



RIVISTA INTERNAZIONALE DI FILOSOFIA DEL DIRITTO

4

Anno di fondazione 1921
Serie V - ottobre/dicembre 2021

Cento anni di «Rivista internazionale di filosofia del diritto». I giovani studiosi

a cura di VALERIO MORI e ALESSIA FARANO

scritti di

BERNARDINI, BISOGNI, CAVALIERE, CHIARELLA, CORIGLIANO, GAZZOLO,
IPPOLITO, KRISTAN, MARZOCCO, MAZZOLA, NITRATO IZZO, NITSCH,
RIDOLFI, SALARDI, SAPORITI, SARRA, TOMASI, TUZET, ZORZETTO, ZULLO



GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

S O M M A R I O

ANTONIO PUNZI, <i>Guardando indietro e avanti</i>	647
MARIA GIULIA BERNARDINI, <i>L'«occhio clinico» del giurista (contemporaneo). Riflessioni a partire da Emilio Betti</i>	649
GIOVANNI BISOGNI, <i>Gramsci e il diritto: una breve introduzione</i>	661
ANNA CAVALIERE, <i>Dalla tolleranza alla libertà religiosa e ritorno</i>	675
PAOLA CHIARELLA, <i>I tranelli dell'antiquariato e la giurisprudenza meccanica: Holmes e Pound sulla critica della scienza giuridica</i>	687
FABIO CORIGLIANO, <i>Was wir werden sollen? Vocazione e destinazione, ovvero le (possibili) radici fichtiane del politico weberiano</i>	701
TOMMASO GAZZOLO, <i>Il significato di «del» nella locuzione «filosofia del diritto»</i>	717
DARIO IPPOLITO, <i>Filosofia, dogmatica, criminologia. Un accostamento all'opera di Alessandro Baratta</i>	731
ANDREJ KRISTAN, <i>I due limiti dell'applicazione creativa del diritto. Una difesa parziale dello scetticismo radicale</i>	747
VALERIA MARZOCCO, <i>Comparazione giuridica e giurisprudenza etnologica. Intorno a uno scritto di Pietro De Francisci</i>	759
RICCARDO MAZZOLA, <i>Il pentimento come atto giuridico</i>	773
VALERIO NITRATO IZZO, <i>Un passato che non passa: rileggendo alcune pagine sul metodo teleologico nella «Rivista internazionale di filosofia del diritto»</i>	787
CARLO NITSCH, <i>«Dentro la nebulosa». Pietro Bonfante su filosofia, storia e scienza del diritto</i>	797
GIORGIO RIDOLFI, <i>Una «riduzione» teorica del giuridico. Su due contributi di Antonio Banfi</i>	831
SILVIA SALARDI, <i>L'insuperabile ruolo dell'etica sapienziale nel rapporto con il macchinico</i>	843

INDICE

MICHELE SAPORITI, <i>Per una filosofia del diritto delle religioni. Spunti per una teoria della normatività complessa</i>	855
CLAUDIO SARRA, <i>Ricordare il passato pensando il futuro. Le condizioni di pensabilità della società post-informazionale</i>	867
SERENA TOMASI, <i>Argomentazione retorica, argomentazione e retorica. A partire da una rilettura della verità processuale di Enrico Opocher</i>	881
GIOVANNI TUZET, <i>Sillogismo e decisione collegiale</i>	901
SILVIA ZORZETTO, <i>Sul metodo giuridico e prestito di modelli: il caso della better regulation</i>	913
SILVIA ZULLO, <i>Il contributo della riflessione giusfilosofica al dibattito bioetico sui "diritti di fine vita"</i>	931

Comparazione giuridica e giurisprudenza etnologica. Intorno a uno scritto di Pietro De Francisci

VALERIA MARZOCCO

SOMMARIO: 1. *Il rinnovamento degli studi giuridici e gli indirizzi naturalistici tra Otto e Novecento*; 2. *Dal generale all'universale: la tesi audace della comparazione come storia universale del diritto*; 3. *Fortuna e declino della comparazione: qualche spunto dall'osservatorio della «Rivista internazionale di filosofia del diritto».*

1. *Il rinnovamento degli studi giuridici e gli indirizzi naturalistici tra Otto e Novecento*

Durante l'ultimo ventennio dell'Ottocento, negli ambienti giuridici italiani circola una certa e diffusa consapevolezza circa la necessità di un rinnovamento radicale della scienza giuridica, per il quale la parabola discendente della Scuola storica e il successo degli indirizzi ispirati al positivismo scientifico paiono aprire inattesi spazi di lavoro. Al cospetto del lemma "diritto positivo", vi è chi sintetizza questa stagione di sfide evocando un *locus* tradizionalmente presidiato dalle dottrine giusnaturalistiche: definire il diritto impone di rinvenire e di isolare «il diritto che fu o che è nello spazio e nel tempo ed in qualunque tempo»¹, non certo, come la Scuola storica aveva voluto, contenerlo in quel diritto del popolo o della nazione indagato attraverso un «culto per

(¹) S. FRAGAPANE, *Della Filosofia giuridica nel presente ordinamento degli studi*. Prelezione al Corso di Filosofia del diritto letta alla R. Università di Roma il 16 gennaio 1899, Loescher, Roma 1899, p. 33.

il diritto romano» a tal punto propugnato, da giungere a rappresentare, esso stesso, «un sostitutivo del combattuto diritto naturale»².

Contro tali ultime prospettive, rivolte ad assorbire il concetto *del diritto* nella concezione *d'un diritto*, ma anche in opposizione alle indimostrate affermazioni di principio sostenute dagli indirizzi giusnaturalistici, il clima scientifico positivistico di fine Ottocento sembra rendere accessibile l'indagine su di una «fenomenologia giuridica universale»³ da condursi con metodo naturalistico. Non può nascondersi che, alla sensibilità contemporanea, tale formula suoni affatto ambigua. Essa tuttavia non lo è più di quanto in realtà già lo fosse per gli stessi cultori dell'indirizzo naturalistico, i quali, sul finire del secolo XIX, esplorano possibili direttrici alle quali affidare il più generale richiamo a un metodo scientifico e rigoroso di studio per la filosofia del diritto.

Già sul finire del secolo, in Italia vi è attenzione per queste scuole e, sebbene nel loro complesso, questi studi appaiano «ancora troppo immaturi» perché se ne possa offrire un bilancio compiuto⁴, in essi si riconosce una comune ascendenza, che origina da un campo di ricerca, la giurisprudenza etnologica, posto *in limine* tra due discipline dai confini ancora reciprocamente incerti, la giurisprudenza comparativa e l'etnologia giuridica.

Se, nella sensibilità dei primi cultori della comparazione, il primato del metodo storico aveva trovato nel darwinismo sociale l'esortazione ad indagare le forme evolutive del fenomeno giuridico, risalendo alle società tradizionali, con il lavoro di Post⁵ quelle prove di erudizione, dai tratti sostanzialmente sterili⁶, trovavano la propria adeguata *humus* filosofica: pur mantenendo fermo il quadro di una concezione meccanicistica della storia umana, l'adesione di Post al nuovo campo di

(²) G. DEL VECCHIO, *Sull'idea di una scienza del diritto universale comparato*, in T. EISENHAUS (Hrsg.), *Bericht über den III. Internationalen Kongress für Philosophie*, Carl Winter's Universitätsbuchhandlung, Heidelberg 1909, p. 1039.

(³) Ivi, p. 1040.

(⁴) C. NANI, *Vecchi e nuovi problemi del diritto*. Discorso letto il 3 novembre 1886 in occasione della solenne apertura degli studi della R. Università di Torino, Torino 1886, p. 55.

(⁵) A. E. POST, *Einleitung in das Studium der ethnologischen Jurisprudenz* (1886), tr. it. *Giurisprudenza etnologica*, vol. I, a cura di P. Bonfante, C. Longo, Società editrice libraria, Milano 1906.

(⁶) C. NANI, *Vecchi e nuovi problemi del diritto*, cit., p. 56.

ricerca, rivelava la chiara aspirazione a fondare una «scienza generale del diritto su base sociologica»⁷. In realtà, la giurisprudenza etnologica di Post faceva suo, potrebbe dirsi, un metodo che adottava il dato della complessità, come campo in cui il fenomeno giuridico si produce e si dà quale *fatto*: né a un'esplicita indagine sull'aspetto psicologico del diritto, né tanto meno all'esclusivo suo prodursi come fenomeno sociale essa rivolgeva le proprie ambizioni di studio, poiché era invece al suo manifestarsi in termini sociologicamente complessi che essa orientava il mandato a ricercare le cause etniche, sociali ed esterne della giuridicità. Forzando i confini dentro i quali il naturalismo si era radicato nella scienza giuridica ottocentesca, lì dove, nel diritto penale, come anche in taluni dei tentativi che nel campo del diritto privato si andavano sperando, dove essi si trovavano cristallizzati in una analisi positiva della psicologia individuale⁸, la giurisprudenza comparativa (o etnologica) poneva al centro il rapporto tra fenomeno giuridico e coscienza umana, e del tutto evidentemente mostrava le proprie ambizioni filosofiche.

Nel solco della prospettiva aperta da Post, il materiale etnologico è la base per un'opera di sistematizzazione di cui la scienza del diritto comparato è depositaria, in ragione di una vocazione esplicitamente normativa a ricercare le condizioni di universalità del diritto: diversamente da quegli indirizzi che, anche nella dottrina del diritto italiana, ritenevano che la scienza dovesse rivolgersi all'osservazione dei dati psicologici individuali, Post aveva concentrato il mandato descrittivo della sua dottrina ancorandolo su di una coscienza giuridica umana, restituita dallo studio comparato degli istituti giuridici.

Nel primo Novecento, con il consolidarsi via via più maturo delle scuole che, a vario titolo, si riallacciano al positivismo scientifico, sulla giurisprudenza etnologica si riversano ambizioni e metodi che esercitano un'egemonia culturale e accademica nella storia giuridica⁹, come

(⁷) *Ibidem*.

(⁸) Per un'illustrazione, anche in chiave critica, di queste dottrine, che egli denomina tutte appartenenti ad una ricerca sulla "Psicologia del diritto", tessendone la rilevanza nella comune ascendenza vichiana: G. VADALÀ-PAPALE, *Dati psicologici nella dottrina giuridica e sociale di G.B. Vico*, F.lli Bocca, Roma 1889, p. 31 ss.

(⁹) F. BARBANO, *Sociologia e positivismo in Italia 1850-1910. Un capitolo di sociologia storica*, in E. R. PAPA (a cura di), *Il positivismo e la cultura italiana*, FrancoAngeli, Milano 1985, pp. 163-225.

anche in quella parte della filosofia del diritto più sensibile ad istanze sociologiche. È Giorgio Del Vecchio, in questi anni, a preconizzare lo specifico contributo che la sociologia avrebbe saputo offrire per quelle esigenze di rinnovamento degli studi giuridici che si elevavano come questione non più rinviabile: si trattava di assumere la filosofia del diritto come scienza, la quale, sì, indaga il diritto positivo, ma come diritto di ogni popolo o tempo, sul presupposto che esso sia *fatto naturale* che si sviluppa secondo leggi causalistiche, connettendosi «ad ogni altro aspetto della realtà d'esperienza».

È, o sembra, una forma di realismo, questa che, sotto la dichiarata esigenza di una filosofia del diritto di natura fenomenologica, si sta affermando, lì dove, ancora in Del Vecchio, si fa monito a questo approccio, in cui il naturalismo è tutto fuorché solo un metodo, a ché «non avvenga di trasferire ideali o esigenze deontologiche nella rappresentazione dei fatti», tenendo fuori «qualunque pregiudizio valutativo», lì dove si profila l'ufficio di guardare ai fatti per «comprenderli e spiegarli nella necessità della loro genesi»¹⁰. È certamente un'indagine, questa comparativa, che amplia, nel senso già evidenziato dai suoi antesignani, lo studio diacronico degli istituti, ma che, rispetto a queste prove, non intende calare ideologicamente sulla storia alcuna forma di gerarchizzazione: sebbene *primitive* siano ancora le società e gli ordinamenti più risalenti, e *civilizzati*, per converso, quelli moderni, e (*ça va sans dire*) occidentali, l'analisi dello scienziato del diritto che accoglie potenzialità e ambizioni della comparazione e della sociologia deve essere consapevole che proprio lì dove ci si approssima alle «guise rudimentali e inferiori» vengono le osservazioni più preziose¹¹.

2. Dal generale all'universale: la tesi audace della comparazione come storia universale del diritto

La scienza del diritto comparato che si affaccia all'inizio del XX secolo è una disciplina attraversata da una questione metodologica che articola in vari indirizzi di ricerca gli approcci dei suoi cultori.

⁽¹⁰⁾ G. DEL VECCHIO, *Sull'idea di una scienza del diritto universale comparato*, cit., p. 1041.

⁽¹¹⁾ *Ibidem*.

Di questa disciplina, la «Rivista internazionale di filosofia del diritto» dichiara esplicitamente di accogliere l'invito ad intendere «il carattere universale del diritto, e la sua comunicabilità da nazione a nazione»¹², temi di indagine che appartengono profondamente alla sensibilità di Giorgio Del Vecchio, e che trovano spazio nel periodico sin dalla sua fondazione, nel 1921.

Compare in quell'anno un lavoro a firma di Pietro De Francisci, intitolato alla discussione delle *recenti dottrine* della scienza del diritto comparato¹³. Diversamente da quanto annunciato nel proprio ambizioso titolo, il lavoro è però tutt'altro che una disamina analitica e compiuta delle tendenze dottrinali in materia, ponendosi piuttosto quale duro e circostanziato attacco a uno specifico modello di scienza comparativa che in quegli anni, non senza riscuotere ampio e prestigioso riconoscimento negli ambienti accademici, andava forzando in chiave ingenuamente filosofica i rapporti tra storia giuridica e comparazione. Nella questione metodologica che implicitamente articolava l'area delle ricerche che si aprivano alla comparazione giuridica a inizio Novecento, i confini che separavano quest'ultima dalla storia del diritto e dalla scienza romanistica erano senz'altro resi porosi dal predominio degli indirizzi naturalistici nell'alveo di tali discipline¹⁴. Era stato lo stesso De Francisci, peraltro, ad indicare il mandato che il naturalismo indirizzava alla storia giuridica, affermando che «se si vuole che la storia del diritto assurga a dignità di scienza» fosse necessario «ricavare dall'esame particolare o complessivo degli istituti la conoscenza delle leggi secondo le quali essi vivono, si trasformano, si estinguono»¹⁵.

Nel quadro del naturalismo coltivato da una storia giuridica disposta ad estendere il perimetro del proprio sguardo, giovandosi della

(¹²) *Programma della Direzione*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», I, 1, 1921, p. 2.

(¹³) P. DE FRANCISCI, *La scienza del diritto comparato secondo recenti dottrine*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 3-4, 1921, pp. 233-249.

(¹⁴) Su questi aspetti: E. STOLFI, *Studio e insegnamento del diritto romano dagli ultimi decenni dell'Ottocento alla Prima guerra mondiale*, in I. BIROCCHI, M. BRUTTI (a cura di), *Storia del diritto e identità disciplinari: tradizioni e prospettive*, Giappichelli, Torino 2016, spec. p. 14 ss.

(¹⁵) P. DE FRANCISCI, *I presupposti teoretici e il metodo della storia giuridica*, in «Rivista italiana di Sociologia», gennaio-febbraio, 1916, p. 51.

comparazione e dell'etnologia e, come tale, riconosciuta quale degna interlocutrice accademica e scientifica, anche lì dove essa esplorava arditamente aree di indagine prossime all'orientalismo¹⁶, la scelta di De Francisci di concentrare la propria discussione sul contributo di un giurista come Evaristo Carusi è tutt'altro che occasionale¹⁷. Lo è alla luce dello scarso apprezzamento che il giurista, titolare per chiamata diretta della Cattedra di Diritti orientali mediterranei presso la Regia Università di Roma, riscuote in quegli anni presso i cultori di questi studi, che negano a più riprese di accoglierlo in seno alla propria principale istituzione, la Scuola orientale¹⁸; ne è espressione, ancor più, il complesso di «gravi obiezioni» che De Francisci discute, isolandole dai principali lavori di Carusi, le quali aderiscono implicitamente al sentimento di perplessità che andava emergendo negli ambienti accademici romani.

Nella cornice del “caso” che Carusi è in quegli anni presso nell'Accademia romana, De Francisci si sofferma su un problema più ampio che quel progetto ambizioso – al quale particolari tratti di originalità non vanno concessi, poiché esso altro non è se non uno dei «grandiosi tentativi di riassunzione entro sistemi di carattere univer-

(¹⁶) Tra gli studi in materia: P. BONFANTE, *Le leggi di Hammurabi re di Babilonia* (1903), in *Id.*, *Scritti giuridici vari*, vol. IV: *Studi generali*, Sampolesi, Roma 1925. Quanto a Biagio Brugi, cfr. *amplius*: G. MARINO, *Positivismo e giurisprudenza. Biagio Brugi alla congiunzione di scuola storica e filosofia positiva*, Esi, Napoli 1976 (spec. p. 88 ss.).

(¹⁷) Tra gli studi orientalistici di Carusi discussi da De Francisci prevalgono: E. CARUSI, *Il problema del diritto comparato, sotto l'aspetto scientifico, legislativo e coloniale*, in *Atti della Società italiana per il progresso delle scienze*. IX Riunione, aprile 1917, pp. 357-460; *Id.*, *Il problema scientifico del diritto musulmano*, in «Rivista italiana per le scienze giuridiche», LX, 1917, pp. 7-88.

(¹⁸) Evaristo Carusi, studioso del diritto islamico, è al centro di una *querelle* accademica, in quegli anni. Nel 1919, allo studioso era stata assegnata, per chiamata diretta – in base all'art. 24 del Testo Unico delle Leggi sull'Istruzione Superiore (R.D. 9 agosto 1910, n. 795), che prevedeva che potessero essere nominati professori ordinari studiosi che, «precindendo da ogni concorso [...]» fossero in possesso di «fama di singolare perizia nelle materie cui dovrebbero professare» – la nuova Cattedra, istituita per l'occasione presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma, di Diritti orientali mediterranei. La singolare vicenda che ne era seguita lo avrebbe visto contrapporsi agli ambienti degli studi orientalistici dell'Accademia romana, in uno specifico conflitto che si apre tra Carusi, il quale pretendeva, in nome della titolarità dell'insegnamento di entrare a far parte della Scuola orientale della Regia Università romana, e il suo allora direttore, Ignazio Guidi: C. A. NALLINO, *Gli studi di E. Carusi sui diritti orientali*, in «Rivista di studi orientali», 9, 1-2, 1921, pp. 55-182.

sale» il diritto come fenomeno¹⁹ – si fa riconoscere: occorre isolare la «tesi audace» di cui in fondo il lavoro di Carusi è epifenomeno, la quale vuole e propugna una «riduzione della scienza del diritto a scienza del diritto comparato», costituendo in sé, più ancora che una forzatura del metodo storico, «una invasione arbitraria nel campo della filosofia»²⁰.

Questo modello di comparazione giuridica non è mero metodo, come vorrebbe De Francisci, e come la intendeva la storia del diritto nei suoi più recenti indirizzi.

Rivendicando un posizionamento nel campo della ricerca storico-etnologica che ormai è reso legittimo dalle correnti del naturalismo, questa scienza comparativa aveva sciolto il legame con una parte delle proprie origini, quelle che la connettevano alla legislazione comparata²¹, per accogliere esplicitamente il mandato normativo che la *ethnologische Jurisprudenz* di Post le aveva conferito: ricercare, con «spirito filosofico» le *permanenze* e le *costanti* che si sono date nelle epoche storiche²², per trarre da esse prova della manifestazione di una *coscienza umana universale* che si rivela attraverso le strutture giuridiche. Vi era una retrocessione del *fatto*, e in special modo del *fatto storico*, in questo modello di comparazione etnologica, che scompare dinanzi al primato concesso alle leggi che lo presiedono, facendo della scienza della comparazione una «teoria generale del diritto o dell'evoluzione giuridica»²³. Ma se l'indagine storica «condotta con metodo comparativo riunito al naturalistico, e applicata ad un sistema, ad un gruppo od a gruppi di sistemi, non ci potrà dare che la storia, più o meno simile, di questi sistemi o gruppi di sistemi», occorre guardarsi da quanti, per converso, ritengono che la storia

(¹⁹) P. DE FRANCISCI, *La scienza del diritto comparato secondo recenti dottrine*, cit., pp. 233-234.

(²⁰) Ivi, p. 235.

(²¹) Su ciò: E. AMARI, *Critica e storia di una scienza delle legislazioni comparate* (1857), a cura di G. Bentivegna, con presentazione di G. Giarrizzo, Rubbettino, Soveria Mannelli 2005.

(²²) E. CARUSI, *I presupposti teoretici e il metodo della storia giuridica*, cit.

(²³) P. DE FRANCISCI, *La scienza del diritto comparato secondo recenti dottrine*, cit., p. 237.

sia il materiale dal quale riconoscere le «costanti in mezzo alla fluttuazione degli elementi variabili»²⁴.

Avendo in mente un modello di scienza comparativa schiacciata sulla tensione normativa della giurisprudenza etnologica, più ancora che sulla natura di scienza ausiliare che la storia giuridica le aveva assegnato, la ricerca delle *costanti*, come l'isolamento analitico degli *elementi irriduttibili* che erano, in quegli stessi anni, studiati da Giuseppe Mazzarella²⁵, si sarebbero poste al centro della ricerca italiana su comparazione e giurisprudenza, sul presupposto che la loro «immutabilità assoluta» fosse «il fatto più grande ed imponente che presenta lo studio dello spirito umano»²⁶. È una rappresentazione ingenua, annota De Francisci, che confonde e sovrappone il *concetto* del diritto con il suo *dato empirico*, pretendendo di trapassare senza soluzione di continuità dall'osservazione di un sostrato immanente ai diversi sistemi giuridici alla conclusione in via induttiva della prova dell'unità del fenomeno giuridico²⁷.

La fallacia logica insediata nell'indebita traslazione del *generale* in *universale*, è una criticità severa, per la quale è sufficiente il quadro della polemica tra Gentile, Croce e Bonfante²⁸. In ciò vi è però

⁽²⁴⁾ E. CARUSI, *Il problema scientifico del diritto musulmano*, cit., p. 45.

⁽²⁵⁾ Sull'opera di Mazzarella, e anche sul suo profilo di studioso, può rinviarsi a quanto scrive Mario G. Losano: «Raccogliere e classificare il massimo numero possibile di norme empiriche tratte dal massimo numero possibile di ordinamenti empirici, scomporre poi le singole norme nei loro elementi ultimi e, infine, incasellare in un sistema simile alla tavola degli elementi chimici: ecco la ricerca di immani dimensioni che il giurista indologo Giuseppe Mazzarella (1868-1958) condusse nell'isolamento personale, ma in armonia con lo spirito scientifico del suo tempo» (M. A. LOSANO, *Prefazione. Dagli elementi irriduttibili d'ogni diritto al sistema giuridico universale*, in C. FARALLI, A. FACCHI (a cura di), *L'etnologia giuridica di Giuseppe Mazzarella (1868-1958). Antologia di scritti*, Unicopli, Milano 1998. Tra le principali opere del giurista ed etnologo: G. MAZZARELLA, *Studi di etnologia giuridica*, Giannotta, Catania 1903-37, 16 voll.; ID., *Gli elementi irriduttibili dei sistemi giuridici*, Giannotta, Catania 1918-20, 2 voll. Un'utile sintesi della sua lunga riflessione si trova in: G. MAZZARELLA, *La decomponibilità dei sistemi giuridici in elementi irriduttibili*, in «Annali del seminario giuridico dell'Università di Catania», V, 1950-51, pp. 84-99. Per le opere di Mazzarella sulla «Rivista internazionale di filosofia del diritto» e le recensioni ad esse dedicate: cfr. *infra*, nt. 43.

⁽²⁶⁾ E. CARUSI, *Il problema scientifico del diritto musulmano*, cit., p. 49.

⁽²⁷⁾ P. DE FRANCISCI, *La scienza del diritto comparato secondo recenti dottrine*, cit., p. 242.

⁽²⁸⁾ Su questa pagina, di difficile ricostruzione in questa sede, da ultimo: C. CASCIONE, *Addendum epistolare alla polemica Bonfante versus Croce (e Gentile)*, in K. MUSCHELER

quella che appare a tutti gli effetti una dichiarata e già consapevole posizione nettamente scettica che De Francisci esprime sulla possibilità stessa di una concettualizzazione che possa muovere da una scienza della comparazione la quale pretenda per sé statuto e metodo autonomi: «anche ammessa la possibilità che studiando l'uno e poi l'altro gruppo di diritti si riescano a raccogliere principii generali comuni, nulla autorizza lo scienziato ad affermare che siamo di fronte a costanti umane, a principii umani, come vorrebbe il Carusi»²⁹.

Pur tenendo distinte scienza della comparazione e filosofia giuridica, quella possibilità sulla quale, con povertà di strumenti, Evaristo Carusi andava costruendo le ambizioni della sua scienza della comparazione, come indagine capace di isolare «il sentimento dell'unità del fenomeno giuridico, e come manifestazione naturale di un elemento psicologico umano»³⁰, correva nel solco di una vena profonda della giurisprudenza etnologica di Post, di cui Giorgio Del Vecchio è in quegli anni, per condivisione di riferimenti filosofici, l'interprete più consapevole.

3. *Fortuna e declino della comparazione: qualche spunto dall'osservatorio della «Rivista internazionale di filosofia del diritto»*

In determinata fase dello sviluppo della disciplina, che «considera il diritto comparato come una storia universale del diritto, ricercando attraverso le diverse manifestazioni della fenomenologia giuridica, il compimento dell'esigenza finale della ragione»³¹, la scienza del diritto universale comparato, come Del Vecchio la aveva concepita all'inizio del secolo, è *fenomenologia giuridica universale*, la quale assume su di sé il compito di «determinare logicamente ciò che s'ha intendere per diritto», per risalire a «un elemento di identità,

(Hrsg.) *Römische Jurisprudenz – Dogmatik, Überlieferung, Rezeption. Festschrift für Detlef Liebs zum 75. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin 2011, pp. 97-104.

(²⁹) P. DE FRANCISCI, *La scienza del diritto comparato secondo recenti dottrine*, cit., p. 242.

(³⁰) E. CARUSI, *Il problema scientifico del diritto musulmano*, cit., p. 50.

(³¹) L. L. COSTANTINESCO, *Introduzione al diritto comparato*, a cura di A. Procida Mirabelli di Lauro, R. Favale, Giappichelli, Torino² 1996, pp. 140-150.

che sussista e si riconosca costante attraverso il variare dei termini comparati»³².

Si trattava di affermare la natura trascendentale dell'esperienza giuridica, quale perenne fonte alla quale attingere nella cognizione «del contenuto che il diritto assunse storicamente nei varî tempi e luoghi»³³.

Vi era implicito altresì, per la denuncia di quel «pregiudizio» che era andato impadronendosi della cultura giuridica «sotto l'influsso della Scuola storica», un motivo di *liberazione del concetto del diritto* che era in sé, dottrina di diritto naturale³⁴.

In questa prospettiva, il compito stesso di cui Del Vecchio riteneva fosse investita la comparazione giuridica si definiva in una sorta di *chance* a rappresentare, innanzitutto per la filosofia del diritto, il campo di un rinnovato e positivo giusnaturalismo: l'idea di una scienza del diritto universale si disgiungeva così e necessariamente dalla *Ethnologische Jurisprudenz* dei cultori della comparazione etnologica del diritto, costituendosi in congiunzione con un'aspirazione che sarebbe stata ancora del tutto riconoscibile, allora che si sarebbe trattato di pensare allo statuto filosofico dei principi generali del diritto. Muovendo da quelle premesse, la loro stessa intellegibilità avrebbe imposto di assumere il tema vichiano circa la ricerca dei «motivi comuni di vero», i quali, attraverso gli istituti giuridici, rivelano quel «diritto eterno che corre in tempo»³⁵.

Diversamente dalle concessioni che De Francisci, nel 1921, rendeva al modello di scienza del diritto comparato universale propugnata da Del Vecchio, la vena implicitamente giusnaturalistica che correva internamente alla giurisprudenza etnologica era già stata altrove posta in luce. Se «la relatività del fenomeno giuridico – avevano scritto

(³²) G. DEL VECCHIO, *Sull'idea di una scienza del diritto universale comparato*, cit., p. 1043 e p. 1044.

(³³) *Ibidem*.

(³⁴) «una considerazione più vasta della stessa fenomenologia del diritto [...] la quale ha dimostrato ormai in modo non dubbio che una grandissima parte dei principi e degl'istituti giuridici fondamentali è patrimonio comune di tutta l'umanità in ogni tempo»: G. DEL VECCHIO, *Sull'idea di una scienza del diritto universale comparato*, cit., p. 1046.

(³⁵) G. VICO, *Principi di una Scienza nuova intorno alla natura delle nazioni per la quale si ritrovano i principi di altro sistema del diritto naturale delle genti* (1725), ora in G. VICO, *Opere filosofiche*, a cura di P. Cristofolini, Sansoni, Firenze 1971, pp. 189-190.

Pietro Bonfante e Carlo Longo nella *Prefazione* all'edizione italiana della *Ethnologische Jurisprudenz* di Albert Hermann Post – può dirsi una conquista ormai assodata», sarebbe stato auspicabile che proprio la filosofia giuridica riconoscesse «non esser suo possibile compito il costruire su basi speculative un diritto fisso ed universale»³⁶. E non è irrilevante che all'orizzonte vi fosse l'intuizione di un abbraccio tra filosofia e comparazione della quale proprio Del Vecchio, ad avviso dei due giuristi, era cristallino interprete³⁷.

È molto interessante che, contrariamente a quanto il suo fondatore era andato preconizzando³⁸, e a quanto era già stato intuito, la condizione degli studi giuridici più sensibilmente rivolti alla ricerca comparativa non avrebbe però restituito alcuna riduzione della filosofia giuridica alla nuova giurisprudenza etnologica. Dallo specifico osservatorio della «Rivista internazionale di filosofia del diritto», che si era data come metodo quello di favorire un rinnovamento della ricerca giusfilosofica anche attraverso la sua necessaria interazione «con quei rami della scienza giuridica che, pur avendo grande importanza per la teoria e per la pratica [...], sono trascurati nell'insegnamento ufficiale»³⁹, scienza comparativa ed etnologia giuridica sono sì oggetto di osservazione costante, ma nelle connotazioni ideologiche che esse vanno chiaramente ad assumere, fino al secondo conflitto mondiale.

Lo scritto che De Francisci consegnava alle pagine della prima annata del periodico avanzava più di una cautela rispetto a una scienza del diritto comparato che, sviluppandosi da Post, si disponeva ad estendere il campo d'azione della disciplina, non nascondendo le proprie ambizioni filosofiche. Per la scelta dell'interlocutore, non vi

⁽³⁶⁾ A. E. POST, *Giurisprudenza etnologica*, cit., p. XVIII.

⁽³⁷⁾ Ivi, nt. 4.

⁽³⁸⁾ Su ciò, I. PETRONE, *La fase recentissima della filosofia del diritto in Germania. Analisi critica poggiata sulla teoria della conoscenza*, Spoerri, Pisa 1895, p. 149 ss.

⁽³⁹⁾ *Programma della Direzione*, cit., p. 2. Su questo *Programma* avrebbe fatto leva Angelo E. Cammarata (A. E. CAMMARATA, *Sulle tendenze antifilosofiche della giurisprudenza moderna in Italia*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 3, 1922, pp. 234-258), innescando un dibattito che si sarebbe dipanato dalle pagine della «Rivista» negli anni a seguire. È tornato di recente su questi aspetti: G. PINO, *La filosofia dei giuristi italiani*, oggi, in L. CAJANI, *La filosofia dei giuristi italiani* (1955), a cura di G. Pino, RomaTre-Press, Roma 2021, pp. 2 ss.

è dubbio che in essa si ritrovassero motivi assai contingenti, che probabilmente contribuiscono a restituire il profilo di De Francisci, e della cultura giuridica in cui la «Rivista internazionale interazionale» trova la sua genesi, al loro tempo⁴⁰. Non è irrilevante, tuttavia, che talune delle perplessità che già con chiarezza erano andate emergendo nel lavoro del 1921, sarebbero state ribadite qualche anno dopo, in una stagione di impegno istituzionale di De Francisci al servizio del regime, in cui si sarebbe fatto evidente la funzione che l'ideologia fascista affida alla scienza comparativa⁴¹.

In essa, per un verso si concretizzava una *impossibile comparazione* che, nell'itinerario di De Francisci, può effettivamente leggersi come una frattura, poiché ritornava, denegandole, su premesse precedenti, che ancora si facevano riconoscere nel lavoro del 1921: essa si concretizzava in una sfiducia sulla possibilità di conferire rango teorico a quelle *costanti o permanenze* riconoscibili, per il tramite della comparazione, nello sviluppo degli istituti giuridici, le quali restavano non più che generalizzazioni empiriche⁴².

Al crocevia tra le diverse istanze che si animano in una cultura giuridica italiana che affida la propria ansia di modernizzazione alle possibilità offerte dalla comparazione, maturavano per altro verso le condizioni di una autonomizzazione della ricerca etnologico-giuridica, campo di studi coltivato in special modo da Giuseppe Mazzarella, studioso al quale la «Rivista internazionale di filosofia del diritto» concede ampio e costante spazio. È tuttavia interessante rilevare che questa attenzione si sarebbe concretizzata, certo, nell'accoglierne i lavori, nel recensirne le ampie ed erudite opere, non animando mai

(40) Su Pietro De Francisci: C. LANZA, *La "realtà" di Pietro De Francisci*, in I. BIROCCI, L. LOSCHIAVO (a cura di), *I giuristi e il fascino del regime (1918-25)*, RomaTre Press, Roma 2015, pp. 215-236. Mi riferisco alla possibilità di ripensare allo schiacciamento sul solo suo profilo di "politico di spicco" del fascismo (con riguardo alla Presidenza, che De Francisci assume nel 1928, dell'Istituto per l'Unificazione del diritto privato [UniDroit] come emerge in: A. SOMMA, *Comparare ai tempi del fascismo*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2, 2006, p. 417.

(41) La necessità di «consacrare ogni sforzo alla costruzione di una dottrina giuridica, che rispondesse ai fini e allo spirito dello Stato fascista», indicava «una nuova posizione di problemi, una dilatazione del campo delle ricerche, una revisione anche più radicale del metodo»: P. DE FRANCISCI, *Idee per un rinnovamento della scienza del diritto (Storia e comparazione)*, in «Annuario di diritto comparato e di studi legislativi», XV, 1, 1941, p. 3.

(42) P. DE FRANCISCI, *I presupposti teoretici e il metodo della storia giuridica*, cit., p. 51.

un'autentica discussione sul lavoro etnologico dello studioso catanese⁴³. È probabile che altra fosse, nel frattempo, la politica maturata intorno alla disciplina, cui Mazzarella offriva senz'altro il rango di scienza alta, sebbene (o proprio perché) la sua funzione fosse diventata quella di fornire una giustificazione alle pretese di dominio colonialistico.

Mentre si consuma una forma di schiacciamento della scienza del diritto comparato sulla sua costola minore, l'etnologia, talune delle idee che gli studi comparativi avevano coltivato si mostravano implicitamente funzionali a tali scopi. Tra di esse, la nobile tesi, vicchianamente radicata, della *comunicabilità* del diritto – la quale «si verifica in misura tanto maggiore, quanto più alto è il grado dello sviluppo al quale esse corrispondono» – avrebbe costituito una breccia ideologicamente aperta sulla presunta neutralità della scienza del diritto comparato, poiché del tutto evidentemente, quel «profittare degli elementi elaborati da altri»⁴⁴, teneva per implicito una gerarchizzazione del tutto funzionale alle esigenze di dominio coloniale coltivate dal fascismo⁴⁵.

(⁴³) L'attenzione della «Rivista internazionale di filosofia del diritto» per l'opera di Mazzarella si rappresenta, come detto, costante, sin dalla sua fondazione, attraverso la pubblicazione di saggi (G. MAZZARELLA, *La concezione etnologica della legislazione*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», VI, 4, 1926, pp. 520-534; Id., *La consuetudinarietà delle norme penali*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», VII, 4-5, 1927, pp. 502-513; Id., *Contributo alla determinazione della legge etnologica dell'evoluzione del diritto*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», XX, 3, 1940, pp. 129-145), ma ancor più in un continuo notiziario riguardante le sue opere: a firma di Enrico Paresce, che scheda *Le unità elementari dei sistemi giuridici* (Principato, Messina 1922), in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», IV, 4, 1924; e di Fulvio Maroi, che invece segue progressivamente i tomi de *Gli elementi irriducibili dei sistemi giuridici* (cfr. *supra*, nt. 25), in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», V, 1, 1925; e, progressivamente, gli *Studi etnologici giuridici*: VI, VII e VIII (in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», X, 6, 1930), IX (in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», XII, 4-5, 1932), X (in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», XIV, 2, 1934), XI (in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», XVI, 2, 1936).

(⁴⁴) G. DEL VECCHIO, *Sull'idea di una scienza del diritto universale comparato*, cit., p. 1047.

(⁴⁵) Sulla necessità, per la comparazione, di «camminare sulle tracce di una tradizione iniziata da Giovanni Battista Vico»: P. DE FRANCISCI, *Idee per un rinnovamento della scienza del diritto*, cit., p. 16.

Abstract

Tra Otto e Novecento, la scienza del diritto comparato si accredita in Italia sotto l'influenza della dottrina di Post, ritrovando distinte interpretazioni nella filosofia e nella storia del diritto. Un saggio di Pietro De Francisci, pubblicato sulla «Rivista internazionale di filosofia del diritto» nel 1921, offre una rappresentazione delle tensioni che si concentrano sul nuovo campo di studi, mostrando la contrapposizione tra una concezione della comparazione come “metodo” e una sua declinazione in termini di strumento di indagine dalle chiare aspirazioni filosofiche, come emerge in special modo nella posizione di Giorgio Del Vecchio.

Between the Nineteenth and Twentieth centuries, the science of comparative law develops in Italy under the influence of Post's doctrine, finding different interpretations in philosophy and in history of law. An essay by Pietro De Francisci, published in 1921, offers a representation of the tensions that focus on the new field of study, showing the contrast between a conception of comparison as a “method” and its declination in terms of a tool of research with clear philosophical aims, as emerges in the position of Giorgio Del Vecchio above all.

Keywords

Comparazione giuridica; diritto; filosofia del diritto; etnologia giuridica.

Comparative Law; Law; Philosophy of Law; Legal Ethnology.



RIVISTA INTERNAZIONALE DI FILOSOFIA DEL DIRITTO

ANNO DI FONDAZIONE 1921

SERIE V - ANNO XCVIII - N. 4 - OTTOBRE/DICEMBRE 2021

Fondatore: GIORGIO DEL VECCHIO
Direttori: G. DEL VECCHIO (1921-1938 / 1947-1968);
F. BATTAGLIA – G. CAPOGRASSI – A. GIANNINI (1939-1943);
S. COTTA (1968-2001)

Comitato direttivo: G. CARCATERRA, F. D'AGOSTINO,
F. MERCADANTE, B. ROMANO

Condirettore responsabile: A. PUNZI

Comitato scientifico: A. ANDRONICO, F. DE SANCTIS, P. DI LUCIA,
P. HERITIER, O. HÖFFE, M. JORI, L. LOMBARDI
VALLAURI, F. MACIOCE, A. OLLERO TASSARA,
E. PATTARO, P. SAVARESE, H. SCHAMBECK,
F. TERRÉ, J. M. TRIGEAUD.

Redazione: F. E. BROZZETTI, L. ERCOLE, A. FARANO,
V. MORI (COORDINATORE).

La sede della Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto è presso la Fondazione «G. Capograssi», proprietaria della testata, via Savoia, 86 - 00198 Roma, tel. 06/85.58.065, fax 06/85.58.832, rivista.internazionalefd@gmail.com; allo stesso indirizzo ha sede la redazione.

L'Amministrazione è presso Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A, via Busto Arsizio, 40, 20151 Milano, tel. +39 02/380891, fax +39 02/38009582, www.giuffrefrancislefebvre.it, email: dircomm@giuffre.it. Condizioni di abbonamento e altre informazioni seguono in terza di copertina.

Avvertenza:

La DIREZIONE rende noto che, terminato il periodo concesso agli autori per adeguarsi alle nuove regole, già annunciate nelle Istruzioni per Autori e Informazioni sul processo di valutazione, con decorrenza dal 1° gennaio 2011: 1. gli articoli, di lunghezza non superiore a 65.000 caratteri, dovranno superare con valutazione positiva il filtro del *blind peer review*; 2. in caso di indicazioni e osservazioni in sede di revisione, relative a modifiche, integrazioni, riduzioni, variazioni del contributo, non si procederà alla pubblicazione se non dopo che l'autore ne abbia tenuto conto a tutti gli effetti, incluso quello della tempestività; 3. gli articoli, sempre a cura dell'autore, saranno corredati di un *abstract*, in lingua inglese, di lunghezza tra i 400 e gli 800 caratteri; 4. gli articoli degli autori, che collaborino alla Rivista internazionale di filosofia del diritto su invito della Direzione, esteso in riconoscimento della particolare rilevanza ed eccellenza della loro operosità scientifica, accademica e didattica saranno dispensati dalle procedure di cui sopra; 5. per ulteriori disposizioni confermatrici ed integrative più complete e circostanziate, vedi infra in Istruzioni per Autori citato.