, tuttavia, differiscono da quelle propriamente giuridiche in quanto «hanno carattere trascendente e non sono, quindi, sanzioni socialmente organizzate»⁵⁶. Ma la precisazione del fatto che le misure coercitive di cui si avvale il diritto come tecnica di ordinamento sociale si configurino sempre come sanzioni socialmente organizzate, consente anche di chiarire come tale tecnica non si riduca ad un semplice “minacciare misure coercitive per le condotte contrarie”, implicando piuttosto una serie di processi articolati. Infatti, come tecnica che si avvale di sanzioni socialmente organizzate, il diritto implica, innanzitutto, un processo di individuazione o determinazione di misure coercitive da mettere in atto come sanzioni nel caso in cui qualcuno, con le proprie azioni, contraddica la condotta desiderata; in

⁵⁰ *Ivi*, p. 94.

⁵¹ *Ivi*, p. 99.

⁵² *Ivi*, p. 98.

⁵³ *Ivi*, p. 100.

⁵⁴ *Ivi*, p. 95.

⁵⁵ *Ivi*, p. 100.

⁵⁶ *Ibidem*.

secondo luogo, esso implica un processo di precisazione – più o meno vaga – di chi debba mettere in atto tali misure coercitive come sanzioni e/o un processo di specificazione delle modalità in cui l'esecuzione debba avvenire; infine, implica anche la concreta esecuzione delle sanzioni, nel caso in cui ciò si renda effettivamente necessario. In altri termini, come tecnica di ordinamento sociale, il diritto non è un semplice “minacciare misure coercitive”, ma consiste in un articolato meccanismo che prevede la creazione (o, più genericamente, determinazione) di norme coattive/giuridiche e l'eventuale, se necessaria, applicazione ed esecuzione (più o meno regolamentata, ma comunque sempre socialmente organizzata) delle sanzioni stabilite dalle norme coattive/giuridiche stesse⁵⁷.

Alla luce di tale caratterizzazione del diritto come specifica e articolata tecnica di ordinamento sociale, risulta possibile procedere con due precisazioni conclusive. In primo luogo, si può tornare a ribadire con maggiore cognizione di causa in che senso, parlando dell'ordinamento giuridico come tecnica di ordinamento sociale, Kelsen si distanzi da una concezione del diritto come sistema di norme. Infatti, in quanto tecnica di ordinamento sociale, il diritto si configura non come sistema di norme, ma come insieme di processi o meccanismi atti alla creazione e all'applicazione di norme giuridiche: processi o meccanismi che, come si avrà modo di chiarire in seguito, possono articolarsi in modi profondamente differenti. In secondo luogo, ritornando alla teoria evolutiva del diritto alla luce della caratterizzazione fornita della tecnica propriamente giuridica di ordinamento sociale, è possibile concludere che essa si configura come ricostruzione relativa al modo in cui, con il passaggio da ordinamenti giuridici primitivi ad ordinamenti giuridici statali moderni, vengono a trasformarsi i meccanismi di creazione e applicazione di norme giuridiche.

Prima di procedere oltre, vale la pena però soffermarsi su un ultimo aspetto che, secondo Kelsen, è caratteristico del diritto come specifica tecnica di ordinamento sociale, ovvero il fatto che tramite tale tecnica si viene a determinare un monopolio dell'uso legittimo della forza da parte della comunità. Infatti, obiettivo del diritto come tecnica di ordinamento sociale è «ottenere che gli uomini, nella loro condotta reciproca, si astengano dal privare altri della vita, della salute, della libertà o della proprietà con la forza»⁵⁸. Tale obiettivo però non è raggiunto

⁵⁷ Val la pena di ricordare, sebbene risaputo, che per Kelsen vale l'identificazione di norme coattive e norme giuridiche. In *Reine Rechtslehre* del 1934 afferma infatti che «la dottrina pura del diritto continua la tradizione della teoria positivista del diritto del secolo XIX nel ritenere che la norma giuridica sia una norma coattiva intesa come una norma che stabilisce una coazione e che, appunto per questo, si distingue dalle altre norme» (H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 66).

⁵⁸ Ivi, pp. 100-101.

eliminando completamente la forza dalla comunità ma, al contrario, ricorrendo alla minaccia – ed eventualmente all’esecuzione – di un atto di forza come sanzione contro chiunque eserciti impropriamente la propria forza a scapito di altri. Come spiega Kelsen in *Law and Peace in International Relations*, tramite questa tecnica che «impiega la forza per prevenire l’impiego della forza»⁵⁹ si crea «un ordinamento in conformità con il quale l’impiego della forza è generalmente proibito in quanto illecito, ma eccezionalmente permesso, in determinate circostanze e per determinati individui, in quanto sanzione»⁶⁰. Posto che l’individuo chiamato a mettere in atto la misura coercitiva come sanzione agisce in quanto autorizzato dall’ordinamento, ovvero come organo della comunità, si può allora concludere «che il diritto fa dell’uso della forza un monopolio della comunità»⁶¹. Tramite il monopolio della forza da parte della comunità si perviene, secondo Kelsen, non ad una pace assoluta – ovvero, a quella totale eliminazione della forza auspicata dai teorici dell’anarchismo – ma ad una pace relativa che, effettivamente, è la sola che possa essere realizzata in società. Kelsen scrive:

La pace si ha quando la forza non è usata. In questo senso della parola, il diritto assicura solo una pace relativa, non assoluta, esso toglie all’individuo il diritto di impiegare la forza, ma lo riserva alla comunità. La pace del diritto non è una condizione di assoluta mancanza di forza, uno stato di anarchia; è una condizione di monopolizzazione della forza da parte della comunità.⁶²

3.2.2. *Centralizzazione e decentramento come schemi interpretativi*

Nella precedente sezione, si è pervenuti alla conclusione che la teoria evolutiva del diritto di Kelsen si configura come ricostruzione relativa al modo in cui, con il passaggio da ordinamenti giuridici primitivi ad ordinamenti giuridici statali moderni, si trasformano i meccanismi di creazione e applicazione delle norme giuridiche. Si tratta ora di comprendere quali siano gli schemi interpretativi che Kelsen utilizza al fine di render conto di tale processo di evoluzione macrostorica degli ordinamenti giuridici, per arrivare infine ad una delucidazione ulteriore e definitiva della configurazione specifica della sua teoria evolutiva del diritto. A tal fine, bisogna rivolgere l’attenzione ai concetti di centralizzazione e decentramento, presentati da Kelsen già in *Allegemeine Staatslehre* del 1925 come nozioni sociologico-giuridiche. In effetti, tale caratterizzazione dei concetti in questione è riproposta in un saggio del 1937 dal titolo

⁵⁹ H. Kelsen, *Diritto e pace nelle relazioni internazionali*, cit., p. 14.

⁶⁰ Ivi, p. 16.

⁶¹ Ivi, p. 15.

⁶² H. Kelsen, *Il diritto come specifica tecnica sociale*, cit., p. 101.

*Centralization and Decentralization*⁶³, in cui Kelsen chiarisce che loro tramite intende render conto delle differenti «forme di organizzazione che possono caratterizzare le comunità di diritto» e che tale versante della propria «teoria giuridica possiede anche un carattere sociologico, nella misura in cui anche la sociologia si occupa delle tipiche forme di società: forme che sono determinate dal particolare modo in cui avviene la formazione delle norme che costituiscono i gruppi sociali»⁶⁴.

Di centralizzazione e decentramento, spiega Kelsen in *Law and Peace in International Relations*, «si può parlare in un duplice senso: statico e dinamico»⁶⁵. Quando utilizzati in senso statico, i concetti di centralizzazione e decentramento «fanno riferimento alla sfera territoriale della validità delle norme che costituiscono un ordinamento giuridico»⁶⁶ e risultano utili al fine di render conto di come gli ordinamenti giuridici possano differire tra loro a seconda che essi presentino un maggiore o minore numero di norme valide per tutto il territorio soggetto all'ordinamento giuridico stesso. In questo senso, in *Centralization and Decentralization*, Kelsen scrive:

Un ordinamento giuridico è centralizzato se tutte le sue norme presentano la medesima sfera di validità territoriale, ovvero se tutte le sue norme sono valide per l'intero territorio di sua competenza. Un ordinamento giuridico è, invece, decentrato, se consta di norme che hanno differenti sfere di validità, di modo che tutte o solo alcune di queste norme risultano esser valide solo per zone circoscritte di un dato territorio.⁶⁷

Kelsen chiarisce inoltre come sia impossibile rilevare nella realtà concreta ordinamenti giuridici che siano totalmente centralizzati o totalmente decentrati in senso statico e che i concreti ordinamenti di diritto positivo presentano, piuttosto, un grado variabile di centralizzazione e decentramento in senso statico, ovvero un livello di centralizzazione o decentramento sempre parziale, mai totale. Scrive Kelsen:

⁶³ H. Kelsen, *Centralization and Decentralization*, in *Publications of the Harvard Tercentenary: Authority and the Individual*, Cambridge, Harvard University Press, 1937, pp. 1-30.

⁶⁴ Trad. mia dall'originale inglese: «The theory which I am going to develop here is a juridical theory. Accordingly, centralization and decentralization shall be treated as forms of organization found in communities of law [...] This juridical theory also has a sociological character, inasmuch as sociology is also concerned with the typical forms of society, forms which are determined by the particular formation of the norms constituting the social groups» (H. Kelsen, *Centralization and Decentralization*, cit., p. 2).

⁶⁵ H. Kelsen, *Diritto e pace nelle relazioni internazionali*, cit., pp. 102-103.

⁶⁶ Ivi, p. 103.

⁶⁷ Trad. mia dall'originale inglese: «A centralized legal order implies that all its norms have the same spatial sphere of validity, i.e. that they are valid throughout the whole territory over which it extends. A decentralized legal order, on the other hand consists of norms which have different special spheres of validity, so that all or certain norms are valid for parts of a given territory» (H. Kelsen, *Centralization and Decentralization*, cit., p.8).

Il grado di decentramento, ovvero di divisione territoriale della comunità giuridica, così come il grado di centralizzazione possono variare da un punto di vista quantitativo. Tale grado è determinato dal numero e dall'importanza di norme centrali o decentrate (ovvero, locali) che ogni ordinamento giuridico presenta. Le norme "centrali" sono norme valide per la totalità del territorio; le norme "decentrate" o "locali" sono le norme valide solo in certe suddivisioni territoriali. Distinguiamo, quindi, fra centralizzazione e decentramento parziale e centralizzazione e decentramento totale. La centralizzazione totale prevale se tutte le norme dell'ordinamento giuridico sono valide senza eccezioni per la totalità del territorio; il decentramento totale prevale se tutte le norme sono valide senza eccezioni solo per talune suddivisioni territoriali. Ad ogni modo, centralizzazione e decentramento totali sono solo poli estremi ideali. Né il massimo grado di decentramento, né una totale centralizzazione possono essere riscontrati nelle reali manifestazioni di diritto positivo.⁶⁸

Quando utilizzati in senso dinamico, invece, i concetti di centralizzazione e decentramento «riguardano i metodi di normazione e, in particolare, gli organi che creano e attuano le norme»⁶⁹. In senso dinamico i concetti di centralizzazione e decentramento risultano rilevanti innanzitutto al fine di render conto di come gli ordinamenti giuridici possano differenziarsi a seconda che le funzioni di creazione e applicazione di norme giuridiche siano svolte da uno stesso organo centrale, oppure da «una pluralità di organi, che non sono collocati centralmente ma sparsi sull'intero territorio»⁷⁰. In tal senso, ad esempio, è possibile distinguere tra ordinamenti giuridici in cui l'amministrazione della giustizia, ovvero la funzione giudiziaria, è svolta da una sola medesima corte in tutti i casi, oppure ordinamenti giuridici in cui la stessa funzione è affidata a differenti corti dislocate sull'intero territorio. Ma, in senso dinamico, i concetti di centralizzazione e decentramento rilevano anche al fine di render conto della differenza tra ordinamenti giuridici che *non* presentano organi specifici atti allo svolgimento delle funzioni giuridiche e ordinamenti giuridici in cui una o più delle funzioni giuridiche sono svolte da organi specifici predisposti dall'ordinamento. In tal senso, è possibile distinguere, ad esempio, tra gli ordinamenti giuridici primitivi che sono privi di organi specifici in quanto «ogni individuo soggetto all'ordinamento giuridico partecipa a tutte le funzioni di creazione e

⁶⁸ Trad. mia dall'originale inglese: « The decentralization, or territorial division of the community of law, as also the corresponding centralization, may be of quantitatively varying degree. This degree is determined by the relative portion of the number and importance of the central and decentral (local) norms of the legal order. The "central" norms are the norms valid for the total territory; the "decentral" or "local" norms are the norms which are valid only for the territorial subdivisions. We distinguish, therefore, total and partial centralization and decentralization. Total centralization prevails if all the norms of a legal order are valid without exception for the total territory; total decentralization prevails if all the norms without exception are valid only for territorial subdivisions. But total centralization and total decentralization are only ideal extremes poles [...] Neither the highest quantitative degree of decentralization, nor total centralization is to be found in the reality of positive law» (H. Kelsen, *Centralization and Decentralization*, cit., pp. 10-11).

⁶⁹ H. Kelsen, *Diritto e pace nelle relazioni internazionali*, cit., p. 105.

⁷⁰ *Ibidem*.

applicazione del diritto»⁷¹ e gli ordinamenti giuridici statali in cui quantomeno la funzione giudiziaria e la funzione esecutiva fanno capo a specifici organi.

Chiarita la differenza tra senso statico e dinamico di centralizzazione e decentramento come concetti sociologico-giuridici, è possibile ritornare alla questione di partenza relativa a quali siano i criteri che guidano Kelsen nella sua interpretazione del processo di evoluzione macrostorica degli ordinamenti giuridici. Ebbene, sono i concetti di centralizzazione e decentramento in senso dinamico che fungono da schemi interpretativi per render conto non solo – come si è visto – delle differenze tra ordinamenti giuridici primitivi e ordinamenti giuridici statali moderni, ma anche del processo di evoluzione macrostorica che generalmente caratterizza il passaggio dai primi ai secondi. Infatti, come sostiene Kelsen in *Law and peace in international relations*, «l'evoluzione del diritto, dai suoi inizi primitivi al suo stadio attuale, è stata, da un punto di vista tecnico, un continuo processo di centralizzazione, il quale può anche essere inteso come processo di crescente divisione del lavoro nel campo della creazione e dell'applicazione del diritto»⁷². All'esito di questo percorso, pare possibile affermare in via definitiva che la teoria evolutiva del diritto di Kelsen si configura come ricostruzione relativa al modo in cui, con il passaggio da ordinamenti giuridici primitivi ad ordinamenti giuridici statali moderni, si trasformano i meccanismi di creazione e applicazione di norme giuridiche: processo che si concretizza nella comparsa progressiva di organi specifici atti allo svolgimento delle essenziali funzioni di creazione e applicazione di norme giuridiche.

3.3. L'ordinamento giuridico primitivo

3.3.1. L'uomo primitivo tra animismo e interpretazione socio-normativa della natura

Come accennato in precedenza, è in *Society and Nature* che Kelsen sviluppa, nel modo più compiuto e sulla base di un ricco materiale etnografico, le sue riflessioni concernenti animismo e concezione socio-normativa della natura come elementi essenziali della *Weltanschauung* dell'uomo primitivo. A tali riflessioni, bisogna ora volgere l'attenzione al fine di comprendere in che senso, secondo Kelsen, animismo e interpretazione socio-normativa della natura si rivelino essere decisivi, sotto certi profili, per il funzionamento dell'ordinamento sociale primitivo.

Il punto di partenza di Kelsen in *Society and Nature* è la spiegazione di alcuni aspetti cognitivi della mente primitiva. In primo luogo, Kelsen sottolinea che «la coscienza dell'uomo primitivo

⁷¹ Ivi, p. 137.

⁷² Ivi, p. 137.

è caratterizzata essenzialmente dal fatto che in lui il fattore razionale, che aspira alla conoscenza obiettiva, è molto meno sviluppato del fattore emotivo»⁷³. In secondo luogo, Kelsen invita ad osservare che l'uomo primitivo è caratterizzato da «una considerevole assenza di autocoscienza, vale a dire una mancanza di qualsiasi consapevole esperienza delle proprie forze»⁷⁴. Proprio la mancanza di autocoscienza risulta particolarmente rilevante agli occhi di Kelsen, per due ragioni in particolare. La prima è che dalla carenza di autocoscienza deriva l'attitudine collettivistica degli uomini primitivi, ovvero il fatto che gli individui siano totalmente pervasi dalla vita sociale e assorbiti dal gruppo di appartenenza. A tale attitudine collettivistica Kelsen riconduce, in seconda battuta, quel «tradizionalismo peculiare della mentalità primitiva»⁷⁵ che ha una rilevanza anche sotto il profilo giuridico in quanto esso si riflette «nella formazione della legge attraverso la consuetudine, nell'osservanza scrupolosa ed esagerata degli usi e dei costumi tramandati dagli antenati e nel fatto che l'ordine sociale sia violato molto meno spesso nella società primitiva che in quella civile»⁷⁶. La seconda ragione per cui la mancanza di autocoscienza negli uomini primitivi risulta rilevante agli occhi di Kelsen è che essa si rivela il fondamento su cui si innesta quell'animismo che consiste essenzialmente nella convinzione «che il mondo circostante sia pervaso di spiriti potenti, in particolar modo spiriti dei defunti, dotati di poteri sovraumani»⁷⁷. In combinazione con la sostanziale carenza di coscienza delle proprie forze, l'animismo (ovvero, l'idea che la natura sia animata da spiriti) porta con sé una specifica predisposizione nei confronti del mondo circostante, ovvero il fatto che «l'uomo primitivo, contrariamente all'uomo civile, non si consideri signore della creazione, superiore agli animali, alle piante e alle cose inanimate, bensì loro pari, e qualche volta anche loro inferiore»⁷⁸. Che l'uomo primitivo si collochi in tal modo specifico rispetto alla realtà che lo circonda è comprovato, secondo Kelsen, dal modo in cui egli *agisce* nei confronti di tutti gli esseri (animati e inanimati), ovvero con rispetto e timore reverenziale, seguendo le stesse norme di condotta che regolano le relazioni sociali tra i membri della comunità cui appartiene. Kelsen scrive:

Poiché l'uomo primitivo considera gli animali, le piante e gli oggetti inanimati come affini ai suoi compagni di tribù, si comporta nei confronti delle cose naturali come si comporta coi suoi compagni. Convinto che le

⁷³ H. Kelsen, *Società e natura*, cit., p. 17.

⁷⁴ *Ivi*, p. 24.

⁷⁵ *Ivi*, p. 44.

⁷⁶ *Ivi*, p. 44.

⁷⁷ *Ivi*, p. 25.

⁷⁸ *Ibidem*.

une e gli altri agiscono in base agli stessi principi, egli pensa di dover trattare le cose secondo quanto prescrivono le regole della condotta sociale.⁷⁹

Collaterale a questo specifico modo di rapportarsi a tutti gli esseri (animati e inanimati) secondo i principi che regolano la vita sociale è, secondo Kelsen, il modo in cui i primitivi *interpretano* i più disparati eventi, ovvero la loro concezione socio-normativa della natura. Mentre l'uomo moderno distingue tra natura e società e spiega gli eventi naturali in base al principio di causalità, l'uomo primitivo «concepisce la natura come parte della società»⁸⁰, ovvero «interpreta l'ambiente che lo circonda secondo determinate categorie sociali»⁸¹ e, in particolare, secondo il principio di retribuzione. A tal proposito, Kelsen scrive:

L'elemento caratteristico della legge di causalità sta nel fatto che essa collega l'effetto con la causa. La causa è un evento obiettivo, omogeneo all'effetto e, come questo, è un evento naturale; essendo dello stesso genere dell'effetto, è a sua volta effetto di una causa. Di qui ha origine la catena infinita di cause ed effetti, inconcepibile per l'uomo primitivo, che è un elemento essenziale nella concezione scientifica della causalità. Il pensiero personalistico e il pensiero causale si escludono l'un l'altro. L'uomo primitivo fa risalire gli eventi che vuol comprendere non già ad elementi della stessa specie, ma ad elementi di specie diversa non a un oggetto ma ad un soggetto, non ad una cosa ma ad una persona. Quando vuole spiegarsi alcunché l'uomo primitivo non si domanda, come l'uomo civile fornito di un'educazione scientifica: "Com'è avvenuto questo?"; ma "Chi l'ha fatto?".⁸²

Fornita una breve ricostruzione delle riflessioni che, sulla base di un ricco materiale etnografico, Kelsen dedica alla *Weltanschauung* dell'uomo primitivo, diviene possibile considerare in che senso, a suo avviso, animismo e interpretazione socio-normativa della natura si rivelino decisivi per il funzionamento dell'ordinamento sociale primitivo. In primo luogo, essi risultano decisivi in quanto rappresentano il fondamento su cui si innesta la credenza – tipica dell'uomo primitivo – che in caso di violazione di determinate norme di condotta siano gli spiriti dei defunti ad intervenire direttamente con punizioni o sanzioni quali morte, malattie o incidenti. Ad esempio, Kelsen spiega che, nelle società primitive, per i casi di omicidio interni al gruppo familiare non sono previste sanzioni socialmente organizzate, perché si ritiene siano gli spiriti dei membri defunti della famiglia stessa ad intervenire con punizioni o sanzioni. Al proposito, in *Law and Peace in International Relations*, Kelsen scrive:

⁷⁹ Ivi, p. 57.

⁸⁰ Ivi, p. 179.

⁸¹ Ivi, p. 57.

⁸² Ivi, p. 75.

La prima sanzione, per l'infrazione commessa da uno dei suoi membri all'interno del più piccolo gruppo – la famiglia, per esempio – è una sanzione trascendente. Un'autorità sovraumana, una divinità, punisce un crimine commesso da un tale in seno alla propria famiglia. Le prime divinità sono le anime degli antenati defunti, che vigilano attentamente sul rigoroso mantenimento dell'ordine sociale da parte dei loro discendenti. In caso di omicidio, è lo spirito dell'individuo ucciso, del padre o della madre dell'ucciso, che punisce l'omicida con la malattia o la morte.⁸³

Posta la credenza primitiva che gli spiriti dei defunti possano intervenire con azioni punitive in caso di violazione di determinate norme, è possibile sostenere di conseguenza che nelle società primitive la paura dell'anime vendicative dei defunti – timore che si fonda su animismo e interpretazione socio-normativa della natura – assume funzione deterrente, ovvero contribuisce a che le norme sociali non vengano violate. Tuttavia, in relazione al funzionamento degli ordinamenti giuridici primitivi, la paura delle anime dei defunti gioca anche un altro ruolo cruciale, nella misura in cui si rivela capace di *attivare* determinate procedure sanzionatorie. Infatti, in talune circostanze, per evitare la ritorsione di spiriti offesi da un certo crimine, l'uomo primitivo è costretto egli stesso ad intervenire contro chi si sia macchiato del crimine offensivo in questione. Ad esempio, l'uomo primitivo è *obbligato* (onde evitare che gli spiriti gli si ritorcano contro provocando morte, malattia e altri mali indesiderati) a vendicare egli stesso l'uccisione di un membro della propria famiglia nel caso in cui l'assassino appartenga ad un'altra tribù: ciò perché si ritiene che, in questa specifica circostanza, lo spirito del defunto non possa intervenire direttamente con un atto punitivo nei confronti del criminale. In *Law and Peace in International Relations*, Kelsen scrive:

L'azione diretta dell'anima di un uomo ucciso è limitata, almeno originariamente, al suo stesso gruppo; essa può vendicarsi direttamente solo sui membri del suo gruppo, cioè sui suoi parenti, spargendo malattia o morte. Sembra che, almeno in origine l'anima del defunto non fosse in grado di vendicarsi direttamente nei confronti di un omicida che appartenesse a un altro gruppo. Solo se i parenti di un uomo morto credono che la sua morte sia stata causata, direttamente o indirettamente, da un membro di un altro gruppo, essi si sentono obbligati nei confronti dell'anima del defunto a vendicare il crimine. Questa è l'origine, così come il retroterra ideologico-religioso, della cosiddetta vendetta, che in principio era sempre diretta contro un gruppo esterno.⁸⁴

In conclusione, dunque, dal punto di vista del funzionamento degli ordinamenti sociali primitivi, la paura delle anime vendicative dei defunti (timore che si fonda su animismo e interpretazione

⁸³ H. Kelsen, *Diritto e pace nelle relazioni internazionali*, cit., p. 42.

⁸⁴ Ivi, p. 42.

socio-normativa della natura) non solo assume una decisiva funzione deterrente, ma si rivela anche essenziale per l'attivazione di meccanismi sanzionatori primitivi del tipo della vendetta.

3.3.2. *La vendetta come sanzione giuridica primitiva*

Da quanto affermato nelle battute finali del precedente paragrafo, sembrerebbe possibile attribuire a Kelsen un'interpretazione della vendetta come atto che risponde ad un obbligo di natura religiosa. In realtà – tanto in *Society and Nature*, quanto in *Law and Peace in International Relations* – Kelsen insiste sul fatto che la vendetta nelle società primitive rivela sempre una funzione sociale che prescinde da motivazioni di ordine religioso, per arrivare infine a caratterizzare la stessa vendetta come meccanismo sanzionatorio propriamente giuridico.

Tuttavia, prima di chiarire quale sia la funzione sociale della vendetta, Kelsen propone alcune considerazioni volte a mettere in evidenza in che senso essa sia da intendersi come fenomeno propriamente sociale. A tal fine, Kelsen invita innanzitutto a distinguere la vendetta da quella «semplice reazione difensiva, originata dal desiderio di autoconservazione»⁸⁵ che caratterizza l'uomo così come tutti gli altri animali. La differenza tra vendetta e reazione istintiva di autodifesa consiste essenzialmente nel fatto che la prima «mira non solo a evitare il male, ma anche a infliggere a sua volta un altro male, sia all'autore diretto del male subito, sia ad altri a lui associati, che vengono così ritenuti partecipi della responsabilità del primo»⁸⁶. Il desiderio di contraccambiare il male ricevuto, continua Kelsen, «può essere spiegato soggettivamente solo dal sentimento di inferiorità che il danno subito desta nell'offeso contro l'offensore»⁸⁷. D'altra parte, questo sentimento di inferiorità nei confronti dell'offensore – «che può essere benissimo neutralizzato ponendo l'offensore nella stessa condizione dell'offeso»⁸⁸ – può sorgere unicamente laddove fra le due parti esista un rapporto di valutazione, ovvero sullo sfondo di un dato sistema di norme sociali condivise. In altri termini, quindi, il sentimento di inferiorità derivante dall'offesa subita e il desiderio di contraccambiare la stessa offesa presuppongono «la tendenza a considerare il male subito come una violazione di norme, una violazione dell'ordine sociale esistente nella coscienza degli individui»⁸⁹. Proprio in quanto fondata su un sentimento di inferiorità che presuppone un ordine sociale e normativo, la vendetta deve

⁸⁵ H. Kelsen, *Società e natura*, cit., p. 84.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ *Ivi*, p. 86.

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ *Ivi*, p. 87.

essere considerata come fenomeno sociale, come reazione qualificata possibile solo in seno alla società, non nella natura. Scrive Kelsen:

É assai probabile che nel desiderio di vendetta – quale è possibile osservare non solo fra gli uomini, ma anche tra gli animali che vivono in gregge – sia implicito un istinto elementare di difesa, determinato da una sensazione di pena. Perché questo moto istintivo si trasformi in un'azione più o meno cosciente, come la vendetta quando sia diretta contro l'autore, è necessario che esso subisca una modifica, che solo la vita sociale può produrre. Nel desiderio di vendetta non è l'istinto puro, originario, di conservazione che si manifesta; la vendetta è un modo di comportarsi socialmente determinato.⁹⁰

Dopo aver spiegato in che senso la vendetta sia un fenomeno propriamente sociale (ovvero, un fenomeno possibile solo in seno alla società e sullo sfondo di un contesto normativo), Kelsen passa, dunque, a sottolineare come la stessa non risponda esclusivamente a motivazioni soggettive e come anzi, nelle società primitive, essa ambisca anche a soddisfare un interesse collettivo, rivelando quindi un'innegabile funzione sociale. A questo proposito, Kelsen scrive:

Nella società primitiva la vendetta soddisfa non solo un interesse individuale, ma anche un interesse collettivo. E questo, in verità, è proprio il punto in cui il riflesso istintivo, naturale di difesa, originato da una causa esterna di pena, si differenzia dalla vendetta sociale: nel primo caso v'è solo un motivo soggettivo; nel secondo v'è una funzione sociale, che è quella di prevenire.⁹¹

A fronte di tale discorso relativo alla funzione sociale della vendetta come pratica che mira a soddisfare un interesse collettivo, Kelsen arriva finalmente a proporre la sua interpretazione della stessa vendetta come misura coercitiva messa in atto – sulla base del principio di retribuzione – per rispondere alla violazione di una qualche norma. In particolare, il discorso di Kelsen si riferisce alla vendetta di sangue, come sanzione messa in atto per la violazione «della più antica norma sociale: chi ha ucciso deve essere ucciso»⁹². In tal senso, Kelsen scrive:

L'istituzione della vendetta del sangue, che si può far risalire ai primordi dello sviluppo sociale, indica chiaramente che la morte non solo è il delitto più antico, ma anche la più antica punizione socialmente organizzata [...]. La vendetta del sangue è l'applicazione della più antica norma sociale: chi ha ucciso deve essere ucciso. Ed è l'espressione più ovvia del principio del contrappasso. Essa costituisce la base della condotta reciproca dei membri della società, in quanto questa condotta è regolata dal sistema sociale, che fin dalle prime origini ha il carattere di un ordine ad un tempo legale e morale.⁹³

⁹⁰ *Ivi*, p. 89.

⁹¹ *Ivi*, p. 94.

⁹² *Ivi*, p. 92.

⁹³ *Ibidem*.

Come emerge dalla citazione sopra riportata, Kelsen non si limita a qualificare la vendetta di sangue come generica sanzione, specificando piuttosto che deve essere intesa come una “sanzione socialmente organizzata”. Su questo punto, Kelsen ritorna anche in *Law and Peace in International Relations*, quando sottolinea che l’individuo chiamato a vendicare la morte di un suo familiare è considerato come organo che agisce a nome della comunità. Che il vendicatore agisca in quanto organo della comunità significa non solo che è *autorizzato* dalla stessa a procedere con l’atto di vendetta, ma anche che egli è *obbligato* a farlo. Kelsen ritiene infatti possibile sostenere che esista un “dovere di vendetta”, nella misura in cui, come sanzione socialmente organizzata, la vendetta risponde alla necessità di riaffermare, a fronte di un crimine, che l’uso della forza è vietato nella comunità, se non come sanzione. A tal proposito, Kelsen scrive:

In una comunità primitiva, l’uomo che vendichi l’omicidio del padre, nei confronti di colui il quale questi ritenga esserne l’omicida, non è considerato come un assassino, ma come un organo della comunità; egli esegue, infatti, con questo preciso atto, una norma dell’ordinamento sociale che costituisce la comunità. È questa norma che autorizza lui, e solo lui, in determinate circostanze, e solo in queste, a uccidere il sospetto omicida [...] La distinzione tra l’omicidio come illecito e l’uccisione di un uomo come adempimento di un *dovere di vendetta* è della massima importanza per la società. Ciò significa che uccidere è consentito solo se l’omicida agisca come un organo della comunità, se la sua azione sia intrapresa in esecuzione dell’ordinamento giuridico. La misura coercitiva è riservata alla comunità, ed è, di conseguenza, un monopolio della stessa.⁹⁴

Se, a conclusione di tale disamina, si ritorna a considerare che per Kelsen giuridico è l’ordinamento che si avvale di sanzioni socialmente organizzate e che determina un monopolio dell’uso legittimo della forza da parte della comunità, si comprende perché egli concluda che la vendetta primitiva, in quanto reazione socialmente organizzata, possa essere qualificata come meccanismo sanzionatorio propriamente giuridico. Similmente, tendendo a mente la sua definizione di ordinamento giuridico, si comprende perché Kelsen arrivi a considerare «pienamente giustificabile denominare diritto l’ordinamento sociale coercitivo ancora decentrato della società primitiva, nonostante la sua tecnica piuttosto cruda»⁹⁵: perché tale ordinamento presenta sanzioni socialmente organizzate del genere della vendetta. Proprio il fatto che già nei primi anni Quaranta del XX secolo Kelsen pervenga alla conclusione che un ordinamento basato sulla vendetta come meccanismo sanzionatorio possa a giusto titolo

⁹⁴ H. Kelsen, *Diritto e pace nelle relazioni internazionali*, cit., p. 50.

⁹⁵ *Ivi*, p. 54.

essere considerato giuridico – idea che, ancora oggi, fatica ad essere accettata in *toto* – testimonia la sua originalità come sociologo e antropologo del diritto: un’originalità che, ai suoi tempi, non venne colta a pieno in quanto si focalizzò maggiormente l’attenzione sulle carenze metodologiche del suo lavoro, come testimoniato dalla feroce critica che il sociologo del diritto americano Talcott Parsons mosse a *Society and Nature* nella sua recensione dell’opera stessa⁹⁶.

3.3.3. *Le caratteristiche strutturali dell’ordinamento giuridico primitivo*

Le riflessioni che Kelsen propone in merito alla struttura degli ordinamenti giuridici primitivi sono particolarmente sviluppate in *Law and Peace in International Relations*, in quanto – come si è avuto modo di osservare – egli ritiene l’analisi delle caratteristiche specifiche di tali ordinamenti sia indispensabile al fine di comprendere la natura “primitiva” dell’ordinamento giuridico internazionale del suo tempo.

L’analisi di Kelsen è, innanzitutto, volta a comprendere come vengano adempiute le funzioni di creazione e applicazione delle norme giuridiche nell’ordinamento giuridico primitivo, ovvero a stabilire quale sia il grado di centralizzazione o decentramento dell’ordinamento giuridico primitivo in senso dinamico. In tal senso, Kelsen osserva che il diritto primitivo è tecnicamente carente perché caratterizzato da meccanismi essenzialmente decentrati di creazione e applicazione delle norme giuridiche. Per quanto concerne la funzione di creazione di norme generali, Kelsen si limita a sostenere che «tutto il diritto primitivo è diritto consuetudinario»⁹⁷, ovvero «diritto la cui creazione risulta ampiamente decentrata»⁹⁸ in quanto «creato dall’agire congiunto degli stessi soggetti dell’ordinamento giuridico e non da un organo legislativo centrale»⁹⁹. Kelsen insiste, invece, maggiormente sul carattere decentrato dell’applicazione del diritto, essendo la centralizzazione di questa funzione (e in particolare la comparsa di un organo giudiziario), a suo avviso, indispensabile per l’approdo ad una condizione di reale stabilità

⁹⁶ Ciò che Parsons contesta a Kelsen sono essenzialmente questioni di metodo: «The subtitle of Dr. Kelsen’s book is “*A sociological inquiry*”. But what there is of sociology (including, for this purpose, social anthropology) in this book could not have been considered acceptable less than a generation ago. Dr. Kelsen seems to be completely unaware that there has been any important development in these fields in the meantime. He quotes freely, from sociological and anthropological authorities, opinions and facts which seem to him to bear out his own preconceived ideas. But he nowhere shows any sign of entering into the theoretical thinking of modern sociology and social anthropology in such a way as to indicate that the statements he quotes are properly interpreted in the light of these sciences. Errors and fallacies are so serious the the verdict is unavoidable: as a “sociological inquiry” Dr. Kelsen’s work is definitely incompetent. If it were submitted to me as a doctoral dissertation I should have no alternative but to reject it» (T. Parsons, “*Society and Nature: a Sociological Inquiry*”: Book Review, in «*Harvard Law Review*», vol. 58, 1943, pp. 140-144).

⁹⁷ *Ivi*, p. 61.

⁹⁸ *Ivi*, pp. 60-61.

⁹⁹ *Ivi*, p. 61.

giuridica. Sostenendo che l'applicazione del diritto negli ordinamenti giuridici primitivi è decentrata, Kelsen intende riferirsi tanto alla circostanza per la quale non sono predisposti organi giudiziari specifici atti alla valutazione delle circostanze condizionanti e alla eventuale determinazione della sanzione da applicare; quanto il fatto che non sono predisposti organi specifici per l'esecuzione concreta delle sanzioni. Kelsen scrive:

Nel diritto primitivo né la determinazione dell'esistenza di un illecito, né l'esecuzione della sanzione sono delegate ad un'autorità distinta dalle parti coinvolte o interessate. Sotto entrambi questi aspetti l'ordinamento giuridico è interamente decentrato. Non vi è né una corte né un potere esecutivo centralizzato.¹⁰⁰

Stante l'assenza di terzi al di sopra delle parti atti all'applicazione delle norme, gli ordinamenti giuridici primitivi, prosegue Kelsen, si caratterizzano allora per quella tecnica dell'autotutela – di cui la vendetta è un esempio lampante – in base alla quale «l'individuo, i cui interessi giuridicamente protetti sono stati violati, è egli stesso autorizzato dall'ordinamento giuridico a procedere contro il trasgressore, con tutte le misure coercitive previste dall'ordinamento medesimo»¹⁰¹. Come si è avuto modo di considerare nel precedente paragrafo, Kelsen ritiene che, nonostante questa carenza tecnica, non si possa negare carattere giuridico all'ordinamento primitivo, in quanto anche con la tecnica dell'autotutela le sanzioni risultano essere socialmente organizzate, di modo che il monopolio della forza sia garantito alla comunità. In tal senso, Kelsen sostiene:

Un ordinamento sociale, che si regga ancora sul principio dell'autotutela, può produrre uno stato delle cose che lascia molto a desiderare. Ciò nonostante, è possibile considerare questo stato uno stato giuridico, e quest'ordinamento decentrato un ordinamento giuridico; esso può essere interpretato, infatti, come un ordinamento in base al quale le misure coercitive sono un monopolio della comunità.¹⁰²

Dopo aver chiarito in che senso, per quanto decentrato, l'ordinamento primitivo possa essere considerato comunque come ordinamento propriamente giuridico, in *Law and Peace in International Relations*, Kelsen passa a mettere in luce altre carenze tecniche degli ordinamenti giuridici primitivi. In primo luogo, osserva che il diritto primitivo, nell'applicare le sanzioni, non si fonda sul principio della responsabilità individuale, per il quale «solo chi ha commesso l'illecito, solo il delinquente, deve essere responsabile per il crimine»¹⁰³, ma sul principio della

¹⁰⁰ Ivi p. 49.

¹⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰² Ivi, p. 51.

¹⁰³ Ivi, p. 94.

responsabilità collettiva in virtù del quale «la sanzione è diretta non solo contro l'omicida stesso, ma anche contro i suoi parenti, contro tutti quelli che appartengono alla sua famiglia o alla sua tribù»¹⁰⁴

Nel diritto primitivo, all'applicazione delle sanzioni in base al principio della responsabilità collettiva si collega, quasi inevitabilmente, il fatto che le sanzioni sono eseguite non in base al principio della responsabilità basata sulla colpa, secondo il quale «se un individuo deve essere considerato responsabile per un risultato da lui prodotto, egli deve averlo prodotto intenzionalmente»¹⁰⁵, ma in base al principio della responsabilità oggettiva, in virtù del quale «chiunque produca, non importa come, un risultato, indicato dall'ordinamento come socialmente dannoso, è punibile»¹⁰⁶. Infine, Kelsen evidenzia come il diritto primitivo sia tecnicamente carente anche perché non presenta un'adeguata differenziazione tra diversi gradi di sanzione, ovvero in quanto non si fonda sul principio di equivalenza tra illecito e sanzione – in base al quale più grave è l'illecito, maggiore è il male che colpisce il delinquente – e non stabilisce alcuna differenziazione tra pena ed esecuzione forzata.

3.4. Dall'ordinamento giuridico primitivo all'ordinamento giuridico statale

3.4.1. La progressiva centralizzazione delle funzioni del diritto

È *Law and Peace in International Relations* il testo che in maggior misura si presta all'analisi dell'interpretazione kelseniana del processo che caratterizza il passaggio dagli ordinamenti giuridici primitivi agli ordinamenti giuridici statali moderni. Il punto di partenza di Kelsen, come accennato, è la constatazione del fatto che «l'evoluzione del diritto, dai suoi inizi primitivi al suo stadio attuale, è stata, da un punto di vista tecnico, un continuo processo di centralizzazione»¹⁰⁷, il quale «può anche essere inteso come un processo di crescente divisione del lavoro nel campo della creazione e dell'applicazione del diritto»¹⁰⁸. Come più volte ribadito, la ricostruzione kelseniana è mirante a render conto di come si sviluppi il diritto inteso come specifica tecnica di ordinamento sociale e si configura come ricostruzione della comparsa progressiva di organi specifici atti all'espletamento di tale tecnica, ovvero all'espletamento delle funzioni di creazione e applicazione delle norme giuridiche. Infatti, in riferimento al

¹⁰⁴ Ivi, p. 95.

¹⁰⁵ Ivi p. 98.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁷ Ivi, p. 137.

¹⁰⁸ *Ibidem*.

cammino che dagli ordinamenti giuridici primitivi conduce agli ordinamenti giuridici statali moderni, Kelsen scrive:

Le funzioni di creazione e applicazione del diritto, originariamente svolte da tutti i membri della comunità, sono state gradualmente trasferite a specifici individui, e sono adesso eseguite esclusivamente da questi. All'inizio, ogni individuo soggetto all'ordinamento giuridico partecipa a tutte le funzioni di creazione e applicazione del diritto. Successivamente, si sviluppano organi specifici per le differenti funzioni. Si svolge nel campo giuridico lo stesso processo che ha luogo in quello della produzione economica. Si tratta di un costante processo di centralizzazione.¹⁰⁹

Ciò che è particolarmente interessante osservare, a parere di Kelsen, è che questo processo che dal diritto primitivo conduce al diritto statale moderno «è caratterizzato dal fatto sorprendente che la centralizzazione della funzione di applicazione del diritto precede quella della sua creazione»¹¹⁰. Parlando di applicazione del diritto, Kelsen intende riferirsi tanto alla funzione giudiziaria – consistente nell'accertamento dei fatti condizionanti, nell'individuazione della sanzione da applicare e nell'ordine che essa sia applicata al caso concreto – quanto alla funzione esecutiva – consistente nella effettiva realizzazione della sanzione. Tra le due funzioni in cui consiste l'applicazione del diritto, secondo Kelsen, la prima ad essere centralizzata nel processo di evoluzione macrostorica degli ordinamenti giuridici è la funzione giudiziaria. Infatti, Kelsen sostiene:

Il procedimento di applicazione delle norme giuridiche generali ai casi concreti consta di tre distinte fasi. In primo luogo, devono essere accertati i fatti condizionanti, in particolare l'illecito, la violazione concreta del diritto; in secondo luogo, deve essere ordinato che la sanzione prevista dalla norma giuridica sia applicata al caso concreto; in terzo luogo, questa sanzione deve essere eseguita nei confronti dell'individuo responsabile per l'illecito. I tre stadi di questo procedimento non necessariamente vengono centralizzati nello stesso tempo. Storicamente, la centralizzazione dei primi due stadi ha preceduto, con ogni probabilità, quella del terzo.¹¹¹

Attraverso questo primo momento del processo di centralizzazione, si viene a creare, dunque, una situazione in cui ad un *tertium super partes* viene riconosciuta l'autorità per svolgere una serie di funzioni: valutare le circostanze condizionanti, ovvero se sia stato commesso un crimine o meno; tentare la via della riconciliazione tra le parti in conflitto, suggerendo possibili accordi di pace; infine, laddove non risultino possibili accordi di pace, autorizzare una determinata sanzione come misura coercitiva nei confronti della parte in torto. Alle origini, chiarisce Kelsen,

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ *Ivi*, p. 139.

tutte queste attività sono svolte dall'organo detentore del potere giudiziario in riferimento a quelle norme di diritto consuetudinario che sono «create attraverso la collaborazione di tutti gli individui soggetti all'ordinamento giuridico»¹¹². Se, per un verso, con la comparsa di organi giudiziari centralizzati «non è più ciascun individuo autorizzato a decidere se i suoi diritti siano stati o meno lesi, se quindi potrà o dovrà reagire con una sanzione nei confronti di un altro individuo responsabile per la violazione del diritto»¹¹³, d'altra parte, però, in questa fase di sviluppo, permane l'autotutela come tecnica di esecuzione delle sanzioni: è alla parte lesa, o ai suoi congiunti, che spetta il compito di mettere in atto la sanzione individuata e autorizzata dall'organo giudiziario. Kelsen scrive:

Nei primi tempi le corti erano difficilmente più che tribunali di arbitrato. Esse dovevano decidere soltanto se l'illecito fosse stato o meno effettivamente commesso, come asserito da una delle parti, e dunque se questa parte fosse o meno autorizzata a eseguire una sanzione nei confronti dell'altra, nel caso in cui il conflitto non potesse essere risolto mediante un accordo pacifico tra le stesse. Promuovere un tale accordo pacifico, che permettesse di sostituire la vendetta con il guidrigildo, è stato probabilmente il primo compito del tribunale. Soltanto in uno stadio successivo è divenuto possibile abolire completamente il procedimento dell'autotutela, secondo il quale la sanzione è eseguita da parte degli individui i cui interessi sono stati violati dall'illecito.¹¹⁴

La seconda fase di evoluzione macrostorica degli ordinamenti giuridici, cui Kelsen fa riferimento nella citazione sopra riportata, consiste, dunque, nella centralizzazione della funzione esecutiva, ovvero nella comparsa di «un organo centrale della comunità giuridica, autorizzato a punire l'individuo colpevole»¹¹⁵. La centralizzazione della funzione esecutiva, spiega Kelsen, corrisponde in sostanza ad un «processo di centralizzazione dell'impiego della forza» che «presuppone una concentrazione degli strumenti di potere»¹¹⁶: processo da cui risulta, appunto, la formazione di organi amministrativi. Con la centralizzazione di funzione giudiziaria e funzione esecutiva, ovvero con la comparsa di corti e organi amministrativi, non solo si approda ad un'applicazione del diritto completamente centralizzata, ma si raggiunge anche il tipo statale di ordinamento giuridico. In tal senso, infatti, Kelsen sostiene che «una comunità giuridica che dispone di un'amministrazione e di corti è uno Stato, mentre un organo centrale di legislazione non è un requisito essenziale di uno Stato»¹¹⁷. In ultima istanza, quindi, occorre

¹¹² Ivi, p. 138.

¹¹³ *Ibidem*.

¹¹⁴ Ivi, p. 139.

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ *Ibidem*.

¹¹⁷ *Ibidem*.

la centralizzazione della funzione legislativa che consiste essenzialmente nell'attribuzione del potere di creare norme giuridiche a uno o più organi specifici. Pur riconoscendo che «il diritto consuetudinario costituisce una parte importante dell'ordinamento giuridico, anche nelle comunità altamente sviluppate da un punto di vista tecnico»¹¹⁸, Kelsen intende la centralizzazione della funzione giudiziaria come processo che porta con sé una perdita di rilevanza della consuetudine quale metodo decentrato di creazione delle norme giuridiche. Infatti, a proposito della centralizzazione della funzione legislativa, intesa come passaggio dal diritto consuetudinario al diritto "statuito" da qualche organo specificamente autorizzato a creare norme giuridiche, in *Centralization and Decentralization*, Kelsen scrive:

La differenza tra diritto consuetudinario e diritto "statuito" consiste nel fatto che quest'ultimo è creato da un organo specifico, autorizzato alla creazione di norme giuridiche. È il principio della divisione del lavoro che caratterizza il progresso che dalla creazione del diritto per via consuetudinaria conduce alla creazione del diritto per "statuizione". E lo sviluppo di organi specifici secondo il principio della divisione del lavoro significa sempre una certa centralizzazione della comunità in senso dinamico.¹¹⁹

Virando per un momento in direzione delle riflessioni kelseniane relative alla democrazia¹²⁰ – in particolar modo, con riferimento alla seconda versione, datata 1929, del famoso scritto *Vom Wesen und Wert der Demokratie*¹²¹ – val la pena di ricordare, a questo punto, che per Kelsen «si può effettivamente considerare la tendenza alla forma democratica come tendenza evolutiva generale degli Stati moderni»¹²²: inclinazione che «implica nello stesso tempo quella particolare differenziazione degli organi che ha già cercato di esprimersi nella teoria della separazione dei poteri»¹²³. Tale tendenza evolutiva degli Stati moderni in direzione di forme di governo democratiche risulta, secondo Kelsen, dal fatto che «la natura stessa, nell'esigenza di libertà, si ribella alla società»¹²⁴, ovvero dal «sentimento primitivo» di repulsione che l'essere umano nutre nei confronti di qualsivoglia forma di coercizione, «contro il tormento

¹¹⁸ Ivi, p. 138.

¹¹⁹ Trad mia: « The difference between customary and statutory law consists in the fact that the latter is created by a special organ authorized for the creation of law. It is the principle of the division of labor which characterizes the progress from the customary to the statutory creation of law. And the development of organs functioning according to the principle of the division of labor always signifies a certain centralization of the community in the dynamic sense» (H. Kelsen, *Centralization and Decentralization*, cit., p. 18).

¹²⁰ Per un approfondimento relativo alle metamorfosi del volume italiano di Hans Kelsen sulla democrazia, rimando a M. G. Losano, *Nota bibliografica. La metamorfosi dal 1955 al 2010 del volume italiano di Kelsen sulla democrazia*, in H. Kelsen & A. Volpicelli, *Parlamentarismo, democrazia e corporativismo*, Torino, Nino Aragno Editore, 2012, pp. 81-94.

¹²¹ H. Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 1929: trad it, *Essenza e valore della democrazia*, in H. Kelsen, *La democrazia*, Bologna, Il Mulino, 1995.

¹²² Ivi, p. 129.

¹²³ *Ibidem*.

¹²⁴ Ivi, p. 45.

dell'eteronomia»¹²⁵. Solo la democrazia – che, «dato il concetto dinamico di centralizzazione e decentramento, può essere caratterizzata come metodo decentrato di creazione delle norme»¹²⁶ – può dare soddisfazione, seppur parzialmente con il parlamentarismo, alla naturale esigenza di libertà degli esseri umani, ovvero rendere per loro tollerabile un ordine coercitivo centralizzato come quello che si realizza con forme statali di ordinamento giuridico. In tal senso, allora, Kelsen per un verso sostiene che «il parlamentarismo si presenta come un compromesso fra l'esigenza democratica di libertà e il principio – causa di differenziazione e condizionante ogni progresso tecnico sociale – della distribuzione del lavoro»¹²⁷; d'altra parte, conseguentemente, egli conclude che «la democrazia è il punto di equilibrio verso il quale il pendolo politico, oscillante a destra e a sinistra, dovrà sempre ritornare»¹²⁸. Nella prospettiva kelseniana, dunque, al movimento caratterizzante lo sviluppo degli ordinamenti giuridici – consistente in un una sempre maggiore centralizzazione delle funzioni del diritto e culminante nella nascita dello Stato – pare contrapporsi, in seconda battuta, un movimento in senso contrario che, in direzione di un parziale decentramento dinamico degli organi ormai centralizzati, si concretizza nella forma di governo democratica e nella separazione dei poteri: il primo movimento rispondente alla necessità di assicurare una convivenza pacifica, il secondo invece alla necessità di dare parziale soddisfazione all'umana esigenza di libertà¹²⁹.

Un approfondimento ulteriore di questo pur interessante aspetto della riflessione kelseniana concernente la democrazia porterebbe la presente ricerca troppo lontano rispetto ai suoi propositi specifici. Infatti, ai fini del discorso a venire, rileva unicamente la teoria evolutiva del diritto esposta da Kelsen in opere come *Law and Peace in International Relations* e *The Law as a Specific Social Technique*, che conviene, quindi, ricapitolare brevemente prima di procedere oltre. In sintesi, l'evoluzione macrostorica che conduce dal diritto primitivo al diritto statale moderno si configura, per Kelsen, come un processo di progressiva centralizzazione delle funzioni del diritto, caratterizzato dal fatto che la funzione giudiziaria è la prima ad essere

¹²⁵ *Ibidem*.

¹²⁶ Trad. mia dall'originale inglese: «Given the dynamic concept of centralization and decentralization, may be characterized as a decentralized method of creating norms» (H. Kelsen, *Centralization and Decentralization*, cit., p. 17).

¹²⁷ H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia*, cit. p. 76.

¹²⁸ *Ivi*. p. 115.

¹²⁹ Nel discorso kelseniano relativo alla tendenza naturale degli Stati ad assumere forma democratica è possibile individuare una valida risposta alle preoccupazioni di José Gil concernenti la tendenza altrettanto naturale dello Stato ad espandersi a dismisura fino a minacciare l'individualità dei soggetti che vi si affidano. In altri termini, si può pensare all'inclinazione ad un assetto di governo democratico come rimedio "naturale" alla tendenza degli Stati, riconosciuta tanto da Gil quanto da Kelsen, di espandere il proprio potere a dismisura a scapito degli individui.

centralizzata tramite la comparsa di corti o, più in generale, autorità giudiziarie. Segue, dunque, la centralizzazione della funzione esecutiva che implica una concentrazione degli strumenti di potere nelle mani di un organo di tipo amministrativo. Occorre, infine, la comparsa di organi legislativi, i quali però non sono elemento essenziale affinché si possa parlare di ordinamento giuridico statale.

3.4.2. *Una versione moderata di evoluzionismo unilineare*

Preso in esame l'interpretazione kelseniana del processo che conduce alle configurazioni statali di ordinamento giuridico, diviene necessario mettere in evidenza come Kelsen, arrivando a generalizzare la sequenza di evoluzione macrostorica individuata, paia farsi portavoce, benché con poche e fugaci battute, di un evoluzionismo unilineare non dissimile da quello proposto dagli antropologi evoluzionisti nel XIX secolo. Infatti, Kelsen sembra non volersi limitare – come invece esplicitamente Weber e Vinogradoff – a render conto delle sequenze di evoluzione macrostorica caratterizzanti il percorso che ha condotto alle configurazioni statali del fenomeno giuridico tipiche del mondo occidentale, pretendendo piuttosto di presentare la sequenza evolutiva individuata come universale, caratterizzante l'evoluzione macrostorica di tutti gli ordinamenti giuridici. In tal senso, ad esempio, in *Law and Peace in International Relations*, Kelsen scrive:

La storia insegna che l'evoluzione procede *ovunque* dalla vendetta di sangue all'istituzione di corti e allo sviluppo di un potere esecutivo centralizzato; cioè verso una centralizzazione progressivamente crescente dell'ordinamento sociale coercitivo.¹³⁰

Poche pagine più avanti, in un paragrafo dal titolo *The Law of Evolution*, Kelsen ritorna in maniera ancora più netta e articolata a farsi portavoce della possibilità di generalizzare le sue conclusioni concernenti l'evoluzione macrostorica degli ordinamenti giuridici:

Il fatto che l'applicazione del diritto sia centralizzata molto prima della sua creazione è della massima importanza. Ciò sembra manifestare una certa regolarità di evoluzione, che ha la sua origine nella natura sociologica, e in particolare in quella socio-psicologica, del diritto [...] Esiste forse nel campo sociale una qualche analogia con il fenomeno chiamato legge biogenetica, cioè la legge secondo la quale l'embrione umano nel ventre materno passa per gli stessi stati attraverso i quali è passato l'uomo come specie, nel processo di evoluzione da uno stadio di vita inferiore ad uno stato di vita superiore.¹³¹

¹³⁰ Ivi, p. 51.

¹³¹ Ivi, p. 140.

Come emerge dalla citazione riportata, nel procedere alla generalizzazione delle proprie conclusioni relative all'evoluzione macrostorica degli ordinamenti giuridici, Kelsen – al pari di Maine e altri antropologi evolucionisti – è guidato dal concetto di evoluzione (come sviluppo) tipico dell'embriologia del XIX secolo. In particolare, come Kelsen stesso chiarisce in un poco noto articolo del 1935, dal titolo *International Order and the Legal Process*¹³², è la teoria embriologica del biologo tedesco Ernst Haeckel ad essere per lui d'ispirazione. Riferendosi all'evoluzione del diritto internazionale, in questo articolo del 1935, Kelsen scrive:

Ammesso che sia consentito tracciare analogie tra la sfera del diritto e quella della natura, al fine di stabilire un parallelo tra lo sviluppo della comunità giuridica nella storia culturale e sociale del genere umano con lo sviluppo dell'essere umano stesso, forse possiamo postulare che il cosiddetto principio fondamentale di biogenesi, caratterizzante appunto lo sviluppo dell'essere umano, trovi, in un certo senso, la sua applicazione anche per quel che riguarda lo sviluppo del diritto pubblico. Il principio di biogenesi, formulato dal famoso biologo Ernst Haeckel, afferma, come noto, che il singolo essere umano individuale attraversa, nelle fasi embrionali, tutte le fasi di evoluzione che ha attraversato l'intera razza umana fino ad ora. Nella sfera del diritto il processo si svolgerebbe però al contrario: l'intera comunità vincolata dal diritto internazionale, per superare la condizione embrionale in cui oggi versa, deve passare attraverso tutte le fasi da cui è passata ogni singola comunità statale.¹³³

Alla luce di quanto detto finora, sembrerebbe possibile concludere che Kelsen sia un sostenitore convinto dell'evoluzionismo unilineare. Una tale conclusione, tuttavia, è tutt'altro che pacifica. Infatti, Kelsen stesso procede a relativizzare il senso della generalizzazione proposta, chiarendo, in *Law and Peace in International Relations*, che «le leggi che determinano l'evoluzione sociale non sono così rigorose come quelle biologiche e fisiologiche»¹³⁴ e, di conseguenza, che non possono essere escluse linee di sviluppo degli ordinamenti giuridici differenti da quelle da lui individuate. Tale variabilità dei percorsi di evoluzione macrostoria degli ordinamenti giuridici, continua Kelsen, è riconducibile al fatto che «la volontà umana diretta a un determinato fine è in grado di modellare la vita sociale in modo arbitrario, seppur

¹³² H. Kelsen, *International Order and The Legal Process*, 1935, in G. O. Mazur (a cura di) *Twenty-five Year Commemoration to the Life of Hans Kelsen*, New York, Semenenko Foundation, 1999.

¹³³ Trad. mia dall'originale inglese: «If we may be allowed to draw analogies in the sphere of law from that of nature, to establish a parallel between the development of the legal community of mankind with the development of man himself, subject as he is to the so-called fundamental law of biogenesis, we may, perhaps, postulate that this law, in a certain sense, finds its application no less in the development of public right. That law as formulated by the famous biologist Ernst Haeckel says, as we know, that the individual human being, as an embryo, passes through all the stages of evolution that the whole human race has up to now passed through. In the sphere of law it is the other way round, here, as is appropriate to the species, the entire community bound by international law has to pass through all the stages of the individual State-community has passed through, to reach the embryonic condition in which it still is today» (H. Kelsen, *International Order and The Legal Process*, cit., p. 170).

¹³⁴ H. Kelsen, *Diritto e pace nelle relazioni internazionali*, cit. p. 142.

solo entro certi limiti»¹³⁵. Una avvertenza simile è proposta anche nel precedente saggio *International Order and the Legal Process*, quando Kelsen chiarisce che «non bisogna trascurare la differenza tra l'evoluzione naturale che è completamente indipendente dalla volontà arbitraria dell'uomo e il progresso tecnico dell'istituzioni sociali, le quali devono la loro esistenza allo spirito degli uomini e alla loro tendenza all'azione»¹³⁶.

Ma, al di là di tali esplicite avvertenze, che Kelsen non possa essere considerato sostenitore di un radicale evoluzionismo unilineare emerge anche tenendo a mente il fatto che egli è fautore di una teoria relativistica della giustizia e della morale¹³⁷, la quale – in tutta la sua complessità – consta anche di argomenti profondamente affini al relativismo culturale contrapposto da Franz Boas alle teorie degli antropologi evoluzionisti del XIX secolo. In che senso, la teoria relativistica della giustizia e della morale rappresenti un freno all'accettazione incondizionata della tesi dell'evoluzionismo unilineare, è Kelsen stesso a chiarirlo nella prima lezione di un corso dedicato alle origini degli istituti giuridici, tenuto alla *Berkeley University of California* nel 1951, presso la facoltà di Scienze Politiche¹³⁸. In queste lezioni – ancora inedite, ma consultabili presso l'*Hans Kelsen Institut* di Vienna¹³⁹ – Kelsen torna a confrontarsi con esponenti dell'antropologia evoluzionistica del XIX secolo come Maine, Bachofen, Morgan, Tylor ed Engels, le cui teorie aveva già dimostrato di conoscere e padroneggiare in *Society and Nature*. Nel corso delle lezioni del 1951, Kelsen provvede più che altro ad un'esposizione degli sviluppi del dibattito tardo ottocentesco – sorto a seguito della pubblicazione di *Ancient Law* di Maine nel 1861 – relativo alle origini di istituti giuridici come la proprietà e la famiglia (il matrimonio).

¹³⁵ *Ibidem*.

¹³⁶ Trad. mia dall'originale inglese: «One must not overlook the difference between a development which is natural and fully independent of the arbitrary will of man and the technical progress of social institution, owing their existence to the spirit and the active impulsion of men» (H. Kelsen, *International Order and The Legal Process*, cit., p. 170).

¹³⁷ Per un'analisi delle varie sfaccettature e della complessa articolazione della teoria relativistica della giustizia e della morale di Kelsen, si rimanda a S. Sammarco, *Giustizia e morale: relativismi kelseniani*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2/2018, pp. 351-380. Per una panoramica degli scritti originali e delle traduzioni italiane delle opere che Hans Kelsen ha dedicato al problema della giustizia, si rimanda a M. G. Losano, *Opere di Hans Kelsen sulla giustizia*, in H. Kelsen, *Il problema della giustizia*, Torino, Giulio Einaudi Editore, 2000, pp. XLIII-XLVII. Per un approfondimento sulla posizione di Kelsen in merito al problema del rapporto tra diritto, scienza giuridica e morale, nonché per render conto delle critiche rivolte a tale versante della riflessione kelseniana, si rimanda invece all'ormai classico articolo di N. Bobbio, *La teoria pura del diritto e i suoi critici*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1954, 2, pp. 356-377 (rist. in N. Bobbio, *Studi sulla teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1955, pp. 145-162), nonché al saggio di M. G. Losano, *Introduzione*, in H. Kelsen, *Il problema della giustizia*, op. cit., pp. XV-XLII.

¹³⁸ È al professor Paolo Di Lucia e al professor Lorenzo Passerini Glazel che si deve la segnalazione all'*Hans Kelsen Institut* della reperibilità, presso gli archivi della Berkeley University of California, della trascrizione dell'intero corso kelseniano del 1951 intitolato *Origins of Legal Institutions*.

¹³⁹ H. Kelsen, *Origins of Legal Institutions*, 1951, in «Archiv des Hans Kelsen Instituts», collocazione: 11.a1.45.

Pur sottolineando talvolta limiti e contraddizioni di alcune di queste teorie, Kelsen perlopiù evita di prendere decisamente posizione a favore di soluzioni definitive circa le origini di istituti come proprietà e matrimonio. Nella prima di queste lezioni, come accennato, Kelsen dimostra consapevolezza delle problematiche intrinseche a quelle teorie evolutive del diritto che pretendono di individuare sequenze di evoluzione macrostorica che siano universali, prendendo peraltro le distanze dalla tipica retorica del progresso ad esse sottese proprio in virtù di una visione relativistica della morale e della cultura¹⁴⁰. In tal senso, Kelsen sostiene:

Per risalire alle origini della proprietà, del matrimonio e del governo – sempre ammesso che ciò sia possibile – è inevitabile volgere l'attenzione alle condizioni sociali e alle idee dei popoli che sono ancora in una fase di cultura relativamente primitiva o che lo erano prima di entrare in contatto con i rappresentanti delle nazioni civili. Tale impostazione di ricerca vale, tuttavia, solo in base ad un assunto che durante il diciannovesimo secolo, a ragione dell'influsso della teoria dell'evoluzione, era considerato pressoché autoevidente, ma che oggi è molto discusso, ovvero l'assunto che i popoli civili siano passati attraverso uno stadio di civiltà che, nel complesso, corrisponderebbe a quello dei popoli primitivi del nostro tempo. È certamente frutto di una semplificazione eccessiva quella teoria evolutiva secondo la quale esiste un'evoluzione uniforme dell'intera umanità (o persino dell'intero universo) e per la quale ogni circostanza sociale che si ritrova oggi ai più alti livelli di civilizzazione si sarebbe sviluppata attraverso una serie di stadi di sviluppo transitori. L'idea di evoluzione implica quella di progresso e, a sua volta, l'idea del progresso presuppone un giudizio di valore, poiché progresso significa sempre un movimento da una fase inferiore a una più alta di civiltà. Tuttavia, i giudizi di valore hanno un carattere soggettivo e ciò che appare come progresso stando ad un certo sistema di valori, può essere considerato, dal punto di vista di un altro sistema, come un regresso.¹⁴¹

¹⁴⁰ È innegabile che alla teoria evolutiva del diritto elaborata da Kelsen sia sottesa l'idea che le configurazioni statali di ordinamento giuridico siano una sorta di progresso verso il meglio rispetto alle configurazioni primitive degli ordinamenti giuridici. È tuttavia altrettanto innegabile che in Kelsen non v'è traccia alcuna di progressismo morale o culturale. Per Kelsen, infatti, attraverso il passaggio da ordinamenti giuridici primitivi a ordinamenti giuridici statali v'è solo un miglioramento tecnico-giuridico, non un progresso di ordine morale o culturale.

¹⁴¹ Trad. mia dall'originale inglese: «If it is possible at all to find the origins of property, marriage and government it is only by a study of the social conditions and ideas of peoples which are still, or have been at the time they came in contact with representatives of civilized nations, in a relatively primitive stage of culture. This holds, however, only under a presupposition which during the nineteenth century, due to the influence of the doctrine of evolution, was considered to be most self-evident, but which today is very much discussed; it is the presupposition that the civilized peoples, too, have passed through a stage of civilization which, by and large, corresponds to that of the primitives of our time. The evolutionary doctrine that there is a uniform evolution of the whole mankind, or even the whole universe, and that every social condition now found in higher civilization must have developed from some condition far removed from it through a series of transitional stages, is certainly too far-going a simplification. The idea of evolution implies that of progress, and the idea of progress presupposes a value judgment, since progress means a movement from a lower to a higher stage of civilization a movement from a lower to a higher stage of civilization. Value judgments have a subjective character, and what appears from the point of view of one system values as a progress may be considered, from the point of view of another system, a regression» (H. Kelsen, *Origins of Legal Institutions*, 1951, cit., p. 1)

A fronte delle avvertenze kelseniane e alla luce di quanto affermato ad apertura del corso dedicato alle origini degli istituti giuridici, si ritiene sensato concludere che a Kelsen possa essere attribuita solo una versione decisamente moderata di evolucionismo unilineare, in virtù della quale egli pretende non di indicare sequenze evolutive costanti e universali di evoluzione macrostorica del fenomeno giuridico, ma solo di mettere in evidenza una *tendenza* evolutiva che, in fin dei conti, può anche non essere confermata dalla realtà storica dei concreti ordinamenti giuridici. Inoltre, come si avrà modo di valutare nei paragrafi a venire, l'affermazione di una tale tendenza generale degli ordinamenti giuridici ad evolvere in direzione di una sempre maggiore centralizzazione risponde, nella teoria di Kelsen, anche ad esigenze pratico-politiche, ovvero alla volontà di promuovere, tramite argomenti storico-evolutivi, una specifica riforma del diritto internazionale che egli ritiene essenziale per la pacificazione delle relazioni interstatali.

3.5. Il futuro dell'ordinamento giuridico internazionale

3.5.1. L'ordinamento giuridico internazionale come ordinamento giuridico primitivo

Prima di procedere con l'analisi delle tesi kelseniane concernenti l'evoluzione del diritto internazionale, è necessaria una premessa relativa alle riflessioni che Kelsen propone in riferimento a natura e struttura "primitiva" dell'ordinamento internazionale del suo tempo. Come si è già avuto modo di sottolineare, a parere di Kelsen, l'ordinamento internazionale condivide numerose caratteristiche (e forse sarebbe meglio dire: carenze) tecniche con gli ordinamenti giuridici primitivi, motivo per il quale l'analisi della struttura di questi ultimi trova largo spazio in *Law and Peace in International Relations*. Il riferimento agli ordinamenti primitivi, in particolare, consente a Kelsen di connotare come propriamente giuridico l'ordinamento internazionale. In tal senso, dopo aver affermato che gli ordinamenti primitivi possono essere considerati giuridici in quanto presentano meccanismi sanzionatori del genere della vendetta – che si configura sempre come sanzione socialmente organizzata – Kelsen sostiene che, similmente, anche l'ordinamento internazionale può essere considerato come propriamente giuridico, nonostante le numerose carenze tecniche derivanti dalla sua struttura decentrata. Infatti, le guerre che gli Stati intraprendono, così come le vendette dei primitivi, possono essere considerate sanzioni socialmente organizzate in reazione ad illeciti e, conseguentemente, gli Stati stessi, così come i vendicatori primitivi, possono essere considerati agenti o rappresentanti della comunità giuridica. A proposito del carattere propriamente giuridico del diritto

internazionale come ordinamento che, nonostante tutto, crea un monopolio dell'uso della forza da parte della comunità, Kelsen afferma:

Il diritto internazionale può essere considerato come autentico diritto, dal momento che può essere considerato come un ordinamento coercitivo che riserva l'uso della forza alla comunità internazionale, che stabilisce un monopolio dell'uso della forza [...]. Si può affermare che uno Stato, il quale autorizzato dal diritto internazionale, applichi contro un altro Stato, che ha violato tale diritto, la sanzione da questo disposta – in altre parole ricorra alla rappresaglia o muova guerra – agisca come un organo della comunità internazionale. Altrimenti detto, è la stessa comunità giuridica internazionale che reagisce contro colui il quale abbia violato il diritto, per mezzo dello Stato che ricorre alla rappresaglia o muove una guerra.¹⁴²

Sebbene, in base all'analogia con l'ordinamento giuridico primitivo, Kelsen arrivi ad affermare perentoriamente la giuridicità dell'ordinamento internazionale, in realtà egli esprime esplicitamente un dubbio circa la possibilità di una configurazione della guerra come sanzione socialmente organizzata e, conseguentemente, circa il carattere propriamente giuridico dell'ordinamento internazionale. Tale dubbio viene esplicitato nella sua riflessione sulla validità giuridica, nella comunità internazionale, del principio del *bellum iustum*, per il quale «la guerra è proibita in linea di principio e permessa solo come reazione nei confronti di un atto antiggiuridico, un illecito, e solo quando è diretta contro lo Stato responsabile per questo illecito»¹⁴³. Kelsen ritiene impossibile, dal punto di vista teorico, stabilire in maniera definitiva se sia corretta la teoria del *bellum iustum* o la teoria contraria di quanti ritengono che la guerra non è né un illecito né una sanzione e che «ogni Stato può procedere alla guerra contro un altro Stato per qualsiasi motivo, senza violare il diritto internazionale»¹⁴⁴.

Pur essendo convinto di non poter arrivare ad una dimostrazione definitiva della validità giuridica del principio del *bellum iustum*, Kelsen non si sottrae al compito di proporre argomenti che dimostrino come sia quantomeno possibile, sebbene non necessario, considerare tale principio come giuridicamente vigente nella comunità internazionale. A tal fine, volgendo sociologicamente alla dimensione dell'essere, Kelsen considera il generale comportamento dei governi che tentano sempre di giustificare la propria decisione di muovere guerra ponendola come contro-guerra, ossia come reazione per un torto subito. Inoltre, invita a porre attenzione a quei documenti di diritto positivo internazionale (ad esempio, il Patto Briand-Kellogg) che prescrivono la guerra sia sempre da condannarsi come illecito, meno che nei determinati casi

¹⁴² H. Kelsen, *Diritto e pace nelle relazioni internazionali*, cit. pp. 57-58.

¹⁴³ Ivi, p. 36.

¹⁴⁴ Ivi, p. 36.

in cui essa sia posta come sanzione: documentazioni diplomatiche e, soprattutto, dichiarazioni di guerra e trattati tra gli Stati che mostrano chiaramente che «i diversi Stati considerano la guerra un atto antiggiuridico, proibito in linea di principio dal diritto internazionale generale, e permesso solo come reazione nei confronti di un torto subito»¹⁴⁵. Nonostante tutti questi dati storici, empirici e fattuali, Kelsen conclude che, da un punto di vista teorico, è unicamente possibile, sebbene non necessario, considerare come giuridico il principio del *bellum iustum*. Proprio perché, da un punto di vista teorico, la validità giuridica del principio del *bellum iustum* può essere assunta solo come una delle possibili ipotesi interpretative della realtà internazionale, allora Kelsen è costretto ad ammettere che «non è una decisione scientifica, ma politica, che dà preferenza alla teoria del *bellum iustum*»¹⁴⁶. Tale preferenza è, infatti, accordata perché necessaria al riconoscimento della giuridicità dell'ordinamento internazionale: riconoscimento che Kelsen ritiene condizione essenziale per convalidare il progetto di riforma politica che egli intende proporre per la pacificazione delle relazioni internazionali.

In *Law and Peace in International Relations*, dopo aver esaminato a fondo l'autotutela come elemento caratterizzante sia l'ordinamento giuridico primitivo sia quello internazionale, Kelsen mette in luce altre carenze tecniche comuni. In primo luogo, osserva che l'ordinamento giuridico internazionale, così come quello primitivo, nell'applicare le sanzioni, non si fonda sul principio della responsabilità individuale, ma sul principio della responsabilità collettiva, in quanto «le specifiche sanzioni mediante le quali il dovere internazionale è costituito –la rappresaglia e la guerra– sono dirette contro uomini determinati non individualmente ma collettivamente»¹⁴⁷. Tale carenza del diritto internazionale è considerata da Kelsen una delle più gravi e, proprio per questa ragione, dedica l'intera seconda parte di *Peace Through Law*¹⁴⁸ del 1944 a mettere in evidenza la necessità di una valorizzazione della responsabilità individuale nella comunità internazionale.

Nell'ordinamento giuridico primitivo, come già osservato, all'applicazione delle sanzioni in base al principio della responsabilità collettiva si collega, quasi inevitabilmente, il fatto che le sanzioni sono eseguite non in base al principio della responsabilità basata sulla colpa, ma in base al principio della responsabilità oggettiva. Kelsen osserva che «anche sotto questo aspetto, il

¹⁴⁵ Ivi, p. 38.

¹⁴⁶ Ivi, p. 54.

¹⁴⁷ Ivi, p. 97.

¹⁴⁸ H. Kelsen, *Peace through Law*, 1944; trad it, *La pace attraverso il diritto*. Torino, Giappichelli, 1990

diritto internazionale appare come un ordinamento giuridico primitivo»¹⁴⁹ in quanto «né l'intenzione né la negligenza costituiscono un elemento essenziale dell'illecito di diritto internazionale»¹⁵⁰. Infine, Kelsen evidenzia come tanto il diritto primitivo quanto il diritto internazionale siano tecnicamente carenti perché non presentano un'adeguata differenziazione tra diversi gradi di sanzione, ovvero in quanto non si fondano sul principio di equivalenza tra illecito e sanzione e non stabiliscono alcuna differenziazione tra pena ed esecuzione forzata.

Alla luce di queste caratteristiche comuni, Kelsen arriva a sostenere che «nei suoi aspetti tecnici, il diritto internazionale generale è un diritto primitivo»¹⁵¹ e conclude che se, a ragione delle sue carenze tecniche, lo si deve ritenere ben diverso dal moderno diritto statale, d'altra parte non si può negare la giuridicità perché esso condivide con il diritto nazionale l'elemento essenziale che consente di connotare come giuridico un ordinamento sociale, ovvero l'ammissione dell'uso della forza solo come sanzione messa in atto dalla comunità:

Se il diritto internazionale può essere considerato come un ordinamento che monopolizza l'uso della forza – e questo è il caso, come abbiamo visto – allora esso è simile al diritto nazionale su un punto decisivo. Se ci si trattiene dal considerare il diritto internazionale come autentico diritto, solo perché esso non è centralizzato allo stesso grado del diritto nazionale, essendo decentrata non solo la creazione, ma anche l'applicazione delle sue norme, si fa una distinzione di rilevanza tecnica, ma non si tratta di una distinzione essenziale.¹⁵²

3.5.2. *L'evoluzione dell'ordinamento giuridico internazionale*

Bisogna ora considerare come, in *Law and Peace in International Relations*, proprio sulla base della teoria evolutiva del diritto precedentemente elaborata e delle riflessioni relative alla natura "primitiva" dell'ordinamento giuridico internazionale, Kelsen arrivi a proporre alcune ipotesi concernenti il futuro del diritto internazionale stesso. In particolare, Kelsen ritiene possibile «presumere con un certo grado di probabilità che lo sviluppo del diritto internazionale abbia le stesse tendenze di quello del diritto nazionale»¹⁵³, ovvero che l'ordinamento giuridico internazionale sia destinato a svilupparsi secondo le medesime sequenze di evoluzione macrostorica riscontrate analizzando il processo tipico che da ordinamenti giuridici primitivi conduce a ordinamenti giuridici statali. Posto che primo *step* dell'evoluzione dell'ordinamento

¹⁴⁹ Ivi. p. 98.

¹⁵⁰ Ivi, pp. 98-99.

¹⁵¹ Ivi. p. 42.

¹⁵² Ivi. p. 61-62.

¹⁵³ Ivi. p. 140.

giuridico primitivo è la centralizzazione della funzione giudiziaria e posto che l'ordinamento giuridico internazionale è, proprio come quello primitivo, pressoché totalmente decentrato, Kelsen ritiene possibile ipotizzare che anche nel caso dell'ordinamento giuridico internazionale possa occorrere uno sviluppo in cui la prima funzione ad essere centralizzata sia quella giudiziaria, secondo un processo culminante nell'istituzione di una *Corte Permanente di Giustizia Internazionale* avente giurisdizione obbligatoria per il maggior numero possibile di Stati. Per dimostrare la validità di una tale ipotesi circa l'evoluzione a venire del diritto internazionale, Kelsen invita a porre attenzione al fatto che la funzione giudiziaria sembra assumere rilevanza sempre maggiore nella comunità internazionale del suo tempo. In tal senso, continua Kelsen, è sufficiente osservare la diffusione di tribunali internazionali speciali, istituiti tramite particolari trattati al fine di risolvere specifici conflitti. Kelsen sostiene:

Così, forse, il diritto della comunità universale, quello internazionale, deve passare attraverso la stessa evoluzione per la quale è già passato il diritto della comunità parziale, quello nazionale. Di fatto, le prime comunità organizzate di diritto internazionale, le prime unioni di Stati relativamente centralizzate, sono organizzazioni la cui funzione è quella di risolvere conflitti. I primi organi centrali nella vita internazionale sono tribunali internazionali, istituiti mediante trattati internazionali. La funzione di questi tribunali è limitata all'accertamento dei fatti condizionanti, alla decisione se in un concreto caso il diritto di uno Stato sia stato violato o meno da un altro Stato. Le decisioni di queste corti non sono eseguite da un potere esecutivo centrale [...]. Di regola, la corte internazionale non è competente a decidere tutte le controversie che possono insorgere tra le parti contraenti; la sua competenza è solitamente ristretta ad alcune controversie, esattamente determinate dal trattato di arbitrato, e questo trattato normalmente è valido per un periodo limitato di tempo. Questi fatti mostrano chiaramente che il diritto della comunità inter-statale si sviluppa nella stessa direzione percorsa dal diritto primitivo della comunità pre-statale.¹⁵⁴

Ciò che risulta ora necessario mettere in evidenza è che – asserendo sulla base della propria teoria evolutiva del diritto e di valutazioni sociologiche concernenti le relazioni interstatali del suo tempo che «l'evoluzione naturale tende a un potere giudiziario internazionale»¹⁵⁵ – Kelsen pretende di fornire conferma ulteriore – sul piano storico-evolutivo – della legittimità di quel progetto di riforma del diritto internazionale che egli ritiene essenziale per la pacificazione delle relazioni interstatali. Nucleo essenziale di tale progetto è, appunto, la proposta di istituire una *Corte Permanente di Giustizia Internazionale* avente giurisdizione obbligatoria sul maggior

¹⁵⁴ Ivi, pp. 140-141.

¹⁵⁵ Ivi, p. 141.

numero possibile di Stati. In *Peace through Law*¹⁵⁶ – opera del 1944 che può essere considerata prosecuzione di *Law and Peace in International Relations*¹⁵⁷ – Kelsen scrive:

Il passo su cui i nostri sforzi devono essere concentrati è quello di pervenire ad un trattato internazionale concluso dal maggior numero possibile di Stati vincitori o vinti che istituisca una Corte internazionale titolare di una giurisdizione obbligatoria. Questo significa che tutti gli Stati della Lega costituita in questo trattato dovrebbero essere obbligati a rinunciare alla guerra e alle rappresaglie come strumenti di regolazione dei conflitti, a sottoporre tutte le controversie senza eccezione alla decisione della Corte e ad applicare fedelmente le sue decisioni.¹⁵⁸

Posto che la pace – tanto quella interindividuale nella comunità nazionale, quanto la pace interstatale nella comunità internazionale – è condizione che può essere garantita solo attraverso il diritto, Kelsen propone l'istituzione di una *Corte Permanente di Giustizia Internazionale* come specifica soluzione per la pacificazione delle relazioni interstatali per una serie di ragioni, la prima delle quali è di natura politica e risponde ad una valutazione realistica della situazione internazionale vigente al suo tempo. Infatti, in linea di principio, Kelsen riconosce che «lo Stato moderno è il più perfetto tipo di ordinamento sociale nello stabilire un monopolio della forza da parte della comunità»¹⁵⁹ e, di conseguenza, afferma che la soluzione migliore per garantire la pace internazionale sarebbe «unire tutti i singoli Stati, o almeno tanti quanto sia possibile, in uno Stato mondiale, concentrare tutti i loro strumenti di potere, le loro forze armate e porli a disposizione di un governo mondiale sottoposto a leggi varate da un parlamento mondiale»¹⁶⁰. D'altra parte, realisticamente, Kelsen dichiara che «la realizzazione di questa idea, comunque, si trova di fronte a serie e, almeno nel presente, insormontabili difficoltà»¹⁶¹, la più rilevante delle quali consiste nel fatto che i singoli Stati, pur favorevoli a stipulare il patto fondativo di uno Stato mondiale, non sarebbero poi, nel concreto, disposti a rinunciare alla propria sovranità e a sottomettersi a un organismo politico superiore. La proposta di istituire un tribunale internazionale a giurisdizione obbligatoria al fine di garantire

¹⁵⁶ H. Kelsen, *Peace through Law*, 1944; trad it, *La pace attraverso il diritto*. Torino, Giappichelli, 1990.

¹⁵⁷ Tra *Law and Peace in International Relations* e *Peace Through Law* sussiste un evidente rapporto di interdipendenza e complementarità. Infatti, in *Law and Peace in International Relations*, Kelsen si dedica principalmente al problema teorico di comprendere la natura e la struttura del diritto internazionale, relegando l'esposizione del suo progetto per la pacificazione delle relazioni internazionali all'ultima delle sei lezioni di cui si compone il testo. In *Peace Through Law*, viceversa, dopo aver ripreso rapidamente le conclusioni teoriche raggiunte nel testo del 1942, Kelsen si dedica alla descrizione dettagliata del suo progetto per la pace, aggiungendo importanti riflessioni sulla necessità di far valere la responsabilità soggettiva a livello internazionale.

¹⁵⁸ H. Kelsen, *La pace attraverso il diritto*, cit., p. 51.

¹⁵⁹ H. Kelsen, *Diritto e pace nelle relazioni internazionali*, cit., p. 42

¹⁶⁰ *Ibidem*

¹⁶¹ *Ivi*, p. 43.

la pace interstatale è riconducibile allora, innanzitutto, alla constatazione che «l'atteggiamento degli Stati nei confronti delle corti internazionali è completamente differente dal loro atteggiamento verso tutti gli altri organi internazionali»¹⁶², in quanto «gli Stati si sottomettono più facilmente ad una corte internazionale che a un governo internazionale»¹⁶³.

Tuttavia, non solo ragioni politiche, ma anche motivazioni di ordine tecnico-giuridico inducono Kelsen a sostenere che l'istituzione di una *Corte Permanente di Giustizia internazionale* sia il primo passo da compiere in direzione di una pacificazione delle relazioni interstatali. Infatti, Kelsen ritiene che la centralizzazione della funzione giudiziaria a livello internazionale consentirebbe l'affermazione di una situazione in cui tutti i conflitti sarebbero affrontati e risolti non più con un uso arbitrario della guerra da parte degli Stati coinvolti (soluzione *polemica* dei conflitti), ma con un uso regolato della guerra, basato sulle constatazioni oggettive di un ente giuridico terzo rispetto le parti in causa (soluzione *giuridica* dei conflitti). In altri termini, con la centralizzazione della funzione giudiziaria a livello internazionale, tramite l'istituzione della *Corte Permanente di Giustizia*, si arriverebbe a vincolare l'azione bellica degli Stati alle constatazioni oggettive di un ente terzo al di sopra delle parti, determinando così un effettivo monopolio della forza alla comunità internazionale. In tal senso, in *Peace through Law*, Kelsen scrive:

Un attento esame della natura delle relazioni internazionali e della specifica tecnica del diritto internazionale presenta una difficoltà di fondo per ogni sforzo di rendere pacifiche le relazioni tra Stati. Il fatto è che in caso di controversie tra Stati non esiste un'autorità accettata generalmente e obbligatoriamente come competente a regolare le controversie internazionali, cioè a rispondere imparzialmente alla domanda su quale delle parti in conflitto abbia ragione e quale torto [...] L'obiettivo esame e l'imparziale decisione della questione se la legge sia stata violata o meno è il passaggio più importante ed essenziale in ogni procedura legale. Finché non è possibile togliere agli Stati la prerogativa di risolvere la questione del diritto e trasferirla una volta per tutte ad una autorità imparziale, cioè ad una corte internazionale, ogni ulteriore progresso sulla strada della pacificazione del mondo è del tutto esclusa.¹⁶⁴

Appare, a questo punto, evidente come attraverso le tesi fondate sulla propria teoria evolutiva del diritto e concernenti l'evoluzione a venire del diritto internazionale, Kelsen arrivi ad addurre un nuovo argomento a favore di quel progetto per la pacificazione delle relazioni interstatali che era apparso il più efficace ed attuabile sia dal punto di vista tecnico – «è molto più

¹⁶² Ivi, p. 144.

¹⁶³ Ivi, p. 159.

¹⁶⁴ H. Kelsen, *La pace attraverso il diritto*, cit., pp. 50-51.

importante ottenere dagli Stati che rinuncino al diritto che essi posseggono di decidere da loro stessi se si è avuta una violazione del diritto, piuttosto che abolire il loro diritto di farsi giustizia da sé»¹⁶⁵ – sia dal punto di vista politico – «l’esperienza insegna che gli Stati si sottomettono più facilmente ad una corte internazionale che a un governo internazionale»¹⁶⁶. In altri termini, tanto motivazioni tecnico-giuridiche e politiche quanto motivazioni storico-evolutive consentono a Kelsen di affermare che «il primo passo verso una pace duratura deve essere la costruzione di una comunità internazionale, i cui membri siano obbligati a sottomettere tutte le controversie che insorgano tra loro a una corte internazionale permanente»¹⁶⁷, ovvero che «lo scopo principale deve essere assoggettare quanti più Stati è possibile all’autorità di una corte internazionale competente a decidere tutti i conflitti che insorgano tra loro»¹⁶⁸ in quanto, «finché tale obiettivo non sia stato raggiunto, non è possibile conseguire l’altro di portata molto più vasta, vale a dire la creazione di una comunità di Stati sottoposti a un’amministrazione centrale con un potere esecutivo centralizzato a sua disposizione, o ancora la creazione di uno Stato mondiale federale con amministrazione mondiale e potere legislativo mondiale»¹⁶⁹.

3.6. Hans Kelsen e la filosofia della storia

3.6.1.1. *Lo statuto epistemologico della filosofia della storia*

Obiettivo che ora ci si ripropone è di mettere in evidenza come tali tesi kelseniane concernenti il futuro del diritto internazionale e la pacificazione delle relazioni interstatali, nel loro essere fondate su una teoria evolutiva del diritto e su valutazioni di ordine sociologico, siano interpretabili come espressione di una filosofia della storia. A tal fine, come accennato, si ritiene essenziale l’analisi di un testo che, benché fondamentalmente ultimato, fu pubblicato postumo in quanto ritirato dalle stampe per volontà di Kelsen¹⁷⁰. Si tratta di *Secular Religion* in cui Kelsen

¹⁶⁵ H. Kelsen, *La technique du droit international et l’organisation de la paix*, in «Revue de droit international et de législation comparée», 1934 ; trad. it, *La tecnica del diritto e l’organizzazione della pace. La teoria del diritto davanti al problema del disarmo*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», LXXII/IV, 1995, pp. 284-285.

¹⁶⁶ H. Kelsen, *Diritto e pace nelle relazioni internazionali*, cit., p. 159.

¹⁶⁷ *Ibidem*.

¹⁶⁸ *Ivi*, p. 141.

¹⁶⁹ *Ivi*, p. 140.

¹⁷⁰ Sulla base della testimonianza di Rudolf A. Mètall, Paolo Di Lucia e Lorenzo Passerini Glazel, nella prefazione all’edizione italiana di *Secular Religion*, osservano acutamente che «Kelsen avrebbe ritirato il libro dalle stampe poiché non era più pienamente convinto della concezione della religione delineata in *Secular Religion*, concezione sulla quale era tornato a riflettere sollecitato dagli scritti di Bertrand Russel e Julian Huxley» (P. Di Lucia & L. Passerini Glazel, *Prefazione all’edizione italiana. Religione senza un Dio?*, in H. Kelsen, *Religione Secolare*, cit., p. XVII). Una tale decisione risponde però non solo a ragioni teoretiche, ma anche certamente alla volontà di Kelsen di fugare i sospetti relativi ad una sua adesione al marxismo. Infatti, negli Stati Uniti degli anni Cinquanta e Sessanta del XX secolo, destare il sospetto di simpatizzare con le tesi marxiste era fortemente pericoloso e, come si avrà modo di approfondire in seguito, Kelsen in *Secular Religion* proponeva non solo una valutazione positiva delle critiche di Marx alla religione, ma anche una difesa del valore scientifico della dottrina marxiana del progresso.

si scaglia contro il tentativo operato da diversi pensatori di «interpretare come teologia mascherata o snaturata, a dispetto della loro dichiarata tendenza anti-teologica, le più importanti opere di filosofia sociale della modernità (in particolare le opere di filosofia della storia)»¹⁷¹, ma anche contro il tentativo «di considerare certe ideologie politiche del nostro tempo come religioni secolari»¹⁷². Ai fini della presente ricerca, la rilevanza di *Secular Religion* consiste, in particolare, nel fatto che Kelsen vi propone suggestive riflessioni, di natura epistemologica, concernenti la filosofia della storia, alla luce delle quali diviene possibile interpretare proprio in termini di filosofia della storia le sue riflessioni sul futuro del diritto internazionale.

In particolare, in *Secular Religion* Kelsen prende in esame le cosiddette dottrine del progresso, vale a dire le filosofie della storia che si fondano sull'idea che il genere umano sia in costante evoluzione verso il meglio. Nel capitolo intitolato *La filosofia dell'illuminismo*, Kelsen definisce la specificità della dottrina del progresso (e della filosofia della storia, in generale) sottolineando quali siano i tratti specifici che la differenziano da due forme distinte di *teologia della storia*, vale a dire: la dottrina *religiosa* del progresso e l'escatologia. A proposito dell'escatologia, che è "la dottrina Cristiana delle cose ultime", Kelsen sottolinea che «essa comprende tutto ciò che le Scritture hanno insegnato sulla vita futura dell'anima individuale in un altro mondo e sulla distruzione finale di questo mondo mediante il diretto intervento di Dio»¹⁷³. A parere di Kelsen, tra dottrina del progresso ed escatologia è possibile rilevare una differenza sostanziale di contenuti: l'escatologia riguarda la destinazione finale, ultraterrena, dell'anima individuale e la fine del mondo umano, mentre la dottrina del progresso riguarda le vicissitudini temporali del genere umano. Kelsen scrive:

Éschaton significa ciò che è "ultimo", e si riferisce alla condizione che sarà propria dell'uomo o dell'umanità nella fine assoluta – fine "assoluta" in quanto predeterminata dalla volontà assoluta di Dio, l'assoluto per antonomasia. L'éschaton è un'idea metafisico-trascendentale del futuro. Ma il futuro predetto da una filosofia secolare della storia è diametralmente opposto all'éschaton cristiano, il quale consiste in uno stato spirituale di perfezione religiosa dell'anima individuale: lo stato della salvezza, ossia della liberazione dal peccato tramite l'opera di espiazione e di redenzione di Gesù Cristo; al contrario; ciò che è prefigurato da una filosofia secolare della storia è uno stato di benessere sociale esclusivamente temporale, un optimum

¹⁷¹ H. Kelsen, *Religione Secolare*, cit. p. 3.

¹⁷² *Ibidem*

¹⁷³ *Ivi*, pp. 130-131.

relativo di organizzazione sociale, raggiunto attraverso l'opera dell'uomo, senza alcuna implicazione religiosa.¹⁷⁴

Se la differenza tra escatologia e dottrina del progresso riguarda il contenuto delle stesse, invece la differenza tra dottrina del progresso e dottrina *religiosa* del progresso è di natura metodologica. La dottrina *religiosa* del progresso, infatti, così come la dottrina del progresso, riguarda le vicende temporali del genere umano. Tuttavia, al fine di spiegare le vicende temporali del genere umano, la dottrina *religiosa* del progresso si basa sull'interpretazione delle *Sacre Scritture* oppure su una qualche specie di mistica ispirazione divina, facendo in ogni caso riferimento all'intervento di Dio. Al contrario, le dottrine del progresso escludono ogni riferimento a Dio e pretendono di predire il futuro del genere umano applicando un metodo scientifico, ovvero tramite la legge di causalità e la legge dell'evoluzione. Nel capitolo *La filosofia dell'Illuminismo*, Kelsen sostiene:

Vi sono, di fatto, due dottrine essenzialmente diverse del progresso. Secondo l'una, è l'uomo stesso, padrone del proprio destino, a divenire in grado di soddisfare i propri bisogni, grazie alla sempre crescente conoscenza dei fatti della natura e della vita sociale. Per questa dottrina, il progresso è opera dell'uomo stesso, e lo strumento principale del progresso è la scienza. Secondo l'altra dottrina, il progresso è opera di Dio. La volontà di Dio si manifesta in quel processo di progressivo miglioramento della condizione dell'uomo sulla terra, e solo con l'aiuto di Dio l'uomo è in grado di migliorare la propria condizione in questa vita. Se mai la scienza gioca un qualche ruolo in questo processo, lo fa solo in quanto dono di Dio. Non la scienza ma la fede è lo specifico strumento del progresso. Questa è certamente una dottrina religiosa del progresso: ma anche questa dottrina, dal momento che riguarda la felicità sulla terra, è essenzialmente diversa dall'escatologia.¹⁷⁵

Riferendosi alle teorie di Comte e Marx, Kelsen aggiunge che ciò che caratterizza le dottrine del progresso (ma anche più in generale, le filosofie della storia) è solo l'utilizzo di un metodo scientifico e non l'approdo ad inconfutabili verità scientifiche. In tal senso, Kelsen scrive:

Le filosofie di Comte e di Marx, presentano se stesse come teorie scientifiche; e siccome i loro autori cercano di stabilire leggi generali della storia che siano verificabili, fondate su fatti osservati, e non sulla credenza religiosa o sulla speculazione metafisica, esse soddisfano i requisiti della scientificità. Che poi i risultati di queste teorie si dimostrino veri, non è rilevante per la questione della loro scientificità [...]. È il metodo, non il risultato, ciò che conta. Ed è in particolare l'elemento negativo di questo metodo, ossia

¹⁷⁴ Ivi, p. 26.

¹⁷⁵ Ivi, p. 163.

l'esclusione di qualsiasi presupposizione metafisica o religiosa, che ci consente di considerare "scientifica", e non "teologica", una filosofia della storia.¹⁷⁶

Rileggendo, dunque, *Law and Peace in International Relations* alla luce delle considerazioni epistemologiche proposte da Kelsen in *Secular Religion* – in particolare, alla luce della conclusione che le dottrine del progresso, come filosofie della storia, hanno ad oggetto le vicende temporali del genere umano e cercano di prevederle applicando un metodo scientifico – si ritiene possibile attribuire a Kelsen stesso l'elaborazione di una filosofia della storia¹⁷⁷. Infatti, in *Law and Peace in International Relations* Kelsen propone una congettura sull'evoluzione del diritto internazionale basata sull'applicazione di un metodo scientifico, vale a dire sull'analisi dell'evoluzione macrostorica del diritto statale moderno, sull'individuazione di una tendenza evolutiva nel campo del diritto e sulla valutazione di una serie di caratteristiche sociologiche della comunità internazionale del suo tempo. Inoltre, considerato che per Kelsen vale la formula *ubi pax ibi ius*, è possibile concludere che, con la sua filosofia della storia che presagisce la stabilizzazione futura del diritto internazionale tramite l'istituzione di una *Corte Permanente di Giustizia Internazionale*, egli stia congetturando anche l'approssimazione ad una futura condizione di pace internazionale.

3.6.2. Una filosofia della storia promozionale

La lettura combinata di *Law and Peace in International Relations* e *Secular Religion* consente non solo l'attribuzione a Kelsen di una filosofia della storia concernente il futuro del diritto internazionale e la pacificazione delle relazioni interstatali, ma anche la comprensione della specifica funzione che Kelsen attribuisce alla stessa e alla filosofia della storia in generale. Un buon punto di partenza per chiarire tale questione è la considerazione di quanto Kelsen sostiene circa il valore di verità della sua interpretazione relativa all'evoluzione futura del diritto internazionale. Kelsen chiarisce che non è affatto certo che il diritto internazionale presenti la stessa tendenza evolutiva del diritto nazionale, benché effettivamente vi siano fatti storici che abilitano questa interpretazione. La previsione che il diritto internazionale seguirà le stesse

¹⁷⁶ Ivi, p. 135.

¹⁷⁷ Se in questa sede si ritiene più opportuno riferirsi alle tesi kelseniane concernenti futuro del diritto internazionale e pacificazione delle relazioni interstatali come espressione di una "filosofia della storia" e non come espressione di una "dottrina del progresso" è perché parlando di dottrine del progresso si è soliti fare riferimento a teorie che implicano elementi che sono estranei alla teoria kelseniana, ovvero: l'idea di un progresso *morale e culturale* del genere umano e l'idea di una società perfetta come destinazione finale della storia del genere umano.

tendenze di sviluppo del diritto nazionale si presenta, dunque, nella teoria kelseniana, come una congettura plausibile e non come un'innequivocabile verità scientifica. Kelsen scrive:

Di certo una differente linea di sviluppo per il diritto internazionale non è esclusa assolutamente. Le leggi che determinano l'evoluzione sociale non sono così rigorose come quelle biologiche e fisiologiche. La volontà umana diretta ad un determinato fine è in grado di modellare la vita sociale in modo arbitrario, ma solo in una certa misura. Da ciò consegue che una riforma sociale ha maggiori possibilità di successo, se segue le tendenze finora mostrate dall'evoluzione sociale. Essa ha minori possibilità, se si oppone a queste tendenze.¹⁷⁸

Kelsen appare consapevole del fatto che la conoscenza umana è inevitabilmente incline ad errori nel tentativo di predire il futuro del genere umano. Nella sua prospettiva, la filosofia della storia non può mai garantire verità indubitabili. Piuttosto, la filosofia della storia si configura sempre e solo come una più o meno plausibile congettura relativa al futuro del genere umano. Sui limiti teoretici intrinseci alla filosofia della storia Kelsen si esprime anche in *Secular Religion*, prendendo in esame le teorie di Lessing, Comte e Marx:

Questi filosofi credevano nel progresso dell'umanità secondo la legge d'evoluzione; ma, in quanto pensatori razionalisti ed empiristi che non pretendevano di essere dotati di forze cognitive sovranaturali, essi erano pienamente consapevoli del fatto che la loro conoscenza delle leggi della natura e della storia, in quanto conoscenza meramente umana, fosse limitata e passibile di errori. Quando essi parlavano di un'evoluzione "necessaria" verso una futura condizione di miglioramento, facevano riferimento soltanto (quantunque non sempre lo abbiano dichiarato espressamente) a quella necessità che è accessibile alla conoscenza umana, ossia a un certo grado di probabilità. Di conseguenza, essi non assumevano, come a volte viene loro imputato, che la condizione futura, che essi reputavano in grado di prevedere, costituisse l'esito definitivo dell'evoluzione, né che essa significasse la fine assoluta della storia, come l'avvento del Regno di Dio. Una fine dell'evoluzione è incompatibile con l'idea di una legge dell'evoluzione.¹⁷⁹

Posti questi limiti teoretici insuperabili, c'è da chiedersi perché Kelsen ritenga comunque di valore l'elaborazione di una filosofia della storia. Risolvere tale questione significa esplicitare, appunto, quale sia secondo Kelsen la funzione della filosofia della storia. Si ritiene possibile ipotizzare che, nel ripensare la funzione della filosofia della storia alla luce del riconoscimento dei limiti teorici intrinseci a qualsivoglia tentativo di predire il futuro del genere umano, Kelsen sia fortemente influenzato – ancora una volta – da Immanuel Kant. Il filosofo di Königsberg, infatti, non crede sia ammissibile una vera e propria scienza del futuro umano in ordine alla sua destinazione morale e politica. Kant riconosce solo la possibilità di una teoria del futuro umano

¹⁷⁸ Ivi, p. 142.

¹⁷⁹ Ivi, p. 54.

«come narrazione storica divinatoria di ciò che riserva l'avvenire, cioè come una esposizione a priori possibile dei fatti che devono succedere»¹⁸⁰, ovvero come *wahrsagende Geschichte*, storia profetica o pronosticante con cui si fornisce una semplice ipotesi sul futuro. Tuttavia, convinto che l'uomo possieda la facoltà di cogliere alcuni eventi o fatti esterni come *segni prognostici* rivelatori di certe disposizioni morali dell'umanità, Kant pretende che la storia profetica – con cui si propone una previsione o congettura sull'orientamento morale e politico dell'umanità – sia fondata su segni ricavabili dalla realtà storica e politica, passata e presente. In tal senso, nel quinto paragrafo dello scritto *Se il genere umano sia in costante progresso verso il meglio*, dal titolo *È pur necessario riconnettere a una qualche esperienza la storia profetica del genere umano*, Kant sostiene:

Nel genere umano deve sopravvivere una qualche esperienza che, come avvenimento, mostri una sua disposizione e una sua capacità a essere la causa del suo progresso verso il meglio e (poiché ciò dev'essere l'azione di un essere dotato di libertà) il suo autore [...]. Devesi allora ricercare un avvenimento che riveli, sia pure senza determinazione in rapporto al tempo, l'esistenza di una tale causa, e anche l'azione della sua casualità nell'umanità, in modo da far concludere al progresso verso il meglio come conseguenza inevitabile. La quale conclusione potrebbe allora anche estendersi alla storia del tempo passato (posto che esso sia sempre stato in progresso), sempreché tale avvenimento debba essere considerato non come sua causa, ma solo come indicazione, come segno storico (*signum rememorativum, demonstrativum, prognosticum*), così da poter dimostrare la tendenza della specie umana considerata nella sua totalità.¹⁸¹

Con la storia profetica, quindi Kant non mira ad una *scienza* della destinazione morale dell'uomo, ma alla semplice illustrazione, premonizione e *promozione* di un cammino che, in base all'osservazione del passato e del presente, appare verosimile per il genere umano: cammino che deve essere inteso come progetto da realizzare con un impegno attivo. Kant scrive:

Che cosa si vuole sapere? Si vuole un frammento della storia dell'umanità e propriamente non del passato, ma dell'avvenire, cioè che predica il futuro [...]. Come si può sapere questo? Come narrazione storica divinatoria di ciò che riserva l'avvenire, cioè come una esposizione a priori possibile dei fatti che devono succedere. Ma come è possibile una storia a priori? Risposta: se chi predice fa e organizza egli stesso i fatti che preannunzia.¹⁸²

¹⁸⁰ Kant, Immanuel, *Se il genere umano sia in costante progresso verso il meglio*, 1798; in Bobbio Norberto, Luigi Firpo e Vittorio Mathieu (a cura di), *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*. Torino, Unione Tipografico-editrice torinese, 1965, pp. 213-230.

¹⁸¹ Ivi, p. 218.

¹⁸² Ivi, p. 213.

Rileggendo questi passi kantiani, Norberto Bobbio arriva a sostenere che sia possibile attribuire al filosofo di Königsberg l'idea condivisibile che sia necessario rivalutare in senso pratico la funzione della filosofia della storia. Sulla scia di Kant, Bobbio sostiene quindi che la filosofia della storia debba abbandonare finalità conoscitive e assumere un duplice fine pratico: a) indicare, a partire da fatti concreti che devono essere considerati come tracce o segni premonitori, una tendenza e uno sviluppo possibile (non necessario, cioè non necessitato da leggi universali) dell'umanità; b) esortare l'umanità al lavoro per la realizzazione di quel cammino stesso la cui possibilità è stata stabilita a partire dai segni premonitori. In tal senso, nel saggio *L'età dei diritti* del 1987¹⁸³, Bobbio scrive:

La prospettiva di filosofia della storia rappresenta la trasposizione dell'interpretazione finalistica dell'azione dell'individuo singolo all'umanità nel suo complesso [...]. Ciò che rende problematica la filosofia della storia è proprio questa trasposizione, di cui non possiamo dare nessuna prova convincente. L'importante è che chi crede opportuno operare questa trasposizione, legittima o illegittima che sia dal punto di vista dello storico di mestiere, deve essere cosciente che si sta muovendo su un terreno che con Kant possiamo chiamare di *storia profetica*, vale a dire di una storia la cui funzione non è conoscitiva ma ammonitiva, esortativa, o soltanto suggestiva.¹⁸⁴

Ritornando a Kelsen, bisogna riconoscere che una tale riconsiderazione in termini pratici della funzione della filosofia della storia non è da parte sua chiaramente esplicitata. D'altra parte, di tale ripensamento è facile trovare traccia leggendo tra le righe di quanto sostiene in *Law and Peace in International Relations* in merito alla propria interpretazione del futuro del diritto internazionale:

Noi propendiamo per questa interpretazione, sperando di aver riconosciuto l'inizio di uno sviluppo futuro e con l'intenzione di rafforzare tutti gli elementi del diritto internazionale contemporaneo che conducono a giustificare questa interpretazione e a promuovere l'evoluzione che desideriamo.¹⁸⁵

Il frammento sopra riportato consente di riconoscere che Kelsen propone la sua congettura sull'evoluzione futura del diritto internazionale non solo perché essa risulta effettivamente plausibile sulla base di fatti storico-evolutivi e valutazioni sociologiche, ma anche al fine di promuovere una riforma politica che ritiene necessaria per raggiungere la pacificazione delle relazioni internazionali. Alla luce di ciò, pare sensato attribuire a Kelsen l'idea di origine kantiana che la filosofia della storia non debba più essere pensata come tentativo di rivelare verità

¹⁸³ N. Bobbio, *L'età dei diritti*, in N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1997.

¹⁸⁴ Ivi, pp.47-48.

¹⁸⁵ Hans Kelsen, *Diritto e Pace nelle relazioni internazionali*, cit., p. 155.

indiscutibili sul futuro del genere umano; piuttosto, la filosofia della storia acquisisce una funzione pratica, cioè quella di promuovere un particolare cammino per il genere umano mostrando, sulla base di fatti concreti, che questo cammino si rivela essere non solo effettivamente percorribile, ma anche il più “naturale” da seguire. In altri termini, per Kelsen il senso di una filosofia della storia sembrerebbe consistere nell’incoraggiare il genere umano ad assecondare una tendenza di sviluppo che pare essere effettivamente esistente, realizzabile e soprattutto desiderabile. In *Peace through Law*, Kelsen arriva ad essere più esplicito circa la funzione promozionale ed esortativa della propria filosofia della storia, chiarendo che la sua ricostruzione dell’evoluzione macrostorica degli ordinamenti giuridici e la sua congettura sul futuro del diritto internazionale sono essenziali al fine di individuare e promuovere un cammino desiderabile in direzione della pacificazione delle relazioni interstatali:

La centralizzazione del potere esecutivo è l’ultimo passo in questa evoluzione dalla comunità decentrata pre-statale alla comunità centralizzata che noi chiamiamo Stato. Abbiamo buone ragioni per ritenere che il diritto internazionale – cioè il diritto della comunità internazionale – si sviluppi nella stessa maniera del diritto primitivo delle comunità pre-statali. Se ciò è vero, possiamo con un certo grado di probabilità prevedere la direzione verso cui un tentativo può essere intrapreso con successo per assicurare la pace internazionale ed eliminare dal diritto internazionale il principio dell’autodifesa, accentuando e rafforzando la tendenza verso la centralizzazione.¹⁸⁶

Ricollegando le proprie riflessioni concernenti l’evoluzione macrostorica degli ordinamenti giuridici ad una filosofia della storia esortativa riguardante il futuro del diritto internazionale e la pacificazione delle relazioni interstatali, Kelsen dà prova delle potenzialità pratico-politiche delle teorie evolutive del diritto, in quanto mette in evidenza come le stesse – intese quali interpretazioni relative a senso e direzione di certe metamorfosi del fenomeno giuridico nel contesto della storia sociale e culturale del genere umano – si rivelino atte a fungere da fondamento per la formulazione di ipotesi riguardanti la rotta da seguire in vista della riforma della realtà sociale, politica e giuridica: una rotta che si può valutare debba essere in consonanza o in dissonanza con la tendenza di evoluzione macrostorica riscontrata.

¹⁸⁶ Ivi, pp. 58-59.

Osservazioni conclusive

Al termine della lezione che introduce al corso dal titolo *Origins of Legal Institutions*, tenuto presso la facoltà di Scienze Politiche della *Berkeley University of California* nel 1951, rivolgendo agli studenti l'invito ad intervenire liberamente per richiedere precisazioni ulteriori in caso di eventuali perplessità, Kelsen afferma:

Non è la risposta ciò che conta: è la domanda. Forse non saremo mai in grado di trovare una risposta definitiva e assoluta ad alcuna domanda. Nel corso dell'evoluzione della scienza, ogni risposta implica una nuova domanda. Ciò che la scienza ci insegna non è forse altro che questo: porre domande.¹⁸⁷

Non si tratta di una semplice esternazione retorica di circostanza, ma dell'espressione di una ponderata prospettiva teoretica ed epistemologica, in virtù della quale compito essenziale dello scienziato – e ancor più del filosofo – sarebbe non tanto fornire risposte definitive, quanto procedere ad una costante problematizzazione capace di fare emergere sempre nuovi interrogativi. Tale prospettiva teoretica ed epistemologica può essere considerata effettivamente sottesa a numerosi versanti della riflessione giusfilosofica di Kelsen, ad esempio alla sua trattazione del complesso problema della giustizia o anche alle sue considerazioni volte a promuovere la netta distinzione tra sociologia del diritto e scienza giuridica normativa: in entrambe i casi, infatti, si tratta, secondo Kelsen, di definire domande (o nuclei di domande) e di stabilire se e con quali strumenti specifici si possa ad esse rispondere.

Proprio il riferimento alla prospettiva teoretica ed epistemologica cui Kelsen fa appello al termine della prima lezione del corso *Origins of Legal Institutions* ben si presta ad alcune considerazioni conclusive in merito alla natura della disamina proposta nella presente ricerca dottorale. Infatti, l'indagine svolta non si configura come tentativo di fornire una spiegazione del complesso fenomeno dell'evoluzione giuridica, come sforzo di rispondere alla complessa e semanticamente ambigua domanda: come e perché il diritto evolve? Piuttosto, l'indagine proposta nasce e si sviluppa come lavoro di specificazione, ridefinizione e rivalutazione di domande riguardanti l'evoluzione del diritto. In particolare, si è innanzitutto provveduto a mettere in evidenza l'opportunità di tracciare una linea di confine nitida tra due differenti interrogativi concernenti l'evoluzione giuridica, corrispondenti rispettivamente a linee di

¹⁸⁷ Trad. mia dall'originale inglese: «It is not the answer which counts, it is the question. For it is doubtful whether we will ever find a definite and absolute answer to any question. In the course of the scientific evolution, any answer implies a new question. What we may learn from science is perhaps nothing else but: asking questions» (H. Kelsen, *Origins of Legal Institutions*, cit., p. 2)

ricerca che devono essere distinte in quanto si occupano di processi di evoluzione del fenomeno giuridico che risultano tra loro irriducibili. La prima delle due domande in questione anima la linea di ricerca corrispettiva a quelle che si è proposto di definire “teorie dell’evoluzione *nel* diritto” e può essere così formulata: come e perché avviene il costante mutamento di contenuti normativi (ovvero, il processo di *legal change*) negli ordinamenti di diritto positivo? La seconda domanda, la cui specificità si è inteso sottolineare nella presente indagine, anima la linea di ricerca che corrisponde a quelle che si è suggerito di definire “teorie evolutive del diritto” e può essere così formulata: a quali significative metamorfosi è andato incontro il fenomeno giuridico nel corso dei secoli, ovvero nel contesto della storia sociale e culturale del genere umano?

Oltre che alla proposta della tesi metateorica concernente la necessità di distinguere in modo netto tra due differenti domande (o nuclei di domande) riguardanti processi di evoluzione del fenomeno giuridico tra loro irriducibili, la presente indagine è stata dedicata anche e soprattutto al tentativo di offrire argomenti per una rivalutazione dell’interrogativo sotteso alle teorie evolutive del diritto: interrogativo relativo all’evoluzione macrostoria del fenomeno giuridico, la cui legittimità è stata a tal punto messa in discussione a partire dal XX secolo, da determinare il radicamento della convinzione che le teorie evolutive del diritto siano prodotto culturale tipico del XIX secolo, degno di nota solo in termini profondamente critici. Al fine di tale rivalutazione, si è proceduto innanzitutto con un lavoro di ricostruzione storico-critica volto a mettere in evidenza come quella sottesa alle teorie evolutive del diritto sia una domanda che ha animato la riflessione giusfilosofica e politica fin dall’antichità classica e che ancora oggi desta l’interesse di alcuni studiosi, a dispetto delle diffuse e radicate perplessità concernenti la possibilità di individuare percorsi di evoluzione macrostorica del fenomeno giuridico. In secondo luogo, allo stesso fine, si è tentato di mettere in luce come le teorie evolutive del diritto non presentino inevitabilmente i problemi rilevati nelle elaborazioni proposte nel XIX secolo dai rappresentanti dell’antropologia evoluzionistica: problemi che vengono generalmente e impropriamente considerati come intrinseci a qualsivoglia tentativo di individuare sequenze di evoluzione macrostorica del fenomeno giuridico. In particolare, in tal senso, si è cercato di dimostrare come le teorie evolutive del diritto non implicino necessariamente retorica del progresso e derive etnocentriche, potendo anzi ben conciliarsi con il riconoscimento e la valorizzazione delle ineludibili differenze e specificità su cui insistono relativismo culturale e particolarismo storico. In ultimo, con l’obiettivo di riabilitare le teorie evolutive del diritto, si è

provveduto a mettere in evidenza come per le stesse, pur intese quali semplici interpretazioni generalizzanti, si possa rivendicare senso e ragion d'essere, innanzitutto perché capaci di agevolare l'indagine comparativa dei sistemi di diritto, delle forme o dei fenomeni giuridici, ma anche perché atte a fungere da fondamento tanto per una valutazione critica delle configurazioni moderne del fenomeno giuridico, quanto per una valutazione ponderata di possibili riforme della realtà sociale, politica e giuridica. Non è di certo possibile concludere che gli argomenti proposti nel contesto della presente ricerca siano sufficienti per una definitiva riabilitazione delle teorie evolutive del diritto; piuttosto, la speranza ben più modesta è che le indagini svolte possano riuscire ad instillare nel lettore il dubbio che non sia del tutto fondato il misconoscimento generalizzato che ancora oggi interessa le teorie evolutive del diritto.

Bibliografia

- Amselek, Paul, *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1964.
- Arrighi, Giovanni, *Il lungo XX secolo. Denaro, potere e le origini del nostro tempo*, Milano, Il Saggiatore, 1996.
- Atkinson, Ronald F., *Knowledge and Explanation in History*, Houndmills & London, Macmillan, 1989.
- Barberis, Mauro, *L'evoluzione nel diritto*, Torino, Giappichelli Editore, 1998.
- Boas, Franz, *Some traits of primitive man*, in «Journal of American Folk-lore», n. 17, 1904.
- Boas, Franz, *The Limitations of the Comparative Method in Anthropology*, in F. Boas, *Race, Language and Culture*, New York, The MacMillan Company, 1940, pp. 270-280.
- Boas, Franz, *The Mind of Primitive Man*, New York, Free Press, 1965.
- Bobbio, Norberto, *Diritto e potere saggi su Kelsen*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1992.
- Bobbio, Norberto, *Diritto e Stato nel pensiero di Emanuele Kant*, Torino, Giappichelli, 1969.
- Bobbio, Norberto, *Essere e dover essere nella scienza giuridica*, in N. Bobbio, *Diritto e potere: saggi su Kelsen*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992.
- Bobbio, Norberto, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, Edizioni di Comunità, 1997.
- Bobbio, Norberto, *Kant e la Rivoluzione francese*, in N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1990, 1997(3), pp. 142-154.
- Bobbio, Norberto, *La filosofia del diritto e i suoi problemi*, in N. Bobbio, *Giusnaturalismo e Positivismo giuridico*, Milano, Edizioni di Comunità, 1977.
- Bobbio, Norberto, *La teoria pura del diritto e i suoi critici*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1954, 2, pp. 356-377.
- Bobbio, Norberto, *L'età dei diritti*, in N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1990, 1997(3), pp. 45-65.
- Bobbio, Norberto, *Scienza giuridica e analisi del linguaggio*, in Uberto Scarpelli (a cura di), *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, Edizioni di comunità, 1976, pp. 287-324.
- Bohannon, Paul, *Justice and Judgment among the Tiv*, New York, Oxford University Press, 1957
- Bowler, Peter J., *The Changing Meaning of "Evolution"*, in «Journal of the History of Ideas», vol 36, n. 1, 1975, pp. 95-114.
- Burrow, John W., *Evolution and Society. A Study in Victoria Social Theory*, London, Cambridge University Press, 1970.
- Calabrò, Gaetano, *Kelsen e il neokantismo*, in C. Roehrsen (a cura di), *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del Novecento*, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1983, pp. 87-92.
- Carneiro, Robert L., *A Theory of the Origin of The State*, in «Science. New Series», 169, 1970, pp. 733-738.

- Carneiro, Robert L., *Evolutionism in Cultural Anthropology. A critical History*, Boulder, Westview, 2003.
- Carneiro, Robert L., *Process vs. Stages: A False Dichotomy in Tracing the Rise of the State*, in N. Kradin, A. Korotayev (et al.), *Alternatives of Social Evolution*, Vladivostok, Far Eastern Branch of the Russian Academy of Sciences, 2000.
- Caroselli, M., *La fondazione della città nel mito veterotestamentario*, in G. Romagnoli (a cura di) *Il mito in Sicilia*, Palermo, Carlo Saladino Editore, 2007, p. 73.
- Carrino, Agostino, *Autopoiesi dell'ordinamento dinamico. Diritto e sociologia in Kelsen*, in «Sociologia del diritto», n.2, 1991, p. 19.
- Carrino, Agostino, *Kelsen e il problema della sovranità*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1990.
- Carrino Agostino, *Kelsen e la critica dell'ideologia*, in H. Kelsen, *L'anima e il diritto. Figure arcaiche della giustizia e concezione scientifica del mondo*, Roma, Edizioni Lavoro, 1989, pp. VII-XXIV.
- Carrino, Agostino, *L'ordine delle norme. Politica e diritto in Hans Kelsen*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1990.
- Carrino, Agostino, *Storia, società e ragione. Una controversia sulla sociologia del diritto*, in H. Kelsen, *Scienza giuridica e sociologia del diritto*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992, pp. 5-33.
- Chevallier, Jean-Jacques, *Les grande ouvres politiques. De Machiavelli à nos jours*, Paris, Librairie Armand Colin, 1949 (1966). Trad. it. *Le grandi opere del pensiero politico*, Bologna, Il Mulino, 1998.
- Chiassoni, Pierluigi, *Il realismo radicale della teoria pura del diritto*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», XLII-1, 2012, pp. 237-261.
- Clark, Robert C., *The Interdisciplinary Study of Legal Evolution*, in «Yale Law Journal», vol. 90, 1981, pp. 1238-1274.
- Comte, Auguste, *Cours de philosophie positive*, Paris, Costes, 1934.
- Dalrymple, John, *An Essay towards a General Theory of Feudal Property in Great Britain*, London, A. Millar, 1757.
- Darwin, Charles, *The Descent of Man and Selection in Relation to Sex*, London, Murray, 1871.
- Darwin, Charles, *The Expression of Emotions in Man and Animals*, London, Pickering, 1890.
- Darwin, Charles, *The Origin of Species by Natural Selection*, London, Murray, 1859. Trad. it. *L'origine delle specie per selezione naturale*, Roma, Newton Compton, 1974.
- Dilthey, Wilhelm, *Einleitung in die Geisteswissenschaften*, 1883. Trad it. *Introduzione alle scienze dello spirito*, Torino, G. B. Paravia & C, 1949.
- Dilthey, Wilhelm, *Der Aufbau der geschichtlichen Welt in den Geisteswissenschaften*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1981.
- Elliott, E. Donald, *Holmes and Evolution: Legal Process as Artificial Intelligence*, in «Journal of Legal Studies», vol. XIII, 1984, pp. 113-146.

Elliott, E. Donald, *Law and Biology: A New Synthesis*, in «Saint Louis University Law Journal», vol. 41, pp. 595-624.

Elliott, E. Donald, *The Evolutionary Tradition in Jurisprudence*, in «Columbia Law Review», vol. 85, 1985, pp. 38-94.

Del Vecchio, Giorgio, *Evoluzione ed involuzione nel diritto*, Roma Tumminelli, 1945.

Di Lucia, Paolo & Passerini Glazel, Lorenzo, *Norma forma: Hans Kelsen oltre il formalismo*, in H. Kelsen, *Che cos'è la giustizia? Lezioni americane*, Macerata, Quodlibet, 2015, pp. 157-206.

Ehrlich, Eugen von, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, München – Leipzig, Dunker & Humblot, 1913. Trad. it. (a cura di Alberto Febbrajo), *I fondamenti della sociologia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1976.

Engels, Friedrich, *Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staats. Im Anschluss an Lewis H. Morgan's Forschungen*, Zürich, Hottingen, 1884. Trad. it. *L'origine della famiglia, della proprietà privata e dello Stato*, Roma, Editori riuniti, 1970.

Eschilo, *Oresteia*, Milano, Mondadori, 1981

Evans-Pritchard, Edward, *An Introduction to social Anthropology*, London, Cohen & West, 1951. Trad. it. *Introduzione all'antropologia sociale*, Bari, Laterza, 1975.

Fassò, Guido, *Storia della filosofia del diritto. Antichità e Medioevo*, Bologna, Il Mulino, 1970 (1966)

Fassò, Guido, *Storia della filosofia del diritto. L'età moderna*, Bologna, Il Mulino, 1970 (1968)

Fassò Guido, *Storia della filosofia del diritto. Ottocento e novecento*, Bologna, Il Mulino, 1970.

Ferrajoli, Luigi, *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2016.

Geiger, Theodor J., *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, Duncker&Humbolt, 1987. Trad. it. *Studi preliminari di sociologia del diritto*, Milano, Mimesis, 2018.

Gil, José, "Giustizia", in «Enciclopedia. Volume sesto: Famiglia – Ideologia», Torino, Einaudi, 1979.

Gil, José, *Un'antropologia delle forze: dalle società senza Stato alle società statali*, Torino, Einaudi, 1983.

Goguet, Antoine-Yves, *De l'origine des lois, des arts, et des sciences, et leurs progrès chez les anciens peuples*, Paris, L. Haussman et D'Hautel, 1758. Trad. en. *The Origin of Laws, Arts, and Sciences: And Their Progress Among the Most Ancient of Nations*, Charleston SC, Nabu Press, 2010.

Hobbes, Thomas, *A dialogue between a philosopher and a student of the common laws of England*, Milano, Giuffrè, 1960.

Hobbes, Thomas, *De Cive*, 1642. Trad. it. *De Cive*, Roma, Editori Riuniti, 1970.

Hobbes, Thomas, *Leviathan or The Matter, Form and Power of a Common-Wealth Ecclesiastical and Civil*, 1651; trad. it. *Leviatano*, Firenze, La nuova Italia, 1987.

- Hoebel, Edward A., *The law of primitive man: a study in comparative legal dynamics*, Cambridge, Harvard University Press, 1954.
- Holmes, Oliver W. Jr., *Law in Science and Science in Law*, in «Harvard Law Review», vol. 12, n. 7, 1899, pp. 443-463
- Holmes, Oliver W. Jr., *The Common Law*, Clark, The Lawbook Exchange, 2005
- Hume, David, *An Enquiry Concerning the Principles of Morals*, 1751. Trad. it. *Ricerca sui principi della morale*, Roma-Bari, Laterza, 1997.
- Hume, David, *A Treatise of Human Nature*, 1740. Trad. it. *Trattato sulla natura umana*, Roma-Bari, Laterza, 2008.
- Jabloner, Clemens, *Legal Techniques and Theory of Civilization. Reflections on Hans Kelsen and Carl Schmitt*, in D. Diner & M. Stolleis (a cura di), *Hans Kelsen and Carl Schmitt. A Juxtaposition*, Gerlingen, Bleicher Verlag, 1999.
- Kames, H. Home Lord di, *Historical Law Tracts*, Edinburgh, A. Kincaid, 1761.
- Kelsen, Hans, *Allgemeine Rechtslehre im Lichte materialistischer Geschichtsauffassung*, in «Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik», 1931. Trad. it. (a cura di F. Riccobono), *La teoria generale del diritto e il materialismo storico*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1979.
- Kelsen, Hans, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, Springer, 1925. Trad. it. (a cura di J. Luther e E. Daly), *Dottrina generale dello Stato*, Milano, Giuffrè, 2013.
- Kelsen, Hans, *Allgemeine Theorie der Normen*, Wien, Manz, 1979. Trad. it. (a cura di M. G. Losano), *Teoria generale delle norme*. Torino, Einaudi, 1985.
- Kelsen, Hans, *Causality and Imputation*, in «Ethics», 61, 1950, pp. 1-11. Trad. it. (a cura di R. Treves), *Causalità e imputazione*, in H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1967, pp. 207-227.
- Kelsen, Hans, *Causality and Retribution*, in «Philosophy of Science», vol. 8, n. 4, 1941, pp. 533-556.
- Kelsen, Hans, *Centralization and Decentralization*, in *Publications of the Harvard Tercentenary: Authority and the Individual*, Cambridge, Harvard University Press, 1937, pp. 1-30.
- Kelsen, Hans, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre*, Tübingen, Mohr, 1920. Trad. it. (a cura di A. Carrino), *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*, Milano, Giuffrè Editore, 1989.
- Kelsen, Hans, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, Tübingen, Mohr, 1928. Trad. it. (a cura di Agostino Carrino), *Il concetto sociologico e il concetto giuridico dello Stato*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1997.
- Kelsen, Hans, *Die Lehre von der drei Gewalten oder Funktionen des States*, in «Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie», vol. XII, 1923-1924, pp. 374-408. Trad. it. (a cura di C. Geraci), *La dottrina dei tre poteri o funzioni dello Stato*, in H. Kelsen, *Il primato del parlamento*, Milano, Giuffrè, 1982.

Kelsen, Hans, *Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft*, in «Schmolers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche», 40, 1916, pp. 1181-1239. Trad. it. (a cura di A. Carrino), *La giurisprudenza come scienza normativa o culturale. Saggio di critica metodologica*, in A. Carrino (a cura di), *Metodologia della scienza giuridica*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1989.

Kelsen, Hans, *Eine Grundlegung der Rechtssoziologie*, in «Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik», 39, 1915, pp. 839-876. Trad. it. (a cura di A. Carrino), *Una fondazione della sociologia del diritto*, in E. Ehrlich & H. Kelsen, *Scienza giuridica e sociologia del diritto*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992, pp. 67-107.

Kelsen, Hans, *Eine phänomenologische Rechtstheorie*, in «Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht», XV, 4, 1965. Trad. it. (a cura di G. Stella), *Una teoria fenomenologica del diritto*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1990, pp. 65-66.

Kelsen, Hans, *Elementi di dottrina pura del diritto*, in H. Kelsen, *Che cos'è la giustizia? Lezioni americane*, Macerata, Quodlibet, 2015, pp-21-101.

Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State*, Cambridge, Harvard University Press, 1945. Trad. it. (a cura di S. Cotta e G. Treves), *Teoria generale del diritto e dello stato*, Milano, Etas Libri, 1984.

Kelsen, Hans, *Gott und Staat*, «Logos, Internationale Zeitschrift für Philosophie der Kultur», XI, 1922/23, pp. 261-284. Trad. it. (a cura di A. Carrino), *Dio e Stato*, in H. Kelsen, *Dio e Stato. La giurisprudenza come scienza dello spirito*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1988.

Kelsen, Hans, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre: entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen, Mohr, 1911. Trad. it. (a cura di A. Carrino), *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1997.

Kelsen, Hans, *International Order and The Legal Process*, London, Constable & Co., 1935. Ora in G. O. Mazur (a cura di), *Twenty-five Year Commemoration to the Life of Hans Kelsen*, New York, Semenkeno Foundation, 1999.

Kelsen, Hans, *Juristischer Formalismus und reine Rechtslehre*, in «Juristische Wochenschrift», j58, 1929. Trad. it. *Formalismo giuridico e dottrina pura del diritto*, in H. Kelsen & R. Treves (a cura di S. L. Paulson), *Formalismo giuridico e realtà sociale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992, pp. 39-50.

Kelsen, Hans, *La technique du droit et l'organisation de la paix. La theorie du droit devant le problem du désarmement*, in «Journal des Nations», Genève, 3 febbraio, 1932. Trad. It. (a cura di L. Ciaurro), *La tecnica del diritto e l'organizzazione della pace. La teoria del diritto davanti al problema del disarmo*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», LXXII/IV, 1995, pp.280-290.

Kelsen, Hans, *Law and Peace in International Relations. The Oliver Wendell Holmes Lectures 1940-41*, Cambridge-Massachusetts, Harvard University Press, 1942. Trad. it. (a cura di C. Nitsch) *Diritto e pace nelle relazioni internazionali*, Milano, Giuffrè, 2009.

Kelsen, Hans, *Law, State and Justice in the Pure Theory of Law*, in «The Yale Law Journal», 57, n. 3, 1948, pp. 377-390. Trad. it. (a cura di R. Guastini), *Diritto, Stato e Giustizia nella teoria pura del diritto*, in H. Kelsen, *La teoria politica del bolscevismo e altri saggi di teoria del diritto e dello stato*, Milano, Il Saggiatore, 1981, pp. 148-161.

- Kelsen, Hans, *Origins of Legal Institutions*, 1951, in «Archiv des Hans Kelsen Instituts», collocazione: 11.a1.45.
- Kelsen, Hans, *Peace through Law*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1944. Trad. it. (a cura di L. Ciaurro), *La pace attraverso il diritto*, Torino, Giappichelli, 1990.
- Kelsen, Hans, *Presentazione all'edizione castigliana di Società e natura*, in S. L. Paulson (a cura di), *Formalismo giuridico e realtà sociale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992, pp. 195-197.
- Kelsen, Hans, *Rechtswissenschaft und Recht. Erledigung eines Versuchs zur Überwindung der "Rechtsdogmatik*, «Zör», 3, 1992, pp.103-235. Trad. it. (a cura di F. Lijoi), *Scienza giuridica e diritto*, Torino, Giappichelli, 2008.
- Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre*, Wien, Franz Deuticke, 1960. Trad. it. (a cura di M. G. Losano), *La dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1966.
- Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Wien, Franz Deuticke Verlag, 1934. Trad. it. (a cura di R. Treves), *Lineamenti di dottrina pura del diritto*. Einaudi, Torino 1967 (2000).
- Kelsen, Hans, *Secular Religion. A Polemic against the Misinterpretation of Modern Social Philosophy, Science and Politics as "New Religions"*, Wien- New York, Springer, 2012. Trad. it. (a cura di P. Di Lucia e L. Passerini Glazel), *Religione Secolare. Una polemica contro l'errata interpretazione della filosofia sociale, della scienza e della politica moderne come "nuove religioni"*, Milano, Raffaello Cortina Editore, 2014.
- Kelsen, Hans, *Seele und die Recht*, Frankfurt am Main Luchterhand Verlag, 1936. Trad. it (a cura di A. Carrino), *L'anima e il diritto*, in H. Kelsen, *L'anima e il diritto. Figure arcaiche della giustizia e concezione scientifica del mondo*, Roman, Edizioni Lavoro, 1989, pp. 77-92.
- Kelsen, Hans, *Society and Nature. A sociological inquiry*, Chicago-Illinois, The University of Chicago Press, 1943. Trad. it. (a cura di L. Fuà) *Società e natura. Ricerca sociologica*, Torino, Einaudi, 1953.
- Kelsen, Hans, *Staat und Recht im Lichte der Erkenntnistheorie*, Salzburg, Anton Pustet Verlag, 1922. Trad. it. (a cura di A. Carrino), *Il rapporto tra Stato e diritto dal punto di vista epistemologico*, in H. Kelsen, *L'anima e il diritto. Figure arcaiche della giustizia e concezione scientifica del mondo*, Roman, Edizioni Lavoro, 1989, pp. 3-58.
- Kelsen, Hans, *The Law as a Specific Social Technique*, in «University of Chicago Law Review», 9, 1941, pp. 75-97. Trad. it. (a cura di R. Guastini), *Il diritto come specifica tecnica sociale*, in H. Kelsen, *La teoria politica del bolscevismo e altri saggi di teoria del diritto e dello Stato*, Milano, Il Saggiatore, 1981, pp. 94-121.
- Kelsen, Hans, *The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence*, in «Harvard Law Review», 55, 1941, pp. 44-70. Trad. it. (a cura di R. Treves), *La dottrina pura del diritto e la giurisprudenza analitica*, in H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1967, pp.173-206.
- Kelsen, Hans, *Über Grenzen zwischen juristischer un soziologischer Methode*, Tübingen, Mohr, 1970. Trad. It. (a cura di G. Calabrò), *Tra scienza del diritto e sociologia*, Napoli, Guida Editori, 1974.

H. Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Tübingenm J.C.B. Mohr, 1929. Trad. it. *Essenza e valore della democrazia*, in H. Kelsen, *La democrazia*, Bologna, Il Mulino, 1995, pp. 41-145.

Kelsen, Hans, *Zur Soziologie des Rechts. Kritische Betrachtungen*, in «Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik», 34, 1912, pp. 601-614. Trad. it. (a cura di A. Carrino), *Sulla sociologia del diritto. Considerazioni critiche*, in H. Kelsen, *Sociologia della democrazia*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1991, pp. 85-101.

Lampe, Ernst J., *Genetische Rechtstheorie: Recht, Evolution und Geschichte*, Freiburg, Alber, 1987.

Lampe, Ernst J., *The Concept and Development of Law*, in «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», vol. 78, n. 1, 1992, pp. 1-21.

Lampe, Ernst J., *Zur Entwicklung von Rechtsbewußtsein*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1997.

Lanaro, Giorgio, *Il positivismo tra scienza e religione. Studi sulla fortuna di Comte in Gran Bretagna*, Milano, Franco Angeli, 1990.

Lanaro Giorgio, *L'evoluzione, il progresso e la società industriale. Un profilo di Herbert Spencer*, La Nuova Italia, Firenze 1997.

Lehmann, William C., *John Millar of Glasgow*, Cambridge, Cambridge University Press, 1960, p. 347).

Limone, Giuseppe, *Modelli di temporalità. L'homo sapiens sapiens tra i simboli e il tempo*, in G. M. Chiodi (a cura di), *Tempo della legge e tempo della storia*, Napoli, Alfredo Guida Editore, 1999.

Locke, John, *An Essay Concerning the True Original, Extent, and End of Civil Government*, 1689. Trad. it. *Secondo trattato sul governo*, Milano, Rizzoli, 2013.

Losano, Mario G, *Forma e realtà in Kelsen*, Milano, Edizioni di Comunità, 1981.

Losano, Mario G., *Introduzione*, in H. Kelsen, *Il problema della giustizia*, Torino, Piccola Biblioteca Einaudi, 1998., pp. XV-XLII.

Losano, Mario G., *Nota bibliografica. La metamorfosi dal 1955 al 2010 del volume italiano di Kelsen sulla democrazia*, in H. Kelsen & A. Volpicelli, *Parlamentarismo, democrazia e corporativismo*, Torino, Nino Aragno Editore, 2012, pp. 81-94.

Losano, Mario G., *Opere di Hans Kelsen sulla giustizia*, in H. Kelsen, *Il problema della giustizia*, Torino, Giulio Einaudi Editore, 2000, pp. XLIII-XLVII.

Losano, Mario G., *Per un'analisi del "Sollen" in Hans Kelsen*, in «Rivista internazionale di Filosofia del diritto», XLIV, 3, 1967, pp. 546-568.

Lucrezio Caro, Tito, *De rerum natura*. Trad. it. *La natura delle cose*, Milano, Mondadori, 2019

Luhmann, Niklas, *Das Recht des Gesellschaft*, Suhrkamp, 1993. Trad. it. *Il diritto della società*, Torino, Giappichelli Editore, 2012.

Maddaloni, Domenico, *Visioni in Movimento: teorie dell'evoluzione e scienze sociali dall'illuminismo ad oggi*, Milano, Franco Angeli, 2011.

- Maine, Henry S., *Ancient Law. Its connection with the early history of society and its relation to modern ideas*, New York, Henry Holt & Company, 1906. Trad. it. *Diritto Antico*, Milano, Giuffrè Editore, 1998.
- Maine, Henry S., *Dissertations on Early Law and Customs*, London, John Murray, 1883.
- Maine, Henry S., *Village Communities in the East and West*, London, John Murray, 1895.
- Malinowski, Bronislaw, *Crime and custom in savage society*. Totowa, Rowman & Littlefield, 1926. Trad. it. *Diritto e costume nella società primitiva*, Roma, Newton Compton, 1972.
- Marini, Giuliano, *L'opera di Gustav Hugo nella crisi del giusnaturalismo tedesco*, Milano, Giuffrè, 1969.
- Marra, Realino, *Essere e dover essere nel modello weberiano di scienza giuridica*, in «Società Mutamento Politica», vol. 5, n. 9, 2014.
- Marra, Realino, *Max Weber: razionalità formale e razionalità materiale del diritto*, «Sociologia del diritto», n. 2, 2005, pp. 43-73.
- Marra, Realino, *Scienza giuridica e sociologia. Kelsen e Weber a confronto*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», a. XLVI, n.1, 2016, pp. 81-106.
- McClintock, Aglaia. *Il 753 a.C. L'anno zero del diritto*, in F. Casucci (a cura di) *Diritto di parola. Saggi di diritto e letteratura*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009, pp. 243-256.
- Millar, John, *The Origin of the Distinction of Ranks. An Inquiry into the Circumstances which gave rise to Influence and Authority in the different Members of Society*, 1779. Trad. it. *Osservazioni sull'origine delle distinzioni di rango nelle società*, Milano, Franco Angeli, 1989.
- Montesquieu, Charles-Louis de Secondat de, *De l'Esprit de Lois*, 1748. Trad. it. *Lo spirito delle leggi*, Milano, Rizzoli, 2013
- Morgan, Lewis H., *Ancient Society or Researches in the Lines of Human Progress from Savagery, through Barbarism to Civilization*, 1877. Trad. it. *La società antica*, Milano, Feltrinelli, 1983.
- Nisbet, Nisbet, *History of the Idea of Progress*, New York, Basic Books, 1980.
- Nitsch, Carlo, «Holmes Lecture, 1940-1941» *Studio storico-critico su Kelsen in America*, in H. Kelsen, *Diritto e pace nelle relazioni internazionali*, Milano, Giuffrè, 2009
- Nitsch, Carlo, *Diritto e forza nella comunità degli Stati. Studi su Hans Kelsen e la teoria del diritto internazionale*, Napoli, Satura, 2012.
- Oeser, Erhard, *Evolution and Constitution. The Evolutionary Selfconstruction of Law*, Wien, Springer, 2003.
- Ost, François, *Raconter la loi. Aux sources de l'imaginaire juridique*, Paris, Odile Jacob, 2004. Trad. it. *Mosè, Eschilo, Sofocle. All'origine dell'immaginario giuridico*, Bologna, Il Mulino, 2007.
- Paltrinieri Casella, Anna, *Lineamenti di antropologia culturale*, I.S.U. Università Cattolica, Milano, 2000.
- Parsons, Talcott, "Society and Nature: a Sociological Inquiry": *Book Review*, in «Harvard Law Review», vol. 58, 1943, pp. 140-144.

- Patrono, Mario, *Giustizia costituzionale in Europa: dalla "Corte di Kelsen" alla Corte dei diritti umani. Una prospettiva comparata*, in M. Patrono, *Hans Kelsen. Storia di tre storie*, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 77-120
- Paulson, Stanley L., *Kelsen and the Neo-Kantian Problematic*, in A. Catania e M. Fimiani (a cura di), *Neokantismo, diritto e sociologia*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1995, pp. 81-98.
- Paulson, Stanley L., *Methodological Dualism in Kelsen's Das Problem der Souveränität*, in A. Carrino (a cura di), *Kelsen e il problema della sovranità*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1990, pp. 85-103
- Paulson, Stanley L., *Toward a Periodization of the Pure Theory of Law*, in L. Gianformaggio (a cura di), *Hans Kelsen's legal theory: a diachronic point of view*, Torino, Giappichelli, 1990.
- Pes, Luca, *Teorie dello sviluppo giuridico*, Trento, Tangram Edizioni Scientifiche, 2012.
- Petruciani, Stefano, *Modelli di filosofia politica*, Torino, Einaudi, 2003.
- Pizza, Ilaria, *La "scelta" metodologica groziana tra aristotelismo e modernità*, in «Heliopolis. Culture Civiltà Politica», n.2, 2016, pp. 31-50
- Platone, *Opere complete*, Roma-Bari, Laterza, 1996
- Popper, Karl R., *The poverty of Historicism*, London, Routledge & Kegan Paul 1957. Trad. it. *Miseria dello storicismo*, Milano, Feltrinelli, 2002.
- Pound, Roscoe, *Interpretations of Legal History*, New York, The Macmillan Company, 1923.
- Pulcini, Elena, *Paura, legame sociale e ordine politico in Thomas Hobbes*, in G. M. Chiodi e R. Gatti (a cura di), *La filosofia politica di Hobbes*, Milano, Franco Angeli, 2009, pp. 65-80.
- Racinaro, Roberto, *Cassirer e Kelsen*, in A. Catania e M. Fimiani (a cura di), *Neokantismo, diritto e sociologia*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1995, pp. 99-110.
- Romeo, Francesco, *Una ipotesi coevolutiva sull'origine del diritto*, in «i-lex Scienze Giuridiche, Scienze Cognitive e Intelligenza Artificiale», 2010, 10, pp. 417-436.
- Sacco, Rodolfo, *Antropologia giuridica: contributo ad una macrostoria del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2007.
- Sacco, Rodolfo, *Le grandi epoche del diritto*, Torino, L'Harmattan Italia, 1996.
- Sammarco, Stefano, *Giustizia e morale: relativismi kelseniani*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», n.2, 2018, pp. 351-380.
- Sammarco, Stefano, *Hans Kelsen: la pace attraverso la storia*, in «Sociologia del diritto», n.3, 2016, pp. 37-60.
- Sanderson, Stephen K., *Social Evolutionism. A Critical History*, Cambridge, Basil Blackwell, 1990.
- Savigny, Friedrich K. von, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, Mohr und Zimmer, 1814. Trad. it. *Sulla vocazione del nostro tempo per la legislazione e la giurisprudenza*, in F. De Marini Avonzo (a cura di), *Savigny: antologia di scritti giuridici*, Bologna, Il Mulino, 1980, pp. 43-76.
- Scalone, Antonino, *Stato, scienza e società in Hans Kelsen*, Modena, Mucchi Editore, 2016

- Sinclair, Michael B. W., *The Use of Evolutionary Theory in Law*, in «University of Detroit Law Review», n. 64, pp. 451-477.
- Smith, Adam, *Lectures on Jurisprudence*, Oxford etc., Clarendon, 1978. Trad. it. *Lezioni di Glasgow*, Milano, Giuffrè Editore, 1998.
- Smith, Adam, *The Theory of Moral Sentiments*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.
- Stein, Peter, *Legal Evolution: the Story of an Idea*, Cambridge, Cambridge University Press, 1980
- Terradas Saborit, Ignasi, *Justicia vindicatoria: de la ofensa e indefensión a la imprecación y el oráculo, la vindicta y el talión, la ordalía y el juramento, la composición y la reconciliación*, Madrid, CSIC, 2008.
- Terradas Saborit, Ignasi, *Paul Vinogradoff y la Antropología Jurídica*, in «Revista interdisciplinar de estudios histórico-jurídicos», n. 18, 2015, pp. 11-43.
- Treves, Renato, *I due problemi della sociologia del diritto e l'insegnamento di Hans Kelsen*, in S. L. Paulson (a cura di), *Formalismo giuridico e realtà sociale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992, pp.179-191.
- Treves, Renato, *Il fondamento filosofico della dottrina pura del diritto di Hans Kelsen*, in «Atti della Reale Accademia delle Scienze di Torino», v. 69, 1933/34, pp. 52-90.
- Treves Renato, *Intorno alla concezione del diritto di Hans Kelsen*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», XXIX/III, 1952, pp. 177-197
- Treves, Renato, *Sociologia del diritto e sociologia dell'idea di giustizia nel pensiero di Hans Kelsen*, in «Sociologia del diritto», n. 3, 1981, pp. 7-24.
- Tuori, Kaius, *Lawyers and Savages. Ancient History and Legal Realism in the Making of Legal Anthropology*, London & New York, Routledge, 2015.
- Weber, Max, *Über einige Kategorien der verstehenden Soziologie*, 1913. Trad. it. *Alcune categorie della sociologia comprendente*, in M. Weber, *Saggi sul metodo delle scienze storico-sociali*, Torino, Edizioni di Comunità, 2001.
- Weber, Max, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1922. Trad. it. *Economia e società*, Roma, Edizioni di Comunità, 1995.
- Wieacker, Franz, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, 1952. Trad. it. *Storia del diritto privato moderno, con particolare riguardo alla Germania*, Milano, Giuffrè, 1980.
- Wilson, Edward O., *Sociobiology: the New Synthesis*, London, Belknap Press, 1975.
- Vinogradoff, Paul, *Outlines of Historical Jurisprudence. Volume I. Introduction & The Tribal Law*, London (etc.), Oxford University Press, 1920.
- Vinogradoff, Paul, *Outlines of Historical Jurisprudence. Volume II. The Jurisprudence of the Greek Cities*, London (etc.), Oxford University Press, 1922.
- Vinogradoff, Paul, *The Teaching of Sir Henry Maine*, London, Oxford University Press, 1904.
- Zaluski, Wojciech, *Evolutionary Theory and Legal Philosophy*, Cheltenham-Northampton, Edgar Elgar Publishing, 2009.