



# ROMA E AMERICA. DIRITTO ROMANO COMUNE

RIVISTA DI DIRITTO DELL'INTEGRAZIONE  
E UNIFICAZIONE DEL DIRITTO  
IN EURASIA E IN AMERICA LATINA

35/2014

ESTRATTO



**ROMA E AMERICA.  
DIRITTO ROMANO COMUNE**

RIVISTA DI DIRITTO DELL'INTEGRAZIONE  
E UNIFICAZIONE DEL DIRITTO  
IN EURASIA E IN AMERICA LATINA

*promossa da*

Centro di Studi Giuridici Latinoamericani - Università di Roma "Tor Vergata"/ISGI - CNR

*Direttore:* Riccardo Cardilli

*in collaborazione con*

Unità di ricerca 'Giorgio La Pira' del Consiglio Nazionale delle Ricerche / 'Sapienza' Università di Roma

*Responsabile:* Pierangelo Catalano

Istituto Italo-Latino Americano (ILLA)

*Presidente:* Miguel Ruíz-Cabañas Izquierdo

*Segretario Generale:* Amb. Giorgio Malfatti di Monte Tretto

Associazione di Studi Sociali Latino-Americani (ASSLA)

*Presidenza:* Alberto Merler

*Direttori della Rivista*

Antonio Saccoccio

David Fabio Esborraz

*Comitato scientifico*

*Presidente:* Sandro Schipani, 'Sapienza' Università di Roma (Italia)

Jorge C. Adame Goddard, Universidad Nacional Autónoma de México - UNAM (Messico); Tatiana Alexeeva, Università nazionale di ricerca 'Scuola Superiore di Economia' - sede di San Pietroburgo (Russia); Riccardo Cardilli, Università di Roma "Tor Vergata" e CSEGLA (Italia); Édgar Cortés Moncayo, Universidad Externado de Colombia (Colombia); Maria Floriana Cursi, Università di Teramo (Italia); Antonio Fernández de Buján, Universidad Autónoma de Madrid (Spagna); Fei Anling, Università della Cina di Scienze Politiche e Giurisprudenza di Pechino - CUPL (Cina); Giovanni Finazzi, Università di Roma "Tor Vergata" (Italia); Roberto Fiori, Università di Roma "Tor Vergata" (Italia); Enrico Gabrielli, Università di Roma "Tor Vergata" (Italia); Alejandro Guzmán Brito, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Cile); Gábor Hamza, Università 'Eötvös Loránd' di Budapest (Ungheria); Huang Feng, Università Normale di Pechino - BNU (Cina); Jiang Ping, Università della Cina di Scienze Politiche e Giurisprudenza di Pechino - CUPL (Cina); Rolf Knütel, Rheinische Friedrich-Wilhelms Universität Bonn (Germania); Giovanni Lobrano, Università di Sassari (Italia); Machkam Machmudov, Corte Costituzionale della Repubblica del Tagikistan; Judith Martins-Costa, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Brasil); Carla Masi Doria, Università di Napoli 'Federico II' (Italia); Cesare Mirabelli, Università di Roma "Tor Vergata" (Italia); Luis Moisset de Espanés, Academia Nacional de Derecho de Córdoba (Argentina); José C. Moreira Alves, Universidade de São Paulo - USP (Brasile); Noemí L. Nicolau, Universidad Nacional de Rosario - UNR (Argentina); Giuseppe Palmisano, Università degli Studi di Camerino e ISGI-CNR (Italia); Massimo Papa, Università di Roma "Tor Vergata" (Italia); Aldo Petrucci, Università di Pisa (Italia); Ronaldo de Britto Poletti, Universidade de Brasília - UnB (Brasile); Norberto D. Rinaldi, Universidad de Buenos Aires - UBA (Argentina); Marcial Rubio Correa, Pontificia Universidad Católica del Perú - PUCP (Perù); Martin Josef Schermaier, Rheinische Friedrich-Wilhelms Universität Bonn (Germania); Xu Guodong, Università di Xiamen - XmU (Cina)

*In redazione:* Sabrina Lanni, Emanuela Calore, Roberta Marini, Caterina Trocini

*Collaboratori alla redazione:* Solange Guida, Laura Formichella

In adesione alle direttive dell'ANVUR, la pubblicazione degli articoli proposti alla Rivista è subordinata alla valutazione positiva espressa su di essi (rispettando l'anonimato dell'autore e del revisore) da due (tre in caso di dissenso) valutatori scelti dalla Direzione della Rivista in primo luogo fra i componenti del Comitato dei valutatori, o, in alternativa, fra studiosi di provata fama.

L'elenco completo dei valutatori è disponibile nella pagina *web* della Rivista.

Gli autori sono invitati a inviare alla Rivista, insieme al testo da pubblicare, anche un *abstract* e alcune "parole chiave".

Hanno espresso valutazione positiva alla pubblicazione dei contributi del presente volume:

Pierangelo Buongiorno (Università di Lecce); Amelia Castresana (Universidad de Salamanca); Alice Cherchi (Università di Cagliari); Fabio Siebeneichler de Andrade (Pontificia Universidade Católica de Porto Alegre –Brasile); Patrizia De Cesari (Università di Brescia); Lucio De Giovanni (Università di Napoli 'Federico II'); Enrico Del Prato ('Sapienza' Università di Roma); Andrea Errera (Università 'Magna Grecia' di Catanzaro); Iole Fargnoli (Università di Milano); Luigi Garofalo (Università di Padova); Donata Gottardi (Università di Verona); Tommaso Greco (Università di Pisa); Paola Ivaldi (Università di Genova); Andrea Landi (Università di Pisa); Andrea Lovato (Università di Bari); Giovanni Luchetti (Università di Bologna); Luca Masera (Università di Brescia); Fabiana Mattioli (Università di Bologna); Alberto Merler (Università di Sassari); Francesco Milazzo (Università di Catania); Lorenzo Milazzo (Università di Pisa); Rómulo Morales Hervías (Pontificia Universidad Católica del Perú); Magdalnea Nogueira (Universidad Autónoma de Madrid); Massimo Nuzzo (Università del Molise); Antonella Occhino (Università Cattolica del Sacro Cuore - Milano); Pietro Paolo Onida (Università di Sassari); Pasquale Passalacqua (Università di Cassino); Marco Pedrazzi (Università di Milano); Francesco Riccobono (Università di Napoli 'Federico II'); María Salazar Revuelta (Universidad de Jaén); Gianni Santucci (Università di Trento); Adela Seguí (Universidad Nacional de Tucumán); Francesco Silla (Università di Foggia); Carlos Soriano Cienfuegos (Universidad Panamericana – Messico); Silvia Viaro (Università di Padova); Massimiliano Vinci (Università di Roma 'Tor Vergata'); Cristiano Zanetti (Universidade de São Paulo); Gaetano Zilio Grandi (Università di Venezia 'Ca Foscari').

ROMA E AMERICA.  
DIRITTO ROMANO COMUNE

RIVISTA DI DIRITTO DELL'INTEGRAZIONE  
E UNIFICAZIONE DEL DIRITTO  
IN EURASIA E IN AMERICA LATINA

*promossa da*

Centro di Studi Giuridici Latinoamericani  
Università di Roma 'Tor Vergata'/ISGI del Consiglio Nazionale delle Ricerche

*in collaborazione con*

Unità di ricerca 'Giorgio La Pira'  
del Consiglio Nazionale delle Ricerche / 'Sapienza' Università di Roma  
Istituto Italo-Latino Americano (IILA)  
Associazione di Studi Sociali Latino-Americani (ASSLA)

35/2014

La Redazione è presso:

Centro di Studi Giuridici Latinoamericani  
Università di Roma 'Tor Vergata' / ISGI - CNR  
Via O. Raimondo, 18, 00173 Roma (Italia)  
Tel. 39 06 72592301; Fax 39 06 7233198  
direzione@romaeamerica.it  
redazione@romaeamerica.it  
<http://www.romaeamerica.it>

La Rivista segnala tutte le pubblicazioni ricevute dalla Redazione.  
I libri per segnalazioni vanno inviati alla Redazione della Rivista.

Le pubblicazioni continuative e periodiche per 'cambio' vanno inviate a:  
Biblioteca del Centro di Studi Giuridici Latinoamericani (stesso indirizzo della Redazione).

La Rivista pubblica un volume ogni anno.  
L'abbonamento costa per l'Italia € 86,00, Europa (euro) € 122,00, resto dell'Europa € 123, resto del mondo € 125.

issn 1125-7105

© STEM Mucchi Editore - Società Tipografica Editrice Modenese S.r.l.  
Pubblicità inferiore al 45 %  
Grafica e impaginazione, STEM Mucchi Editore (MO), stampa Editografica (BO)  
Finito di stampare nel mese di settembre del 2014

La legge 22 aprile 1941 sulla protezione del diritto d'Autore, modificata dalla legge 18 agosto 2000, tutela la proprietà intellettuale e i diritti connessi al suo esercizio. Senza autorizzazione sono vietate la riproduzione e l'archiviazione, anche parziali, e per uso didattico, con qualsiasi mezzo, del contenuto di quest'opera nella forma editoriale con la quale essa è pubblicata. Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nel limite del 15% di ciascun volume o fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633. Le riproduzioni per uso differente da quello personale potranno avvenire solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata dall'editore o dagli aventi diritto.

Tutti gli ordini, eccettuata l'America Latina, vanno indirizzati a:  
STEM Mucchi Editore  
Via Emilia est - 1741 - 41122 Modena - Italia  
fax (39-059) 282628; tel. (39-059) 374094; c/c postale n. 11051414  
[info@mucchieditore.it](mailto:info@mucchieditore.it) - [info@pec.mucchieditore.it](mailto:info@pec.mucchieditore.it)  
[www.mucchieditore.it](http://www.mucchieditore.it)

per l'America Latina, le richieste vanno indirizzate a:  
Universidad Externado de Colombia  
Calle 12 n. 1-17 Est, Bogotá - Colombia - Fax (57-01) 2843769  
<http://www.uexternado.edu.co>

Registr. Trib. Modena n. 1372 del 24.2.1997 – S. Schipani dir. resp.

Volume realizzato presso il Centro di Studi Giuridici Latinoamericani dell'Università di Roma 'Tor Vergata'

# INDICE

## PRINCIPI GENERALI DEL DIRITTO

ANTONIO SACCOCCIO

*Dall'obbligo alla prestazione degli alimenti alla obligatio ex lege*

CARLO NITSCH

*Sui principi generali. Idealismo e filosofia del diritto in un dibattito italiano di primo Novecento*

VALERIA MARZOCCO

*Principi del diritto e diritto universale. Giorgio Del Vecchio e la vocazione filosofica della comparazione giuridica*

PATRIZIA DE CESARI

*Il ruolo attuale dei principi generali del diritto comuni agli ordinamenti nazionali nel diritto internazionale e nel diritto dell'Unione europea*

MARÍA FERNANDA LÓPEZ PULEIO

*Discriminazione strutturale e accesso alla giustizia nella giurisprudenza della Corte Interamericana de Derechos Humanos*

CARLA VICTORIA AMANS

*El plazo razonable de duración del proceso penal*

GRACIELA MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ

*La sustentabilidad como principio normativo*

LUCIANA GUAGLIANONE

*La solidarietà come diritto collettivo (la costituzionalizzazione del valore nello spazio comunitario ed i diritti di informazione dopo la sentenza Association de médiation sociale)*

FRANCESCA MALZANI

*Tutela della dignità nel rapporto di lavoro*

FABIO RAVELLI

*Principio di solidarietà e riforma degli ammortizzatori sociali*

VALENTINA REMIDA

*Le politiche di integrazione dei migranti nello spazio europeo*

## I DIGESTA DI GIUSTINIANO: VERSO UN DIRITTO COMUNE EUROPEO

ANTONELLO CALORE

*Leggere il Digesto: un'introduzione*

SANDRO SCHIPANI

*Tradurre i Digesti: una riflessione sulla 'pulizia terminologico-concettuale'.  
A proposito della traduzione di lex, alla ricerca del diritto*

ALBERTO SCIUMÈ

*Storia e dogmatica giuridica nell'avvio del terzo millennio*

VALERIO PESCATORE

*Ignoranza, inesperienza e oneri di avvedutezza tra diritto romano e diritto europeo dei  
contratti*

## DIRITTO ROMANO COMUNE

JOSÉ LUIS CUEVAS GAYOSSO

*Tema Jurídico Latinoamericano: premisas para la comprensión armónica de sus elementos constitutivos*

FABIANA MATTIOLI

*Los efectos del cumplimiento de la condición. Las raíces romanistas y el régimen en las codificaciones contemporáneas*

ANA ALEMÁN MONTERREAL

*Una propuesta de interpretación de D. 50,16,38 a la luz de la evolución del derecho romano y de la tradición jurídica en España*

ORISEL HERNÁNDEZ AGUILAR

*Asociativismo municipal como experiencia republicana. Especial referencia a Venezuela y Cuba*

## GIURISTI LATINOAMERICANI: PONTES DE MIRANDA

JAN SCHMIDT

*Vida e obra de Pontes de Miranda a partir de uma perspectiva alemã – com especial referència à tricotomia ‘existência, validade e eficácia do negócio jurídico’*

ELENA DE CARVALHO GOMES

*Sobre a cláusula geral de boa-fé e sua abordagem por Pontes de Miranda no Tratado de direito privado*

## IDENTITÀ LATINOAMERICANA E RUOLO DEGLI ABOGADOS

CARLO MONGARDINI

*Lo Stato e le trasformazioni della politica moderna*

FRANCESCO LAZZARI

*I ‘nuovi’ abogados tra modernità e postmodernità*

CARLOS R. CONSTENLA

*Identidad latinoamericana. La Universidad y el rol de los abogados*

DAVID F. ESBORRAZ

*La ‘Università degli Avvocati’ e l’individuazione di un sottosistema giuridico latinoamericano*

## DOCUMENTI

*VI Cúpula do BRICS - Declaração de Fortaleza (2014)*

## NOTIZIE

*Congresso italo-tedesco su: «Imperium, Stato, Civitas. Contributo critico alla concezione postmoderna del potere»* [Mariachiara Montanari]

*Doctorado honoris causa al Prof. Sandro Schipani*

*Laudatio* [Elvira Méndez Chang]

*Sistema e principî; codici; armonizzazione del diritto* [Sandro Schipani]

*L'Università di Xiamen come centro propulsivo dello studio del Diritto romano in Cina: la 1° Summer School sul Diritto pubblico romano e l'omaggio al Prof. Aldo Petrucci della raccolta dei suoi scritti tradotti in cinese* [Alessandro Cassarino]

*Dottorato honoris causa a Pierangelo Catalano e a Giovanni Lobrano* [A.S.]

*Collaboratori di questo volume*

# PRINCIPI DEL DIRITTO E DIRITTO UNIVERSALE. GIORGIO DEL VECCHIO E LA VOCAZIONE FILOSOFICA DELLA COMPARAZIONE GIURIDICA

VALERIA MARZOCCO

**ABSTRACT:** Nel 1920 Giorgio Del Vecchio sceglie di consacrare la *Prolusione* al suo primo insegnamento di Filosofia del Diritto presso la Regia Università di Roma al tema dei principi generali del diritto. Quel lavoro avrebbe dato origine a un circuito di discussione tra i più interessanti della prima metà del Novecento. L'idea che dovesse essere la matrice del giusrazionalismo moderno a guidare l'interpretazione dei principi generali *del* diritto trovava uno dei suoi principali fuochi nell'equivalenza tra la loro 'razionalità' e la pretesa della loro 'universalità'. Si trattava di un assunto che aveva trovato una legittimazione importante in una particolare stagione di ricerca cui la personalità del filosofo del diritto bolognese aveva affidato gli anni della sua formazione, nella congiunzione tra neokantismo giuridico e scienza della comparazione giuridica. Tornare al cortocircuito che si ritrovava in una vocazione 'scientifica' e 'positiva' alla quale affidare le ragioni di un diritto di natura inteso quale formula capace di percorrere e rendere intellegibile la storia dei sistemi giuridici, consente di riflettere su di una pagina della storia e delle distinte vocazioni che contribuirono a definire, tra Otto e Novecento, lo statuto della scienza del diritto comparato.

**RESUMEN:** En 1920 Giorgio Del Vecchio eligió dedicar la *Introducción* a su primer curso de Filosofía del Derecho en la *Regia Università di Roma* al tema de los principios generales del derecho. Ese trabajo habría dado origen a una de las más interesantes series de discusiones de la primera mitad del siglo XX. La idea que tuviera que ser la matriz del jusnaturalismo moderno quien guie la interpretación de los principios generales 'del' derecho encuentra uno de sus principales motores en la equivalencia entre su 'racionalidad' y su pretendida 'universalidad'. Se trata de una cuestión que había encontrado una legitimación importante en un particular periodo de investigación al cual la personalidad del filósofo del derecho boloñés había dedicado los años de su formación, en la conexión entre el neokantismo jurídico y la ciencia de la comparación jurídica. Volver al cortocircuito que se encuentra en una vocación 'científica' y 'positiva' a la cual confiar las razones de un derecho de naturaleza inteso como fórmula capaz de recorrer y hacer comprensible la historia de los sistemas jurídicos, permite reflexionar sobre una página de la historia y de las diferentes vocaciones que contribuyeron a definir, entre los siglos XIX y XX, el estatuto de la ciencia del derecho comparado.

**PAROLE CHIAVE:** Principi generali del diritto; universali giuridici; scienza del diritto comparato; diritto naturale.

**PALABRAS CLAVE:** Principios generales del derecho; universales jurídicos; ciencia del derecho comparado; derecho natural.

SOMMARIO: 1. Un inesauribile laboratorio d'indagine. I principi generali tra storia e teoria del diritto. – 2. ... 'una disperata interpretazione dei principi generali di diritto'. Giorgio Del Vecchio tra conservazione e innovazione. – 3. Principi del diritto e universali giuridici. La comparazione giuridica nuova *chance* del giusnaturalismo – 4. Lo statuto della scienza del diritto comparato tra particolarità e unitarietà del fenomeno giuridico. Principi del diritto o universali giuridici?

1. *Un inesauribile laboratorio d'indagine. I principi generali tra storia e teoria del diritto*

Il tema dei principi generali del diritto costituisce uno dei laboratori d'indagine intorno ai quali la storiografia ha ancorato la ciclica rappresentazione delle insoddisfazioni e delle spinte riformatrici vissute dalla cultura giuridica tra la fine del XIX secolo e i primi decenni del Novecento<sup>1</sup>. In questa prospettiva di ricerca, l'attenzione che la riflessione giuridica, particolarmente nel corso del secolo scorso, ha riservato alla questione del fondamento e della natura dei principi di diritto si è offerta come campo di ricerca idoneo a rinnovare ogni volta le sue ragioni d'interesse<sup>2</sup>. Dal punto di vista della storiografia giuridica, considerare le stagioni in cui si è articolato quel dibattito, ha permesso di lavorare sulle istanze di fondo che venivano avanzate sotto l'egida della riflessione sui principi generali, ma ha anche consentito, più ampiamente, di porre in luce quanto difficile fosse la partita che la scienza giuridica italiana affrontava, tra Otto e Novecento, tra innovazione e tradizione<sup>3</sup>.

La specialità che il dibattito sui principi generali ha mostrato di possedere negli sviluppi di questa linea di ricerca si è rivelata così esemplare, per la sua naturale capacità di porre in evidenza le principali tensioni interne alla cultura giuridica del secolo scorso.

Ciò è valso anche per le diverse opzioni in campo che, sotto il profilo teorico, si sono fronteggiate nel corso del Novecento su questo tema, e che si orientavano ora a intendere i principi quale categoria che giungeva a sintetizzare problematicamente le ambiguità insite nella sua duplice origine, politica e giuridica<sup>4</sup>, ora, piuttosto, a fermare in quella formula il punto di ricaduta in cui si ritrovavano coinvolte le diverse impostazioni metodologiche e ideologiche che misuravano la distanza tra giuspositivismo e giusnaturalismo, particolar-

<sup>1</sup> Su ciò, quanto all'esemplarità per la storia della cultura giuridica, soprattutto italiana, degli orientamenti emergenti tra i due secoli in tema di principi, cfr., tra tutti, P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico (1860-1950)*, Milano, 2000, spec. 119-214.

<sup>2</sup> Questo lavoro, fatta eccezione per i casi in cui la distinzione tra le due formule segnala un particolare momento del dibattito giuridico italiano, che sarà oggetto specifico di trattazione (cfr., *infra*, §§ 2 e 3), assume come valido il «minor credito» di cui gode oggi «la distinzione tra principi del diritto e principi di diritto»: cfr. G. ALPA, *I principi generali*, Milano, 2006<sup>2</sup>, 5 s.

<sup>3</sup> A. SCIUMÈ, *I Principi generali del diritto nell'ordine giuridico contemporaneo (1837-1942)*, Torino, 2002.

<sup>4</sup> G. MARINI, *Principi generali del diritto nel sistema politico*, in M. BASCIU (a cura di), *Soggetto e principi generali del diritto. Atti del XV Congresso nazionale della Società di filosofia giuridica e politica (Pisa-Viareggio 16-18 maggio 1985)*, Milano, 1987, 101 ss.

mente sul piano della teoria dell'interpretazione, e in cui più forti si mostravano le ansie che percorrevano la scienza giuridica dinanzi alla codificazione<sup>5</sup>.

Si comprende bene, sin da queste sommarie premesse come, nel corso del Novecento, tanto la storia quanto la teoria dei principi generali di diritto siano, ciascuna, ogni volta, il riflesso della specifica rappresentazione che si scelga di privilegiare in quello che è valso come un autentico e inesauribile laboratorio dell'indagine giuridica nel corso del secolo scorso<sup>6</sup>.

Nella diversità dei punti di vista che si sono adottati e possono adottarsi sul tema dei principi, tanto le ricostruzioni storico-giuridiche, quanto quelle di matrice giusfilosofica, riservano tuttavia una particolare e comune attenzione alla stagione di elaborazione dell'art. 12 delle Preleggi al Codice civile, per la rappresentazione che vi si ritrova di un itinerario di chiusura in senso ordinamentale della configurazione giuridica dei principi<sup>7</sup>.

Assumendo l'ancora intatta validità dell'impianto epistemico messo in campo da Bobbio sui principi generali nel 1966, l'articolo 12 delle Preleggi realizzava una sorta di compressione dei «problemi fondamentali emersi periodicamente nella discussione» quanto al tema dei principi<sup>8</sup>, in una prospettiva ideologica ben riconoscibile: se infatti il loro ancoramento all'ordinamento giuridico dello stato<sup>9</sup>, sotto il profilo della loro 'fonte', si ritrovava ad accreditare la tesi che, sin dalla fine dell'Ottocento, si era imposta grazie a Scialoja<sup>10</sup>, esso

<sup>5</sup> Su questo aspetto, cfr. F. TODESCAN, *I principi generali del diritto*, in ID., *Itinerari critici dell'esperienza giuridica*, Torino, 1991, 139.

<sup>6</sup> Ciò equivale ad assumere una prospettiva di ricerca quanto ai principi del diritto che non faccia valere il piano del loro collocarsi in un processo di storicizzazione solo come dato, ma si risolva ad assumere sia nel senso contenutistico – rinunciando ad assumere per essi una qualsivoglia «definizione ontologica e sostanzialistica» –, sia in quello delle tecniche argomentative che, conseguentemente, faranno leva su metodologie induttive e non deduttive: su ciò, cfr. F. RICCOBONO, *Principi, norme, valori*, in A. BALLARINI (a cura di), *Diritto interessi ermeneutica*, Torino, 2012, 70 s.

<sup>7</sup> G. GORLA, *I precedenti storici dell'art. 12 delle disposizioni preliminari al codice civile del 1942 (un problema di diritto costituzionale?)*, in *Il Foro italiano*, XCII, 1969, 112-132.

<sup>8</sup> Questi problemi, ad avviso di Bobbio, sono quelli che riguardano «la natura, la origine (o la fonte), la validità» dei principi di diritto e corrispondono ai tre interrogativi che hanno articolato nel tempo la riflessione della dottrina in materia: il grado del loro rapporto filogenetico con le norme giuridiche, la loro appartenenza o meno al sistema (che comprende la questione della fonte e del procedimento attraverso cui è dato al giurista di rinvenirli, in via interpretativa) ed, infine, la questione dell'autorità dalla quale i principi traggono la propria forza e validità superiori entro il sistema. Su ciò, in una trattazione ordinata dei tre livelli dell'indagine, cfr. N. BOBBIO, voce *Principi generali di diritto*, in *Novissimo Digesto italiano*, 1966, 887-896.

<sup>9</sup> Ordinamento che, come specificato dalla Relazione al Codice civile, avrebbe dovuto intendersi quale termine «comprensivo, nel suo ampio significato, oltre che delle norme e degli istituti, anche dell'orientamento politico-legislativo statale e della tradizione scientifica nazionale ...». Sottolinea il solo apparente 'paradosso' che recava in sé una menzione del diritto comune che, nel retrocedere dinanzi ad uno degli «obiettivi politici basilari della codificazione dei principi», quello di ottenerne l'espunzione dall'ordinamento giuridico, in realtà segnava l'assorbimento «entro l'orizzonte più propriamente legislativo», di «tutte le espressioni significative della realtà politica e sociale», A. SCIUMÈ, *I principi generali del diritto nell'ordine giuridico contemporaneo* cit., 206.

<sup>10</sup> La tesi di Scialoja si sviluppava intorno all'art. 3 delle Disposizioni preliminari al Codice civile del 1865, disposizione mossa, come sottolinea Bobbio, «da una certa diffidenza verso l'equità e da un rigido ossequio verso l'autorità della legge»: V. SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità*, Camerino, 1880, ora in ID., *Studi giuridici*, III, Roma, 1-23. Quanto all'obiettivo critico dell'equità e alla sua centralità, in una determinata fase dello sviluppo del dibattito sui principi di fine Ottocento, cfr. C. LATINI, «L'Araba Fenice». *Specia-*

interveniva anche, e al tempo stesso, a riconfigurarne in senso nazional-statalistico tanto la 'natura', quanto la 'validità' dei principi di diritto.

Nel 1936, quando nella sede dei lavori preparatori questo progetto parve fermarsi nell'ancoramento dei principi al «diritto vigente», su ciò prendeva avvio un vivace dibattito in dottrina, che mostrava di accogliere ora con favore, ora con profondo scetticismo, quegli orientamenti<sup>11</sup>. Pareva delinearci, nel senso suo più radicale, il dato di diritto positivo che dava risposta concreta a questioni con le quali la dottrina italiana di matrice positivista aveva preso a confrontarsi già da tempo, distinguendosi in ciò dalle tendenze emergenti in quegli stessi anni nella dottrina tedesca<sup>12</sup>: un quadro che orientava la sistematica dei principi, in funzione del loro porre «un rimedio all'incompletezza dell'ordinamento giuridico»<sup>13</sup>. Andava a compimento, per questo, la funzione ideologica che il positivismo giuridico aveva affidato ai principi generali di diritto, quella di dare ragione dell'aspirazione alla completezza dell'ordinamento, tenendo a freno ipotesi di eterointegrazioni che facessero appello alla Natura o alla Storia.

Quest'ultima prospettiva non era esattamente un'ipotesi aliena agli ambienti giuridici italiani. Tutt'altro che sopita, proprio nella stagione in cui il progetto del nuovo Codice civile andava smarcandosi da ogni riferimento al diritto naturale, era infatti l'eco ancora proveniente da uno dei momenti in cui quella tentazione, seppure senza particolare seguito nella dottrina contemporanea, si era fatta avanti, quando a rappresentare la matrice giusnaturalistica dei principi di diritto era intervenuto, nel 1921, Giorgio Del Vecchio.

Non è probabilmente un caso che, pure già chiaro il quadro del dibattito cui quelle tesi avevano dato origine, come ormai definito il sostanziale isolamento in cui esse erano state condotte, in quella stagione cruciale, per la storia e per la teoria dei principi generali di diritto nel Novecento, Del Vecchio scegliesse di tornare a offrire al dibattito in corso la sua ricostruzione in tema di principi.

*lità delle giurisdizioni ed equità giudiziale nella riflessione dottrinale italiana tra Otto e Novecento*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XXXV, 2006, spec. 641 ss.

<sup>11</sup> Molte, infatti, come ricorda Del Vecchio, erano state «le incertezze» rispetto alla formula «...secondo i principi generali del diritto vigente», espressione che si allontanava dagli argomenti che ancora si leggevano nel Progetto al nuovo Codice della Commissione Reale (Presidente Vittorio Scialoja), nel 1930, i quali concedevano alla vecchia formula dell'art. 3 del Codice del 1865 l'utilità di appagare «le ragionevoli esigenze della dottrina», oltre che «da servire convenientemente alla pratica giudiziaria»: su ciò, cfr. G. DEL VECCHIO, *Riforma del Codice civile e Principi generali del diritto*, in *La Tribuna*, 1936, ora in ID., *Studi sul diritto*, I, Milano, 1958, 272.

<sup>12</sup> Per la discussione positivista del primo Novecento, quanto alla «necessaria completezza logica di ogni ordinamento», che si traduceva in un rapporto di supremazia della legge che bene si conciliava con una sorta di articolazione organicistica dei poteri, ciascuno in grado di concorrere, seppure sotto l'egida della volontà statuale, alla produzione del diritto, cfr. D. DONATI, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Modena, 1909, 28 ss.; quanto ad una discussione sui principi generali entro il più ampio tema del rapporto tra lacune della legge e lacune dell'ordinamento, cfr. B. BRUGI, *L'analogia di diritto e il cd. giudice legislatore*, in *Diritto commerciale*, XXXV, 1916, 262-275. Su ciò, in termini di ampia ricostruzione, cfr. R. GUASTINI, *Completezza e analogia. Studi sulla teoria generale del diritto del primo Novecento*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, VI, 1976, 513-591.

<sup>13</sup> Così N. BOBBIO, voce *Principi generali di diritto* in *Novissimo Digesto italiano* cit., 888.

2. ... 'una disperata interpretazione dei principi generali di diritto'. Giorgio Del Vecchio tra conservazione e innovazione

In un anno e in una stagione entrambi importanti per la storia giuridica dei principi generali, Giorgio Del Vecchio consegnava alle pagine de *La Tribuna*, il suo scritto su *Riforma del Codice civile e principi generali del diritto*<sup>14</sup>. Si trattava solo in parte di uno scritto d'occasione, di un intervento pensato a margine delle tendenze che emergevano in sede di lavori di preparazione al nuovo Codice civile.

Più probabilmente – facendosi chiara ormai la matrice positiva e ordinamentale verso la quale si orientava la configurazione della 'fonte' dei principi di diritto – giungeva il tempo di rinnovare quegli argomenti, di tornare a rimarcare le tesi alle quali Del Vecchio aveva affidato nel 1920 la Prolusione che inaugurava il suo primo insegnamento di Filosofia del Diritto presso la Regia Università di Roma. Nel 1936, tornava a rappresentarsi in atto un itinerario di sostanziale retrocessione rispetto all'art. 3 co. 2 del Codice del 1865, in cui l'appello ai principi generali del diritto consentiva ancora, ad avviso del filosofo del diritto bolognese, un margine di apertura dell'interprete, verso quei «principi della ragione giuridica naturale» che erano stati indicati quali «capisaldi per la definizione di ogni rapporto umano e sociale»<sup>15</sup>.

Il nucleo di quel lavoro riprendeva così, accogliendo le sollecitazioni che venivano dall'attualità, le tesi sui principi generali che Del Vecchio aveva avanzato nel 1920 e che avevano dato origine, con la pubblicazione di quella lezione l'anno successivo per *l'Archivio giuridico «Filippo Serafini»*, a un circuito di discussione tra i più interessanti della prima metà del Novecento.

Intorno a quello scritto si era infatti animata, sin dall'immediato, un ampio dibattito, che ebbe uno dei suoi fuochi più vivi nel tono particolarmente aspro di quanti, in quello scritto, avevano letto la non ulteriormente ipotizzabile retrocessione concessa dalla civiltà del diritto alla ormai desueta 'fabula' giusnaturalistica. Particolarmente veemente, in questo clima solo raramente adesivo, si era segnalato l'intervento crociano comparso dalle pagine de *La Critica* nel 1921<sup>16</sup>. A Croce l'impronta di quella «vecchia filosofia giusnaturalistica» appariva intollerabile, lì dove, con tutta evidenza, era nella «coscienza giuridica concreta ossia storicamente determinata», che avrebbe dovuto ritrovarsi l'unica fonte integrativa del diritto cui intendeva riferirsi il secondo comma dell'art. 3 delle Disposizioni preliminari al Codice del 1865. Del Vecchio, «colto e cauto», si avventurava così non solo nel senso di un'impresa incomprensibile, quella di rinnovare, ancora, una «disperata interpretazione dei principi generali di diritto» nel segno del diritto naturale, ma s'imbatteva anche in alcune gravi incongruenze logiche, lì dove, nonostante l'asserita equivalenza tra i principi del diritto e l'idea del diritto naturale i suoi argomenti finivano, loro malgrado, per ricacciarsi

<sup>14</sup> Su ciò, cfr., *supra*, nt. 11.

<sup>15</sup> G. DEL VECCHIO, *Sui principi generali del diritto*, in *Archivio giuridico «Filippo Serafini»*, V, 1921, 89.

<sup>16</sup> B. CROCE, *recensione a G. DEL VECCHIO, Sui principi generali del diritto*, in *La Critica. Rivista di Letteratura, Storia e Filosofia diretta da B. Croce*, XIX, 1921, 186 s.

nel diritto positivo, quando si fosse trattato di far fronte alle eventuali disarmonie o incongruenze tra quello – il diritto naturale – e queste, le norme di diritto positivo<sup>17</sup>.

Quello discusso da Croce era di certo il fulcro principale delle tesi di Del Vecchio, che intendeva restituire i principi generali alla tradizione del giusnaturalismo moderno e alla sua *ratio*, ricostruendo e riferendo all'una e all'altra la loro fonte. In questa prospettiva, lo scritto di Del Vecchio del 1921 portava all'attenzione della cultura giuridica dell'epoca argomenti assolutamente eterogenei: discutere dei principi generali di diritto significava allora avere come riferimento l'art. 3 delle Disposizioni generali al Codice civile del 1865, che aveva adottato una formulazione dei principi generali di diritto rinunciataria di un riferimento al diritto naturale ancora presente – sulla scorta del Codice austriaco – nello Statuto Albertino.

Si trattava di tesi capaci di squarciare la trama entro la quale si era composta l'opinione condivisa dei giuristi, che si ritrovavano ormai «concordi, quasi senza eccezione, nel dichiarare che per “principi generali di diritto” non si debbano intendere i principi del diritto naturale»<sup>18</sup>.

Considerando lo stato sufficientemente passivo in cui versava il dibattito in materia, non si fa fatica a comprendere le reazioni che si produssero negli ambienti giuridici dell'epoca intorno a quello scritto. In quell'autentica «catena delle opinioni conformi»<sup>19</sup>, l'intervento di Del Vecchio provava a tornare sulla matrice razionalistica del giusnaturalismo moderno, intendendolo quale sfondo teorico necessario sia a comprendere la questione della natura giuridica e del contenuto dei principi generali di diritto, sia a chiarificare i rapporti che dovessero stabilirsi tra questi e le singole disposizioni di legge.

Far fede sulla *ratio iuris* della tradizione moderna del giusnaturalismo significava per un verso, sotto il profilo metodologico, operare un'inversione nella logica del rinvenimento dei principi, non più induttiva ma deduttiva. Ciò, nel panorama della riflessione che sino ad allora aveva contraddistinto la dottrina giuridica dei principi generali, imponeva con tutta evidenza di superare le tesi legaliste che ancora, in quei primi decenni del Novecento, avevano quale punto di riferimento l'ormai quarantennale teorica sui principi generali proposta da Vittorio Scialoja: pensare i principi, come Del Vecchio suggeriva, in termini di *regulae* poste dal diritto naturale moderno di matrice contrattualistica e razionalistica, significava sottrarli all'angusto profilo che veniva loro restituito da una mera operazione di astrazione che imponeva di «partire dalle disposizioni delle leggi ed astraendo risalire da concetto a concetto sempre più generalizzando»<sup>20</sup>.

Per altro verso, sotto il profilo contenutistico, la matrice del giusrazionalismo moderno finiva per garantire un'equivalenza, quanto alla natura giuridica dei principi, tra la loro razionalità e la pretesa della loro universalità. Una pretesa che aveva ritrovato una legittimazione rinnovata e scientifica sul terreno di una comparazione giuridica intesa da Del Vecchio come scienza che, «non ostante le differenze, spesso grandissime, che si rilevano nel

<sup>17</sup> B. CROCE, *recensione a G. DEL VECCHIO, Sui principi generali del diritto* cit.

<sup>18</sup> G. DEL VECCHIO, *Sui principi generali del diritto* cit., 35.

<sup>19</sup> Così N. BOBBIO, voce *Principi generali di diritto* in *Novissimo Digesto italiano* cit., 891.

<sup>20</sup> V. SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità* cit., 22.

contenuto dei fenomeni giuridici esaminati» avrebbe dovuto tenere per fermo per essi «un elemento di identità [...] ossia la forma logica del diritto»<sup>21</sup>.

### 3. *Principi del diritto e universali giuridici. La comparazione giuridica nuova chance del giusnaturalismo*

Nella gran mole del dibattito cui lo studio di Del Vecchio sui principi generali diede avvio, una delle interpretazioni più rivelatrici resta quella di Riccardo Orestano. L'intuizione principale che vi si riconosce ancora oggi è che quel «delicato ricamo di concetti»<sup>22</sup> avesse a cuore la questione dei principi generali in un senso eterogeneo rispetto alla materia del dibattito giuridico del tempo, non solo nei termini della sua stretta non aderenza alle tesi dominanti.

Il problema dei principi 'del' diritto, così come studiato da Del Vecchio, imponeva infatti alla discussione un implicito slittamento dell'oggetto d'indagine: così come «i *principi della ragione* sono più che i *principi di ragione*, così i principi del diritto sono più che i principi di diritto»: il «più modesto, più riservato, più circospetto» utilizzo da parte del legislatore del 1865 di quest'ultima formula rendeva il tema in discussione solo in apparenza il medesimo, se è vero che tra la prima e la seconda espressione correva «una distinzione logica, tra l'universale e il partitivo»<sup>23</sup>.

Naturalmente quell'asserita matrice giusnaturalistica dei principi generali finiva con il costituire, indipendentemente dal sostanziale isolamento che le fu riservato, una rivendicazione implicita quanto al ruolo interpretativo della scienza giuridica oltre le strette maglie ideologiche, più ancora che metodologiche, del positivismo giuridico. Su ciò si sarebbe misurata sotto il profilo storiografico la *longue durée* degli argomenti di Del Vecchio, che si sarebbero ritrovati ad aprire, nel tempo, la questione dei principi generali ad un approccio critico e problematico.

Del Vecchio si muoveva così in direzione contraria, ma non del tutto inascoltata<sup>24</sup>, non solo se si considera la «prossimità» che contraddistinse taluni degli interventi dell'epo-

<sup>21</sup> G. DEL VECCHIO, *Sull'idea di una scienza del diritto universale comparato*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, XLV, 1909; ora in ID., *Studi sul diritto* cit., 42.

<sup>22</sup> R. ORESTANO, *Ancora dei "principi generali di diritto"*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, IV, 1979, 271.

<sup>23</sup> R. ORESTANO, *Ancora dei "principi generali di diritto"* cit., 273.

<sup>24</sup> Senza poter in questa sede ricostruire il dibattito in materia – per il quale si rinvia a A. SCIUMÈ, *I Principi generali del diritto nell'ordine giuridico contemporaneo* cit., spec. 220 ss. – va comunque sottolineata come una delle più feconde linee interpretative riguardanti quello studio si sarebbe riconosciuta intorno all'assunzione, seppur cauta, di una possibilità che lo scritto di Del Vecchio mostrava per la dottrina della *Natur der Sache* sviluppatasi in Italia a partire da C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, vol. I, Torino, 1893, 64 ss.; sull'importante studio che segnò la posizione assunta, su questa scorta, da A. ASQUINI, *La natura dei fatti come fonte di diritto*, in *Archivio giuridico «Filippo Serafini»*, LXXVI, 1921, 129-167; cfr. R. GUASTINI, *Due studi sulla dottrina dell'interpretazione nei giuristi italiani del primo Novecento*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, VII, 1977, 115-135; e cfr., altresì, su ciò, cfr. A. BARATTA, *Natura del fatto e diritto naturale*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XXXVI, 1959, 177-228.

ca<sup>25</sup>, che da quello scritto traevano occasione di riflessione su temi già dibattuti, ma anche se si considera l'apertura che quella interpretazione in controtendenza dei principi generali avrebbe garantito per «ridestare le ricerche e le discussioni intorno a quel tema»<sup>26</sup>, lungo un itinerario di studio che, significativamente, avrebbe messo a frutto nel corso del Novecento, la matrice vichiana – i principi come 'idee umane' – attiva in quel lavoro<sup>27</sup>.

Quella matrice razionalmente e universalisticamente fondata dei principi, espressione viva di una «rivalutazione del diritto naturale oltre il giusnaturalismo»<sup>28</sup> apriva così la loro teorica a un profilo ampio, in cui appariva inaccettabile, anche e soprattutto al Del Vecchio cultore della scienza del diritto comparato, la prospettiva di quanti – come nel caso delle tesi accreditatesi sulla scorta degli argomenti avanzati da Fadda e Bensa traduttori del *Lehrbuch des Pandektenrechts* di Windscheid<sup>29</sup> – proponevano che i principi generali avrebbero dovuto intendersi quali principi generali di diritto italiano: in questo senso, quell'argomento, che voleva i principi generali «validi solamente per ogni singolo popolo» si mostrava in radicale antitesi con «... quella credenza in una *ratio iuris* di carattere universale che [...] checché si dica in contrario, è patrimonio comune della nostra coscienza giuridica, e senza dubbio ispirò anche gli autori del nostro codice»<sup>30</sup>.

Proprio se si considera quest'ultimo punto, appare evidente come risulti solo parzialmente soddisfacente esaurire i tratti di tanta veemenza nell'intento polemico contro alcune delle più autorevoli tesi che circolavano negli ambienti giuridici italiani quanto ai principi di diritto. Quell'idea del diritto naturale che costituiva, ad avviso di Del Vecchio, la matrice dei principi del diritto, era in questo senso l'espressione di un'esaltazione del contrattualismo individualista della tradizione moderna<sup>31</sup>, ma anche e soprattutto a partire da una fede nella ragione umana che, come già per gli studi sulla scienza del

<sup>25</sup> In questo senso sarebbe più opportuno riconoscere, intorno a quello scritto, espressioni di «proximità» più ancora che di adesione, come sottolinea A. SCIUMÈ, *I principi giuridici nell'ordine giuridico contemporaneo* cit., 220 ss.

<sup>26</sup> B. BRUGI, *I principi generali del diritto e il diritto naturale*, in *Archivio giuridico «Filippo Serafini»*, XC, 1923, 160-166.

<sup>27</sup> Quanto agli esiti di questa matrice vichiana per il rapporto tra «comando» e «principi» in Giuseppe Capograssi (vol. G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto* [1937], a cura di P. PIOVANI, Milano, 1962), e in raffronto con la teoria dell'interpretazione in Emilio Betti, cfr. G. MARINO, *Temi di teoria dell'interpretazione*, Napoli, 1993, spec. 33 ss. e 87 ss.

<sup>28</sup> Cfr., per questa formula, che ferma efficacemente una certa tendenza della comparazione giuridica – nel caso specifico di Saleilles – a costituire la nuova *chance* per un giusnaturalismo che, privato della propria componente assiomatica, si ritrovava ad essere attivo e vivo nelle attese dello studio comparatistico del fenomeno giuridico: M. SABBIONETI, *Democrazia sociale e diritto privato. La terza repubblica di Raymond Saleilles (1855-1912)*, Milano, 2010, spec. 114 ss.; e, sul tema specifico della comparazione nella seconda metà dell'Ottocento, in cui è ricordato anche il contributo di Del Vecchio (cfr. 227 ss.).

<sup>29</sup> B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Frankfurt a. M., 1862-1870; tr. it. in C. FADDA e P.E. BENSA (a cura di), *Diritto delle Pandette*, Torino, 1902.

<sup>30</sup> G. DEL VECCHIO, *Sui principi generali del diritto* cit., 39.

<sup>31</sup> Su ciò, sottolineando come quella di Del Vecchio sui principi, tutt'altro che «l'estemporanea trovata teorica di un provocatore», fosse in realtà «la modalità specifica per rinnovare (e ricordare) allo Stato le condizioni per l'alleanza con l'individuo», cfr. I. STOLZI, *L'ordine corporativo. Poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista*, Milano, 2007, 73.

diritto comparato<sup>32</sup>, come anche nella polemica contro la scuola storica<sup>33</sup> aveva Vico nel proprio orizzonte: l'idea del diritto naturale – «una di quelle che accompagnano l'umanità nel suo svolgimento» – era chiamata a far da guida, certo, affinché quello stesso svolgimento fosse intellegibile, ma ciò poiché «il mondo civile certamente fatto dagli uomini», è un mondo animato da «principi che si debbono ritrovare nella nostra medesima mente umana»<sup>34</sup>.

Il collegamento tra diritto naturale e principi del diritto aveva così radici profonde, che rinviavano – per quella sorta di cortocircuito che si ritrovava stabilito tra diritto di natura e predicabilità dei principi in termini di umanità e universalità – al progetto che aveva fortemente contraddistinto una determinata fase del contributo offerto da Del Vecchio allo sviluppo della scienza della comparazione giuridica, centrato tutto nel rappresentare «la versione rinnovata, storica ed empirica [...] delle astrazioni giusnaturalistiche dell'età moderna»<sup>35</sup>.

#### 4. *Lo statuto della scienza del diritto comparato tra particolarità e unitarietà del fenomeno giuridico. Principi del diritto o universali giuridici?*

«Il diritto – aveva sostenuto Del Vecchio in una pagina del suo lavoro del 1921 – è inscindibile dalla specie umana in qualsiasi sua maniera di vita», una tesi «che ha avuto piena conferma nella moderna scienza, pure sotto l'aspetto empirico e positivo»<sup>36</sup>. Questo riferimento, accompagnato da una significativa cautela espressa in nota rispetto alle conclusioni che la ricerca nel campo dell'etnologia giuridica aveva tratto in quegli anni «quanto alla natura del diritto in genere»<sup>37</sup>, costituiva la rapida concessione che Del Vecchio tributava ad una stagione di ricerca che lo aveva visto contribuire, negli anni precedenti, alla nascente scienza della comparazione giuridica. In quell'occasione, pure nella limitatezza del rinvio, appariva con chiarezza come la possibilità di derivare dalle linee di quella indagine etnologica il fondamento autentico del tratto universalistico entro il quale pensare la natura dei principi generali, si offrì come strumento solo parzialmente idoneo a spiegare la naturale corrispondenza tra unità dello spirito umano e unità del diritto. Una linea di continuità da stabilirsi secondo termini che Del Vecchio traeva più da Vico che dai comparatisti etnologici suoi contemporanei, se soggiacente, sia quanto alle «ragioni» che quanto agli «scopi della

<sup>32</sup> Su ciò, quanto alla matrice vichiana attiva entro la scienza della comparazione giuridica, e particolarmente in Del Vecchio, cfr. G. REPETTO, *Il metodo comparativo in Vico e il diritto costituzionale europeo*, in *Rivista critica del diritto privato*, XXVII, 2009, 295-334.

<sup>33</sup> Contro la scuola storica e il suo «dogma della particolarità irriducibile di ogni produzione giuridica nazionale», cfr. G. DEL VECCHIO, *Sulla dottrina della comunicabilità del diritto* (1909), poi pubblicata in un'unica versione [che comprende *La comunicabilità del diritto e le idee del Vico* (1911)], con il titolo *Sulla comunicabilità del diritto*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, VI, 1938: ora in Id., *Studi sul diritto* cit., 57.

<sup>34</sup> G. DEL VECCHIO, *Sui principi generali del diritto* cit., 53.

<sup>35</sup> Su ciò, cfr., ancora, M. SABBIONETI, *Democrazia sociale e diritto privato* cit., 272.

<sup>36</sup> G. DEL VECCHIO, *Sui principi generali del diritto* cit., 56.

<sup>37</sup> G. DEL VECCHIO, *Sui principi generali del diritto* cit.

comparazione», avrebbe dovuto considerarsi un principio tra tutti: la «reale *unità* dello *spirito umano* di cui il diritto è una necessaria estrinsecazione»<sup>38</sup>.

Si comprendeva da ciò come, al prezioso contributo che l'etnografia giuridica della seconda metà dell'Ottocento<sup>39</sup> mostrava di poter offrire nel dare conferma positiva e idonea a documentare, a provare, l'inesistenza di «una fase pregiuridica dell'umanità» – contrastando per questo la plausibilità di ogni teoria del «materialismo storico o del determinismo dialettico», e finendo per costituire, per così dire, la sponda scientificamente fondata dei concetti «propri delle teorie giusnaturalistiche»<sup>40</sup> – si opponeva la sostanziale limitatezza, ad avviso di Del Vecchio, dei principali risultati prodotti dalla ricerca, sul piano questa volta dell'etnologia giuridica, di autori come Post<sup>41</sup>, orientati verso una declinazione relativa e plurale del fenomeno giuridico che contrastava in profondità con quella prospettiva universalistica da lui predicata per lo statuto e il metodo della comparazione giuridica.

In questo orizzonte, 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 profonda della filosofia di Del Vecchio che sarebbe stata in fondo ancora del tutto riconoscibile, allora che si sarebbe trattato di pensare allo statuto filosofico dei principi generali del diritto. Muovendo da quelle premesse, rendere possibile e intellegibile la *naturalis ratio* dei principi del diritto avrebbe significato, con Vico, innanzitutto andare alla ricerca dei «motivi comuni di vero» che, per il tramite dello studio delle istituzioni umane, avrebbero rivelato quel «diritto eterno» che si manifesta nei termini delle «idee umane» di Vico e nasce dall'uomo «fabbro del mondo delle nazioni»<sup>42</sup>.

La prospettiva di una matrice razionale e per questo universale dentro la quale i principi del diritto avrebbero dovuto porsi rivela, con sufficiente chiarezza, come il nodo dei principi generali in Del Vecchio si offrisse come campo paradigmatico al quale affidare quella vocazione 'scientifica' e 'positiva' che – attraverso la matrice vichiana che guidava scopo e orizzonti della comparazione giuridica – avrebbe potuto legittimare e rinnovare le ragioni di un diritto di natura inteso quale formula capace di percorrere e rendere intellegibile la storia dei sistemi giuridici.

Se una delle evidenze che lo studio del dibattito sui principi nel corso del Novecento è in grado di restituire è la complessità dei temi sottesi alla contrapposizione tra giuspositi-

<sup>38</sup> G. DEL VECCHIO, *Sull'idea di una scienza del diritto universale comparato* cit., 43.

<sup>39</sup> Sulla distinzione tra etnologia ed etnografia nella stagione del positivismo filosofico italiano, cfr. C. FARALLI, *Diritto e scienze sociali. Aspetti della cultura giuridica italiana nell'età del Positivismo*, Bologna, 1993, spec. 104 ss.

<sup>40</sup> G. DEL VECCHIO, *Sui principi generali del diritto* cit., 57 (testo e nota).

<sup>41</sup> Sulla fortuna italiana della ricerca etnologico-giuridica di Albert Hermann Post, termine di confronto e di distanza nella interpretazione della etnologia giuridica di Giuseppe Mazzarella, cfr. C. FARALLI, *Diritto e scienze sociali* cit., 109 ss.

<sup>42</sup> 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, Firenze, 1971, 189 s.

vismo e giusnaturalismo<sup>43</sup>, questa metamorfosi e trasfigurazione del diritto di natura, tentata da Del Vecchio sotto l'egida del magistero vichiano, finisce con il rappresentarne un momento esemplare.

In ciò, seppure, come detto in rimarchevole distanza da uno statuto della scienza della comparazione che si sarebbe orientata a svelare proprio i limiti e le mistificazioni del diritto naturale e della sua pretesa universalità<sup>44</sup>, quella di Del Vecchio costituisce una delle particolari determinazioni che intervennero a definire la complessità delle influenze e delle vocazioni che contribuirono alla difficile definizione del suo profilo scientifico e disciplinare<sup>45</sup>.

Per i successivi sviluppi di quella scienza, la funzione che l'ideale di una declinazione universale della comparazione giuridica si ritrovava a rendere alla filosofia del diritto, e in specie al giusnaturalismo, avrebbe costituito una tendenza recessiva, se «la relatività del fenomeno giuridico – come già qualche anno prima avevano scritto Pietro Bonfante e Carlo Longo nella Prefazione all'edizione italiana della *Ethnologische Jurisprudenz* di Albert Hermann Post – può dirsi una conquista ormai assodata»: ragione per la quale sarebbe stato auspicabile che proprio la filosofia giuridica riconoscesse «non esser suo possibile compito il costruire su basi speculative un diritto fisso ed universale»<sup>46</sup>. In campo c'era l'utilizzo filosofico speculativo, snaturante, delle potenzialità che lo studio etnologico del diritto offriva alla comparazione, tendenza della quale proprio Del Vecchio, ad avviso dei due giuristi, era esponente tra i più autorevoli<sup>47</sup>.

Negli anni che seguirono, etnologia giuridica e comparazione avrebbero, sicuramente quanto alla vicenda italiana, divaricato le proprie strade: la prima, destinata a non mantenere le sue promesse, poco incline a cogliere della sua avventura l'insegnamento principale, il pluralismo delle esperienze del diritto, e invece progressivamente orientata a perseguire ossessivamente del diritto, come avrebbe fatto il dottissimo e molto amato dal regime fascista Giuseppe Mazzarella, gli elementi 'irridutibili'<sup>48</sup>; l'altra, avviata a pensare alla comparazione come metodo dello studio del diritto chiamato a contrastare, nella scoperta della pluralità delle esperienze giuridiche, le generalizzazioni e le astrazioni insite in «certe forme di latente giusnaturalismo»<sup>49</sup>.

<sup>43</sup> Su ciò, cfr. G. MARINI, *Principi generali del diritto nel sistema politico* cit.

<sup>44</sup> Su ciò sarà particolarmente Gino Gorla a sottolineare in chiave antigiusnaturalistica lo statuto di una scienza del diritto comparato che non solo consente di controllare «le generalizzazioni affrettate», ma anche di contrastare «quelle forme di latente giusnaturalismo, che è spesso il padre di quelle astrazioni e di quelle generalizzazioni»: G. GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparatistico e casistico*, vol. I, Milano, 1955, VI.

<sup>45</sup> Sul contributo di Del Vecchio ad una 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», cfr. L.L. COSTANTINESCO, *Introduzione al diritto comparato*, a cura di A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO - R. FAVALE, Torino, 1996<sup>2</sup>, 140-150.

<sup>46</sup> A.E. POST, *Giurisprudenza etnologica*, vol. I, a cura di P. BONFANTE - C. LONGO, Milano, 1906, XVIII.

<sup>47</sup> Quanto a ciò, cfr., A.E. Post, *Giurisprudenza etnologica* cit., XVIII, nt. 4.

<sup>48</sup> Sull'opera di Mazzarella, cfr. C. FARALLI - A. FACCHI (a cura di), *L'etnologia giuridica di Giuseppe Mazzarella (1868-1958). Antologia di scritti*, con Prefazione di M.G. LOSANO, Milano, 1998; e cfr. P. DI LUCIA, *L'universale della promessa*, Milano, 1997, 60-73.

<sup>49</sup> G. GORLA, *Il contratto* cit.

Se è condivisibile leggere la storia dei principi generali secondo una logica «ordinata per fasi» le quali «si aprono, normalmente, nei periodi di crisi e di rinnovamento»<sup>50</sup>, l'intervento di Del Vecchio ne interpreta sicuramente un singolare intreccio, tra i più interessanti su cui tornare a riflettere.

<sup>50</sup> Su ciò cfr. G. ALPA, *I principi generali* cit., 271.

La Rivista *Roma e America. Diritto romano comune. Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Eurasia e in America Latina* è promossa dal Centro di Studi Giuridici Latinoamericani della Università di Roma 'Tor Vergata' / ISGI del Consiglio Nazionale delle Ricerche, in collaborazione con l'Unità di ricerca 'Giorgio La Pira' del Consiglio Nazionale delle Ricerche / 'Sapienza' Università di Roma, l'Istituto Italo-Latino Americano (IILA) e l'Associazione di Studi Sociali Latinoamericani (ASSLA).

La Rivista propugna lo studio e la diffusione del diritto romano (*ars boni et aequi*) costituito *hominum causa*, come strumento di pace tra i popoli. Essa si dedica in particolare ai temi dell'unità e dell'unificazione del diritto, e del diritto dell'integrazione, in Eurasia e in America Latina.

Si considera innanzitutto il periodo di 'inizio' (*principium*) del sistema giuridico romanistico, dalla fondazione di Roma alla compilazione del Digesto (*templum iustitiae* secondo Giustiniano) in 'Costantinopoli nuova Roma', e, sottolineandone il carattere già originariamente eurasiatico, se ne seguono gli sviluppi dovuti alla teoria 'Mosca terza Roma'.

Nello studio del sistema (e dei singoli ordinamenti statali che con esso si confrontano) viene dato risalto all'America Latina, in quanto Europa e America Latina «formano una sola area spirituale, culturale, giuridica ed anche in certo modo sociale, economica e politica che la scienza giuridica romana saldamente cementa ed unifica. *Unitas et pax orbis ex iure*» (G. La Pira). Il diritto romano dà al sottosistema giuridico latinoamericano il fondamento della sua unità, della sua identità (e resistenza) e del suo universalismo.

L'origine eurasiatica, e quindi mediterranea, del diritto romano rafforza l'esigenza del confronto con le grandi realtà geopolitiche continentali (in primo luogo la Repubblica Popolare Cinese), intercontinentali (il BRICS) e con gli altri grandi sistemi giuridici (in primo luogo il diritto musulmano).

Hanno collaborato a questo numero della rivista:

ANA ALEMÁN MONTERREAL

CARLA VICTORIA AMANS

ANTONELLO CALORE

CARLOS R. CONSTENLA

ELENA DE CARVALHO GOMES

JOSÉ LUIS CUEVAS GAYOSSO

PATRIZIA DE CESARI

DAVID FABIO ESBORRAZ

LUCIANA GUAGLIANONE

ORISEL HERNÁNDEZ AGUILAR

FRANCESCO LAZZARI

MARÍA FERNANDA LÓPEZ PULEIO

FRANCESCA MALZANI

VALERIA MARZOCCO

FABIANA MATTIOLI

GRACIELA MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ

CARLO MONGARDINI

CARLO NITSCH

VALERIO PESCATORE

FABIO RAVELLI

VALENTINA REMIDA

ANTONIO SACCOCCIO

SANDRO SCHIPANI

ALBERTO SCIUMÈ

JAN SCHMIDT