

Presentazione

Quest'opera segue la precedente *Diritto comparato. Lezioni e materiali*, di Gianmaria Ajani, Domenico Francavilla e Barbara Pasa, edita da Giappichelli nel 2018, che a sua volta sostituiva il volume *Diritto comparato. Casi e materiali* di Gianmaria Ajani e Barbara Pasa, edito da Giappichelli nel 2013 con l'aggiunta di un nuovo autore, Domenico Francavilla, e con la collaborazione di Riccardo Viviani.

Rispetto all'opera precedente (*Diritto comparato. Lezioni e materiali*) si segnalano alcune importanti novità nella struttura. Le originarie tre parti sono adesso concepite come volumi autonomi: 1. Questioni di metodo; 2. Il confronto common law/civil law; 3. I diritti asiatici e africani. Pur nella unità della impostazione, si intende in tal modo andare incontro alle esigenze di flessibilità e di modularità per l'utilizzo in diversi corsi di laurea ed esperienze didattiche, sia tradizionali sia blended o interamente a distanza, oltre che all'interesse degli studiosi e in generale dei lettori per aspetti specifici del diritto comparato. Si è scelto di utilizzare per ciascun volume la Bibliografia generale dell'opera in modo che questo strumento sia sempre disponibile nella sua interezza.

L'opera rimane caratterizzata da un ampio ricorso a documenti, integrati nel testo in modo da permettere una completa fruibilità anche da parte di studenti non frequentanti. L'opera è inoltre accompagnata da un *Supplemento casi e materiali*, un volume *online* che sostituisce il precedente sito collegato all'opera e permette una fruizione più immediata dei materiali. Il *Supplemento* include le versioni estese di alcuni documenti già presenti nel testo e molti altri documenti e strumenti didattici. In particolare, il *Supplemento* contiene sintetiche Unità Didattiche, che riassumono i contenuti principali dei Capitoli ai quali si riferiscono, segnalano le fonti normative o la giurisprudenza rilevanti, indicano una breve bibliografia per approfondimenti e propongono alcuni materiali multimediali, particolarmente importanti in una indagine di diritto comparato che vuole essere innanzitutto un'introduzione alla diversità nel diritto, percepibile più concretamente attraverso le immagini. Le indicazioni bibliografiche indicate nelle Unità didattiche contestualizzano la Bibliografia generale dell'opera e permettono agli studenti di avere riferimenti attendibili a dei testi che possono essere utilizzati sia per considerare analisi diverse degli argomenti trattati nel nostro volume, sia per lavori di approfondimento. Il *Supplemento* contiene inoltre dei Temi svolti: si tratta di brevi testi che riguardano questioni molto dibattute, o comunque rile-

vanti per ragioni di attualità, e Domande per l'autovalutazione. Gli Esercizi di micro-comparazione che erano *online* nell'opera precedente sono adesso integrati nel primo volume dell'opera.

Nell'Introduzione del 2018 scrivevamo: “*Diritto comparato. Lezioni e materiali* è adatto a modalità di didattica tradizionale, ma è pensato per una attività didattica da erogare anche in modalità *blended* (in classe e a distanza), o interamente a distanza”. Evidenziavamo inoltre l'importanza di “avviare gli studenti a un'analisi e comprensione degli argomenti trattati secondo modalità più libere, che, da una parte, valorizzino la diversità degli interessi e, dall'altra, permettano di approfondire i contenuti secondo le modalità di apprendimento ‘diffuso’. Sollecitate dal Ministero e facilitate dall'utilizzo dei moderni device da parte degli studenti, sempre più connessi e digitali, le Università italiane stanno proponendo una didattica innovativa che sposta l'attenzione dal docente allo studente, al quale viene richiesto di partecipare attivamente alla costruzione della propria formazione. Si tratta di un passaggio da modelli di apprendimento trasmissivi a modelli a carattere costruttivo e collaborativo, in cui si afferma la centralità del ruolo dello studente e dove il docente non è più fonte unica del sapere, ma stimolo alla motivazione e all'indagine autonoma”.

Se la centralità del ruolo attivo dello studente non è certamente una novità nel dibattito sulla formazione dei giuristi, inevitabilmente l'insegnamento universitario è stato trasformato dagli effetti del Covid-19 a partire, in Italia, dal marzo 2020. Tutte le Università, docenti e studenti hanno dovuto confrontarsi con una didattica interamente a distanza. Da questo punto di vista, in un dibattito ancora aperto e in un quadro di ritorno alla normalità, ci sentiamo di fare solo due osservazioni. La prima è che la didattica a distanza imposta dalle circostanze, nonostante gli sforzi dei docenti e degli studenti, ha finito in alcuni casi per indebolire la centralità dello studente. La seconda è che, per quanto rimanga importante il dibattito sulle modalità dell'insegnamento, occorre sempre partire dagli obiettivi formativi, dalle conoscenze e competenze che si ritengono importanti.

Da questo punto di vista lo spirito dell'opera è immutato. Gli argomenti trattati, le competenze e le abilità che si intendono formare costituiscono parte essenziale del percorso formativo del giurista contemporaneo. In particolare, l'opera introduce alla conoscenza delle diverse tradizioni giuridiche, in prospettiva diacronica e sincronica, e indirizza i lettori verso la comprensione e la soluzione di casi giurisprudenziali rilevanti.

I principali obiettivi formativi riguardano nello specifico la capacità di: a) integrare le conoscenze relative al proprio sistema di diritto con quelle riguardanti altri ordinamenti o sistemi che utilizzano meccanismi di controllo sociale diversi; b) riconoscere il pluralismo delle fonti e la sua complessità, nella consapevolezza che non tutti gli ordinamenti giuridici sono modellati sul diritto romano, e che non tutti presentano il medesimo grado di fedeltà alla lettera della legge scritta; c) formulare giudizi critici sulla base di informazioni limitate o incomplete, inclusa

la capacità di riflessione autonoma su responsabilità sociali ed etiche collegate all'applicazione delle conoscenze acquisite circa la diversità del diritto e la sua mutevolezza; d) applicare le metodologie della comparazione giuridica, al fine di acquisire competenze multidisciplinari per un proficuo studio delle diverse tradizioni giuridiche; e) applicare tali metodi alla soluzione di casi pratici che presentino elementi di estraneità. L'acquisizione di tali competenze ed abilità sarà indispensabile nei successivi anni di studio, quando gli studenti potranno approfondire lo studio di altri diritti (diritto anglo-americano, diritto africano, diritto cinese, diritto dell'India, ecc.) o di alcuni temi specifici (nell'ambito del diritto privato comparato, costituzionale comparato, diritto privato europeo, contratti internazionali, ecc.). Obiettivo finale è quello di formare laureati dotati di competenze e abilità giuridiche spendibili a livello transnazionale, e di sensibilità rispettose delle diverse tradizioni giuridiche. Qualità indispensabili sia per le professioni forensi tradizionali (avvocato, magistrato, notaio), sia per quelle più innovative (traduttore giuridico, mediatore giuridico, operatore in ONG), sia infine per accedere alla carriera diplomatica o per diventare un funzionario europeo.

L'opera è stata completamente rivista ed è aggiornata al 2022 dando conto degli sviluppi più recenti, dalla Brexit al Codice civile cinese. Ringraziamo i colleghi e le colleghe, gli studenti e le studentesse che hanno contribuito ad aggiornare e migliorare questo volume. Un ringraziamento particolare va al dott. Riccardo Viviani, che grazie alla sua esperienza prima come studente e poi come collaboratore e tutor ha dato un importante contributo alla revisione dell'opera nel 2018, da cui anche questa nuova edizione trae beneficio.

Consapevoli delle difficoltà che si pongono nella scrittura di un'opera di questo tipo, speriamo che possa rappresentare uno strumento utile e interessante per tutti coloro che vogliono pensare, attraverso il diritto, ai problemi globali di oggi.

Gianmaria Ajani, Domenico Francavilla, Barbara Pasa

Torino-Venezia, 15 gennaio 2023

Capitolo 1

Introduzione alla comparazione giuridica

SOMMARIO: 1.1. La comparazione come attività cognitiva. – 1.2. Diversità e mutamento nel diritto. – 1.3. Come si compara. – 1.4. Sistema, famiglia, stile, tradizione, cultura: alcune precisazioni terminologiche. – 1.5. La comparazione descrittiva. – 1.6. Formanti, crittotipi, regole operazionali: la comparazione dinamica. – 1.7. Norma e contesto: l'apporto dell'analisi economica alla comparazione critica. – 1.8. Diritto, nuove tecnologie e società dell'informazione.

1.1. *La comparazione come attività cognitiva*

Il confronto fra oggetti fisici, eventi, culture, linguaggi, oggetti sociali, rappresenta una delle modalità fondamentali del pensiero. L'atto di comparazione può essere "ingenuo", quale è quello che interessa situazioni di vita quotidiana, o "esperto", quando si realizza nell'ambito di un discorso tecnico o scientifico.

Tutte le discipline utilizzano la comparazione; è sufficiente pensare all'antropologia (per la quale il confronto riguarda i modi di pensare e di agire di gruppi umani collocati in luoghi diversi), alla linguistica (che proprio grazie alla comparazione è in grado di dedurre leggi di trasformazione del linguaggio), alla letteratura, all'economia, alla medicina, alla sociologia. La comparazione può svolgersi fra situazioni contemporanee o fatti che avvengono nello stesso tempo (ad esempio, il sistema bancario in Italia e in Germania, nell'anno 2013) oppure fra situazioni o fatti considerati nel loro mutamento attraverso il tempo (la struttura dei rapporti di filiazione in diritto italiano, nel Codice civile del 1942 e dopo la riforma del 1975); nel primo caso si parla di comparazione *sincronica*, nel secondo di comparazione *diacronica*.

In relazione all'*oggetto*, l'accostamento può avvenire fra due o più elementi, di dimensioni circoscritte, o di dimensioni estese. La dimensione può essere determinata dalla natura dell'*oggetto*, *materiale* o *sociale* (Searle 1995), o dalla quantità di specifici elementi che vengono considerati. Così, sarà di tipo circoscritto una comparazione volta ad indagare il diritto di recesso nei contratti con i consumatori nei sistemi italiano e tedesco, mentre sarà di tipo esteso una comparazione che osservi il sistema elettorale italiano e quello francese.

Questi due diversi modi del confronto sono detti *micro-comparazione* e *macro-comparazione*, ma la distinzione è del tutto *convenzionale*: ogni dato, per quanto ristretto, può contenere una infinita complessità. In linea di massima, la compa-

razione *micro* sembra più fertile di conclusioni attendibili in tutti i rami della ricerca scientifica, ma anche la *macro-comparazione* è in grado, in certi settori, di produrre risultati utili. La macro-comparazione non utilizza abitualmente tecniche statistiche di analisi, preferendo una riproduzione in forma narrativa dei risultati del confronto.

Il confronto non richiede necessariamente che sia presupposta una “affinità” fra i termini della comparazione, né che sia ritenuto possibile comparare solo oggetti che presentino stati eguali o simili su un certo numero di proprietà; piuttosto, chi compara opera coltivando il “sospetto” che il confronto possa dare esiti anche nei casi in cui sia declamata la impossibilità della comparazione.

Accennare alla comparazione come attività che pone in relazione due o più oggetti non esclude che modi di comparazione *implicita* siano possibili, per i quali uno dei due termini del confronto, noto all’osservatore, resta sottinteso.

La comparazione può avvenire a diversi livelli di complessità; tali livelli dipendono dalla combinazione di:

- ✓ oggetto (ad esempio, un fiore);
- ✓ proprietà (l’aspetto dell’oggetto su cui si opera il confronto, nell’esempio in questione, il colore del fiore);
- ✓ stato (il modo di presentarsi della proprietà; nell’esempio del fiore, il grado di intensità del colore).

La comparazione viene giocata su tali elementi, con la presenza necessaria del fattore *tempo*, in quanto ogni discorso giuridico è l’esito di un collegamento fra regole e interpretazioni cronologicamente distanziate.

Inoltre, trattandosi di un’attività cognitiva, accanto agli elementi oggettivi rileva l’atteggiamento del *soggetto* che compara; di questi si presume la neutralità rispetto al campo di indagine, ma tale presunzione, come vedremo, non è facile da rispettare, in quanto chi osserva è immerso in un contesto culturale che può condizionare la sua percezione dell’oggetto (Eco 1990).

Per questo motivo, il punto di vista di un osservatore esterno (ad esempio un giurista inglese che confronta ordinamenti giuridici continentali), pur pagando il prezzo della minor conoscenza di dettaglio dei sistemi osservati, ha il vantaggio della lontananza dall’oggetto. Il giurista esterno non è, in altri termini, condizionato, come invece è, abitualmente, il giurista interno al sistema osservato, dalla pre-conoscenza di un sistema di regole, dal loro riconoscimento come “naturali”, ovvie, razionali. In altri termini, la *percezione* di un fenomeno è cosa diversa dalla sua *comprensione* come fanno, ad esempio, coloro che abbiano provato a spiegare le regole grammaticali della propria lingua ad uno straniero.

Quanto ai *risultati* della comparazione, infine, è possibile affermare che:

- ✓ la comparazione come attività cognitiva è indifferente rispetto alle utilità che possono derivare dall’esito dell’osservazione;
- ✓ nel campo delle scienze umane l’analisi comparativa svolge una funzione di sostituzione dell’analisi “sperimentale” che caratterizza le scienze naturali.

Quanto qui sintetizzato vale sia per la comparazione quale attività di conoscenza in generale, sia per la comparazione *giuridica*, intesa come confronto fra *norme* presenti in ordinamenti diversi, ma fra loro contemporanei (comparazione sincronica), oppure distanti nel tempo (comparazione diacronica).

L'espressione "diritto comparato" è allora sinonimo di "comparazione giuridica", in quanto indica una attività conoscitiva, ovvero un modo di osservare e rappresentare il fenomeno giuridico: *conoscenza pura*, secondo Rodolfo Sacco (1992b), *conoscenza storica*, secondo Gino Gorla (1982), *conoscenza strumentale rispetto alle scelte di valore*, secondo Vittorio Denti (1979) e Mauro Cappelletti (1994), *conoscenza come comprensione dell'altro nel senso di tolleranza e cooperazione*, secondo Tullio Ascarelli (1952).

Tale vocazione è riassunta nella prima delle c.d. "cinque tesi di Trento" (Gambaro-Monateri-Sacco 1988; Gambaro 2004), il manifesto della comparazione giuridica adottato da un gruppo di studiosi riunitisi a Trento nel 1987:

DOCUMENTO 1: *Prima tesi di Trento*

Il compito della comparazione giuridica, senza il quale essa non sarebbe scienza, è l'acquisizione di una migliore conoscenza del diritto, così come in generale il compito di tutte le scienze comparatistiche è l'acquisizione di una migliore conoscenza dei dati appartenenti all'area a cui essa si applica. L'ulteriore ricerca e promozione del modello legale o interpretativo migliore sono risultati considerevolissimi della comparazione, ma quest'ultima rimane scienza anche se questi risultati fanno difetto.

Se è la conoscenza il fine ultimo della comparazione giuridica, ciò non impedisce che i comparatisti possano produrre *risultati adatti ai fini pratici*.

Così, essa può servire:

✓ al *legislatore*, per individuare la norma migliore, più efficiente, più giusta, ecc., fra le diverse possibilità che l'esperienza offre (comparazione giuridica al servizio delle politiche di riforma legislativa);

➤ ad es. le riforme giuridiche promosse da Atatürk, in Turchia fra gli anni '20 e '30 dello scorso secolo (v. Vol. 2, Cap. 8); o le riforme introdotte dal Parlamento inglese sulla scorta delle proposte della *Law Commission* istituita nel 1965; o le riforme del diritto costituzionale e di quello privato dei sistemi giuridici dell'Europa centro-orientale dopo l'abbandono dell'opzione socialista tra il 1989 e il 1991 (*infra*, in questo Cap., Doc. 9);

✓ all'*interprete*, per trovare una diversa modalità di lettura di una norma (comparazione giuridica utile ai giudici che interpretano il diritto);

➤ ad es. il dialogo multi-livello tra Corte di Strasburgo [Corte europea dei Diritti dell'Uomo – CEDU], di Lussemburgo [Corte di Giustizia UE] e Corti nazionali: la Corte di Giustizia dell'UE vigila affinché le norme prodotte dalle istituzioni europee siano applicate uniformemente in tutti gli Stati membri e non vengano applicate regole nazionali contrarie alle libertà riconosciute dai Trattati (art. 19 TUE). È una funzione che necessita, in ogni caso, della colla-

borazione dei giudici nazionali, i quali, ‘custodi’ del principio di supremazia del diritto comunitario su quello nazionale, devono garantire a livello capillare l’applicazione prioritaria del primo sul secondo. A tal fine, le corti nazionali quando vi siano problemi di interpretazione o applicazione delle norme europee ricorrono alla Corte di Giustizia attraverso il rinvio pregiudiziale (art. 267 TFUE). Il giudice nazionale sarà, pertanto, tenuto a risolvere il caso secondo le linee interpretative fornite dalla Corte di Giustizia in risposta alla questione pregiudiziale sollevata; al contempo, questa stessa interpretazione dovrà orientare gli altri giudici nazionali nella decisione di casi futuri. La Corte di Giustizia, anche quando incontra lacune negli atti normativi europei, non “inventa” nulla, ma interpreta i principi generali mutuati dai diritti degli Stati membri o dal diritto comunitario esistente (principi di solidarietà, di mutuo riconoscimento, di proporzionalità, di primazia del diritto comunitario, di buona fede e correttezza, di ragionevolezza, di equità, ecc.); anche le corti nazionali, in caso di lacune, decidono procedendo ad un raffronto comparativo, spesso implicito, fra principi presenti nei diversi ordinamenti europei;

➤ ad es. il caso del Sud Africa in cui, per ragioni storiche ed istituzionali, l’interprete fa apertamente uso della comparazione [art. 39 del *Bill of Rights* del testo costituzionale in vigore dal 1996, che fa riferimento al diritto internazionale ed a quello straniero al fine di interpretare i diritti fondamentali del cittadino sudafricano]; oppure, tornando in Europa, l’interpretazione dei “*principi generali comuni ai diritti degli Stati membri*” [art. 340 TFUE, in materia di responsabilità extracontrattuale per i danni cagionati dalle istituzioni europee o dai loro agenti nell’esercizio delle loro funzioni] o delle “*tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri*” [art. 6 TFUE, che incorpora la Carta dei diritti fondamentali dell’UE del dicembre del 2000, equiparandola ai Trattati] al fine di distillare la regola da applicare al caso concreto (Markesinis-Fedtke 2009, p. 9 ss.);

➤ ad es. gli studiosi italiani riconoscono l’utilità empirica del diritto comparato come strumento interpretativo privilegiato negli spazi definitivi lasciati liberi dal legislatore (Cassese 2003); oppure l’uso di precedenti giudiziari stranieri da parte dei giudici statunitensi viene suggerito come prassi da seguire alla Corte costituzionale italiana (Zagrebelsky 2006);

✓ al *traduttore*, per individuare il significato di un termine giuridico nel contesto del documento da tradurre e procedere alla trasposizione nella lingua di destinazione (comparazione giuridica al servizio dell’attività di traduzione);

➤ ad es. l’attività dei vari gruppi di traduzione che operano nelle istituzioni dell’Unione europea (*Legal Revisers Group* all’interno del Servizio Giuridico della Commissione europea; *Language Service* del Segretariato Generale del Consiglio, ecc.); oppure l’attività degli arbitri nella risoluzione di controversie nella prassi dei contratti internazionali (essi si ispireranno ai principi comuni agli ordinamenti dei contraenti, oltre che ai regolamenti delle camere arbitrali);

✓ all’*avvocato o giurista d’impresa* che esercita la professione in un contesto transnazionale (comparazione per la pratica forense transnazionale);

✓ allo *studioso* che opera entro progetti di armonizzazione o uniformazione del diritto, in quanto l'analisi delle regole che operano nei diversi sistemi giuridici è presupposto per l'individuazione di una norma comune uniforme (comparazione per l'uniformazione del diritto);

➤ ad es. le Convenzioni sul diritto del commercio internazionale elaborate dall'Uncitral, la Commissione delle Nazioni Unite istituita nel 1966 a tal fine, che ha prodotto, tra il resto, la nota Convenzione sui contratti di vendita internazionale di beni mobili (v. Doc. "Convenzione CISG 1980" in *Supplemento casi e materiali*), uno strumento di diritto materiale uniforme, volto ad introdurre un regime unitario in materia di vendite transfrontaliere di beni mobili (non ratificata, per quel che riguarda gli Stati membri UE, da Irlanda e Malta, oltre che dal Regno Unito); tali normative, qualora applicate, non sostituiscono integralmente le regole nazionali sulla compravendita, ma affiancano le norme interne per regolare le questioni di dimensione interstatale; oppure l'azione armonizzatrice dell'Unidroit, istituito nel 1926 come organo della Società delle Nazioni ed oggi organismo indipendente che persegue l'armonizzazione del diritto privato e commerciale (v. Doc. "Principi UNIDROIT 2016" in *Supplemento casi e materiali*); oppure il *Restatement of the Law* negli Stati Uniti (v. Vol. 2, Cap. 4), o l'esperienza del *Draft Common Frame of Reference* – DCFR in Europa (v. Doc. "DCFR 2009" in *Supplemento casi e materiali*).

Il diritto comparato non ha quale oggetto predeterminato della sua osservazione un sistema circoscritto di regole, come invece è per il diritto internazionale (norme che regolano le relazioni fra Stati), il diritto privato (norme che regolano i rapporti reciproci fra privati cittadini, sotto il profilo personale, familiare e patrimoniale, oltre all'organizzazione e all'attività di enti privati, associazioni e società), il diritto pubblico (norme che regolano l'organizzazione dello stato e degli altri enti pubblici, territoriali e non, oltre che i loro rapporti e i rapporti fra questi e i privati) o il diritto romano (che si occupa di un determinato sistema di regole non più in vigore). Anche lo studio del diritto internazionale privato, che riguarda le norme di conflitto atte ad individuare il diritto sostanziale applicabile alle fattispecie che presentano elementi di estraneità, tali da evidenziare connessioni fra uno o più ordinamenti giuridici stranieri, è diverso dal diritto comparato, in quanto il primo fa parte del diritto positivo nazionale.

Un'affinità, relativa alla natura "aperta" dell'oggetto d'analisi, può essere costruita fra diritto comparato e sociologia del diritto, storia, filosofia del diritto e teoria generale; similmente a tali discipline, la comparazione giuridica si rivolge sia a dati "reali", storicamente accaduti e verificabili, sia a quanto *si tramanda essere avvenuto*: ciò che viene detto sui fatti diviene un fatto, suscettibile di analisi storica e di osservazione comparativa, come sintetizzato nella seconda tesi di Trento:

DOCUMENTO 2: Seconda tesi di Trento

La comparazione rivolge la sua attenzione ai vari fenomeni giuridici concretamente realizzati nel passato o nel presente, secondo un criterio per cui si considera reale tanto ciò che è effettivamente accaduto, quanto ciò che è stato detto essere accaduto. In questo senso, la comparazione ha lo stesso criterio di validazione delle scienze storiche.

L'accostamento del dato storico inteso come fatto realmente accaduto e della declamazione, non necessariamente veritiera, in ordine a fatti storici segnala il *principio di indifferenza* fra i dati che guida la comparazione. Lo studio del successo del Codice civile francese e della sua diffusione in numerosi sistemi statali anche extra-europei, ad esempio, si fonda sia sull'osservazione di *fatti* (la diffusione della lingua francese come lingua internazionale all'epoca dell'adozione del Codice [1804] e la conseguente diffusione globale del suo contenuto), sia sulla comprensione di *declamazioni* intorno a presunte utilità del Codice, in particolare il mito della sua completezza (v. Vol. 2, Cap. 6).

Le espressioni *diritto privato comparato*, *diritto pubblico*, o *costituzionale*, *comparato*, così come *diritto penale comparato*, *diritto amministrativo comparato*, ecc. segnalano la scelta per un certo settore, ma conservano, entro tale ambito, una libertà di oggetto. Abitualmente chi si occupa, a fini di ricerca o di didattica, di diritto amministrativo, o di diritto penale comparato, concentra la sua attenzione su uno o più ordinamenti, al fine di segnalare differenze e somiglianze rispetto all'ordinamento di appartenenza, ma ciò non esclude che un corso di tal nome sia dedicato al confronto esclusivo fra ordini giuridici stranieri.

Risulta altresì evidente, da quanto detto sulla comparazione in generale, che la comparazione giuridica è attività diversa dallo studio del diritto straniero; è pur vero che l'analisi di un insieme di regole appartenenti ad un ordinamento differente da quello dell'osservatore può condurre a risultati tipici della comparazione implicita, ma se ciò non accade ci troveremo dinanzi ad una attività utile e degna, ma diversa dalla comparazione.

In linea di principio, l'attività di comparazione si svolge, indipendentemente dall'oggetto (diritto privato o pubblico, penale o amministrativo, ecc.) e dall'area di osservazione (common law/civil law, o diritto cinese/diritto tedesco, ecc.), in base alla sequenza:

- a) scelta del punto di vista (macro o micro, o combinazione delle due prospettive);
- b) scelta dei campi di osservazione;
- c) individuazione di somiglianze e differenze fra i diversi oggetti confrontati;
- d) sintesi comparativa;
- e) spiegazione, sulla base dei dati confrontati, di somiglianze e differenze;
- f) valutazione dei risultati.

Mentre i punti da a) a d) sono pertinenti ad una comparazione di tipo *descrittivo*, i punti e), f) conducono alla comparazione di tipo valutativo, che possiamo anche chiamare *comparazione critica*, come vedremo nelle pagine che seguono.

1.2. Diversità e mutamento nel diritto

Il diritto può esistere, ed è esistito, senza Stato, senza legislatore ed anche senza giuristi (Sacco 1991).

Il diritto rivelato nella tradizione giuridica islamica o in quella indù, come pure l'opposizione fra il *li* confuciano e il *fa* legista nella tradizione cinese (v. Vol. 3), ne costituiscono l'evidenza.

La categoria [Diritto], declinata nelle diverse lingue [*Law, Recht, Loi, Pravo, Derecho, Jus ...*], allude ad una dimensione storica ampia, che risponde alla domanda: quando nasce il diritto inteso come insieme di regole su cui i membri di una collettività fondano la propria convivenza?

La risposta, secondo Rodolfo Sacco, trova corrispondenza in tutte le tradizioni giuridiche, anche laddove manchi (ancora oggi) un esatto equivalente terminologico: ad esempio, non esiste un termine arabo traducevole “diritto in senso oggettivo”. In arabo, in effetti, esistono termini per indicare le regole della legge sacra [*Shari'a*], le regole dettate dallo Stato [*qānūn*] e le regole consuetudinarie ancestrali [*adat* o *urf*]. I tre domini sono separati e non omogenei, contengono regole di natura diversa. In sostanza, la lingua araba non prevede un termine adatto a indicare “una categoria che sia capace di comprendere, in una sola universalità, la *Shari'a*, il diritto dello Stato e le regole ancestrali” (Sacco 1992a, p. 147).

Ad ogni modo, i termini utilizzati per rendere [Diritto] nelle diverse lingue traducono qualcosa di diverso dal mero diritto positivo, o statutale.

Il diritto esiste, anche se privo di fonti formali, quando è possibile reperire un insieme di informazioni condivise sul modo di condurre un certo stile di vita, sulla base dell'esperienza, dell'oralità e della memoria. È il caso di quella che Patrick Glenn ha chiamato “tradizione ctonia” (da *Kthonos*: terra), che si riferisce alla “gente della terra”, la quale vive in armonia col mondo naturale configurando una sorta di “etnicità ecologica” (Glenn 2011).

Non si tratterebbe di una tradizione legata ad una certa area geografica del globo (anche se la prima a venire in mente è l'area dell'Africa sub-sahariana, che certamente rientra a pieno titolo in questa tradizione). Il diritto della tradizione ctonia è una trama di credenze e consuetudini, talvolta fissate nello scritto, ma spesso tramandate oralmente; è un diritto connesso a “tutto il resto” (morale, religione e giuridicità non sono separate), è un diritto che ha senso ed un suo posto proprio in virtù della vitale presenza “del resto”: è, in sintesi, il diritto di tutti i popoli cui si è soliti riferirsi con gli appellativi di “aborigeni”, “nativi” o “indigeni”. Si tratta di denominazioni di epoca coloniale che, dal punto di vista di coloro ai quali si riferiscono, appaiono spesso sgradevoli, se non addirittura offensive: di fatto, molti nomi dei popoli ctoni (*Apache, Comanche, Khoi-khoi, Bantu, Koori*) non sono altro che l'equivalente di “essere umano”.

Si legga, a tal proposito, il brano di Patrick Glenn, il quale propone di attrezzare il pensiero occidentale, imbrigliato entro schemi di pre-comprensione tipici del colonialismo dei secoli XVIII e XIX, con strumenti idonei a sostenere le diversità.

DOCUMENTO 3: *La tradizione giuridica ctonia. Riciclare il mondo* (Glenn 2011, p. 115 ss.)

1. *Emerge una tradizione*

Non c'è un punto di inizio della tradizione giuridica ctonia. Non c'è stata una rivelazione consegnata alla memoria, nessun eclatante distacco da altre tradizioni, nessuna singola conquista letteralmente indimenticabile. La tradizione giuridica ctonia è semplicemente emersa man mano che cresceva l'esperienza, e l'oralità e la memoria hanno fatto il loro lavoro. Poiché tutti i popoli della terra discendono da popoli che in origine erano ctoni, tutte le altre tradizioni sono emerse differenziandosi da quella ctonia. Essa è la più antica delle tradizioni e la sua catena di *traditio* è lunga quanto la storia dell'umanità.

Recentemente i popoli ctoni hanno raccontato al mondo molte cose sulla loro tradizione e adesso è chiaro che si tratta di una tradizione che contiene una gran varietà di informazioni. Si potrebbe sostenere che tali informazioni sono talmente multiformi che non è possibile parlare di una singola tradizione. Bisognerebbe mettere assieme vite così diverse come quelle degli Inuit al nord e dei Polinesiani al sud; pratiche così distinte come l'agricoltura e la caccia; credenze così differenti come il teismo e l'animismo; strutture così contrastanti come la monarchia e la democrazia. Nondimeno, in mezzo a tanta diversità umana, la tradizione ci dice anche che esistono delle costanti, cioè quelle caratteristiche che ci dicono cosa è una persona ctonia. Come facciamo a sapere quali sono queste caratteristiche?

1.1. *Fonti e strutture*

Il tratto più evidente della tradizione giuridica ctonia è costituito dall'oralità. L'insegnamento del passato è preservato mediante i mezzi informali – anche se talora altamente disciplinati – della parola umana e della memoria. Potrebbe sembrare un procedimento assai inaffidabile, esposto ad influenze esterne; ma occorre rammentare che la tradizione è riuscita a preservare ciò che essa dice di preservare per una durata che copre la parte più ampia dell'esistenza umana. Si tratta, dunque, di una tradizione non troppo preoccupata di quegli ingombranti dettagli che la memoria umana non potrebbe davvero dominare; essa non vuole che la gente scavi nelle cose. Ciò non esclude la trasmissione dei dettagli, come le parole cerimoniali o le tecniche di vita, purché si tratti soltanto di quella quantità di dettagli gestibili dai mezzi umani del ricordo. La tradizione giuridica ctonia, quindi, rigetta le formalità nell'enunciazione del diritto, anche se le ragioni possono non esserne immediatamente chiare. Vi sono state resistenze implicite, e talora molto esplicite, nei confronti dei tentativi diretti a mettere per iscritto il diritto ctonio: quel che ne esiste in forma scritta è stato redatto da amministratori coloniali europei, da antropologi, da comparatisti o – in casi del tutto eccezionali – da persone ctonie, mosse però, nella maggior parte dei casi, dall'intento di descrivere il proprio diritto agli osservatori esterni.

L'insistenza sull'oralità sembra sia connessa non solo alla forma, ma anche alla sostanza: se a nessuno è consentito di mettere per iscritto il diritto, nessuno potrà godere del ruolo privilegiato dello scriba e nessuno potrà scrivere vasti e durevoli commentari capaci di trasformarsi in fonti di diritto. Il diritto, invece, è come versato in un deposito di cui tutti, o i più, fanno parte e al quale tutti, o molti, possono accedere. Lo si è descritto come un repertorio, piuttosto che come un sistema. La trasmissione della tradizione avviene attraverso il processo dinamico dell'istruzione orale, nella vita di ogni giorno, e la natura dialogica della tradizione diventa una faccenda di pratica quotidiana per le persone di ogni età. L'oralità e la natura comunitaria della *traditio* (da soli non si può mai leggere la tradizione) costituiscono potenti incentivi al consenso. Così, almeno in teoria, le informazioni importanti sono apprese da tutti, con l'aiuto di molti, e tutti diventano capaci di rendersi utili, in un processo senza sosta. Il diritto non scritto, dunque, sarebbe più conosciuto e più profondamente radicato del diritto formale scritto. Si tratta, ovviamente, di una descrizione idealizzata, giacché – come sappiamo – è inevitabile che il dissenso emerga: tradizioni interamente nuove sono state generate o create da persone che hanno rifiutato il mondo ctonio in tutto o in parte. Il grosso del-

l'esodo sembra essere avvenuto nell'«età assiale», circa due o tremila anni fa, quando cominciarono a comparire i grandi testi scritti e le dottrine del mondo; la tradizione non ha sviluppato nessun mezzo specifico per combattere o impedire questo fenomeno. L'*exit* era disponibile per tutti coloro ai quali la tradizione appariva interamente o parzialmente inaccettabile. E pare che le cose stiano ancor oggi così: nemmeno una tradizione che limiti molto le informazioni che trasmette può impedire che fioriscano le opinioni; al contrario, può persino costituirne lo stimolo più vigoroso. Non dimeno, la sostanza delle informazioni si mostra così essenziale da far sì che quella ctonia rimanga una tradizione viva, a dispetto di tutti i dissensi, di tutte le defezioni e di ogni inevitabile evoluzione.

Una tradizione orale non si presta ad istituzioni complesse. Offrendo poche posizioni di prestigio e di autorità, essa affronta minori rischi di corruzione pecuniaria e istituzionale. Ciononostante, in un mondo così vasto come quello dei popoli ctoni, esistevano – ed esistono ancora – differenze importanti nello sviluppo delle istituzioni. Il tratto più comune sembra sia costituito dal consiglio degli anziani, cioè di individui che, avendo da tempo assimilato la tradizione, ne parlano con maggiore autorità. Ma non c'è nessuna garanzia in proposito, nessun procedimento che scarti chi, con l'età, sia divenuto insicuro; al contrario, pare che quel che trasmettono gli anziani sia in genere considerato vero. Questo sistema è stato additato come una forma di gerontocrazia, ma è preferibile considerarlo espressione di un legame con le generazioni passate. Il consiglio degli anziani può essere integrato, e talora persino sostituito, dai capi; ma governare mediante capi è anche, per forza di cose, una forma di governo consultivo. I capi non hanno armi e possono continuare a svolgere le loro funzioni solo fin quando generano consenso, e gli anziani potevano impedirlo. Quando i capi divenivano re – come nel mondo azteco – gli anziani agivano come *curia regis*. Sembra che in Africa e nelle Americhe siano esistite talune forme di legislazione, ma potrebbe essersi trattato di nient'altro che di descrizioni di deliberazioni formali di un consiglio.

La risoluzione delle controversie era di solito informale e quando occasionalmente esistevano soluzioni «alternative», esse avvenivano tramite corti e decisioni formali. Nella parte settentrionale del Nord America bagnata dal Pacifico, pare che non vi fossero specifici apparati giudiziari, mentre gli Aztechi ancora una volta si distinsero per un sistema di giudici permanenti e di appelli formali. In Africa coesistevano tipi informali di arbitraggio e tribunali costituiti in modo più formale; nell'Europa del nord sembra che i *Saami* abbiano avuto la loro corte, il *Kotakärärät*. Non vi sono differenze precise fra le popolazioni ctonie e quelle non ctonie; alcune informazioni sono comuni ad entrambe. Anche la procedura informale e la riconciliazione degli interessi richiede una lenta ed accurata determinazione delle circostanze del caso; la si può descrivere come un processo che non è né confuso, né alienante, e il cui obiettivo primario è la riconciliazione piuttosto che il giudizio, il quale non esclude procedure sofisticate. Fra i Dinka dell'Africa, il parente più prossimo o migliore amico della parte si assume la responsabilità di presentare la posizione dell'avversario. In genere, il sistema di risoluzione delle controversie è aperto e immediatamente accessibile. Non esistono barriere *de facto* rappresentate dai costi, né esistono barriere *de jure* costituite da criteri di ammissione o di selezione preliminare, come quelle praticate sia dal diritto romano che dal common law per gran parte della loro storia. Il diritto, inoltre, è applicato direttamente dall'arbitro e, preferibilmente, dalle parti stesse. Questo fenomeno suggerisce quel che in Occidente è chiamato «diritto sostanziale», ma qui non si ritrova nulla di direttamente analogo a quanto in Occidente viene indicato con questa espressione: nessuna fonte formale, nessuna regola nettamente definita; soltanto informazioni condivise sul modo di condurre la vita.

1.2. Stili di vita

Gli stili di vita ctoni richiamano per molti aspetti quelli dei popoli europei precedenti i grandi eventi del XII secolo e – ancora – dei secoli XVI e XVIII, rispettivamente noti come Rinascita e Illuminismo. In un certo senso, essi possono anche suggerire stili di vita europei successivi e persino at-

tuali. Ad esempio, il diritto ctonio delle obbligazioni (contratto e responsabilità) era quello forse meno sviluppato, così come in tale settore erano carenti sia il diritto continentale (che in alcuni luoghi dovette essere integrato dal diritto romano) sia il common law inglese, che ebbe bisogno del pungolo della corte del cancelliere (attingendo ancora ai Romani). Se la gente vive della terra e in stretto rapporto con la terra, sono piuttosto la terra stessa, il raccolto e le relazioni personali di chi vive di tali cose a costituire l'oggetto di quel che riusciamo a discernere del diritto ctonio.

Come in genere tutto il diritto ctonio, anche il diritto di famiglia è caratterizzato dall'informalità. Matrimonio, divorzio e adozione non ricadono sotto alcun controllo istituzionale – né della chiesa, né dello Stato – e se l'immagine pubblica o reputazione possono in qualche modo produrre uno status, esso assume rilievo in virtù della vita comunitaria, piuttosto che in ragione di un'esigenza fondamentale. Nella pratica degli Inuit, l'adozione avviene mediante una semplice dichiarazione dei futuri genitori: nell'Artico, l'insistenza sul profilo formale è valutata come infanticidio. Matrimonio e divorzio sono generalmente consensuali; nei termini del civil law odierno, essi sono istituzioni «privatizzate» della famiglia e lo sono state da sempre. Fatte salve le differenze nazionali, sia il diritto europeo che quello nord-americano non ctonio si stanno decisamente muovendo in questa direzione da decenni. Quando i francesi arrivarono negli altopiani a nord dei Grandi Laghi americani, le popolazioni ctonie restarono disgustate da alcune delle loro pratiche, soprattutto dalla proibizione del divorzio, dalle punizioni corporali dei bambini e da certe forme di moralistica ritrosia nei confronti del corpo umano. Oggi il terreno dell'antagonismo sociale è minore. Resta vero, però, che il diritto occidentale non ammette la poligamia simultanea, mentre non mancano indici di una sua ricomparsa in alcune società ctonie, specialmente in Africa a seguito del deflusso dell'influenza europea.

Vivere in stretto contatto con la terra e in armonia con essa significa limitare la tecnologia, che potrebbe essere rovinosa per l'armonia naturale. Perciò, non c'è alcun incentivo allo sviluppo di macchinari complessi, né c'è modo di accumulare ricchezza adoperandoli. Vi sono, dunque, poche ragioni per conservare proprietà personali o mobiliari. Per la stessa ragione, non c'è motivo di accumulare proprietà terriera o di tracciarne una mappa (salvo che per indicare sentieri): non c'è nulla che si possa fare alla terra o con la terra, se non goderne i frutti naturali. Le nozioni ctonie di proprietà riflettono, quindi, quelle della vita ctonia; in genere la persona umana non è elevata a posizioni di dominio – *dominium* – sul mondo naturale. La proprietà personale o mobiliare di una persona è costituita da ciò che essa adopera nella vita quotidiana e non occorre alcuna ulteriore concentrazione; nessun diritto delle successioni è di vitale importanza per prevenire dispute riguardanti la ripartizione mobiliare al momento del decesso. La terra, ovviamente, poteva essere efficacemente occupata e le nozioni occidentali di possesso oppositivo o acquisizione prescrittiva possono suggerire alcuni tipi di proprietà sviluppatasi nel tempo anche nelle società ctonie.

Si tratta una questione di grande attualità sia nelle Americhe che in Australia dove, su insistenza delle popolazioni indigene, è in atto un interessante fenomeno per ricondurre l'uso ctonio del suolo nell'ambito delle varie concezioni occidentali di proprietà. Secondo le risultanze del diritto ctonio – che hanno finito con il convincere le alte corti – l'uso ctonio della terra consisteva nel godimento comune, o collettivo, senza alcun concetto formale di proprietà che cristallizzasse questa vaga relazione fra gruppi di persone e il suolo sul quale esse vivevano. I capi potevano assegnare la terra per usi personali, ma senza smembrare il possesso collettivo e senza «la tragedia delle risorse comuni» dovuta all'abuso. La terra poteva essere usata per cacciare, coltivare ed allevare, per forme limitate di escavazione (per estrarre steatite da intagliare) e forse (questione cruciale per lo sfruttamento minerario) per altri usi, ma non esiste un diritto di alienazione. In Occidente questo modo di intendere la proprietà è stato concettualmente controverso fino a tempi molto recenti, perché implica l'abbandono (parziale) del concetto di proprietà individuale. In molti ordinamenti occidentali, però, si tratta di un concetto noto da tempo (l'*Allmend*, o pascolo comune del diritto svizzero – *was allen gemein ist*, l'*ejido* del diritto messicano) e oggi alcune recalcitranti giurisdizioni hanno ammesso le molteplici possibilità del diritto di proprietà di rispecchiare differenti tradizioni giuridiche. In Canada la Suprema Corte ha preso a prestito la terminologia del civil law per decidere in

merito ad una rivendicazione ctonia proveniente da una provincia di common law, riferendosi ad un «usufrutto ... comunitario» ctonio del suolo, del quale la giurisprudenza di common law può avere cognizione. Anche qui il diritto occidentale può scorgervi alcune delle sue stesse idee, sia passate (come vedremo) che presenti. Ancora una volta, è difficile stabilire un confine nel corpo del diritto. Attualmente è stato avviato un analogo dibattito sul quesito se le nozioni occidentali di proprietà intellettuale siano adeguate per tutelare le conoscenze e l'arte ctonie (le «conoscenze tradizionali») ritenute collettive, e non «originali» di un individuo. Una volta ancora, gli Aztechi si rivelano saccheggiatori: sotto molti aspetti sembra che abbiano preferito forme di titolarità individuale delle cose.

Se il diritto privato delle obbligazioni era in larga misura non necessario, diverso era, e rimane, il caso del diritto penale. Nondimeno, in una società comunitaria carente di istituzioni formali, c'è poco spazio per la responsabilità individuale o per il controllo istituzionale. Il crimine, quindi, diventa responsabilità della società civile, vale a dire dei gruppi, dei clan o delle famiglie che la compongono. L'offesa a un membro del gruppo è offesa al gruppo; l'offesa causata da un membro del gruppo è responsabilità del gruppo. Non essendovi (nella maggior parte dei casi) corti formali, la riparazione del torto ha luogo con il negoziato fra i gruppi, mediante il pagamento o una punizione equivalente. In assenza di accordo negoziato, non resta che la faida mortale, potente incentivo all'accordo. Non si tratta di strumenti raffinati; far fronte a condotte radicalmente anti-sociali richiede tempo e sforzo da parte dei membri della comunità. Tuttavia, il ruolo del diritto penale non è grande. Virtualmente non esiste una legge contro il furto o contro il furto con scasso; nessuna legge contro il traffico di droga, nessun crimine organizzato, né riciclaggio di denaro sporco, né reati dei colletti bianchi e nemmeno frodi. E la lista potrebbe continuare. Implicando di solito la violenza fisica, il crimine costituisce una grave offesa sociale e richiede l'attenzione dell'intera comunità, ma l'obiettivo non consiste nella punizione, bensì nel risarcire la comunità. Se il danno viene causato da un individuo, la comunità si raduna in cerchio per decidere la sanzione e la riabilitazione. Oggi alcuni tribunali occidentali stanno facendo ricorso al «cerchio della sentenza» (o «cerchio della composizione»), estendendolo anche al di là dei casi nei quali sono coinvolte popolazioni ctonie. In Ruanda si sta facendo ricorso a corti di villaggio, dette *ga-ca-ca* (erba), per far fronte al genocidio, in parte come strumento di riconciliazione.

2. La trama delle credenze

Poiché nel diritto ctonio non vi sono attori formalmente designati (o sono pochi), non c'è nessuno la cui attività possa essere agevolmente definita come diritto. Il diritto non è né comando, né decisione giudiziaria e può essere rinvenuto solo nella «pentolaccia» delle informazioni che, nella comunità ctonia, guidano ogni tipo di azione. Tutto, allora, costituisce diritto nella tradizione? I giuristi occidentali probabilmente risponderebbero negativamente a questa domanda e probabilmente la gente ctonia non sarebbe molto interessata a cercare una risposta. Se il diritto è qualcosa che può essere vagamente definito come sanzione, allora il «sistema» delle sanzioni è ancora troppo irregolare per permetterne l'identificazione. Non esistono applicazioni formali delle sanzioni e se una sanzione non è applicata adesso, potrebbero esserci sanzioni più ampie e più importanti in qualche altro mondo. Così, il diritto che sappiamo essere presente nella tradizione ctonia è tutto mescolato ad altre cose: il modo di cucinare, di cacciare conigli e daini, di comportarsi con la propria famiglia (in un senso molto ampio), di essere rispettabili. Non è possibile essere particolarmente precisi in proposito. Ma questo *non è un problema*: se assumiamo che il diritto sia semplicemente una qualche specie di collante sociale fra molti altri di qualsivoglia natura, allora i popoli ctoni ce l'hanno. Se costretti, possono produrlo e persino convincerne le supreme corti; ma in questo c'è già qualcosa di non interamente ctonio.

Il diritto ctonio, dunque, è inestricabilmente intrecciato con tutte le credenze dei popoli ctoni e indigeni, ed è inevitabilmente e profondamente infuso di tutte queste altre credenze. Se esiste un

diritto ctonio – ed esiste – non potremmo comprenderlo senza comprendere altre cose. Non c'è separazione fra diritto e morale, né fra diritto e tutto il resto. È il vecchio gioco della caccia al tesoro: occorre faticare per trovarlo. Inoltre, se il diritto è mescolato ad altri importanti messaggi, potrebbe non essere appropriato considerarlo semplicemente «consuetudine», vale a dire come un semplice fare e rifare le cose, come una semplice ripetizione. Almeno nel senso in cui oggi è inteso da alcuni dei popoli che lo praticano, nel diritto ctonio può esservi qualcosa in più della semplice consuetudine.

2.1. Il dominio del diritto

Nel mondo ctonio il diritto può essere indistinguibile da tutto il resto, ma non coincide con tutto il resto, né controlla tutto il resto. Il diritto ha un suo posto e – dato ciò che abbiamo visto in merito a quel che riteniamo di poter chiamare tradizione giuridica ctonia – questo è un fenomeno interessante. Il processo giuridico, o giudiziario, è completamente aperto e nulla gli impedisce di essere sommerso da lagnanze e procedure. Esisteva una certa idea di legislazione, almeno in certi luoghi, ma la legislazione era quasi impercettibile. Nel mondo ctonio, il diritto ha dunque il suo posto ed è tenuto al suo posto, ma non mediante ostacoli formali o meta-regole, bensì semplicemente in forza della continua e vitale presenza di tutto il resto. La religione svolge in ciò un ruolo importante (lo vedremo in seguito), ma non si tratta di una religione istituzionalizzata. Non esistono corti o ufficiali di giustizia, né potere coercitivo. In un certo senso, la religione è dappertutto e in nessun luogo. Altre forme di vita semplicemente hanno la loro autonomia e ci si aspetta che funzionino, perché hanno i loro meccanismi regolativi, inclusa la persuasione e, forse, una certa capacità di far da sé. Il diritto entra in gioco solo quando qualcosa va davvero per il verso storto, oppure per ragioni di apparenza esteriore. Ma anche in questi casi, è probabile che il diritto sia mescolato con altre cose: il processo con l'incontro, la proprietà con l'uso, la sanzione con la composizione della lite.

Essendo mescolato a tutto il resto della società, il diritto non è tirato in ballo ad ogni passo; è troppo impegnato sul campo per raggiungere posizioni di comando. Non basta: i suoi contenuti sono inevitabilmente dettati da tutto il resto della società; non ci sono specifici attori che gli diano un contenuto formale. L'usufrutto comunitario si estende alla caccia e alla pesca realmente avvenute; ampliarlo ulteriormente richiede argomentazioni stravaganti. Non c'è modo di trasformarlo in una nozione astratta come quella occidentale di piena proprietà: il diritto di usare ed abusare. La sociologia odierna (che accoglie una concezione del diritto piuttosto ristretta) giungerebbe alla conclusione che qui è la cultura che controlla il diritto; ma le società ctonie non funzionano in termini di culture: funzionano in termini di tradizione. Perciò, la natura del diritto ctonio – la sua scaturigine dalla «pentolaccia» – costituisce un duro colpo per le ambizioni del diritto. La tradizione assegna un posto ad ogni cosa, compreso quello che spetta al diritto, e se si vuole cambiare tale situazione, occorre introdurre qualcosa nella «pentolaccia» e vedere come si svilupperà col tempo e con l'interazione di tutto il resto. Da soli, non si può fare granché per distinguere le cose.

Per riassumere, nella tradizione ctonia il diritto di famiglia è caratterizzato dall'*informalità*, il matrimonio, il divorzio e i rapporti familiari implicano un accordo tra le famiglie, assistite dai capi-clan; è assente un diritto di proprietà individuale, in favore di un uso e godimento collettivi del bene fondamentale che è la terra, e di una sua eventuale “assegnazione” per mero uso personale; è assente il diritto di alienare il bene; le regole relative ad obbligazioni e contratti sono scarsamente sviluppate; le risoluzioni delle controversie avviene tramite riconciliazione o consenso; la responsabilità è della comunità, piuttosto che individuale.

I sistemi giuridici del mondo si differenziano, dunque, sotto vari profili, determinati dall'*evoluzione storica*, da *scelte politiche e culturali*.