

Comparative Law Review

Vol. 17 · No. 2
2026



REGULAR ISSUE

ISSN 2038 – 8993

COMPARATIVE LAW REVIEW

The Comparative Law Review is a biannual journal published by the
I. A. C. L. under the auspices and the hosting of the University of Perugia Department of Law.

Office address and contact details:
Email: complawreview@gmail.com

EDITORS

Giuseppe Franco Ferrari
Tommaso Edoardo Frosini
Pier Giuseppe Monateri
Giovanni Marini
Salvatore Sica
Alessandro Somma
Massimiliano Granieri

EDITORIAL STAFF

Fausto Caggia
Giacomo Capuzzo
Cristina Costantini
Virgilio D'Antonio
Sonja Haberl
Edmondo Mostacci
Alessandra Pera
Giacomo Rojas Elgueta
Tommaso Amico di Meane
Lorenzo Serafinelli

REFEREES

Salvatore Andò
Elvira Autorino
Ermanno Calzolaio
Diego Corapi
Giuseppe De Vergottini
Tommaso Edoardo Frosini
Fulco Lanchester
Maria Rosaria Marella
Antonello Miranda
Elisabetta Palici di Suni
Giovanni Pascuzzi
Maria Donata Panforti
Roberto Pardolesi
Giulio Ponzanelli
Andrea Zoppini
Mauro Grondona
Biagio Andò
Marina Timoteo

SCIENTIFIC ADVISORY BOARD

Christian von Bar (Osnabrück)
Thomas Duve (Frankfurt am Main)
Erik Jayme (Heidelberg)
Duncan Kennedy (Harvard)
Christoph Paulus (Berlin)
Carlos Petit (Huelva)
Thomas Wilhelmsson (Helsinki)

COMPARATIVE
LAW
REVIEW
VOL. 17/2 - 2026

5

VINCENZO ZENO-ZENCOVICH

For a Theory of Duties: A Roadmap

12

ALESSANDRO SOMMA

Tra moderno e postmoderno: ha ancora senso discutere di una funzione sovversiva della comparazione giuridica?

39

ENRICO BAFFI

Mistake as a Defect of Consent: Strengths and Weaknesses of the Italian Rules Compared with the U.S. Approach

67

MOHAMMED ABDELAAL

Beyond Borders: The Reception Of Foreign Law In The Jurisprudence Of Egypt's Supreme Constitutional Court

Spazio europeo dei dati sanitari

121

MARIO NATALE - ONOFRIO TROIANO

L'ambito di applicazione oggettivo e soggettivo del Regolamento (UE) 2025/327 sullo Spazio Europeo dei Dati Sanitari.

149

LUCIA BOZZI

Uso primario dei dati e fascicolo sanitario elettronico: non è solo una questione di privacy...

175

ADRIANA ADDANTE

Vicende circolatorie ed esercizio dei diritti nell'uso primario dei dati sanitari

205

VALENTINA VINCENZA CUOCCI

Spazio Europeo dei Dati Sanitari: uso secondario dei dati sanitari elettronici e interesse generale alla ricerca

230

MARIELLA CUCCOVILLO

Uso secondario dei dati sanitari e tutela dell'interessato: tra rimedi e sanzioni

246

MIRIAM I. NIGRO DI GREGORIO – ALESSIA P. MANGIACOTTI

Il sistema sanzionatorio dell'*European Health Data Space*: tra armonizzazione e frammentazione normativa.

270

ROBERTA PICCOLO

Biobanche sotto esame: dall'incertezza giuridica alla prospettiva regolatoria.

TRA MODERNO E POSTMODERNO:
HA ANCORA SENSO DISCUTERE DI UNA FUNZIONE SOVVERSIVA DELLA
COMPARAZIONE GIURIDICA?

Alessandro Somma

SOMMARIO:

I. LA FUNZIONE SOVVERSIVA DELLA COMPARAZIONE TRA FINZIONE E REALTÀ. – II. L'UNIFICAZIONE INTERNAZIONALE DEL DIRITTO COME FINALITÀ COSTITUTIVA DEL DIRITTO COMPARATO. – III. IL DIRITTO COMPARATO FRA ETNOCENTRISMO E UNIVERSALISMO. – IV. LA COMPARAZIONE CHE UNISCE: LO STRUTTURISMO E LA TEORIA DEI FORMANTI. – V. SEGUE: L'ANALISI FUNZIONALE E LA PRESUNZIONE DI SIMILITUDINE DELLE SOLUZIONI PRATICHE. – VI. DALLA RIFLESSIONE POSTMODERNA ALLA COMPARAZIONE GIURIDICA. – VII. SEGUE: COSA È DIRITTO E PERCHÉ COMPARARE. – VIII. SEGUE: DALLA ESALTAZIONE DELLE DIFFERENZE ALLA INCOMMENSURABILITÀ. – IX. DALLA COMPARAZIONE GIURIDICA POSTMODERNA ALL'ORTODOSSIA NEOLIBERALE. – X. LO STATO DOPO LA GLOBALIZZAZIONE E LA FUNZIONE SOVVERSIVA DELLA COMPARAZIONE OGGI.

Comparative law defines itself as a subversive discipline created to counter legal positivism, promoting the recognition of substantive sources of law and the international unification of law. For a long time, this definition is undeserved, since comparative law soon became a tool for promoting neoliberalism at the expense of democratic and social constitutionalism. It was only later that the subversive function of comparative law returned to prominence, becoming associated with the intersection of legal comparison and postmodern thought. However, this was accompanied by a denigration of the state, which ended up fuelling the spread of neoliberalism. To truly recover the subversive function of their discipline, comparative law scholars should combine postmodern themes with a reinvigoration of the state as a suitable terrain for promoting social and individual emancipation.

Il diritto comparato si definisce come una disciplina sovversiva creata per contrastare il positivismo giuridico, promuovendo il riconoscimento delle fonti sostanziali del diritto e l'unificazione internazionale del diritto. Questa definizione si adatta ai primi anni di vita della disciplina ma non al periodo successivo: è diventata ben presto uno strumento per promuovere il neoliberismo a scapito del costituzionalismo democratico e sociale. Di funzione sovversiva del diritto comparato si è tornati a discutere come di una prospettiva reale nel momento in cui la disciplina ha incrociato la riflessione postmoderna. L'incontro è stato tuttavia accompagnato da una denigrazione dello Stato, che ha finito per alimentare la diffusione del neoliberismo. Per recuperare la funzione sovversiva della loro disciplina, gli studiosi di diritto comparato dovrebbero combinare i temi postmoderni con un rinvigorismento dello Stato come terreno adatto alla promozione dell'emancipazione sociale e individuale.

Keywords: Costituzionalismo democratico e sociale – Metodo del diritto comparato – Postmoderno – Neoliberalismo – Unificazione internazionale del diritto.

I. LA FUNZIONE SOVVERSIVA DELLA COMPARAZIONE TRA FINZIONE E REALTÀ

Secondo un adagio che mira a sintetizzare il senso della comparazione giuridica, questa produce “un discorso ribelle, un contro discorso, un discorso di resistenza”¹, esprimendo così una carica “sovversiva” dell’ordine prodotto dalla “ortodossia teorica”²: innanzi tutto l’ortodossia cui si deve la riduzione del diritto alle sue fonti formali di produzione, ma più in generale tutte le ortodossie che impediscono di “espandere l’agenda delle possibilità disponibili”³.

¹ P. Legrand, *Droit comparé*, 5. ed., Paris, Presses universitaires de France, 2015, pp. 21 e 24.

² H. Muir Watt, *La fonction subversive du droit comparé*, in *Revue internationale de droit comparé*, 2000, p. 505.

³ G. Fletcher, *Comparative Law as a Subversive Discipline*, in *American Journal of Comparative Law*, 46, 1998, p. 695.

Tra moderno e postmoderno: ha ancora senso discutere di una funzione sovversiva della comparazione giuridica?

Se pensiamo all'epoca in cui la comparazione giuridica ha assunto le vesti di una scienza autonoma, possiamo effettivamente discutere di una sua funzione sovversiva. Essa nasce del resto per contestare il legicentrismo e le sue conseguenze più immediate: la riduzione del diritto alla legge e l'esaltazione della sua dimensione nazionale. Di qui il carattere sovversivo della comparazione in quanto scienza votata alla valorizzazione delle fonti sostanziali di produzione del diritto, oltre che a promuovere l'unificazione internazionale del diritto.

Se peraltro si prescinde dalla sua fase giovanile, il riferimento al carattere sovversivo della comparazione giuridica appare come una mera clausola di stile. Appare invero come una formula buona forse a legittimare una disciplina nonostante tutto ancora alla ricerca di conferme e a monte di finalità da perseguire, ma per il resto decisamente incapace di restituire il senso di quanto effettivamente realizzato dai suoi cultori, e tanto meno dai suoi "clienti": legislatori, giudici, avvocati e operatori del diritto in genere⁴.

Certo, la riduzione del diritto alla legge resta almeno sotto traccia un elemento caratterizzante la riflessione dei cultori del diritto positivo, e da questo punto di vista la sua stigmatizzazione da parte dei comparatisti mantiene la sua attualità. E lo stesso si potrebbe dire della critica alla dimensione nazionale del diritto, che conserva la sua forza attrattiva nonostante il diritto internazionale e sovranazionale siano oramai protagonisti indiscussi del sistema delle fonti: molti tra i cultori del diritto positivo perseverano, ciò nonostante, nella difesa di un concettualismo municipale⁵. Non è però su questo terreno, oramai, che il diritto comparato può accreditarsi come disciplina sovversiva, tanto più che tra i suoi cultori non sembra esservi sufficiente consapevolezza circa le trasformazioni nel tempo subite dalla dimensione statuale: la dimensione alla base della concezione del diritto la cui contestazione ha ispirato la nascita della comparazione giuridica.

Eppure, gli anni in cui la comparazione giuridica si afferma come scienza autonoma segnano il passaggio dalla società borghese alla società industriale, passaggio che in un primo momento ha ispirato l'edificazione di uno Stato neoliberale: impegnato ad accreditarsi come mano visibile chiamata a imporre la concorrenza e a neutralizzare il relativo conflitto redistributivo, fino ad avallare svolte autoritarie e totalitarie. E proprio la reazione a simili svolte ha ispirato la definitiva affermazione dello Stato pluriclasse, la cui azione si è orientata ai valori fatti propri dal costituzionalismo democratico e sociale, che affida cioè ai pubblici poteri il compito di realizzare la parità sostanziale⁶.

Ebbene, gli anni in cui queste ultime trasformazioni prendevano corpo non hanno certo visto i cultori del diritto comparato assumere o rivendicare una funzione sovversiva. Al contrario, essi sono stati in massima parte impegnati a contrastare l'incontro tra scienza giuridica e approcci in odore di marxismo o comunque ritenuti tali. In tale prospettiva alcuni hanno sostenuto la possibilità di "scegliere tra scienza e politica", ovvero di discernere tra "comparazione imparziale" e "comparazione impegnata"⁷: possibilità

⁴ J. Basedow, *Comparative Law and its Clients*, in *American Journal of Comparative Law*, 62, 2014, p. 821 ss.

⁵ Per tutti M.R. Marella, *La funzione non sovversiva del diritto privato europeo*, in O. Troiano, G. Rizzelli e M.N. Miletta (a cura di), *Harmonisation involves history? Il diritto privato europeo al vaglio della comparazione e della storia*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 203 ss.

⁶ Ad es. D. Grimm, *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1987, part. p. 138 ss. e G. Alpa, *Solidarietà. Un principio normativo*, Bologna, Il Mulino, 2022, p. 103 ss.

⁷ R. Sacco, in P. Legrand, *Questions à Rodolfo Sacco*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1995, pp. 949 e 959.

contestata invece da chi sosteneva l'impraticabilità di una comparazione "politicamente neutrale"⁸. Altri si sono invece dedicati a documentare il carattere apolitico del diritto del mercato, per poi aprire la strada a una agenda politica decisamente in contrasto con il costituzionalismo democratico e sociale⁹. Il tutto senza mettere in discussione l'unificazione internazionale del diritto come finalità costitutiva della disciplina, nonostante questa avesse da tempo assunto una valenza neoliberale: l'unificazione è divenuta un presupposto per una tutela sconfinata della concorrenza e per una efficace neutralizzazione del conflitto redistributivo in quanto ostacolo a ridurre l'inclusione sociale a inclusione nel mercato¹⁰.

Decisamente poco sovversivo è poi il fondamento politico normativo di larga parte delle tassonomie elaborate dai comparatisti. I raggruppamenti di diritti nazionali proposti sono stati e sono in massima parte espressivi di agende geopolitiche di cui i cultori del diritto comparato si sono resi e si rendono interpreti fedeli: la sistemologia alimenta inevitabilmente una "gerarchia mondiale delle grandi famiglie", oltre a una "gerarchia interna a ciascuna di esse tra il tipo rappresentante e il tipo rappresentato"¹¹. Il tutto mentre sul fronte della microcomparazione si è cercato di cancellare le specificità del diritto privato socialista, a riprova di quanto l'agenda culturale della disciplina sia stata eterodiretta¹².

Proviene dagli autori impegnati ad approfondire la dimensione geopolitica del diritto comparato, e in particolare da coloro i quali hanno dato vita alla geografia del diritto (*legal geography*)¹³, un esplicito riferimento alla funzione sovversiva della comparazione, finalmente evocata per intendere una effettiva presa di distanze dall'ortodossia teorica espressa dalle tassonomie appena ricordate¹⁴. Nello stesso senso si sono espressi i cultori del diritto comparato i cui lavori hanno inteso incrociare la riflessione postmoderna, che del resto rivendica per sé la medesima funzione¹⁵.

L'esito di un simile incrocio è in effetti una comparazione che sul piano delle finalità sottopone a critica serrata l'unificazione internazionale del diritto, e che in tale prospettiva rifiuta lo strumentario metodologico ereditato dal passato: lo considera volto a cancellare le identità e a monte a riprodurre schemi di matrice evolucionista ed etnocentrica. La

⁸ V. Denti, *Diritto comparato e scienza del processo*, in R. Sacco (a cura di), *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 1980, p. 204 ss.

⁹ K. Zweigert, *Die praesumptio similitudinis als Grundsatzvermutung rechtsvergleichender Methode*, in Aa.Vv., *Scopi e metodi del diritto comparato*, Padova, Cedam, 1973, p. 737 s.

¹⁰ Sulla scia di F. von Hayek, *The Economic Conditions of Interstate Federalism*, in *New Commonwealth Quarterly*, 5, 1939, p. 131 ss. Al proposito A. Somma, *I limiti del cosmopolitismo. La sovranità nazionale nel conflitto tra democrazia e capitalismo*, in *Costituzionalismo.it*, 2019, p. 17 ss.

¹¹ P.G. Monateri, *Geopolitica del diritto. Genesi, governo e dissoluzione dei corpi politici*, Roma e Bari, Laterza, 2013, p. 12.

¹² U. Mattei, *The Cold War and Comparative Law. A Reflection on the Politics of Intellectual Discipline*, in *American Journal of Comparative Law*, 65, 2017, p. 567 ss.

¹³ Per tutti M. Nicolini, *Legal Geography: Comparative Law and the Production of Space*, Cham, Springer, 2022 e G. Marini, *The Politics of Space, the Space of Politics in Comparative Law*, in *International Journal for the Semiotics of Law*, 38, 2025, p. 2137 ss.

¹⁴ A. Kedar, *Expanding Legal Geographies. A Call for a Critical Comparative Approach*, in I. Braverman, N. Blomley, D. Delaney e A. Kedar (a cura di), *The Expanding Spaces of Law. A Timely Legal Geography*, Stanford Ca, Stanford University Press, 2014, p. 95. Anche C. Poncibò, *Geografia del diritto: un'introduzione*, Torino, Giappichelli, 2021.

¹⁵ Cfr. M.D.A. Freeman, *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, 7. ed., London, Sweet & Maxwell, 2001, p. 1257.

Tra moderno e postmoderno: ha ancora senso discutere di una funzione sovversiva della comparazione giuridica?

comparazione giuridica postmoderna, inoltre, porta alle estreme conseguenze la valorizzazione delle fonti sostanziali di produzione del diritto, ovvero sostiene in modo risoluto il pluralismo giuridico. È però anche una comparazione che alimenta una ambigua confusione fra promozione delle identità e del pluralismo da un lato e neoliberalismo dall'altro, particolarmente evidente nell'ostilità mostrata nei confronti della dimensione statuale.

Di qui l'opportunità di interrogarsi circa la possibilità di recuperare il senso di quanto nonostante tutto viene costantemente rivendicata come una prerogativa della comparazione. Occorre in particolare verificare se la fase attuale, caratterizzata da un ritorno della dimensione statuale indotta da un incalzante succedersi di crisi, possa trarre beneficio da una comparazione giuridica capace di alimentare una connessione tra tematiche identitarie e vicende care al costituzionalismo democratico e sociale: tra riconoscimento e redistribuzione¹⁶. Il tutto valorizzando le acquisizioni della riflessione postmoderna sul piano del metodo, mettendole tuttavia al servizio di un progetto di emancipazione individuale e sociale finalmente alternativo al modello neoliberale nella misura in cui riabilita la dimensione statuale del diritto.

Prima di concludere in questo senso (X), ci soffermeremo sull'unificazione internazionale del diritto come finalità costitutiva del diritto comparato nel momento in cui acquisisce autonomia scientifica (II). Documenteremo poi come essa abbia conservato una assoluta centralità, e come sia stata nel tempo solo in parte liberata dall'originaria connotazione evoluzionista ed etnocentrica (III), coerente del resto con i principali approcci metodologici utilizzati dai cultori della materia: lo strutturalismo (IV) e l'analisi funzionale (V). Ci occuperemo quindi della comparazione giuridica postmoderna come reazione al moto verso l'unificazione internazionale del diritto, e con ciò strumento di promozione del pluralismo e di tutela delle identità (VI). Ci soffermeremo successivamente sul relativo modo di intendere il diritto e sulle finalità dei raffronti condotti dai cultori della comparazione giuridica postmoderna (VII), per poi affrontarne le possibili criticità di un simile approccio: da quelle concernenti l'affermazione della incomparabilità quale risvolto di una esasperata tutela delle identità (VIII), a quelle relative a un esito probabilmente non voluto dai fautori della comparazione giuridica postmoderna: il sostegno a un modello neoliberale di società derivante, oltre che dalla promozione del pluralismo, dalla mortificazione della dimensione statuale (IX).

II. L'UNIFICAZIONE INTERNAZIONALE DEL DIRITTO COME FINALITÀ COSTITUTIVA DEL DIRITTO COMPARATO

È noto che la nascita della comparazione giuridica come scienza autonoma viene convenzionalmente fatta coincidere con il celeberrimo congresso, di diritto comparato appunto, tenutosi a Parigi in occasione dell'esposizione universale del 1900: lì si è finalmente rivendicata l'identità della materia come campo del sapere "indipendente",

¹⁶ Per usare espressioni che rinviano a un celebre dibattito: cfr. A. Honneth e N. Fraser, *Redistribuzione o riconoscimento? Lotte di genere e disuguaglianze economiche* (2003), Roma, Meltemi, 2007.

distinto in particolare da “due altri ambiti scientifici con i quali si può essere tentati di confonderla: la storia comparata delle istituzioni e la sociologia”¹⁷.

Altrettanto noto è che in quel periodo il giuspositivismo era in crisi, incompatibile come era con una nascente tensione verso lo studio critico e culturale del diritto. Di qui l'individuazione della menzionata finalità costitutiva del diritto comparato come scienza autonoma: il contrasto del particolarismo giuridico indotto dal principale prodotto del positivismo legislativo, ovvero la ricerca dell'unità perduta con il superamento del diritto comune storico realizzato in particolare con la codificazione del diritto civile. Il tutto mentre anche il positivismo scientifico era sotto attacco perché solo apparentemente capace di contrastare la frammentazione indotta dalla equiparazione del diritto alla legge: promuoveva invero visioni del fenomeno diritto come espressione di comunità connotate da identità forti ed escludenti, come sono quelle alimentate dallo spirito popolare, concetto non a caso poi valorizzato dal nazismo¹⁸.

Durante il congresso parigino la finalità costitutiva del diritto comparato come scienza autonoma venne illustrata a partire dalla menzionata distinzione tra la comparazione giuridica, la storia comparata delle istituzioni e la sociologia¹⁹.

Si disse in particolare che la storia comparata delle istituzioni attiene allo studio di quelle “giuridiche e sociali di ciascun popolo considerate nella loro realtà”, intrapreso eventualmente per verificare se da esso possano ricavarsi indicazioni utili a “spiegare le istituzioni dei popoli il cui stato sociale sia più o meno assimilabile”. Questa disciplina attiene cioè all'utilizzo del “metodo comparativo” come espediente utile allo storico del diritto per “colmare le lacune che gli presentano le istituzioni di un Paese attraverso quanto può conoscere circa le istituzioni di popoli simili”²⁰.

Compete invece alla sociologia lo studio delle “leggi che presiedono alla costituzione, allo sviluppo e in termini generali alla vita organica delle società”. Il tutto con un approccio per molti aspetti comune a quello sviluppato dallo storicismo, tuttavia epurato dall'enfasi sulla dimensione nazionale in quanto ostacolo alla valorizzazione della “compenetrazione internazionale degli usi e dei costumi”, e dunque al riconoscimento delle “leggi naturali relative alla creazione e allo sviluppo del diritto”²¹.

Diverso infine il diritto comparato, il quale mira a qualcosa di più: a prescrivere piuttosto che a descrivere. Non si limita, cioè, alla mera contemplazione dei fenomeni studiati, ovvero alle “constatazioni di fatto che non implicano alcun elemento di creazione o di costruzione giuridica da dedurre”. Neppure si accontenta di ricavare “leggi naturali dello sviluppo sociale” che una volta individuate si devono semplicemente “rispettare”. Il diritto comparato, invero, aspira esplicitamente alla “creazione” e alla “costruzione” in quanto per un verso muove dai dati forniti dalla storia comparata delle istituzioni e dalla sociologia, ma per un altro li utilizza come base utile ad attivare un processo deduttivo: quello

¹⁷ R. Saleilles, *Conception et objet de la science du droit comparé*, in Aa.Vv., *Congrès international de droit comparé tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900. Procès-verbaux des séances et documents*, vol. 1, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1905, p. 169.

¹⁸ Per tutti K. Larenz, *Volksgeist und Recht*, in *Zeitschrift für deutsche Kulturphilosophie*, 1935, p. 40 ss.

¹⁹ Da ultimo T. Amico Di Meane, *Sulle spalle dei giganti? La questione metodologica del diritto comparato e il suo racconto*, Napoli, Editoriale scientifica, 2022, p. 138 ss.

²⁰ R. Saleilles, *Conception et objet de la science du droit comparé*, cit., p. 169 ss.

²¹ *Ibidem*.

Tra moderno e postmoderno: ha ancora senso discutere di una funzione sovversiva della comparazione giuridica?

destinato a sfociare nella individuazione di un “ideale che sembra imporsi all’iniziativa giuridica dell’umanità considerata in un momento dato della sua storia”²².

Altrimenti detto, il congresso parigino affida al diritto comparato uno “scopo pratico” ben preciso. Deve dedicarsi allo “studio critico di ciascun diritto straniero considerato dal punto di vista economico e sociale”, per poi “individuare punti di contatto suscettibili di corrispondere a un moto di evoluzione comune a più Paesi” al fine di “orientare la politica del diritto dei diversi Paesi con uno stato sociale sensibilmente simile”²³.

Il diritto comparato, insomma, è tale perché abbandona la mera descrizione del fenomeno diritto per mostrare le linee “ideali di progresso giuridico”: per elaborare modelli di politica del diritto con cui contribuire a confezionare “il diritto comune dell’umanità civilizzata”. Il tutto per recuperare l’unità conosciuta ai tempi del diritto comune storico: il diritto comune cui facciamo riferimento deve essere “per l’insieme degli Stati ciò che era, nei Paesi in cui si avevano diverse consuetudini o diverse legislazioni locali, come l’antica Francia o la Germania prima del suo codice civile, la costruzione progressiva e dottrinale di un diritto unitario formatosi al di sopra e oltre le diversità giuridiche”²⁴.

III. IL DIRITTO COMPARATO FRA ETNOCENTRISMO E UNIVERSALISMO

Per quanto votato al superamento del particolarismo giuridico di matrice giuspositivista²⁵, il congresso parigino non poteva offrire della comparazione giuridica l’immagine di una scienza realmente votata all’universalismo. Se non altro perché il congresso è stata una iniziativa tutta ripiegata sul diritto francese, incentrata sulla dimostrazione della superiorità sua, o meglio dell’accademia parigina, come punto di riferimento per realizzare quanto teorizzato in ordine alla convergenza dei diritti nazionali. Il tutto condito da “uno spiccato eurocentrismo tutt’altro che estraneo a derive colonialiste e imperialiste”, come quelle che sullo sfondo di un marcato evoluzionismo alludevano a una sorta di “evangelizzazione giuridica” dei popoli non europei quale missione incombente sui popoli europei²⁶.

Per molti aspetti il primo conflitto mondiale non influi in modo significativo sull’agenda della comparazione, chiamata a confrontarsi da un lato con un panorama caratterizzato da una accresciuta frammentazione giuridica, ma dall’altro con una maggiore convergenza quanto ai punti di riferimento per realizzare il superamento di quella frammentazione. La guerra si concluse invero con la fine degli imperi tedesco, austroungarico, ottomano e russo e dunque con un incremento del numero degli Stati, ma anche con la definitiva emersione di tendenze concernenti la menzionata transizione dalla società borghese alla società industriale.

Insomma, il primo conflitto mondiale produsse una nuova consapevolezza circa il possibile terreno di incontro per un avvicinamento dei diritti occidentali. Esso, infatti, aveva definitivamente “abbattuto l’individualismo”, esattamente come la Rivoluzione

²² *Ivi*, p. 173 s. Cfr. ad. es. D.S. Clark, *Nothing New in 2000? Comparative Law in 1900 and Today*, in *Tulane Law Review*, 75, 2001, p. 875 ss.

²³ R. Saleilles, *Conception et objet de la science du droit comparé*, cit., p. 174 ss.

²⁴ *Ivi*, p. 181.

²⁵ R. Sacco, *One Hundred Years of Comparative Law*, in *Tulane Law Review*, 75, 2001, p. 1166 s.

²⁶ T. Amico Di Meane, *Sulle spalle dei giganti?*, cit., p. 148 ss.

francese aveva “rovesciato il feudalesimo”, rendendo non più rinviabile la costruzione di un ordine capace di conciliare “gli opposti interessi tra il capitale e il lavoro”²⁷. Il tutto nel solco di una continuità ideale con quanto realizzato dalla Scuola scientifica, a cui notoriamente si deve la reazione al positivismo legislativo: se considerava la legge una “rivelazione imperfetta” da integrare con le indicazioni ricavabili osservando la “natura delle cose” e aspirando alla realizzazione “dell’ideale di giustizia o di utilità sociale”²⁸, era per disinnescare il conflitto redistributivo minaccioso per la tenuta dell’ordine proprietario²⁹.

Le trasformazioni a cui facciamo riferimento fecero da sfondo a un’iniziativa intrapresa in seno alla Società delle nazioni: l’organizzazione internazionale sorta alla conclusione del primo conflitto mondiale “allo scopo di promuovere la cooperazione internazionale” e realizzare “la pace e la sicurezza degli Stati”³⁰. Nel 1926 venne infatti costituito l’Istituto internazionale per l’unificazione del diritto privato, cui fu notoriamente affidato il compito di “studiare il modo di armonizzare il diritto privato tra gli Stati o tra gruppi di Stati e di preparare gradualmente l’adozione da parte dei diversi Stati di una legislazione di diritto privato uniforme”³¹. Siamo però negli anni in cui il fascismo iniziò la sua avanzata nel Vecchio continente, evidentemente con implicazioni notevoli per quanto attiene all’agenda del diritto comparato. Non era però in discussione la volontà di promuovere la convergenza tra ordinamenti privatistici nazionali: il fascismo ha del resto azzerato le libertà politiche ma solo riformato le libertà economiche, nel solco di quanto universalmente avvertito come indispensabile a risolvere “l’impasse raggiunta dal capitalismo liberale”³².

Abbiamo ricordato che un simile schema riassume il senso dello Stato neoliberale, da intendersi come una prima risposta alle contraddizioni prodotte dalla transizione dalla società borghese alla società industriale, e che la volontà di impedire il suo ripetersi ha ispirato la nascita dello Stato pluriclasse fondato sul costituzionalismo democratico e sociale. Abbiamo poi sottolineato come i cultori del diritto comparato non siano stati solidali con una simile trasformazione, e come anzi l’abbiano contrastata nel segno di una continuità con lo schema neoliberale. Il tutto senza mettere in discussione la finalità costitutiva della disciplina, ovvero l’unificazione internazionale del diritto.

Certo, si affermava che quella finalità era stata finora perseguita “primariamente per scopi nazionali”, che occorreva finalmente mettere in secondo piano per favorire la costruzione di un “diritto comune al genere umano”. L’unificazione internazionale del diritto non doveva cioè mirare alla cura di interessi economici, bensì favorire la pacifica convivenza tra i popoli: consentire di “scoprire nella loro apparente diversità un substrato comune di

²⁷ N. Stolfi, *La rivoluzione francese e la guerra mondiale*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1922, I, p. 387 s.

²⁸ F. Génys, *Méthode d’interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique* (1919), 2. ed., vol. 2, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1954, p. 223 (la 1. ed. è del 1899).

²⁹ Citazioni in A. Somma, *Alle radici del diritto privato europeo. Giustizia sociale, solidarietà e conflitto nell’ordine proprietario*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2010, p. 39 ss.

³⁰ Così il Preambolo del Patto della Società delle nazioni, firmato il 28 giugno 1919 come parte del Trattato di Versailles ed entrato in vigore il 10 gennaio 1920.

³¹ Così l’art. 2 dello Statuto.

³² K. Polanyi, *La grande trasformazione. Le origini economiche e politiche della nostra epoca* (1944), Torino, Einaudi, 1974, p. 297.

Tra moderno e postmoderno: ha ancora senso discutere di una funzione sovversiva della comparazione giuridica?

istituzioni e concetti”, per individuare così “un corpo di principi sufficientemente universali da consentire di mirare a una futura ultimativa unificazione del diritto”³³.

In questo clima, nell’ambito dell’Organizzazione delle Nazioni Unite per l’educazione, la scienza e la cultura, venne istituita l’Associazione internazionale delle scienze giuridiche. Nell’intento dei suoi promotori quest’ultima doveva diffondere lo studio del diritto comparato, a cui si attribuivano compiti inerenti il mantenimento della pace. Il tutto considerando che “i politici nei vari Paesi sono frequentemente reclutati tra i giuristi”, motivo per cui “saranno meglio preparati per affrontare le difficoltà che nascono nelle relazioni internazionali se hanno appreso, nella loro formazione professionale, attraverso lo studio del diritto internazionale e del diritto comparato, a conoscere la diversità dei principi giuridici e dei punti di vista ammessi nei diversi Paesi”³⁴.

A ben vedere, l’epoca di cui parliamo non è stata al riparo dalla riproposizione di visioni evoluzioniste in materia di diritto come quelle che hanno accompagnato la nascita del diritto comparato quale autonomo campo del sapere giuridico. Simili visioni hanno anzi condizionato persino l’elencazione delle fonti del diritto internazionale inclusa nello Statuto della Corte internazionale di giustizia, che notoriamente annovera i “principi generali di diritto riconosciuti dalle Nazioni civili” (art. 38). La formula era stata mutuata dallo Statuto della Corte permanente di giustizia sorta nell’ambito della Società delle nazioni (art. 38): un articolato la cui ispirazione evoluzionista si ricava anche dalla precisazione per cui, nella sua composizione, la Corte deve “rappresentare le principali forme di civilizzazione e i principali sistemi giuridici del mondo” (art. 9).

Ciò detto, si evitava di caricare di particolari significati il concetto di “Nazioni civili”, individuato per stigmatizzare i crimini di cui si erano macchiati i regimi fascisti e non anche per riproporre schemi ereditati dal passato: si ammetteva l’esistenza di più “civilizzazioni”, le quali avevano però tutte in comune “l’orrore per certi comportamenti barbari”, come ad esempio “la distruzione di grandi città, l’uccisione di donne e bambini, l’avvelenamento di soldati indifesi, l’espulsione di intere popolazioni dalla loro terra di origine, l’uso della forza o del lavoro coatto come mezzo di coercizione politica o come punizione per visioni politiche”³⁵. Va peraltro ricordato che il diritto internazionale è nato e si è sviluppato a partire da un rapporto ambiguo tra la rivendicazione del suo carattere universale e la sottolineatura della distinzione tra comunità civili e non civili, utilizzata come giustificazione del colonialismo e dell’imperialismo europeo³⁶: un rapporto che non sembra del tutto estraneo alla disposizione dello Statuto della Corte internazionale di giustizia cui abbiamo appena fatto riferimento.

Comunque sia, la fine del secondo conflitto mondiale ha coinciso con lo sviluppo di un quadro internazionale profondamente mutato rispetto a quello riferibile al periodo storico immediatamente precedente. Tra i Paesi occidentali, gli Stati Uniti erano definitivamente emersi come potenza egemone capace di insidiare la primazia del Vecchio continente.

³³ M. Sarfatti, *Comparative Law and the Unification of Law*, in *Tulane Law Review*, 26, 1952, p. 317.

³⁴ R. David, *Observations sur le rôle possible de l’Unesco en matière de droit comparé* (21 gennaio 1947), Unesco/Cons. Jur./1/1947. Anche A. Tunc, *La contribution possible des études juridiques comparatives à une meilleure compréhension entre nations*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1964, p. 47 ss.

³⁵ E. Sauer, *Universal Principles in International Law*, in *Transactions of the Grotius Society*, 42, 1956, p. 188.

³⁶ Per tutti M. Koskeniemi, *Il mite civilizzatore delle nazioni. Ascesa e caduta del diritto internazionale 1870-1960* (2001), Roma e Bari, Laterza, 2012, p. 159 ss.

Soprattutto, accanto ai Paesi occidentali emergevano altre realtà destinate a complicare la scena internazionale: i Paesi socialisti e i cosiddetti Paesi del terzo mondo³⁷. Ciò nonostante, l'unificazione internazionale del diritto continuava a rappresentare una finalità fondativa della comparazione giuridica come scienza³⁸. E questa finalità verrà costantemente ribadita nel corso del tempo: persino negli anni in cui si discute di deglobalizzazione molti perseverano nel ritenerla il principale scopo della materia³⁹.

Certo, una panoramica sulla letteratura comparatistica mostra sfumature significative, dovute se non altro alla volontà di proporre esercizi geopolitici alternativi a quelli dominanti: ad esempio con riferimento al diritto latinoamericano⁴⁰. Occorre poi segnalare una maggiore inclinazione degli studiosi di sensibilità privatistica a insistere sul profilo dell'unificazione del diritto: chi proviene dal diritto pubblico è naturalmente più incline a valorizzare le differenze fra diritti nazionali e comunque a misurarsi con vicende “ad alto contenuto politico” o “ad alto contenuto etico”⁴¹. Ciò detto, è comunque possibile concludere che, se anche mancano espliciti riferimenti in tal senso, la comparazione viene in massima parte praticata in chiave unificante, ovvero per mettere in luce le comunanze tra gli oggetti confrontati. E che l'operazione inversa appare invece fin da subito recessiva, divenendo un punto di riferimento per la riflessione comparatistica solo in anni relativamente più vicini a noi.

IV. LA COMPARAZIONE CHE UNISCE: LO STRUTTURALISMO E LA TEORIA DEI FORMANTI

Il dibattito sul metodo della comparazione costituisce un notevole riscontro circa la preminenza dell'unificazione del diritto quale principale finalità perseguita dai cultori della materia. È quanto emerge considerando le principali proposte concernenti il modo di superare il positivismo giuridico in quanto approccio al fenomeno diritto il cui contrasto costituisce come sappiamo un fondamento costitutivo della materia, al pari dell'unificazione internazionale del diritto.

Si sa che in area italiana simili propositi si sono in massima parte realizzati ricorrendo alla teoria dei formanti, concetto con cui si identificano gli insiemi di regole “tenuti distinti nel discorso del giurista”: in particolare regole legali, dottrinali e giurisprudenziali⁴². Questi

³⁷ M.J. Bonell, *Comparazione giuridica e unificazione del diritto*, in G. Alpa et al., *Diritto privato comparato. Istituti e problemi*, 4. ed., Roma e Bari, Laterza, 2012, p. 4 ss.

³⁸ Per tutti R. David, *Traité élémentaire de droit civil comparé. Introduction à l'étude des droits étrangers et la méthode comparative*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1950, p. 141 ss. e P. Arminjon, B. Nolde e M. Wolff, *Traité de droit comparé*, vol. 1, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1950, p. 25 ss. Successivamente ad es. K. Zweigert e H. Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiet des Privatrechts*, vol. 1, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1971 p. 23 ss. e H.A. Schwarz-Liebermann von Wahlendorf, *Droit comparé. Théorie générale et principes*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1978, p. 225 ss.

³⁹ Da ultimo V. Varano e V. Barsotti, *La tradizione giuridica occidentale. Testo e materiali per un confronto civil law common law*, 8. ed., Torino, Giappichelli, 2024, p. 27.

⁴⁰ Citazioni in A. Somma, *Sull'identità del diritto latinoamericano*, in L. Lloredo Alix e A. Somma (a cura di), *Scritti in onore di Mario Losano. Dalla filosofia del diritto alla comparazione giuridica*, Torino, Accademia University Press, 2021, pp. 497.

⁴¹ T.E. Frosini, *Rappresentanza e legislazione nell'età della globalizzazione*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2017, p. 199 s.

⁴² R. Sacco e P. Rossi, *Introduzione al diritto comparato*, 7. ed., in *Trattato di diritto comparato*, dir. da R. Sacco, Torino, Utet, 2019, p. 57.

Tra moderno e postmoderno: ha ancora senso discutere di una funzione sovversiva della comparazione giuridica?

insiemi non sono disconosciuti dai cultori del diritto positivo, i quali li analizzano tuttavia preservando in chiave prescrittiva la coerenza interna al sistema, e dunque occultando la presenza di antinomie e lacune: difendendo il principio della unicità della regola di diritto. I cultori del diritto comparato, come si sa, adottano invece un approccio empirico⁴³, e in tale prospettiva registrano l'eventuale incoerenza tra i diversi formanti o più precisamente la loro "dissociazione"⁴⁴.

La frattura prodotta dalla teoria dei formanti rispetto a quanto costituisce il fondamento ideale del positivismo giuridico è dunque evidente. E tuttavia essa non può andare esente da critiche, in quanto per molti aspetti coltiva un approccio non distante da quello alimentato dalle correnti di pensiero che intende combattere. Innanzi tutto, in quanto, pur accompagnandosi al riconoscimento dell'importanza che la storia riveste per la comparazione giuridica, finisce in ultima analisi per trascurarla e dunque per svalutare il contesto entro cui sono inseriti gli oggetti del confronto: per essere un veicolo di comparazione unificante o comunque facilmente destinata a produrre un simile risultato. Per meglio comprendere il senso di queste critiche dobbiamo riflettere sul fondamento della teoria dei formanti, ovvero sullo strutturalismo così come sviluppatosi nell'ambito della linguistica. Lì ha sovvertito l'orientamento empirista di chi considerava l'individuo alla stregua di una tabula rasa, e dunque reputava che l'apprendimento della lingua materna derivasse dal mero ascolto dei suoi parlanti. Ha cioè accreditato l'idea secondo cui l'apprendimento si deve invece alla presenza nel bambino di un sistema preesistente, capace di ricevere e utilizzare le informazioni fornite dai sensi: le strutture appunto⁴⁵.

Sono i fautori della teoria dei formanti a stabilire un collegamento tra questa e la linguistica di fede strutturalista, e a evidenziarne il contributo alla critica del giuspositivismo. Rimarcano invero che "il linguaggio visibile" si adatta a "schemi linguistici latenti e più permanenti di quelli visibili", per poi affermare che lo stesso avviene nel diritto: anche qui si hanno "regole implicite di un sistema", chiamate "crittotipi", che si possono portare alla luce attraverso la comparazione. Questa, nel momento in cui disvela la dissociazione tra formanti, può invero "metterci a diretto contatto con i dati effettivi di un sistema giuridico senza l'intermediazione delle categorie tralattizie consuete ai giuristi del sistema considerato"⁴⁶.

Altrimenti detto, la teoria dei formanti, forte della sua ispirazione strutturalista, suggerisce che anche gli ordinamenti giuridici sono animati da strutture che, se non possono dirsi innate, almeno si presentano identiche a loro stesse nonostante il trascorrere del tempo. Insomma, le strutture sono tali in quanto attraversano indenni diversi contesti storici: "se strutture fondamentali sopravvivono in condizioni economiche, sociali e politiche molto differenti, ciò significa che esse molto difficilmente possono riflettere in modo adeguato il sistema di potere o il sistema economico sottostante"⁴⁷.

⁴³ M. Graziadei, *Rodolfo Sacco's Theoretical Contribution to Comparative Law: A Personal Account*, in *International Journal for the Semiotics of Law*, 37, 2024, p. 1475.

⁴⁴ R. Sacco e P. Rossi, *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. 61.

⁴⁵ N. Chomsky, *Nuovi orizzonti nello studio del linguaggio e della mente* (2000), Milano, Il Saggiatore, 2005, p. 57 s.

⁴⁶ R. Sacco, *Comparazione giuridica e conoscenza del dato giuridico*, in R. Sacco (a cura di), *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 1980, p. 248 s.

⁴⁷ A. Watson, *Legal Transplants*, 2. ed., Athens Ga., University of Georgia Press, 1993, p. 107.

La svalutazione del contesto produce analisi che, come abbiamo detto, sono il frutto di un mancato aggiornamento della critica al legicentrismo alla luce delle trasformazioni subite dalla dimensione statuale in particolare per l'incontro con il costituzionalismo democratico e sociale. Non è tuttavia solo questo a rendere problematico il metodo strutturalista: criticabile è anche lo scientismo che esprime, esemplificato dalla convinzione per cui, nell'individuare le strutture degli ordinamenti e dunque nell'accertare la loro impermeabilità rispetto al contesto, lo studioso può fornire indicazioni precise circa gli stati degli oggetti su una determinata proprietà. Invero, “*verum ipsum factum* è il criterio che ispira il comparatista nella sua analisi”, ed egli può “misurare” senza ricorrere al dato “proveniente da una scienza di tipo politologico, etico, o comunque estraneo allo studio dei dati linguistici”⁴⁸.

Scienziista è poi il riferimento alla possibilità di ricostruire in modo fedele il contenuto dei diversi formanti, implicito nella citazione della massima vichiana, che conduce a vedere nello strutturalismo un modo per moltiplicare, piuttosto che superare, i difetti del positivismo. Insomma, gli strutturalisti non credono nell'unicità della regola del diritto, e tuttavia mostrano di confidare nella possibilità di identificare le strutture e a monte le componenti del diritto da cui ricavare la dissociazione tra formanti, trovandosi così a sostenere la coerenza interna. E così facendo finiscono per edificare una teoria della molteplicità degli schemi concettuali: esattamente ciò che i cultori dell'ermeneutica nichilista imputano ai fautori dell'ermeneutica tradizionale, considerata una “teoria della molteplicità degli schemi concettuali”⁴⁹.

Nessuno stupore, a questo punto, se si rileva che Hans Kelsen ben può essere ritenuto uno strutturalista *ante litteram*⁵⁰, il cui insegnamento vanta oltretutto proseliti anche tra i comparatisti contemporanei⁵¹. Egli reputava infatti che proprio la comparazione consentisse di identificare l'essenza del diritto in quanto fenomeno dissociato dalle sue coordinate di spazio e di tempo, ovvero che portasse alla “teoria pura del diritto”⁵². Di qui il definitivo riscontro di quanto sia inopportuno discutere di una funzione sovversiva della comparazione giuridica, o se si preferisce di quanto sia opportuno ritenerla nulla più di una vuota clausola di stile.

V. SEGUE: L'ANALISI FUNZIONALE E LA PRESUNZIONE DI SIMILITUDINE DELLE SOLUZIONI PRATICHE

Se nel contesto italiano la comparazione si è servita dello strutturalismo per scardinare il tradizionale approccio allo studio del diritto, il medesimo ruolo è stato assunto in altre esperienze dall'impiego dell'analisi funzionale⁵³. È quanto si è verificato in particolare in

⁴⁸ R. Sacco e P. Rossi, *Introduzione al diritto comparato*, cit., pp. 10 e 60.

⁴⁹ P.G. Monateri, *Correct our watches by the public clocks. L'assenza di fondamento dell'interpretazione del diritto*, in J. Derrida e G. Vattimo (a cura di), *Diritto, giustizia e interpretazione*, Roma e Bari, Laterza, 1998, p. 200.

⁵⁰ T.E. Frosini, *Hans Kelsen comparatista*, in *Percorsi costituzionali*, 2023, p. 625 ss.

⁵¹ Per tutti O. Pfersmann, *Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit*, in *Revue internationale de droit comparé*, 2001, p. 287.

⁵² H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto e la giurisprudenza analitica* (1941), in Id., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1967, p. 173.

⁵³ G. Samuel, *An Introduction to Comparative Law Theory and Method*, Oxford e Portland Or, Hart, 2014, p. 67.

Tra moderno e postmoderno: ha ancora senso discutere di una funzione sovversiva della comparazione giuridica?

area tedesca e statunitense, in quest'ultima per il successo ottenuto da un padre del diritto internazionale privato⁵⁴.

Il riferimento è allo studioso cui si deve un particolare modo di affrontare la qualificazione, ovvero l'interpretazione dei concetti che nelle norme di conflitto ne individuano l'ambito materiale di applicazione. Se le corti nazionali intendessero quei concetti secondo i canoni tipici dell'ordinamento in cui operano, giungerebbero probabilmente a risultati errati dal punto di vista dell'ordinamento straniero cui la norma di conflitto rinvia, e comunque determinerebbero una situazione connotata da confusione e disparità. Per questo la qualificazione non dovrebbe seguire il concettualismo tipico di un diritto nazionale, bensì il senso cui rinvia la situazione fattuale cui la norma di conflitto si riferisce⁵⁵.

Come è noto, questa teoria non ha avuto successo, in particolare perché destinata a frustrare le aspettative degli ordinamenti nazionali interessati a governare i meccanismi concernenti la disciplina di fattispecie in vario modo collegate o collegabili ad altri ordinamenti nazionali. La stessa teoria è però all'origine dell'elaborazione dell'analisi funzionale⁵⁶, ricavata dall'osservazione per cui, se per un verso in ogni società si ricorre al diritto per risolvere problemi analoghi, per un altro verso le soluzioni adottate a livello tecnico giuridico sono spesso divergenti. Il comparatista deve allora avviare la sua ricerca a partire da domande poste in termini fattuali e non concettuali, per riscontrare così che le soluzioni tecnico giuridiche possono essere differenti da quelle contemplate dal "sistema concettuale tipico del proprio sistema di diritto"⁵⁷.

Se questo programma è apprezzabile in quanto effettivamente emancipa la comparazione giuridica dall'ortodossia ereditata dalla tradizione, lo stesso non può dirsi per altre affermazioni provenienti dai fautori dell'analisi funzionale. Come abbiamo anticipato, esse certificano l'incapacità di cogliere le trasformazioni della dimensione statuale indotte dal costituzionalismo democratico e sociale.

Problematica è ad esempio l'osservazione per cui, se anche presentano "differenze nello sviluppo storico, nella loro struttura sistematico teorica e nello stile delle applicazioni pratiche", ordinamenti giuridici diversi adottano soluzioni in tutto e per tutto assimilabili. Questo perché induce a ritenere che il comparatista, pur constatando notevoli diversità sul piano tecnico giuridico, può muovere da un vero e proprio paradigma epistemologico: la "presunzione di similitudine delle soluzioni pratiche", magari non riferibile agli ambiti non compromessi da opzioni culturali, ma comunque sovrastante il diritto patrimoniale o del mercato⁵⁸.

Simili affermazioni si possono facilmente contestare, ricordando ad esempio le forti differenze tra gli ordinamenti giuridici in relazione al modello di capitalismo che sono

⁵⁴ G. Capuzzo, *Modernismo giuridico e uniformazione del diritto. Ascesa e declino di un paradigma*, Napoli, 2018, p. 63 ss.

⁵⁵ E. Rabel, *The Conflict of Laws. A Comparative Study*, vol. 1 (*Introduction. Family Law*), Ann Arbor Mi, University of Michigan Press e Chicago, Callaghan & Company, 1945, p. 49 s.

⁵⁶ Cfr. R. Michaels, *The Functional Method of Comparative Law*, in M. Reimann e R. Zimmermann (a cura di), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2. ed., Oxford e New York NY, Oxford University Press, 2019, p. 345 ss.

⁵⁷ K. Zweigert e H. Kötz, *Introduzione al diritto comparato* (1984), vol. 1, Milano, 1998, p. 37 ss.

⁵⁸ K. Zweigert, *Die praesumptio similitudinis als Grundsatzvermutung rechtsvergleichender Methode*, cit., p. 737 s.

chiamati a implementare⁵⁹. Da un altro punto di vista possiamo invece rimarcare le convergenze spontanee che in molti ordinamenti si registrano in ordine a temi decisamente legati a opzioni culturali forti: come si ricava a titolo meramente esemplificativo considerando gli sviluppi che il diritto di famiglia ha registrato nell'ambito della tradizione giuridica occidentale fin dalla seconda metà del secolo scorso⁶⁰.

Un ulteriore aspetto dell'analisi funzionale da valutare criticamente si ricava considerando i limiti che essa pone all'attività del comparatista, chiamato a occuparsi solamente di "ciò che adempie allo stesso compito, alla stessa funzione"⁶¹. Invero, solo a queste condizioni i fautori di questo approccio metodologico possono giungere a ciò che a questo punto appare come una verità autoreferenziale, e solo in questo senso elementare e incontrovertibile: che se anche i diritti nazionali sono diversi, le soluzioni concrete, ovvero le loro funzioni, sono assimilabili⁶². Ma se così stanno le cose "la similitudine non è un risultato del raffronto", bensì "una conferma della validità del raffronto"⁶³.

Insomma, l'analisi funzionale costituisce forse un "approccio avanzato" alla comparazione giuridica, tuttavia nell'ambito di una sua declinazione in senso "tradizionale": trascura il contesto in cui è calato il fenomeno diritto, o comunque lo considera limitatamente alla sua funzione⁶⁴, tanto da ridursi a valorizzare i soli concetti e smentire così le premesse a partire dalle quali è stata concepita⁶⁵. A queste condizioni, l'analisi funzionale produce eventualmente risultati apprezzabili qualora il raffronto si esaurisca entro i confini della tradizione giuridica occidentale⁶⁶, se non altro perché in tale ambito è possibile che sia soddisfatto un presupposto implicito nel ricorso a un simile metodo: che tutti i sistemi giuridici siano attrezzati per assolvere alle medesime funzioni⁶⁷. Qualora il raffronto coinvolga invece ordinamenti non occidentali, l'esito più probabile sarà la loro emarginazione e comunque un sostegno all'egemonia e all'espansione degli ordinamenti occidentali⁶⁸.

⁵⁹ Citazioni in A. Somma, *Dai Rapporti Doing business a Business ready. La Banca mondiale, la comparazione quantitativa e la valenza normativa degli indicatori*, in *Politica del diritto*, 2024, p. 507 ss.

⁶⁰ Ad es. M. Antokolskaia, *Comparative Family Law: Moving with the Times?*, in E. Örüçü e D. Nelken (a cura di), *Comparative Law. A Handbook*, Oxford e Portland Or, Hart, 2007, p. 241 ss. e J.M. Sherpe, *Comparative Family Law*, in M. Reimann e R. Zimmermann (a cura di), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, cit., p. 1088 ss.

⁶¹ K. Zweigert e H. Kötz, *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. 37.

⁶² Cfr. M. Graziadei, *The Functionalist Heritage*, in P. Legrand e R. Munday (a cura di), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 102.

⁶³ V.G. Curran, *Cultural Immersion, Difference and Categories in U.S. Comparative Law*, in *American Journal of Comparative Law*, 46, 1998, p. 67.

⁶⁴ M. van Hoeck e M. Warrington, *Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 47, 1998, p. 495.

⁶⁵ G. Frankenberg, *Comparative Law as Critique* (2016), Cheltenham e Northampton Ma, Elgar, 2019, p. 54.

⁶⁶ J. Husa, *Farewell to Functionalism or Methodological Tolerance?*, in *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2003, p. 446.

⁶⁷ Cfr. J. Husa, *A New Introduction to Comparative Law*, Oxford e Portland Or, Hart, 2015, p. 124.

⁶⁸ L. Rosen, *Comparative Law and Anthropology*, in M. Bussani e U. Mattei (a cura di), *Cambridge Companion to Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 75.

Tra moderno e postmoderno: ha ancora senso discutere di una funzione sovversiva della comparazione giuridica?

VI. DALLA RIFLESSIONE POSTMODERNA ALLA COMPARAZIONE GIURIDICA

L'analisi funzionale è probabilmente l'approccio metodologico più diffuso, o almeno questo si ricava dalla frequenza con cui viene evocato nella letteratura comparatistica, oltre che impiegato da quanti abbiamo indicato come clienti della comparazione⁶⁹. Nessuno stupore, dunque, se l'analisi funzionale rappresenta il principale bersaglio di coloro i quali sostengono la necessità di elaborare approcci metodologici alternativi a quelli ereditati dalla tradizione. Gli studiosi intenzionati ad andare oltre quanto viene percepita come la comparazione *main stream* per antonomasia non mancano invero di evocarne i difetti. E di indicarli come il riscontro definitivo circa la necessità di contrapporre un "metodo ermeneutico", capace di mettere il fenomeno diritto in collegamento con la cultura e la mentalità di cui esso costituisce espressione⁷⁰.

Tra gli approcci suggeriti, spiccano quelli ricondotti al pensiero postmoderno, ovvero a un complesso variegato di opzioni culturali sperimentate fin dagli anni Cinquanta e Sessanta ma maturate nel corso degli anni Settanta, e tenute insieme da ciò cui allude il prefisso "post". Questo non indica una mera successione cronologica, bensì il proposito di contrapporsi alle tensioni unificanti e razionaliste tipiche della modernità, ovvero di avversare la sua aspirazione alla "programmazione della totalità sociale". Il tutto combattendo le diverse "metanarrazioni" di cui la modernità si serve per "legittimare le sue regole del gioco", e produrre così la sua versione di ciò che reputa "vero"⁷¹. Posto che i relativi modelli di società sono oramai implosi sotto il peso delle "tendenze centralizzatrici... totalizzanti e burocratiche" di cui sono espressione: vale per quello marxista, esattamente come per quelli socialdemocratico e tardocapitalista⁷².

Ovviamente vi sono altre definizioni che mettono in luce ulteriori aspetti sia positivi sia negativi del postmoderno⁷³, tutte relativamente ambigue ma a ben vedere non diversamente dalle definizioni di moderno⁷⁴: concetto anch'esso privo di contorni definiti, se non altro perché la sua carica emancipatoria contiene in sé "il suo momento regressivo"⁷⁵. Tipicamente riconducibile al postmoderno è del resto la tendenza a utilizzare l'espressione per mettere in luce tendenze relative ad ambiti a cui rivolgono la loro attenzione specifici campi del sapere, magari senza la consapevolezza circa la parzialità del punto di vista di volta in volta presentato⁷⁶. Ai nostri fini potrà però bastare fermarci a quanto abbiamo appena riferito, perché sufficiente ad affrontare l'incontro tra il postmoderno e il diritto e valutare le sue ricadute.

⁶⁹ D. Richters, *Postmoderne Theorie in der Rechtsvergleichung?*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2007, p. 239.

⁷⁰ Per tutti G. Samuel, *An Introduction to Comparative Law Theory and Method*, Oxford e Portland Or, Hart, 2014, p. 108 ss. Anche J. Husa, *A New Introduction to Comparative Law*, cit., p. 135 ss.

⁷¹ J.-F. Lyotard, *La condizione postmoderna* (1979), Milano, Feltrinelli, 1999, pp. 5 s. e 27. Sul riconoscimento, anche da parte dei cultori del diritto, di questo testo come il Manifesto del movimento postmoderno, per tutti S. Favaro, *La teoria della complessità sociale e il postmoderno nel diritto. Un esempio paradigmatico: la teoria della rappresentanza di Salvatore Pugliatti*, in *Tigor*, 2011, 2, p. 5.

⁷² Cfr. M.D.A. Freeman, *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, cit., p. 1257 s.

⁷³ Per una rassegna W. Welsch, *Unsere postmoderne Moderne*, 4. ed., Berlin, Akademie Verlag, 1993 e G. Chiaruzzi, *Il postmoderno*, Milano, Bruno Mondadori, 2002.

⁷⁴ Ad es. E. Franzini, *Moderno e postmoderno. Un bilancio*, Milano, Raffaello Cortina, 2018, p. 13 ss.

⁷⁵ Già M. Horkheimer e T.W. Adorno, *Dialettica dell'illuminismo* (1947), Torino, Einaudi, 1966, p. 5.

⁷⁶ Per tutti R. Ceserani, *Raccontare il postmoderno*, Torino, Bollati Boringhieri, 1997, p. 110 ss.

Questo incontro è avvenuto in ritardo rispetto a quanto ricaviamo in altre discipline: tra i cultori del diritto la riflessione postmoderna ha fatto breccia solo sul finire degli anni Ottanta⁷⁷. Si è però subito accreditata come “la critica più radicale della comparazione giuridica”, tale in quanto “mette in discussione in modo risolutivo le consuete categorie della scienza giuridica”. E si badi che un simile giudizio non si ritrova solamente presso i fautori della comparazione giuridica postmoderna. Il riconoscimento della sua carica sovversiva viene anche da coloro i quali intendono denigrarla in quanto, proprio a causa della sua radicalità, ricorre a “un linguaggio quasi incomprensibile” e alimenta riflessioni caratterizzate dalla “mancanza di esempi concreti e rappresentazioni realistiche delle loro reali aspirazioni”: riflessioni buone forse per distruggere, ma non anche per “costruire in termini positivi”⁷⁸.

Queste osservazioni sono dettate dall'evidente proposito di difendere gli approcci metodologici tradizionali e sostenere l'opportunità di non metterli in discussione, o al massimo di aggiornarli nel segno della continuità e della ricerca di una comparazione adatta a mediare tra idealità e pratica fattibilità⁷⁹. Per giungere magari a una “comparazione post-postmoderna” che sappia tenere insieme approccio critico e capacità di perseguire una non meglio definita “oggettività scientifica”⁸⁰.

Ciò detto, le osservazioni dei critici dell'approccio postmoderno al diritto mettono a fuoco un aspetto che indubbiamente caratterizza la letteratura impegnata a combinare l'approccio con la comparazione giuridica: una relativa approssimazione nel mettere a fuoco l'esito che ci si attende da una simile combinazione⁸¹. È del resto diffusa la tendenza a raggruppare sotto la denominazione di postmoderno gli approcci più disparati, sebbene accomunati dalla menzionata volontà di esprimere una critica a quanto viene percepito come una espressione della modernità: dall'analisi economica del diritto alla teoria giuridica femminista e dai *critical legals studies* al movimento di diritto e letteratura, passando per la teoria della differenza razziale⁸².

VII. SEGUE: COSA È DIRITTO E PERCHÉ COMPARARE

Comunque sia, vi è un sostanziale accordo circa l'individuazione di requisiti minimi che devono presentare le ricerche comparatistiche condotte con approccio postmoderno. Questi concernono in particolare il punto di osservazione scelto per analizzare il

⁷⁷ Tra i primi bilanci v. i contributi raccolti sotto il titolo *Postmodernism and law* nella *University of Colorado Law Review*, 62, 1991, 3, e tra questi in particolare J. Wicke, *Postmodern Identity and the Legal Subject*, p. 455 ss.; J. Boyle, *Is Subjectivity Possible? The Postmodern Subject in Legal Theory*, p. 489 ss. e R.M. Thomas, *Milton and Mass Culture: Toward a Postmodernist Theory of Tolerance*, p. 525 ss.

⁷⁸ U. Kischel, *Rechtsvergleichung*, München, C.H. Beck, 2015, pp. 103 s. e 163. Anche B. Markesinis, *Comparative Law in Courtroom and Classroom. The Story of the Last Thirty-Five Years*, Oxford e Portland Or, Hart, 2003, p. 52.

⁷⁹ J.H.M. van Erp, *European Private Law: Postmodern Dilemmas and Choices. Towards a Method of Adequate Comparative Legal Analysis*, in *Electronic Journal of Comparative Law*, 3, 1999, 1.

⁸⁰ Cfr. A. Peters e H. Schwenke, *Comparative Law beyond Post-Modernism*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 49, 2000, p. 830 ss.

⁸¹ Per tutti A.G. Todd, *Neither Dead Nor Dangerous: Postmodernism and the Teaching of Legal Writing*, in *Baylor Law Review*, 58, 2006, p. 896 ss.

⁸² Paradigmatico G. Minda, *Postmodern Legal Movements. Law and Jurisprudence at Century's End*, New York NY e London, New York University Press, 1995. Successivamente M. Siems, *Comparative Law*, 2. ed., Cambridge e New York NY, Cambridge University Press, 2018, p. 117 ss.

Tra moderno e postmoderno: ha ancora senso discutere di una funzione sovversiva della comparazione giuridica?

fenomeno diritto; quindi, a monte la stessa nozione di diritto e infine la finalità perseguita attraverso i raffronti.

Quanto al primo requisito, i cultori della comparazione giuridica postmoderna sottolineano l'importanza di abbandonare il punto di vista tipico dell'ordinamento di provenienza, così come di rinunciare a giudicare o indicare le soluzioni ritenute preferibili: in caso contrario si finirebbe inevitabilmente per confezionare ricerche in odore di imperialismo culturale⁸³. Ovviamente queste indicazioni non implicano la credenza secondo cui la rinuncia a prescrivere può accompagnarsi alla capacità di descrivere, intendendo con essa la possibilità di riprodurre fedelmente la realtà. Chi pratica la comparazione giuridica postmoderna ha piena consapevolezza circa la parzialità del discorso giuridico: di quello oggetto di studio, così come di quello prodotto all'esito dello studio. Reputa poi che quel discorso sia sempre e comunque irrimediabilmente afflitto da arbitrarietà e contraddittorietà⁸⁴, ovvero dalla radicale irriducibilità a un sistema coerente: che lo si debba pertanto decostruire muovendo dal suo costituire un artefatto posto alla "origine dell'autorità"⁸⁵.

Se così stanno le cose, si comprende il secondo requisito che devono presentare le ricerche comparatistiche condotte con approccio postmoderno, ovvero una certa nozione di diritto. Questa viene intesa secondo canoni che evidenziano la distanza dal punto di vista giuspositivista, e in particolare dalla volontà di ridurre il diritto alla legge: una pratica che si reputa nonostante tutto resistente e che è ritenuta produttiva di un nichilismo giuridico⁸⁶. Per l'approccio postmoderno si devono cioè prendere in considerazione anche le regole sociali⁸⁷, ovvero il complesso dei precetti capaci di orientare i comportamenti dei consociati a prescindere dalla loro qualificazione formale. Tipicamente postmoderna è insomma la consapevolezza che "è impossibile identificare confini netti tra il campo del giuridico e il campo del non giuridico", se non altro in quanto "il diritto è ovunque integrato socialmente e collegato a valori"⁸⁸.

Di qui l'enfasi postmoderna sull'opportunità di prendere il pluralismo giuridico sul serio, e quindi nel solco di una distinzione che non si ritrova presso altri campi del sapere giuridico, e che per i cultori del diritto comparato è invece centrale: la distinzione tra pluralità e pluralismo. La prima indica il rifiuto del monismo giuridico e in particolare della riduzione del diritto alla legge, quindi una situazione nella quale si ha mera contrapposizione tra più complessi normativi concernenti ora la sfera territoriale ora quella personale⁸⁹. Il pluralismo giuridico attiene invece a una confusione di complessi normativi

⁸³ Per tutti U. Mattei e A. di Robilant, *The Art and Science of Critical Scholarship: Postmodernism and International Style in the Legal Architecture of Europe*, in *Tulane Law Review*, 75, 2001, p. 1090.

⁸⁴ Ad es. E. Gliozzi, *Postmodernismo giuridico e giuspositivismo*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 2003, p. 801 ss.

⁸⁵ Sulla scia di J. Derrida, *Diritto alla giustizia*, in Id. e G. Vattimo (a cura di), *Diritto giustizia e interpretazione*, cit., p. 16 s. Anche G. Vattimo, *Oltre l'interpretazione*, Roma e Bari, Laterza, 1994.

⁸⁶ N. Irti, *Nichilismo giuridico*, Roma e Bari, Laterza, 2004.

⁸⁷ Ad es. W. Menski, *Hindu Law. Beyond Tradition and Modernity*, New Delhi, Oxford University Press, 2003, p. 18.

⁸⁸ W. Menski, *Comparative Law in a Global Context. The Legal Systems of Asia and Africa*, 2. ed., Cambridge etc., Cambridge University Press, 2006, pp. 82 ss. e 103 ss. Anche E. Özücü, *Developing Comparative Law*, in Id. e D. Nelken (a cura di), *Comparative Law*, cit., p. 53.

⁸⁹ P. Grossi, *L'Europa del diritto*, Roma e Bari, Laterza, 2007, pp. 6 s. e 15.

eventualmente confliggenti⁹⁰, e in tal senso porta alla luce una “pluralità di forme di autorità e codici normativi” comprendente “quelli informali, sotterranei, non dichiarati ma nondimeno fondamentali nel dare significato all’azione sociale e nel guidare il comportamento degli attori sociali”⁹¹.

E veniamo al terzo requisito che devono presentare le ricerche comparatistiche condotte con approccio postmoderno: quello concernente l’individuazione di una specifica finalità dei raffronti. Esso discende dalla critica di quanto abbiamo indicato come tratto fondativo della moderna comparazione giuridica: il suo essere funzionale a promuovere l’unificazione internazionale del diritto⁹².

Questa critica colpisce innanzi tutto le modalità concrete con cui si è proceduto ad attuare l’unificazione, che non si risolve certo nella ricerca di comuni denominatori tra i diritti considerati. Quelle modalità mostrano invero che il tutto si è esaurito nella diffusione di un numero limitato di ordinamenti⁹³, eletti quindi a punti di riferimento di un universalismo incentrato su valori tutt’altro che universali⁹⁴. Del resto, la circolazione di modelli si è di norma realizzata attraverso atti impositivi, sebbene occultati dal richiamo a un loro non meglio definito prestigio, ovvero *ratione imperii* più che *imperio rationis*⁹⁵.

L’avversione per l’unificazione internazionale del diritto ha peraltro un fondamento ulteriore rispetto a quello volto a criticare le modalità della sua realizzazione: attiene a una sorta di finalità militante assunta dai fautori della comparazione giuridica postmoderna. Questa combatte invero la convergenza in quanto tale, ovvero come vicenda inevitabilmente destinata a soffocare la diversità: valore che occorre preservare concentrando l’attenzione sulle “coordinate di tempo e di luogo” e persino sulla “fugacità” e sul “contemporaneo il cui destino appare incerto”. Il tutto per promuovere “l’identità culturale dei popoli come degli individui”, elevando il pluralismo a “valore giuridico” e favorire così “il riconoscimento della molteplicità degli stili di vita”⁹⁶.

VIII. SEGUE: DALLA ESALTAZIONE DELLE DIFFERENZE ALLA INCOMMENSURABILITÀ

La valorizzazione delle identità, in quanto obiettivo il cui perseguimento trasforma la comparazione giuridica in una scienza militante, mal si concilia con un fondamento della riflessione postmoderna cui abbiamo fatto riferimento: quello per cui l’autore dei raffronti deve rinunciare a giudicare o indicare le soluzioni ritenute preferibili, e comunque mirare a fornire descrizioni e non anche prescrizioni. Ciò implica invero che il comparatista ben

⁹⁰ J. Vanderlinden, *Le pluralisme juridique: essai de synthèse*, in J. Gilissen (a cura di), *Le pluralisme juridique*, Bruxelles, Editions de l’Université de Bruxelles, 1972, p. 19 ss.

⁹¹ F. Dei, *Razionalità e relativismo nell’antropologia giuridica*, in P. Cappellini e G. Cazzetta (a cura di), *Pluralismo giuridico. Itinerari contemporanei*, Milano, Giuffrè, 2023, p. 82.

⁹² Da un simile punto di vista è del tutto fuorviante evocare la categoria del postmoderno da parte di chi promuove la costruzione di un diritto privato europeo, tanto più se sponsorizza persino una sistematica del diritto privato europeo: come ad es. A. Zaccaria, *Il diritto privato europeo nell’epoca del postmoderno*, in *Rivista di diritto civile*, 1997, I, p. 367 ss.

⁹³ I. Schwenzer, *Development of Comparative Law in Germany, Switzerland and Austria*, in M. Reimann e R. Zimmermann (a cura di), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, cit., p. 84.

⁹⁴ V. Grosswald Curran, *Comparative Law and Language*, *ivi*, p. 694.

⁹⁵ Cfr. R. Sacco, *Antropologia giuridica*, Bologna, Il Mulino, 2007, p. 47.

⁹⁶ E. Jayme, *Osservazioni per una teoria postmoderna della comparazione*, in *Rivista di diritto civile*, 1997, I, p. 813 ss. Anche Id., *Internationales Privatrecht und postmoderne Kultur*, in *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 1997, p. 230 ss.

Tra moderno e postmoderno: ha ancora senso discutere di una funzione sovversiva della comparazione giuridica?

può rilevare il carattere originale degli oggetti osservati, ma anche registrare i loro punti di convergenza se questi emergono dalla sua osservazione.

Certo, nel momento in cui lo studio di un ordinamento si combina con una decisa valorizzazione delle sue coordinate spazio-temporali, i punti di divergenza, piuttosto che i motivi di convergenza, finiscono per emergere in modo quasi naturale. E tuttavia, quando afferma di voler descrivere piuttosto che prescrivere, la comparazione giuridica non può anticipare l'esito del suo modo di analizzare il fenomeno diritto, rendendolo un orizzonte fisso del raffronto. Altrimenti detto: la sintonia con una specifica finalità della comparazione, quindi il suo porsi al servizio di un discorso identitario o all'opposto omologante, non può di per sé determinare la bontà o meno di un raffronto tra costruzioni giuridiche.

Stando così le cose, non si può concludere in termini perentori che comparazione e unificazione del diritto sono inconciliabili, ovvero che "il promotore dell'unificazione del diritto è l'esatto contrario del comparatista". E invece proprio questo viene sostenuto da parte di chi reputa che "il rispetto dell'alterità non si presenta come il risultato di una comparazione tra diritti: ne rappresenta il prerequisito"⁹⁷.

Queste affermazioni derivano non a caso dalla letteratura impegnata a esaltare il diritto nella sua essenza di "atto linguistico", che in quanto tale non può mai produrre "un significato universale". In tal senso "la comparazione non ha un effetto unificatore, bensì moltiplicatore" che la porta ad avversare naturalmente "l'assiomatizzazione della somiglianza e l'imperialismo dell'uguale"⁹⁸. I raffronti devono cioè far emergere il discorso giuridico nella sua alterità e "ambiguità", e trascurare invece gli elementi da cui si pretendono di ricavare "analogie e parallelismi". Di qui la definizione dell'analisi comparativa come analisi "differenziale", sviluppata a partire dalla constatazione che "il diritto non conosce che la diversità", e che gli ordinamenti giuridici, considerati alla stregua di "tradizioni", sono "incommensurabili"⁹⁹.

A ben vedere l'analisi differenziale, in quanto contrapposta all'analisi "integrativa" di chi affida alla comparazione il compito di "identificare i punti di convergenza, di somiglianza, di analogia, di interazione e di influenza reciproca tra gli ordinamenti e le culture giuridiche"¹⁰⁰, può vantare una lunga tradizione. Anche in occasione del congresso parigino di diritto comparato, quindi fin dagli albori della comparazione giuridica come campo del sapere autonomo, si sono voluti valorizzare i "tratti distintivi" delle "legislazioni o consuetudini dei diversi popoli" come punto di riferimento per la formazione di famiglie di "sistemi di diritto originali"¹⁰¹. In tal modo si mostrava però la possibilità di tenere insieme, da un lato, l'attenzione per l'identità delle esperienze giuridiche e, dall'altro, il loro

⁹⁷ P. Legrand, *Le droit comparé*, cit., p. 102 s.

⁹⁸ *Ivi*, pp. 88 e 102 s.

⁹⁹ P. Legrand, *L'analyse différentielle des juriscultures*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1999, p. 1053 ss. Anche Id. (a cura di), *Comparer les droits, résolument*, Paris, Presses Universitaires de France, 2009 e Id., *Negative Comparative Law. A Strong Programme for Weak Thought*, Cambridge e New York NY, Cambridge University Press, 2022.

¹⁰⁰ F. Tap, *L'apport du droit comparé à la scientificité du discours constitutionnaliste*, in *Revue internationale de droit comparé*, 2018, p. 9.

¹⁰¹ A. Esmein, *Le droit comparé et l'enseignement du droit*, in *Bulletin mensuel de la Société de législation comparée*, 1900, p. 379.

raffronto. Possibilità di fatto negata da chi reputa che incommensurabilità significhi “assenza di misure comuni tra due diritti”¹⁰², ovvero radicale incapacità di individuare per essi un *tertium comparationis*.

E proprio in ciò sta il problema: che l'identità di un diritto emerge dalla sottolineatura della sua alterità, e che questa presuppone necessariamente la comparazione. Di qui la contraddizione in cui cadono ora i teorici dell'analisi differenziale, che per un verso distinguono tra incommensurabilità e incomparabilità, affermando la prima e negando la seconda¹⁰³, e per un altro verso finiscono per ricavare l'incomparabilità dall'incommensurabilità nel momento in cui non reputano possibile individuare punti di riferimento per il raffronto¹⁰⁴.

Insomma, il contrasto tra “rivendicazioni di unicità culturale” e volontà di “scoprire le caratteristiche universali della vita umana” ha una lunga storia¹⁰⁵, tanto quanto la comparazione giuridica come scienza autonoma: come sappiamo la tensione verso l'unificazione del diritto in chiave evoluzionistica è costitutiva della sua nascita. Ciò non autorizza tuttavia ad alimentare una confusione di piani, come quella che deriva dalla rivendicazione della unicità, che non attiene alla legittimazione scientifica del raffronto, bensì alla sua opportunità o praticabilità dal punto di vista morale o eventualmente politico.

Esempi della prima confusione di piani si ricavano dalle riflessioni dedicate ad avvenimenti storici particolarmente drammatici come l'Olocausto. La sua incomparabilità è oggetto di vivaci discussioni che però non sono condotte sulla scorta di preoccupazioni di ordine scientifico¹⁰⁶: non concerne cioè la possibilità o meno di raffrontare quella vicenda con altri crimini contro l'umanità, bensì i risvolti dell'utilizzo di un simile raffronto come espediente attraverso cui rileggere la storia nazionale tedesca¹⁰⁷.

La seconda confusione di piani si è invece avuta nella letteratura impegnata a documentare la incomparabilità del diritto socialista rispetto al diritto borghese, apoditticamente ritenuta un riscontro della superiorità del primo sul secondo¹⁰⁸. Anche qui, non ci troviamo di fronte a valutazioni interessate alla dimensione scientifica del raffronto, bensì all'affermazione di un primato tutto politico: quello dell'economia di piano rispetto all'economia di mercato, e più in generale dei modelli promossi dall'Unione sovietica rispetto a quelli sponsorizzati dagli Stati Uniti.

¹⁰² P. Legrand, *Le droit comparé*, cit., p. 75.

¹⁰³ *Ibidem*.

¹⁰⁴ Cfr. A. Peters e H. Schwenke, *Comparative Law beyond Post-Modernism*, cit., pp. 802 e 811 ss.

¹⁰⁵ L. Rosen, *Comparative Law and Anthropology*, in M. Bussani e U. Mattei (a cura di), *Cambridge Companion to Comparative Law*, cit., p. 73 s.

¹⁰⁶ Citazioni in A. Somma, *La complicità con Israele come ragion di Stato. I tedeschi, l'Olocausto e il genocidio*, in *La Fionda*, 2025, 2, p. 111 ss.

¹⁰⁷ Ad es. E.R. Piper (a cura di), *Historikerstreit. Die Dokumentation der Kontroverse um die Einzigartigkeit der nationalsozialistischen Judenvernichtung*, München e Zürich, Piper, 1987.

¹⁰⁸ Al proposito J. Hazard, *Socialism, Legislation and Delegalisation*, in T. Daintith (a cura di), *Law as an Instrument of Economic Policy – Comparative and Critical Approaches*, Berlin e New York NY, De Gruyter, 1988, p. 268.

Tra moderno e postmoderno: ha ancora senso discutere di una funzione sovversiva della comparazione giuridica?

IX. DALLA COMPARAZIONE GIURIDICA POSTMODERNA ALL'ORTODOSSIA NEOLIBERALE

Come abbiamo detto, la letteratura sulla riflessione postmoderna abbonda fin dall'inizio di critici a un simile approccio nelle diverse discipline in cui si è affermata. Sappiamo del resto che l'ambiguità di questa riflessione viene stigmatizzata in particolare dai cultori del diritto comparato i quali puntano a difendere gli approcci metodologici tradizionali e in particolare l'analisi funzionale, della quale abbiamo messo in luce la vicinanza con il modo neoliberale di concepire l'ordine economico e la relazione di questo con l'ordine politico. Le critiche dei comparatisti legati alla tradizione non dovrebbero stupire, se valesse quanto rilevato tra i cultori della filosofia del diritto, ovvero che il punto di vista postmoderno alimenta "il rigetto del progetto liberale nel suo complesso"¹⁰⁹. È peraltro lecito dubitarne, dal momento che vi sono sufficienti elementi da cui ricavare che quel punto di vista conduce al risultato opposto, ovvero che finisce per costituire un alleato del modo neoliberale di concepire l'ordine economico. Ciò a causa del particolare modo postmoderno di concepire la tutela delle identità, che si presta a favorire un esasperato individualismo, così come dal modo di intendere il pluralismo, che comprime le prerogative statuali con modalità tali da favorire il mercato a scapito della società.

Ma procediamo con ordine e cominciamo da quest'ultimo aspetto e con ciò dai tratti identificativi dello "Stato postmoderno", concepiti per alimentare un modello di partecipazione democratica diverso da quello cui rinvia lo Stato moderno in quanto architettura istituzionale pervasiva e dunque insensibile alle istanze pluralistiche. Lo Stato postmoderno vuole invero alimentare la democrazia radicale, fondata cioè sulla "proliferazione di spazi pubblici nel cui ambito gli attori sociali diventano progressivamente capaci di autogestirsi". È pertanto uno Stato "minimalista" e persino "una struttura assente"¹¹⁰, capace in quanto tale di realizzare un "riequilibrio dei poteri a vantaggio del cittadino, il quale si iscrive entro un progetto di società più democratica"¹¹¹. Queste affermazioni appaiono problematiche, innanzi tutto perché si fondano su una immagine dello Stato moderno che non tiene conto delle trasformazioni subite in particolare per effetto del costituzionalismo democratico e sociale. Abbiamo già sottolineato la valenza emancipatoria di quest'ultimo, legata in particolare alla circostanza per cui si definisce attraverso la promozione della parità sostanziale, ovvero la rimozione degli ostacoli alla sua effettiva realizzazione. Ebbene, questa attiene alla redistribuzione e dunque al trasferimento delle risorse dalle persone più abbienti alle persone più bisognose, da ritenersi una vicenda che non produce di per sé riconoscimento e dunque valorizzazione delle identità, ma che lo accompagna.

Lo stesso si deve però dire della partecipazione politica in quanto presupposto per attivare meccanismi di redistribuzione e riconoscimento, che si segnala essere una modalità implicita in un contesto keynesiano e westfaliano: un contesto dominato dalla dimensione statuale nella sua essenza di presidio della sovranità popolare. Non vi sarebbe invece spazio per la partecipazione politica in un mondo in cui "la globalizzazione sta ampliando il

¹⁰⁹ M.D.A. Freeman, *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, cit., p. 18.

¹¹⁰ *Ivi*, p. 1258 s.

¹¹¹ J.-J. Lemouland, *Le pluralisme et le droit de la famille, post-modernité ou pré-déclin?*, in *Recueil Dalloz*, 1997, chron., p. 134.

divario tra territorialità statale ed efficacia sociale”¹¹². Occorre pertanto farla emergere quale “terza dimensione della giustizia”, tuttavia secondo meccanismi che non sono stati ancora elaborati o sono comunque in fase di mera sperimentazione, e che soprattutto devono operare in un contesto nel quale la dimensione statale appare recessiva.

Avremo modo di tornare su questi aspetti per dubitare della correttezza di quest’ultima considerazione, o meglio per concentrarci, più che sulla limitazione dei compiti affidati allo Stato, sui termini della sua ridefinizione. Per ora è sufficiente rimarcare che quanto viene ritenuto un salutare ritiro dello Stato non apre la strada a una salvifica avanzata della società in tutte le sue articolazioni¹¹³, o similmente a un contenimento dell’economia per effetto di un potenziamento della dimensione culturale del diritto¹¹⁴. Il risultato finale è al contrario una invadenza dei mercati che occupano in modo vorace gli spazi lasciati liberi dallo Stato, ovvero il rimpiazzo di una istituzione percepita come repressiva, ma utilizzabile come strumento di difesa della società dal mercato, con un dispositivo inevitabilmente votato alla distruzione della società e allo sviluppo del mercato.

Ma non è tutto. Sovente la richiesta di pluralismo, invocato al fine di restituire alla società spazi prima occupati dallo Stato, si combina con la volontà di ripristinare forme di comunitarismo di sapore premoderno. Tanto che tra i fautori della comparazione giuridica postmoderna si sottolinea come occorra prevenire un simile esito promuovendo il pluralismo solo nella misura in cui non alimenta una agenda politica “conservatrice e tradizionalista”¹¹⁵. Se non altro perché troppo spesso i valori premoderni si sono invocati al fine di sostenere la modernità neoliberale, o più precisamente per alimentare conflitti concernenti la difesa di valori identitari e disinnescare in tal modo il conflitto redistributivo¹¹⁶.

E a proposito di valorizzazione delle identità, va detto degli autori che denunciano come possa alimentare una “esasperazione delle istanze individualistiche”¹¹⁷, e in ultima analisi “la forma più pura del capitalismo emersa finora” e anzi “l’apoteosi del capitalismo”. Una simile esasperazione porta invero alla mercificazione della persona fino alla “colonizzazione dell’inconscio”: quella realizzata dalla “ascesa dei media e dell’industria pubblicitaria”¹¹⁸. Il tutto indotto da un esasperato consumismo, alla base di quanto è stata efficacemente definita in termini di “modernità liquida”, tale anche in quanto fondata sulla promessa della “felicità nella vita terrena” assicurata alla “società dei consumatori”¹¹⁹. Di qui la conclusione che le identità liberate dalla riflessione postmoderna non solo non sono

¹¹² N. Fraser, *Scales of Justice. Reimagining Political Space in a Globalized World*, Malden Ma, Polity Press, 2008, p. 12 ss.

¹¹³ Così invece P. Grossi, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Foro italiano*, 2002, V, p. 151 ss.

¹¹⁴ E. Jayme, *Die kulturelle Dimension des Rechts – Ihre Bedeutung für das Internationale Privatrecht und die Rechtsvergleichung*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2003, p. 211 ss.

¹¹⁵ U. Mattei e A. di Robilant, *The Art and Science of Critical Scholarship*, cit., p. 1089 s.

¹¹⁶ Ad es. A. Somma, *Sovranismi. Stato popolo e conflitto sociale*, Roma, Derive Approdi, 2018, p. 131 ss.

¹¹⁷ F. Rimoli, *Postmodernità e diritto: appunti per uno studio introduttivo*, in G. Grisi e C. Salvi (a cura di), *A proposito del diritto postmoderno*, Roma, Roma Tre Press, 2018, p. 117.

¹¹⁸ F. Jameson, *Il postmoderno o la logica culturale del tardo capitalismo* (1984), Milano, Garzanti, 1989, p. 69 ss.

¹¹⁹ Z. Baumann, *L’etica in un mondo di consumatori* (2008), Roma e Bari, Laterza, 2010, p. 135. Anche Id., *La società individualizzata. Come cambia la nostra esperienza* (2001), Bologna, Il Mulino, 2002.

Tra moderno e postmoderno: ha ancora senso discutere di una funzione sovversiva della comparazione giuridica?

in grado di “opporsi alla controrivoluzione liberista”, ma anzi finiscono per alimentarla: per trasformarsi in “dispositivi di funzionamento, controllo e dominio”¹²⁰.

Insomma, la riflessione postmoderna si presta a sostenere una narrazione sulla fine della storia involontariamente non distante da quella, celeberrima, che ha fatto seguito all’implosione del blocco socialista. Quest’ultima ha voluto accreditare i modelli occidentali, e in particolare il capitalismo, non necessariamente combinato con la democrazia, come modello cui orientare lo sviluppo dell’ordine economico e politico a livello planetario¹²¹. La riflessione postmoderna identifica come punto di riferimento per un simile sviluppo il superamento di tutte le metanarrazioni e quindi anche del capitalismo. L’esito finale è però la sua perpetuazione, anche se sotto le mentite spoglie di un ordine rispettoso delle individualità o più in generale di tutti i valori messi in crisi dal capitalismo.

X. LO STATO DOPO LA GLOBALIZZAZIONE E LA FUNZIONE SOVVERSIVA DELLA COMPARAZIONE OGGI

Abbiamo aperto queste pagine ricordando un adagio decisamente diffuso tra i cultori del diritto comparato: quello per cui la loro disciplina assolve a una funzione sovversiva. Abbiamo poi documentato come un simile adagio potesse trovare una corrispondenza con quanto effettivamente realizzato agli inizi del diritto comparato come scienza autonoma, ovvero quando serviva soprattutto per articolare una reazione al legicentrismo: in particolare per promuovere il riconoscimento delle fonti sostanziali di produzione del diritto e alimentare il moto verso il superamento del particolarismo giuridico indotto dalla codificazione.

Ben presto il riferimento alla funzione sovversiva della comparazione ha finito tuttavia per rappresentare una sorta di clausola di stile priva di riscontri con la realtà. Nel corso degli anni, i cultori della disciplina hanno invero messo a punto metodologie che, se per un verso sono state funzionali ad alimentare l’unificazione internazionale del diritto, per un altro hanno mortificato ciò che ha caratterizzato l’evoluzione dello Stato moderno: il riferimento al costituzionalismo democratico e sociale, affermatosi a partire dalla conclusione del secondo conflitto mondiale come sfondo per l’azione dei pubblici poteri. Le metodologie in discorso sono state cioè funzionali alla diffusione del neoliberalismo in quanto teoria e pratica volta a rovesciare il costituzionalismo democratico e sociale, effettivamente caduto in disgrazia a partire dagli anni Ottanta del secolo scorso.

In tutto questo, il riferimento alla funzione sovversiva della comparazione è stato finalmente ripreso da autori che in vario modo si sono richiamati alla riflessione postmoderna per militare a favore di un rinnovamento della disciplina. La riflessione in discorso è stata utilizzata per promuovere il pluralismo e la tutela delle identità, e in tale prospettiva per contrastare il moto verso l’unificazione internazionale del diritto. Le modalità con cui si è proceduto in tal senso hanno però messo in luce una convergenza

¹²⁰ C. Formenti, *La variante populista. Lotta di classe nel neoliberalismo*, Roma, Derive Approdi, 2016, pp. 93 e 107. Anche M. Cangiano, *Guerre culturali e neoliberalismo*, Milano, Nottetempo, 2024.

¹²¹ F. Fukuyama, *La fine della storia e l’ultimo uomo*, Milano, Rizzoli, 1992. Come si sa, la tesi è stata in parte rivista dall’autore: cfr. Id., *L’uomo oltre l’uomo. Le conseguenze della rivoluzione biotecnologica* (1996), Milano, Mondadori, 2002.

tra la comparazione giuridica postmoderna e il modo neoliberale di concepire lo stare insieme come società. Invero, la tutela delle identità si è prestata ad alimentare un esasperato individualismo, mentre l'esaltazione del pluralismo ha finito per assecondare una compressione delle prerogative statuali con modalità tali da favorire l'espansione del mercato a scapito della società.

Insomma, la funzione sovversiva trova effettivi riscontri limitatamente alla messa in discussione delle vicende che hanno condotto a identificare il diritto comparato come disciplina autonoma. Il tutto secondo uno schema condiviso da altri campi del sapere giuridico relativamente recenti, i quali si sono accreditati per l'opposizione ai paradigmi prevalenti nelle discipline da cui hanno preso le distanze. Salvo poi assumere nel tempo una postura più accondiscendente verso schemi consolidati: discipline come il diritto del lavoro o il diritto agrario¹²².

Se così stanno le cose, anche i cultori della comparazione giuridica postmoderna finiscono per invocare per essa una funzione sovversiva che non trova riscontro nelle ricadute del suo utilizzo. Di qui l'interesse per identificare i caratteri di una disciplina effettivamente capace di rivendicare per sé la funzione in discorso: i caratteri in continuità con le evoluzioni della materia e quelli che occorre invece ripensare per ottenere la finalità indicata.

Tra i caratteri da preservare occorre indubbiamente richiamare molte tra le innovazioni riconducibili all'approccio postmoderno sia sul fronte metodologico, sia su quello delle finalità perseguite dai cultori della materia. Quanto al primo aspetto è in particolare opportuno mantenere una nozione ampia di diritto come l'insieme dei precetti capaci di orientare il comportamento dei consociati. Una nozione che valorizzi cioè le norme sociali, tali in quanto esprimono "un modello al quale un'azione si rapporta, oppure può rapportarsi, oppure deve rapportarsi"¹²³, rilevanti perché possiedono una valenza coercitiva di fatto. Sono invero collegate a sanzioni sociali, vissute cioè senza contenzioso¹²⁴, ma non per questo meno efficaci nel condizionare la distribuzione imperativa di valori e beni funzionali a soddisfare interessi e bisogni.

Dell'approccio postmoderno, una comparazione giuridica attenta alla sua funzione sovversiva dovrebbe poi mutuare le finalità concernenti la tutela delle identità e dunque l'attenzione per la valenza emancipatoria del riconoscimento. Abbiamo peraltro richiamato l'importanza di valorizzare la redistribuzione in un tutt'uno con il riconoscimento come presupposto per alimentare la valenza in discorso. Abbiamo poi messo in luce il tema della partecipazione politica come vicenda condizionante l'emancipazione individuale e sociale in un mondo nel quale essa viene sempre meno mediata dalla dimensione statale. Possiamo ora tornare su una precisazione anticipata nelle pagine che precedono: che la letteratura attenta a questo aspetto ritiene che la

¹²² Cfr. rispettivamente L. Gaeta, *La comparazione nel diritto del lavoro italiano*, in A. Somma e V. Zeno-Zencovich (a cura di), *Comparazione e diritto positivo. Un dialogo tra saperi giuridici*, Roma, Roma Tre Press, 2020, p. 183 ss. e A. Iannarelli, *Comparazione e diritto agrario*, *ivi*, p. 7 ss.

¹²³ V. Ferrari, *Diritto e società. Elementi di sociologia del diritto*, Roma e Bari, Laterza, 2004, p. 42.

¹²⁴ Ad es. J. Caronier, *Flessibile diritto. Per una sociologia del diritto senza rigore* (1992), Milano, Giuffrè, 1997, p. 26.

Tra moderno e postmoderno: ha ancora senso discutere di una funzione sovversiva della comparazione giuridica?

partecipazione politica debba essere ottenuta oltre la dimensione statuale, ovvero nei diversi contesti in cui operano i “poteri extraterritoriali e non territoriali”¹²⁵.

Proprio a partire da questo aspetto occorre riflettere su uno specifico carattere della comparazione giuridica postmoderna che occorre abbandonare per recuperare finalmente la sua funzione sovversiva. Intendiamo la volontà di prescindere dalla dimensione statuale per l’emancipazione individuale e sociale, vuoi per avversione nei confronti della sua invadenza, vuoi per sfiducia nella sua capacità di assolvere a una simile funzione in un mondo caratterizzato da poteri forti oramai sconfinati.

Quanto all’invadenza della dimensione statuale, pare incontestabile che l’insistenza postmoderna su questo aspetto sia almeno in parte riconducibile a una scarsa considerazione per le trasformazioni subite da quella dimensione per effetto del costituzionalismo democratico e sociale. Considerando queste trasformazioni si eviterebbe di ritenere quella dimensione incompatibile con la tutela delle identità e la difesa del pluralismo, se non altro perché questa dipende anche e soprattutto dalla possibilità di assumere scelte partecipate e non solamente di mettersi al riparo dalle scelte. Tanto più che il ridimensionamento della dimensione statuale non si limita a liberare “l’arena democratica”¹²⁶, bensì produce di norma l’effetto opposto: determina un incremento degli spazi conquistati dai “gruppi di pressione” e con ciò una sorta di “rifeudalizzazione” o “rimedioevolizzazione dello Stato”¹²⁷.

E passiamo alla sfiducia nei confronti della dimensione statuale quanto alla sua capacità di produrre emancipazione. Ovviamente non si tratta qui di sostenere che una simile capacità è la stessa di quella tipica di un contesto keynesiano e westfaliano. È invero sufficiente rimarcare che l’emancipazione difficilmente può essere prodotta dall’azione di entità dissociate dalla dimensione statuale. Giacché i diritti la cui tutela si vuole affidare a queste ultime sono “diritti senza sovrano” o “eteri” e pertanto vuoti. O in alternativa risultano efficaci solo nella misura in cui le entità in discorso sono direttamente o indirettamente riconducibili al perimetro della statualità¹²⁸.

Ma vi è di più. La redistribuzione richiede di operare entro contesti che conoscono meccanismi solidaristici, ovvero meccanismi che rendono accettabile da parte di alcuni membri di una comunità il trasferimento di risorse a beneficio di altri membri della comunità. Meccanismi che si sono tradizionalmente attivati in ambiti statuali, e la cui neutralizzazione è anzi alla base della volontà neoliberale di limitare il raggio di azione dei pubblici poteri: la volontà di politicizzare il mercato¹²⁹.

Si dirà che l’opportunità di prescindere dallo Stato discende da una sorta di evoluzione naturale, tale perché legata a dinamiche di cui non è possibile avere il controllo: ovvero che è una vicenda priva di spessore politico. E proprio qui sta il punto: l’evoluzione in discorso discende da scelte precise concernenti la relazione tra ordine politico e ordine economico. Scelte che hanno a che vedere con il modo neoliberale di concepire quella

¹²⁵ N. Fraser, *Scales of Justice*, cit., p. 25.

¹²⁶ *Ivi*, p. 26.

¹²⁷ C. Salvi, *Diritto postmoderno o regressione postmoderna?*, in G. Grisi e C. Salvi (a cura di), *A proposito del diritto postmoderno*, cit., pp. 15 s. e 26.

¹²⁸ G. Azzariti, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma e Bari, Laterza, 2013, p. 58.

¹²⁹ Paradigmatico l’esempio della costruzione europea: cfr. A. Somma, *L’Unione europea non è un progetto incompleto e neppure riformabile: è un dispositivo neoliberale di successo*, in *Ragion pratica*, 2023, p. 161 ss.

relazione, ovvero con l'individuazione dei compiti che di volta in volta si attribuiscono allo Stato nella sua essenza di “severa polizia del mercato”¹³⁰. Come affermato da un critico della riflessione postmoderna, cioè, persino “la tecnologia è il risultato dello sviluppo del capitale piuttosto che una causa primaria”¹³¹.

Non si tratta insomma di mostrare rassegnazione circa l'inevitabile ridimensionamento della dimensione statuale, bensì di identificare i compiti che di volta in volta si attribuiscono a quella dimensione al fine di rendere il capitalismo storicamente possibile. Tanto più che la fase attuale è connotata, se non da una vera e propria deglobalizzazione, almeno da un rallentamento della globalizzazione come conseguenza delle crisi succedutesi negli ultimi anni con ritmo incalzante¹³²: dall'attentato alle Torri gemelle alla base dell'attuale scontro di civiltà¹³³ fino al conflitto russo ucraino con le conseguenze sul piano del riarmo, passando per la crisi del debito e l'attuale mortificazione del diritto internazionale da parte dell'amministrazione statunitense. Il tutto non a caso evocato da molti come il riscontro circa la fine del postmoderno¹³⁴ e l'inizio di quanto si è definito in termini di “neomodernità”¹³⁵.

Ebbene, lo Stato dopo la globalizzazione continua evidentemente ad assolvere ai compiti tradizionalmente in linea con l'ortodossia neoliberale: promuovere la deregolamentazione, o semplificazione come si usa dire ora con linguaggio edulcorato, e le privatizzazioni. E a questi si aggiungono nuovi compiti, o magari non nuovi ma ora divenuti centrali: lo Stato è ora impegnato per un verso a drenare e convogliare il risparmio dei cittadini verso privati impegnati a realizzare opere e fornire servizi un tempo affidati ai pubblici poteri, e per un altro a garantire gli investimenti a tal fine affrontati da quei privati¹³⁶.

Se dunque questo è il panorama con il quale ci dobbiamo confrontare, il punto non è cercare rappresentanza politica fuori dalla dimensione statuale, in quanto il destino dei poteri territoriali ed extraterritoriali condizionanti la vita delle persone, sebbene operino oltre quella dimensione, sono pur sempre dipendenti anche se non soprattutto dalle scelte operate nel suo ambito. Sicché l'emancipazione delle persone in quanto vicenda dipendente dalla loro partecipazione politica è a sua volta subordinata alla possibilità di sviluppare conflitto sociale equilibrato e di avere istituzioni capaci di tradurre l'esito in scelte politiche conseguenti: ovvero di operare entro l'arena democratica presidiata dallo Stato.

Ovviamente si può discutere delle modalità e delle linee lungo le quali sviluppare la conflittualità in discorso e nel merito valorizzare la riflessione postmoderna. Si può ad esempio orientare la propria azione a partire dalla considerazione che le trasformazioni sociali non si producono cercando l'affermazione di complessivi modelli di società, bensì

¹³⁰ A. Rüstow (1938), in S. Audier, *Le Colloque Walter Lippmann*, Lormont, Le Bord de l'eau, 2012, p. 469 s.

¹³¹ F. Jameson, *Il postmoderno o la logica culturale del tardo capitalismo*, cit., p. 67 s.

¹³² Da ultimo R. Peleggi, *Diritto privato e globalizzazione. Un'indagine tematica tra regolazione giuridica e dinamiche economiche*, Torino, Giappichelli, 2025. Anche E. Mostacci e A. Somma (a cura di), *Dopo le crisi. Dialoghi sul futuro dell'Europa*, Roma, Rogas, 2021.

¹³³ Evento la cui portata viene ritenuta pari e opposta alla fine della storia: cfr. S.P. Huntington, *Lo scontro delle civiltà e il nuovo ordine mondiale* (1996), Milano, Garzanti, 2000.

¹³⁴ F. Rimoli, *Postmodernità e diritto*, cit., p. 113.

¹³⁵ R. Mordacci, *La condizione neomoderna*, Torino, Einaudi, 2017.

¹³⁶ A. Somma, *Lo Stato neoliberale dopo la globalizzazione*, in *Politica del diritto*, 2025, p. 323 ss.

Tra moderno e postmoderno: ha ancora senso discutere di una funzione sovversiva della comparazione giuridica?

attraverso “piccole trasformazioni”¹³⁷. Si può poi valorizzare il tema dell’intersezionalità in quanto relativo alla “affermazione del carattere plurale delle identità”, così come al “carattere ambivalente e contraddittorio dell’identità all’interno di ogni gruppo”¹³⁸. Ma è passando dalla dimensione statuale che il tutto può avere possibilità di successo, se non altro superiore rispetto alle soluzioni che prescindono da quella dimensione. Che a questo punto diviene il punto di riferimento per ripristinare la funzione sovversiva della comparazione: a oltre un secolo dall’epoca in cui la stessa funzione derivava dalla mortificazione proprio di quella dimensione.

¹³⁷ Cfr. M.D.A. Freeman, *Lloyd’s Introduction to Jurisprudence*, cit., p. 1257. Anche G. Marini, *Trasformare la critica: diritti fondamentali, potere, conflitti sociali*, in A. Somma (a cura di), *Diritti fondamentali e conflitto sociale. Un dialogo fra le discipline*, Roma, Sapienza Università Editrice, 2024, p. 249 ss.

¹³⁸ G. Marini, *Intersezionalità: genealogia di un metodo giuridico*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2021, p. 474 s.

