

Gianmaria Ajani

Università di Torino

Facoltà di Giurisprudenza

NAVIGATORI E GIURISTI.

A PROPOSITO DEL TRAPIANTO DI NOZIONI VAGHE.

I. Premessa: la Rule of Law come nozione vaga

Negli anni che ci separano dalle Tesi di Trento, (I versione) ¹ abbiamo visto passare le tesi decostruzioniste, ed affacciarsi il pensiero volto a recuperare senso e oggettività del “mondo esterno” ².

Le tentazioni di “debolezza” lasciano il passo ai tentativi di ricostruzione, e mentre la comparazione sovversiva individua le ultime spiagge del positivismo ³, una nuova sistematica che si legittima nella comparazione esalta la ricerca di “Principi” ⁴, in ciò motivata da progetti di legislazione (il codice europeo), da prospettive della tecnica (costruzione di dizionari semantici informatizzati ⁵) e della scienza (bioetica).

Nell’apertura verso altre scienze e discipline ⁶, alcuni comparatisti interessati alle questioni epistemologiche ⁷ si scoprono interlocutori di alcuni filosofi, con i quali

¹ Il testo delle Tesi di Trento, che contengono cinque proposte di metodo per il diritto comparato si trova in: A. Gambaro, P.G. Monateri, R. Sacco, *Comparazione giuridica*, in Digesto IV, Priv., Utet, Torino.

² Cfr. M. Ferraris, *Il mondo esterno*, Bompiani, Milano, 2001

³ Sulla questione, rinvio a G.Ajani, *Diritto comparato e diritto internazionale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001, p. 1589.

⁴ Vd. B. Pasa, *I progetti di ricerca europei sul diritto privato comune: il nuovo “Acquis Group”*, in *Contratto e impresa Europa*, 2002, p. 654.

⁵ Vd.: B. Smith, *Ontology and Information System*, 2001, in <http://ontology.buffalo.edu/ontology.doc>

⁶ Ben indagata di recente al Colloquio biennale dell’Associazione Italiana di Diritto Comparato, Pisa, maggio 2003.

⁷ Il presente lavoro si inserisce nell’ambito delle ricerche, condotte nell’unità di Torino, entro il progetto MIUR/COFIN 2001 “*Organizzazione delle tassonomie giuridiche e contributi delle tecnologie informatiche*”, al quale collaborano giuristi, informatici e filosofi attivi nel Centro Interuniversitario di Ontologia Teorica e Applicata (Labont) diretto da Maurizio Ferraris - che vede coinvolti nelle ricerche sulle ontologie applicate anche i Dipartimenti di Scienze giuridiche di Torino, del Piemonte Orientale e di Trieste

elaborano ontologie ⁸. L'ontologia ⁹ applicata¹⁰ interessa gli informatici, e con ciò il contatto fra speculazione teorica e diritto in azione è realizzato. Le applicazioni degli informatici ai problemi di traduzione interessano, sul piano pratico, innanzitutto l'interprete della norma comunitaria.

Il metodo della dissociazione dei formanti, più o meno consapevolmente applicato, partecipa pertanto ai vari progetti di ri/costruzione del diritto europeo, temperando quella che da più parti viene indicata come la tentazione neo-formalistica di chi collabora a edificare l'"*acquis*" comunitario.

La comparazione quale indagine sugli aspetti dinamici, sulla circolazione dei modelli, sugli esiti della circolazione (recezioni e reazioni), caratterizza da tempo molti dei nostri lavori. Lupoi è tornato di recente sugli aspetti di metodo, con il suo lavoro sui flussi ¹¹; alcuni manuali, a Torino, a Firenze, insistono sui materiali e sui casi ¹², addestrando gli studenti a trovare le contaminazioni fra formanti di diverso livello appartenenti a diversi ordinamenti; così facendo, la narrazione statica per grandi famiglie viene accantonata. Sacco ci ricorda, con i richiami al dato antropologico, con gli studi sul diritto muto¹³, che non di sola contemporaneità vive il giurista: *comparison involves prehistory*.

Il racconto che segue questa premessa non è resoconto definitivo; riferisce sul

⁸ Sotto il profilo linguistico, lo studio ontologico si interroga se il diritto si classifichi meglio come linguaggio comune con particolari regole cogenti aggiuntive o se in ogni sua affermazione esso costituisca revisione del senso comune. Sotto questo profilo ci si può porre il problema dal punto di vista del "realismo ingenuo" o piuttosto della consapevolezza del ruolo "costruttivo" che il linguaggio e gli schemi concettuali esercitano sulla percezione del mondo esterno.

A livello applicativo gli studi ontologici di questo tipo possono essere di ausilio nei progetti di traduzioni tra linguaggi giuridici di ordinamenti diversi o nelle ricerche su principi comuni tra sistemi giuridici differenti e espressi in lingue diverse.

Inoltre, l'utilizzo strumentale di mezzi propri di altre discipline, coinvolte nei progetti ontologici, "può indurre un avanzamento nella conoscenza dello stesso diritto (si pensi, in altro ambito, quali sono stati i risultati ottenuti dall'applicazione dell'analisi economica al diritto). La vocazione ontologica all'identificazione di schemi astratti di conoscenza, unita alla delineazione della realtà del fenomeno giuridico, può infatti aiutare a chiarire meglio l'identità e le relazioni fra i formanti dei diversi sistemi giuridici". Così: P. Rossi, *Ontologie applicate e comparazione giuridica: alcune premesse*, di prossima pubblicazione in Rivista di diritto civile, 2003.

⁹ "A prima vista le ontologie sembrano già presenti, nel panorama del giurista, sotto forma di tassonomie (tale lettura può forse essere sufficiente se lo sguardo si limita al solo diritto interno "scritto"; ogni sistema infatti costruisce e declama la propria coerenza interna entro classificazioni descrittive e normative. Certamente non lo è quando l'osservazione diventa di confronto, comparativa)", op. ult. cit.

¹⁰ Sulle possibilità applicative che interessano l'ontologia si rinvia a: M. Ferraris, *Ontologia*, Guida ed., Napoli, 2003, 58 ss; cfr. anche: <http://ontology.buffalo.edu/ontology.edu>

¹¹ M. Lupoi, *Sistemi giuridici comparati. Traccia di un corso*, ESI, Napoli, 2001.

¹² Ad es.: G. Ajani, P.G. Monateri, *Casi e materiali di diritto comparato*. Raccolti da B. Pasa, Giappichelli, Torino, 2001; V. Varano, V. Barsotti, *La tradizione giuridica occidentale*, vol. 1, Giappichelli, Torino, 2002; Id., vol. 2, Giappichelli Torino, 2003.

¹³ R. Sacco, *Diritto muto*, in Riv. Dir. Civ., 1993, I, 689; Id., *Langue et droit*, in R. Sacco, L. Castellani (cur.) *Les multiples langues du droit européen uniforme*, L'Harmattan, Torino, 1999, 163.

tentativo di unire una componente *descrittiva*, la ricerca sulle modalità di produzione transnazionale delle regole ad opera di soggetti, -le organizzazioni internazionali- l'azione dei quali è caratterizzata da forza propositiva, ma anche da vaghezza sul contenuto dei modelli proposti, ad una di *metodo*; metodo che si interroga sugli effetti per il diritto positivo della recezione di norme vaghe, sulla *capacità delle nozioni vaghe* ¹⁴ di uniformare i diritti nazionali.

L'indagine sull'effetto della norma internazionale sul diritto interno ha da sempre interessato i comparatisti. Il discorso che conduco qui è tuttavia diverso, in quanto collega l'osservazione della produzione sovranazionale di nozioni vaghe all'analisi delle modalità di mutamento/alterazione della norma interna. Nel far ciò, il comparatista è ben attrezzato, vista la sua tradizionale diffidenza verso la retorica (in questo caso, le declamazioni che accompagnano la circolazione delle regole "globali") e la sua insofferenza per le dichiarazioni di autosufficienza del diritto positivo.

L'enfasi sulla riforma del diritto positivo, ispirata da *standards* sovranazionali dei quali si predica la condivisione globale, conduce infatti i protagonisti di tali riforme ad esaltare nuovamente un modello formale di sistema giuridico, staccato dalle radici sociali e culturali che ovunque contribuiscono a fornire il contesto dei sistemi giuridici.

Accanto ad una accelerata e diffusa produzione di modelli giuridici appartenenti al formante legislativo, modelli legittimati in quanto si è radicata l'idea che certe regole giuridiche siano un fattore di crescita dei mercati e di sviluppo economico, assistiamo negli anni più recenti al ricorso, da parte dei soggetti attivi nel proporre nuovi modelli, a formule vaghe, principi, nozioni di sicura forza mediatica, ma dal contenuto "tecnico-giuridico" difficilmente identificabile, o comunque non univoco.

E' evidente il caso dell'Unione Europea; il processo di allargamento ora in corso è stato inaugurato all'inizio degli anni '90 dalla inclusione della nozione di *Rule of law* entro gli Accordi di associazione fra le Comunità e gli Stati dell'Europa

¹⁴ Il problema della vaghezza delle espressioni non interessa solamente il linguaggio comune, che veicola parte del significato normativo, ma anche la struttura stessa di molte norme.

Sulla vaghezza nel linguaggio e nella logica si vd. l'ormai classico T. Williamson, *Vagueness*, Routledge, Londra, New York, 1994. Ivi la definizione di nozione vaga: "The vagueness of a concept consists in the difference between it and other possible concepts that would be indiscriminable by those who grasped them", a p. 70.

Diverso è il discorso sulla "legislazione-quadro", ad es. le direttive comunitarie; in tal caso la vaghezza va intesa come capacità del linguaggio di essere reso preciso in più che un unico modo; lo spazio di interpretazione della nozione vaga è lasciato al legislatore nazionale.

centro-orientale ¹⁵.

Concentrare l'attenzione sulla circolazione ed il trapianto di nozioni vaghe non significa, si noti, optare per un campo di ricerca sul dato "pre-giuridico".

Qualcuno potrà rilevare che la regola a formazione transnazionale si inserirà inevitabilmente nel sistema giuridico nazionale di recezione, e che pertanto a quel livello, di recepimento, si potrà applicare la metodica comparativa.

Come utilmente ricorda Lupoi¹⁶, quando si osservano i flussi giuridici è necessario distinguere fra le questioni di interazione fra *regula* e *regula*, fra *regula* e sistema, e anche fra *regula* e *principia*.

Ma la questione può essere ancora più complessa: la determinazione di *standards* di riferimento per il trapianto di norme entro alcune macro-nozioni, quali *Rule of law*, *Governance*, *Due process*, sembra poter veicolare importanti mutamenti al momento della recezione proprio in forza della natura ingenua (ossia non tecnica) del linguaggio che le caratterizza. Una distanza dal dato tecnico contingente che è ulteriormente moltiplicata da traduzioni ambigue, completamente estranee ad un contesto di *principia*, di prassi, di istituzioni ¹⁷

Inoltre, in alcune situazioni (si pensi agli *standards* di riferimento promossi dall'Organizzazione Mondiale del Commercio, o alle macro-nozioni poste dal legislatore comunitario) il mancato (od "erroneo") adattamento del diritto positivo locale alla norma vaga di produzione sovranazionale ha immediate

¹⁵ Vd. D. Mineshima, *The Rule of Law and EU Expansion*, 24 *Liverpool Law Review*, 2002, 73. L'a. insiste sulla considerazione che la nozione, piuttosto che essere definita dalle istituzioni comunitarie, è vista quale "criterio di azione" per la riforma delle istituzioni. Ciò renderebbe praticamente impossibile una verifica tecnica, giuridica della conformità dei sistemi giuridici dei Paesi di prossima adesione agli *standards* della Unione europea (pp. 77 e ss.).

Sulla originaria ambiguità del concetto di *Rule of law*, già nel contesto di *common law*: M. Horwitz, *The Rule of Law: an Unqualified Human Good*?, 86 *Yale L. J.*, 1977, 561; un approccio scettico in A. Scalia, *The Rule of Law as a Law of Rules*, 56 *Univ. Chi. L. Rev.*, 1989, 1175.

¹⁶ Op. cit., p. 294 e ss.

¹⁷ Sulla ambiguità delle traduzioni in francese, italiano, tedesco della nozione di *Rule of law*, la letteratura è vastissima; la più significativa è raccolta in L. Moccia, *Glossario per uno studio della "Common Law"*, Unicopli, Milano, 1984, pp. 81-88. Si vedano anche: M.L. Fernandez Esteban, *The Rule of law in the European Constitutions*, Kluwer, Boston, The Hague, 1999, p. 67; N. McCormick, *Der Rechtsstaat und die Rule of Law*, 39 *Juristenzeitung*, 1984, p. 66; per un confronto fra le diverse tassonomie portanti sulla nozione: Cs. Varga, *Transition to Rule of Law*, L. Eotvos Univ., Budapest, 1995, pp. 156 e ss.; sulla migrazione del concetto di *Staatsrecht* nella cultura giuridica russa: G. Ajani, *The Rise and Fall of the Law-Based State in the Experience of Russian Legal Scholarship. Foreign Patterns and Domestic Style*, in D. Barry (cur.), *Toward the Rule of Law in Russia*?, Sharpe, New York London, 1992, pp. 3-22.

Un'ampia trattazione sulle difficoltà nell'esportazione della nozione verso il diritto della R.P. cinese in: R. Peerenboom, *Ruling the Country in Accordance with Law: Reflections on the Rule of Law in Contemporary China*, in 11 *Cultural Dynamics*, 1999, p. 315

conseguenze sulla *validità* della norma statale ¹⁸.

Fare ricerca sull'adattamento e trapianto della norma è da tempo una delle attività preferite dal comparatista; è tuttavia, quello di cui sto parlando, un lavoro diverso: la pratica attuale dell'innovazione giuridica rende la ricerca sul processo di edificazione della norma ancora più peculiare, in quanto insiste nell'esaminare il ruolo di un soggetto terzo: lo sponsor della circolazione, che in alcuni casi (pensiamo alle organizzazioni finanziarie internazionali, quali il Fondo Monetario o la Banca Mondiale) è privo di un modello giuridico formale (potremmo dire di un sistema di norme) proprio, mentre ha ben chiara la *funzione* del modello economico che si intende vestire di forme giuridiche). Tale ricerca ci fornisce dei dati su fattori (motivazioni della riforma, ruolo delle istituzioni, tempi) che influenzano l'esito della recezione. E' in altri termini un tentativo di applicare alla contemporaneità quanto investigato da Gambaro, Cannata, Sacco e altri sui fattori storici di legittimazione dei grandi modelli circolanti ¹⁹.

La strumentalità del diritto alla *performance* economica diviene così il paradigma dominante, utile a giustificare e legittimare il processo di trapianti di norme da sistemi economicamente maturi a sistemi in transizione o in sviluppo. Si ha con ciò una ripresa di certi discorsi già condotti negli anni '60, all'epoca della decolonizzazione e della offerta, ai nuovi stati indipendenti dell'Africa e dell'Asia, di modelli giuridici di "buon funzionamento" della società e dello Stato. Oggi, tuttavia, l'enfasi è su una più intensa universalità (fondata sull'idea di "mercato efficiente") dei modelli, mentre all'epoca del "diritto per lo sviluppo" i modelli venivano ricercati nelle diverse storie costituzionali dei Paesi colonizzatori. Non è certo casuale che la nozione di "*good governance*", coniata al tempo della fiducia nel ruolo del "diritto per lo sviluppo", sia tornata in auge nell'attuale fase di intensa riforma giuridica in funzione del mercato.

La dinamica dei trapianti di norme, sostenuta dal pensiero neo-liberista egemonico nell'ultimo decennio, ha negli anni più recenti esteso la ricerca di legittimazione dal settore delle norme di dettaglio, più direttamente connesse al funzionamento del mercato, alle norme-principio, di sistema, poste quali

¹⁸ A margine della discussione sul ruolo delle nozioni vaghe nell'armonizzazione del diritto comunitario, si fa notare che la mancanza di una tassonomia comune agli Stati membri sul contenuto della nozione porterà necessariamente la Corte di Giustizia a pronunciarsi, anche al fine di contenere giurisprudenze disomogenee a livello statale; cfr.: A. Verhoeven, *How Democratic Need European Union Members Be ? Some Thoughts After Amsterdam*, 23 *European Law Review*, 1998, pp. 217-234.

¹⁹ Vd. A. Gambaro, R. Sacco, *Sistemi giuridici comparati*, 2 ed., UTET, Torino, 2002

necessari garanti di un corretto funzionamento dei meccanismi della libera economia. Ciò ha portato ad una rinnovata fortuna una nozione, quella di *Rule of law* che sino ad alcuni decenni or sono aveva condotto, al di fuori del mondo di *common law*, una vita modesta fra le pagine dei costituzionalisti interessati al diritto britannico ²⁰.

L'approccio strumentale, per il quale le regole importate sono strumenti tecnici per un fine garantito (la modernizzazione), assegna nuova legittimazione al diritto nel momento preciso in cui questo la perde sul piano del consenso della comunità (divenuta plurinazionale) o della forza dell'ideologia (tramontata con il XX secolo); si tratta però di una legittimazione di natura diversa rispetto a quella di democrazia parlamentare classica, che interviene sulla base di un ragionamento *ex post facto* e con la quale interferiscono gli esperti e i tecnici, così ricreando una nuova ideologia che non ha più le pretese della coerenza diacronica, accontentandosi di una congruenza di derivazione esterna (il "buon funzionamento del mercato") fra regola e azione legittimata.

Tutto ciò incide profondamente sui concetti fondanti il discorso giuridico, e in primo luogo sulla nozione di *Rule of law*. Più in generale, tale movimento riflette il mutamento nella scienza economica dello sviluppo dalla fiducia nella capacità dello Stato di gestire problemi strutturali dell'apparato economico alla fiducia nel ruolo del mercato transnazionale quale fattore di crescita globale.

Allo stesso tempo, l'adesione entusiastica a processi di riforma giuridica ispirati dal costante riferimento a quell'ampia e vaga nozione, poco ci dice sul contenuto di quelle riforme, e sul loro significato distributivo.

L'approccio strumentale non ingenuo, o non in cattiva fede, non può poi evitare di porsi la questione dell'effettività delle norme trapiantate. All'ideologia della recezione necessaria, si affianca così la ragion pratica della messa in atto delle norme.

Quale è il significato empirico dell'affermazione secondo la quale la Russia adotta oggi una "*corporate governance*" all'americana ²¹ ?

Il significato simbolico ci è immediatamente evidente: il ricorso alla nozione "forte" (l'espressione *corporate governance* ha assunto la stessa forza e la stessa

²⁰ C'è, negli Stati Uniti, un'ampia letteratura sulla *Rule of law* che, prima che si accendesse l'attenzione sui temi del trapianto di norme e del ruolo del diritto americano nella rinascita del mercato, si concentrava sulle questioni di definizione della nozione ad uso interno vd.: M.J. Radin, *Reconsidering the Rule of Law*, 69 Boston Univ. L. Rev., 1989, 783-791

²¹ Cfr.: B. Black, R. Kraakman, A.S. Tarassova, *Guide to the Russian Law on Joint Stock Companies*, Kluwer, The Hague, Boston, 1998.

capacità di superare le barriere linguistiche e concettuali locali di *property rights*, *freedom of contract*, per fare alcuni esempi) ci indica che il diritto commerciale russo ha compiuto la transizione dal dirigismo al mercato, dando spazio nel proprio sistema delle fonti ad un concetto la cui fortuna è espressione della fortuna del modello economico entro cui si è sviluppato); tale effetto simbolico, tuttavia, poco ci dice sul rapporto causale fra mercato e regola (è il mercato che ha prodotto un modello efficiente di *corporate governance*, o è quest'ultima che ha favorito una certa modalità di organizzazione del mercato ?), e ancor meno ci dice sul contenuto di dettaglio del modello *corporate governance*. E' ben vero che si può individuare un modello sopranazionale, elaborato, nel caso in questione, dall'OCSE, ma quel modello resta ad un grado di astrazione che rinvia –quando davvero si voglia rendere funzionante il modello - al dettaglio delle regolamentazioni nazionali la questione dell'effettività. E non è un caso se molti di quei macro-modelli sono di provenienza anglo-americana: è il *common law* che, a parere di molti ²², oggi meglio si presta, quale “sistema aperto” a elaborare dottrine sul diritto “generale”, che si occupano di questioni non di un singolo ordinamento ²³.

Tutto ciò, come è evidente, sollecita nuovi interessi dei comparatisti, i quali posseggono “la competenza tecnologica di mettere gli obiettivi desiderati in rapporto con *les contraintes structurelles* appropriate” ²⁴.

Ma ciò ci conduce oltre il fine di questo scritto; qui mi limito pertanto ad osservare che concepire l'azione di riforma giuridica come un semplice progetto di assistenza tecnica, analogo ad altri progetti di tipo ingegneristico o strutturale da tempo sostenuti dalle istituzioni internazionali di credito, motivato da una supposta neutralità delle regole rispetto al dato locale e legittimato dalla richiesta

²² Correttamente Twining distingue fra *jurisprudence* generale, che si differenzerebbe non solo dalla *jurisprudence* particolare (interna ad un singolo sistema), ma anche della *jurisprudence* globale, che sarebbe un aspetto della generale; cfr.: Twining W., *Globalization and Comparative Law*, 6 Maastricht Journal Eur. Comp. Law, 1999, 217

²³ Globalizzazione e armonizzazione non sono fenomeni sempre collegati e internamente coerenti; vi sono infatti dei settori che, pur apparendo funzionalmente connessi alla globalizzazione dei mercati, non sono proposti per la armonizzazione integrale: esemplare è la politica di *antitrust*: non si è avuta una armonizzazione integrale perché né gli interessi statunitensi, né gli interessi europei erano in questo senso. Piuttosto, si preferisce una ricerca di convergenza di regole in specifici settori industriali.

In ogni caso, è bene ricordarsi di Lambert, che scriveva: “ogni azione di legislazione uniforme deve affrontare il compito di conciliare le due opposte tendenze di ogni ordine giuridico: cristallizzare e codificare le regole in modo uniforme, immobile e pertanto prevedibile, o lasciare spazio ai bisogni di adattamento. A seconda che prevalga l'una o l'altra, muterà lo stile della legislazione, per legge uniforme, o per *standards*.”

²⁴ Così O. Pfersmann, *Le droit comparé comme interpretation et comme théorie du droit*, in Oxford Univ. Comp. L. Forum, 2001, 4 (www.ouclf.iuscomp.org).

di assistenza da parte dei governi di paesi in via di sviluppo o in transizione, molto difficilmente è in grado di produrre i risultati intesi in partenza e promessi dalla *performance* del modello nell'ordine giuridico di provenienza.

E' questo, un nuovo compito sovversivo della comparazione, che ancora una volta, anche se su scala globale, si trova a insinuare dubbi nell'ottimismo normativo dei legislatori.

Ad esso si può utilmente affiancare, quale compito ricostruttivo, la proposizione di una tassonomia delle nozioni vaghe, preludio ad un'ontologia della *Rule of law* e della altre macro-nozioni transnazionali che pretendono, in nome della loro vaghezza, di poter influenzare senza troppo interferire con le specificità culturali e sociali, il diritto locale.

II. La nave Argo

1. La metafora del movimento

“La Nave Argo (luminosa e bianca), di cui gli Argonauti sostituivano a poco a poco ogni pezzo, di modo che alla fine ebbero una nave completamente nuova, senza doverne mutare il nome o la forma. Questa nave Argo è molto utile: fornisce l'allegoria d'un oggetto eminentemente strutturale, creata non dal genio, dall'ispirazione, dalla determinazione o dall'evoluzione, ma attraverso due atti modesti (che non possono essere rintracciati in alcuna mistica della creazione): la sostituzione (un pezzo subentra all'altro, come in un paradigma) e la nominazione (il nome non è affatto legato alla stabilità dei pezzi); a forza di combinare, all'interno d'uno stesso nome, non resta più nulla dell'origine: Argo è un oggetto senza altra causa che il suo nome, senza altra identità che la sua forma”

²⁵.

Non appena esce dal porto sicuro disegnato dal “sistema” delle norme positive del diritto nazionale, il giurista si trova, oggi, in un'area segnata dalla mutevolezza, dall'indeterminazione delle fonti, dal superamento dei canoni interpretativi

²⁵ R.Barthes, *Roland Barthes par Roland Barthes*, Ed. du Seuil, Parigi, 1975, 75.

classici, dalla variabile convenzione dottorale. Un'area nella quale il pre-giuridico ed il giuridico sono elementi non interamente distinguibili; un'area nella quale i nomi delle cose sono rimasti fedeli a se stessi, più che alla situazione che rappresentavano.

Il viaggio, il “movimento” è di per sé doppiamente necessario al nostro adattamento del mito: rappresenta l'uscita (con promessa di ritorno) dal porto del diritto domestico, e consente al giurista di mantenere uno status di dignità epistemologica, di praticare i due discorsi (*global & local*) che caratterizzano il paradigma odierno delle scienze sociali.

E' il movimento che determina la *necessità* della sostituzione e l'*impossibilità* dell'invenzione (non c'è “mistica della creazione” fra gli Argonauti, non c'è il tempo per innovare fra i giuristi forzati a rinnovare la forme delle regole funzionali al mercato).

E' la situazione di mare aperto, di lontananza dal territorio, dalla nazione e dal contesto, che assegna valore globale al diritto, che afferma la neutralità della regola rispetto al dato sociale, che pone fuori gioco il confronto politico sull'opportunità e le modalità della norma. Il giurista a bordo deve scegliere fra la negazione del movimento, negazione che lo porta a sostenere la immutabilità (formale) della nave, e il riconoscimento dell' utilità dei pezzi nuovi: è costretto fra formalismo e strumentalismo.

2. La complessità del reale

L'allegoria, come il mito, cattura in un frammento la complessità del reale.

E, fuori dalla metafora, sul terreno del nuovo *Law & Development*, praticato negli ultimi 15 anni verso i numerosi stati in transizione dal piano al mercato, il diritto si sostituisce alla politica, occultando il problema della distribuzione: l'utilità della regola è presunta, in quanto questa abbia dato, *altrove*, buona prova di supporto alla *performance* economica. Il giurista coinvolto in progetti di riforma giuridica cattura nel formante legale la complessità del funzionamento del mercato.

Di più, il buon funzionamento (*Good governance*) della società è inteso come un effetto del buon funzionamento (*Good performance*) dell'economia; e di quest'ultimo si afferma la dipendenza dalla buona organizzazione (*Rule of law*) del diritto e delle istituzioni che realizzano il dettato della norma.

Nell'indeterminatezza del mandato delle organizzazioni finanziarie internazionali (Banca Mondiale, Fondo Monetario) le ipercategorie ora indicate realizzano l'effetto di nomina descritto da Roland Barthes: il nome "*Rule of law*" non è più legato alla stabilità dei "pezzi" che lo componevano all'interno della cultura giuridica di origine. La sua originaria soggettività si tramuta in oggettività semantica: è del tutto consueto per i cultori di logica affermare che cosa conta, al fine di caratterizzare un discorso come oggettivo o soggettivo, è l'intenzione linguistica del parlante ²⁶. Nel nostro caso, i parlanti (i soggetti proponenti la disseminazione della regola) non esprimono preferenze soggettive, ma intendono la nozione come enunciato che riguarda "oggetti del mondo", complessi di norme, aggregati dal principio di *Rule of law*, ed oggettivamente funzionali al buon operare del mercato.

La società della comunicazione favorisce la diffusione globale di parole slogan: *Corporate governance, Rule of law, Good governance, Due process*.

La diffusione tramite il vettore della lingua inglese rafforza il prestigio: la nozione si affranca dai vincoli della *traduzione*. La capacità di circolazione e di radicamento di tali ipernozioni è inversamente proporzionale al mantenimento del loro originario significato tecnico, alla segnalazione di una loro "soggettività", dipendente dal contesto di origine. Anzi, è proprio l'equivalenza delle funzioni che vengono assegnate al principio di *Rule of law* che emancipa dalla necessità della traduzione: il marchio garantisce la qualità del prodotto.

Affermare il primato della *Rule of law* significa impadronirsi dell'intero arco di posizioni possibili interne al discorso sulla legalità. In questo modo della *Rule of law*, così come per gli elementi della nave Argo, non resta più nulla dell'origine ²⁷: la nozione, della quale a lungo si è predicata l'impossibilità di proporre una versione univoca, sottratta alle sue origini di modello storico e reattivo (verso il *droit administratif*), è oggi divenuta "*un oggetto senza altra causa che il suo nome, senza altra identità che la sua forma*" ²⁸.

Naturalmente, la vaghezza del termine è la chiave del suo successo nei discorsi della politica internazionale; il trapianto della nozione è inteso, nei sistemi post-

²⁶ Cfr. A. Marmor, *An Essay on the Objectivity of Law*, in B.Bix (ed.), *Analyzing Law : New Essays in Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1998, pp.3-31.

²⁷ "The beauty of the "rule of law" is that it's neutral. No one –the human rights community, the business community, the Chinese leadership- objects to it" , così un anonimo funzionario del Department of State statunitense, cit. in T. Ruskola, *Law without law, or is "Chinese Law" an oxymoron ?*, in 11 William & Mary Bill of Rights J. , 2003, 605, a p. 606.

²⁸ Ibidem.

comunisti, in quelli in via di sviluppo, come la medicina che non solo cura tutti i mali della società, dalla corruzione alla tirannia, dal sottosviluppo economico, ma anche che offre rimedi imparziali, neutrali, oggettivi.

La vecchia opinione sulla natura oggettiva delle regole e dei meccanismi degli scambi mercantili si riflette sulle norme di funzionamento delle istituzioni: allo scopo originario (la subordinazione del potere politico a regole giuridiche intese a tutelare la libertà dei cittadini) che accomunava al modello britannico le versioni elaborate negli stati europei in ricerca di un nuovo modello di organizzazione dello stato si è oggi sostituita una nuova funzione, che connette la nozione al buon funzionamento dell'economia. Inserito nel contesto del neoliberismo che ispira l'operato delle organizzazioni finanziarie internazionali promotrici delle riforme giuridiche, ciò determina, in un certo senso, un ritorno all'idea originaria del *common law* per la quale c'è *Rule of law* anche e soprattutto senza lo stato ²⁹.

Perché, tornando al mito, se tutto viene sostituito non viene mutato, nella nave Argo, né il nome, né la forma? Forse perché l'identità di Argo è necessaria al raggiungimento del suo fine. Quale allora, nel caso della nozione che qui indaghiamo, la finalità della *Rule of law*, che fa sì che se ne mantenga il nome? Non certo una finalità operativa, considerata la vaghezza del principio; piuttosto un fine tattico di superamento della barriera rappresentata dal principio di sovranità culturale, delle resistenze operate dalle culture giuridiche locali ³⁰.

La disseminazione della nozione nelle carte costituzionali di recente adozione rappresenta, in altri termini, la misura di legittimazione per interventi di riforma giuridica e istituzionale ispirati da giuristi stranieri o rappresentanti di organismi internazionali; a costoro toccherà il compito, alleggerito dall'onere della motivazione, di proporre il contenuto nelle nuove norme da introdurre, di identificare le norme interne da modificare o rimuovere, di rendere conto dei problemi tassonomici relativi al contesto normativo di riferimento internazionale e transnazionale.

Si è accennato alle clausole di condizionamento ispirate al rispetto della *Rule of law* e promosse dalle istituzioni finanziarie quali il Fondo Monetario e la Banca

²⁹ G. Sartori, *Nota sul rapporto fra stato di diritto e stato di giustizia*, Riv. Int. fil. Dir., 1964.

³⁰ Vi è chi, argomentando sul trapianto della nozione ha fatto rinvio ad altre figure del mito classico; cfr.: M.C. Stephenson, *A Trojan Horse Behind Chinese Walls? Problems and Prospects of U.S.-Sponsored 'Rule of Law Reform Projects in the People's Republic of China*, 18 UCLA Pac. Basin L. J., 2000, p.64, a 74.

Mondiale ³¹; si è accennato al ruolo dell'Unione Europea nel condizionare lo sviluppo del processo di adesione al rafforzamento della *Rule of law* tramite riforme giuridiche. Parimenti istruttivo è osservare il ricorso alla nozione da parte dell'Organizzazione Mondiale del Commercio, quale criterio ordinante le trasformazioni del dato positivo poste quale requisito per l'adesione ³².

III. The Fair legal system

3. Il trapianto di nozioni vaghe.

Una nozione, si è detto, è da considerare vaga quando i confini della sua area di applicazione, attuale o possibile non sono delineati in modo netto ³³.

Con la diffusione del ricorso ad iperproposizioni si giunge alla costruzione di un ideal-tipo unico: “*The fair legal system*”. Tale processo è sostenuto dai soggetti (istituzioni finanziarie internazionali, Commissione europea) impegnati nel duplice compito di promuovere l'armonizzazione del diritto *al fine* della soppressione delle disparità dei mercati e sostenere mutamenti istituzionali considerati determinanti (ma questo, ricordiamo, è un *apriori*) per il buon funzionamento del mercato. In tal senso, l'ipernozione *Rule of law* non è così diversa, nella sua natura astratta e decontestualizzata, dalla clausola generale *buona fede*, alla quale, nel più ristretto campo dell'armonizzazione del diritto privato europeo, sono affidati compiti di *governance* del comportamento delle parti di un contratto.

Si ha in ciò un processo di astrazione analogo a quello utilizzato dal diritto internazionale.

La pretesa di individuare norme comuni, di portata universale, non è certo nuova, avendo essa fondato in buona misura i discorsi dei cultori del diritto internazionale classico volti a legittimare la disciplina; la pretesa di universalità ha rappresentato quindi un importante elemento di validazione del diritto internazionale, unitamente al formalismo. Si riproduce, in tal modo, la divisione

³¹ Si cfr. l'ampio documento pubblicato dalla Banca Mondiale : *Initiatives in Legal and Judicial Reform*, 2002, reperibile nel sito web della Banca

³² Cfr. il documento predisposto dall'*American Bar Association: Written Comments on Rule of Law Issues Related to the People's Republic of China's Accession to the WTO*, a cura di M. Burke, nel sito web dell'ABA.

³³ Cfr P. Rossi, op.cit.

di campo fra le competenze di *governance* globale, proprie del diritto internazionale, che al fine di mantenere il grado di universalità inducono una esasperazione della generalità ed astrazione delle regole, e le competenze di raffronto ed armonizzazione delle culture giuridiche, proprie del diritto comparato, che vengono paralizzate da una diffusa consapevolezza dei limiti all'integrazione rappresentati dai particolarismi e dalle diversità.

La ricerca di un livello alto di concettualizzazione che consenta di superare le insidie dei localismi è una modalità ricorrente del sapere giuridico; la differenza fra il caso che stiamo osservando (l'astrazione nell'ambito del diritto transnazionale) e altri casi storici (pensiamo alla pandettistica) meriterebbe di essere indagato ³⁴.

L'enfasi sulla *Rule of law* e sui modelli di *adjudication* che da tale nozione si fanno derivare conduce ad esaltare un modello formale di sistema giuridico.

Se questa è la nota dominante della nozione, il ruolo della comparazione può sembrare necessariamente limitato ad osservare i casi di frizione causati dall'ingresso traumatico della ipercategoria negli ordinamenti interni. Ed è questo, in effetti, l'esercizio più praticato dai comparatisti in situazioni di tal genere. E' un esercizio che mira a classificare le diverse tassonomie che, nei diversi ordinamenti, rendono operativa la ipercategoria; se al livello del discorso globale sull'unificazione del diritto e dei principi di *governance*, infatti, i promotori della nozione di *Rule of Law* possono contare sul prestigio mediatico del nome per disinteressarsi alle questioni di contesto, e di traduzione, al diverso livello della messa in atto dei principi, la ambiguità della tassonomia annessa alla nozione appare con piena evidenza.

Analogamente a quanto accade nel caso del legislatore comunitario, le organizzazioni internazionali prediligono il linguaggio ordinario; è questo un diverso aspetto della ricerca di astrazione e universalità delle norme, che il diritto internazionale, assillato dalla ricerca della natura assoluta delle proprie nozioni, ha trasmesso ai soggetti transnazionali che propongono nuovi modelli giuridici. Ciò consente di evitare che il contenuto di tali modelli venga negoziato fra proponenti e riceventi; così come non ci si cura della assunzione di significato in lingue diverse dall'inglese delle ipercategorie, parimenti non ci si cura di proporre

³⁴ Più avanti è senz'altro la ricerca dei linguisti e dei cultori di semiotica; si vedano le vivaci pagine di U. Eco sulla ricorrente aspirazione alla creazione di una Lingua Perfetta che serva da parametro a tutte le altre lingue, evitando la rincorsa del *tertium comparationis*, in *Dire quasi la stessa cosa. Esperienze di traduzione*, Bompiani, Milano, 2003, pp. 345 e ss.

una negoziazione dei modelli connessi a mercato e sviluppo: è questo probabilmente un motivo del successo delle nozioni vaghe.

Utilizzando il linguaggio della semantica si potrebbe affermare che le proprietà dell'espressione *Rule of law* sono *essenziali*: così come per l'espressione *descrittiva* “i cavalli sono mammiferi” poniamo quali sono le proprietà da assegnare a tali animali in generale per poter adoperare in modo utile fra diversi parlanti la parola cavallo, nel riconoscere che un sistema normativo si fonda sul rispetto della *Rule of law*, ci dovremmo comportare in modo analogo a quando diciamo che i cavalli *sono* mammiferi (e non, ad esempio, anfibi o rettili).

Una estesa letteratura ³⁵, peraltro, ci avvisa oggi che le tassonomie locali che si riferiscono alla nozione in molti e rilevanti casi non coincidono con la tassonomia acquisita all'interna della tradizione giuridica occidentale.

Stando così le cose, l'espressione più adeguata potrebbe essere significata in modo *valutativo*: “il cavallo è utile” (= l'organizzazione della società sulla base della *Rule of law* favorisce lo sviluppo economico). Se si evita tale approccio pragmatico è perché in ragione della forza retorica che la nozione di *Rule of law* possiede, si ritiene sia che essa sia in grado di superare senza impacci la barriera della sovranità, consentendo al medesimo tempo l'ingresso di regole connesse, e funzionali alla crescita del modello economico che si intende favorire.

A questo punto ci troviamo di fronte a due diverse funzioni della nozione: nel primo caso, descrittivo, pare evidente che essa abbia un contenuto identificabile, una sorta di prototipo ³⁶ della nozione. Nel secondo, essa appare come concetto funzionale, l'individuazione del contenuto restando irrilevante.

La questione tuttavia è destinata a complicarsi ³⁷ se, operando sulla tassonomia di riferimento della macronozione di *Rule of law*, riconosciamo, ad esempio, che la Repubblica Popolare Cinese, o la Federazione Russa, pur iscrivendo il loro ordinamento entro la nozione, costituzionalmente garantita, di *fa zhi* ³⁸, o di *pravovoe gosudarstvo* ³⁹, mantengono all'interno del loro ordinamento (altro ancora è il discorso sulle prassi di applicazione) un sistema delle fonti che, già sul

³⁵ Si vd. T. Ruskola, op. cit. e la bibliografia ivi citata.

³⁶ Cfr. il brillante saggio di O. Moréteau: *Le prototipe, clé de l'interprétation uniforme: la standardisation des notions floues droit du commerce international*, in R. Sacco (cur.), *L'interprétation des textes juridiques rédigés dans plus d'une langue*, L'Harmattan, Torino, 2002, p. 183.

³⁷ Come osserva giustamente T. Williamson (op. cit., p. 20), “applicare la logica rigorosa ai predicati vaghi è disastroso e porta ai paradossi soriti”.

³⁸ Cfr. l'Art. 5 della Costituzione della R.P. cinese, come emendata nel 1999.

³⁹ Cfr. l'Art. 1.1 della Costituzione della Federazione Russa del 1993.

solo piano formale, disattende la tassonomia di riferimento che è chiamata a dar significato alla nozione.

Così nella tassonomia che descrive, nel formante legale come in quello dottrinale cinese, caratteristiche e proprietà della nozione di *Rule of law* formalizzata nelle costituzioni recenti, troviamo deviazioni dal genotipo radicato nella tradizione giuridica occidentale. La dottrina giuridica “ufficiale”, riconosce che alcune di tali deviazioni (ad esempio, la mancanza di pieno rispetto del principio di pubblicazione delle leggi) richiedono correzione, ai fini dell’adeguamento alla tassonomia transnazionale ⁴⁰. Di altre si afferma tuttavia la “specificità cinese”; come se in quella terra parlando dei cavalli si possa affermare la loro natura di mammiferi, nonostante i puledri nascano rompendo a calci le pareti dell’uovo deposto.

4. Conclusione: un compito del diritto comparato.

Chi propone, nell’ampio⁴¹ gioco dell’offerta e della domanda di modelli giuridici, quale modello necessario nozioni vaghe, ponendole quale fondamento di importanti progetti di riforma giuridica in numerosi paesi, mette in atto un processo volto a favorire che l’operazione di trasferimento delle regole operative superi le obiezioni di estraneità al contesto culturale, non sia impacciata da resistenze che derivano dal principio di sovranità. E non pare casuale che il ricorso a nozioni tecnicamente non determinate da parte di organismi sovranazionali attivi nel gioco di offerta e domanda di modelli sia uno stile tipico del diritto internazionale. Come nel caso della norma internazionale, infatti, la norma transnazionale proposta quale matrice della riforma giuridica ha la pretesa di astrarre dal contesto locale. E’ evidente quanto quel gioco sia difettoso: la domanda è solitamente ignorante del contenuto tecnico della riforma e degli n possibili effetti sul sistema economico, l’offerta è ignorante del contesto rappresentato dal dato locale (cultura giuridica, *path dependency*, istituzioni); la domanda e l’offerta, che condividono la scarsità di tempo e la necessità di fornire

⁴⁰ Vd. Cao Li, *Fazhi vs/and/or Rule of Law ? : A Semiotic Venture into Chinese Law*, 14 Int. J. for the Semiotics of Law, 2001, 223

⁴¹ Utili spunti sulla “comprensione” fra chi offre nozioni e chi le riceve nelle *Osservazioni filosofiche* di Ludwig Wittgenstein (riferimento qui all’ed. Einaudi, Torino, 1981): n.29 “L’evento che subentra all’aspettativa le dà una risposta”. Ivi anche collegamenti con l’idea di prototipo in relazione alla definizione dei colori.

un prodotto (= legge di riforma) quale esito del loro negoziato, convengono nel concentrarsi su una modalità della riforma normativa che sia compatibile con le variabili di scarsità e sia formalmente rispettosa del principio di sovranità: la modalità che opera per macronozioni.

Se coinvolto in tale processo il comparatista può operare come operano l'interprete o il negoziatore. Negoziare il contenuto nucleare di una macronozione ci porta ad individuare quali proprietà siano contestualmente accidentali e possano essere accantonate. Tale azione è necessaria all'interno di un processo di *legal change* in quanto il ricorso ad ipernozioni supera facilmente la resistenza delle istanze di sovranità culturale, apre le porte del trapianto di norme, ma *lascia indeterminato il discorso sulla scelta del contenuto della norma*: è lì che si può allora esplicitare la funzione tecnica del comparatista, che diffida dell'identità norma = regola, che conosce le false certezze del positivismo giuridico, che in certi casi sa, valendosi degli strumenti dell'analisi economica, misurare la adattabilità al contesto dei possibili modelli veicolati dalla ipernozione.

Ciò per quanto riguarda il comparatista pratico, attivo nei progetti di riforma e di *governance*.

Ma anche il comparatista teorico può contribuire ricavando, dal confronto con filosofi ed informatici, l'esperienza che si fonda sul rigore delle procedure di costruzione di un ontologia.

Il primo passo di tale contributo passa per l'edificazione di tassonomie delle macronozioni, "negoziate" fra giuristi che parlano la lingua di diverse culture e di diversi ordinamenti. Tale azione appare come un apporto utile alla scienza e alla prassi dei trapianti di norme, in quanto fornisce la possibilità di ridurre i margini di incertezza delle nozioni vaghe.