

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PADOVA

DIPARTIMENTO DI SCIENZE POLITICHE, GIURIDICHE E
STUDI INTERNAZIONALI

Corso di laurea *Triennale* in *Diritto dell'economia*



CONNESSIONI E INTERFERENZE TRA LAW &
ECONOMICS E DIRITTO COMPARATO

Relatore: Prof. NICOLA BRUTTI

Laureando: ALESSANDRO DONO'
matricola n. 2004541

A.A. 2022/2023

Indice:

1. Introduzione

2. Law & Economics

2.1 Evoluzione storica dell'approccio giuseconomico

2.2 Approcci metodologici di EAL e L&E

2.3 Law and Economics tra civil law e common law

3. Diritto comparato

3.1 Breve compendio storico

3.2 Riflessioni su oggetto e metodo della comparazione giuridica

4. Diritto comparato ed economia, tendenze nuove e passate

4.1 Diritto comparato, approccio funzionale e law and economics

4.2 I costi morali e il diritto comparato

4.3 Economia comportamentale: nuovi spunti per diritto comparato e L&E?

5. Conclusioni

6. Bibliografia

Introduzione

La comparazione giuridica e l'approccio giuseconomico sono due metodi di ricerca che sono entrati in maniera dirompente nel dibattito giuridico globale solo verso la fine del secolo scorso. Pur essendo discipline relativamente giovani hanno apportato dei grandi cambiamenti nel modo di intendere il diritto, dotando i giuristi di tutto il mondo di strumenti e punti di vista prima ignorati.

L'approccio giuseconomico e in particolare di Law & Economics ha il fondamentale merito di analizzare la realtà giuridica non solamente attraverso la lente del diritto ma anche attraverso le conoscenze acquisite attraverso l'analisi economica. Nell'accezione che noi prendiamo più in considerazione, ossia quello di Law & Economics, l'approccio giuseconomico non è unilaterale: se è vero che spesso la realtà giuridica viene analizzata e migliorata attraverso le logiche economiche, è altrettanto vero che anche l'economia può essere analizzata e migliorata sulla base di concetti che derivano dalla sfera giuridica.

La comparazione giuridica, dal canto suo, ha dimostrato l'insufficienza di un punto di vista meramente interno e formalista; alla base del diritto comparato c'è proprio la necessità di cambiare la prospettiva dell'analisi giuridica adottando un punto di vista quanto più possibile esterno, imparziale e attento al *law in action* piuttosto che al *law in books*.

Questa ricerca è stata impostata partendo da una veloce disamina delle origini storiche e dei fondamenti metodologici di ciascuna delle due discipline.

Conoscere le origini di un fenomeno significa collocarlo nel suo contesto storico e culturale, questo è fondamentale per comprendere un po' più a fondo le ragioni che hanno dato vita al fenomeno stesso e gli ideali che ne guidano lo sviluppo.

Analizzare gli aspetti metodologici più importanti di una disciplina, inoltre, ci aiuta a capire quale sia l'approccio del ricercatore, ossia cosa vada ad analizzare ma soprattutto il come. Non è rilevante tanto la definizione dell'iter di ricerca, quanto piuttosto comprendere la prospettiva, i *bias* e le attese che, nel complesso, guidano la ricerca e ne influenzano l'esito.

Solo una volta che son state fatte emergere queste conoscenze di base storiche e metodologiche potremo passare ad affrontare in maniera proficua la domanda centrale della tesi, ossia se esistono o se possono esistere connessioni e interferenze tra Law & Economics e il diritto comparato. Il quesito appena posto apre a una duplice ricerca: in primis ci si chiede *se* le due discipline possano interfacciarsi l'una all'altra e poi, nel caso, bisogna chiedersi *come* le stesse possano farlo. Nel corso della tesi andremo dunque a toccare alcune delle più rilevanti realtà di ricerca che mettono in relazione il diritto comparato e L&E.

Law & Economics

Quando parliamo di Law and Economics (L&E) o Economic Analysis of Law (EAL) intendiamo un tipo di ricerca multidisciplinare che, attraverso le categorie e gli strumenti dell'economia, si propone di analizzare, valutare e suggerire norme o istituti giuridici.

In realtà, usando L&E ed EAL in maniera indistinta come fossero sinonimi si commette l'errore di non considerare le profonde differenze di pensiero e di metodo che intercorrono tra i due approcci.

Law and Economics fa infatti riferimento principalmente al pensiero di Guido Calabresi, docente universitario e giudice italo-americano che si fa portavoce di un approccio più moderato, nel quale il diritto e l'economia sono discipline con pari dignità, che devono comunicare tanto tra loro quanto con le altre discipline sociali quali la storia, la filosofia, la sociologia, ecc. per poter conseguire la maggior aderenza possibile alla realtà.

Economic Analysis of Law fa invece riferimento principalmente a Richard Posner, anch'essi docente e giudice americano, che porta avanti invece una visione molto più radicale, basata su una supremazia di fatto dell'economia sul diritto, che ha come corollario la necessità che il diritto sia coerente con la teoria economica (in particolare quella neoclassica), altrimenti è da riformare in quanto inefficiente e dunque ingiusto.

Quel che ci si propone di fare in questo capitolo è di approfondire e indagare le origini, a livello sia storico che metodologico, dell'approccio giuseconomico per poter capire un po' più a fondo il fenomeno di per sé ma anche, e soprattutto, per permetterci di capire come i paradigmi di L&E possano comunicare e interferire con quelli della comparazione giuridica.

In questo contesto, considero più utile soffermarmi principalmente sull'approccio di L&E, che ritengo più adeguato e aperto ad uno sforzo interdisciplinare come quello della collaborazione tra diritto comparato e analisi giuseconomica.

In ogni caso, scuserete questa piccola nota di forma, d'ora in poi quando scriverò L&E mi riferirò esclusivamente all'approccio di Law and Economics, quando scriverò EAL mi riferirò all'approccio di Economic Analysis of Law, se dovrò invece riferirmi indistintamente ai due approcci, in quanto correnti di uno stesso movimento giuridico, parlerò di approccio giuseconomico.

1.1 Evoluzione storica dell'approccio giuseconomico

Prima ancora di trattare le vicende che riguardano direttamente l'evoluzione dell'approccio giuseconomico, vorrei riprendere una prospettiva storica proposta da Calabresi in una sua lectio magistralis all'università di Trento che getta luce sul rapporto che sussisteva tra il diritto e tutte le altre discipline sociali. Secondo tale visione il diritto, per moltissimo tempo, è stato ingabbiato all'interno di schemi e formule che, di fatto, lo cristallizzavano impedendo qualsiasi forma di cambiamento o progresso al di fuori di questi stessi schemi, era diventato un'entità tirannica:

“Era una tirannia del passato, perché questo diritto aveva in sé certi valori che nella fabbrica del giuridico erano entrati chissà quando, che dominavano e non potevano essere messi in discussione.

Era una tirannia della maggioranza, perché un Parlamento legittimamente e democraticamente eletto cristallizzava un consenso che non poteva essere messo in discussione, se non cercando un nuovo consenso che solo attraverso una nuova maggioranza parlamentare avrebbe legittimato il cambiamento, emanando nuove leggi. Fuori da questo circuito non si concepiva la possibilità di sottoporre a critica il diritto posto.

Era una tirannia della rivoluzione, perché a un certo punto un nuovo soggetto, salito al potere con la rivoluzione, poteva sostenere che fosse tutto sbagliato, per riformare dalle fondamenta il diritto esistente. Ma anche questo, a ben vedere, non era altro che un altro modo di evitare qualsiasi critica, ossia di essere tiranni.”¹

Ed è da questa particolare condizione che, tra la fine del XIX e l'inizio del XX, la volontà di sovvertire questa “tirannia” del diritto (ossia la rivendicazione della libertà di critica verso il diritto stesso) si instaura in tutte le democrazie occidentali più avanzate.

Dunque, dall'analisi di Calabresi si capisce come il vero cambiamento del diritto sia avvenuto per molto tempo su basi “rivoluzionarie” piuttosto che riformiste o, volendo dirlo in modo popperiano, si è utilizzata una “meccanica sociale utopistica” e non una preferibile “meccanica sociale a spizzico”², ossia quella modalità d'intervento sulle istituzioni esistenti vedendole in maniera funzionale o strumentale, cioè vedendole per il ruolo che esse devono avere nel raggiungimento di determinati fini secondo quanto segue:

“può darsi che egli (il meccanico a spizzico) abbia degli ideali che gli sono cari riguardo alla società considerata come un “tutto unico”, al benessere generale di essa e così via, ma egli non crede nel metodo

¹ G. Bellantuono e U. Izzo (a cura di), *Il rapporto tra diritto, economia e altri saperi: la rivincita del diritto*. Atti della Lectio Magistralis di Guido Calabresi. Facoltà di Giurisprudenza. Trento, 24 ottobre 2019.

² K. R. Popper, *Miseria dello storicismo*, trad. italiana di C. Montaleone, Milano, Feltrinelli, 2019

di riplasmarla nella sua totalità come un tutto unico. Quali che siano i suoi fini, egli cerca di raggiungerli per mezzo di piccole correzioni che possono essere continuamente modificate e migliorate”³

Questa necessità di cambiamento radicale del diritto, quindi, si incanala su basi riformiste e, soprattutto, su discipline esterne al diritto stesso: ecco che il diritto perde la sua “sacralità”, venendo analizzato e criticato anche attraverso la lente di altre discipline sociali come la filosofia, la sociologia, la storia e l’economia. La situazione delineata fino ad ora fotografa sinteticamente e grossolanamente il sostrato culturale che ha dato vita ad una nuova concezione del diritto, basata sull’interdipendenza con le altre scienze sociali (tra cui economia, psicologia, filosofia, storia, antropologia, ecc.) con l’obiettivo di ricercare la maggior aderenza possibile del diritto stesso alla realtà.

Analizziamo ora specificatamente l’evoluzione dell’interdisciplinarietà tra diritto ed economia e, come ci suggerisce Calabresi⁴, citiamo due grandi pensatori del passato quali Jeremy Bentham e John Stuart Mill. Bentham è il padre dell’utilitarismo, il fondamento filosofico e culturale di una certa concezione neoclassica dell’economia e, di conseguenza, anche dell’approccio di Economic Analysis of Law. Nell’approccio utilitaristico di Bentham, geniale quanto estremo, ogni idea veniva analizzata dall’esterno, decontestualizzata da ogni sorta di bias, e subito scartata nel caso in cui non superasse il suo “test di utilità”.

Già da questa sua irriverenza metodologica verso tutto ciò che è dato e imposto, si capisce come il pensatore inglese si inserisca esattamente in quella logica di riforma del diritto attraverso strumenti diversi da quelli tradizionali del diritto stesso.

Mill, anch’essi utilitarista e seguace di Bentham, spinse però verso una moderazione (o se vogliamo un’umanizzazione) dell’approccio utilitarista, che tenesse in conto che il metodo di analisi utilitarista è fallibile, e dunque migliorabile, sulla base delle incongruenze che derivano dall’analisi della realtà, in breve: l’incoerenza della realtà rispetto al metodo d’analisi utilitarista può indicare una non adeguatezza della realtà analizzata o, viceversa, un’inadeguatezza del metodo stesso.

³ K. R. Popper, *Miseria dello storicismo*, trad. italiana di C. Montaleone, Milano, Feltrinelli, 2019

⁴ G. Calabresi, *Il futuro del Law and Economics*, trad. italiana di D. Maltese, Milano, Giuffrè editore, 2018

Pur non avendo avuto un'attività intellettuale direttamente riferibile ad un approccio giuseconomico, i due autori suddetti sono stati fondamentali nel determinare la nascita e lo sviluppo delle due discipline in esame soprattutto dal punto di vista metodologico⁵.

La vicenda che in primis ha dato una spinta fondamentale verso un cambiamento nel modo di intendere il rapporto tra diritto ed economia è stata la rivoluzione marginalista e, in particolare, l'analisi delle esternalità e dei relativi fallimenti di mercato da parte di Marshall⁶.

È proprio a partire dallo studio dei fallimenti del mercato dovuti alle esternalità, ossia quella differenza che sussiste tra il costo privato (il costo effettivamente affrontato da un individuo per compiere una certa azione) e il costo sociale (il costo che l'azione dell'individuo scarica sulla società), che Pigou introduce come soluzione un sistema basato su tassazioni e sussidi.

È fondamentale capire bene le ricadute teoriche di questa importantissima intuizione: osservato che per certi beni il mercato (ossia, per antonomasia, il luogo della libertà economica del privato) crea delle situazioni non ottimali a causa delle esternalità, si deduce la necessità di superare il *market failure* equiparando i costi sociali a quelli privati attraverso lo strumento della tassazione (costo sociale > costo privato) e del sussidio (costo sociale < costo privato). Strumenti di diritto pubblico vengono a regolare anche situazioni private di mercato!

È dunque con l'introduzione dei concetti di equilibrio di mercato, di ottimo paretiano, di esternalità e di imposta pigouviana che si passa da una visione di "classica" (Smith), per la quale il diritto e l'economia comunicavano nel momento della necessità pubblica (o collettiva) ma non nell'ambito dell'interesse privato, ad una concezione "marginalista", dove i mercati dovevano essere regolati, ove necessario, dall'autorità pubblica attraverso l'imposizione fiscale o l'erogazione di sussidi.

Se da una parte le idee marginaliste portano ad una rivisitazione importante della concezione tradizionale del rapporto tra diritto ed economia, è anche vero che essa si

⁵ G. Calabresi, *Il futuro del Law and Economics*, trad. italiana di D. Maltese, Milano, Giuffrè editore, 2018

⁶ P. Pardolesi, *Profili comparatistici di analisi economica del diritto privato*, Bari, Cacucci editore, 2015

ferma agli strumenti e alle categorie del diritto pubblico, non riuscendo ad attrarre nelle riflessioni anche quella branca fondamentale che è il diritto privato.

Sull'onda lunga della rivoluzione marginalista, giuristi ed economisti sono sempre più stimolati alla discussione sull'interdisciplinarietà tra diritto ed economia, quando negli anni '60 del 1900, fecondissimi per il movimento culturale di Law and Economics, viene presentato il celeberrimo teorema di Coase per il quale, molto sinteticamente:

“quando le parti possono negoziare tra loro con successo, si otterrà un risultato efficiente indipendentemente dalla regola giuridica applicata”⁷

Al teorema di Coase si potrebbe dedicare tranquillamente un intero capitolo, ma non è questo il nostro scopo, quel che voglio fare è piuttosto rendere palese quale cambiamento abbia apportato nel modo di pensare al rapporto tra diritto ed economia. L'idea di fondo dell'economista britannico è che non sempre l'intervento regolatore dello stato in senso pigouviano permette di risolvere i fallimenti del mercato dovuti alle esternalità, anzi può succedere che li aggravi, creando ancor più distorsione.

Ciò che afferma Coase è che, data la possibilità di negoziare senza impedimenti di alcuna sorta (ossia in assenza di costi transattivi), le parti riusciranno sempre a trovare la situazione migliore possibile.

Questo è il motivo per cui Coase è così rilevante all'interno del movimento giuseconomico: è stato il primo a mettere in comunicazione l'economia con gli strumenti e le categorie del diritto privato (come il contratto e la proprietà), introducendo uno studio approfondito anche della figura dei costi transattivi.

Il pensiero di Coase ha dato il via ad una ricerca interdisciplinare sempre più vasta e sistematica anche su aree del diritto privato che prima erano ritenute intoccabili al di fuori del diritto stesso, come il diritto dei contratti, la responsabilità civile, ecc.

È bene notare che l'approccio giuseconomico non è, dunque, un'invenzione di una personalità storicamente definita, che possa determinare un prima e un dopo ma che:

⁷ P. Pardolesi, *Profili comparatistici di analisi economica del diritto privato*, Bari, Cacucci editore, 2015

“l'analisi economica del diritto annovera diretti precedenti nella dottrina e nella stessa cultura del passato. Ciò viene dimenticato, evidentemente, da chi segue ancora con diffidenza il tentativo di utilizzare gli strumenti dell'analisi economica dell'interpretazione del diritto”⁸.

Gli esempi a riprova di quanto detto, anche nel contesto italiano, sono svariati e molto efficaci: dal diritto penale fino alla successione ereditaria, dalla disciplina contrattualistica fino a quella dei brevetti industriali⁹ si può riscontare, ben prima del 1900, un certo grado di utilizzo delle logiche economiche al diritto e che, pur essendo di natura sporadica e isolata, dimostra come l'idea di una interdisciplinarietà tra diritto ed economia non è un'invenzione di qualcuno in particolare, ma piuttosto una tendenza che, più o meno consciamente, si è palesata in vari periodi storici.

1.2 Approcci metodologici di EAL e L&E

È ora necessario, ai fini della trattazione, concentrarsi sull'aspetto metodologico del movimento Law and Economics, in modo da rendere più chiare e giustificate le asserzioni future. Come detto in precedenza e in maniera generica, Law and Economics è l'applicazione analitica delle regole, degli istituti e delle categorie economiche al diritto; volendo analizzare il fenomeno in maniera più approfondita, però, vediamo come tradizionalmente venga applicata solo una parte dell'economia politica: la microeconomia. La microeconomia è quella branca della teoria economica che studia i comportamenti dei singoli agenti economici nel mercato, ossia i comportamenti di consumatori e imprese nell'allocatione di risorse scarse.

La microeconomia può studiare sistemi molto semplici (ad esempio l'isola di Crusoe, un sistema nel quale esiste un solo produttore e un solo consumatore) oppure sistemi più complessi (con molteplicità di imprese, di consumatori e con la presenza dello stato) ma la sua essenza rimane lo studio del comportamento del singolo individuo, che è razionale e tende sempre e in ogni caso alla massimizzazione del proprio benessere, il comportamento del mercato altro non è che l'aggregazione dei comportamenti dei singoli agenti che ve ne partecipano.

⁸ F. Cosentino, *Analisi economica del diritto: ritorno al futuro?*, Il Foro Italiano, 1990, Vol. 113, parte quinta: monografie e varietà (1990), pp. 153/154-163/164

⁹ F. Cosentino, *Analisi economica del diritto: ritorno al futuro?*, Il Foro Italiano, 1990, Vol. 113, parte quinta: monografie e varietà (1990), pp. 153/154-163/164

Questa impostazione neoclassica della microeconomia influenza a fondo i 3 pilastri fondamentali dell'approccio metodologico di EAL e L&E¹⁰, che sono:

1. L'individualismo metodologico: oggetto di analisi è dunque il singolo e ogni considerazione a livello sociale/collettivo è data dall'aggregazione delle utilità dei singoli soggetti;
2. L'accoglimento della teoria della scelta razionale: ogni azione di un individuo è guidata dal suo interesse alla massimizzazione della propria utilità, secondo un'analisi costi-benefici;
3. L'utilizzo dell'efficienza economica come parametro di valutazione delle norme giuridiche;

Il primo aspetto introduce il problema dell'aggregazione, punto sicuramente molto problematico nell'approccio del L&E (soprattutto nella sua funzione normativa) poiché, come messo in evidenza da Denozza¹¹, all'interno di una categoria molto ampia come quella del "consumatore" o del "creditore" coesistono delle sottocategorie che hanno interessi e scopi diversi (spesso opposti); questo fa sì che non si possa pensare di tutelare (o massimizzare) gli interessi di ogni singolo consumatore o creditore contemporaneamente, ma è necessario definire quali interessi siano più o meno meritevoli di tutela all'interno della categoria stessa.

Anche la questione della definizione dell'utilità, altrimenti detta benessere, non è banale; in effetti sia EAL che L&E tendono a riconoscere l'utilità in senso essenzialmente economico, cosicché un aumento del benessere individuale presuppone un aumento del patrimonio (o del reddito) individuale, mentre un aumento del benessere della società presuppone un aumento della ricchezza a livello aggregato.¹²

Il punto di vista economico, però, non è l'unico che influisce nel sistema degli interessi di un individuo e, dunque, non è veramente pensabile che tutte le decisioni possano essere analizzate sulla base della teoria della scelta razionale. Già Calabresi era consapevole

¹⁰ R. Artoni e C. Devillanova, *Riflessioni sul rapporto tra economia e diritto*, Il Mulino – Rivisteweb, Fascicolo 2, 2013

¹¹ F. Denozza, *Aggregazioni arbitrarie v. 'tipi' protetti: la nozione di benessere del consumatore decostruita*, "Giurisprudenza commerciale", Volume: 36, Fascicolo: 6, pp. 1057-1086, 2009

¹² R. Artoni e C. Devillanova, *Riflessioni sul rapporto tra economia e diritto*, Il Mulino – Rivisteweb, Fascicolo 2, 2013

della razionalità limitata degli agenti economici e molto interessato allo sviluppo di altre scienze sociali come la sociologia, la psicologia, l'antropologia e dell'economia comportamentale.

Calabresi e gli altri autori che fanno capo al movimento di L&E sono, di conseguenza, molto più propensi rispetto a i propugnatori dell'EAL ad interpretare le situazioni giuridiche non solo attraverso la teoria della *rational choice* ma anche con l'ausilio di altri saperi delle altre discipline sociali.

È però il terzo punto quello che, a mio avviso, esprime le differenze metodologiche più rilevanti tra le due correnti: non c'è dubbio che l'efficienza economica venga considerata quale parametro fondamentale per la valutazione delle norme giuridiche da qualsiasi esponente di queste due scuole di pensiero, ma c'è da fare un grosso distinguo.

Per Posner e la scuola di Chicago, ossia i “rappresentanti” dell'approccio di economic analysis of law, il diritto e l'economia si trovano su due piani gerarchicamente ben distinti, in particolare il diritto non può che essere sottordinato all'economia ed ogni norma deve essere valutata in primis dal punto di vista dell'efficienza economica, questo perché «un secondo significato del termine “giustizia”, e direi il più comune, è semplicemente “efficienza”»¹³.

Per Calabresi, ossia l'esponente principale dell'approccio di Law and Economics, diritto ed economia stanno sullo stesso piano, essendo l'economia e il criterio dell'efficienza uno degli strumenti utili a valutare la giustizia della norma, ma non unico e ineluttabile. Calabresi considera infatti il criterio di efficienza più come un mezzo che come un fine.

In termini pratici, è necessario che vengano definiti gli obiettivi distributivi e di giustizia sociale e, solo una volta che questi “fini” vengono definiti, assume un senso il criterio di efficienza: efficienza come “mezzo” per il conseguimento della situazione economicamente migliore nel perseguimento degli obiettivi suddetti¹⁴.

In ogni caso, il giurista italo-americano lascia vaghi i concetti di “obiettivi distributivi” e di “giustizia sociale”, non viene infatti esplicitato nulla di specifico sul tema, il merito di Calabresi e di Law and Economics è piuttosto di dimostrare che l'efficienza economica

¹³ D. Canale, *Forme e usi della law and economics*, Il Mulino – rivistaweb, Fascicolo 2, 2013

¹⁴ D. Canale, *Forme e usi della law and economics*, Il Mulino – rivistaweb, Fascicolo 2, 2013

è uno strumento, sicuramente importantissimo, ma non il fine e che di conseguenza il ruolo dell'economia non è totalizzante nel determinare la giustizia o la bontà di una certa norma giuridica.

Considero interessante soffermarmi un po' più a fondo sul pensiero di Calabresi il quale, in aperto contrasto con Posner e la scuola di Chicago, non crede ad una visione totalizzante dell'economia tale da rendere il diritto una "materia vassallo", ma cerca sempre di tenere una posizione più moderata e realistica, nel senso di aderenza alla realtà. Calabresi tiene talmente tanto all'aderenza alla realtà che si spinge a pensare che il sapere economico non è di per sé utile nell'ambito giuridico (o almeno non sempre), ma lo può diventare solamente una volta analizzato attraverso la lente del diritto: "Si tratta di un lavoro che procede per congetture e confutazioni, ovvero attraverso adattamenti progressivi dei modelli economici generali agli istituti e ai contesti giuridici particolari, sulla base di ipotesi fattuali e normative le cui implicazioni vengono poi sottoposte alla prova dei fatti."¹⁵

Da questa citazione si può vedere come, anche dal punto di vista epistemologico, Calabresi sia stato profondamente influenzato dal pensiero di Karl Popper e dal suo metodo scientifico di deduzioni e confutazioni.

È proprio in questo contesto che si capisce perché Bentham e Mill sono stati due personalità fondamentali nello sviluppo dell'approccio giuseconomico come lo conosciamo oggi: mentre l'EAL è l'erede di un metodo puramente utilitaristico come quello di Bentham, che non ammette una verità al di fuori degli schemi del metodo stesso, l'approccio di L&E si rifà ad un metodo più aperto come quello di Mill, che non si sostiene essere infallibile ma anzi, che può essere migliorato proprio grazie alle contraddizioni che derivano dall'analisi della realtà¹⁶.

Prima di parlare della diversa fortuna che questo approccio ha trovato nei paesi di common law e di civil law, è necessario specificare la funzione pratica che la disciplina si propone di avere negli ordinamenti giuridici.

¹⁵ D. Canale, *Forme e usi della law and economics*, Il Mulino – rivistaweb, Fascicolo 2, 2013

¹⁶ G. Calabresi, *Il futuro del Law and Economics*, trad. italiana di D. Maltese, Milano, Giuffrè editore, 2018

Come detto in precedenza, gli esponenti di Law and Economics, proprio a partire dalla concezione gerarchicamente paritaria tra diritto ed economia, non identificano il criterio di efficienza economica come criterio di giustizia di un sistema giuridico.

Ne consegue che essi non sponsorizzano affatto una tendenza, ideologicamente orientata, a omologare ogni scelta del legislatore, giudice o funzionario amministrativo alle ragioni della teoria economica, ma interpretano piuttosto L&E come un repertorio di ragioni¹⁷ che possono indirizzare le decisioni verso una certa soluzione, ma nel farlo competono con repertori di ragioni di ordine diverso e spesso assumono un ruolo sussidiario.

In questo senso, Calabresi e la scuola di New Haven riducono notevolmente il ruolo normativo di L&E rispetto alle idee di Posner e della scuola di Chicago.

Riassumendo Law and Economics è un programma di ricerca multidisciplinare che dota il giudice, legislatore o funzionario amministrativo di un insieme di ragioni utili per arrivare ad una decisione; non importa quale attore utilizzi strumenti propri dell'analisi giuseconomica, è necessario però che questo lo faccia con la consapevolezza che gli strumenti economici e il principio di efficienza economica sono dei mezzi per cercare le norme giuridiche ottimali e non, quindi, come se fosse un'agenda politica da perseguire.

1.3 Law and Economics tra civil law e common law

Definito il ruolo che gli esponenti della Law and Economics hanno dato alla disciplina, si può andare ad approfondire il perché della diversa fortuna che L&E ha trovato negli USA rispetto all'Europa.

Come si può notare dalla seguente citazione, secondo Dau-Schmidt e Brun i motivi principali dell'incredibile successo che Law and Economics (ed EAL) ha riscontrato nel contesto statunitense è dovuto principalmente a 2 fattori:

- Il contesto culturale, caratterizzato fondamentalmente da un fortissimo individualismo etico, economico e sociale, ben si sposa con una concezione economica liberista e con la diffidenza verso il potere politico;

¹⁷ D. Canale, *Forme e usi della law and economics*, Il Mulino – rivistaweb, Fascicolo 2, 2013

- L'accademia americana, molto aperta al dialogo multidisciplinare e alle novità, non si è mai soffermata troppo sulla logica formalistica del diritto, dando spazio piuttosto a movimenti realisti, empirici;

“I contesti culturali e legali americani hanno dimostrato di essere terreno fertile per il movimento giuridico ed economico. Il modello neoclassico della decisione razionale individuale attraverso mercati decentralizzati trova un accordo armonioso con l'individualismo americano e la nostra diffidenza del potere governativo centralizzato. Inoltre, il nostro sistema di check and balance governativi e di common law crea un potente e avventuroso sistema giudiziario che è più incline a subire pressioni evolutive verso norme giuridiche efficienti o a decidere casi sulla base della politica pubblica. Infine, la storia e la struttura della nostra accademia legale consentono un dibattito accademico ampio e aperto che incorpora aspetti da molte discipline. Pertanto, non sorprende che le carriere dei più grandi teorici nel movimento giuridico ed economico, tra cui Ronald Coase, Guido Calabresi e Richard Posner, abbiano avuto luogo negli Stati Uniti.”¹⁸

In Europa, invece, l'approccio giuseconomico di Law and Economics (come anche quello dell'Economic Analysis of Law) non ha riscosso, tra i giuristi, lo stesso successo che ha avuto nel contesto americano. Ad una lettura superficiale questa differenza si potrebbe attribuire al diverso sistema giuridico che caratterizza i due continenti: common law statunitense e civil law europeo. Questo sembrerebbe tanto più vero dal momento che spesso l'approccio di L&E viene considerato come rivolto principalmente all'analisi giurisprudenziale e dunque poco compatibile con dei sistemi giuridici codicistici come quelli europei.

In realtà è lo stesso Calabresi a riconoscere come il fatto che L&E sia nato e si sia sviluppato primariamente nell'ambito giurisprudenziale non sia stato che un caso, dovuto a interessi personali verso la disciplina dei torts, e che avrebbe potuto (e potrebbe tuttora) svilupparsi in altri ambiti che anche negli USA sono regolati da una disciplina codicistica¹⁹. A partire dall'opinione autorevole di Calabresi, che dimostra come l'approccio giuseconomico non sia intrinsecamente legato alla funzione della magistratura, cade la proposizione per cui L&E possa essere compatibile solamente con

¹⁸ K. G. Dau-Schmidt, C. L. Brun, *Lost in Translation: The Economic Analysis of Law in the United States and Europe*, traduzione mia, 2006

¹⁹ D. Canale, *Forme e usi della law and economics*, Il Mulino – rivistaweb, Fascicolo 2, 2013

un sistema di common law, dove la magistratura ha un ruolo di primo piano nella creazione del diritto.

D'altro canto, è anche vero che l'attenzione prioritaria dell'approccio giuseconomico verso l'analisi giurisprudenziale ne ha un po' ristretto l'ambito di studio e di applicazione, facendo sì che questa venisse presa con diffidenza (e indifferenza) dai giuristi europei, in quanto ritenuta incompatibile con i sistemi di civil law.

Calabresi sostiene tuttavia che L&E possa trovare un suo spazio anche nei sistemi di civil law, non tanto nel momento dell'interpretazione delle norme da parte del giudice (a causa della limitata discrezionalità giudiziale) ma principalmente nell'attività legislativa²⁰, ossia il momento in cui vengono definiti gli obiettivi distributivi e di giustizia sociale e i mezzi per raggiungerli.

Falsificata l'idea per cui L&E sia compatibile solo con i sistemi di common law, è necessario far presente che l'approccio suddetto non è automatico che attecchisca con qualsiasi sistema di common law.

L'esempio più palese è il regno unito che, pur essendo anch'esso un sistema di common law, differisce profondamente dagli states per vari motivi²¹:

- La società britannica è fortemente gerarchizzata, il benessere e lo status sociale sono definiti alla nascita (a differenza degli USA, dove possono essere modificati attraverso il sacrificio individuale) e la fiducia della classe lavoratrice è molto bassa verso la upper class, che compone la maggior parte del parlamento e della magistratura;
- Il sistema britannico è molto attento e rispettoso delle tradizioni ed è dunque meno propenso al cambiamento rispetto a quello statunitense;
- La discrezionalità e il potere della magistratura nel sistema britannico è minore rispetto a quello statunitense, in quanto il parlamento, sovrano, è il principale law maker;

²⁰ D. Canale, *Forme e usi della law and economics*, Il Mulino – rivistaweb, Fascicolo 2, 2013

²¹ K. G. Dau-Schmidt, C. L. Brun, *Lost in Translation: The Economic Analysis of Law in the United States and Europe*, 2006

Si comprende dunque come il semplice catalogare un sistema giuridico come di common law piuttosto che di civil law non implichi una maggior propensione all'accoglimento degli approcci giuseconomici dei L&E ed EAL.

Un punto secondo me fondamentale, che si può ricavare anche da questa analisi sulla diversa "epidemiologia" dell'approccio giuseconomico nelle democrazie occidentali, è che nel contesto delle scienze sociali, quando si valuta l'impatto di un'idea, il successo di una scuola di pensiero (ma come anche gli outcome di una certa politica pubblica²²) è necessario ricorrere ad un approccio denso, che non si fermi ad una thin description (come può essere la contrapposizione tra le categorie di common law e civil law), ma che approfondisca il contesto, tenendo conto dell'insieme degli elementi storici, culturali e istituzionali che caratterizzano una certa realtà e che, alla fine, determinano il diverso grado di successo che quell'idea, quella scuola di pensiero o quella certa politica pubblica riscuotono nel contesto stesso.

²² P. Messina, *Modi di regolazione dello sviluppo locale. Una comparazione per contesti di Veneto ed Emilia Romagna*, Padova, Padova University Press, 2012

Diritto comparato

Il diritto comparato, il secondo protagonista di questa trattazione, è una scienza giuridica che consiste fondamentalmente in un:

“processo intellettuale che ha come oggetto il diritto e come strumento la comparazione”²³.

Come affermato da Rodolfo Sacco, Gino Gorla e gli stessi Zweigert e Kötz²⁴ il diritto comparato ha nella sua essenza la comparazione tra sistemi, norme e istituti di ordinamenti giuridici diversi, con lo scopo di evidenziare, spiegare e valutare le similitudini e le differenze che intercorrono tra di essi.

Il confronto con gli altri ordinamenti permette di palesare delle caratteristiche individuali che altrimenti, dal punto di vista del giurista interno, non emergerebbero a causa della visuale “limitata”.

Dal pensiero dei maggiori comparatisti si evince come non ci sia spazio per una comparazione meramente interna, ossia tra norme e principi dello stesso sistema giuridico, perché in questo caso non ci sarebbe alcun contributo aggiuntivo alla conoscenza giuridica e ci si uniformerebbe semplicemente al ruolo del giurista interno.

È un dato di fatto che sussista un rapporto molto stretto tra diritto e territorio, nel senso che ogni sistema giuridico è fortemente ancorato al contesto territoriale e culturale nel quale si è sviluppato; alla base della comparazione giuridica c'è proprio il bisogno di superare l'autoreferenzialità del dato giuridico nazionale, superandone l'autoreferenzialità²⁵, anche attraverso il ricorso a metodi d'indagine di altre discipline “esterne” al diritto stesso.

²³ K. Zweigert e H. Kötz, *Introduzione al diritto comparato*, trad. italiana di B. Pozzo, Milano, Giuffrè editore, 1998

²⁴ A. Guarnieri, *Lineamenti di diritto comparato*, Milano, C.E.D.A.M., 2012

²⁵ N. Brutti, *Diritto privato comparato. Letture interdisciplinari*, Torino, Giappichelli editore, 2019

2.1 Breve compendio storico

Se il diritto è nato ormai migliaia di anni fa, arrivando a un certo grado di scientificità già in epoca romana, la comparazione giuridica è una *new entry*, che entra a far parte della scienza giuridica solamente all'inizio del '900.

Sia in epoca repubblicana che in epoca imperiale, l'interesse dei giuristi romani verso altre realtà giuridiche era molto limitato, in epoca repubblicana a causa soprattutto della percepita superiorità della legge e della cultura romana²⁶, mentre in epoca imperiale bisogna considerare che il mondo era Roma e viceversa, dunque non c'erano altri sistemi da comparare, erano di fatto tutte questioni di diritto interno.

In epoca medievale, poi, l'attenzione dei giuristi europei era rivolta quasi esclusivamente al diritto romano e a quello canonico, anche in questo caso la comparazione non trova un suo spazio autonomo e preciso.

In epoca moderna (secoli XVI-XVIII) si assiste effettivamente ad una comparazione, ma non nel senso moderno in cui noi la intendiamo: a partire dalla scuola di pensiero naturalista, secondo la quale il sistema giuridico perfetto avrebbe dovuto rispettare le leggi di natura, le leggi positive venivano comparate con questo sistema ideale e non con le norme positive di altri sistemi esistenti. È chiaro come questa non sia una comparazione modernamente intesa, ma più che altro un metodo per definire la giustizia o meno di un certo sistema (o legge) esistente sulla base di asserzioni teoriche sullo stato di natura e sul diritto naturale; leggi di natura che, esattamente come le leggi scientifiche, sarebbero vere a prescindere dal tempo e dal luogo.

Il 1800 è probabilmente il secolo della svolta, non perché sia questo il periodo nel quale si assiste alla fioritura definitiva del diritto comparato, ma piuttosto perché è questo il secolo nel quale vengono a crearsi le condizioni storiche, culturali e istituzionali che permisero la nascita e lo sviluppo della comparazione modernamente intesa.

Questo secolo, in primis, vide finalmente lo sviluppo e la promulgazione di veri e propri codici in quasi tutta l'Europa sotto la spinta delle rivoluzioni politiche e dei cambiamenti economici e sociali dovuti al grande sviluppo industriale dei paesi europei. In secondo

²⁶ A. Guarnieri, *Lineamenti di diritto comparato*, Milano, C.E.D.A.M., 2012

luogo aumentano esponenzialmente anche i rapporti economici e culturali tra gli stati come si può notare dall'aumento del commercio e dal successo delle esposizioni internazionali.

I codici sono stati fondamentali per rendere più chiari e stabili gli ordinamenti giuridici, prima troppo frammentati soprattutto nel sistema delle fonti, dando la possibilità di comprendere meglio il diritto interno sia ai cittadini che ai giuristi stranieri.

L'aumento dei commerci internazionali non porta solamente ad un aumento della ricchezza della classe borghese dei vari stati, ma implica inevitabilmente anche scambi di tipo culturali e la creazione di interessi comuni, che portano pian piano ad una vera e propria interdipendenza tra gli stati nazionali.

Queste condizioni storiche hanno fatto sì che l'800 fosse dunque il secolo in cui si misero le basi per la comparazione giuridica, la chiarezza e la stabilità degli ordinamenti giuridici e i rapporti economici, politici e culturali tra gli stati nazionali sembrano infatti le precondizioni per lo sviluppo di una disciplina comparatistica nell'ambito del diritto.

Non è un caso che sia proprio questo secolo che, seppur in maniera isolata, vede nascere le prime cattedre universitarie e le prime associazioni che trattano di diritto comparato, anche se in modo non abbastanza maturo da poter essere definita come comparazione in senso moderno.

In un periodo di pace, di prosperità e di grande rilevanza culturale come quello della belle époque, ancora una volta la Francia (e Parigi in particolare) si dimostra centro della vita artistica ed intellettuale: è qui, tra le altre cose, che nasce il diritto comparato inteso in senso moderno.

È proprio a Parigi, nel 1900, che viene organizzato il congresso internazionale di diritto comparato, dando lo slancio definitivo allo studio del diritto in ottica comparata.

Il clima culturale dell'epoca era molto propenso alla cooperazione internazionale e al superamento delle barriere giuridiche che portavano ad incomprensione e chiusura tra gli ordinamenti²⁷, prerogative condivise ma declinate in maniera diversa anche dai due giuristi organizzatori del congresso suddetto: Lambert e Saleilles.

²⁷ N. Brutti, *Diritto privato comparato. Letture interdisciplinari*, Torino, Giappichelli editore, 2019

Lambert aveva una visione utopistica della comparazione tale per cui “aspirava alla formazione di un diritto comune dell’umanità e sperava che la comparazione potesse portare alla cancellazione delle diversità tra le legislazioni, che dividono i popoli con lo stesso grado di civilizzazione e di sviluppo economico”²⁸, dall’altra parte Saleilles aveva un’idea forse troppo concreta, al punto che ha posto dei limiti restrittivi alla comparazione giuridica come disciplina: secondo lui la comparazione poteva essere utile all’individuazione di quel “core” comune che costituisce la base di tutti i sistemi giuridici esistenti.

Ovviamente il concetto di comparazione giuridica, e dunque il diritto comparato come disciplina scientifica, ha subito un’evoluzione importante dal quel momento in poi, trovando un suo spazio ben definito all’interno della scienza giuridica e sviluppando un metodo di comparazione raffinato e scientificamente apprezzabile.

In realtà, questo percorso di evoluzione della comparazione giuridica dal ‘900 in poi è stato lento e faticoso in ordine a varie ragioni storicamente definite:²⁹

- Un clima fortemente positivista e nazionalista fa sì che la maggior parte dei giuristi considerasse esclusivamente il proprio diritto interno, reputando la comparazione quale attività esotica, di nicchia, non veramente funzionale alla scienza giuridica. Soprattutto nei primi decenni del ‘900 la comparazione giuridica era quasi sinonimo di legislazione comparata, nel senso che venivano semplicemente giustapposte le disposizioni codicistiche di sistemi diversi, ignorando volontariamente la giurisprudenza e la dottrina, in piena conformità con il positivismo giuridico imperante³⁰;
- La contrapposizione ideologica tra i paesi socialisti (marxisti-leninisti) e quelli capitalisti ha portato ad una incomunicabilità tra i sistemi e tra i giuristi appartenenti agli stessi;
- Perplessità ulteriori si palesavano poi sulla comparabilità tra i sistemi occidentali economicamente sviluppati e i sistemi sottosviluppati o culturalmente troppo

²⁸ G. B. Portale, *Introduzione ai sistemi giuridici comparati*, Torino, Giappichelli editore, 2011

²⁹ A. Guarnieri, *Lineamenti di diritto comparato*, Milano, C.E.D.A.M., 2012

³⁰ G. B. Portale, *Introduzione ai sistemi giuridici comparati*, Torino, Giappichelli editore, 2011

distanti, insomma si reputavano comparabili solo quei paesi cristianizzati ed economicamente sviluppati, si poteva comparare solamente sistemi simili.

Questa idea, tra l'altro, creava una barriera anche nella comparazione tra i sistemi di common law e quelli di civil law³¹.

Nonostante gli esempi che contraddicono questa ricostruzione non manchino³², c'è da dire che questa resta vera per la grandissima parte dei giuristi almeno fino agli anni '80, periodo di definitiva affermazione della comparazione giuridica, anche grazie ad un documento quale le tesi di Trento, un vero e proprio manifesto scientifico della comparazione giuridica.

2.2 Riflessioni su oggetto e metodo della comparazione giuridica

Ancor prima di analizzare le questioni che riguardano il metodo, credo sia fondamentale avere una panoramica sugli obiettivi che i comparatisti si danno nello svolgimento della loro attività di ricerca.

Per far ciò, riprendendo la trattazione di Attilio Guarnieri³³, possiamo distinguere diverse scuole di pensiero che portano ad altrettante differenti finalità della comparazione giuridica moderna:

1. La prima idea, in senso cronologico, è che la comparazione sarebbe utile all'individuazione di quegli elementi comuni ad ogni sistema giuridico esistente, con il fine ultimo della creazione di un diritto comune dell'umanità. Come accennato sopra, questa visione era forte soprattutto agli albori della comparazione modernamente intesa, quando in un clima di pace e progresso come quello della belle èpoque c'era largo spazio per le visioni utopistiche.
2. Secondo un'altra tesi, invece, la comparazione servirebbe all'unificazione e/o all'uniformazione del diritto. Questa concezione della comparazione è riferibile alle teorie evoluzioniste, ora in gran parte abbandonate ma che agli albori del diritto

³¹ E. Vargas Weil, *Map and Territory in Comparative Law and Economics*, Global Journal of Comparative Law 11 (2022) 1-35, 2022

³² A. Guarnieri, *Lineamenti di diritto comparato*, Milano, C.E.D.A.M., 2012

³³ A. Guarnieri, *Lineamenti di diritto comparato*, Milano, C.E.D.A.M., 2012

comparato erano molto influenti³⁴, per le quali il diritto è il frutto di un continuo processo nel quale la norma “forte” rimane e la norma “debole” soccombe³⁵.

3. La tesi forse più condivisa tra i comparatisti è, invece, che la comparazione non ha altri scopi se non quello di aumentare le informazioni, sia qualitativamente che quantitativamente, sui sistemi giuridici di tutto il mondo e dunque, in ultima istanza, ha lo scopo generale di migliorare la conoscenza del diritto.

Questo orientamento, condiviso da molti approcci alle scienze sociali³⁶, sembra voler rivendicare la scientificità e l'autonomia della disciplina, evitando la soggezione della stessa ad un qualche scopo esterno ad essa.

4. Un'ulteriore visione considera il diritto comparato utile in quanto fornisce un insieme di materiali, modelli e prospettive esterne tali da essere motore di progresso e miglioramento dell'ordinamento interno.
5. Ultima, ma non per importanza, l'idea per la quale la comparazione giuridica deve porsi quale catalizzatrice della circolazione e della recezione dei modelli giuridici nei vari sistemi, funzione tanto più importante tanto più ci immergiamo in mondo globalizzato. Qui il diritto comparato, attraverso le logiche economiche, è incaricato della selezione delle norme o degli istituti giuridici più efficienti e anche dell'adattamento di questi istituti a dei sistemi giuridici diversi da quelli di origine.

Non sta a noi, comunque, giudicare quale dovrebbe essere la prospettiva più adeguata a definire gli obiettivi e la metodologia della comparazione giuridica, anche perché questo dipenderà soprattutto dalle caratteristiche soggettive di chi svolge effettivamente la ricerca (un accademico puro avrà tendenzialmente scopi diversi da quelli di un giurista che fa parte di istituzioni internazionali, come la Banca Mondiale).

Per ripercorrere a grandi linee quali siano le questioni principali che rilevano nella metodologia del diritto comparato ci rifacciamo alle cinque tesi di Trento accennate in precedenza e, commentandole, ne approfondiremo le principali.

³⁴ B. Du Laing, *Bio-Legal History, Dual Inheritance Theory and Naturalistic Comparative Law: On Content and Context Biases in Legal Evolution*, Symposium on evolutionary approaches to (comparative) law: integrating theoretical perspectives, Ghent, 2010

³⁵ A. Guarnieri, *Lineamenti di diritto comparato*, Milano, C.E.D.A.M., 2012

³⁶ A. Guarnieri, *Lineamenti di diritto comparato*, Milano, C.E.D.A.M., 2012

La prima tesi di Trento recita:

“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.”³⁷

Con la breve introduzione appena accennata sui possibili fini della comparazione, possiamo notare come i firmatari delle tesi di Trento si posizionino in accordo con la teoria per la quale la comparazione deve servire ad aumentare la conoscenza del diritto, certo non escludono che questa possa essere svolta anche con altri obiettivi, ma “l'acquisizione di una migliore conoscenza” si pone quale condizione necessaria e sufficiente per poter parlare di comparazione. Questa è sicuramente la concezione che rappresenta la *communis opinio* dei comparatisti³⁸, soprattutto quelli accademici, che hanno particolarmente a cuore la scientificità della disciplina.

La seconda tesi di Trento fa capire molto rispetto alle fonti su cui il metodo della comparazione si basa, palesando anche un forte legame con altre discipline sociali, in particolare con la storia:

“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.”

Dunque è rilevante notare che le fonti, per gli studi dei comparatisti, non si basano solo su eventi incontrovertibilmente veri, ma pure su declamazioni non necessariamente veritiere che, analizzate e contestualizzate, possono gettare luce ulteriore e nuovi punti di vista su un certo oggetto di studio.

La terza tesi, invece, marca una linea di confine che separa la comparazione giuridica da altre aree di ricerca, che potrebbero risultare sovrapponibili ad un occhio poco attento:

“La comparazione non produce risultati utili finché non si misurano le differenze che intercorrono fra i sistemi giuridici considerati. Non si fa comparazione finché ci si limita agli scambi culturali o all'esposizione parallela delle soluzioni esplicitate nelle diverse aree.”

³⁷ Tutte le tesi di Trento sono state prese da: G. Ajani, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, Giappichelli editore, 2006

³⁸ A. Guarnieri, *Lineamenti di diritto comparato*, Milano, C.E.D.A.M., 2012

Questa tesi riprende un punto fondamentale, anzi direi fondante, della comparazione giuridica, ossia la ricerca di similitudini e differenze tra i sistemi analizzati. Prima di tutto è da notare, come già accennato in precedenza, che c'è comparazione se e solo se l'analisi si basa su più di un sistema giuridico: se un giurista studia una o più branche del proprio diritto interno non c'è comparazione, come non c'è comparazione se quello stesso giurista si mette a studiare una o più branche di un sistema esterno, sarebbe semplicemente studio di un diritto straniero³⁹ (che per quanto importante, non è comunque comparazione).

L'altra questione è poi che la comparazione non deve mai limitarsi ad una semplice esposizione parallela di disposizioni che regolano fattispecie simili, ma deve piuttosto andare a fondo e ricercare le differenze e le similitudini che intercorrono tra le diverse discipline attraverso un'analisi a tuttotondo, che attraversi piani di analisi molteplici, cogliendo le interconnessioni tra diverse fonti ed istituti giuridici⁴⁰.

La quarta tesi si può vedere un po' come la continuazione della precedente, nel senso che ci indica cosa deve fare il comparatista per non scadere nella semplice giustapposizione di norme decontestualizzate, rivendicando la necessità di interpretare ogni disposizione all'interno di un contesto più ampio e complesso, che è il sistema giuridico.

“La conoscenza dei sistemi giuridici in forma comparativa comprende il controllo circa la coerenza dei vari elementi presenti in ogni sistema, dopo aver identificato e ricostruito questi stessi elementi. Essa si rivolge inoltre studio della genesi e degli effetti delle dissonanze identificate tra le diverse articolazioni del sistema.”

Il contesto si può definire come ciò di cui abbiamo bisogno per comprendere un enunciato, dopo che ne abbiamo determinato la struttura sintattica e di significato⁴¹.

Già solo riuscire a definire il significato delle norme giuridiche di sistemi esterni è uno sforzo non indifferente; la traduzione di disposizioni straniere richiede infatti uno sforzo interpretativo che non si limita soltanto alla mera trasposizione linguistica da lingua d'origine a lingua di destinazione, ma deve considerare anche il diverso significato giuridico che ad uno stesso termine viene attribuito nei diversi sistemi.

³⁹ G. Ajani, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, Giappichelli editore, 2006

⁴⁰ N. Brutti, *Diritto privato comparato. Letture interdisciplinari*, Torino, Giappichelli editore, 2019

⁴¹ G. Ajani, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, Giappichelli editore, 2006

Per fare un esempio⁴², si pensi al termine inglese *equity*, che per la comune origine dal latino “*aequitas*”, saremmo portati a tradurre come equità. Il comparatista deve però essere conscio del fatto che il termine *equity* rappresenta l’insieme delle figure e dei rimedi che sono stati prodotti quando ancora l’*equity* rappresentava un vero e proprio sistema giudiziale parallelo e concorrente a quello delle corti di Westminster, dunque ha un significato giuridico completamente diverso dall’istituto giuridico italiano “equità”, definita come criterio di giustizia del caso concreto e ammessa solo in determinati casi ammessi dalla legge (soprattutto davanti al giudice di pace).

Talvolta un istituto giuridico straniero può essere addirittura in traducibile e si rende necessario importare il termine o creare un neologismo per poterlo utilizzare anche nella lingua di destinazione.

Dunque, una volta portato avanti questo grosso lavoro di traduzione e interpretazione, il comparatista deve anche porre la propria attenzione sui fatti che influenzano il processo di decisione, come i testi normativi, le modalità del processo, le pronunce delle istituzioni, i modi di pensare delle comunità⁴³, insomma, tutti quegli elementi culturali e istituzionali che definiscono il contesto di un certo fatto giuridico.

La quinta e ultima tesi fornisce altre importanti indicazioni sul metodo della comparazione, in particolare la sua vocazione multidisciplinare.

“la comparazione non si limita alla conoscenza delle regole operative di un dato sistema giuridico, ma cerca di conoscere la valenza delle regole collocandole nel contesto istituzionale e culturale in cui sono applicate. Nel ricostruire il contesto istituzionale e culturale di ciascuna esperienza, la comparazione giuridica si avvale degli apporti delle altre scienze ed approfitta della maggiore potenza conoscitiva delle procedure comparative rispetto all’approfondimento consentito dal solo studio municipale. Pertanto la conoscenza giuridica non è monopolio del giurista appartenente al sistema considerato.”

La comparazione giuridica si avvale dunque in maniera funzionale di varie discipline come la psicologia, l’economia, l’antropologia, la sociologia, ecc. in base agli scopi che il comparatista stesso si propone nella sua ricerca.

⁴² N. Brutti, *Diritto privato comparato. Letture interdisciplinari*, Torino, Giappichelli editore, 2019

⁴³ G. Ajani, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, Giappichelli editore, 2006

Come suggerisce Ajani⁴⁴, l'approccio giuseconomico ha portato e può portare al diritto comparato una prospettiva estremamente utile, ma di questo ne parleremo approfonditamente nel prossimo capitolo.

⁴⁴ G. Ajani, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, Giappichelli editore, 2006

Diritto comparato ed economia, tendenze nuove e passate

In questo terzo ed ultimo capitolo andremo a capire, finalmente, come le due discipline che abbiamo osservato finora possano comunicare e reciprocamente contaminarsi per riceverne nuova linfa, rinvigorirsi e allargare i rispettivi orizzonti di ricerca.

“this could benefit Comparative Law in, at least, three ways. First, Law & Economics can provide Comparative Law with an idiom (i.e., the ‘tertium comparationis’) for comparing legal doctrines and institutions developed in different ‘local’ legal languages. Second, thanks to its ability to explain human behaviour, Law & Economics can also help comparative inquiries in finding and explaining the reasons behind the differences and similarities across jurisdictions. Third, Law & Economics can play a role in the normative evaluations intended by many comparative inquiries by offering a clear normative standard in the form of the promotion of efficiency.”⁴⁵

Quest’analisi muoverà dagli aspetti metodologici, in particolare analizzando il successo dell’approccio funzionale al diritto comparato, al caso dei merit goods di Calabresi, fino alle nuove tendenze della ricerca comparatistica e dell’economica, che potrebbero determinare un cambiamento rilevante sul ruolo che la comparazione riveste nelle scienze giuridiche.

3.1 Diritto comparato, approccio funzionale e law & economics

Come anticipato, il primo caso che ho deciso di trattare nel quale il diritto comparato e i paradigmi dell’approccio giuseconomico entrano in contatto è quello dell’approccio funzionale alla comparazione giuridica.

L’approccio funzionale è una delle principali metodologie della comparazione giuridica e, pur non essendo mai stato oggetto di grande riflessione da parte dei comparatisti stessi (concentrati più sull’oggetto della ricerca che sul metodo della stessa), vede il suo “manifesto” teorico in un solo capitolo dell’opera “An Introduction to Comparative Law” di Zweigert e Kötz⁴⁶.

A livello storico il funzionalismo nasce nell’ambito delle scienze sociali e, in particolare, dagli studi sociologici di Emile Durkheim⁴⁷ secondo il quale una società non si deve

⁴⁵ E. Vargas Weil, *Map and Territory in Comparative Law and Economics*, Global Journal of Comparative Law 11 (2022) 1-35, 2022

⁴⁶ E. Vargas Weil, *Map and Territory in Comparative Law and Economics*, Global Journal of Comparative Law 11 (2022) 1-35, 2022

⁴⁷ E. Durkheim, *Les Règles de la méthode sociologique*, Parigi, 1895

considerare come la somma degli individui che ne fanno parte, ma piuttosto come un'individualità separata con "psiche" propria. Per capire un fenomeno sociale bisogna considerare che questo ha una funzione legata ad un certo scopo sociale.

Trasposto nell'ambito giuridico, questa visione porta a considerare il diritto stesso in quanto fenomeno sociale che va osservato, in primis, nel rapporto che esso ha con un sistema più ampio, ossia la società globale⁴⁸.

Da quanto appena accennato si capisce come il metodo funzionale della comparazione giuridica si inserisce appieno in quel filone di pensiero che si oppone al positivismo giuridico, che imperava anche nel diritto comparato dei primi '900 e che riduceva il diritto alle norme scritte, senza curarsi del rapporto tra il diritto e il contesto di cui esso fa parte.

L'approccio funzionale si basa dunque su tre ipotesi⁴⁹:

1. Le istituzioni giuridiche, in quanto fenomeni sociali, hanno delle funzioni;
2. queste funzioni sono legate a degli scopi sociali, cioè risolvere determinati problemi presenti nelle società;
3. Si possono comparare in maniera utile le istituzioni che svolgono funzioni equivalenti;

Se le prime due asserzioni possono essere direttamente dedotte dalla teoria sociologica funzionalista, l'ipotesi veramente innovativa è la terza, per la quale la comparazione si muove ricercando quelle istituzioni che, in sistemi diversi, svolgono funzioni uguali.

Il punto di partenza per il comparatista funzionale sta proprio, come indicato da Zweigert e Kötz, nella "praesumptio similitudinis", ossia la presunzione per cui sistemi giuridici diversi danno soluzioni uguali o molto simili agli stessi problemi della vita, nonostante le grandi differenze nel loro sviluppo storico, struttura concettuale e stile di funzionamento⁵⁰. È da sottolineare come gli stessi autori applichino la presunzione solo al diritto privato apolitico, che esclude quelle questioni fortemente influenzate da giudizi di valore e imperativi morali come il diritto di famiglia e il diritto successorio.

⁴⁸ A. Somma, *Metodi e scopi della comparazione giuridica nelle decisioni delle corti*, Roma, 2008

⁴⁹ E. Vargas Weil, *Map and Territory in Comparative Law and Economics*, Global Journal of Comparative Law 11 (2022) 1-35, 2022

⁵⁰ K. Zweigert e H. Kötz, *Introduzione al diritto comparato*, trad. italiana di B. Pozzo, Milano, Giuffrè editore, 1998

Per spiegare il metodo nella sua interezza faccio riferimento all'ottima analisi di Weil⁵¹ che, riprendendo principalmente le parole di Zweigert e Kötz, ci indica come:

“dopo aver formulato la domanda di ricerca e scelto i sistemi giuridici da confrontare, il ricercatore deve riportare la risposta di ogni sistema giuridico, rendendone conto nei loro termini e spiegando perché ciascun sistema ha raggiunto una determinata soluzione, esplorando tutti i campi delle scienze sociali. Il passo successivo è costruire un sistema con la propria sintassi e vocabolario, in grado di abbracciare istituzioni giuridiche piuttosto eterogenee che sono funzionalmente confrontabili. La fase finale è la valutazione critica dei risultati, ossia la valutazione di quale sia "la miglior soluzione". Perché il comparatista dovrebbe assumersi questo compito non è completamente chiaro. In effetti, Rabel era piuttosto scettico sulla possibilità del metodo funzionale di fare giudizi normativi, ma l'insistenza di Zweigert e Kötz sul fatto che i giuristi comparatisti sono nella migliore posizione per questa valutazione ha saldamente posto questo obiettivo all'interno della struttura del metodo.”

Quel che ci si propone attraverso il confronto di istituti giuridici con funzione equivalente è di riuscire a separare gli elementi essenziali da quelli accidentali, individuando le cause delle differenze e, infine, di studiarne l'operatività nel contesto dell'ambiente sociale in cui il sistema legale opera⁵². È un grosso lavoro che si concentra non tanto sulle norme ma sui loro effetti, che non s'interessa delle dottrine e degli argomenti sottostanti ma piuttosto degli eventi che effettivamente accadono, è un approccio fattuale che guarda al *law in action* piuttosto che al *law in books*⁵³.

Come accennato da Weil nella citazione proposta in precedenza, l'approccio funzionale ha finito per assumere pure un ruolo di normativo, andando a definire quale tra le norme oggetto di comparazione dovrebbe essere la “migliore”. Questo fatto, probabilmente, è dovuto alla tendenza dei comparatisti funzionali all'unificazione e/o all'uniformazione del diritto, quindi con una prospettiva integrativa⁵⁴ della comparazione. Di per sé, però, un approccio basato sull'idea che sistemi giuridici diversi creano risposte uguali (o molto simili) a problemi uguali, non è dotato di un vero e proprio strumento interno di analisi che possa svolgere un ruolo valutativo delle norme giuridiche e, dunque, si palesa la necessità di strumenti esterni che possano svolgere questo ruolo con un'ottica imparziale, esterna ad entrambe le norme e ad entrambi i contesti, serve insomma un *tertium comparationis* adeguato a questo particolare scopo.

⁵¹ E. Vargas Weil, *Map and Territory in Comparative Law and Economics*, traduzione mia, *Global Journal of Comparative Law* 11 (2022) 1-35, 2022

⁵² P. Iswara Bhat, *Comparative Method of Legal Research: Nature, Process and Potentiality*, *Journal of the Indian Law Institute*, April-June 2015, Vol. 57, No. 2, pp. 147-173

⁵³ N. Brutti, *Diritto privato comparato. Letture interdisciplinari*, Torino, Giappichelli editore, 2019

⁵⁴ N. Brutti, *Diritto privato comparato. Letture interdisciplinari*, Torino, Giappichelli editore, 2019

Tra tutti i possibili contendenti per questo ruolo, i paradigmi metodologici e l'essenza stessa dell'approccio di Law & Economics lo hanno reso lo strumento forse più adeguato per rispondere a quell'esigenza di strumenti di misurazione, controllo e valutazione dei risultati⁵⁵ che porta con sé l'approccio funzionalista.

Oltre alla complementarità che sembrerebbe caratterizzare le due discipline, un ulteriore punto di contatto tra diritto comparato e Law & Economics è l'attenzione da parte di entrambi al confronto istituzionale. È stato proprio Coase, attraverso il teorema richiamato nel primo capitolo, a porre l'attenzione dell'analisi economica sui costi transattivi, ossia quegli "ostacoli" che un certo sistema pone negli scambi tra soggetti.

Partendo dall'analisi delle istituzioni esistenti, Coase dimostra come sia estremamente irrealistico basarsi su modelli a costi transattivi nulli, ponendo invece il focus della ricerca nel trovare la configurazione delle istituzioni che massimizzi la ricchezza nel mondo reale (ossia quell'assetto istituzionale che minimizzi i costi transattivi). Coase ha poi esplicitamente dichiarato la desiderabilità di affrontare i problemi economici e le questioni di politica economica confrontando diverse strutture istituzionali⁵⁶.

Anche da questo breve spunto sui costi transattivi si può ben comprendere perché un approccio basato quasi esclusivamente su modelli teorici neoclassici come quello dell'EAL non possa essere adeguato allo scopo della comparazione giuridica, mentre un approccio come quello di L&E, più attento alla realtà dei fatti, aperto alla ricerca multidisciplinare e al miglioramento dell'economia, è uno strumento che potenzialmente potrebbe dare un grosso contributo alla comparazione giuridica e all'economia stessa!

Compreso in che misura il diritto comparato e L&E possono comunicare dal punto di vista metodologico, prima di tirare le somme bisogna anche considerare le differenze che intercorrono tra i due approcci e capire se, alla luce di queste, ci si possa aspettare un legame strutturale, cioè delle connessioni, oppure delle semplici interferenze talvolta indirette e addirittura involontarie.

⁵⁵ G. Ajani, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, Giappichelli editore, 2006

⁵⁶ E. Vargas Weil, *Map and Territory in Comparative Law and Economics*, *Global Journal of Comparative Law* 11 (2022) 1-35, 2022

Quando parliamo di diritto comparato e Law & Economics possiamo distinguere, rispettivamente, due diverse tendenze: ad approfondire e a schematizzare.

Come abbiamo visto il diritto comparato svolge una ricerca estremamente approfondita, non limita la propria comprensione del diritto alla norma scritta, ma lo studia a partire da prospettive multidisciplinari per capirne a fondo il contesto culturale e istituzionale e per individuarne il ruolo rispetto al contesto stesso. La conoscenza che ne deriva sarà dunque estremamente approfondita e puntuale, ma ciò implicherà una grande complessità.

Anche il metodo di Law & Economics non limita la conoscenza del diritto alla semplice norma positiva ma si propone piuttosto di analizzarlo nella sua concreta applicazione, rappresentandolo in dei modelli economici stilizzati, dunque intuitivi e facili da comprendere ma che, per contro, implicano un'importante perdita di informazioni rispetto ad un'analisi densa come quella del diritto comparato. È da notare che l'approccio giuseconomico non ha mai voluto analizzare la realtà giuridica attraverso dei modelli econometrici, ossia in base a formalismi matematici, quanto piuttosto attraverso la logica e i concetti economici⁵⁷.

Dunque verrebbe da pensare che, proprio a causa di queste profonde differenze di metodo, diritto comparato e L&E debbano avere un dialogo difficile, quasi impossibile. Sbagliato! Le diverse (e opposte) inclinazioni ad approfondire e a schematizzare possono essere combinate metodologicamente, sfruttando i punti di forza dell'uno e dell'altro approccio. Weil osserva come il diritto comparato, grazie all'approccio funzionale e all'attenzione verso il *law in action*, è particolarmente adeguato a individuare quali siano gli equivalenti funzionali nei diversi sistemi giuridici e, inoltre, riesce a operare una descrizione approfondita del contesto giuridico ed extra-giuridico che influenzano le norme e gli istituti oggetto di comparazione. L&E invece, grazie alla capacità dei concetti economici di rappresentare in modo sintetico la realtà sociale, entrerebbe in gioco nel metodo funzionale della comparazione soprattutto nel momento della definizione della domanda di ricerca, che richiede una riduzione della complessità per essere chiara e

⁵⁷ E. Vargas Weil, *Map and Territory in Comparative Law and Economics*, Global Journal of Comparative Law 11 (2022) 1-35, 2022

comprensibile. Inoltre, come già accennato in precedenza, L&E rappresenta forse il miglior standard per definire la preferibilità di un istituto rispetto ad un altro⁵⁸.

Se a livello teorico sembra tutto molto promettente, bisogna sempre fare i conti con la realtà, e questa ci dice che i concetti economici non sempre riescono a tradurre e studiare in maniera fedele i fatti sociali; inoltre non ci si può affidare completamente ad una valutazione economica delle norme per definire quella “migliore”, come del resto riconosce lo stesso Calabresi.

Insomma, se da una parte l'applicazione dell'approccio economico nella comparazione delle istituzioni giuridiche può fornire una maggiore chiarezza e razionalità nell'analisi delle funzioni e dei risultati delle norme, dall'altra è importante utilizzarlo in modo complementare ad altre prospettive e tenere sempre presente la complessità e la diversità dei sistemi giuridici; l'approccio di L&E, anche se usato in maniera ancillare, ha comunque il vantaggio di riuscire a rendere chiari i costi delle preferenze distributive dei vari sistemi giuridici.

3.2 I costi morali e il diritto comparato

Nel suo libro “Il futuro del Law and Economics” Calabresi argomenta come la ricerca di L&E, in prospettiva futura, sarà tanto più rilevante e feconda quanto più si concentrerà in aree dove le controversie su obiettivi e strumenti per realizzarli diventano più visibili⁵⁹; tra queste “aree grigie” si inseriscono a pieno titolo, e forse in maniera preponderante, i cosiddetti *merit goods*.

La definizione di *merit goods*, in italiano beni meritori, nasce da una riflessione proposta da due importantissimi economisti statunitensi come Musgrave e Tobin verso la fine degli anni '50, che coniarono il termine per riferirsi a quei beni privati che, se consumati da un certo individuo, realizzano degli effetti benefici verso altri individui o verso la collettività; essendo beni privati, dunque escludibili e rivali, sono affidati tendenzialmente alle regole del mercato il quale però non riesce a tenere in giusta considerazione le esternalità dovute

⁵⁸ E. Vargas Weil, *Map and Territory in Comparative Law and Economics*, Global Journal of Comparative Law 11 (2022) 1-35, 2022

⁵⁹ G. Bellantuono, *Costi morali e diritto comparato*, La rivincita del diritto: studi in onore di Guido Calabresi, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020

al consumo dei beni stessi⁶⁰. L'altra faccia della medaglia sono invece i *merit bads*, beni privati che producono esternalità negative verso individui o verso la collettività, anch'essi non adeguatamente considerati da logiche di mercato.

Calabresi, per quanto d'accordo sull'esistenza di beni non conformabili alle logiche del mercato, ritiene la definizione di Musgrave e Tobin poco utile⁶¹ a scopi pratici. Ciò che Calabresi adduce è che ogni singola decisione individuale rispetto qualsiasi bene crea, in realtà, esternalità sia positive che negative ed è proprio attraverso il mercato, come dimostrato da Coase, che gli individui tendono a ridurre o eliminare le esternalità stesse (sulla base anche dell'entità dei costi transattivi).

Viene dunque da chiedersi quali dovrebbero essere queste esternalità che determinano l'appartenenza alla particolare categoria dei beni meritori. Sempre riportando il pensiero del giurista italo-americano, i *merit goods* possono essere divisi in due gruppi⁶²:

- Quei beni verso i quali la determinazione di un prezzo diventa costosa o non desiderabile per la società (o per buona parte di essa);
- Quei beni verso i quali non è costosa tanto la determinazione di un prezzo quanto piuttosto l'allocazione secondo le logiche di mercato, ossia è doloroso che i ricchi ne abbiano un accesso maggiore o quasi esclusivo ai danni dei poveri;

Ovviamente molti beni meritori che fanno parte sia del primo che del secondo gruppo, ma molti altri appartengono in maniera preponderante all'uno o all'altro.

Risulta evidente dalla definizione data da Calabresi come i costi a cui lui si riferisce non sono in realtà costi economici, dunque passibili di valutazione economica, ma sono costi morali, i beni meritori producono quindi delle esternalità che non implicano un pregiudizio economico ma piuttosto una sofferenza psicologica; ecco quale dovrebbe essere la discriminante, secondo Calabresi, per definire l'appartenenza alla categoria dei beni meritori: il costo delle esternalità dev'essere morale!

⁶⁰ G. Bellantuono, *Costi morali e diritto comparato*, La rivincita del diritto: studi in onore di Guido Calabresi, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020

⁶¹ G. Calabresi, *Il futuro del Law and Economics*, trad. italiana di D. Maltese, Milano, Giuffrè editore, 2018

⁶² G. Calabresi, *Il futuro del Law and Economics*, trad. italiana di D. Maltese, Milano, Giuffrè editore, 2018

Il concetto di bene meritorio è così rilevante nel pensiero di Calabresi perché rappresenta una categoria di beni a cui la società attribuisce un valore morale che rende impraticabile una valutazione economica, la consapevolezza dell'esistenza di questi beni è uno dei motivi che porta l'approccio di L&E lontano dall'idea di giustizia come efficienza.

Il comportamento individuale nelle scelte che riguardano questi beni non può assolutamente essere ricondotto alla teoria della scelta razionale, ed è per questo che Calabresi invita i giuristi e gli economisti in generale ad approfondire la ricerca sui beni meritori.

“l'analisi dei costi morali non può essere condotta partendo da una nozione restrittiva di bene meritorio. Analizzare i costi morali serve a riconoscere le situazioni in cui le preferenze individuali sono interdipendenti, e cioè proprio le situazioni che mercato e regolazione governano con enormi difficoltà.”⁶³

L'interdipendenza delle scelte individuali è dovuta proprio a quell'influenza morale che la società proietta sui singoli individui e che rende accettabile, ad esempio, la perdita di valore di immobili che si trovano nelle vicinanze dei vecchi campi di concentramento nazisti, ora musei, in Polonia, Austria e Germania⁶⁴. La perdita di queste testimonianze, rappresentanti di un periodo storico così buio e tragico, non può avvenire attraverso una semplice logica economica-utilitaristica.

Non c'è nulla di intrinsecamente diverso tra un vecchio campo di concentramento nazista e un centro commerciale, anzi sicuramente quest'ultimo sarebbe economicamente preferibile, ma è il valore morale che la società attribuisce all'uno e all'altro che fa la differenza, rendendo incalcolabile economicamente il valore di siti storici che hanno ospitato così tante storie, così tanto dolore e che preservano una memoria storica troppo fragile per poter essere trattata come semplice merce; citando Calabresi, i beni meritori sono “perle senza prezzo”⁶⁵.

Uno dei punti focali nella riflessione di Calabresi attorno ai *merit goods* è il tipo di struttura che viene utilizzata per governare i beni stessi: se è vero che una struttura di

⁶³ G. Bellantuono, *Costi morali e diritto comparato*, La rivincita del diritto: studi in onore di Guido Calabresi, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020

⁶⁴ N. Brutti, *Diritto privato comparato. Letture interdisciplinari*, Torino, Giappichelli editore, 2019

⁶⁵ G. Calabresi, *Il futuro del Law and Economics*, trad. italiana di D. Maltese, Milano, Giuffrè editore, 2018

mercato per l'allocazione dei *merit goods* è dolorosa, è altrettanto vero che l'attribuzione di un valore rimane dolorosa anche se a farlo è il governo attraverso meccanismi autoritativi; il costo psicologico rimane ed è reale tanto quanto il costo economico!

Alcuni beni meritori provocano costi morali più elevati se si utilizzano solamente logiche di mercato, altri quando verrà applicata una decisione autoritativa pura, in ogni caso i sistemi giuridici tendono piuttosto ad utilizzare delle strutture modificate⁶⁶ (ossia dei sistemi allocativi nei quali coesistono le logiche di mercato e quelle autoritative, in varie misure) che tendano alla minimizzazione dei costi morali.

Per individuare la rilevanza dei costi morali Calabresi propone proprio l'analisi della realtà giuridica: laddove in un sistema giuridico esistano strutture modificate per la distribuzione di un bene meritorio è probabile che a quest'ultimo la società attribuisca un alto costo morale. Ma vien subito da chiedersi se è nato prima l'uovo o la gallina, ossia se sono le istituzioni giuridiche a influenzare la società nell'attribuzione dei valori morali o se, viceversa, siano effettivamente i valori morali condivisi a plasmare le istituzioni giuridiche; è qui che entra in gioco il diritto comparato.

L'analisi comparatistica è funzionale sia all'individuazione dei costi morali che alla comprensione del rapporto tra quest'ultimi e le istituzioni giuridiche esistenti.

“Analizzare i costi morali richiede strumenti che consentano di riconoscerne la rilevanza e di selezionare le strutture giuridiche più adatte a governarli. In questo contributo si è proposto di utilizzare una prospettiva comparatistica per affrontare entrambe le difficoltà metodologiche.

Quanto alla valutazione della rilevanza dei costi morali, un'indagine comparata può essere organizzata in tre fasi: confronto fra entità dei costi transattivi e dei costi morali, identificazione dei fattori che favoriscono o ostacolano il riconoscimento dei costi morali, raccolta di dati empirici che confermino la loro rilevanza. Quanto alla selezione delle strutture giuridiche modificate, un'indagine comparata può servire a stabilire quali soluzioni istituzionali sono disponibili e le loro complementarità.”⁶⁷

Questa prospettiva conferma uno dei punti più caratteristici dell'approccio di Law & Economics, ossia la parità gerarchica che deve guidare un approccio interdisciplinare come quello giuseconomico.

Quello dei *merit goods* è uno di quei casi citati in precedenza per i quali la conoscenza giuridica, ed in particolare grazie all'analisi comparatistica, può diventare un punto di

⁶⁶ G. Calabresi, *Il futuro del Law and Economics*, trad. italiana di D. Maltese, Milano, Giuffrè editore, 2018

⁶⁷ G. Bellantuono, *Costi morali e diritto comparato*, La rivincita del diritto: studi in onore di Guido Calabresi, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020

partenza fondamentale per lo sviluppo di un'analisi economica che non sia basata unicamente su valutazioni di efficienza economica, ma che riesca piuttosto a includere nella ricerca anche quell'insieme di considerazioni valoriali che incidono nelle scelte individuali, introducendo dunque lo studio dei costi morali oltre a quelli economici.

3.3 *Economia comportamentale: nuovi spunti per diritto comparato e L&E?*

Sia il movimento di Law & Economics che il diritto comparato sono estremamente interessati e attenti allo sviluppo, ormai in atto da decenni, di una nuova branca dell'economica detta *behavioral economics* o, in italiano, economia comportamentale.

“Like conventional neoclassical economics, behavioural economics is concerned with economically relevant human behaviour. The latter, however, explicitly focuses on real observed human behaviour.”⁶⁸

L'obiettivo degli economisti comportamentali sarebbe, dunque, quello di basare l'analisi economica su osservazioni empiriche piuttosto che su un apparato di ipotesi (in aperto contrasto metodologico con la teoria neoclassica). La ricerca si concentra in particolare sullo studio dei comportamenti umani concreti, molto spesso diametralmente opposti rispetto ai comportamenti che si sarebbero attesi assecondando la teoria della scelta razionale.

Esattamente come L&E e come il diritto comparato, l'economia comportamentale ha nella sua essenza metodologica una forte multidisciplinarietà con le altre scienze sociali e, in particolare, con la psicologia. In realtà, come evidenziato da Thaler⁶⁹, la consapevolezza che la psicologia giocasse un ruolo cruciale nella comprensione dell'economia era nota a gran parte degli economisti più rilevanti già a cavallo tra i secoli XIX e XX, con Pareto che affermò come:

“The foundation of political economy, and, in general of every social science, is evidently psychology. A day may come when we shall be able to decide the laws of social science from the principles of psychology.”

⁶⁸ B. Du Laing e J. De Coninck, *Comparative law, behavioural economics and contemporary evolutionary functionalism*, abstracts of XXVI Annual Conference European Association of Law and Economics, 10–10, 2009

⁶⁹ R.H. Thaler, *Behavioral Economics: Past, Present, and Future*, American Economic Review vol. 106, no. 7, July 2016

Oppure, in modo ancor più radicale, John Maurice Clark scrisse:

“The economist may attempt to ignore psychology, but it is sheer impossibility for him to ignore human nature ... If the economist borrows his conception of man from the psychologist, his constructive work may have some chance of remaining purely economic in character. But if he does not, he will not thereby avoid psychology. Rather, he will force himself to make his own, and it will be bad psychology.”⁷⁰

Il fatto che Calabresi abbia più volte espresso interesse verso lo sviluppo della ricerca dell'economia comportamentale non deve stupire: la *behavioral economics* condivide con L&E un approccio multidisciplinare che implica una rivisitazione della teoria economica mainstream nei casi in cui questa non sia aderente alla realtà analizzata.

Negli ultimi anni è venuta infatti a crearsi una nuova corrente giuseconomica che prende il nome di *behavioral law and economics*, una ricerca che punta ad una valutazione più affidabile degli effetti che le norme giuridiche avrebbero nella società, unendo alla microeconomia anche i concetti della psicologia cognitiva. Il punto di partenza è sempre e comunque lo studio del comportamento individuale, che secondo gli esponenti di questo movimento non può e non deve essere ridotto alla teoria della scelta razionale.

È solo unendo i concetti economici con quelli psicologico-cognitivi che si potrebbe arrivare ad una rappresentazione realistica del comportamento dell'individuo rispetto all'emanazione o al rispetto di una certa norma, sarebbe questa prospettiva che permette di svolgere un'analisi il più aderente possibile alla realtà per arrivare ad una valutazione coerente delle norme giuridiche.

Ancor più interessante è vedere come l'economia comportamentale, regalando nuove prospettive al L&E, possa impreziosire ancor di più quel legame discusso in precedenza tra il metodo funzionale del diritto comparato e l'approccio giuseconomico.

L'introduzione dell'economia comportamentale permetterebbe, secondo De Coninck e Du Laing⁷¹, di risolvere uno dei problemi che vengono attribuiti al metodo funzionale: l'assunzione dell'universalità dei problemi a cui il diritto risponderebbe.

⁷⁰ Citazioni prese da R.H. Thaler, *Behavioral Economics: Past, Present, and Future*, American Economic Review vol. 106, no. 7, July 2016

⁷¹ B. Du Laing e J. De Coninck, *Comparative law, behavioural economics and contemporary evolutionary functionalism*, abstracts of XXVI Annual Conference European Association of Law and Economics, 10–10, 2009

Come detto in precedenza i comparatisti funzionali basano la loro ricerca sul presupposto che sistemi giuridici diversi danno soluzioni uguali o molto simili agli stessi problemi della vita, ma questo implica un'universalità dei problemi; molti critici sostengono invece che i bisogni umani sono condizionati dal loro ambiente, la natura universale dei problemi sociali è un'illusione, alimentata dall'incapacità dell'osservatore di vedere altre società senza la lente della propria cultura, tipicamente occidentale⁷².

Questa critica è sicuramente fondata e puntuale e, in effetti, i comparatisti funzionali moderni hanno cambiato prospettiva, separando il funzionalismo dall'universalismo.

Già l'introduzione di L&E ha aiutato proficuamente il diritto comparato a colmare tale lacuna, in quanto la ricerca giuseconomica è particolarmente adatta a individuare i problemi sociali e a contestualizzarli nel sistema giuridico (dunque è utilissima nella definizione della domanda di ricerca), con l'introduzione dei concetti dell'economia comportamentale si riuscirebbe inoltre a superare definitivamente quella diffidenza che i comparatisti culturalisti hanno verso il metodo funzionale.

“We consider behavioural economics to be of considerable interest for functionalist legal comparatists hoping to move beyond mere beliefs in the universality of human behaviour and societies. At the very least, the findings of behavioural economics could be employed in establishing legally sufficiently neutral and empirically informed standards of comparison. The somewhat more recent interest this line of research has taken with the cultural variability of the behaviours it studies, holds an even greater potential for legal comparatists. For one, on a general level, these findings challenge the long lasting quest by legal comparatists for finding fixed standards of comparisons. Moreover, as this research is developing, it attests to the feasibility of relating the cross-culturally obtained data from behavioural economics with more specified macro-level institutional variables, which can involve features pertaining to the legal systems of the cultures studied.”⁷³

L'economia comportamentale riuscirebbe a spostare la ricerca comparatistica funzionale verso dei binari più aderenti alla realtà, evitando di affidarsi a delle ipotesi di partenza irrealistiche che, se da un lato semplificano la metodologia di ricerca, dall'altro rendono la ricerca talvolta incoerente coi fenomeni analizzati.

La maggior attenzione alla variabilità culturale che la *behavior economics* apporterebbe al metodo funzionalista potrebbe dunque dipanare la strada e mettere d'accordo gran

⁷² E. Vargas Weil, *Map and Territory in Comparative Law and Economics*, Global Journal of Comparative Law 11 (2022) 1-35, 2022

⁷³ B. Du Laing e J. De Coninck, *Comparative law, behavioural economics and contemporary evolutionary functionalism*, abstracts of XXVI Annual Conference European Association of Law and Economics, 10–10, 2009

parte dei comparatisti, facendo venir meno le differenze metodologiche e ideologiche tra funzionalisti e culturalisti.

Conclusioni

Credo ormai si sia in possesso di una buona quantità di informazioni per permettersi di rispondere alla domanda: ci sono o ci possono essere connessioni e interferenze tra diritto comparato e Law & Economics?

I due termini “connessioni” e “interferenze” presenti nella domanda implicano una differenza sottile ma sostanziale nel modo in cui il diritto comparato e L&E si rapportano; mentre connessioni implica un tipo di relazione molto forte, quasi strutturale tra due termini, le interferenze rimandano a dei collegamenti più effimeri, indiretti e magari anche accidentali.

Ciò che è emerso dagli approfondimenti sul metodo funzionale del diritto comparato e dello studio dei *merit goods* di Calabresi è che esistono già delle linee di ricerca, portate avanti da svariati studiosi e scuole di pensiero, che mirano a integrare in maniera organica e strutturale le due discipline, o perlomeno parti di esse. Le connessioni sono possibili e già esistono!

Quel che invece ci ha fatto notare il veloce excursus sull'economia comportamentale è come le nuove tendenze di studio in una determinata in un campo di ricerca si propagano in maniera molto veloce anche ad altre discipline, portando nuove prospettive e nuovi strumenti utili a migliorarne la ricerca. Questa facilità di contaminazione tra varie aree di ricerca diverse tra loro, comunque, si inserisce in una prassi metodologica che fa della multidisciplinarietà una delle sue colonne portanti.

Quel che ritengo essere, in ultima analisi, il contributo principale di questa trattazione è l'affermazione che una prospettiva di ricerca non eccessivamente ideologizzata, che è quindi aperta a mettere in discussione ed eventualmente riformulare le ipotesi che guidano la ricerca stessa, è auspicabile in quanto aperta ad ogni critica e ad ogni miglioria. È scontato che la maggior parte dei ricercatori abbia dei bias caratteristici sulla base della disciplina di competenza: così un economista, un sociologo, uno psicologo e un giurista avranno tendenzialmente quattro letture diverse di uno stesso fenomeno.

Così a prima vista questo fatto potrebbe anche sembrare un problema, ma ritengo sia piuttosto il sano frutto della sofisticazione a cui gran parte delle scienze sociali sono arrivate e una risorsa fondamentale per la ricerca sociale stessa.

Per far progredire le scienze sociali non bisogna tanto rincorrere i metodi e le impostazioni delle scienze naturali quanto piuttosto valorizzare le discipline esistenti con un'ottica multidisciplinare; da questo punto di vista Calabresi ha segnato la strada verso un tipo di collaborazione paritaria tra discipline che sembrava prima impensabile.

L'idea che deve guidare la ricerca sociale è la consapevolezza della fallibilità di qualsiasi disciplina, ciò implica la necessità di ricorrere a conoscenze delle altre scienze sociali che apportino metodologie e prospettive diverse (talvolta persino opposte) ma che, come dimostrato dal caso di Law & Economics e del diritto comparato, possono arricchire la ricerca in maniera sensibile.

Credo che tutto ciò che è stato discusso fino ad ora renda palese l'importanza della multidisciplinarietà come elemento metodologico per sviluppare nuove aree di studio e nuove prospettive che possano arricchire la ricerca anche delle singole scienze sociali.

Bibliografia

G. Bellantuono e U. Izzo (a cura di), *Il rapporto tra diritto, economia e altri saperi: la rivincita del diritto*. Atti della Lectio Magistralis di Guido Calabresi. Facoltà di Giurisprudenza. Trento, 24 ottobre 2019.

K. R. Popper, *Miseria dello storicismo*, trad. italiana di C. Montaleone, Milano, Feltrinelli, 2019

G. Calabresi, *Il futuro del Law and Economics*, trad. italiana di D. Maltese, Milano, Giuffrè editore, 2018

P. Pardolesi, *Profili comparatistici di analisi economica del diritto privato*, Bari, Cacucci editore, 2015

F. Cosentino, *Analisi economica del diritto: ritorno al futuro?*, Il Foro Italiano, 1990, Vol. 113, parte quinta: monografie e varietà (1990), pp. 153/154-163/164

R. Artoni e C. Devillanova, *Riflessioni sul rapporto tra economia e diritto*, Il Mulino – Rivisteweb, Fascicolo 2, 2013

F. Denozza, *Aggregazioni arbitrarie v. 'tipi' protetti: la nozione di benessere del consumatore decostruita*, "Giurisprudenza commerciale", Volume: 36, Fascicolo: 6, pp. 1057-1086, 2009

D. Canale, *Forme e usi della law and economics*, Il Mulino – rivistaweb, Fascicolo 2, 2013

K. G. Dau-Schmidt, C. L. Brun, *Lost in Translation: The Economic Analysis of Law in the United States and Europe*, 2006

K. Zweigert e H. Kötz, *Introduzione al diritto comparato*, trad. italiana di B. Pozzo, Milano, Giuffrè editore, 1998

A. Guarnieri, *Lineamenti di diritto comparato*, Milano, C.E.D.A.M., 2012

N. Brutti, *Diritto privato comparato. Letture interdisciplinari*, Torino, Giappichelli editore, 2019

G. B. Portale, *Introduzione ai sistemi giuridici comparati*, Torino, Giappichelli editore, 2011

E. Vargas Weil, *Map and Territory in Comparative Law and Economics*, *Global Journal of Comparative Law* 11 (2022) 1-35, 2022

B. Du Laing, *Bio-Legal History, Dual Inheritance Theory and Naturalistic Comparative Law: On Content and Context Biases in Legal Evolution*, Symposium on evolutionary approaches to (comparative) law: integrating theoretical perspectives, Ghent, 2010

E. Durkheim, *Les Règles de la méthode sociologique*, Parigi, 1895

A. Somma, *Metodi e scopi della comparazione giuridica nelle decisioni delle corti*, Roma, 2008

P. Isbwaru Bhat, *Comparative Method of Legal Research: Nature, Process and Potentiality*, *Journal of the Indian Law Institute*, April-June 2015, Vol. 57, No. 2, pp. 147-173

G. Bellantuono, *Costi morali e diritto comparato*, La rivincita del diritto: studi in onore di Guido Calabresi, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020

B. Du Laing e J. De Coninck, *Comparative law, behavioural economics and contemporary evolutionary functionalism*, abstracts of XXVI Annual Conference European Association of Law and Economics, 10–10, 2009

R.H. Thaler, *Behavioral Economics: Past, Present, and Future*, *American Economic Review* vol. 106, no. 7, July 2016