



Boletín Mexicano de Derecho Comparado

ISSN: 0041-8633

bmdc@servidor.unam.mx

Universidad Nacional Autónoma de México

México

Somma, Alessandro

Giochi senza frontiere. Diritto comparato e tradizione giuridica

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. XXXVII, núm. 109, enero - abril, 2004, pp. 169 - 205

Universidad Nacional Autónoma de México

Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42710906>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en [redalyc.org](http://redalyc.org)

 redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal  
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

# GIOCHI SENZA FRONTIERE. DIRITTO COMPARATO E TRADIZIONE GIURIDICA

Alessandro SOMMA\*

**RESUMEN:** Este ensayo desarrolla un examen crítico del concepto de “tradición jurídica”, como una de las categorías fundamentales del derecho comparado. De esta manera, el autor emprende un examen del uso de dicho concepto en la literatura comparatista; posteriormente, estudia la relación existente entre el discurso de la “tradición jurídica” y las tendencias a la unificación internacional del derecho, para después proponer una reclasificación de los sistemas jurídicos en el marco de la teoría del cambio jurídico. En suma, el artículo constituye una crítica postmoderna al carácter etnocéntrico que ha tenido el discurso comparatista centrado en el concepto de “tradición jurídica”.

**Palabras clave:** derecho comparado, tradición jurídica, sistemas jurídicos, cultura jurídica.

**ABSTRACT :** This article develops a critical analysis of the concept of “legal tradition”, which is one of the fundamental categories of comparative law. In this way, the author firstly examines the use of such concept in comparative law literature; later on, he studies the relationship between the “legal tradition” discourse and the trends towards the unification of law at an international level. In addition, he proposes a reclassification of legal systems within the framework of the theory of legal change. In sum, the essay represents a postmodern critique of the ethnocentric character of the dominant comparative law discourse, centered around the concept of “legal tradition”.

**Descriptors:** comparative law, legal tradition, legal systems, legal culture.

\* Investigador en el Max-Planck-Institut Für Europäische, Rechtsgeschichte, Frankfurt, Alemania.

SOMMARIO: I. Sull'indeterminatezza dei riferimenti alla "tradizione giuridica" nella letteratura comparatistica. II. La tradizione giuridica prima della "tradizione giuridica": "esperienza" e "cultura giuridica". Le revisitazioni di "sistema". III. Fare cose con la tradizione: promuovere e combattere l'unificazione internazionale del diritto IV. Costruire e decostruire raggruppamenti di sistemi nel quadro delle teorie sulla mutazione giuridica V. Favorire ed ostacolare la transizione dal solidarismo al liberismo attraverso il mito della western legal tradition. VI. La tradizione giuridica nel quadro della comparazione giuridica postmoderna.

### I. SULL'INDETERMINATEZZA DEI RIFERIMENTI ALLA "TRADIZIONE GIURIDICA" NELLA LETTERATURA COMPARATISTICA

Nella letteratura comparatistica l'utilizzo non occasionale della locuzione "tradizione giuridica" costituisce un fatto relativamente recente, che si deve alle trattazioni di carattere storico e comparatistico provenienti dalle esperienze di **common law**.<sup>1</sup> Queste ultime non sono solite profondersi in articolate teorizzazioni concernenti il senso da attribuire alla locuzione. Semplicemente essa indica il proposito di riflettere attorno al fenomeno diritto, contemplando — accanto alla rilevazione dei caratteri di ordine formale--- vicende di ordine in senso lato storico e culturale.<sup>2</sup>

E non potrebbe essere altrimenti. Per lo studioso di **common law**, l'attitudine esemplificata dalle massime secondo cui "history involves comparison" e "comparison involves history"<sup>3</sup> costituisce il ri-

<sup>1</sup> Giaro, T., "Occidente e Oriente nella storia del diritto privato europeo", in corso di pubblicazione in AA. VV., **Diritto privato europeo: fonti ed effetti**, Milán, Giuffrè, 2003.

<sup>2</sup> Nella letteratura meno recente, Holdsworth, W. S., "Foreword", in H. Lévy-Ullmann, **The English Legal Tradition. Its Sources and History**, trad. ingl. di M. Mitchel, London, MacMillan, 1935, p. VI s. Da ultimo ad es. MacEldowney, J. F., e O' Higgins, P., "The Common Law Tradition In Irish Legal History", in Ead. (ed.), **The Common Law Tradition. Essays in Irish Legal History**, Dublin, Irish Academic Press, 1990, pp. 13 y ss. e Watkin, T. G., **The Italian Legal Tradition**, Ashgate, Aldershot etc., 1997.

<sup>3</sup> La prima massima si deve a Frederic William Maitland: cfr. "Why the History of English Law is Not Written", Fisher, H. A. L. (ed.), **The Collected Papers of Frederic William Maitland** vol. 1, Cambridge, Cambridge, University Press, 1911, p. 488. La seconda è stata coniata da Gino Gorla: v. Voce "Diritto comparato", **Enciclopedia del diritto**, vol. 12, Milán,

verbero di un modo di rapportarsi al mondo del diritto riconducibile alle caratteristiche dell'ordinamento di provenienza. Un ordinamento in cui il dogma positivista, alimentato dalla mitologia della codificazione, non ha avuto modo di attecchire. Un ordinamento in cui il potere politico non ha alimentato una retorica sulla cesura tra l'epoca in cui la convivenza tra i consociati risulta informata ad un sistema di norme di diritto comune e l'epoca in cui appare invece plasmata dalla volontà di un principe o di un parlamento nazionale onnipotente.<sup>4</sup>

In altre parole, riferimenti alla tradizione sono il naturale corollario di una cultura del diritto funzionale al mantenimento ed allo sviluppo di un sistema aperto ---in cui la circolazione sovranazionale delle soluzioni elaborate dalla prassi applicativa viene considerata un fatto normale —<sup>5</sup> non legato ad una nozione statalista di ordinamento ed ai suoi corollari.<sup>6</sup> Le costruzioni prodotte in area di **common law** fanno cioè istintivamente riferimento al diritto come parte di una vicenda intellettuale, valutata prevalentemente dal punto di vista del suo sviluppo nel tempo, piuttosto che nello spazio:<sup>7</sup>

A legal tradition, as the term implies, is not a set of rules of law about contracts, corporations, and crimes, although such rules will almost always be in some sense a reflection of that tradition. Rather it is a set of deeply rooted, historically conditioned attitudes about the nature of law, about the role of law in the society and the

Giuffrè, 1964, p. 930, nt. 5. In precedenza v. Ascarelli, T., "Premesse allo studio del diritto comparato" (1945), in *id.*, **Saggi giuridici**, Milán, Giuffrè, 1949, p. 12.

<sup>4</sup> Hespanha, A. M., "Codigo y complejidad", in Cappellini, P. e Sordi, B. (a cura di), **Codici. Una riflessione di fine millennio**, Milán, Giuffrè, 2002, p. 149 ss. e Caroni, P., **Saggi sulla storia della codificazione**, Milán, Giuffrè, 1998, part. pp. 38 y ss.

<sup>5</sup> Per tutti Gorla, G., "Diritto comparato", in AA. VV., **Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia**, Milán, Giuffrè, 1982, p. 501 s. Da ultimo Somma, A., **L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario**, Milán, Giuffrè, 2001, pp. 16 y ss.

<sup>6</sup> Cfr Barton, J. H. et al., **Law in Radically Different Cultures**, West Publishing Co., St. Paul Minn., 1983, pp. 1 y ss.

<sup>7</sup> Per tutti Glendon, M. A., Gordon, M. W., e Carozza, P. G., **Comparative Legal Traditions**, 2a. ed., West Group, St. Paul Minn., 1994, p. 17. v. anche Gorla, voce "Diritto comparato", cit., p. 940 e Halpérain, J. L., **Entre nationalisme juridique et communauté de droit**, Paris, Presses Universitaires de France, 1999, p. 134: "la common law a pu être caractérisée comme une tradition historique".

polity, about the proper organization and operation of a legal system, and about the way law is or should be made, applied, studied, perfected and taught. The legal tradition relates the legal system to the culture of which it is a partial expression. It puts the legal system into cultural perspective.<sup>8</sup>

Si diceva che un simile punto di vista viene condiviso dalla prevalente produzione letteraria nei paesi di **common law**. Da esso non sembra discostarsi neppure un recente contributo — pure celebrato come opera capace di rifondare la comparazione su nuove basi— in cui si ribadisce che la riflessione in termini di tradizione sottolinea il proposito di abbandonare la razionalistica e illuministica “normative authority of formal sources of law”, impersonata dai riferimenti al “legal system”.<sup>9</sup>

I comparatisti che narrano di tradizione giuridica segnalano dunque di voler confezionare scritti di impostazione antiformalistica ed in effetti i riferimenti ad essa sono universalmente considerati indizio di un accoglimento di tale impostazione. Peraltro la semplice manifestazione di un simile intento nulla dice circa l'esito finale del lavoro: i riferimenti storici e culturali ---anche quando non rappresentano meri orpelli o sfoggi di erudizione--- non costituiscono di per sé un vaccino contro il male che con essi si vuole combattere. E invero la combinazione tra storia e comparazione — come vedremo fra breve— ha costituito il fondamento per le più disparate ricostruzioni:<sup>10</sup> da quelle volte ad individuare le costanti universalistiche del fenomeno diritto, a quelle volte a sotto-

<sup>8</sup> Merryman, J. M., *The Civil Law tradition. An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, Stanford, Stanford University Press, 1969, p. 2.

<sup>9</sup> Glenn, H. P., *Legal Traditions of the World. Sustainable Diversity in Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000, pp. XXI y ss. e 117 y ss. Nello stesso senso Mohnhaupt, H., “Europäische Rechtsgeschichte und europäische Integration. Kulturelle Bedingungen europäischer Rechtseinheit und vergleichende Beobachtungen”, in AA. VV. *Europäische Rechtsgeschichte und europäische Integration*, Rönnels Antikvariat, Stockholm, 2002, pp. 20 y ss. e Nygren, R., *Legal Culture and World Value Mapping*, ivi, pp. 111 y s.

<sup>10</sup> Per tutti, Hespanha, A. M., *Introduzione alla storia del diritto europeo* (1999), trad. it. di L. Apa e L. Santi, Bologna, Il Mulino, 1999, pp. 10 y ss. In tal senso anche Gambaro, A. e (R. Sacco), “Sistemi giuridici comparati”, *Trattato di diritto comparato*, dir. da R. Sacco, Torino, Utet, 1996, p. 52.

linearie la contingenza, passando per una contraddittoria combinazione dei due approcci.<sup>11</sup>

Sembra così che un discorso attorno al concetto di “tradizione giuridica”, seppure limitato alle ricerche comparatistiche, sia un discorso privo di confini definiti o almeno un discorso attraverso cui, semplicemente, antiche disquisizioni sono riproposte sotto nuova veste lessicale. Circostanza di per sé evidentemente inidonea a condurre ad un accantonamento di quelle disquisizioni.

Ad una simile conclusione si viene tra l’altro indotti considerando una caratteristica che accomuna molte delle ricorrenti definizioni di “tradizione”: la sottolineatura che essa, in quanto parte essenziale della memoria sociale, assume forma attraverso un processo di selezione di informazioni sul passato.<sup>12</sup> Ora non tutti sono concordi nel ritenere che tale processo sia capace di trasmettere dati certi, idonei — pur in presenza di non trascurabili addizioni dell’interprete--- a restituirci una sorta di distillato di valori maturati nel tempo. Al contrario è diffusa l’idea che la selezione di dati — e a monte la loro individuazione--- sia una pratica arbitraria per definizione in quanto non riducibile alla loro mera trasmissione.<sup>13</sup>

Una simile prospettiva non ha conquistato i cultori del diritto comparato che, con le eccezioni di cui diremo fra breve, sono attratti da un approccio metodologico di altro segno. Essi mostrano di non contestare in radice il criterio di validazione vichiano, secondo cui vi sono dati fattuali osservabili, capaci di dare vita ad un discorso conoscitivo razionale. Ciò viene esplicitato in un manifesto culturale, sottoscritto sul finire degli anni ottanta dai principali comparatisti italiani, in cui — primariamente al fine di sottolineare la valenza antidogmatica della comparazione--- si sottolinea come essa dedichi “la sua attenzione ai varii fenomeni giuridici concre-

<sup>11</sup> Per riferimenti —e riflessioni riconducibili ad un approccio del terzo tipo— **cfr.** Rondoni, M., voce “Diritto comparato”, **Novissimo Digesto Italiano**, vol. 5, Torino, Uet, 1960, p. 825.

<sup>12</sup> Tra i comparatisti, da ultimo Glenn, **Legal Traditions of the World**, cit., p. 13. Tale sottolineatura si riconduce alla definizione — attribuita a Tacito— di tradizione come “narrazione”: **cfr** Cavalli, A., voce “Tradizione”, **Enciclopedia delle scienze sociali**, vol. 8, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1998, p. 649.

<sup>13</sup> La valenza ideologica di “tradizione” è una costante che emerge dalla storia del concetto: per tutti Cavalli, voce “Tradizione”, cit., p. 650.

tamente realizzati nel passato o nel presente secondo il criterio per cui si considera reale ciò che è concretamente accaduto".<sup>14</sup>

Nello stesso documento si precisa subito dopo che "in questo senso la comparazione ha lo stesso criterio di validazione delle scienze storiche". Peraltro ciò non sarebbe condiviso da coloro che considerano l'esito del lavoro dello storico una sorta di "prodotto artistico".<sup>15</sup> Ciò al fine di rimarcare come non vi sia una verità storica obbiettivamente accertabile dallo studioso, così come — per ricordare un accostamento usuale e con esso un orientamento ormai accreditatosi presso i cultori del diritto — non esiste una verità processuale obbiettivamente accertabile dal giudice.<sup>16</sup> E nella medesima direzione si muovono i recenti studi di coloro che, a partire dalle recenti acquisizioni delle neuroscienze in tema di memoria, documentano la fallacia del procedimento attraverso cui prende forma la fonte prediletta nelle ricostruzioni storiche: il testo scritto.<sup>17</sup> Fallacia che evidentemente non risparmia il ricorso ad altre fonti forse più trascurate — come ad esempio le immagini — ora considerare dal punto di vista delle strategie retoriche di cui esse sono il veicolo.<sup>18</sup>

<sup>14</sup> Alludiamo alle Tesi di Trento, il cui testo commentato si trova ad esempio in Gambaro, A. *et al.*, voce "Comparazione giuridica", *Digesto delle discipline privatistiche-Sezione civile*, vol. 3, Torino, Utet, 1988, pp. 52 y ss. In precedenza v. Gambaro, A., "Alcune novità in materia di comparazione giuridica", *Rivista di Diritto Commerciale*, 79 (1981), I, pp. 297 y ss., che affida alla comparazione il compito di accettare fatti senza tentare di spiegarli "riferendosi all'ambiente sociale", onde alimentare "la ricerca di un sapere obbiettivo".

<sup>15</sup> Stolleis, M., *Rechtsgeschichte als Kunstprodukt. Zur Entbehrlichkeit von "Begriff" und "Tatsache"*, Baden-Baden, Nomos, 1997. V. anche Conrad, C., e Kessel, M., "Einleitung", in Ead. (Hrsg.), *Geschichte schreiben in der Postmoderne. Beiträge zur aktuellen Diskussion*, Stuttgart, Ph. Reclam, 1994, p. 9 y ss.

<sup>16</sup> Cfr Fögen, M. T., "Wahrheit macht Arbeit", *Rechtshistorisches Journal* 11 (1992), pp. 40 y ss. e Stolleis, M., "Der Historiker als Richter-der Richter als Historiker", in Frei, N. *et al.* (Hrsg.), *Geschichte vor Gericht. Historiker, Richter und die Suche nach Gerechtigkeit*, München, Beck, 2000, p. 177 y ss.

<sup>17</sup> Al proposito ad es. Fried, J., "Erinnerung und Vergessen. Die Gegenwart stiftet die Einheit der Vergangenheit", *Historische Zeitschrift*, 273 (2001), pp. 561 y ss.

<sup>18</sup> Per tutti, Mitchel, W. J. T., *Picture theory. Essays on Verbal and Visual Representation*, The University of Chicago Press, Chicago e London, 1994. Da ultimo Burke, P., *Testimoni oculari. Il significato storico delle immagini* (2001), trad. it. di G.C. Brioschi, Roma, Carocci, 2002.

<sup>19</sup> Nella letteratura italiana da ultimo Di Robilant, A., "Non soltanto parole. In margine ad alcuni itinerari", *Law and Art*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", 31 (2001), pp. 483 y ss. e Somma, A., "When law goes pop. La rappresentazione cinematografica del diritto, in corso di pubblicazione", *Politica del Diritto*, 33 (2003).

Considerazioni del medesimo tenore sono da tempo acquisite in antropologia, specialmente per effetto delle linee di ricerche realizzate in seno alla corrente funzionalista. In tale ambito si afferma infatti che la tradizione — come il mito — costituisce una ricostruzione del passato strutturata in funzione del presente.<sup>20</sup>

Ma torniamo ai comparatisti. Sono a dire il vero una minoranza coloro che riflettono sul diritto nei termini appena indicati: ovvero che, sulla scia delle teorie postmoderne del linguaggio come “gioco linguistico”,<sup>21</sup> considerano la narrazione di cui si serve il diritto come un discorso da decifrare ricorrendo alle medesime tecniche utilizzate per tutte le espressioni letterarie.<sup>22</sup> Con il risultato che l’attività interpretativa viene svelata nella sua essenza di strumento con cui convalidare il sistema di valori veicolati dal diritto attraverso schemi socialmente accettati: interpretare significa porre in essere una “affabulazione ipocrita e raffinata, condizionata dal contesto istituzionale in cui il discorso culturale sul diritto si produce” e non certo individuare nessi obbiettivi tra il testo e il suo senso. Ché altrimenti si finirebbe con il trasformare il processo ermeneutico in “una teoria della molteplicità degli schemi concettuali”<sup>23</sup> o in una dogmatica del “diritto muto”.<sup>24</sup>

A ben vedere proprio nella prospettiva del diritto come tradizione — prospettiva connessa all’idea che il diritto “preesiste sempre alla lingua che lo descrive” — diviene indispensabile muovere dalle premesse indicate<sup>25</sup> E’ in effetti oramai acquisito che il po-

<sup>20</sup> Sul punto da ultimo Barnard, A., **Storia del pensiero antropologico**, Bologna, Il Mulino, 2002, pp. 85 y ss.

<sup>21</sup> Schlag, P., “Normative and Nowhere to Go”, **Stanford Law Review**, 43 (1990), pp. 167 y ss.

<sup>22</sup> Ciò viene ultimamente ribadito nell’ambito del movimento di “law and literature”: ad es. Minda, G., **Teorie postmoderne del diritto** (1995), trad. it. di C. Colli, Bologna, Il Mulino, 2001, pp. 247 y ss.

<sup>23</sup> Monateri, P. G., “Correct our Watches by the Public Clocks” (Interpretazione del Diritto e Nihilismo Giuridico), **Rivista Critica del Diritto Privato**, 19 (2001), pp. 403 y ss. V. anche Legrand, P., “Sur l’analyse différentielle des jurisconsultes”, **Revue Internationale de Droit Comparé** 51 (1999), pp. 1057 y ss. Tra i filosofi soprattutto Vattimo, G., **Oltre l’interpretazione. Il significato dell’ermeneutica per la filosofia**, Roma e Bari, Laterza, 2002, pp. 3 y ss. parla di “costitutiva vocazione nichilista” dell’ermeneutica.

<sup>24</sup> Sacco, R., “Il diritto muto, in *Scintillae iuris. Studi in memoria di G. Gorla*”, vol. 1, Milán, Giuffrè, 1994, pp. 681 y ss.

<sup>25</sup> Monateri, “Correct our Watches by the Public Clocks”, cit., pp. 413 y ss.

tere usa legittimarsi ricorrendo a valori quali la razionalizzazione e la tradizione e che pertanto i richiami al secondo — esattamente come i riferimenti al primo — devono essere decostruiti.<sup>26</sup>

I discorsi sulla “tradizione” sono invece ripetutamente combinati con letture che, se da un lato rifiutano un punto di osservazione formalista, dall’altro finiscono per non discostarvisi nel momento in cui valorizzano vicende di ordine non formale al solo fine di arricchire un discorso sul diritto incapace di affermarne in radice il carattere prelinguistico.<sup>27</sup> Ecco il motivo che ci ha spinto a considerare i riferimenti alla tradizione un modo per riproporre con una nuova veste lessicale vecchie questioni. Tenteremo di dimostrarlo, ricorrendo ad una panoramica sull’uso della tradizione nella letteratura comparatistica e segnalando di volta in volta le strategie di cui un simile uso costituisce parte integrante. Del resto ---se la tradizione ha a che vedere con la storia e se la storia deve essere vista come una costruzione intellettuale--- le narrazioni che se ne servono dicono più su coloro “che ne sono autori che sulle credenze e le culture del passato che si suppone vi siano descritte”.<sup>28</sup>

## II. LA TRADIZIONE GIURIDICA PRIMA DELLA “TRADIZIONE GIURIDICA”: “ESPERIENZA” E “CULTURA GIURIDICA”. LE RIVISITAZIONI DI “SISTEMA”

Abbiamo fin qui considerato i riferimenti alla “tradizione giuridica” contenuti nella letteratura angloamericana. Nella produzione

<sup>26</sup> Come sottolineato da Hespanha, **Introduzione alla storia del diritto europeo**, cit., p. 11 il riferimento alla razionalizzazione ed alla tradizione come valore attraverso cui il potere fonda la propria legittimazione si deve all’opera di Max Weber. Ad essa si ispirano molti autori ricondotti al movimento dei “critical legal studies”: cfr. Kennedy, D., “Breve storia dei critical legal studies negli Stati Uniti”, trad. it. di G. Marini, **Rivista Critica del Diritto Privato**, 10 (1992), pp. 639 y ss.

<sup>27</sup> Somma, A., “Comparing legal cultures. Tutela privatistica dei deboli e industrializzazione dal liberalismo al liberismo”, **Rechtshistorisches Journal**, 20 (2001), pp. 71 y ss. con riferimento a Steinmetz, W. (ed.), **Private Law and Social Inequality in the Industrial Age. Comparing Legal Cultures in Britain, France, Germany, and the United States**, Oxford, Oxford University Press, 2000.

<sup>28</sup> Hespanha, **Introduzione alla storia del diritto europeo**, cit., p. 12. V. anche Monateri, P. G., “Black Gaius. A Quest for the Multicultural Origins of the «Western Legal Tradition»”, **Hastings Law Journal**, 51 (2000), pp. 490 y ss.

ne europea continentale essi sono stati per molto tempo scarsamente ricorrenti — oltre che non particolarmente meditati — e soprattutto limitati alla produzione dei romanisti<sup>29</sup> e dei cultori del diritto comune.<sup>30</sup>

I comparatisti sembrano aver scoperto la “tradizione giuridica” solo recentemente. Eppure essi sono soliti dimostrare una non meglio definita avversione per lo studio formalista del diritto: circosanza del resto implicita nell’idea di comparazione come disciplina “sovversiva”,<sup>31</sup> che concepisce se stessa come “una teoria necessariamente critica del diritto come ideologia”.<sup>32</sup> Ciò non esclude evidentemente che il risultato della ricerca sia pur sempre funzionale alla promozione di determinate visioni di ordine politico normativo, fondate proprio sul ricorso a tecniche espositive alternative a quelle di matrice formalista. Invero occorre ribadire che non vi sono narrazioni vere e narrazioni false o che comunque non è possibile operare una distinzione sufficientemente netta fra narrazioni vere e narrazioni false: tutte sono necessariamente il prodotto di una visione del reale strettamente connessa con ineliminabili tensioni subbiettive dell’autore.

Esiste dunque un riferimento隐含 a quanto abbiamo visto essere indicato con l’espressione “tradizione giuridica” in altre formule ricorrenti nella letteratura comparatistica continentale: in particolare nei richiami ai nessi tra la storia e il diritto.

Simili visioni si ritrovano nella letteratura tedesca di inizio ottocento influenzata dalla storicismo<sup>33</sup> e quindi mossa dal proposito

29 Ad es. Biondi, B., “Il cristianesimo nel Corpus iuris civilis e nella tradizione giuridica orientale”, in AA. VV., *L’oriente cristiano nella storia della civiltà*, Roma, Accademia Nazionale dei Lincei, 1964, pp. 273 y ss. e Esders, S., *Römische Rechtstradition und merowingisches Königum*, Göttingen, Vandenhoeck e Ruprecht, 1997.

30 Ad es. Ascheri, M. et al. (ed.), *Legal Consulting in the Civil Law Tradition*, Berkeley, The Robbins Collection, 1999.

31 Muir Watt, H., “La fonction subversive du droit comparé”, *Revue Internationale de Droit Comparé* 52 (2000), pp. 503 y ss. Precedentemente riflessioni analoghe si trovano in Ascarelli, *Premesse allo studio del diritto comparato*, cit., pp. 3 y ss.

32 Monateri, P. G., “La dottrina”, in AA. VV., *Le fonti del diritto italiano*, vol. 2, in *Trattato di diritto civile*, dir. da R. Sacco, Torino, Utet, 1999, pp. 484 y ss. V. anche *id.*, “Comparazione, critica civilistica. Diritto e latenza normativa a dieci anni dalle Tesi di Trento”, *Rivista Critica del Diritto Privato*, 16 (1998), pp. 453 y ss.

33 Ad es. Wieacker, F., *Storia del diritto privato moderno con particolare riguardo alla Germania* (1967), vol. 2, trad. it. di S.-A. Fusco, Milán, Giuffrè, 1980, pp. 3 y ss.

di superare l'universalismo illuminista descrivendo il diritto come fenomeno radicato — al pari della lingua — entro nelle tradizioni locali.<sup>34</sup> In tale prospettiva — per rifondare la legittimazione del potere sulla tradizione piuttosto che sulla razionalizzazione — si concepisce il diritto come un prodotto dello “spirito popolare” scaturito “dall'essenza della nazione e dalla sua storia”.<sup>35</sup> Riflessioni assimilabili ricorrono presso un noto studioso — attivo fra l'altro nel campo della filosofia del diritto e della comparazione giuridica — che sul finire dell'ottocento sviluppa una teoria del “diritto come manifestazione culturale”.<sup>36</sup>

Più recentemente si ritrovano riferimenti a vicende rispecchiate dall'uso di “tradizione giuridica” nel ricorso a “esperienza giuridica” e ---secondo una convenzione ricorrente nelle scienze antropologiche— a “cultura giuridica”.<sup>37</sup>

La prima formula si impone per opera dei cultori dello studio storico del diritto romano, i quali la mutuano dalla filosofia del diritto.<sup>38</sup> Essa sostituisce le nozioni di ordinamento, inclusa l'istituzionale, le quali aspirano “ad una sistematica chiusa e delimitata” e sono pertanto legate alla “tradizione della ricerca obiettiva tanto cara allo scientismo positivista”.<sup>39</sup> In tale prospettiva l'uso di “esperienza giuridica” costituisce un modo per osservare il diritto come “aspetto di un vasto fenomeno sociale”<sup>40</sup>

<sup>34</sup> Savigny, F. C. von, **Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter** 2. Aufl., vol. 1, Becker u. Co., Wiesbaden-Biebrich, 1834, p. 21. Al proposito da ultimo Monateri, P. G., “«Cunning Passages». Comparazione e ideologia nei rapporti tra diritto e linguaggio”, **Rivista Critica del Diritto Privato**, 17 (1999), pp. 353 y ss.

<sup>35</sup> Savigny, F. C. von, “Ueber den Zweck dieser Zeitschrift”, **Zeitschrift für Geschichtliche Rechtswissenschaft**, 1 (1815), p. 6.

<sup>36</sup> Kohler, J., **Das Recht als Kulturerscheinung. Einleitung in die vergleichende Rechtswissenschaft**, Stahel'schen Universitäts-Buch-und Kunsthändlung, Würzburg, 1885. Per altri usi di “cultura giuridica” nella letteratura tedesca di questo periodo, v. Mohnhaupt, **Europäische Rechtsgeschichte und europäische Integration**, cit., pp. 28 y ss.

<sup>37</sup> V. ad es. i contributi raccolti in Nelken, D. (ed.), **Comparing Legal Cultures**, Aldershot etc. 1997.

<sup>38</sup> Capograssi, G., **Il problema della scienza del diritto**, Roma, Foro Italiano, 1937.

<sup>39</sup> Orestano, R., **Introduzione allo studio del diritto romano**, Bologna, Il Mulino, 1987, p. 352.

<sup>40</sup> F. de Marini Avonzo, “Rileggere «l'Introduzione» di Orestano”, **Labeo**, 34 (1988), pp. 209 y ss. V. anche Bretone, M., **Diritto e tempo nella tradizione europea**, nuova ed., Roma e Bari, Laterza, 1999, p. 233.

[E'] l'unico modo che si abbia di considerare quanto si intenda rapportare al giuridico senza alcuna esclusione o amputazione della sua multiforme e cangiante fenomenologia, in qualsivoglia delle sue manifestazioni e delle sue determinanti anche ideologiche... E' l'unico modo... di tendere a una conoscenza per quanto possibile integrale, che muova dalla realtà della vita e riconduca ad essa, vale a dire alla sua dimensione concreta.<sup>41</sup>

Nella dottrina italiana i riferimenti alla “esperienza giuridica” sono un fatto oramai assolutamente diffuso presso i romanisti e soprattutto presso i cultori della storia del diritto.<sup>42</sup> Nelle altre materie ci si è invece mostrati meno recettivi e disposti a riflettere sul senso della locuzione.<sup>43</sup> Dal canto loro i comparatisti vi alludono saltuariamente, per indicare il punto di riferimento per un raffronto tra diritti attento alle vicende “storiche, ideologiche, politiche o pratiche”.<sup>44</sup>

Anche fra i comparatisti francesi riscuote successo l'impiego di “culture juridique”. L'espressione indica il proposito di osservare il fenomeno diritto entro una prospettiva esperienziale — nel senso appena chiarito — al fine di promuovere:

une dilatation du territoire intellectuel du comparatiste comme condition inéluctable d'une compréhension approfondie du droit positif produit par une communauté juridique et de la manière dont un droit positif reflète une mentalité indissociable des conditions premières de socialisation du juriste dans une culture juridique qui fait que celui-ci ne peut jamais penser ce qu'il veut.<sup>45</sup>

<sup>41</sup> Orestano, **Introduzione allo studio del diritto romano** p. 354. V. anche *id.*, “Diritto”. **Incontri e scontri** Bologna, Il Mulino, 1981, p. 487 ss. e Grossi, P., **L'ordine giuridico medievale**, Roma e Bari, Laterza, 1995, pp. 3 y ss.

<sup>42</sup> Ad es. Santarelli, U., **L'esperienza giuridica basso-medievale. Lezioni introduttive**, 2a. ed., Torino, Giappichelli, 1980.

<sup>43</sup> Ad es. Falzea, A., “Introduzione generale”, **Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia**, cit., pp. 15 y ss. dove “studiosi e operatori giuridici” sono considerati “protagonisti dell'esperienza giuridica” e “partecipi della vita sociale”.

<sup>44</sup> Lombardi, G., **Premesse al corso di diritto pubblico comparato. Problemi di metodo**, Milán, Giuffrè, 1986, p. 11 s. V. anche Tripiccione, A., **La comparazione giuridica**, Padova, Cedam, 1961, p. 58 e da ultimo Alpa, G., **Corso di sistemi giuridici comparati**, Torino, Giappichelli, 1996, pp. 18 y ss.

<sup>45</sup> Legrand, P., **Le droit comparé**, Paris, Presses Universitaires de France, 1999, p. 22.

A ben vedere “esperienza giuridica” e “cultura giuridica” non hanno soppiantato il ricorso alle espressioni più risalenti, che molti autori hanno preferito ridefinire piuttosto che accantonare. In tal senso si propone un uso di “sistema” come un “qualcosa di reale e storicamente presente”.<sup>46</sup> Similmente si stabiliscono nessi impliciti o dichiarati con le nozioni di “tradizione”<sup>47</sup> e di “cultura” ricorrendo alle formule più varie.<sup>48</sup>

Si vedano quindi i ricorsi ad “ordinamento”, nozione con cui “ricostruire nitidamente vicende di modelli culturali molto offuscate nelle esperienze europee”<sup>49</sup> e superare così visioni etnocentriche del fenomeno diritto.<sup>50</sup> E si considerino infine i riferimenti allo “stile del sistema” — determinato dalle “differenze o caratteristiche che possono essere definite importanti o salienti” — con cui si allude a vicende quali le “ideologie intese come dottrine politico economiche oppure come credenze religiose incidenti sul diritto” e “una particolare mentalità giuridica”.<sup>51</sup>

A quest’ultima si è fatto riferimento in un recente dibattito concernente l’opportunità o meno di mettere mano al menzionato manifesto culturale predisposto sul finire degli anni ottanta dai principali comparatisti italiani. In esso si fa riferimento allo studio comparato dei sistemi come approccio che, nel momento in cui sottolinea la dissociazione tra regole operazionali e proposizioni teoretiche, consente un controllo circa “la coerenza dei vari ele-

46 (Gambaro) e Sacco, *Sistemi giuridici comparati*, cit., p. 22.

47 Mattei, U., e Monateri, P. G., *Introduzione breve al diritto comparato* Padova, Cedam, pp. 56 y ss. Anche un recente teorico della “tradizione giuridica” ha stabilito un nesso tra sistema “aperto” e tradizione: Glenn, H. P., “La tradition juridique nationale”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, 55 (2003), pp. 263 y ss.

48 Per una rassegna v. Vanderlinden, J., *Comparer les droits*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1995, pp. 311 y ss.

49 (Gambaro) e Sacco, *Sistemi giuridici comparati* cit., p. 2. V. anche Agostini, E., *Droit comparé*, Paris, Presses Universitaires de France, 1988, pp. 15 y ss.

50 Losano, M., *I grandi sistemi giuridici europei. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, Laterza, Roma e Bari, 2000, p. X s. Al proposito anche Marella, M. R., “Identità culturale e differenze. A proposito del saggio di Paolo Morozzo della Rocca”, *Rivista Critica del Diritto Privato*, 10 (1992), pp. 431 y ss.

51 Zweigert, K., e Kötz, H., *Introduzione al diritto comparato*, vol. 1 *Principi fondamentali* (1984), trad. it. di B. Pozzo, a cura di A. di Majo e A. Gambaro, Milán, Giuffrè, 1992, pp. 82 y ss.

menti presenti in ogni sistema'.<sup>52</sup> Il carattere scientista di simile affermazione potrebbe venire lenito dalla precisazione che il menzionato controllo di coerenza deve tra l'altro fondarsi sullo studio della mentalità: studio con cui mettere oltretutto in discussione la validità del criterio di valutazione vichiano.<sup>53</sup>

### III. FARE COSE CON LA TRADIZIONE: PROMUOVERE E COMBATTERE L'UNIFICAZIONE INTERNAZIONALE DEL DIRITTO

Quanto precede ci porta a concludere che il non uso dell'espressione "tradizione giuridica" — esattamente come il suo uso — nulla dice circa la matrice culturale delle ricerche in cui essa viene trascurata. Ciò conduce a rafforzare l'opportunità di ricorrere alla decostruzione della narrativa comparatistica.

Crediamo di poter dimostrare la correttezza di una simile indicazione considerando il dibattito sugli scopi della comparazione e in particolare le affermazioni di chi la concepisce come uno strumento al servizio del processo di unificazione internazionale del diritto.<sup>54</sup>

Tra la fine dell'ottocento e il principio del novecento ciò viene sostenuto da un autore che, dopo aver distinto tra un approccio speculativo ed un approccio pratico alla comparazione, rivendica per il secondo il compito di raffrontare i diritti positivi per ricavare un "droit commun législatif": un "fond commun de conceptions et d'institutions" ricavato dal raffronto delle "législations les plus semblables".<sup>55</sup> Nello stesso periodo un altro autore promuove invece la costruzione di un "droit commun des peuples civilisés" — scaturito dall'elaborazione scientifica del corpo di norme sociali

<sup>52</sup> Gambaro, V., Monateri e Sacco, voce "Comparazione giuridica", cit., p. 55.

<sup>53</sup> Gambaro, A., **Riflessione**, [http://www.jus.unitn.it/dsg/convegni/tesi\\_tn/riflessione.htm](http://www.jus.unitn.it/dsg/convegni/tesi_tn/riflessione.htm)

<sup>54</sup> Questo aspetto viene sottolineato da innumerevoli comparatisti: cf. Sacco, R., "Introduzione al diritto comparato", 5a. ed., in **Trattato di diritto comparato**, dir. da R. Sacco, Torino, Utet, 1992, pp. 3 y ss. e 157 con rilievi critici.

<sup>55</sup> Lambert, E., **La fonction du droit civil comparé** vol. 1 **(Les conceptions étroites ou unilatérales)**, París, V. Giard et E. Brière, 1903, pp. 917 y ss.

“résultant du consentement tacite des nations”— cui le corti nazionali devono conformarsi nell’applicazione del diritto interno.<sup>56</sup>

A distanza di un secolo i comparatisti continuano evidentemente ad occuparsi di unificazione internazionale del diritto. Le loro narrazioni sono infarcite di espressioni nuove o di sottolineature circa l’opportunità di innovare il modo di intendere i concetti utilizzati dai predecessori. La sostanza dei loro discorsi non sembra tuttavia mutare. Ora come allora si ricorre all’immagine di un ordinamento che deve finalmente superare — sull’esempio di quanto avvenuto all’epoca del diritto comune— la dimensione nazionale imposta dal mito della codificazione.<sup>57</sup> Ora come allora si discute attorno all’opportunità di concepire il nuovo corpo di norme come una sorta di diritto naturale incarnato dal diritto romano — l’eterna **ratio scripta**— considerato “comme fondement unique des législations de l’Europe centrale”.<sup>58</sup>

Invero i fautori dei riferimenti alla tradizione giuridica sono i primi a ritenere che essi consentano di fornire ---in un’epoca di riscoperta dei sistemi aperti<sup>59</sup>— una base comune per il dialogo tra operatori del diritto di provenienza culturale differente.<sup>60</sup> E’ poi noto che alcuni comparatisti — e molti romanisti— reputano che tale base sia da rinvenire nello studio del diritto romano, direttamente<sup>61</sup> o per il tramite delle trasformazioni subite all’epoca

<sup>56</sup> Saleilles, R., “Contribution à l’étude des méthodes juridiques. A propos d’un livre de M. A. Sraffa (La liquidazione delle società commerciali)”, *Annales de Droit Commercial*, 5 (1891), pp. 222 y ss. Al proposito ad es. Ancel, M., **Utilité et méthodes du droit comparé. Eléments d’introduction générale à l’étude comparative des droits**, Neuchâtel, Ed. Ides et Calendes, 1971, pp. 18 y ss.

<sup>57</sup> Saleilles, **Contribution à l’étude des méthodes juridiques**, cit., p. 222.

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 221. Lambert, **La fonction du droit civil comparé**, cit., p. 919 critica invece il tentativo “d’ériger en maximes du droit commun de l’humanité les productions de la pensée romaine”.

<sup>59</sup> Sul punto ad es. Ruffini Gandolfi, M. L., “Per l’uniforme interpretazione ed applicazione di un futuro codice europeo dei contratti”, *Rivista di Diritto Civile*, 46 (2000), pp. 711 y ss.

<sup>60</sup> Così Glenn, **Legal Traditions of the World**, cit., p. XXI. V. anche Rabello, A. M. (ed.), **European Legal Traditions and Israel**, Harry and Michael Sacher Inst. for Legislative Research and Comparative Law, Jerusalem, 1994 e Zimmermann, R., **Roman Law, Contemporary Law, European Law. The Civilian Tradition Today** Oxford, Oxford University Press, 2001.

<sup>61</sup> Knütel, R., “Von schwimmenden Inseln, wandernden Bäumen, flüchtenden Tieren und verborgenen Schätzen. Zu den Grundlagen einzelner Tatbestände originären Eigentumserwerbs”, in Zimmermann, R. (Hrsg.), **Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik** Heidelberg, Müller, 1999, p. 569.

dello **ius commune**.<sup>62</sup> Il tutto sullo sfondo di un intreccio perverso tra tensioni empirico positive e approcci sistematico filosofici, simile a quello che ha caratterizzato la vicenda intellettuale di Friedrich Carl von Savigny.<sup>63</sup>

E' noto che quest'ultimo ha subito l'influenza di entrambe le correnti del romanticismo tedesco: movimento antilluminista ed antirazionalista, in quanto tale teso a riabilitare la tradizione come valore. Intendiamo la corrente di ispirazione liberale ---prevalente nel periodo dedicato alla nota polemica sulla codificazione e alla ricerca del diritto di espressione popolare--- e quella di matrice cristiano conservatrice. Nel suo nome il fondatore della Scuola storica ha ridimensionato il proposito di esaltare il ruolo delle fonti di produzione non formali del diritto ed ha assunto la tradizione come misura del giusto.<sup>64</sup>

Sono gli stessi comparatisti che indicano nel diritto romano ---matrice di una tradizione comune--- la base di partenza per l'unificazione del diritto nel contesto europeo, a stabilire una connessione con l'opera di Savigny:

Savigny's Historical School flourished in Germany. The implementation of the BGB, 100 years ago, may be regarded as its supreme triumph or its ultimate failure. Indisputably, the Code has changed our legal perception. It has led to an emancipation of Roman law from contemporary legal doctrine... But has it also resulted in an emancipation of contemporary doctrine from Roman Law? Has there been, in other words, a qualitative change in our substantive private law as a result of codification?... Lawyers in nineteenth-century Germany were constantly aware, in spite of the bewildering legal diversity with which they were faced, on a fundamental intellectual unity created by a common tradition. The recreation of

<sup>62</sup> Nel contesto italiano almeno a partire da Impallomeni, G., "La validità di un metodo storico-comparativo nell'interpretazione del diritto codificato", *Rivista di Diritto Civile*, 17 (1971), I, pp. 374 y ss.

<sup>63</sup> Su cui ad esempio Wieacker, F., *Gründer und Bewahrer. Rechtslehrer der neueren deutschen Privatrechtsgeschichte*, Göttingen, Vandenhoeck u. Ruprecht, 1959, pp. 136 y ss. e Mazzacane, A., voce "Pandettistica", *Enciclopedia del diritto*, vol. 31, Milán, Giuffrè, 1981, part. pp. 598 y ss.

<sup>64</sup> Per tutti Wilhelm, W., *Metodología jurídica en el siglo XIX*, trad. it. di P.L. Lucchini, Milán, Giuffrè, 1974, pp. 38 y ss. e 76 y ss.

such an awareness is of central importance to sustain the Europeanization of private law.<sup>65</sup>

E si tratta di una connessione che li pone in stretto contatto con entrambe le fasi della vicenda intellettuale del fondatore della Scuola storica. Alla prima fase sono accostabili i richiami alla formazione di una dottrina europea atta a contestare l'opportunità di un'unificazione su basi legislative, riservando a se stessa ---nella sua qualità di custode della tradizione--- il compito di determinare la condizioni per la costruzione di un ordinamento europeo:

Il diritto romano antico può non risuscitare come **norma iuris**, ma riproporre nuovamente la sua attualità nelle forme della letteratura del caso, della dominanza della scienza sulla legislazione, della partecipazione dei giuristi alla giurisdizione.<sup>66</sup>

Ci ricordano invece la seconda fase le sottolineature della matrice cristiana della cultura europea,<sup>67</sup> che ritroviamo nella letteratura in ultima analisi fedele alle tesi sviluppate nella letteratura tedesca di epoca nazionalsocialista.<sup>68</sup> Tesi ovviamente epurate dall'impostazione antisemita, ma per il resto funzionali alla sottolineatura della contrapposizione tra occidente americanizzato e oriente sovietizzato prima<sup>69</sup> e tra il primo e l'oriente ---spesso esemplificato dal mondo islamico— poi:

En effet la nouvelle unité politique, la **renovatio imperii** romani, naît dans le combat acharné et violent contre l'Islam... L'Empire méditerranéen disparaît définitivement et une nouvelle unité émerge

<sup>65</sup> Zimmermann, **Roman Law**, cit., p. XI s. Al proposito Giaro, T., "Traditionswerkstatt Rechtsgeschichte", **Rechtsgeschichte**, 1 (2002), pp. 236 y ss.

<sup>66</sup> Casavola, F., "Diritto romano e diritto europeo", **Labeo**, 40 (1994), p. 168.

<sup>67</sup> La sottolineatura si trova ed es. in Bellomo, M., **L'Europa del diritto comune**, Roma, Il Cigno Galileo Galilei, 1989, p. 7 e Casavola, **Diritto romano e diritto europeo**, cit., p. 163. Nella letteratura tedesca si segnala l'opera di Helmut Coing: v. ad es. **Europäisches Privatrecht**, Bd. I (**Älteres Gemeines Recht 1500 bis 1800**), München, Beck, 1985, pp. 7 ss.

<sup>68</sup> Koschaker, P., **Die Krise des römischen Rechts und die romanistische Rechtswissenschaft**, Beck, Berlin, 1938. Nella letteratura fascista il profilo viene esaltato per tutti da De Francisci, P., **Spirito della civiltà romana**, Milán e Messina, G. Principato, 1940.

<sup>69</sup> Ad es. David, R., **Traité élémentaire de droit civil comparé. Introduction à l'étude des droits étrangers et à la méthode comparative**, París, R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1950, p. 224. e Gorla, **Diritto comparato**, cit., p. 592. Sul punto Giaro, T., **Aktualisierung Europas. Gespräche mit Paul Koschaker**, Genova, Name, 2000.

dans les **regna Francorum et Longobardorum** de Charlemagne, qui les agrandi et leur impose le sceau de la civilisation chrétienne: **imperium christianum**. L'histoire du droit romain devient ainsi, a partir de Charlemagne, l'histoire du droit européen... Ni la tradition byzantine, ni celle de l'Islam ne participent à l'évolution des institutions du droit romaine. L'influence actuelle du droit romain reflète ainsi l'histoire de l'Europe et des limites de sa civilisation par rapport à l'Islam surtout... Contrairement à ce que l'on pouvait penser, elle englobe aussi l'histoire du droit anglais, qui, tout en se développant en pleine autonomie, assimile les valeurs essentielles du droit romain classique.<sup>70</sup>

Simili costruzioni, soprattutto se affiancate dal riferimento alla tradizione, si prestano ad almeno due critiche. In primo luogo non tengono conto dell'iniziale carattere multiculturale della scienza giuridica romana e in particolare la circostanza che essa raggiunse il suo apice abbandonando le strutture originarie nel contesto di de-romanizzazione del Tardo impero.<sup>71</sup> In secondo luogo quelle costruzioni trascurano che le addizioni dei secoli successivi hanno in massima parte trasformato la romanistica in una “retorica”<sup>72</sup> asservita a propositi di politica del diritto sovente inconciliabili con l'intento di unificare le tradizioni esistenti.<sup>73</sup>

Come si diceva, i riferimenti al diritto romano in chiave attualista sono nonostante tutto di moda. Essi sono richiesti dai novelli fautori della comparazione retrospettiva<sup>74</sup> o studio storico comparativo ---lo studio che utilizza le conoscenze storiche per l'individuazione e la comprensione globale delle differenze e delle identità

<sup>70</sup> Broggini, G., “Le droit romain et son influence actuelle”, in Schmidlin, B. et al. (Hrsg.), **Vers un droit privé européen commun? —Skizzen zum gemeineuropäischen Privatrecht**, 16. Beiheft zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Helbing u. Lichtenhahn, Basel, 1994, p. 116.

<sup>71</sup> Monateri, **Black Gaius** cit., p. 495. Riflessioni assimilabili sono svolte da Goodman, E., **Western Legal Tradition. From Thales to the Tudors** Federation Press, Annandale NSW, 1995, pp. 1 y ss. con riferimento alla cristianità.

<sup>72</sup> Halpérin, J.-L., **Entre nationalisme juridique et communauté de droit**, Paris, Presses Universitaires de France, 1999, p. 196.

<sup>73</sup> Come rilevato ad es. da Mazzacane, A., “Il leone fuggito dal circo”: pandettistica e diritto comune europeo”, **Index**, 29 (2001), p. 102 con riferimento alla pandettistica.

<sup>74</sup> Hübner, H., “Sinn und Möglichkeit retrospektiver Rechtsvergleichung”, **Festschrift für G. Kegel zum 75. Geburtstag**, Kohlhammer, Stuttgart, Berlin e Köln, 1987, pp. 235 y ss.

scaturenti dalla comparazione sincronica<sup>75</sup>— che ha trovato entusiastici sostenitori nella letteratura di **civil law**, come in quella di **common law**.<sup>76</sup>

Non abbiamo posto in rilievo la fallacia e il carattere “provocatorio”<sup>77</sup> dei richiami attualisti alla tradizione romanistica, con l’intento di sponsorizzare un ritorno alla purezza un tempo ricerata dalla critica interpolazionistica. Intendiamo al contrario ribadire come non vi sia un modo di ricostruire il fenomeno diritto in termini verificabili o almeno che questo non costituisce la preoccupazione prima di molti comparatisti che riflettono in termini di tradizione giuridica. Così come intendiamo richiamare l’attenzione sulla circostanza che proprio l’uso della storia in funzione attualista costituisce un indizio del disinteresse per la ricostruzione fedele del passato:<sup>78</sup> essa — in quanto “raccolta di esempi politico morali” —<sup>79</sup> è sempre e comunque “bonne à tout faire”.<sup>80</sup>

#### IV. COSTRUIRE E DECOSTRUIRE RAGGRUPPAMENTI DI SISTEMI NEL QUADRO DELLE TEORIE SULLA MUTAZIONE GIURIDICA

E’ noto che tra i principali compiti assunti dalla comparazione si annovera la costruzione di famiglie di sistemi. Si tratta di un’operazione cui si fa evidentemente precedere l’inquadramento della nozione di sistema, per la quale — come sappiamo— si ricorre ad espressioni sovente idonee a renderla omogenea all’uso corrente di

<sup>75</sup> Schulze, R., “Vom Ius commune bis zum Gemeinschaftsrecht— das Forschungsfeld der Europäischen Rechtsgeschichte”, in **id.** (Hrsg.), **Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte**, cit., p. 35, e Cannata, C. A., “Il diritto romano e gli attuali problemi d’unificazione del diritto europeo”, **Studi in memoria di G. Impallomeni** cit., p. 53 s. In precedenza ad es. V. Giuffrè, “Studio comparato e studio storico del diritto”, **Labeo**, 9 (1963), pp. 355 y ss. con ulteriori citazioni.

<sup>76</sup> Per una rassegna critica T. Giaro, “Comparemus!. Romanistica come fattore d’unificazione dei diritti europei”, **Rivista Critica del Diritto Privato**, 19 (2001), pp. 539 y ss.

<sup>77</sup> Grossi, P., “Scienza giuridica e legislazione nella esperienza attuale del diritto”, **Rivista di Diritto Civile**, 33 (1997), pp. 183 y ss.

<sup>78</sup> Cfr Somma, A., “«Roma madre delle leggi». L’uso politico del diritto romano”, **Materiali per una storia della cultura giuridica**, 32 (2002), pp. 153 y ss.

<sup>79</sup> Von Savigny, *Ueber den Zweck dieser Zeitschrift* cit., p. 3. Da ultimo Hespanha, **Introduzione alla storia del diritto europeo**, cit., p. 8.

<sup>80</sup> Alpa, G., **La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano**, Roma e Bari, Laterza, 2001, p. 266.

“tradizione giuridica”. Certo il riferimento a quest’ultima può far pensare ad una differenza sostanziale tra le due espressioni, rilevabile a partire dall’assenza di una distinzione ---speculare a quella tra “sistema” e “famiglie di sistemi” — fra “tradizione giuridica” e “famiglie di tradizioni giuridiche”: “sistema” potrebbe in altre parole costituire l’indizio del permanere di una visione statalista del fenomeno diritto. Si tratta peraltro di una differenza solo apparente: da tempo la scienza comparatistica — anche nelle versioni meno emancipate dall’approccio formalista--- sottolinea che “la notion du système juridique est distincte de celle de l’Etat”.<sup>81</sup>

Da una valutazione delle soluzioni proposte in tema di classificazione dei sistemi, si trae conferma del fatto che l’uso di “tradizione giuridica” non costituisce di per sé l’indizio di operazioni culturali distinte da quelle poste in essere ricorrendo ad una terminologia più datata: “finalement, entre culture, tradition et système les différences ne sont peut-être pas fondamentales et, derrières les nuances, chacun se trouve avec un objet identique qu'il soit africaine, chinois, de **common law**, hindou ou romano germanique”.<sup>82</sup>

Sin dalle prime ricerche sistemologiche, emerge poi in modo nitido il carattere strumentale della narrazione comparatistica, riconducibile alle caratteristiche della classificazione di volta in volta proposta.<sup>83</sup> E ciò a prescindere dal fatto che tale classificazione sia ritenuta un’operazione legittima o una pratica fuorviante — in quanto alimenta l’idea “que les familles de droit ou **Rechtskreise** constituent autant de blocs sans failles, imperméables les uns aux autres” — da accettare esclusivamente per finalità di ordine didattico.<sup>84</sup>

<sup>81</sup> Arminjon, P. et al., *Traité de droit comparé* vol. 1, París, LGDJ, 1950, p. 11.

<sup>82</sup> Vanderlinden, *Comparer les droits*, cit., p. 311. Tra gli autori che utilizzano indistintamente “legal tradition” e “legal family”, P. de Cruz, *Comparative Law in a Changing World* 2a. ed., London e Sidney, Cavendish Publishing, 1999, pp. 33 y ss.

<sup>83</sup> Ad es. Monateri, P. G., “Critique et différence: le droit comparé en Italie”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, 51 (1999), p. 999.

<sup>84</sup> Così ad es. Agostini, *Droit comparé*, cit., p. 25. Precedentemente Schlesinger, R. B., *Comparative Law. Cases — Text— Materials*, 3a. ed., Mineola e New York, The Foundation Press, 1970, p. 252.

Invero le classificazioni finora utilizzate hanno sovente preso le mosse e supportato le visioni etnocentriche del fenomeno diritto cui abbiamo fatto cenno: in particolare visioni eurocentriche prima ed euro-americanocentriche poi.<sup>85</sup>

Le prime visioni sono il portato di un approccio all'antropologia del diritto — materia sovente studiata di concerto con la comparazione—<sup>86</sup> influenzate dal mito evoluzionista: l'idea secondo cui lo sviluppo delle società ha un carattere lineare, fondato sulla comune natura umana dei suoi componenti e che pertanto si possono differenziare culture avanzate — quelle che si collocano al vertice di una scala ideale attraverso cui misurare il livello di sviluppo— e culture primitive.<sup>87</sup> Tale approccio ha condotto a teorie sulla mutazione giuridica fondate sull'idea — di sapore darwiniano—<sup>88</sup> che il progresso costituisce un valore e la tradizione un disvalore o comunque un qualche cosa con esso inconciliabile.<sup>89</sup>

L'impostazione è ora screditata, o almeno radicalmente rivista, ma sembra ciò nonostante rivivere attraverso le riflessioni dei comparatisti che ricorrono al principio funzionalistico. Quest'ultimo ha per un verso valenza antiformalista, in quanto — soprattutto ove combinato ad una nozione rinnovata di “sistema”— conduce ad una comparazione che prescinde dal concettualismo.<sup>90</sup> Per un altro verso esso conduce a ricerche di tipo nomotetico — ovvero attente prevalentemente all'aspetto su cui viene operato il confronto— che

85 Ad es. Losano, *I grandi sistemi giuridici europei* cit., pp. 13 y ss.

86 Per tutti Grande, E., *L'apporto dell'antropologia alla conoscenza del diritto* (Piccola guida alla ricerca di nuovi itinerari), *Rivista Critica del Diritto Privato*, 14 (1996), p. 467, e Mattei e Monateri, *Introduzione breve al diritto comparato* cit., pp. 123 y ss.

87 Sul punto ad es. Sanderson, S. K., “Evoluzionismo”, *Enciclopedia delle Scienze Sociali*, vol. 3, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1993, pp. 736 y ss. Tra le ricerche più note che assumono il punto di vista evoluzionista, v. Summer Maine, H., *Diritto antico* (1861), trad. it. di A. Ferrari, a cura di V. Ferrari, Milán, Giuffrè, 1998 e in particolare il riferimento allo sviluppo storico del diritto civile come “movimento dallo status al contratto” (pp. 129 y ss.).

88 Cfr Jayme, E., “Diritto comparato e teoria del progresso”, *Rivista di Diritto Commerciale*, 93 (1995), I, p. 39 ss. e id., “Das Zeitalter der Vergleichung— Emerico Amari (1810-1879) und Friedrich Nietzsche (1844-1900)”, in Mazzacane, A. e Schulze, R. (Hrsg.), *Die deutsche und italienische Rechtskultur im Zeitalter der Vergleichung* Berlin, Duncker u. Humblot, 1995, pp. 21 y ss.

89 (Gambaro) e Sacco, *Sistemi giuridici comparati*, cit., pp. 30 y ss.

90 Zweigert e Kötz, *Introduzione al diritto comparato*, vol. 1, cit., pp. y 36 ss. e Ancel, *Utilité et méthodes du droit comparé*, cit., p. 107.

finiscono per trascurare il contesto temporale in cui i fenomeni studiati sono collocati e che si prestano così a favorire visioni unificanti della mutazione giuridica.<sup>91</sup> In effetti il principio funzionalistico si fonda sulla presunzione che le soluzioni adottate nei diversi ordinamenti per risolvere i problemi pratici della convivenza sono sovente simili<sup>92</sup> “fin nei minimi particolari”, anche a prescindere dal “differente sviluppo storico dei diversi ordinamenti”:

Einem bestimmten Phänomen begegnet der Rechtsvergleicher bei seinen Untersuchungen so häufig, dass man versucht sein könnte – wenn auch mit einiger Übertreibung –, von einem “rechtsvergleichenden Grundgesetz” zu sprechen: ich meine die Tatsache, dass verschiedene Rechtsordnungen trotz aller Unterschiede in ihrer historischen Entwicklung, in ihrem systematisch-theoretischen Aufbau und Stil ihrer praktischen Anwendung in der Rechtswirklichkeit dennoch in den gleichen Lebensfragen oft bis in Einzelheiten hinein zu gleichen oder doch verblüffend ähnlichen Lösungen gelangen.<sup>93</sup>

E’ stato notato come la concezione funzionalista della società porti ad osservarla come un complesso unitario “in cui i singoli elementi svolgono determinate funzioni e in cui i conflitti vengono superati e risolti nell’ambito del sistema per il progresso e lo sviluppo del sistema stesso”: <sup>94</sup> e proprio questo viene imputato alla letteratura comparatistica che vi ricorre.<sup>95</sup> Con ciò relegando al ruolo di mero orpello la contestuale costruzione di una nozione

91 In prospettiva generale Fideli, R., **La comparazione**, Milán, F. Angeli, 1998, pp. 151 y ss.

92 Cfr Markesinis, B. (ed.), **The Gradual Convergence. Foreign Ideas, Foreign Influences, and English Law on the eve of the 21st Century**, Oxford, Clarendon Press, 1994 e Friedman, L. M., “Some Thoughts on the Rule of Law, Legal Culture, and Modernity in Comparative Perspective”, in AA. VV., **Towards Comparative Law in the 21st Century**, Tokyo, Chuo University Press, 1998, pp. 1075 y ss.

93 Zweigert, K., “Die «praesumptio similitudinis» als Grundsatzvermutung rechtsvergleichender Methode”, in Rotondi, M., **Inchieste di diritto comparato** vol. 2 (**Buts et méthodes du droit comparé**), Padova, Cedam, Oceanias Publications, New York, 1973, p. 737. Forse più prudenti le considerazioni svolte in Zweigert e Kötz, **Introduzione al diritto comparato** vol. 1, cit., pp. 40 y ss.

94 Treves, R., **Introduzione alla sociologia del diritto**, Torino, Einaudi, 1977, p. 84.

95 Denti, V., “Diritto comparato e scienza del processo”, in Sacco, R. (a cura di), **L’apporto della comparazione alla scienza giuridica**, Milán, Giuffrè, 1980, pp. 204 y ss.

di “sistema” che — come abbiamo sottolineato — non si discosta da quella corrente di “tradizione giuridica”.

Ancora: i comparatisti che ricorrono al metodo funzionalista privilegiano un punto di vista di tipo economicista.<sup>96</sup> La circostanza si evidenzia consultando i lavori dei fautori della cosiddetta **comparative economic analysis of law**, che ---come appalesato dal nome--- utilizza le analisi funzionaliste sviluppate in particolare dall'economia istituzionale.<sup>97</sup> Sulla scorta di queste ultime si valuta la tradizione ---considerata assieme all'abitudine una dannosa **path dependency**— come un ostacolo alla valutazione in termini di efficienza dei costi e dei benefici delle scelte individuali.<sup>98</sup> Se si considera che la liberazione da un simile condizionamento viene vista come un modo per muovere “importanti passi nella direzione della misura scientifica delle differenze fra regole giuridiche”,<sup>99</sup> allora non si fa fatica a comprendere il motivo per cui le ricerche fondate sull'analisi economica del diritto siano ritenute affette da una sorta di neo-pandettismo.<sup>100</sup> Come del resto lo studio attualista del diritto romano,<sup>101</sup> che alcuni fautori della comparazione storica intendono realizzare in concorso proprio con l'analisi economica del diritto.<sup>102</sup>

Come il metodo funzionalista, anche l'approccio strutturalista alla comparazione ---fondandosi sull'individuazione di parallelismi

<sup>96</sup> Così G. Criscuoli, **Il contratto nel diritto inglese**, Padova, Cedam, 2001, p. 131. Sull'analisi funzionalista che utilizza il punto di vista della politica del diritto —legata in Italia al nome di Mauro Cappelletti— v. Monateri, **Critique et différence: le droit comparé en Italie**, cit., pp. 991 y ss.

<sup>97</sup> Mattei, U., **Comparative Law and Economics**, University of Michigan Press, Ann Arbor, 1997.

<sup>98</sup> Mattei, U., “Legal Systems in Distress: HIV-contaminated Blood, Path Dependency and Legal Change (2001)”, in **Global Jurist Advances**, [www.bepress.com/gj/advances/vol1/iss2/art4](http://www.bepress.com/gj/advances/vol1/iss2/art4).

<sup>99</sup> Mattei e Monateri, **Introduzione breve al diritto comparato** cit., p. 97.

<sup>100</sup> Cappellini, P., “Scienza civilistica, «rivoluzioni industriali», analisi economica del diritto: verso una neopandettistica involontaria?”, **Quaderni Fiorentini per la Storia Del Pensiero Giuridico Moderno**, 15 (1986), pp. 523 y ss.

<sup>101</sup> Così per tutti Bretone, **Diritto e tempo nella tradizione europea** cit., p. 228.

<sup>102</sup> Cannata, C. A., “Legislazione, prassi, giurisprudenza e dottrina dal XVIII al XX secolo come premesse per l'avvenire del diritto privato europeo”, in AA. VV., **Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne** vol. 3, Jovene, Napoli, 1997, p. 47.

tra lingua e diritto opposti a quelli stabiliti dallo storicismo—<sup>103</sup> può condurre a porre fra parentesi la visione storica del fenomeno studiato.<sup>104</sup> Riteniamo che ciò si verifichi con riferimento alle interpretazioni diffusioniste ---le quali descrivono la mutazione nel diritto in termini di circolazione o di trapianto di modelli—<sup>105</sup> he assolutizzano l'idea secondo cui “non vi è correlazione tra il diritto e la società”: ovvero che la circolazione o il trapianto costituisce un fatto neutrale rispetto ai valori sociali ed economici coinvolti<sup>106</sup> e che esso presuppone una selezione del modello da imitare fondata esclusivamente sull'accessibilità e sul prestigio dell'ordinamento esportato.<sup>107</sup> Un procedimento del quale il potere politico sostanzialmente si disinteressa e che assume le sembianze di un rito, diretto in autonomia dalla classe dei tecnici sulla base della loro “cultura giuridica”:

Governments often are little interested in making law; that massive legislation, such as codification, frequently — as with Atatürk's code for Turkey — contains no specific social message fitted to the legislating society; ...much lawmaking is left to a subordinate legal elite such as judges and jurists; ...such subordinate lawmakers tend to make law according to a legal culture that they create for themselves.<sup>108</sup>

<sup>103</sup> Ferreri, S., “Assonanze transoceaniche: tendenze a confronto”, **Quadrimestre** 10 (1993), pp. 177 y ss.

<sup>104</sup> Ad es. Losano, M., **Sistema e struttura nel diritto**, vol. 3 (Dal Novecento alla postmodernità), Milán, Giuffrè, 2002, pp. 117 y ss.

<sup>105</sup> Watson, A., **Legal Transplants. An Approach to Comparative Law**, 2a. ed., University of Georgia Press, Athens e London, 1993, part. pp. 21 y ss. e (Gambaro) e Sacco, **Sistemi giuridici comparati**, cit., pp. 31 y ss. Sui parallelismi tra le teorie di Rodolfo Sacco e Alan Watson v. Ferreri, **Assonanze transoceaniche**, cit., pp. 172 y ss.

<sup>106</sup> Similmente Gambaro e (Sacco), **Sistemi giuridici comparati**, cit., p. 53, con riferimento alle “tradizioni giuridiche”.

<sup>107</sup> Watson, **Legal Transplants**, cit., pp. 112 s. e 117 y ss. Sacco, **Introduzione al diritto comparato**, cit., pp. 147 y ss. menziona accanto al “prestigio” la “imposizione”. Per convincersi della sua rilevanza si consideri il diffondersi del modello occidentale nei paesi ex socialisti come controprestazione per l'accesso al prestito internazionale. Al proposito Ajani, G., “Diritto dell'Europa Orientale”, **Trattato di diritto comparato**, dir. da R. Sacco, Torino, Utet, 1996, part. pp. 109 y ss. e Mistelis, L. A., “Regulatory Aspects: Globalization, Harmonization, Legal Transplants, and Law Reform. Some Fundamentals Observations”, **International Lawyer**, 34 (2000), pp. 1055 y ss.

<sup>108</sup> Watson, **Legal Transplants**, cit., pp. 117 y ss.

Potremmo accettare un discorso sulla neutralità del diritto — in parte condiviso dalla letteratura funzionalista<sup>109</sup> e della “cultura giuridica” dei tecnici del diritto, se esso alludesse alla circostanza che i testi sono neutrali rispetto alle norme ad essi riconducibili: ovvero che non vi sono nessi obiettivi tra la narrazione giuridica e il mondo dei valori che essa di volta in volta esprime. Ma così non è:<sup>110</sup> gli studiosi cui abbiamo fatto riferimento — i quali diventano attualisti nel momento in cui si occupano di unificazione del diritto a livello europeo — mostrano di muovere da una nozione di diritto che non contempla la dissociazione in discorso.<sup>111</sup>

## V. FAVORIRE ED OSTACOLARE LA TRANSIZIONE DAL SOLIDARISMO AL LIBERISMO ATTRAVERSO IL MITO DELLA WESTERN LEGAL TRADITION

Ma torniamo a riflettere sulle tensioni etnocentriche della letteratura comparatistica che — stando alle correnti teorizzazioni in tema “tradizione giuridica” — dovrebbero essere incompatibili con le ricerche in cui si valorizza un simile punto di vista. E tuttavia sono numerosi coloro che ricorrono alle speculazioni sulla tradizione per sottolineare la “validità universale” di una in di esse: la **western legal tradition**.<sup>112</sup>

L'affermarsi di una retorica sulla tradizione giuridica occidentale è un fatto relativamente recente, le cui radici possono farsi risalire ad una fase di cui abbiamo detto poco sopra: il periodo in cui, con i riferimenti al diritto romano, si sottolineano le distinzioni tra il mondo occidentale da un lato e i sistemi socialisti o orientali dall'altro. In tale contesto un'ulteriore distinzione viene tuttavia affermata: quella, interna ai “sistemi di diritto occidentale”, tra

<sup>109</sup> Zweigert e Kötz, **Introduzione al diritto comparato**, vol. 1, cit., pp. 44 y ss.

<sup>110</sup> Cfr de Cruz, **Comparative Law in a Changing World**, cit., pp. 216 y ss.

<sup>111</sup> Per rilievi attualisti in tema di unificazione internazionale del diritto v. Watson, A., “Legal Transplants and European Private Law (2000)”, **Electronic Journal of Comparative Law**, <http://www.ejcl.org/ejcl/44/44-2.html>. Di tutt'altro altro segno le valutazioni di Rodolfo Sacco: v. **Introduzione al diritto comparato** cit., pp. 154 y ss.

<sup>112</sup> Berman, H. J., **Diritto e rivoluzione. Le origini della tradizione giuridica occidentale** (1983), trad. it. di E. Vinello, Bologna, Il Mulino, 1998, p. 63. V. anche Fukuyama, F., **The End of History and the Last Man**, New York, Free Press, 1992, p. 45.

ordinamenti europei continentali e ordinamenti anglo americani. E tuttavia non si manca di far notare come entrambi siano riconducibili ad una medesima tradizione, fondata “sur les principes moraux du christianisme, sur les principes politiques et sociaux de la démocratie libérale et sur une structures économiques capitaliste”.<sup>113</sup>

Simili osservazioni sono state successivamente approfondite dalla letteratura interessata a legittimare dal punto di vista storico i tratti della tradizione in discorso. Intendiamo in particolare le elaborazioni di chi ha ritenuto i sistemi europei e americani accomunati da un “processo vitale di attribuzione di diritti e doveri e così di risoluzione dei conflitti e di creazione di canali di cooperazione” radicalmente diversi da quelli conosciuti in “oriente”. Un processo — descritto attraverso un uso della storia funzionale a sottolineare il profilo del “mutamento progressivo” — avviatosi nell’undicesimo e dodicesimo secolo, con la nascita del diritto canonico e la scissione tra potere spirituale e potere temporale. Un processo — ancora — fondato sulla professionalizzazione del fenomeno diritto, intesa come distinzione tra esso e le sfere religiosa e politica tipica della “tradizione risalente al diritto romano”, riprodotta nelle epoche successive in forma di “sistema”. Precisamente:

Le principali caratteristiche della tradizione giuridica occidentale possono essere preliminarmente riassunte nelle seguenti. 1. Esiste una distinzione piuttosto netta tra istituzioni giuridiche (inclusi i processi giuridici quali le legislazione e la giurisdizione, al pari delle norme e concetti giuridici che da essi sono generate) e altri tipi di istituzione. Sebbene il diritto sia fortemente influenzato dalla religione, dalla politica, dalla morale e dalla consuetudine, è tuttavia possibile distinguere concettualmente da queste... 2. Collegato a questa precisa distinzione è il fatto che nella tradizione giuridica occidentale l’amministrazione delle istituzioni giuridiche è affidata a speciali gruppi di persone che si dedicano ad attività giuridiche su base professionale, a tempo pieno o quasi. 3. La formazione dei professionisti del diritto... è affidata a un corpo separato di studi su-

<sup>113</sup> Così per tutti David, *Traité élémentaire de droit civil comparé*, cit., p. 224. V. anche *id.*, “Introduction”, *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. 2 (The Legal Systems of the World. Their Comparison and their Unification), Ch. 1 (The Different conceptions of Law), Mohr, Tübingen, Mouton, The Hague e Paris, 1975, pp. 4 y ss.

teriori, qualificato come il corso di studi giuridico, con una propria letteratura professionale, proprie scuole e altri luoghi di formazione.

4. Esiste un rapporto complesso e dialettico tra il corpo di dottrine giuridiche per la formazione degli specialisti del diritto e le istituzioni giuridiche, giacché da un lato la dottrina descrive questi istituti, ma dall'altro canto questi, che sarebbero altrimenti vari e disorganizzati, vengono concettualizzati e ridotti a sistema e quindi trasformati da quanto si afferma nei trattati, negli articoli e nelle aule di lezione.<sup>114</sup>

Tratto fondamentale della tradizione giuridica occidentale sarebbe dunque la distinzione tra politica e diritto.<sup>115</sup> Fondamentale anche perché capace di mettere in ombra le numerose differenze tra **common law** e **civil law**, esaltate dal romanticismo di fine ottocento e ora relativizzate — oltre che da spericolati esercizi attualistici sul diritto dell'alto medioevo —<sup>116</sup> dalle ricerche volte a sottolineare l'esistenza di un complesso di valori comuni ai due sistemi. Valori che sarebbero documentati dalla presenza in molti stati europei di carte fondamentali rigide, poste a fondamento di un meccanismo di controllo sull'attività del potere politico ampiamente mutuato dal modello statunitense.<sup>117</sup>

Come sappiamo, un simile punto di vista si combina sovente con un riferimento attualista al diritto romano. Quest'ultimo si risolve talvolta in un generico incitamento a ritrovare nel passato “una via d'uscita della difficile situazione attuale”, caratterizzata dalla crisi della “struttura stessa della legalità occidentale risalente

<sup>114</sup> Berman, **Diritto e rivoluzione**, cit., pp. 15 y ss. V. anche Berman, H. J. e Reid, C. J., “Roman Law in Europe and the Jus Commune. A Historical Overview with Emphasis on the New Legal Science of the Sixteenth Century”, *Scintillae iuris. Studi in memoria di G. Gorla*, vol. 2, cit., p. 979 ss. Sulla circolazione delle teorie illustrate nel testo, Helmholz, R. H., “The Character of the Western Legal Tradition. Assessing Harold Berman's Contributions to Legal History”, Hunter, H. O. (ed.), *The Integrative Jurisprudence of Harold J. Berman*, Westview Press, Boulder e Oxford, 1996, pp. 29 y ss.

<sup>115</sup> Da ultimo Mattei, U., “Three Patterns of Law. Taxonomy and Change in The World's Legal Systems”, *American Journal of Comparative Law*, 45 (1997), pp. 5 y ss. e Mattei e Monateri, **Introduzione breve al diritto comparato**, cit., p. 66 ss. con riferimento ai sistemi in cui prevale la “rule of professional law”. V. anche Mattei, U., “Etnocentrismo, neutralità e discriminazione. Tensioni nel diritto occidentale”, *Giurisprudenza Italiana*, 146 (1994), pp. 223 y ss.

<sup>116</sup> Su cui Kiesow, R. M., “Wagnisse”, *Rechtshistorisches Journal*, 19 (2000), pp. 485 y ss.

<sup>117</sup> Gambaro e (Sacco), **Sistemi giuridici comparati** cit., p. 47 ss. V. altresì Pizzorusso, A., **Il patrimonio costituzionale europeo**, Bologna, Il Mulino, 2002, pp. 30 ss. e 39 ss.

ai secoli undicesimo e dodicesimo”.<sup>118</sup> Altre volte il riferimento in discorso si traduce nel tentativo di accreditare come conforme alla tradizione una rilettura in chiave individualistica del diritto occidentale.<sup>119</sup>

In tale prospettiva si sono analizzati i capisaldi del sistema privatistico, per rilevare fra l’altro come la proprietà debba essere potenziata nella sua essenza di diritto assoluto<sup>120</sup> e il contratto rivalutato come istituto incentrato sul libero accordo delle parti:<sup>121</sup>

That contracts based on nothing more than formless consent are, as a rule, actionable, is recognized today in all Western European legal system. This is one of those latent underlying principles of European contract law. And this principle, like many others, is in characteristic fashion Roman and non-Roman at the same time: it is Roman Law in modern clothing.<sup>122</sup>

Simili orientamenti consentono di mettere in luce i fini di ordine politico normativo perseguiti attraverso la retorica sulla “western legal tradition”. Quest’ultima occulta le narrazioni circa la matrice aristotelico tomista di numerosi istituti sviluppatisi in seno alla tradizione:<sup>123</sup> matrici ---peraltro indirettamente messe in luce da chi indica nella formazione del diritto canonico il momento in cui la tradizione prende forma--- a partire dalle quali si sono consolidate visioni solidariste del vivere consociato,<sup>124</sup> oltretutto accolte dalle

<sup>118</sup> Una crisi esemplificata ricorrendo ad osservazioni qualunquiste da manuale, del tipo “le città sono diventate sempre meno sicure” e “il governo stesso dalla base ai vertici è coinvolto in affari illegali”: così Berman, **Diritto e rivoluzione**, cit., pp. 62 y ss. e 72.

<sup>119</sup> Ad es. Zimmermann, R., “Usus Hodiegnus Pandectarum”, in Schulze (Hrsg.), **Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte** cit., p. 88.

<sup>120</sup> Per tutti, Broggini, **Le droit romain et son influence actuelle** cit., p. 118.

<sup>121</sup> Sul punto i rilievi critici di Rückert, J., “Privatrechtsgeschichte und Traditionsbildung”, **Rechtshistorisches Journal**, 11 (1992), pp. 140 y ss. e Wiegand, W., **Back to the Future?**, ivi, 12 (1993), pp. 277 y ss.

<sup>122</sup> Zimmermann, R., “Roman Law an European Legal Unity”, in A. Hartkamp et al. (ed.), **Towards a European Civil Code** Ars Aequi Libri, Nijmegen, Kluwer, Norwell, Nijhoff, Dordrecht, Boston e London, 1994, p. 72. V. anche id., “Diritto romano e unità giuridica europea”, in AA. VV., **Studi di storia del diritto** Milán, Giuffrè, 1996, pp. 10 y ss.

<sup>123</sup> Al proposito Somma, A., **Autonomia privata e struttura del consenso contrattuale. Aspetti storico-comparativi di una vicenda concettuale**, Milán, Giuffrè, 2000, part. pp. 297 y ss.

<sup>124</sup> Ciò viene sottolineato anche in un noto contributo dedicato all’individuazione delle massime su cui si fonda la tradizione occidentale: Stein, P. e Shand, J., **I valori giuridici della**

carte fondamentali e dalla prassi costituzionale su cui si pretende di costruire la comunanza di valori tra sistemi europei e sistema nordamericano.<sup>125</sup>

Proprio ciò sembra costituire il bersaglio dei riferimenti — solo apparentemente innocui— alla netta distinzione tra politica e diritto. Essi sono connessi con il proposito di valorizzare la categoria dei diritti umani —considerati dai teorici della **western legal tradition** un “corpo di norme ulteriori rispetto al diritto prodotto dalle massime autorità politiche, diritto un tempo chiamato divino, poi naturale”—<sup>126</sup> a scapito di quella dei diritti sociali, al fine di accreditare la leva fiscale come unica forma ammessa di interventismo statale in funzione di redistribuzione della ricchezza. Proposito evidentemente riconducibile al patrimonio culturale occidentale, ma tuttavia storicamente bilanciato dalle visioni solidariste —valorizzate soprattutto nel contesto europeo— trascurate al fine di impedire che sia ridimensionata l’idea di una comunanza di tradizioni tra il vecchio ed il nuovo continente.<sup>127</sup>

Documenteremo la circostanza considerando la proposta di carta fondamentale europea recentemente formulata a livello comunitario.<sup>128</sup> Nella parte dedicata ai diritti fondamentali —ricavata dalla cosiddetta Carta di Nizza— essa richiama i “valori indivisibili e universali della dignità umana, della libertà, dell’uguaglianza e della solidarietà” e sembra con ciò non innovare in modo determinante rispetto alla menzionata cultura costituzionale degli stati membri (Preambolo Parte II). Tuttavia il richiamo alla solidarietà

civiltà occidentale (1974), trad. it. di A. Maccioni, Milán, Giuffrè, 1981, part. pp. 327 y ss. e 360 y ss.

<sup>125</sup> Al proposito Mohnhaupt, H., “Europäische Rechtsgeschichte und europäische Einigung. Historische Beobachtungen zu Einheitlichkeit und Vielfalt des Rechts und der Rechtsentwicklungen in Europa”, in Lück, H. e Schildt, B. (Hrsg.), **Recht — Idee — Geschichte**, Böhlau, Köln, Weimar e Wien, 2000, pp. 662 y ss.

<sup>126</sup> Berman, **Diritto e rivoluzione**, cit., p. 78.

<sup>127</sup> Al proposito Somma, A., **Temi e problemi di diritto comparato**, vol. 4 **Diritto comunitario vs. diritto comune europeo**, Torino, Giappichelli, 2003, p. 99 e *id.*, “«Modernizzare» l’ordinamento privatistico: liberismo e solidarismo nella riforma del diritto tedesco delle obbligazioni”, in corso di pubblicazione in AA. VV., **La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti**, Padova, Cedam, 2003.

<sup>128</sup> Cfr. il **Progetto di Trattato che istituisce una Costituzione per l’Europa**, CONV 850/03.

non compare nel preambolo all'intero articolato — in cui essa viene menzionata unicamente nell'inciso secondo cui l'Europa “desidera operare a favore della pace, della giustizia e della solidarietà nel mondo” — con ciò determinando una precisa indicazione di politica del diritto, oltretutto valorizzata dalla curiosa precisazione che “la Carta sarà interpretata dai giudici dell'Unione e degli Stati membri alla luce delle spiegazioni elaborate sotto l'autorità del Presidium della Convenzione che ha redatto la Carta” (Preambolo Parte II).<sup>129</sup>

Se poi si considerano le norme dedicate al tema della solidarietà, si scopre che alludono in massima parte a situazioni che, “salvo forzature logico interpretative”, sono ad essa del tutto estranee. Quelle norme costituiscono il “frutto di una semplificazione logica che ha assimilato i temi lavoristici alle politiche di welfare”<sup>130</sup> e che oltretutto allude a politiche del diritto ispirate a modelli liberisti.<sup>131</sup>

E difatti una norma sancisce il diritto alla contrattazione collettiva, che tuttavia i fautori dell'economia di mercato non contestano, ma semplicemente intendono radicare a livello di singola unità produttiva (art. 28). Gli stessi fautori non sono poi certo contrariati dalla disposizione che stabilisce un diritto alla tutela in caso di licenziamento ingiustificato, in quanto essa ben può esaurirsi in una monetizzazione della misura contestata (art. 30). Ambigua ci sembra anche la disposizione in tema di diritto dei lavoratori all'informazione e alla consultazione, che sembra preludere

<sup>129</sup> La medesima indicazione si ricava dalla giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee che pure, in sede di individuazione dei principi generali del diritto comunitario, afferma di richiamarsi alle tradizioni costituzionali dei paesi membri. In tale prospettiva si valorizzano aspetti specifici del principio di solidarietà individuale, ma si omette di riconoscere un dovere di solidarietà collettiva, indispensabile allo sviluppo dei diritti sociali. Al proposito F. Toriello, *I principi generali del diritto comunitario. Il ruolo della comparazione* Milán, Giuffrè, 2000, p. 215 ss. e Somma, A., *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario* cit., pp. 218 y ss.

<sup>130</sup> Lotito, P. F., *Sub Art. 27*, in Bifulco, R. et al. (a cura di), *L'Europa dei diritti*, Bologna, Il Mulino, 2001, p. 210. V. anche Riedel, A., “Solidarität”, in Meyer, J. (Hrsg.), *Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, Baden-Baden, Nomos, 2003, pp. 323 y ss.

<sup>131</sup> Si intendono le espressioni “liberalismo” e “liberismo” come sinonimo — rispettivamente — di “liberalismo politico” e di “liberalismo economico”, nell'accezione utilizzata da Schumpeter, J. A., *Storia dell'analisi economica* (1954), vol. 2, trad. it. di P. Sylos-Labini e L. Occhionero, Torino, Bollati Boringhieri, 1990, pp. 480 y ss.

alla valorizzazione di strumenti di protezione a misura di **homo oeconomicus** (art. 27).

Il rifiuto di concepire la disciplina dei diritti fondamentali in chiave solidaristica diviene palese se si considera che essa ruota attorno ad una formulazione del principio di uguaglianza riconducibile alla tradizione inaugurata con la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789: “il riconoscimento del principio qui garantito concerne solo la cosiddetta egualità in senso formale e non certo la uguaglianza sostanziale, presente invece nelle costituzioni occidentali del secondo dopoguerra”.<sup>132</sup> E a nulla servono i riferimenti ai cosiddetti diritti di terza generazione —i diritti modellati sulle caratteristiche che differenziano l'individuo dal punto di vista delle “maniere di essere nella società come infante, come vecchio, come malato, ecc.”—<sup>133</sup> che sono stati formulati sulla falsa riga dei diritti di prima generazione e che pertanto assumono l'aspetto di una loro versione **politically correct**.<sup>134</sup>

Da tutto ciò trae conferma la valutazione prima espressa: che i riferimenti ad una comune tradizione in campo europeo —esaltata nei suoi nessi con la tradizione nordamericana, al cospetto della quale “la cultura degli europei è in larga misura una cultura arcaica, inadeguata alla modernità”<sup>135</sup> —sono funzionali alla promozione di valori individualistici. Con la precisazione che i fondamenti teorici di tali valori —per il tramite della menzionata distinzione tra diritto e politica— non sono quelli di matrice universalistica valorizzati dalla cultura liberale, bensì quelli di stampo utilitaristico alimentati dal liberismo. Il tutto al fine di promuovere —sullo sfondo di una “confusione delle norme del mercato con quelle della vita della morale”<sup>136</sup>— un recupero solo edonistico e spettacolare della persona.<sup>137</sup>

<sup>132</sup> Celotto, A., **Sub** art. 20, in Bifulco **et al.** (a cura di), *L'Europa dei diritti*, cit., p. 169.

<sup>133</sup> Bobbio, N., *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1997, p. 67.

<sup>134</sup> Per un approfondimento di simili rilievi, Somma, *Temi e problemi di diritto comparato* vol. 4, cit., pp. 91 y ss. con riferimenti bibliografici.

<sup>135</sup> Melograni, P., “La Carta nel processo di costruzione europea: una testimonianza”, in Manzella, A. **et al.**, *Riscrivere i diritti in Europa*, Bologna, Il Mulino, 2001, p. 92.

<sup>136</sup> Solari, G., *Socialismo e diritto privato. Influenza delle odierne dottrine socialiste sul diritto privato* (1906), a cura di P. Ungari, Milano, Giuffrè, 1980, p. 37.

<sup>137</sup> Dell'Aquila, P., *Verso un'ecologia del consumo* Milano, F. Angeli, 1997, pp. 120 y ss.

In un certo senso, la letteratura sulla tradizione occidentale non cela simili propositi. Sappiamo in effetti che essa ama indicare la materia economica come collante tra le esperienze europee e nordamericane<sup>138</sup> e, più in generale, accreditare la “tradition as a possible means of maintaining social coherence and identity in liberal industrialized countries”.<sup>139</sup> Sappiamo tuttavia anche che nel contesto nordamericano la massima della distinzione tra il diritto e la politica viene sciolta in teoriche fondate sull'esaltazione del mercato — considerato un “sistema di trasmissione di informazioni neutrale rispetto ai fini”— come fonte di produzione delle norme su cui fondare la convivenza “indipendentemente dalle decisioni e dal controllo del potere politico”.<sup>140</sup> E ciò sulla base di riflessioni nuovamente incentrate su riferimenti alla romanistica, vista come il modello per la costruzione di un ordinamento in cui l'ente statale sia ridotto ai minimi termini:

Le modalità del processo di formazione del diritto sono state oggetto di un lungo dibattito. Ma, al di là delle diverse ipotesi e soluzioni fornite, vi è stato un largo (anche se implicito) accordo sul fatto che il primato della legge si fonda sul suo non essere il risultato di un progetto umano finalistico... La teoria che il diritto potesse essere il prodotto conseguente della volontà umana non solo contrastava con la tradizione del diritto naturale e con quella del diritto romano, ma trasformava anche lo stato da garante dei diritti individuali ad esso preesistenti a loro fondatore... Il diritto, che costituisce l'unico bene comune di un'associazione civile, è allora soltanto un tentativo di rendere prevedibili i possibili esiti delle azioni. Per questo motivo esso consiste soprattutto in norme di carattere negativo, che vietano comportamenti che non possono essere universalizzati se non a costo di mettere in discussione l'esistenza stessa di una società... Inteso come un insieme di norme di comportamento universali, esso

<sup>138</sup> Ascarelli, T., *Ordinamento giuridico e realtà sociale*, in Rodotà, S. (a cura di), *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, Il Mulino, 1971, p. 87.

<sup>139</sup> Glenn, *Legal Traditions of the World* cit., p. XXI.

<sup>140</sup> Cubeddu, R., *Atlante del liberalismo*, Roma, Ideazione, 1997, pp. 36 y 40 y ss. E' d'obbligo il riferimento a Hayek, F. A., *Law, Legislation and Liberty. A New Statement of the Liberal Principles of Justice and Political Economy*, vol. 1 (Rules and order), University of Chicago, Chicago e London, 1973, p. 50.

non si propone pertanto di raggiungere fini, ma di rendere possibile la coesistenza di una pluralità di aspettative soggettive.<sup>141</sup>

Ecco il senso della transizione dal solidarismo al liberalismo che la retorica sulla **western legal tradition** rischia di farci percepire come aderente al nostro patrimonio culturale. Una transizione che ---os-servata dalla principale stazione intermedia: il liberalismo— potremmo descrivere in termini di passaggio dalla sovranità del diritto alla sovranità del mercato: dalla **rule of law** alla **rule of free market**.

## VI. LA TRADIZIONE GIURIDICA NEL QUADRO DELLA COMPARAZIONE GIURIDICA POSTMODERNA

Abbiamo tentato di dimostrare come nella letteratura comparistica i riferimenti alla “tradizione giuridica” siano stati utilizzati per indicare un’approssimativa avversione nei confronti delle narrazioni formaliste e concettuali e come in tale prospettiva essi si siano risolti in una esortazione a considerare le vicende di carattere storico e culturale. Abbiamo anche rilevato come ciò non costituisca un indizio circa la preferenza di metodologie definite: le esortazioni in discorso — quando non sono solo ornamentali o riconducibili al mero proposito di utilizzare un lessico considerato **politically correct** — compaiono in narrazioni confezionate sulla base delle più disparate visioni del fenomeno diritto e del suo utilizzo a fini politico normativi.

Di altro segno sono invece le narrazioni attorno alla **western legal tradition**, che in effetti tradiscono sovente il proposito di legittimare fenomeni descrivibili in termini di americanizzazione del diritto europeo continentale.<sup>142</sup> Un ulteriore utilizzo circostanziato di “tradizione” ---o alternativamente di “cultura”--- costituisce in un cer-

<sup>141</sup> *Ibidem*, pp. 51 y 59 y ss.

<sup>142</sup> Cfr Jayme, E., “Die kulturelle Dimension des Rechts — ihre Bedeutung für das internationale Privatrecht und die Rechtsvergleichung”, *Rabels Zeitschrift*, 67 (2003), pp. 212 y ss. In prospettiva generale: Ferrarese, M. R., *Le istituzioni della globalizzazione* Bologna, Il Mulino, 2000.

to senso indizio di un rifiuto del fenomeno: l'utilizzo riscontrabile presso i fautori di della comparazione giuridica postmoderna.

A ben vedere quest'ultima espressione ---come lo stesso concetto di postmodernità— non possiede contorni particolarmente definiti.<sup>143</sup> E tuttavia esiste un minimo comune denominatore tra molte ricerche comparatistiche definite come “postmoderne”: esse trascurano “i tratti comuni dei sistemi”, per “evidenziare ciò che divide” e si dedicano “meno al dato storicamente consolidato ed a ciò che è duraturo, per concentrarsi sul contemporaneo”.<sup>144</sup>

Da molti punti di vista l'attenzione verso le diversità tra sistemi non costituisce un modo di essere innovativo per la ricerca comparistica.<sup>145</sup> Diverso risulta invece essere il modo postmoderno di considerare tali diversità: osservate nella loro contingenza, esse perdono la collocazione nel tempo ---finora considerata una costante nelle discussioni attorno alla tradizione--- e finiscono per condurre a “supporter l'incommensurable”.<sup>146</sup> In altre parole la comparazione postmoderna pone al centro delle proprie riflessioni la tradizione ---se non altro per la sua opposizione all'idea di razionale e universale incarnata dal modello di cui vuole rappresentare il superamento— ma essa diviene uno strumento utilizzato per dividere o meglio per registrare le differenze evidenziate attraverso il rifiuto della dimensione storica:<sup>147</sup> la comparazione giuridica postmoderna è “una comparazione che ha lo scopo di constatare”.<sup>148</sup>

Le implicazioni di ordine politico normativo connesse ad una simile visione sono evidentemente dirompenti. Solo apparentemen-

<sup>143</sup> V. ad es. Chiurazzi, G., **Il postmoderno**, Milán, B. Mondadori, 2002 e Minda, **Teorie postmoderne del diritto**, cit., pp. 367 y ss.

<sup>144</sup> Jayme, E., “Osservazioni per una teoria postmoderna della comparazione giuridica”, trad. it. di A. Somma, in **Rivista di Diritto Civile**, 43 (1997), p. 814.

<sup>145</sup> Per tutti Sacco, **Introduzione al diritto comparato**, cit., pp. 11 y ss.

<sup>146</sup> Lyotard, J.-F., **La condition postmoderne**, París, Edition de Minuit, 1979, p. 8. Sul punto Basedow, J., “Rechtskultur —zwischen nationalen Mythos und europäischem Ideal”, **Zeitschrift für das Europäische Privatrecht**, 4 (1996), pp. 379 y ss. e Graziadei, M., “Il diritto comparato, la storia del diritto e l'olismo nello studio delle culture giuridiche”, **Rivista Critica del Diritto Privato**, 17 (1999), pp. 337 y ss.

<sup>147</sup> In tal senso Nygren, R., **Legal Culture and World Value Mapping**, cit., p. 112 contrappone le espressioni “postmodern” e “traditional”.

<sup>148</sup> Jayme, **Die kulturelle Dimension des Rechts**, cit., pp. 213 y ss. y 228.

te esse conducono a riproporre per la comparazione quanto sostenuto in prospettiva strutturalista: ovvero che essa non persegue scopi o — meglio --- ha come fine immediato la sola conoscenza. Al contrario i postmoderni condividono in massima parte l'orientamento di chi ritiene i discorsi attorno al diritto delle mere narrazioni e sono tutt'al più disponibili a valutarle in chiave pragmatica.<sup>149</sup>

Invero l'affermazione della incomparabilità possiede sempre una valenza molto marcata dal punto di vista dei valori che con essa si intendono veicolare. Lo possiamo vedere ---a titolo esemplificativo--- considerando i discorsi attorno all'incomparabilità dei sistemi socialisti con i sistemi borghesi, funzionali a sottolineare la distanza politica tra i due modelli.<sup>150</sup> Lo riscontriamo poi nel dibattito sull'incomparabilità dell'esperienza nazionalsocialista, rimarcata sul presupposto che confrontare fra loro eventi storici implichì un loro accostamento dal punto di vista morale.<sup>151</sup>

In prospettiva analoga si discorre del carattere incommensurabile delle tradizioni ---dimenticando fra l'altro come esso paradossalmente possa emergere esclusivamente attraverso il raffronto ---<sup>152</sup> per rifiutare le ipotesi di unificazione internazionale del diritto: in particolare per supportare l'idea che una simile unificazione — incarnata dal proposito di confezionare un codice civile europeo — costituirebbe un atto di imperialismo culturale a danno delle culture locali.<sup>153</sup>

Questa posizione non può essere condivisa. Invero il codice civile costituisce uno strumento attraverso cui realizzare propositi di politica del diritto e non un fine di essa. Certo il codice ha assunto

<sup>149</sup> Ad es. Rorty, R., *La filosofia dopo la filosofia: contingenza, ironia e solidarietà* (1989), Roma e Bari, Laterza, 2001.

<sup>150</sup> Sul punto Sacco, *Introduzione al diritto comparato* cit., pp. 20 y ss.

<sup>151</sup> Cfr ad es. Rusconi, G. E., *Tra memoria e revisione storica*, in *id.* (a cura di), *Germania: un passato che non passa. I crimini nazisti e l'identità tedesca*, Torino, Einaudi, 1987, pp. XLII y ss.

<sup>152</sup> Sul punto Losurdo, D., *Il revisionismo storico. Problemi e miti*, 4a. ed., Roma e Bari, Laterza, 1998, pp. 34 y ss. Il rilievo ci sembra costituire un condizione implicita della teoria esposta in Glenn, H. P., "Vers un droit comparé intégré?", *Revue Internationale de Droit Comparé*, 51 (1999), pp. 841 y ss.

<sup>153</sup> Legrand, P., "Against a European civil code", *Modern Law Review*, 60 (1997), p. 61. V. anche *id.*, *Sur l'analyse différentielle des jurisconsultes* cit., pp. 1053 y ss.

storicamente significati simbolici ben precisi: ha inteso bloccare la circolazione di modelli e aprire la strada alla costituzionalizzazione di un diritto dei proprietari terrieri prima e dei capitalisti poi. Ma si tratta di significati ---appunto--- simbolici, che non possono farci dimenticare come simili trasformazioni si siano eventualmente prodotte ad un livello extracodicistico e come il codice abbia rappresentato la veste formale chiamata a legittimarle.<sup>154</sup>

Non considerare tutto ciò significa tradire gli stessi presupposti su cui ---stando alle dichiarazioni di intenti di chi vi ricorre--- si fondono i riferimenti alla tradizione giuridica e riproporre letture del fenomeno diritto appesantite da marcate venature formaliste. Le stesse utilizzate per promuovere le politiche del diritto di marca individualista, fatte proprie dal diritto comunitario, che i propositi di codificazione europea del diritto privato ---concepita come creazione aperta dialogante con la prassi applicativa--- mostrano di voler contrastare.<sup>155</sup>

Peraltro la letteratura postmoderna è solita avere le idee confuse sui rischi del liberismo e sui mezzi per contrastarlo. Esemplare ci sembra l'idea di un autore secondo cui l'alleanza tra postmoderno e liberismo ---entrambi portatori di istanze antistataliste funzionali a favorire rispettivamente la differenza culturale e l'espansione del mercato--- sarebbe destinata a risolversi un trionfo del primo sul secondo.<sup>156</sup>

Anche simili rilievi, come quelli sulla codificazione, trascurano un dato evidente: che la “rottura del monopolio e del rigido controllo statuale sul diritto” non conduce necessariamente ad un “rééquilibrage des pouvoirs au profit du citoyen”<sup>158</sup> e che in particolare gli spazi in tal modo liberati non sono “assunti dagli in-

<sup>154</sup> Ciò dovrebbe essere oramai acquisito: v. per tutti Tarello, G., **Storia della cultura giuridica moderna**, vol. 1 (Assolutismo e codificazione del diritto), Bologna, Il Mulino, 1976, pp. 15 y ss. Per una proposta di riutilizzo del codice nel suo significato simbolico di “costituzione borghese”, Irti, N., **Società civile. Elementi per un'analisi del diritto privato**, Giuffrè, 1992.

<sup>155</sup> Cappellini, P., “Il codice eterno. La Forma-Codice e i suoi destinatari: morfologie e metamorfosi di un paradigma della modernità”, in **id.** e Sordi, **Codici**, cit., pp. 65 y ss.

<sup>156</sup> Somma, **Temi e problemi di diritto comparato**, vol. 4, cit., pp. 7 y ss.

<sup>157</sup> Arnaud, A.-J., **Entre modernité et mondialisation. Cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État**, Paris, LGDJ, 1998.

<sup>158</sup> Grossi, P., “Globalizzazione, diritto, scienza giuridica”, **Foro Italiano** 123 (2002), V, c. 151 y ss.

dividui e dalla loro volontà”.<sup>159</sup> Sappiamo invero che, nella prospettiva liberista, l’individualismo ha valenza utilitarista e che pertanto la sua promozione si traduce nella difesa dei poteri forti e non certo nel rilancio di “un trend democratico ed emancipatorio”.<sup>160</sup>

E lo stesso può essere ripetuto per il livello comunitario con riferimento al favore con cui i postmoderni guardano al principio di sussidiarietà.<sup>161</sup> Invero tale principio annuncia il tentativo di limitare in chiave liberista il controllo delle strutture statali e sovrastatali sui comportamenti individuali.<sup>162</sup> A partire da esso il diritto comunitario si sta sviluppando attorno alla massima della concorrenza tra ordinamenti,<sup>163</sup> compatibile con il proposito di accreditare il mercato come fonte di produzione di norme, ma non anche con l’intento di favorire politiche in cui siano coinvolti “valori sociali”.<sup>164</sup>

In altre parole il principio di sussidiarietà — con le forme di armonizzazione minima che da esso derivano — non produce necessariamente politiche del diritto comunitario rispettose delle “tradizioni storiche di una determinata società”.<sup>165</sup> Il fatto che ciò sia affermato nei termini appena descritti, dice molto sulla valenza

<sup>159</sup> Come reputano —rispettivamente— Lemouland, J.-J., “Le pluralisme et le droit de la famille, post-modernité ou pré-declin?”, *Dalloz*, 1997, Chron., p. 134 e Calò, E., **Il ritorno della volontà. Bioetica, nuovi diritti e autonomia privata**, Milán, Giuffrè, 1999, p. 175.

<sup>160</sup> Di Majo, A., “Libertà contrattuale e dintorni”, *Rivista Critica del Diritto Privato*, 13 (1995), p. 9. V. anche Brunelle, D., **Droit et exclusion: critique de l’ordre libéral**, Montréal e Paris, Harmattan, 1997, pp. 13 y ss. y 202.

<sup>161</sup> Come è noto il principio di sussidiarietà viene formalizzato per la prima volta dall’Atto unico europeo del 1986, limitatamente alle politiche ambientali (art. 174 Trattato CE), per essere poi ribadito — in termini generali — con il Trattato istitutivo dell’Unione europea del 1992 (art. 5 Trattato CE). Sulla sua valenza postmoderna v. Jayme, **Die kulturelle Dimension des Rechts**, cit., p. 214. Similmente Mansel, H.-P., “Rechtsvergleichung und europäische Rechtseinheit”, *Juristen Zeitung*, 46 (1991), p. 534, y Mohnhaupt, **Europäische Rechtsgeschichte und europäische Integration**, cit., p. 23.

<sup>162</sup> Così per tutti Lecheler, H., **Das Subsidiaritätsprinzip. Strukturprinzip einer europäischen Union**, Berlin, Duncker u. Humblot, 1993, pp. 33 y ss.

<sup>163</sup> Ammessa dalla Corte di giustizia delle Comunità europee a partire dalla Sent. Centros del 9 marzo 1999, Causa 212/97.

<sup>164</sup> Werlauff, E., “Ausländische Gesellschaft für inländische Aktivität”, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 16 (1999), p. 873.

<sup>165</sup> Benacchio, G., **Diritto privato della Comunità europea. Fonti, modelli, regole** 2a. ed., Padova, Cedam, 2001, cit., p. 174.

retorica della locuzione cui ci siamo dedicati, ma nulla sul suo effettivo contenuto. Possiamo così constatare nuovamente come essa costituisca un'arma lessicale attraverso cui creare consenso attorno al potere.<sup>166</sup> Circostanza da cui trae peraltro conferma l'idea che le diverse strategie fondate sui riferimenti alla "tradizione giuridica" si possono comprendere esclusivamente considerando il ruolo classicamente assunto dal giurista nei confronti del potere<sup>167</sup> e non certo tentando di individuare per essa un'accezione obiettivamente accertabile.

<sup>166</sup> Cavalli, "Tradizione", cit., p. 656. Nel merito Hobsbawm, E., "Introduzione: come si inventa una tradizione", in *id.* e Ranger, T. (a cura di), **L'invenzione della tradizione** (1983), trad. it. di E. Basaglia, Einaudi, Torino, 2002, pp. 3 y ss. parla di "tradizione inventata di sana pianta".

<sup>167</sup> Posizione esemplarmente descritta da Tocqueville, A. de, "L'assetto sociale e politico della Francia prima e dopo il 1789", in **Scritti politici a cura di N. Matteucci**, vol. 1, Torino, Utet, 1969, p. 218: "Se si studiasse attentamente ciò che è successo nel mondo da quando gli uomini serbano il ricordo degli avvenimenti, si scoprirebbe senza fatica che, in tutti i paesi civili, a fianco a un despota che comanda, si trova quasi sempre un giurista che legalizza e dà sistema alle volontà arbitrarie e incoerenti del primo... Gli uni forniscono la forza; gli altri, il diritto. Quelli si conducono al potere sovrano attraverso l'arbitrio; questi attraverso la legalità. Dove queste due forze si incrociano, si stabilisce un dispotismo che lascia appena respirare l'umanità".