

RIVISTA DEL DIRITTO DELLA NAVIGAZIONE

In questo fascicolo, nella sezione dedicata agli articoli

ELDA TURCO BULGHERINI, Il contributo alla scienza giuridica della *Rivista del Diritto della Navigazione* ed il codice della navigazione a ott'anni dalla sua entrata in vigore

MARCO BADAGLIACCA, Strumenti di ausilio alla navigazione, *cyber security* e potere decisionale del comandante di nave
Aids to Navigation, Cyber Security and Decision-Making Power of the Master

GIAN PAOLO DE MURO, Proporzionalità e ragionevolezza nel difficile percorso verso il c.d. omicidio nautico
Proportionality and Reasonableness in the Difficult Path towards the so-called Nautical Murder

TOMMASO GAZZOLO, Antonio Scialoja e il «diritto vivente»
Antonio Scialoja's Concept of «Living Law»

ELISABETTA G. ROSAFIO, Brevi note in materia di giurisdizione e di trasporto marittimo di persone
Brief Considerations of Jurisdiction on the Carriage of Passengers by Sea

RIVISTA DEL DIRITTO DELLA NAVIGAZIONE

Anno 2022 – Numero 1

Anno 2022

Volume LI

Numero 1

RIVISTA DEL DIRITTO DELLA NAVIGAZIONE

fondata da Antonio Scialoja
ripresa da Antonio Lefebvre d'Ovidio
continuata da Elda Turco Bulgherini



€ 45,00



CACUCCI  EDITORE
BARI

Direttore onorario

† *Antonio Lefebvre d'Ovidio*

Direttore responsabile

Elda Turco Bulgherini

Vice direttore

Michele Maria Comenale Pinto

Comitato di direzione

Monica Brignardello, Umberto La Torre, Elisabetta Giovanna Rosafio

Comitato scientifico

Guido Alpa, Alfredo Antonini, Ignacio Arroyo Martínez, Lia Athanassiou, David Joseph Attard, Massimo Basilavecchia, Giorgio Berlingieri, Giorgia M. Boi, Guido Camarda, Mauro Casanova, Luigi Daniele, Antonio D'Atena, Charles Debattista, Massimo Deiana, Lorenzo Del Federico, Angela Del Vecchio, Paul Stephen Dempsey, Roberto Fiori, Mario O. Folchi, Bruno Franchi, Tomotaka Fujita, Rafael Illescas Ortiz, Natalino Irti, Raffaello Lupi, José Manuel Martín Osante, Gerardo Mastrandrea, Anna Masutti, Pablo Mendes de Leon, Giorgio Meo, Francesco Morandi, Marco Fabio Morsello, Massimo Papa, Ugo Patroni Griffi, Francesca Pellegrino, Roberto Pessi, Eugenio Picozza, Massimiliano Piras, Aristide Police, Stefano Pollastrelli, Alessio Quaranta, Vincenzo Ricciuto, Maria Piera Rizzo, Liliana Rossi Carleo, Francesca Salerno, Christoph Schmid, Tullio Scovazzi, Paola Severino, Luca Sisto, Xinqiang Sun, Greta Tellarini, Rita Tranquilli-Leali, Tullio Rodolfo Treves, Leopoldo Tullio, Giuseppe Vermiglio, Alessandra Xerri

Responsabili del Coordinamento

Adele Marino, Giovanni Pruneddu

Comitato editoriale

Marco Badagliacca, Gianfranco Benelli, Stefania Bevilacqua, Andrea Buccisano, Antonio Bufalari, Nicolò Carnimeo, Alessio Claroni, Rachele Genovese, Cinzia Ingratoci Scoriapino, Silvio Magnosi, Laura Maria Speranza Masala, Elena Orrù, Alessandra Romagnoli, Nicola Romana, Giuseppina Rosato, Anna L. Melania Sia, Pierluigi Simone, Carmen Telesca, Chiara Vagaggini, Simone Vernizzi

RIVISTA DEL DIRITTO DELLA NAVIGAZIONE

Fondata da Antonio Scialoja,
ripresa da Antonio Lefebvre d'Ovidio,
continuata da Elda Turco Bulgherini



CACUCCI  EDITORE
BARI

RIVISTA DEL DIRITTO DELLA NAVIGAZIONE

fondata da / *founded by* Antonio Scialoja

ripresa da / *resumed by* Antonio Lefebvre d'Ovidio

continuata da / *continued by* Elda Turco Bulgherini

RIVISTA SEMESTRALE / SEMI-ANNUAL REVIEW

Direttore / Editor-in-Chief

Elda Turco Bulgherini

Via G. Rossini, 9 – 00198 Roma

tel. (+39) 068088244

fax (+39) 068088980

e mail: eldaturco@studioturco.it

Redazione / Editing

Redazione della Rivista del Diritto della
Navigazione

Viale G. Rossini, 9 – 00198 Roma

tel. (+39) 068088244

fax (+39) 068088980

e mail: redazione@rivdirnav.org

Condizioni di acquisto / Purchase Terms

Italia / *Italy*

Abbonamento Annuale / *Annual Subscription*

euro 80,00

Fascicolo / *Issue* euro 45,00

Estero / *Foreign*

euro 120,00

Fascicolo / *Issue* euro 60,00

Per ordini / To order

ordini@cacucci.it

Modalità di pagamento / Method of payment

Bonifico / *Bank transfer*: Cacucci Editore

IBAN: IT30 Q054 2404 0100 0000 1041 861

Banca Popolare di Bari

Causale / *Purpose of payment*: *Abbonamento Rivista
del Diritto della Navigazione*

Autorizzazione n. 444 del 30.12.2009
Tribunale di Roma

Editore

Cacucci Editore S.a.s

via D. Nicolai, 39 – 70122 Bari

Tel. 080 5214220

<http://www.cacuccieditore.it>

info@cacucci.it

© Elda Turco Bulgherini – 2022

© Gli Autori – 2022

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,
di riproduzione e di adattamento anche parziale, con
qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

ISSN 0035-5895

ISBN 979-12-5965-169-3

La pubblicazione della Rivista è stata resa
possibile anche grazie al sostegno di Manfredi
Lefebvre d'Ovidio.

La «Rivista del diritto della navigazione» è do-
cumentata nell'Archivio DoGi dell'Istituto di
Teoria e Tecniche dell'Informazione Giuridica
(ITTIG) del Consiglio Nazionale delle Ricer-
che.

Scritto sottoposto a doppio referaggio anonimo – This writing has been submitted to double blind peer review

ANTONIO SCIALOJA
E IL «DIRITTO VIVENTE»

TOMMASO GAZZOLO (*)

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La tesi ontologica. – 3. La formazione cosciente della consuetudine. – 4. Il «vero contenuto» delle norme scritte. – 5. La tesi metodologica. – 6. Mappa dei problemi e principio di cartografia.

1. *Introduzione.*

La nozione di *autonomia* del diritto della navigazione proposta da Scialoja e dalla scuola napoletana – come ha di recente ricordato Comenale Pinto ⁽¹⁾ – è introdotta e pensata a partire dal richiamo al diritto vivente: in nessun ambito, in nessun «altro campo, quanto in questo» – nota Scialoja – «esiste un distacco netto, che diventa spesso una contrapposizione, tra il *diritto codificato* ed il *diritto vivente*» ⁽²⁾. Essi si opporrebbero come le «leggi» alla «realtà» ⁽³⁾ (dove, con «realtà», Scialoja intende quella che più avanti chiama la *norma concreta* in quanto distinta

(*) Associato di Filosofia del diritto nell'Università degli Studi di Sassari.

(1) M. M. COMENALE PINTO, *Il «diritto vivente» e l'autonomia del diritto della navigazione. Interrogativi agli albori del terzo millennio*, in questa Rivista, 2021, 3.

(2) A. SCIALOJA, *Sistema del diritto della navigazione*, I, ed. III, Roma, 1933, 14. Il passo riproduce integralmente quanto egli aveva già osservato in A. SCIALOJA, *La sistemazione scientifica del diritto marittimo*, in *Riv. dir. comm.*, 1926, 4.

(3) A. SCIALOJA, *Sistema del diritto della navigazione*, cit., 14.

dalla «norma precisa e fredda, generica ed astratta, quale è scritta nei codici») ⁽⁴⁾.

Pure, resta da capire che cosa Scialoja intenda esattamente con «diritto vivente» – espressione che egli dichiara di recuperare, ma con un senso parzialmente diverso, da Ehrlich. L'espressione non è comunissima, all'epoca, nella dottrina italiana ⁽⁵⁾ – ed il riferimento al *lebendes Recht* era probabilmente d'obbligo per chiunque intendesse, come Scialoja, rivendicare un approccio non formalistico al diritto ed una via verso un avvicinamento delle norme alla realtà concreta ⁽⁶⁾. Se si leggono le pagine del *Sistema*, però, il riferimento al diritto vivente sembra servire a sostenere tesi tra loro diverse, con la conseguenza che la locuzione finisce per assumere differenti significati possibili. L'espressione viene infatti utilizzata da Scialoja a proposito di ordini o campi di questioni almeno parzialmente eterogenee. È, allora, ad una mappatura delle accezioni e degli usi di tale locuzione che occorre, almeno inizialmente, dedicarsi.

2. La tesi ontologica.

Anzitutto, diritto vivente viene talvolta inteso come se, con esso, si stesse rispondendo alla domanda su quale sia il diritto «vero», reale. Ciò

(4) A. SCIALOJA, *Sistema del diritto della navigazione*, cit., 15.

(5) Precedentemente a Scialoja, sarebbe interessante ripercorrere i riferimenti al «diritto vivente» nella letteratura italiana nei differenti significati che l'espressione acquista. Cenni ad esso si possono seguire, ad esempio, V. MICELI, *Principii di diritto costituzionale*, Milano, 1913, 305; F. FERRARA, *Trattato di diritto civile*, I, Roma, 1921, 151. L'espressione «diritto vivente», per riferirsi alla *law in action*, al diritto per come applicato nei tribunali, è comunque sufficientemente diffusa già all'epoca, se il filosofo ed allora Senatore del regno Filippo Masci, nel necrologio per Ermindo De Luca, giudice di Cassazione, poteva scrivere che «egli lavorò [...] alla formazione di quella giurisprudenza, che è il diritto in azione e, in continua formazione, il diritto vivente e militante» (*Necrologia. Ermindo De Luca*, in *Dir. giur.*, II, 1919, 48). F. MACARIO, *Costituzione e «diritto vivente» nei cinquant'anni di giurisprudenza costituzionale*, in *Costituzione e ordinamento giuridico*, a cura di S. Lorusso, Milano, 2009, 102, ritiene comunque che l'espressione «diritto vivente» «sembrerebbe accolta fra i primi» proprio da Scialoja, «benché l'idea di fondo sia piuttosto quella della cosiddetta “*law in action*”, idealmente contrapposta a quella di “*law in books*” secondo la nota prospettazione di Roscoe Pound».

(6) Va ricordato come, in Italia, l'opera di Ehrlich fosse già conosciuta, anche grazie alla pubblicazione postuma, in lingua italiana, del suo saggio *La sociologia del diritto*, in *Riv. intern. fil. dir.*, II, 1922, 96 ss. Essa viene discussa, ad esempio, in V. RAGUSA, *La giurisprudenza come fonte di diritto*, in *Riv. intern. fil. dir.*, 1924, 418 ss.