

Riflessioni su coerenza, valori sociali e tradizione nazionale nel diritto privato europeo

Duncan Kennedy*

1. Lo scopo di questo saggio è una riflessione, dalla parte di un osservatore esterno, su tre problematiche ricorrenti nelle discussioni sulla europeizzazione del diritto privato¹. La prima è legata all'idea di «coerenza del diritto privato», come traspare dall'espressione: «Le direttive della Commissione minacciano di distruggere la coerenza del diritto privato». La seconda riguarda la questione dei «valori sociali del diritto europeo», com'è resa evidente dalla frase: «L'armonizzazione dovrebbe riflettere i valori sociali del diritto europeo». La terza è costituita dal significato di «tradizione giuridica nazionale», com'è utilizzata nella frase: «L'armonizzazione dovrebbe essere rispettosa della particolarità delle tradizioni giuridiche nazionali».

Queste espressioni certamente non sono presenti ovunque e certamente i giuristi o la maggior parte di chi si occupa di questo settore del diritto non sono tutti d'accordo con il loro significato. Ma coerenza, valori sociali e tradizione giuridica nazionale tendono a venire molto spesso alla ribalta. E il rifiuto di utilizzare l'uno o l'altro di questi concetti può chiarire, seppur in negativo, ma non per questo meno chiaramente, le diverse posizioni. Dalla prospettiva di un osservatore esterno, americano, si può dire che la discussione negli ultimi anni non manca di suscitare qualche perplessità. Tutte e tre le idee, infatti, non vengono mai completamente svolte. Ognuna di loro è in sé abbastanza complessa. E la relazione tra loro non è mai del tutto chiara. Così, ad esempio, ci si può domandare se chi ritiene fondamentale per l'armonizzazione il destino dei valori sociali rifiuti al tempo stesso l'idea di coerenza.

Da un punto di vista europeo, vi potrebbero essere molti modi con cui rispondere a queste domande, vari infatti sono i si-

* Carter Professor of General Jurisprudence, Harvard Law School. Grazie a Daniela Caruso per i preziosi commenti. Gli errori sono soltanto miei.

¹ La versione inglese del saggio è pubblicata nel volume a cura di M. Hesselink, *The Politics of a European Civil Code*, Kluwer Law International, Amsterdam, 2006.

gnificati che coerenza, valori sociali e tradizione nazionale possono assumere nel discorso del diritto privato europeo.

È possibile, però, guardare la discussione anche da un punto di vista non europeo, cercando di adottare, per quanto ne possa valere la pena, la prospettiva elaborata in alcuni dei miei lavori – probabilmente assai poco conosciuta in Europa – allo scopo di offrire un quadro del modo in cui queste nozioni si presentano nel dibattito americano.

La coerenza

2. *La nozione di coerenza* non gioca un ruolo centrale ordinariamente nell'attuale dibattito sul diritto privato negli Stati Uniti. Ecco tre possibili spiegazioni:

- (1) la coerenza è così profondamente estranea al diritto americano che nessuno ritiene utile né criticarlo, né riformarlo con questa idea in mente;
- (2) la nozione di coerenza del diritto privato è stata in passato fondamentale, nel pensiero giuridico classico negli Stati Uniti, ma è stata criticata in maniera così devastante dalla c.d. giurisprudenza sociologica e dai realisti giuridici che gli americani si ritengono ormai «al di là» di essa; contrariamente agli europei, che pure hanno inventato quel genere di critica, ma l'hanno abbandonata dopo la seconda guerra mondiale;
- (3) la coerenza è l'ossessione dei teorici del diritto privato negli Stati Uniti da Fried e Barnett a Macaulay e da Macneil a Posner, e persino di Dworkin, ma porta un altro nome o non lo porta affatto (e i giuristi che operano al di sotto del livello astratto della teoria giuridica hanno poco interesse a definirlo, per uno dei motivi di cui al punto (1) e (2)).

Prima di iniziare però la discussione sulla coerenza, è opportuno rivelare un senso di «profonda perplessità» di fronte al modo in cui gli europei parlano del «diritto privato». A volte, infatti, sembra che si riferiscano a quelle sezioni dei codici civili continentali che comprendono il diritto delle obbligazioni; altre volte vi includono il diritto di famiglia; altre volte, ancora, vi includono insieme al diritto delle obbligazioni anche le varie regolamentazioni specifiche che riguardano il diritto del lavoro, il

diritto dei consumatori, il diritto delle locazioni, la regolamentazione dei diversi statuti proprietari (al di là della semplice disciplina delle immissioni) e così via. Rimangono sempre aperte questioni che riguardano la collocazione della disciplina della sessualità e della riproduzione (attraverso le clausole generali di buona fede, del buon costume e dell'ordine pubblico dei codici civili) nel quadro del diritto privato. Per non parlare di quelle che riguardano il diritto commerciale.

La questione è ovviamente cruciale per un discorso sulla coerenza. Per esempio, Wieacker, in una sua famosa discussione sul diritto sociale, dichiara enfaticamente che il diritto sociale del lavoro, delle locazioni, dell'ambiente, etc., ha «distrutto la coerenza del diritto privato»². L'autore sembrerebbe pensare – ma il suo pensiero non è del tutto chiaro – che il diritto delle obbligazioni era coerente – e che forse ancora lo è – ma che aver sottratto ad esso questi settori attraverso la regolamentazione legislativa ponga due problemi giuridici. Il primo è che il diritto sociale non è in sé coerente, ma è spesso strumentale («ad hoc»). Il secondo, soltanto implicito, è che non possiamo guardare l'insieme costituito da questa ampia categoria (il diritto privato) senza aver criteri coerenti per giustificare quali parti sono rimaste nel nucleo «individualista» codificato e quali ne sono state invece escluse.

E poi c'è la questione del nuovo codice civile olandese che manifestamente rovescia la secolare tendenza, volta preservare la coerenza attraverso l'esclusione, e reinserisce al suo interno la regolamentazione di alcuni settori esclusi e del codice civile italiano dell'epoca di Mussolini che sembra combinare gli elementi senza uno sforzo di integrazione concettuale. Quali sono gli interrogativi che sollevano questi casi di combinazione? Certamente non si tratta, per quanto sembra, della scomparsa del senso di incoerenza riassorbito attraverso la nuova sintesi richiamata con perplessità da Wieacker.

Un giurista che adotta un punto di vista esterno, cioè che prova a descrivere il sistema del diritto privato come un osservatore, potrebbe ritenere un sistema giuridico coerente o incoerente in varie maniere.

Un giurista che adotta un punto di vista interno, però, pre-supporrà sempre o almeno nella maggior parte dei casi una

² Franz Wieacker, *A History of Private Law (With Special Reference to Germany)*, trans. Tony Weir, New York, 1995, 431-41.

qualche caratterizzazione del campo sul quale opera prima di tentare la formulazione «corretta» di una regola o un insieme di regole.

3. *Assoluta coerenza* (tutti sanno che è impossibile). L'osservatore esterno, o il giurista prima di iniziare ad operare dal punto di vista interno, potrebbe ritenere – anche se nessuno davvero lo fa in realtà – che il sistema del diritto privato sia coerente in un senso forte. Tutte le regole del sistema, potrebbe pensare, sono conseguenti (in qualche senso, strettamente o approssimativamente, etc.) ad una serie di principi che sono o coerenti gli uni con gli altri oppure attribuiti a settori diversi del sistema secondo metaprincipi che sono coerenti gli uni con gli altri. Questi principi potrebbero essere capaci di offrire una soluzione ad ogni nuova situazione che dovesse sorgere nell'ambito dei rispettivi settori. Per esempio, si potrebbe pensare al diritto del lavoro come ad un settore interamente governato da una serie coerente di principi di carattere sociale, mentre al diritto dei contratti come ad un settore governato invece da una serie coerente di principi individualistici; e che fra il diritto dei contratti ed il diritto del lavoro il confine è assolutamente chiaro (per esempio perché il diritto del lavoro copre tutti gli accordi in cui la prestazione lavorativa è considerata come una merce). Ovviamente, nessuno afferma che il diritto privato di qualche paese sia coerente in questo senso estremo.

4. *Coerenza a livello di principio*. L'osservatore potrebbe ritenere che il sistema contiene, come base per una interpretazione giuridica, un gruppo di principi che sono coerenti tra loro oppure attribuiti a settori diversi del sistema secondo una serie coerente di metaprincipi. In questa versione, è sottinteso che molte regole concrete del sistema potrebbero essere incoerenti rispetto ai principi chiamati a governarle e che ci potrebbero essere conflitti ed emergere lacune ogni volta che si presenta un nuovo caso.

L'osservatore potrebbe concludere che i principi ed i metaprincipi permettono ai giuristi di far funzionare il sistema in modo da ricavarne soluzioni ai problemi causati da errori precedenti e soluzioni per alcune, ma non necessariamente tutte, le contraddizioni e le lacune. Queste soluzioni, nel modello, sono adottate dal giurista che mette a punto le diverse interpretazioni

o sulla base del significato che viene attribuito ai principi correttamente interpretati o sulla base di un corretto ragionamento teleologico operato a partire dai principi, interpretati come scopi dell'ordine giuridico. In questo modello, si può verificare un profondo e durevole disaccordo circa l'applicazione corretta dei principi ed anche circa l'individuazione stessa dei principi ai quali si deve ricorrere, senza mettere in discussione l'idea che il sistema sia coerente, ovviamente in questo modo assai più modesto.

I regimi giuridici di diritto privato dei diversi stati europei potrebbero essere considerati coerenti in questo senso e pure il «diritto privato europeo» potrebbe essere considerato coerente in questo senso; anche se le regole giuridiche che operano nei diversi stati, ad un livello più basso, fossero molto differenti. Le differenze sarebbero infatti semplicemente il prodotto di un disaccordo sul modo in cui interpretare principi più ampiamente condivisi.

Un giurista che ritenesse il sistema coerente in questo modo per rispondere alla «logica del sistema» potrebbe sviluppare la propria interpretazione scegliendo, per il singolo caso in questione, la soluzione che gli sembri autorizzata dai principi applicabili in un determinato settore del diritto. In realtà, questo approccio potrebbe sembrare in qualche modo obbligato proprio dall'idea che il giurista ha adottato il punto di vista interno; dal momento che la serie coerente di principi che applica è parte dell'ordine giuridico e le soluzioni a cui approda sembrano conseguire dalla precisazione del loro significato e del loro scopo. A ben vedere, però, ciò non è del tutto corretto come a prima vista potrebbe apparire.

Il giurista potrebbe decidere allora di adottare una soluzione particolare, o una intera serie di soluzioni, che differiscono da quelle dettate dai principi e dai meta-principi, nella convinzione che esista un meta-meta principio, del tipo il diritto si deve adattare al mutamento della realtà sociale o deve rispettare certi diritti individuali riconosciuti al di là dei singoli ordinamenti giuridici. In questo caso, la soluzione proposta farebbe apparire il regime del diritto privato incoerente, a meno che il giurista non compia di nuovo, in sol colpo, l'intera operazione compiuta in precedenza.

Mettere la «logica del sistema» in atto si ridurrebbe allora a individuare solo uno degli scopi dell'interpretazione giuridica

che deve essere «bilanciato» con altre finalità. Al limite, il giurista potrebbe considerare non più rilevante – per il ruolo che è chiamato a svolgere – mettere la logica del sistema in atto, ritenendosi, diciamo, obbligato a decidere i casi sulla base del loro «merito individuale» o a scegliere la «migliore soluzione moralmente possibile» o a mettere in atto un «diritto superiore» anche quando qualcuna di queste soluzioni possa entrare in conflitto con la logica del sistema.

Da un punto di vista interno (al sistema giuridico americano), non sembra convincente l'argomento secondo il quale esiste una meta-meta norma che stabilisce che il compito del giurista è soltanto mettere in atto la logica del sistema. Sembra invece preferibile l'opinione di Cardozo secondo la quale il giurista, qualche volta, può agire in modo professionalmente e moralmente corretto quando produce una interpretazione secondo la morale o la giustizia o la politica del diritto che confligge con la soluzione che la coerenza avrebbe richiesto³. Tutta la discussione, però, finisce per perdere di interesse perché la maggior parte dei giuristi, ad inclusione di chi scrive, hanno cessato da tempo di considerare o di immaginare che il diritto privato nel suo insieme (incluso il diritto sociale e il diritto di famiglia, insieme al diritto delle obbligazioni) sia dotato di principi sostanziali coerenti per ogni campo e di meta principi coerenti, capaci di operare una selezione dei casi fra i vari campi.

Le ragioni del cambiamento nella percezione o nella descrizione del diritto privato probabilmente sono molte e complesse. Ma certamente, al di là dell'oceano, si condivide una comune narrativa, come abbiamo già menzionato, in cui spetta all'ascesa del sociale il ruolo di principale responsabile da considerare così – a seconda delle prospettive – colpevole od eroe.

Nella già ricordata versione di Wieacker, il nucleo del diritto privato rimane coerente, mentre le esclusioni dal nucleo – di matrice sociale – distruggono la coerenza dell'intero campo, poiché esse sono del tutto strumentali («ad hoc») piuttosto che fondate su principi e (forse) non vi sono principi coerenti per decidere quando escludere e quando non farlo.

I *crits* americani hanno tendenzialmente respinto la formulazione di Wieacker per varie ragioni. In primo luogo, il nucleo del diritto privato non è mai parso coerente ed in secondo luogo le esclusioni sociali, sebbene non coerenti, sono lontane dal po-

³ Benjamin Cardozo, *The Nature of the Judicial Process*, New Haven, 1957, 98.

ter essere considerate semplicemente strumentali («ad hoc»). In questa prospettiva il diritto delle obbligazioni, anche nella sua forma più pura del tardo 19° secolo, in civil law o in common law, come la maggior parte di tutti gli altri settori tecnici (le modalità di formazione del contratto, la costruzione del contenuto e così via), era internamente attraversato dal conflitto tra strategie individualiste ed altruiste⁴. Per di più, settori come il diritto del lavoro e il diritto delle locazioni rappresentavano compromessi fra questi stessi fattori determinati a seconda delle circostanze dall'equilibrio delle forze, ma mai in alcun modo frammentari o caotici⁵.

Per il diritto di famiglia era lo stesso. Sebbene fosse fondato, secondo lo schema savigniniano sul principio anti-individualista della fusione intrafamiliare, il campo era infatti internamente contraddittorio in modo strettamente analogo a quello del diritto delle obbligazioni o del diritto sociale⁶ (Questo modo di descrivere la struttura del diritto privato è definito a volte «nesting» o «chiasmo» o «qualità frattale»⁷). Alla fine la suddivisione tra diritto delle obbligazioni, diritto sociale e diritto di famiglia ci appare assolutamente discrezionale, piuttosto che il prodotto del senso comune o della pratica.

5. *Coerenza come «effetto-necessità»*⁸. Il fatto che il conflitto e la contraddizione a livello di principio sembrino nel diritto privato fenomeni assolutamente pervasivi, non significa che i giuristi non avvertano differenze nella struttura dottrinale, passando da un campo all'altro o da un settore all'altro all'interno di uno stesso campo. Secondo il metodo che abbiamo seguito, occorre

⁴ Duncan Kennedy, *The Political Stakes in «Merely Technical» Issues of Contract Law*, 1 *European Review of Private Law* 7(2001). Duncan Kennedy, *Form and Substance in Private Law Adjudication*, 89 *Harvard Law Review* 1685 (1976).

⁵ Karl Klare, *The Judicial Deradicalization of the Wagner Act and the Origins of Modern Legal Consciousness: 1937-1941*, 62 *Minn. L. Rev.* 265 (1978).

⁶ Frances Olsen, *The Family and the Market: A Study of Ideology and Social Reform*, 96 *Harv. L. Rev.* 1497 (1983).

⁷ Duncan Kennedy, *A Semiotics of Legal Argument*, 42 *Syracuse L. Rev.* 75 (1991); reprinted with «European Introduction: Four Obsessions» and Bibliography in 3 *Collected Courses of the Accademy of European Law*, Book 2, 309-365 (Kluwer Academic Publishers, Netherlands 1994), Jack Balkin, *Nested Oppositions*, 99 *Yale L.J.* 1669 (1990).

⁸ Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication [fin de siecle]*, Cambridge, MA 1997. Duncan Kennedy, *Freedom and Constraint in Adjudication: a Critical Phenomenology*, 36 *J. Leg. Ed.* 518 (1986). Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication [fin de siecle]*, Cambridge, MA 1997. Duncan Kennedy, *Freedom and Constraint in Adjudication: a Critical Phenomenology*, 36 *J. Leg. Ed.* 518 (1986).

provare a sostituire all'idea di coerenza, intesa come, logica o non contraddizione a livello di principio, l'idea che un giurista che ha un «programma» o conosce «come venirne fuori» percepisce i vari campi giuridici come differenti a seconda del modo e della misura in cui essi producono l'«effetto-necessità». L'«effetto-necessità» si verifica quando si ha la sensazione, rispetto ad un caso reale o ipotetico, che siano i materiali giuridici ai quali si è ricorso a dettare il risultato.

I materiali giuridici, nei sistemi americani ed europei, includono le norme in vigore (sia quelle specifiche, sia i principi più generali), i casi giurisprudenziali e le autorità dottrinali relative. Essi includono, però, anche le intelaiature concettuali ed i progetti intellettuali con i quali vengono razionalizzate le singole decisioni e strutturati i più ampi campi in cui queste vengono collocate sia dai giudici che dagli accademici. Quando il giurista percepisce il campo in cui opera come un settore governato da una legislazione complessa che ha dato origine a molte decisioni giudiziali caratterizzate da una densa elaborazione sostanziale sulle regole applicabili e con una significativa produzione dottrinale che concorda su quali siano queste norme da applicare, sul loro significato e sul fatto che esse siano armoniosamente collegate tra di loro, il campo può essere definito «consolidato».

Quando viene sollevata una controversia, ci si aspetta che i giuristi abbiano una «soluzione pacifica» e che i legali consiglino il ricorso in giudizio, soltanto quando la posta in gioco è abbastanza alta da correre il rischio di un risultato avverso o il cliente abbia un motivo particolare per rifiutarsi di transigere.

In altri campi le cose possono apparire molto differenti. Per esempio in un campo «controverso» l'osservatore nota che fra i principi considerati vigenti ed i principi sostenuti dai giudici e dagli studiosi vi è conflitto e molte decisioni, che pure presentano fatti simili tra loro, appaiono essere il prodotto di queste due diverse serie di principi. I casi nuovi normalmente porranno la questione, estremamente interessante, di quale fra i diversi principi confliggenti potrà essere giudicato prevalente, quali analogie saranno considerate persuasive e così via.

Un'altra possibilità è che il campo si presenti inizialmente come «non razionalmente strutturato», cioè con pochi casi decisi, poca legislazione ed una scarsa produzione dottrinale che lo riguarda, insomma caratterizzato da un esiguo sforzo di razionalizzazione sia nelle opinioni giurisprudenziali che in dottrina.

In questo caso, come accade quando il campo è «controverso», l'«effetto necessità» sarà debole o del tutto assente quando viene sollevato un caso nuovo. Questa serie di possibili tipologie, ovviamente, non è esaustiva.

Questa prospettiva può essere considerata fenomenologica, nel senso più preciso di valutare non tanto se un determinato campo possa dirsi «in realtà veramente» coerente nel senso di essere coerentemente strutturato, ma di valutare se un determinato campo sia percepito come strutturato nel senso di permettere in molti casi di arrivare a risultati specifici. Un aspetto cruciale di questa prospettiva è che l'iniziale percezione del giurista o l'iniziale rappresentazione del campo non esaurisce tutta la storia. Questa possibilità è dovuta al fatto che il giurista può scegliere di lavorare sul campo, provando a modificare il modo in cui egli stesso e gli altri lo percepiscono.

La possibilità del lavoro sul campo è evidente per chi fa professione, ma non meno per il giudice e lo studioso. Anche in un campo consolidato, cioè un campo che si presenta regolato in modo esaustivo e coerente, è sempre possibile al giurista provare a ristrutturare non solo i fatti di un caso particolare, ma anche le regole rilevanti e le loro logiche in modo da controbattere o rimettere in discussione ciò che, a prima vista, si presentava come un risultato inevitabile.

Le ragioni di questa elaborazione possono essere varie. Una è il guadagno economico del professionista, un'altra può essere la ricerca «della verità nel diritto» ed un'altra ancora è la spinta a conformare il diritto in una prospettiva extra-giuridica secondo il risultato giusto o la migliore regola possibile nelle circostanze. Il motivo in sé, però, è irrilevante nel senso che il procedimento di costruzione giuridica per riconfigurare il campo, modificando con ciò l'«effetto necessità», è legittimo secondo i meta-meta-principi tipici dei sistemi giuridici occidentali.

Nello stesso tempo, è possibile ancora per il giurista accettare semplicemente l'iniziale configurazione del campo, qualunque sia l'«effetto necessità» generato nel caso specifico, ed andare avanti. In altre parole, l'elaborazione è consentita e forse considerata anche moralmente necessaria, sia da parte di chi fa professione che da parte del giudice o del giurista, ma poiché il tempo è scarso, spesso è ragionevole accettare l'idea che il campo è talmente consolidato che il tempo impiegato a destrutturarlo sarebbe sprecato.

Supponiamo però che il giurista, per una ragione qualunque, decida di lavorare sul campo. L'elaborazione modificherà il campo che, ad esempio, potrà essere considerato consolidato, ma in modo differente rispetto alla costruzione precedente o con risultati differenti nel caso in questione o in modo da renderlo più o meno consolidato, più o meno controverso, più o meno razionalizzato. Chi si mette all'opera per lavorare sul campo può assumere vari punti di vista rispetto a questi possibili effetti.

Questi potranno variare da campo a campo, ma il più interessante ai nostri fini è il caso del campo consolidato che il giurista desidera riconfigurare in modo da produrre un risultato differente in un singolo caso o in una più ampia serie di casi. Com'è accaduto, ad esempio, per il progetto di promuovere forme di responsabilità oggettiva per gli incidenti sul lavoro o nel quadro della responsabilità civile in generale alla fine dell'ottocento nel quadro di sistema fondato sulla colpa. O nel caso del moderno progetto americano di riforma della responsabilità civile, allo scopo di ridurre l'estensione della responsabilità del produttore attraverso la modifica del quadro complessivo di regole minori a favore dei consumatori danneggiati, emersa gradualmente nel periodo compreso fra il 1945 ed il 1980.

Il giurista potrebbe rifiutare nettamente qualunque programma del genere per adottare la prospettiva secondo la quale la coerenza è l'unico scopo legittimo del suo lavoro. Egli potrebbe considerare legittimo di intervenire per strutturare il campo, disegnandolo o ridisegnandolo in modo da renderlo il più coerente possibile, ma non ritenere invece legittimo di avere uno specifico progetto che include i risultati sostanziali che la sua particolare versione della coerenza potrebbe nel caso probabilmente produrre. Joseph Raz ha criticato in maniera radicale questa posizione, sostenendo che una volta riconosciuto che la coerenza è relativa e contestuale, di fronte ad una questione che non è stata «autoritativamente» risolta, l'interprete allora dovrebbe operare per raggiungere il risultato più desiderabile sotto il profilo morale (intendendo per morale la somma dei motivi che sono considerati legittimi nell'interpretazione)⁹.

Il vincolo a raggiungere decisioni in modo conforme alla «morale» è diverso rispetto a quello di preservare la coerenza del campo, perché maggiore moralità potrebbe richiedere minore coerenza. In altre parole, il giurista potrebbe finire per rendere

⁹ Joseph Raz, *The Relevance of Coherence*, 72 B.U.L. Rev. 273 (1992).

il conflitto fra i principi ed i risultati addirittura più evidente. Come ha riconosciuto Raz, ciò non rende la coerenza «irrelevante», dal momento che ci possono essere buone ragioni per attribuirgli peso nella scelta della soluzione moralmente corretta di un dato problema, semplicemente la riduce a livello di una finalità da bilanciare con le altre.

In questo modo, però, sembra che Raz tenda a reificare la distinzione fra «autoritativo» e «moralmente corretto» in modo tale da non cogliere il significato del lavoro del giurista in ognuno dei due. Egli, inoltre, trascura quello che è stato tradizionalmente considerato il più importante dei motivi per attribuire peso alla coerenza. Ed in particolare l'idea che sia la presenza di campi consolidati a vincolare il potere del giudice, cioè la sua discrezionalità nella decisione dei singoli casi particolari ed a vincolare anche il potere del legislatore di stabilire nuove regole.

Secondo la prospettiva adottata, la ragione di tutto ciò risiede nel fatto che è necessario un lavoro maggiore per destrutturare un campo già consolidato, rispetto a quello che è necessario per rendere razionale un risultato in un campo contraddittorio o difendere una soluzione in un campo che non è stato ancora razionalizzato. In altre parole, senza pensare un minuto che i campi giuridici possano essere «veramente» o «essenzialmente» coerenti in modo tale da vincolare il giudice, è possibile però affermare decisamente che le ricostruzioni ritenute consolidate sono più resistenti delle altre, in quanto è necessaria una maggiore dose di lavoro, senza peraltro alcuna garanzia di successo, per controbattere quello che a prima vista sembra un risultato scontato ed inevitabile.

Una delle ragioni strumentali che Raz mette in luce, allo scopo di attribuire peso al mantenimento della coerenza, deriva dall'interdipendenza degli elementi in un determinato campo e dalla limitata capacità del giudice o del giurista (rispetto ad un legislatore ideale) di rielaborare l'intero campo in un colpo solo. La ricerca della regola ideale, per disciplinare un determinato aspetto di una situazione, può essere controproducente vista la presenza di elementi che il giurista è almeno temporaneamente impotente a modificare. Ad esempio, se un sistema combina una decisa tendenza verso la colpa, abbinata con un'altrettanto decisa tendenza verso regole che conducono a rimedi risarcitori di elevata entità e danni punitivi, il passaggio ad una responsabilità oggettiva, che non sia seguito dalla riduzione dell'entità dei ri-

medi risarcitori, può produrre un nuovo equilibrio lontano da quello ottimale per l'allocazione dei costi (interni ed esterni) fra attori e convenuti.

Ciò che può essere considerato un motivo legittimo per attribuire peso alla coerenza dipende anche dalla teoria che si sposa circa il ruolo del giudice (o del giurista). Ad esempio, se il giudice crede che la sua soluzione in un dato settore potrà essere considerata controversa egli potrebbe, in tal caso, voler accentuare il carattere consolidato della ricostruzione del campo nel quale sta lavorando allo scopo di «farla tenere», cioè di rendere più difficile cambiarla a chi verrà dopo. In altre parole, la coerenza può apparire un semplice strumento di un particolare programma sostanziale, piuttosto che un valore in sé. E questo dipende dalla legittimità che il giudice stesso è disposto a riconoscere alla politica del diritto o a considerazioni sostanziali nell'esercizio della sua funzione, un elemento che potrebbe diventare anche una ragione legittima o meno per attribuire alla coerenza un peso.

Il decentramento, per così dire, della coerenza come valore giuridico prioritario è parte della storia dell'ascesa del sociale, già descritta. La riduzione della coerenza ad una finalità e forse ad un semplice strumento di un programma sostanziale si colloca nella storia della progressiva ascesa del bilanciamento o della proporzionalità o degli interessi confliggenti come metodo alternativo nel ragionamento giuridico dei sistemi occidentali. Questo sviluppo permette la riformulazione della coerenza in un modo nuovo e molto più modesto.

6. *La coerenza come proporzionalità*¹⁰. Questa quarta e più modesta forma di coerenza è quella tipica di un sistema in cui i principi confliggenti che lo animano sono determinati, ci sono criteri per definire quali debbano essere i principi accettabili e la decisione segue il metodo della proporzionalità o del bilanciamento, quando gli altri metodi dell'esegesi del testo o della coerenza a livello di principio non sono in grado di risolvere

¹⁰ Duncan Kennedy, *The Disenchantment of Logically Formal Legal Rationality or Max Weber's Sociology of Law in the Genealogy of Modern Legal Consciousness*, 55 *Hastings L.J.* 1031 (2004); Duncan Kennedy, *From the Will Theory to the Principle of Private Autonomy: Lon Fuller's Consideration and Form*, 100 *Colum. L. Rev.* 94 (2000). Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication*, *supra*; Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, trans. Julian Rivers, Oxford, 2002; David Beatty, *The Ultimate Rule of Law*, New York, 2004; Francois Ost & Michael van de Kerckove, *De la pyramide au reseau? Pour une theorie dialectique du droit*, Brussels 2002.

problemi specifici. I più importanti criteri per definire quali sono i principi accettabili, in sistemi considerati coerenti in questo modo, sono: (a) i principi devono essere considerati in vigore o devono essere esplicitamente adottati nella prassi giurisprudenziale o almeno deducibili dalle norme che sono considerate rilevanti; (b) i principi devono essere universalizzabili in senso habermasiano¹¹, anche se non necessariamente anche in quello kantiano (nel senso che devono essere esclusi quei principi che favoriscono una determinata distribuzione materiale delle risorse o che sono informati a qualche scelta religiosa particolare o che possono essere considerati ideologici sotto il profilo politico).

La coerenza intesa come proporzionalità può avere forza prescrittiva. Può, talvolta, guidare o influenzare o anche più incisivamente determinare la decisione. Può generare l'«effetto necessità», esattamente nello stesso modo in cui può farlo la pura esegesi o la coerenza a livello di principio. È radicalmente differente dalla coerenza a livello di principio in quanto opera delimitando ciò che può essere considerato un principio (attraverso i requisiti della positività e della universalizzabilità) e poi prescrivendo il ricorso al metodo della proporzionalità. L'«effetto necessità» è generato, in primo luogo, quando il giurista (con il suo programma o il suo modo di «uscirne fuori») scopre di non essere capace di individuare un plausibile principio intra-sistemico per sostenere il suo risultato.

In secondo luogo, il processo decisionale è capace nel tempo di generare precedenti che devono essere interpretati come esempi di soluzioni accettabili di bilanciamento o equilibrio, percepiti come «reali», che cioè esistono sul piano normativo nello stesso modo in cui esistono oggetti con campi gravitazionali nella realtà fisica. Un precedente stabilisce il peso relativo per un determinato caso. Un nuovo caso può essere considerato *a fortiori*, rispetto ad un precedente, se il nuovo caso presenta gli stessi principi da bilanciare ed il principio affermato come prevalente nel primo caso appare prevalente anche nel secondo.

Il giurista che decide di operare per destabilizzare l'«effetto necessità» generato dai materiali, in modo da sostenere un risultato specifico o riconfigurare alcune serie dipendenti di risultati, deve riordinare i principi, riformulare o reinterpretare i

¹¹ Jürgen Habermas, *The Theory of Communicative Action*, vol. I.

fatti dei casi e forse introdurre nuovi principi. Una volta ancora, come accade con la coerenza a livello di principio, non vi è garanzia di successo, ma al tempo stesso neanche modi per determinare in anticipo che l'operazione fallirà.

I principi confliggenti da bilanciare in un sistema debolmente coerente di questo tipo possono includere tutti i diversi tipi di principi che, secondo l'unanime considerazione, animano i moderni sistemi giuridici. Si ritiene che i diritti in quanto principi siano cronicamente (anche se non necessariamente) in conflitto. Questa sensazione è venuta imponendosi chiaramente negli ultimi cinquanta anni dal momento che un sempre maggior numero di costituzioni combina diritti sociali con i classici diritti individuali o gli ricollega una clausola sociale, come è accaduto per la funzione sociale della proprietà. La «costituzionalizzazione» del diritto privato si è rivelata strettamente connessa alla ascesa della proporzionalità come metodo giuridico.

Anche principi giuridici utilitaristici possono entrare in conflitto fra di loro (efficienza intesa come internalizzazione dei costi ed efficienza intesa come massimizzazione della libertà d'agire) e lo stesso può accadere per i principi morali (*pacta sunt servanda e rebus sic stantibus*). Le clausole generali presenti nei codici permettono questa possibilità. Principi di tipo differente possono essere bilanciati uno con l'altro, come accade per i diritti rispetto all'efficienza, e diritti possono essere anche bilanciati con i poteri come nel caso della sicurezza nazionale rispetto alle libertà civili e così via.

La proporzionalità può essere il metodo per decidere fra i poteri come fra i diritti, per giudicare i conflitti fra i diversi poteri (giudiziario, legislativo ed esecutivo) o fra gli organi di un'entità federale o una transnazionale come l'Unione Europea o fra esigenze interne ed internazionali. I principi possono anche collocarsi a livello di mantenimento del sistema. Ad esempio, un diritto può essere bilanciato con l'esigenza di flessibilità o di certezza.

La grande virtù taumaturgica della coerenza a livello di principio, la ragione per la quale si vorrebbe conservare il carattere consolidato dei campi e si lavora per rendere consolidati ovunque possibile campi contraddittori o non razionalizzati, è costituita dal fatto che maggiore è il loro numero minori sono, in teoria, le probabilità che l'interprete debba rimanere privo di guida di fronte ad una lacuna o ad un conflitto. La sua importanza è destinata a diminuire quando la cultura giuridica dà per

scontato che la maggior parte delle questioni può essere risolta «esegeticamente», cioè ricorrendo al significato delle norme prese una per una; nello stesso modo la proporzionalità apparirà meno importante in una cultura giuridica in cui si dà per presupposto che la coerenza a livello di principio sarà quasi sempre in grado di funzionare. Man mano che la fiducia nell'esegesi si indebolisce, la coerenza la rimpiazza. Man mano che la coerenza si indebolisce, aumenta la necessità per l'interprete di ricorrere alla proporzionalità.

La proporzionalità è così storicamente diventata un «invito alla sfiducia». Un fattore chiave nella sua emersione è stato il lavoro di critica interna operato da giuristi che, perseguendo ognuno i loro programmi particolari, cercavano di «sgombrare il terreno» come primo passo verso la ricostruzione della razionalità giuridica alla vigilia della nascita del sociale. L'impatto complessivo di questi sforzi non è stata però la ricostruzione, ma la progressiva rivelazione della dose di «abuso di deduzione» o di «concettualismo di matrice sociale» necessaria per preservare l'idea che i sistemi giuridici occidentali assicurino la separazione dei poteri.

Non ha pertanto assolutamente senso dire cose come «ci sono problemi con la proporzionalità perché è una forma debole di razionalità, manca di certezza ed è manipolabile», se con ciò si vuol dire che bisogna fermarsi all'esegesi o alla coerenza come principio. Nessuno propone la razionalità debole se ritiene che le modalità più forti possano funzionare nelle circostanze, particolarmente perché nell'area in oggetto il conflitto di principi (o scopi) sembra ineludibile.

Quando concepiamo l'ordine giuridico in termini di bilanciamento di principi e di *policies* confliggenti, percepiamo ancora campi che possono essere configurati in modo diverso. Possono essere ancora consolidati, contraddittori o non razionalizzati e così via. Come accade nel caso della coerenza a livello di principio, ci possiamo domandare se sia legittimo per il giurista lavorare per produrre un risultato che egli crede sia giusto nonostante il carattere consolidato e coerente del campo in cui sta operando, da intendersi ora nel senso di un campo i cui principi sono ben determinati e molti sono i casi in cui i rispettivi equilibri sono apparentemente definiti in modo coerente. In queste ipotesi, come accade per la coerenza a livello di principio, il giurista opera per generare l'«effetto-necessità» a favore del risul-

tato desiderato. Ma ciò può condurre sia a destrutturare che a razionalizzare del campo.

Ci possiamo domandare se esista una meta-meta-regola nel sistema secondo la quale quando non è possibile individuare un modo per elaborare un'argomentazione convincente in chiave di proporzionalità per la propria soluzione è necessario abbandonarla. O, al contrario, se c'è una meta-meta-regola secondo la quale è possibile rigettare il bilanciamento di principi e *policies* precedentemente emerso nella prassi giurisprudenziale in favore di una soluzione che rappresenta la giustizia sociale o la giustizia nel caso particolare, o l'adattamento al cambiamento sociale o il diritto al di sopra dell'ordine giuridico o una qualche altra cosa.

Il punto debole della proporzionalità, ciò che insomma può condurre a respingere la decisione prodotta seguendo il bilanciamento di principi sviluppato nei casi precedenti, è l'elemento dell'universalizzazione dei principi insieme al ricorso alla strana immagine (neo-kantiana) nella quale i principi sono raffigurati come vettori analoghi alle forze fisiche. Questo può essere inteso in senso buono e molto habermasiano oppure come un rifiuto della verità della nostra esperienza etica di indecidibilità – in modo pre-moderno, pre-Kierkegaard, pre-Nietzsche, pre-Weber, pre-Schmitt¹².

Il sociale

7. *All'origine il sociale evocava un conflitto* con tutte quelle regole alla cui base vi era il problema di ignorare l'interdipendenza. In questa prospettiva, il sociale rappresentava una critica dell'individualismo presente nel diritto privato classico. Il sociale, naturalmente, era suscettibile di assumere configurazioni diverse: di destra, di sinistra o di centro. In ognuna delle forme in cui si manifestava, però, i suoi sostenitori muovevano dall'idea che il diritto, nella sua versione individualistica classica, possedesse una solida logica interna che si traduceva nel riconoscimento di un regime giuridico determinato, fondato sul potere della volontà, cominciando dalla configurazione del diritto di proprietà come diritto assoluto. Secondo i suoi sostenitori, questa struttura concettuale conduceva direttamente ad una serie di regimi giuridici positivi diversi. Nel diritto del lavoro i sindacati non potevano vincolare i propri membri «senza il loro consenso

¹² Duncan Kennedy, *A Semiotics of Critique*, 22 *Cardozo L. Rev.* 1147 (2001).

specifico», nella responsabilità civile il risarcimento del danno per gli incidenti industriali veniva fondato esclusivamente sulla colpa, nel diritto delle locazioni era esclusa la responsabilità dei locatori per la qualità degli alloggi o per le esternalità negative che la loro proprietà fatiscente provocava, danneggiando la salute degli occupanti, la tutela del consumatore era dominata dal principio del *caveat emptor* e nel campo delle garanzie non vi era tutela di alcun genere.

Allo scopo di rendere gli individui responsabili per le conseguenze delle loro azioni in un mondo «caratterizzato dall'interdipendenza» venne così disegnato un regime giuridico ispirato al sociale, capace di prendere in considerazione l'ineguaglianza nel potere contrattuale ed i pericoli provocati dagli effetti perversi della regolamentazione, i cui principi guida furono «l'adattamento alle nuove condizioni sociali» e l'«interesse pubblico».

Non sembra però che questa sia esattamente la matrice che caratterizza il ricorso ai «valori sociali» nel dibattito contemporaneo sul diritto privato europeo, anche se è possibile trovare spesso delle allusioni all'analisi caratteristica di quel periodo e di quella corrente di pensiero e le specifiche riforme che lo hanno caratterizzato ne costituiscono ancora oggi la base di partenza.

Al posto dell'analisi in chiave di «interdipendenza», di «adattamento alle nuove condizioni sociali» ed «interesse pubblico», la retorica odierna è caratterizzata dall'enfasi attribuita alla «solidarietà» ed alle «parti deboli».

Singole categorie di parti deboli vengono gradualmente definite in relazione a singole categorie di parti forti come avviene per i lavoratori nei confronti dei datori di lavoro, delle donne nei confronti degli uomini, dei consumatori nei confronti dei professionisti-venditori, dei poveri rispetto alla classe media ed agli abbienti, degli immigranti illegali rispetto a quelli legali ed i cittadini, dei disoccupati cronici rispetto agli occupati, dei bambini rispetto agli adulti, degli incapaci mentali rispetto ai «normali», dei disabili rispetto agli abili e così via. Solidarietà significa allora un regime privatistico che prende in considerazione la debolezza di queste parti deboli e tenta di riequilibrarla nella definizione delle loro relazioni giuridiche con le parti forti.

Se originariamente l'ideologia del «sociale» faceva leva sull'interdipendenza e sui pericoli per l'integrità del tessuto sociale provocati da un diritto individualista, con l'interesse pubblico come guida per le riforme, l'attuale strutturazione in chiave di

solidarietà con le parti deboli è assai differente. Questa prospettiva ha assunto una colorazione molto più marcatamente distributiva, nel senso più preciso di richiedere regole che domandano alle parti forti di fare concessioni a quelle deboli, per il loro specifico bene. L'argomento secondo il quale condizioni sociali disagiate sono una minaccia per la classe media «normale», poiché nutrono la criminalità o il disagio o il conflitto sociale o il terrorismo, ad esempio, è ancora largamente presente, ma ha perso la sua primazia in favore di un'argomentazione condotta in chiave ancor più etica fondata sull'imperativo della solidarietà. Questo sembra trovare le sue basi nei diritti umani o nei diritti sociali o nella dignità umana o «nell'amore per l'altro».

Una sua prima semplice formula è costituita dal rifiuto di tutte le discriminazioni contro i deboli, intese come differenze formali nel loro trattamento giuridico. Un suo secondo significato, altrettanto semplice, è l'impegno contro la loro emarginazione, contro il disinteresse della società per la loro situazione, contro la mancata attenzione per le loro sofferenze ed a favore di un'allocatione di risorse per alleviarle.

Nel diritto delle obbligazioni non è questo però il problema centrale. Il vero nucleo essenziale è costituito dalle regole che governano i rapporti contrattuali fra forti e deboli e l'estensione della responsabilità del forte nei confronti del debole.

Rispetto ai diritti sociali, il nucleo problematico è rappresentato dall'ambito ricoperto dalla rete di sicurezza sociale e dai suoi costi, ma anche dal riconoscimento della libertà di escludere quella protezione.

Nel diritto di famiglia la questione riguarda il rapporto fra l'aspetto tradizionalista del pluralismo culturale e la prospettiva liberalizzante del diritto della cultura dominante, le pretese del tradizionalismo occidentale contro le stesse pretese liberalizzatrici e quelle del femminismo culturale contro le femministe libertarie e le teorie *queer* e simili.

8. Quando attraverso le regole in gioco i mercati vengono regolati dal diritto dei contratti o della responsabilità civile è sorprendente notare che i teorici europei, interessati all'affermazione dei valori sociali all'interno del diritto privato, non pare abbiano prodotto risposte convincenti alle critiche del sociale che sono ormai consolidate e tremendamente efficaci negli Stati Uniti. La prima delle quali è rappresentata dal fatto che la regolamentazione attraverso il diritto privato, se non è seguita da un

controllo sui prezzi, conduce la parte forte a trasferire i costi provocati dai regimi protettivi sui potenziali beneficiari, costringendoli ad acquistare qualcosa per la quale non avrebbero negoziato liberamente e spingendo addirittura alcuni di loro fuori dal mercato (per quel determinato bene).

La seconda è ancora più seria. Questa è rappresentata dal fatto che la protezione accordata in questi casi, quando risulta davvero a favore delle parti deboli, mette in opera un sistema di *cross-subsidy* che non è *prima facie* giustificabile. Nella sua versione più tradizionale questa critica sostiene che la maggiore protezione ottenuta dai lavoratori attraverso la regolamentazione avvenga a spese della parte più debole della forza lavoro. Il settore più debole soffre di un più alto livello di disoccupazione a causa dei costi più alti imposti all'impresa e, se impiegato in un mercato «nero», non riceve più assolutamente alcun tipo di protezione. Alti livelli di benefici sociali sono in generale possibili soltanto a prezzo di escludere le persone che si trovano al fondo della scala sociale, che possono essere rappresentate dagli immigranti illegali o semplicemente dai poveri e, nel caso americano, dalla popolazione afro-americana di quelli che una volta erano considerati i maggiori centri urbani industriali.

La versione più recente però va in direzione opposta. Le misure protettive contro i rischi nella tutela del consumatore o per gli incidenti costituiscono probabilmente una sorta di *cross-subsidy* ma, questa volta, realizzato a danno dei soggetti che appartengono alla fascia dei più responsabili ed informati nel gruppo dei deboli ed a favore di quelli meno responsabili ed informati. Ad esempio, la responsabilità del produttore come il diritto del *welfare* richiede che i membri più responsabili ed informati appartenenti allo strato più basso della classe media e dei lavoratori sussidino quelli più irresponsabili, opportunistici e venali che si trovano al loro stesso livello oppure al di sotto. Il diritto sociale sembra allora domandare forme di solidarietà fra le parti deboli, almeno nel senso in cui così vengono concepite, piuttosto che fra il forte ed il debole. Un dilemma, dunque, che può essere ironicamente definito come quello del «socialismo in una sola classe».

Il terzo problema è costituito dal fatto che il diritto sociale è coinvolto anche nella formazione dell'identità: attraverso il riconoscimento dell'irresponsabilità, dell'opportunismo e della venalità tende probabilmente a promuovere questi tratti caratteristici. Questo argomento è stato usato da generazioni contro il di-

ritto del *welfare*. Ora i sostenitori degli interessi degli attori più potenti del mercato tendono a trasferirlo sul terreno della tutela del consumatore, delle locazioni e così via. La regolamentazione dei contratti fra forti e deboli distrugge tutti gli incentivi a premunirsi, mentre offre l'opportunità di «imbrogliare», servendosi delle misure di protezione a danno delle parti più responsabili.

La sensazione è che talvolta queste argomentazioni siano valide, ma il più delle volte siano soltanto pretestuose o addirittura del tutto false. È necessario, però, avere strumenti per analizzare il modo in cui i valori sociali devono essere perseguiti nel diritto privato, inteso sia in senso stretto cioè esclusivamente come diritto delle obbligazioni, sia in senso più ampio, fino al punto da ricomprendere cioè al suo interno anche il diritto sociale. Questo tipo di analisi deve essere capace di affrontare apertamente argomentazioni di analisi economica, piuttosto che limitarsi a denunciare la Commissione per il suo neoliberalismo, quando dichiara che la regola è la libertà contrattuale e l'eccezione è l'intervento protettivo sul quale fa gravare tutto l'onere della dimostrazione della sua efficienza¹³.

In poche parole, l'espressione valori sociali non è univoca quando si parla delle regole di diritto privato che toccano il contratto o la responsabilità civile. È infatti necessario una chiara valutazione dell'impatto degli effetti sulla distribuzione delle risorse e sulla formazione dell'identità¹⁴. Ci si potrà, allora, sempre domandare se questa conclusione sia soltanto il frutto di una paranoia della sinistra americana che ha visto il programma sociale perdere gradualmente la sua forza politica a causa di una serie di attacchi secondo i quali, piuttosto che promuovere la giustizia fra il forte ed il debole, o fra la classe media ed i lavoratori, programmi del genere servono soltanto a spostare risorse all'interno della parte più bassa di quello strato sociale, lasciando tutti scontenti per una ragione o per l'altra.

¹³ Per una serie di tentativi di difendere il diritto privato sociale cfr. Duncan Kennedy, *Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law*, 41 Maryland L. Rev. 563 (1982); Duncan Kennedy, *The Effect of the Warranty of Habitability on Low Income Housing: «Milking» and Class Violence*, 15 Fla. St. L. Rev. 485 (1987); Duncan Kennedy, *The Legal Economics of Low Income Housing Markets in Light of Informality Analysis*, 4 Law and Society 71 (2002) ed anche gli articoli degli altri autori citati nelle pagine dedicate all'Housing nel sito web www.duncankennedy.net.

¹⁴ Duncan Kennedy, *The Stakes of Law or Hale and Foucault!* 15 Legal Studies Forum 327 (1991).

9. *Se ci si sposta dal diritto privato o sociale del mercato al diritto di famiglia o delle persone*, l'idea dei valori sociali acquista un'intera serie di nuove ambiguità¹⁵. Le relazioni familiari sono state una costante preoccupazione, anche se soltanto implicita, nello sviluppo di un programma sociale per il mercato. Si riteneva infatti che il diritto ispirato all'interdipendenza riconoscesse a quella più ampia organizzazione sociale, costituita attraverso il mercato, molte delle caratteristiche attribuite alla famiglia. I doveri del capofamiglia patriarcale – che, nel diciannovesimo secolo, venivano poco a poco ristretti nell'ambito della famiglia nucleare ed in seguito considerati non giuridicamente vincolanti in quanto «moralì» – furono, in realtà, riprodotti ed imposti alle relazioni fra lavoratori ed ai datori di lavori nel nome dell'interesse pubblico latamente inteso.

Ma il riferimento alla famiglia era ambiguo. Da una parte, la famiglia era il luogo dei doveri di solidarietà, dall'altra la famiglia era anche il luogo dell'autorità fondata sulle relazioni di genere e di paternità. Il programma sociale per la famiglia poteva dunque essere progressista, nella misura in cui imponeva quegli stessi elevati doveri morali (divieto di abusi e doveri di assistenza ai figli) che il diritto classico aveva soltanto riconosciuto, ma non aveva reso giuridicamente vincolanti; guardava alle cattive conseguenze della mancanza di protezione dei figli illegittimi, del divieto di divorziare, della mancata protezione della convivente, del divieto di abortire, della mancanza di una regolamentazione della prostituzione, della esclusione degli omosessuali, costituendo la base per elaborare un progetto di sinistra.

Ma, al tempo stesso, il programma poteva seguire anche la direzione inversa, nella misura in cui sosteneva il rafforzamento della potestà del padre, l'accentuazione della differenza fra i ruoli (maschile/femminile) nella famiglia, il controllo del comportamento sessuale, anche se nel nome del legame sociale e del bene della società nel suo complesso. Nel dopoguerra, man mano che il sociale nel mercato diveniva sempre più legato ad un programma progressista piuttosto che conservatore, il sociale nel diritto di famiglia e delle persone diveniva sempre più dipendente dall'autorità e dalla tradizione sia essa quella catto-

¹⁵ Maria Rosaria Marella, *The NON - Subversive Function of European Private Law: The Case of Harmonization of Family Law*, 12 E.L.J. 78 (2006). Duncan Kennedy, *Two Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-1968*, 36 Suffolk Univ. L. Rev. 631 (2003).

lica, quella greca-ortodossa, quella islamica o quella del fondamentalismo protestante.

Il discorso conservatore contrario all'aborto o alle coppie dello stesso sesso è esplicitamente legato al tema della solidarietà nei confronti del feto o dei possibili figli. Nello stesso tempo, i progressisti si sono sempre più serviti di argomentazioni di stampo liberale, egualitario o fondate sull'autodeterminazione in contrapposizione alle logiche sociali per le riforme. Il loro discorso ha assunto i toni del pensiero giuridico classico, sviluppando una retorica che può essere considerata reazionaria quando viene usata nel diritto del mercato.

Come nel diritto del mercato, la questione implica le conseguenze distributive dei differenti regimi giuridici. E queste possono essere non meno complesse che nell'area del mercato¹⁶. Ad esempio, le regole che governano il diritto delle conviventi o delle prostitute possono essere tali da produrre conseguenze anche sui livelli di reddito di cui godono le mogli. Questioni di identità sono fondamentali sia come base per ottenere protezione giuridica, sia come posta in gioco capace di essere alterata dalle regole che sono in vigore. Oggi, però, il sociale nel diritto di famiglia e delle persone sembra aver definitivamente assunto una valenza opposta rispetto a quella che ha invece nel diritto del mercato¹⁷.

Il confine fra l'area del mercato e quella della famiglia e della persona è instabile: la moglie che garantisce i debiti del marito nei confronti della banca solleva un problema interno al diritto delle obbligazioni, ma porta con sé tutte le ambiguità del sociale, tipiche del diritto di famiglia, insieme con le complicazioni distributive della tutela del consumatore. Le clausole della buona fede, del buon costume e dell'ordine pubblico applicate nei codici civili continentali al diritto di famiglia e delle persone tendono a rendere ogni tentativo di creare un confine chiaro del tutto problematico.

10. *Niente di tutto ciò vuol dire che il ricorso al sociale sia meramente strumentale.* Significa piuttosto che il sociale è un concetto in discussione, come l'individualismo liberale. E questo diventa ancora più chiaro se volgiamo l'attenzione all'intero qua-

¹⁶ Duncan Kennedy, *Sexual Abuse, Sexy Dressing and the Eroticization of Domination*, 26 New England L. Rev. 1309 (1992).

¹⁷ Duncan Kennedy, *Two Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-1968*, *supra*.

dro degli interessi e delle politiche che riguardano il diritto privato nel contesto transnazionale. Ad esempio, fra le questioni alle quali il sociale non è in grado di rispondere compiutamente, c'è il modo in cui il potere deve essere distribuito, in situazioni di almeno formale indipendenza nazionale e almeno formale democrazia interna, fra le diverse istituzioni che producono diritto.

In quella che potremmo chiamare dimensione orizzontale – corti, legislativo, autorità indipendenti, dottrina ed ipotetici attori processuali potenti come le multinazionali o NGO – tutti, a livello (europeo) nazionale, sub-nazionale, transnazionale, combattono per il controllo sulla produzione del diritto privato. Vi è un discorso, circa la corretta distribuzione di potere fra tali diverse entità, che può talvolta essere semplicemente strumentalizzato da parte di chi persegue programmi sociali o individualistico-liberali. Talvolta, però, la preoccupazione degli attori non riguarda direttamente la questione sostanziale in gioco, quanto la corretta distribuzione di potere considerata come un obiettivo in sé. Lo stesso accade rispetto alla distribuzione di potere nel diritto privato fra i diversi livelli – locali, regionali; nazionali ed europei – che, a sua volta, si interseca con la questione della distribuzione orizzontale fra corti, legislativo e così via¹⁸.

Senza dover elaborare ulteriormente il punto, tutto ciò dimostra semplicemente che non è più possibile, come accadeva una volta, servirsi della contrapposizione fra individualismo liberale e sociale come elemento cardine per orientarsi all'interno del diritto privato. Questa distinzione, per di più, ha assunto lo scopo e prodotto la nefasta conseguenza di mascherare l'irriducibile elemento di destra/sinistra insito nella politica del diritto ed anche le altre possibili forme di politica del diritto, che possono essere compresenti nel processo di formazione del diritto privato.

Ma ... per risolvere queste complessità ugualmente non servirà riproporre la divisione ideologica fra destra e sinistra come la «reale» variabile in grado di produrre una spiegazione e la «reale» fonte di un orientamento normativo. La ragione di tutto ciò risiede nel fatto che il progressismo ed il conservatorismo moderno non possono essere considerati internamente più coerenti di quanto lo fossero il liberalismo individualistico ed il sociale. La contrapposizione fra destra e sinistra, come la contrap-

¹⁸ Fernanda Nicola, *Constitutional Asymmetry and the Transformation of European Federalism: The Europeanization of Private Law* (unpublished paper available from the author).

posizione fra individualismo e sociale, è essenziale quando si cerca di comprendere la propria situazione nella posizione del *lawmaker* e l'orientamento, non tanto degli altri, quanto il proprio. Nessuna delle due contrapposizioni può, però, essere più considerata adeguata se con questa parola si vuol alludere a qualcosa tale da garantirci sicurezza nel momento in cui decidiamo¹⁹.

La tradizione nazionale

11. *I singoli sistemi nazionali di diritto privato*, all'interno di ogni data tipologia scelta per l'analisi, possono essere considerati in molti modi diversi. I sistemi possono avere regole differenti che governano casi simili. Ad esempio un sistema di responsabilità del produttore può aver adottato un regime di responsabilità oggettiva, mentre l'altro invece ricorre alla colpa. Differenti sistemi possono far uso di concetti giuridici differenti per governare aree abbastanza ampie come ad esempio si verifica con la buona fede che viene rifiutata dal sistema inglese, mentre è divenuta fondamentale nel sistema tedesco ed in tutti quelli che ne sono stati più profondamente influenzati o il concetto di patrimonio che è cruciale per molti aspetti nel sistema continentale, mentre non lo è nel sistema inglese.

Ci sono poi differenze per quanto riguarda il metodo giuridico. Queste possono rimanere a livello formale, com'è per le differenze che riguardano il modo in cui le sentenze sono scritte o motivate, o il livello implicito, come per le differenze che riguardano il grado di «formalismo» o di «politica del diritto» che può essere considerato nel ragionamento giuridico in genere. In tempi passati, era normale credere che ci fossero differenze profonde fra *civil law* e *common law*. Era anche normale pensare che i francesi fossero molto più «esegeti» dei tedeschi; che un sistema potesse attribuire maggiore rilevanza come autorità ai professori piuttosto che ad altre componenti, qualunque fosse la teoria formale delle fonti.

Da un certo momento in poi, ha preso piede l'uso di una parola più forte rispetto alla semplice differenza, per comparare i sistemi. Tradizione o cultura implicano che in una particolare

¹⁹ Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication*, *supra*. Duncan Kennedy, *A Semiotics of Critique*, *supra*. Duncan Kennedy, *The Disenchantment of Logically Formal Legal Rationality*, *supra*.

differenza c'è qualcosa di veramente «fondamentale» in gioco. «Il rispetto per le caratteristiche di una tradizione giuridica nazionale» è indicativo del ricorso a questo sentimento di più seria e profonda diversità²⁰. La nozione di tradizione e cultura tende a costituire il fondamento di un'argomentazione precisa. Quando ci si appresta a valutare o riformare o armonizzare una serie di sistemi, emerge qualche altra cosa da prendere in considerazione – la tradizione o la cultura – rispetto alle semplici soluzioni sostanziali dei problemi giuridici di quello specifico sistema che caratterizza il modo in cui «noi», cioè giuristi che operano a livello transnazionale, di solito ci poniamo rispetto al problema.

Questo aspetto potrebbe costituire un'argomentazione per limitare l'area da armonizzare allo scopo di evitare settori in cui il conflitto fra regole nazionali diverse è ritenuto notevole o di grande rilevanza simbolica. Questo aspetto potrebbe costituire anche un'argomentazione per condurre l'armonizzazione a ritmi più lenti, oppure per ricorrere alla «soft law» piuttosto che alla «hard law», oppure ancora per abbandonarle del tutto a favore di un «dialogo» fra giuristi, dottrina, giudici ed altre componenti dei differenti sistemi.

C'è un parallelo fra questo genere di argomentazione a favore della tradizione e quella a favore della coerenza di un sistema. Ognuna presuppone una possibile tensione fra considerazioni sostanziali, etiche, utilitaristiche o di politica del diritto che guardano al futuro da una parte e la «datità» del sistema in questione dall'altra.

Si potrebbe riproporre la domanda di Raz anche rispetto alla tradizione; se, nel caso in cui non vi sia nessuna regola «autoritativa» a cui ricorrere o il giurista (armonizzatore) si trovi nella posizione del legislatore, vi sia una qualche ragione per rispettare la tradizione a scapito dell'etica (o della giustizia sostanziale, qualunque sia il significato che gli si può attribuire). Se, anche in questo caso, come accade rispetto alla coerenza, è possibile rifiutare la soluzione secondo la quale la tradizione deve prevalere su tutte le altre considerazioni, è possibile allora comprendere il modo in cui la tradizione diventa rilevante.

Come accade rispetto alla coerenza, il tipo di differenza importante che vogliamo identificare attraverso la tradizione può

²⁰ Daniela Caruso, *The Missing View of the Cathedral: the Private Law Paradigm of European Legal Interpretation* (1997) 3 E. L. J. 3, 19.

avere differenti significati. È possibile cominciare distinguendo intanto due posizioni estreme, circa il modo in cui presentare differenze evidenti fra sistemi giuridici nazionali all'interno di un dato tipo, che può essere costituito dal mondo intero o da una regione particolare (Sudamerica, Medio Oriente arabo, Europa) o da un sistema federale con autonome entità statali con competenza sul diritto privato (Stati Uniti). La prima è di carattere organicistico, la seconda è di carattere «semiotico», definita così per evitare le possibili ambiguità che la parola «strutturalista» potrebbe assumere.

12. *Le tradizioni nazionali potrebbero essere considerate «organiche» nel senso di essere uno degli elementi importanti che entrano a costituire – e sono a loro volta dialetticamente costituiti da – quell'insieme rappresentato dalla cultura o dallo spirito nazionale. Ogni insieme di questo tipo costituirebbe un'unico, un prodotto sia di fattori culturali astratti sia di vicissitudini specifiche di una singola storia nazionale. All'interno dell'insieme costituito dalla cultura nazionale, la cultura giuridica rappresenta un'altro insieme, cioè un'entità animata dal suo spirito e dalla sua storia. L'élite che la elabora, in questo modo, può renderlo un prodotto di altri sistemi giuridici come ad esempio di una cultura giuridica straniera o di una cultura non giuridica locale dominante. Il cambiamento storicamente è presentato, a livello nazionale o giuridico, attraverso le immagini della crescita, dello sviluppo, della maturità, della decadenza e così via.*

È fondamentale, ma anche difficile, tenere separati i possibili significati che evoca il ricorso alla metafora dell'organicismo. Sotto il profilo metodologico che abbiamo adottato, è possibile infatti parlare sia della common law che della civil law in termini di organismi. È normale però usare l'aggettivo organico nel senso di definire un tratto caratteristico, così, ad esempio, l'inglese può interessarsi di un metodologia giuridica organicistica ma, al tempo stesso, nutrire la convinzione che la sua tradizione giuridica sia in qualche senso più «organica» (meno razionalista o meno meccanica) rispetto alla tradizione giuridica di civil law. Questo aspetto è riconducibile all'organicismo di Burke piuttosto che a quello di Savigny, secondo il quale le leggi dell'insieme profondamente radicate – implicite, e forse inattinabili razionalmente, quando l'insieme è inglese – sono sempre

messe in pericolo da interferenze utopistiche che hanno buone intenzioni²¹.

Spesso questo dato sembra banale per un americano. Ci si chiede infatti se ciò vuol dire che gli inglesi decidono i casi sulla base dei fatti o che ricorrono alla tecnica formale del precedente o che sono realmente più inclini a valutazioni di politica del diritto rispetto ai continentali²². In ogni caso, rispetto per la tradizione nazionale, secondo Raz, non dovrebbe mai significare rispetto per gli elementi che appaiono confusi, nascosti o ambigui in quella tradizione, per quanto organica i tradizionalisti possano ritenerla.

La metafora dell'organicismo è anche alla radice del funzionalismo nel diritto comparato, collegata com'è all'idea che il diritto si «adatta» alle «condizioni sociali», ci si aspetta che società simili debbano sviluppare soluzioni abbastanza simili per risolvere problemi simili caratteristici del loro ordine sociale. Questa forma di organicismo consente di riconoscere all'interno della tradizione nazionale rilevanza, nel senso cioè di attribuirgli peso al momento di decidere, all'interdipendenza degli elementi che caratterizzano una data soluzione nazionale ad un tipico dilemma dell'ordine sociale. In questo modo, chi armonizza deve prendere in considerazione il fatto che un'armonizzazione parziale può alterare uno specifico equilibrio nazionale, nel caso ad esempio il rapporto fra tecnicismo nel procedimento di conclusione del contratto ed informalità che regna nel quasi-contract; potendo produrre così cattivi risultati in un sistema che diventano però il prezzo da pagare per quelli buoni prodotti in un altro.

È degno di nota come «rispetto per la tradizione nazionale» diventi qualcosa di assai simile alla «conservazione della coerenza del diritto privato» – in questo caso, una coerenza implicita del tutto evidente agli occhi del comparatista, piuttosto che la formale coerenza dei principi in vigore – come nell'analisi di Raz. Ed è ancora degno di nota come questa forma di coerenza funzionalistica, tipica della comparazione, sia un prodotto intellettuale della corrente sociale, a partire da Lambert.

Non pare possibile fare a meno di questa forma di organicismo nonostante tutti i pericoli di imprecisione, esagerazione ro-

²¹ Robert Gordon, *Law and Disorder*, 64 Ind. L. J. 247 (1989).

²² Questo tipo di perplessità è ben illustrata da Basil Markesinis, *A Matter of Style*, L.Q.R. 607 (1994).

mantica ed oscurantismo (critiche tipiche anche del Volkgeist di Savigny) che può implicare. È innegabile infatti che ci siano differenze nazionali, ad esempio, nell'apparato convenzionale delle possibili tipologie di caratteri a disposizione (non del carattere tipo nazionale) all'interno del quale i singoli possono sviluppare variazioni infinite. Ed è altrettanto evidente come vi siano elementi di questi caratteri che sono suscettibili di essere afferrati in modo intuitivo attraverso una forma di pre-comprensione. Se una persona non riesce ad afferrarli in questo modo, costui viene considerato un incompetente nella materia²³.

13. *La prospettiva semiotica della particolarità nazionale* rifiuta rigorosamente le versioni organicistiche della diversità nazionale. Questa presuppone, infatti, che le élites giuridiche nazionali operino in tutto il settore che ci interessa attraverso un comune vocabolario concettuale che gli permette di precisare gli elementi di una regola giuridica, un comune repertorio di potenziali soluzioni giuridiche per tutti i nuovi problemi e di argomentazioni a favore e contro. Attraverso di esso vengono individuate regole particolari differenti per governare casi particolari differenti, che non costituiscono altro che «parole» nella «lingua» tipica di un discorso giuridico regionale.

Si tratta di un adattamento specifico della distinzione di de Saussure. La norma valida o quella proposta come valida non costituisce altro che una frase: una unità di un discorso giuridico. Così la regola, secondo la quale un contratto fra persone lontane è concluso non appena viene spedita l'accettazione, è un'espressione normativa; ma nella lingua giuridica tipica di quella giurisdizione si sarebbe potuto anche «dire» che il contratto è concluso soltanto con la recezione dell'accettazione. O la regola avrebbe potuto affermare anche che, se l'offerente revoca dopo aver spedito l'accettazione, ma prima di averla ricevuta, è considerato responsabile per l'affidamento che su di essa ha riposto l'oblato.

La scelta fra un'espressione e l'altra, a proposito del procedimento di conclusione del contratto, viene spiegata non con riferimento alla cultura nazionale, vista nel suo insieme, ma con riferimento all'equilibrio fra forze che, in ogni paese, può venirsi a creare in quel contesto specifico. L'idea è che le tradizioni na-

²³ Herbert Marcuse, *Reason and Revolution: Hegel and the Rise of Social Theory*, Boston, 1968.

zionali, nello spazio geografico che ci interessa, non esistono se non come stratificazione di discorsi. Naturalmente, nella misura in cui gli appartenenti ad una cultura nazionale condividono l'illusione di possedere davvero una tradizione giuridica nazionale, questa convinzione può influenzare la scelta di quello che «dicono».

Sebbene questo approccio tenda spesso a diventare meccanicistico e riduzionista (critica tipica dello strutturalismo di Lévi-Strauss), non è possibile però farne a meno come del resto accade per l'organicismo. È innegabile, talvolta, come ciò che agli appartenenti ad un singolo sistema sembra costituire un profilo estremamente originale, determinato dal contesto specifico (nazionale) del discorso, appare in una prospettiva più ampia niente altro che il gioco di modifiche all'interno di una serie di opzioni rigidamente predeterminate.

14. *La nozione di coscienza giuridica*²⁴, com'è stata sviluppata dal pensiero critico americano (CLS), rappresenta una sorta di compromesso fra l'approccio organicistico e quello semiotico (che opera in modo non diverso dalla «coerenza come proporzionalità») come un «invito alla diffidenza». In questo caso, la diffidenza riguarda la possibilità di superare la contrapposizione fra le due metodologie (come accade con la teoria delle onde e quella delle particelle per la luce²⁵).

La nozione di coscienza ha un valore euristico: è cioè un modo di guardare all'ordine giuridico; è un catalogo di elementi la cui identificazione, in un dato contesto, può rendere quel contesto più intellegibile di quanto lo fosse prima che si cominciasse ad identificare fattori come la lingua, le partizioni fondamentali in cui è articolato il corpus giuridico e le serie di trasformazioni che è possibile produrre con il passaggio fra una teorizzazione e l'altra.

Il concetto ha tre dimensioni sincroniche. In primo luogo, gli attori giuridici sono abituati ad una ampia serie di regole di diritto positivo, qualunque sia il modo con cui vengono stabilite

²⁴ Duncan Kennedy, *Toward an Historical Understanding of Legal Consciousness: The case of Classical Legal Thought in America: 1850-1940*, 3 *Research in Law and Soc.*, Spitzer ed. (1980); Duncan Kennedy, *The Structure of Blackstone's Commentaries*, 28 *Buffalo L. Rev.* 205 (1979); Duncan Kennedy, *From the Will Theory to the Principle of Private Autonomy: Lon Fuller's Consideration and Form*, *supra*; Duncan Kennedy, *Two Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-1968*, *supra*.

²⁵ Paul Feyerabend, *Against Method*, London, 1988.

e qualunque sia il grado di problematicità con cui vengono ritenute valide. In secondo luogo, gli stessi attori percepiscono questo insieme come un tutto organizzato o strutturato orizzontalmente in campi e verticalmente secondo principi. I campi, come abbiamo già detto, possono essere più o meno consolidati, contraddittori, non razionalizzati e così via. Questa è la «struttura» in cui la coscienza è articolata.

In terzo luogo, la dimensione dinamica della coscienza è una lingua, che offre un ampio lessico giuridico ed una serie di regole di funzionamento attraverso il quale gli attori producono proposte che riguardano le norme giuridiche, proposte che possono venire accolte o meno, ed argomentazioni giuridiche «grammaticalmente corrette» a favore e contro tali regole. Ad esempio una regola è consigliabile perché promuove la sicurezza delle contrattazioni o perché permette maggiore flessibilità.

La prima, la dimensione positiva delle norme, e la seconda, la dimensione concettuale dell'organizzazione orizzontale e verticale, sono il prodotto della terza, la dimensione discorsiva della pratica giuridica. Si tratta di parole pronunciate nella lingua. È cruciale, per capire questo modello, avere presente che vi può essere un numero infinito di norme «grammaticalmente corrette», di argomentazioni giuridiche e di ordini concettuali in grado di essere espressi attraverso un linguaggio giuridico, proprio come accade nel linguaggio ordinario. Questi sono, naturalmente, veicolati attraverso la massa di regole e l'ordine concettuale pre-esistenti, ma anche da molti altri più complessi elementi come i *crittotipi* di Sacco²⁶ oppure l'*habitus* di Bourdieu²⁷.

15. Si studia *la storia di una coscienza attraverso un metodo genealogico* (quello di Nietzsche²⁸ o di Foucault²⁹) guardando non alle origini, ma ai vari elementi che gli attori combinano nei momenti di cambiamento allo scopo di produrre una nuova versione della coscienza come ordine positivo, organizzazione concettuale e lingua. Di nuovo, seguendo Foucault, la storia delle co-

²⁶ Rodolfo Sacco, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, 39 Am. J. Comp. Law 1, 343 (1991).

²⁷ Pierre Bourdieu, *Outline of a Theory of Practice*, Richard Nice, trans., Cambridge, Eng. 1977.

²⁸ Friedrich Nietzsche, *The Genealogy of Morals: A Polemic*, Robert Hurley trans., New York, 1924

²⁹ Michel Foucault, *Nietzsche, Genealogy, History*, in *Language, Counter - Memory, Practice: Selected Essays and Interviews* (Donald F. Bouchard ed., Donald F. Bouchard and Sherry Simon trans., 1977).

scienze giuridiche in Occidente è segnata da trasformazioni linguistiche e concettuali che vanno al di là del cambiamento graduale; ed è probabile che una data coscienza conservi questi elementi come sedimenti o strati, con il nuovo che si sovrappone agli elementi frantumati del vecchio, piuttosto che come il prodotto di una nuova totalità³⁰. Le metafore organicistiche sono del tutto appropriate, allora, per descrivere il processo di cambiamento in questo tipo di quasi-insieme.

16. *Diverse coscienze ed i rapporti al loro interno.* Nel moderno ordine dei sistemi giuridici nazionali, è possibile distinguere sistemi più o meno aperti o chiusi, sia internamente, nei confronti della «società» nazionale, sia esternamente, nei confronti della realtà giuridica che si trova al di là dei confini nazionali³¹. È possibile distinguere anche sistemi più o meno integrati con altri sistemi, nel senso di sistemi che condividono un più o meno ampio numero di norme positive, ordini concettuali e lingua. Apertura esterna significa interazione, ma questo elemento non necessariamente può portare all'integrazione.

Nel caso degli Stati Uniti, le giurisdizioni statali che hanno (all'interno dei limiti posti dal sistema federale) l'ultima parola sui regimi di diritto privato sono, però, relativamente aperte l'una rispetto all'altra e relativamente integrate dal punto di vista delle norme, degli ordini concettuali e della lingua. Il sistema del diritto privato americano, considerato nel suo insieme, può essere definito relativamente aperto verso il sistema inglese e verso quelli continentali ed integrato, prima con quello inglese e poi con quelli continentali ad ogni livello; dopo la seconda guerra mondiale, si è trasformato in un sistema relativamente chiuso rispetto al resto del mondo, sebbene sia rimasto relativamente integrato. Ci si potrebbe domandare questioni simili rispetto al Sudamerica, al Medio Oriente arabo ed all'Europa, considerati nel loro insieme come sistemi sovrani quanto al diritto privato.

È possibile sostenere che coscienze giuridiche nazionali che esistono in un sistema di relativa apertura ed integrazione del tipo degli Stati Uniti, del Sudamerica, del Medio Oriente arabo e dell'Europa condividano una comune coscienza regionale.

³⁰ Michel Foucault, *The History of Sexuality*, Volume III, Robert Hurley, trans. New York, 1990.

³¹ Maurizio Lupoi, *Sistemi giuridici comparati: Traccia di un corso*, Naples, 2001.

Così è possibile considerarla, se appare utile ricorrere a questa visione.

Una coscienza regionale di questo tipo si porrà in relazione di relativa apertura o chiusura rispetto ad altri sistemi di dimensione comparabile. Una questione cruciale, per tutti i sistemi regionali, oggi riguarda la loro relazione di apertura o di chiusura rispetto agli Stati Uniti.

17. *Tradizione nazionale e valori sociali.* Se volessimo ricorrere ancora a questa nozione intesa in senso molto lato, semplicemente con valore euristico, si potrebbe anche dire che negli ultimi 150 anni ci sono state tre diverse coscienze giuridiche occidentali che hanno operato a livello transnazionale su scala mondiale (il pensiero giuridico classico, il sociale e la coscienza giuridica contemporanea), offrendo una struttura concettuale ed un linguaggio a molti sistemi nazionali in tutto il mondo. Sistemi giuridici nazionali che hanno ricevuto il CLT o il sociale o il contemporaneo lo hanno realizzato («parlato») in modo diverso. Con l'avvento del sociale ad esempio hanno sviluppato differenti regimi per gli incidenti provocati dallo sviluppo industriale, la regolamentazione delle locazioni e così via. Queste costituiscono la «parola» nel senso di un'affermazione nella lingua sviluppata a livello transnazionale e ricevuta a livello nazionale. Gli specifici regimi variano infinitamente quanto ai dettagli, ma tutti rispondono ad un numero relativamente piccolo di modelli, che vengono riprodotti paese dopo paese.

La coscienza giuridica contemporanea su scala mondiale è caratterizzata, fra le altre cose, dal conflitto perennemente irrisolto fra l'approccio classico e quello sociale al diritto privato, ed assume quella particolare struttura in cui il sociale è progressista nel diritto del mercato e conservatore nel diritto di famiglia e delle persone (mentre l'opposto accade per l'individualismo classico). Un modo per comprendere la differenza nazionale è considerarla semplicemente come una diversità di soluzioni, all'interno di una struttura concettuale comune e di un comune linguaggio, che riflette la forza delle due diverse tendenze in paesi differenti, in relazione a questioni differenti ed in tempi differenti. In altre parole, la tradizione giuridica nazionale non sarebbe altro che un modo di descrivere la forza relativa che le due tendenze transnazionali, la classica ed il sociale, hanno espresso in singoli contesti specifici.

Questo tipo di spiegazione, però, è sempre incompleto. Non significa molto dire che la scelta di una regola è il prodotto dell'equilibrio fra le forze, se non si ha una spiegazione delle ragioni per le quali l'equilibrio che ne è risultato ha preso una direzione piuttosto che un'altra. Una spiegazione del genere tende a spostarsi dal piano transnazionale e semiotico a quello del contesto ed a quel punto si ripropone di nuovo la scelta fra l'organicismo e la semiotica come modelli per l'analisi. È, però, importante notare come oggi in Europa, tutti i paesi tranne la Gran Bretagna, concordino nel ritenere che se c'è una cosa che li distingue quanto alla loro tradizione nazionale, è il loro carattere eminentemente sociale³².

18. *La dimensione del dominio.* All'interno di un sistema transnazionale come l'Europa e fra le coscienze transnazionali, si potranno instaurare vari tipi di relazioni complesse di gerarchia, potere, dominio, egemonia e così via³³. Una questione di dominio è certamente implicata dalla costituzione e diffusione della coscienza transnazionale attraverso tutta la regione. I giuristi in qualche paese hanno maggiore influenza che in altri paesi, ed alcuni paesi sono ben caratterizzati come recettori piuttosto che autori dello sviluppo nella struttura concettuale e nel linguaggio. I paesi forti possono esercitare un'influenza diretta sugli altri.

Le modalità con le quali si realizza quest'influenza possono includere l'imposizione forzata diretta di elementi della coscienza giuridica transnazionale (Napoleone, Stalin, riforma giuridica in Kosovo), la negoziazione (riforme giuridiche come condizione per l'ammissione nell'Unione Europea) ed il prestigio. Il processo di recezione, comunque, è sempre complesso. La recezione è realizzata da giuristi locali che hanno interessi e preferenze, in modo tale che vi sia sempre un qualche elemento «selettivo», oltre all'imposizione. I sistemi nazionali sono però molto complessi ed inseriti nella cultura non giuridica nazionale e gli elementi imposti o ricevuti sono così ambigui (sono tipicamente «significanti» oscillanti) che il processo di recezione può, al tempo stesso, diventare fonte di differenza o di integrazione³⁴.

³² Duncan Kennedy, *Two Globalizations*, *supra*.

³³ Diego Lopez Medina, *Teoría impura del derecho: La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogota, 2004.

³⁴ Günter Teubner, *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergencies*, 61 Mod. L. Rev. 11, 11 (1998).

19. *La retorica della tradizione nel diritto privato.* In questo contesto, i richiami alle tradizioni giuridiche nazionali, insieme con i richiami alla tradizione giuridica europea possono assumere molti significati. I prossimi paragrafi potranno essere intesi allora come una forma di provocazione, non come una vera osservazione scientifica, le cui affermazioni molto probabilmente potranno rivelarsi inesatte. In difesa è possibile sostenere che, dal punto di vista di una persona di sinistra che ha superato i sessanta anni, il discorso progressista europeo può essere considerato davvero assai carente sotto il profilo del tipo di analisi, certamente riduttiva, che verrà proposta.

Così si ha l'impressione che, quando tedeschi o francesi richiamano la particolarità delle tradizioni giuridiche nazionali nel diritto privato, ognuno di loro si collochi in una posizione che può essere considerata davvero sinceramente e realmente differente rispetto a quella delle altre nazioni europee. Al tempo stesso, però, ognuno di loro si colloca in una posizione di egemonia sotto il profilo giuridico rispetto ad una particolare sfera di influenza. Ed in quanto tali è evidente l'investimento di lungo termine compiuto da loro in vista del dominio che possono esercitare in Oriente o nel Sud. Ed in quanto forme egemoniche concorrenti essi sono abbastanza consapevoli l'uno dell'altro e si influenzano reciprocamente, ma nessuno è molto influenzato dai paesi che si trovano all'interno della propria sfera, per non parlare dei paesi che si trovano nella sfera di influenza dell'altro.

Quando ricorrono alla tradizione giuridica europea, sembra talvolta che il loro obiettivo sia la costituzione di un'entità attraverso la cui influenza essi possono controbattere quella realizzata dalla coscienza giuridica globale contemporanea dominata dagli Stati Uniti.

Talvolta, la tradizione europea nel diritto privato viene identificata con la scienza giuridica d'eccellenza che ha elaborato il potere della volontà e con il pensiero giuridico classico che ha combattuto contro la presunta incoerenza e la tendenza totalitaria del sociale e contro la superficialità americana. Talvolta, con la stessa facilità, l'Europa significa il sociale contrapposto al presunto iper-individualismo degli Stati Uniti.

Le tradizioni giuridiche nazionali sembrano giocare un ruolo differente per gli inglesi e gli scandinavi. Questi tendono a rappresentarsi in modo molto differente rispetto ai loro vicini, in chiave minoritaria cioè, senza alcuna speranza di riuscire mai a

diventare egemonici in qualche parte d'Europa. Gli inglesi sono orgogliosamente organicistici, per non dire *primitivi*, e gli scandinavi sono l'opposto, ritenendosi allo stesso tempo quanto di più sociale esista nel diritto del mercato e di più liberale esista invece nel diritto di famiglia e delle persone.

Per ognuno di loro, una strategia è costituita dalla resistenza all'integrazione, con la tradizione che diventa un'arma per una relativa chiusura o uno elemento strategico che gli consente di ridurre al minimo quanto sono costretti a cedere. Un'altra strategia è costituita dal richiamo ad una tradizione giuridica europea attraverso la quale gli è possibile giocare sulla costruzione di uno spazio transnazionale all'interno del quale, operando come cosmopoliti, hanno la possibilità di esercitare un'influenza maggiore di quella che gli sarebbe stata possibile in un mondo di sistemi giuridici separati con forti blocchi tedeschi e francesi.

È più difficile caratterizzare il modo in cui funzionano le categorie della tradizione giuridica nazionale ed europea nella coscienza giuridica dei paesi collocati all'interno della sfera di influenza o ai confini orientali, dove il ricongiungimento ad una ipotetica tradizione europea sembra più importante di ogni possibile differenza interna all'Europa o anche delle differenze fra la coscienza giuridica europea ed americana. Gli italiani e gli olandesi richiederebbero una (o due) categorie a parte. Queste incertezze nella ricostruzione, però, sono probabilmente il sintomo inevitabile delle relazioni di dominio esistenti in Europa, che determinano l'analisi nello stesso modo in cui autorizzano gli europei in maniera differente a parlare con autorità e sicurezza.

Conclusione

20. Non è probabile che l'elaborazione offerta della coerenza, dei valori sociali e della tradizione nazionale possa rivelarsi immediatamente utile per sviluppare modelli sulla europeizzazione o armonizzazione del diritto privato. Sebbene formulate attraverso un vocabolario certamente transnazionale, le osservazioni precedenti rimangono tutte inevitabilmente legate all'esperienza americana ed all'approccio americano al diritto privato. Le conclusioni raggiunte non sono decisive: ci sono molte possibili interpretazioni, non ha molto senso usare le nozioni senza specificare a quale versione ci si intende riferire; le versioni estreme e

pertanto chiare non sono utili; quelle più plausibili sono piene di ambiguità; ogni nozione è talvolta utile per la comprensione del diritto privato e per la sua trattazione dal punto di vista prescrittivo, a condizione che sia intesa come un invito ad uno studio ulteriore. Ma nessuna delle nozioni ci aiuterà ad evitare un momento decisionista.

Viene alla luce, però, come tutte e tre le nozioni siano collegate abbastanza strettamente: le vicissitudini della coerenza sono legate all'ascesa di una ideologia dei valori sociali e le particolarità delle tradizioni giuridiche spesso si riferiscono a supposti modi differenti di incorporare e sviluppare valori sociali. La speranza, però, è soprattutto quella di aver rappresentato per gli europei un'esortazione a sviluppare una comune base teorica per discutere dell'uropeizzazione, una discussione che sembra forse la più interessante fra quelle ovunque in corso sul diritto privato.