



## LO SVILUPPO ATTRAVERSO IL DIRITTO AI TEMPI DELLA CRISI: TEORIE COMPARATISTICHE NELLA COSTRUZIONE DI UN ORDINE GIURIDICO GLOBALE

FILIPPO VIGLIONE

SOMMARIO: 1. Sulla necessità di considerare i contenuti concreti della globalizzazione. – 2. Modelli di sviluppo giuridico e modelli di evoluzione culturale. – 3. Le tre fasi di sviluppo del *Law and development* e il ruolo della comparazione giuridica. – 4. *Law and development* oggi: il nuovo metodo comparatistico quantitativo al servizio delle *legal aid agencies*. – 5. Come opera in concreto il *legal aid* ai paesi in via di sviluppo: flussi di denaro *vs* flussi giuridici. – 6. Alle radici dello sviluppo giuridico: matematica e funzionalismo. – 7. Le critiche alla *legal origins theory*. – 8. Le crisi economiche e i riflessi sulle teorie giuridiche.

1. Nel dibattito comparatistico contemporaneo assistiamo da tempo ad un interesse crescente per lo studio degli assetti geo-politici della globalizzazione, idonei ad incidere sulla circolazione delle regole giuridiche.

Una particolare attenzione viene prestata agli spazi conquistati dalla normazione uniforme su scala globale, che cessa di autolimitarsi al settore del commercio internazionale, e penetra in numerosi settori degli ordinamenti giuridici, esasperando la problematica compresenza di una pluralità di stili differenti di pensiero giuridico. Ciò ha finito per mettere in discussione, dal punto di vista sistemologico, la persistenza del tradizionale valore delle famiglie giuridiche, dato che il fenomeno considerato sembra impedire una forza esplicativa ai raggruppamenti tradizionali condensati nelle mappe geografiche del diritto<sup>1</sup>; richiede, inoltre, all'interprete di attrezzarsi di nuovi strumenti, in grado di comprendere la complessità della dimensione giuridica globale, arricchendo la trama dei consueti trapianti giuridici.

Nella descrizione di tali fenomeni, appare evidente come si sia sviluppata una retorica prescrittiva, spesso giustificata sulla base degli assunti di una parte dei giuristi, la quale tende ad esaltare una presunta superiorità strutturale dei

---

<sup>1</sup> Sul punto, J. HUSA, *Classification of Legal Families Today - Is it time for a memorial hymn?*, 56 RIDC 11 (2004). Recentemente M. PARGENDLER, *The Rise and Decline of Legal Families*, in [ssrn.com](http://ssrn.com). Cfr. anche A. GUARNERI, *Nova et vetera nella ricerca e nell'insegnamento del diritto comparato*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2012, II, 1 ss., il quale elenca le numerose ragioni di perplessità verso la classificazione dei diversi sistemi giuridici in distinte famiglie. Per uno sguardo d'insieme sul tema delle famiglie giuridiche e della loro rilevanza nel dibattito comparatistico, si veda P. STANZIONE, *Plaidoyer per il diritto comparato*, in [comparazioneDirittocivile.it](http://comparazioneDirittocivile.it) e in AA.VV., *Studi in onore di Franco Modugno*, IV, Napoli, 3509 ss.



sistemi di tradizione anglo-americana, in virtù della loro estraneità a qualsiasi logica “statalista”, alla spontaneità nella costruzione giurisprudenziale delle regole giuridiche e, in ultima analisi, all’ideale della “regolamentazione decentrata di mercato”<sup>2</sup> che essi incarnano.

Di fronte ad una complessa e multiforme azione posta in essere dai nuovi attori della globalizzazione, è sembrato delinarsi un ridimensionamento dei margini di autonomia affidati ai tradizionali poteri pubblici nazionali. Le organizzazioni di Bretton Woods, Fondo Monetario e Banca Mondiale, in questo quadro giocano un ruolo di fondamentale importanza, suggerendo un modello culturale e giuridico ben definito ed additando nel contempo i difetti di altri sistemi giuridici, la cui diversità viene identificata di volta in volta quale particolare ipotesi di inefficienza o di inferiorità strutturale. Un settore in cui è evidente la politicità delle scelte promosse a livello sovranazionale, mascherate dietro il velo della tecnicità delle soluzioni normative migliori per il mercato, è certamente rappresentato dai c.d. *property rights*, investiti soprattutto nei paesi in via di sviluppo da riforme rivoluzionarie che, nel tentativo di sterilizzare ogni possibile forma di statalismo, ne hanno modificato la struttura e che hanno sovente generato plateali fallimenti del modello imposto<sup>3</sup>.

Questa circostanza ha più volte sollevato il problema della legittimazione democratica delle istituzioni globali, rispetto alle quali è frequente la denuncia di una totale assenza di rappresentatività e, dunque, di un carattere fondante per ogni sistema di potere democraticamente esercitato. Le critiche al processo di globalizzazione nell’economia e nel diritto si muovono spesso su questo versante, facendo rilevare come la stessa assenza di procedure decisionali trasparenti manifesti la contraddizione di un ordine globale che vuole imporre la *Rule of Law* o, se si vuole, la democrazia, senza rifletterne i reali meccanismi di funzionamento<sup>4</sup>. Una chiave di lettura, questa, sul processo di costruzione dell’ordine globale mondiale che certamente offre prospettive di approfondimento politologiche e sociologiche di grande importanza.

In realtà, nell’affrontare simili questioni dal punto di vista della comparazione giuridica, il problema dell’effettiva democraticità dei processi decisionali può forse essere messo in secondo piano, a vantaggio di una analisi dei contenuti che vengono veicolati dalle istituzioni sovranazionali. Se è vero, infatti, che esistono contraddizioni manifeste, basti pensare alle garanzie imposte ai poteri pubblici nazionali ma sconosciute proprio negli ordinamenti ultrastatali, nel vuoto di una disciplina sui procedimenti decisionali, il vero nodo problematico, che investe il tema della

---

<sup>2</sup> P.G. MONATERI, *La Costruzione giuridica del globale e lo scontro delle giustizie*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 690.

<sup>3</sup> Originale ricostruzione di teoria generale sui rapporti tra *Rule of Law* e diritto di proprietà si può leggere in J. WALDRON, *The Rule of Law and the Measure of Property*, Cambridge, 2012.

<sup>4</sup> Per un quadro di sintesi dell’amplissimo dibattito, cfr. G. DIJKSTRA, *Supranational Governance and the Challenge of Democracy: the IMF and the World Bank*, in V. BEKKERS ED AL. (eds), *Governance and the Democratic Deficit*, Aldershot, 2007, 269 ss.



circolazione delle regole e degli istituti giuridici, sta nei contenuti che vengono suggeriti o imposti attraverso simili procedure opache, e sta nel rischio che le decisioni assunte dalle istituzioni globali possano avvantaggiare, sotto molteplici profili, taluni paesi o taluni gruppi sociali ai danni di altri, più deboli o meno rappresentati.

Tale problema si lega inevitabilmente alla pressoché totale assenza di meccanismi di *accountability*, idonei a misurare i risultati raggiunti dai nuovi attori della scena transazionale, situazione accompagnata dal vuoto di responsabilità giuridiche che ha finora favorito procedimenti per prove ed errori, come può risultare evidente guardando ad alcune riforme in materia di proprietà terriera realizzate in paesi in via di sviluppo. La stessa dimensione “tecnica” delle scelte adottate viene così travolta da una lettura delle riforme, che svela pertanto la manifesta politicità delle scelte, indirizzate al perseguimento di un *best model*, culturale economico giuridico, che non lascia spazio alle diversità e non consente la considerazione di modelli competitivi, legati ai piani territoriali su cui le riforme agiscono.

In effetti, il processo di globalizzazione giuridica sembra legarsi in modo profondo a due caratteristiche assai discutibili del nostro tempo: l'inevitabilità e l'universalità. Quanto al primo aspetto, è ben nota la teoria di una fine dell'evoluzione storica che segnerebbe l'epoca attuale, e che si tradurrebbe sul piano giuridico in un modello di regolazione della società ben definito, ispirato a principi di accentuato liberismo<sup>5</sup>. Il carattere dell'universalità, esaltato dalla globalizzazione, invece, fa sorgere l'aspirazione ad una giuridicizzazione delle relazioni interindividuali, non limitata al piano dei rapporti economici, ma estesa anche al riconoscimento di diritti fondamentali, ormai estranea ad ogni logica di ancoraggio al territorio ed ai confini nazionali, e dunque volta alla ricerca di una base universale, potremmo dire “naturale”, del nuovo ordine globale<sup>6</sup>.

Tutto ciò conduce alla elaborazione di regole, che non si lasciano facilmente inquadrare nelle griglie concettuali classiche del pubblico e del privato, che si aggrappano solo formalmente alla legittimazione politica data dalla rappresentatività degli Stati nazionali ma che in realtà creano un diritto a base non geografica e territoriale, e che infine vengono collocate sul terreno della tecnicità, quasi ad

---

<sup>5</sup> Il riferimento è, con tutta evidenza, a F. FUKUYAMA, *The End of History and the Last Man*, New York, 1992, trad. it. *La fine della storia e l'ultimo uomo*, Milano, 1996, saggio che ha innescato un dibattito intenso in ambito politologico. L'idea secondo cui il progresso scientifico sia l'indice dell'esistenza di una storia progressiva, destinata a sfociare in un modello di liberismo economico e di liberal-democrazia, è infatti oggetto di valutazioni contrastanti e per lo più critiche, che valorizzano all'opposto il carattere problematizzante del rapporto tra l'uomo, la storia e le strutture politiche ed economiche.

<sup>6</sup> Per una intensa critica si veda J. KRONCKE, *Law & Development as Anti-Comparative Law*, 45 *Van. Trans. L. J.* 477 (2012), ove si evidenzia che il carattere a-storico di gran parte dei lavori di *law and development* riflette una sostanziale incomprensione dello stesso sviluppo giuridico complesso realizzatosi nel corso della storia americana.



oscurarne il carattere prettamente politico. Di fronte a simili prospettive, le reazioni che si sono riscontrate nella pratica possono intuitivamente essere rappresentate, in un estremo, dall'assecondare il processo di omologazione giuridica, e all'opposto, dal tentativo di porre in essere una resistenza o chiusura, che renda impermeabile il tessuto giuridico alle spinte riformatrici imposte, passando attraverso ipotesi che possono definirsi di ibridazione delle regole e degli istituti.

Per comprendere in maniera più concreta le modalità attraverso le quali si è cercato di realizzare il progetto di omologazione, una volta chiarite le premesse ed i fondamenti giustificativi teorici, è opportuno verificare in quali direzioni queste spinte si sono concretamente manifestate. Non vi è dubbio, al riguardo, che il punto di partenza sia rappresentato dal c.d. *Washington Consensus*, modello economico ancorato, in una versione più estrema, ad un marcato liberismo<sup>7</sup>. La proposta per lo sviluppo economico conteneva, infatti, numerose previsioni di riforma affidate ai singoli ordinamenti giuridici, legate non soltanto ad aspetti fiscali o di regolazione dei mercati finanziari e di disciplina della finanza pubblica, ma incidenti in maniera profonda sul tessuto delle regole giuridiche che connotano tradizionalmente il diritto privato dei singoli paesi. Tra questi aspetti, particolare rilievo viene affidato alla disciplina giuridica in grado di garantire l'*enforcement* contrattuale e la protezione dei diritti di proprietà, cioè due profili fondanti del sistema giuridico privatistico.

2. La convinzione che lo sviluppo economico si leghi in modo indissolubile alla presenza di regole giuridiche ben definite, orientate ad un modello di *governance* corrispondente a quello anglo-americano, sembra oggi vacillare di fronte a numerose evidenze contrarie. Un esempio formidabile di come le previsioni gius-economiche siano state clamorosamente smentite è offerto dal caso cinese, in cui il tumultuoso sviluppo economico degli ultimi anni non sembra legarsi ad un adeguato sostrato di riforme. Ad ogni modo, i denunciati fallimenti della teoria del *law and development* hanno trovato spiegazioni complesse, ma tutte in linea di prima approssimazione riconducibili al riconoscimento secondo cui, nell'imporre o suggerire regole ed istituti giuridici prelevati da un modello dominante, "*culture matters*"<sup>8</sup>.

La verità di questa riflessione già era nota alla scienza comparatistica, che, affrontando in maniera critica la teoria dei trapianti giuridici, aveva consolidato l'opinione per cui regole simili, in diversi contesti, non necessariamente conducono ai medesimi risultati. Una volta assimilata tale idea, sembra possibile riconoscere due

---

<sup>7</sup> Com'è noto, con il termine *Washington Consensus* si allude al modello economico così battezzato dall'economista John Williamson, che si regge su un marcato liberismo ed individualismo quali principi cui ispirare la regolazione della società, relegando il ruolo degli apparati pubblici alla funzione di garanzia di una stabilità marco-economica e di garanzia di un ordine minimo sociale.

<sup>8</sup> È questo, emblematicamente, il titolo di un lavoro pubblicato da due tra i più autorevoli politologi americani, L.E. HARRISON, S.P. HUNTINGTON, *Culture Matters: How Human Values Shape Human Progress*, New York, 2000.



strade alternative che possono essere percorse nello studio dei rapporti tra diritto e sviluppo economico, e nei quali si inserisce l'elemento, ancora poco definito, della "cultura". La prima opzione suggerisce di rivisitare gli assunti tradizionali del movimento *law and development*, mettendo in dubbio il valore possibile dell'imposizione di trapianti giuridici efficaci, strumentali all'obiettivo della crescita economica. L'altra direzione, che sembra invece preferita da una parte consistente del movimento è rappresentata dall'idea che l'imposizione di regole omogenee è ancora possibile, a patto di intervenire preliminarmente sui modelli culturali di riferimento, i quali una volta omologati consentirebbero di agganciare le trasformazioni a livello giuridico<sup>9</sup>.

Si tratta, evidentemente, di un proposito che nasconde una forma di imperialismo culturale, destinato ad alimentare le proteste di cui è vittima il processo di globalizzazione indotto da istituzioni economiche sovranazionali. Al riguardo sono numerosi gli studi sul c.d. processo di *legal aid assistance*, finanziato da organizzazioni sovranazionali, e diretto tra l'altro ad incidere sulle modalità di formazione dei giuristi nei paesi in via di sviluppo, a promuovere riforme dei sistemi giudiziari, a imporre modelli di tecniche della normazione, in sintesi a esportare quel che riassuntivamente viene condensato nell'espressione *Rule of Law*<sup>10</sup>.

Un simile piano di esportazione su vasta scala del modello giuridico della *Western Legal Tradition* si indirizza verso paesi che presentano caratteristiche assai differenziate tra di loro, al punto che pare difficile trovare un comune denominatore, il quale non sembra poter essere rappresentato dalla condizione "in via di sviluppo" dei paesi interessati. Tra gli ordinamenti *target* vi sono infatti tutti i paesi ex-comunisti, i paesi dell'America Latina, gran parte delle nazioni dell'Africa sub-sahariana, ed anche paesi della tradizione islamica, oltre ai colossi cinese e indiano e ad altri ordinamenti del sud-est asiatico. Come si vede, la geopolitica del diritto mostra un tentativo di raggiungere un'uniformazione dei modelli di riferimento, estesa a tutti i paesi che non fanno parte della tradizione giuridica occidentale, di modo che lo stesso *law and development* si manifesta oggi quale indistinto agglomerato di progetti avanzati da attori motivati supportati da fondi esterni<sup>11</sup>. Ed è interessante verificare, attraverso i risultati

---

<sup>9</sup> Si veda, al riguardo, l'impostazione di A.J. COHEN, *Thinking With Culture in Law and Development*, 27 *Buff. L. Rev.* 511 (2009).

<sup>10</sup> Com'è noto, l'idea di *Rule of Law* assume differenti accezioni a seconda del punto di vista prescelto. La mancanza di univocità nell'attribuzione di un significato da parte degli studiosi non ha comunque impedito a questo concetto di imporsi come la più significativa idea politica universale contemporanea, secondo le parole di B. TAMANAHA, *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge, 2004, 3, e di espandersi oltre la letteratura giuridica, assumendo una diffusione generalizzata anche nel linguaggio comune (P. COSTA, D. ZOLO, *Preface*, in P. COSTA, D. ZOLO (eds), *The Rule of Law: History, Theory and Criticism*, Dordrecht, 2007, ix). Un quadro di sintesi sulle varie definizioni di *Rule of Law* si può ora leggere in J. MOLLER, S.-E. SKAANING, *Systematizing Thin and Thick Conceptions of the Rule of Law*, in 33 *Justice System Journal* (2012) in corso di pubblicazione.

<sup>11</sup> Definizione di B.Z. TAMANAHA, *The Primacy of Society and the Failures of Law and Development*, 44 *Cornell Int'l L.J.* 209 (2011), 220.



offerti dai report *Doing Business*, come le riforme considerate più efficaci poste in essere in ossequio alle indicazioni della Banca Mondiale, e destinate a creare un ambiente omogeneo di riferimento per le attività imprenditoriali a livello globale, siano state realizzate in paesi appartenenti alle tradizioni più diverse tra loro<sup>12</sup>.

Questa caratteristica appare di fondamentale importanza per comprendere il destino delle riforme così realizzate; la totale diversità di contesti nei quali regole ed istituti uniformi sono destinati ad operare produce una ineliminabile imprevedibilità degli esiti di tali riforme, e ciò spiega la ragione per cui, accanto ad ipotesi di trapianto giuridico riuscite, numerosi siano i fallimenti delle politiche di *law and development*, che si trovano ad operare in situazioni in cui, solo per citare alcuni elementi, storia, cultura, numero e formazione dei giuristi, strutture politiche ed istituzionali, ricchezza complessiva e distribuzione della ricchezza, si manifestano nei modi più diversi.

3. La tesi secondo cui lo sviluppo economico e la presenza di particolari strutture giuridiche seguono percorsi comuni non rappresenta certamente un'esclusiva del movimento di *law and development*. Com'è noto, infatti, ogni ricostruzione storica degli intrecci tra diritto e sviluppo economico risale, quantomeno, al pensiero di Max Weber, che ha posto per primo l'attenzione, dal punto di vista sociologico, sull'importanza di fattori giuridici determinanti per una crescita economica razionale, quali, tra gli altri, l'indipendenza degli organi giurisdizionali, l'educazione dei giuristi e la presenza di modelli di regolamentazione della società basati sul riconoscimento di diritti proprietari<sup>13</sup>.

Ciò che tuttavia modifica gli scenari geopolitici del diritto, in controtendenza rispetto al rapporto con lo sviluppo economico, è la sistematica attività di traduzione concreta che le tesi in esame ricevono a partire dal secondo dopoguerra, attraverso una prima fase di esportazione di modelli giuridici collegati alla formula della *Rule of Law*, fase che è generalmente conosciuta come "*law and classical developmentalism*"<sup>14</sup>. Rispetto al

---

<sup>12</sup> Si pensi, in proposito, che a guidare i paesi più pronti ad assecondare le riforme promesse dalla Banca Mondiale, nell'anno 2009 è stato il Ruanda, che ha realizzato una riforma complessiva del proprio diritto commerciale, semplificando i meccanismi di costituzione societaria e promuovendo efficaci forme di protezione degli azionisti. Le disastrose condizioni di vita che caratterizzano questo paese non impediscono alla Banca Mondiale di assegnargli il sessantasettesimo posto nella classifica sulle condizioni giuridiche per le attività imprenditoriali (per un confronto immediato, si può pensare al settantottesimo posto attribuito all'Italia). Oltre al Ruanda, nel report *Doing Business 2010*, si sottolineano le importanti innovazioni, reputate assai simili tra loro, realizzate in Egitto, Liberia, Moldavia, Kirghizistan e Tagikistan.

<sup>13</sup> Tra i molti a riconoscere un debito del movimento di *law and development* al pensiero di Max Weber, si vedano D. TRUBEK, *Reconstructing Max Weber's Sociology of Law*, 37 *Stanford Law Review* 919 (1985); B. TAMANAHA, *The Lessons of Law-and-Development Studies*, 89 *Am. J. Int'l L.* 470 (1995); D. KENNEDY, *The Disenchantment of Logically Formal Legal Rationality or Max Weber's Sociology in the Genealogy of the Contemporary Mode of Western Legal Thought*, 55 *Hastings L. J.* 1031 (2004).

<sup>14</sup> Con questa etichetta viene, ad esempio, individuata la fase di "colonizzazione giuridica" degli anni '60 e '70 specialmente indirizzata alle riforme del sistema giudiziario nei paesi dell'America Latina;



pensiero di Max Weber, appare evidente la totale trascuratezza delle interdipendenze tra il diritto ed il contesto sociale in cui sono destinate ad operare le regole giuridiche, così da ignorare in modo grossolano i rischi di *path dependance* chiaramente poi denunciati nelle ricostruzioni economiche di Paul David<sup>15</sup>.

Ai nostri fini è interessante verificare come, dietro ad ogni fase in cui si articola l'evoluzione del movimento di *law and development*, siano ben riconoscibili alcune matrici teoriche legate alla comparazione giuridica. Se è vero, infatti, che ogni abbinamento tra diritto e scienze sociali ed ogni movimento di "*law and*" appartiene ad una tradizione che vede per protagonisti gli studi comparatistici, da sempre censori del formalismo giuridico, inclini a denunciare le contraddizioni dell'identificazione tra legge e diritto e attenti alle connessioni con altre forme di sapere, nella particolare dimensione delle tesi su diritto e sviluppo economico alcune teorie comparatistiche giocano un ruolo di primaria importanza, non immune peraltro da possibili rilievi critici.

Innanzitutto non si fatica a ravvisare, tra i fondamenti giustificativi che sostengono la credibilità della prima forma di *law and development*, una particolare declinazione della teoria comparatistica dei trapianti giuridici, che in una versione estrema svincola l'effettività delle regole giuridiche dal contesto in cui esse vengono calate ed esalta la possibilità di circolazione del diritto guidata da fattori esterni agli ordinamenti di recezione. La discussione apertasi nel dibattito comparatistico circa la possibilità di concepire forme efficaci di trasferimento di regole ed istituti da un ordinamento ad un altro segna uno dei momenti di maggiore contrasto dottrinale nell'importanza che viene tributata all'ambito di recezione, fatto di storia, cultura e mentalità giuridiche, la cui permeabilità al trapianto viene valutata in maniere radicalmente differenti a seconda della prospettiva prescelta. Sembra, dunque, che nella descrizione dell'iniziale successo delle tesi di *law and development* non sia

---

in questo senso, cfr. D. TRUBEK, A. SANTOS, *Introduction: The Third Moment in Law and Development Theory and the Emergence of a New Critical Practice*, in D. TRUBEK, A. SANTOS (eds), *The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal*, New York, 2006, 6. Tale prima esperienza si considera generalmente conclusa con la pubblicazione di un celebre articolo contenente una severa autocritica al movimento: D. TRUBEK, M. GALANTER, *Scholars in Self-Estrangement: Some Reflections on the Crisis in Law and Development Studies in the United States*, in 20 *Wisconsin L. Rev.* 1062 (1974).

Attenta ricostruzione delle varie fasi del movimento si può leggere, in italiano, in L. PES, *Diritto e sviluppo neoliberale: il dibattito sul New Law and Development*, in *Pol. dir.*, 2007, 611 ss.

Per una differente articolazione delle varie fasi di sviluppo del movimento, ed in particolare per il riconoscimento di una fase precoce già agli inizi del '900, cfr. J. KRONCKE, *Law & Development as Anti-Comparative Law*, cit.

<sup>15</sup> P.A. DAVID, *Understanding the Economics of QWERTY: The Necessity of History*, in W. N. PARKER (ed), *Economic History and the Modern Economist*, Basil Blackwell, 1986, 30-49; ID., *Path dependence and the quest for historical economics: one more chorus of the ballad of QWERTY*, <http://eh.net/Clio/Publications/pathdepend.html>; ID., *Path dependence: a foundational concept for historical social science*, in 1 *Cliometrica* 91 (2007).



trascurabile il significato della dimensione comparatistica, della quale si sono assunti in particolare i risultati raggiunti dagli studi sui *legal transplants*.

A partire dagli anni '80 il movimento di *law and development* acquista una connotazione di mercato neoliberismo; favorito anche dall'imminente collasso del sistema sovietico, il *Washington Consensus* propone un programma di diffusione su scala globale di riforme giuridiche improntate ad una logica di mercato, che vede quali pilastri dell'azione delle principali istituzioni finanziarie internazionali la privatizzazione, la deregolamentazione dei mercati e le più aperte liberalizzazioni. La nuova era del movimento rifiuta ogni forma di coinvolgimento degli apparati statuali nella gestione dell'economia e manifesta la propensione ad esaltare le capacità auto-regolamentative del mercato. Sul piano giuridico privatistico, i riflessi sono particolarmente evidenti per quanto attiene alla disciplina dei *property rights*, che viene improntata di conseguenza alla massima protezione di fronte a possibili interferenze degli stati nazionali. Parallelamente, si sviluppa la tendenza ad imporre regole omogenee per quanto riguarda i settori della proprietà intellettuale, dei mercati finanziari o la regolamentazione del diritto societario<sup>16</sup>.

È questo il periodo in cui si diffonde la convinzione che, dietro la rassicurante formula della *Rule of Law*, potesse essere esportato un modello di regolamentazione della società di chiara matrice anglo-americana, attraverso programmi di sviluppo giuridico finanziati in maniera consistente dalle organizzazioni finanziarie internazionali. Il salto di qualità in questo processo di diffusione di regole omogenee sta probabilmente nella caduta delle barriere tra pubblico e privato, caratteristica che permette di inserire tra i programmi di rinnovamento del diritto dei paesi in via di sviluppo una serie di riforme che trasformano profondamente, in ogni ramo del diritto, gli ordinamenti giuridici coinvolti, secondo la versione “*thick*” della *Rule of Law*<sup>17</sup>; il che ha fatto parlare, con riferimento a questa seconda fase, di una forma di *comprehensive development framework*<sup>18</sup>, in cui l'azione internazionale, accanto ai

---

<sup>16</sup> Per una descrizione di tale processo, cfr. T. BROUDE, *Development Disputes in International Trade*, in Y.-S. LEE, G.N. HORLICK (eds), *Law and Development. Perspective on International Trade Law*, Cambridge, 2011, 29.

<sup>17</sup> Sulla nota distinzione tra versione “*thin*” e “*thick*” della *rule of law* sia consentito il richiamo a F. VIGLIONE, *I “confini” del diritto privato comparato*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2011, II, 185.

<sup>18</sup> Il termine richiama espressamente un documento della Banca Mondiale che mette in evidenza le interdipendenze di numerosi settori in cui far operare le riforme giuridiche. Sul punto R.C. BLACKE, *The World Bank's Draft Comprehensive Development Framework and the Micro-Paradigm of Law and Development*, 3 *Yale Human Rights and Development Law Journal* 158 (2000); J.E. STIGLITZ, *Participation and Development: Perspectives from the Comprehensive Development Paradigm*, 6 *Rev. Development Economics* 163 (2002). Emblematica di questo allargamento di orizzonti è l'autocritica del premio Nobel per l'economia Milton Friedman; se nel 1991 Friedman suggeriva un'unica ricetta per i paesi ex-socialisti condensata nell'incitamento a realizzare una completa “privatizzazione”, dieci anni dopo doveva ammettere di aver avuto torto, ritenendo ora insufficiente quell'unico aspetto di riforme, che invece doveva essere destinato ad allargarsi ad ogni declinazione possibile della *Rule of Law* (M. FRIEDMAN, *Preface*, in J. GWARTY, R. LAWSON, *Economic Freedom of the World: 2002 Annual Report*, 2002, xvii).



tradizionali obiettivi di omologazione delle regole proprietarie e contrattuali, inserisce anche una attenzione nuova per le strutture pubblicistiche e per la tutela dei diritti umani.

Anche per questa seconda fase di *law and development*, una parte degli studi comparatistici sembra aver offerto una base teorica di giustificazione. La predilezione per un solo ben definito modello di regolamentazione della società richiama infatti quelle tesi che hanno introdotto, nella comparazione tra ordinamenti giuridici, l'idea che esista un *best model* cui tende lo sviluppo storico quasi in maniera darwiniana, nel cui orizzonte è possibile distinguere tra culture avanzate e primitive, in una narrativa che descrive un'evoluzione lineare del diritto. Anche se negli studi di analisi economica del diritto non può riconoscersi un movimento unitario, che accoglie un unico modello di pensiero, è tuttavia possibile ritenere che quantomeno nella c.d. scuola descrittiva posneriana si siano definite le basi metodologiche per giustificare l'esportazione del miglior modello possibile, dal punto di vista dell'efficienza economica<sup>19</sup>. Altrettanto peso, inoltre, può essere riconosciuto a quell'orientamento che viene definito *Legal Origins*, che germina dagli studi giuseconomici, e che sulla base di numerosi indici identifica il *best model* con il diritto di *common law*.

Anche questa seconda fase, tuttavia, può dirsi superata. L'esperienza contemporanea mostra, infatti, forme di nuovo mercantilismo e di nazionalismo economico, di grande successo. Le premesse che han guidato l'esportazione di modelli giuridici su scala globale, al fine di favorire il progresso economico, si sono scontrate con esperienze in cui il contesto di riferimento appariva ben lontano dal paradigma della *Rule of Law*, sia per quanto attiene alla disciplina dei *property rights*, che in relazione all'*enforcement* contrattuale o ancora al principio dell'indipendenza degli organi giurisdizionali. In quei contesti, di cui la Cina rappresenta l'esempio più evidente, i presupposti teorici del *law and development* vacillano<sup>20</sup>. Accanto a simili dati empirici, si riscontra poi un altro elemento che vale a mettere in dubbio

---

<sup>19</sup> La corrente evolucionistica del diritto ha, peraltro, radici assai più risalenti rispetto ai movimenti di analisi economica del diritto e può, in una certa prospettiva, già rinvenirsi nell'opera di H. SUMMER MAINE, *Diritto antico* (1861), trad. it. a cura di A. Ferrari, a cura di V. Ferrari, Milano, 1998. Per un esplicito riferimento alle tesi darwiniane in connessione con il movimento di *law and development*, si veda J. GILLESPIE, *Transplanted Company Law: An Ideological and Cultural Analysis of Market-Entry in Vietnam*, 51 *Int'l Comp L. Q.* 641 (2002); in precedenza, cfr. L. FRIEDMAN, *On Legal Development*, 24 *Rutgers Law Review* 24 (1969).

<sup>20</sup> Ampie critiche ai tentativi di colonizzazione del diritto cinese, condotti con tutte le aporie che hanno caratterizzato il movimento di *law and development*, si leggono in J. DE LISLE, *Lex Americana?*, 20 *U. Pa. J. Int'l Econ. L.* 179 (1999). Rivela la mancanza di connessione tra sviluppo economico e riforme giuridiche connesse all'esportazione della *Rule of Law* anche D. CLARKE, *Economic Development and the Rights Hypothesis: The China Problem*, 51 *Am. J. Comp. L.* 89 (2003); da altre parti si sottolinea, anzi, come la mancanza di riforme "democratiche" nella Cina contemporanea possa essere considerata come uno dei fattori che hanno maggiormente contribuito al tumultuoso sviluppo economico; così M.E. GALLAGHER, *Reform and Openness: Why China's Economic Reforms have Delayed Democracy*, 54 *World Politics* 338 (2002).



un'applicazione radicale delle tecniche di esportazione del diritto, e che nasce sul versante dottrinale. Sebbene la tesi non sia nuova, grande importanza ha assunto la posizione di Douglas North, premio nobel per l'economia, che nel valutare le ragioni dell'evoluzione della storia economica, riconosce la complessità dei fattori giuridici da considerare, costituiti da *formal rules*, *informal norms* e *enforcement characteristics*. La modifica attraverso il trapianto di *formal rules* da un modello economico ad un altro non è destinato a generare un identico esito nello sviluppo economico, in ragione della impossibilità di modellare gli altri due elementi rilevanti, e cioè le regole informali e il livello di *enforcement* delle regole formali<sup>21</sup>. In questo modo, si produce un elemento di incertezza circa l'effettiva utilità di soluzioni universali, valide sempre ed in ogni luogo, da trapiantare da un ordinamento ad un altro. L'idea della complessità e dell'inevitabile intreccio tra sistema giuridico, cultura e tradizione costringe il *law and development* ad entrare in una terza fase, con nuovi obiettivi e confini e, ancora una volta, con rinnovate premesse metodologiche affidate ad una parte della comparazione giuridica.

4. Oltre agli elementi fin qui rilevati, un'ulteriore spinta ad una revisione degli strumenti concettuali di *law and development* si deve alle recenti situazioni di crisi economica verificatesi nel mondo occidentale, ed in particolare in alcuni paesi asiatici dapprima e successivamente, in epoca recentissima, in tutti i paesi occidentali in seguito alla crisi economica scoppiata nel 2008. Aver creato un legame concettuale solido tra ambiente giuridico ed efficienza economica di sistema ha prodotto, infatti, tra le altre conseguenze, anche la necessità di rivedere alcuni assunti sull'inevitabilità dello sviluppo economico connesso a determinate regole giuridiche, una volta verificato il fallimento delle capacità auto-regolamentative dei mercati in determinate situazioni.

Si sono in tal modo create le premesse per svelare i limiti di una visione idealizzata del modello giuridico anglo-americano ed in particolare della sua spiccata avversione per forme di intervento regolativo pubblico sul sistema economico; anche l'ambizione ad un piano di diffusione mondiale di regole omogenee si è così scontrata con una situazione di nuova incertezza circa la solidità dei legami tra diritto ed economia. Una modalità di superamento di una simile situazione di impasse è stata allora ricercata attraverso più solide basi di giustificazione degli interventi "omologatori", che sono state rinvenute nei caratteri della misurabilità e della conseguente maggiore prevedibilità degli esiti economici delle riforme giuridiche. *Doing Business* in questo senso rappresenta emblematicamente il nuovo corso di *law*

---

<sup>21</sup> D.C. NORTH, *Economic Performance Through Time*, 84 *Am. Econ. Rev.* 359 (1994).



*and development*, che fa delle classifiche di efficienza delle regole giuridiche il parametro privilegiato per la valutazione degli ordinamenti giuridici<sup>22</sup>.

La descritta nascente terza fase del movimento di *law and development*<sup>23</sup> mette capo, dunque, non soltanto ad un possibile nuovo oggetto della diffusione ma anche ad una particolare relazione con gli studi comparatistici. Al riguardo è possibile rilevare che la tendenza a creare un fondamento metodologico che sorregga l'esportazione di modelli giuridici, su base misurabile, viene realizzata in gran parte al di fuori dell'ambiente accademico. La comparazione giuridica assume, pertanto, in questa nuova prospettiva una veste "istituzionale", rispetto alla quale è inevitabile un interrogativo in ordine alla sua scientificità. Quando la messa a confronto di regole ed istituti giuridici avviene ad opera di istituzioni sovranazionali, che si basano sui parametri dell'efficienza economica, nuovi attori divengono protagonisti di ricerche dottrinali, rispetto alle quali rischia di difettare un requisito fondamentale di terzietà e disinteresse.

Anche i più celebrati progetti di ricerca che fanno parte di queste tipologie, realizzati da istituzioni internazionali operanti prevalentemente attraverso le articolazioni locali di grandi studi legali internazionali, raccolgono dati e li mettono a confronto, con obiettivi politici ben delineati. I risultati cui tendono progetti di questo tipo, che fanno applicazioni particolari del metodo comparatistico, risiedono nella agenda di riforme giuridiche da promuovere su scala globale, ed il risultato perseguito inevitabilmente inquina il carattere di scientificità anche delle ricerche a carattere comparatistico che dovrebbero sorreggerne la credibilità. Così, di fronte ad un possibile giudizio positivo legato alla "modernità" del metodo quantitativo, si riscontrano frequenti e radicali accuse di parzialità e asservimento all'imperialismo culturale che sembra imposto dagli sponsor di simili ricerche<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> Il report *Doing Business* è l'oggetto di un vastissimo interesse da parte della dottrina comparatistica. Per un quadro di sintesi si veda A. GUARNERI, *Nova et vetera*, cit., 6 ss. e la bibliografia ivi citata. Luci ed ombre dell'approccio numerico alla comparazione si leggono nelle pagine di R. PARDOLESI, M. GRANIERI, *The Future of Law Professors and Comparative Law*, in [www.law-economics.net](http://www.law-economics.net), 11ss.

<sup>23</sup> Discorre di un "*third moment in Law and Development*" D. TRUBEK, *Introduction The Third Moment in Law and Development Theory and the Emergence of a New Critical Practice*, in D.M. TRUBEK, A. SANTOS (eds), *The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal*, cit., 7 s. Secondo questo autore, a caratterizzare questa fase del movimento è da un lato la convinzione circa i possibili fallimenti del mercato e la conseguente necessità di offrire idonee regole di intervento statuali, e d'altro canto la consapevolezza che l'idea di sviluppo non si può identificare con la sola crescita economica, ma deve ricomprendere, in una evoluzione del *comprehensive law and development*, tutto ciò che concorre a raggiungere un ideale di "*human freedom*".

<sup>24</sup> Un giudizio particolarmente critico è espresso dall'Associazione Henry Capitant nel volume *Les Droits de Tradition Civiliste en Question: A Propos des Rapports Doing Business de la Banque Mondiale*, Parigi, 2006. Sulla risposta francese al metodo quantitativo del nuovo *law and development*, si veda ampiamente C. AMODIO, *Nell'occhio del ciclone. La Francia alla prova dei processi di denazionalizzazione del diritto*, in *Pol. dir.*, 2009, 605 ss. e B. FAUVARQUE-COSSON, A.-J. KERHUEL, *Is Law and Economic Contest? French Reactions to the Doing Business World Bank Report and the Economic Analysis of the Law*, 57 *Am. J. Comp. L.* 811 (2009).



Nella nuova fase del *law and development*, vi sono due elementi da tenere in considerazione: da un lato, come detto, si riconoscono nuovi obiettivi, e d'altro canto è agevole individuare altresì un rinnovato metodo, che si affida ad argomenti empirici e quantitativi, in maniera molto più consistente che nel passato. I risultati cui si giunge in questo modo offrono un quadro chiaro, che sembra scoraggiare ogni logica di competizione tra ordinamenti o tra famiglie giuridiche: riprendendo un percorso che pareva tramontato di contrapposizione tra *civil law* e *common law*<sup>25</sup>, il dibattito stimolato dagli studi di *law and development* mostra di ravvivare il dualismo, proponendo l'esportazione di una *Rule of Law* modellata sui sistemi anglo-americani, quale strumento di modernizzazione delle regole giuridiche a livello globale. Si riconoscono, pertanto, due caratteristiche fondamentali nella base giustificativa degli ultimi orientamenti di *law and development*, e segnatamente *i*) la predilezione per una comparazione operata attraverso indici quantitativi in modo matematizzante e *ii*) una marcata preferenza per il modello di *common law*, la cui efficienza economica ne consiglia l'esportazione in ogni ordinamento giuridico.

Se si riflette sul fatto che i paesi *target* delle iniziative di trapianto giuridico guidato dalle istituzioni internazionali sono spesso appartenenti alla tradizione di *civil law*, come avviene in Sud America, o hanno comunque risentito in modo significativo di importanti influenze della tradizione romanistica, come in larga parte dell'Asia o dell'Est Europa, non è difficile comprendere le ragioni di una profonda ostilità che questi progetti di neocolonizzazione hanno suscitato in buona parte della dottrina, anche comparatistica, dei paesi dell'Europa occidentale, e specialmente in Francia. Il processo supportato dagli studi di *law and development* viene, così, svelato quale tentativo di "americanizzazione" o "colonizzazione" o "imperialismo giuridico", le cui matrici intellettuali scontano il vizio di una lettura parziale ed interessata dei fenomeni giuridici.

Alla base di tutto il movimento sta, con ogni evidenza, una radice economicistica, che privilegia l'attenzione per il valore dell'efficienza delle regole giuridiche, paradigma universale ed esclusivo della loro valutazione, così significativo da consentire la creazione di modelli ripetitivi rigidi per individuare nelle particolari regole la causa delle situazioni di stagnazione economica, e suggerire così il ricorso a differenti modelli regolamentativi, utili quali soluzioni giuridiche universali. La declamata centralità del discorso giuridico nelle strategie di sviluppo, specialmente dei paesi del terzo mondo, si scontra, dunque, con una sua considerazione in chiave quantitativa e strettamente economicistica, di modo che le relazioni tra diritto ed economia sembrano delineare una vocazione ancillare del primo rispetto a

---

<sup>25</sup> Com'è noto, tra le prime forme di comparazione giuridica generalmente si annoverano gli studi di A.V. Dicey, diretti ad esaltare il diritto inglese nel raffronto con alcune caratteristiche del diritto francese (v. A.V. DICEY, *Lectures Introductory to the Study of the Law and the Constitution*, Londra, 1885; per una riflessione giusfilosofica sulle tesi diceyane, si veda E. SANTORO, *Diritto e diritti. Lo stato di diritto nell'era della globalizzazione*, Torino, 2008).



quest'ultima. In realtà, ammantare le regole giuridiche di una veste di tecnicità e neutralità, collegate al carattere matematizzante delle classifiche di efficienza, non vale a nascondere la chiara politicizia delle scelte che vengono suggerite nei vari percorsi di *law and development*, politicizia che nella disciplina degli assetti proprietari trova la sua più emblematica dimostrazione<sup>26</sup>.

5. L'esperienza contemporanea di esportazione delle strutture democratiche su scala globale porta con sé una evidente contraddittorietà. Come si è visto, nell'evoluzione del movimento *law and development* si è assistito ad una progressiva consapevolezza che i soli aspetti della sfera giuridica legati in maniera diretta all'economia (tutela dei *property rights*, regolazione dei mercati finanziari, disciplina del diritto societario) non fossero sufficienti alla promozione efficace dello sviluppo economico, ma dovessero accompagnarsi a riforme radicali in diversi settori, così da declinare in maniera plurale il concetto di *Rule of Law*. Dunque, da più parti si apprezza la volontà di affiancare alla ricerca di sviluppo economico anche lo stabilimento di solide strutture democratiche, la lotta alla corruzione considerata male endemico delle democrazie imperfette, la protezione su larga scala dei diritti umani ed anche importanti garanzie di sistema legate all'organizzazione delle corti e alla presenza di principi di giusto processo; la contraddizione tuttavia è riconoscibile ad uno sguardo non superficiale che colga la pratica applicazione di questi obiettivi, posto che le tradizionali forme del capitalismo globale sollevano non poche perplessità circa possibili conseguenze negative sulla distribuzione delle ricchezze o in ordine all'assetto sociale che i mutamenti normativi possono produrre. In fondo, l'esportazione di regole ed istituti giuridici si caratterizza per una profonda politicizia delle scelte, che paradossalmente vengono perseguite da organizzazioni dotate di scarsissima rappresentatività. In questo senso, non può non sorgere il sospetto che i nuovi confini dell'attività di esportazione delle regole giuridiche rappresentino i valori attraverso cui il potere, in questo caso globale, fonda la propria legittimazione e, in questa prospettiva, emerge la necessità di un'opera di decostruzione del fenomeno in atto<sup>27</sup>.

Se, come si è detto, dunque, il *law and development* non è soltanto un movimento culturale ma si mostra quale vero e proprio complesso di attività di esportazione di regole ed istituti giuridici finanziato da organismi sovranazionali, è opportuno

---

<sup>26</sup> Il carattere prettamente politico, che permea l'attività di esportazione della c.d. *Rule of Law*, è posto in evidenza da D. KENNEDY, *The 'Rule of Law,' Political Choices and Development Common Sense*, in D.M. TRUBEK, A. SANTOS (eds), *The New Law and Economic Development*, cit., 95 ss.

<sup>27</sup> Un'ulteriore stringente critica viene proposta da quanti ravvisano una sorta di “*subversive compliance*”, che si sostanzia in un rispetto solo formale delle regole che concorrono a delineare la *Rule of Law*, il cui contenuto risulta però svuotato nella concreta traduzione pratica (così A. MAGEN, L. MORLINO, *International Actors, Democratization and the Rule of Law. Anchoring Democracy?*, London, 2009, 243).



verificare attraverso quali percorsi si realizza concretamente un simile tentativo di omologazione giuridica ed in quale modo si affrontano gli ostacoli connessi alla citata politicità delle scelte<sup>28</sup>. Occorre allora prendere in considerazione non soltanto il supporto dogmatico e comparatistico in particolare<sup>29</sup>, ma è bene prestare attenzione alle attività quasi imprenditoriali dei professionisti del *law and development*. In questa prospettiva, è possibile verificare come i trapianti giuridici possano essere guidati anche economicamente dalle organizzazioni finanziarie internazionali, che in concreto agiscono attraverso giuristi, siano essi avvocati, accademici, giudici o funzionari pubblici, sempre provenienti da paesi della *Western Legal Tradition*. La loro esperienza è vista con particolare diffidenza, specialmente da quanti riconoscono nella loro attività l'assenza di una qualsiasi indipendenza culturale che renderebbe più credibili i progetti aventi ad oggetto la promozione della *Rule of Law*. Così, ad esempio, si sostiene che tali “*legal missionaries often have scant awareness of how transplanted law operates (or does not operate) in radically different social and cultural contexts*”<sup>30</sup>. Demitizzando il loro operato, emerge così in maniera molto netta come l'esportazione delle riforme giuridiche, indipendentemente dal loro contenuto, sia già di per sé un business<sup>31</sup>, nel quale sono coinvolti soggetti che da un lato hanno un interesse immediato a che le riforme si realizzino e d'altro canto sono condizionati dalla formazione nei paesi che tali riforme promuovono.

In realtà, le dinamiche che sorreggono l'esportazione di regole ed istituti giuridici vedono come soggetti protagonisti soprattutto quelle élites culturali e giuridiche di tecnocrati di cui già Alan Watson discorreva<sup>32</sup>, che operano nei paesi *target* dei progetti di omologazione giuridica. Questi nuovi *lawmakers*, inclini ad assecondare ogni riforma che vada nella direzione di spinti neo-liberismi, maneggiano

---

<sup>28</sup> Come rileva L. PES, *Teorie dello sviluppo giuridico. Dal movimento di law and development all'esperienza neoliberale*, Trento, 2012, 164 ss., lo stesso atto istitutivo della Banca Mondiale avrebbe potuto creare non pochi ostacoli ad un utilizzo del sistema dei prestiti, legato al perseguimento di obiettivi politici; se infatti, gli *Articles of Agreement* prevedono un sistema di prestiti destinato a specifici progetti di ricostruzione e sviluppo, vi compare altresì uno specifico divieto di operare scelte politiche all'art. IV, sec. 10: “*The Bank and its officer shall not interfere in the political affairs of any member; nor shall they be influenced in their decisions by the political character of the member or members concerned*”. La Banca Mondiale ha comunque interpretato questa restrizione in modo disinvolto, reputando che tra i progetti di ricostruzione e sviluppo non destinati ad incidere sul versante politico vi fosse anche la predisposizione di “costruzioni istituzionali”, legate alla retorica della *Rule of Law* e supportabili quindi con adeguati stanziamenti economici.

<sup>29</sup> Per una interessante ricostruzione dell'esportazione di schemi giuridici americani, si veda J. KRISHNAN, *Professor Kingfield Goes to Delhi*, 4 *Am. J. Legal Hist.* 447 (2004).

<sup>30</sup> Così B.Z. TAMANAHA, *The Primacy of Society and the Failures of Law and Development*, 44 *Cornell Int'l L.J.* 209 (2011), 237.

<sup>31</sup> In modo molto netto, è questa la posizione di W. CHANNELL, *Lessons Not Learned: Problems with Western Aid in for Law Reform in Postcommunist Countries*, in 57 *Carnegie Papers*, 2005.

<sup>32</sup> A. WATSON, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, 2<sup>nd</sup> ed., University of Georgia Press, 2000, 117.



disinvoltamente il diritto, che viene in tal modo considerato alla stregua di uno strumento tecnico dalla validità universale, importabile senza ripercussioni, idoneo a produrre cambiamenti sociali fruttuosi e, in ultimi analisi, passaggio fondamentale per il raggiungimento di uno sviluppo economico all'occidentale.

Si vede, in questo modo, come il rischio di fallimento dei trapianti imposti per via delle persuasioni finanziarie internazionali possa dipendere tanto dai contenuti delle regole oggetto di omologazione, che spesso non corrispondono ai reali bisogni dei paesi recettori delle riforme, quanto al processo stesso di circolazione del diritto, che non tiene in adeguata considerazione il substrato culturale e si affida invece all'operato di soggetti che sono estranei al contesto o comunque disinteressati alle radici della cultura giuridica locale<sup>33</sup>. In questa prospettiva, da molto tempo si è rilevata la necessità di prendere in considerazione l'ambito giuridico sul quale sono chiamati ad operare i progetti di *legal assistance*, il cui successo dipende in larga misura dalla compatibilità dei contenuti con gli assetti giuridici locali; se questa considerazione è divenuta quasi un luogo comune nelle analisi critiche dei percorsi di esportazione della *Rule of Law*, è dunque possibile ritenere che la persistenza di tale problema, inevitabilmente non ignorato da coloro che diffondono regole giuridiche uniformi, dipenda da un vizio intrinseco al processo di circolazione, che tende a non coinvolgere giuristi locali facendoli partecipare ai *draft* dei progetti di riforma, i quali vengono quasi considerati ancora una volta come valori assoluti da conformare a una sorta di *template*, modello di riferimento universalmente valido<sup>34</sup>.

6. Aver chiarito le modalità di funzionamento del processo di *legal assistance* consente di proiettare l'indagine con maggiore consapevolezza sul terreno della giustificazione teorica che sorregge, dal punto di vista giuridico, l'esportazione di regole ed istituti. Ciò anche al fine di verificare se anche la costruzione di un modello metodologico non sia, in realtà, meramente strumentale al raggiungimento di obiettivi fissati politicamente ed estranei, dunque, a logiche di scientificità delle indagini, anche comparatistiche.

---

<sup>33</sup> Si comprende in questo senso la ragione per cui la storia del movimento di *law and development* sia sovente segnata da fallimenti e battute d'arresto, come evidenziato da B. GARTH, *Building Strong and Independent Judiciaries through the New Law and Development*, 52 *DePaul. L. Rev.* 388 (2002), il quale parla di un "*paradox of perpetuating disappointing results*".

<sup>34</sup> Questo schema di azione viene confermato ad esempio dall'adozione della cosiddetta "*country targeted legislation*", e cioè da atti normativi provenienti da paesi occidentali destinati a giocare un ruolo fondamentale nel processo di revisione del diritto di alcuni paesi in via di sviluppo, come avvenuto nel caso forse più importante, rappresentato dall'*African Growth and Opportunity Act* (AGOA) statunitense, col quale si descrive un piano di collaborazione economica e commerciale con paesi africani in grado di orientare riforme legislative nel senso auspicato dagli Stati Uniti. Sul tema, cfr. G. AJANI, *Legal change and economic performance: an assessment*, in A.B. ENGELBREKT, J. NERGELIUS (eds), *New Directions in Comparative Law*, Cheltenham, 2009, 4.



Come si è visto, alla base delle più recenti manifestazioni del movimento *law and development* si riconosce una chiara concezione matematizzante del diritto, che certamente è stata oggetto di un vasta critica dottrinale da larga parte dei giuscomparatisti, e che tuttavia ha esercitato un'importante influenza sia dal punto di vista pratico, nel processo di *legal development* internazionale, sia in altri settori accademici diversi dal diritto comparato. Nella composizione di questa prospettiva di indagine, un ruolo preminente viene riconosciuto alla tesi nota come *legal origins*, tesi che partendo da analisi empiriche mira a dimostrare una quantificabile superiorità efficientistica di alcuni ordinamenti (e segnatamente quelli di *common law*) dipendente dall'origine storica dei rispettivi sistemi giuridici. Tale teoria, elaborata in seno alla dottrina statunitense ed immediatamente testata con numerose ricerche in materia di diritto societario e tutela degli investitori, di organizzazione delle corti, di *enforcement* contrattuale e via via fino a coprire un amplissimo spettro di settori del diritto, rappresenta certamente per la comparazione giuridica un momento di importante ripensamento dei propri strumenti conoscitivi<sup>35</sup>.

Per comprendere la prospettiva teorica in esame, occorre nuovamente riflettere sulla piena accettazione della teoria watsoniana dei trapianti giuridici, che vengono riconosciuti quale primaria fonte di trasformazione delle regole giuridiche, le quali tendono a modificarsi senza una corrispondenza al processo endogeno di creazione del diritto e senza connessione con elementi caratteristici delle società in cui le nuove regole sono chiamate ad operare. Sulla base di tale premessa, già di per sé discutibile e ampiamente contestata in dottrina, gli autori che elaborano l'ipotesi "*legal origins*" individuano nelle famiglie giuridiche, così come consegnate dalla tradizionale letteratura comparatistica (in particolare si fa riferimento alla nota classificazione operata da Zweigert e Kötz), la fonte principale di influenza sul diritto dei paesi privi di un sistema giuridico originale, e nei quali dunque i trapianti si sono imposti in conseguenza di colonizzazioni o emigrazioni, o sono stati accettati per via di imitazione<sup>36</sup>.

Il denunciato rischio di eurocentrismo delle classificazioni tradizionali non modifica le premesse della *legal origins theory*, la quale tende ad utilizzare

---

<sup>35</sup> Le principali ricerche empiriche finora pubblicate, rientranti nell'area denominata *legal origins*, sono costituite da un primo saggio su *law and finance* - R. LA PORTA, F. LOPEZ-DE-SILANES, A. SCHLEIFER, R. VISHNY, *Law and Finance*, 106 *Journal of Political Economy* 1113 (1998) -, dal progetto sulla qualità del *government* - R. LA PORTA, F. LOPEZ-DE-SILANES, A. SCHLEIFER, R. VISHNY, *The Quality of Government*, 15 *Journal of Law, Economics and Organisation* 222 (1999) -, dalla rassegna sull'efficienza dei sistemi giurisdizionali - S. DJANKOV, R. LA PORTA, F. LOPEZ-DE-SILANES, A. SHLEIFER, *Legal Origin, Juridical Form and Industrialisation in Historical Perspective: The Case of the Employment Contract and the Joint-Stock Company*, Center for Business Research, Cambridge, Working Paper No. 369, 2008 - e, da ultimo, sul c.d. *debt enforcement* - S. DJANKOV, O. HART, C. MC LEISH, A. SHLEIFER, *Debt Enforcement Around the World*, 116 *Journal of Political Economy* 1105 (2008).

<sup>36</sup> Così A.B. ENGELBREKT, *Toward an Institutional Approach to Comparative Economic Law?*, in *New Directions in Comparative Law*, cit., 216.



strumentalmente il concetto di famiglia giuridica, quale parametro al quale rapportare l'efficienza delle strutture economiche e giuridiche dei singoli ordinamenti considerati. In tal modo, si giunge all'assunto centrale secondo cui le origini degli ordinamenti giuridici influenzano in maniera penetrante l'assetto dell'organizzazione giuridica complessiva e del mercato in particolare, e ciò si combina con la possibilità di analizzare le regole che ne derivano in termini di maggiore o minore efficienza. La conclusione di tali premesse è rappresentata da una valutazione comparativa delle stesse famiglie giuridiche, all'esito della quale il modello di *common law* esce vittorioso in una sorta di competizione con le altre famiglie<sup>37</sup>. Da una pur sintetica descrizione emerge comunque un quadro dottrinale di riferimento caratterizzato dall'elevato grado di affidamento in strumenti di indagine matematici, dalla convinzione di una piena misurabilità delle regole giuridiche, dall'idea dell'universalità delle stesse, oltre che, nel risvolto finale, dalla piena adesione ad un determinato modello di regolamentazione della società che nasconde una manifesta scelta politica.

Evidentemente, il fatto di assegnare un valore numerico alle regole giuridiche, quand'anche limitatamente a quelle che abbiamo più diretta attinenza con la regolazione del mercato, presuppone una concezione universalista per cui da un lato il mercato può funzionare nella stessa maniera in qualsiasi parte del mondo e, d'altro canto, le istituzioni giocano un ruolo di strumentario tecnico che consente al mercato, nella visione economica neoclassica, di generare una migliore allocazione possibile delle risorse, indipendentemente dal contesto di riferimento<sup>38</sup>.

Queste premesse contraddicono la tradizionale affermazione per cui "*comparison involves history*" o quantomeno ne sterilizzano la portata esplicativa della realtà attuale, poiché riconoscendo un fondamento universalistico al fenomeno giuridico rendono essenziale una indagine sincronica, e non diacronica, della realtà. Se è vero, infatti, che la *legal origins theory* muove proprio da un declamato approccio storicistico, che ravvisa nella provenienza storica la ragione dell'attuale assetto del diritto nei vari ordinamenti e ad esso connette il grado di efficienza complessiva del sistema economico, è tuttavia facile obiettare come un solo momento venga preso in considerazione, quello corrispondente all'iniziale "colonizzazione" o "importazione" delle regole giuridiche, omettendo qualsiasi rilievo alle fasi successive, ai possibili processi di ibridazione e

---

<sup>37</sup> Critiche all'utilizzo strumentale delle famiglie giuridiche da parte degli studi di *law and finance* sono sollevate, con varietà di accenti, da R. MICHAELS, *Comparative Law by Numbers? Legal Origins Thesis, Doing Business Reports, and the Silence of Traditional Comparative Law*, 57 *Am. J. Comp. L.* 765 (2009) e W. TWINING, *General Jurisprudence*, 2009, 76 ss.; più in generale C. COSTANTINI, *L'anima apologetica della comparazione e la "geopolitica" del diritto. Riflessioni in margine alla fondazione della Tradizione Giuridica Occidentale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, 4 ss. rileva come la classificazione in famiglie giuridiche abbia talora rappresentato uno strumento al servizio di precise strategie culturali, denotando così un carattere eminentemente strumentale. Si permetta in proposito anche il rinvio a F. VIGLIONE, *I "confini" del diritto privato comparato*, cit., 178.

<sup>38</sup> A. SEIDMAN, R. SEIDMAN, *Drafting Legislation for Development: Lessons from a Chinese Project*, 44 *Am. J. Comp. L.* 12 (1996).



contaminazione, al vero articolato sviluppo storico delle strutture giuridiche considerate<sup>39</sup>.

Ciò si connette, inoltre, con l'ampio successo dell'approccio funzionalistico alla comparazione giuridica; com'è noto, il funzionalismo suggerisce che tutti i fenomeni sociali possano essere letti attraverso la loro funzione, di modo che ad identiche esigenze del traffico giuridico corrispondano in tutti gli ordinamenti soluzioni funzionalmente simili. Con queste caratteristiche, una versione "estrema" del funzionalismo potrebbe condurre ad operare i raffronti comparativi trascurando il contesto temporale in cui si collocano i fenomeni studiati, e in questo modo potrebbe prestarsi a favorire versioni unificanti della mutazione giuridica<sup>40</sup>.

L'abbinamento tra una mentalità funzionalista diffusa e la pretesa misurabilità dei sistemi giuridici ha certamente il merito di indagare più in profondità il difficile rapporto tra sviluppo economico e modello giuridico, ed anche le ragioni che hanno condotto a profonde diversità nelle regole di organizzazione sociale. Tuttavia, non mancano le difficoltà ad accettare una metodologia di indagine che spesso mostra la necessità di piegarsi a semplificazioni eccessive o ad approssimative catalogazioni, misconoscendo la rilevanza della distinzione tra declamazioni formali e regole operative che costituisce un cardine della corretta metodologia comparativa.

7. È singolare la circostanza che contro la *legal origins theory* si sia presto manifestato un vasto movimento critico, che ha rilevato alcune aporie di fondo che caratterizzano la metodologia utilizzata e, di riflesso, i risultati raggiunti, ma nel contempo tale teoria abbia rappresentato la base indiscussa per i progetti accolti e finanziati dalle principali istituzioni finanziarie internazionali, al fine di esportare un modello di regolamentazione della società corrispondente a quello individuato con parametri matematici.

Tra i principali rilievi critici vi è certamente la denuncia di arbitrarietà nella selezione delle variabili ritenute decisive per lo sviluppo economico, tra le quali non compaiono ad esempio elementi di particolare importanza quali le caratteristiche geografiche o i sistemi educativi<sup>41</sup>; vi è, inoltre, la pressoché totale disattenzione nei

---

<sup>39</sup> La complessa relazione tra *law and development*, *legal origins* e comparazione giuridica viene tratteggiata da J. KRONCKE, cit., che riconosce una matrice di antitesi tra *law and development* e comparazione. Sulle debolezze dell'approccio utilizzato negli studi di *law and development*, si veda anche G. BELLANTUONO, *Comparing Regulatory Decision-Making in the Energy Sector*, in 1 *Comp. L. Rev.* (2010).

<sup>40</sup> In questi termini A. SOMMA, *Giochi senza frontiere. Diritto comparato e tradizione giuridica*, in *Ars Interpretandi*, 2003, 317 ss. Nello stesso senso anche C.A. WHYTOCK, *Legal Origins, Functionalism, and the Future of Comparative Law*, 6 *Brigham Young U. L. Rev.* 1879 (2009). Per uno sguardo complessivo, che valorizza aspetti differenti del funzionalismo, si vedano le osservazioni di M. GRAZIADEI, *The Functionalist Heritage*, in P. LEGRAND, R. MUNDAY (eds), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge, 2003, 100 ss.

<sup>41</sup> J.J. COFFEE JR., *The Rise of Dispersed Ownership: The Roles of Law and the State in the Separation of Ownership and Control*, 111 *Yale L.J.* 1 (2001). Sull'omesso rilievo della variabile costituita dal modello



confronti dei sistemi giuridici misti, il cui rilievo appare invece idoneo a mettere in dubbio alcuni risultati empirici<sup>42</sup>; si è, inoltre, rilevato come la centralità tributata al diritto societario in particolare contraddica il riguardo che viene accordato alle origini giuridiche dei vari ordinamenti, in ragione del fatto che la relativa disciplina non appare particolarmente risalente nel tempo ed è, per di più, quasi sempre di fonte legislativa, il che sbiadisce l'importanza della distinzione *common law vs civil law* insistentemente ribadita<sup>43</sup>. Con riguardo a quest'ultimo aspetto, si pone in evidenza come la descrizione del modello di *common law* appaia fortemente stereotipata e tenga in scarso rilievo l'evoluzione subita dal sistema delle fonti anglo-americano, nel quale appare crescente, com'è noto, l'importanza della legislazione<sup>44</sup>.

Gli stessi risultati raggiunti negli studi sulla tutela degli investitori appaiono, secondo taluni, viziati da un presupposto erroneo: anche a voler confidare sulla correttezza dei dati che dimostrano una maggiore tutela degli investitori nei sistemi di *common law*, il rapporto con le *legal origins* potrebbe apparire capovolto, nel senso che non vi è alcuna dimostrazione che siano le origini degli ordinamenti a generare lo sviluppo economico, e di riflesso, una migliore protezione degli investitori, e non sia invece il contrario, e cioè non accada che ordinamenti che conoscono un elevato grado di sviluppo economico modifichino la regolamentazione giuridica del mercato in modo tale da offrire protezione più compiuta agli investitori (argomento conosciuto come *reverse causality*)<sup>45</sup>.

Accanto a queste critiche vi è, infine, la diffusa opinione che il vizio principale dal punto di vista metodologico della teoria in esame sia rappresentato dalla superficialità nella considerazione di alcuni dati. È infatti difficile sostenere che il rapporto tra la cornice giuridica e l'efficienza economica dei vari paesi sia definibile in maniera così lineare, aggregando ogni settore del diritto sulla base della generica provenienza della famiglia giuridica, partendo dal presupposto che i trapianti di regole ed istituti operino sempre senza differenze degne di nota indipendentemente dal

---

educativo, cfr. J. ROSTOWSKI, B. STACESCU, *The Wig and the Pith Helmet. The Impact of "Legal School" Versus Colonial Institutions on Economic Performance* (Ctr. for Soc. & Econ. Research, Working Paper No. 300, 2006). La rilevanza del fattore geografico è proposta in J. HOLDER, C. HARRISON, *Law and Geography*, Oxford, 2003.

<sup>42</sup> K. KIM, *Mixed Systems in Legal Origins Analysis*, 83 *S. Cal. L. Rev.* 693 (2010). L'autrice rileva come il significato peculiare dell'iniziale momento di colonizzazione abbia condotto la teoria in esame ad inserire nella famiglia di *common law*, ad esempio, Sud Africa, Israele o India, paesi che certamente mostrano elementi distintivi tali da far dubitare di una qualsiasi loro omogeneità (K. KIM, cit., 703, citando R. LA PORTA ED AL., *The Economic Consequences of Legal Origins*, cit., 288-289).

<sup>43</sup> K.W. DAM, *Legal Institutions, Legal Origins, and Governance*, 10 *Uni. of Chi. John M. Olin Law & Econ. Working Paper* No. 303, 2006 e ID., *The Law-Growth Nexus: The Rule of Law and Economic Development*, Washington, 2006. Sulle tesi di Dam, si veda anche M.J. ROE, J.I. SIEGEL, *Finance and Politics: A Review Essay Based on Kenneth Dam's Analysis of Legal Traditions in the Law-Growth Nexus*, 47 *J. Econ. Lit.* 781 (2009).

<sup>44</sup> M. ROE, *Legal Origins, Politics, and the Modern Stock Markets*, 120 *Harv. L. Rev.* 460 (2006).

<sup>45</sup> K.W. DAM, *Legal Institutions, Legal Origins, and Governance*, cit.



contesto. La stessa riproposizione di un modello classificatorio delle famiglie giuridiche statico contraddice l'idea, diffusa ormai tra i comparatisti, per cui solamente la dinamicità della classificazione è in grado di cogliere le continue evoluzioni delle società contemporanee<sup>46</sup>.

La *legal origins theory*, così sottoposta al vaglio critico dottrinale, viene tuttavia comunque elevata a fondamento teorico-generale per l'attività di neo-colonizzazione giuridica dei paesi in via di sviluppo, e in generale per il processo di omologazione globale del diritto. Poca attenzione viene prestata agli aspetti strutturali della teoria e anche a taluni esiti "empiricamente" raggiunti, quale la pretesa superiorità del *case law* rispetto al diritto di fonte legislativa: quest'ultimo profilo, dibattuto per secoli con alterne fortune, sul quale si sono concentrate le attenzioni di Hobbes e di Bentham, di Savigny e di Cardozo, viene risolto con grande disinvoltura dai fautori della *legal origins theory*, inclini a ritenere meglio adattabile il diritto giurisprudenziale alle esigenze della società e dell'economia. L'impressione che si trae, dunque, dal favore "istituzionale" in contrasto con le numerose critiche sia nel metodo che nei risultati raggiunti, è quella di un tentativo di utilizzare strumentalmente gli apporti della comparazione giuridica, al fine di legittimare, anche dal punto di vista dogmatico, operazioni caratterizzate da elevato grado di politicità mascherata dietro lo schermo di una presunta neutralità tecnica.

8. Simili considerazioni trovano conferme nella ricognizione delle reazioni che si sono sviluppate in diversi paesi in conseguenza di situazioni di crisi economica e finanziaria. È proprio nei momenti di maggiore tensione dei mercati che si possono testare con particolare efficacia i risultati delle teorie che connettono in modo inscindibile le forme della regolamentazione giuridica con i risultati della crescita economica. Al riguardo, se è vero che il movimento di *law and development* trova, in conseguenza della recente crisi finanziaria globale, un momento di ripensamento, tale da far parlare di una nuova fase della sua evoluzione, occorre anche considerare quali siano le ripercussioni che indirettamente la crisi economica produce sulle teorie che sorreggono metodologicamente l'azione omologatrice di regole giuridiche posta in essere dalle principali istituzioni finanziarie internazionali.

La rilevanza paradigmatica delle situazioni di crisi economica sembra emergere, nel contesto delle tesi comparatistiche, in una duplice direzione: da un lato, infatti, esse consentono di mettere alla prova le pretese capacità predittive di alcune teorie, ed in particolare della *legal origins theory*, e d'altro canto i momenti di crisi hanno segnato un passaggio fondamentale nell'attività delle istituzioni di Bretton Woods che, ad

---

<sup>46</sup> Si veda, ad esempio, D. BERKOWITZ, K. PISTOR, J.F. RICHARD, *The Transplant Effect*, 51 *Am. J. Comp. L.* 163 (2003) per una chiara valorizzazione degli aspetti dinamici legati alle famiglie giuridiche. Al riguardo, inevitabile il riferimento alla classificazione che si legge in U. MATTEI, P.G. MONATERI, *Introduzione breve al diritto comparato*, Padova, 1997, ed in U. MATTEI, *Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal Systems*, 45 *Am. J. Comp. L.* 23 (1997).



esempio, in seguito alla crisi dei mercati asiatici della fine degli anni '90, sono intervenute con particolare capacità di pressione per operare modifiche di sistema nella regolamentazione dei mercati nei paesi colpiti dalla crisi.

Per quanto attiene alla prima direzione, occorre rilevare come la *legal origins theory* tenda ad assegnare ai paesi di *common law* alcune caratteristiche distintive, che varrebbero a rendere complessivamente più efficiente il loro assetto giuridico; tra queste, vi è certamente il limitato peso dello Stato nella regolazione dei mercati ed, in generale, nella disciplina dell'economia, visibile nel ridotto spessore dello stato sociale e nella più piena protezione dei *property rights*. All'opposto, in una distinzione manichea, i paesi della tradizione di *civil law* paiono caratterizzarsi per un impegno statale più penetrante, apparati amministrativi più strutturati, controlli statuali di alcuni centri di potere economico e, in ultima analisi, per una valenza sociale dei diritti proprietari che incarna una diversa declinazione del capitalismo. Se, pertanto, le strutture giuridiche plasmano anche gli *output* economici, i paesi di *common law* mostrerebbero tendenzialmente un maggiore grado di sviluppo economico, connesso ad un più sofisticato mercato finanziario, che meglio protegge gli investitori anche attraverso un più efficace *enforcement* contrattuale.

La recente crisi economica mette chiaramente in difficoltà simili affermazioni, sia perché i paesi di *common law* ne sono stati colpiti per primi, sia, soprattutto, perché le risposte fornite in seno a quegli ordinamenti hanno mostrato un approccio assai lontano dalla piena fiducia nelle capacità autoregolamentative del mercato, risposta che invece prevede un ampliamento nella sfera di influenza e di controllo governativo su attori economici e centri di potere finanziario<sup>47</sup>. Già di per sé, la crisi interroga circa le opportunità ed i costi della globalizzazione, poiché è proprio la liberalizzazione dei movimenti di capitale a generare un effetto a cascata dirompente delle crisi economiche, con elevati rischi di contagio di economie considerate "sane". La stessa visione liberista dell'integrazione economica mondiale verrebbe travolta, e con essa l'intero modello di ciò che rimane del *Washington Consensus*, se allo scoppiare della crisi si associasse immediatamente l'idea che il tipo di capitalismo suggerito internazionalmente ha in sé la radice dei propri insuccessi, per di più in connessione proprio con il modello di regolamentazione del mercato fino ad ora considerato più efficiente, grazie alle ricerche empiriche della *legal origins theory*.

Sembra allora possibile trarre alcune conclusioni parziali, relative alla scarsa capacità predittiva dimostrata dalla *legal origins theory*. L'efficienza che essa riconosce ai sistemi di *common law* si incarnava nella flessibilità delle strutture del mercato e nella

---

<sup>47</sup> Sul punto, cfr. le osservazioni di L.M. FAIRFAX, *The Legal Origins in Crisis*, 6 *Brigham Young U. L. Rev.* 1571 (2009), secondo la quale "many of the ways in which the United States has responded to the crisis contradict its legal tradition and instead resemble what one would consider a civil law response" (1063); simili contraddizioni, destinate a smentire alcuni assunti della *legal origins theory*, riguardano tanto i contenuti concreti dei provvedimenti destinati a superare il periodo di crisi, quanto le modalità operative, tra cui l'autrice include un ampio ricorso all'attività legislativa da parte degli ultimi due governi statunitensi.



convinzione che a garantire il massimo sviluppo economico fosse la minor regolamentazione possibile del mercato stesso, operata sulla base di parametri diversi dall'efficienza, quali potrebbero invece essere l'interesse collettivo o una funzione sociale. Ed invece, all'iniezione di denaro nel sistema e al salvataggio statale di alcune banche, circostanze che già di per sé in parte contraddicono la tradizionale fiducia nel mercato, si sono aggiunte regole nuove, alcune ancora in fase di gestazione, che ridefiniscono il rapporto tra politica, diritto e mercato, in una prospettiva di maggiore interventismo e controllo dello Stato<sup>48</sup>. Anche sotto questo riguardo, sembra quindi imporsi un ripensamento nel rapporto tra le teorie sullo sviluppo e la comparazione giuridica, sulla base di una maggiore consapevolezza della complessità dei sistemi giuridici, non riducibili secondo schemi stereotipati né idonei ad essere compresi sulla base di singole ed isolate variabili.

---

<sup>48</sup> In questo senso G. NAPOLITANO, *Il nuovo Stato Salvatore: strumenti di intervento e assetti istituzionali*, in *Giornale di dir. amm.*, 2008, 1083 ss.; ID., *From the Financial to the Sovereign Debt Crisis: New Trends in Public Law*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 81 ss.; F. CAVAZZUTI, *La crisi finanziaria: nuovi o vecchi confini tra il mercato e lo stato sociale?*, in *Pol. econ.*, 2009, 5.