



SPECIAL ISSUE: "WHO NEEDS COMPARATIVE LAW?"

A CHI SERVONO I COMPARATISTI? DIRITTO COMPARATO, POSTDIRITTO E RUOLO DELLA COMPARAZIONE

ALESSANDRO SOMMA

Siamo stati autorevolmente chiamati a riflettere sul diritto comparato, ovvero su un campo del sapere intimamente legato alle dinamiche che caratterizzano l'epoca attuale, la cui utilità è pertanto *in re ipsa*. Lo stesso non si può peraltro dire dei comparatisti, le cui sorti sembrano non seguire quelle della loro materia. Di qui la scelta di interrogarsi, più che sull'utilità del diritto comparato, su quella dei comparatisti. Anche per individuare i motivi del contrasto, e soprattutto le modalità per porvi rimedio e consentire così ai comparatisti di beneficiare del successo della loro materia.

SOMMARIO: 1.Sulla crisi dei giuscomparatisti. - 2.Sul persistere di un modello tradizionale di giurista. - 3. Sulla crisi del diritto e sul diritto comparato come rimedio.

1. Da tempo la dimensione ultranazionale dell'esperienza giuridica si è imposta ai cultori del diritto, venendo finalmente riconosciuta come il suo aspetto forse più peculiare. Sono oramai rari i casi in cui un settore dell'ordinamento può essere padroneggiato senza tenere conto delle fonti di provenienza internazionale, prodotte nell'ambito delle numerose organizzazioni interstatuali che operano a livello planetario. Per non dire del ruolo di primissimo piano assunto dal diritto sovranazionale, riconducibile all'attività di organizzazioni, come l'Unione europea, che esercitano una sovranità distinta da quella degli Stati aderenti. Si pensi infine all'incidenza del diritto transnazionale: l'insieme delle disposizioni confezionate anch'esse fuori dai confini nazionali per iniziativa di legislatori privati.



Sempre più spesso, poi, si richiede la conoscenza del diritto dei molti Paesi vicini e lontani che animano la fitta rete dei rapporti tra Stati, il cui protagonismo sulla scena mondiale viene sicuramente conteso, ma non certo annullato dall'azione dei più disparati poteri pubblici e privati¹.

Se così stanno le cose, i cultori del diritto comparato dovrebbero vivere il loro momento fortunato, l'apice della loro popolarità. Lo studio dei diritti stranieri, il loro raffronto e la loro interazione con il diritto internazionale, sovranazionale e transnazionale costituisce infatti il pane quotidiano dei giuscomparatisti. Questi dovrebbero allora rappresentare un punto di riferimento obbligato per il discorso giuridico in quanto tale, essere i padroni del campo in cui si incrociano i saperi e le pratiche che traggono legittimazione dal diritto.

Invece così non è. O meglio: alla comparazione giuridica si ricorre oramai in tutti i settori dell'ordinamento, in quanto semplicemente non si può prescindere da quanto accade oltre il livello nazionale. Tuttavia ciò accade senza un significativo coinvolgimento dei giuscomparatisti, almeno non all'altezza dell'importanza assunta dai saperi collocati al centro del loro impegno di studiosi. Se anzi si considera quest'ultimo aspetto, non si fa fatica a concludere che i giuscomparatisti vivono una fase di relativo ridimensionamento, testimoniato dal peso insufficiente assicurato alla materia da parte delle riforme che a ritmo serrato tormentano la comunità accademica tutta. È confermato dalla scarsa intensità del dialogo che i cultori dei diversi settori dell'ordinamento intrattengono con i giuscomparatisti, i cui scritti sono troppo spesso trascurati, o peggio ritenuti buoni solo a confezionare dotte note a piè di pagina.

Sembra insomma che, se per un verso il diritto comparato viene ritenuto un campo del sapere utile, lo stesso non valga per i comparatisti, per molti spetti condannati alla marginalità. Di qui l'opportunità di interrogarsi sui motivi di questa situazione, anche e soprattutto per mettere a fuoco le ragioni dell'utilità dei cultori del diritto comparato, oltre che del diritto comparato *tout court*, e ovviamente interrogarsi sul modo di rivendicarla e riaffermarla.

2. I giuscomparatisti sono abituati a interrogarsi sul perimetro della loro materia, a riflettere in termini generali sull'oggetto dei loro studi, sulle finalità per cui li affrontano e sulle relative metodologie. L'attenzione per questi aspetti costituisce anzi una peculiarità della comparazione giuridica, con puntuali riscontri negli strumenti didattici predisposti per il suo insegnamento, in ciò distinti da quelli di norma utilizzati nelle materie che compongono il complesso delle conoscenze giuridiche di base².

¹ Ad es. M. Mazzucato, *Lo Stato innovatore*, Roma e Bari, Laterza, 2015.

² Lo sottolinea criticamente, come è noto, R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, 5. ed., in *Trattato di diritto comparato*, dir. da R. Sacco, Torino, Utet, 1992.



In queste ultime il diritto viene analizzato da un punto di vista interno, come se l'oggetto di studio, le sue finalità e i suoi metodi fossero acquisiti una volta per tutte, tanto da essere oramai indiscutibili³. Come se i cultori del diritto dovessero essere complici delle fonti del diritto e dunque assumere la posizione del prescrittore: limitandosi a fungere da diligenti amministratori e custodi di un patrimonio di conoscenze immobile nella sua essenza, da incrementare senza mettere in discussione le categorie ordinanti ereditate magari da un glorioso passato.

Lo sguardo che il comparatista rivolge al diritto muove invece da un punto di vista esterno⁴. È lo sguardo di chi contempla e mira a descrivere il diritto nella sua struttura, ma anche nella sua funzione, nel suo costituire un insieme di precetti, ma anche di istituzioni che lo pongono in essere per distribuire imperativamente beni e valori. Lo sguardo di chi, più che il diritto, indaga l'esperienza giuridica⁵, la sua dimensione empirica come la sua essenza di pratica discorsiva. È così fin dalla nascita della comparazione come scienza autonoma al principio del secolo scorso, quando si affacciò sulla scena del sapere giuridico per rifondarlo su basi critiche: per scardinare le convenzioni e i pensieri unici, come il legicentrismo e il dogmatismo tipico dei paradigmi scientifici all'epoca imperanti. Di qui l'identità del comparatista come studioso incline ad analizzare il fenomeno diritto sciolto nella sua dimensione spazio temporale, quindi valorizzando le interazioni tra il diritto e le altre scienze sociali.

Non si può certo dire che, se queste sono state modalità in qualche modo costitutive del diritto comparato, i suoi adepti siano riusciti a renderle patrimonio comune dei cultori del diritto. Si sono ottenuti alcuni successi, questo è indubbio, non tuttavia all'altezza dell'attuale interesse per la materia, né dell'ampio e articolato campo che ha militato e milita a fianco dei comparatisti: il campo dei cultori delle materie giuridiche che coltivano un approccio critico, dai filosofi agli storici del diritto, passando ovviamente per i sociologi del diritto.

Certo, nel tempo sono mutati gli approcci dei cultori del diritto positivo, ma la sostanza resta invece la stessa. Il legicentrismo si manifesta oggi come asservimento esegetico alle parole delle fonti di produzione del diritto sovranazionale: ad esempio come pedante parafrasi del testo di una direttiva

³ Il punto di vista interno sul diritto cui si fa riferimento non è dunque quello di chi, secondo la nota definizione di Herbert Hart (*Il concetto di diritto*, Torino, Einaudi, 2002), lo accetta e utilizza come fondamento della sua condotta.

⁴ Diverso, anche qui, da quello cui allude Hart (*ibidem*), intendendo il punto di vista dell'osservatore che non si sente vincolato dal diritto.

⁵ Su cui da ultimo F. Cerrone, *Sull'esperienza giuridica: Capograssi, Orestano, Giuliani*, in *Diritto pubblico*, 2016, p. 963 ss.



europee, o come verbosa ricostruzione acritica di una convenzione internazionale. L'attuale dogmatismo è invece quello che porta a interrogarsi circa i punti di riferimento formali di un sedicente sistema del diritto sovranazionale, da ricostruire a partire dal complesso sistema di fonti multilivello. Per poi misurare minuziosamente la distanza che lo separa dal cosiddetto sistema di diritto interno, e magari formulare vibrante proteste per il rischio di un inquinamento concettuale.

Eccolo il diritto comparato praticato dai cultori di materie diverse dal diritto comparato: una materia a cui sono stati cambiati i connotati. Ed ecco la ragione dell'insuccesso dei loro cultori, che evidentemente confezionano ricerche la cui impostazione non può essere forzata entro gli schemi prevalenti presso i cultori del diritto positivo.

A questo punto si potrebbe essere tentati di recuperare centralità abbandonando lo statuto epistemologico fondativo della comparazione giuridica, sulla scia di quanto è stato tentato da alcuni cultori del diritto romano: quelli che in Germania hanno ceduto alle sirene della Neopandettistica pensando di recuperare così visibilità accademica, ma che nel lungo tempo hanno solo accelerato il declino della loro materia⁶. Giacché la forza dei cultori del diritto romano, esattamente come dei cultori del diritto comparato, resta nella capacità di adottare un punto di vista esterno nell'osservazione del fenomeno giuridico: qualsiasi altra soluzione porterebbe solo a un complessivo indebolimento della materia.

Insomma, non ci siano scorciatoie nel percorso verso la riconquista da parte del diritto comparato di una visibilità consona alla ricchezza della materia. Chi le ha percorse, mettendosi al servizio dei campi egemoni del sapere giuridico e non, evitando di osservarli criticamente, ha forse ottenuto qualche soddisfazione. Ma si è sempre trattato di un fuoco di paglia, eventualmente di successi iniziali, ben presto rivelatisi però effimeri, se non dei sonori insuccessi.

3. I problemi di visibilità non sono però riservati ai cultori del diritto che tradizionalmente assumono un punto di vista esterno. Una vera e propria crisi, testimoniata dalla contrazione nelle iscrizioni ai corsi di studio giuridici, la sta vivendo il diritto nel suo complesso, anche e soprattutto in quanto sapere tecnocratico.

Per molto tempo il giurista si è accreditato come il tecnocrate per antonomasia, capace di organizzare lo stare insieme come società a partire da un sapere di tipo professionale. Non ha negato che vi fosse un momento

⁶ Citazioni in A. Somma, *Da Roma a Washington*, in P.G. Monateri, T. Giaro e A. Somma, *Le radici comuni del diritto europeo. Un cambiamento di Prospettiva*, Roma, Carocci, 2005, p. 169 ss.



politico relativo alla formazione delle regole giuridiche, ma ha sostenuto che questo fosse distinto dal momento tecnico, quello concernente la loro interpretazione in quanto fonti del diritto. Di qui il suo ruolo di tecnocrate, a cui far fronte combinando in vario modo le due varianti del positivismo: accentuando ora la sua capacità di ridurre il diritto alla legge, ora la sua abilità nel riportare quest'ultima a una trama concettuale attraverso cui attribuirle senso compiuto.

È evidente che lo schema descritto attiene all'autorappresentazione del giurista, ingegnere sociale privo di investitura politica, la cui legittimazione deve dunque trarre fondamento dal carattere tecnico del suo sapere, dalla decontestualizzazione delle sue conoscenze⁷. Tuttavia lo schema è fondativo dell'idea di diritto occidentale, tale proprio in quanto differenziato dalla politica, oltre che dalla religione⁸. E in quanto ricavato dalla scelta di affidare l'amministrazione delle istituzioni giuridiche «a speciali gruppi di persone che si dedicano ad attività giuridiche su base professionale», capace di dare sistema alle regole prodotte da quelle istituzioni e consentire così lo sviluppo del diritto come un sistema organico, come corpo contenente «un meccanismo intrinseco di mutamento organico»⁹.

Anche la fase attuale è complessivamente caratterizzata da una richiesta di ortodossie teoriche, di saperi specialistici non dialoganti, di ingegnerie sociali sviluppate nell'ignoranza del contesto in cui operano, maturate nell'inconsapevolezza circa il metodo utilizzato e le finalità perseguite. Tuttavia questo vale meno per il diritto e più per saperi utili a legittimare dal punto di vista tecnico coloro i quali, in un momento di crisi della legittimazione politica, sono chiamati a regolare la convivenza sociale: in particolare il sapere economico.

Ci troviamo del resto, alimentata da una retorica sulla fine della storia nonostante tutto persistente, in una fase storica connotata dalla prevalenza assoluta del pensiero neoliberale, ovvero della prevalenza del campo economico sul campo politico: il diritto è chiamato a costituire la mano visibile del mercato, a trasformare il principio di concorrenza in strumento di direzione del comportamento dei consociati¹⁰. Se dunque il giurista perde la sua posizione di tecnocrate per antonomasia, è perché muta radicalmente il suo essere un cultore

⁷ Da ultimo M. Brutti, *La solitudine del presente*, in I. Biocchi e M. Brutti (a cura di), *Storia del diritto e identità disciplinari: tradizioni e prospettive*, Torino, Giappichelli, p. 295 ss.

⁸ V. rispettivamente A. Gambaro e R. Sacco, *Sistemi giuridici comparati*, 3. ed., in *Trattato di diritto comparato*, dir. da R. Sacco, Torino, Utet, 2008, p. 39 ss. e H.J. Berman, *Diritto e rivoluzione* (1983), Bologna, Il Mulino, 1998.

⁹ *Ivi*, p. 24 ss. V. anche Id., *Law and Revolution II*, Cambridge Ma., Harvard Univ. Press, 2006.

¹⁰ Secondo lo schema ordoliberal assunto tra l'altro a punto di riferimento dalla costituzione economica europea: A. Somma, *La dittatura della spread. Germania, Europa e crisi del debito*, Roma, DeriveApprodi, 2004.



del positivismo legislativo o scientifico: diviene ora bocca delle leggi economiche, nel primo caso, o fonte di un ordine concettuale ricavato dalla scienza economica, nel secondo. In ogni caso non riesce a riempire con un suo progetto lo spazio apertogli dal ripensamento del ruolo attribuito al diritto statale, che pure avrebbe potuto condurre a rifondare l'autonomia del giuridico¹¹.

Insomma, l'autonomia del giuridico viene cancellata, e con essa la possibilità di rappresentare il giurista come tecnocrate legittimato dal suo essere detentore di un patrimonio sapienziale. Se infatti il discorso giuridico diviene la mera riformulazione del discorso economico, il diritto perde la sua ragion d'essere: diviene postdiritto, espressione nella quale il prefisso «post» indica la negazione di ciò cui allude la parola a cui viene anteposto, ovvero che il diritto si riduce oramai a mero riflesso di altri fenomeni sociali. E lo stesso accade a coloro i quali pretendono, per il tramite del diritto, di disciplinare lo stare insieme come società: i cultori del postdiritto sono i detentori di un sapere oramai incapace di interpretare i fenomeni sociali, e tanto meno di governarli. Possono solo testimoniare, mentre assolvono al ruolo di meri riproduttori di un verbo indiscutibile, quanto la salute del progetto neoliberale sia direttamente proporzionale alla capacità dei suoi custodi di spolticizzare l'ordine economico¹².

Di qui la conferma dell'attualità di una riflessione sullo spazio da rivendicare per il diritto comparato e i suoi cultori che muova da rinnovate riflessioni attorno ai suoi oggetti, scopi e metodi. Nella convinzione che su questo terreno si possa rivitalizzare il senso del sapere giuridico, il suo essere capace di contribuire a incrementare le conoscenze solo se alza lo sguardo oltre il tecnicismo che costringe alla residualità i cultori del sapere critico.

Su questo terreno, occorre ammetterlo, la comparazione giuridica ha bisogno di rinnovarsi, di riformulare la propria identità secondo schemi e linguaggi che possano accreditarla come scienza capace di dialogare con i cultori dei saperi più adatti a comprendere le trasformazioni del tempo presente. Ha cioè bisogno di attrezzarsi per il confronto con le ingegnerie sociali ora di moda, i quali, occorre ammettere anche questo, non sono invece chiusi al confronto con altre scienze, inclusa la comparazione giuridica. Anche quando ne travisano il senso e anche quando si presentano come saperi portatori di un messaggio indiscutibile: come è il caso della Nuova economia comparata¹³.

¹¹ Al proposito P. Grossi, *Globalizzazione e pluralismo giuridico*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, 2000, p. 551 ss.

¹² Cfr. A. Somma, *Europa a due velocità. Postpolitica dell'Unione europea*, Reggio Emilia, Imprimatur, in corso di pubblicazione.

¹³ Su cui per tutti P.G. Monateri, *Geopolitica del diritto*, Roma e Bari, Laterza, 2013.



Insomma, lo spazio del diritto comparato, in quanto sapere critico, non può essere ricavato da riflessioni sugli oggetti, gli scopi e i metodi della materia condotte entro il ristretto perimetri dei suoi cultori. Se i giuscomparatisti utilizzano un punto di osservazione esterno al diritto per analizzarlo, lo stesso devono fare nel momento in cui riflettono su cosa sia il diritto e si interrogano sul perché e sul come compararlo. È anche questo un modo per tornare a essere utili, per impadronirsi nuovamente di una materia che non ha mai cessato di esserlo.