

■ **RIVISTA TRIMESTRALE DI DIRITTO E PROCEDURA CIVILE** ■

Anno LXV Fasc. 3 - 2011

Luigi Moccia

**COMPARIZIONE GIURIDICA,
DIRITTO E GIURISTA EUROPEO:
UN PUNTO DI VISTA GLOBALE**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

SAGGI DI DIRITTO STRANIERO E COMPARATO

LUIGI MOCCIA
Ordinario dell'Università di Roma tre

Comparazione giuridica, diritto e giurista europeo: un punto di vista globale (*)

SOMMARIO: 1. Territorialità e spazialità del (punto di vista comparativo sul) diritto. — 2. Per una nuova prospettiva metodologica e concettuale. — 3. Dalla comparazione per sistemi alla comparazione per fondamenti. — 4. Dal diritto comparato al diritto europeo. — 5. L'ordinamento giuridico aperto: diritto extra-statuale e comunicazione tra giuristi. — 6. Un nuovo *ius commune* nel quadro del diritto europeo multilivello. — 7. Per una figura di giurista europeo: rilievi finali.

1. — Di fronte alla complessità del mondo odierno, con le sue interconnessioni e contaminazioni di senso, le possibili convergenze e tuttavia improbabili (né, forse, auspicabili) uniformazioni, il cultore di comparazione giuridica, studioso di un diritto apolide, appunto il diritto comparato o, meglio, il diritto comparativamente inteso nella molteplicità, varietà e relatività delle sue manifestazioni, si trova, oggi più di un tempo, a vivere la condizione affascinante, ma anche rischiosa o, almeno, faticosa, dell'essere senza appartenere.

Condizione assimilabile a quella di chi, vivendo in un luogo di confine, ovvero di transito culturale tra mondi diversi, scopre la possibilità di spostare il proprio punto di vista da un solo e isolato ambito territoriale a uno spaziale comprensivo dell'insieme dei mondi che ne formano il panorama.

Ho trascorso la mia vita ad Istanbul, sulla riva europea, nelle case che si affacciavano sull'altra riva, l'Asia. Stare vicino all'acqua, guardando la riva di fronte, l'altro continente, mi ricordava sempre il mio posto nel mondo, ed era un bene. E poi, un giorno, è stato costruito un ponte che collegava le due rive del Bosforo. Quando sono salito sul ponte e ho guardato il panorama, ho capito che era ancora meglio, ancora più bello vedere le due rive assieme. Ho capito che il meglio era essere un ponte fra due rive. Rivolgersi alle due rive senza appartenere ⁽¹⁾.

(*) Saggio destinato a una raccolta di *Studi in memoria di Alessandro Giuliani*.

(1) ПАМУК, *Istanbul*, 2003.

Ho cercato di descrivere questa stessa condizione, proponendo l'immagine della comparazione giuridica come ponte che unisce mondi tra loro distanti.

Si tratta naturalmente di una metafora, dalle molteplici suggestioni, di cui giova esplicitare quelle principali. La prima. Il ponte di cui si parla è innanzitutto un simbolo della comparazione o, meglio, di coloro che la praticano (comparatisti), in quanto pontefici; nel senso etimologico di costruttori di ponti: esposti al rischio di questo loro mestiere di giuristi in bilico tra un confine e l'altro; ma anche stimolati nell'avvicinare mondi ed esperienze tra loro distanti. La seconda. Trattandosi, come detto, di una metafora riguardo al ruolo della comparazione e dei comparatisti, ciò che viene in evidenza è anche un'idea di comparazione intesa, appunto, come modalità comunicativa; cioè come possibilità, più che di misurare le distanze esistenti tra diverse esperienze giuridiche, di metterle tra loro in comunicazione [...]. Una terza suggestione, infine, è quella relativa all'importanza che riveste per l'attività dei comparatisti, alle prese con la costruzione di ponti o piuttosto con la loro successiva manutenzione, la scelta sia dei materiali che del metodo di lavoro; trattandosi di operare un collegamento le cui fondamenta non possono che poggiare [...] sul terreno della cultura [...] ⁽²⁾.

I ponti uniscono, perché strutture inserite in uno spazio sopra il territorio, da dove è possibile allargare lo sguardo all'una e all'altra riva contemporaneamente.

La comparazione come ponte rimanda, dunque, all'idea di una visione globale, ossia spaziale — più che territoriale — del diritto: visione che, tanto più nel mondo odierno, corrisponde alla condizione di chi è chiamato allo sforzo di star sopra il proprio orizzonte di riferimento (locale), costantemente proteso verso un altrove del diritto; verso il termine ignoto, quale che sia quello noto di chiusura del circuito del confronto comparativo ⁽³⁾.

L'esigenza di una visione panoramica del fenomeno giuridico su scala mondiale ha trovato risposta nella comparazione, in termini che sono stati e continuano, solitamente, a esser quelli di classificazioni (tassonomie) del fenomeno stesso, secondo modelli che, nel tener conto delle influenze di contesto storico-culturale, territorializzano le varie esperienze; le quali

⁽²⁾ Per una prima esposizione di quest'idea v. MOCCIA, *Il diritto cinese nella teoria dei sistemi giuridici: dalla tradizione alla commistione*, in questa rivista, 2005, p. 877 ss.; nonché ID., *Il diritto in Cina. Tra ritualismo e modernizzazione*, Torino, 2009, p. 38 ss.

⁽³⁾ GORLA, voce *Diritto comparato*, in *Enc. dir.*, Milano, 1964, XII, p. 928; anche in ID., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, 1981, p. 70: « La comparazione infatti [...] è un processo quasi circolare di conoscenza che va dall'uno all'altro termine, e dall'altro ritorna sull'uno e così via; e arricchisce in tal modo sempre più la conoscenza dell'uno e dell'altro... ».

pure assumono, in tal senso, rilievo e spessore di tradizioni giuridiche (*legal traditions*), quasi come di corpi organicamente concepiti con caratteri propri (peculiari e persino esclusivi) di identità che ne fanno l'espressione di determinati àmbiti e ambienti, fattori e componenti.

Innegabile appare in ciò l'impronta di un certo nazionalismo metodologico, le cui prime evidenze sono visibili già alle origini dello studio comparativo del fenomeno giuridico, quando si pensi a un'opera come quella di Montesquieu.

[Si può] richiamare la visione, per molti aspetti ancor oggi suggestiva, consegnataci da Montesquieu, con il portentoso quanto fantastico affresco da lui disegnato delle istituzioni umane del tempo suo. Una visione tesa a dimostrare come leggi e istituzioni dei diversi popoli del mondo allora conosciuto non fossero frutto solo di condizionamenti naturalistici, né avessero all'opposto carattere solamente convenzionale. Ma come esse dipendessero, invece, da una molteplicità di fattori di natura e di cultura: ad esempio, dal clima e dalla conformazione fisica di un dato paese; dal principio che regge il governo (monarchico, dispotico, aristocratico, oligarchico, democratico) di un popolo; dal tipo di vita dei suoi abitanti (agricoltori, pastori, cacciatori); come pure dai loro credi religiosi; dai loro costumi e così via. Altrimenti detto: leggi e istituzioni, in quanto attagliate esattamente a ciascun popolo, assolutamente peculiari a un determinato contesto e perciò intrasferibili altrove, addirittura cangianti a seconda dell'orografia di un certo territorio, della sua estensione come della vocazione dei suoi abitanti, delle loro tradizioni come del loro carattere e stile di vita, dovrebbero essere osservate, studiate e comprese, da tutti questi punti vista, perché se ne possa cogliere l'essenza, *l'esprit*: consistente, appunto, nei « diversi rapporti che le leggi possono avere con diverse cose » (4).

Si tratta, nondimeno, di un approccio ancor oggi d'avanguardia, nella misura in cui, riconoscendo l'esistenza di profondi quanto inscindibili legami del fenomeno giuridico (diritto) con l'insieme di diverse cose (*diverses choses*) che danno corpo a una cultura, essenzialmente intesa come forma di civiltà riferibile a un'etnia, nazione o gruppo sociale che sia, afferma l'impossibilità di una conoscenza di tale fenomeno, così nella storia come nella geografia del mondo, senza cogliere queste relazioni di senso di leggi e istituzioni con la loro stessa ragion d'essere, ossia con il loro spirito.

Ma sullo sfondo di questo approccio è possibile altresì intravedere l'influenza di un duplice pregiudizio inteso — secondo una definizione datane dallo stesso Montesquieu — come ciò che porta a ignorare noi

(4) MOCCIA, *Comparazione giuridica e diritto europeo*, Milano, 2005, p. 16, citando in punto MONTESQUIEU (Charles-Luis de Secondat, barone di), *De l'esprit des lois*, 1748, I, p. 3 : « l'esprit des lois [...] consiste dans les divers rapports que les lois peuvent avoir avec diverses choses » (testo consultabile anche in rete all'indirizzo: http://classiques.uqac.ca/classiques/montesquieu/de_esprit_des_lois/partie_1/de_esprit_des_lois_1.html).

stessi ⁽⁵⁾; ovvero, la nostra stessa condizione umana e, quindi, universale, quale possibilità non solo e tanto di abbracciare con uno sguardo d'insieme il mondo, per coglierne e sezionarne, paese da paese, società da società, cultura da cultura, le rispettive particolarità di leggi e istituzioni, quanto piuttosto di guardare oltre questa relatività di visione, verso la globalità dell'esperienza sociale, culturale e di ordine normativo che vi si esprime.

Il disegno — sia pure immaginifico — così tracciato del mappamondo delle istituzioni e consuetudini in vigore tra gli uomini, dove fin troppo netti appaiono essere i contorni che ne delimitano le zone a maggiore densità giuridica, rispetto a quelle giuridicamente meno visibili (o sensibili), se esprime, da un lato, il pregiudizio di una visione eurocentrica, ovvero basata sul valore al riguardo paradigmatico della civiltà occidentale e, dunque, sul rapporto asimmetrico di questa (la regola) con quella orientale (l'eccezione), dall'altro rende però manifesto (tanto più col senno di poi) un certo sentimento di latente inquietudine epistemologica che avvolge il modello di razionalità occidentale, da cui quello stesso disegno trae storicamente e consapevolmente ispirazione, di fronte alla percezione della (di una) profonda (radicale) alterità — tale da rendere assai problematico il confronto sul piano socio-istituzionale e culturale in genere — tra occidente e oriente. [Secondo una celebre frase di Rudyard Kipling:] « l'Oriente è l'Oriente e l'Occidente è l'Occidente, e i due mai s'incontreranno » (*East is East and West is West, and never the twain shall meet*) ⁽⁶⁾.

Il pregiudizio di cui qui si parla è del medesimo genere di quello che ha portato in tempi più recenti e ancora induce a far prevedere e, anzi, temere — secondo una terminologia non sempre appropriata e piuttosto fuorviante — uno scontro di civiltà: la nostra, occidentale, di matrice giudaico-cristiana, da un lato, e la loro, rispettivamente, quella islamica e quella cinese ⁽⁷⁾.

In termini politicamente corretti, come si usa dire, il senso di questa alterità traspare dall'osservazione secondo cui: se è vero che noi occidentali non abbiamo il monopolio della cultura giuridica, essendovene nel mondo (di oggi, come e più forse di quello di ieri) numerose altre, anche molto antiche, tuttavia la percezione di una identità di cultura giuridica occidentale sussiste « solo in contrasto con queste altre » ⁽⁸⁾.

Lungo questo filo di ragionamento, l'idea della comparazione come

⁽⁵⁾ Nella *Préface* all'opera: « J'appelle ici préjugés, non pas ce qui fait qu'on ignore de certaines choses, mais ce qui fait qu'on s'ignore soi-même » (corsivo aggiunto).

⁽⁶⁾ MOCCIA, *Comparazione giuridica*, cit., pp. 16-17, testo e nota 28.

⁽⁷⁾ Il riferimento è a HUNTINGTON, *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order* (1ª ed. 1996), London e al., 1998, *passim*.

⁽⁸⁾ WIEACKER, *Foundations of European Legal Culture*, in *American Journal of Comparative Law*, 1990, p. 4.

ponte torna utile, di nuovo, per ribadire l'opportunità, se non la necessità, nel mondo d'oggi, di un punto di osservazione a dimensione spaziale, anziché territoriale, da cui sia possibile, cioè, gettare uno sguardo globale sui nessi tra società, cultura e diritto. Dove il diritto, come esperienza di ordine normativo, insieme universale e relativo, per la varietà di forme assunte nello spazio come nel tempo, non sia più identificabile (identificato) con un attributo che ne definisca l'appartenenza a questo o quel popolo soltanto, territorio o regime politico che sia (il diritto dei romani, il diritto anglo-sassone, il diritto islamico, il diritto cinese, il diritto italiano, ma anche il diritto borghese, il diritto socialista): se non nel senso povero o, meglio, nel non-senso, comparativamente parlando, delle norme poste in un determinato ordinamento statale.

2. — Da queste osservazioni iniziali possiamo provare a ricavare alcune conseguenze utili allo sviluppo del ragionamento.

Innanzitutto, a proposito della comparazione come modo di studio del diritto, che pure costituisce un modo di concepire il diritto stesso, come necessaria premessa logica della possibilità di questo suo studio comparativo. Ciò a conferma, del resto, dell'idea di comparazione come punto di vista spaziale da cui guardare al diritto nella sua dimensione a-territoriale e a-temporale, quale fenomeno rinvenibile in ogni luogo e in ogni tempo.

Posto che qualsivoglia agglomerato di esseri umani implica un minimo essenziale di normatività, genericamente intesa come insieme di regole che disciplinano comportamenti e organizzano poteri e funzioni, ruoli e competenze, sarà ben possibile designare con il medesimo nome diritto tali regole. Che si tratti di una società primitiva (comunità di popolo, tribù o *clan*); oppure delle moderne società industrializzate; o, più ancora, di quelle cosiddette post-moderne, ad elevato tasso di innovazioni tecnico-scientifiche aventi notevoli incidenze e interferenze sul piano etico-sociale, nonché caratterizzate da fenomeni che ne accrescono la complessità; come nel caso dei flussi migratori alla base di trasformazioni multi-etniche e multi-culturali, tali da includere una pluralità e diversità di tradizioni normative proprie di singoli gruppi che pure ne costituiscono (in quanto minoranze) la popolazione. In tal modo finendo per accentuare, sul piano concettuale, oltre che empirico, i livelli di relativismo (e particolarismo) giuridico, di riflesso a una nozione di diritto intesa, appunto, nella sua estensione globale, ovvero planetaria.

Nondimeno, l'assunto di base rimane il medesimo: costituito, cioè, dalla (possibilità di una qualche) equiparabilità e, quindi, comparabilità tra assetti normativi, per quanto i più disparati. Dai rituali magico-sacrali delle comunità più antiche ai sofisticati e complessi apparati tecno-giuridici delle società odierne: solo per indicare due estremi o, comunque, due differenti gradi di oscillazione dei rapporti società-diritto. Vale a dire, dei rapporti che ogni ordine normativo intreccia con la società: i quali, insieme con gradi intermedi rappresentati in particolare dalle concezioni etico-religiose del diritto, mentre si prestano, per un verso, a essere disposti in senso

lineare, ovvero di una progressiva evoluzione da uno stadio primitivo (o di irrazionalità) a uno evoluto (o di razionalità piena e formale), per altro verso si dimostrano legati da un rapporto di commistione o di contiguità, nel senso della loro possibile compresenza in determinati contesti sociali.

Anche a questo livello, però, di massima astrazione logica, non si potrebbe fare a meno di constatare, stante la profonda diversità tra un contesto e l'altro, un corrispondente e, anzi, conseguente scivolamento di senso del nome diritto come riferito a ciascun contesto particolare. Così da ritrovare, di nuovo, il motivo della spazialità, come caratterizzante la visione comparativa del diritto.

Non più solo riguardo agli scenari, qua e là, osservabili, nel senso dei tanti possibili diritti esistiti o esistenti. Ma a partire dal suo stesso punto di osservazione: i tanti possibili modi di concepire il diritto stesso.

Aiutano, in proposito, le riflessioni sulla cosiddetta modernità riflessiva, che propongono di abbracciare la realtà contemporanea, una realtà divenuta sempre più cosmopolita e, quindi, composita e complessa, con uno sguardo nuovo: appunto, uno sguardo cosmopolita.

[I]l cosmopolitismo ha cessato di essere una semplice, e discutibile, idea razionale e, per quanto distorto, si è trasferito dai castelli in aria filosofici alla realtà. Di più: è diventato la cifra di una nuova era, l'era della modernità riflessiva, nella quale i confini e le distinzioni nazional-statali si dissolvono e vengono ridiscussi [...]. Pertanto, di fronte a questo mondo cosmopolita abbiamo urgentemente bisogno di una nuova prospettiva: lo sguardo cosmopolita, al fine di comprendere in quale realtà sociale e politica viviamo e agiamo. Lo sguardo cosmopolita è dunque il risultato e il presupposto della ristrutturazione concettuale della percezione ⁽⁹⁾.

Senonché, allargare lo sguardo in questa prospettiva significa anche cambiare il punto di vista metodologico da cui guardare alla realtà stessa; significa, più precisamente, assumere — sul piano sia dell'impostazione teorica che dello sviluppo analitico dell'indagine — un punto di vista alternativo rispetto a quello del cosiddetto nazionalismo metodologico.

A fronte, infatti, di fenomeni nuovi e complessi, quali sono quello della globalizzazione e, per quanto riguarda in particolare l'Europa, quello della integrazione sovranazionale, fenomeni in rapporto ai quali confini e distinzioni statali e nazionali, come detto, sembrano venir meno, insieme con le certezze e categorie che ne avevano segnato e accompagnato in epoca moderna la nascita e il consolidamento, occorre avviare una riflessione (auto)critica, per meglio comprendere tali fenomeni e le loro implicazioni, al di fuori della cornice nazionale, nella prospettiva cosmopolita.

⁽⁹⁾ BECK, *Lo sguardo cosmopolita*, trad. it. dall'originale *Der kosmopolitische Blick oder: Krieg ist Frieden*, 2004, Bari, 2005, p. 12.

Il cosmopolitismo trasposto nella realtà è una questione vitale della civiltà europea, della coscienza europea e, al di là di questo, dell'esperienza del mondo, poiché nella metodologia dello sguardo cosmopolita potrebbe celarsi la forza per spezzare il narcisismo autocentrico dello sguardo nazionale e la sorda incomprendimento nella quale esso mantiene prigionieri il pensiero e l'agire, illuminando gli uomini sulla reale cosmopolitizzazione interiore dei loro mondi vitali e delle loro istituzioni ⁽¹⁰⁾.

La traduzione sul piano metodologico di questo punto di vista consiste — all'insegna, si potrebbe dire, di un certo buon senso pratico, che pure tradisce un certo candore epistemologico — nell'abbracciare una logica duale, calibrata sulla opportunità (se non sulla necessità) di dismettere la più tradizionale logica oppositiva dell'*aut... aut*, per affidarsi a quella conciliativa del *sia... sia*, ovvero della distinzione inclusiva ⁽¹¹⁾. Il cosmopolitismo della realtà del mondo odierno, infatti, esprime e riflette una logica inclusiva, ovvero di complementarità degli opposti, anziché dicotomica, di vicendevole esclusione.

Si tratta, in termini che riecheggiano motivi ben noti ad altre aree culturali, come quella sinica ⁽¹²⁾, di una forma armonica o, se si preferisce, mimetica di ragionamento, che cerca di imitare — invece che dominare — la realtà (natura) delle cose, nelle sue molteplici e spesso contraddittorie manifestazioni: per prenderne bensì atto, senza però limitarsi a registrarne l'evidenza o, peggio, a rassegnarvisi; piuttosto, per farla evolvere verso livelli progressivi di auto-consapevolezza. Affinché, stando all'esempio che viene portato a dimostrazione della possibilità di un misto composito di identità caratterizzante una sempre più diffusa condizione di appartenenze multiple, il cittadino globale non diventi una miscela esplosiva (non solo metaforicamente) di contraddizioni irrisolte.

3. — Un'applicazione di questo punto di vista spaziale (globale), anziché territoriale (nazionale), di osservazione comparativa del diritto può esser fatta con riguardo al modo di intendere i rapporti *civil law-common law*, in termini non (più) solo di contrapposizione, ma anche di distinzione inclusiva, appunto.

In questo senso, la stessa contrapposizione *civil law-common law* cessa di essere solo o soprattutto la linea di confine tra culture antagoniste geograficamente collocate o collocabili, per essere — se così posso dire — *interiorizzata* come componente dialettica di ogni esperienza giuridica, all'interno della quale — cioè — vive sia l'anima di *civil law*, sia l'anima di *common law*. In altri termini, la

⁽¹⁰⁾ BECK, *op. cit.*, 2005, p. 13.

⁽¹¹⁾ ID, *Lo sguardo cosmopolita*, cit., p. 15.

⁽¹²⁾ Cfr. MOCCIA, *Il diritto in Cina*, cit., pp. 49-51.

dicotomia *civil law-common law*, se va letta a livello epistemologico in termini di frattura verificatasi nella storia più che nella geografia del mondo occidentale, nondimeno essa reca con sé un livello pure e soprattutto assiologico, che investe sempre e propriamente, in ogni esperienza giuridica, la figura e il ruolo dei giuristi e il loro modo di intendere il diritto ⁽¹³⁾.

Detto altrimenti: *civil law* e *common law*, non in quanto sistemi (o modelli) di diritto astrattamente intesi, ma in quanto atteggiamenti o modi culturalmente caratterizzati e orientati di concepire e praticare il diritto, possono ben essere presenti all'interno di uno stesso ordinamento o in uno stesso singolo giurista, pensato e visto non come astrazione, ma come concreta esperienza suscettibile di oscillazioni, contraddizioni e contaminazioni di senso; dove il vissuto di un ordinamento o le specifiche attività professionali dei suoi giuristi possono riflettere, di volta a volta, una prevalenza di un modo rispetto all'altro o, piuttosto, una loro mescolanza. La linea divisoria non è più statica, di segno geografico, cioè territoriale, ma, appunto, di segno culturale o, meglio, storico-culturale, cioè spaziale; quindi mutevole a seconda dei luoghi e dei tempi.

In tal senso, la distinzione tra *civil law* e *common law* diventa la distinzione, rispettivamente, tra l'idea del (di un tipo di) diritto che per comodità potremmo definire il diritto delle leggi, diritto certo, tipicamente diritto legislativo (anzi, codificato), espressione di una forma sistematico-deduttiva (dogmatica) di razionalità, e l'idea del (di un tipo di) diritto che potremmo definire il diritto dei casi, diritto probabile, tipicamente diritto giurisprudenziale, espressione di una forma analitico-induttiva (problematica) di razionalità. Essendo l'una e l'altra forma suscettibili di porsi e comporsi in rapporto dialettico e di implicazione, anziché contrastivo e di esclusione reciproca.

A mo' di esempio, vale richiamare il grande tema dei rapporti tra diritto stretto ed equità (*law and equity*) come tema, ovviamente comune a entrambi i sistemi di *civil law* e *common law*, che però riflette, a seconda dell'una o dell'altra forma di razionalità, una diversa impostazione e concezione di tali rapporti, alla luce in particolare dei cosiddetti principi del (e nel) diritto, di cui si parla, da sempre, con una varietà di significati, avuto riguardo a molteplici ambiti di riferimento: dalle fonti normative alla tecniche dell'argomentazione, dai criteri o *standard* di giudizio ai canoni interpretativi, fino ai precetti veri e propri.

Molto brevemente, rileva in proposito un'importante distinzione tra i principi intesi alla maniera delle *regulae iuris* del diritto comune medievale, rimaste vive nell'accezione delle *legal maxims* del mondo inglese di *common law*, e i *principia iuris* imperanti sul Continente europeo, frutto dell'elaborazione compiuta dalla teologia giuridica della seconda scola-

⁽¹³⁾ MOCCIA, *L'educazione alla comparazione*, in TREGGIARI (a cura di), *Per Alessandro Giuliani*, Perugia, 1999, p. 92.

stica, con i trattati sulle leggi (*de legibus*) e in particolare nell'opera di Francisco Suarez, da ultimo rielaborati e fatti propri dallo stesso positivismo codicistico del XIX secolo ⁽¹⁴⁾.

Difatti, i princìpi nel senso di *legal maxims* si traducono nella ricerca (pratica) di una soluzione ragionevole (equitativa), secondo lo spirito e le tecniche della logica argomentativa agganciata al modello di una razionalità probabilistica (*ratio probabilis*). Così da assolvere una funzione essenzialmente di contrappeso al rigore prescrittivo della norma (comunque posta, *ope legis* od *ope iudicis*). Viceversa, i *principia iuris* di matrice dapprima teologica, poi laica nella versione del diritto naturale moderno e in quella del positivismo ottocentesco, assolvono una funzione essenzialmente razionalizzatrice del sistema, sul presupposto della riduzione del diritto alla legge e della conseguente esigenza di certezza basata sulla configurazione in termini volontaristici dell'intero ordinamento giuridico.

Con la crisi del positivismo e dei suoi dogmi (monopolio statale della legge, rigore scientifico e neutralità del metodo, chiusura nazionalistica dell'ordinamento), appare oggi evidente l'incidenza che valori e princìpi, a forte impronta assiologica, esercitano sul piano della rifondazione di una cultura giuridica aliena da tentazioni sistematiche e incline al confronto con sé stessa e con altre discipline di studio, in termini cioè di autoriflessività critica (anziché di una anacronistica auto-referenzialità); ma anche e soprattutto con il mondo circostante, con le sue contraddizioni e sfide ricorrenti, cui tentare di dare soluzioni e risposte. Ma appare altresì evidente come la dicotomia *civil law-common law* sia destinata, sul piano in particolare dell'*interpretatio iuris*, a cedere il passo in favore di un sapere giuridico — che al giorno d'oggi non può mancare di farsi — sempre più dialettico e problematico, nel senso di essere orientato verso temi e problemi a base della (di ogni) esperienza giuridica.

Così inteso, lo studio delle due tradizioni, dei loro caratteri e delle relazioni tra di esse, porta ad osservare alcuni temi e problemi centrali, quanto comuni ad entrambe, quali sono in particolare quelli concernenti i rapporti tra diritto e società, società e Stato, legge e diritto, potere legislativo e potere dei giudici, autorità (dei pubblici poteri) e libertà (individuali), diritto e processo; nonché altri ancora, in quanto articolazioni dei precedenti, quali: tecniche interpretative e di ragionamento giuridico (*legal reasoning*), precedente giudiziale, professioni legali, modelli di organizzazione giudiziaria. Tutti temi e problemi che rappresentano o riflettono punti di emersione comparativa di forme diverse, ma non incompatibili, di razionalità giuridica.

In termini più generali, si apre qui alla vista lo scenario di un possibile nuovo statuto epistemologico dello studio comparativo del diritto. Come studio non più legato alla dimensione territoriale dei confini del mappamondo giuridico, all'interno dei quali collocare questo o quel sistema di

⁽¹⁴⁾ Cfr. GIULIANI, nella sua *Presentazione* a Stein e Shand, *I valori giuridici della civiltà occidentale*, trad. it., Milano, 1981, pp. VI-IX.

diritto (romano-germanico, anglo-americano, socialista, religioso o, ancora, di tipo misto come possibile combinazione di sistemi), giusta una logica dicotomica di distinzione oppositiva (*aut... aut*), ovvero di classificazione dei singoli ordinamenti o gruppi di ordinamenti individuati come appartenenti a questa o quella famiglia giuridica (secondo un'altra espressione divenuta corrente nel lessico della comparazione sistemologica). Ma rivolto, invece, alla dimensione spaziale di forme di razionalità, a loro volta espressione di modi di pensare il diritto in rapporto a questioni fondamentali della (di ogni) esperienza giuridica.

Uno studio comparativo, quindi, che lasciandosi alle spalle il rigido schematismo della teoria dei sistemi giuridici — bandiera illusoria o, meglio, di comodo, dietro la quale si sono venute ammassando per decenni truppe di comparatisti — tende a radicarsi nel concreto delle esperienze giuridiche come terreno di condivisione di problematiche ed esigenze comuni.

Se ne può ricavare una prima indicazione riguardante, appunto, lo spostamento di asse metodologico e concettuale della comparazione dalla problematica delle tassonomie a quella dei fondamenti, intesi quali elementi conoscitivi che definiscono certi caratteri identificativi non solo e tanto di un (tipo di) ordinamento, come tale classificato e associato a determinate aree geografiche per rapporto a determinati sistemi o modelli (storici o contemporanei, che siano), quanto piuttosto di un modo d'essere del diritto come forma mentale, bensì riconoscibile per rapporto a determinati ambiti territoriali, ma che pure rileva sul piano (spaziale) di atteggiamenti e prassi, istituzioni e costumi, valori, regole e principi, attorno a quali si articola ogni esperienza giuridica essenzialmente intesa come esperienza socio-culturale.

In questa diversa prospettiva riferita alla spazialità di un punto di vista globale caratterizzato da una logica di distinzione inclusiva, ovvero di mediazione-conciliazione di senso, è possibile osservare che le trasformazioni e innovazioni in campo economico, politico-sociale, giuridico-istituzionale, tecnico-scientifico e culturale hanno oramai sopravanzato e travolto ogni argine di ordinata quanto semplificata rappresentazione del mondo reale, affollandolo di contraddizioni e accrescendone la complessità per via dell'innesto e intreccio di tali trasformazioni-innovazioni con un tessuto di più convenzionali assetti e modi di vita, esperienze e mentalità. Per cui risulta tanto più vero — non da oggi, sebbene da oggi in modo vistosamente più evidente — che nel mondo reale nessuna cosa è mai soltanto ciò che è, sempre uguale a se stessa, ma ciò che essa diviene, mutando sostanza pur nella continuità della (o, meglio, di una) sua forma; nel senso che forma e sostanza sono tra loro implicate in un rapporto di circolarità, invece che di linearità, secondo l'antico detto confuciano: « forma è sostanza e sostanza è forma » ⁽¹⁵⁾.

⁽¹⁵⁾ MASI (a cura di), *Confucio, I Dialoghi*, Milano, 1992, XII, p. 8: « Forma è

4. — Queste riflessioni, nate sul terreno della prospettazione del problema della identità o, meglio, delle identità sia individuali che collettive nella dimensione globale e, insieme, locale del mondo contemporaneo, bene si prestano a essere portate entro l'orbita europea degli studi politico-istituzionali e giuridici, dove si vengono affermando nuove categorie, come — ad esempio — il sistema multi-livello di governo (*multilevel governance*) o la tutela multilivello dei diritti (*multilevel constitutionalism*); le quali, pur senza cancellare la territorialità degli ordinamenti, la proiettano con un effetto di dissolvenza in una dimensione di spazialità, dai contorni meno definiti e definibili, dove locale, nazionale, internazionale, trans- e sovranazionale formano come un caleidoscopio di immagini tra loro variamente composte e componibili, ma tutte tra loro intrecciate e compatibili nella prospettiva cosmopolita.

La costruzione, da più di sessant'anni a questa parte, di una « unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa » (come recitano i trattati) costituisce un *test* significativo di composizione di un mosaico o — date le incertezze che ancora pendono più che sul futuro sulle possibili configurazioni della costruzione — di un *puzzle* che richiede una capacità di sguardo altro, come detto, rispetto a quello nazionale.

In questo gioco della complessità, gli ordinamenti giuridici (statali) appaiono, infatti, sempre più esposti a processi di mutazione della propria sfera sovrana, sia all'interno, per via delle autonomie locali, sia all'esterno, per via delle aggregazioni sovra- o trans-nazionali. Si tratta, cioè, di forme di articolazione plurale dell'ordinamento, suscettibili di essere viste, a seconda del punto di osservazione, in chiave sia di frammentazione della sua unità statale e territoriale, sia di integrazione-interazione tra organi e livelli di governo nella dimensione dello spazio europeo.

Questa ambivalenza del punto di vista da cui è possibile guardare al fenomeno, in complesso, del pluralismo giuridico riflette l'attuale realtà giuridica dell'Unione europea, nei termini per cui: « L'europeizzazione produce un nuovo sia... sia, nel quale le culture giuridiche e politiche nazionali continuano a sussistere e nello stesso tempo vengono fuse in una cultura giuridica europea » ⁽¹⁶⁾.

In questi termini, dunque, l'Europa unione di popoli è un ponte fra due rive: quella nazionale, costituita dai singoli ordinamenti interni all'Unione, e quella cosmopolita o globale, costituita dall'Unione in quanto tale. Ciò viene sintetizzato dalla disposizione del Trattato sul funzionamento dell'Unione, che nel porre l'obiettivo dell'integrazione giuridica al livello europeo tra le politiche dell'Unione stabilisce che: « L'Unione realizza uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel rispetto dei diritti fondamentali nonché dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri ».

sostanza e sostanza è forma. Una pelle di tigre o di leopardo spoglia del pelame è tale quale una pelle di cane o di pecora spoglia del pelame ».

⁽¹⁶⁾ BECK, *Lo sguardo cosmopolita*, cit., p. 222.

L'osservatore che da questo ponte rivolge il proprio sguardo sul panorama attorno, non può che coglierne elementi comuni e particolari, federali e inter-governativi, di unione e differenziazione: ma visti come insieme di elementi tra loro in rapporto di distinzione inclusiva, anziché di rigida dicotomia oppositiva; ossia, di implicazione reciproca, secondo il motto unita nella diversità, non a caso proposto come simbolo dell'Unione.

Questa nuova Europa del diritto, che si va formando sul terreno, per alcuni, ancora paludoso dei nazionalismi, per altri, invece, fertile della ricchezza della diversità, è l'Europa delle istituzioni comuni, di una cittadinanza comune ai cittadini dei paesi membri dell'Unione. Con competenze che sono per lo più concorrenti, ovvero condivise con gli Stati membri, ma esercitate secondo il principio di sussidiarietà: quale principio di articolazione spaziale della sovranità, per livelli decisionali di un unico asse ordinamentale, tra loro disposti in rapporto di coordinazione, invece che di sovra-ordinazione. Nel quadro di politiche comuni, dove l'obiettivo del ravvicinamento delle legislazioni (nazionali) all'interno di un mercato unico, è stato affiancato dal più ambizioso progetto-programma di dare forma a uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, e più specificamente a uno spazio giudiziario europeo dove far valere i propri diritti ovunque nell'Unione, segnato — anziché da confini territoriali — da valori, diritti fondamentali e principi generali comuni agli ordinamenti degli Stati membri.

Il cambio di passo metodologico che tutto ciò impone si traduce in un salto di paradigma concettuale, ravvisabile nella formazione al livello europeo di un meta-diritto, ovvero di un diritto-ponte, che consente di mettere a fattor comune valori, regole e principi nel quadro dell'ordinamento dell'Unione, in quanto ordinamento integrante gli ordinamenti dei singoli ordinamenti nazionali: tra loro diversi ed estranei gli uni rispetto agli altri, ma pure tra loro messi in comunicazione attraverso l'ordinamento-ponte dell'Unione.

Altrimenti detto: l'europeizzazione come processo di formazione di una cultura giuridica europea tende a spostare oltre la comparazione la linea di confluenza lungo la quale elementi comuni (di livello europeo) e particolari (di livello nazionale e locale) si dispongono in rapporto di complementarità, come elementi di una realtà globale. Come tali osservabili con uno sguardo (cosmopolita) rivolto verso uno scenario complessivo e, insieme, complesso, dove — in luogo della unicità del diritto su scala europea (diritto unico del mercato) — trova posto la (una) modularità plurilivello del diritto (particolare/comune).

Ciò di riflesso e supporto a una diversa costruzione politico-giuridica incentrata, anziché sul mercato, sulla cittadinanza: in quanto cittadinanza plurale e differenziata⁽¹⁷⁾; secondo cui la questione della relazione soggetto-diritti/doveri, diventa la questione della definizione di uno *status* di

(17) MOCCIA, *La cittadinanza europea come cittadinanza differenziata a base di un sistema multilivello di diritto privato*, in *La cittadinanza europea*, 2006, p. 59 ss.

soggettività giuridica che rileva in termini, appunto, di spazio europeo, invece che di territorio (locale o nazionale, che sia). Vale a dire, una questione che si pone non più (solo) in modo statico, sul presupposto dell'appartenenza del soggetto a un determinato territorio (nazionale), ma (anche) in modo dinamico, relazionale e trasversale, per rapporto alla capacità del soggetto di un'appartenenza plurima, in seno a un nuovo tipo di ordinamento multilivello, cioè locale, nazionale ed europeo insieme ⁽¹⁸⁾.

5. — Convieni, a questo punto, fare un sia pur rapido cenno alla lunga stagione del diritto comune continentale, ossia gettare uno sguardo allo scenario dell'Europa del diritto dei secoli passati, in quanto particolarmente interessante, anzi attuale, nella prospettiva degli ideali che hanno dato origine al processo di integrazione europea.

Tralasciando i dettagli di un fenomeno articolato e complesso, sviluppatosi dai tempi medievali fino a quelli moderni, ci si può limitare ad osservare che lo scenario storico così evocato ci pone di fronte a distinte e differenti esperienze di diritto comune, inteso essenzialmente come diritto transnazionale, che vanno debitamente registrate, poiché esse ci restituiscono diversi modelli di diritto (e di giurista) europeo.

In breve, dalla rinascita in epoca tardo-medioevale degli studi di diritto romano, un modello di *ius commune* si venne articolando attorno all'interpretazione dei testi giustiniani (e di quelli canonistici) ad opera dei dottori (o giuristi accademici) presso le università del tempo: dando così origine a una imponente tradizione di regole e principi comuni, che costituivano il tratto uniforme di una realtà, la quale per altri versi presentava un'ampia e variegata massa di diritti particolari (*iura propria*), alle cui lacune e incertezze quelle regole e quei principi sopperivano in via di sussidio, come *lex* o *ratio scripta*. A questo diritto comune di matrice *dotta*, affidato alla circolazione dei testi romani e della relativa *interpretatio*, si venne però affiancando, nel corso dei secoli dal XVI al XVIII, un diritto comune di matrice (prevalentemente) giurisprudenziale, affidato invece alla circolazione delle opinioni di giudici e avvocati, rese nell'esercizio della loro attività professionale di decisione, o di consulenza su casi pratici, e raccolte in una letteratura ad uso del foro ⁽¹⁹⁾.

È appena il caso di precisare che le sue diramazioni si estendevano all'intera area europea, inclusa la stessa Inghilterra: dove, oltre alla presenza di giuristi forensi (*civilians*) educati allo studio del diritto romano-canonico, con le relative giurisdizioni e procedure, si riscontravano sia

⁽¹⁸⁾ MOCCIA, *Il sistema della cittadinanza europea: un mosaico in composizione*, in MOCCIA (a cura di), *Diritti fondamentali e cittadinanza dell'Unione*, Milano, 2010, p. 165 ss.

⁽¹⁹⁾ GORLA, *Unificazione legislativa e unificazione giurisprudenziale. L'esperienza del diritto comune*, in *Foro it.*, 1977, V, c. 1; anche in *Id.*, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, cit., cap. 22.

influenze delle autorità giurisprudenziali e dottrinali continentali, sia, comunque, analogie e somiglianze di tecniche interpretative, metodi, contenuti e caratteri, tali da giustificare l'idea, appunto, di un diritto comune europeo ⁽²⁰⁾.

Questo diritto era composto di materiali vari, quali: il diritto romano, il diritto feudale, la *lex mercatoria*, il diritto in tema di conflitti di legge (l'attuale diritto internazionale privato), e ancora gli stessi statuti e usi locali; materiali tutti però cementati e tenuti insieme dalla (da una) *communis* o *magis communis opinio totius Europae*, come si esprimevano gli scrittori del tempo.

Così composto, questo diritto si alimentava attraverso la comunicazione (*communicatio*) tra i giuristi forensi dei vari ordinamenti (statuali), intesi e strutturati come ordinamenti aperti alla circolazione dei giuristi stessi (la libertà di stabilimento degli avvocati esisteva già allora, naturalmente) e delle loro opinioni o, meglio, di quelle dei più autorevoli tra questi giuristi di fama europea ⁽²¹⁾.

Quel che più importa qui sottolineare è che l'Europa del diritto rappresenta storicamente un'esperienza caratterizzata, nel suo complesso, da un'idea di diritto a carattere extra-statuale, frutto di una cultura e di una mentalità giuridica formate e plasmate, ancora in piena epoca moderna, all'insegna di uno spirito transnazionale, che fa dipendere il riconoscimento di regole e principi all'interno del singolo ordinamento da una concordanza o convergenza con altri ordinamenti, inseriti nell'orbita della comunicazione del mondo civile (*communicatio orbis civilis*); ossia, di un mondo europeo visto come spazio di circolazione delle opinioni e decisioni dei giuristi forensi (giudici e avvocati) presso le giurisdizioni di vertice (i cosiddetti grandi tribunali).

Orbene, è chiaro che in ordinamenti del genere, a carattere aperto, la comparazione fosse, per così dire, di casa e che i giuristi, sia quelli teorici, sia e soprattutto i pratici, ne facessero frequentemente e normalmente uso nella loro attività professionale: senza che tale uso, e il bagaglio di conoscenze e tecniche ad esso connesse, assumesse alcun (autonomo) rilievo di carattere specialistico; qualificandosi, invece, come intrinseco o, se si preferisce, connaturale alla figura del giurista (in particolare forense) dell'epoca, almeno ai livelli delle magistrature di vertice e negli ambienti elitari dei ranghi primari dell'avvocatura ⁽²²⁾.

In senso specifico, l'ordinamento giuridico aperto è quello nel quale viene teorizzato e praticato, al livello di fonti del diritto, l'uso della comparazione come regola di riconoscimento del diritto applicabile a una determinata controversia, nei casi in cui faccia difetto una norma in punto oppure la norma esistente risulti dubbia: in questi casi è ammesso il ricorso, in via interpretativa, a norme di matrice legale e/o giurisprudenziale di altri

⁽²⁰⁾ MOCCIA, *Comparazione giuridica e diritto europeo*, cit., parte III, cap. 5.

⁽²¹⁾ *Id.*, *op. cit.*, cap. 5, n. 10, e cap. 5, n. 11.

⁽²²⁾ *Id.*, *op. cit.*, cap. 5, n. 10.

ordinamenti (*lex alius loci*) facenti parte di una medesima area culturalmente omogenea: *orbis civilis nostrae Europae communicationis*, ossia il mondo civile europeo, secondo l'espressione coniata da uno dei grandi rappresentanti del diritto comune europeo dei secoli XVII-XVIII, il Cardinal Giambattista De Luca ⁽²³⁾.

In tal senso viene ad assumere quindi rilievo la teoria degli ordinamenti giuridici aperti o comunicanti ⁽²⁴⁾: quegli ordinamenti che, nati storicamente sul terreno di una concezione o, meglio, di una civiltà del diritto sentito come patrimonio di regole e principi comuni al mondo europeo, furono poi travolti dall'ondata nazional-positivistica ottocentesca, per diventare sempre più ordinamenti « chiusi », espressione di una diversa concezione del diritto, delle sue fonti e di tutti gli annessi e connessi, istituzionali, professionali, dottrinali.

Invero, l'alternativa tra ordinamenti giuridici aperti e chiusi, entro cui si sono giocati i destini del diritto comune europeo dei secoli passati, ed entro cui potranno giocarsi i destini del (nuovo) diritto europeo degli anni futuri, si presenta come alternativa in termini di valori legati, appunto, a concezioni diverse del diritto, a loro volta riferibili a diverse opzioni politico-culturali; secondo una schema già applicato in epoche passate, ma che bene s'adatta al tempo d'oggi: per cui possono definirsi *illiberali*, i giuristi chiusi nella prassi e nelle leggi, come pure nella dottrina del proprio ordinamento locale (nazionale); e *liberali*, quelli invece che praticano l'ordinamento giuridico aperto, ossia quelli che comunicano sulla frequenza d'onda di una diversa consapevolezza della loro funzione e di ciò che può e deve giustificare e indirizzarla.

Con l'ulteriore, ovvia quanto basilare constatazione, infine, che i soggetti veri dell'apertura e della comunicazione o, al contrario, della chiusura, non sono gli ordinamenti, come fenomeno istituzionale, ma i rispettivi giuristi, come realtà individuale e collettiva, caratterizzata e ispirata da determinati atteggiamenti e valori ⁽²⁵⁾.

⁽²³⁾ MOCCIA, *op. cit.*, cap. 3 (e riferimenti *ivi*).

⁽²⁴⁾ *Id.*, *Prospetto storico delle origini e degli atteggiamenti del moderno diritto comparato (Per una teoria dell'ordinamento giuridico aperto)*, in questa rivista, 1996, p. 181 ss.

⁽²⁵⁾ *Id.*, *Comparazione giuridica e diritto europeo*, *cit.*, pp. 966-967. Sulla figura e sul ruolo dei giuristi forensi dei secoli XVI-XVIII, in quanto artefici del moderno diritto comune europeo, il riferimento è all'opera di Gino Gorla e in particolare alla testimonianza di cui dà conto nel suo *Il diritto comparato in Italia e nel mondo comunicante e una introduzione al dialogo civil law-common law*, Milano, 1983 (ed. monografica del saggio originariamente apparso in *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*, Atti del congresso, Messina-Taormina, 3-8 novembre 1981, Milano, 1982, p. 467 ss.), a proposito di un « un giurista forense catalano del XVII secolo, Fontanella », il quale « chiamava *illiberales* quei pratici forensi che altrove si chiudevano nella prassi e nelle leggi del loro Foro; e *liberales* quelli che praticavano l'ordinamento giuridico aperto » (*ivi*, p. 624).

6. — Per tornare allo scenario attuale e al processo di integrazione europea ancor oggi in via di evoluzione, il filo del discorso, alla luce delle premesse metodologiche e concettuali sopra delineate, può essere ancora sviluppato, con un interrogativo quasi d'obbligo a questo punto, e cioè: cosa deve intendersi per diritto europeo?

In breve, possono darsi due possibili nozioni di diritto europeo, diverse ma concorrenti.

V'è la nozione di diritto europeo inteso, al pari di civiltà europea, con un significato a sfondo prevalentemente storico-culturale; o, in un senso già più tecnico, con riferimento a una tradizione giuridica europea.

Si tratta però di una nozione debole, come insegna del resto la stessa comparazione, ancora dominata dall'idea di dicotomia *civil law-common law*, come principale spartiacque di tale tradizione, all'interno della quale pure si registrano una serie di particolari esperienze giuridiche relative a determinate aree regionali: come quelle facenti capo ai paesi scandinavi; oppure quelle di carattere misto (*civil law-common law*), come nel caso della Scozia. Senza tralasciare poi il fatto che nell'ambito della tradizione di *civil law* sussistono una serie di varianti nazionali, anche significativamente differenti; alcune delle quali caratterizzate per giunta dalla presenza, al loro interno, di estese forme di autonomia assai rilevanti sul piano della specificità di corpi normativi locali.

V'è la nozione di diritto europeo inteso come diritto dell'Unione (già diritto comunitario): diritto bensì di formazione recente, ma anche nuovo, dal lato degli interessi protetti e dei principi invocati, tanto più nel caso del settore privatistico; ma destinato a immettersi in contesti, lessicali e strutturali di diritto (patrio) più tradizionale, ovvero di matrice europea, nell'altro senso inteso.

Questo diritto europeo può essere a sua volta articolato in due nozioni, materialmente corrispondenti, ma concettualmente distinguibili, in quanto riflesso di due diverse fasi del processo di integrazione europea.

Nella terminologia corrente, l'espressione diritto europeo (*European law*), nel senso sempre di diritto dell'Unione (*European Union law*), sembra destinata non solo a soppiantare la più prosaica (eurocratica) espressione di diritto comunitario (*Community law*), resa comunque obsoleta dal trattato di Lisbona, ma a rappresentare, rispetto a quest'ultima, un salto di qualità, che corrisponde al superamento della fase funzionalista dell'integrazione economica, verso una fase costituzionale di integrazione normativa, dove spiccano i seguenti elementi: *a*) centralità della persona; *b*) modello europeo di società aperta e inclusiva; *c*) spazio di libertà, sicurezza e giustizia; *d*) costruzione di un spazio giudiziario europeo, come « autentico spazio di giustizia », dove far valere i propri diritti ovunque nell'Unione (secondo quanto stabilito dal cosiddetto Programma di Stoccolma 2010-2014).

Invero, con il trattato di Maastricht il processo di integrazione ha imboccato la strada di « un'unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa », rappresentata dalla « cittadinanza dell'Unione ». Espressione che, al di là delle indubbie valenze suggestive e di natura ancora largamente

simbolica, rileva per la sua stretta connessione con uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, destinato a completare e, insieme, ad assorbire lo spazio senza frontiere interne del mercato unico. Uno spazio inteso, quindi, come luogo dove s'incontrano e agiscono non solo determinati soggetti professionali, imprenditori e prestatori d'opera, ma comuni (con)cittadini europei, tra loro non più stranieri.

Con ciò volendo sottolineare l'enorme potenziale sul piano sistematico e applicativo del principio di una cittadinanza al livello europeo, unitamente al principio di non discriminazione.

Ulteriore accezione del termine diritto europeo è dunque quella di un diritto, a valenza costituzionale, comune a tutti gli ordinamenti nazionali; rispetto ai quali l'ordinamento dell'Unione non si presenta come distinto e a sé stante, ma come parte integrante di questi ordinamenti, nel senso di postularne e, insieme, favorirne la convergenza, anzi, l'integrazione entro la sfera d'azione dello stesso ordinamento dell'Unione: l'integrazione, appunto, in un comune ordinamento europeo o, se si preferisce, in un ordinamento europeo di diritto comune ai suoi cittadini.

Al pari del diritto comune dei secoli passati, che pure trovava nei diritti naturali (*iura naturalia*), antesignani dei moderni diritti dell'uomo, oggi divenuti diritti fondamentali della persona, un terreno fertile d'incontro e di dialogo tra giuristi liberali (*liberales*), cioè animati da spirito di apertura intellettuale, il nuovo *ius commune* europeo appare destinato a svilupparsi sul terreno soprattutto dei principi e dei valori e, di riflesso, dei diritti fondamentali che ne sono espressione, insieme con i corrispondenti doveri di condotta, sia delle autorità pubbliche che dei soggetti privati, che a tali principi e valori devono commisurarsi.

L'idea di incentrare questo diritto europeo sulla dimensione plurale della cittadinanza, insieme nazionale ed europea, invece che su quella unificante del mercato, se è vero che può contribuire a un miglior equilibrio tra unità e diversità, consente anche di portare a sintesi le tendenze all'unificazione e quelle alla conservazione delle diversità e specificità nazionali e locali, secondo un modello di ordinamento multi-livello (locale, nazionale ed europeo).

Un modello che pure richiama alla mente quello rappresentato dal diritto comune (*ius commune*) in rapporto di complementarietà (e sussidiarietà) con i diritti particolari (*iura propria*); come modello che appare adeguato o, comunque, utile a sostenere, nella complessità del fenomeno dell'integrazione europea, l'esigenza di una maggiore uniformità quale fattore e condizione di radicamento e sviluppo insieme del fenomeno stesso, al livello sociale e culturale, oltre che giuridico-istituzionale.

Ne deriva, in estrema sintesi, l'idea di un diritto europeo pensato e strutturato come sistema operante su più livelli di efficacia, sia nazionale che sovra-nazionale, statale ed extra-statale; caratterizzato da una molteplicità di fonti ed espressivo di varie forme di razionalità a sfondo sia legislativo, sia giurisprudenziale e, ancora, di *soft law*; incardinato sulla base di valori e principi generali comuni e corrispondenti diritti fondamentali, sia individuali che collettivi (diritti delle minoranze).

7. — A chiusura di queste pagine, non rimane che rivolgere lo sguardo — secondo il punto di vista globale invocato fin qui come motivo-guida di una nuova prospettiva metodologica e concettuale sullo studio comparativo del diritto, con riferimento almeno all'area europea e più precisamente al processo ancora in atto dell'integrazione europea — verso la figura di un giurista più consapevole del suo essere europeo, capace cioè di farsi ponte di comunicazione e apertura del proprio ordinamento (nazionale) con altri ordinamenti e con l'ordinamento stesso dell'Unione.

In proposito, sembra emergere — da quanto detto — un itinerario che, a partire dalle esperienze della storia, osservata però con occhi sensibili alle sfide dell'attualità, nell'intento anche di ricostruire lineamenti comuni alla civiltà giuridica europea, prosegue fino ad arrivare alle esperienze sul campo, destinate a saggiare le tecniche, a disegnare le architetture, nonché ad affinare gli strumenti, insomma ad affrontare sia la teoria che la prassi dell'integrazione giuridica europea, per controllarne anche la qualità dei risultati e cercare di orientarne i relativi processi.

Di qui la centralità del ruolo dei giuristi, chiamati a farsi artefici della costruzione del ponte europeo, lungo questo itinerario: con i suoi diversi incroci — tra storia e diritto, diritto e società, statualità ed extra-statualità del diritto, cittadinanza nazionale e cittadinanza europea, monismo e pluralismo giuridico — e con i suoi diversi tornanti, quelli in particolare del diritto interno, integrato con il diritto dell'Unione, del diritto comparato e del diritto internazionale (pubblico e privato). In un quadro, dunque, di riferimenti e, anche, di valori e motivi ideali, capaci di dare una testa e un cuore o, più prosaicamente, un corpo vero alla figura altrimenti esangue del giurista europeo: una figura tanto più improbabile, quanto più legata a una pretesa e talvolta solo pretestuosa natura specialistica.

È questo, infatti, il senso profondo della scelta di un punto di vista globale, che permette di rivolgersi alle due rive, nazionale ed europea; e che si traduce nell'esigenza innanzitutto culturale consistente nel far precedere al diritto europeo, inteso come diritto dell'Unione, la figura di un giurista europeo: come figura di giurista non già chiuso in un ambito di specializzazione disciplinare, ma consapevole, al contrario, di un ruolo e di un compito che ne proiettano la professionalità in uno spazio sovra- e transnazionale, in cui ordinamenti interni ai singoli Stati e ordinamento dell'Unione si integrano, in una società caratterizzata sempre più dal pluralismo, aperta e inclusiva.

Sicchè, una conclusione che può apparire paradossale, ma che riflette appunto questa inversione del punto di vista, che guarda innanzitutto ai profili culturali della professionalità giuridica, è la seguente: che il problema dell'identificazione di quale figura di giurista europeo altro non sia, al fine, che lo stesso problema, da sempre presente e dibattuto all'interno della cultura giuridica europea (e occidentale), di quale figura di giurista, punto e basta; senza aggettivi, né attributi, se davvero si vuole che sia — e, in realtà, che torni a essere — senza frontiere.

Sul presupposto, tornato d'attualità, del pluralismo giuridico, plurali-

simo delle fonti e, quindi, dei sistemi di regole e corrispondenti livelli di normatività, a fronte come detto di società sempre più plurali nella loro articolazione e composizione.

Se è vero che lo scenario che sembra oggi profilarsi all'orizzonte europeo è piuttosto quello di una perdita di coerenza e di unità in seno agli ordinamenti nazionali e allo stesso ordinamento dell'Unione a favore di elementi di frammentazione e dispersione, una risposta non può che venire sul piano di regole e soluzioni comuni, per via di convergenza al livello europeo.

A ciò sono chiamati, appunto, i giuristi europei: a fronte di fenomeni nuovi o, comunque, di profonda trasformazione sul piano così delle fonti e categorie giuridiche come delle relative tecniche interpretative; nel contesto di società dove i confini nazionali (territoriali) dell'ordinamento statale sfumano a vantaggio di uno spazio comune di vita e libertà, di sicurezza e solidarietà, di giustizia e cittadinanza; all'insegna di un'idea di progresso degli studi di diritto nella dimensione europea, come vera linea divisoria rispetto a quanti resistono su posizioni se non di chiusura nazionale, di sospettosa diffidenza o provinciale sufficienza o, peggio, di colpevole ignoranza. E ancora: in vista di una comunità politica e di diritto a carattere insieme sovra-nazionale e trans-nazionale, cioè rispettosa delle diversità; al fine di contribuire a sviluppare una nozione autentica di diritto europeo comune, espressione di un'effettiva comunanza di valori e principi, quale terreno solido su cui trovare punti di equilibrio fra l'universale e il particolare, fra ciò che è europeo e ciò che è locale (o minoritario).

Un nuovo *ius commune* europeo che potrà trarre dall'esperienza dei secoli passati almeno due elementi sicuri di utilità.

Uno relativo al diritto comune come grande fatto di unità culturale e spirituale del sapere giuridico europeo ⁽²⁶⁾, nelle sue varie e complementari forme di razionalità, di cui s'è detto sopra.

L'altro relativo alla concezione dell'ordinamento giuridico aperto, dal lato delle sue fonti, ovvero in rapporto di comunicazione, da parte dei suoi giuristi, con gli altri ordinamenti e i loro giuristi ⁽²⁷⁾.

Invero, sia l'uno che l'altro di tali elementi puntano in una direzione ben precisa, e cioè: il ruolo e la responsabilità della classe dei giuristi, teorici e pratici, nella realizzazione e a garanzia di un fenomeno altamente complesso come quello dell'integrazione europea; in risposta a una maggiore uniformazione-armonizzazione nel campo del diritto (specie privato), non per imposizione dall'alto, ma per via di radicamento nel tessuto delle relazioni sociali.

Si tratta di un ruolo che appare quindi rivestire un'importanza determinante per l'effettiva realizzazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne, che l'Unione si prefigge di offrire ai suoi

⁽²⁶⁾ CALASSO, *Introduzione al diritto comune*, Milano, 1951, *passim*.

⁽²⁷⁾ GORLA, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, 1981, parte III (*Per un diritto comune europeo*), in specie cap. 21.

cittadini: affinché questo spazio, destinato altrimenti a inaridirsi in un'opera di crescente desertificazione normativa comunitaria, che alla fine essiccherà ogni reale e convinto spirito di partecipazione dei cittadini alla costruzione europea, possa invece dare alla cittadinanza dell'Unione, oltre che un valore politico-ideale, il più concreto significato di fattore e, insieme, di condizione della formazione di una società civile e di un diritto comune ai cittadini europei.