

## Di comparazione giuridica, competitività degli ordinamenti e identità sociale dei giuristi <sup>(\*)</sup>

Roberto Pardolesi – Massimiliano Granieri

5

I. - *Introduzione.* – Può apparire paradossale che in tempi di crisi si torni a parlare di rapporti tra la qualità delle norme (e degli apparati istituzionali) e competitività dei sistemi nazionali, visto che in situazioni normali il diritto è percepito piuttosto come un intralcio e i giuristi come depositari di un insieme di conoscenze che si approssimano più a una tecnica oscura che a una scienza indispensabile<sup>1</sup>.

10

II. - *Questioni di monopolio.* – Da quando gli stati nazionali si sono appropriati del potere di *jus dicere*, i giuristi continentali hanno dovuto ripensare il proprio ruolo. Non dissimile la posizione per gli ordinamenti nei quali il giudice gode storicamente di maggiore autonomia; le fonti statali di diritto scritto hanno finito per dominare. Il mestiere del giurista è, dunque, di rincalzo alla parola dei legislatori. I giuristi si sono ‘specializzati’ nel diritto positivo (*lex lata*), come un diritto che pre-esiste alla loro opera interpretativa; e questo tratto è divenuto pressoché esclusivo della loro identità professionale<sup>2</sup>. Siffatta specializzazione ha favorito una loro posizione di monopolio, ma su un mercato piuttosto piccolo e via via circoscritto dalle incursioni di altre discipline a causa del progressivo sbriciolamento delle barriere all’ingresso, rappresentate dalla dogmatica giuridica<sup>3</sup>. Di fatto, i giuristi hanno assunto il compito di *trustees* del diritto rispetto a un *settlor* bulimico (il legislatore) e si sono limitati ad amministrare, nei limiti in cui la soggezione ‘soltanto alla legge’ – espressione del principio di legalità a livello di fonti primarie – ha consentito loro spazi di manovra. Hanno così sviluppato tecniche di interpretazione (rivolte al diritto positivo, per definizione passato) e sanno tutto di come rammendare, conciliare, colmare lacune, e insegnare il diritto del legislatore. Tecniche siffatte hanno nella funzione giurisdizionale la loro massima espressione, perché il giudice è istituzionalmente un interprete col

15

20

25

---

<sup>(\*)</sup> Le riflessioni qui svolte riprendono in parte e sviluppano i contenuti della relazione al XXI Colloquio biennale dell’Associazione italiana di diritto comparato (Venezia, 9-11 giugno 2011).

<sup>1</sup> Più ancora che alla nota immagine manzoniana, la figura del giurista pare ancora legata alla descrizione, nel dialogo (siamo nel 1516) tra Raffaele Itlodeo e Tommaso Moro (si legge in T. MORO, *Utopia*, Milano, 2010, 124), sugli abitanti di Utopia: «Hanno poche leggi perché uno Stato così istituito ne richiede pochissime, anzi, una cosa che rimproverano alle altre nazioni è proprio d’averne innumerevoli volumi pieni di leggi che si dimostrano comunque insufficienti. Infatti giudicano ingiusto che le leggi siano così numerose da non potere essere lette da tutti, o così oscure da non venir comprese da ciascuno. Inoltre non accettano tutti quegli avvocati che trattano furbescamente le cause e discutono scaltramente le leggi (...)».

<sup>2</sup> Per una critica autorevole al mero atteggiamento esegetico dei giuristi cfr. già P. GROSSI, *Ricordo di Giovanni Tarello*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1988, 623. G. Pascuzzi, *Giuristi si diventa*, Bologna, 2008, 21, ha descritto la marginalizzazione del sapere giuridico rispetto alle altre scienze in termini di «separatizza (...) come unico modo per giustificare la propria esistenza» (nota omissa).

<sup>3</sup> Anche l’ambito ristretto che i giuristi si erano ritagliati è stato rimesso in discussione dalla crisi dell’interpretazione, a partire dagli anni Sessanta del secolo scorso, con progressive incursioni di altre discipline (complementari al diritto); cfr., ricostruttivamente, R.A. POSNER, *The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987*, 100 *Harv. L. Rev.* 761, 769 (1987) («the decline of lawyers’s self-confidence is due partly to the rise of other disciplines to positions where they can rival the law’s claim to privileged insight into its subject matter»).

30 compito di applicare, come si dice, la legge, assicurando, in ultima istanza, la completezza in senso diacronico dell'ordinamento giuridico.

La specializzazione comporta costi. Il giurista – chiunque esso sia – non ha sviluppato un metodo rivolto al diritto nella sua dimensione evolutiva (futura), cioè al diritto come dovrebbe essere. Questo difetto funzionale dipende, sì, dalla scelta (obbligata) di  
35 concentrarsi sul diritto posto, ma in parte può essere stato il frutto di una strategia. In ogni caso, la dogmatica giuridica, sulla quale riposa il ruolo privilegiato del giurista come intermediario tra la norma e la realtà, ha funzionato soltanto in una direzione, vale a dire all'indietro, verso il passato<sup>4</sup>. D'altra parte, tutti i discorsi *sul* diritto, cioè frutto di una logica 'esterna' al diritto stesso, sono stati tralasciati, per lungo tratto, come impuri  
40 e perseguiti soltanto da coloro che per la scienza normale – per utilizzare la terminologia di Thomas Kuhn – rappresentavano frange marginali della riflessione accreditata.

Come conseguenza, manca un metodo che dica al giurista (o lo metta in condizione di saper dire) come si scelgono (creano o interpretano) le norme giuridiche in funzione di  
45 un certo obiettivo. L'obiettivo non è detto che sia uno soltanto e certamente non può essere deciso dal giurista in quanto tale; almeno a livello di legislazione, quello resta dominio della politica, intesa come luogo nel quale dovrebbero effettuarsi le scelte di carattere generale. È vero, però, che c'è un legame molto forte tra obiettivo e strumento, tra finalità e metodo, al punto che non si può fare a meno di considerare il diritto non  
50 come uno strumento della politica (quello, tristemente, lo è già), ma delle politiche, cioè delle opzioni che dovrebbero interessare i vari settori della vita sociale e del mercato<sup>5</sup>. Ne dovrebbe conseguire una simbiosi simmetrica tra mezzo e fini, più che una strategia di separazione degli ambiti di rispettiva competenza e influenza.

55 III. – *Diritto e competitività*. – Ad un livello molto generale, tutto il diritto deve essere considerato con una tecnica di controllo sociale, che insieme ad altre (forse progressivamente più di altre) nelle democrazie evolute concorre al mantenimento dell'ordine e alla promozione del benessere dei consociati. Ad un livello meno generale, e considerando la pluralità degli ordinamenti giuridici, è quasi scontato legare il diritto  
60 alla capacità che l'ordinamento ha di promuovere se stesso, cioè di rendersi più attrattivo di altri nel perseguimento di certe finalità o nella promozione di taluni valori (non necessariamente legati al mercato e alla logica mercantile). Il legame tra diritto (soprattutto il diritto privato) e competitività è molto forte e non solo non dovrebbe essere più negato, ma dovrebbe essere considerato un nuovo punto di partenza per la  
65 riflessione giuridica<sup>6</sup>. È per questo che – di là dallo straordinario successo a livello

---

<sup>4</sup> Per una discussione sulla logica sistematica interna (propria sia delle esperienze continentali sia del *common law*) e opposta alla meno fruibile logica esterna, cfr. K. RIESENHUBER, *English common law versus German Systemdenken? Internal versus external approaches*, 7 *Utrecht L. Rev.* 1, 14 (2011).

<sup>5</sup> MARKESINIS, *Il metodo della comparazione*, trad. it., Milano 2004, 231) sostiene che le debolezze degli argomenti di policy emergono quando mancano prove empiriche, affermazione che supporta la conclusione secondo cui serve un riferimento ai dati per evitare di formulare conclusioni sbagliate. Un contributo recente, frutto di lavoro interdisciplinare, è quello di M. DE BENEDETTO, M. MARTELLI, N. RANGONE, *La qualità delle regole*, Bologna, 2011.

<sup>6</sup> È singolare che questa relazione sia più evidente agli economisti che ai giuristi; P. CIOCCA, "Esperienza giuridica" ed economia: il caso italiano, in *Economia italiana*, 2011, 25, offre una buona ricostruzione, nell'ambito della storia italiana post-unitaria, circa i rapporti tra riforme giuridiche (spesso legate a nomi di giuristi come Pasquale Stanislao Mancini per il codice di commercio) e crescita del PIL. Di «competitiveness proofing» delle norme europee (nella specie sulla spesa in ricerca e sviluppo) parla l'Aho Report del 2006).

mondiale – gli esperimenti di misurazione svolti da *Doing Business* risultano giusto ovvi a chi si sia sempre posto nell’ottica economica (che sarebbe semplicistico liquidare come quantitativa o riduzionista) del diritto come elemento qualificante delle politiche pubbliche sulla crescita.

70 Tuttavia – e questo è un dato sul quale pesare la perdita di terreno dei giuristi – come tutti gli esercizi di valutazione e comparazione, *Doing Business* parla di diversità e cede alla seduzione di una misurabilità oggettiva degli ordinamenti giuridici, con metodologia che per il momento resta propria degli economisti e non dei giuristi<sup>7</sup>. Su  
75 taluni aspetti degli ordinamenti giuridici, questi studi indicano direzioni di cambiamento desiderabili, nell’ottica di miglioramento dell’attrattività di un sistema, ma non dicono come i decisori pubblici dovrebbero azionare le leve (giuridiche) che fanno accrescere il livello di competitività. Questo resta un compito prevalentemente nazionale e al quale non è detto che gli economisti possano utilmente attendere in solitudine.

80 Torna qui in scena – ma con il rischio di una troppo rapida *démise* – quella specie di giuristi che, versata nello studio dei sistemi altrui e, dunque, potenzialmente attrezzata a fornire modelli di sviluppo del diritto (o, quanto meno, a suggerire errori da *non* commettere) si arrocca in realtà dietro purezza della dimensione meramente conoscitiva dell’impresa comparativa e ribadisce la propria estraneità ai processi di cambiamento giuridico<sup>8</sup>. Come dire che esistono grandi quantità di materiale sociale (più che  
85 semplicemente giuridico), ma scarsissima capacità di leggere il foglio delle istruzioni e assemblare i pezzi della macchina sociale per determinare il corretto funzionamento e le prestazioni desiderate.

90 IV. - *Finalità e metodo*. – Non bisogna nascondersi che il mestiere del legislatore è difficile, ma non sono solo i legislatori a produrre il diritto e, comunque, la difficoltà non è una scusa per tenersene lontani, soprattutto se si dispone (per averle raccolte e studiate) di molte informazioni circa le modalità con le quali altri ordinamenti giuridici hanno affrontato e risolto problemi comuni, compresi i casi nei quali si è ritenuto di utilizzare l’opzione regolatoria zero, cioè quella di non dettare norme eteronome e di  
95 affidarsi, piuttosto, ad altre tecniche di controllo sociale (prima fra tutte l’autonomia privata).

In fondo, neanche i giuristi dell’Ottocento, che contribuirono coi loro lavori alle codificazioni (francese e tedesca, per prime) partivano dal nulla; avevano alle spalle secoli di elaborazione romanistica e talvolta intensi decenni di lavoro dogmatico.  
100 Soluzioni giuridiche ritenute efficienti (e condivise in vari ordinamenti con nomi diversi) non furono inventate dai legislatori, ma provenivano dai sistematori che conoscevano il materiale della tradizione europea<sup>9</sup>. Anche là dove l’apporto della dottrina sia stato determinante nella configurazione finale della norma, ci sono voluti secoli perché la storia distillasse questi prodotti e molti decenni perché il legislatore (e

---

<sup>7</sup> Sarcasticamente, R. MICHAELS, *Comparative Law by Numbers? Legal Origins Thesis, Doing Business Reports, and the Silence of Traditional Comparative Law*, 57 *Am. J. Comp. L.* 765, 775 (2009), ricorda che gli autori della tesi sulle *legal origins* e del *Doing Business* sono «all economists (and “lawyer wannabes”, as one of them put it) who aim their project at comparative economics, not comparative law».

<sup>8</sup> Vi è, invece, spazio per quello che O. PFERSMANN, *Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit*, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2001, 288, definisce «rôle important dans la technologie de la production normative».

<sup>9</sup> Un esempio sempre significativo – anche in ragione dell’analogia soluzione prevalsa in *common law* con il caso *Hadley v. Baxendale*, Ex. 341, 156 *Eng. Rep.* 145 (1854) – è l’art. 1225 c.c., che deriva dalla codificazione francese, a sua volta tributaria dei parr. 159-60 del *Traité des obligations* di Pothier.

105 per esso le varie commissioni) individuassero la migliore formulazione a livello  
semantico.

Oggi le società (e bisogna utilizzare il plurale) sono infinitamente più complesse; la  
tecnologia e la globalizzazione sono fattori di mutamento rapido degli scenari  
economici; l'affermazione dei diritti umani rende necessariamente più articolato e  
110 difficile (ancorché indispensabile) ogni tentativo di regolazione. La dogmatica giuridica  
non è di grande aiuto, se si tenta di riformulare l'identità dei giuristi in chiave  
funzionalista; la stessa tradizione giuridica, che pure tanto ha contribuito  
all'edificazione dei sistemi giuridici contemporanei, richiede un ausilio<sup>10</sup>.

Nelle altre scienze pare che il discorso sulle finalità della disciplina, pur importante, sia  
115 meno drammatico. In molti settori si è adottata una precisa distinzione tra momento  
teorico e momento sperimentale, che riflette la nota (benché ormai discutibile)  
dicotomia tra scienze di base e scienze applicate. Nessuno dubita del fatto che ogni  
branca (sperimentale o teorica che sia) contribuisce all'aumento del sapere e che sia,  
dunque, parte di quella scienza. Allo stesso modo, nessuno dubita del fatto che le  
120 scienze di base forniscono conoscenza non immediatamente applicabile (non per questo  
meno utile), ma che le scienze applicate e sperimentali utilizzeranno come fundamenta  
di un edificio che risolve qualche problema tecnico. Scienza è una, scienza è l'altra;  
senza ergere impenetrabili steccati disciplinari, è chiaro a ciascuno che il ruolo e la  
diversità delle funzioni non implicano in alcun modo un disvalore o un giudizio  
125 negativo.

Questa distinzione tra scienza di base e scienze applicate, tra momento teorico e  
momento sperimentale, non è presente all'interno del diritto, sebbene difficilmente si  
possano negare taluni aspetti comuni del diritto rispetto ad altre scienze. Che il diritto  
possa essere una scienza applicata, non c'è dubbio, così come taluni hanno  
130 occasionalmente evidenziato anche un momento sperimentale, segnatamente per quanto  
riguarda la comparazione giuridica. Può esservi, anche negli studi giuridici, una scienza  
che si interroga su questioni fondamentali (anche in prospettiva storica, sociologica,  
antropologica, filosofica, economica) e contribuisce all'aumento delle conoscenze nel  
dominio del diritto, mentre un'altra scienza applica il sapere e il metodo sviluppato nella  
135 prospettiva ormai più volte richiamata dell'ingegneria sociale. Ma non può esservi  
nessuna soluzione di continuità logica tra le due intraprese, così come essa non si dà in  
altre discipline. Né può negarsi scientificità al discorso giuridico perché si interessa  
anche di problemi concreti o perché, per contribuire alla conoscenza *del* diritto, importa  
da discipline esterne<sup>11</sup>. Anzi, la dimensione funzionale, l'orientamento ai problemi,  
140 l'arricchimento della prospettiva in chiave transdisciplinare sono parte di una nuova  
identità dei giuristi che, se non coltivata, renderà progressivamente marginale la  
professione giuridica, dall'aspetto pratico al suo insegnamento, alla sua trasmissione.

---

<sup>10</sup> Questa considerazione è tutt'altro che nuova. H.W. HOLMES, *The Path of the Law*, 10 *Harv. L. Rev.* 457, 469 (1897), aveva spiegato che lo studio razionale del diritto è uno studio della storia, perché il comportamento umano è soggetto alla legge dell'imitazione («if we want to know why a rule of law has taken its particular shape, and more or less if we want to know why it exists at all, we go to tradition»). Concorda J. GORDLEY, *Why Look Backward*, 50 *Am. J. Comp. L.* 657 (2002). Ma in quella stessa occasione, Holmes non aveva tardato a sottolineare come il futuro dei giuristi dipendesse dalla conoscenza dell'economia e della statistica. Sull'utilità della statistica nel diritto, sebbene in prospettiva parzialmente diversa, cfr. anche B.S. MARKESINIS, *Comparative Law – A Subject in Search of an Audience*, 53 *Mod. L. Rev.* 1, 18 (1990).

<sup>11</sup> Il «conflitto tra “eleganza” e “utilitarismo” – scrive B. MARKESINIS, *Il metodo della comparazione*, Milano, 2004, 81 – rappresenta sicuramente uno scontro di filosofie tanto deplorabile quanto antico».

V. - *Dove sta la scienza giuridica.* – Il tema dei rapporti tra norma giuridica (privatistica, ma non solo) e competitività dei sistemi giuridici non deve essere una moda transitoria, quanto la base di un programma di ripensamento circa il ruolo e l'identità sociale dei giuristi e di recupero della centralità perduta, nel presupposto che della componente giuridica dei sistemi non possano farsi interpreti e fautori né i tecnologi, né gli economisti. Tutto ciò passa, però, per l'accettazione della concorrenza con le altre discipline sociali, piuttosto che per il lento ripiego su un mercato in progressiva asfissia<sup>12</sup>. La concorrenza si vince fornendo contributi migliori nell'edificazione del nuovo ordine mondiale. E proprio perché, come si diceva, finalità e strumenti sono intimamente legati, il programma deve condurre a un ripensamento metodologico del giurista, soprattutto nella prospettiva globalizzata, e a una progressiva apertura a quegli apporti disciplinari, ritenuti poco utili per l'attività tradizionale, ma che sono indispensabili per muovere dal riscontro del diritto com'è alla visione del diritto come dovrebbe essere<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> Secondo quanto autorevolmente sostenuto da A. VON BOGDANDY, *Prospettive della scienza giuridica nell'area europea. Una riflessione sulla base del caso tedesco*, in *Foro it.*, 2012, V, 54, la ragione dell'egemonia culturale delle Facoltà di giurisprudenza negli Stati Uniti – tale per cui queste assurgono a modello di una possibile riforma europea – risiede, tra l'altro, nella «applicazione al diritto dei metodi di altre discipline scientifiche» e, in particolare, della analisi economica del diritto. Per un richiamo anche alla necessaria interdisciplinarietà dell'approccio cfr., inoltre, MARKESINIS, *Comparative Law*, cit., 20.

<sup>13</sup> Ancora VON BOGDANDY, cit., ... .