

288861

Università di Genova  
Biblioteca Giuridica  
"P. E. Bensa"

GIOVANNI TARELLO

F7  
4  
7  
59 bis

a Giovanna

# Diritto, enunciati, usi

*Studi di teoria e metateoria del diritto*



88293

IL MULINO

## I. « Diritto »

Uno dei modi piú consueti, per i giuristi, di fare della politica del diritto è quello di procedere per definizioni. Acquistano particolare rilievo, sotto questo profilo, i concetti sistematici e quelli di campo, cioè quelli che permettono di dare via libera, o di escluderla, all'impiego di altri concetti assunti come subordinati ai primi, nel corso di operazioni di qualificazione giuridica. Tra questi concetti di campo indubbiamente gioca un ruolo politico quello di « diritto »: ed è sin troppo noto quali ipoteche abbiano posto sull'operare dei giuristi le definizioni concettuali di diritto come forma<sup>1</sup>, di diritto come norma, di diritto come istituzione, di diritto come ordinamento. Una delle piú vistose caratteristiche della corsa all'enciclopedia giuridica, propria della cultura giuridica italiana, consiste nell'affidamento delle voci relative a concetti di campo a filosofi del diritto (anziché a storici del diritto), con il risultato di rendere meno evidente di quanto sarebbe auspicabile la connessione delle definizioni storiche con le storiche politiche del diritto. I pochi studi relativi alla definizione del diritto (a tacere di quelli oramai — e forse da sempre — inutilizzabili quali quello sul concetto del diritto di Del Vecchio), come quello di Kantorowicz<sup>2</sup>, quello di Scarpelli<sup>3</sup>, e quello di Hart<sup>4</sup>, sono anch'essi, sotto il profilo che qui interessa, non del tutto e in tutto opportuni in quanto affetti da preoccupazioni costruttive. La mia personale opinione su come dovrebbe essere svolta una voce « diritto », non potendo collocarsi nelle diffuse enciclopedie che già hanno da tempo provveduto, può, per il

<sup>1</sup> Cfr. *infra*, parte I, cap. II.

<sup>2</sup> Cfr. *infra*, parte I, cap. V.

<sup>3</sup> Cfr. *infra*, parte I, cap. IV.

<sup>4</sup> Cfr. *infra*, parte I, cap. VI.

caso che a qualcuno interessi, affidarsi ad una rivista: e quale meglio di questa? <sup>5</sup>

Il vocabolo « diritto » è tra i più ambigui e polisensso tra quelli impiegati nelle scienze politiche; lo stesso può dirsi, ovviamente, per i vocaboli che ne costituiscono una traduzione più o meno adeguata in altre lingue, come *droit*, *derecho*, *direito*, *Recht*, *ratt*, *pravo*, *oigus*; o per i vocaboli che ne costituiscono traduzione solo relativamente ad alcuni suoi sensi d'uso (come è il caso per i vocaboli inglesi *right* e *law*). Tra i fattori di simile ambiguità va indicato il fatto che il vocabolo « diritto », e gli altri che ne costituiscono traduzioni parziali, è sempre carico di connotazioni di valore ed il suo impiego non si dà quasi mai (taluni ritengono: mai) in funzione puramente descrittiva, bensì si dà quasi sempre in funzione valutativa e precettiva <sup>6</sup>, o nel corso di operazioni di politica, o quantomeno di politica della cultura. Per questa ragione il vocabolo si è caricato di tutti i sensi connessi con le operazioni politiche cui il suo impiego ha fornito strumenti o che nel suo impiego si sono esaurite. Per questa stessa ragione il designato di « diritto » è variabile, e variabile è stato anche in epoche storiche non vicine. Per quanto concerne epoche storiche più antiche, vocaboli che sogliono essere oggi tradotti con « diritto » hanno presentato anch'essi grande latitudine di significato.

In particolare, si suole tradurre con « diritto » tanto il vocabolo greco *dicaion* (che ha originariamente valore di aggettivo) quanto il vocabolo latino *ius* (che in origine aveva valore avverbiale, e assunse poi valore di aggettivo e più tardi di sostantivo); il « diritto » delle lingue romanze discende da un sostituto medievale di *ius*, e cioè *directum* (in origine con valore aggettivale). Anche la variabilità storica dei valori grammaticali di « diritto » o di vocaboli che ne costituiscono, o di cui esso costituisce,

<sup>5</sup> Progetto per la voce « Diritto » di una enciclopedia, in « Politica del diritto », II (1971), n. 6, pp. 741-747.

<sup>6</sup> Cfr. *infra*, parte II.

traduzione più o meno soddisfacente, è indizio di una estrema elasticità delle regole d'uso del vocabolo e perciò del suo significato. La praticabilità delle traduzioni, come è ovvio, ha dato luogo a controversie che talora, inopportuna, si sono rivestite dei panni di dottrine del concetto: è nota una lunga polemica impostata sulla domanda se mai gli antichi greci avessero il concetto di diritto. Come è naturale, non soccorre il richiamo alle discipline che hanno come campo di indagine il « diritto », quali la giurisprudenza, la teoria del diritto e la sociologia del diritto: mentre il costituirsi di queste discipline è legato a particolari situazioni storicolessicali ed ideologiche, esse tutte in una fase di più raffinata consapevolezza metodologica evitano ogni determinazione concettuale del diritto, assumendo il vocabolo « diritto » come indefinito ed elastico, ed il diritto come orizzonte mutevole di un campo di ricerca che esigenze interne alle singole discipline spingono ora a dilatare ora a restringere; nell'ambito di questo campo indeterminato si compiono operazioni concettuali e si elaborano concetti, che oramai non vengono più chiamati « giuridici » proprio per non disturbare assopite associazioni ideologiche.

Queste precisazioni iniziali costituiscono la cautela entro cui va inteso quanto segue.

Anzitutto possono distinguersi quattro complessi di regole d'uso di « diritto », esemplificate rispettivamente dalle seguenti espressioni: « Ho diritto »; « Il diritto è dalla mia »; « Il diritto di proprietà è riconosciuto in Lichtenstein »; « In caso di morte del presidente il vicepresidente subentra di diritto ».

L'espressione « ho diritto » è, di volta in volta, sostituibile con « ho facoltà », « mi è lecito », « mi è permesso », « ho potere di », e designa una posizione di vantaggio, riconosciuta in qualche modo nella (o in qualche modo garantita dalla) organizzazione o struttura sociale, ad un individuo o gruppo di individui rispetto ad un'azione determinata. In questi casi, « diritto » trova idonea traduzione in tutte le lingue moderne latine (*droit*, *derecho*, *direito*),

nelle lingue germaniche (*Recht, right*), nel greco moderno ed in genere in quelle lingue in cui un vocabolo si è conformato alla necessità di tradurre i vocaboli delle lingue latine o germaniche ora menzionati. Contesti antichi, greci e latini, non sono quasi mai soddisfacentemente tradotti con locuzioni del tipo « ho diritto ». Il complesso di regole d'uso che reggono queste locuzioni, infatti, rispecchia concezioni relativamente moderne secondo cui poteri o vantaggi sociali, di natura sostanziale o processuale, si considerano come prolungamenti della personalità di un individuo; e rispecchia strutture organizzative in cui l'impiego strumentale di forza pubblica è consegnato alla disposizione di volontà individuali. Nel momento storico in cui per ragioni politico-organizzative si è profilata la necessità di rappresentare in modo unitario la disponibilità privata della forza pubblica ed il carattere pubblico della forza organizzata, si sono precisate, nell'ambito delle dottrine giuridiche, espressioni quali « diritto in senso soggettivo » o « diritto soggettivo », quasi che le situazioni organizzative designate da simili locuzioni fossero un punto di vista da cui si guarda un fenomeno, il diritto, che ha un suo essere oggettivo. In un progressivo slittamento da concezioni individualistiche a concezioni statalistiche di cui la scienza giuridica germanica del secolo XIX offre un esempio paradigmatico, il « diritto soggettivo » è stato inteso prima come una signoria della volontà individuale (Windscheid), poi come un interesse tutelato (Jhering), poi come la tutela di un interesse (Thon), poi come una prospettiva da cui si riguarda una serie di norme (Zitelmann, Kelsen). Negli usi tecnici, sempre meno condizionati da concezioni secondo cui le situazioni vantaggiose sono qualità o predicati di persone, e sempre più condizionati da concezioni secondo cui le situazioni vantaggiose sono riflessi di un dato oggettivo, « diritto » in senso soggettivo è stato sempre meno utilizzabile con valore grammaticale aggettivale e sempre più utilizzato con valore di sostantivo.

L'espressione « il diritto è della mia » è di volta in

volta sostituibile con altre espressioni, il cui contenuto può essere inteso come identico o come diverso in tutto o in parte sotto aspetti particolari, quali « il diritto italiano vigente è dalla mia », « la giustizia assoluta è dalla mia », « la lettera della legge, indipendentemente dalla giustizia, è dalla mia », ecc.; in ogni caso trattasi di espressioni collegate a concezioni secondo cui esiste un sistema di valori o un complesso di regole o norme di condotta dotato di esistenza oggettiva, cui può farsi riferimento per valutare positivamente, ovvero per esigere tutela di azioni individuali. A questi usi oggettivistici di « diritto » vanno riferiti, in particolare, quei contesti tecnici dei giuristi, dei teorici del diritto e dei sociologi del diritto, che in tempi moderni fanno riferimento ad un diritto in senso oggettivo. A proposito della corrispondenza tra vocaboli di varie lingue, occorre qui ricordare che « diritto » nel senso oggettivo si traduce con *droit, derecho, direito, Recht, ratt, pravo*, ecc.: ma, in inglese, non si traduce con *right*, bensì con *law*, un vocabolo che, appunto, traduce « diritto » in senso obbiettivo avendo una latitudine di *designata* ben maggiore dei suoi corrispondenti etimologici « legge », *loi, Gesetz*, ecc. Per quanto concerne il *designatum* di diritto usato in senso oggettivo, è chiaro che esso comprende di volta in volta i fenomeni più disparati; non solo, ma che, nel corso di operazioni politiche le più varie, si è voluto dilatarlo o restringerlo nei più diversi modi. Una lista di questi modi è necessariamente incompleta; si può tuttavia accennare a quanto segue. Si è voluto talvolta mettere, nel *designatum* di « diritto » in questa accezione, tutte le pratiche sociali effettive e rilevanti, talaltra restringere il *designatum* alle sole norme stabilite da una particolare autorità in modi e forme determinate: ed è chiaro che il massimo allargamento del *designatum* serve ad accreditare come diritto, cioè come cosa buona e particolarmente tutelata, la maggior quantità possibile di prassi sociali politicamente rilevanti, qualificando come « contro il diritto » ogni comportamento anomico o deviante; laddove la massima restrizione del *designatum* serve ad accreditare come

giuridicamente indifferenti tutti quei comportamenti sociali che non sono espressamente qualificati in atti normativi individuati con precisione. Si è talvolta voluto mettere, nel *designatum* di « diritto » in questa accezione, solo alcuni tipi di regole di condotta qualificate sotto il profilo del contenuto; ad esempio si è sostenuto essere il diritto l'insieme di norme che regolano la condotta esterna degli uomini (distinguendo il diritto da qualche altro ente detto « la morale » o « la religione ») al fine di suggerire a qualche legislatore storico di non occuparsi dei fatti di coscienza, o per converso si è sostenuta l'intima unità del diritto e della morale per suggerire a qualche legislatore storico o a qualche giudice di usare la spada della giustizia per tagliare teste malpensanti o malcredenti; ad esempio si è sostenuto essere il diritto l'insieme delle norme che disciplinano le scelte libere (distinguendo il mondo delle libertà dal mondo delle leggi naturalistiche) a vari fini, il più importante dei quali, storicamente, è stato quello di suggerire a qualche legislatore di non disturbare con norme giuridiche le leggi naturali dell'economia. Si è talvolta voluto mettere, nel *designatum* di « diritto » in questa accezione, solo alcuni tipi di regole di condotta qualificate dalla presenza di una forza organizzata al servizio della loro applicazione; ciò che ha potuto servire di volta in volta a vari fini, come quello di negare il prestigioso nome di diritto ad ingombranti regole chiamate da taluno « diritto internazionale », o ad ingombranti regole chiamate da taluno « diritto naturale », o ad ingombranti regole chiamate da taluno « diritto costituzionale », o ad ingombranti regole chiamate da taluno « diritto canonico », o — tale è la sorte delle concettualizzazioni — ad ingombranti norme chiamate da taluno « diritto positivo ». Si è talvolta voluto mettere, nel *designatum* di « diritto » in questa accezione, solo alcune norme che sono oggetto di impiego da parte di speciali persone chiamate giudici: le finalità di questa ultima operazione non possono essere ridotte a schema, essendo dipendenti da troppe variabili relative a chi, in un certo momento, ha titolo di giudice, e

a chi in concreto riveste quella qualità.

L'espressione « il diritto di proprietà è riconosciuto in Lichtenstein » può di volta in volta essere sostituita con altre espressioni quali « l'istituto della proprietà è disciplinato dall'ordinamento giuridico del Lichtenstein », o « il diritto del Lichtenstein tutela in modo molto conveniente il diritto dei proprietari »: espressioni che indubbiamente servono o possono servire a convogliare notizie rispettivamente diverse, ma che hanno in comune un sistema di regole d'impiego, e cioè l'impiego di « diritto » con riferimento ad un istituto o ad una parte del sistema giuridico complessivo. Si parla di un diritto della proprietà, di un diritto delle obbligazioni, ed in un modo non troppo diverso si parla di un diritto civile, di un diritto pubblico, di un diritto tributario, talché si parla ad esempio del diritto di proprietà del Lichtenstein, del diritto delle obbligazioni svizzero, del diritto di famiglia francese, e così via. Questi usi di « diritto », e l'accezione di « diritto » ad essi sottesa, sono condizionati da una particolare ideologia, che storicamente si è caratterizzata come l'ideologia professionale dei giuristi e teorici del diritto europei continentali, e segnatamente germanici, nella seconda metà dell'ottocento: ideologia secondo cui ogni e qualsiasi organizzazione sociale è organizzazione giuridica, intendendosi per « giuridica » una organizzazione che ricalca schemi della (ed è descrivibile nei termini usati per descrivere la) organizzazione giuridica statale europea ottocentesca. In tal modo si è inteso per « teoria generale del diritto » la individuazione di « concetti giuridici » (ad es.: « diritto civile », « diritto di famiglia », « potere giudiziario », « diritto di proprietà », « diritto soggettivo », « obbligo », « onere », « diritto di ritenzione », « esecuzione in forma specifica ») atti a descrivere — così ingenuamente si riteneva — qualunque organizzazione giuridico-sociale. Nei casi migliori questi concetti sono stati impiegati per descrizioni negative (ad es.: « il diritto di Asoko non conosceva l'esecuzione in forma specifica degli obblighi di fare »), ma nei casi peggiori essi si sono impiegati, con risultati talvolta

buffi, per descrizioni positive; tutta una etnologia giuridica ottocentesca si è occupata di problemi quali il *ius in rem* presso i maori, o il concetto di « sovranità » dei beciuni; ed ancora oggi, ad esempio nelle nostre scuole, una buona parte della storiografia giuridica si occupa di argomenti quali la natura di « processo di esecuzione » della *manus iniectio*, o magari la disciplina del « delitto tentato » presso i longobardi. Le dislocazioni lessicali, combinate con le opinioni sulla costanza dei concetti (e perciò degli istituti) giuridici, lungi dal determinare solo divergenti esercitazioni etnologico-giuridiche o storiografico-giuridiche, inducono talvolta a trattare istituti giuridici storici (ad esempio la proprietà del *Côte Napoleon*) come entità reali, di cui si possa studiare « la disciplina » in un qualsiasi particolare contesto spazio temporale; poco male se si tratta del Lichtenstein, e se invece di credere che la « proprietà » (concetto utilizzato nel Lichtenstein) del Lichtenstein sia riducibile ai documenti legislativi del Lichtenstein (più le individuabili prassi dei giudici e funzionari del Lichtenstein, più le ragionevoli previsioni sullo svolgimento e della legislazione e delle prassi del Lichtenstein, più la speranza che il Lichtenstein duri), si crede che nel Lichtenstein sia « disciplinato » quell'oggetto corposo che è la proprietà; molto male, sotto il profilo metodologico e sotto il profilo della possibilità di comunicare nozioni utili o di suggerire operazioni sensate, in altri casi.

L'espressione « in caso di morte del presidente il vicepresidente subentra di diritto », può talvolta sostituirsi con « ha diritto di subentrare », talvolta con « subentra automaticamente ». In ogni caso si tratta di una espressione utilissima nell'organizzazione sociale, con cui si indicano automatismi organizzativi che, o perché garantiti in qualche modo dall'organizzazione esistente o perché si presume siano accolti senza opposizione in quanto regole di un gioco sociale, si danno per funzionanti sino alla prova negativa costituita dalla effettiva contestazione dell'automatismo. In questi usi, « diritto » compare nell'accezione più ristretta (ad esempio, ristretta alle sole norme della

legislazione di uno Stato, ovvero ristretta alle sole norme dello statuto di un'associazione) ovvero più lata ed elastica: si tratta, infatti, di usi sia tecnici che ordinari, e possono riferirsi ad ogni fenomeno di qualificazione normativa, cioè ad ogni fenomeno sociale in cui si ascrivano o si preconstituiscano poteri o immunità mediante la enunciazione, con forme rigorosamente prestabilite, di formule appropriate.