



ANALISI STORICA DEI FATTORI DI TRASFORMAZIONE ED EVOLUZIONE DEL DIRITTO*

[ENG] *Historical analysis of the factors of transformation and evolution of Law*

Fecha de recepción: 25 septiembre 2020 / Fecha de aceptación: 30 de octubre 2020

FRANCISCO J. ARANDA SERNA

Universidad Católica San Antonio de Murcia

(España)

fjaranda@ucam.edu

Sommario: Storicamente, il termine "evoluzione del diritto" o "evoluzione giuridica" è spesso usato per descrivere un gruppo di teorie che pretendono di spiegare i cambiamenti giuridici non solo in termini storici, ma attraverso un processo secondo certe fasi determinate o predeterminate. È stato sottolineato che queste teorie nelle loro forme pienamente sviluppate sono essenzialmente un fenomeno del diciannovesimo secolo, tuttavia, è sempre più evidente che tali idee sono ancora valide tanto che il ventesimo secolo ha visto una grande rinascita di interesse nelle teorie dell'evoluzione del diritto che continua ancora oggi. Il diritto come sistema di norme e dottrine non rimane immutabile, ma cambia e si evolve. Attraverso una prospettiva storica analizzeremo i principali fattori che determinano le trasformazioni del diritto.

Parole chiave: diritto naturale, storia del diritto, evoluzione del diritto, trasformazione giuridica.

Abstract: Historically, the concept "legal evolution" or "evolution of law" is often used to describe a group of theories that seek to explain legal changes not only in historical terms, but through a process according to certain determined or predetermined phases. It has been pointed out that these theories in their fully developed forms are essentially a 19th century phenomenon, however it is becoming increasingly clear that these ideas survived and that in the 20th century there was a significant revival of interest in these theories of legal evolution, an interest that continues in the present 21st century. The Law as a system of norms and doctrines doesn't remain unchanged, but changes and evolves, from a historical perspective the main factors that determine the transformations of the Law will be analyzed.

Keywords: natural law, historical law, legal evolution, legal transformation.

* Ringrazio il Dottore Simone Rosati per il suo inestimabile aiuto nella traduzione e nell'adattamento di questo articolo.



1. INTRODUZIONE

Il diritto come sistema di regole e dottrine non rimane immutabile, ma cambia e si evolve. Questi cambiamenti avvengono come risultato di interazioni complesse che coinvolgono molte persone e per periodi di tempo relativamente lunghi; a questo proposito una domanda importante è perché cambia, come cambia e dove sta andando questo cambiamento¹.

Una possibile risposta sarebbe quella di considerare il Diritto come un sistema che non ha la predisposizione ad evolversi. In senso stretto, il Diritto non cambia mai da solo, ma viene modificato dall'esterno, non si trasforma, ma viene trasformato. Se la legge si evolve attraverso processi interni definibili o se lo fa in risposta agli eventi circostanti, dipenderà proprio dalla conoscenza del perché, come e dove avvengono questi cambiamenti².

Perché la legge cambia? La risposta a questa particolare domanda non sembra complicata in linea di principio, la legge si evolve semplicemente perché la società si evolve, quindi, non importa quanto perfetta possa sembrare la legge in qualsiasi momento storico, alla fine la società cambierà abbastanza da richiedere cambiamenti nella legge.

Nel corso della storia si è osservato che molte norme giuridiche rimangono in vigore per diverso tempo, anche se a prima vista i grandi cambiamenti sociali comportano anche innovazioni giuridiche. Come si può spiegare la relativa longevità delle leggi, anche quando avvengono grandi cambiamenti sociali?

Ci sono strutture sociali che sono rimaste praticamente immutate dal momento che hanno una connessione con i principi giusnaturalistici e che di conseguenza potrebbero spiegare la lunga durata di alcune norme o istituzioni

¹ Cf. HEINER, R. A., «Imperfect Decisions and the Law: On the Evolution of Legal Precedent and Rules», in *The Journal of Legal Studies* 15 (1986), p. 227.

² Cf. RUHL, J. B., «The Fitness of Law: Using Complexity Theory to Describe the Evolution of Law and Society and its Practical Meaning for Democracy», in *Vanderbilt Law Review* 49 (1996), p. 1409.



giuridiche; tuttavia, tale riferimento ai principi immutabili non fornisce sufficienti strumenti per spiegare precisamente la mutabilità di altre strutture³.

La questione rilevante è se un quadro teorico generale può essere costruito per valutare le spiegazioni della stabilità e del cambiamento del diritto. In linea di principio, non è sufficiente usare solo la prospettiva del diritto comparato per costruire una tale teoria, ma è necessaria un'analisi generale della società.

Ma anche con questa analisi non è possibile spiegare completamente le condizioni concrete e le relazioni causa-effetto dell'evoluzione del diritto, per questo è necessario chiarire alcuni concetti di base e approfondire la conoscenza della natura e del progresso delle leggi⁴.

2. FATTORI SOCIALI

L'approccio sociale è la teoria più antica sull'evoluzione del diritto ed è caratterizzata dall'affermazione che il diritto non è un sistema autonomo, ma è parte integrante della vita sociale di una comunità. Secondo questa prospettiva, non è il diritto che si evolve, ma la società stessa che si evolve, come la lingua, la cultura, i sistemi politici ed economici, e quindi anche il diritto⁵.

Adam Smith è l'artefice della teoria dell'evoluzione del diritto basata sullo studio di un gran numero di società. Tra i fattori che influenzano l'evoluzione del diritto, si attribuisce grande rilievo alla sussistenza stessa della società, oltre ad altre caratteristiche come il carattere nazionale, la tradizione culturale e alcuni

³ Cf. MOUSOURAKIS, G., «Conceptualizing Legal Change: A Comparative Law Approach», in *Acta Juridica Hungarica* 48 (2007), pp. 263-264.

⁴ Cf. ZUMBANSEN, P. & CALLIENS, G.-P., «Law, Economics, and Evolutionary Theory: State of the Art and Interdisciplinary Perspectives», in *Comparative Research in Law & Political Economy* 10 (2010), pp. 9-10.

⁵ Cf. SCHWARTZ, R. D. & MILLER, J. C., «Legal Evolution and Societal Complexity», in *American Journal of Sociology* 70 (1964), p. 160.



fattori psicologici che influenzano la determinazione dei dettagli delle norme giuridiche⁶.

Per l'ideatore della scuola storica tedesca, Gustav Hugo, lo scopo della scienza del diritto era quello di identificare le ragioni del diritto, e queste ragioni possono essere sia filosofiche che storiche. In effetti, la storia rappresenta la metà della parte scientifica del diritto, il ruolo dei giuristi non può limitarsi a chiedere se le leggi sono ragionevoli, ma deve anche porsi il compito di rivelare come il diritto è arrivato ad essere quello che è, attraverso la ragione dell'esperienza e dell'azione umana.

Questo concetto di una nuova scienza giuridica, anche se ancora relativamente rudimentale, fu un passo importante perché richiedeva alla giurisprudenza scientifica di considerare il diritto storicamente. Così, i dati della scienza giuridica dovrebbero venire dalla storia⁷.

Montesquieu fu il primo a sostenere che una regola per essere una buona legge doveva essere conforme non a una ragione astratta ma allo spirito della società in cui doveva essere applicata, e questo spirito era distillato da una varietà di ingredienti (religione, usi sociali, tra gli altri). Questa fu una reazione contro il razionalismo, l'universalismo e l'individualismo che si percepiva nella filosofia del diritto naturale⁸.

Friedrich Karl von Savigny riprese e sviluppò alcune delle idee pragmatiche dei suoi predecessori, aggiungendo un ulteriore ingrediente denominato "spirito del popolo", un'idea più imprecisa e intangibile di quella stabilita da Montesquieu, che prendeva anche elementi di approssimazione storica

⁶ Cf. STEIN, P., *Legal Evolution. The story of an idea*, Cambridge 1980, pp. 42-46.

⁷ Cf. REIMANN, M., «Nineteenth Century German Legal Science», in *Boston College Law Review* 31 (1990), pp. 848-849.

⁸ Cf. BRIAN C. J. SINGER, *Montesquieu and the Discovery of the Social*, New York 2013, pp. 5-6. Vid. SINGH, A. & CHHAJER, Y., «Savigny's Volkgeist Theory of Law and Custom and its Development», in *International Journal of Research and Analysis* 3 (2015), p. 11.



e il concetto di nazione come entità culturale caratterizzata dalla sua lingua e letteratura⁹.

La connessione organica della Legge con il carattere del popolo si conserva mentre la società si sviluppa, così lo sviluppo delle società è un processo ciclico di crescita: le nazioni nascono, maturano, decadono e muoiono. Il diritto è una parte inseparabile della vita della nazione, quindi il diritto cresce con la crescita del popolo ed è rafforzato dalla forza del popolo, e infine scompare quando la nazione perde la sua individualità¹⁰.

La teoria di Savigny sull'evoluzione del diritto a tappe è costruita in analogia con l'evoluzione della natura, la parola che Savigny usa continuamente per descrivere i cambiamenti giuridici è *Entwicklung* che può essere tradotto come "Evoluzione". La teoria di Savigny fu rivoluzionaria in quanto suggerì che il diritto non è una creazione intenzionale dei governanti, ma in qualche modo si evolve dallo spirito comune del popolo¹¹.

Nell'ambiente nordamericano, Henry J. Summer Maine estese e perfezionò l'approccio storico di Savigny all'evoluzione del diritto, la sua opera più influente fu "Ancient Law" pubblicata nel 1861. Vengono identificate una serie di fasi successive attraverso le quali le società avanzate devono passare; ognuna di queste fasi cresce dalla precedente e pone le basi per la propria trasformazione in quella successiva. La chiave per comprendere l'evoluzione del diritto sta nelle forme primitive delle concezioni giuridiche, che per il giurista sono come per il geologo gli strati primitivi della crosta terrestre¹².

⁹ Cf. FREDERICK VON SAVIGNY, *On the Vocation of Our Age for Legislation and Jurisprudence*, London 1831, p. 24

¹⁰ Ibidem, p. 27.

¹¹ Cf. ELLIOT, E. D., «The Evolutionary Tradition in Jurisprudence», in *Columbia Law Review* 85 (1985), p. 41.

¹² HENRY SUMMER MAINE, (1861) *Ancient Law: Its connection with the early history of society and its relation to modern ideas*, London 1908, pp. 2-3.



John Henry Wigmore e Albert Kocourek pubblicarono tre volumi il cui scopo era quello di riprendere i principi di Maine per tracciare l'evoluzione universale delle idee giuridiche e sviluppare una teoria completa dell'evoluzione del diritto. Wigmore identifica una serie di fattori sociali che influenzano l'evoluzione del diritto, tra cui la razza, l'intrusione straniera, i grandi giuristi, la densità della popolazione e altri elementi¹³.

Gli evoluzionisti sociali hanno dato un grande contributo alla giurisprudenza proponendo un'alternativa alla concezione positivista del diritto come un artificio creato dalla volontà dei governanti. Concentrando l'attenzione sui fattori culturali e sociali, posero le basi della moderna giurisprudenza sociologica e antropologica¹⁴.

3. FATTORI DOTTRINALI

I teorici sociali del diritto si concentravano principalmente sull'evoluzione storica delle società nel loro insieme e ciò che chiedevano erano cambiamenti corrispondenti all'intera struttura dell'ordine giuridico. Il pensiero giuridico ortodosso americano ereditò il concetto sociale dell'evoluzione del diritto e lo trasformò in quello che fu chiamato l'approccio "dottrinale".

Questo approccio afferma che l'evoluzione avviene non solo a livello di società, ma anche a livello molto più dettagliato di specifiche dichiarazioni di principi e regole giuridiche che i giuristi chiamano dottrine giuridiche. L'evoluzione del diritto a livello di specifiche dottrine giuridiche all'interno di un sistema giuridico costituisce la scuola dottrinale dell'evoluzione giuridica¹⁵.

¹³ Cf. KOCOUREK, A. & WIGMORE, J. H. *Evolution of law; Select readings on the origin and development of legal institutions*, Vol I Sources of Ancient and Primitive Law, Boston 1915-1918, pp. XI-XII.

¹⁴ Cf. ELLIOT, E. D. *The Evolutionary Tradition...*, cit. pp. 47-49.

¹⁵ *Ibidem*, p. 50.



Oliver Wendell Holmes, la figura dominante di questa corrente, ha proposto due idee principali: il primo che i giudici sono quelli che fanno le leggi e il secondo, che la legge si evolve per adattarsi alle esigenze del momento. Il diritto non riflette la logica ma l'esperienza, quindi la premessa maggiore di una corretta analisi giuridica si troverà nella legge stessa, e la premessa minore si troverà nei fatti del caso particolare¹⁶.

Il cosiddetto "pragmatismo evolutivo" implica che le società reinterpretano continuamente le forme giuridiche per adattarsi alle nuove esigenze, anche se l'analogia tracciata tra il processo di evoluzione del diritto e l'evoluzione biologica è molto imprecisa e indiretta. Bisogna tener presente che alla fine del XIX secolo il termine "evoluzione" non aveva lo stesso significato che ha oggi¹⁷.

Arthur Linton Corbin ha esteso l'approccio evolutivo alla dottrina giuridica di Holmes, e nella sua opera "The Law and the Judges" stabilisce che il progresso del diritto è un processo evolutivo. Questo autore descrive i modi di agire degli esseri viventi, la lotta per la sopravvivenza è segnata tra loro e solo il più adatto sopravvive.

Questa metafora non va presa solo in senso figurato, ma in realtà indica anche la biografia dei principi giuridici, poiché distingue tra il diritto che si applica ai singoli casi, dove i giudici compiono atti di volontà e le dottrine giuridiche o regole del diritto che si evolvono nella popolazione generale¹⁸.

Anche se nel secolo scorso i riferimenti all'evoluzione della giurisprudenza anglo-americana erano pochi e lontani tra loro, sono stati ripresi nel 1977 con la ricerca giuridica di Robert Charles Clark. Come i suoi predecessori, si concentra

¹⁶ OLIVER WENDELL HOLMES JR., *The Common Law* (1881), PEREIRA, P. J. S. & BELTRAN, D. M. (Eds.) Toronto 2011, p. 5.

¹⁷ Cf. WELLS, C. P., «Legal Innovation Within the Wider Intellectual Tradition: The Pragmatism of Oliver Wendell Holmes, Jr.», in *Northwestern University Law Review* 82 (1988), pp. 586-588.

¹⁸ Cf. KESSLER, F., «Arthur Linton Corbin», in *The Yale Law Journal* 78 (1969), p. 520.



sull'evoluzione delle dottrine giuridiche, ma estende il suo approccio oltre il diritto comune per includere l'evoluzione del diritto statutario¹⁹.

La prima volta che Clark propose il concetto di evoluzione del diritto fu con l'analisi dell'imposta sulle società, riconoscendo che l'imposta sulle società è un artificio della mente umana simile ai disegni di ceramiche, punte di freccia e altri artefatti culturali, quindi l'imposta sarebbe soggetta a un processo di "evoluzione culturale"²⁰.

Un importante contributo alle teorie dottrinali sull'evoluzione del diritto fu proposto dall'economista e teorico politico austriaco Friedrich August Von Hayek. Nella sua opera "Legge, legislazione e libertà" considera il diritto come un ordine spontaneo che è il risultato di un continuo processo evolutivo²¹.

Il tema principale del suo lavoro è che le regole dovrebbero essere generali, non arbitrarie e ugualmente applicabili a tutti gli individui. Questo "stato di diritto", come lo definisce Hayek, dovrebbe servire da sfondo per agenti imperfetti. Dato un codice legale prevedibile, gli individui possono imparare e adattare il loro comportamento per coordinare le loro attività con quelle degli altri²².

Il concetto di Hayek dell'evoluzione del diritto da parte dei giudici non può essere applicato solo al sistema di common law, ma può essere applicato anche nel caso del diritto statutario, quando i tribunali decidono su un caso concreto, devono anche decidere sul contenuto preciso di una norma di legge che devono applicare²³.

¹⁹ Cf. ELLIOT, E. D. *The Evolutionary Tradition...*, cit. p. 59.

²⁰ CLARK, R. C., «The Morphogenesis of Subchapter C: An Essay in Statutory Evolution and Reform, Faculty Scholarship Series», in *The Yale Law Journal* 87 (1977), p. 90.

²¹ HAYEK, F. A., *Law, Legislation and Liberty*, London 1982, p. 50.

²² Cf. BEAULIER, S. A., BOETTKE, P. J. & COYNE, C. J., «Knowledge, Economics and Coordination: Understanding Hayek's Legal Theory», in *NYU Journal of Law and Liberty* 1 (2005), p. 215.

²³ Cf. ECKARDT, M., «Explaining Legal Change from an Evolutionary Economics Perspective», in *German Law Journal* 4 (2008), pp. 448-449.



4. FATTORI ECONOMICI

Le teorie economiche dell'evoluzione del diritto differiscono dalle precedenti teorie dottrinali in quanto il loro oggetto di attenzione è abbastanza diverso. I teorici economici dell'evoluzione del diritto non sono particolarmente interessati a identificare i modelli di cambiamento nella dottrina giuridica.

La tesi di base è che le persone condividono il desiderio di eliminare i costi non necessari e che, nel tempo, questo obiettivo condiviso di ridurre i costi non necessari fa evolvere le leggi verso una regola di diritto che è meno dispendiosa, o al contrario, verso regole che aumentano l'efficienza economica.

L'approccio economico all'evoluzione del diritto ha la sua origine nelle teorie economiche neoclassiche, dalle quali il problema centrale dell'economia è l'organizzazione e la distribuzione di risorse scarse. Ciò implica che l'efficienza, intesa come l'uso ottimale delle risorse disponibili al fine di massimizzare l'utilità individuale e, di conseguenza, il benessere di un paese, diventa il criterio di valutazione più rilevante²⁴.

Questa ipotesi evolutiva è stata proposta nel 1977 dall'economista Paul Rubin e migliorata e perfezionata da George Priest. In sostanza, i giudici decidono solo i casi che qualcuno porta in tribunale, quindi le regole legali non sono prodotte solo dai giudici, è necessario un prodotto congiunto del modello di decisioni delle parti per portare i casi in tribunale, e il modello di decisioni dei giudici esiste quando i contendenti vengono in tribunale.

Rubin suggerisce che il modello sistematico delle decisioni delle parti su quali casi arrivano al processo è più importante per riformare la legge che le decisioni dei giudici stessi su quei casi che arrivano davanti a loro. Le leggi sono

²⁴ Cf. DEQUECH, D., «Neoclassical, mainstream, orthodox, and heterodox economics», in *Journal of Post Keynesian Economics* 30 (2014), p. 280.



modellate su di un "modello evolutivo" in cui le decisioni dei cittadini di risolvere le controversie servono a selezionare tra la popolazione le dottrine esistenti che sopravviveranno e quelle che "muteranno" quando saranno riesaminate nei tribunali.

Il ragionamento caratteristico alla base delle teorie economiche dell'evoluzione del diritto è stato illustrato da Richard Posner applicando le idee principali della teoria standard della microeconomia alle teorie dottrinali²⁵.

Le regole legali impongono i "prezzi" delle attività economiche potenziali, si presume che le persone massimizzino l'utilità (il concetto economico di utilità si riferisce alla misura delle preferenze su un insieme di beni, compresi i servizi, e rappresenta la soddisfazione provata dal consumatore di un bene). Nell'evoluzione del diritto, l'efficienza nasce attraverso processi simili alla mano invisibile del mercato, come conseguenza delle azioni dei litiganti e dei giudici²⁶.

George L. Priest ha proposto una variante che ha semplificato ed esteso le idee di Rubin. La logica evolutiva centrale del modello di common law sostiene che le regole legali inefficaci hanno più probabilità di essere "rilette" rispetto a quelle efficaci, e queste saranno alla fine cambiate dai tribunali²⁷.

La teoria di Priest afferma che le regole efficaci hanno maggiori probabilità di durare come precedenti di controllo, indipendentemente dall'atteggiamento dei singoli giudici verso l'efficacia, indipendentemente dalla capacità dei giudici di distinguere le conseguenze efficaci o inefficaci, o indipendentemente

²⁵ Cf. RUBIN, P. H., «Why Is the Common Law Efficient?», in *The Journal of Legal Studies* 6 (1977), p. 51.

²⁶ Cf. POSNER, R. A., *El Análisis Económico del Derecho*, México 2000, p. 19. Vid. VERMEULE, A., «The Invisible Hand in Legal and Political Theory», in *Virginia Law Review* 96 (2010), p. 1421.

²⁷ Cf. PRIEST, G. L. & KLEIN, B., «The Selection of Disputes for Litigation», in *The Journal of Legal Studies* 13 (1984), p. 4.



dall'interesse o dal disinteresse dei contendenti nell'efficacia distributiva delle regole legali²⁸.

Robert Cooter e Lewis Kornhauser hanno sviluppato una terza teoria dell'evoluzione del diritto comune in cui criticano la tesi che la legge potrebbe raggiungere l'efficienza economica senza l'aiuto dei giudici. Hanno fatto una serie di ipotesi e sviluppato un modello matematico formale per l'evoluzione del diritto che ha permesso loro di mostrare come le pressioni evolutive derivanti dalle decisioni di transazione tra i contendenti non sono sufficienti per indurre il sistema giuridico ad adottare e mantenere le migliori regole giuridiche senza l'aiuto dei giudici²⁹.

Queste teorie economiche dell'evoluzione del diritto hanno provocato una grande quantità di critiche, alcune delle quali erano applicazioni particolari di un'obiezione più generale all'approccio economico nella ricerca giuridica e altre prendevano in considerazione i modelli del processo di transazione e proponevano le loro teorie alternative dei fattori che inducono le parti a transigere piuttosto che contestare le loro controversie³⁰.

Un'ipotesi interessante che raffina le teorie economiche classiche dell'evoluzione del diritto è quella di Mark J. Roe, che sostiene che la nozione di evoluzione verso l'efficienza è una determinante importante della forma giuridica, ma non è l'unica determinante.

Il risultato di questi processi è che le regole sarebbero ben adattate, ma non perfettamente adattate, quindi, partendo dal riferimento delle teorie economiche, l'evoluzione economica seleziona i risultati più inefficienti per estinguerli, e i

²⁸ Cf. PRIEST, G. L., «The Common Law Process and the Selection of Efficient Rules», in *The Journal of Legal Studies* 6 (1977), p. 65.

²⁹ Cf. COOTER, R. & KORNHAUSER, L., «Can Litigation Improve the Law without the Help of Judges?», in *J. Legal Stud.* 9 (1980), p. 141.

³⁰ Vid. RIZZO, M. J., «The Mirage of Efficiency», in *Hofstra Law Review* 8 (1980), pp. 641-642.



risultati efficienti sopravvivono, ma questo non è sufficiente a spiegare pienamente perché ciò che sopravvive sopravvive³¹.

Le teorie dottrinali ed economiche sull'evoluzione del diritto si sono sviluppate nei sistemi di common law, come gli Stati Uniti e il Regno Unito, dove le leggi non provengono necessariamente dal legislatore, ma sono decise dalle corti d'appello quando decidono su casi specifici e creano così dei precedenti.

Oggi, i modelli dell'evoluzione del diritto si basano anche su approcci di teoria dei giochi. Uno dei pionieri nel cercare di applicare la teoria dei giochi al diritto è stato Randal C. Picker, che ha inteso la teoria dei giochi come un insieme di strumenti e un linguaggio per descrivere e prevedere il comportamento strategico³².

5. FATTORI POLITICI

Come analizzato sopra, dal punto di vista economico, l'evoluzione del diritto è prodotta dalla generazione e dalla diffusione delle innovazioni giuridiche nel tempo. Uno dei principali meccanismi di evoluzione è rappresentato dalle modifiche giuridiche apportate dai giudici e, in questo senso, bisogna sottolineare che la maggior parte delle teorie dottrinali ed economiche sono state sviluppate principalmente nei sistemi giuridici americani e anglosassoni.

Tuttavia, non bisogna dimenticare che c'è un altro meccanismo importante per l'evoluzione del diritto, ed è l'evoluzione del diritto statutario, cioè se i cambiamenti giuridici fatti dai giudici sono portati dalla magistratura attraverso il

³¹ Cf. ROE, M. J., «Chaos and Evolution in Law and Economics», in *Harvard Law Review* 109 (1996), p. 668.

³² Cf. PICKER, R. C., «An introduction to Game Theory and the Law», in *Coase-Sandor Institute for Law & Economics* 22 (1994), pp. 2-4.



contenzioso individuale, l'evoluzione del diritto statutario si basa sulla legislazione e quindi sull'azione collettiva³³.

Le innovazioni nel diritto statutario sono il risultato di un processo collettivo di risoluzione dei problemi e, una volta passate in legge, sono immediatamente vincolanti per l'intera giurisdizione. Le teorie politiche sull'evoluzione del diritto come processo di innovazione derivano da due approcci principali.

Il primo di questi è l'approccio politico alla scelta pubblica delle norme giuridiche: poiché la politica nelle democrazie moderne si stabilisce attraverso una serie di norme giuridiche, l'analisi della politica può essere costruita attraverso un'analisi concomitante proprio di questo diritto che emerge dal legislatore.

Gli attori rilevanti in questo approccio includono gli elettori, i gruppi di interesse speciale, i politici (o i partiti politici) e la burocrazia. Tutti questi partiti cercano di massimizzare le rendite, o in questo caso, i voti. Secondo questo modello, c'è uno scambio di voti per le promesse elettorali o per la legislazione attesa dai partiti eletti³⁴.

In altre parole, è ampiamente concepito che i politici, i partiti politici e il governo reagiscano passivamente alle richieste espresse dagli elettori o dai gruppi di interesse. Seguendo questo argomento, si può inoltre affermare che il contenuto di una legge è basato sull'interesse dell'elettore medio, del gruppo di interesse predominante o della burocrazia controllata dal governo.

Il secondo approccio è quello cognitivo-evolutivo in relazione alla creazione del diritto. Questo approccio presenta l'evoluzione del diritto come un

³³ Cf. ELLIOT, E. D., ACKERMAN, B. A. & MILLIAN, J. C., «Toward a Theory of Statutory Evolution: The Federalization of Environmental Law», in *The Journal of Law, Economics, and Organization* 1 (1985), p. 314.

³⁴ Cf. BECKER, G. S., «A Theory of Competition Among Pressure Groups for Political Influence», in *The Quarterly Journal of Economics* 98 (1983), p. 371.



processo di innovazione, applicando in questo senso, la nozione di imprenditore come creatore di innovazioni a tutti i partecipanti al processo politico.

In questo modo, l'intero processo di formulazione e attuazione delle leggi viene analizzato come un processo collettivo di mobilitazione e risoluzione dei problemi che si estende dal livello decisionale individuale, ma anche al livello collettivo e costituzionale³⁵.

Da questo punto di vista, molte questioni e problemi della politica non sono completamente risolti perché ci sono una serie di filtri o barriere che lasciano passare certe questioni e altre no, il compito principale dei politici è proprio quello di superare queste barriere³⁶.

Aspetti importanti della politica sono i processi cognitivi individuali di percezione e interpretazione, anche quelli di mobilitazione e contrattazione collettiva, e le dinamiche evolutive a livello costituzionale.

Questo approccio interdisciplinare fornisce un quadro che suggerisce nuove categorie per analizzare il *policy-making* in modo sistematico, collegando il comportamento e il pensiero dell'individuo con il processo in corso a livello collettivo e costituzionale³⁷.

In questo modo, i politici e il governo non sono più visti come attori passivi che reagiscono alle richieste degli elettori, dei gruppi di interesse o della burocrazia. Piuttosto, sono coinvolti nella generazione di nuove soluzioni a problemi collettivi che alla fine porteranno all'elaborazione di nuove norme giuridiche.

³⁵ Cf. SLEMBECK, T., «Ideologies, Beliefs and Economic Advice – A Cognitive – Evolutionary View on Economic Policy-Making», in *Public Economics* 12 (2000), pp. 15-17.

³⁶ Cf. ŚLEDZIK, K., «Schumpeter's view on innovation and entrepreneurship», in *Management Trends in Theory and Practice*, HITTMAR, S. (Ed.) (2013), p. 93.

³⁷ Cf. SLEMBECK, T., «The Formation of Economic Policy: A Cognitive-Evolutionary Approach to policy-Making», in *Constitutional Political Economy* 8 (1997), p. 226.



Anche se il livello costituzionale definisce le istituzioni, le regole e le procedure che governano i processi di risoluzione dei problemi a livello collettivo, il punto di partenza di tutte le innovazioni statutarie è l'individuo. Questo approccio presuppone che nuove idee e intuizioni generate su base continua portino a innovazioni legali³⁸.

L'innovazione statutaria implica ipotesi sulle relazioni causa-effetto dei problemi percepiti collettivamente, che sono basate su teorie soggettive e credenze delle parti interessate e che possono essere potenzialmente errate. Di conseguenza, sia il problema di fondo può rimanere irrisolto sia nuovi problemi possono sorgere a causa di reazioni imprevedibili alla nuova legge.

La variazione esterna risultante che dà inizio a nuovi sforzi può portare a ulteriori innovazioni giuridiche, e l'apprendimento avviene perché gli effetti dell'innovazione giuridica sono valutati a livello individuale, collettivo e costituzionale, quindi c'è sempre un processo continuo di evoluzione giuridica³⁹.

6. FATTORI SOCIO-BIOLOGICI

Diversi ricercatori, nel tentativo di rimediare alle carenze degli approcci economici e politici all'evoluzione del diritto, hanno proposto indipendentemente diverse teorie. Questi approcci all'evoluzione del diritto sono stati chiamati teorie "sociobiologiche", riflettendo il debito che tutti hanno in comune con il movimento sociobiologico⁴⁰.

³⁸ Cf. ECKARDT, M., «Explaining Legal Change from...», cit. p. 445.

³⁹ Ibidem, p. 248.

⁴⁰ Cf. ELLIOT, E. D. *The Evolutionary Tradition...*, cit. p. 72.



La sociobiologia non è tanto una disciplina formale quanto una prospettiva intellettuale, gli effetti dell'evoluzione non sono limitati alle strutture biologiche, ma la selezione naturale plasma anche molti aspetti del comportamento⁴¹.

Queste teorie dell'evoluzione del diritto applicano le scoperte della sociobiologia al diritto, e l'evoluzione del diritto è intesa non come una semplice metafora delle dinamiche interne del sistema giuridico, ma i suoi membri credono che l'evoluzione sia il processo causale che giustifica l'esistenza del diritto, e in qualche misura, della forma e del contenuto del diritto.

Le teorie sociobiologiche si distinguono non per l'affermazione che il diritto si evolve, ma per l'affermazione che il diritto si è evoluto, cioè che il diritto è esso stesso un prodotto dell'evoluzione⁴².

Gli elementi essenziali di una teoria sociobiologica completa dell'evoluzione del diritto sono esposti per la prima volta in un articolo pubblicato quasi un secolo fa da Albert G. Keller. Questo autore mantiene la teoria di Holmes e riafferma che il concetto evolutivo significa che le istituzioni umane, compreso il diritto, mostrano adattamenti alle circostanze reali attraverso fattori di variazione, selezione e trasmissione, arrivando a descrivere i costumi sociali come un prodotto evolutivo⁴³.

L'interesse per i modelli evolutivi del diritto è rinato mezzo secolo dopo come un sottoprodotto del movimento di diritto ed economia basato sulla tradizione dei modelli evolutivi in economia. Il primo autore moderno a proporre propriamente una teoria esplicitamente sociobiologica del diritto fu Jack Hirshleifer, che inizialmente contribuì al movimento di diritto ed economia, ma era

⁴¹ Cf. LUMSDEN, C. K. & WILSON, E. O., «The relation between biological and cultural evolution», in *Journal of Social and Biological Structures* 8 (1985), p. 343.

⁴² *Ibidem*, p. 54.

⁴³ KELLER, A. G., «Law in Evolution», in *The Yale Law Journal* 28 (1919), p. 769-772.



insoddisfatto della limitazione dei modelli microeconomici classici per descrivere il comportamento umano⁴⁴.

Le teorie di Hirshleifer hanno stimolato Richard Epstein a proporre la propria teoria dell'evoluzione del diritto, il cui nocciolo è che gli esseri umani che seguono certe regole di condotta hanno più probabilità di sopravvivere e riprodursi di quelli che non lo fanno. La selezione naturale opera nel tempo in modo tale che la maggior parte degli esseri umani condividono norme come risposte a situazioni ricorrenti⁴⁵.

William H. Rodgers Jr. ha proposto una più recente teoria sociobiologica dell'evoluzione del diritto nel 1982. Questo ricercatore, come il suo predecessore Hirshleifer, si è rivolto alla sociobiologia a causa della sua convinzione che la ricerca giuridica contemporanea si è sviluppata su false concezioni delle motivazioni umane⁴⁶.

Rodgers propone di mettere alla prova la sua tesi che il diritto è modellato da una serie di caratteristiche che l'evoluzione costruisce negli esseri umani, applicandola per spiegare i diritti di proprietà sulle risorse naturali. A questo scopo, sviluppa la sua teoria completa della proprietà, che mette in relazione con i precetti derivati dalla sociobiologia⁴⁷.

Ciò che cerca di mostrare è la possibilità di dare una spiegazione di alcune aree del diritto di proprietà in termini di precetti della sociobiologia, e che la

⁴⁴ HIRSHLEIFER, J., «Privacy: Its Origin, Function, and Future», in *The Journal of Legal Studies* 9 (1980), p. 651.

⁴⁵ Cf. EPSTEIN, R., «A Taste for Privacy?: Evolution and the Emergence of a Naturalistic Ethic», in *J. Legal Stud.* 9 (1980), p. 666.

⁴⁶ Cf. RODGERS, W. H. JR., «Bringing People Back: Toward A Comprehensive Theory of Taking In Natural Resources Law», in *Ecology Law Quarterly* 10 (1982), p. 205.

⁴⁷ Cf. WILSON, E. O., «Man: From Sociobiology to Sociology», in *Sociobiology The New Synthesis*, WILSON, E. O., (ed.), Cambridge 1975, p. 4; SEGERSTRALE, U., «Colleagues in conflict: An “in vivo” analysis sociobiology controversy», in *Biology and Philosophy* 1 (1986), p. 53.



spiegazione sociobiologica si adatta ragionevolmente bene ai principi legali osservati nella realtà⁴⁸.

7. ALTRI FATTORI: MEMETICA E STORIE BIO-LEGALI

La rinascita negli ultimi decenni del secolo scorso dell'applicazione dell'analisi evolutiva agli oggetti culturali ha rivitalizzato il suo uso nel diritto. Mentre alcuni autori hanno continuato a livello di metafora, altri hanno fatto affermazioni esplicite basate sulla memetica e altri ancora hanno fatto ricorso a complesse teorie dell'evoluzione⁴⁹.

La "memetica" tenta di spiegare i processi di trasmissione e cambiamento culturale usando la "metafora genetica", cioè sostiene che le forme culturali si sviluppano secondo una logica di evoluzione cumulativa, per cui i cambiamenti graduali o minori avvengono nel tempo in un modo che riflette le pressioni ambientali selettive⁵⁰.

In questo modo, l'"algoritmo" evolutivo di base può essere applicato per spiegare l'emergere di istituzioni sociali complesse come risultato di un lungo processo di sviluppo storico. Le regole giuridiche, i precedenti e le dottrine giuridiche possono essere pensate come memi che competono per apparire nei rapporti giuridici⁵¹.

Il fatto che le opinioni legali citino opinioni precedenti come precedenti per aspetti del diritto rende più facile tracciare la genealogia di un particolare meme giuridico. Al contrario, può essere molto difficile dire se due concetti trasmessi

⁴⁸ Ivi, p. 206.

⁴⁹ Cf. GOODENOUGH, O., «Cultural Replication Theory and Law», in *The Gruter Institute Working Papers on Law, Economics and Evolutionary Biology* 1 (2001), p. 2.

⁵⁰ Vid. DAWKINS, R., *El gen egoísta. Las bases biológicas de nuestra conducta*, Barcelona 1993, p. 218.

⁵¹ Cf. DEAKIN, S., «Evolution for Our Time: A Theory of Legal Memetics», in *Current Legal Problems* 55 (2002), p. 2.



oralmente sono correlati per discendenza o sono solo risposte adattative simili all'ambiente memetico.

Il sistema federale degli Stati Uniti permette almeno cinquantuno "ecosistemi" separati e interagenti in cui i memi si evolvono separatamente ma simultaneamente (un caso simile potrebbero essere i paesi dell'Unione Europea, e anche le Comunità Autonome all'interno della Spagna). Questo permette studi comparativi (che sono molto utili nello studio dell'evoluzione biologica) che non sono possibili con i memi culturali generali. Inoltre, la velocità di mutazione dei memi legali è molto più lenta di quella dei memi culturali trasmessi oralmente.

I giudici fanno molta attenzione a citare i precedenti, e i casi vengono citati accuratamente prima della pubblicazione. Questo riduce le mutazioni causate da una riproduzione inaffidabile. E assicura anche che i cambiamenti nelle dottrine legali nel tempo siano dovuti alla pressione di selezione piuttosto che alla deriva memetica casuale⁵².

Simon Deakin ha proposto una teoria per comprendere l'evoluzione del diritto in termini memetici, la dottrina giuridica può essere vista come un particolare meccanismo di trasmissione culturale che funziona codificando l'informazione in una forma concettuale, promuovendo così la sua diffusione intertemporale.

Il discorso giuridico possiede gli elementi di autonomia e autoreferenzialità che gli forniscono la capacità di auto-replicazione, e allo stesso tempo attraverso la coevoluzione è legato a un più ampio processo sociale e biologico.

I concetti giuridici sono l'equivalente dei replicatori genetici, con regole sostanziali o norme che operano come tra attori. Questa divisione riflette una più

⁵² Cf. FRIED, M. S., «The evolution of legal concepts: the memetics perspective», in *Jurimetrics* 39 (1999), pp. 307-308.



ampia nel regno sociale: la memetica materiale (valori condivisi, presupposti e categorie euristiche) è racchiusa nella pratica delle istituzioni, intese come assemblaggi di regole, norme e convenzioni⁵³.

Deakin conclude che mentre il modello e il percorso dell'evoluzione del diritto possono essere soggetti a meccanismi evolutivi che condividono elementi con quelli che governano l'evoluzione biologica, l'evoluzione del diritto non può essere ridotta a quegli stessi processi evolutivi biologici.

Gli psicologi evolucionisti sostengono di aver identificato una relazione diretta tra evoluzione genetica e struttura sociale, ma l'esistenza di questa dinamica evolutiva all'interno della cultura umana non è, senz'altro, una prova che gli esseri umani siano predeterminati dal loro codice genetico a favorire certe disposizioni comportamentali.

Almeno una parte di questa dinamica può essere spiegata altrettanto bene dalla memetica, processi socio-strutturali che sono diversi (anche se in qualche modo correlati) a quelli genetici. La relazione tra la sfera culturale e quella genetica dovrebbe essere intesa come una co-evoluzione piuttosto che come una causa ed effetto lineare⁵⁴.

Più recentemente, l'idea di "storie bio-giuridiche" è stata avanzata come un tentativo di riflettere qualcosa di molto simile all'idea molto più antica di "unità psichica dell'umanità". Basandosi sul lavoro di Owen Jones sulle analisi evolutive del diritto, il progetto di costruzione di storie bio-giuridiche può essere descritto come un tentativo dispiegare certi macro-modelli nei sistemi giuridici⁵⁵.

Jones ci chiede di immaginare l'intero spazio del design legale strutturato intorno a quattro variabili: questioni, contenuto, strumenti e sforzo. L'idea è che i

⁵³ Cf. DEAKIN, S., «Evolution for Our Time: A Theory of Legal...», cit. p. 30.

⁵⁴ Ibidem, pp. 34-45.

⁵⁵ Cf. JONES, O. D. & GOLDSMITH, T. H., «Law and Behavioral Biology», in *Columbia Law review* 105 (2005), p. 466.



sistemi giuridici dovrebbero idealmente essere confrontati non solo tra loro, ma anche con le possibili architetture che permetterebbero l'intero spazio di progettazione.

È probabile che solo una piccola parte di quegli spazi di progettazione di sistemi giuridici teoricamente disponibili si riveli effettivamente utilizzata nei sistemi giuridici esistenti, sollevando la questione di spiegare perché non solo il diritto è come è, ma anche perché non assomiglia più alle molte forme che avrebbe potuto essere.

Anche se le caratteristiche del diritto non sono strettamente inevitabili, non si deve pensare che siano il prodotto di una cultura infinitamente variabile, combinata con norme culturalmente contingenti, mescolate con incidenti, limitate dall'economia e preservate dall'efficienza.

Ciò che osserviamo quando guardiamo l'architettura del diritto è la firma cerebrale unica dell'animale umano, scritta dai processi evolutivi ed elaborata all'interno di dimensioni generose dello spazio di progettazione che i processi evolutivi non hanno ristretto⁵⁶.

Se guardiamo al diritto penale, e ci concentriamo su questioni come quali tipi di aggressioni sono considerate meritevoli di punizione e se c'è o meno un accordo sulle misure di punizione per diversi tipi di trasgressioni, c'è una serie di prove che suggeriscono che, almeno in alcune aree fondamentali come le aggressioni fisiche ingiustificate, il furto di proprietà altrui e il barare negli scambi, tali accordi generali esistono⁵⁷.

⁵⁶ Cf. JONES, O. D., «Propriocepcion, non-law and biolegal history», in *Florida Law Review* 53 (2001), pp. 873-874.

⁵⁷ Cf. ROBINSON, P. H., KURZBAN, R. O. & JONES, O. D., «The Origins of Shared Intuitions of Justice», in *Vanderbilt Law Review* 60 (2007), pp. 1653-1654.



Da questa prospettiva, si potrebbe concludere che i sistemi giuridici gravitano verso certe possibilità nello spazio della progettazione giuridica piuttosto che altre, dando credito all'idea di "storie bio-legali". Tuttavia, va detto che l'introduzione delle teorie dell'evoluzione culturale nell'evoluzione del diritto in questo momento è in gran parte di natura concettuale e teorica, con queste questioni che rimangono aperte anche all'interno degli approcci evolutivi contemporanei al comportamento umano⁵⁸.

8. CONCLUSIONI

La teoria dell'evoluzione del Diritto è una denominazione generale che si attribuisce a tutto il pensiero giuridico volto a scoprire e spiegare i modelli generali di continuità e cambiamento del Diritto. In questo senso, le diverse teorie dell'evoluzione del Diritto (sociale, dottrinale, economica, ecc.) sono state analizzate sopra.

Tra le diverse teorie dell'evoluzione del diritto si possono trovare approcci che vengono definiti come "teorie evolutive del diritto" e che si caratterizzano per il loro interesse nelle questioni di cambiamento e stabilità del diritto nel corso dei secoli e tra diversi sistemi giuridici. Queste teorie evolutive si distinguono per valutare questi aspetti dei fenomeni giuridici dal punto di vista tipico delle teorie esterne al diritto e al suo sistema⁵⁹.

Un aspetto importante da tenere presente è che le "teorie evolutive" del diritto sono un'approssimazione, nel senso che spiegano i cambiamenti del diritto

⁵⁸ Cf. DU LAING, B., «Bio-Legal History, Dual Inheritance Theory and Naturalistic Comparative Law: On Content and Context Biases in Legal Evolution», in *Review of Law & Economics* 7 (2011), pp. 689-692.

⁵⁹ Cf. HOVENKAMP, H. J., «Evolutionary Models in Jurisprudence», in *Texas Law Review* 64 (1985), p. 647.



nei sistemi giuridici, ma non sono necessariamente un modo "evolutivo" di indagare il fenomeno giuridico⁶⁰.

Le "teorie evolutive" del diritto concentrano la loro attenzione esclusivamente sulla spiegazione dei meccanismi che stanno alla base dei cambiamenti e delle continuità di un certo sistema giuridico (o di una parte di esso), ma questo approccio non spiega esplicitamente i punti di arrivo ai quali quel sistema o quella parte di esso sarebbe obbligato ad andare.

Dal punto di vista giuridico, le teorie evolutive non si applicano né a una legge specifica, né a una decisione giudiziaria specifica, né più in generale a una singola norma giuridica, ma in generale ciò che è al centro dell'approccio evolutivo sono i "concetti giuridici".

Il processo legislativo non può essere identificato con un processo specifico che sfocia in una singola decisione giuridica, si tratta piuttosto di diversi processi, di solito asimmetrici da un punto di vista cronologico, che portano alla produzione di un concetto giuridico, di solito per mezzo di diverse leggi e/o decisioni legislative giudiziarie.

Questo concetto può essere definito come un insieme di norme e regole normative che mirano, attraverso la loro coordinazione e combinazione, a costruire un'interazione che risponde ai criteri richiesti dalla razionalità del Diritto⁶¹.

Parallelamente, la tradizione razionalista del diritto naturale nel XVIII secolo usò ovunque la natura razionale e sociale dell'uomo come base su cui fondare gli obblighi sia morali che giuridici, cercando di dimostrare l'esistenza di

⁶⁰ Cf. SINCLAIR, M-B. W., «The Use of Evolution Theory in Law», in *University of Detroit Law Review* 64 (1987), p. 451.

⁶¹ Cf. ZAMBONI, M., «From "Evolutionary Theory and Law" to a "Legal Evolutionary Theory"», in *German Law Journal* 9 (2008), pp. 521-523.



alcuni principi generali che erano vincolanti per tutti gli uomini per natura e che erano permanenti⁶².

Durante questo periodo precisamente solo alcuni teorici del diritto come Adam Smith e altri storici del diritto come Hugo e Savigny prestarono sufficiente attenzione alla questione dell'evoluzione del diritto come riflesso dei cambiamenti nella società, sebbene le loro teorie postulassero solo una forma deterministica di evoluzione⁶³.

Fino al XIX secolo, l'idea che dominava il diritto europeo e americano era quella di una legge morale superiore, ma il periodo che seguì segnò quello che si potrebbe chiamare un periodo di ibernazione delle teorie del diritto naturale, segnato dal progresso delle scienze naturali empiriche. Questa realtà colpì soprattutto gli Stati Uniti, una nazione che era stata saldamente fondata sui principi della legge naturale.

Le prospettive delle teorie evolutive spiegano una causa esterna di come il diritto si evolve, non informano sul contenuto del diritto, spiegano perché il diritto si evolve nel modo in cui si evolve⁶⁴.

La teoria della trasformazione del diritto implica l'esistenza di varie regole giuridiche per risolvere problemi identici, queste teorie implicano che queste regole variano a seconda della loro adeguatezza, secondo la prospettiva evolutiva e può risultare che alcune di queste regole siano eliminate mentre altre sopravvivono soggette a cambiamenti che avvengono in futuro⁶⁵.

⁶² Cf. RUHL, J. B., «The Fitness of Law: Using Complexity Theory...», cit. p. 1412.

⁶³ Ibidem, pp. 1420-1421.

⁶⁴ Cf. SMITS, J. M., «Applied Evolutionary Theory: Explaining Legal Change in Transnational and European Private Law», in *German Law Journal* 9 (2008), p. 480.

⁶⁵ Cf. DU LAING, B., «Dual Inheritance Theory, Contract Law, and Institutional Change – Towards the Co-Evolution of Behavior and Institutions», in *German Law* 9 (2008), p. 495.