

RIVISTA DI DIRITTO CIVILE

FONDATA E RETTA DA

WALTER BIGIAVI E ALBERTO TRABUCCHI
(1955-1968) (1968-1998)

COMITATO DI DIREZIONE

C. MASSIMO BIANCA FRANCESCO D. BUSNELLI
GIORGIO CIAN ANGELO FALZEA ANTONIO GAMBARO
NATALINO IRTI GIUSEPPE B. PORTALE
ANDREA PROTO PISANI PIETRO RESCIGNO
RODOLFO SACCO VINCENZO SCALISI PIERO SCHLESINGER
PAOLO SPADA VINCENZO VARANO

E

GUIDO CALABRESI ERIK JAYME DENIS MAZEAUD
ÁNGEL ROJO FERNÁNDEZ-RIO

www.edicolaprofessionale.com/RDC

 Wolters Kluwer

CEDAM

ma altresì veicola meritoriamente l'attenzione del lettore verso la disciplina di fattispecie di grande interesse (anche) pratico. [FRANCESCO MACARIO]



GIOVANNI PASCUZZI, *La creatività del giurista. Tecniche e strategie dell'innovazione giuridica*, Bologna, Zanichelli, 2013, pp. 201.

L'attività di interpretazione del giurista può essere contaminata da una dose di creatività, oppure è grigia (un po' come il completo da trasferta che indossava l'Avv. Guerrieri nei noti romanzi di Gianrico Carofiglio)? In questo volume Giovanni Pascuzzi non si interroga sulla componente creativa dell'attività del giurista, né paragona espressamente il giurista all'artista. Al contrario, la sua analisi parte da una semplice domanda: perché non esiste un premio Nobel per il diritto? Il diritto non comprende l'invenzione? È ancora valida l'espressione utilizzata da Calamandrei: « i giuristi non possono permettersi il lusso della fantasia? ».

Sin dalle prime pagine l'A. evidenzia come il diritto occidentale sia dotato — citando Harold J. Berman — « di un meccanismo intrinseco di mutamento organico »: è infatti sufficiente elencare i cambiamenti che hanno caratterizzato il diritto negli ultimi anni (l'irrompere del diritto comunitario, l'evoluzione delle giurisprudenze e della dottrina, nuovi istituti come la c.d. « occupazione appropriativa ») per permettere di presentare un quadro variegato e complesso caratterizzato dal tramonto del monopolio statale nella produzione del diritto. Un quadro che certamente non coincide con i testi normativi e, in generale, la legge (proveniente dallo Stato), mentre il sistema giuridico, nel quale la dottrina e la giurisprudenza giocano un ruolo fondamentale, appare spesso oscuro e incoerente. In questo contesto vengono messe in luce le tecniche giuridiche che consentono al diritto di evolversi e di produrre innovazione quali, tra le altre, le riforme legislative, le interpretazioni fornite dalla giurisprudenza e quelle legate al mondo della prassi contrattuale.

La portata innovativa dell'opera consiste nell'approfondire la tematica del mutamento giuridico da un particolare angolo di visuale: quello del *problem solving*. Tale punto di vista consiste essenzialmente nel distaccarsi dalla convinzione che la legge sia l'unica soluzione alle questioni che investono la vita dei consociati; diversamente le questioni cui il giurista (il giurista pratico: giudice, notaio, avvocato) è chiamato a rispondere possono essere analizzate e risolte utilizzando lenti diverse, che permettono di focalizzare meglio la questione e portare ad esiti innovativi.

Il giurista, assunta la veste di *problem solver*, deve tener conto di alcune dinamiche che l'A. analizza e che meritano di essere qui riportate: innanzitutto alla base del problema da risolvere si pone una esigenza di tutela, che rappresenta il motore che alimenta la « spasmodica ricerca di soluzioni », che possono essere rintracciate anche da altre esperienze (realizzando quello che Maurizio Lupoi definisce il flusso giuridico). In un'ipotetica mappa concettuale, il *problem solving* è collegato alla parola interdisciplinarietà. Un'altra parola chiave che delinea l'approccio al *problem solving* è indubbiamente, relatività. In altri termini la formulazione del problema non è, e non può essere, un'operazione neutra ed oggettiva: ciò che viene individuato come problema, il modo di definirlo e di affrontarlo, l'obiettivo che ci si prefigge di raggiungere, sono il frutto di scelte e improntano l'intero processo volto alla soluzione. Il giurista-*problem solver* deve quindi aver chiaro che: (a) la soluzione del problema è strettamente legata alla sua formulazione; (b) il modo di vedere gli interessi in gioco incide sul modo di formulare il problema; (c) le impostazioni tradizionalmente accolte tendono ad accreditare il giurista come depositario di un sapere tecnico e separato; (d)

per risolvere i problemi in maniera più efficiente conviene prendere in considerazione tutti gli interessi coinvolti; (e) il modo migliore per farlo è cercare di vedere il problema da diversi punti di vista; (f) vedere le cose da un altro punto di vista può anche significare vederle dal punto di vista di un altro sapere; (g) nella soluzione dei problemi occorre spesso riflettere su cosa stiamo facendo e sul modo in cui lo stiamo facendo. In particolare, occorre chiedersi se le soluzioni che si stanno ponendo in essere permettono davvero di perseguire l'obiettivo (la c.d. « metacognizione »).

Se dai bisogni della società emergono quindi problemi da risolvere, il giurista ha bisogno di uno strumento, di una tecnologia che gli permetta di affrontarlo, ma lo strumento è proprio il diritto. Tale concezione conduce l'A. a due inevitabili riflessioni che vengono sviluppate nella seconda parte della trattazione: le modalità attraverso le quali il diritto evolve tenuto conto delle tecniche poste in essere per congegnare le soluzioni innovative, e la consapevolezza che nessuna tecnologia è neutra, ma diventa fruttuosa o dannosa in ragione dell'uso che ne viene fatto.

La verifica se esistano delle « tecniche o delle manovre cognitive » e se tali tecniche si ripetano con una certa regolarità (l'A. parla, con un ossimoro voluto, di regolarità nella creatività) è l'obiettivo della seconda parte del volume. In termini sintetici, e lasciare al lettore il gusto e la curiosità della scoperta, l'analisi si articola in tre tappe: l'A. analizza le innovazioni più significative degli ultimi decenni, poi procede ad esaminare le caratteristiche di queste innovazioni, per arrivare a concludere che effettivamente esistono delle costanti nella creatività e che quindi è possibile costruire una tassonomia delle manovre cognitive sottese all'innovazione giuridica. In definitiva, l'innovazione è legata a tre strategie principali: l'ampliamento, la combinazione e la trasformazione.

La prima tecnica consiste nell'ampliamento dell'armamentario giuridico a disposizione mediante la generalizzazione di principi e concetti, l'estensione delle tutele esistenti, o, ancora, la differenziazione del paradigma risolutorio del problema affrontato rispetto alle soluzioni tradizionalmente accolte; la seconda è rappresentata dalla combinazione di tali elementi: il giurista, al pari dell'ingegnere, combina gli elementi a disposizione per raggiungere obiettivi sofisticati ed originali. L'ultima tecnica è di stampo generale, e consiste nell'utilizzazione di uno strumento per fini od in contesti diversi da quelli per i quali è stato progettato.

Un capitolo a parte, particolarmente significativo e interessante, è dedicato alle abilità (ossia « skills della creatività », per usare le parole dell'A.) che il giurista deve possedere per risolvere i problemi che si presentano nella quotidianità. Viene indicata la strada maestra — che non è detto sia l'unica — utile ad definire una strategia generale di soluzione dei problemi, mediante la formulazione di una serie di domande volte ad identificare il problema e a valutare se è possibile utilizzare, e combinare tra loro, la « tassonomia di manovre » cui si è fatto cenno poc'anzi.

Ma forse tutto ciò non è sufficiente a comprendere, e quindi utilizzare correttamente ed efficacemente, gli strumenti che l'A. indica e mette a disposizione del lettore. Occorre infatti combinare quanto detto con altra parola chiave del volume, già ricordata: l'interdisciplinarietà. Le problematiche devono essere affrontate da differenti punti di vista; in altri termini il giurista deve « sporcarsi le mani » interagendo con le altre discipline, per capire se possono trovare spazio in ambito giuridico le riflessioni tese ad enucleare le strategie di pensiero produttivo emerse nell'ambito delle scienze cognitive. Sembra così necessario assumere definitivamente consapevolezza — con le parole di Rodolfo Sacco citate da Pascuzzi — che « probabilmente non tocca alla scienza giuridica dire l'ultima parola sulla genesi delle innovazioni ».

Un ultimo accenno per l'interessante proposta, già adottata da alcune facoltà, di proporre l'insegnamento del *problem solving* nelle facoltà di giurisprudenza, quale materia utile per formare giuristi in grado di poter dare soluzioni a vecchi e nuovi problemi. La proposta si radica nel solco degli insegnamenti di Pascuzzi (si pensi, per esempio, anche soltanto al lavoro *Giuristi si diventa*, del 2008) che sono acquisiti stabilmente nel sistema della formazione forense, a partire dalla distinzione tra « i saperi », propri dei corsi universitari, e le abilità, « il saper fare », al cui apprendimento le esperienze post-laurea tendono negli ultimi anni con forza, anche sotto l'impulso delle istituzioni (come la Scuola Superiore dell'Avvocatura, Fondazione del Consiglio Nazionale Forense per le attività formative e culturali).

Questi nuovi strumenti però devono essere utilizzati, al pari di qualsiasi altro strumento tecnologico innovativo, con alcune cautele: è necessario evitare una creatività fine a se stessa, solo per soddisfare il desiderio di inventare, ad ogni costo, qualcosa di nuovo; è necessario tenere presente che le innovazioni possono comportare delle conseguenze pregiudizievoli. Bisogna quindi tenere sempre presente che la differenza fondamentale tra il diritto e le altre « tecnologie » è che il diritto progredisce, per sua natura, lentamente, e che i « salti evolutivi » (volendo prendere a prestito il termine da altre scienze) non rinvergono sovente una loro autonoma origine nel diritto, che spesso si limita a dar forma a mutamenti imposti, per così dire, dalle forze economiche o sociali.

Ciò, in ultima ipotesi, significa che il destinatario delle innovazioni giuridiche — in termini espliciti, tutti i giuristi e operatori del diritto — corre il rischio di subire per un tempo indefinito scelte sì creative, sì innovative, « frutto di una ingegnosa tecnica contrattuale », ma non adeguatamente ponderate nei loro riflessi sulla collettività, proprio perché originate da scelte maturate in altri ambiti (quelle di ordine economico sono forse le più presenti a tutti). I giuristi, in altre parole, certamente possono essere creativi, ma creatività non è sinonimo di giustizia; e l'esempio delle leggi razziali citato dall'A. in conclusione dell'opera è quanto mai calzante. [DAVID CERRI]



PETER KINDLER, *Italienisches Handels- und Wirtschaftsrecht*, 2. Ed., Frankfurt am Main, Fachmedien Recht und Wirtschaft, 2014, pp. 514.

Se è naturale che l'esigenza di una sempre maggiore integrazione tra gli ordinamenti europei spinga verso un continuo e proficuo confronto comparatistico, d'altra parte non è così frequente che studiosi stranieri di indiscussa autorevolezza dedichino un intenso sforzo di approfondimento a un intero settore dell'ordinamento italiano: e tanto più quando lo studio arriva a ricomprendere i vasti temi del diritto dell'impresa e del diritto commerciale in generale, senza escludere importanti fasce del diritto civile (in specie dei contratti) che risultano rispetto ai primi adiacenti e inevitabilmente collegate. Questo è il caso dell'opera di Peter Kindler su « Diritto commerciale e diritto dell'economia italiano », giunta ora alla seconda edizione, dopo la prima del 2002.

Non ha bisogno di presentazioni Peter Kindler — titolare degli insegnamenti di diritto civile, diritto commerciale, diritto internazionale privato e diritto privato comparato presso la Ludwig Maximilians Universität di Monaco di Baviera —, per lo meno per i non pochi giuristi che in questi anni abbiano dedicato qualche attenzione al dialogo tra diritto italiano e tedesco.

Si tratta dunque di un contributo di grande spessore scientifico, che oltretutto si cala all'interno di un ambito di relazioni — quelle, per l'appunto, italo-tedesche — che anche da un punto di vista economico appare sempre più strategico per il nostro Paese.