

MASSIMO BRUTTI
ALESSANDRO SOMMA (EDS.)

Diritto: storia e comparazione

Nuovi propositi per un binomio antico

Pier Giuseppe Monateri

Morfologia, Storia e Comparazione. La nascita dei “sistemi”
e la modernità politica | 267–290



MAX PLANCK INSTITUTE
FOR EUROPEAN LEGAL HISTORY

ISBN 978-3-944773-20-9
eISBN 978-3-944773-21-6
ISSN 2196-9752

First published in 2018

Published by Max Planck Institute for European Legal History, Frankfurt am Main

Printed in Germany by epubli, Prinzessinnenstraße 20, 10969 Berlin, <http://www.epubli.de>

Max Planck Institute for European Legal History Open Access Publication
<http://global.rg.mpg.de>

Published under Creative Commons CC BY-NC-ND 3.0 DE
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/de>

The Deutsche Nationalbibliothek lists this publication in the Deutsche Nationalbibliographie;
detailed bibliographic data are available on the Internet at <http://dnb.d-nb.de>

Cover illustration:

Christian Pogies, Frankfurt am Main

(Illustration shows a fresco in the Sala delle Ballerine of the Dipartimento di Giurisprudenza,
Università di Ferrara)

Cover design by Elmar Lixenfeld, Frankfurt am Main

Recommended citation:

Brutti, Massimo, Somma, Alessandro (eds.) (2018), *Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico*. Global Perspectives on Legal History, Max Planck Institute for European Legal History Open Access Publication, Frankfurt am Main, <http://dx.doi.org/10.12946/gplh11>

Morfologia, Storia e Comparazione

La nascita dei “sistemi” e la modernità politica

1. Introduzione: comparazione e genealogie

La questione di storia e comparazione deve essere ripensata dal principio senza poter più assumere gli schemi entro cui essa fu stabilita dalla generazione di studiosi che ci hanno preceduto.

Scopo di questo capitolo è, quindi, quello di rivedere il quadro entro cui essa fu pensata, soprattutto nell'opera di Sacco e di Gorla. Il secondo paragrafo si riferirà dunque precipuamente a questi paradigmi di scuola, discutendo in particolare i parallelismi e le divergenze che hanno contraddistinto in Italia tali approcci.

Nel terzo paragrafo tenteremo invece di delineare in che modo il metodo genealogico può essere utilizzato in modo epistemologicamente più fruttifero nel diritto comparato. In questo paragrafo definiremo cosa intendiamo per “genealogia” e quali applicazioni ne possano derivare.

In tal modo nel quarto paragrafo forniremo i risultati di una applicazione particolare dell'approccio genealogico alla nascita dei sistemi giuridici moderni, ed alla analisi dei loro stili differenziati, come problema *politico*, cioè come questione dell'impostazione politica di fondo che si annida nelle cosiddette diverse *tradizioni* giuridiche. Il nostro tentativo andrà quindi nella direzione di una *de-neutralizzazione* delle ricerche sulle tradizioni giuridiche, non tanto nel verso di una politica (*policies*) piuttosto che di un'altra, ma di un'investigazione stessa del politico (*the political*) quale elemento pregnante della modernità occidentale, nel suo differenziarsi *esotico* rispetto ad altre tradizioni successivamente assoggettate alle sue proprie categorie di orientamento.

Il nostro approccio sarà, perciò, quello di un ritorno dai *Post-Colonial Studies* verso l'esoticizzazione della stessa cultura Euro-Americana.

Questa applicazione ci consentirà di giungere alle conclusioni, esposte nel quinto paragrafo, che vanno nella direzione di una riaffermazione della

dualità dell'occidente che inverte, in realtà, i temi correnti della comparazione tra i sistemi di Civil law e quelli di Common law.

2. Discussione: storia e strutturalismo nella comparazione giuridica

Il paradigma “strutturalista” e quello “storicista” nella comparazione giuridica italiana si sono intrecciati variamente, diventando alleati, ma restando in verità necessariamente divisi, e quindi, in un certo senso, accostati. Prenderemo qui in considerazione prima il paradigma che fa riferimento a Rodolfo Sacco e alla sua numerosa scuola, e quindi quello che invece ripercorre l'evoluzione del pensiero di Gino Gola, anche considerando i temi politici da lui stesso esplicitamente affrontati. Il recente rianimarsi del dibattito su storia e comparazione, soprattutto a seguito della teoria delle *legal origins*,¹ impone, infatti, una riconsiderazione del paradigma dei formanti della scuola di Sacco per come esso si stava sviluppando dalla metà degli anni Settanta fin verso gli anni Novanta, e per come esso si è successivamente dipanato.

L'ipotesi da cui tale scuola partiva, pur proclamando la necessaria unione di storia e comparazione, era in realtà l'ipotesi prettamente strutturalista dell'esistenza di un *diasistema*,² per cui praticava più la diacronia che la storia, in senso proprio, come ricerca condotta sulle fonti originali, viste in originale, con particolare rilievo agli aspetti fondanti della filologia e dell'esegesi delle fonti stesse.

Tale nozione di struttura nascosta che spiega la dislocazione dei dati riscontrabili in diversi sistemi, era, all'epoca, già in crisi nella dialettologia comparata, a seguito delle critiche³ che l'avevano per la maggior parte accantonata, pur ritenendola ancora utile in alcuni settori; ma rimaneva sostanzialmente in auge nell'antropologia comparata, ed in altri settori dello strutturalismo,⁴ come analisi del gioco degli elementi della struttura elementare e degli elementi della struttura complessa.

L'esempio giuridico più pregnante che si possa ricordare è quello dell'analisi, compiuta da Sacco,⁵ dell'elemento della *traditio* per come esso diviene

1 LA PORTA, LOPEZ DE SILANES, SHLEIFER, VISHNY (1998).

2 MARTINET (1968).

3 STOCKWELL (1959).

4 HAWKES (1977) 8 ss.

5 SACCO (1981) 247.

centrale in Savigny contemporaneamente alla sua scomparsa esplicita nel diritto francese, fino a rifluire nel crittotipo della *remise abstraite*, operante in pratica, ma mai espressamente menzionata dal Code Napoléon, all'interno di un diasistema di rotazione delle regole in tema di trasferimento della proprietà mobiliare. Tale analisi portò alla scoperta della dissociazione fondamentale tra enunciazioni e regole operative, come equivalente della dissociazione esistente tra significanti e significati nella struttura linguistica. Essa andava, inoltre, nella direzione di una scoperta della convergenza delle strutture elementari, e della conoscibilità del substrato storico dei sistemi attuali, anche a fronte di connotazioni politiche altamente differenziate.⁶

Tale paradigma, che, come si vede, mostrava una forte coerenza interna, era ancora pienamente operante nell'opera di Gambaro sul chiasmo della legittimazione passiva alle azioni possessorie⁷ e in quella mia sull'ipotesi della sineddoche francese,⁸ così come lo rimase fino ai successivi studi di scuola sulla apparenza, le scissioni della titolarità, le ipotesi di revindica del mandatario, l'obbligazione di dare, la nozione nascosta di "titolarità dell'interesse altrui", l'atto di disposizione dei diritti.

In Mattei⁹ questo apparato di ricerca divenne più una questione di studio della competizione interna tra formanti. In me tutto ciò implicava già, per converso, una considerazione *ontologica* dello *stile*,¹⁰ quale marcatore di differenza tra le diverse tradizioni giuridiche, operante non come semplice ornamento o dato formale, ma come vero e proprio principio di trasformazione dell'archivio in discorsi.

Si può, quindi, capire come tale paradigma si sia sempre presentato come parallelo ma differente dal "ricorso alla storia" presente in Gorla,¹¹ da sempre congiunto alla sua peculiare critica del metodo concettuale di organizzazione della scienza del diritto. Tipica espressione del suo modo di procedere fu già il libro su *L'atto di disposizione dei diritti* del 1934 dove si usa il metodo storico *contro* l'idea moderna della vendita puramente consensuale, prevalente anche nella concezione economica del contratto come accordo,

6 SACCO (1974).

7 GAMBARO (1979).

8 MONATERI (1984).

9 MATTEI (1994) 196.

10 MONATERI (2013).

11 Cfr. PUGLIESE et al. (1994) recante l'intera bibliografia delle opere di Gorla; LUPOI (1993) e GORLA (1980).

per rintracciare il lungo percorso di quella che lui chiama la « spiritualizzazione » della consegna della cosa come atto materiale. Per il Gorla le formule del diritto civile moderno, derivato dalla rivoluzione francese, sono formule in genere mentitorie che, esaltando il ruolo della volontà delle parti, nascondono costantemente la rilevanza “ontologica” degli atti concreti di disposizione. Si tratta in sostanza, quindi invero, di una “critica della ideologia borghese” del contratto, dietro la quale si nasconderebbe pur sempre la prassi operativa del “diritto comune” pre-rivoluzionario, in una sua peculiare permanenza di lunga durata.

Questa analisi portò Gorla ad affrontare direttamente il problema del “metodo” del diritto civile nella monografia del 1941 su *L'interpretazione del diritto*. Si tratta di un'opera che allontana Gorla da tutte le scuole dominanti e minoritarie dell'epoca: la scuola concettuale, ma anche quella del “diritto libero” come mera creazione dell'interprete, della giurisprudenza degli interessi, e, infine, pure dalla stessa “scuola storica”.

In definitiva il libro rivendicava la centralità della interpretazione quale specifica attività di conoscenza (come in Betti), e la contrapponeva alla “scienza del diritto” (come in Kelsen), ma lo faceva in un modo singolare e innovativo, che cercava di coniugare il “dispiegamento” dei “concetti legislativi” e la concreta attività del legislatore “storico”. In sostanza la “interpretazione” giuridica non è una attività concettuale di sistemazione di regole e principi, ma una forma di conoscenza “storica” della legislazione e delle sue possibilità semantiche. L'interprete giuridico deve agire come un interprete storico, e ciò Gorla affermava in un'epoca in cui gli stessi storici miravano piuttosto alla attualizzazione ermeneutica dei testi della tradizione.

Si coglie in questa impostazione una dimensione di critica dei “concetti di conoscenza” che rimane una costante, e si esplica nell'opera del 1956 sul potere della volontà nella promessa, laddove si attua una critica radicale del concetto di dichiarazione di volontà come creatrice di effetti giuridici. In tale contesto avviene il suo primo attivo di Gorla della comparazione. La sua conclusione è infatti quella per cui sia la Civil law che il Common law sanzionano la promessa, non per rispetto della volontà privata del promittente, ma per esigenze di ordine sociale di protezione del promissario.

È in tale contesto, che come si vede *non* è meramente strutturalista, che nasce la sua più importante e nota riflessione “liberale”: *Il sentimento del diritto soggettivo in Alexis de Toqueville* del 1946, e, in seguito, *il Commento a Toqueville* del 1948.

Il problema del “diritto soggettivo” viene analizzato in riferimento al rapporto tra “personalità” e “società”. In questo senso egli recupera l’idea aristocratica toquevilliana del sentimento che deriva al soggetto dalla originarietà storica del suo diritto (come d’altronde avviene in Leo Strauss) in quanto proveniente dalla tradizione e legato ai suoi specifici luoghi; come diritto degli inglesi, degli americani, o dei ceti. L’universalizzazione ottocentesca del diritto come concetto generale di tutti gli uomini comporta però anche l’assorbimento di questo diritto entro l’ordinamento giuridico dello Stato nazione, e ne comporta quindi un’idea di derivazione del diritto dalle norme, che ne trasforma il sentimento relativo, distruggendone la “originarietà”. In sostanza l’idea di diritto soggettivo compie una parabola in cui, affermandosi, si consuma il sentimento forte della sua originarietà, segnando la consunzione dell’idea aristocratica che ne era a fondamento. Il diritto soggettivo non diviene più altro che ciò che viene garantito dallo Stato, e la società borghese *disperde* la nozione aristocratica di cui si era appropriata.

Dal punto di vista biografico queste riflessioni si legano ad una svolta nella vita di Gorla che nello stesso 1949 intraprende, proprio sulla scorta di Toqueville e della sua analisi, un viaggio di un anno intero negli Stati Uniti. Al ritorno, per iniziativa di Arangio Ruiz, Gorla chiuse il proprio studio di avvocato e fu chiamato ad insegnare il Diritto comparato ad Alessandria d’Egitto, dove rimase fino al 1957. È qui che l’interesse predominante dei suoi studi diviene quello del confronto tra il *common law* e il *civil law*, che culminano nella sua monografia, assolutamente unica e originale, sull’istituto centrale del *Contratto* (1954).

Si tratta in realtà di un’opera criptica, che ebbe poco od alcun successo immediato, ma che rimane un *landmark* nell’evoluzione della scienza del diritto italiana. In effetti essa consta di due volumi, il primo dedicato ad una lunga ricostruzione storica del problema del *vestimentum del pactum nudum*, mentre il secondo è una raccolta di casi di giurisprudenza secondo lo stile americano e inglese del *case-book*. La chiave di lettura di un’opera altrimenti assolutamente disunita è offerta dal saggio introduttivo *Comparison involves history*, che a tutt’oggi rimane la parte più citata e “sentita” dell’opera gorliana.

Qui la comparazione, in quanto mezzo di comprensione, diventa lo strumento essenziale della riflessione giuridica come studio delle ragioni delle differenze e delle somiglianze fra i sistemi giuridici, ed è funzionale a ripro-

porre una idea storica del diritto, rispetto ad una sua concezione logico-sistemica. Come si vede si tratta in realtà dello sviluppo delle idee gorliane sul diritto soggettivo in Toqueville applicate al contratto.

In sostanza la prima parte sul *vestmentum del pactum* serve a Gorla per recuperare l'idea medievale, rimasta in *common law*, del contratto come "scambio", rispetto a quella razionalista continentale, innanzitutto francese, del contratto come "accordo". In ciò si vede anche come, proprio attraverso Toqueville, e *l'ammirazione* per il modello anglo-sassone, egli entri in contrasto col comune liberalismo euro-continentale che vede nell'affermarsi del contratto come accordo il cardine del liberalismo stesso. Il liberalismo di Gorla, come quello di Toqueville, rimane così un liberalismo "aristocratico", legato ai modi e alle forme di pensiero della tradizione giuridica inglese, e non ad una "rivoluzione filosofica" borghese legata alle forme e ai risultati della Rivoluzione francese. In ciò naturalmente Gorla finisce per essere simile come pensatore tanto a Edmund Burke, quanto a Hayek, ma certamente fortemente influenzato da sue scelte di valore.

Fu in questa fase che egli prese parte al seminario della Cornell University sul *Common core* dei sistemi giuridici. Una tale svolta "fattuale" fu tematizzata dal Gorla come studio della "giurisprudenza" quale fattore essenziale nella comparazione dei sistemi giuridici: cioè quale fattore mediante cui si produce la decisione che colma lo iato tra la pura norma e la sua applicazione, mediante una serie di meccanismi retorici, linguistici, politici, che solo apparentemente sono delucidabili, ma che rimangono in realtà in gran parte non verbalizzati e non verbalizzabili. A partire da questo periodo Gorla si dedica, pertanto, a elaborare una comparazione su base giurisprudenziale fondata su quattro maggiori capisaldi: l'idea del diritto comparato come "attività di conoscenza pura", conoscenza per raffronto di una "unità storica", ma anche delle analogie e differenze riscontrabili fra le epoche diverse di due sistemi giuridici; l'affermazione del primato della comparazione fra *common law* e *civil law* quale uno dei modi della scienza del diritto nella civiltà giuridica occidentale; la rilevanza del metodo casistico come mezzo preliminare di conoscenza del proprio stesso ordinamento per raffronto con gli altri. Da ciò discende la conseguente necessità di indurre il "sistema" dall'esame delle "situazioni di fatto", sia ai fini della sua conoscenza, sia come condizione necessaria per "comparare".

Questi capisaldi sono discussi soprattutto nella voce *Diritto comparato* dell'Enciclopedia del diritto del 1963 e nei saggi sullo studio storico compa-

rativo della *common law* e della scienza del diritto,¹² e sono essenzialmente questi i capisaldi che furono ripresi da Rodolfo Sacco; il quale riuscì a inquadrare le difficoltà di verbalizzazione delle regole nella sua teoria dei « crittotipi » giuridici, e a impostare l'idea gorliana della comparazione attraverso la costruzione dei « formanti », cioè attraverso lo studio di legge, giurisprudenza e dottrina che deve essere compiuto senza presupporre una loro coerenza logica o sistematica, e quindi al di là delle « ideologie » dei giuristi dei singoli sistemi.

Dal canto suo il Gorla elaborò un'idea di scienza storico-comparativa della « attività dello *ius dicere* », intesa sia come « studio interno » della giurisprudenza, sia come scienza dei fattori del diritto, o dei processi della sua formazione, e incentrata sui legami fra organizzazione dei tribunali e loro posizione politico-costituzionale, di diritto e/o di fatto, rispetto al ruolo della « dottrina » e, soprattutto, alla interpretazione della « legge scritta ». A tale idea si collegò poi l'esigenza scientifica di colmare le due grandi lacune storiografiche individuate dal Gorla nell'assenza di studi sul diritto « comune » continentale dei secoli XVI–XVIII e di parte del XIX, nonché di una storia del diritto inglese del medesimo periodo, avuto riguardo all'estensione e alla portata, desumibile dall'esame dei *cases*, « dell'opera svolta dalle Corti che applicavano la Civil Law ».

Il risultato più importante di questo indirizzo di ricerca fu l'individuazione della vigenza in Europa, in linea di massima fino alle codificazioni del secolo XIX, dei cosiddetti ordinamenti giuridici aperti e, dunque, di un diritto comune europeo a base giurisprudenziale. Tale diritto era inteso come complesso di principî e norme, nonché come « cultura giuridica comune », dove la « comparazione » costituiva il perno stesso su cui poggiava il riconoscimento, nello *ius dicere* dei tribunali, di una *communis opinio* avente valore di autorità sul piano sovrastatale. Di qui la valorizzazione di un diritto comparato alla ricerca delle concordanze. Il pensiero dell'ultimo Gorla risultò perciò caratterizzato da una forte connessione fra la scoperta del diritto comune e comparato europeo e il problema « attuale » della unificazione e armonizzazione dei diritti statali: queste esigenze sono chiaramente avvertibili in particolare nella voce *Diritto comparato e straniero*.¹³

12 GORLA (1965) 1647 ss.

13 GORLA (1989).

Il suo comparativismo è stato, quindi, da sempre legato a quel filone del liberalismo che va dall'illuminismo scozzese fino a Hayek, e che si oppone alla "forma francese" del riordino generale della società in base alla legislazione. Tutto ciò deve essere tenuto in considerazione nella valutazione della sua opera, specie rispetto alla *Wertfreiheit* che appare conclamata nelle Tesi di Trento elaborate da Sacco.¹⁴

Se questi sono, quindi, i due filoni che hanno sotteso l'idea del legame tra storia e comparazione nella cultura giuridica italiana, che cosa, oggi, si può dire, rispetto a questo variegato intrecciarsi di strutturalismo e storicismo nella stessa vicenda interna al dipanarsi del diritto comparato come disciplina intellettuale? Sulla scorta di quanto abbiamo sin qui esposto, nel terzo paragrafo cercheremo di dare una risposta a tale quesito sulla base di considerazioni che propriamente derivano dallo strutturalismo, ma ne prendono le distanze, e che potremmo riportare al paradigma degli studi "genealogici".

3. Metodo: genealogie e morfologie

Ripercorrendo oggi quanto esaminato nel precedente paragrafo mi pare che il filo conduttore delle riflessioni che vanno dall'opera di Sacco sul *concetto di interpretazione*,¹⁵ a quella di Gola sul contratto,¹⁶ sia quello del rapporto, già così ben individuato da Carlo Ginzburg,¹⁷ tra "morfologia" e "storia", il quale, evidentemente, si è dimostrato particolarmente rilevante per la cultura italiana di quegli anni, ben al di là degli studi stilistici e letterari, finendo per coinvolgere anche gli studi politico-giuridici.

La questione è cioè se le analogie comparative implicino un rapporto storico (interamente da ricostruire) o se, al contrario, esse indichino un rapporto puramente tipologico, certo, in molti casi, meno inverosimile.

Ciò detto si vede immediatamente come questa preoccupazione sia quella dominante tanto nel Gorla che analizza le decisioni della rota romana e fiorentina, in contrappunto con quelle inglesi, quando nel Sacco che ana-

14 Documenti originali e testi scaricabili in *Cardozo Law Bulletin*: <https://sites.google.com/site/cardozoelctroniclawbulletin/historical-documents-edited/the-trento-theses>.

15 SACCO (1947).

16 GORLA (1955).

17 GINZBURG (1986) 5.

lizza l'atto di trasferimento della proprietà mobiliare o l'atto di disposizione dell'erede apparente in Francia e in Belgio.¹⁸

Quanto oggi possiamo, allora, cercare di fare è di pensare fino in fondo tale rapporto, sia con riferimento alla relazione profonda che unisce gli studi giuridici a quelli umanistici, sia con riferimento al problema essenziale del *locus* del politico nella "cultura" occidentale. Infatti, se, come ha notato anche Irti, il diritto ha bisogno del "dove",¹⁹ questo dove non ha solo a che fare con i soggetti, le cose, gli atti, i documenti, per cui ognuno di essi è individuato da un luogo, né sottende solo i richiami spaziali di cui il diritto è intriso – sede, domicilio, confine – sufficienti di per sé a indicare il legame terrestre della legge, un'originaria necessità dei luoghi; ma questi luoghi indicano anche una diversa presenza della legge stessa rispetto alla sua cangiante natura spaziale. Quindi, se la geografia è la descrizione problematica della Terra²⁰ e del Mondo, inteso come complesso di relazioni sociali, economiche, politiche e culturali, ogni intrapresa di comparazione del giuridico, deve anche, e necessariamente, avere a che fare con la stessa interna *instabilità* della Legge, cioè proprio con il suo presentarsi sempre e concretamente in *forma* diversa.

Tutto ciò diviene oggi della massima rilevanza per la *filosofia della politica*, di fronte alla prospettiva che possano venire meno le *differenze storiche* nella direzione di quello che è stato denominato come *diritto sconfinato*.²¹ Infatti il venir meno delle differenze storiche non inciderebbe solo sul contenuto pratico della legge, ma sulla sua stessa forma, e quindi sulla sua stessa ontologia, nella misura in cui la forma di un "invisibile", come la legge, ne determina una data presenza, e quindi una determinata natura. Il problema è perciò innanzitutto *ontologico*, molto più che meramente giuridico, laddove tale trasformazione della legge avviene nell'epoca in cui la politica stessa stenta a presentarsi politicamente. Questo occultamento della politica, e questo sradicamento della legge, appaiono, quindi, due risvolti di un medesimo fenomeno.

La direzione da seguire appare, allora, quella di una nuova morfologia che, nella connessione tra forma e radicamento, permetta di riesaminare la

18 SACCO (1949) 176.

19 IRTI (2006) 3.

20 FARINELLI (2003) 6.

21 FERRARESE (2006).

uncanny presence della legge: la sua presenza misteriosa, elusiva ma possente, che *informa* e condiziona il politico e l'economico.

In tale contesto occorre allora riproporre in nuovi termini la questione delle « origini legali », delle *legal origins*, quali genealogie della modernità occidentale e delle sue marcate differenze. Se, infatti, gli Stati – come complessi di legge, sovranità e istituzioni – sono dei “corpi politici”, che occupano degli spazi, e *hanno* una memoria, ciò che qui, in definitiva, viene in diretta questione è la genealogia stessa di questi *corpi*, delle loro “costituzioni” e del loro governo e, ovviamente, della loro possibile *dissoluzione*.

Mentre il diritto pubblico ha diviso il mondo in monarchie e repubbliche, il diritto privato comparato ha diviso il mondo in *famiglie* giuridiche, essenzialmente sulla base della loro genealogia: soprattutto la famiglia dei diritti romanisti, quella di *common law*, la famiglia del diritto islamico. Essenzialmente queste, perché, come si vede subito, un tale sistema mal si adatta a quelle terre in cui il viaggiatore europeo da sempre si trova perso, Africa, India, Cina e Giappone, che infatti vengono variamente ricostruite e rappresentate, finendo sempre per costituire un unico grande e confuso... dipartimento d'oltre mare.

Da questo punto di vista è facile vedere come Inghilterra, America, Australia, Canada, Nuova Zelanda divengano “sistemi vicini” perché “imparentati” tra di loro sulla base della comune derivazione dalla Legge inglese, quale si era sviluppata fino al Settecento; diciamo fino ai postumi della Guerra dei sette anni. Allo stesso modo la Francia, la Germania, la Spagna, l'Italia, ma anche ad esempio la Siria, l'Egitto, il Perù, la Colombia, la Polonia, la Romania, l'Argentina, e così via, divengono tutti sistemi parenti attraverso la comune, talvolta intricata, ma rintracciabile, *derivazione storica* dal diritto romano.

Anche qui è facile vedere come la politica che sta dietro la legge vada dispersa. La Francia borghese rivoluzionaria è parente del moderno Egitto, un paese coloniale come il Messico diviene parente della Germania, la quale peraltro ha fondato l'intera propria esistenza storico-giuridica moderna sulla base dell'opposizione alla Francia, e del rifiuto del Codice francese. Peraltro la stessa Francia liberale che opera una cesura netta nella storia d'Europa fondando un sistema giuridico basato sull'uguaglianza giuridica diviene in tal modo forse l'erede principale del diritto romano in cui solo i *maschi romani adulti* erano considerati cittadini in un regime fondato sulla schiavitù. Ciò che è vicino diventa lontano, e ciò che è diverso diventa simile, e

viceversa. Credo che questo basti per mostrare al lettore quanto il diritto comparato possa apparire veramente come... buon senso rivoltato a testa in giù.

Se, come ha detto qualcuno, la presenza di una metafora è l'indizio di un imbarazzo intellettuale, non potrà allora sfuggire come l'intero apparato della rappresentazione della realtà giuridica mondiale sia in questi termini compiutamente e soltanto *metaforico*. Si parla di famiglie, parentele, genealogie e di *tratti*, quasi appunto un determinato diritto abbia un "volto" e veramente nasca e muoia e lasci eredi, o venga adottato e adottati, e "*produca una bella prole di molti figli*". Tale metafora è così forte che infatti si parla di "giurisdizioni miste", ed anche ormai, di molti sistemi "ibridi".

La teoria dei "sistemi di legge" tenta, invero, di suddividere il mondo in un numero relativamente contenuto di modelli di organizzazione giuridico-politica delle società umane. Il problema è quindi quello del "raggruppamento" delle organizzazioni sociali in base ad un qualche principio che permetta di "rappresentare" la realtà globale del pianeta in relazione alle leggi che lo governano. Naturalmente, nel momento stesso in cui viene prodotta una "mappa" degli *ordinamenti* locali, essa si presenta a sua volta come un *ordinamento* di senso del mondo. Anzi, da questo punto di vista è abbastanza chiaro come essa si presenti quale *ordinamento degli ordinamenti*, in quanto conferisce ad una particolare legge "locale" un quadro di senso generale che, localizzandola, la individua in relazione ad un contesto che le fornisce un "senso".

In definitiva, questo tentativo cerca di realizzare una "geografia" dei "corpi" politici, delle loro relazioni reciproche, e del loro governo.

La potenza impressionante di una scienza del diritto comparato appare, quindi, quella di poter produrre un quadro mondiale del senso delle leggi, mediante una sorta di geografia *spaziale*, che poggia in realtà o sulla *morfologia* dei sistemi, o sulla loro *genealogia*, o su un qualche altro criterio di raggruppamento, che diviene poi inesorabilmente anche un criterio di significazione e di giudizio.

Naturalmente intendiamo qui per genealogia la ricerca di quegli accadimenti che non smettono di accadere, ma che si sostanziano in strutture del discorso che tendono a permanere, e quindi a *conformarsi* come una memoria, il cui scopo principale è quello, *non* della passatezza del passato, ma della sua *presenza*. In questo modo il passato riesce a dominare i comportamenti informali delle istituzioni, che generano e dominano a loro volta i com-

portamenti formali fornendone un senso che a sua volta genera altri sensi e altri comportamenti.

Orbene, Zweigert e Kötz cercano di usare la categoria dello « stile » per catturare la dimensione che io qui definisco « genealogica », e che credo, in effetti, abbia a che fare anche con l'estetica. Tutti questi termini sono però molto “compromessi” da un loro utilizzo variamente instabile nella storia occidentale, e sarà quindi bene chiarire in che senso essi sono qui impiegati in relazione alle istituzioni e al politico.

In modo abbastanza diretto Zweigert e Kötz²² forniscono una chiarificazione di cosa intendono:

Secondo il nostro parere, possono essere considerati fattori determinanti di un certo stile nell'ambito della teoria dei sistemi giuridici: 1) l'origine storica e l'evoluzione di un ordinamento giuridico, 2) il predominante e caratteristico modo di pensare dei giuristi, 3) gli istituti giuridici particolarmente caratterizzanti, 4) le fonti del diritto e la loro interpretazione, 5) i fattori ideologici.

Per quanto questa indicazione sia chiara, essa è nondimeno piuttosto vaga nei suoi elementi. È chiaro infatti che rimanda ancora una volta all'origine, e lega queste origini ai modi di pensare, alle fonti, all'interpretazione, e agli istituti effettivamente presenti in un ordinamento.

Ma cosa significa « modo predominante di pensare », e come avviene la negoziazione su quali istituti sono « particolarmente caratterizzanti »? E, naturalmente, cosa rientra tra i « fattori ideologici »? Alcune di queste vaghezze sono naturalmente insormontabili, ma in parte esse devono venire affrontate, anche perché l'analisi dei due autori muove in realtà da premesse molto profonde. Queste premesse si nascondono, invero, nella nozione stessa di *stile* (morfologia dei sistemi) per come essa incorpora una precisa origine *storica* dei sistemi stessi. Sarà proprio, quindi, questo problema che affronteremo nel successivo paragrafo.

4. Risultati: nascita dei sistemi e stili del diritto

Nei paragrafi precedenti abbiamo cercato di mostrare il rapporto tra “morfologia” e “storia” per come esso si è intrecciato nelle varie riflessioni e nei vari paradigmi del diritto comparato. In particolare siamo giunti alla que-

22 ZWEIFERT, KÖTZ (1992) 84.

stione della relazione tra la *forma di legge*, il suo *stile*, e la sua connessione con la *sostanza di legge*, cioè con la concretezza storica delle differenti origini *polemiche* dei sistemi giuridici. Forse la risposta più adeguata può, allora, venirci proprio dalla riflessione politica rispetto a questa riproposizione della diversità giuridica sulla base delle *origini*, laddove è qui evidente un uso polemico dell'origine, cioè un uso che rende nuovamente la questione dell'origine un punto politicamente rilevante per le riforme, o meno, della globalizzazione. Questo cortocircuito, fra potenza dell'origine e potere della politica dell'origine, è stato giustamente indicato da Galli²³ come un passo ineludibile. Ed è proprio esso che qui si ripropone con riferimento al nuovo scontro, sponsorizzato dalla Banca Mondiale, non tanto – secondo me – tra Common e Civil law, quanto... tra le *forme* dello “Stato giurisdizionale” e quelle dello “Stato legislativo di leggi”.

Seguendo tali suggestioni, diviene infatti possibile ricostruire le tappe della vicenda dello Stato moderno, fondato sulla sovranità politica, *a partire* dallo “Stato giurisdizionale” precedente. In questo senso si può richiamare lo “Stato di giustizia medievale”, e affermare l'effetto *politicamente paralizzante* della “forma giurisdizionale”. Una tale considerazione di tanto si amplia di quanto supera ogni differenziazione meramente geografica, o morfologica, per andare alla ricerca delle contrapposizioni genealogiche e strutturali. Lo Stato giurisdizionale, nelle sue varie declinazioni storiche, viene allora contrapposto allo Stato amministrativo e allo Stato legislativo. Ora, questa contrapposizione tra giurisdizionale e legislativo, per le ragioni appena viste, è appunto quella che maggiormente ci interessa dal punto di vista di una comparazione tra gli *stili* della presentificazione della legge. Alla fine, la distinzione essenziale pare appunto essere, dietro lo schermo della legge orale e della legge scritta, proprio quella fra la *continuazione* dello Stato giurisdizionale, e l'affermazione dello stato legislativo, specie nella sua connessione con la “forma”, e la “paralisi del politico”.

Da qui prende l'avvio la possibilità di una contrapposizione oggi sensata dal punto di vista dell'affermarsi sul piano globale della forma giurisdizionale, proprio nell'epoca del tramonto del politico. Quale connessione vi è allora tra politica e legge, e quale invece tra la giurisdizione e la paralisi del politico?

23 GALLI (2008) 34.

Qui, allora, la questione dell'origine può tornare a porsi in modo pregnante, non già con riferimento all'*immemorabile* del diritto romano antico, o delle consuetudini sassoni, e del loro destino in ambito normanno, ma con diretto riferimento all'*origine del moderno*, cioè appunto al sorgere dello Stato legislativo tra Sei, Sette e Ottocento, nello spazio continentale europeo, rispetto alla diversa evoluzione anglo-americana, cioè al diverso costruirsi della modernità politica in Inghilterra e in America, laddove la questione della legge diventa allora essenziale per la riflessione della politica. Per quanto vago – e io credo ormai da rigettare – sia il termine “medioevo”, è abbastanza evidente come esso catturi una cesura fondamentale. Quella per cui lo Stato legislativo *ha cominciato* ad essere solo ad un certo momento della storia, e che esso si è storicamente stanziato sul continente insieme all'affermarsi dello Stato politico in senso proprio, laddove la locuzione di “Stato assoluto” *oscura* la portata della concentrazione di politico, sovranità e legge che si è realizzata nella costituzione del “corpo politico” moderno. In sostanza lo *Stato politico* non esisteva, ma ha cominciato ad essere, e lo ha fatto in quanto *Stato legislativo*, nel costituirsi stesso dei “corpi politici” moderni.

In questo senso “origine” non vale qui allora come archeologia dei sistemi di legge, ma come “genealogia” delle differenziazioni attuali, cioè come studio del sorgere dei dispositivi di scrittura e amministrazione della presenza della legge, che hanno determinato la grande cesura della modernità rispetto alle condizioni pre-moderne delle società europee. Perciò la differenza tra *common law* e *civil law* riappare come differenziazione “genealogica” del moderno, rispetto alla diversa *dislocazione* che legge e giurisdizione vi assumono come elementi al tempo stesso strutturali, politici e culturali, cioè come amministrazione di un ricordo che continua a fondare una differenza.

In questo ragionamento, naturalmente, si annida una “genealogia” del politico occidentale, ed esattamente quella genealogia che conduce alla formazione dello Stato legislativo territoriale, in quanto propriamente sorge proprio come *critica* interna dello Stato giurisdizionale. In questa stessa polemica si annida però anche la *resistenza* dello Stato giurisdizionale, in quanto essa è stata storicamente in grado di riprodursi fino ai nostri giorni, e di tornare anzi oggi come trionfante a livello globale negli schemi del Fondo monetario internazionale o della Banca mondiale.

Sono proprio queste diverse genealogie del rapporto tra politica e legge di cui dobbiamo quindi ora occuparci, ed è qui, allora, difficile non vedere il

costituirsì dei “corpi politici” moderni come rivoluzione *specificamente* europea, che prende le mosse dalla *dissoluzione* del corpo del Sacro Romano Impero e del suo spazio cattolico. Da *tale dissoluzione* consegue sia il carattere *deciso* degli ordinamenti moderni, sia il fatto che tutti i maggiori concetti di teoria generale dello Stato siano stati prima concetti teologici. Questa non è una teoria, ma un ricordo.

Un tale spazio imperiale *era*, infatti, essenzialmente quello del *Corpus Juris*, quale *ratio scripta* della Legge, in conseguenza dell’origine *sacra* dell’Impero, che permeava l’intero spazio cattolico cristiano. Non si scherza certo con le parole quando si dice che quel *Corpus* ha esercitato, nei confronti della coscienza medievale la forza di una autentica *rivelazione* della legge. L’impero lo ha recepito come *testo sacro* che fondava l’ordinamento della propria esistenza, e questa *translatio Imperii* si dava come unico possibile modo di essere della “Santa Romana Repubblica” della Cristianità occidentale.

È bene insistere su questo carattere costitutivo e di “rivelazione” del *Corpus Juris*, in cui la ragione stessa si era fatta parola divenendo ragione *scritta*, nella convinzione dell’identità sacra del *Corpus Christianum* con l’Impero, e quindi dell’unità ontologica tra il mondo nel quale si viveva e quello nel quale erano vissuti i romani. L’assenza di fratture in tappe storiche, e in epoche differenziate, ma semmai dominate da un’unica *economia della salvezza*, rappresenta adeguatamente questa idea di consustanzialità tra Roma, Chiesa, Impero e “corpo della legge” nel cui scritto si rivela *fisicamente* la ragione. Un tale “corpo” dell’impero era quindi essenzialmente un corpo giuridico, il cui valore però derivava dall’essere effettivamente, in virtù dell’Eucarestia, un “corpo ontologico” in senso proprio. Mangiando dello stesso pane *siamo* lo stesso corpo, e la sua ragione sono le sue leggi, che, a loro volta, hanno un corpo, che consiste nei *verba* della loro rivelazione.

Credo che non sfugga qui il carattere evidentemente *non* deciso di tale ordinamento imperiale, in quanto rivelazione della *ratio*, che pone quindi la questione del *condere jus* come questione per sua essenza imbarazzante. Questa divenne, infatti, un problema di attualità politica solo a partire dal XII secolo, nel disegno degli imperatori Svevi di “riscoperta” del concetto giustiniano di sovranità, e della dottrina del potere esclusivo dell’Imperatore di *condere jus* quale era stata elaborata dall’assolutismo bizantino. Per tutte le fazioni che tale pretesa mise in movimento quel diritto appariva però sempre come un diritto *naturale* in forza della sua dignità storica e della sua autorità

“metafisica” ed assumeva la funzione di un quadro generalmente vincolante, anche se non otteneva una immediata applicazione *giurisdizionale*.

Non è nostro compito ripercorrere qui tali vicende, che sono state elaborate nelle opere di Paolo Prodi²⁴ e di Harold J Berman,²⁵ ma di ripartire da queste dislocazioni – concrete e ontologiche al tempo stesso – del politico, del legale e del giurisdizionale in relazione allo spazio unitario del *Reich* cristiano e della sua consistenza come corpo fondato sull’Eucarestia e la legge, poiché solo tale ripartenza può dare il senso della modernità come sua dissoluzione, a cominciare appunto dalla Guerra civile endocristiana fra protestanti e cattolici, il cui primo effetto fu ovviamente quello di distruggere l’unità di tale *corpo*, non più sorretto dalla consustanzialità eucaristica, e quindi dal venir meno della sua unità di legge che la presupponeva. Il *condere jus* fu di nuovo reso possibile appannaggio di una *decisione*, a quel punto non più imperiale ma statale e politica. Lo Stato moderno, ed i suoi sistemi di legge, sono nati *effettivamente* dall’eccezione consistita da un conflitto armato religioso insolubile che ha distrutto l’ordinamento precedente, ma *questa eccezione è stata risolta in modo diverso*. I modi della sua risoluzione sono quindi rintracciabili *archeologicamente*, e si sono mantenuti istituzionalmente divenendo veri meccanismi *genealogici* preservati nella *memoria* istituzionale come avvenimenti che non hanno ancora smesso di avvenire. In questo senso qui archeologia e genealogia coincidono, per essere elaborate attraverso narrative letterarie che prendono il nome di teorie della legge e della politica.

Una tale “teoria del politico”, fondata sullo *stato di eccezione*, cessa quindi di essere una mera teoria della “decisione per la risolutezza”, come disse una volta Loewith,²⁶ e diviene invece la concreta *rappresentazione* di origini genealogiche, mantenute come principi *legali* di ordinamento.

Ciò che intendo dire è che il contenuto sostanziale della “situazione nichilistica” individuata da Loewith risiede nella politicizzazione del potere di ordine, e questo spiega anche il nesso che storicamente si stabilisce tra ordinamento internazionale e interno nel senso dello stato di eccezione. In esso la condizione politica ridiventa interna, e se questa possibilità risiede

24 PRODI (2000.)

25 BERMAN (1983).

26 LOEWITH (1994) 137.

permanentemente in quel tipo di sovranità, la società interna diviene compiutamente plasmabile così come sempre plasmabile è lo spazio esterno. Il sovrano diviene il detentore del potere di ordine, di costituzione del suo stesso corpo politico, e lo esercita nel suo potere di legge, che riposa in ultima istanza nel suo potere sullo stato di eccezione, come mimesi interna del suo potere di guerra. La legge è qui legata in modo misterioso ma essenziale alla guerra.

Come ha notato Galli, lo Stato si è posto come un “nesso tra guerra e politica”, ma direi che tutto ciò riguarda non tanto lo Stato-nazione dal 1815 al 1914, come egli principalmente sostiene, quanto piuttosto la situazione del XVIII secolo, cioè la situazione delle guerre *indifferenti*, laddove, come giustamente notava Loewith, il contenuto delle ostilità è indifferente poiché questa intensità non riguarda in sostanza nulla di determinato e concreto nell’esistenza politica degli uomini, ma solo “il puro *essere o non essere*”. Questa notazione di Loewith è fondamentale, perché coglie nel profondo, ma non giunge a compimento per l’avversione di Loewith alla sua stessa osservazione. È vero che per gli slesiani era indifferente se la Slesia apparteneva alla Prussia o all’Austria o ad altri, ma non lo era per la decisione per l’esistenza dei *soggetti politici* che la compivano, la cui esistenza dipendeva da determinati spazi, a causa proprio del carattere esistenziale della decisione politica spaziale. Il mondo europeo puramente politico si compie proprio in un momento in cui è *indifferente* vivere da francesi o da tedeschi, onde l’indifferenza della caratterizzazione del politico come scelta tra amico e nemico coglie uno stato di fatto che si è storicamente dato. Il panorama cambierà completamente alla fine del XVIII secolo con l’avvento dei *contenuti* politici, specie francesi o americani, tramite cui il “*Credo*” tornerà sulla scena *in forma politica*.

Ciò che intendo sostenere è che questo passaggio al moderno è quello che precipuamente fonda le attuali manifestazioni differenziate della legge, perché provenienti in modo diverso dalla catastrofe della rottura dello spazio originario del continente, mai più realmente ricomposto, tanto che per noi, oggi, è molto difficile riuscire a comprendere cosa poteva intendersi per “legge” *prima* di tale avvenimento. Contemporaneamente, intendo anche sostenere che questa concezione moderna poggia in realtà su una “riserva di senso” – e quindi non è affatto nichilista – che deriva dal modo concreto in cui nel volgere di pochi anni il potere sovrano si è appropriato degli strumenti tipici della Chiesa e della teologia: il *potere di ordine*, la *potestas*

regendi, ed anche, come vedremo, il *magistero*. In fondo il sovrano moderno si espande in un vuoto derivato da un collasso repentino, e le sue forme concrete sono date dalle resistenze che ha o meno incontrato nei gruppi che effettivamente erano in grado di opporre una resistenza.

Infine intendo sostenere che proprio quando la legge veniva ridotta a mero fattore tecnico di ordinamento positivo, la divisione degli spazi sovrani ha comportato la differenziazione della presenza della legge, inaugurando tradizioni autonome in cui si manifestano i diversi *stili* di essa. “Storia” e “morfologia”, nei termini di Ginzburg, diventano quindi effettivamente alleate, per non dire due diversi risvolti di un unico tentativo di indagine, nel cercare di delineare alcune conclusioni sulla *morphè* attuale del giuridico globale.

5. Conclusioni: la geopolitica del diritto e il dualismo dell'occidente

Quanto abbiamo fin qui visto punta nella direzione di mostrare come sul continente il giudice si dislocasse quale rappresentante della *persona* del sovrano. Una rappresentanza che in realtà gli conferiva poteri *sconfinati* di decisione, tant'è che spesso egli non motivava neanche la propria sentenza, e tant'è che la riaffermazione della legge procedette essenzialmente come contrapposizione a questi suoi poteri. In sostanza, il giudice continentale *presentizzava* la sovranità nel giudizio, e quindi poteva disporre in esso delle sue prerogative. Viceversa in Inghilterra il giudice venne a porsi quale *custode della legge orale* attraverso il rifiuto della “*presentitizzazione*” del Sovrano nel giudizio reso in suo nome. In Inghilterra, a differenza del continente, il giudice *impedisce, invece di realizzare*, la presenza diretta del sovrano nel giudizio. In questo modo egli *articola* la propria decisione, che viene conservata come precedente, ed è proprio in questa ‘sapiente articolazione’ che si sostanziano quelle “verità artificiali” della legge che solo i *Common lawyers*, e non il Re, sanno amministrare.

In base a queste diverse realizzazioni della giurisdizione si determinano, allora, due diversi esiti storici: sul continente si sottende una *iperbole* sovrana, mentre in Inghilterra si realizza una *esclusione* del sovrano dalla giurisdizione, che infatti è criticata e contrastata da Hobbes. In sostanza, già prima dei codici si assiste sul continente ad un assorbimento della giurisdizione nelle strutture dello Stato politico puro, mentre si assiste in Inghilterra

all'affermazione compiuta di uno Stato giurisdizionale puro, che finisce per assoggettare, in virtù della liturgia della legge orale, la sovranità stessa al proprio controllo.

Ciò che viene in gioco è, allora, la rappresentazione dello Stato giurisdizionale come legge *orale* e dello Stato politico come legge *scritta*.

Le considerazioni fin qui svolte, infatti, mirano a mostrare come le strutture giurisdizionali inglesi si declinino storicamente con riferimento ad una legge ancora da scrivere, ma già esistente, che riceve una *formulazione* nel caso concreto. Quest'ultimo, a sua volta, non si presenta affatto come una "decisione" pura, ma come un *exemplum*, una determinata occorrenza di fatti, che permette di adottare una articolazione perfettibile di una regola di legge. In questo senso, *ironicamente*, la giurisdizione inglese si regge su una *metafisica della legge*.

La giurisdizione è, in definitiva, l'esercizio di una decisione su uno spazio, o su una materia determinata: si è sottoposti ad una giurisdizione quando si deve sottostare a quella decisione. Tuttavia, l'esercizio della giurisdizione non trova in sé quasi mai una legittimità compiuta; esso deve rimandare ad una "metafisica" che riempia il vuoto su cui poggia la pura decisione. Questa metafisica legale finisce spesso per rimandare ad uno *jus*, o a un costume immemorabile, o appunto alla legge orale. In questo modo la sentenza non è mai veramente decisa, ma si presenta come una *dichiarazione*, come la scoperta di qualcosa che già preesisteva al caso e che può essere formulato a parole *in presenza* dei fatti, ovvero del conflitto, così come esso è stato portato davanti ai giudici. Il meccanismo di questa rappresentazione è in tal senso tutt'uno con la sua *denegatio*: cioè mentre lo si descrive, si nega espressamente la sua essenza di decisione, e ciò diviene possibile solo con il rimando ad una metafisica; ed in essa è evidente che la legge assume una consistenza ontologica che *travalica il linguaggio*. Essa non consiste, non è costituita dalle parole che la esprimono; non comanda in virtù delle parole. Il linguaggio della legge diviene, piuttosto, il veicolo umano imperfetto in cui quella legge eterea può per il momento venire espressa. Infatti, se la legge, in quanto orale, preesiste alla decisione e non si identifica con la propria formulazione verbale, allora essa può venire riformulata in modo più perfetto, né una sua applicazione successiva è veramente vincolata alle *parole* dei giudici precedenti. Il caso deciso vale come *exemplum* nella sua totalità, ben al di là del testo in cui è riportata la sentenza. Anzi, dopotutto, i fatti valgono per la loro esemplarità più delle parole dei

giudici. In questo modo, ciò che i giudici dicono decidendo il caso non può che rappresentare la loro *opinione* su cosa è la legge *in quel caso*. La ragione del decidere, la *ratio decidendi*, non è data dalle loro parole, ma dai *fatti stessi* in presenza dei quali quei giudici hanno deciso quel caso in quel modo.

Come ben si vede, si crea allora un dispositivo di rappresentazione della giurisdizione che richiede un duplice meccanismo: un *device*, per così dire, ontologico, ed una strategia della propria narrativa che non può che essere definita come *ironica*. Siamo, infatti, in presenza del meccanismo letterario dell'ironia, che negando il carattere deciso della decisione, rinvia ad una metafisica della legge che richiede necessariamente uno sganciamento della legge stessa dal linguaggio che la esprime.

Se, perciò, i sistemi continentali includono l'eccezione, e quindi il politico, al loro centro, lo Stato giurisdizionale, invece, eccipisce il politico come esterno, nell'ironia della permanenza del sublime nell'ordinario. Qui il "corpo politico" rimane propriamente un "corpo giuridico" politicamente rivolto all'esterno. In ultima analisi lo Stato giurisdizionale *mantiene* un concetto puro di politico come esterno, mentre è proprio lo Stato continentale di leggi a *ripiegare* il politico come potere di ordine, cioè di costituzione del proprio stesso corpo, dislocando al proprio interno la possibilità dell'eccezione, e quindi mostrandosi compiutamente come Stato *politico* di leggi.

Ciò significa, secondo me, che *non vi è un'unica* genealogia della politica occidentale e che, come vedremo, questa natura duale dell'Occidente è lungi dall'essere una mera contingenza.

Come abbiamo visto, il *Common Law* non solo amministra un rinvio, ma anzi *l'esistenza* stessa di questo rinvio alla "*uncanny presence*" della legge, e la sua cattura nelle decisioni *ordinarie*, ne costituisce l'*essenza*: la sua "forma-di-legge", nel senso per cui la legge produce se stessa in una data forma. Anche l'ideale neo-classico della legislazione politica perfetta *non* nega affatto questo rinvio, ma ritiene, in virtù della *perfezione* della sovranità politica, di poterlo realizzare compiutamente nell'ontologico di una legge *positiva* senza residui, onde questo residuo, questa riserva originaria di senso, torna a manifestarsi solo nella sospensione di ciò che è costituito quale vero e proprio meccanismo politico di suo governo. La posizione del "governo puro" del mondo – in quanto distinto dalla gloria sovrana, e mero fattore tecnico di efficacia – è invece quella della *negazione stessa* dell'esistenza di qualunque rinvio: si tratta della realizzazione di un ordine puramente e unicamente immanente, cui *non* occorre alcuna *rappresentazione*, poiché non c'è nulla

che sia assente da rendere presente. E perciò ogni *rappresentazione* diviene *fiction* rispetto all'operazionale.

Se, quindi, nel mondo contemporaneo l'economia è la realizzazione di un ordine che si realizza anche senza alcun progetto politico, in virtù di numerosi dispositivi decisionali decentrati e interagenti, allora qui l'economia si dà come un ordine di governo puro e immanente che *non* amministra più alcun "rinvio", perché *non c'è più* alcun rinvio da amministrare.

In questo senso lo "Stato giurisdizionale" mondiale *non* sarà affatto quello dei giudici di *Common law*, ma soltanto quello degli *arbitrati*. Sempre che quest'ordine non divenga compiutamente *automatico*, il che ritengo sia una possibilità concreta. Comunque, questo 'diritto' degli arbitrati non sarebbe più affatto, ed in nessun senso, un *Nomos della terra*, pur potendo divenire un *Nomos* globale. Se il mare *rappresenta* un governo della *techne*, questo *Nomos* sarebbe compiutamente *marittimo*.

In questo senso noi troviamo, però, una nuova e inaspettata *resistenza nomica concreta* alla realizzazione di un tale governo sconfinato, che tende a situarsi *non già* in Europa, ma proprio negli Stati Uniti. Ed in questo senso la nostra tesi è diversa, e procede in direzione opposta a quelle normalmente condivise e sostenute. Non è compito di questo scritto indagare la continua e pervasiva opposizione americana alle giurisdizioni internazionali, prima fra tutte quella della Corte Penale Internazionale, ma ripensare al centro della scena la natura *trascendente* dell'ordinamento americano in quanto ordine *sovrano*. L'esistenza di questa sovranità, e di questa legge "americana", non è un fatto che gli europei possano dimenticare solo in virtù del dissolvimento dei loro "corpi politici". Lo *stile* americano rimane compiutamente inalterato, come stile di un determinato "corpo politico", che continua a manifestarsi come tale. In fondo, e questa è la nostra tesi, il "politico" si è eclissato proprio sul continente europeo in cui si era manifestato nella sua visibilità ontologica come esplicito riconoscimento della legge scritta, dello stato di eccezione, e del potere di ordine sovrano. Per così dire sul continente il politico si è consumato nella sua visibilità. Al contrario il 'politico', proprio in quanto - come ha sottolineato Galli - elemento che sempre sfugge alla propria ontologizzazione, rimane profondamente presente, seppur come "rimosso", nei sistemi di *Common law*, che continuano ad amministrarne il rinvio *liturgico* alla legge orale. Contrariamente ad ogni apparenza i sistemi di *Common law* sono, in questo senso, più politici dei sistemi continentali, che invece hanno *esaurito* questa valenza nella sua manifestazione scritta.

Infatti se è vero che lo Stato giurisdizionale opera una ‘stasi’ del politico come *diniago* dell’eccezione, è vero che può farlo solo in virtù di una incarnazione del *sublime* della legge come *nomos*.

In Common law non c’è stato di eccezione, e l’emergenza entra solo attraverso la legislazione, perché l’eccezione stessa è internalizzata nell’incarnazione giudiziale della legge. Se, in definitiva, lo stato di eccezione è lo Stato politico puro, in cui non conta altro se non la decisione politica, tanto che la legge stessa ne risulta sospesa, in fondo il continente ha eccettato il politico fuori dall’ordinamento, *eccependo nel contempo* la legge scritta come estranea allo Stato politico puro. Viceversa il *Common law* non realizza affatto questa esclusione del politico in uno Stato *extra-ordinem*, perché lo incarna nello stesso regno della giurisdizione come manifestazione della legge orale.

In questo modo il politico ne risulta peraltro accresciuto rispetto al mero ufficio della guerra e della pace, che può infatti essere localizzato nella Presidenza o nella Corona, in quanto tale ufficio *non* ne costituisce la riduzione paradigmatica. In definitiva la formula dell’amico/nemico cattura l’indefinibilità del politico verso una sola questione, operandone, però in tal modo, una riduzione. Tale formula non è tanto una teoria, quanto la concreta memoria della archeologia della sovranità continentale, che, come tale, presuppone però alla fine una diversa genealogia della politica rispetto al mondo anglo-americano, e quindi, una compiuta dualità dell’occidente, proprio rispetto alla dimensione più trascendente del politico e del giuridico.

Per quanto paradossale possa apparire, la nostra conclusione sull’attuale geopolitica globale del diritto è, quindi, diametralmente opposta a quella comune. Non solo non esiste un Occidente della politica e della legge, e ne esistono due, ma - soprattutto - i loro ruoli sono invertiti. La presenza legale ultra-politica della legge orale dei sistemi di *common law* in realtà trattiene in sé, nel proprio interno, proprio quella dimensione “sublime” del politico, che invece si è consumata sul continente Europeo nella sua realizzazione ontologica della legge scritta, onde alla fine non vi è più alcuna presenza politica ultra-legale, quale contraddistingueva la vecchia sovranità continentale. Gli ordinamenti europei sono oggi tutt’al più in grado di riproporsi come ordinamenti giurisdizionali, ma senza quel *surplus* di indefinito – e come tale egemonico – che fa del *common law* ben più che un mero ordinamento giurisdizionale. In fondo, nonostante ogni mascheratura contraria, il Common law è ben più “politico” di ogni altri sistema di legge.

Questa è almeno la conclusione cui pensiamo di poter giungere nella nostra applicazione del metodo genealogico alla coniugazione di “morfologia” e “storia” che potrebbe venire utilizzata in sede di sistemologia comparata con riferimento al problema centrale dello “stato di eccezione” e dello “stile” che scaturisce dalle *legal origins*.

Bibliografia

- BERMAN, HAROLD J. (1983), *Law and Revolution: the Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge (Ma)
- FARINELLI, FRANCO (2003), *Geografia. Una introduzione ai modelli del mondo*, Torino
- FERRARESE, MARIA ROSARIA (2006), *Diritto sconfinato inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma
- GALLI, CARLO (2008), *Lo sguardo di Giano*, Bologna
- GAMBARO, ANTONIO (1979), *La legittimazione passiva alle azioni possessorie*, Milano
- GINZBURG, CARLO (1986), *Miti, Emblemi, Spie*, Torino
- GORLA, GINO (1955), *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, 2 voll., Milano
- GORLA, GINO (1965), *Formazione e strutture fondamentali della common law*, in: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 4, 1646–1682
- GORLA, GINO (1980), *Ricordi della carriera di un comparatista (dal diritto comparato al diritto comune europeo)*, in: *Foro italiano*, 104, V, 1–12
- GORLA, GINO (1989), *Diritto comparato e straniero*, in: *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. 11, Roma
- HAWKES, TERENCE (1977), *Structuralism and Semiotics*, London, <https://doi.org/10.4324/9780203443934>
- IRTI, NATALINO (2006), *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma
- LA PORTA, RAFAEL, FLORENCIO LOPEZ DE SILANES, ANDREI SHLEIFER, ROBERT W. VISHNY (1998), *The Economic Consequences of Legal Origins*, in: *Journal of Political Economics*, 6, 285–332
- LOEWITH, KARL (1994) *Marx, Weber, Schmitt*, Roma
- LUPOI, MAURIZIO (1993), *Gino Gorla*, in: *Rivista di diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 91, 451–453
- MARTINET, ANDRÉ (1968), *Economia dei mutamenti fonetici. Trattato di fonologia diacronica*, Torino
- MATTEI, UGO (1994), *Why the Wind Changed: Intellectual Leadership in Western Law*, in: *The American Journal of Comparative Law*, 42, 195–218, <https://doi.org/10.2307/840732>

- MONATERI, PIER GIUSEPPE (1984), *La sineddoche. Formule e regole nel diritto delle obbligazioni e dei contratti*, Milano
- MONATERI, PIER GIUSEPPE (2013), *Geopolitica del diritto*, Roma
- PRODI, PAOLO (2000), *Una storia della giustizia: dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Bologna
- PUGLIESE, GIOVANNI, et al. (1994), *Scintillae Juris: studi in memoria di Gino Gorla*, 2 voll., Milano
- SACCO, RODOLFO (1947), *Il concetto di interpretazione del diritto*, Torino
- SACCO, RODOLFO (1949), *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato*, Torino
- SACCO, RODOLFO (1974), *Le substrat romaniste de droit des pays socialistes*, in: *Italian National Reports to the 9th International Congress of Comparative Law*, Teheran, Milano
- SACCO, RODOLFO (1981), *Le transfert de la propriété des choses mobilières déterminées par acte entre vifs*, in: *General Reports to the 10th International Congress of Comparative Law*, Budapest
- STOCKWELL, ROBERT (1959), *Structural Dialectology: A Proposal*, in: *American Speech*, 34, 258–268, <https://doi.org/10.2307/453704>
- ZWEIGERT, KONRAD, KÖTZ, HEIN (1992), *Introduzione al diritto comparato*, trad. it., vol. 1, Milano

Indice

- 1 | Massimo Brutti, Alessandro Somma
Introduzione
- 5 | Alfons Aragoneses
La memoria del derecho. La construcción del pasado en los discursos jurídicos
- 31 | Eliana Augusti
Quale storia del diritto? Vecchi e nuovi scenari narrativi tra comparazione e globalizzazione
- 49 | Massimo Brutti
Sulla convergenza tra studio storico e comparazione giuridica
- 81 | Antonello Calore
“Cittadinanza” tra storia e comparazione
- 95 | Salvatore Casabona
Solidarietà familiare tra mito e realtà: note minime su comparazione giuridica e microanalisi storica
- 111 | Tommaso dalla Massara
Sulla comparazione diacronica: brevi appunti di lavoro e un’emplificazione
- 149 | Thomas Duve
Storia giuridica globale e storia giuridica comparata. Osservazioni sul loro rapporto dalla prospettiva della storia giuridica globale

- 187 | **Giuseppe Franco Ferrari**
Law and history: some introductory remarks
- 207 | **Tommaso Edoardo Frosini**
Diritto comparato e diritto globale
- 219 | **Mauro Grondona**
Storia, comparazione e comprensione del diritto: Tullio Ascarelli, “Hobbes e Leibniz e la dogmatica giuridica”
Un esercizio di lettura
- 245 | **Luigi Lacchè**
Sulla Comparative legal history e dintorni
- 267 | **Pier Giuseppe Monateri**
Morfologia, Storia e Comparazione. La nascita dei “sistemi”
e la modernità politica
- 291 | **Edmondo Mostacci**
Evoluzione del capitalismo e struttura dell’*ordine giuridico*:
verso lo Stato neoliberale?
- 323 | **Matteo Nicolini**
Insidie “coloniali”, rappresentazione cartografica e processi
di delimitazione delle aree geogiuridiche africane
- 359 | **Luigi Nuzzo**
Rethinking eurocentrism. European legal legacy and Western
colonialism
- 379 | **Giovanni Pascuzzi**
La comparazione giuridica italiana ha esaurito la sua spinta
propulsiva?
- 389 | **Giorgia Pavani**
El papel de la historia del derecho en la formación del
“criptotipo centralista” en América latina

- 419 | **Giovanni Poggeschi**
Il rapporto fra lingua e diritto nel prisma della comparazione fra linguistica e teoria del diritto
- 457 | **Giorgio Resta**
La comparazione tra diritto e storia economica: rileggendo Karl Polanyi
- 477 | **Roberto Scarciglia**
Storia e diritto globale. Intersezioni metodologiche e comparazione
- 491 | **Mario Serio**
L'apporto della letteratura alla formazione storica del diritto inglese: l'impareggiabile opera di Charles Dickens
- 509 | **Alessandro Somma**
Comparazione giuridica, fine della storia e spoliticizzazione del diritto
- 541 | **Bernardo Sordi**
Comparative legal history: una combinazione fruttuosa?
- 551 | **Emanuele Stolfi**
Problemi e forme della comparazione nella storiografia sui diritti antichi
- 575 | **Vincenzo Zeno-Zencovich**
Appunti per una "storia giudiziaria contemporanea"
- 589 | **Contributors**