



# LA COSTRUZIONE DELLE TRADIZIONI GIURIDICHE NELL'EPOCA DELLA GLOBALIZZAZIONE.

GIOVANNI MARINI

SOMMARIO: **1.** L'APPORTO DEL DIRITTO ALLA COSTRUZIONE DEL CONTESTO CULTURALE: I NUOVI TRENDS DEL DIRITTO COMPARATO. **2.** COMPARATIVE LAW AS LITERATURE: IL DIRITTO COME NARRAZIONE. **3.** UN PRODOTTO DEL DIRITTO COME NARRAZIONE: LA TRADIZIONE GIURIDICA. **4.** LA TRADIZIONE GIURIDICA E IL PROCESSO DI ARMONIZZAZIONE EUROPEA. **5.** UNO SGUARDO ALL'INTERNO DELLA TRADIZIONE GIURIDICA EUROPEA: ANCORA SULLA DICOTOMIA PUBBLICO-PRIVATO. **6.** LA DISTINZIONE MERCATO-FAMIGLIA E I SUOI RISVOLTI ALLA PERIFERIA DEL MONDO. **7.** LE NARRATIVE TRADIZIONALI DELLA COMPARAZIONE E LA RIAPPROPRIAZIONE DELLE NARRATIVE DEL CENTRO DA PARTE DELLA PERIFERIA: IL PENSIERO SOCIALE. **8.** LA COMPARAZIONE DELLE GLOBALIZZAZIONI DEL DIRITTO: STRATEGIE DI RECEZIONE, APPROPRIAZIONE E REINVENZIONE. **9.** LE NARRATIVE FRA POLITICA DELL'IDENTITÀ E DISTRIBUZIONE. **10.** C'È UNA TEORIA DELLA TRADIZIONE?

**1.** Nel corso dell'ultimo decennio la diffusione degli studi di diritto comparato ha subito un'accelerazione vertiginosa. Al tempo stesso, l'intera disciplina è stata esposta ad una serie di critiche che non ha certamente precedenti rispetto al passato. Queste hanno toccato i suoi *stili*, la sua retorica, la sua politica del diritto, le sue pratiche argomentative fino a coinvolgere l'intero progetto disciplinare.

L'incontro con i nuovi filoni di studi giuridici e della teoria critica ha prodotto una completa ristrutturazione dell'intero campo teorico e del suo vocabolario classico. Sono potute così emergere anche una serie di variegate posizioni dissidenti rispetto al *mainstream*, fondato su una metodologia ispirata prevalentemente al funzionalismo o allo strutturalismo, che aveva sino ad allora dominato il campo.

Ora, all'interno di uno scenario complesso, sono all'opera diverse generazioni di comparatisti e si possono pure delineare diverse fasi della comparazione. Ce ne sarebbe abbastanza, allora, per tracciare i lineamenti per un possibile aggiornamento della storia intellettuale della disciplina. In ogni caso chiunque ci provasse avrebbe difficoltà a ricostruirla in termini di un'evoluzione progressiva, il quadro pare segnato piuttosto da una successione di rotture, che talvolta possono addirittura sovrapporsi o intrecciarsi fra di loro poiché non seguono neanche una rigida scansione cronologica.

Vi sono però alcuni dati di fondo significativi che forse è opportuno ricordare. Intanto perde terreno la contrapposizione fra un approccio tecnico, definito così per l'attenzione riservata prevalentemente alle regole giuridiche, ed un approccio culturale, la



cui enfasi tende invece a spostarsi più sul contesto sociale o socio-economico o, appunto, culturale, in cui queste regole sono intese e chiamate ad operare<sup>1</sup>.

La dicotomia è stata rimessa in discussione dall'ormai acquisita consapevolezza che molte delle osservazioni che entrano a dar corpo al dato culturale non possono essere ignorate da nessun metodo che si proponga di realizzare una seria comparazione. E così puntualmente si è rivelato essere ad una più attenta considerazione.

Oggi, però, tale critica assume una colorazione assolutamente nuova nella prospettiva della rilettura dei rapporti fra diritto e società, cioè fra testo (il complesso costituito da ogni sistema giuridico) e contesto culturale nel quale il primo è chiamato ad operare. A questo angolo visuale è apparso sempre più nitidamente il contributo del diritto stesso alla costruzione dello stesso contesto culturale nel quale le regole operano. E ciò porta ad interrogarsi sul contributo particolare che proprio il diritto comparato può dare nella sua costruzione<sup>2</sup>.

Fa segnare invece una battuta d'arresto il progressivo superamento della comparazione delle "differenze", il cui obiettivo era valorizzare l'identità nazionale e magari

---

<sup>1</sup> Per il primo cfr. ZWEIGERT K.- KOETZ H., *An Introduction to Comparative Law*, Oxford 1998, antesignano del secondo può essere certamente considerato DAVID R., il quale già enfatizza come i singoli sistemi presentino profonde differenze dovute al dato culturale. L'enfasi sull'immersione del diritto nella cultura operava criticamente nei confronti delle versioni più estreme del funzionalismo (gli stessi scopi, funzioni e finalità del funzionalismo sono termini definiti dalla stessa cultura e non possono essere generalizzati in modo soddisfacente). Questa impostazione ha condotto ad abbandonare la presunzione di similitudine fra i diversi sistemi e focalizzarsi invece sulla diversità culturale e sulla necessità di rispettarla. Alcuni dei problemi che l'enfasi su questo elemento sollevano riguardano la validità di uno studio che sia ontologicamente dipendente dal contesto e dalla società da una parte e di quali fra i molteplici elementi che possono entrare a comporre una cultura debbano essere presi in considerazione dalla comparazione, dall'altra. Su questi punti variamente RILES A., *Wigmore's Treasures Box: Comparative Law in the Era of information*, 40 *Harv. Int'l L.J.* (1999), 221, KENNEDY Da., *The politics and methods of comparative law*, in *The Common Core of European Private Law*, (BUSSANI M. & MATTEI U. eds.), The Hague, London, New York 2003, 131-207, RILES A., *Comparative Law and socio-legal studies*, in *The Oxford Handbook of Comparative Law*, (REIMANN M. & ZIMMERMANN R eds.), Oxford 2007, 775, COTTERELL R., *Comparative Law and legal culture*, in *The Oxford Handbook of Comparative Law*, (REIMANN M. & ZIMMERMANN R. eds.), Oxford 2007, 709, TEUBNER G., *Legal irritants: Good faith in british law or how unifying law ends up in new differences*, 61 *M.L.R.* (1998), 11.

<sup>2</sup> Il saggio pionieristico in materia è di FRANKENBERG G., *Critical comparison: re-thinking comparative law*, 26 *Harv. Int'l L. J.* (1985), 411, il quale pone il problema della separazione fra diritto e società in questi termini: "[t]his ethos of value freedom suppresses how language, interests and experiences, which even the comparatists concede are culture-based, contribute to the comparison", 425.



la superiorità di un sistema sull'altro<sup>3</sup>, a favore della comparazione delle “somiglianze”, che si proponeva invece il riavvicinamento degli ordinamenti<sup>4</sup>. Oggi il pendolo sembra essere tornato di nuovo verso la contrapposizione, l'antagonismo però non è più funzionale alla riaffermazione di un'identità nazionale, quanto piuttosto a mettere in competizione fra loro ordinamenti diversi nel nuovo quadro transnazionale<sup>5</sup>.

La contrapposizione fra common law e civil law viene ora riletta come contrapposizione fra un sistema europeo (in cui i classici modelli francese e tedesco vengono accostati ed integrati insieme con tutti gli altri) ed un sistema americano in un quadro in cui è la stessa common law a diventare una posta in gioco attratta, a seconda delle ricostruzioni, dall'uno o dall'altro. In questo quadro riprendono quota quei sistemi giuridici che, come quello cinese, indiano, latinoamericani per non parlare di quelli africani, erano stati marginalizzati come diritti del “terzo mondo”, “in via di sviluppo” o “transitori”. Questi, ora, hanno riguadagnato centralità e l'interrogativo principale riguarda proprio la loro posizione all'interno del confronto.

---

<sup>3</sup> Classici SALEILLES R., *Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil allemand*, Paris 1890 che compara il codice francese rispetto al codice tedesco e ne afferma la superiorità pratica ed estetica, anche come base per un processo di unificazione del diritto, mentre ne importa le soluzioni (ma per un più dettagliato quadro sul ruolo della comparazione in quel frangente JAMIN C., *Saleilles' and Lambert's old dream revisited*, in 50 *Am. J. Comp. L.* (2002), 701), GUTTERIDGE H. C., *Comparative law: an Introduction to the comparative method of legal study and research*, Cambridge 1946, che invece esalta la flessibilità del diritto inglese.

<sup>4</sup> Classici ZWEIGERT K.- KOETZ H., *Introduction*, cit., I, 3, per i quali le soluzioni convergenti dovevano dimostrare ciò che di “eternamente valido ed universale” è condiviso da ogni sistema. Sulla riduzione delle distanze fra common law e civil law, seppure in una diversa prospettiva, cfr. GORLA G., *La “communis opinio totius orbis”* in *New Perspectives for a common law of Europe* (M.Cappelletti ed.), Leyden 1978, 45, GORLA G. - MOCCIA L., *A “revisiting of the comparison between “continental law” and “english law” (16 th to 19th century)*, 2 *J. leg. Hist.* (1981), 143 sulla base che il diritto continentale sarebbe stato, fra il XVI ed il XVII secolo, un diritto giudiziale, ancora più radicalmente LUPOI M., *Alle radici del mondo giuridico europeo*, Roma 1994, ID. *The origins of European Legal order*, (Belton A. trans.) Cambridge 2000, per il quale i due sistemi si sarebbero sviluppati a partire da un ceppo comune altomedioevale, ma anche ZIMMERMAN R., *Diritto romano ed unità giuridica europea*, in AA.VV. *Studi di storia del diritto*, I, Milano 1996, 16 sulla diversa base che il diritto inglese arrivi dopo secoli alle stesse soluzioni continentali, dimostrandone l'intrinseco carattere europeo. Una messa a punto è già in WATSON A., *Roman law and comparative law*, Athens-London 1991 e sulla circolazione dei modelli argomentativi, IBBETSON D., *The Roman Law tradition*, in *The Roman Law tradition* (IBBETSON D.- LEWIS eds.), Cambridge, 1994, 8.

<sup>5</sup> MONATERI P.G., *Comparer les comparaisons: la légitimité culturelle et le Nomos du droit*, in *Op. J.*, vol. 1/2009, paper n. 1, 1-26, disponibile anche all'indirizzo: <http://ssrn.com/abstract=1354055>. Sul problema (ZOPPINI A. cur) *La concorrenza fra ordinamenti giuridici*, Roma-Bari 2004, SOMMA A., *Tanto per cambiare...Mutazione del diritto e mondializzazione nella riflessione comparatistica*, in *Pol. Dir.* 2005, 89.



Al tempo stesso, però, la graduale riagggregazione delle varie esperienze nazionali attorno a polarità diverse dal passato, ha contribuito a mettere in luce un quadro sensibilmente più fluido, in cui emerge soprattutto come il grado di apertura o chiusura che ognuna di queste esperienze può assumere nei confronti delle altre è storicamente relativo e comunque sempre in continuo movimento.

Comincia a diventare evidente, anzi, come in questo nuovo ordine transnazionale, le singole diversità nazionali non siano altro che una soluzione particolare nell'ambito di una struttura e di un linguaggio ormai largamente comuni<sup>6</sup>.

In questo quadro è possibile rilevare un'altra interessante novità. L'emersione (o il ritorno, forse) dell'idea di tradizione giuridica che affianca e talvolta sostituisce del tutto nei discorsi del *mainstream* le più classiche ricostruzioni in termini di famiglie<sup>7</sup> e sistemi giuridici<sup>8</sup>. L'idea di tradizione giuridica appare oggi - nell'era della globalizzazione - uno strumento più idoneo a svolgere un'indagine di tipo comparativo<sup>9</sup>.

E' ovvio che il comparatista si interroghi allora sui prodotti, sulle architetture e sulle dinamiche interne della propria attività intellettuale. E le domande che oggi si pone tendono ad essere diverse da quelle classiche che si poneva in un passato pure recente. Gli

---

<sup>6</sup> KENNEDY D.U., *Three globalizations of Law and Legal Thought*, in *The new law and economic development: A Critical Appraisal*, (TRUBECK D.M. & SANTOS A. eds.), Cambridge 2006.

<sup>7</sup> Collega la classificazione delle famiglie giuridiche all'evoluzionismo ed in particolare all'idea secondo la quale la società europea avrebbe costituito lo stadio finale dell'evoluzione di tutti gli altri sistemi giuridici (implicito nella definizione di David "altre concezioni di diritto ed ordine sociale") GLENN P., *Comparative legal families and comparative legal traditions*, in *The Oxford Handbook of Comparative Law*, (REIMANN M. & ZIMMERMANN R eds.), Oxford 2007, 422. Il passaggio è anticipato dalla rilettura delle famiglie giuridiche in chiave dinamica e sociologica da MATTEI U. - MONATERI P.G., *Introduzione breve al diritto comparato*, Padova 1997, e da MATTEI U., *Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal Systems*, 45 *Am. J. Comp. L.* (1997), 5, 23.

<sup>8</sup> REIMANN M., *The progress and failure of comparative law in the second half of the 20<sup>th</sup> century*, in 50 *Am. J. Comp. Law* (2002), 671. In particolare cfr. MERRYMAN J.H., *The civil law tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, Stanford 1985, GLENN P., *Legal traditions of the world*, Oxford, 2004, GLENDON M.A., GORDON M., OSAKWE C., *Comparative legal traditions*, St. Paul, Minn. 1994, *Comparative legal studies, traditions and transitions* (LEGRAND P. & MUNDAY eds), Cambridge 2003. Rileva come il ricorso alla tradizione sia avvenuto prevalentemente nell'area di un sistema ritenuto aperto come la common law SOMMA A., *Tradizione*, in *Tecniche e valori nella ricerca comparatistica*, Torino 2005, 161 (dove anche una comparazione con quelle ricerche volte a sottolineare la connessione fra il diritto e la società come quelle che si ispirano all'"esperienza giuridica").

<sup>9</sup> Le tradizioni giuridiche infatti pare meglio attrezzate rispetto ai suoi predecessori per accogliere al suo interno il fenomeno di una molteplicità di diritti, compreso quello *soft*, e di una graduazione della loro forza che si può applicare in un dato spazio giuridico reso evidente dal declino dello stato nazionale e dall'affermazione di altre entità giuridiche che con esso concorrono: cfr. MONATERI P.G., *La costruzione giuridica del globale e lo scontro delle giustizie*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 677-702.



interrogativi che il comparatista si pone infatti non riguardano più soltanto la corrispondenza delle sue rappresentazioni alla realtà e l'esattezza dei criteri che permettono di ritenerle tali, né l'utilità che possono svolgere le rappresentazioni (scopo) ed i parametri dai quali muovono (unità di analisi). Ora il comparatista si domanda come le raffigurazioni prodotte dalla sua disciplina (insieme alle varie sottodiscipline che la costituiscono) contribuiscono a creare la realtà stessa, chi o che cosa le produce, le controlla e per quali motivi<sup>10</sup>.

L'attenzione allora viene tutta presa dalle narrative, dai modi con cui gli interpreti inquadrano e descrivono la realtà, dalle visioni del mondo delle quali essi si servono nel tentativo di offrire una rappresentazione della società e di ciò che ne assicura la legittimità.

2. Insieme ad esse cambiano anche i riferimenti della comparazione, che non sono più costituiti (solo) dalle scienze sociali ed economiche; entrano in gioco infatti le scienze umane ed in particolare la critica letteraria e gli studi culturali<sup>11</sup>. L'importazione dei loro schemi analitici permette di considerare il diritto come un prodotto culturale, una pratica culturale.

Questa associazione con la critica letteraria e gli studi culturali può aprire a nuove forme di *law and*<sup>12</sup>. Com'è accaduto però a tutte le forme di *law and*, anche questo genere di

---

<sup>10</sup> Nella prima prospettiva l'oggetto dell'analisi è assolutamente esterno rispetto all'attività intellettuale del soggetto interprete, nella seconda l'oggetto è problematizzato: la critica dello scientismo, cioè la teorizzazione guidata dai paradigmi delle scienze naturali, rimette in discussione non solo ciò che si osserva, ma anche chi lo osserva.

<sup>11</sup> L'impostazione che riconduce ai metodi umanistici è ora chiaramente sviluppata in MONATERI P.G., *Deep inside the brumbe bush: complessità e riaffermazione delle scienze umane*, *Riv. crit. dir. priv.* 2006, 481 e ID., *Comparer les comparaisons: la légitimité culturelle et le Nomos du droit*, cit.

<sup>12</sup> L'associazione che viene in mente, anche se non del tutto riducibile ad essa, è quella fra *law* e *literature*. In questa prospettiva il diritto è stato associato agli studi letterari almeno in tre modi differenti. Un prima tendenza *umanistica* guarda ai testi letterari, ritenuti variamente necessari per "elevare moralmente" il giurista, nel senso di indirizzarlo verso forme diverse meno astratte e meccanicistiche di ragionamento o per conoscere meglio la natura umana. Una seconda *ermeneutica* guarda alla teoria letteraria per ispirarsi alle metodologie interpretative dei testi. Una terza si occupa delle narrative per lo più nel senso di valutare il carattere persuasivo delle varie storie che i giuristi raccontano, l'enfasi sulla strategia retorica delle costruzioni però è solo una delle versioni, altre volte l'enfasi sullo *storytelling* serve per dimostrare come il diritto funziona realmente (nel senso di escludere sistematicamente gli outsiders e sollecitare delle *counter-narratives* o storie "dal basso") o per sottolineare il carattere inevitabilmente parziale di ogni punto di vista. Fra i molti, BARON J. - EPSTEIN J., *Language and the Law: Literature, Narrative and legal Theory*, in *The politics of Law: A Progressive Critique*, (KAYRIS D. ed.), New York 1998, 662; *Law's stories: Narrative and Rhetoric in the Law* (BROOKS P. & GEWIRTZ



associazione non può sottrarsi al vaglio di un *test*. E' necessario infatti che la prospettiva di lettura che viene avanzata in questo modo sia in grado non soltanto di porre in evidenza una possibile somiglianza fra i rispettivi metodi delle due discipline, ma deve riuscire a dirci davvero qualcosa di più sul diritto rispetto a quanto conoscevamo già prima.

E' necessario insomma che vengano portate alla luce questioni nuove, come è accaduto ad esempio nel caso forse più famoso di *law and economics*. L'analisi economica del diritto, infatti, ha certamente fatto segnare un significativo passo in avanti nel campo degli studi giuridici solo nel momento in cui ha messo in luce come il diritto non possa essere considerato soltanto sotto il profilo della sanzione, ma anche come un prezzo da pagare o un costo da sopportare<sup>13</sup>.

Così, se certamente la presenza di un testo che deve essere sottoposto ad interpretazione può giustificare un'associazione fra diritto e critica letteraria, non è questo il dato originale e forse neanche il più importante da considerare.

Vi sono invece due altre questioni che l'associazione con queste discipline è in grado di mettere in luce. La prima è che, come tutti i testi letterari, anche quelli giuridici seguono dei generi, rispondono cioè ad un canone che regola la produzione del significato. Questo prodotto opera in un campo culturale dato, un campo che consente di individuare le possibilità estetiche (schemi organizzativi, vocabolario concettuale, modelli di ragionamento e tecniche argomentative) che sono concesse all'autore, in un dato momento storico e geografico, per la produzione di tali artefatti culturali e che servono a legittimare il suo operato, ma anche a delimitare il suo campo d'azione<sup>14</sup>. Canoni e modelli che, come tutti i prodotti culturali, sono destinati ad una larghissima circolazione. La seconda è che l'autore, come spesso accade in ogni campo culturale, attraverso le sue opere può perseguire obiettivi strategici. I suoi prodotti non sono soltanto il semplice riflesso di un più ampio contesto storico-culturale, ma costituiscono una vera e propria riappropriazione del complesso degli elementi che lo costituiscono per reinventarlo legittimando canoni diversi, talvolta in antagonismo con altre ricostruzioni. E' importante allora capire le ragioni per le quali i vari testi vengono assemblati in un determinato modo, il progetto culturale che l'autore persegue ed i suoi risultati.

---

P. eds), New Haven-London 1996; *Interpreting law and literature: a Hermeneutic reader* (LEVINSON S. & MAILLOUX S. eds), Evanston, Illinois 1988. Ora in italiano MINDA G., *Teorie postmoderne del diritto*, Bologna 2001.

<sup>13</sup> Per tutti COOTER R., *Prices and sanctions*, in 84 *Colum. L. Rev.*, (1984), 1523 e POLINSKY M., *Una introduzione all'analisi economica del diritto* (1983), Bologna 1986, 7. Varie applicazioni in AA.VV., *Interpretazione giuridica e analisi economica*, Milano 1982.

<sup>14</sup> Per tutti KENNEDY DU., *Three globalizations of Law and Legal Thought*, cit.



Con ciò vengono portati alla luce i caratteri retorici ed ideologici che la comparazione può assumere nel suo processo di organizzazione dello spazio e della sua rappresentazione<sup>15</sup>. Valorizzare questi caratteri permette allora di sottrarsi alla visione del diritto come la ricerca dell'unica regola corretta possibile senza cadere nell'affermazione opposta che "il diritto non sia nient'altro che politica".

L'enfasi posta sul carattere di narrativa delle rappresentazioni giuridiche non deve però far passare in secondo piano un altro importante profilo che le caratterizza. Vi è infatti un elemento che rende il diritto irriducibile a (quasi) tutte le altre discipline. Se il diritto può essere considerato alla stregua di un prodotto culturale, non bisogna dimenticare come il diritto, diversamente da questo, sia in grado di produrre effetti ulteriori - costitutivi e distributivi - capaci di incidere pervasivamente sulle esistenze individuali dei singoli<sup>16</sup>.

Il diritto infatti distribuisce potere e risorse, determinando l'identità concreta dei soggetti. Insomma il diritto non stabilisce soltanto le regole del gioco, ma distribuisce la posta ai giocatori e ne determina perfino l'identità<sup>17</sup>. Anche quando le decisioni giuridiche sembrano essere affidate a fattori "esterni" come accade quando si invoca il mercato o la libertà individuale, non si può negare il ruolo che svolge la regolamentazione giuridica nella costruzione del primo e nella determinazione dei margini della seconda.

Il diritto opera dunque anche dove non appare. Anzi, proprio questa caratteristica lo rende ancora più efficace<sup>18</sup>. Non si può negare, infatti, come dipenda dal diritto la misura dei poteri con i quali i singoli individui possono "negoziare" le loro esistenze individuali ed esprimere così la propria identità<sup>19</sup>. Poteri che sono destinati ad essere rilevanti non solo

---

<sup>15</sup> La capacità di rappresentare un *nomos* nel senso di Robert Cover, "Nomos and narrative" (COVER R., *The Supreme Court, 1982 Term – Foreword: Nomos and Narrative*, 97 *Harv. L. Rev.* (1983) 4, ora *Narratives, Violence and the Law. The essays of Robert Cover* (M. MINOW, M. RYAN, A. SARAT eds.), Michigan 1992) come "un mondo normativo in cui viviamo e che delimita le possibilità d'azione".

<sup>16</sup> Il diritto è in una relazione complessa con la società e la cultura, una relazione biunivoca, poiché il diritto non è solo il loro prodotto, ma contribuisce a sua volta a produrle. La forza del diritto non è soltanto coercitiva, ma anche discorsiva e produttiva (FRANKENBERG G., *Critical comparison cit.*)

<sup>17</sup> Il punto è stato chiarito dai realisti giuridici (per la posizione più netta cfr. HALE R., *Coercion and distribution in a supposedly non-coercive state* 38 *Pol. Sci. Q.* (1923), 470) ed è stato ampiamente ripreso da KENNEDY DU., *The stakes of law, or Hale and Foucault! in Sexy Dressing Etc. Essays on the power and politics of cultural identity*, Cambridge 1993, 83. Per una rielaborazione autoctona, volendo, MARINI G., *Gli anni settanta della responsabilità civile. Uno studio sulla relazione pubblico-privato (I-II parte)*, in *Riv. crit. dir. priv.* 2008, 23-229 ed ID., *Distribuzione ed identità nel diritto dei contratti* in *Diritto privato*, 3 (a cura di A. Donati, A. Garilli, S. Mazzarese, A. Sassi) Torino 2009, 455.

<sup>18</sup> La valenza estetica del diritto cela il suo potere effettivo (fra i moltissimi GOODRICH P., *Languages of Law: From Logics of Memory to Nomadic Masks*, London 1990, 251).

<sup>19</sup> E' merito dei realisti giuridici aver focalizzato la propria attenzione sul ruolo delle regole (anche di diritto privato) che, permettendo o limitando l'azione individuale, conducono alla definizione giuridica del potere contrattuale e sul fatto che il non intervento, non meno dell'intervento, costituisce una scelta a monte da parte dell'ordinamento.



nelle relazioni economiche, ma anche in tutte le altre relazioni di potere. E tali particolari effetti, che solo le narrative giuridiche sono in grado di produrre, non dovrebbero allora mai rimanere nell'ombra.

3. Classici esempi del modo di operare di una narrativa possono certamente essere rintracciati nella costruzione delle tradizioni giuridiche. Recentemente riportate alla ribalta anche nel diritto comparato, le tradizioni giuridiche costituiscono un'opera di rappresentazione della realtà sulla base di un insieme di dati che sono stati in precedenza appresi.

Rispetto al bagaglio consueto che ci offre l'apparato metodologico tradizionale, all'interno del quale oggi certamente possiamo annoverare i formanti con le loro regole operazionali e formule declamatorie, le tradizioni giuridiche introducono un elemento ulteriore. Seppure di difficile definizione ed in continua evoluzione, questo elemento richiama in ogni caso la cultura nazionale, la mentalità o i valori<sup>20</sup>. Quando si tratta di discutere delle somiglianze e delle divergenze fra sistemi, di prospettare il loro ravvicinamento o armonizzazione, c'è qualcosa di più allora che è chiamato in gioco.

Le tradizioni giuridiche vengono ora candidate come uno strumento più adeguato a svolgere un'indagine di tipo comparativo rispetto agli altri, come le famiglie ed i sistemi giuridici, ai quali si è finora affidata l'analisi<sup>21</sup>. La tradizione giuridica sembra infatti in grado di cogliere ed esprimere meglio certe caratteristiche come la mutevolezza, la dinamicità e la porosità che oggi tendono a comparire anche all'interno delle più classiche unità di analisi<sup>22</sup>.

Le tradizioni giuridiche, mentre vincolano l'interprete, sono però sempre in continua evoluzione e risultano difficilmente governabili<sup>23</sup>. La dimensione della tradizione giuridica

---

<sup>20</sup> Elementi, questi, evidenziati variamente anche in VANDERLINDEN J., *Comparer les droits*, Bruxelles 1995, *Comparing legal cultures* (Nelken ed.), Aldershot 1997 e LEGRAND P., *Le droit comparé* Paris 1999, 22.

<sup>21</sup> Ovviamente la rilevanza della tradizione e la ricerca dei nessi con la cultura possono essere presenti anche in coloro che continuano a ricorrere ai sistemi, per tutti GAMBARO A. - SACCO R., *Sistemi giuridici comparati*, *Tratt. Dir. Comp.*, Torino 2008, 22.

<sup>22</sup> Questo elemento emerge variamente nelle diverse ricostruzioni, attraverso la complessità delle tradizioni, che possono conoscere anche una dimensione interna e collaterale (nella classica elaborazione di GLENN P., *Legal traditions of the world*, Oxford 2004 (nuova ed.) 292), che può non essere coerente con la tradizione principale o con la sua versione dominante, portando alla luce la necessità di un contemperamento (tolleranza) all'interno di questo discorso.

<sup>23</sup> A questo proposito è stato notato come l'ultimo evento cambia molto spesso la percezione che noi abbiamo dell'intera traiettoria di sviluppo e la configurazione del passato MONATERI P.G., *Deep inside the brumble bush* cit.



poi tende a superare i confini geografici e nazionali: le tradizioni giuridiche possono infatti identificare aggregazioni regionali più grandi dei tradizionali spazi nazionali come avviene per la tradizione europea o islamica, ma anche latinoamericana e persino asiatica nella misura in cui sia praticabile l'itinerario di ricondurre ad unità la molteplicità delle componenti che la caratterizzano<sup>24</sup>. Al tempo stesso, più tradizioni giuridiche possono essere presenti in uno stesso sistema, come accade per quella di common law e di civil law che convivono insieme in molti paesi di diritto c.d. "misto".

L'idea di tradizione giuridica, però, appare qualitativamente diversa rispetto alle altre possibili unità di analisi, per i caratteri con i quali indiscutibilmente si presenta. Intanto la presenza di una tradizione giuridica colora con una tinta più forte la differenza poiché porta in esponente un qualcosa di fondamentale ed irriducibile che traccia un confine difficilmente valicabile. In secondo luogo, la tradizione giuridica inevitabilmente assume una valenza prescrittiva, non costituisce cioè soltanto un modo per presentare una determinata visione della realtà, ma anche di produrre attraverso la rappresentazione determinate conseguenze. L'appartenenza ad una tradizione giuridica, infatti, sebbene non vincoli, può però offrire la giustificazione per l'adozione di un regime giuridico nel quale si riflettano determinati valori o un modello di famiglia.

Infine la tradizione giuridica si afferma attraverso processi selettivi. Pur essendo di solito presentata nella prospettiva organicistica, nelle vesti cioè di una lenta, progressiva e spontanea evoluzione, la sua rappresentazione tende a selezionare fra i vari elementi che la possono definire, privilegiandone qualcuno nei confronti di altri.

I passati dibattiti che hanno riguardato variamente l'esistenza e la definizione dei confini della tradizione giuridica europea, l'isolamento della common law o l'autonomia della famiglia dei paesi socialisti ci offrono un chiaro esempio di queste caratteristiche e del modo in cui tali raffigurazioni siano state continuamente rimesse in discussione proprio per la selezione - ritenuta discutibile, se non talvolta arbitraria - di alcuni dei loro tratti distintivi o per il ricorso spesso ardito (troppo) ai concetti c.d. latenti o a surrogati funzionali di eccessiva vaghezza<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> Così proprio GLENN, *Legal tradition* cit. dove però tale tradizione tende ad essere identificata in quella cinese a causa della sua ampia influenza. Per alcune possibili osservazioni critiche, cfr. i contributi raccolti in FOSTER N.H.D., *A fresh start for comparative legal studies ? A Collective Review of Patrick Glenn's Legal Traditions of the World, 2nd edition*, in 1 *J. Comp. Law*, (2006), 100-199.

<sup>25</sup> Il riferimento è al processo con il quale vengono individuati nei nomi e negli aspetti delle vecchie istituzioni le tracce delle nuove (In tale prospettiva si moltiplicano gli antecedenti funzionali e le "variabili di un comune tema europeo" (cfr. ZIMMERMAN R., *Diritto romano, diritto contemporaneo, diritto europeo: la tradizione civilistica oggi*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 709, 746, ma critico GIARO T., *Zivilistik als Geschichte und Theorie*, in *Rechtshistorisches Journal* 1995, 358 ed ID., *Traditionswerkstatt Rechtsgeschichte*, in *Rechtsgeschichte* 2002, 237). Non dovrebbe però dimenticarsi



Nell'esperienza giuridica europea la tradizione è radicata nel diritto romano, tale tradizione dovrebbe infatti costituire l'esito di un processo graduale nel quale le radici storiche sono state rielaborate in varie epoche ed in paesi differenti, con il risultato di mettere in evidenza la continuità che caratterizza l'intera tradizione giuridica occidentale.

Bisogna ricordare, però, come lo stesso diritto romano che viene posto alla base di tale tradizione da una parte abbia già nel Medioevo, prima ancora che in epoca moderna, conosciuto profonde modificazioni e dall'altra abbia subito a sua volta significative influenze orientali<sup>26</sup>.

La tradizione romanistica è stata così variamente ricostruita e posta al servizio di diversi progetti, in tempi ed in paesi diversi, sempre nel segno dell'edificazione di un qualcosa di nuovo. E' da tutti conosciuto l'uso del diritto romano da parte di francesi e tedeschi nell'Europa dell'Ottocento. Ai primi servì come "ratio scripta", per cioè legittimare come logiche e razionali le soluzioni giuridiche del *Code civil* in modo da rendere evidente la rottura rispetto all'*Ancien Régime* ed il ribaltamento delle sue forme giuridiche<sup>27</sup>; ai secondi servì invece come elemento del *Volksgeist* rielaborato dalla stessa scienza giuridica allo scopo di riattualizzare le fonti per dar vita ad un modello scientifico in contrapposizione alla stessa

---

il peso e la presenza di altri elementi non romanistici, che soltanto la pandettistica è riuscita a livellare attraverso l'astrazione. Con la conseguenza che molti dei dogmi della civilistica tendono a differire da quelli romanistici "classici". Emblematico per la proprietà GAMBARO A.- CANDIAN A.- POZZO B., *Property, Propriété, Eigentum. Corso di diritto privato comparato*, Padova 1992, ma anche SACCO R., *La codificazione*, PUGLIESE G., *Diritto romano e diritto comparato*, in AA.VV. *Incontro con G. Pugliese*, Milano 1992, Il fatto è spesso presentato nella visione continuistica variamente come presenza "in nuce" degli ulteriori sviluppi o dei principi o di "surrogati" nel diritto romano.

<sup>26</sup> Anche rispetto alla stessa tradizione romanistica è emersa una certa disomogeneità conseguente al fatto che gli elementi che costituiscono il nucleo della Western Legal Tradition emergerebbero soltanto dopo il terzo secolo ed in concomitanza con l'affermazione di una diversa civiltà su fondamenti provenienti dall'Oriente e dall'Africa cfr. MONATERI P.G., *Black Gains. A quest for the multicultural origin of Western Legal Tradition*, in 51 *Hastings Law J.* (2000), 479.

<sup>27</sup> Per i francesi la base del code è diritto romano riordinato secondo ragione, per i tedeschi significa unicità del diritto romano, un ordine di principi che si concretizzano e si articolano nella storia dei popoli in vario modo (la norma non parte da un principio generale, ma riceve senso dai fenomeni sociali), ma che non possono essere catturati una volta per tutte come sistema dal giurista con esclusione di tutti gli altri diritti. In Savigny l'adattamento del diritto alla multiformità d'espressione dello spirito dei popoli non è una riduzione culturalistica dell'ampiezza dei principi, ma il loro stesso modo di esistenza.

Ancora MONATERI P.G., *Diritto, estetica e soft power. La competizione culturale fra ordinamenti giuridici*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, 274 "quel particolare nascondimento della propria realizzazione che sta a fondamento del <<classico>>" si realizza nel codice civile che, richiamandosi al diritto romano, produce però un nascondimento che non è mera ideologia poiché, nei dettagli, determina un ri-assetto dei rapporti fra ceti sociali; il codice civile si richiama inoltre alla common law rispetto alla quale rovescia l'ordine delle fonti.



Francia<sup>28</sup>. Ancora oggi l'appello alla tradizione romanistica come *jus commune*, in cui civil law e common law possono addirittura trovare il punto d'incontro, serve per edificare una più complessa *Western Legal Tradition* con nuove altre finalità<sup>29</sup>.

Due dati sono allora immediatamente evidenti. In primo luogo, l'impossibilità di individuare un'unica tradizione romanistica, perché diverse sono le configurazioni che questa può assumere. In secondo luogo, la capacità della tradizione di rappresentare al tempo stesso una rottura (rivoluzionaria) di continuità, ma anche una ripresa della continuità ininterrotta. All'esito di questo processo di ricostruzione emerge però anche un terzo ulteriore dato: alla continuità (ritrovata) delle forme giuridiche corrisponde, molto spesso, una significativa discontinuità nell'assetto sociale che la ritrovata continuità è chiamata a promuovere<sup>30</sup>.

4. La presenza di una consolidata tradizione giuridica può rivelarsi allora un argomento decisivo, nello spazio globale, per giustificare forme di resistenza nei confronti di un processo di integrazione o armonizzazione giuridica o soltanto, più semplicemente, per condizionarne le modalità o rallentarne i tempi.

Com'è avvenuto in passato di fronte all'espansione di una legislazione sociale disorganica, la tradizione giuridica europea- identificata nel rigoroso impianto sistematico-dogmatico della sua scienza giuridica- è stata ancora recentemente invocata come baluardo per contrastare l'espansione di una legislazione di origine comunitaria ritenuta troppo

---

<sup>28</sup> E' Savigny che ancora il diritto, in quanto "storicamente divenuto", alle tradizioni locali, allo spirito del popolo e dunque al diritto romano che doveva contrapporsi ad un diritto universale fondato sulla ragione ed alla codificazione in quanto prodotto artefatto. Sul diritto romano come tradizione giuridica e sugli usi ai quali viene destinato ancora cfr. SOMMA A., *Da Roma a Washington*, in *Le radici comuni del diritto europeo*, (MONATERI P. G., GIARO T., SOMMA A. a cura di), Roma 2005, 169.

<sup>29</sup> BERMAN H. J., *Law and Revolution. The formation of Western Legal Tradition*, Cambridge, Mass., London 1983. Di essa può porsi alla guida il diritto statunitense, erede della common law, che incorpora i valori dell'illuminismo francese e le più avanzate soluzioni dottrinali tedesche in un sistema giudiziale di qualità superiore.

<sup>30</sup> L'appello a Roma (ed alla Grecia) rimane il quadro fondamentale lungo il quale si organizza la tradizione europea cfr. MONATERI P.G., *Black Gains. A quest for the multicultural origin of western legal tradition*, 51 *Hastings Law J.* (2000), 479. Porta in evidenza la dinamica dell'*Anfang*, che caratterizza il richiamo alle tradizioni, cioè del collegamento che molto spesso viene a fondarsi fra l'appello all'originario, come ritorno alle fonti, per contrapporsi e superare la tradizione (che pure alle stesse fonti si richiamava) anche nel campo del giuridico MONATERI P.G. *Diritto, estetica e soft power cit.* 271, mediazioni come fonti di trasmissione (continuità) e novità (rottura). Sottolinea come il diritto romano sia stato richiamato anche alla base di altri progetti con un segno opposto come quello comunitaristico ed anti-individualistico, SOMMA A., *Da Roma a Washington*, in *Le radici comuni cit.*, 186.



disordinata. L'argomento, utilizzato a più riprese nei confronti delle interferenze comunitarie nell'area del contratto, una volta conquistato definitivamente quest'ultimo alla causa dell'armonizzazione, viene ora riproposto quasi negli stessi termini di fronte all'espansione in atto nell'area della responsabilità civile o a quella che si paventa nella proprietà<sup>31</sup>.

Identificata invece con il complesso dei valori sociali che si vogliono trovare all'interno della sua costituzione politica, la tradizione giuridica europea è spesso utilizzata come un argine nei confronti della diffusione dei modelli statunitensi, presentati come eccessivamente individualistici. Se ci si sposta sul terreno della teoria del contratto non mancano gli esempi: viene infatti subito alla luce l'ennesima riedizione del vecchio antagonismo fra l'egoismo del contratto di common law e la solidarietà del contratto europeo. Ora il conflitto è diventato quello fra un modello rugiadoso, sempre aperto alla ridefinizione giudiziale attraverso la buona fede, ed uno più rude americano, in cui gli spazi per la sua operatività sono assai ridotti. Eppure non bisognerebbe dimenticare tutti i vari percorsi, interni ai diritti di common law, che hanno condotto ad attenuare nella *law in action* la "rudezza" di quel modello contrattuale, lasciando emergere il carattere ideologico che la contrapposizione talvolta può assumere<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> Per una critica efficace cfr. GAMBARO A., *Perspectives on the codification of the law of property: an overview*, 5 *Eur. Rev. Pr. L.* (1997), 497 ed ID., *Toward a codification of the European Law of Property*, in *Towards a new European Jus Commune*, (GAMBARO A. & RABELLO M. eds.), Gerusalemme 1999, 89.

<sup>32</sup> Cfr. MONATERI P.G., *Ripensare il contratto: verso una visione antagonista del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 409-422. Il riferimento è *all'equity* (HESSELINK M., *The Concept of Good faith*, in *Towards a European Civil Code* (HARTKAMP A. S., HONDIUS E. H., JOUSTRA C. A., DU PERRON C. E., VELDMAN M. eds.), The Hague, London, Boston, 2004, 471-498; ora anche in formato elettronico all'indirizzo: <http://ssrn.com/abstract=1098856>.) ed *ai* rimedi che originano in *equity* come il *promissory estoppel* o alle tecniche dell'*implied terms* (sul punto volendo MARINI G., *Promessa ed affidamento nel diritto dei contratti*, Napoli 1995). La differenza sembra risiedere allora eventualmente negli incentivi che le parti possono avere a non lasciare il contratto incompleto. E qui l'analisi diventa più sottile, il modello del contratto rugiadoso è messo in discussione solo nelle realtà in cui contraenti (professionali) si trovano l'uno di fronte all'altro ad armi pari, l'idea che il giudice possa fare per le parti il contratto che avrebbero voluto, se si fossero immaginate diverse contingenze non solo deve scontare il probabile *deficit* informativo del giudice, ma rialloca alla collettività i costi di contrattazione; in queste situazioni è invece opportuno preferire regole strette di interpretazione del testo contrattuale, che rialloca sulle parti i costi delle loro ambiguità, costituendo un incentivo verso la maggiore precisione, verso la negoziazione magari in cambio di un prezzo differente per gli ulteriori impegni di controparte. Diversamente vanno le cose se le parti si trovano in condizioni di asimmetria, come chiarisce bene proprio chi tali definizioni del contratto ha recentemente coniato cfr. MONATERI P. G., *I contratti di impresa ed il diritto comunitario*, *Riv. dir. civ.* 2005, I, 502, ma sulla funzione di incentivo delle regole contrattuali, volendo, cfr. ancora MARINI G., *Promessa ed affidamento* cit.



A loro volta tocca ai valori sociali della tradizione giuridica europea essere rimessi in discussione, così avviene quando si evocano i più scottanti fra i loro *darker legacies*. Nel quadro di una indagine volta a valorizzare l'elemento culturale, una comparazione dei diritti della personalità nelle due esperienze ha contrapposto la *liberty* del modello americano (*privacy* come garanzia di uno spazio privato, anche ideale, nei confronti di illegittime interferenze da parte di terzi) alla dignità di quello europeo (diritti della personalità come protezione nei confronti di forme di umiliazione o degradazione nei confronti del pubblico o della società in genere). E' evidente come la radicalizzazione dei due modelli, alla base della ricostruzione, rischi di andare ben oltre il semplice tentativo di riabilitazione della *privacy*, in passato accusata di eccessivo élitismo. La ricostruzione getta infatti un'ombra sulle possibili compromissioni del modello continentale, poiché riannoda le radici genealogiche dei diritti della personalità attraverso le "old norms of social honour" direttamente all'onore nazista<sup>33</sup>.

Eppure, anche in questo caso, un'attenta ricognizione comparatistica potrebbe meglio chiarire i modi complessi in cui libertà e dignità convivono invece- e da sempre- in entrambi i modelli<sup>34</sup> come pure le modalità altrettanto complesse con le quali le diverse regole operazionali si collegano all'espressione di tali differenti valori. C'è infatti da ricordare come anche all'interno di una cultura in cui certi valori possono essere considerati

---

<sup>33</sup> Il riferimento è ai tentativi di catturare le mitologie che definiscono i simboli con i quali una comunità si rappresenta di WHITMAN J., *From Fascist "Honour" to European "Dignity" in The darker legacy of European law: Perceptions of Europe and perspectives on a European order in legal scholarship during the era of Fascism and National Socialism* (JOERGES C. & GHALEIGH eds.), Cambridge, 2003, 243-266 al quale si rimanda per la discussione su altri *darker legacies* e ID., *The two western cultures of privacy: liberty vs. dignity*, 113 *Yale L. J.* (2004), 1151 dove l'enfasi posta sulle differenze culturali sollecita la comparazione ad un'indagine che vada al di là dei rapporti strettamente strumentali allo sviluppo economico; il riferimento a ideali e valori generalmente condivisi, pur essendo importante, non può far dimenticare come la loro interpretazione possa variare in modo significativo tra gli stessi partecipanti ad una cultura (a proposito di dignità cfr. MARELLA M. R., *The Old and the New Limits to Freedom of Contract in Europe*, in *Eur. Rev. Contr. L.*, n. 2/2006, 257-274).

<sup>34</sup> In ogni caso né la metafora spaziale ricordata per la *privacy*, né quella espressiva dell'onore sono in grado di riflettere ed esaurire l'attuale complessità dei diritti della persona, sia relativamente alle origini che rispetto alla loro attuale evoluzione su entrambi i lati dell'Oceano (volendo MARINI G., *La giuridificazione della persona. Ideologie e tecniche dei diritti della personalità*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, 359). Nella prima direzione non si può trascurare infatti il debito che gli stessi padri fondatori del *right to be let alone* hanno nei confronti dell'elaborazione continentale dei diritti della personalità, né il contributo che l'idea di libertà gioca anche nei nostri (sul punto ora RESTA G., *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli 2005). La radicalizzazione è stata superata ed ambedue i profili riassorbiti da una nuova generazione di diritti della persona che enfatizza, a vari livelli - vedi proprio la *constitutional privacy* - la possibilità di costruire la sfera privata e l'inevitabile connessione fra sfera privata e pubblica che viene in tal modo a crearsi (volendo sempre MARINI G., *La giuridificazione della persona* cit.). In ogni caso la ricostruzione non chiarisce il nodo fondamentale e cioè se l'esportazione del modello americano, che si candida a costituire la naturale espressione dei valori dell'uomo medio, debba portare con sé anche il limite della *state action* con il risultato di renderlo opponibile solo all'azione statale e non ai privati.



generalmente accettati, nondimeno la loro interpretazione può variare in modo significativo e difficilmente riesce a tradursi in modo automatico in un semplice principio o regola giuridica.

Se da una parte l'enfasi sul carattere europeo della tradizione conduce a ridimensionare l'elemento americano, dall'altra l'enfasi sul carattere occidentale può condurre invece nella diversa direzione di marginalizzare gli ultimi arrivati: i paesi dell'Europa orientale. Così la loro tradizione giuridica continua a rimanere in qualche modo perennemente in bilico, una sorta di tradizione collaterale o una sottotradizione di quella europea.

In realtà la sua specificità, almeno nei termini in cui l'abbiamo potuta conoscere in passato, è un prodotto abbastanza recente (forse solo a partire dalla guerra fredda) della sovietologia che però sembra perpetuarsi ancora in alcuni studi di *law and development*. A voler risalire più indietro<sup>35</sup>, i segni della sua separatezza si fanno più incerti. Di solito questa tradizione viene localizzata in un'area in cui diritto consuetudinario, diritto bizantino, influssi ortodossi ed ottomani hanno prodotto variegati spazi giuridici, caduti poi per la maggior parte sotto il dominio dei sovietici. In realtà, in una visione più ampia, la loro appartenenza alla tradizione civilistica si deve almeno alla recezione dei codici napoleonici. Solo la recezione della pandettistica permise la definitiva e totale "civilizzazione" dell'area, dando vita ad una tradizione sincretica che, utilizzando successivamente anche i prodotti del pensiero sociale della scuola scientifica in chiave critica del diritto borghese<sup>36</sup>, tenne durante tutto il periodo del socialismo reale, nonostante tutte le declamazioni che affermavano il contrario<sup>37</sup>. La stessa reazione nei confronti del diritto occidentale, prodotta dal diritto

---

<sup>35</sup> BERMAN H. J., *Law and Revolution. The formation of the western legal tradition*, cit. Nella prospettiva di questo autore il collegamento con la tradizione occidentale è rappresentato, non tanto dalla radice romanistica, ma dalla canonistica medioevale, l'area viene in questo modo ampliata a tutto lo scenario dell'Europa centro-orientale, ma vedi GIARO T., *Comparemus! Romanistica come fattore d'unificazione dei diritti europei*, in *Riv. crit. dir. priv* 2001, 539.

<sup>36</sup> Il pensiero sociale, sebbene criticato dal marxismo, venne assimilato dal diritto socialista e sovietico cfr. AJANI G.M., *Formalism and antiformalism under socialist law: the case of general clauses within the codification of Civil Law*, in *2 Global Jurists Advances* (2002), 2, esso permette di realizzare "un diritto civile nuovo non soltanto nel contenuto, ma anche nella forma" (WOLTER A., *Diritto civile polacco*, Napoli-Camerino, 1976, 137) offrendo gli strumenti per armonizzare l'esercizio del diritto soggettivo con l'insieme delle condizioni di esistenza della società socialista allo scopo di assicurarne lo sviluppo e porre le basi per quella che veniva presentata come una "sorta di umanizzazione del diritto civile".

<sup>37</sup> L'avvento della pandettistica, preparato dalla scuola storica, conquistò tutta l'Europa orientale, dalla Grecia ai paesi nordici, alla Russia, estendendosi anche quei paesi che, come la Serbia o la Romania, avevano scelto altri modelli, quali, l'ABGB o il code civil (cfr. AJANI G.M., *Diritto dell'Europa orientale*, in *Trattato di diritto comparato* (a cura di Sacco R.), Torino, 1996) avendo definitivamente la meglio sul diritto consuetudinario locale che dominava il quadro frastagliato dei paesi dell'Europa orientale (fattori politici come le



socialista russo, com'è ormai noto, era affidata a strumenti giuridici di origine pandettistica (talvolta passati al filtro del pensiero sociale) e risultava dunque implicitamente occidentalizzata<sup>38</sup>.

5. Lo studio della tradizione riguarda non soltanto i suoi contenuti e le sue procedure, ma anche la struttura con la quale il diritto viene organizzato. In questa prospettiva costituisce un profilo fondamentale la suddivisione dello spazio giuridico in campi e sottocampi e l'individuazione dei principi intorno ai quali sono organizzati. Divisioni del genere esistono all'interno di tutte le tradizioni giuridiche e diventano allora parte integrante di esse (una tradizione interna?). Possono assomigliarsi, possono essere più o meno marcate o addirittura del tutto differenti da una tradizione all'altra.

Nella tradizione giuridica europea è ancora abbastanza in voga distinguere il diritto pubblico dal diritto privato ed all'interno di quest'ultimo differenziare il diritto del mercato rispetto a quello della famiglia.

La dicotomia fra pubblico e privato - sebbene oggetto di una critica a volte anche corrosiva, che oscilla fra l'impossibilità di mantenere una rigida contrapposizione fra le due sfere e la denuncia della sua vaghezza ed instabilità<sup>39</sup> - continua nondimeno a riemergere e giocare un ruolo fondamentale quando si tratta di operare una classificazione sistematica dei problemi, di inquadrare i casi o determinare la specializzazione professionale dei giuristi.

La contrapposizione fra un'area (il privato), caratterizzata dalla dimensione orizzontale delle relazioni che governa e dall'uguaglianza dei suoi attori, dominata dalla neutralità delle sue regole, dall'estraneità ai conflitti politici e dalla oggettività delle costruzioni scientifiche ed un'altra (il pubblico), caratterizzata invece dalla dimensione asimmetrica e verticale delle relazioni, da interventi contingenti e dunque più aperta alla politica ed alla redistribuzione sembra radicata stabilmente nell'impianto retorico che viene dispiegato per raggiungere le varie soluzioni, esercitando un'influenza decisiva.

---

contrapposizione di gran parte di quelle nazioni all'Impero tedesco ed al diritto romano o la mancanza di una autonomia politica nella sud est soggetto alla dominazione ottomana avevano impedito l'elaborazione del diritto bizantino di origine romana, producendo la sua "mummificazione" come in Grecia o Romania cfr. GIARO T., *Diritto romano attuale. Mappe mentali e strumenti concettuali*, in *Le radici comuni del diritto europeo*, (MONATERI P. G., GIARO T., SOMMA A. a cura di), Roma 2005, 77)

<sup>38</sup> Sul punto cfr. il pionieristico lavoro di SACCO R., *Il substrato romanistico del diritto civile dei paesi socialisti*, *Riv. dir. civ.* 1969, 115, IZDEBSKI H., *La tradition et le changement en droit*, in *Rev. int. dr. comp.*, 1987, 860, AJANI G.M., *Il modello postsocialista*, Torino 1996.

<sup>39</sup> FRANKENBERG G., *Remarks on the philosophy and politics of public law*, in 18 *Legal Stud.* (1998), 177.



Nel privato, in particolare, tende a perdere visibilità il carattere regolamentare che sembra - nella visione del *mainstream* - costituire invece patrimonio esclusivo del pubblico. Così l'adozione di regole che ha origine nel privato non evoca il genere di conflitti tipici del pubblico, ma richiede al massimo il consenso delle categorie professionali o una rapida verifica alla luce del *test* dell'efficienza economica. Al contrario l'intervento del pubblico in un'area considerata privata ha sempre bisogno di un *surplus* di giustificazioni che legittimino l'interferenza con il funzionamento di meccanismi che vengono ritenuti naturali e non politici.

Per queste ragioni, nella saga dell'integrazione europea, il diritto privato, in quanto area separata, espressione più profonda di una comune cultura giuridica e dominio della scienza giuridica, è potuto rimanere a lungo indenne di fronte all'incalzare del processo di integrazione che doveva rimanere confinato soltanto nell'area del pubblico attraverso l'abolizione di tutte le misure di carattere variamente protezionistico<sup>40</sup>. Successivamente, una volta che l'enfasi è stata riportata sulla logica funzionalistica o sul carattere "meramente tecnico" delle sue regole, è stato proprio il diritto privato a venire inesorabilmente attratto dal processo di integrazione attraverso l'azione graduale e settoriale delle direttive o quella più totalizzante del CFR o di un codice civile<sup>41</sup>.

Ora il pendolo sembra di nuovo oscillare in direzione del pubblico. Sembra infatti che soltanto una particolare colorazione della materia in chiave "pubblica", cioè "politicalmente sensibile" (in quanto collegata ad alcuni valori costituzionali tipici, ad una identità nazionale, a precise scelte politiche di inclusione/esclusione sociale, a questioni apertamente considerate distributive)<sup>42</sup> permette di coltivare qualche *chances* di successo a chi

---

<sup>40</sup> CARUSO D., *The missing view of the Cathedral: the private law paradigm of European legal integration*, in 3 *Eur. L. J.* (1997), 3.

<sup>41</sup> Per una prospettiva critica cfr. KENNEDY DU., *The political stakes in "merely technical" issues of contract law*, in 10 *Eur. L. J.* (2002), 7.

<sup>42</sup> CARUSO D., *Private Law and Public Stakes in European Integration: the case of Property*, in 10 *Eur. L. J.*, (2004), 751 per una analisi degli argomenti a favore e contro tale forma di "eccezionalismo".

Nello spazio globale il ricorso alla dicotomia pubblico-privato ed alle sue narrative può favorire la nascita di nuovi centri di autorità, la sua dimensione spiccatamente scientifica e non politica, l'idea di un diritto che si evolve organicamente secondo una propria logica ed in modo indipendente dai diversi centri di potere politico, gli offre la possibilità di fornire argomentazioni apparentemente inattaccabili che presentano questioni altamente ideologiche come neutrali, il diritto privato diventa allora fonte di legittimazione delle nascenti istituzioni post-nazionali. Sul contributo allo state-making del diritto privato nello spazio globale cfr. CARUSO D., *Private Law and State making in the Age of globalization*, in 39 *New York Un. J. of Int. L. & Pol.* (2006-2007), 1. Ugualmente quella della *soft law* costituisce un attacco alla pretesa del monopolio statale del diritto, dall'altra si serve dell'emergenza di queste nuove forme giuridiche allo scopo di offrire un'alternativa più attraente in quanto strumenti adattabili, in grado di assicurare una maggiore partecipazione e di ridurre lo iato fra *law in the books* e *law in action* (DI ROBILANT A., *Genealogies of Soft Law*, in 54 *Am. J. Comp. Law*, (2006), 499.



tenta di sottrarre il campo al processo di integrazione. In passato qualche cosa di simile è accaduto per il diritto di famiglia, considerata materia troppo permeata da considerazioni politiche e valori culturali per rientrare nell'orbita di quel processo<sup>43</sup>. Ora è il diritto di proprietà che, proprio grazie all'enfasi posta sul lato "pubblico" dei suoi caratteri, tende ad assumere una connotazione di "eccezionalità" che gli permette di riguadagnare una certa distanza rispetto agli altri istituti classici del diritto privato, ai quali peraltro è stato sempre in passato associato, e di evitare così di condividere il loro comune destino<sup>44</sup>. Eppure, non sfugge ad una più attenta osservazione che né l'uno (il diritto di famiglia), né l'altro (il diritto di proprietà) possano mostrare un carattere più pubblico (quanto a valori, scelte politiche, distribuzione) di altri istituti che, come il contratto, sono entrati da tempo nell'orbita del processo di integrazione<sup>45</sup>.

6. All'interno del diritto privato l'altra fondamentale distinzione (una tradizione interna?) è fra il diritto del mercato (le obbligazioni) ed il diritto di famiglia. Quest'ultimo rappresenta una "periferia" rispetto al modello conflittuale con il quale viene normalmente descritto il diritto del mercato, un'area particolare la cui autonomia sotto il profilo della sua regolamentazione è fuori discussione anche se diversi possono essere gli argomenti che la giustificano.

La prevalenza di interessi sovraordinati o comunque la sua diversità funzionale rispetto al mercato hanno garantito l'"eccezionalità" di tale campo giuridico. E ciò non solo quando domina una logica strettamente statualistica in cui la famiglia rappresenta una istituzione fondamentale per l'organizzazione sociale e che pertanto giustifica una regolamentazione particolare dei rapporti fra i componenti nell'interesse della società o dello stato; ma anche in tutti gli altri casi in cui si affermano logiche diverse (private), secondo le

---

Ambedue possono velare gli interessi che sostengono i differenti progetti di armonizzazione. L'enfasi sul privato con la sua spontaneità, orizzontalità e dialogo può costituire una critica nei confronti di centri di autorità (a livello nazionale), ma anche un sostegno per rafforzare quelli che cercano di emergere (a livello internazionale). Così il diritto soft può aggiungere un connotato sociale ad una politica mercantile o una caratterizzazione efficientistica ad un progetto sociale.

<sup>43</sup> MARELLA M. R., *The NON-subversive Function of European Private law: The Case of Harmonization of Family Law*, 12 *Eur. L. J.* (2006), 78, dove si sottolinea ancora una volta la duplicità di utilizzazioni, sia per ostacolare che favorire il processo di integrazione, della connotazione.

<sup>44</sup> MARELLA M. R., *Il diritto di famiglia fra status e contratto: il caso delle convivenze non fondate sul matrimonio*, in *Stare insieme. I regimi giuridici della convivenza fra status e contratto* (a cura di MARELLA M.R.-GRILLINI F.), Napoli 2001, 3.

<sup>45</sup> Sul punto cfr. COLLINS H., *La giustizia contrattuale in Europa*, *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, 659, KENNEDY DU., *The political stakes* cit. MARINI G., *Gli anni settanta della responsabilità civile. Uno studio sulla distinzione pubblico-privato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, pt. I e II, 23 e 229, MARELLA M.R., *The family economy versus the labour market (or housework as a legal issue)*, in *Labour law, work, and the family* (CONAGHAN J. & RITTICH K. eds.), Oxford 2005, 157.



quali la famiglia è comunque una formazione sociale retta da un suo ordine interno, con il quale è preferibile non interferire, lasciando alla morale, alla religione o alla cultura locale regolare i rapporti fra gli appartenenti al gruppo.

Alla soglia della famiglia si arresta dunque l'individualismo del diritto del mercato ed al suo interno trovano varia espressione principi diversi come l'altruismo e la solidarietà, ma anche la gerarchia e lo status<sup>46</sup>.

In ogni caso, il diritto di famiglia proprio in quanto settore particolare, contrapposto al diritto "tecnico" del mercato, come si è sottratto all'armonizzazione in Europa, sembra essersi potuto sottrarre altrove ai fenomeni di modernizzazione. La massiccia importazione di diritto occidentale, realizzata nel contesto coloniale e postcoloniale, è rimasta confinata al diritto del mercato e non ha riguardato mai, se non incidentalmente, il diritto di famiglia che, alla periferia, è potuto rimanere nazionale, organizzato cioè secondo le particolarità locali (culturali, religiose, popolari)<sup>47</sup>.

Così mentre il diritto del mercato veniva permeato dai modelli occidentali in virtù dell'imitazione per il prestigio o dell'imposizione per la forza, il diritto di famiglia è rimasto generalmente aperto alle tradizioni giuridiche locali la cui presenza ha permesso di legittimare la resistenza nei confronti dei modelli provenienti dall'esterno<sup>48</sup>.

I risultati, come sempre, possono essere ambivalenti, ognuno mostra cioè il suo *dark side*. Se su di un piatto della bilancia c'è da mettere il ritardo con il quale si è avviato il processo di emancipazione della donna e della famiglia, sull'altro invece si può mettere il rispetto per lo "specifico" locale che ha evitato l'occidentalizzazione e, in alcuni casi, rallentato l'ingresso di possibili forme di *commodification* dei rapporti familiari<sup>49</sup>.

---

<sup>46</sup> Per una elaborazione della dicotomia famiglia-mercato ed una sua decostruzione cfr. MARELLA M. R., *La contrattualizzazione delle relazioni di coppia*, *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, 57.

<sup>47</sup> Significativo come, viceversa, nei paesi dell'Europa orientale nella vigenza dei diritti socialisti, a garantire l'autonomia della famiglia fosse l'argomento secondo il quale la famiglia era stata sottratta dal socialismo ai rapporti patrimoniali, cessando di essere un organismo di natura economica, come nei sistemi borghesi (caratterizzati da una preponderanza degli elementi patrimoniali la cui finalità è la realizzazione dello sfruttamento), per portare in esponente invece l'elemento personale. (WOLTER, *Diritto civile polacco* cit.).

<sup>48</sup> Anche dove l'eguaglianza fra i coniugi è stata riconosciuta limiti all'intervento nell'area della famiglia giustificata dal fatto che l'intervento avrebbe corrotto la solidarietà e l'armonia che deve regnare all'interno di quell'area (cfr. MARELLA M.R., *Status e contratto* cit.).

<sup>49</sup> Da segnalare come non sempre la creazione dell'area separata del diritto di famiglia segua la contrapposizione fra l'universale ed il locale, questo può permettere di recuperare fra i materiali per la sua costruzione anche il diritto di origine europea considerato adeguato cfr. JARAMILLO I., *From the tradition of the family to the family as tradition: Family law reform in nineteenth century Latin America* (paper presentato al Convegno "The construction of legal tradition", Perugia 2007, in corso di pubblicazione per la *Rivista critica del diritto privato*).



In ogni caso non sembra corretto sostenere che la famiglia ed il suo diritto siano rimasti estranei al processo di modernizzazione realizzato attraverso l'intervento dello stato coloniale. Al contrario, i diversi sistemi giuridici - ristrutturando e ridefinendo il diritto di famiglia all'interno di un quadro caratterizzato dalle contrapposizioni fra tradizionale e moderno, religioso e laico, consuetudine e diritto - hanno attivamente contribuito a tale progetto. Più precisamente hanno proiettato la famiglia in una dimensione pluralistica, un pluralismo giuridico che, però, tende ad assumere configurazioni particolari: un pluralismo in cui la compresenza di ordini giuridici diversi spesso diventa compresenza di una serie di spazi giuridici diversi, ma combinati fra di loro<sup>50</sup>.

La disciplina della famiglia non meno che quella del mercato è insomma il frutto dell'incontro con il coloniale. Anzi, dalla "resistenza" nei confronti del coloniale scaturisce anche l'elaborazione di quella tradizione a cui la disciplina della famiglia è ricollegata.

Si tratta di un fenomeno talvolta assai complesso come illustra la diversa traiettoria che segue la resistenza condotta da Taiwan contro l'imposizione del diritto di famiglia da parte dei giapponesi. Qui infatti viene messa in discussione la modernità delle soluzioni giapponesi che, messe a confronto con le regole consuetudinarie taiwanesi (come l'eguaglianza dei figli nel diritto successorio ad esempio), si dimostrano molto più lontane da quelle occidentali di quelle contenute nel codice giapponese, promuovendo un processo di modernizzazione diverso da quello che avrebbero desiderato i giapponesi<sup>51</sup>.

7. Con la loro capacità di ridisegnare continuamente i confini dello spazio, le narrative della comparazione costituiscono un'arma potente nella geopolitica del diritto<sup>52</sup>. Non si può certo negare il contributo del diritto comparato ai progetti di *governance*. Il diritto comparato produce visioni del mondo ed in base ad esse cataloga i suoi prodotti; nel

---

<sup>50</sup> E' invece abbastanza ovvio che il diritto definisce tanto le istituzioni del mercato, quanto ciò che è famiglia ed i suoi confini, l'intervento istituzionale opera in modo selettivo, definendo quali spazi proteggere e quali abbandonare. Nelle colonie l'"eccezionalità" della disciplina della famiglia costituiva la possibilità prima di partecipare all'eredità occidentale e romanistica senza perdere contatto con le specificità locali, poi di contrapporsi al potere coloniale ed alla "degenerazione" del mondo occidentale (cfr. LAMA ABU ODEH, *Comparatively speaking: the Honor of the "East" and the "passion" of the "West"*, 2 *Utah L. Rev.* (1997), 287, KAPUR R. – COSSMAN B., *Subversive sites: Feminist engagements with the law in India*, New Delhi, 1996, KENNEDY DU., *Three globalization cit.*, ).

<sup>51</sup> cfr. YUN-RU CHEN, *Ally with the West- The politics of identity in modernization of Taiwanese Family Law under the oriental empire of Japan (1845-1945)* paper presentato alla Conversation on Comparative Family Law, Washington College April 12, 2007).

<sup>52</sup> Il senso di costruzione politica dello spazio e della retorica della storia è bene evidenziato in COSTANTINI C., *La legge ed il tempio. Una storia comparata della giustizia inglese*, Roma 2007.



tracciare il solco fra tradizionale e moderno, esotico e normale, arretrato e sviluppato, il diritto comparato contribuisce anche a suggerire la direzione che deve prendere l'imitazione dei modelli.

Ciò riporta l'attenzione sul ruolo dell'interprete e sulla sua capacità di definire e fondare (in modo consapevole o inconsapevole) l'identità e la differenza, attraverso processi selettivi che tendono all'isolamento (esoticizzazione) o all'omologazione (normalizzazione) a seconda degli elementi che considera rilevanti o meno per il modello. In questa prospettiva le preoccupazioni maggiori sono venute dalla visione eurocentrica (o etnocentrica), e dallo studio dei modi in cui la definizione della propria identità determina (anche implicitamente) l'esoticizzazione dell'"altro" e la creazione dei soggetti coloniali/postcoloniali<sup>53</sup>.

La comparazione segue così un percorso molto spesso parallelo a quello degli studi coloniali e postcoloniali nella misura in cui ambedue riflettono una crescente consapevolezza del modo in cui la cultura occidentale ha prodotto, diffuso e mantenuto una serie di narrative del "sud" o dell'"est" tali da assicurargli una posizione di egemonia nei confronti degli "altri" paesi.

Classiche rappresentazioni, in tal senso, sono contenute spesso nelle narrative della tradizione islamica offerta da alcuni *mainstreamers*. Il paradigma funzionalista, dominante nel diritto occidentale, secondo il quale il diritto si evolve per rispondere alle esigenze sociali, non può che collocare agli antipodi il diritto islamico che, in quanto dipendente da una legittimazione teocratica, è legato alle scritture ed è pertanto immutabile, impermeabile a qualunque evoluzione in senso storico se non nel limitatissimo margine concesso a fonti diverse dalle scritture, come la *siyasa* ed il diritto consuetudinario (*'urf*)<sup>54</sup>.

Ancora l'identificazione delle caratteristiche del diritto con tutto ciò che è occidentale (il diritto come razionalità nel senso weberiano o nel senso della "rule of law"

---

<sup>53</sup> Cfr. RUSKOLA T., *Legal orientalism*, in 101 *Mich. L. Rev.*, (2002), 179. L'originaria visione dell'"orientalismo" che sottolinea come l'"oriente" sia stato costruito attraverso categorie concettuali occidentali (SAID E., *Orientalism*, New York, 1978).

<sup>54</sup> SHALAKANY A., *Islamic legal histories*, in 1 *Berkeley J. of Middle East & Islamic Law* (2008), 1 con riferimento alla islamistica di Schacht e Coulson, ma anche a quelle critiche che mettono in discussione l'immutabilità delle regole derivate dalla *shari'a* attraverso un processo evolutivo affidato al *fiqh* o rivalutando le fonti "minori" come *istihsan* o *maslaha* (ZUBAIDA S., *Law and power in the islamic world*, Londra, 2003, HALLAQ W., *The origins and evolution of Islamic law*, Cambridge, 2005), poiché ambedue non scalfiscono il binomio tradizione-modernità. Un'alternativa subalterna considera invece all'interno del diritto islamico la *shari'a* insieme con la *siyasa* attraverso la teoria della funzione politica dei testi sacri ("siyasa shar'iyya") e conduce ad una rilettura della "occidentalizzazione" e secolarizzazione in chiave di sviluppo degli strumenti già presenti nella *siyasa* e dunque sentiti non in conflitto con i valori islamici di cui corrompono l'autenticità pre-coloniale.



liberale) ha prodotto l'esclusione dell'Oriente dal diritto e dalla modernità, contribuendo a ridurre perfino uno stato sovrano come la Cina ad una condizione coloniale. Ma tali considerazioni possono essere estese, con le opportune varianti, anche al diritto indiano o al diritto giapponese<sup>55</sup>.

Lecture che potremmo ben definire "orientaliste", in quanto hanno enfatizzato la tensione fra la staticità e l'inadeguatezza del diritto tradizionale e la condizione moderna<sup>56</sup>, hanno popolato il *background* culturale che ha accompagnato costantemente i rapporti fra il diritto occidentale e gli "altri" sistemi giuridici. Queste si sono rivelate fondamentali sia al momento della modernizzazione di molti dei sistemi giuridici per sostenere l'introduzione dell'*anglo-mubammadan law* nell'India britannica o del *droit musulman algérien* nell'Algeria occupata o le codificazioni in genere nei paesi islamici, che al momento della decolonizzazione, quando hanno spinto la diffusione del *law and development* e le relative proposte di riforme laiche ritenute essenziali allo sviluppo economico ed ora connotano la lotta per l'affermazione dei diritti umani.

Del conflitto fra tradizione e modernità, instaurato da queste narrative, in cui la tradizione è sempre qualcosa che esiste allo stato puro prima dell'incontro con il coloniale, si sono a loro volta serviti alcuni progetti ricostruttivi che proclamano il ritorno alla tradizione "autentica"<sup>57</sup>, depurata dagli elementi occidentali e adattata allo scopo di soddisfare le esigenze della società moderna<sup>58</sup>.

E' possibile considerare i vari Orienti descritti nelle diverse ricostruzioni come il frutto, a seconda delle prospettive, o di una rappresentazione inesatta del diritto, in quanto incapace di cogliere con precisione il modo in cui funziona a quelle diverse latitudini oppure

---

<sup>55</sup> In tutti questi sistemi vi è un *blend* di idee giuridiche, costumi sociali e religione. Sul punto, per tutti, AJANI G.M. - SERAFINO A. - TIMOTEO M., *Diritto dell'Asia orientale*, Torino, 2007.

<sup>56</sup> Sul modo in cui incide l'idea evoluzionistica di "mutamento progressivo", secondo la quale la società ha uno sviluppo lineare, fondato sulla natura umana dei suoi componenti e che pertanto procede verso un progressivo avanzamento, differenziando fra culture primitive e culture avanzate, in questa prospettiva il progresso coincide con la modernità e la tradizione costituisce un ostacolo per un'applicazione THOMAS C.,

<sup>57</sup> Diversi sono i progetti condotti nei Paesi islamici che vanno dall'assoluto rifiuto della riforma del diritto islamico (islamizzazione della modernità) alla piena secolarizzazione del diritto islamico, o conoscono approcci intermedi (come ad esempio trattare la tradizione interpretativa *usul al fiqh* e l'egemonia accordata al processo formalistico deduttivo (*qiyas*) attraverso considerazioni di utilità (*darura*) o pubblico interesse (*maslaha*). Questi ultimi, a loro volta, possono essere considerati sia un prodotto della modernizzazione economica (con nessuna partecipazione da parte locale) sia parte di un risascimento politico, nelle sfumature della sottomissione, assimilazione, reinterpretazione. Sull'acculturazione nel diritto islamico CASTRO F., *Diritto musulmano* (voce), *Dig. It. Disc. priv.*, vol. VI, Torino, 1990, 284-314.

<sup>58</sup> Il modo in cui questo binomio determina l'atteggiamento verso i progetti di riforma è in SHALAKANY A., *I heard it all before: Egyptian Tales of Law and development*, in *27 Third World Quarterly*, (2006), 833.



del discorso giuridico stesso, in cui invece sono proprio le categorie di cui ci si serve per la rappresentazione a creare la marginalità dell'oriente. La differenza fra i due poli dell'alternativa è la stessa che passa fra moderno e postmoderno. E di conseguenza le risposte potranno essere differenti: la messa a punto della teoria attraverso la "riscoperta" delle altre fonti nel diritto islamico o di altri meccanismi giuridici concorrenti rispetto alle declamazioni ufficiali in quelli asiatici<sup>59</sup> o l'individuazione dei modi con cui quelle categorie hanno contribuito alla creazione di un qualcosa che pretendono solo di rappresentare.

8. La storicizzazione delle diverse esperienze attraverso la comparazione permette però di evitare il riduzionismo che talvolta caratterizza questo genere di studi, anche quando si sottraggono all'unilateralismo che caratterizza l'impostazione originaria nella quale il coloniale è un prodotto esclusivo (delle categorie) dell'occidente a favore di una visione più complessa in cui vi è invece un "two ways cultural traffic", rivelando la condizione di ibridazione che caratterizza tutte le culture<sup>60</sup>. La maggior parte di essi, influenzati prevalentemente dal postmoderno, finiscono poi per ridurre tale relazione in una dimensione puramente "testuale" o letteraria in modo assolutamente indipendente dal contesto istituzionale che la circonda. All'ibridità che viene recuperata da queste ricostruzioni, l'astrazione dal contesto non permette infatti di offrire contenuti.

---

<sup>59</sup> Sul punto RUSKOLA T., *Law without law, or is "Chinese law" an oxymoron ?* in 11 *William & Mary Bill RTS. J.*, (2003), 655. La retorica del confucianismo che sistematicamente privilegia la morale (il singolo è parte di un ordine onnicomprensivo al cui funzionamento armonico deve contribuire, pace sociale e governo di uomini di virtù superiore) sul diritto (minaccia dell'armonia) come strumento di controllo sociale ha oscurato il fatto che lo stato faceva affidamento su di un complesso sistema giuridico (e non solo di diritto penale) per governare l'impero. E' semmai il fatto che tale diritto incorporasse i valori della moralità confuciana che contribuisce ad oscurare i confini. Per una rilettura AJANI G.M. - SERAFINO A. - TIMOTEO M. op.cit.

<sup>60</sup> L'originaria visione dell'"orientalismo" che sottolinea come l'"oriente" sia stato costruito attraverso categorie concettuali occidentali (SAID E., *Orientalism*, New York, 1978, tr. id. *Orientalismo. L'immagine europea dell'Oriente*, Milano, Feltrinelli, 1995) se da una parte chiarisce il modo in cui l'identità coloniale/postcoloniale è prodotta dal discorso, dall'altro però non tiene in considerazione il ruolo che l'"Oriente" svolge nella sua stessa costruzione. Nel quadro degli studi postcoloniali è stata messa in luce la complessità delle relazioni in cui emerge il fenomeno di ibridazione volontaria da parte del dominato, ("creolizzazione globale") ed il desiderio del dominato di assomigliare al dominante ("mimetismo")(cfr. BHABHA H. K., *The location of culture*, London-New York, 1994, tr. id. *I luoghi della cultura*, Roma, Meltemi, 2001, SPIVAK CHAKRAVORTY GAYATRI, *A critique of postcolonial reason: toward a history of the vanishing present*, Cambridge 1999, tr. it. *Critica della ragione postcoloniale*, Roma, Meltemi, 2000). Significativa è la correzione di rotta dello stesso SAID E., *Culture and imperialism*, New York, 1993, tr. it. *Cultura e imperialismo. Letteratura e consenso nel progetto coloniale dell'Occidente*, Roma 1998, in cui viene sottolineato lo sforzo degli intellettuali di trovare uno spazio *in-between* fra le due culture.



Alla comparazione invece intanto è chiaro che l'“altro” che tali narrative disegnano non può essere considerato un semplice oggetto passivo della rappresentazione<sup>61</sup>. Le indagini sullo “sguardo sull'altro”, infatti, hanno lasciato da tempo emergere un quadro più complicato nel quale è l'altro che può appropriarsi della rappresentazione. Ora, come abbiamo visto, se il potere viene acquistato in questo modo, può ritorcersi contro chi lo utilizza, quando l'ansia ingenerata dell'influenza pervasiva della metropoli spinge in direzione del nativismo o della ricerca dell'autenticità locale. Altre volte tali appropriazioni possono invece rivelarsi “empowering”<sup>62</sup>.

La “periferia” in molti casi, infatti, si serve (consapevolmente o meno) dei prodotti del “centro” instaurando con esso una relazione complessa. Nella prospettiva della circolazione dei modelli è infatti emerso come alcuni luoghi siano prevalentemente un sito di produzione del modello o della teoria (“il centro”) ed altri un sito di recezione (“la periferia”). Fra i due si instaura una complessa dinamica: arrivati a destinazione, modelli e teorie possono subire processi di deviazione, trasformazione, riciclaggio e cannibalizzazione<sup>63</sup>. Ed i modelli importati possono venire rielaborati in modo originale ed anche radicale, talvolta, per poi, così rielaborati, tornare al centro<sup>64</sup>.

---

<sup>61</sup> Da questa impostazione possono non essere esenti gli stessi studi che evidenziano il pregiudizio insito nelle visioni occidentali che pongono lo stato e le sue articolazioni al centro del sistema e valorizzano il pluralismo giuridico ed il ruolo del “diritto non verbalizzato” (MATTEI U., *Three patterns of law: Taxonomy and Change in the World's Legal Systems*, 45 *Am. J. Comp. L.* (1997), 5).

<sup>62</sup> Come nel caso della differenza anche per la comparazione si pone un dilemma, questo riguarda la base sulla quale la differenza e la somiglianza sono individuate e valutate, è chiaro che nella comparazione la base sia data dalla collocazione geopolitica dell'osservatore (cfr. COSSMAN B., *Turning the gaze back on itself: Comparative Law, Feminist legal studies and the postcolonial project*, 2 *Utah L. Rev.* (1997) 525) e poi del c.d. *self orientalism* (cfr. RUSKOLA T., *Legal orientalism* cit.).

<sup>63</sup> L'influenza può essere diretta attraverso l'imposizione e la negoziazione o indiretta attraverso il prestigio, ma i giuristi locali operano una selezione a seconda dei loro interessi e dei loro orientamenti. Sulla complessa dinamica cfr. LOPEZ-MEDINA D., *Teoria impura del derecho. La trasformacion de la cultura jurídica latinoamericana*, Colombia 2004 dove anche una teoria dei *misreadings*, idee ed autori possono essere utilizzati in modo molto diverso nelle due località, talvolta ciò (il trapianto può assumere un forma diversa) rende difficile la comunicazione nello spazio transnazionale o producendo effetti “perversi” (nel senso di diversi da quelli prodotti nel contesto di produzione).

<sup>64</sup> Molte delle elaborazioni “periferiche” hanno variamente retroagito sul diritto metropolitano. E' il caso dell'identità (BASCHERINI G., *Ex oblivione malum. Appunti per uno studio sul diritto coloniale italiano*, in *Riv. crit. dir. priv.* 2009, 245, i vari processi attraverso i quali gli ordinamenti locali venivano assunti all'interno del composito ordinamento coloniale, modificati e reinterpretati, nel segno del rispetto per il diritto e le culture locali celava un irrigidimento delle differenze funzionale all'assoggettamento della popolazione indigena. La civiltà costituisce la giustificazione fondamentale nella visione liberale lascia poi gradualmente spazio alla razza, le differenze vengono costruite non più su base storico-culturale, ma biologica e dunque considerate anche immutabili) o della giustizia contrattuale (MARINI G. *Per una genealogia della giustizia contrattuale* paper in file per la *Riv. crit. dir. priv.*).



L'affermazione che l'Europa è stata fatta dalle colonie, nel senso che le categorie con le quali guardiamo al passato coloniale ed al futuro post-coloniale sono state modellate dal processo stesso di colonizzazione<sup>65</sup>, vale dunque anche nel diritto comparato.

L'ibridazione nel flusso transnazionale di teorie e teorici - flusso non è mai a senso unico, ma è multidirezionale<sup>66</sup> - trova così i suoi possibili contenuti.

L'idea stessa di trapianto allora non pare sempre in grado di cogliere tutta la complessità delle relazioni (di potere) che si vengono a creare fra centro di produzione, semi-periferia e periferia coloniale<sup>67</sup>.

Di questo fenomeno di riappropriazione delle narrative del "centro" è esemplare il caso del pensiero sociale che, in varie configurazioni, si afferma in tutta l'area europea come risposta al formalismo del pensiero giuridico classico. Agli inizi del secolo scorso, mentre al "centro" rimane una corrente di pensiero tutto sommato minoritaria, la critica sociale conosce invece una significativa diffusione nelle "periferie"<sup>68</sup>, assumendo una dimensione cosmopolita. Imposto dallo stato centrale o importato in modo autonomo, qui trova un *humus* particolarmente fertile a causa della sua capacità di modellare il giuridico in modo da consentirgli risposte più elastiche in grado di tenere conto delle differenze esistenti all'interno delle diverse società e di rispondere meglio con la sua visione solidaristica alle caratteristiche di molte delle culture locali. Dell'"istanza sociale" la "periferia" doveva allora appropriarsi ed elaborarla, in modo significativo, proprio per esercitare una forma di "resistenza" rispetto al diritto metropolitano dei colonizzatori<sup>69</sup>.

<sup>65</sup> cfr. COOPER F., *Colonialism in question: Theory, Knowledge, History*, Berkeley 2005.

<sup>66</sup> Ora SAID E., *Traveling theory, the world, the text and the critic*, Cambridge 1983. CHAKRABARTY D., *Provincializing Europe: Postcolonial Thought and Historical Difference*, Princeton 2000, trad. it. *Provincializzare l'Europa*, Roma, Meltemi, 2004.

<sup>67</sup> Sui trapianti giuridici, oltre agli ormai classici WATSON A., *Legal transplants: an approach to comparative law*, Edinburgh, 1974 e SACCO R., *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, in 39 *Am. J. Com. L.*, (1991), 343-402, vedi però le precisazioni di GRAZIADEI M., *Comparative Law as the study of Transplants and Receptions* in *The Oxford Handbook of Comparative Law*, (REIMANN M. & ZIMMERMANN R eds.), 2007, 441, ID., *Legal transplants and the frontiers of legal knowledge*, in 10 *Theoretical Inquiries in Law* (2009), 723, NELKEN D., *Comparatists and transferability* in *Comparative Legal Studies*, (LEGRAND P. & MUNDAY R. eds.) 2003, 446; LEGRAND P., *The impossibility of legal transplants*, 4 *Maastricht J. Eur. & Comp. L.* (1997), 111.

<sup>68</sup> KENNEDY DU., *Three globalizations of Law and Legal Thought*, cit. Nel caso dell'Estremo Oriente si rivela il canale che permette il recupero di forme giuridiche della tradizione e di diritti consuetudinari (emblematico il caso dello sfruttamento collettivo di alcune risorse come l'acqua in Giappone che vengono sottratte al binomio pubblico/privato cfr. HAYASHI T., *Roman Law Studies and the Civil Code in Modern Japan-System, Ownership and co-ownership*, in 55 *Osaka Univ. L. Rev.*(2008),15).

<sup>69</sup> Resistenza vuol dire non emendare semplicemente il modello o la teoria, ma rompere lo schema che contrappone ad esempio tradizione e modernità.



Esempi di queste appropriazioni sono visibili in tutto l'arco di quell'ampia "periferia" dislocata intorno al "centro" europeo. Persino negli Stati Uniti, che tale possono considerarsi almeno fino alla fine del secondo conflitto mondiale. La visione comunitaristica della common law, sviluppata in epoca feudale, ed il suo spirito sociale viene riscoperta, nei primi anni del secolo scorso, da Roscoe Pound e sorprendentemente ritrovata nel cuore del nascente diritto americano. In questo modo la common law americana può essere considerata non solo più autentica, ma persino più moderna rispetto alla versione individualistica che ancora caratterizzava la common law degli ex-colonizzatori inglesi<sup>70</sup>.

Nello stesso modo e quasi nello stesso torno di tempo, un'operazione simile viene condotta da Sanhuri l'autore del codice egiziano del '49. Nel presentare l'opera egli mette l'accento sulla ispirazione sociale del codice. La presenza di tutte le "novità"- come il controllo sull'autonomia privata, la gestione delle sopravvenienze e l'abuso del diritto - care dalla critica sociale, viene però da Sanhuri (a cominciare dal divieto del prestito ad interesse)saldamente radicata nella tradizione islamica e nello spirito sociale che l'ha storicamente animata. Al di là di qualunque suggestione funzionalistica di marca occidentale, il codice rappresenta dunque un ritorno verso il passato ed un recupero dei caratteri (sociali) originari del diritto islamico. Moderno, perché sociale, ma nello stesso tempo conforme alla tradizione islamica, il codice di Sanhuri può essere così contrapposto allo spirito individualista del diritto romano che ancora anima il modello dei colonizzatori francesi<sup>71</sup>.

---

<sup>70</sup> POUND R., *The end of law as developed in juristic thought*, 30 *Harv. L. Rev.* (1917), 201. Sulla complessa figura di Pound, LASSER M., *Synthetic Readings of Roscoe Pound's Jurisprudence*, in 1 *Global Jurist Frontiers* 1 (2001) article 3, reperibile all'indirizzo: <http://www.bepress.com/gj/frontiers/vol1/iss1/art3>.

<sup>71</sup> SHALAKANY A., *Sanhuri and the historical origins of comparative law in the arab world (or how sometimes losing your asalah can be good for you)* in *Rethinking the masters of comparative law* (RILES A. ed.), Oxford 2001, 152 per una rilettura dell'opera di Sanhuri che viene variamente ricostruita, fra l'altro come esistenzialmente diviso fra la necessità di modernizzare il diritto islamico e offrire una visione strumentale del diritto per conseguire una migliore giustizia sociale, dato che consente di criticare come non- islamico il processo di riforma, ma la ricerca della "autenticità", sostenuta dai nazionalismi di vario tipo, è un elemento molto problematico nel contesto post-coloniale (per un'affermazione dell'ambivalenza del richiamo all'autenticità della tradizione come vincolo o liberazione BERMAN N., *Modernism, nationalism and the rhetoric of reconstruction* in *After identity: a reader in law and culture*, (DANIELSON D. & EGGLE K. eds.), New York 1995, 229-250). Nel caso di Sanhuri emerge la tensione fra la ricerca della giustizia sociale (realizzata attraverso gli istituti che denotano il lato "sociale" e le clausole generali che esprimono lo spirito oggettivo del diritto islamico) e la necessità di affermare la differenza che qualifica il processo di rinnovamento (definendo tali istituti come islamici), SANHURI, *Les restrictions contractuelle à la liberté individuelle de travail*, Lyon, 1925, ma anche FATHY, *La doctrine musulmane de l'abus des droits. Etude d'histoire juridique et de droit comparé*, Lyon, 1913, con la prefazione di Lambert in cui l'Oriente è ancora più avanzato e deve costituire un modello per l'Occidente. Sul punto anche



La cultura giuridica dei sistemi periferici appare allora come un mosaico costruito attraverso tessere estratte da tradizioni diverse in momenti diversi. Gli studi degli specialisti di area si incontrano con quelli più classici di coloro che sono interessati allo studio del fenomeno più generale dell'appropriazione e re-invenzione a livello “periferico” del diritto del “centro” con l’obiettivo di comprendere i molti modi in cui il centro ha potuto esercitare potere sulla periferia.

9. Vi è però ancora un punto da chiarire perché l’esplosione delle narrative e la loro trasposizione nel diritto può però rivelarsi tanto illuminante, quanto capace d’altra parte di produrre qualche distorsione. E ciò anche quando la ricostruzione ha successo nel portare in evidenza la dimensione politica del prodotto culturale, cioè riesce a porre l’accento sul ruolo dell’ideologia, del conflitto fra visioni del mondo e del modo in cui tali prodotti vengono utilizzati strategicamente per realizzare- attraverso il diritto- una forma di controllo, insomma un’egemonia<sup>72</sup>.

E’ necessario riportare l’attenzione infatti sull’importanza delle condizioni materiali nelle quali tali prodotti culturali vengono elaborati e delle conseguenze, di carattere economico, che a tale elaborazione possono conseguire. Insomma non tutto si risolve all’interno della cultura, in una dimensione discorsiva in cui i significati, gli elementi ideologici ed i discorsi sono totalmente fluttuanti<sup>73</sup> e - per continuare ad usare la

---

SHALAKANY A., *Between identity and redistribution: Sanhuri, genealogy and the will to islamize*, in 8 *Islamic Law & Soc. Journal* (2001), 201-244.

<sup>72</sup> La critica all’ impostazione materialistica del diritto ha evidenziato la sua dimensione simbolica, tanto più forte nella misura in cui è separata dagli interessi materiali (BOURDIEU P., *The force of law. Towards a Sociology of the Juridical Field*, in 38 *Hastings Law Journal* (1987), 805-853 per il quale è centrale l’idea di *misrecognition*, ma particolarmente per il diritto è necessario convenire che “given the essential role it plays in societal re production, the juridical field has a smaller degree of autonomy than other fields, like artistic or the literature”).

<sup>73</sup> La critica alla teoria dell’ideologia marxista (in cui l’ideologia legittima la struttura di forze e relazione di produzione che sostiene, inducendo le persone ad accettare l’ordine costituito) ne ha indotto una rilettura, ma anche la sua dematerializzazione. Nei cultural *studies* in particolare l’ideologia attribuita in blocco alla classi viene rimpiazzata con una ricostruzione ugualmente insoddisfacente in cui il concetto di egemonia diventa malleabile e contingente ed il dato istituzionale, come il contributo decisivo che lo stato dà alla produzione e riproduzione degli strumenti per la costruzione sociale della realtà, viene ignorato.

D’altra parte però la riflessione sul *legal process* avrebbe dovuto gradualmente riportare l’attenzione sul modo di produzione del diritto e sulle condizioni- anche sociali- della sua costruzione, erodendo la possibilità di tracciare dei confini che segnano un’area all’interno dei quali i discorsi e le pratiche giuridiche pretendono di svilupparsi senza alcuna connessione con il sociale.



terminologia gramsciana, ma a questo punto forse impropriamente - l'egemonia creata può venire continuamente rinnovata, ricreata, difesa e modificata<sup>74</sup>.

Se attraverso le narrative è possibile riscrivere una parte della storia (per resistere ad una determinata egemonia culturale), ogni riscrittura però è capace anche di alterare il luogo del controllo di una serie di decisioni fondamentali che riguardano l'ordine sociale ed economico. E' dunque in grado di modificare significativamente la distribuzione di potere e delle risorse fra differenti gruppi sociali che operano in quello spazio geografico.

Le domande relative a come la riscrittura verrà usata e a chi ne trarrà vantaggio diventano parte fondamentale di un discorso sulle narrative.

Certamente la recezione di modelli prestigiosi come quello francese attraverso il codice Napoleone, avvenuta in passato, ha costituito un manifesto per consentire alle borghesie locali di realizzare forme di modernizzazione simili a quella realizzata dalla borghesia francese, ma la sostituzione delle vecchie regole con quelle nuove ha prodotto anche una serie di significativi risultati distributivi più particolari che riguardano gruppi e categorie in conflitto fra di loro.

Ogni mutamento giuridico infatti produce vincitori e perdenti, alcuni devono subire i costi della transizione, altri invece ne godono i vantaggi.

Intanto ogni esportazione di categorie e dell'armamentario concettuale e retorico che le accompagna è in grado di selezionare i soggetti ai quali tocca il compito di dettare la forma e la sostanza del discorso giuridico a livello locale, collocandoli in una posizione di vantaggio rispetto agli altri. La vicenda di una "periferia" come quella latino-americana è abbastanza indicativa.

La "regione" infatti è stata prodotta da un sofisticato discorso giuridico. La caratterizzazione dei suoi sistemi giuridici è sempre rimasta in bilico: non sono abbastanza europei per essere considerati davvero parte integrante di quella tradizione, ma neanche abbastanza esotici per far valere l'eccezione "culturale"<sup>75</sup>.

La comparazione ha infatti descritto il diritto in ognuno dei paesi della regione come il prodotto di una recezione permanente del diritto continentale con rare eccezioni per

---

<sup>74</sup> Questa tendenza tipica di alcuni *cultural studies* tende a debordare ben al di là della critica letteraria per impadronirsi di altri settori non ne sono indenni gli studi postcoloniali e neanche quelli giuridici (cfr. RUSKOLA, *Legal orientalism* cit.)

<sup>75</sup> ESQUIROL J., *The fiction of Latin American law (part I)*, 2 *Utah Law Rev.* (1997), 425 il diritto latinoamericano viene costruito da David come europeo con l'aspirazione di assimilare le società illiberali del latinoamerica a quelle europee e di rendere il diritto comparato uno strumento in grado di colmare le lacune dei diritti nazionali, recuperando la perdita scientificità.



alcune forme di consuetudine locale <sup>76</sup>, in modo tale da rendere comunque impossibile individuare soluzioni e forme giuridiche locali davvero originali <sup>77</sup>.

Oggi è forse possibile individuare alcune caratteristiche tipiche della tradizione giuridica latinoamericana e riaprire anche la discussione sulla sua appartenenza alla famiglia di civil law<sup>78</sup>. Non vi è dubbio però che la massiccia importazione di un gran numero di strumenti giuridici di origine europea e del suo intero vocabolario giuridico, nel corso del processo di sistematizzazione dei vari diritti nazionali secondo il diritto straniero che è ancora largamente in corso<sup>79</sup>, contribuisce però a limitare tale possibilità<sup>80</sup>.

Nonostante la sua forte impronta europea, il diritto latinoamericano non ha potuto sottrarsi ad una forma di orientalizzazione, di cui è interessante seguire il percorso. La sua condizione “esotica” è stata ricreata al di fuori della tradizionale dicotomia ( in cui il tradizionale-locale viene contrapposto al moderno-universale) che accompagna tali processi, ma enfatizzando l’incapacità di attecchire nella società latinoamericana.

L’immagine di un diritto “alieno”, eccessivamente formale, proiettato in una realtà che non riesce a governare si consolida e finisce allora, paradossalmente, per costituire oggi la sola vera ”originalità” di quella tradizione giuridica; un carattere che unifica esperienze

---

<sup>76</sup> Non bisogna infatti dimenticare il carattere selettivo della recezione delle codificazioni europee che spesso lasciava spazio al diritto locale di origine spagnola, particolarmente quello castigliano. Il riferimento al diritto romano veniva enfatizzato poiché questo costituiva il tratto che accomunava le nuove codificazioni con il preesistente diritto locale, rendendole accettabili come espressioni più mature (GUZMÁN BRITO, *El pensamiento de Bello sobre codificación entre las discusiones chilenas en torno a la filiación del derecho civil*, 1981, 259).

<sup>77</sup> Nella storia del colonialismo il caso americano è particolare, anche sotto il profilo giuridico. Contrariamente a quanto è avvenuto in altre situazioni, in cui il dominio coloniale ha operato attraverso la trasformazione in diritto di molte delle norme sociali in origine non vincolanti (su tali dinamiche in Africa LE ROY, *La coutume et la réception des droit romanistes en Afrique noire*, in *La coutume* 1990, 117), si è sempre immaginato le Americhe come un continente scarsamente abitato, caratterizzato da popolazioni prive di regole proprie e dunque senza mai porre la questione dell’adozione dei propri statuti personali.

<sup>78</sup> LOPEZ MEDINA, *El derecho de los jueces. Obligtoriedad del precedente constitucional. Análisis de sentencia y líneas jurisprudenciales. Teoría del derecho judicial*. 2000.

<sup>79</sup> Il processo realizzato a partire dalle prime codificazioni da Bello in Cile, sviluppato da Velez Sarsfield in Argentina la sovrapposizione al modello francese (in tal modo mentre ci si appropriava del modello continentale si reagiva contro il potere coloniale spagnolo cfr. MIROW M.C., *Private law in Latin America: Andrés Bello’s use of the Code napoléon in drafting the chilean civil code*, 61 *La.L.Rev.* (2001), 291) di una sistematica verticale di origine pandettistica ed enfatizzato contemporaneamente da Texeira de Freitas in Brasile, è ancora in corso (cfr. SCHIPANI S., *Armonizzazione e unificazione del diritto, diritto comune in materia di obbligazioni e contratti in America latina*, per una identità giuridica latinoamericana fondata sul diritto romano e sui principi generali anch’essi di origine romanistica).

<sup>80</sup> ESQUIROL J., *Fictions of Latin American Law (part I)*, 1997 *Utah L.Rev.* 425 ed ID., *Continuing Fictions of Latin American Law* 55 *Fla.L.Rev.* (2003), 41.



giuridiche anche abbastanza diverse fra loro come quelle nazionali degli oltre venti stati dell'area .

Il caso riassume bene il modo di operare delle narrative. Intanto perché dimostra come queste possano operare talvolta ben al di là delle intenzioni dell'autore. Inizialmente l'ascendenza europea del diritto latinoamericano, presentato come un puro prodotto scientifico (di altissimo livello), è messa al servizio della diffusione degli ideali democratici che caratterizzano la famiglia giuridica europea- in una società non democratica che però resiste. E questa stessa resistenza ,ribadita dal *law and development* per favorire progetti di riforma di segno diverso, si trasforma successivamente nella base per un progetto neocoloniale che consolida lo *status quo*.

L'opposizione fra diritto e società, che costituisce caratteristica a ben vedere endogena in tutti i sistemi giuridici, nella regione diventa addirittura endemica ed accentua in modo estremo la percezione di un normale fenomeno di pluralismo giuridico.

L'insoddisfazione nei confronti dei prodotti giuridici ha indotto due fenomeni diversi ma paralleli: da una parte un continuo processo di recezione, una rielaborazione estremamente formale di materiali provenienti dall'esterno senza alcuna considerazione però per il patrimonio giuridico locale<sup>81</sup>, dall'altra una perdita di interesse per il diritto ufficiale rimpiazzata da una crescente attenzione per i sistemi informali che popolano la legalità alternativa, con l'abbandono di ogni attenzione per i progetti di riforma.

In ambedue i casi l'adesione alla retorica dominante, soprattutto nella sua versione più rigorosa, ha prodotto l'abbandono del campo dell'interpretazione del diritto esistente e della configurazione delle sue regole interamente nelle mani delle élites dominanti e del metodo tradizionale, isolandolo del tutto dal contesto sociale e dagli influssi esterni e rendendo con ciò estremamente difficile mettere in discussione l'allocazione di potere e la distribuzione delle risorse esistenti.

E' questa un'altra possibile manifestazione di quella che viene definita, nei progetti postcoloniali, la difficoltà per i "subalterni di parlare"<sup>82</sup>.

---

<sup>81</sup> Per una serie di tentativi di ribaltare la visione classica cfr. BECKER LORCA A., *International law in Latin America or Latin American International Law ? Rise, Fall, and Retrieval of a tradition of legal thinking and political imagination* 47 *Harv. Int.'l L.J.* (2006), 282, ESQUIROL J., *Alejandro Alvarez's Latin American Law: a question of identity* 19 *Leiden J.Int.'l L.* (2006), 931.

<sup>82</sup> Per una descrizione delle premesse e del circuito vizioso autolesionistico che si instaura ESQUIROL J., *The failed law of Latin America*, 59 *Am J. Comp. L.*(2008), 75 ed ID., *Writing the Law of Latin America* 40 *Geo Wash.Int'l L.Rev.*(2009), 693.



Al tempo stesso la vicenda della tradizione latinoamericana costituisce anche un esempio degli effetti distributivi che la costruzione delle identità nazionali è destinata ad avere.

In quel contesto, la conclamata ascendenza culturale europea dei paesi latinoamericani doveva indurre ad abbandonare nei vari progetti di costruzione di quei diritti il conflitto locale-universale per attingere ampiamente sia a materiali regionali che europei.

Le codificazioni che seguirono all'indipendenza, ispirate per la maggior parte al code Napoleon, mentre reagivano nei confronti del coloniale, nello stesso tempo se ne riappropriavano attraverso l'uso delle fonti spagnole, la cui associazione con il diritto romano contribuiva a scolorire il marchio coloniale. Anzi, proprio la continuità con alcune delle soluzioni giuridiche tipiche della vecchia struttura coloniale spagnola, doveva essere considerato il grimaldello per facilitare l'adozione delle nuove codificazioni. E' importante notare, però, ancora una volta l'uso selettivo delle fonti: mentre nel diritto del mercato e delle obbligazioni veniva fatto ampio ricorso ai modelli francesi e tedeschi d'importazione, liberando in particolare la proprietà dai vincoli, il regime giuridico della famiglia seguiva un percorso diverso non discostandosi eccessivamente da quello coloniale precedente.

Questo esito era favorito anche dalla convinzione, ampiamente condivisa dai progressisti, che nuove regole sarebbero state del tutto incapaci a rispondere alle aspettative sociali in una materia come la famiglia ancora largamente dominata dalla tradizione. La soluzione lasciando sopravvivere da una parte il vecchio regime senza intervenire per riformare ad esempio il trattamento giuridico dei figli illegittimi e la loro successione ed intervenendo invece dall'altra per abolire l'ipoteca a favore della moglie sui beni della dote in nome della libertà della circolazione dei beni era destinata ovviamente ad avere effetti distributivi negativi su almeno due gruppi precisi: i non-bianchi, perchè a causa delle condizioni culturali ed ambientali non perfezionavano (quando potevano) la loro unione in modo da conseguire tutti gli effetti civili compresi quelli successori, ed ovviamente le donne<sup>83</sup>.

Le narrative mostrano allora un'altra faccia interessante: le differenti opinioni implicano una divergenza circa le modalità della loro utilizzazione per affrontare i problemi di una specifica area.

---

<sup>83</sup> JARAMILLO I., *From the tradition of family to the family as tradition: Family law reform in the nineteenth century Latin America*, Ovviamente è un tema destinato a diventare ricorrente nei vari regimi coloniali



In realtà le differenti narrative possono essere considerate anche semplicemente in termini di dispute ideologiche che riguardano i limiti accettabili di un progetto redistributivo.

10. In realtà, l'esperienza della comparazione mostra assai bene come i vari progetti finiscono per "inventare" quella tradizione che proclamano di voler semplicemente riscoprire o modernizzare<sup>84</sup>. Con la precisazione, però, che l'uso della parola "invenzione" serve ad indicare non tanto la creazione di un qualcosa che prima non esisteva, quanto piuttosto il processo con il quale viene raggiunta una versione univoca della tradizione, privilegiando alcuni percorsi a scapito di altri. E con esso l'"invenzione" richiama l'attenzione anche sul grado di apertura che caratterizza quello che viene presentato semplicemente come un processo ricostruttivo del tutto necessitato<sup>85</sup>.

Non si tratta tanto allora di scoprire le fonti da cui prende vita e si sviluppa una tradizione, quanto di individuare le varie componenti che vengono combinate di volta in volta per dar corpo ad una tradizione ed il modo (la teoria) secondo cui gli può essere attribuito un senso coerente che legittima la combinazione.

La metafora organicistica alla quale i giuristi da tempo sono ricorsi per spiegare il modo in cui una tradizione viene ad esistenza e si sviluppa non appare più adeguata. Nell'approccio organicistico infatti la tradizione giuridica è un insieme unico che si evolve e mantiene la propria "originalità" secondo una logica interna e che, a sua volta, si trova in relazione con altri più complessi insiemi come un'altra tradizione giuridica egemonica o una cultura non giuridica locale. Ora certamente la tradizione è indispensabile perché delimita gli orizzonti interpretativi, tutti i significati possono assumere senso soltanto all'interno di una tradizione<sup>86</sup>. E questa tradizione cambia continuamente, si evolve nel tempo. Ma se è

---

<sup>84</sup> L'espressione "invenzione della tradizione" è ovviamente in HOBBSAWN E., *Come si inventa una tradizione*, in *L'invenzione della tradizione* (a cura di HOBBSAWN E E RANGER T.), Torino 2002, 3.

<sup>85</sup> La critica delle rappresentazioni richiama il postmoderno. Importato proprio dagli studi culturali, dove è impiegato come una teoria della rappresentazione, in cui enfatizza la parzialità e l'instabilità di tutte le rappresentazioni, nel diritto viene identificato con una deriva relativistica che talvolta evoca la soggettività dell'interpretazione e l'inesauribile manipolabilità del materiale giuridico. Cosa che non corrisponde esattamente alla dinamica concreta delle pratiche interpretative nel campo giuridico. Il postmodernismo può essere invece inteso come una critica delle costruzioni giuridiche in quanto artefatti culturali che, prodotti da una cultura e linguaggio determinati, portano sempre il marchio della loro "contingenza". Tale uso attacca la pretesa di tali prodotti di costituire l'unica alternativa possibile, portando invece alla luce quanto è stato soppresso dalla ricostruzione, nel tentativo di recuperare l'apertura originaria.

<sup>86</sup> Il riferimento è al quadro proposto dall'ermeneutica cfr. FERRARIS M., *L'ermeneutica*, Roma-Bari 1998.



qualcosa dalla quale veniamo governati, non è altrettanto sicuro il contrario: cioè che la tradizione non possa essere, a sua volta, governata.

Al posto della metafora organicistica però non può neanche essere adottata una prospettiva diversa come quella che è stata definita semiotica<sup>87</sup>. Secondo questa visione la tradizione diventa un semplice deposito dal quale attingere regole operazionali, strutture concettuali che servono a configurare ed ordinare gerarchicamente i diversi campi in cui è organizzata l'esperienza giuridica e argomentazioni tipiche che ne giustificano i risultati al quale attingere per raggiungere soluzioni che possono variare, nei vari contesti, a seconda delle diverse forze che governano i rapporti fra formanti<sup>88</sup>.

Certo, è innegabile che le singole tradizioni siano costituite da una struttura di tipo complessa, come quella descritta, che delimita gli esiti a cui le varie combinazioni possono dar luogo. Anzi l'interazione fra "centro" e "periferia" evidenzia come questa struttura possa essere considerata composta di elementi largamente comuni alle diverse tradizioni<sup>89</sup>.

Il modo in cui questi si ricompongono nelle varie esperienze, la forza dei vettori per rimanere alla metafora semiotica è però il prodotto di certe particolari condizioni locali e non di una logica interna, in cui si intrecciano fattori complessi non sempre chiaramente evidenti, come l'ordine concettuale che Ewald (via Foucault) chiama *episteme*<sup>90</sup> o del tutto latenti come quelli che Sacco ha definito crittotipi<sup>91</sup> o Bourdieu individuato nell'*habitus*<sup>92</sup>.

---

<sup>87</sup> KENNEDY DU., *A semiotics of critique*, 42 *Syracuse L.Rev.*(1991), 75 ed ora con espliciti riferimenti alle tradizioni ID., *Coerenza, valori sociali e tradizione nazionale nel diritto privato europeo*, in *Riv.crit.dir.priv.* 2006, 205.

<sup>88</sup> SACCO R., *Introduzione* cit. ed ID. *Legal foants: a dynamic approach to comparative law*, 39 *Am.J.Comp.Law* (1991), 343.

<sup>89</sup> KENNEDY DU., *Three globalization cit.* ne ha individuate tre che corrispondono a diverse fasi storiche in cui si determina una particolare *legal consciousness*

<sup>90</sup> Il riferimento è ad una serie di *a priori* storici con i quali ogni epoca identifica il "modo di essere degli oggetti" ed i termini nei quali ogni uomo può svolgere un discorso sulle cose che è considerato vero" (EWALD F., *Pour un positivisme critique: Michel Foucault et la philosophie du droit*, *Droits* 3, 1986, 139 ed ID., *L'Etat Providence*, Paris 1986).

<sup>91</sup> SACCO R., *Legal formants* cit. 343 ed ora fra gli altri EBERLE E.-GROSSFELD B., *Patterns of order in comparative law: discovering and decoding invisible power*, 38 *Tex. Int'l L.J.* (2003), 291

<sup>92</sup> BOURDIEU P., *Habitus, code et codification* in *Actes de la recherche en sciences sociales* 64, 1986,40 per il quale coloro che agiscono in un determinato campo sociale incorporano progressivamente gli schemi d'azione tipici di quel campo modellando le proprie strutture mentali su di essi, in modo da agire in conformità ad essi, anche se non sono costretti da una norma giuridica *ad hoc* ed anche se offrono spiegazioni diverse per renderne conto (ancora ID. *Méditations pascaliennes* 153), come tale l'*habitus* non opera sempre necessariamente a livello inconscio.



In ogni caso il modo più adatto per descrivere il processo di costruzione di una tradizione giuridica è forse quello rappresentato dalla ricerca della sua genealogia. Ciò richiede di percorrere a ritroso il cammino per individuare tutte le sue componenti ed il modo in cui sono state intrecciate nei momenti di cambiamento per produrre nuove versioni<sup>93</sup>.

Ricostruire la genealogia, permette anche di individuare lungo il percorso altri possibili itinerari ricostruttivi che avrebbero potuto essere seguiti, ma non lo sono stati, e così di mettere in luce che la strada della sua costruzione è segnata dalla storia, dal conflitto e dalla contingenza<sup>94</sup>. In questo modo la comparazione si rivela anche una vera e propria teoria critica (della società).

---

<sup>93</sup>Lungo questo itinerario diventa evidente che il processo non sia segnato da uno sviluppo graduale, ma sia caratterizzato invece da una serie di rotture. In questa prospettiva è ovvio che le tradizioni si presentino come una sedimentazione complessa, una serie di stratificazioni cioè in cui lo strato più recente poggia sui frammenti di quelli più vecchi KENNEDY DU., *Coerenza, tradizione cit.*

<sup>94</sup> KENNEDY DU., *A critique of adjudication cit.* 248.