

Profili (anche linguistici) dei flussi giuridici

di Maurizio Lupoi

§ 1. Nozione di “flusso giuridico”

Per “flusso giuridico” intendo qualsiasi dato dell'esperienza giuridica il quale, proprio di un ordinamento, sia percepito in un altro e qui introduca un elemento di squilibrio.

“Qualsiasi dato dell'esperienza giuridica”: una tesi dottrinale, un rimedio processuale, un particolare assetto delle fonti o di una fonte, un singolo termine, un principio di diritto, una tecnica di analisi, una struttura negoziale, una clausola contrattuale, una regola di qualsiasi genere, un rapporto fra istituti, una intera legge, codice o altro provvedimento, una singola disposizione, una categoria e via dicendo.

Osservare i costumi tribali di una tribù subsahariana non ha mai prodotto flussi giuridici in Europa; osservare i dibattiti sulla *corporate governance* negli Stati Uniti ne ha prodotto tantissimi. La distinzione sta nella modalità della *percezione* del dato giuridico, dalla quale deriva un *elemento di squilibrio*.

La percezione del dato dell'esperienza giuridica ne fa un flusso quando se ne avverta la *rilevanza*; ed è allora che il contesto nel quale la percezione avviene entra in uno stato di squilibrio.

Lo squilibrio prodotto dal flusso è funzione della percezione e della *qualità* del flusso così prodotto. Un esempio recente è l'inseminazione eterologa: il richiamo delle norme vigenti in altri ordinamenti o auspicate da organismi internazionali l'ha fatta da padrone nelle discussioni nel Parlamento italiano; il livello del dibattito e l'asprezza delle contrapposizioni non hanno lasciato dubbi circa la qualità del flusso, percepito come idoneo a soddisfare bisogni primari della collettività.

Ciascun sistema tende alla stabilità e *quindi il flusso giuridico viene alla fine o respinto o metabolizzato*. Esistono meccanismi di reazione che impediscono ai flussi di produrre squilibrio per troppo tempo: o si attenua il bisogno che aveva chiamato il flusso o il flusso si rivela non risolutivo o si trovano mezzi per soddisfare il bisogno che prescindono dal flusso (un esempio per tutti: la multiproprietà) e in tutti questi casi il flusso è respinto; altrimenti, il flusso è metabolizzato.

La nozione stessa di *metabolizzazione* comporta che la ricomposizione dell'equilibrio avvenga trasformando il flusso. Più precisamente, poiché il flusso è solo il dato *come percepito*, l'equilibrio si ricompone passando dalla percezione all'azione, e cioè alla modificazione della realtà effettuale dell'ordinamento nel quale la percezione è avvenuta.

Gli esempi di flussi dall'estero verso l'Italia sono legioni: fra i più recenti, il giusto processo, la *corporate governance*, la *cross-examination*, le *Authorities*, la cartolarizzazione dei crediti, il *leader* dell'opposizione, i registri delle coppie di fatto, l'opinione dissenziente, il giudice di pace, i “governatori” (i Presidenti delle Regioni), il giusto processo, i contratti in lingua inglese fra italiani (regolati dal diritto italiano); e ancora: le primarie “all'americana”, la *devolution* per il Nord “alla scozzese”, il difensore civico “alla scandinava”, la *privacy*, la liberalizzazione delle droghe “alla zurighese”, il matrimonio omosessuale “all'olandese”, la fecondazione in vitro “all'inglese”, il contratto autonomo di garanzia “alla tedesca”; e via dicendo.

§2. Un flusso giuridico: il *leasing*.

Quando apparve in Italia una nuova forma di vendita di beni di consumo (e poi di beni di investimento), ispirata a quanto si praticava da decenni in altri Stati, venne percepito un flusso giuridico (il *leasing*): esso consisteva nelle regole applicate all'estero a quella forma di vendita. La qualificazione giuridica del *leasing*, presente nella vita commerciale italiana dal termine degli anni Sessanta, ha richiesto oltre due decenni e una frenetica attività dottrinale e giurisprudenziale. Guardando solo a questa ultima e al particolare problema della risoluzione del contratto per inadempimento dell'“utilizzatore”, l'incertezza è durata fino alle sentenze della Corte di cassazione del 1989 (nn. 5569 a 5574: la prima sentenza in materia era stata del Tribunale di

Vigevano nel 1974: quindici anni prima): in conseguenza di tale incertezza, talvolta le società di *leasing* furono condannate a restituire le rate incassate (in applicazione dell'art. 1526 cod. civ.) talvolta no (in applicazione dell'art. 1458¹ cod. civ.) [1]. La ragione della storia infinita del *leasing* sta nel mancato studio dell'inquadramento giuridico del rapporto da parte dei comparatisti. Essi avrebbero dovuto cogliere la rigidità delle nostre previsioni normative, nessuna delle quali perfettamente idonea a comprendere il *leasing*, e al tempo stesso la varietà delle situazioni alle quali il *leasing* veniva applicato, alcune fra le quali (penso al *leasing* immobiliare) prive di preciso riscontro negli ordinamenti di origine. Il comparatista avrebbe anche dovuto porre in luce la diversità del sistema delle garanzie, il diverso riguardo del patto commissorio, il diverso sistema dell'esecuzione mobiliare presso il debitore, la diversa collocazione del fallimento e le diverse disposizioni in materia tributaria.

E' interessante osservare come, a fronte di un unico vocabolo straniero - *leasing* - la giurisprudenza e la dottrina abbiano individuato almeno tre principali tipi negoziali. Siamo qui un presenza di un tema ricorrente dei flussi giuridici: la designazione linguistica di origine può essere unitaria e, nei sistemi di origine, probabilmente univoca sotto il profilo giuridico, ma ciò non comporta che analoga situazione si verifichi nell'ordinamento nel quale il flusso si verifica.

Più a lungo il flusso permane senza essere né respinto né metabolizzato più è probabile che dalla percezione si giunga ad approfondimenti, che svelino la complessità dei dati nel sistema di origine; conducendo, così, a un rigetto o a una metabolizzazione avveduti (come, appunto, in materia di *leasing*). La sistemologia comparatistica può allora svolgere il proprio compito di rilevare il flusso e segnalarne i possibili impatti; preliminarmente, di descrivere il più accuratamente possibile i dati sottostanti il flusso negli ordinamenti di origine di valutare se, qualora il flusso sia metabolizzato, occorra impiegare una pluralità di espressioni linguistiche in conseguenza dello smembramento che la metabolizzazione imponga.

§3. I termini giuridici e il nominalismo

Una sicura spia dell'ingresso di un flusso giuridico è il linguaggio.

L'ingresso di termini giuridici stranieri talvolta avviene per designare figure localmente già perfettamente regolate, ma senza autonomia verso figure contigue, rispetto alle quali, tuttavia, l'impiego del termine straniero o di un suo calco valgono a introdurre un dato specificativo e di distacco: per esempi di flussi giuridici dal diritto islamico al diritto mercantile europeo medievale, che designano fenomeni da quest'ultimo già conosciuti, v. *cheque* da "shakk" 'documento scritto' e *sensale* da "simsar".

Per un flusso dal diritto medievale italiano a quello inglese, attestato dai nomi, v. *principal*, *agent* e *factor*. Di particolare interesse il primo e il terzo, entrambi passati, presso di noi, la linguaggio giuridico a quello comune e rimasti, invece, in Inghilterra nel linguaggio giuridico. "Principale" è ancora da noi il capo di una bottega o di un negozio, sotto il quale sono gli operai e i commessi, mantenendo così l'antica valenza di 'colui che si avvale di collaboratori', mentre il "fattore" nelle campagne ha pacificamente il potere di gestire una unità agricola e di contrarre con terzi nell'interesse del padrone: entrambe le accezioni del linguaggio comune corrispondono a quelle riscontrabili nella terminologia giuridica inglese contemporanea.

La ricognizione storico-terminologica vale spesso a palesare nessi antichi, non più rispondenti a una comunanza di regole giuridiche. Per esempio, "compagnia" viene da noi ancora usata per le sole società di armamento e di assicurazione, che una volta erano strutturate come società di persone (e non di capitali); ma tutte le società erano nel medio evo società di persone e l'espressione "& C.", che ancora si trova nelle nostre denominazioni sociali, stava per "e Compagni". In Inghilterra è rimasto "company" quale termine generale, originariamente un calco semantico sull'italiano, mentre negli Stati Uniti le società di capitali sono denominate "*corporations*"[2].

Il nominalismo giuridico consiste nello scambiare un designatore linguistico con il suo significato. Esso può essere visto come un caso di *metonimia giuridica*, del quale non sia nota - anzi sia negata - la natura. Il risultato dell'operazione concettuale prende il posto degli oggetti reali: di essi non rimane più nulla e il concetto è tutto [3].

Sotto altro punto di vista, il nominalismo conduce a credere di avere modificato la realtà giuridica per il solo fatto di designare un fenomeno per mezzo di un termine nuovo, per avventura straniero o calcato su un termine straniero. Il nominalismo comporta, quindi, una innovazione meramente verbale.

Tuttavia, i *nomina* producono altri effetti, il primo fra i quali è quello di credere che il fenomeno dell'ordinamento proprio, designato dal termine straniero o dal calco, corrisponda al fenomeno dell'ordinamento straniero contraddistinto da tale termine. In realtà, quel che avviene il più delle volte è che si verifica una sorta di contaminazione, in conseguenza della quale il *nomen* conduce a porre in risalto taluni specifici aspetti del fenomeno: se si tratta di un dato culturale, conduce a modificarne la comprensione giuridica; se si tratta di avvenimenti della vita reale, conduce a modificare le regole ad essi applicabili, che però non sono mai quelle dell'ordinamento dal quale il termine è stato tratto.

Un esempio del primo tipo (dati culturali) è “*ratio decidendi*”.

Venuto in uso corrente negli anni Sessanta quale termine proveniente dal diritto inglese (in realtà, esso apparteneva alla tradizione civilistica ed era stato nell'uso forense fino al principio del secolo ventesimo: cfr. Cass. Napoli 28 gennaio 1918, in Foro it., 1918, I, 398), valse per polemizzare contro le “massime di giurisprudenza”, spesso troppo generiche o addirittura sconnesse rispetto alla decisione. Non acquisì mai, né lo avrebbe potuto, il significato che possiede in diritto inglese [4].

Un esempio del secondo tipo (avvenimenti della vita reale) è l'art. 180 del D. Lgl. 24 febbraio 1998 n. 58 (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria): “Abuso di informazioni privilegiate”.

“Privilegiate” è un calco dall'inglese, insuscettibile di interpretazione giuridica nel contesto del diritto italiano (gli esempi di calchi di questo genere sono milioni nel nostro linguaggio giuridico: ho scelto questo particolare esempio perché si trova in un testo normativo al quale hanno posto mano giuristi illustri).

L'accorgimento consistente nel costruire un *calco linguistico o semantico*, che abbiamo appena visto, allo scopo di impedire l'ingresso del termine straniero è un rimedio peggiore del male; infatti, esso lascia intendere trattarsi di un concetto giuridico o di una istituzione del nostro diritto e quindi contrabbanda per innovazione indigena quello che è null'altro che il travestimento di un flusso giuridico: si perde allora l'implicito riferimento alla realtà estera, ineliminabile quando si impieghi un termine di lingua straniera, e quindi anche i riferimenti giuridici e culturali che esso, sebbene malamente, comporta.

Un ben noto esempio è la riforma del processo penale del 1989 e, quanto ai calchi linguistici, il termine “contro-esame” da “*cross-examination*”. La *cross-examination* nasce nel processo avanti la giuria (che noi abbiamo solo in Corte d'assise) e trova il proprio fondamento in una educazione legale profondamente diversa dalla nostra, in un ruolo del difensore (oltre tutto, spesso fungibile fra civile e penale) e in una posizione sociale del giudice che non hanno riscontro nella nostra realtà [5].

Potrebbe certo avvenire (ma non è avvenuto) che il contro-esame si riveli la carta vincente della riforma del processo penale; si tratterebbe di una semplice coincidenza, perché è fuori di dubbio che le aspettative dalle quali il termine e l'istituzione realizzata legislativamente erano caricati consistevano in uno svolgimento del processo analogo a quelli inglese e statunitense: ciò che, come si è accennato, è semplicemente impossibile (a parte che il processo penale inglese e quello americano sono profondamente diversi l'uno dall'altro): qui ci sarebbe stato spazio per la costruzione di opportuni *modelli*, onde rapportare ad essi il quadro giuridico italiano ed ottenere così i corretti strumenti per comprendere, da un lato, i reali connotati del flusso giuridico e, dall'altro, come operare per produrre da noi gli effetti che ci proponeva di produrre. Ci si deve allora chiedere come sia stato possibile che le due generazioni di giuristi che hanno prodotto il nuovo codice di procedura penale non abbiano formulato la ragionevolissima previsione che i flussi giuridici da essi percepiti non fossero idonei a tradursi in realtà processuale e a produrre gli effetti attesi. La risposta è nella potenza del flusso e nell'istintività delle reazioni che esso scatena.

Il rapporto fra nomi e cose - un tema antico e sempre rinnovato - caratterizza, nel contesto giuridico, l'insegnamento di Confucio. L'insegnamento confuciano pone in cima a tutto la necessità di chiamare la

cose col loro nome e quindi di chiedersi dinanzi a qualsiasi avvenimento quale ne sia la corretta designazione. Peraltro, esso non deve essere accantonato come una caratteristica dell'antico diritto cinese:

“Tzu-lu disse: - Il principe di Wei intende affidarti un incarico di governo. Che farai per prima cosa? E' assolutamente necessario ridare ai nomi il loro vero significato [rendere corrette le designazioni] - risponde Confucio [6]

“L'insensata creazione di nuovi nomi, essendo causa di confusione nella nomenclatura e quindi di dubbio e di litigio fra il popolo, è un crimine assai grave come quello di usare falsi pesi e misure” [7]

ma vedi anche:

“le nozioni (...) si cambiano colle rivoluzioni del tempo che fa sopravvivere i nomi alle cose” [8]

“Il definire le cose dai nomi, sarebbe un credere, o pretendere che elle fossero inalterabilmente durabili quanto essi (...) Chiunque ama il vero, dee i nomi definire dalle cose che li rappresentano” [9].

Alla base della teoria confuciana sta la percezione che il nome svolge anche la funzione di richiamare un complesso di regole e di dati socio-culturali. Ne consegue che la metabolizzazione di un flusso giuridico in una società distinta da dati socio-culturali diversi da quelli di origine non produrrà mai gli effetti attesi.

Il predominio del nominalismo fa velo a queste considerazioni [10]; esse, tuttavia ricompaiono prepotentemente quando sia evidente la complessità culturale sottostante il termine straniero: si pensi al termine inglese “*fair*”, che compare nelle legislazioni e nella giurisprudenza inglese e americana in campi così disparati come il processo civile (“*fair trial*”) e la presentazione delle poste di un bilancio societario (“*fair view*”) e porta con sé una ineguagliabile ricchezza semantica; questa andrebbe indagata in ciascuna ricorrenza (vi sono direttive comunitarie e trattati internazionali che impiegano “*fair*”) onde comprendere ciascuna volta quale sia il termine - se lo si trova - della nostra lingua che occorre impiegare [11].

§4. Il paese delle scimmie

Vi sono anche le mode e le scimmiettature, come quando si delineano funzioni o rapporti giuridici sino a quel momento o non esistenti o non percepiti come necessitanti una autonoma individuazione. Il flusso giuridico trova ingresso a causa della mancanza di riflessione del giurista e, come al solito, per il mancato ausilio del comparatista.

Per esempi di flussi giuridici dal diritto statunitense al diritto italiano allo scopo di designare figure nuove, ma per le quali sarebbe stato perfettamente possibile impiegare termini della nostra lingua e concetti giuridici del nostro ordinamento, v. la terminologia delle privatizzazioni: *global coordinator*, *general advisor*, e altri.

A meno di sottoporre i contratti stipulati con questi soggetti a una legge straniera, la definizione delle loro obbligazioni e dei loro diritti dovrà necessariamente avvenire in base al nostro diritto. Il momento della riflessione è allora soltanto rinviato al momento negoziale, quando obbligazioni e diritti sono discussi e posti per iscritto, ma nei fatti ciò non avviene: sovente i contratti sono anche essi scimmiettature di modelli stranieri e sarà solo in caso di contestazione giudiziaria che, se non quello della riflessione, arriverà il momento della verità.

Vengono allora in evidenza i termini-omnibus, intendendo per “omnibus” la carrozza alla quale è agevole accedere e che da qualche parte condurrà. A un certo punto ci si dovrà chiedere dove stiamo andando, ma intanto non siamo stati costretti a riflettere e quindi a ritardare l'azione. Si legga questo provvedimento della Banca d'Italia:

“*La Rete Nazionale Interbancaria costituisce una essential facility; pertanto, i criteri di accesso a tale sistema [... non devono] imporre condizioni eccessivamente gravose*” [12].

Nell'intero testo del provvedimento non si rinviene alcuna spiegazione del termine “*essential facility*”; una lacuna di non secondaria gravità se si considera che in diritto americano “*essential facility*” non è affatto un concetto pacifico; anzi, vi è chi ritiene trattarsi di una “*catch-phrase*” (e quindi di un termine-omnibus) di dubbia utilità [13].

Scimmiettature di clausole straniere si trovano oramai con grande frequenza nei contratti italiani. Anche le clausole contrattuali possono essere un flusso giuridico; il più delle volte esso nasce dagli studi svolti in università straniere o da periodi di pratica professionale presso avvocati all'estero. Leggiamo così disposizioni che ripetono norme del codice civile e sono quindi perfettamente inutili e altre che ricorrono a nozioni non agevolmente inquadrabili nella nostra terminologia legislativa e nella nostra tradizione giuridica (per esempio: “*termine ragionevole*”); è difficile evitare la conclusione che i nostri giovani che vanno all'estero ritornano con una gran confusione in testa e, sopra tutto, con una grande ignoranza del nostro diritto.

Questo fenomeno diviene pericoloso quando si redige in lingua inglese un contratto stipulato fra italiani ed espressamente sottoposto dalle parti alla legge italiana: qui le clausole dei formulari americani sono suscettibili di essere nulle o di produrre effetti radicalmente diversi da quelli che la parte autrice del testo si aspetta e perfino di condurre a un tipo contrattuale (di diritto italiano) che non è quello che essa desidera porre in essere. Egualmente pericolosa, oltre che ridicola, è la disposizione, frequente in questi contratti, in forza della quale la corrispondenza fra le parti (italiane) deve avvenire in lingua inglese. Si può solo immaginare quanti equivoci giuridici avranno luogo e quanti fraintendimenti circa l'inquadramento giuridico delle dichiarazioni negoziali incluse in tale corrispondenza.

§5. I flussi di tendenza

Queste ultime osservazioni ci conducono dal terreno dei modelli di contratto e di altri atti giuridici all'esame di un tema più generale: la percezione del *flusso di tendenza*.

In una recente comunicazione del Ministero del Tesoro (1998), riguardante la privatizzazione della Banca Nazionale del Lavoro, si legge quanto segue riguardo le obbligazioni assunte dal primo gruppo di acquirenti:

[si obbliga] “a non trasferire in alcun modo le Azioni BNL acquistate in sede di trattativa diretta per 15 mesi dal trasferimento delle Azioni. Tale impegno non si applicherà alle operazioni di trading effettuate dalle Parti Acquirenti successivamente al periodo di lock up previsto in sede di offerta pubblica di vendita (...)”

Non basta qui parlare di mode e scimmiettature né confermarci nel convincimento che una delle ragioni dei flussi giuridici - la più banale e, a pensarci, la più insolente - è l'ignoranza di chi subisce il flusso: i messaggi ora riferiti, pubblicati sulla stampa, dovrebbero assolvere funzioni di trasparenza, ma l'ignoranza dello scrittore produce l'incomprensibilità del messaggio per i suoi destinatari.

Emerge allora un altro aspetto dei flussi giuridici, quando essi riguardino *linee di tendenza* dell'ordinamento. Non basta volgersi a ordinamenti trasparenti, o comunque più trasparenti del nostro (nel senso che posseggono norme che richiedono la trasparenza e mezzi per attuarle), e imitarne gli involucri esterni per realizzare la trasparenza anche da noi.

Le linee di tendenza sono anche esse oggetto di flussi giuridici, ma, a differenza dagli altri flussi, questi si appuntano necessariamente su quelle manifestazioni formali che sono la spia di una serie di valori e dati politico-istituzionali. Si mescolano così una esigenza di forma e una di sostanza: quella di forma è facile da realizzare, basta fare finta di essere la Securities and Exchange Commission, così dando luogo a uno fra i tipici effetti dei flussi giuridici di tendenza: la *mimesis*; quella di sostanza non solo è assai più difficile, ma sovente non è neanche approfondita e tutto si risolve nella copia di una apparenza [14]. L'exasperazione del flusso di tendenza, che propriamente significa la sua eccedenza rispetto al quadro politico-istituzionale, produce danni non facilmente sanabili e spesso segnala che si è accolto il flusso sbagliato per soddisfare una specifica necessità, rispetto alla quale flussi diversi sarebbero stati più adeguati.

Ricordiamo quanto abbiamo detto a proposito della *cross-examination*. In quel caso, il flusso è stato metabolizzato trasferendo nel nostro diritto processuale penale una serie di *regole* prese da ordinamenti stranieri. Trasporre quelle regole è stato ritenuto (sebbene a torto) sufficiente per trasporre gli effetti che esse producono negli ordinamenti di origine; l'errore è stato di quello di non considerare le regole nel loro contesto. Nel caso della trasparenza, considerato un flusso di tendenza, le regole non bastano *per definizione*: il flusso di tendenza non riguarda le regole, ma un particolare assetto di valori e di istituzioni *che spetta a ciascun sistema creare a proprio modo*. Se, quindi, metabolizzare flussi al livello delle regole può o meno, secondo i casi, produrre gli effetti voluti, i flussi di tendenza investono dati che sottostanno e preesistono alle regole.

§6. I flussi concettuali

La storia del diritto conosce numerosi casi di teorie giuridiche e di concetti che da un sistema passano a un altro. Si parla solitamente di "influenza" fra i sistemi interessati. Inquadrandoli invece come flussi giuridici, si guadagna in chiarezza di analisi perché si impiegano le tecniche messe a punto per studiare i flussi.

Per esempio, la "influenza" tedesca sulla dottrina italiana nel primo ventennio del secolo XX, dal diritto libero ai *Ventilbegriffe* alla giurisprudenza degli interessi, è dovuto alla percezione che tramite le costruzioni teoriche elaborate in Germania si potesse superare il blocco evolutivo che la riduzione del diritto alla legge aveva cagionato, nel diritto civile, nei trenta anni precedenti [15]. Di qui lo squilibrio - tipico, come sappiamo, dei flussi - e la sua ricomposizione quando quelle costruzioni furono metabolizzate e produssero frutti stabilmente acquisiti.

Analogamente si può guardare ai flussi giuridici dal diritto romano, come esposto e teorizzato dalla scuola del diritto naturale e poi dai Pandettisti, al diritto inglese nel secolo XVIII in tema di responsabilità in *negligence*. Parlando generalmente di "influenza" del diritto romano sul diritto inglese si accomunano fenomeni diversissimi e non se ne cava alcun dato comparatisticamente significativo. Non, quindi, "diritto romano", ma "Giusnaturalismo e Pandettistica"; non "diritto inglese", ma il "sistema" Sette e Ottocentesco inglese del *tort* di *negligence*. (la nozione di "sistema" è oggetto del prossimo capitolo). Alla ricerca di criteri che consentano generalizzazioni altrimenti impossibili alla luce dello stato del diritto inglese del tempo, i giuristi inglesi riscoprono la *culpa* romana e le sue gradazioni. Essi metabolizzano facilmente questi flussi e ne emerge la moderna figura della *negligence* [16].

§7. Le ragioni dei flussi giuridici

Il flusso giuridico non si verifica mai senza una necessità. Lo squilibrio è prodotto quando la percezione del dato straniero si accompagna a un giudizio di rilevanza: la rilevanza per la soddisfazione di un *bisogno*. Il flusso casuale viene rapidamente espulso senza lasciare tracce.

Le ragioni dei flussi giuridici sono le più varie e spetta al comparatista individuarle e, col tempo, tipizzarle. Per esempio, l'insoddisfazione nei confronti di tecniche processuali che appaiono non più adeguate conduce a guardare alle esperienze straniere. E' importante comprendere che *il solo "guardare" produce un flusso giuridico*.

Il dato straniero è percepito e d'istinto si coglie la sua idoneità (che la valutazione istintiva produca spesso risultati terribili, come già abbiamo illustrato, è un altro discorso). Affermare che l'idoneità viene colta d'istinto non è una esagerazione: altrimenti non si comprenderebbe come si possa seriamente (?) parlare da noi del "giusto processo", un calco dall'americano del quale qualsiasi comparatista facilmente mostrerebbe l'improduttività nella nostra temperie culturale.

Nessun flusso giuridico si produce senza un bisogno.

Naturalmente esistono bisogni *putativi* ed essi produrranno flussi *putativi*; bisogni temporanei che producono flussi temporanei; bisogni strutturali che producono flussi strutturali. Quello che mi preme chiarire è che il flusso non viaggia per forza propria: il flusso è *chiamato*. E' chiamato dal bisogno; dire che il dato dell'esperienza giuridica di un ordinamento diviene un flusso in un altro quando qui se ne avverta la rilevanza

equivale a dire che il secondo ordinamento sta in quel periodo sperimentando un bisogno che non riesce a soddisfare con strumenti endogeni.

La facile ironia sui tanti casi di istituzioni giuridiche “all’italiana” non significa altro che il flusso giuridico straniero era stato sì “chiamato” da una effettiva necessità, ma si trattava del flusso sbagliato. E’ sotto gli occhi di tutti il fallimento della riforma elettorale parlamentare, radicata su un sedicente bipolarismo “all’italiana”, e il successo di quella comunale, radicata sulla effettiva attribuzione di poteri al Sindaco. La prima è il frutto di fraintendimenti non dissimili da quelli che hanno minato la riforma del processo penale, la seconda fa invece appello (lo sapessero o meno i suoi propugnatori) all’antica istituzione podestarile, che in Italia mosse i primi passi.

I bisogni sono i più diversi: talvolta il bisogno è semplicemente quello di ricevere un certo flusso, *quali che ne saranno poi i risultati*. Non è un gioco di parole: nel Giappone della seconda metà dell’800 l’improvvisa attività legislativa che, nel volgere di una generazione, emanò leggi di stampo occidentale, perfettamente estranee al modo di sentire giapponese e del tutto inadeguate a regolare i rapporti giuridici civili e commerciali e la dinamica processuale, non ebbe altro fine che quello di mostrare alla Potenze europee che esse non avevano alcuna ragione di comportarsi come avevano fatto con l’impero cinese.

Similmente era avvenuto nel 1850 in Turchia quando fu promulgato un codice di commercio, su pressione delle Potenze occidentali, che adottava moltissime soluzioni del *code de commerce* francese. La successiva rivoluzione di Kemal Atatürk in Turchia si manifestò, al livello legiferante, con un massiccio ricorso a codificazioni largamente tributarie delle codificazioni occidentali: fu un modo per passare rapidamente a rapporti tipici del mondo capitalista, al quale la rivoluzione turca si ispirava.

Il regime cosiddetto delle “capitolazioni”, introdotto in Cina in seguito alla guerra dell’oppio (1839-1842) comportava che i cittadini delle Potenze occidentali vincitrici fossero giudicati dai propri consoli (poi da tribunali misti) e in base al proprio diritto. Fra le dichiarate ragioni di questo regime erano la inadeguatezza del diritto cinese ad essere applicato alle controversie commerciali e la inaffidabilità del suo sistema giudiziario.

In questi casi il bisogno che il flusso soddisfa è esclusivamente quello che il flusso - quel particolare flusso - avvenga.

[1] Nel periodo 1979-1996 risultano edite circa 650 sentenze in materia di *leasing*. Le sentenze della Corte di cassazione del 1989 non hanno, peraltro, posto la parola “fine”; otto anni dopo Cass. 4 luglio 1997 n. 6034 ha ripreso in esame le questioni che sembravano essere state risolte e ha ritenuto di dovere nuovamente percorrere il cammino interpretativo.

[2] Su “compagnia” v. P. Fiorelli, *L’italiano giuridico dal latinismo al tecnicismo*, in I. Domenighetti (cur.), *Con felice esattezza*, Bellinzona, 1998, 139.

[3] V. J.-B. d’Alembert, *Discours préliminaire*, in *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, I, Paris, 1751; trad. it., Bari, 1969, p. 17.

[4] M. Lupoi, *L’interesse per la giurisprudenza: è tutto oro?*, in *Contratto e impresa*, 1999, 234..

[5] Cfr. M. R. Ferrarese, *An Entrepreneurial Conception of the Law? The American Model through Italian Eyes*, in D. Nelken (cur.), *Comparing Legal Cultures*, Aldershot, 1996, 157; V. Denti, *Diritto comparato e scienza del processo*, in R. Sacco (cur.), *L’apporto della comparazione alla scienza giuridica*, Milano, 1980, 202, a 215-223; M. Taruffo, *Il processo civile “adversary” nell’esperienza americana*, Padova, 1979.

- [6] Confucio, *I dialoghi*, trad. Tomassini, Milano, 1975, 144.
- [7] Hsün Tze, *The Works of Hsün Tze*, trad. Dubs, London, 1928, 282: da E. Dell'Aquila, *Introduzione allo studio del diritto cinese*, Milano, 1977, 40.
- [8] C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, Milano, 1992, p. 75.
- [9] V. Alfieri, *Della tirannide* (1777), cap. I.
- [10] Sul ruolo del dotto nell'attuale momento di "anarchia linguistica": R. Sacco, *Riflessioni di un giurista sulla lingua (la lingua del diritto uniforme, e il diritto al servizio di una lingua uniforme)*, in Riv. dir. civ., 1996, I, 57.
- [11] Su "fair" v. P. G. Jaeger, *La "clausola generale" del bilancio nella direttiva comunitaria e nel diritto italiano*, in Giur. comm., 1984, I, 471; G. P. Fletcher, *Fair and Reasonable. A Linguistic Glimpse into the American Legal Mind*, in R. Sacco - L. Castellani, *Les multiples langues du droit européen uniforme*, Torino, 1999, 57.
- [12] Provvedimento n. 23 dell'8 ottobre 1998.
- [13] Cfr. S. Bastianon, *A proposito della dottrina delle "essential facilities"*, in Mercato concorrenza regole, 1999, 149. La Corte di Giustizia dell'UE ha ora proposto una definizione: A. Albors-Llorens, *The "Essential Facilities" Doctrine in EC Competition Law*, in 58 CLJ (1999) 490.
- [14] Cfr. L. Barra Caracciolo *Funzione amministrativa e amministrazione neutrale nell'ordinamento U.S.A.*, Torino, 1997; F. Merusi, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2000.
- [15] P. Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, 2000, pp. 102-108; 140-149; 185-196.
- [16] D. Ibbetson, *A Historical Introduction to the Law of Obligations*, Oxford, 1999, pp. 164-168.