

## **IDOLA IMPERII**

**Francesco Romeo\***

**Abstract.** In questo saggio si individuano alcuni punti deboli o mancanti alle teorie sociologiche funzionaliste, per essere pienamente concepite come derivazioni teoriche delle teorie evoluzioniste. In particolar modo si fa riferimento al funzionalismo di Gunther Teubner, come il più vicino al raccordo con le teorie biologiche. La riflessività, l'autopoiesi e la comunicazione tra sistemi, seppur parziale, consentirebbero di continuare il cammino teorico sulla strada, aperta da Luhmann, dell'autonomia del diritto dall'individuo; quest'autonomia, infatti, ammette, almeno in via ipotetica, una direzione contraria all'individuo stesso. Questa ipotesi permetterebbe di indagare in una nuova direzione: se la riflessività del diritto è originaria, essa riguarderebbe anche le norme primarie, ed è ipotizzabile che esse nascano fin dall'origine anche contro l'individuo, contro la sua libertà e contro il suo calcolo immediato dell'utilità, introducendo, il diritto, l'innaturale principio di uguaglianza nei rapporti sociali tra gli uomini. Questa ipotesi permetterebbe di spiegare alcune, altrimenti inspiegabili, caratteristiche della giuridicità.

### **1. Il fantasma dell'evoluzione**

Sembra potersi affermare che l'importanza di una nuova teoria dipenda dal numero di avvistamenti di fantasmi aggirantisi nel campo di ricerca innovato. "A specter is haunting legal theory: its name is evolution. It comes in different shapes depending on what sort of argument it is to support."<sup>1</sup> La notizia degli avvistamenti si deve qui al sociologo tedesco Blankenburg, in corrispondenza della introduzione, da parte di Luhmann e Teubner del concetto di *reflexive law*<sup>2</sup>. Blankenburg aveva ragione a temere: quel concetto è un punto di non ritorno nel rapporto tra diritto ed evoluzionismo ed infatti il fantasma iniziò, successivamente, a materializzarsi, con l'introduzione del concetto di autopoiesi, nello scritto di risposta alle critiche di Blankenburg<sup>3</sup>.

Il rapporto tra leggi giuridiche e leggi dell'evoluzione è sempre stato discusso e discutibile. La normatività sembra congiungersi a qualsiasi disponibilità delle umane volontà sulle leggi che regolano le costruzioni

---

\* Università di Napoli Federico II. Il saggio è destinato al volume: A. Febbrajo, F. Gambino (a cura), *Il diritto frammentato*, Giuffrè, Milano, in corso di stampa.

<sup>1</sup> E. BLANKENBURG, *The Poverty of Evolutionism: a Critique of Teubner's Case for "Reflexive Law"*, in: *Law & Society Review*, 18, 2, 1984, p. 273.

<sup>2</sup> G. TEUBNER, *Substantive and Reflexive Elements in Modern Law*, in: *Law & Society Review*, 17, 2, 1983, pp.239 ss.

<sup>3</sup> G. TEUBNER, *Autopoiesis in Law and Society: a Rejoinder to Blakenburg*, in: *Law & Society Review*, 18, 2, 1984, pp.291 ss.

sociali, mentre le affermazioni evoluzioniste sulla cultura sembrano tese ad *avvalorare* o a *richiedere* una normativa giuridica, non ad accertarla o a prevederla: come qualsiasi etica, religione o ideologia, anche qui c'è una *veritas* che reclama *auctoritas*. Tuttalpiù, ciò che l'evoluzionismo potrebbe spiegare, si sostiene da alcuni, è il succedersi di diversi gruppi sociali nel tempo, l'affermarsi ed il crollare di società umane, non di regolamentazioni giuridiche. È nei fatti della storia, che il crollo dell'Impero Romano non coincise con il crollo del diritto romano, le popolazioni barbariche controllarono il territorio dell'Impero Romano, ma il diritto romano sostituì il diritto delle popolazioni barbariche, così come il crollo dello Stato Fascista non corrispose all'abrogazione del codice civile italiano, né di quello penale e via dicendo<sup>4</sup>. Socialità e diritto, società ed ordinamento giuridico, descrivono coppie d'insiemi semantici non identici, il secondo contiene, in potenza, innumerevoli possibili società.

Il diritto appare quindi essere l'ultima rocciosa frontiera di ricerca per l'evoluzionismo, assai più d'ogni altro aspetto della cultura umana. Nondimeno, l'ipotesi monofisita, per dir così, affascina: la possibilità di dare una spiegazione scientifica unitaria di tutto il mondo dei viventi resta un'indiscussa meta scientifica. Ciò è vero non solo per le scienze sociali, ma anche per gli stessi studi evoluzionistici provenienti dalle scienze della natura: infatti, l'ipotesi evoluzionista si può chiudere definitivamente in una teoria esplicativa solo se anche la specie umana entra pienamente nella spiegazione, e l'uomo si contraddistingue per una cultura ipertrofica e per costruzioni sociali in cui il diritto è *sempre* presente: non il ditterio *ubi societas ibi ius* è vero, ma la congiunzione: *ubi ius ibi hominum societas atque nulla hominum societas sine iure*. Questa relazione pone come impossibile una società umana senza diritto e restringe la relazione giuridica alla specie umana, come è dato dal confronto tra storia umana e storia naturale.

I giuristi inclini a cercare un *trait d'union* con le scienze biologiche ricorrono, in genere, a strumenti analogici o a metafore organiciste, scorgendo nel diritto, o meglio nelle prassi giuridico-sociali, dinamiche

---

<sup>4</sup> "It is, above all, lawyers thinking about law, not societal conditions, that determines the shape of legal change in developed legal systems. I chose to show as the main example that it was the thought pattern of the Roman jurists, rather than conditions in the society at large, that determined the origins and nature of the individual Roman contracts, and that the jurists were largely unaffected by society's realities." A. WATSON, *The Evolution of Law: Continued*, in: *Law and History Review*, 1987, p. 537 ss. On line: *Scholarly Works*. Paper 494, 1987, [http://digitalcommons.law.uga.edu/fac\\_artchop/494](http://digitalcommons.law.uga.edu/fac_artchop/494).

simili a quelle degli organismi viventi e trattando, conseguentemente, gli ordinamenti giuridici *come se* fossero organismi viventi. L'organicismo sociale - brutta formulazione frutto di quella sciatta metafora - da più di un secolo, oramai, contrabbanda significati, oltrepassando illegalmente, a bordo di pirateschi convogli concettuali, i confini di diverse teorie. Ma tale illecito contrabbando di significati non si limita alla finalità di spiegare evolucionisticamente il diritto o le prassi sociali, giacché ogni teoria sul concetto di diritto non è meramente descrittiva, ma è anche normativa, "*in my view they are not theories about law, but strategic models of law*"<sup>5</sup>. Il diritto, infatti, è l'unico oggetto di studio scientifico<sup>6</sup> a contenere questa normatività strategica.

La nozione di *diritto vivente*, ad esempio, in alcune sue accezioni è anch'essa una metafora organicista, che intende riferirsi alle pratiche sociali degli individui, avvalorando queste come fonti, senza far riferimento a dinamiche evolucioniste scientificamente corrette. Non è ammissibile applicare alla cultura ed al diritto le leggi dell'evoluzione, che si basano sulla maggiore riproduzione del gene più adatto all'ambiente, se non si spiega cosa si replichi nella cultura o perché una determinata caratteristica culturale favorisca la replicazione di determinati geni rispetto ad altri. Riproduzione genetica ed esplicatività teorica sono direttamente correlati nell'evoluzionismo<sup>7</sup>. Qui, è quanto mai evidente la normatività sottesa alla spiegazione concetto di diritto.

La traslazione delle leggi dell'evoluzione per metafora, analogia o somiglianza è, quindi, un'operazione metodologicamente viziata, mentre è opera scientifica la definizione di significati inerenti all'ambito di ricerca o l'osservazione di fenomeni isomorfi a quelli appartenenti ad altro ambito di ricerca. Correttamente Teubner descrive il principio di autoreferenzialità (riflessività) per il diritto ed osserva fenomeni autopoietici derivanti da esso<sup>8</sup>, ma ciò non ha nulla a che vedere con

---

<sup>5</sup> G. TEUBNER, *Autopoiesis in Law and Society*, cit., p. 292.

<sup>6</sup> Condivide questo aspetto con la teologia, ma ci può essere una risposta evolucionista a questa apparente stranezza, risposta legata ad una ipotetica comune origine culturale.

<sup>7</sup> Vedi infatti M. AMSTUTZ, *Evolutorisches Wirtschaftsrecht: Vorstudien zum Recht und seiner Methode in den Diskurskollisionen der Marktgesellschaft*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2002.

<sup>8</sup> Nel secondo saggio Teubner introduce il concetto di autopoiiesi nel diritto, ma, con cautela, ne limita il campo esplicativo "as a strictly euristic device. What follows for the problematic law and society relation if it is reformulated in terms of self-referentiality? What hypotheses and what recommendations for political-legal action are implied?" *Ibidem*, p.292.

metafore e racconti. Gli scritti di Teubner utilizzano in ambito sociale e giuridico concetti elaborati dalle scienze cognitive<sup>9</sup>, la riflessività però è un nuovo importante tassello nel *puzzle* del collegamento tra diritto e biologia.

Il rapporto tra cultura e diritto è uno dei più discussi della scienza giuridica e non solo. Esso è il luogo delle molteplici e ricorsive discussioni sui valori che dovrebbero fondare il diritto, sul rapporto del diritto con le società che è destinato a regolare, delle loro consuetudini, tradizioni e, appunto, valori etici. Il principio di autoreferenzialità permette di porre ulteriori pietruzze nel mosaico del rapporto diritto-natura-cultura, accorciando assai le distanze tra diritto e biologia, sia da parte degli studi tradizionali di teoria e sociologia del diritto che da parte degli studi evuzionistici.

Autoreferenzialità ed autopoiesi distaccano il diritto dall'individuo e ne mettono in primo piano l'autonomia. Il primo parziale distacco avvenne già con Kelsen<sup>10</sup>, ulteriormente Luhmann in riferimento ad Hart introduce l'autopoiesi del diritto per l'ambito delle norme secondarie. È un primo parziale distacco che però non affronta direttamente il problema del rapporto tra evoluzione biologica, culturale e sociale, da un lato, e quella giuridica. Luhmann chiude completamente il diritto in se stesso, conseguentemente il diritto e la sua evoluzione risultano essere del tutto indipendenti dai sistemi biologici che il primo è destinato a regolare. Teubner, invece, apre parzialmente agli altri sistemi, e questa strada deve essere percorsa fino in fondo. L'indagine sulle dinamiche evuzioniste del diritto divide ora in due il campo giuridico: le norme primarie restano ancorate a sistemi esterni a quello giuridico, come i sistemi morali o economici, mentre il diritto evolve autonomamente sulle norme secondarie<sup>11</sup>; dunque la strada percorsa giunge all'individuazione, in ambito giuridico, di fenomeni isomorfi - riflessività ed autopoiesi - a quelli biologici, almeno per una parte della giuridicità: le norme secondarie. Il limite teorico, però, qui giace nella mancanza di nesso tra

---

<sup>9</sup> Nel 1974 fu presentata una simulazione su computer di un modello autopoietico: F. G. VARELA, H. R. MATURANA, R. URIBE, *Autopoiesis: The organization of living systems, its characterization and a model*, in: *Biosystems*, 5, 4, 1974, pp. 187 ss., quindi N. LUHMANN, *Autopoiesis, Handlung und kommunikative Verständigung*, in "Zeitschrift für Soziologie", 1982, 11, 4, pp. 366 ss.

<sup>10</sup> Nella note pagine sulla "dissoluzione del concetto di persona": H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1952, pp. 87 ss.

<sup>11</sup> Questa è la via scelta da M. D. GUTTENTAG, *Is There a Law Instinct?*, in: *Washington University Law Review*, 87, 269, 2009, pp. 269 ss..

questi fenomeni e l'intero apparato esplicativo della teoria evoluzionista; si dovrebbe approfondire la relazione tra i diversi sistemi e porre la domanda sull'origine di quest'autonomia, domanda che però manca. Come manca nella dottrina sia giuridica che sociologica la domanda sull'origine del diritto: per Teubner il diritto si autoproduce ed evolve, chiudendo la norma fondamentale il percorso di ricerca. Se però ci si ferma ad una non conoscibile norma fondamentale e non si va a cercare la vera origine, non si può sapere come evolve e su che regole si autoproduce il diritto: in base a cosa si giudica la selezione? A che cosa un diritto è più adatto?

## **2. L'autopoiesi delle norme primarie**

Il riferimento dell'autopoiesi alle sole norme secondarie è necessario in un sistema chiuso alla Luhmann, ma, aprendo Teubner il sistema giuridico ai 'rumori' provenienti dagli altri sistemi, si dovrebbe anche indagare l'esistenza di norme primarie frutto di autopoiesi, e per fare questo sarebbe necessario scoprire perché nell'evoluzione della socialità umana è sorta la relazione giuridica, e quale ruolo abbia svolto e svolga. Teubner apre i concetti di autoreferenzialità ed autopoiesi derivati dalla biologia, ciononostante asserisce che l'utilità dell'autoreferenzialità è l'autonomia del sistema giuridico rispetto agli altri sistemi, mentre si potrebbe inferire la possibilità di influire sugli altri sistemi in base a, e per i fini di, logiche interne al sistema.

L'impostazione di Teubner, al contrario di quella di Luhmann, potrebbe condurre su questa strada e, finalmente, ad un allacciamento del diritto con la teoria evoluzionista, ma tale riunione non sarà mai possibile finché non si troverà ciò che unisce gli aspetti biologici e quelli culturali, se non si risale, cioè, all'origine della relazione giuridica.

In altro lavoro<sup>12</sup> ho tentato una risposta a questa domanda, che non riprendo qui, mi limito a delineare alcune caratteristiche del diritto che credo possano indicare la strada per una unificazione teorica.

---

<sup>12</sup> F. ROMEO, Un'ipotesi coevolutiva sull'origine del diritto, in: *i-lex*, 10, 2010, pp. 417 ss. trad inglese: A coevolutionary hypothesis on the origin of law, in: *i-lex*, 10, 2010, pp. 1 ss. In rete all'indirizzo: [http://www.i-lex.it/articles/volume5/issue10/romeo\\_en.pdf](http://www.i-lex.it/articles/volume5/issue10/romeo_en.pdf). L'ipotesi poggia sul meccanismo della fiducia e della normatività: "La cultura umana è strutturata da regole che posseggono la caratteristica della normatività, che permette di attualizzare un avvenimento futuro ed incerto, simulando un rapporto di causalità, in ambiti in cui ad esso dovrebbe sostituirsi un rapporto di probabilità, e generando fiducia (aspettativa) nella realizzazione dell'evento probabile (dover essere). S'ipotizza che l'origine della normatività sia collegata alle prime pitture rupestri, con

Il diritto è una delle poche scienze che non riescono a definire univocamente e comprensivamente il proprio oggetto né il proprio campo di applicazione. Esistono solo teorie, o meglio ipotesi, discordanti sul diritto. In questa mancanza di unitarietà ogni teoria è destinata a percorrere, prima o poi, il suo cammino di *post-de-neo-teorie*, manifesto di una costruzione teorica valorialmente in contraddittorio, ma che non riesce a trovare una costituzione scientifica formale coerente ed esplicativa di ogni aspetto. Quanto detto non è il difetto di questa o di quell'altra teoria sul diritto, ma di tutte: il diritto, nel suo insieme, resta un concetto intuitivo e le teorie sul diritto restano normativamente orientate.

La riflessività, l'autopoiesi e la comunicazione tra sistemi, seppur parziale, consentirebbero di continuare il cammino teorico sulla strada dell'autonomia del diritto dall'individuo; quest'autonomia, infatti, ammette, almeno in via ipotetica, una direzione contraria all'individuo stesso. Questa ipotesi permetterebbe di indagare in una nuova direzione: se la riflessività del diritto è originaria, essa riguarda anche le norme primarie, ed è ipotizzabile che esse nascano fin dall'origine *anche* contro l'individuo, contro la sua libertà e contro il suo calcolo immediato dell'utilità<sup>13</sup>, introducendo, il diritto, l'innaturale<sup>14</sup> principio di

---

l'identificazione della rappresentazione con la realtà. L'allargamento del meccanismo della fiducia al 'dover essere' ha permesso a gruppi cooperativi di uomini di scambiare informazioni, di stabilizzarsi e di espandersi, predando vittoriosamente gli altri gruppi e permettendo all'aspettativa di realizzarsi. Il diritto trova origine da questo meccanismo di stabilizzazione delle società umane, che ha permesso l'evoluzione della cultura, cioè di uno scambio di informazioni regolato dalla normatività e non esclusivamente a livello genetico. Il diritto ha permesso l'allargamento delle società umane da ristretti gruppi di consanguinei a gruppi allargati formati da individui non consanguinei e che non si conoscono reciprocamente, è il meccanismo che ha permesso la major transition rappresentata dalla cultura umana, consentendo lo scambio di informazioni all'interno del gruppo e l'operare delle forze selettive tra gruppi allargati di uomini." p 417. Vedi anche F. ROMEO, *Some aspects of the evolution of legal norms in the Lower Pleistocene*, in: *Jusletter IT*, 29, 6, 2011, <http://jusletter-it.weblaw.ch>.

<sup>13</sup> La norma viene infatti definita in Kelsen come *sensu di un atto di volontà rivolto all'altrui comportamento*, è quindi già nella definizione la caratteristica anti libertaria e coercitiva.

<sup>14</sup> Nel senso di contrarietà ai principi dell'evoluzione, che invece si basano sulla differenziazione, ma soprattutto sulla massimizzazione della *fitness* genetica: il principio di uguaglianza è la base dell'altruismo, il gene, invece, è

uguaglianza nei rapporti sociali tra gli uomini<sup>15</sup>. Questa ipotesi permetterebbe di spiegare alcune, altrimenti inspiegabili, caratteristiche della giuridicità.

In primo luogo, il diritto è slegato dai singoli individui ai quali si rivolge, ivi compresi i capi dei gruppi sociali. Ogni ordinamento giuridico ammette la presenza di norme che, se valutate in un'ottica di primazia dell'individuo, appaiono pienamente contraddittorie. Ne è uno dei tanti esempi la diversa valutazione della personalità giuridica, della capacità e della ripartizione d'interessi e diritti tra individui appartenenti ad un ordinamento ed individui non appartenenti. La dialettica schmittiana di amico/nemico spiega, infatti, gli ordinamenti giuridici non sull'individuo ma sul gruppo.

In secondo luogo, il diritto è anche indipendente dai sistemi etici e religiosi: nella storia dell'umanità non c'è abominio etico che in un qualche ordinamento giuridico, anche recente e recentissimo, non abbia trovato accoglimento e realizzazione giuridica. Sarebbe però una fallacia concludere che il diritto non abbia alcuna assiologia, ben potrebbe avere (o essere), come sostengo, un insieme di valori che tutelano direttamente la collettività ed indirettamente l'individuo. Mentre il sentire individuale pone un'indubbia primazia dell'etica sul diritto, i sistemi etici chiedono riconoscimento ai sistemi giuridici. Viceversa, i sistemi giuridici non reclamano un riconoscimento etico, anzi, proclamano la propria indipendenza e decidono quale sistema etico o

---

egoista, come notoriamente ci dice R. DAWKINS, *The Selfish Gene*, Oxford University Press, New York, 1976.

<sup>15</sup> La fondazione del diritto in principi etici o economici giunge a conclusione solo dando primazia alla socialità sull'individuo e ponendo il principio di uguaglianza a fondamento di ogni ordinamento giuridico, vedi G. CARCATERRA, *Dal Giurista al filosofo. Livelli e modelli della giustificazione*, Giappichelli, Torino 2007, pp. 117 ss. Nel lavoro prima citato sostengo l'ipotesi che l'origine del diritto corrisponda all'introduzione di regole quasi egalitarie nei gruppi sociali umani, in particolar modo a riguardo della divisione della preda. Principi egalitari sono condivisi da tutti gli ordinamenti giuridici, e questi principi non sono immediatamente massimizzatori della fitness. Fare sì che l'individuo agisse con comportamenti altruistici, che non massimizzano la fitness individuale, è stato il passo cruciale per l'evoluzione della cultura umana. V. F. ROMEO, Un'ipotesi coevolutiva, cit., pp. 433 ss.; C. BOEHM, *Hierarchy in the Forest: the Evolution of Egalitarian Behavior*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 1999; vedi anche F. ROMEO, *Diritto e rappresentazione. Alcune ipotesi sull'origine del diritto e sul principio di uguaglianza*, in: *Studi in onore di Franco Modugno*, Editoriale scientifica, Napoli 2011, pp. 3037-56.

religioso riconoscere. Analogamente si sviluppa la dialettica tra sistemi economici e giuridici e, nella percezione individuale, tra economia e diritto<sup>16</sup>. L'economia chiede regolamentazione e deregolamentazione, ed il diritto sceglie il sistema economico<sup>17</sup>. Un esempio è stata l'economia comunista di derivazione marxista, ma si possono pensare tante altre costruzioni economico – giuridiche diverse come, ad esempio, lo Stato commerciale chiuso di Fichte. L'individuo calcola economicamente il proprio utile e la propria convenienza, il diritto gli impone di modificare il calcolo o di rinunciarvi.

In terzo luogo, il diritto è sempre conseguenza di una decisione individuale, ma sempre necessita di una comunicazione argomentata e giustificata, che lo distacchi dalla soggettività del decisore. Ciò è necessario al punto da richiedere una giustificazione costruita *ex post*: argomentazione e giustificazione, infatti, non costruiscono la decisione, ma la comunicano e costituiscono la realtà per altra futura decisione, cioè il diritto stesso. La giustificazione è sempre presente, ma essa non descrive mai il reale percorso compiuto per giungere alla decisione, né tutti gli interessi, valori, dati di fatto e pregiudizi che sono stati considerati dal decisore. Il diritto esige però un decisore che appaia imparziale, che sappia cioè costruire una giustificazione in cui nulla d'appartenente alla sfera personale sia manifesto. La sentenza di un giudice corrotto non si discosta da quella di un giudice onesto per la presenza dei segni della corruzione nella sentenza, è stata però anche quella specifica corruzione che ha condotto il giudice a decidere in un modo piuttosto che in un altro il caso concreto. Il rapporto tra pregiudizi e decisione è problematico per la teoria del diritto, ma al dover essere teorico, che impone l'imparzialità, corrisponde tutt'altra prassi, vedi, ad esempio, gli studi statistici sui pregiudizi razziali o legati all'orientamento politico o di gruppo sociale nei giudici elettivi dei tribunali Statunitensi<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> Il rapporto tra il diritto e l'economia è, nella prospettiva che propongo, correttamente delineato nello scritto di N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma – Bari, 1998, ma la non intuitività, legata alla primazia dell'economia nella percezione individuale, si manifesta negli scritti di risposta, raccolti in: AA.VV., *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma – Bari, 1999.

<sup>17</sup> Sul punto vedi N. IRTI, *Norma e luoghi*, Laterza, Roma – Bari, 2001, pp. 12 ss.

<sup>18</sup> D. STEFFENSMEIER, Ch. L. BRITT, *Judges' Race and Judicial Decision Making: Do Black Judges Sentence Differently?*, in: *Social Science Quarterly*, 82, 4, 2001 pp. 749 ss.; J. L. GIBSON, *Race as a Determinant of Criminal Sentences:*



La primarietà dell'esigenza comunicativa e di condivisione sociale, nel diritto, spiega anche alcune specifiche procedure, ancora oggi utilizzate e che altrimenti sarebbero inspiegabili. La procedura accusatoria del diritto penale trova la sua spiegazione non nella necessità di accertamento del vero bensì di condivisione e pacificazione sociale, raggiunti tramite il convincimento. Il capro espiatorio fu uno degli strumenti giuridici più efficaci ed efficienti a quei fini e tutt'oggi, seppur squalificato, è la soluzione giuridica prescelta, nei casi in cui il mantenimento della fiducia nella struttura sociale, giurisdizione compresa, lo richieda. Spesso il giudice decide per la colpevolezza anche in presenza di soli indizi contraddittori<sup>19</sup>. È la giurisdizione, in senso ampio, a dover dare risposta al senso di giustizia individuale, alla domanda di pace sociale e al naturale desiderio di vendetta delle vittime. Alle volte trovare un colpevole diventa prioritario rispetto alla certezza della colpevolezza. In un processo seguito dai mass-media chiunque, per quanto ignorante di diritto, si sente autorizzato ed in grado di dare una risposta sulla colpevolezza ed è convinto della propria scelta. In questi casi il giudice e l'inquirente possono venire influenzati dalla necessità di trovare una risposta, e la necessità di ricerca della verità storica viene così offuscata. Nel diritto civile l'esigenza di una risposta, sempre e comunque, viene soddisfatta dall'apertura del sistema tramite il permesso di analogia. Soddisfano questa esigenza anche l'esecuzione del capo sconfitto o l'asserita legittimità del tirannicidio. In questi esempi è più facile intravedere il contenuto che compone l'ossatura assiologica, seppur minimale, del diritto.

Solo apparentemente, dunque, qualunque contenuto è possibile: il diritto appare pronto ad accogliere ogni contenuto se ci si ferma alla relazione diritto - individuo, non è così nella relazione tra gruppi d'individui, relazione che può ben spiegare, evolucionisticamente, la presenza del diritto nelle società umane. La necessaria costruzione giuridica delle società umane, in qualsiasi epoca si vada a cercare, palesa il legame costitutivo diritto - società, non quello diritto - individuo e da questo legame il diritto ne deriva i contenuti assiologici primari. Il nichilismo giuridico è vero solo in una posizione individualista: *"Il nichilismo giuridico si fa consapevole non già per un'assenza di scopi (i quali premono molteplici e fortuiti), ma - vorrei dire - per un'assenza*

---

*A Methodological Critique and a Case Study*, in: *Law & Society Review*, Special Issue on Criminal Justice, 12, 3, 1978, pp. 455 ss.

<sup>19</sup> L'errore giudiziario, più frequente di quanto comunemente si creda, è, a mio avviso, il principale motivo per respingere le soluzioni giuridiche irriducibili, quali la pena di morte.

*di necessità, per un'apertura a tutte le scelte ed a tutte le soluzioni. La volontà non ha pace, e trascorre di scopo in scopo, da emergenza ad emergenza, da posizione a posizione di norme. [...L]e indefinite e occasionali rationes legum, gli scopi ed i mezzi scelti dalla volontà umana, non si raccolgono in unità e totalità.*"<sup>20</sup> Il passo, contenuto nell'ormai celebre scritto di Irti, rende pienamente evidenti i presupposti individualisti del nichilismo giuridico, ma il diritto, slegato da volontà umane ed utili individuali, palesa finalmente la funzione di struttura sociale, funzione alla quale soggiace anche l'imperio e la volontà del potere. L'arbitro delle regole giuridiche è il gruppo stesso, la sua sopravvivenza, non la volontà individuale e la sopravvivenza del singolo, e nel confronto tra gruppi: *"selfishness beats altruism within groups. Altruistic groups beat selfish groups. Everything else is commentary"*<sup>21</sup>. Questa legge sociobiologica evidenzia la funzione del diritto e la sua assiologia. Il ruolo che il diritto ha svolto nella storia è stato di stabilizzazione di società ad alto scambio di informazioni, permettendo lo sviluppo della cultura complessa umana, evitando che società altamente culturali<sup>22</sup> collassassero e permettendo il confronto vittorioso con altre società non governate da regole giuridiche. In questa ipotesi, il diritto non è una manifestazione qualsiasi della cultura umana, *il diritto è la struttura che ha permesso e guidato l'evoluzione della cultura*. La quotidianità giuridica è formata da regole che indirizzano il comportamento del singolo in modi contrari al calcolo individuale della *fitness*. La normatività e la fiducia generate dal diritto, permetteranno di prevedere il comportamento altrui e di pretendere l'avveramento di tale previsione dal *'sovrano'*: esso è governato dalla natura del diritto, ne è costretto nelle sue scelte e nella richiesta, ed aspettativa, di *'avveramento'* delle previsioni normative.

L'ipotesi schmittiana dello stato d'eccezione potrebbe chiamarsi fantagiuridica, ipotetica, illusoria, ma, più di tante altre ipotesi sul diritto, evidenzia la natura non descrittiva ma normativa delle teorie sul diritto. Qui la nota risposta schmittiana appare giustificata nei termini intuitivi del senso comune o della emotività individuale, ma incapace di comprendere la controintuitività di un gruppo e del suo diritto che

<sup>20</sup> N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Laterza, Roma - Bari, 2004, pp. VI s.

<sup>21</sup> "L'egoismo vince l'altruismo all'interno dei gruppi. I gruppi altruisti vincono i gruppi egoisti. Tutto il resto è commento" D.S.WILSON, E.O.WILSON, *Rethinking the theoretical foundation of sociobiology*, in: *Quarterly Review of Biology*, 82(4) 2007, p.345.

<sup>22</sup> Società in cui lo scambio di informazioni non è regolato esclusivamente a livello genetico.

sopravvivono senza rappresentanza politica. In un pregiuridico stato di eccezione, contrariamente alla ipotesi schmittiana, i gruppi umani si sono rivolti, nella loro storia, incerti ed interrogativi al loro capo, ma sempre sicuri della propria identità di gruppo: in questi momenti, il capo sconfitto soggiace, in una tragica fine, al gruppo che si ripiega in se stesso ma non si riconosce più nel sovrano, ed il diritto continua a far scrivere pagine di storia umana nelle quali verrà annotata anche la fine di un altro sovrano.