

## Prologo

### Ubi societas ibi ius?

#### *Ordinamenti giuridici e non giuridici.*

All'inizio di molti commentari di diritto, troviamo citata la massima *ubi societas ibi ius*, rovesciata anche in *ubi ius ibi societas*. Sono luoghi comuni che i giuristi ripetono continuamente perché sembrano enunciare una verità autoevidente. Prendiamoli anche noi come spunto per iniziare le riflessioni sulla nostra materia con qualche parola introduttiva generale.

Non si sa chi ha coniato queste formule. Sappiamo, invece, che esse costituiscono l'impalcatura concettuale d'un testo classico, *L'ordinamento giuridico* (1918) di Santi Romano, giurista famoso per la sua teoria del «diritto come istituzione». All'inizio troviamo queste proposizioni:

a) Anzi tutto il concetto di diritto deve ricondursi al concetto di società. Ciò in due sensi reciproci, che si completano a vicenda: quel che non esce dalla sfera puramente individuale, che non supera la vita del singolo come tale non è diritto (*ubi ius ibi societas*); e inoltre non c'è società, nel senso vero della parola, senza che in essa non si manifesti il fenomeno giuridico (*ubi societas ibi ius*). Senonché quest'ultima proposizione presuppone un concetto di società che è assolutamente necessario porre in rilievo. Per società deve intendersi non un semplice rapporto fra gli individui, come sarebbe, per esempio, il rapporto di amicizia, al quale è estraneo ogni elemento di diritto, ma un'entità che costituisca, anche formalmente ed estrinsecamente, un'unità concreta, distinta dagli individui che in essa si comprendono. E deve trattarsi di un'unità effettivamente costituita: tanto per addurre un altro esempio, una classe o un ceto di persone, non organizzato come tale, ma determinato da una semplice affinità fra le persone stesse, non è una società vera e propria [...].

b) Il concetto di diritto deve, in secondo luogo, contenere l'idea dell'ordine sociale; il che serve per escluderne ogni elemento che sia da ricondurre al puro arbitrio o alla forza materiale, cioè non ordinata. Tale principio, del resto, è soltanto un aspetto del precedente, anzi deve in-

tendersi nei limiti in cui si può dedurre da quest'ultimo come corollario: ogni manifestazione sociale, pel fatto solo che è sociale, è ordinata, almeno nei riguardi dei consoci<sup>1</sup>.

I passi ora citati possono essere compresi e condivisi alla luce di qualsiasi concezione del diritto. Ma essi proseguono con altre affermazioni che valgono solo alla luce della concezione del diritto di Romano, la concezione istituzionale del diritto, il «diritto come istituzione». Ne parleremo più avanti. Ora concentriamoci su quelle due formule che dicono che se non c'è diritto, c'è caos, lotta di tutti contro tutti, guerra civile: tutte cose che contraddicono l'idea della vita in società. Viceversa se c'è ordine, se c'è armonia, se c'è convivenza, ciò significa che esiste diritto.

Possiamo iniziare da qui le nostre considerazioni separando le due formule, i due «*ubi [...] ibi*». La massima *ubi societas ibi ius* contiene del vero solo se per diritto intendiamo il coacervo indistinto delle strutture normative che danno consistenza e forma alle compagini sociali. Esse, le *societates*, esistono solo se le azioni e le reazioni di coloro che le compongono sono stabilmente coordinate tra loro, ciò che richiede la vigenza di norme generalmente riconosciute. In questo generico senso di *ius*, vale la formula che lega le società al diritto.

Se, invece, teniamo in considerazione il fatto che le strutture normative della vita sociale sono numerose e hanno radici in diverse dimensioni dell'umana esperienza, e che il diritto appartiene a una sola specifica esperienza differenziata dalle altre, l'espressione anzidetta è sbagliata (o manifesta una sorta di presunzione dei giuristi, come si spiegherà più avanti). Sono esistite ed esistono, infatti, società e intere civiltà che non hanno conosciuto e non conoscono il diritto e sono regolate da altro genere di norme: superstizioni, oracoli, prescrizioni religiose e miti, tradizione, necessità imposta dalla lotta per la sopravvivenza in ambienti umani o naturali ostili, per esempio. Queste norme, hanno i loro «sacerdoti», equivalenti ai «sacerdoti del diritto» (come amano talora definirsi i giuristi) ma diversi da loro e, quanto a cogenza, non hanno nulla da invidiare alle norme giuridiche. Dire che sempre società e diritto coesistono è dunque un errore che ingenera confusioni perché non distingue il

diritto dalle altre strutture normative del vivere sociale. Si può vivere in società anche senza diritto. È vero, invece, l'inverso: tutte le volte che c'è diritto, ivi esiste società poiché non può esserci diritto senza una base in un ordine sociale.

Dunque, se distinguiamo il diritto da altri sistemi di norme, dobbiamo dire che ci possono essere società non giuridiche mentre non ci può essere diritto non sociale<sup>2</sup>. Perciò, possiamo accettare come valida in generale l'espressione *ubi ius ibi societas*, ma non *ubi societas ibi ius*. Si può vivere in società facendo a meno del diritto e dei giuristi, ma il diritto e i giuristi non possono fare a meno della società.

L'espressione *ubi societas ibi ius* presuppone, dunque, che si assegni a tutti i sistemi normativi la patente di «diritto». Naturalmente, nulla lo vieta perché tutte le definizioni, e anche la definizione di diritto, derivano da scelte classificatorie. In effetti, l'etnologia e l'antropologia culturale spesso parlano di diritto con riguardo a società arcaiche omologando indifferenziatamente sistemi normativi molto diversi tra loro. Ma, se facessimo lo stesso anche noi, perderemmo il significato del diritto in un senso specifico, il senso che è quello che interessa quando ne parliamo con riguardo alle società nelle quali noi viviamo. Il nostro diritto è una forza strutturante la società che ha caratteristiche proprie; le oscureremmo in definizioni troppo comprensive.

Se dicessimo che qualsiasi società, cioè qualsiasi consorzio umano dotato di un suo ordine, per ciò stesso ha un diritto cioè è giuridica, faremmo uso di un concetto troppo vago per essere utile. A parte l'orda, mera forza brutta collettiva simile al branco, allo sciame, tutte le società, a incominciare da quelle che l'antropologia denomina «primitive», conoscono differenziazioni di funzioni, rapporti stabilizzati, premi e sanzioni, regolati in modi non meno vincolanti di quelli che conosciamo nelle società «evolute» che si affidano al diritto: regole tradizionali che si trasformano per evoluzione, regole strutturali funzionalistiche che garantiscono la cooperazione tra i membri e la difesa dai pericoli esterni, regole che disciplinano e, per così dire, disarmano la lotta per il potere e la trasformano in competizione: conoscono dunque istituzioni. Ma, possiamo dire che si tratta di «diritto»? L'Egitto dei faraoni, l'Atene del VI e V secolo a.C., gli Israeliti

sotto la guida di Mosè, le tribù dell'America del Nord, i popoli delle Americhe precolombiane, per esempio, erano società anche assai complesse. Il culto del sole e dei morti e delle erme, il legame al *genos* patrio, i segni della natura, come il volo degli uccelli o i movimenti delle viscere degli animali interpretati da auguri, aruspici e indovini, i messaggi divini interpretati dai sacerdoti, i ritmi delle acque dei grandi fiumi su cui si regolava la vita delle cosiddette "società idrauliche", il totem e il tabù, le gare canore tra gli Inuit e le gare tecnologiche nell'Isola di Pasqua che servivano ad assegnare "legittimamente" il potere di governo e a regolare la vita sociale, e si potrebbe continuare, non erano forse capaci di modellare la vita di intere società? Capaci di modellare un ordine sociale stabile nel tempo e di legittimare il potere garante di tale ordine?

Anche se queste norme assumono forma scritta, non necessariamente siamo ancora nel campo di ciò che conviene denominare diritto. Il *libro del diritto*, di cui taluno parla a proposito delle antiche istituzioni mesopotamiche, pare raccogliesse informazioni a futura memoria sulle nozioni utilizzate per la formulazione di atti d'imperio, come ausilio – si potrebbe dire come un prontuario – nell'esercizio del potere. L'ordine e il governo riposavano non su tali "leggi", ma queste dovevano essere solo tecniche al servizio di un ordine indipendente e preesistente. Il *Codex Hammurapi*, inciso su una stele di basalto esposta al pubblico, corrisponde a una fase successiva. La dichiarazione pubblica e solenne di regole del vivere comune, destinata a valere oltre il tempo del governo del re, pare volesse porre le basi d'ogni futuro governo e d'ogni futura decisione delle controversie tra i sudditi. Il *Codex* è la manifestazione della volontà legislatrice del re che riassume significati dal passato e li fissa obbligatoriamente per il futuro in base alla sua autorità. È, al tempo stesso, consolidazione e imposizione in cui emerge non la legge, ma il re che la assume come sua e, essendo lui il re, diventa la legge di tutti. Non è un codice in senso moderno – scrive lo storico delle società antiche e delle loro religioni Jan Assmann<sup>3</sup> – ma la celebrazione d'un re giusto, una «iscrizione commemorativa» che, invece di commemorare vittorie militari o opere pubbliche, commemora la giustizia regia. La giustizia e il diritto stanno dentro e sotto la sua volontà.

### *Differenziazione.*

Il punto di vista che qui si sostiene è che il diritto nasce distinguendosi con caratteri propri dal coacervo delle strutture normative della società, quando le norme del vivere comune si spersonalizzano, si rendono oggettive e non coincidono con l'immediata e contingente volontà del re, sia pure il re più giusto di questo mondo, o con un'ansia immediata di giustizia non mediata da regole valide in generale. La "grazia" agli amici o la "lista di proscrizione" dei nemici del re, o il linciaggio dell'assassino scoperto sul fatto e, in generale, il "farsi giustizia da sé" non sono diritto. Il diritto nasce per differenziazione sia dal comando capriccioso, sia dallo spontaneo istinto di giustizia. Rendendosi oggettivo può diventare oggetto di una scienza, una scienza alla quale si dedicano "i giuristi", un ceto sociale dedicato a varie attività che assumono, tutte, il diritto come professione.

La differenziazione anzidetta non compare nella vita delle istituzioni sociali in un momento dato, già tutta quanta delineata, ma si viene formando a poco a poco all'interno di istituzioni che, per così dire, la tengono in incubazione fino a quando le condizioni esteriori politiche e culturali di un'epoca ne favoriscono la nascita.

In questa sede non è possibile fornire altro che piccoli accenni esemplificativi. Nelle società arcaiche, accanto al re-stregone-taumaturgo, spesso si formano collegi di saggi, depositari delle tradizioni e delle identità tribali, ai quali il re si rivolge per avere consigli nel prendere le decisioni importanti e dirimere le liti. Questo è già un rozzo embrione, replicato in società più evolute, come quella dell'Egitto antico, in cui il faraone era circondato dalla potente élite dei sacerdoti.

L'evento capitale nella storia della nostra civiltà giuridica è narrato in forma mitologica da Eschilo nelle *Eumenidi*: diremmo noi, "le benevole" o "le benefiche". Esso assume il valore di un paradigma permanente perché l'amministrazione della giustizia viene riservata a un luogo particolare, consacrato specificamente a questa funzione. È l'Areopago, dove Atena, la dea della *pòlis* ateniese schietta, benefica, saggia, impone che Oreste il matricida sia giudicato dai cittadini e, così, sottratto alla violen-