

TANTO PER CAMBIARE... MUTAZIONE DEL DIRITTO E MONDIALIZZAZIONE NELLA RIFLESSIONE COMPARATISTICA

Alessandro SOMMA*

RESUMEN: El objetivo del autor en éste trabajo es revisar la metodología y fines del derecho comparado, al evaluar los riesgos de los trasplantes e injertos de instituciones de un sistema jurídico a otro, así como de la circulación de modelos. Analiza el concepto de *sistema* desde la perspectiva de las ciencias sociales, haciendo las puntualizaciones pertinentes desde distintas disciplinas como son la antropología y la sociología. Así, el autor llega a la evaluación de los cambios en un sistema a partir del análisis económico del derecho, y cuestiona la oportunidad y viabilidad de un derecho mundial o globalizado.

Palabras clave: modelo, derecho comparado, sistema, método.

ABSTRACT: *The goal of this article is to review the methodology and aims of comparative law, evaluating the risks of transplants of rules and institutions from one legal system to another one, as well as the risks involved in the circulation of legal models. The essay analyzes the concept of system from the perspective of social sciences, making the pertinent observations from the perspective of different disciplines, such as anthropology and sociology. Thus, the author discussed the evaluation of changes in a legal system from the economic analysis of the law, and questions the opportunity and viability of a world-wide or global legal system.*

Descriptors: *model, comparative law, system, method.*

* Profesor titular en la Universidad de Ferrara y profesor invitado en la Universidad de Montpellier I.

SOMMARIO: I. *Classificazione dei sistemi e mutazione giuridica: evoluzionismo vs. diffusionismo*. II. *Le cause della mutazione per diffusione: il prestigio e il potere*. III. *Gli effetti della mutazione per diffusione: le alterazioni del modello imitato*. IV. *Segue: le alterazioni del sistema imitatore e le connessioni tra mutazione del diritto e mutamento sociale*. V. *La mutazione giuridica nella prospettiva funzionalista: le irritazioni e l'efficienza dei trapianti*. VI. *Le nuove frontiere della mutazione giuridica: dall'universalizzazione alla mondializzazione del diritto*. VII. *Segue: il processo di proceduralizzazione del diritto*.

I. CLASSIFICAZIONE DEI SISTEMI E MUTAZIONE GIURIDICA: EVOLUZIONISMO VS. DIFFUSIONISMO

Tra i principali oggetti di studio del diritto comparato occorre sicuramente annoverare la classificazione dei sistemi, convenzionalmente realizzata attraverso la loro riconduzione a famiglie di sistemi. Nel merito vi sono numerosi e vivaci dibattiti concernenti i criteri da utilizzare, dedicati fra l'altro all'opportunità di svecchiare il concetto di sistema, sovente legato alla nozione di stato moderno, al fine di adattarlo ai diversi contesti temporali e spaziali analizzati.¹ Si invoca a tal fine l'impiego delle categorie elaborate dalle scienze sociali diverse dal diritto, in particolare dall'antropologia, che condurrebbero a classificazioni incentrate sul riferimento ai differenti meccanismi di "controllo sociale": ovvero a differenziare tra sistemi ad "egemonia professionale", sistemi ad "egemonia politica" e sistemi ad "egemonia tradizionale".²

Anche in tal modo l'utilizzo di "sistema" si espone a critiche: si potrebbe ad esempio dire che la differenziazione in discorso costituisce parte integrante della retorica sulla tradizione giuridica occidentale, volta ad accreditare il cultore del diritto come fautore di un approccio alla risoluzione dei conflitti sociali fintamente epurata dalle implicazioni di ordine religioso o politico.

Per questo motivo alla ridefinizione di "sistema" —secondo alcuni foriero di equivoci, come l'idea secondo cui "le famiglie di sistemi

¹ Citazioni in Somma, A., "Giochi senza frontiere", in *Ars Interpretandi*, 2003, pp. 327 s.

² Mattei, U., "Three Patterns of Law", *Am. Journ. Comp. Law*, 1997, pp. 5 ss.

costituiscono blocchi privi di imperfezioni impermeabili gli uni agli altri”³ — si affiancano all’invocazione a rimpiazzare l’espressione con locuzioni più adatte ad esprimere il favore per paradigmi metodologici rinnovati: come “cultura giuridica” o “tradizione giuridica”.⁴ E tuttavia si registra un sostanziale accordo circa la necessità, anche solo didattica, di procedere a classificazioni: “ogni scienza che si occupa di fenomeni comparabili tende a raggruppare questi ultimi secondo le loro rassomiglianze”, al fine di sviluppare una “preziosa economia nell’esposizione dei dati”.⁵

La classificazione dei sistemi avviene in buona sostanza ad esito di una selezione delle loro caratteristiche più stabili o, altrimenti detto, meno soggette a modifiche determinate dal trascorrere del tempo: la classificazione dei sistemi presuppone uno studio sui meccanismi attraverso cui si realizza la mutazione giuridica. Anche a tal fine si usa ricorrere ai dati ricavabili dalle scienze sociali diverse dal diritto ed in particolare dall’antropologia e dalla sociologia.

Dall’antropologia lo studio comparatistico della mutazione giuridica ha ricavato le riflessioni formulate in seno alle correnti evoluzioniste e diffusioniste, con le loro analisi incentrate sulle cause del cambiamento. La sociologia può invece chiarire i nessi tra il cambiamento in discorso ed il mutamento sociale e in particolare fornire schemi idonei a valutare il suo concreto manifestarsi.

Inizialmente le correnti evoluzioniste ispirano letture delle trasformazioni nel campo del diritto intese come sviluppo unilineare verso una meta —ideale— il confronto con la quale fornisce la misura dell’arretratezza dei contesti di volta in volta osservati.

Diversi sono i parametri proposti.⁶ Alcuni fanno riferimento a specifiche trasformazioni nei sistemi di convivenza sociale: ad esempio Henry Summer Maine nella celeberrima lettura del “movimento delle società progressive” come “movimento dallo status al contratto”⁷ o

³ Agostini, E., *Droit comparé*, Paris, 1988, p. 25.

⁴ Per tutti Nelken, D., “Towards a Sociology of Legal Adaptation”, in Nelken, D. e Feest, J. (ed.), *Adapting Legal Cultures*, Oxford e Portland, 2001, pp. 24 ss.

⁵ Gambaro, A. e Sacco, R., “Sistemi giuridici comparati”, in *Trattato di diritto comparato*, dir. da R. Sacco, Torino, 1996, pp. 14 s.

⁶ Cfr. ad es. Stein, P., *Legal evolution*, Cambridge, 1980, e Rouland, N., *Introduction historique au droit*, Paris, 1998, pp. 186 ss.

⁷ Summer Maine, H., *Diritto antico* (1861), trad. it., Milano, 1998, pp. 129 s.

Thomas Humphrey Marshall nella visione del “costituirsì dell’ordine sociale” come transizione da un sistema incentrato sui soli diritti civili, ad un sistema in cui si riconoscono i diritti politici prima e i diritti sociali poi.⁸ Altri teorizzano attorno all’efficienza del diritto, da intendersi come idoneità a corrispondere alle diverse aspettative dei consociati.⁹

Simili visioni sono corrette da chi —meno interessato ad individuare i termini delle trasformazioni in cui si sostanzia il complessivo movimento della storia— ammette una pluralità di linee di sviluppo, influenzate fra l’altro dall’ambiente fisico.¹⁰ Ciò consente forse di mettere le teorie evoluzioniste al riparo dall’accusa di implicare una valutazione del progresso come valore —corollario inevitabile delle teorie sullo sviluppo unilineare— definito oltretutto in modo unilaterale, ricorrendo a parametri ricavati dall’osservazione del contesto occidentale. Non consente invece di porre rimedio ad un’ulteriore lacuna delle teorie in discorso: esse muovono dall’idea che vi sia una comune propensione dei sistemi ad essere creativi —seppure con differenti velocità— e trascurano pertanto i processi di imitazione. Altrimenti detto le teorie evoluzioniste non attribuiscono il dovuto rilievo alle innumerevoli cause esogene delle trasformazioni o le valutano alla stregua di vicende capaci tutt’al più di accelerare trasformazioni che si sarebbero comunque prodotte.¹¹

Questo aspetto viene messo in luce dalle teorie diffusioniste, fondate sulla convinzione che il mutamento si verifica di norma per effetto di un contatto tra culture e solo in casi eccezionali come conseguenza di un’innovazione originale. Da ciò il concetto di “cerchio culturale” (Kulturkreis), elaborato sul finire dell’ottocento¹² ed utilizzato per descrivere il contesto spaziale entro cui si diffonde un certo tratto cultu-

⁸ Marshall, T. H., *Cittadinanza e classe sociale* (1949), trad. it., Roma e Bari, 2002.

⁹ Per tutti Clark, R. C., “The Interdisciplinary Study of Legal Evolution”, *Yale Law Journ.*, 1981, pp. 1238 ss.

¹⁰ Steward, J. H., *Teoria del mutamento culturale* (1955), trad. it., Milano, 1977.

¹¹ Al proposito Sanderson, S. K., voce Evoluzionismo, *Enc. scienze sociali*, vol. 3, Roma, 1993, pp. 740 s. e Horowitz, D. L., “The Qur’an and the Common Law”, *Am. Journ. Comp. Law*, 1994, p. 246.

¹² Da Frobenius, L., “Der westafrikanische Kulturkreis”, in *Petermanns Geogr. Mitt.*, 1897, pp. 1 ss. e *ivi*, 1898, pp. 1 ss.

rale o —altrimenti detto— entro cui si ritrovano manifestazioni particolari di modelli comuni ad una pluralità di contesti.¹³

Il concetto ha avuto successo tra i comparatisti, che sono soliti ricorrervi sotto forma di “cerchio giuridico” (*Rechtskreis*).¹⁴ Quest’ultimo viene impiegato come sinonimo di famiglia di sistemi e quindi —in molti casi— senza diretta allusione alle teorie diffusioniste. Ciò nonostante sono proprio queste ultime a costituire lo sfondo di molte delle teorie elaborate per descrivere la mutazione giuridica, cui —come abbiamo detto— si ricorre in sede di classificazione dei sistemi.

Si tratta di uno sfondo sfumato, dal momento che il diffusionismo fornisce paradigmi attualmente impopolari: forse per l’eccessivo determinismo —preludio di intenti normativi— che affligge le ricerche dei cultori del diritto in cui esso viene portato alle estreme conseguenze.¹⁵ Uno sfondo —ancora— non di rado contrastante con il contestuale implicito recupero di temi evolucionisti, che, come avremo modo di vedere, costituisce il risvolto di molte riflessioni dedicate dalla letteratura alla mutazione del diritto per imitazione.

Peraltro i vizi delle teorie sulla diffusione del diritto non sono riconducibili unicamente ai presupposti su cui esse si fondano. Essi possono dipendere anche dalla individuazione delle entità che danno vita al meccanismo imitatorio: ovvero dalla determinazione dei confini del sistema imitato come del sistema imitatore. Altrimenti detto i criteri utilizzati per individuare e classificare i sistemi condizionano pesantemente i risultati ottenibili in sede di analisi della diffusione del diritto:

We can speak of import/export only when we have defined where the boundary is, which means that we have stated principles of inclusion and of exclusion, of similarities and differences. Culture and difference has always been a central concern of comparative law, and the first

¹³ Cfr. ad es. Rouland, N., *Antropologia giuridica* (1988), trad. it., Milano, 1992, pp. 56 s.

¹⁴ Per tutti Zweigert, K. e Kötz, H., *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3. Aufl., Tübingen, 1996, pp. 62 ss.

¹⁵ Un caso limite è Lupoi, M., *Alle radici del mondo giuridico europeo*, Roma, 1994 in cui l’esistenza di un diritto comune europeo radicato nell’alto medioevo viene ricavata da presunte coincidenze testuali rintracciabili nelle fonti dei diritti analizzati. Al proposito Kiesow, R. M., “Wagnisse”, *RJ*, Bd. 19 (2000), p. 486.

step of the conventional approach is to divide the legal world into legal families through the tracing back of common roots, as genealogies to explain the present... In these efforts of mapping cultures, systems of law are rejoined or distinguished according to a theory of what their basic units, or basic structures are, and according to the respective weight to assign to different elements. Thus defining identities depends heavily on the framework assumed for the mapping.¹⁶

In tal modo il cerchio si chiude: l'individuazione e la classificazione dei sistemi presuppone lo studio del loro mutamento e questo la loro individuazione e classificazione. O, in alternativa, lo studio del mutamento dei sistemi presuppone la loro individuazione e classificazione e questa lo studio del loro mutamento.

Nel corso del lavoro intendiamo fornire un contributo all'analisi delle connessioni in discorso muovendo dallo studio della mutazione del diritto. Intendiamo nel merito offrire una panoramica sulle teorie proposte e verificarne i corollari di ordine in senso lato culturale. Il tutto per esaminare i termini del loro utilizzo nella lettura delle dinamiche messe in moto dal processo di mondializzazione. E' appena il caso di precisare che nel corso della trattazione utilizzeremo indifferentemente i numerosi concetti utilizzati dai diversi autori per descrivere i termini della mutazione del diritto, senza con ciò voler manifestare una condivisione dei numerosi risvolti riconducibili o ricondotti alle diverse opzioni.¹⁷

II. LE CAUSE DELLA MUTAZIONE PER DIFFUSIONE: IL PRESTIGIO E IL POTERE

La teorizzazione forse più coerente e compiuta della mutazione giuridica per diffusione si deve a due studiosi —un italiano e uno scozzese trasferitosi negli Stati Uniti— il cui pensiero si ritiene riveli notevoli “assonanze transoceaniche”.¹⁸

¹⁶ Monateri, P. G., *The Weak Law* (1998), in www.jus.unitn.it/cardoza/Review/Comparative/weak.htm (Part 1).

¹⁷ Su cui da ultimo Fögen, M. T., *Rechtstransfer*, in www.rechtskulturen-osteuropa.net.

¹⁸ Ferreri, S., “Assonanze transoceaniche: tendenze a confronto”, *Quadr.*, 1992, pp. 172 ss.

Il primo studioso —Rodolfo Sacco— coltiva un tipo di ricerca comparatistica di tipo strutturalista, volta a descrivere in modo scientifico ed avalutativo le modalità attraverso cui si rapportano da un alto i diversi elementi di un medesimo sistema e dall'altro i diversi sistemi tra loro.¹⁹ A tal fine si è messa a punto una teoria oramai accreditatasi presso i comparatisti: la teoria dei “formanti”, utilizzata per “decomporre i sistemi giuridici”, mostrando la fallacia del “principio di unicità della regola di diritto” e rilevare le fratture tra “regola legale, regola dottrinale e regola giurisprudenziale”.²⁰

Sacco ci dice che, in tema di mutazione dei sistemi, l'innovazione originale costituisce l'eccezione —di cui offre esempi tratti dall'osservazione del formante legale— e l'imitazione la regola:

L'innovazione creativa è un fatto relativamente eccezionale. In particolare nessun codice civile può essere originale: il potere politico, o una commissione improvvisata, possono elaborare brevi formule, ma non possono ideare opere complesse, ricche di migliaia di articoli. Un codice è debitore dei propri contenuti, quanto meno, alla dottrina nazionale: più frequentemente è debitore di un altro codice. Fra le centinaia di codici promulgati dal 1804 in poi, sono di origine nazionale il Code civil, l'ABGB, il BGB, in parte il op. zak (cecoslovacco) del 1964, oltre al nucleo di norme socialiste contenute negli osnovy (sovietici) del 1961... Discorsi analoghi possono farsi per le costituzioni, per i modelli amministrativi, per le procedure e così via.²¹

E l'imitazione avviene sotto forma di “circolazione di modelli giuridici” da un sistema all'altro: più precisamente “da un formante del primo ordinamento al formante omologo del secondo ordinamento”. Con la precisazione che, ove si tratti di imitazione “consapevolmente estesa ad un'intera branca del diritto”, essa prende il nome di “recezione”.²²

¹⁹ Mattei, U., “The Comparative Jurisprudence of Schlesinger and Sacco”, in Riles, A. (ed.), *Rethinking the Masters of Comparative Law*, Oxford e Portland, 2001, pp. 251 ss.

²⁰ Sacco, R., “Introduzione al diritto comparato”, in *Trattato di diritto comparato*, 5. ed., dir. da R. Sacco, Torino, 1992, pp. 43 ss. (la 1. ed. è del 1980).

²¹ Sacco, R., voce Circolazione e mutazione dei modelli giuridici, *Digesto civ.*, vol. 2, Torino, 1988, p. 368.

²² *Ibidem*, pp. 367 s.

Anche il secondo studioso —Alan Watson— descrive la mutazione giuridica in termini di imitazione, utilizzando l'espressione "trapianto legale" (legal transplant) per alludere alle medesime vicende sintetizzate dalla locuzione "circolazione di modelli". Nel merito si formulano rilievi perentori, che lasciano poco spazio all'operare di eccezioni alla regola enunciata: l'imitazione costituisce una sorta di propensione innata dei sistemi ad evolversi utilizzando modelli "presi a prestito dal passato". Modelli selezionati più per la l'attrattiva esercitata sugli operatori del diritto, che per il contenuto: precisamente non in quanto incarnano determinati valori, bensì in quanto sono facilmente accessibili o in quanto il loro utilizzo, frutto di una sorta di "path dependency", costituisce oramai una sorta di pratica ritualizzata. Altrimenti detto:

An understanding of legal borrowing is the only key that will unlock many specific issues in legal change. Indeed, I contend that no legal development whether by legislation, judicial precedent, or by professorial or juristic opinion can be fully and properly explained unless one takes into account the parameters of legal thinking in that community. And these parameters almost always include a propensity to look at some, but by no means all, other systems, and hence a tendency to borrow from these, but not from others...

The main criterion is simply accessibility. An outsider's system of law is accessible above all when it is (a) in writing, (b) in a form that makes it relatively easy to find and understand (and this includes the language in which it is written), and (c) readily available... A further criterion is habit and fashion. Once a system becomes used as a quarry, it will, as I have said, be borrowed from again, and the more it is borrowed from, the more the right thing to do is to borrow from that system, even when the rule that is taken is not necessarily appropriate.²³

Rilievi assimilabili —ma come vedremo solo apparentemente— si ritrovano nelle affermazioni di Sacco circa il ruolo del prestigio come motore della circolazione dei modelli. Si tratta tuttavia di affermazioni meno perentorie di quelle di Watson e in particolare meno ricon-

²³ Watson, A., *Legal Transplants*, 2. ed., Athens e London, 1993, pp. 111 ss. (la 1. ed. è del 1974).

ducibili a visioni deterministiche del meccanismo di imitazione del diritto.

Per il teorico della circolazione dei modelli questa trae spunto dal “desiderio di appropriarsi le attribuzioni altrui, quando queste attribuzioni siano caricate di una qualità che non sappiamo come chiamare, se non con il nome prestigio”.²⁴ Si tratta evidentemente — come premesso dallo stesso Sacco — di una “spiegazione tautologica”, che tuttavia non può essere evitata: “naturalmente affinità di condizioni culturali, ambientali, sociali, economiche possono essere decisive per determinare o per rendere possibile un’imitazione” e tuttavia “la scienza non ha strumenti per misurare il rapporto esistente fra quelle e questa”.²⁵

Nel tentativo di fornire indicazioni sulla nozione di prestigio, una dottrina ha analizzato la circolazione dei modelli muovendo da una dissociazione ulteriore rispetto a quella tra formanti: la dissociazione tra “subtradizione tecnico giuridica” e “subtradizione politico filosofica”, correlata alle differenze riscontrabili, fra l’altro, nella “collocazione professionale dei protagonisti” o nel “circuito culturale in cui sono inseriti” o ancora nello “stile letterario preferito”.²⁶ Si è così affermato che la prima subtradizione appare prestigiosa se costituisce il prodotto di una dottrina che — in quanto “caratterizzata da un forte metapositivismo metodologico” — finisce per ricoprire “una posizione di predominio all’interno dei formanti del proprio sistema”: come la pandettistica tedesca nell’ottocento e il realismo giuridico nordamericano nel novecento. Il prestigio della subtradizione politico filosofica — ad esempio quella su cui si fonda la procedura penale americana — deriva invece dal suo costituire espressione di “un ideale di società più avanzata in termini di civiltà giuridica”.²⁷ Altrimenti detto: “Intellectual leadership has not much to do with the practical aspect of the law. It does not have much to do with rules of positive

²⁴ Sacco, R., “Introduzione al diritto...”, *cit.*, nota 20, p. 147.

²⁵ *Ibidem*, pp. 147 s.

²⁶ Gambaro, A., “La proprietà nel common law anglo-americano”, in Candian, A.; Gambaro, A. e Pozzo, B., *Property-Propriété-Eigentum*, Padova, 1992, pp. 26 s.

²⁷ Grande, E., *Imitazione e diritto*, Torino, 2000, pp. 44 s. 149.

law actually produces in one country and copied in another. Rather it has to do with ways of thinking about law".²⁸

Così intesa la nozione di prestigio finisce per accreditare l'idea che un modello possa circolare anche se riconducibile ad un sistema "debole dal punto di vista economico o politico".²⁹ Ciò peraltro non implica che —al contrario— la debolezza del sistema importatore non possa essere causa dell'imitazione: come sottolineato da Rodolfo Sacco, anche la "imposizione" deve essere annoverata tra "le cause prossime dell'imitazione percettibili dal giurista".³⁰

Rilievi del medesimo tipo sono ricorrenti nella letteratura comparatistica che, più o meno esplicitamente, ricorre alle teorie diffusioniste, differenziando tra recezione tout court (Rezeption) e recezione imposta (oktroyierte Rezeption)³¹ e precisando nel contempo che la prima attiene a forme di imitazione "spontanea" e "consapevole".³² ovvero realizzate con percezione della "suggestione imitativa", difettando la quale si ha una mera "imitazione plastica".³³

Lo stesso non si ricava invece, almeno non con la medesima enfasi, nelle riflessioni di Watson. Il nostro autore alimenta una visione deterministica della mutazione, nel momento in cui la ritiene il risultato di scelte di comodo operate in autonomia dalla classe dei cultori del diritto.³⁴ Visione sicuramente alternativa a quella di chi riconduce la circolazione dei modelli ad una imposizione, ma in ultima analisi anche a quella di chi individua nel prestigio del modello importato la ragione del suo successo: se la prima induce a ritenere che la circolazione sia un fatto imposto e la seconda un fatto libero e meditato, il riferimento alla scelta di comodo implica che l'imitazione sia un fatto libero ma del tutto casuale o eventualmente —come si ricava analiz-

²⁸ Mattei, U., "Why the wind changed", *Am. Journ. Comp. Law.*, 1994, p. 213.

²⁹ *Ibidem*, p. 154.

³⁰ Sacco, R., "Introduzione al diritto...", *cit.*, nota 20, p. 148.

³¹ Fra i tanti Rheinstein, M., *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 2. Aufl., München, 1987, pp. 124 ss.

³² *Ibidem*. In precedenza ad es. Schnitzer, A. F., *Vergleichende Rechtslehre*, Basel, 1945, pp. 44 s. e Ancel, M., *Utilità e metodi del diritto comparato* (1971), trad. it., Napoli, 1974, pp. 58 ss.

³³ Pegoraro, L. e Rinella, A., *Introduzione al diritto pubblico comparato*, Padova, 2002, p. 67.

³⁴ Da ultimo Watson, A., *The Evolution of Western Private Law*, exp. ed., Baltimore e London, 2001, p. 263.

zando la diffusione del diritto comune storico e l'attuale diritto nordamericano— dipendente dalla capacità dell'ordinamento esportatore di assumere un ruolo trainante nella formazione dei giuristi.³⁵

L'approccio diffusionista allo studio della mutazione del diritto non va esente da critiche, in buona parte riconducibili al modo di essere della ricerca strutturalista. Essa soffre invero di un elevato tasso di scientismo, dipendente fra l'altro dall'adesione al metodo storico di matrice vichiana,³⁶ secondo cui “si considera reale ciò che è concretamente accaduto” e dall'assunzione del mero scopo conoscitivo come unico orizzonte della ricerca comparatistica.³⁷ Lo scientismo traspare dalle riflessioni attorno al concetto di prestigio come nozione inevitabilmente vaga, a fronte della impossibilità per la scienza di “misurare” i nessi tra diritto e società. Affermazioni del resto in linea con l'assenza di riferimenti diretti ai motivi in senso lato culturali che determinano la “imposizione” di un modello o il “predominio” del formante dottrinale e con esso l'attrattiva di una subtradizione tecnico giuridica.

Abbiamo anticipato come le teorie diffusioniste siano inoltre impopolari —oltre che per le loro venature deterministiche— anche per il contraddittorio recupero di temi evoluzionisti. Un riscontro di ciò lo ricaviamo dal riferimento all'ideale di società “avanzata” come fondamento del prestigio della subtradizione politico filosofica. Peraltro i temi in discorso affiorano sovente nella ricerca comparatistica: essi sono alimentati da una scarsa consapevolezza della valenza e dei risvolti del metodo di volta in volta utilizzato.

Il recupero di temi evoluzionisti si ricava in modo esplicito dalla letteratura in cui si differenzia tra “imitazione” e “rezezione”, considerando la prima un fenomeno che interessa “stati dotati del medesimo livello culturale” e la seconda un processo spontaneo che, per “gli stati il cui sviluppo culturale e giuridico si trovi ancora ad un li-

³⁵ Cfr. Wiegand, W., “The Reception of American Law in Europe”, *Am. Journ. of Comp. Law*, 1991, pp. 229 ss. e Reimann, M., “Droit positif e culture juridique”, *Arch. phil. dr.*, vol. 45 (2001), pp. 68 s.

³⁶ Per tutti Monateri, P. G., “Comparazione, critica e civilistica”, *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, pp. 453 ss.

³⁷ Cfr. Gambaro, A.; Monateri, P. G. e Sacco, R., voce Comparazione giuridica, *Digesto civ.*, vol. 3, Torino, 1988, pp. 51 s.

vello basso, rappresenta un espediente attraverso cui appropriarsi di un diritto corrispondente alle esigenze moderne del traffico e della vita”.³⁸

Lo stesso si ricava poi dall’analisi dei contributi elaborati nell’ambito di un movimento sviluppatosi negli anni sessanta per promuovere la circolazione del diritto occidentale, specialmente nelle aree interessate dal processo di decolonizzazione. Invero il Law and Development Movement, questo il suo nome, prende spunto dalle teorie di un autore che differenzia tra paesi “avanzati” (advanced) e “inseguitori” (follower) in base alla loro assimilazione dei modelli di sviluppo di ispirazione francese ed inglese: modelli considerati la punta avanzata in termini di progresso.³⁹

Come diremo fra breve, il movimento ha dichiarato il proprio fallimento dopo alcuni anni di lavoro, nel corso dei quali esso ha in buona sostanza teorizzato attorno ad una “realtà virtuale”.⁴⁰ Peraltro ciò non ha impedito che si verificassero nuovi “legal big bang”.⁴¹ Nuovi nella misura in cui danno vita ad un circolazione di modelli chiaramente non descrivibile muovendo dal concetto di prestigio, ovvero non più presentata come un atto benevolo del sistema esportatore a favore del sistema importatore,⁴² bensì ricorrendo a quello di opportunità politica o politico economica.⁴³ E nuovi in quanto ispirati dal proposito di far circolare, in luogo dei modelli funzionali allo sviluppo di un’economia controllata dal settore pubblico, modelli volti a promuovere un sistema di libero mercato.⁴⁴

Si pensi, a titolo esemplificativo, all’attività di alcune istituzioni —tra esse la Banca europea per la ricostruzione e lo sviluppo ed il

³⁸ Philipps, G., *Erscheinungsformen und Methoden der Privatrechts-Vereinlichung*, Frankfurt am Main e Berlin, 1965, pp. 12 ss.

³⁹ Benedix, R., *Nation-Building and Citizenship*, Berkeley, 1964, p. 413.

⁴⁰ Smits, J. M., “System mixing and in transition”, in Hondius, H. (ed.), *Netherlands reports to the fifteenth international congress of comparative law*, Antwerpen, 1998, p. 55.

⁴¹ Dezalay, Y., *Marchands de droit*, Paris, 1992, pp. 11 ss.

⁴² Così criticamente Feldman, E. A., “Patients’ Rights, Citizens’ Movements and Japanese Legal Culture”, in Nelken, D. (ed.), *Comparing Legal Cultures*, Adelsrot, 1997, p. 221.

⁴³ Ajani, G., “By Chance and Prestige”, *Am. Journ. Comp. Law*, 1995, p. 115 e *id.*, *Legal Change and Economic Performance* (2001), in www.bepress.com/gj/advances/vol1/iss1/art4.

⁴⁴ Salacuse, J. W., “From Developing Countries to Emerging Markets”, in *FS Bernard Grossfeld*, Heidelberg, 1999, pp. 959 ss.

Fondo monetario internazionale— che hanno sviluppato un particolare sistema di erogazione di prestiti richiesti dagli stati non ricondotti alla “tradizione giuridica occidentale”: quello della loro concessione condizionata alla modifica di settori importanti dell’ordinamento, finalizzata, oltre che all’introduzione di efficaci mezzi di recupero delle somme date a prestito, alla complessiva trasformazione del sistema economico in senso marcatamente occidentale.⁴⁵

Si pensi infine alle teorie sviluppatesi sulla scia delle analisi circa “la fine della storia”⁴⁶ ed in particolare la retorica sull’esportazione del modello democratico statunitense —in ordine alla quale si è parlato di “imperialismo dei diritti umani”⁴⁷— motivata dalla convinzione che:

Il mondo dominato dall’America emerso dopo la Guerra fredda è un mondo più giusto di ogni immaginabile alternativa. Un mondo multipolare, in cui il potere sia suddiviso più equamente tra le grandi potenze (incluse Cina e Russia), sarebbe molto più pericoloso e molto meno congeniale alla democrazia e alle libertà individuali. Gli americani dovrebbero capire che il loro sostegno alla supremazia statunitense è il maggior contributo alla giustizia internazionale che un popolo possa fornire. E’ anche una manna per gli interessi americani e per quello che potremmo chiamare lo spirito americano.⁴⁸

Ma torniamo a Watson ed analizziamo i termini di un eventuale recupero di motivi evolucionisti attraverso la teoria dei trapianti giuridici. Come abbiamo detto, quest’ultima conduce a ritenere che la circolazione dei modelli sia il risultato di una scelta di comodo dei cultori del diritto, i quali sono soliti ricorrere a modelli del passato. Ebbene nella riflessione dell’autore scozzese il rilievo si unisce alla considerazione che il diritto romano costituisce l’ordinamento esportatore per antonomasia: lo è stato all’epoca del diritto comune stori-

⁴⁵ Ajani, G., “Diritto dell’Europa orientale”, in *Trattato di diritto comparato*, dir. da R. Sacco, Torino, 1996, pp. 115 ss.

⁴⁶ Fukuyama, F., *The End of History and the Last Man*, Nueva York, 1992.

⁴⁷ Gambino, A., *L’imperialismo dei diritti umani*, Roma, 2001, part. p. 96 ss.

⁴⁸ Kagan, R. e Kristol, W., “Il pericolo odierno” (2000), trad. it., in Lobe, J. e Oliveti, A. (a cura di), *I nuovi rivoluzionari*, Milano, 2003, p. 63. I due autori sono da annoverare tra i fondatori del movimento neoconservatore americano ed in tale veste esercitano notevole influenza sull’attuale amministrazione statunitense.

co⁴⁹ e sembra lecito ipotizzare che lo sia nell'attuale fase di costruzione del nuovo diritto comune europeo.⁵⁰

Ecco la valenza evolucionista della teoria dei trapianti nella sua assenza di "teoria sulla resurrezione di un diritto antico":⁵¹ alimenta visioni dello sviluppo storico come vicenda "lineare e coerente",⁵² in cui il trascorrere del tempo viene visto come mera "questione cronologica" e non come una vicenda che ci pone di fronte ad "oggetti differenti".⁵³ Visioni funzionali a costruire ad arte —complice l'invenzione di una tradizione—⁵⁴ i confini del sistema di cui si osservano le mutazioni interessanti la sua struttura e le forme di comunicazione con altri sistemi.

Il tutto sulla base di schemi consolidati, come i richiami al diritto romano, tradizionalmente ricorrenti nella letteratura sensibile ai temi evolucionisti nell'area di civil law —si pensi alla tradizione inaugurata dalla storicismo tedesco— come nell'area di common law: dove la riflessione teorica sul diritto ha sovente tratto spunto dalla romanistica continentale.⁵⁵

III. GLI EFFETTI DELLA MUTAZIONE PER DIFFUSIONE: LE ALTERAZIONI DEL MODELLO IMITATO

Passiamo ora a considerare il modo di operare dei meccanismi imitatori e quindi a verificare, da un lato, le eventuali alterazioni del modello importato dovute al suo utilizzo entro un contesto diverso da quello di provenienza e, dall'altro, a valutare i termini delle modificazioni eventualmente prodotte nell'ordinamento importatore.

⁴⁹ Ad es. Watson, A., *The Evolution...*, cit., nota 34, pp. 193 ss.

⁵⁰ Watson, A., *Legal Transplants and European Private Law* (2000), in www.ejcl.org/ejcl/44/art44-2.html.

⁵¹ Papachristos, A. C., *La réception des droits privés étrangers comme phénomène de sociologie juridique*, Paris, 1975, p. 9.

⁵² Fögen, M. T., *Römische Rechtsgeschichten*, Göttingen, 2002, p. 13.

⁵³ Marini Avonzo, F. de e Campolunghi, M., "Riccardo Orestano oggi", *DRA*, 1, 1999, pp. 50 s.

⁵⁴ Hobsbawm, H., "Come si inventa una tradizione", in *id.* e Ranger, T., (a cura di), *L'invenzione della tradizione* (1983), trad. it., Torino, 2002, pp. 3 ss.

⁵⁵ Stein, P., *Legal...*, cit., nota 6, pp. 122 ss.

Proprio attorno al primo profilo si sono sviluppate alcune delle discussioni dedicate al nome da utilizzare per intendere il processo di imitazione del diritto. Ad esempio l'inadeguatezza del concetto di "re-zezione" si motiva fra l'altro con la considerazione —sicuramente riferibile anche alla nozione di imitazione— che esso implica un'attitudine passiva del sistema importatore: situazione ritenuta foriera, oltre che di riflessioni non in linea con i canoni della political correctness, di una falsa percezione dei meccanismi messi in moto dai processi di mutazione del diritto.⁵⁶

Come si intuisce, l'alterazione dei modelli occasionate dalla loro imitazione è stata studiata specialmente da chi si è dedicato alla circolazione di modelli tra sistemi culturalmente distanti: in particolare tra sistemi occidentali e sistemi orientali e tra ordinamenti cosiddetti avanzati ed ordinamenti cosiddetti in via di sviluppo.

Nel merito si osserva che, a rigore, di trapianti (*Verpflanzung*) può parlarsi solo nelle ipotesi in cui un gruppo umano si sposta portando con sé il proprio diritto: circostanza concepibile unicamente nelle esperienze in cui si ammette l'operare del principio di personalità del diritto e nelle ipotesi in cui lo spostamento avviene su una porzione di territorio non soggetta ad alcuna autorità costituita.⁵⁷ Nelle restanti ipotesi non di trapianti si dovrebbe parlare —i quali rappresentano casi di "sostituzione"— bensì di innesti (*graft*), che si concretano nella "fusione delle vite di due organismi" o nella "sovrapposizione dell'uno all'altro":

Transplants in the physical body are substitutions. The patient is often in a critical state, victim of malfunctioning organ, which is heroically seized and replaced by a new or donated body part. Donors are usually dead, and are always thought of as altruistic; recipients are grateful, and will always be to some extent impaired. Transplants include both removal and replacement, not the insertion of a previously absent organ...

Other metaphors may more accurately describe the process of legal exchange... Grafting, the process of fusing the lives of different living

⁵⁶ V. per tutti T. Giaro, in *www.rechtskulturen-osteuropa.net*.

⁵⁷ Rheinstein, M., *Einführung...*, *cit.*, nota 31, pp. 124 ss.

organisms or the covering of one by the other, better captures many aspects of the exchange.⁵⁸

Descrivendo in tal modo l'esito della circolazione di un modello si forniscono a ben vedere indicazioni contraddittorie circa il suo comportamento entro il sistema importatore. Se infatti si ricorre all'immagine della fusione si allude al prodursi di trasformazioni non direttamente contemplate dal riferimento alla mera sovrapposizione: quest'ultima indica una situazione in cui l'imitazione non produce "nuove e vitali addizioni".⁵⁹

Entrambe le soluzioni sono rifiutate da un autore il quale, muovendo dalla sottolineatura che "una regola possiede necessariamente una dimensione culturale", considera inconcepibile l'importazione di un testo nel rispetto del patrimonio ermeneutico consolidatosi nel sistema esportatore: "i trapianti giuridici sono impossibili" in quanto "il significato non si presta ad essere trapiantato". L'autore in questione è Pierre Legrand, il quale precisa:

If one agrees that, in significant ways, a rule receives its meaning from without, and if one accepts that such investment of meaning by an interpretative community effectively partakes in the ruleness of the rule, indeed, in the nucleus of ruleness, it must follow that there could occur a meaningful legal transplant when both the propositional statement as such and its invested meaning—which jointly constitute the rule—are transported from one culture to another. Given that meaning invested into the rule is itself culture-specific, it is difficult to conceive, however, how this transfer could ever happen.⁶⁰

Alla tesi della impossibilità dei trapianti avremo modo di dedicarci fra breve. Per ora torniamo alle alternative indicate dai teorici dell'innesto: la mera sovrapposizione del modello importato o la sua fusione con le componenti del sistema importatore.

⁵⁸ Feldman, E. A., "Patients' Rights...", *cit.*, nota 42, pp. 220 s.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 221.

⁶⁰ Legrand, P., "What 'Legal Transplants'?", in Nelken, D. e Feest, J. (ed.), *Adapting Legal...*, *cit.*, nota 4, pp. 55 ss. V. anche *id.*, "The Impossibility of 'Legal Transplants'", *MJCL*, 1994, p. 111.

Alla mera sovrapposizione sembra fare riferimento la letteratura antropologica in sede di analisi del fenomeno detto del “pluralismo giuridico”.⁶¹ Al proposito si afferma che i modelli importati conservano solitamente la loro identità all’interno del sistema imitatore sotto forma di “strati”. Ciò si ricaverebbe specialmente dallo studio degli ordinamenti interessati da mutazioni notevoli avvenute nell’arco di periodo relativamente brevi: come molti diritti africani interessati dalla colonizzazione, nei quali si trovano, a fianco di uno strato tradizionale consuetudinario tipico delle società a potere diffuso e di uno strato religioso di matrice islamica, uno strato coloniale costituito dal diritto dei paesi occidentali occupanti e uno strato postcoloniale, anch’esso modellato sul diritto dei paesi occidentali.⁶²

L’immagine della fusione si addice invece alle analisi realizzate dalla letteratura di impostazione strutturalista, in quanto più adatta a descrivere le trasformazioni studiate attraverso le lenti della dissociazione tra formanti e della dissociazione fra subtradizione tecnico giuridica e subtradizione politico filosofica. Chi assume un simile punto di vista non può trascurare —sulla scia di chi decenni or sono ha osservato che “la forza di influenze economiche o legami politici” conduce al prevalere di orientamenti “propri di altro sistema che così indirettamente finisce per essere ricevuto”—⁶³ che solitamente le due subtradizioni circolano in modo autonomo esattamente come i formanti. E come in particolare la subtradizione politico filosofica sia sovente imitata al solo fine di legittimare soluzioni considerate non riconducibili alla subtradizione tecnico giuridica, determinando così ipotesi di “idealizzazione del modello” e di “circolazione simbolica” non: del “modello in sé”, bensì della “immagine di tipo politico filosofico ad esso comunemente associata”.⁶⁴

Discorrere di circolazione di modelli nella prospettiva strutturalista non implica dunque affermare che essi possono essere importati senza

⁶¹ Per tutti Guadagni, M., *Il modello pluralista*, Torino, 1997.

⁶² Ad es. Mattei, U. e Monateri, P. G., *Introduzione breve al diritto comparato*, Padova, 1997, pp. 148 ss.

⁶³ Ascarelli, T., “Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell’interpretazione” (1947), in *id.*, *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano, 1952, p. 70.

⁶⁴ Grande, E., *Imitazione...*, *cit.*, nota 27, pp. 110 s. Similmente Örüçü, E., *Critical comparative law* (2000), in www.ejcl.org/41/art41-1.html (par. 3.3.).

alterazione alcuna dei loro tratti originari. Chi lo afferma deve necessariamente muovere da una nozione di diritto estremamente limitata.⁶⁵

E' del resto ciò che accade nelle ricostruzioni del teorico dei trapianti, il quale è costretto ad affermare che essi concernono la circolazione di testi privi di nesso con il contesto sociale in cui essi sono impiantati. Il tutto con la precisazione, necessaria a prevenire le accuse di positivismo legislativo, che i cultori del diritto autori del trapianto vedono nel modello da importare esclusivamente un punto di riferimento idoneo a legittimare le loro costruzioni: "when an issue arises, whether in theory or in practice, and requires a legal answer, the lawyers habitually seek authority".⁶⁶

Peraltro simili affermazioni non sono semplicemente volte a contestare la pretesa di una corrispondenza biunivoca tra diritto e società, riconducibile del resto a paradigmi metodologici oramai superati.⁶⁷ Esse mirano ad accreditare l'ulteriore idea che la corrispondenza sia del tutto inesistente: "the law making elite comes to regard law as existing in large measure in its own right, as an end in itself, as having its being distinct from other institutions of society".⁶⁸ Idea solo in parte condivisa da Rodolfo Sacco, il quale, dopo aver affermato che "la maggior parte delle mutazioni avviene senza condizionamenti provenienti dalla vita economica né dall'ideologia", rileva opportunamente che "le mutazioni sociali più radicali impongono una corrispondente mutazione del diritto".⁶⁹

IV. SEGUE: LE ALTERAZIONI DEL SISTEMA IMITATORE

E LE CONNESSIONI TRA MUTAZIONE DEL DIRITTO E MUTAMENTO SOCIALE

Valutati i termini delle alterazione subite da un modello per effetto della sua circolazione, dobbiamo analizzare un'ulteriore alterazio-

⁶⁵ Per tutti Fögen, M. T., *Rechtstransfer*, cit., nota 17.

⁶⁶ Watson, A., *The Evolution...*, cit., nota 34, p. 263.

⁶⁷ Per un recupero delle tesi di Watson in chiave "nichilista" v. Monateri, P. G., *The Weak...*, cit., nota 16 (part 1).

⁶⁸ *Ibidem*, p. 265. V. anche Watson, A., *Legal...*, cit., nota 23, p. 107.

⁶⁹ Sacco, R., "Introduzione al diritto...", cit., nota 20, pp. 34 s.

ne: quella del sistema importatore occasionata dalla medesima circolazione.

Comunque si intenda descrivere la circolazione dei modelli —se in termini di fusione con le componenti del sistema imitatore o in termini di mera sovrapposizione ad esse— non sembra possa contestarsi che esso conduce alla “eterogeneità di un sistema prima omogeneo”⁷⁰ e che occorre pertanto interrogarsi circa le forme “dell’assorbimento del trapianto”.⁷¹

Coloro che ricorrono allo schema della fusione descrivono i termini dell’alterazione del sistema importatore muovendo dall’analisi delle trasformazioni subite del modello imitato. Chi ricorre all’immagine della mera sovrapposizione deve invece preliminarmente individuare l’ambito in cui le “decorazioni ricoprenti la pratica attuale”⁷² creano eventuali “paradossi”⁷³ e “contrast” e determinano “reazioni”.⁷⁴

I fautori di un approccio strutturalista individuano tale ambito entro i confini del diritto. E si capisce: come abbiamo visto l’attitudine scienziata che caratterizza un simile approccio conduce a considerare non misurabili e quindi a trascurare le ripercussioni osservabili in altri contesti.

Ci riferiamo innanzitutto alle ricerche in cui si mette in luce la complessità del sistema delle fonti, che la retorica sulla crisi dello stato ha finalmente messo in luce con tutto il suo potenziale distruttivo dei tradizionali paradigmi scientifici. Complessità evidenziata dallo studio della dissociazione tra i formanti dell’ordinamento e con essa del ruolo dei soggetti chiamati ad implementare il diritto racchiuso nei testi prodotti dal potere politico.⁷⁵

Simile ruolo viene sottolineato da una letteratura risalente, in cui si osserva come l’imitazione del diritto dia vita ad una assimilazione negativa (negative Assimilation) nelle ipotesi in cui consiste in una mera circolazione di testi e produca invece un’assimilazione positiva

⁷⁰ Ancel, M., *Utilità e metodi...*, cit., nota 32, p. 61.

⁷¹ Friedman, L. M., “Some Comments on Cotterrell and Legal Transplants”, in Nelken, D. e Feest, J. (ed.), *Adapting...*, cit., nota 4, p. 94.

⁷² Feldman, E. A., “Patients’ Rights...”, cit., nota 42, p. 221.

⁷³ Öriücü, E., *Critical...*, cit., nota 64.

⁷⁴ Ascarelli, T., “Funzioni economiche...”, cit., nota 63, pp. 69 s.

⁷⁵ Oltre ai teorici della dissociazione tra formanti v. ad es. Rheinstein, M., *Einführung...*, cit., nota 31, pp. 129 ss.

(positive Assimilation) se coinvolge anche la prassi applicativa e la dottrina.⁷⁶

Lo stesso si afferma nelle riflessioni dedicate al fallimento della circolazione dei modelli dai cosiddetti paesi sviluppati ai cosiddetti paesi in via di sviluppo. Un simile esito viene attribuito alla scarsa considerazione per le vicende che lo studioso occidentale, dal suo punto di vista parziale, non riconduce al sistema delle fonti formali del diritto.⁷⁷ In tal prospettiva si sottolinea l'opportunità di affiancare alla diffusione di modelli legislativi la formazione degli operatori dell'ordinamento importatore.⁷⁸ E si precisa — riecheggiando un tema caro ai sociologi secondo cui il mutamento giuridico segue di norma il mutamento sociale — che entrambi necessitano di “una professione legale incline all'attivismo riformatore” e “la presenza di giudici attivisti in senso riformatore”:⁷⁹ situazione considerata tipica prevalentemente — se non unicamente — nel contesto statunitense.⁸⁰

L'approfondimento di simili aspetti conduce naturalmente a ricercare oltre i confini del diritto l'ambito entro cui osservare molte delle alterazioni provocate dalla circolazione dei modelli: ovvero a valutare le trasformazioni indotte dall'imitazione attraverso lo studio di vicende concernenti il nesso tra società e diritto.

Classicamente le opposte visioni circa il nesso in discorso sono esemplificate dalle concezioni del mutamento incarnate nell'ottocento dai fautori dello storicismo da un lato e dagli esponenti dell'illuminismo dall'altro: i primi, complice la loro adesione a schemi evolucionisti,⁸¹ vedono il potere politico come un semplice assimilatore di prassi consuetudinarie, mentre i secondi lo considerano capace di indirizzare con i propri precetti il comportamento dei consociati. Paradigmati-

⁷⁶ Schwarz, A. B., “Rezeption und Assimilation ausländischer Rechte” (1938), in *id.*, *Rechtsgeschichte und Gegenwart*, Karlsruhe, 1960, p. 153.

⁷⁷ Trubek, D. M. e Galanter, M., “Scholars in Self-Estrangement”, *Wisc. Law Rev.*, 1974, pp. 1062 ss.

⁷⁸ *Cfr.* Burg, E. M., “Law and Development”, *Am. Journ. of Comp. Law*, 1977, pp. 492 ss.

⁷⁹ Friedman, L. M., *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali* (1975), trad. *it.*, Bologna, 1978, p. 453.

⁸⁰ Merryman, J. H., “Comparative Law and Social Change”, *Am. Journ. of Comp. Law*, 1977, pp. 457 ss.

⁸¹ Horowitz, D. L., “The Qur'an...”, *cit.*, nota 11, p. 245.

co è altresì il dibattito tra studiosi di formazione marxista e teorici dello stato sociale: i secondi rifiutano l'idea, coltivata dai primi, che il diritto costituisce una mera sovrastruttura dei rapporti di produzione e lo considerano un mezzo attraverso cui redistribuire ricchezza tra i consociati.⁸²

Il contrasto di cui discorriamo non è certo destinato a trovare una ricomposizione: vi saranno sempre autori convinti che i “cambiamenti formali con effetti esterni” siano solo apparentemente tali —ovvero sono da ritenere la mera conferma “che un qualche mutamento sociale stesse brontolando sotto terra”—⁸³ e autori orientati a ritenere l'opposto. E tuttavia ciò che rileva è la comune consapevolezza che, se si superano le strettoie tipiche del pensiero strutturalista, si finisce per valorizzare una ulteriore dissociazione rispetto a quella sottolineata da uno studio interno del fenomeno diritto: la dissociazione tra tecniche normative e valori alla cui promozione esse sono asservite.

Da un simile punto di vista occorre sicuramente aderire allo sforzo di chi scredita l'idea di un nesso biunivoco tra diritto e società: il ricorso ad una determinata tecnica normativa si combina con la promozione di determinati valori sulla base di connessioni di carattere contingente. L'opposta visione non consente di descrivere le caratteristiche di un sistema in termini utili ad ottenere classificazioni di matrice non formalista e, di riflesso, di alimentare teorie sulla mutazione giuridica finalmente emancipate dal credo tradizionale. Peraltro, come abbiamo detto, lo stesso deve dirsi con riferimento al tentativo di rifiutare l'individuazione di un qualsiasi nesso tra diritto e società: ovvero, per ricorrere al lessico utilizzato anche dal teorico dei trapianti, tra l'autorità su cui i giuristi fondano le loro costruzioni ed i valori cui esse sono di volta in volta riconducibili.

Altrimenti detto: se “sono possibili rovesciamenti della società senza che si verifichino contemporaneamente rovesciamenti del sistema

⁸² Per una sintesi Ferrari, V., *Lineamenti di sociologia del diritto*, vol. 1, 3. ed., Roma e Bari, 1999, pp. 282 ss.

⁸³ Friedman, L. M., *Il sistema giuridico...*, cit., nota 79, pp. 446 s. e *id.*, *Law in a Changing Society*, London, 1959, pp. 3 ss. Più articolate le teorie espone in *id.*, “Some Comments...”, cit., nota 71, pp. 93 ss.

giuridico”,⁸⁴ ciò si deve anche al fatto che il diritto costituisce una pratica discorsiva passibile di essere posta in connessione con più “sistemi della discorsività” o delle “possibilità e impossibilità enunciative”.⁸⁵ L’ermeneutica tradizionale —cui sembra far riferimento Pierre Legrand— ed i suoi recenti sviluppi ci offrono una valutazione differente di simili connessioni: la prima le ritiene accertabili, mentre i secondi —mossi da una “costitutiva vocazione nichilista” inevitabilmente connessa con il definitivo “congedo dalla metafisica tradizionale”—⁸⁶ le reputano non verificabili e considerano l’orientamento precedente inevitabilmente destinato a produrre una “teoria della molteplicità degli schemi concettuali”.⁸⁷

Riscontri di una simile conclusione si ricavano analizzando le teorie sui meccanismi di circolazione dei modelli ed in particolare le analisi sulle caratteristiche in base alle quali essi sono selezionati.

La letteratura intenta a sottolineare il nesso tra diritto e società ritiene evidentemente che i modelli circolino solo tra ordinamenti assimilabili dal punto di vista della loro matrice in senso lato culturale: che, in altre parole, dalla loro dimensione extragiuridica dipenda il loro “tasso di trapiantabilità”.⁸⁸ Dimostrazioni in tal senso si ricaverebbero misurando la resistenza ai tentativi di armonizzazione, minore nei settori dell’ordinamento scarsamente interessati da opzioni valoriali, come il diritto dei commerci, e maggiore invece nei settori in cui tali opzioni hanno una particolare rilevanza, come nel diritto di famiglia.⁸⁹

Peraltro è agevole osservare —considerando ad esempio il contesto europeo— che una relativa vicinanza tra ordinamenti nazionali caratterizza proprio le materie considerate ostaggio di opzioni culturali:

⁸⁴ Renner, K., *Gli istituti del diritto privato e la loro funzione sociale* (1929), trad. it., Bologna, 1981, p. 198.

⁸⁵ Foucault, M., *L’archeologia del sapere* (1969), trad. it., Milano, 1999, pp. 169 ss.

⁸⁶ Vattimo, G., *Oltre l’interpretazione*, Roma e Bari, 2002, pp. 3 ss. e *id.*, *Nichilismo ed emancipazione*, Milano, 2003, pp. 135 ss.

⁸⁷ Monateri, P. G., “Correct our watches by the public clocks”, *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, pp. 403 ss.

⁸⁸ Cfr. O. Kahn-Freund, “On Use and Missuse of Comparative Law”, *Mod. Law Rev.*, 1974, part. p. 6 e Z. Shen, “Legal Transplant and Comparative Law”, *Rev. int. dr. comp.*, 1999, pp. 853 ss.

⁸⁹ Ad es. Mistelis, L. A., “Regulatory Aspects”, in *Int. Lawyer*, 2000, pp. 1055 ss.

come il diritto delle persone e della famiglia. E che, al contrario, è nei rimanenti settori dell'ordinamento che si registrano notevoli scontri, tutti concernenti l'intento di adottare modelli liberisti di convivenza sociale e di affossare nel contempo schemi di tipo solidaristico, altrettanto radicati nel patrimonio costituzionale degli stati membri.⁹⁰

Da un simile punto di vista sembra preferibile la prospettiva "nichilista", che valorizza il nesso tra diritto e società esclusivamente sul piano delle narrazioni, ovvero non per accreditare una "mirror theory of law".⁹¹ Una simile teoria non saprebbe cogliere, in particolare, i mutamenti sociali di carattere in senso lato rivoluzionario che provocano una rottura nel lento fluire della storia e che si traducono necessariamente in una mera rilettura del diritto esistente: ovvero che non determinano una sua mutazione dal punto di vista formale.⁹²

La prospettiva "nichilista" consente di rileggere la teoria sulla impossibilità dei trapianti in termini che ci sembrano maggiormente condivisibili. Non si tratta infatti di negare che la circolazione di un modello produca una modificazione dell'ordinamento imitatore non prevedibile attraverso un'osservazione del sistema esportatore o —specularmene— di negare che un modello possa essere clonato e circolare senza perdere la propria identità: vi è a ben vedere una diffusa convinzione di tutto ciò. Si tratta semmai di affermare che i trapianti sono impossibili in quanto la circolazione dei modelli interessa a ben vedere i valori di cui essi costituiscono il veicolo e che pertanto uno studio dei termini in cui essa si manifesta deve interessare vicende situate oltre i confini del discorso attorno al diritto.

Una conferma della validità dell'approccio "nichilista" la ricaviamo analizzando l'uso giurisprudenziale del diritto comparato in fattispecie prive di internazionalità: fattispecie che non richiedono un impiego del diritto straniero, ma che sono ciò nonostante risolte attraverso richiami ad un ordinamento alieno.⁹³ Il fatto che in simili

⁹⁰ Citazione in Somma, A., "Fare cose con la solidarietà", *Rg*, Bd. 5 (2004), pp. 35 ss.

⁹¹ Così criticamente Ewald, W., "Comparative Jurisprudence (II)", *Am Journ. Comp. Law*, 1995, pp. 508 ss.

⁹² Al proposito Monateri, P. G., *The Weak...*, cit., nota 16 (part 2) e Jettinghoff, A., "State Formation and Legal Change", in Nelken, D. e Feest, J. (ed.), *Adapting...*, cit., nota 4, pp. 99 ss.

⁹³ Cfr. Somma, A., *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, Milano, 2001, pp. 63 ss. e 287 ss.

casi sia privilegiato il criterio dell'omogeneità culturale indurrebbe a pensare che, come afferma Watson, l'utente del modello straniero sia attratto da soluzioni di comodo. E tuttavia, a ben vedere, la scelta del criterio in discorso discende da una valutazione di opportunità diretta dal proposito di rafforzare l'esito della decisione: valutazione che evidentemente conduce a valorizzare modelli in funzione del loro contributo alla costruzione della veste retorica della motivazione e non della loro provenienza da ordinamenti cui le corti sono solite riferirsi.

V. LA MUTAZIONE GIURIDICA NELLA PROSPETTIVA FUNZIONALISTA: LE IRRITAZIONI E L'EFFICIENZA DEI TRAPIANTI

Valorizzando la decostruzione del meccanismo attraverso cui avviene l'imitazione del diritto —e a monte del nesso tra diritto e società— non si finisce solo per rifiutare l'idea che vi possa essere una circolazione di modelli intesa come riproposizione del medesimo nesso tra tecnica normativa e valori riscontrabile nel sistema di provenienza del modello. Si finisce anche per ritenere del tutto imprevedibile l'esito del mutamento normativo o, meglio, che lo studioso interessato ad un simile profilo debba indirizzare la propria attenzione direttamente ai meccanismi del mutamento sociale, di cui il mutamento normativo costituisce una sorta di narrazione a schema libero.

Peraltro —pur senza nascondersi le differenze tra i due volti dell'ermeneutica: quella tradizionale e quella a vocazione “nichilista”— riteniamo che entrambi siano compatibili con l'affermazione secondo cui si possono individuare almeno alcune delle costanti tra pratiche discorsive attorno al diritto ed intenti politico normativi di cui esse sono espressione. Costanti ovviamente da valutare alla luce di precisi contesti, rispetto ai quali le narrazioni sul diritto —incluse quelle sulla sua mutazione— rilevano alla stregua di “mark of a certain idea”.⁹⁴

⁹⁴ V. Somma, A., “Il discorso concettuale come ‘mark of a certain idea’”, *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, pp. 247 ss. La locuzione è ripresa da Alston, P., *Philosophy of language*, Englewood Cliffs, 1964, pp. 22 ss.

Ad una conclusione assimilabile si potrebbe giungere ricorrendo a letture non ispirate dal credo diffusionista. Pensiamo alle teorie che analizzano il fenomeno diritto in chiave funzionalista come sistema sociale muovendo —appunto— dalla funzione cui assolvono le sue componenti: ovvero valorizzando il loro apporto all'equilibrio complessivo del sistema, ricavabile analizzando le conseguenze delle azioni in luogo delle motivazioni che le hanno ispirate.⁹⁵ Il tutto unitamente alla precisazione che solo in tal modo si possono mettere in luce cause del mutamento altrimenti non rilevabili: il funzionalismo porta a ritenere che “la mano invisibile” sia più importante della “mano visibile”.⁹⁶

Le teorie funzionaliste —e soprattutto il neofunzionalismo cui facciamo riferimento nelle nostre note— vedono nel diritto un sistema chiuso ed autoreferenziale la cui evoluzione si riflette sull'equilibrio dei restanti sistemi sociali e ad individuare tra il primo e i secondi un nesso identificabile, ma non descrivibile in termini di corrispondenza biunivoca. Peraltro simili teorie sono fortemente connotate in senso evolucionista e non solo per i tratti finora evidenziati.

Di matrice evolucionista è la descrizione dello sviluppo del diritto come vicenda destinata ad incrementare, oltre alla differenziazione dai restanti sistemi sociali, anche la sua differenziazione interna attraverso la formazione di sistemi particolari.⁹⁷ Lo stesso dicasi per l'idea che lo sviluppo si accompagna ad una sua crescente proceduralizzazione.⁹⁸

Sulla tendenza alla proceduralizzazione del diritto avremo modo di tornare fra breve. Intendiamo ora analizzare le riflessioni sulla differenziazione del diritto, per mettere in luce come esse non forniscano necessariamente descrizioni del mutamento alternative a quelle ricorrenti nelle analisi diffusioniste.

⁹⁵ Per tutti Baert, P., *La teoria sociale contemporanea* (1998), trad. it., Bologna, 2002, pp. 55 ss.

⁹⁶ Horowitz, D. L., “The Qur'an...”, *cit.*, nota 11, p. 242.

⁹⁷ Luhmann, N., *La differenziazione del diritto* (1981), trad. it., Bologna, 1990, part. p. 61 ss.

⁹⁸ Luhmann, N., *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale* (1983), trad. it., Milano, 1996 e Teubner, G., “Substantive and Reflexive Elements in Modern Law”, *Law Soc. Rev.*, 1983, pp. 239 ss.

Questo almeno si ricava dalle riflessioni di un autore —Gunther Teubner— intento a rivedere la teoria dei trapianti giuridici sotto forma di teoria delle “irritazioni giuridiche” (*Rechtsirritationen*). L’espressione —mutuata dalla teoria dei sistemi in cui concerne il contatto non strutturale tra sistemi chiusi ed autoreferenziali—⁹⁹ viene utilizzata per descrivere la circolazione dei modelli come vicenda che produce effetti intermedi fra l’integrazione piena del modello, cui allude la teoria dei trapianti, e il suo inesorabile rigetto, prefigurato invece dalle riflessioni di Pierre Legrand:

Rechtsinstitutionen können in der Tat nicht einfach aus einem Kontext in einem anderen versetzt werden, wie der Transfer eines Bauteils von einer Maschine zu einer anderen versetzt werden. Sie müssen vorsichtig verpflanzt und in ihrer neuen Umgebung sorgfältig gehegt und gepflegt werden. Aber der Begriff Transplantation erzeugt den falschen Eindruck, dass das transplantierte Material nach einer komplizierten chirurgischen Operation mit sich selbst identisch bleiben wird und im neuen Organismus seine alte Rolle weiterspielen wird. So kommt es fast wie von selbst zu der falschen Alternative: Abstossung oder Integration.¹⁰⁰

Teubner riflette sul “tasso di trapiantabilità” del diritto ricordando come i nessi tra quest’ultimo e la società siano ora “altamente selettivi” a causa della forte differenziazione tra i sistemi sociali che affiancano il sistema diritto. In tal senso la circolazione dei modelli produce mutamenti nel secondo su stimolo dei primi solo se vi sono le condizioni di una coevoluzione: situazione non usuale, dal momento che “il diritto e i sistemi sociali non si sviluppano più secondo una linea evolutiva comune, bensì in base all’interrelazione di due linee evolutive più o meno indipendenti”.¹⁰¹

In chiave diffusionista rilievi assimilabili si ritrovano nella letteratura in cui si valorizza, a fianco della dissociazione tra formanti, quella fra subtradizione tecnico giuridica e subtradizione politico filosofica e

⁹⁹ Cfr. Luhmann, N., *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, 2. Aufl., Frankfurt am Main, 1999, pp. 789 ss.

¹⁰⁰ Teubner, G., “Rechtsirritationen”, in *FS Erhard Blankenburg*, Baden-Baden, 1998, p. 233.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 241.

si riflette sulle alterazioni della prima che sono riconducibili ad una circolazione simbolica della seconda:¹⁰² situazione descritta da Teubner ricorrendo alla precisazione che il sistema diritto, mutato per effetto di una irritazione proveniente dai restanti sistemi sociali, produce a sua volta irritazioni capaci di modificare questi ultimi.¹⁰³

Peraltro le teorie ora messe a confronto, se per un verso sono capaci di produrre risultati assimilabili nella illustrazione delle vicende cui ci siamo appena riferiti, per un altro verso alimentano modelli di convivenza sociale decisamente non riconducibili ad unità.

Delle teorie funzionaliste si suole dire, a conferma della loro adesione ai corollari del credo evoluzionista, che esse sono utilizzate nell'ambito di analisi in cui si mira a promuovere un unilateralismo nella individuazione dei termini del mutamento. Ed invero esse ricorrono nella ricerca comparatistica di tipo nomotetico: volta a formulare —ricorrendo al principio della praticità¹⁰⁴ o dell'equivalenza funzionale—¹⁰⁵ teorie di portata universale, in funzione delle quali si attribuisce importanza minima agli oggetti osservati e massima alle loro proprietà.¹⁰⁶ Il tutto onde tacitare i conflitti in nome dello sviluppo e del progresso del sistema¹⁰⁷ valutato oltretutto in chiave economicistica.¹⁰⁸

Una conferma di simili rilievi la ricaviamo analizzando il dibattito sulla mutazione giuridica nell'era della mondializzazione, a cui ci dedicheremo fra breve. Lo stesso dicasi per il ricorso all'analisi economica del diritto —disciplina su cui si fonda il principio dell'equivalenza funzionale—¹⁰⁹ combinata con la teoria dei trapianti, utilizzata per

¹⁰² Grande, E., *Imitazione...*, *cit.*, nota 27, pp. 110 s. Similmente Örucü, E., *Critical...*, *cit.*, nota 64.

¹⁰³ Teubner, G., "Rechtsirritationen", *cit.*, nota 100, p. 241.

¹⁰⁴ Markesinis, B., *Il metodo della comparazione* (2003), trad. it., Milano, 2004, pp. 49 ss.

¹⁰⁵ Zweigert, K., "Die 'praesumptio similitudinis' als Grundsatzvermutung rechtsvergleichender Methode", in parecchi autori, *Buts et méthodes du droit comparé*, Padova e Nuova York, 1973, pp. 737 ss.

¹⁰⁶ Per tutti Marradi, A., "Forme e scopi della comparazione", in Smelser, N. J., *La comparazione nelle scienze sociali* (1976), trad. it., Bologna, 1982, pp. 9 ss.

¹⁰⁷ Per tutti Ferrari, V., *Funzioni del diritto*, Roma e Bari, 1993, p. 7 e Treves, R., *Sociologia del diritto*, 3. ed., Torino, 1996, part. p. 319. Tra i comparatisti: Constantinesco, L. J., *La scienza dei diritti comparati* (1983), trad. it., Torino, 2003, pp. 43 ss.

¹⁰⁸ Esempi in Criscuoli, G., *Il contratto nel diritto inglese*, Padova, 1990, pp. 131 s.

¹⁰⁹ Kötz, H., "Alte und neue Aufgaben der Rechtsvergleichung", *JZ*, 2004, p. 263.

elevare l'efficienza a motore del mutamento in discorso. Il tutto per fornire, in chiave a questo punto struttural-funzionalista, una nuova lettura di quanto i diffusionisti considerano essere alla base del cambiamento: il prestigio.

La nuova lettura si fonda sull'idea che i modelli circolano se hanno successo sul "mercato della cultura giuridica": ovvero se sopravvivono ad un "processo competitivo", volto a selezionare le costruzioni rivelatesi più idonee a risolvere determinati problemi. Precisamente:

The framing of legal rules may be explained as the outcome of a competitive process. Indeed, the analysis of legal transplants may be enriched by such an approach. We may imagine that every legal system or every component of it produces different legal doctrines or techniques for the solution of a given problem. All these different inputs enter into what we may call the market of legal culture. Within this market the suppliers meet the need of the consumers. This process of competition at zero transaction costs would determine the survival of the most efficient legal doctrine.¹¹⁰

In tal modo la lettura economicistica dei fenomeni sociali si colora di connotati ulteriori rispetto a quelli ricavabili dalla considerazione che la mutazione fondata sull'efficienza, in quanto vicenda connessa ad un incremento della complessità del sistema, costituisce un indizio di sviluppo economico: "the more complex law is likely to have been the product of a more developed economy".¹¹¹ Invero l'efficienza di cui si parla non rappresenta una sorta di parametro neutrale: come si ricava dall'affermazione che essa semplicemente promuove l'edificazione di una "better organised human society".¹¹² L'efficienza, se non vuole essere considerata un concetto vuoto ed indefinito come la nozione di prestigio, ha a che vedere con una visione dei rapporti tra consociati fortemente ancorata ai principi del libero mercato.¹¹³

¹¹⁰ Mattei, U., *Comparative Law and Economics*, Ann Arbor, 1998, pp. 129 s.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 127.

¹¹² *Ibidem*, p. 145.

¹¹³ Per tutti Kennedy, D., "Cost-Benefit Analysis of Entitlement Problems", *St. Law Rev.*, 1981, pp. 387 ss. e Eidenmüller, H., *Effizienz als Rechtsprinzip*, Tübingen, 1995, pag. p. 323 ss.

Conferme di una simile conclusione si ricavano dal dibattito sulla mutazione giuridica nell'era della mondializzazione.

VI. LE NUOVE FRONTIERE DELLA MUTAZIONE
GIURIDICA: DALL'UNIVERSALIZZAZIONE ALLA MONDIALIZZAZIONE
DEL DIRITTO

La mutazione del diritto analizzata in base ai canoni dell'analisi economica conduce a valorizzare il principio della concorrenza tra ordinamenti. Quest'ultimo conduce a sua volta ad intaccare le tradizionali riflessioni sullo scopo della moderna comparazione giuridica.

Da sempre, ovvero a far data dalla nascita della disciplina, quest'ultima vi ha incluso la promozione dell'unificazione internazionale del diritto, valutata ricorrendo a schemi di chiara matrice evolucionista: ovvero muovendo dal presupposto che vi sia un naturale ed irreversibile cammino unitario verso la "civilizzazione" dei modelli di convivenza umana e che essa costituisca la misura del "progresso".

Nel merito sono sufficienti solo alcuni esempi. Tra la fine dell'ottocento e i primi del novecento si parla in termini entusiastici di un "diritto mondiale", la cui affermazione "è solo questione di tempo":¹¹⁴ un "droit commun des peuples civilisés", ottenibile dalla elaborazione scientifica del corpo di norme sociali "résultant du consentement tacite des nations".¹¹⁵ Dopo il primo conflitto mondiale l'entusiasmo dei fautori dell'unificazione internazionale del diritto si raffredda in parte, ma si continua a ritenere che il moto verso un simile obiettivo sia indizio di un elevato livello di "civilizzazione" dei "popoli".¹¹⁶ E lo stesso si continua a ripetere alla conclusione del secondo conflitto mondiale, anche nell'ambito di riflessioni sul modo di ottenere l'unificazione internazionale del diritto nel rispetto delle identità locali:¹¹⁷ manca ancora la consapevolezza della valenza eu-

¹¹⁴ Zitelmann, *Möglichkeiten eines Weltrechts*, 2. ed., München e Leipzig, 1916, p. 22.

¹¹⁵ Saleilles, R., "Contribution à l'étude des méthodes juridiques", *Ann. dr. comm.*, 1891, pp. 222 s.

¹¹⁶ Demogue, R., *L'unification internationale du droit privé*, Paris, 1927, p. 193.

¹¹⁷ Per tutti Schnitzer, A. F., *De la diversité et de l'unification du droit*, Bale, 1946.

ro-americanocentrica di formule ancora in uso, come la locuzione “principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili”.¹¹⁸

Si diceva del mutamento di prospettiva indotto dallo sviluppo di un sistema di concorrenza tra ordinamenti, che in effetti viene presentato come uno strumento di tutela della differenza, in quanto non implica la promozione del movimento verso l'unificazione internazionale del diritto.¹¹⁹ Un mutamento osservato e teorizzato dalla letteratura che, ricalcando schemi di analisi evolucionisti elaborati in seno alle correnti funzionalistiche, descrive la mondializzazione come vicenda caratterizzata da un acuirsi della differenziazione tra sistemi sociali.¹²⁰ Questo costituirebbe il tratto principale della mondializzazione, in ciò nettamente distinta dalla precedente universalizzazione, che ha fra l'altro modificato i termini del processo di unificazione internazionale del diritto a livello comunitario.¹²¹

Peraltro occorre ricordare come la transizione dall'universalizzazione alla mondializzazione non conduca ad un nuovo ordine, bensì ad una “svalutazione dell'ordine in quanto tale”.¹²²

Quest'ultima sembra del resto più adatta alla “nuova gerarchi del potere”: “contrassegnata al vertice dalla capacità di muoversi rapidamente e con breve preavviso e in basso dall'incapacità di ostacolare quelle mosse e tanto meno di arrestarle”.¹²³ Invero la concorrenza tra ordinamenti —attraverso la valorizzazione degli strumenti internazionaliprivatistici— consente al sistema economico di operare in determinati contesti statali utilizzando il diritto di altri contesti statali, considerato più vantaggioso dal punto di vista degli interessi della produzione: esattamente come accade con i trapianti tipici delle epo-

¹¹⁸ Art. 38, Statuto Corte Internazionale di Giustizia.

¹¹⁹ Citazioni in Somma, A., “Mercificare il diritto”, in Zoppini, A. (a cura di), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Roma e Bari, 2004, pp. 58 ss.

¹²⁰ Teubner, G., “Rechtsirritationen”, *cit.*, nota 100, p. 235. Véase anche Nelken, D., “Towards a Sociology...”, *cit.*, nota 4, pp. 31 s.

¹²¹ Per tutti Padoa-Schioppa, A., “Il diritto comune in Europa”, in Moccia, L. (a cura di), *I giuristi e l'Europa*, Roma e Bari, 1997, pp. 41 s.

¹²² Bauman, Z., *La società individualizzata* (2001), trad. it., Bologna, 2002, p. 50. Véase anche Scheuerman, W. E., *Global law in our high speed economy*, in www.isanet.org/noarchiv/scheuerman.html.

¹²³ Bauman, Z., *op. cit.*, nota anterior, p. 50.

che in cui era diffuso il principio della personalità del diritto.¹²⁴ Il tutto provocando, dal punto di vista delle politiche sociali, una corsa verso il basso:¹²⁵ “se un lavoratore in Polonia è disponibile ad accettare condizioni più sporche e rischiose al fine di incominciare a ricostruire il proprio patrimonio” allora “esso dovrà avere più potere!”.¹²⁶

In altre parole la concorrenza tra ordinamenti costituisce, “per coloro che si trovano in questa posizione menomata e indebolita, l’unico metodo per tenersi stretti gli amministratori errabondi e i volubili azionisti (e dunque per conservare ancora un po’ il posto di lavoro)”, in quanto consente di “alletterarli a insediarsi e a rimanere mettendo in mostra in modo convincente tutta la propria debolezza e assenza di opposizione”.¹²⁷ Che è poi quanto si sta verificando in area comunitaria a fronte dalla recente definizione di un sistema di concorrenza tra ordinamenti in materia societaria.¹²⁸

Il fatto che un simile esito si ottenga attraverso una confusa circolazione di modelli —precisamente attraverso “cross-currents movements of irritants”—¹²⁹ esemplificativa della transizione dall’universalizzazione alla mondializzazione, non deve tuttavia far ritenere che si siano abbandonati gli schemi tipici dei passati propositi di unificazione internazionale del diritto. Tanto che alcuni —riprendendo il lessico caro al neofunzionalismo— ritengono la fase attuale caratterizzata da un processo di “de-differenziazione”.¹³⁰

Militano a favore di una simile lettura almeno due circostanze. In primo luogo il fatto che la concorrenza tra ordinamenti può affermarsi solamente universalizzando la fruibilità di strumenti idonei a scardinare il principio di territorialità del diritto: ovvero potenziando

¹²⁴ Rheinstein, M., *Einführung...*, cit., nota 31, pp. 124 ss.

¹²⁵ Cfr. Alpa, G., “La competizione tra ordinamenti”, in Zoppini, A. (a cura di), *La concorrenza...*, cit., nota 119, pp. 55 s. V.éase anche Roppo, V., “Verso un mondo globalizzato”, in *Pol. dir.*, 2001, p. 522.

¹²⁶ Easterbrook, F. H., “Federalism and European Business Law”, in Buxbaum, R. M. et al. (ed.), *European Business Law*, Berlin e Nueva York, 1991, p. 11.

¹²⁷ Bauman, Z., *op. cit.*, nota 122, p. 51.

¹²⁸ Per tutti Portale, G. B., “Armonizzazione e concorrenza tra ordinamenti nel diritto societario europeo”, in Zoppini, A. (a cura di), *La concorrenza...*, cit., nota 119, pp. 98 ss.

¹²⁹ Örücü, E., *Critical...*, cit., nota 64 (par. 5.5.).

¹³⁰ Heidebrand, P. W., “From Globalisation of Law to Law under Globalisation”, in Nelken, D. e Feest, J. (ed.), *Adapting...*, cit., nota 4, pp. 117 ss.

l'autonomia privata ben oltre i limiti ammessi dal diritto costituzionale di molti.¹³¹ In secondo luogo il fatto che la circolazione di modelli cui allude la concorrenza tra ordinamenti è concepibile esclusivamente limitando fortemente l'identità dei sistemi coinvolti: ovvero abolendo il "parrocchialismo legale" considerato fonte di elevati costi transattivi.¹³²

Il tutto alimentando la vera differenziazione che interessa, ovvero di cui si usa discorrere in chiave prescrittiva e non certo meramente descrittiva: la differenziazione tra politica e diritto.¹³³ Che produce in verità la de-differenziazione tra diritto ed economia sintetizzata nella locuzione "lex mercatoria": il diritto mondializzato per antonomasia, il cui sviluppo richiede l'elaborazione di un sistema "di pesi e contrappesi che impediscano o comunque prevengano azioni arbitrarie da parte del potere politico".¹³⁴

VII. SEGUE: IL PROCESSO DI PROCEDURALIZZAZIONE DEL DIRITTO

Il processo di mondializzazione produce dunque una "fortissima omogeneizzazione"¹³⁵ che le letture evoluzioniste e funzionaliste della mutazione del diritto non sono capaci di cogliere.

Lo stesso possiamo affermare con riferimento al rilievo, ricorrente nelle medesime letture, che l'analisi della mutazione giuridica evidenzia un moto verso un incremento del livello di proceduralizzazione. Gunther Teubner ritiene che un simile moto sia la diretta conseguenza della crescente complessità sociale, cui il diritto reagisce limitando la produzione di prescrizioni "sostanziali" ed incrementando l'emana-zione di prescrizioni "riflessive": volte cioè ad alimentare l'autodisciplina dei sistemi attraverso la definizione di procedure decisionali e non invece a condizionarne l'evoluzione indicando i contenuti delle decisioni.¹³⁶

¹³¹ Al proposito Somma, A., "Mercificare...", *cit.*, nota 119, pp. 67 ss.

¹³² Mattei, U., *Comparative Law...*, *cit.*, nota 110, p. 141.

¹³³ Teubner, G., "Globale Bukowina", *RfJ*, Bd. 15 (1996), pp. 255 ss.

¹³⁴ Monateri, P. G., "Globalizzando il diritto", *Bibl. lib.*, vol. 33 (1998), pp. 31 ss.

¹³⁵ Ferrari, V., *Lineamenti...*, *cit.*, nota 82, pp. 302 ss.

¹³⁶ Teubner, G., *Rechts als autopoietisches System*, Frankfurt am Main, 1989, pp. 81 ss.

Non crediamo che sia possibile tracciare una distinzione netta tra diritto dei contenuti e diritto delle forme. Invero la più parte delle disposizioni ricondotte al secondo —se non tutte— non si limitano ad influire sui comportamenti cui sono diretti: esse incidono sulla forza contrattuale dei consociati complessivamente intesa in quanto sono pur sempre “rules of the game of economic struggle”.¹³⁷ Motivo per cui alcuni autori sottolineano come le procedure, più che i contenuti, sono capaci di condizionare fortemente l'accettabilità di un modello importato: “procedural changes might be riskier than substantive reform because procedure is based on repetition, role-playing, and tradition (We have always done it like this) and is saturated with unspoken assumptions and conditioned reflexes”.¹³⁸

Peraltro, anche volendo ricorrere alla distinzione in discorso, sembra a ben vedere che l'attuale fase sia caratterizzata da un massiccio ricorso ad un diritto dei contenuti. Da un certo punto di vista possiamo infatti considerare relative alle forme le prescrizioni attraverso cui il diritto valorizza i conflitti sociali: come le prescrizioni attraverso cui si potenzia l'autonomia privata, tutelando gli interessi forti, e quelle che invece mirano ad incrementare la forza contrattuale dei portatori di interessi deboli. E possiamo rilevare come al momento si sono oramai accreditati modelli di risoluzione dei conflitti sociali incentrati sulla indicazione di un fine ultimo, in funzione del quale il contrasto devono essere ricomposti: come evidenziato in area comunitaria attraverso la valorizzazione di modelli ordoliberali incarnati dalla locuzione “economia sociale di mercato”, che, con il suo fumoso riferimento alla “crescita economica”, prelude allo sviluppo di un diritto non certo meramente “riflessivo”.¹³⁹

Il tutto sullo sfondo di un conflitto che non concerne tanto, come si suole osservare, lo scontro tra modelli di civil law e di common law, bensì la contrapposizione tra un diritto “responsive”, alimentato dall'attività delle corti ed un diritto “autonomous”, incentivato invece da un potere politico che affida al mercato la definizione dei fini in

¹³⁷ Kennedy, D., “The Stakes of Law”, *Leg. St. Forum*, 1991, pp. 327 ss.

¹³⁸ Markowits, I., “Exporting Law Reform”, *Cornell Int. Law Journ.*, 2004, p. 110.

¹³⁹ Al proposito Somma, A., “Giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti!”, *Riv. crit. dir. priv.*, 2005.

nome dei quali ricomporre i conflitti sociali.¹⁴⁰ Una contrapposizione il cui esito potrebbe anche condurre al recupero di un diritto “repressive”, come del resto sottolineato dai fautori della tripartizione cui ci stiamo riferendo.¹⁴¹

Certo si può osservare che una simile evoluzione caratterizza forse il contesto comunitario, ma non anche altri contesti: ovvero che essa non concerne il diritto della mondializzazione.¹⁴² Peraltro neppure il diritto della mondializzazione sembra ad alcuni particolarmente rappresentativo dei processi in atto. Esso costituirebbe infatti una vicenda riguardante un limitato numero di aspetti, pensata per un limitato numero di destinatari. Precisamente: “When we speak of globalisation of law, we must be conscious that we are speaking of an extremely narrow, limited, and specialized set of legal phenomena, set into a globe in which it is not all clear whether the total quantum of human relationships governed by law has increased over the last century”.¹⁴³

Se così stanno le cose, occorre riconoscere che le teorie utilizzate per descrivere la mutazione del diritto si mostrano sovente inadeguate a mettere in luce le trasformazioni indotte dalla menzionata transizione dall’universalizzazione alla mondializzazione. Esse si fondano sull’individuazione di linee di sviluppo incapaci di contenere i molteplici risvolti riconducibili all’affermarsi delle nuove tendenze o in alternativa occultano le possibili connessioni tra diritto e società: sono in fin dei conti affette, in misura variabile a seconda del loro tasso di strutturalismo o funzionalismo, dai vizi tipici dell’evoluzionismo e del diffusionismo.

Peraltro non è con nuove teorie che si possono eliminare i vizi in discorso, bensì alimentando la consapevolezza, da un lato, che l’elaborazione di schemi costituisce una narrazione, esattamente come la ricostruzione dei fenomeni operata per il loro tramite e, dall’altro, che l’autore di simili schemi, esattamente come chi li applica, rischia

¹⁴⁰ Cfr. Somma, A., *Diritto comunitario vs. diritto comune europeo*, Torino, 2003, pp. 7 ss.

¹⁴¹ Nonet, Ph. e Selzenick, Ph., *Law and society in transition*, Nueva York, 1978, pp. 14 e 117.

¹⁴² Monateri, P. G., “Competizione fra ordinamenti”, in Zoppini, A. (a cura di), *La concorrenza...*, cit., nota 119, p. 150.

¹⁴³ Shapiro, M., “The Globalisation of Law”, *Ind. Journ. Glob. Leg. St.*, 1993, p. 37. Successivamente Kiesow, R. M., “Weltrecht Ruinenrecht”, in *Kursbuch*, Bd. 155 (2004), pp. 98 ss.

altrimenti di perpetuare il suo ruolo di complice del “despota” chiamato a dare “sistema” a “volontà arbitrarie e incoerenti”.¹⁴⁴

Certo con il passare del tempo i profili dei despoti e i dei loro complici si modificano e si complicano, ma non per questo cessano di essere individuabili. All’epoca in cui il potere politico elevava se stesso a fonte unica delle norme di comportamento, la sistemazione delle volontà arbitrarie costituisce il compito principale del giurista. Diverso il periodo attuale, in cui le scelte operate dalle istituzioni economiche internazionali sono elevate a metro delle decisioni assunte dalle istituzioni statali:¹⁴⁵ le quali celebrano in tal modo la fusione tra diritto e tecnica, amplificando il processo di de-differenziazione tipico della mondializzazione.¹⁴⁶

In questa situazione il potere politico assume anche formalmente il ruolo di complice di un nuovo despota: il potere economico. Con l’assenso del giurista che, invece di tematizzare il cambio di padrone, semplicemente adatta il suo modo di procedere alle nuove necessità: elaborando teorie sulla circolazione dei modelli, se si tratta di un teorico o costruendo nuovi modelli, se si tratta di un pratico.¹⁴⁷

Mettendo in luce tutto ciò, ci si espone forse alle critiche di chi osserva come la decostruzione sia un modo per coltivare un mero “fetichismo della parola scritta o detta”.¹⁴⁸ E tuttavia solo in tal modo si sono potute mettere in luce le interconnessioni —evidenziate in apertura— tra le teorie sull’individuazione e la classificazione dei sistemi da un lato e le teorie sulla mutazione del diritto dall’altro. Solo in tal modo si evita di produrre l’ennesima narrazione sulle “radici” dei fenomeni studiati e sul loro “svolgimento causale”.¹⁴⁹

¹⁴⁴ Tocqueville, A. de, “L’assetto sociale e politico della Francia prima e dopo il 1789”, in *id.*, *Scritti politici*, vol. 1, Torino, 1969, p. 218.

¹⁴⁵ Per tutti Bin, R., “Diritti e fraintendimenti: il nodo della rappresentanza”, in *Scritti in onore di G. Berti*, in corso di pubblicazione. V. anche Friedman, L., “Some Comments...”, *cit.*, nota 71, pp. 93 ss.

¹⁴⁶ Cfr. E. Severino, in *id.* e Irti, N., *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma e Bari, 2001, pp. 63 ss. e Pascessi, G., *Il diritto dell’era digitale*, Bologna, 2002, pp. 194 ss.

¹⁴⁷ Dezalay, Y. e Garth, B., “The Import and Export of Law and Legal Institutions”, in Nelken, D. e Feest, J. (ed.), *Adapting...*, *cit.*, nota 4, p. 246.

¹⁴⁸ Losano, M., *Sistema e struttura nel diritto*, vol. 3, Milano, 2002, p. 179.

¹⁴⁹ Nel senso chiarito da Fögen, M. T., “Rechtsgeschichte”, *Rg*, Bd. 1 (2002), pp. 17 s. e *id.*, *Römische...*, *cit.*, nota 52, pp. 15 ss.