

QUADERNI FIORENTINI

per la storia del pensiero giuridico moderno

31

(2002)

L'ordine giuridico europeo:
radici e prospettive

TOMO I



giuffrè editore milano

UGO MATTEI

MIRAGGI TRANSATLANTICI. FONTI E MODELLI NEL DIRITTO PRIVATO DELL'EUROPA COLONIZZATA

1. Difficile immaginare un momento più propizio, ma forse anche più ostile, per una riflessione pacata sulle fonti del diritto europeo.

Si è aperto da poco un nuovo millennio. Con esso il BGB ha completato il primo secolo di vita. Il Codice Napoleonico si appresta a celebrare, in gran pompa, il bicentenario. Il codice Italiano ha raggiunto la soglia della maturità, festeggiando a sua volta un importante anniversario. Cruciali ed ambiziose riforme nel diritto privato generale, in primis lo Schuldrecht tedesco vedono la luce. Gli Inglesi abbattono tabù vetusti, affidando per la prima volta ad un giudice interno una forma di controllo di costituzionalità sulle leggi. Si è prodotta da poco, a livello comunitario, una Carta fondamentale dei diritti che consegna all'osservatore segnali per lo meno ambigui. Autorevoli (e meno autorevoli) uomini politici sono al lavoro in un ambizioso tentativo di dotare l'Europa di una Carta Costituzionale autentica. Gli Stati continuano a cedere, pur fra resistenze di varia matrice, sovranità all'Unione. L'unione, a sua volta, cede sovranità ai grandi legislatori dell'era globale, il Fondo Monetario Internazionale e l'Organizzazione Mondiale del Commercio. Fra i giuristi privatisti europei infuria il dibattito sulla codificazione, mentre la Commissione li ricambia promettendo pochi spiccioli per studi dall'ambizione smisurata. Le facoltà di Giurisprudenza vengono riformate, e gli studi comparatistici divengono quasi un logo, nel delirio di provincialismo conseguente lo sforzo disordinato di mostrarsi moderni ed avanzati. I grandi studi legali Inglesi ed Americani conquistano le piazze più lontane dalla loro tradizione giuridica, sbarcando in massa anche in Italia. Mentre gli osservatori cercano di capire che

cosa stia avvenendo ecco che, a loro volta, i nuovi arrivati corrono il rischio di essere spazzati dai grandi magazzini “tutto compreso”: le grandi Società di Revisione, sempre baldanzose nonostante la scarsa prova di indipendenza offerta oltre-Oceano, offrono, per la prima volta, servizi giuridici.

Si potrebbe continuare, tratteggiando un panorama di cambiamenti, in una pluralità impressionante di settori, capace di procurare le vertigini, se non l’angoscia, a chi debba aggiornare (o produrre) testi di diritto comparato!

Nel diritto, ovviamente, come in ogni altra forma culturale, tutto muta, sicché osservare il mutamento di fronte ai nostri occhi, costituisce il compito essenziale dello studioso avvertito. Se peraltro il mutamento non è una novità, la velocità ed il ritmo del mutamento che oggi si presenta di fronte a chi affronti il tema delle fonti del diritto in Europa sicuramente lo è. Il diritto privato europeo, prodotto da tali fonti, determinato da tutti, e molti altri tra i fattori tratteggiati poc’anzi, è un’oggetto in trasformazione così rapida che la stessa possibilità di descriverne i dati salienti risulta non poco compromessa. D’altra parte, è mai esistita la possibilità *di mere descrizioni* nel mondo del diritto? Abbandoniamo perciò del tutto il complesso di inferiorità nei confronti degli scienziati naturali, il cui oggetto di osservazione attende, immobile o quasi, di essere misurato e accingiamoci ad interpretare il mutamento, anche soltanto alcuni mutamenti, nel panorama delle fonti Europee.

È possibile tracciare una teoria capace di spiegare almeno in parte quanto fin qui avvenuto ⁽¹⁾?

2. La natura della rivista che ospita questo importante momento di riflessione collettiva sull’Europa, spinge inevitabilmente ad interrogarsi sul passato, senza obbligarci a fare i conti con tentativi predittivi di dinamiche future che, io credo, debbano tenere in considerazioni possibili e repentine soluzioni di continuità. D’altra parte, il civilista non può pretendere di vestire professionalmente i panni dello storico, (meno che mai in questo consesso!) sicché

⁽¹⁾ Ho cercato di tratteggiare una tale teoria in U. MATTEI, *A Theory of Imperial Law. A Study on U.S. Hegemony and the Latin Resistance*, in 10 *Indiana J. Global Legal Studies* (2002) e *Global Jurist frontiers*, www.bepress.com.

perfino l'osservazione a ritroso va in qualche modo limitata ad un periodo a noi vicino.

Collocherò quindi *il presente*, l'oggetto del mio tentativo di interpretazione, in un torno di anni che va dalla fine della Guerra Fredda ad oggi, spingendomi a ritroso al più fino ai primi anni ottanta, un momento ormai noto come "Rivoluzione Thatcher-Reaganiana". Mi limiterò inoltre, ad un numero relativamente limitato di mutamenti, cercando di cogliere quelli più profondi e potenzialmente strutturali, tralasciando perciò quasi interamente il diritto sostanziale, per riflettere su aspetti più marcatamente istituzionali.

Intendo esplorare taluni dei più recenti cambiamenti nel panorama istituzionale del diritto privato Europeo come fenomeni di ricezione di stilemi e modelli ispirati in larga misura dal diritto degli Stati Uniti d'America, così come recepito dai centri di produzione giuridica del mondo globale, il Fondo Monetario Internazionale, la Banca Mondiale, l'Organizzazione Mondiale del Commercio, soltanto per menzionare i più noti ed i più potenti (2). Un diritto Statunitense d'esportazione, dunque, qualcosa di profondamente diverso da quello della madre patria, così come sempre diverso è il diritto coloniale da quello dei luoghi della sua produzione. La mia analisi dell'Europa come nuovo *contesto di ricezione* fonda tuttavia le sue radici in un momento in cui l'Europa era *contesto di produzione*. Un momento in cui erano gli Stati Uniti a presentarsi come *contesto di ricezione* di stilemi e modelli prodotti in Europa (3).

Fonti del diritto è tema poliedrico che il comparatista non può affrontare in modo formale. Le pagine che seguono, come ritengo l'intero Quaderno, si collocano ad un livello discorsivo per così dire "sistemologico", capace cioè di cogliere aspetti profondi che ancorché mutabili e mutanti, non sono tuttavia interamente alla portata del tratto di penna di un legislatore. Seguirò quindi mutamenti culturali (che precludono forse a cambiamenti strutturali), mutamenti in cui dunque, la dottrina rivendica il ruolo di protagonista. L'idea

(2) Cfr M.R. FERRARESE, *Le istituzioni giuridiche della globalizzazione* (2001). Vedi S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale* (2003).

(3) La nozione di contesti di produzione e contesti di ricezione è messa a fuoco da DIEGO LOPEZ MEDINA, *Comparative Jurisprudence*, Harvard Law School (2001).

è cogliere i momenti di cambiamento profondo avvenuti in questi ultimi vent'anni cercando di coglierne il senso di massima.

3. Da qualche tempo ci si interroga sulle ragioni di un fenomeno che è oggi sotto gli occhi di tutti. Il modello giuridico degli Stati Uniti d'America, a partire dagli anni '50 del secolo scorso, circola nel mondo più di ogni altro. Gli Stati Uniti da contesto di ricezione si sono trasformati nel più poderoso contesto di produzione di modelli, stilemi, e regole giuridiche del mondo globalizzato (4).

Gioverà osservare questa importante trasformazione perché si tratta del riflesso speculare di quanto avvenuto in Europa, dove la trasformazione ha seguito un itinerario opposto: da produzione a ricezione.

Gli Stati Uniti coloniali ricevono dalla madre patria la prima fondamentale "appartenenza" sistemologica al mondo di common law. Certo, il diritto coloniale fu radicalmente diverso da quello inglese, ma non si può negare che dall'Inghilterra le colonie americane prima e, dopo l'indipendenza, gli Stati Uniti, abbiano recepito la fondamentale centralità delle Corti e della giurisprudenza fra le fonti del diritto.

Non molti anni dovettero trascorrere perché il contesto di ricezione statunitense, ormai dotato di una Costituzione scritta, scavalcasse la stessa madre patria, nel primato del giudice e della giurisprudenza fra le fonti del diritto. Già dal 1803 il giudice Americano si è arrogato il potere di dichiarare una legge invalida, per contrasto con la sua propria interpretazione del (vago) dettato costituzionale (5). Quasi duecento anni ci sono voluti perché gli inglesi, parzialmente, accedessero alla subordinazione del processo di produzione giuridica politicamente legittimato al processo di interpretazione professionale del giudice (6). La sovranità parlamentare piena fu da sempre la chiave del sistema di Westminster.

(4) Ho analizzato questo fenomeno in U. MATTEI, *Why the Wind Changed. Intellectual Leadership in Western Law*, 42 Am. J. Comp. Law. 195, (1994).

(5) Cfr. *Marbury v Madison*, 6 U.S 137, (1803).

(6) Come noto, in Inghilterra la Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo è stata incorporata, dopo un lungo dibattito, come un vero e proprio Bill of Rights. Cfr. D. LECKIE - D. PICKERSGILL, *The Human Rights Act Explained*, London, 1999.

Il caso *Bush v. Gore*, quello in cui la Corte Suprema Federale ha “deciso” le prime elezioni presidenziali del nuovo millennio, ci mostra quanto gli Americani siano stati capaci di rendere spettacolare la sovranità del giudiziario (7).

Gli Stati Uniti indipendenti, ricevono dai philosophes francesi gran parte della retorica sui diritti individuali e sulla proprietà privata. Tale ricezione, solitamente legata al nome di Madison, viene incorporata nella Costituzione, in particolare nel Bill of Rights (8). La vocazione universalistica di quelle concezioni filosofiche non è mediata in America dallo statalismo giacobino. I diritti di proprietà non devono convivere con un apparato pubblicistico che strutturalmente e profondamente li limita. I diritti universali, incorporati nella concezione statunitense del diritto internazionale, sono recepiti e divengono parte della “supreme law of the land”.

Ancora una volta il modello importato viene amplificato e spettacolarizzato in un contesto di ricezione che già ha saputo dotarsi di soluzioni originali — in particolare che ha già amplificato il ruolo delle Corti. Sul piano interno, la ri-distribuzione dei diritti di proprietà (nel senso più ampio del termine, quello consegnato loro dalla tradizione economica) ad opera delle agenzie amministrative e del legislatore viene limitata, considerata costituzionalmente inaccettabile, e comunque relegata ad un periodo storico eccezionale quale il New Deal. Le corti si ergono a paladine dei diritti di proprietà, contro la redistribuzione politica: l'attuale giurisprudenza della corte Rhenquist in materia di espropriazione mostra come la partita sia stata largamente vinta dalle concezioni proprietarie più assolute, universali ed intolleranti di ogni intervento distributivo (9).

Sul piano del diritto internazionale, le Corti Statunitensi, dotate di eccezionali strumenti coercitivi, rivendicano giurisdizione globale, in civile ed in penale, universalizzando ancor più la già rozza ed

(7) Su questo caso la letteratura è ormai cospicua sia sotto forma di libri che di articoli. Una buona collezione di saggi si può trovare nel volume 2002 della rivista monografica *Law and Contemporary Problems* pubblicata dalla Duke University Law School.

(8) La più vivace trattazione resta a mio parere G. GILMORE, *The Ages of American Law*, (1983) tr. it. *Le grandi epoche del diritto americano*, (1987).

(9) Cfr. per una ricostruzione comparativa attenta al dato economico, A. PRADI, *Il problema del valore dei diritti*, Trento, (in corso di stampa).

etnocentrica concezione universale dei diritti degli illuministi e dei gius-naturalisti. Le corti statunitensi, basano sempre più aggressivamente le loro pretese di giurisdizione universale sull'“incorporazione” del diritto internazionale nella costituzione federale. Vecchi strumenti normativi, studiati per sconfiggere la pirateria d'alto mare nel diciottesimo secolo, vengono ristrutturati e consentono alle Corti statunitensi di rivisitare episodi storici lontani, quali la tragedia dell'Olocausto, con una spettacolarizzazione della giurisdizione che non ha uguali nel mondo ⁽¹⁰⁾.

Gli Stati Uniti si discostano ancor più radicalmente dal modello inglese, se l'osservatore delle fonti sposta la sua attenzione dalla giurisprudenza alla dottrina. Mai prima di Christopher Columbus Langdell, un sistema di common law aveva legato la formazione del ceto dei giuristi al mondo universitario. Ed ancora una volta siamo di fronte ad un' importazione dalla vecchia Europa. Ed ancora una volta siamo di fronte ad una spettacolarizzazione ed amplificazione locale del modello (tedesco) di riferimento traslocato nel panorama istituzionale del contesto di ricezione. Il modello del professorato tedesco, la peculiarità di un ceto di giuristi accademici a tempo pieno, il contatto fra il mondo del diritto e la “cultura alta” della tradizione universitaria, tutte importazioni d'oltre Atlantico, sono amplificate e rese spettacolari dal modello universitario privato della neonata tradizione accademica di Harvard e della Ivy League. L'educazione del giurista ed insieme ad essa una gran parte della sua legittimazione, è trasferita in blocco nelle mani di “scienziati”. Il diritto visto come scienza, naturale all'inizio, sociale poi, spinge il discorso giuridico d'oltre oceano fino ad un limite che mai, prima d'allora, era stato raggiunto: il diritto diviene ingegneria sociale e infine tecnologia ⁽¹¹⁾. Ancora una volta sono condizioni specifiche del contesto di ricezione che amplificano l'input europeo. L'insegnamento e la ricerca universitaria non sono, come in Germania, un bene pubblico offerto in primo luogo dallo Stato. Sono attività che

⁽¹⁰⁾ Ho discusso questi temi in U. MATTEI & J. LENA, *United States Jurisdiction over conflicts Arising Outside of the U.S. Some Hegemonic Implications*, Global Jurist Topics (2001), www.bepress.com.

⁽¹¹⁾ Cfr. B. DE SOUSA SANTOS, *Toward a New Common Sense. Law Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, (1995).

devono mantenersi sul mercato, un mercato fortemente competitivo, che deve “vendere” prodotti di immediata utilizzazione. Ed è così che la “law school” deve diventare scuola professionale, politecnico: deve dimostrare di saper formare ed immettere sul mercato tecnici sempre più specializzati e “riconoscibili” come il prodotto di una certa scuola. Il realismo a Yale e alla Columbia, il Legal Process ad Harvard, la Law and Economics a Chicago, sono soltanto gli epifenomeni più accademicamente visibili di una spasmodica ricerca della diversificazione, volta ad attrarre studenti sempre più ambiziosi e qualificati, sottraendo clienti alle scuole concorrenti ⁽¹²⁾. In America, primo e (ancor per poco unico) modello al mondo la facoltà giuridica si trasforma, come Medicina, Ingegneria o Architettura, in *graduate school*, rivolgendosi a studenti già dotati di una qualche formazione universitaria di base. Nel progetto professionale del giurista accademico statunitense, trasformato in tecnocrate, sostenere la reputazione e l’immagine della propria scuola di appartenenza non è questione di buon vicinato accademico ma di interesse personale. Si tratta di investire nel logo del proprio successo. Questa forma mentale viene riprodotta a livello internazionale dove gli accademici Americani regolarmente mostrano eccezionale lealtà nei confronti del proprio modello, finendo per non vederne i guasti ed i limiti.

4. In queste condizioni il diritto degli Stati Uniti si presenta all’appuntamento con la “globalizzazione” economica e con la nascita delle sue istituzioni giuridiche. Ricco in prestigio— insieme all’intera tradizione di common law — già dal dopoguerra; libero dalle pastoie del positivismo normativo, grazie alla necessità di sviluppare “principi generali” volti a guidare il ragionamento giuridico del giurista in una pluralità di Stati; accompagnato da una incessante retorica auto-congratulatoria, divenuta parte essenziale del progetto professionale del giurista statunitense ⁽¹³⁾.

Grazie a questi ingredienti essenziali, il diritto Statunitense non

⁽¹²⁾ Una importante discussione critica di queste dinamiche si può leggere in D. F. NOBLE, *America by Design. Science, Technology and the Rise of Corporate Capitalism* (1977).

⁽¹³⁾ Cfr. E. GRANDE, *Imitazione e diritto. Ipotesi sulla circolazione dei modelli*; (2000).

poteva che esercitare un fascino irresistibile fra i giuristi della provincia — almeno quelli più curiosi intellettualmente — soffocati dalla limitatezza culturale cui si trovavano costretti in casa propria da decenni di statalismo normativo e di burocratizzazione delle istituzioni accademiche e giudiziarie. Tutto ciò anche senza considerare l'imponente sforzo propagandistico volto ad accreditare alla concezione Americana della *rule of law*, ed alla sua mancanza nell'area comunista, il merito della fine della guerra fredda.

La *rule of law* americana si vede riconosciuta la palma dell'apoliticità, una patente essenziale per il successo planetario di un movimento giuridico (14). La Banca Mondiale ed il Fondo Monetario per la prima volta a partire dagli anni novanta finanziano progetti e ricerche nel campo del diritto. Il diritto non è più oggetto di uno scontro politico fra blocchi contrapposti. La legalità socialista non contrasta più la *rule of law*. Il diritto non è più né politica né cultura ma ingegneria istituzionale. In quanto tale, diviene parte fondamentale dei progetti di "aggiustamento strutturale", volti a smantellare ogni concezione della statualità incompatibile con le ricette monetariste e post-keynesiane (15).

Quasi per incanto, il vento era mutato. L'Europa da contesto di produzione era trasformata in contesto di ricezione. Un fenomeno visibilissimo, in Svizzera come in Italia, in Germania come in Olanda, ma anche in Spagna ed in Grecia. L'avanguardia giuridica cita e si ispira agli Americani. Gli studenti brillanti vogliono fare il master in America. Gli Americani sono gli ospiti prestigiosi, cui sempre più spesso vengono conferite lauree honoris causa ed altri riconoscimenti. Sforzi istituzionali ingenti vengono dedicati a promuovere modelli e stilemi neo-Americanici (16). L'Associazione Europea di Analisi Economica del Diritto, fondata sul finire degli anni ottanta, costituisce forse l'esempio più interessante. L'egemonia si

(14) Si veda D. KENNEDY, *Three Globalizations*, in corso di stampa in "Suffolk Law Review".

(15) Il più interessante luogo dove familiarizzarsi con la letteratura più influente sulle ricette seguite dalla Banca Mondiale e dal Fondo Monetario è la bibliografia giuridico-economico-istituzionale offerta dal sito www.worldbank.org

(16) Cfr. W. WIEGAND, *The Reception of American Law in Europe*, 39 Am J. Comp. Law 229 (1991).

fonda sul consenso. Nel mondo globale la costruzione di apparati ideologici non richiede più l'iniziativa dello Stato o del Partito.

5. In concomitanza con il mutamento del vento, il pensiero accademico Americano sviluppa i tratti necessari per l'esercizio dell'egemonia. Nell'ambito del realismo giuridico, fenomeno complesso, ed eccezionalmente duraturo in terra statunitense, collochiamo gli ultimi significativi episodi di ricezione, e di apertura culturale nella dottrina d'oltre oceano. È ben noto come Pound leggesse e citasse i francesi, come Llewellyn conoscesse e si ispirasse ai tedeschi, come Cardozo conoscesse e si abbeverasse a tutte le grandi culture giuridiche Europee, e come i giuristi "immigrati", da Kessler a Schlesinger, abbiano svolto nel corso degli anni cinquanta, sessanta e settanta un eccezionale opera di "cosmopolitizzazione" della scena giuridica statunitense.

Il primo movimento di pensiero squisitamente originale (ed esclusivamente parrocchiale) negli Stati Uniti è stato il c.d. Legal Process, fiorito ad Harvard negli anni cinquanta come prima reazione forte al dominio realista sull'accademia Americana⁽¹⁷⁾. La scuola del legal process, nasce e si sviluppa in strettissima simbiosi con il particolare substrato istituzionale degli Stati Uniti d'America. Non è un caso che i suoi contributi più significativi siano stati offerti nel diritto pubblico, né probabilmente uno studio tanto sofisticato delle alternative istituzionali percorribili avrebbe potuto essere sviluppato lontano dagli Stati Uniti. Nessun diritto al mondo ha saputo sviluppare un sistema giudiziario federale completo, e l'allocazione istituzionale delle competenze decisionali è da sempre il problema prioritario che il giurista americano, pratico o teorico, deve affrontare. Nel lavoro quotidiano del giurista statunitense, le preoccupazioni legate alla giurisdizione, alla scelta del diritto applicabile, alla possibilità o meno di ottenere *discovery*, al rimedio eventualmente ottenibile, sono assai più presenti e determinanti delle discussioni sul diritto sostanziale. Era quindi in qualche modo naturale che sul piano teorico si cercasse di sviluppare, prima o poi, una assiologia delle opportunità percorribili, al fine di recuperare un minimo di

(17) Si veda A. DI ROBILANT, *Movimenti e Scuole Post-realisti*, in *Digesto Discipline Privatistiche. Appendice* (2003).

quella prevedibilità che il realismo giuridico aveva tramutato in una chimera. Da qui il contributo teorico fondamentale della scuola del *legal process*: la capacità di mostrare come il luogo istituzionale della decisione determini i contenuti della stessa⁽¹⁸⁾. Ma la lezione teorica, in qualche modo generalizzabile oltre il contesto specifico statunitense, è stata colta molto successivamente, perché gli studiosi del *legal process* avevano in mente un problema locale (la perdita di prevedibilità dovuta al predominio realista) ed offrivano soluzioni a loro volta strettamente legate al contesto locale. Strettamente parrocchiali, se si vuole, ma anche strettamente originali perché nulla di simile era stato mai tentato altrove.

Spostare il discorso dal contenuto delle decisioni (diritto sostanziale) a chi debba decidere che cosa, (*legal process*) costituisce una vera rivoluzione epistemologica, destinata ad offrire frutti e conseguenze non secondarie. Fra queste una notevole facilità a spostare il discorso dalla giustizia all'efficienza. Nella scelta su chi debba decidere, la capacità di farlo in modo efficiente non può non essere altamente rilevante. Sicché le condizioni ambientali per guardare il diritto dal punto di vista dell'efficienza, senza eccessiva preoccupazione per l'abbandono della giustizia sostanziale, non derivarono negli Stati Uniti soltanto dalla presenza di economisti nelle facoltà di giurisprudenza (una innovazione figlia del realismo) né esclusivamente da un'oscillazione del pendolo, nuovamente attratto verso le grandi teorie di ispirazione formalista, in reazione agli effetti nichilisti di certa parte del realismo.

Quali che siano le spiegazioni storiche, e quale che sia il rapporto, sicuramente ambiguo, fra realismo, *legal process* e analisi economica del diritto, sta di fatto che quest'ultima costituisce, fin dall'origine, un paradigma squisitamente Americano, intimamente parrocchiale e altamente originale. Il legame con gli economisti (nuovo ceto sacerdotale), e soprattutto la mutata percezione del rapporto fra Stato e mercato nell'ambito della globalizzazione, fanno dell'analisi economica del diritto il paradigma dominante nella globalizzazione giuridica.

Beninteso, *legal process* ed analisi economica non esauriscono

⁽¹⁸⁾ Cfr. HART & SACKS, *The Legal Process* (1994). Per una applicazione al contesto italiano, P.G. MONATERI, *Pensare il diritto civile* (1998).

l'intero ambito dei movimenti post-realisti negli Stati Uniti. Una varietà di scuole critiche, a loro volta raggruppabili in diverse sottoscuole, completano il panorama⁽¹⁹⁾. Ma tale varietà di paradigmi, che taluno ha raggruppato sotto l'etichetta di post-moderni⁽²⁰⁾, non inficia la percezione di un diritto accademico Americano, profondamente incentrato su problematiche domestiche, o comunque sostanzialmente auto-referenziale, come si conviene ad un modello dominante, tutto incentrato a parlare piuttosto che ad ascoltare, ad insegnare piuttosto che imparare.

Un modello accademico che comunque ha raggiunto, forse per la prima volta in un sistema di common law, la piena consapevolezza del proprio ruolo fra le fonti del diritto.

Grazie all'eccezionale crescita di consapevolezza della dottrina ed al ruolo conquistato dalle grandi Università, gli Stati Uniti inaugurano così il primo ordinamento al mondo fondato su due grandi controlli professionali sul processo politico: le corti, titolari dell'ultima parola sulla legittimità costituzionale, e l'accademia, titolare della legittimazione scientifica e tecnologica⁽²¹⁾.

Non può sfuggire all'osservatore critico come la titolarità del controllo sul potere politico conferisca a sua volta potere politico. Un potere politico di due istituzioni che, come direbbero gli studiosi del *legal process*, non hanno "né la spada né la borsa". Due istituzioni politiche reattive capaci di radicare profondamente i caratteri di quanto recentemente definito "adversary legalism".⁽²²⁾ Due istituzioni politiche incapaci per struttura a svolgere efficacemente qualsiasi ruolo redistributivo: sicché, in piena sintonia con le indicazioni dei nuovi guru neoliberisti, tanto maggior potere viene allocato a queste istituzioni reattive, tanto più limitate saranno le possibilità della redistribuzione egualitaria, propria di assetti istituzionali proattivi ed interventisti.

Non è un caso che proprio lo sviluppo di questi assetti istituzionali reattivi, considerati tecnologici e non politici, figurino come

(19) Cfr. DI ROBILANT, cit. *supra*, nt. 17.

(20) Cfr. G. MINDA, *Movimenti giuridici postmoderni* (2001).

(21) Mi sia consentito un rinvio a E. GRANDE-U. MATTEI, Voce *Stati Uniti*, in *Digesto Discipline Privatistiche*.

(22) Cfr. R. KAGAN, *Adversary Legalism*, (2002).

primo carattere degli aggiustamenti strutturali che instancabilmente il Fondo Monetario Internazionale pone come condizione per l'accesso al credito.

6. In concomitanza con lo sviluppo negli Stati Uniti dei tratti somatici di un sistema giuridico egemone, il diritto in Europa sembra aver sviluppato i tratti caratteristici di un contesto di ricezione. Anche qui la nostra analisi non può esser che condotta per rapidissimi cenni.

Innanzitutto, come ovvio, si incontrano immediatamente difficoltà a parlare di un sistema giuridico "europeo", non tanto per la polisemia del termine Europa, quanto perché il ruolo e l'importanza culturale dei sistemi nazionali offre indubbi caratteri di resistenza all'omogeneizzazione che una trattazione sistemologica generale dell'"Europa" inevitabilmente comporta.

Anche soltanto restando confinati all'Europa dei Trattati, non possiamo che osservare un modello giuridico composto dall'aggregato di una moltitudine di famiglie giuridiche. Non solo, come ovvio, il common law ed il civil law, ma anche la bipartizione, prestigiosamente sponsorizzata da Zweigert, Kötz, e Rudolf Schlesinger, fra un' area Francocentrica ed un' area Germanica all'interno del civil law. A ciò possiamo aggiungere un modello scandinavo, a sua volta portatore di tratti profondamente originali; un modello tradizionalmente "misto" quale quello scozzese capace di mostrare la forza ma anche la debolezza delle specificità culturali giuridiche di fronte all'uniformità linguistica; un modello spagnolo, a sua volta dotato di caratteristiche proprie, dove i tratti locali mantengono aspetti di vivezza impensabili altrove; un modello "post-socialista" quale quello della ex DDR (destinato a crescere enormemente in importanza all'interno del diritto Europeo con le prime nuove accessioni di Polonia, Repubblica Ceca, Ungheria, Slovenia ecc.). Tutto ciò ci ammonisce di quanto difficile sia, in tali condizioni di diversità strutturale, affrontare il discorso dell'Europa come un'entità generale ai fini di comparazione con gli Stati Uniti d'America.

D'altra parte, sappiamo bene che, nel diritto comparato come in ogni altro ambito del sapere, le tassonomie sono mezzi e non fini, sicché proprio questo aspetto di diversità strutturale profonda costituisce, ai fini della comparazione con gli Stati Uniti, il tratto sistemologico dominante del diritto Europeo.

I caratteri più salienti del contesto di ricezione, sono enfatizzati dalla diversità e dalla balcanizzazione, non soltanto quella giuridica ma anche quella linguistica e culturale. È noto che i sistemi giuridici “minori” quelli che mancano dei requisiti minimi per l'autosufficienza economica e culturale (anche soltanto l'auto-percezione di essere una grande cultura) tendono a sviluppare maggiori tratti di cosmopolitismo giuridico, spinti dalla necessità di accesso al dialogo culturale internazionale. Un ottimo esempio di questa disposizione alla “ricezione” si ritrova, per esempio, nella cultura giuridica israeliana, ma chiunque abbia esperienza internazionale può verificare i tratti aperti di una cultura di ricezione anche in Svizzera, Olanda, Scozia o Portogallo.

Sembra cioè possibile percorrere una scala immaginaria in cui i contesti giuridici sono caratterizzati da un tratto di apertura inversamente proporzionale con l'autosufficienza culturale (vera o presunta). Più un sistema si sente culturalmente autosufficiente, meno è disposto ad imparare dagli altri, sicché i confini fra egemonia e autarchia culturale non sono mai netti. Tendenzialmente, i sistemi egemoni sono anche culturalmente autarchici (si pensi alla Francia dell'Esegesi o alla Germania della Pandettistica) anche se i sistemi culturalmente autarchici non sono necessariamente egemoni (si pensi all'Italia della neosistemica o all'Inghilterra fra il dopoguerra e la fine della Guerra Fredda) (23).

I tratti di apertura culturale che abbiamo visto propri dei sistemi subordinati sono tradizionalmente assenti dai sistemi giuridici Europei maggiori, quali la Germania o la Francia. Ovviamente anche qui sono necessarie molte distinzioni, ma non è tuttavia un caso che, nell'ultima parte del “secolo americano”, proprio questi paesi mostrino segnali di apertura assai maggiore. Quasi una disponibilità, del tutto nuova, ad “imparare” dal sistema egemone.

7. Poste queste premesse, ed osservando ora la cultura giuridica Europea non soltanto come aggregato di diverse culture giuridiche nazionali, ma anche come “nuova” cultura giuridica transna-

(23) Trattazioni autorevoli dei tratti salienti della tradizione di *civil law* e di quella di *common law* con particolare sensibilità per le diverse epifanie all'interno delle due si trovano in A. GAMBARO & R. SACCO, *Sistemi Giuridici Comparati*, (1996).

zionale⁽²⁴⁾, ci troviamo di fronte ad una cifra nettamente subordinata, direi quasi culturalmente colonizzata dal modello economico, politico, giuridico dominante: gli Stati Uniti d'America.

Rimandando a più approfondite dimostrazioni di questo assunto, mi limiterò qui, per brevissimi cenni, ad osservare alcune variabili. Innanzitutto, è ormai ben documentato come gli stessi gruppi di pressione transnazionale che determinano gran parte del processo politico statunitense siano particolarmente attivi ed efficaci nel determinare il processo di produzione normativa di Bruxelles: può dirsi che le medesime filosofie politiche dominanti ispirino l'orientamento politico del contesto di produzione e di quello di ricezione. Filosofie politiche che trovano nel Fondo Monetario Internazionale la sede dell'elaborazione teorica, e nell'Organizzazione Mondiale del Commercio il proprio principale strumento di efficacia normativa⁽²⁵⁾.

Non è una novità, per chi sia familiare con la letteratura di diritto comparato, segnalare come un'ampia varietà di norme positive che sono parte fondamentale del nuovo diritto privato Europeo, dal diritto dei consumatori, all'antitrust, al *corporate governance*, testimonino l'influenza di modelli e stilemi americani. Né costituisce una novità osservare come la *senior pars* del diritto privato Europeo, sia dominata sul piano della cultura professionale dalla produzione "informale" dei grandi studi legali internazionali, a loro volta portatori di un dialogo transoceanico che ha in New York e Londra i propri punti focali. Così come da tempo si segnala, secondo un modello che riproduce nel rapporto fra Stati Uniti ed Europa quello fra madre patria e colonie, come le *law schools* statunitensi siano diventati i principali centri di formazione del giurista Europeo con ambizioni globali. Costui o costei sempre più sovente completa la propria formazione Europea con un master in America (e sempre più spesso anche con un ulteriore periodo di pratica legale in loco) prima di tornare in Europa e svolgere le proprie funzioni di avvocato in un grande studio.

Qualche osservazione in più può invece svolgersi andando al cuore delle fonti del diritto privato: la codificazione. È proprio in

⁽²⁴⁾ Cfr. M. HESSELINK, *The New European Legal Culture* (2002).

⁽²⁵⁾ Cfr. W.K. TABB, *L'Elefante Amoreale*, tr. it. (2002), pp. 82 ss.

quest'ambito che si possono riscontrare nuovi e più profondi fenomeni di influenza culturale, ed è a questo proposito che l'osservatore critico deve sollevare perplessità e preoccupazioni. Anche qui sarebbero necessarie maggiori precisazioni contestuali. Occorrerà almeno menzionare che l'americanizzazione della nuova periferia Europea non può in nessun caso comprendersi come fenomeno di sovrapposizione del diritto così come questo è *vigente e vivente* negli Stati Uniti. L'importazione è parziale e si esaurisce in grande misura ad un livello retorico. Si importano soltanto i tratti del modello Americano che maggiormente incoraggiano l'espansione del capitalismo globale, mentre si lasciano a casa quei tratti maturati nel corso di una profonda e spesso entusiasmante esperienza storica statunitense, che costituiscono, nel contesto di produzione, "le forze vive del diritto" (26). Così, ad esempio, mente si importa il *corporate governance* all'americana, fondato su una teoria dell'impresa come nesso di contratti, si lasciano oltre oceano le *class actions* ed i potenti strumenti nelle mani delle minoranze. Strumenti che, se non sono stati capaci di evitare disastri delle proporzioni di Enron, Arthur Andersen e Worldcom, pur sempre vigilano a che l'illegalità dei *white collars* non dilaghi del tutto incontrollata, e certamente introducono aspetti di resistenza alla più intollerabile rapacità degli interessi finanziari di breve periodo. Gli stessi interessi forti, che negli Stati Uniti lottano senza esclusione di colpi per limitare i danni punitivi, per contestare le *class actions*, (27) e per sterilizzare ogni nuovo strumento istituzionale volto a ridurre i conflitti di interesse, ma che localmente incontrano resistenze altrettanto forti ed organizzate, trovano in periferia un livello d'attenzione e di resistenza assai minore e riescono così a rinviare all'infinito il metter mano alla creazione anche in Europa di strumenti capaci di creare una legalità effettiva.

8. Il dibattito sul c.d. nuovo diritto privato Europeo, costituisce un esempio interessante a mio parere di queste dinamiche di importazione parziale, di delegittimazione della legalità istituzionale

(26) Cfr. lo splendido saggio di L. NADER, *The Life of The Law*, (2002) tr. it. *Le Forze Vive del Diritto*, in corso di stampa.

(27) Cfr. NADER, *cit.*

effettiva, di conseguenze drammatiche in termini di confusione delle priorità istituzionali, sempre a favore dei suddetti “interessi forti” (28).

Anziché metter mano ai più profondi e problematici aspetti istituzionali che rendono il diritto privato europeo incapace di creare e mantenere regole del gioco autorevoli ed effettive, il dibattito degli ultimi quindici o vent’anni si è in larga misura arroccato intorno alla questione del “Codice Civile Europeo”. Si tratta di un interessante oggetto di riflessione, perché la “questione codice” in Europa si colloca ad un livello culturale profondissimo (29), quasi viscerale, sicché interrogarsi sulle motivazioni profonde e sulle dinamiche più o meno consapevoli di questo processo, costituisce quasi un’ esercizio di psicoanalisi sociale, con tutti i benefici ed i limiti di tale approccio. Ma poiché sostengo che l’ultima parte del lungo ventesimo secolo ha trasformato l’Europa in periferia e forse in colonia, la psico-analisi sociale alla Franz Fanon, per intenderci, offre spunti radicalmente critici di innegabile interesse, anche se molti possono onestamente dissentire sulle opzioni normative (30).

Introdurrò questi problemi al lettore italiano osservando comparativamente il processo di creazione del codice del ’42 con quanto sta avvenendo in Europa oggi (31).

In Europa oggi, molti dei temi di fondo che già appassionarono i grandi civilisti italiani nella fase preparatoria della codificazione del 1942 si stanno riproponendo. Come allora ci si interrogava sulla necessità di un nuovo Codice, altrettanto oggi ci si domanda se sia proprio necessario ri-codificare, a fronte di una pluralità di codici che tutto sommato svolgono adeguatamente la loro funzione. Ci si chiede poi a quale livello di fonte debba avvenire la codificazione

(28) Ho sviluppato quest’argomento in U. MATTEI, *Hard Code Now!*, in *Global Jurist Frontiers* 2002, www.bepress.com.

(29) Cfr. A. GAMBARO, voce *Codice*, in *Digesto Discipline Privatistiche*. Civile.

(30) Cfr. F. FANON, *Les Damnés de la terre* (1961) e, in particolare, la prefazione di J.P. Sartre.

(31) Una monografia dei “Quaderni Fiorentini” è stata dedicata alla Codificazione. Si fa rinvio a quella sede per l’opinione di diversi maestri espressa in un importante convegno fiorentino. Qualche spunto anche in U. MATTEI & A. DI ROBILANT, *Il lungo addio. Il Codice Civile Italiano nel Bicentenario della Codificazione Napoleonica*, in VOGEL (ed.), *Livre du Bicentenaire du Code*, in corso di stampa.

(direttiva o regolamento), quasi a riprendere la grande (e probabilmente fasulla) alternativa codificazione-legge speciale su cui tanto rifletteva Vassalli. Ci si interroga sulle specificità del diritto dei consumatori e del diritto commerciale, proprio come allora ci si poneva il problema della commercializzazione del diritto civile...⁽³²⁾.

Naturalmente, il contesto è molto diverso non soltanto perché la dottrina europea, divisa da barriere linguistiche, è meno omogenea di quella italiana dell'epoca, ma anche perché, come visto, il baricentro della produzione intellettuale del diritto privato si è oggi spostato negli Stati Uniti. Sposato come referente forte un modello di common law, evidenti risultano le diversità proprio sul piano profondo delle fonti del diritto, sicché i temi del dibattito odierno risultano influenzati non poco dalla diversità profonda del contesto di produzione. In altre parole, mentre i giuristi Italiani affaticati a preparare il codice del '42 si misuravano con modelli di riferimento della tradizione romanista, i giuristi europei oggi si misurano con un pluralismo (anche estetico) di fonti normative che pone sul tavolo della riflessione opzioni del tutto nuove. A chi sarebbe venuto in mente di proporre seriamente l'alternativa *Restatement* senza il modello di riferimento statunitense?

Il diritto privato è anche cultura ed identità storico-politica, sicché la sostituzione di una pluralità di codici (o di esperienze non codificate) con un solo Codice Europeo comporta una rottura drammatica con il passato e allo stesso tempo rappresenta un momento fondativo sul piano politico- costituzionale⁽³³⁾. Se, pertanto vi è una differenza importante più di ogni altra nella vicenda della codificazione italiana del '42 quando comparata con quella Europea di oggi, essa si colloca a livello di dibattito politico. Mentre infatti la valenza politica del processo di codificazione era perfettamente presente alla cultura civilistica italiana di quel periodo, oggi la cultura giuridica Europea sembra ripiombata in un'operazione di

⁽³²⁾ Il dibattito ha ormai prodotto una letteratura abbondantissima. Si veda HARTKAMP, HONDIUS, HESSELINK, *Towards a European Civil Code*, (2000²).

⁽³³⁾ Si veda L. MENGONI, *L'Europa dei Codici o un Codice Per l'Europa?*, in Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, Università di Roma, vol. 7.

diniego psicologico di tale valenza⁽³⁴⁾. La ricezione del modello statunitense ha veicolato una concezione del giurista quale ingegnere sociale, professionista volto a edificare un impianto tecnologico. Questo giurista tecnocrate, rifiuta di misurarsi con la realtà politica assumendo la neutralità e la tecnicità del suo compito⁽³⁵⁾.

A parlare di Codice Civile Europeo si è incominciato nel 1989 a seguito di una raccomandazione del Parlamento Europeo, poi reiterata nel 1994, in cui la sola istituzione dotata di legittimazione politica sembrava indicare l'opportunità di percorrere questa via a causa degli eccessivi costi ed ostacoli che la diversità giuridica frappone al traffico transfrontaliero. Tale raccomandazione fu raccolta in modo tiepido dalla cultura giuridica dominante e fu interamente ignorata dalle altre istituzioni fino a questi ultimissimi mesi in cui in rapida successione sono apparsi un libro verde della Commissione (redatto in particolare dalla Direzione Generale 24, quella relativa ai consumatori e alla salute pubblica), una nuova Raccomandazione del Parlamento (assai più dettagliata in modi e tempi) ed una dichiarazione del Consiglio, che sembrano aver messo in moto il processo in modo inarrestabile⁽³⁶⁾.

I giuristi europei, in maggioranza tradizionalmente conservatori, temevano un cambiamento così importante anche perché la complessità del diritto offre grandi opportunità di ritorni professionali al ceto che ne monopolizza la conoscenza⁽³⁷⁾. La sinistra delle cattedre, scoperto in ritardo il mercato ed ubriaca delle sue virtù taumaturgiche, sta sperimentando una stagione marcatamente postmoderna sicché una codificazione generale e le scelte che essa inevitabilmente comporta, le impongono assunzioni di responsabilità anche politica di cui non sa farsi carico⁽³⁸⁾. Essa si è perciò arroccata dietro la tutela della diversità e del pluralismo culturale,

⁽³⁴⁾ Cfr. HESSELINK, *The Politics of European civil code*, in *Global Jurist Frontiers* (2001).

⁽³⁵⁾ Si veda da ultimo L.M. FRIEDMAN, *American Law in the Twentieth Century*, 572 ss. (2002).

⁽³⁶⁾ Si veda U. MATTEI, *Hard Code Now!*, in *Global Jurist Frontiers*, 2002.

⁽³⁷⁾ Cfr. MATTEI, *The Issue of Private Law Codification and Legal Scholarship. Biases, Strategies and Developments*, 22 *Hastings Int. and Comp. L. Rev.* 883, (1998).

⁽³⁸⁾ Cfr. MATTEI & DI ROBILANT, *Internazionale Style e Postmoderno nell'architettura giuridica della nuova Europa. Primi spunti critici*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.* 2001, 89 ss..

lasciando campo libero alla logica liberista e non interventista tipica del modello statunitense attuale. Se tutto ciò si colloca nella tendenza generale all'americanizzazione del diritto privato in Europa si spiegano agevolmente le varie proposte di codificazione mite (c.d. *soft law*) che paiono prendere piede.

Tale ideologia mite (soft con il capitale multinazionale quanto ad imporre limiti alle sue pratiche "efficienti", ma sempre più hard nei confronti dei ceti deboli che dalle decisioni del capitale dipendono) finirà per prevalere se un dibattito così fortemente politico continua ad essere contrabbandato come tecnico e neutrale, utilizzando logiche e strategie bugiarde smascherate da oltre settant'anni nel pensiero giuridico critico.

La maggior parte delle proposte oggi sul tavolo, lungi dall'interrogarsi sulle condizioni politiche e culturali di fondo in cui il nuovo diritto privato europeo pone le proprie radici, assumono come naturale punto di arrivo un codice *soft*, neutrale, tecnico, efficiente, facilitante e non vincolante. Un modello di codice in netta rottura con la tradizione civilistica Europea le cui radici positivistiche, assolutistiche e giacobine sono ormai considerate insopportabili dai più.

Il modelli di riferimento più accreditati, il *Restatement* e lo *Uniform Commercial Code* sono infatti entrambi statunitensi, con il che si evidenzia ancor più la disponibilità della "nuova" cultura giuridica Europea ad accettare lezioni provenienti d'oltre oceano anche negli ambiti in cui da oltre duecento anni i giuristi romanisti sono maestri. Ma non si tratta soltanto di osservare questo fenomeno di sudditanza psicologica. Si tratta di comprendere come le ricette *soft* negli Stati Uniti siano sostenibili soltanto perché calate in un sistema di fonti profondamente diverso da quello Europeo attuale. Un sistema in cui la giurisprudenza primeggia ed in cui le corti sono dotate di tutti gli strumenti di efficacia indispensabili per dettare e rendere effettivamente vincolanti le regole del gioco. Nulla di tutto ciò esiste in Europa, sicché la sacrosanta critica del positivismo giuridico rischia di condurre a gettare il bambino insieme all'acqua sporca, delegittimando ed indebolendo culturalmente e politicamente le scelte (spesso sociali) contenute nei codici.

Un filone di pensiero critico (le cui azioni, crollate dopo la caduta del muro di Berlino, sembrano oggi risalire prepotentemente,

spinte dall'evidente brutalità delle implicazioni politiche del modello neoliberista della globalizzazione imperante) fondava l'analisi dell'egemonia su due pilastri fondamentali: la forza e la persuasione. L'ideologia come falsa coscienza, a sua volta, offriva lo strumento più efficace per ottenere il consenso, indispensabile per ottenere una duratura subordinazione. Alla produzione di ideologia sono preposte alcune élites la cui attività fondamentale sembra essere quella di confondere l'ideologia con la scienza. Tali élites sono normalmente portatrici di interessi propri, normalmente derivanti da più o meno marcati privilegi sociali conseguenti allo status.

Se osserviamo le dinamiche culturali del sistema delle fonti europee nell'ambito di un tale strumentario critico, non possiamo che cogliere aspetti preoccupanti. L'élite dei giuristi europei risulta oggi nettamente divisa nell'ambito di un fenomeno di dualismo, un tempo osservabile ed osservato soltanto nello studio dei sistemi economici del c.d. terzo mondo. Un nuovo gruppo sociale di giuristi, strettamente limitato ai paesi nordici (Olanda, paesi Scandinavi, Germania ed Inghilterra), padrone dell'anglofonia e sovversivo di precedenti gerarchie interne di prestigio accademico, domina la scena e decide l'ordine del giorno del dibattito. Tale gruppo dominante, una vera Alleanza del Nord, capace di favorire la penetrazione del modello americano egemone, coopta da contesti diversi alcune individualità, a loro volta anglofone, promovendo costoro ad interlocutori sul tavolo della cultura giuridica "alta". In tal modo si cerca di far fronte al difetto di legittimazione anche culturale che deriva dal lasciar indietro la *major et senior pars* della cultura giuridica latina, quella che non si esprime in inglese e che non ha posto il dialogo con gli Americani al centro delle proprie preoccupazioni.

La retorica *soft* ed efficientistica, tecnologica e fintamente scientifica, costituisce l'arma principale di questa operazione di potere che ha come risultato finale, l'inversione del rapporto fra diritto e mercato, sicché il secondo viene utilizzato a governo del primo e non viceversa⁽³⁹⁾. Ma la natura ideologica di tale operazione non può sfuggire a chi tenga conto del fatto che il mercato è a sua volta un'istituzione che non vive e non può vivere e svilupparsi in modo

⁽³⁹⁾ Cfr. M.R. FERRARESE, *Diritto e mercato* (2000).

efficiente e sostenibile senza regole del gioco dotate di effettività, capaci di internalizzare gli effetti esterni, di limitare e neutralizzare i conflitti di interesse ed i monopoli, capaci di produrre informazione attraverso l'offerta pubblica ed indipendente della cultura e degli altri beni pubblici ⁽⁴⁰⁾.

Il sistema delle fonti del diritto costituisce l'insieme complesso di queste regole del gioco. Questa è la ragione principale per cui l'onestà intellettuale richiede uno sforzo costante ed instancabile di comprensione ed analisi del contesto di produzione delle norme prima di propagandarne l'introduzione nel contesto di ricezione. Qualche anno fa, in Italia, ipnotizzati dalla macchina spettacolare che propone instancabilmente la concezione americana (privatizzata) della *rule of law*, abbiamo importato la procedura penale all'americana, senza curarci di comprendere il contesto di produzione e le dinamiche istituzionali profonde (come per esempio la giuria) che rendono in qualche modo sostenibile quel modello ⁽⁴¹⁾. Tale ricezione, promossa da un'élite specialistica (parte della quale si è poi messa in evidenza offrendo servizi giuridici ad alcuni dei principali beneficiari di tali riforme) non è stata accompagnata da alcuno sforzo serio di comprensione e di critica da parte degli storici e degli studiosi dei sistemi giuridici comparati, i soli dotati professionalmente del bagaglio culturale che avrebbe consentito di prevedere e scongiurare per tempo il disastro che ne sarebbe seguito.

In Europa oggi, con il codice civile, si sta facendo la costituzione economica della nuova Europa. Saprà essere la costituzione di un blocco forte, autorevole e responsabile capace di assumersi le proprie responsabilità politiche economiche e storiche anche nei confronti dei paesi in cui i beni che consumiamo vengono prodotti (spesso da donne e bambini orribilmente sfruttati) ⁽⁴²⁾? O, come più probabile, sarà la costituzione economica di un'altra provincia, subordinata ed incapace di produrre resistenza e saggezza? L'espe-

⁽⁴⁰⁾ Cfr. F. DENOZZA, *Norme efficienti* (2002).

⁽⁴¹⁾ Cfr. E. GRANDE, *Italian Criminal Justice. Borrowing and Resistance*, 48 Am. J. Comp. Law 227 (2000).

⁽⁴²⁾ Si vedano simili interrogativi in P. BOURDIEU, *Controfuochi 2. Per un nuovo movimento europeo* (2001). Un'analisi del c.d. processo costituente in Europa, in costante comunicazione con le problematiche globali è ora in S. CASSESE, *Lo spazio*, cit. pp. 39-55.

rienza di tre lustri trascorsi dall'introduzione del codice di procedura penale "all'americana", in cui l'Italia ha svolto la funzione della cavia europea, e la miriade di nuove proposte di "privatizzazione" della giustizia propagandate da interessi forti e corrotti, coadiuvati da pseudo-analisi scientifiche, impongono nuovi doveri alla cultura critica.

La vicenda della codificazione civile italiana può perciò vedersi come un interessante esempio a livello di fonti del diritto in Europa di consapevolezza politica e sociale. Certo, le drammatiche condizioni imposte nel ventennio alle libertà civili, economiche e politiche degli italiani stimolarono l'atteggiamento partecipe, politicamente consapevole, e talvolta resistente di tanta civilistica. Le condizioni di oggi, a livello europeo, solo apparentemente sono migliori, se soltanto si fuoriesce almeno intellettualmente dal piccolo mondo di privilegi che l'occidente riserva al ceto dei giuristi, e si prende coscienza delle condizioni drammatiche che il modello di sviluppo monistico, prodotto dalla *Pax Americana*, impone alla moltitudine dei senza diritti, che l'Europa dopo aver sfruttato per secoli, oggi esclude senza pietà.

Il processo di codificazione è, oggi come allora, un percorso gravido di implicazioni politiche. Un processo politicamente rischioso perché rischia di "naturalizzare" e legittimare l'attuale condizione di un mercato che scarica a sud i propri effetti esterni, codificando le regole del gioco senza attenzione alle violazioni delle medesime che avvengono nel corso di processi produttivi che si svolgono fuori dai confini del mercato comune Europeo⁽⁴³⁾. Ma si tratta anche di una grande occasione politica, in cui una cultura giuridica consapevole e matura potrebbe richiamare l'attenzione alle grandi distorsioni del mercato globale, tracciando regole del gioco responsabili, che quanti intendono operare sul mercato europeo devono rispettare ovunque nel mondo.

Sta alla sensibilità politica di ciascun giurista, oggi come allora, schierarsi dall'una o dall'altra parte di un'alternativa che può essere succube degli attori forti del mercato dietro al paravento dell'ingegneria sociale, o che può invece porre le basi fondamentali di un

(43) La più potente recente analisi di questa dinamica è L. NADER, cit. nt. 26.

altro modello di mercato, dinamico ed in comunicazione costante con i luoghi ed i produttori delle merci in esso vendute.

9. Gli Stati Uniti ricevono dall'Europa le strutture portanti della tradizione giuridica occidentale. Le amplificano, le esagerano, le rendono spettacolo ⁽⁴⁴⁾, e le rispediscono al mittente deformate ed irriconoscibili. Ciò che fu il contesto di produzione non riconosce il proprio seme; si appropria avidamente di ciò che pare una novità seducente e scintillante quanto l'immagine della giustizia ritratta dall'industria di Hollywood. Ma l'immagine che si riceve non è il diritto statunitense. Ne è mero apparato ideologico, mera immagine riflessa, priva di effettivi contatti con la realtà e con il contesto. L'immagine riflessa ha comunque un impatto. Essa spinge il nuovo contesto di ricezione a smantellare le proprie strutture portanti, ritenute obsolete, senza curarsi di rimpiazzarle con altre dotate di sufficiente effettività.

⁽⁴⁴⁾ Vedi G. DEBORD, *La Società dello Spettacolo* (1967).

QUADERNI FIORENTINI

per la storia del pensiero giuridico moderno

31

(2002)

L'ordine giuridico europeo:
radici e prospettive

TOMO II



giuffrè editore milano