

FUNZIONE ECONOMICA E STRUTTURA GIURIDICA NELL'OPERA DI TULLIO ASCARELLI

Francesco D'Urso*

Abstract. Nell'opera di Tullio Ascarelli 'funzione' e 'struttura' sono i termini di riferimento indispensabili onde comprendere e affrontare le contrapposizioni insite nella fisiologica composizione dell'esperienza giuridica: attorno ad essi è possibile ricostruire il profondo significato delle varie dicotomie presenti nei suoi scritti. Storia e coscienza, creatività e continuità, consuetudine e legge, specialità e generalità, rappresentano, in definitiva, le varianti semantiche di una realtà duale che è compito del giurista ricomporre e unificare.

Del resto, solamente preservando e alimentando tale dinamismo è possibile garantire l'effettiva attuazione del necessario e intimo collegamento tra la *societas* e lo *ius*, la solidissima base e l'irrinunciabile sostentamento di un diritto che si possa autenticamente definire come vivente.

1.

La perenne dialettica tra funzione economica e struttura giuridica è uno dei temi principali che attraversa, diametralmente, l'ampio e profondo percorso scientifico di Tullio Ascarelli¹. L'interesse per la costante e non sempre pacifica compenetrazione tra la fluidità delle trasformazioni sociali – a cui afferisce il concetto di 'funzione' – e la rigidità degli istituti del diritto – a cui è correlata la nozione di 'struttura' – costituisce il perno attorno al quale ruotano gran parte delle vaste e varieguate tematiche ascarelliane.

* Università degli Studi di Napoli Federico II.

¹ Un'esaustiva ed approfondita ricostruzione bio-bibliografica dell'Autore è già stata autorevolmente compiuta negli *Scritti in memoria di Tullio Ascarelli*. Ad essa si rimanda, in particolare citando F. MESSINEO, *Tullio Ascarelli*, in: *Scritti in memoria di Tullio Ascarelli*, I, Milano, 1969, pp. LV-LXX; A. ASQUINI, *Il pensiero giuridico di Tullio Ascarelli*, in: *Scritti in memoria di Tullio Ascarelli*, cit., pp. LXXI-LXXXV; N. BOBBIO, *L'itinerario di Tullio Ascarelli*, in: *Scritti in memoria di Tullio Ascarelli*, cit., pp. LXXXVI- CXXXIX; G. FERRI, *Il pensiero giuridico di Tullio Ascarelli*, in: *Scritti in memoria di Tullio Ascarelli*, cit., CXL- CLVI.

'Funzione' e 'struttura' sono, in un certo senso, i termini di riferimento onde comprendere e affrontare le altre contrapposizioni insite nella fisiologica composizione dell'esperienza giuridica. Storia e coscienza, creatività e continuità – luoghi familiari nel linguaggio di Ascarelli – diventano, così, le varianti semantiche di una realtà duale che è compito del giurista ricomporre e unificare. Una sintesi, quella proposta, che non può prescindere dall'uso di preziosi strumenti logico-conoscitivi, che non può non giovare del compimento di indispensabili processi storici e che, in ultimo, non può non servirsi dell'introduzione di fondamentali costruzioni teoretiche. Se, infatti, l'interpretazione e la comparazione forniscono allo studioso le soluzioni 'intrasistemiche' e 'intersistemiche' per l'individuazione e la formazione della norma, è soltanto con la sovrapposizione specialità/generalità che è possibile realizzare, all'interno di qualsiasi ordinamento, l'ineluttabile evoluzione dei suoi principi e delle sue regole.

2.

Nella visione di Ascarelli, dunque, *"il contrasto tra la struttura e la funzione reale di un istituto è, a rigore, sempre presente [...]. Ma questo contrasto acquista un particolare rilievo, quando la funzione [...] che è propria dell'istituto nella realtà sociale, è diversa da quella che tipicamente gli corrisponde secondo la sua struttura"*².

Si afferma, in altre parole, la presenza di una naturale distanza tra 'funzione' e 'struttura' che non è necessariamente figlia di una evoluzione storica, di una temporalità sempre in moto, ma è – da un punto di vista sincronico – presente già nel *saltum* che la generalità e l'astrattezza della 'struttura' compiono nella 'particolarità' e nella 'concretezza' della 'funzione'. Lo scorrere del tempo accentua, verticalmente, un divario che già sussiste orizzontalmente, una scollatura che è intimamente connessa alla dialettica di qualsiasi sistema economico-giuridico³.

² T. ASCARELLI, *Funzioni economiche e istituti giuridici*, in : Id., *Saggi giuridici*, Milano, 1949, p. 86.

³ In verità, è bene chiarire che questo carattere sussidiario e accidentale dell'elemento storico sussiste qualora si consideri l'istituto giuridico all'interno di un ordinamento giuridico, giammai la singola norma estrapolata dal sistema normativo d'appartenenza. In questo secondo caso, invece, il discorso potrebbe addirittura essere ribaltato. In uno dei suoi ultimi scritti, infatti, Ascarelli afferma: *"La norma giuridica riposa comunque sempre su valutazioni; è norma*

Ogni sistema giuridico, infatti, è pur sempre "uno schema tramandato [...] che si contrappone ad una realtà incessantemente mutevole"⁴. Esiste, perciò, una naturale tensione "tra qualunque sistema giuridico dato" e la realtà sociale nella quale esso si innesta⁵; e, conseguentemente, tra un siffatto sistema e "la sua effettiva applicazione" nonché, in ultimo, "tra la struttura e la funzione tipica di un istituto, da un lato, e la sua funzione reale effettiva, dall'altro"⁶.

Ciò che, insomma, Ascarelli vuole sottolineare è una certa complementarità tra il mezzo giuridico che la struttura necessariamente incarna e l'interesse economico che la funzione inevitabilmente persegue⁷. Una complessa ambivalenza, dunque, che egli non esita a definire come una sorta di 'fungibilità': "dello strumento giuridico in relazione al fine economico" nonché, viceversa, "del fine economico in relazione agli strumenti giuridici"⁸.

La correlazione tra la struttura e la funzione viene posta dal giurista lungo un preciso orizzonte teorico nel quale è possibile fondere tanto la

d'azione, sempre intesa ad un operare; non v'è quindi mai a rigore "contrasto" tra "norma giuridica" e "fatto" economico dato, quali dati contrapposti, né mai un problema di diretta adeguazione della norma al fatto. Il problema è invece quello della relazione tra una norma storicamente posta, e le valutazioni e volizioni attuali". T. ASCARELLI, Norma giuridica e realtà sociale, in: ID., Problemi giuridici, I, Milano, 1959, p. 70.

⁴ T. ASCARELLI, *Funzioni economiche e istituti giuridici*, cit., p. 84.

⁵ *Ibid.*

⁶ *Ibid.*

⁷ Scrive, sul punto Massimo Meroni: "L'attenzione di Ascarelli [...] si appuntò in particolare sui nuovi problemi, sull'emergere, in seguito allo sviluppo economico, di nuove questioni giuridiche, che egli affrontò con la piena consapevolezza della complessità dei rapporti tra struttura economica e regolamentazione giuridica". M. MERONI, *La teoria dell'interpretazione di Tullio Ascarelli*, Milano, 1989, p. 3.

⁸ T. ASCARELLI, *Premesse allo studio del diritto comparato*, in: ID., *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano, 1952, p. 12. "I rapporti tra diritto ed economia – osserva Giuseppe Ferri – sono per Tullio Ascarelli rapporti di interdipendenza. Non soltanto il sistema economico con i suoi interessi e con le sue strutture impronta di sé il sistema giuridico, ma anche il sistema giuridico inevitabilmente influenza, e in determinate situazioni, deve influenzare il sistema economico. Come nel campo del diritto Ascarelli non crede al diritto naturale, così nel campo dell'economia Ascarelli non crede alla esistenza di leggi naturali dirette a regolare automaticamente il processo economico". T. ASCARELLI, *Funzioni economiche e istituti giuridici*, cit., p. CLI.

conflittualità sostenuta da uno studioso come Pietro Bonfante, quanto il susseguirsi di 'permanenze' e 'adattamenti' delineato nella dottrina giuridica da un autore come Oliver Wendell Holmes⁹.

A riguardo, occorre aggiungere che il richiamo al linguaggio, ai concetti, alle categorie ermeneutiche e al lessico proprio non solo del realismo giuridico, ma anche e soprattutto del pragmatismo e dell'istituzionalismo americano non si esaurisce in qualche sintetica e sporadica citazione¹⁰.

Se, in primo luogo, infatti, egli afferma che "ogni istituto giuridico può essere anche concepito come un'opera di ingegneria" – rievocando così un'immagine inconfondibilmente poundiana¹¹ – in secondo luogo Ascarelli ritiene che la società non può che fondarsi "su una serie di credenze, su una religione – usando questa parola nel senso più vasto – che rende venerabili le istituzioni e correntemente accettate credenze e giudizi di valore che a loro volta trovano la loro espressione in corrispettivi istituti e in corrispondenti norme giuridiche"¹².

Pertanto, quando si parla di 'sistema giuridico' bisogna pensare sempre ad una "opera collettiva", prodotta dalla convergenza tra "vecchie abitudini e nuovi orientamenti", che travalica i confini

⁹ *Ivi*, p. 86. Il richiamo ad Holmes è piuttosto frequente in molti saggi di Ascarelli. Qui ci limitiamo a rammentare un ulteriore e significativo passaggio: "Questa rigorosa unitarietà, questa riducibilità ad una serie di principi compatibili, non costituisce tuttavia un dato del sistema (nemmeno nella più perfetta delle codificazioni) che altrimenti questo sarebbe fuori dalla storia. Le norme vengono poste in relazione alle esigenze (e il termine viene da me inteso nel senso più largo) della vita consociata e non in via di sviluppo logico da assiomi prestabiliti; la loro spiegazione si ritrova sul terreno della storia e non su quello dell'armonia logica. La pagina con la quale Holmes inizia il suo celebre volume sulla Common Law esprime – né potrebbe essere diversamente – un dato proprio di ogni diritto e non una caratteristica peculiare del solo diritto anglosassone". T. ASCARELLI, *Interpretazione del diritto e studio del diritto comparato*, in: *Id.*, *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1955, p. 482.

¹⁰ Tra i più significativi, si segnala questo passaggio: "Ogni diritto poggia su una serie di premesse che direi implicite, generalmente non dichiarate; ogni interprete fa capo a una serie di premesse implicite [...] generalmente non dichiarate e, a volte, incoscienti; fenomeni economici, abitudini sociali, orientamenti di pensiero". T. ASCARELLI, *Interpretazione del diritto*, cit., p. 504.

¹¹ T. ASCARELLI, *Funzioni economiche e istituti giuridici*, cit., p. 87.

¹² *Ivi*, p. 86.

dell'esperienza del diritto per affondare le sue radici all'interno del più ampio e fecondo terreno dell'esperienza umana¹³.

In questo modo è più semplice capire come *"la formazione spontanea e consuetudinaria precede, a volte, la formulazione legislativa"*, ma soprattutto come, in talune circostanze, sia la stessa *"manifestazione legislativa, sebbene dapprima contrastata o negata"* a trasformarsi *"col tempo in abito e costume"* cosicché occorre identificare, in ogni sistema legislativo, quegli *"elementi che generalmente osservati e quasi naturalmente seguiti, finiscono per avere un'impronta consuetudinaria e elementi che invece possono dirsi più nitidamente legislativi"*¹⁴.

Ascarelli, in tale frangente, si mostra prudente e, al tempo stesso, originale nell'analisi del rapporto consuetudine-legge: se, da un lato, ha cura di preservare il valore della prima senza svuotare il significato della seconda, dall'altro egli scopre una biunivocità logico-temporale tra le due figure. Accanto, infatti, al tradizionale schema storico-dogmatico che vede la consuetudine come un momento germinale dell'esperienza giuridica e la legge come il suo consolidamento – o anche come un suo superamento – Ascarelli ipotizza che, talvolta, sia la legge imposta 'dall'alto' ad innescare un processo consuetudinario, a contribuire alla formazione di *topoi* giuridici che trasformano le modalità di percezione e le condizioni di pensabilità stessa dell'intera universalità del diritto.

In verità, tuttavia, tale lettura si mostra assai più sensibile ad un altro e non secondario aspetto che preme al giurista approfondire, ossia alla divaricazione che può aprirsi tra lo schema formalistico della norma e il naturale sviluppo della realtà sociale, la cui spia non può che ravvisarsi nella separazione o contrasto tra struttura e funzione¹⁵. Una separazione, questa, che rischia di spezzare quell'argine che racchiude, dialetticamente, le opposte ma contigue esigenze di elasticità e rigidità dell'ordinamento giuridico, quel bidimensionale e necessario processo di creatività e continuità che caratterizza stabilmente l'evolversi dell'esperienza del diritto nel suo complesso¹⁶.

¹³ *Ivi*, p. 84.

¹⁴ *Ivi*, p. 85.

¹⁵ *Ivi*, p. 86.

¹⁶ *Ivi*, p. 89. Scrive sul punto ancora Ferri: *"L'ordinamento giuridico non è quindi, secondo Ascarelli, un dato ma un processo, cioè un sistema in continuo divenire, e ciò in un duplice senso. Nel senso anzitutto che la norma, cioè l'ordine dato, acquista una sua efficacia soltanto attraverso l'interpretazione e l'applicazione concreta [...] Nel senso, in secondo luogo, che alla fissità della disciplina normativa contenuta nella parte dispositiva della norma corrisponde il*

Il diritto, secondo Ascarelli, non costituisce *"il solo sistema di norme sociali"*, né è tanto meno il depositario della *"unica tecnica di disciplina delle relazioni umane"*: esso incarna certamente *"un sistema di norme"*, ma è pur tuttavia soltanto *"una tra le tecniche di disciplina delle relazioni umane"*¹⁷.

Tale impostazione, sebbene apparentemente meno radicale di quella romaniana, perché non estende l'attributo della 'giuridicità' a qualunque ordinamento e a qualsiasi forma di organizzazione sociale, in realtà ridimensiona in maniera assai netta la sfera d'influenza e il campo di applicazione del diritto nell'ambito della vita associata.

Seppur costantemente presente, infatti, *"nei vari paesi e nei vari momenti"*, appare sempre con diverse prassi e differenti implicazioni la serie di limiti che dividono il campo delle norme sociali da quello delle norme di diritto, territori, ambiti e settori che non possono essere assoggettati *"alla disciplina del diritto positivo"*, frontiere e barriere variamente valicabili che ci consentono, tuttavia, di individuare distintamente l'area del *"diritto legalmente vigente"* e quella del *"diritto socialmente osservato"*¹⁸.

"Il diritto", in tal senso, appare ad Ascarelli *"tradizionalmente cosciente della inopportunità di varcare certi limiti"* tanto da porsi autarchicamente un termine 'oggettivo' al suo 'fare', un'implicita 'sospensione' volta a riaffermare quel confine mobile tra la giuridicità e la socialità che, come tra terra e mare, è fisiologicamente attraversato dall'intervallarsi di onde e risacche, ma più raramente e pericolosamente abbattuto o eluso dal patologico alternarsi di inondazioni e secche¹⁹.

3.

Ma i binomi funzione-struttura, creatività-continuità, diritto-società, non costituiscono le uniche coppie concettuali contrapposte e complementari che Ascarelli individua. La lacerazione più profonda, forse, risiede in un ulteriore 'luogo' della riflessione umana che oltrepassa il recinto della meditazione giuridica ma che ha in essa uno dei campi di battaglia più aspri e cruenti. Ci riferiamo, cioè, a quello che

continuo modificarsi della realtà sociale e cioè il variare della fattispecie, dell'elemento di previsione della norma stessa". G. FERRI, Il pensiero giuridico di Tullio Ascarelli, cit., p. CXLVII.

¹⁷ T. ASCARELLI, *Funzioni economiche e istituti giuridici*, cit., pp. 89-90.

¹⁸ *Ivi*, pp. 91-92 e 107.

¹⁹ *Ivi*, p. 93.

il giurista romano definisce come il conflitto tra 'coscienza' e 'storia'. Un conflitto che può essere agevolmente traslitterato nel linguaggio del diritto mediante la dicotomia-madre *ius positivum/ius naturale*.

Nella prospettiva ascarelliana, infatti, la norma storicamente dettata – espressione minima della visione giuspositivistica – deve trovare stabilmente giustificazione di fronte alla coscienza individuale – baluardo meta-fisico e meta-temporale della dimensione giusnaturalistica – che si richiama incessantemente ad un *absolutum* giuridico che sente come vero e proprio comando²⁰.

La "drammaticità della vita umana" – scrive Ascarelli – e "in via definitiva, la sua libertà, sta proprio in questa perenne presenza di una norma positiva storicamente determinata e umanamente sanzionata, seppur sempre soggetta a valutazione, di fronte ad una diversa istanza operosa nella coscienza del singolo"²¹. Un singolo il cui sforzo è quello di realizzare un ordine conforme alla propria coscienza tale che la storia possa essere configurata nell'immaginario ascarelliano come una forza di continua creazione e costante adeguamento della singolarità alla pluralità; e il tempo, di contro, come la fonte dell'endemico contrasto tra ordinamento e realtà²². Ma qui, diversamente dalla relazione legge-consuetudine, non c'è biunivocità, ma l'imminente tracciatura di un vettore orientato dall'individuo al tutto, dal particolare all'universale, da una soggettività auto-referenziale ad una oggettività condivisa. L'*actio* giuridica, in altre parole, è sempre mossa da un'istanza singolare e concreta che, pur rivendicando autonomia e libertà di scelta, deve andare pur sempre a confluire nei gangli di un processo di oggettivazione che possa garantire la sua effettiva legittimazione e il suo sostanziale riconoscimento.

Quello tra coscienza e storia diviene, così, una frattura che "perennemente si propone e precisamente si compone"²³. Si propone e si compone perché "i diversi motivi non rappresentano contrapposte entità di una antinomia manichea", ma sono piuttosto "astrazioni dei momenti di un continuo sviluppo"²⁴. Tra la *lex* e lo *ius*, tra la norma stessa e la sua medesima valutazione vige, secondo Ascarelli, quella tensione dialettica che si svolge lungo i due poli del "contrasto

²⁰ T. ASCARELLI, *Antigone e Porzia*, in: ID., *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, p. 6.

²¹ *Ivi*, p. 8.

²² T. ASCARELLI, *Funzioni economiche e istituti giuridici*, cit., p. 93.

²³ T. ASCARELLI, *Antigone e Porzia*, cit., p. 15.

²⁴ *Ibid.*

rivoluzionario" e del *"riformismo interpretativo"*, due estremità ideologiche che trovano la loro manifestazione in due immagini figurative: il *"trionfante sacrificio di Antigone"* e *"la sottile [...] abilità di Porzia"*²⁵.

Antigone e Porzia, nel conciso ma suggestivo omonimo saggio ascarelliano, incarnano rispettivamente l'intransigente affermazione di una verità etica e l'accorato interesse al superamento di una insostenibile *epochè*, l'eroico rifiuto di piegarsi all'*ordo iuris* della realtà contingente - spinto sino a trovare la sua fine e il suo fine nella morte - e l'ostinata ricerca di una mediazione che conduca alla pacifica coesistenza di forma e sostanza in un diritto più che mai 'vivente'.

4.

Attraverso la figura del personaggio shakespeariano Ascarelli innalza, come in nessun altro scritto della sua pur copiosissima produzione scientifica, l'interpretazione a strumento-chiave per lo scardinamento dell'antitesi fra coscienza e storia²⁶. Essa costituisce il primo e principale rimedio di cui il giurista è in possesso onde conciliare la staticità del sistema giuridico e la dinamicità della vita economico-sociale. L'interpretazione, invero, offre l'opportunità di preservare la validità formale della 'struttura' e, a un tempo, di decretare, laddove ciò risulti necessario e ineluttabile, il superamento sostanziale del suo contenuto originario nonché la definizione della sua nuova 'funzione'.

Alla base della concezione ascarelliana c'è, in particolare, l'indiscussa convinzione del valore intimamente creativo dell'attività interpretativa²⁷. Il suo esercizio, infatti, consiste *"in un continuo adattamento e rinnovamento degli schemi ai quali ricorre nella valutazione della realtà"*,

²⁵ *Ibid.*

²⁶ Sul tema dell'interpretazione scrive ancora Meroni: *"Chi si accosti al complesso della sua produzione, anche a partire dai saggi apparentemente più tecnici, si rende ben presto conto, del resto, della presenza costante nella riflessione ascarelliana di alcuni temi, che di gran lunga travalicano i confini tradizionali delle materie, e del convergere dei suoi interessi attorno ad una questione centrale: quella dell'interpretazione del diritto"*. M. MERONI, *La teoria dell'interpretazione di Tullio Ascarelli*, cit., p. 5.

²⁷ Quello di Ascarelli, secondo il laconico giudizio di Antonio De Gennaro, deve essere considerato come *"il più radicale tentativo di una concezione storicistica o creativa dell'interpretazione giuridica"*. A. DE GENNARO, *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, Milano, 1974, p. 575.

benché questa appaia pur sempre "schematica e astratta"²⁸. La funzione creativa dell'interpretazione non si esaurisce, perciò, nella risoluzione del caso concreto, nella kelseniana apposizione della norma materiale all'interno di una strutturazione gerarchicamente chiusa, ma si propone a sua volta come nuovo principio e come 'regola generale'²⁹. L'interprete, in altri termini, "è creatore del diritto non in quanto applica il diritto al caso concreto", ma piuttosto perché "ai fini di questa applicazione" pone in essere una vera e propria "norma generale"³⁰.

²⁸ T. ASCARELLI, *L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione*, in ID., *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, cit., p. 185.

²⁹ Ascarelli ha sempre dedicato particolare importanza agli scritti kelseniani. Il giurista praghese, anzi, sembra costituire un termine di confronto costante nonché un interlocutore privilegiato. Sebbene, il più delle volte, il suo richiamo appaia assai critico, traspare talvolta una certa convergenza con molti aspetti della dottrina kelseniana in tema di interpretazione. Emblematico, a riguardo, ci sembra un breve passaggio sulla questione delle lacune in cui egli sottolinea la medesima complementarietà, colta da Kelsen, con quella dell'interpretazione. Egli così si esprime: "Dogmaticamente non sono da un lato ammissibili lacune, dall'altro la funzione dell'interprete si presenta sempre e necessariamente dichiarativa. [...] Storicamente tuttavia è facile notare come, in realtà, l'interprete [...] cooperi nell'evoluzione del diritto. Qualunque interpretazione non è mai, a rigore, esclusivamente dichiarativa. [...] La lacunosità di qualunque sistema giuridico è sempre una conseguenza della concretezza e mutevolezza della vita in contrasto con la necessaria astrattezza e fissità di un qualsiasi corpus juris. Rifiutando nello sviluppo del diritto il concorso dell'interpretazione, si provoca ora un'eccessiva rigidità, ora una inflazione legislativa, il cui risultato è una continua, eppur necessariamente sempre insufficiente, produzione di leggi instabili, che finisce col minare la "certezza" giuridica, e lo stesso senso di legalità; coll'invadere il campo del potere giudiziario, attraverso continue norme interpretative". T. ASCARELLI, *L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione*, cit., pp. 184-186.

In verità, come affiora dalla ricostruzione di Meroni, possiamo distinguere una prima fase di sostanziale aderenza alla visione kelseniana dell'interpretazione; una seconda, invece, nella quale Ascarelli, sotto l'influenza della teoresi di Max Ascoli, abbandona la posizione degli esordi considerando la norma interpretata pur sempre generale e tipizzata; sul punto cfr. M. MERONI, *La teoria dell'interpretazione di Tullio Ascarelli*, cit., pp. 197 ss.

³⁰ T. ASCARELLI, *Interpretazione del diritto*, cit., p. 485. Inoltre, Ascarelli rifiuta anche l'idea che sia possibile legare la norma interpretativa, in maniera chiara

Nell'opera di Ascarelli, in fondo, il procedimento interpretativo, da un punto di vista meramente tecnico, non viene, forse, né chiaramente definito né pienamente costruito³¹. Ciò che comunque appare evidente è la negazione di un suo presunto carattere meramente deduttivo³²; tale argomento viene avvalorato, per un verso, da un suo generico e colto richiamo all'*esprit de finesse*, ma soprattutto da una certa derivazione crociana della sua impostazione di fondo che, del resto, influenza anche il suo storicismo, critico nei confronti del positivismo ottocentesco ancora dominante nella scienza giuridica del XIX secolo e, al tempo stesso, poco incline ad accogliere qualsiasi generica soluzione giusnaturalistica³³.

ed univoca, ad una presupposta norma superiore di riferimento. Rispetto, ancora una volta, a Kelsen, quindi, si evince il tentativo di apporre dei confini meno rigidi all'attività interpretativa non soltanto a 'valle' – ossia decretandone il suo carattere creativo e indipendente – ma anche a 'monte' – cioè rendendo l'interpretazione maggiormente libera ed autonoma da un richiamo normativo definito e certo. Sul punto cfr. M. MERONI, *La teoria dell'interpretazione di Tullio Ascarelli*, cit., p. 202.

³¹ Scrive, a riguardo, Alberto Asquini: *"Il problema centrale, che Ascarelli affronta, non è quello del miglior metodo interpretativo, ma quello della natura dell'interpretazione come attività di sviluppo storico del diritto interno [...] Il compito del giurista è quindi quello di valutare normativamente la realtà e cioè da un lato di ordinare il corpus iuris a sistema coerente, dall'altro ordinare la realtà sociale in funzione delle regulae iuris"*. A. ASQUINI, *Il pensiero giuridico di Tullio Ascarelli*, cit., p. LXXX.

³² In uno degli scritti giovanili (T. ASCARELLI, *Il problema delle lacune e l'art. 3 disp. prel. cod. civ. nel diritto privato*, ora in : ID., *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, cit., pp. 209-243) Ascarelli distingue nettamente un'impostazione di tipo dogmatico da una di tipo storicista. Tale dualità che, in verità, permane come visto in larga parte della sua produzione scientifica, in questa prima fase si traduce in una vera e propria scissione tra i due punti di vista – quello esegetico-dogmatico e quello storico-filosofico – che gli consente di tenere in vita, seppur separatamente, i due approcci. A riguardo dice ancora Meroni: *"La soluzione alla quale Ascarelli approda è quindi quella di una doppia verità, con la distinzione dal punto di vista dogmatico, proprio dei giuristi, da punto di vista storico e filosofico"*. M. MERONI, *La teoria dell'interpretazione di Tullio Ascarelli*, cit., p. 16.

³³ Di Croce in particolare sembra riemergere, nella costruzione ascarelliana, un passaggio centrale della nota *Riduzione* concernente la funzione di armonizzazione tra norma astratta e realtà sociale: *"Il procedimento astrattivo e*

Nella visione ascarelliana, difatti, la storicità del diritto, all'interno dell'interpretazione, determina tre fondamentali 'preclusioni'.

In primis, essa impedisce l'affermazione di un carattere puramente "storiografico dell'interpretazione", facendo di quest'ultima "un momento interno di sviluppo dello stesso diritto, un momento della sua storia, perciò non riducibile ad attività meramente teoretica"³⁴.

In secundis, rompe la presunta identità tra 'interpretazione' – attività "intesa ai fini dell'applicazione" – e 'ricerca' – attività, invece, "intesa a comprendere il mondo della natura" – evitando così la contrapposizione tra un sistema normativo giusnaturalisticamente considerato come "completo e operante indipendentemente dalle nostre conoscenze" e un *ars interpretandi* collocata erroneamente al di fuori del processo formativo e costitutivo del diritto³⁵.

In ultimo, il carattere storico del diritto elude l'altra e non meno pericolosa identificazione tra l'interpretazione e il ragionamento

generalizzante, se ha il suo indubbio vantaggio, ha, d'altra parte, i suoi pericoli; donde quel continuo lavoro del rimettere in armonia le leggi astratte coi bisogni della realtà sociale, che è vita effettuale del diritto. Non s'intende perciò come possa più volte essersi manifestato un movimento per riformare radicalmente la giurisprudenza, riportandola, come si dice, alla sua base sociale: questo riportamento e rinnovamento è, appunto, il compito che la giurisprudenza prosegue ed ha sempre proseguito, con le sue interpretazioni, le sue estensioni, le sue finzioni giuridiche, o con le proposte di esplicite riforme". B. CROCE, *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia. Memoria letta all'Accademia pontaniana nelle tornate dei 21 aprile e 5 maggio 1907 dal socio Benedetto Croce*, Napoli, 1907, p. 42.

Seguendo, quindi, l'analisi di De Gennaro, ci si accorge di come – a parere di Ascarelli – la "filosofia del diritto di ispirazione idealistica [...] aveva definitivamente messo in luce il carattere irrimediabilmente "astratto" della norma giuridica. Quest'ultima era infatti una norma meramente "generale", cioè né universale né individuale, e pertanto costitutivamente incapace di regolare il caso concreto". A. DE GENNARO, *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, cit., p. 585.

Sull'influsso crociano nella trattazione ascarelliana del tema dell'interpretazione cfr. N. BOBBIO, *Tullio Ascarelli*, in: ID., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Roma-Bari, 2007, pp. 193 ss; M. MERONI, *La teoria dell'interpretazione di Tullio Ascarelli*, cit., pp. 193 ss.

³⁴ T. ASCARELLI, *Interpretazione del diritto*, cit., p. 486.

³⁵ *Ibid.*

matematico, ossia la riduzione dell'ermeneutica giuridica a semplice e arido procedimento deduttivo³⁶.

Il giurista, tornando alla sua analisi, distingue, poi, l'interpretazione da altri due procedimenti che egli definisce 'tipizzazione di un caso' e 'utilizzazione dell'istituto'.

Se, infatti, l'interpretazione si sostanzia in una "ricostruzione della norma che è pur sempre un suo sviluppo", dal momento che il concetto di norma non esaurisce la sua portata nella generalità e nell'astrattezza della sua formulazione logico-grammaticale, la tipizzazione di un caso consiste in un passaggio ulteriore e successivo, ossia nella "fissazione implicita di un precedente", nell'elevazione di una fattispecie concreta a modello generale di riferimento³⁷. Un processo, questo, che Ascarelli approfondisce nell'affrontare il più ampio e complesso fenomeno della trasformazione del diritto speciale³⁸.

Emerge, in tale trattazione, la maniera in cui la specialità del diritto, percorso preferenziale per l'affermazione di nuovi principi e nuovi valori, si manifesti con un duplice volto: in primo luogo, adoperando lo strumento della legge per proporre in forma ipotetica e astratta una rinnovata concezione di un singolo aspetto o di un intero ramo della disciplina giuridica; in secondo luogo, utilizzando il prodotto dell'attività interpretativa per sostenere, mediante la interlineatura di un caso concreto e particolare, la metamorfosi semantica di una determinata norma. Emblema di questo secondo itinerario è, senza dubbio, quella 'soluzione equitativa' che Ascarelli delinea attraverso un rigoroso e

³⁶ *Ibid.* "La tesi dell'interpretazione mero specchio del dato interpretato – aggiunge Ascarelli – anziché strumento dello sviluppo di questo, si riporta pur sempre alla posizione di un diritto immediatamente dato e operante in forza della volontà divina o della natura delle cose, e del quale quindi dovremmo acquistare conoscenza, in contrasto con la tesi di un diritto frutto umano della storia nei suoi diversi e contrastanti orientamenti, diritto che siamo chiamati ad applicare e che non potrà essere che tale quale lo intendiamo". T. ASCARELLI, *Interpretazione del diritto*, cit., p. 487.

³⁷ T. ASCARELLI, *Funzioni economiche e istituti giuridici*, cit., p. 88. "Comunque – precisa ancora Asquini – l'anticoncettualismo per Ascarelli non significa affatto abbandono impossibile dei concetti giuridici nell'applicazione del diritto; significa invece consapevolezza critica della portata dei concetti giuridici e dei problemi sociali in relazione ai quali vanno intesi". A. ASQUINI, *Il pensiero giuridico di Tullio Ascarelli*, cit., p. LXXXI.

³⁸ T. ASCARELLI, *Funzioni economiche e istituti giuridici*, cit., pp. 88-89.

puntuale richiamo all'*equity* dei sistemi di *common law*³⁹. "La soluzione "equitativa" del caso singolo – scrive per l'appunto il giurista – rappresenta in realtà l'affermazione, in un caso particolare, di nuove valutazioni di carattere generale e l'equità, piuttosto che come giustizia del caso concreto, si presenta come l'attestazione, in un caso specifico, di un nuovo principio, che è, tuttavia, tipico e tende, a sua volta, a trasformarsi in generale"⁴⁰.

Il giudizio d'equità, dunque, non costituisce la mera diagnosi del singolo caso, il procedimento escatologico che ripone il suo *telos* nella materialità del quotidiano e del presente, bensì il presupposto per l'affermazione di un fondamento assolutamente generale. Lungi dal rinchiudersi nell'estemporanea e accidentale risoluzione del 'particolare', l'equità va considerata, in conclusione, "come reale affermazione di nuove norme" che, malgrado siano semplicisticamente definite come "equitative in contrapposizione a quelle tradizionali", si presentano "anche esse di carattere generale e finiscono per affermarsi come tali nello sviluppo storico del diritto"⁴¹.

L'interpretazione, in tale ottica, non si riduce ad una chiusura sul fatto e sulla sua specificità, bensì si presenta come un'apertura verso il diritto, inteso questo nella sua dimensione oggettiva e universale.

In ultimo, poi, l'utilizzazione dell'istituto precostituito – conservativo sul piano formale e innovativo sul piano sostanziale – garantisce al

³⁹ In particolare Ascarelli interpreta il binomio *Common law-equity* come i termini della dialettica costante tra diritto generale e diritto speciale. Emblematica a riguardo è tale sintetica similitudine: "Ius civile e ius honorarium nel diritto romano ci mostrano questa distinzione; common law ed equity nel diritto anglosassone riproducono la dicotomia". T. ASCARELLI, *Sviluppo storico del diritto commerciale e significato dell'unificazione*, in ID., *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1955, p. 8. Inoltre, la loro dualità assume un ruolo privilegiato proprio nelle questioni privatistiche. In merito, infatti, aggiunge: "La distinzione tra common law ed equity perdurante d'altra parte fin dentro il sec. XIX mantiene una dicotomia che assolve una funzione di elasticità nel sistema del diritto privato". *Ivi*, p. 13.

⁴⁰ T. ASCARELLI, *Funzioni economiche e istituti giuridici*, cit., p. 89. L'equità in Ascarelli, secondo Paolo Grossi, "è lo stesso ordinamento giuridico che si proietta verso il futuro, si garantisce un futuro, vive già – in certo modo – il suo futuro". P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, 2000, pp. 145-146.

⁴¹ T. ASCARELLI, *Sviluppo storico del diritto commerciale e significato dell'unificazione*, cit., p. 8.

medesimo *"il suo rinnovamento e il suo sviluppo"* grazie all'intervento, diretto o indiretto, di *"una serie di considerazioni"* dalle quali inevitabilmente traspare *"l'orientamento generale dell'interprete, la sua valutazione e il suo apprezzamento della funzione tipica e di quella effettiva dell'istituto"*⁴².

L'attività interpretativa, in conclusione, si caratterizza per la sua mirabile capacità di modulare la volontà creatrice dell'interprete con la necessità di conservare la temporalità del diritto, di coniugare le rivendicazioni individuali e sociali con l'esigenza di tenere salda l'architrave di un ordinamento esistente, facendo sì che l'azione del singolo e la valutazione del giurista si riflettano senza rischiosi sconfinamenti all'interno del sistema normativo stesso⁴³. Essa, tuttavia, pur non potendo *"mai ridursi a esplicazione"*, non contempla alcuna *"possibilità di controllo sperimentale di veridicità"*: pertanto non può che sostanzarsi nella *"posizione di una norma, il cui criterio di verità sarà costituito dalla sua accettazione come interpretativa"*⁴⁴.

Per realizzare ciò, allora, la tecnica dell'interpretazione può certamente servirsi dei concetti della dogmatica giuridica come strumenti euristici, ma occorre che essi siano sempre accompagnati da un'appropriata, profonda ed attuale conoscenza della funzione degli istituti a cui vengono, di volta in volta, applicati⁴⁵. La costruzione dogmatica trova la sua ragione *"nel costruire lo strumento adeguato per risolvere i nuovi problemi che la vita viene sempre ponendo"*, a patto che essa preservi *"la continuità fra le soluzioni già accettate e quelle proposte per i nuovi problemi"*⁴⁶.

⁴² T. ASCARELLI, *Funzioni economiche e istituti giuridici*, cit., pp. 88-89.

⁴³ Un sistema giuridico che preserva, pur sempre, il carattere dell'unità. *"La portata della soluzione del più piccolo modesto problema – scrive il giurista – può spesso non essere intesa, quando non si tenga presente l'unità del sistema e l'influenza dei suoi principi generali su ogni singola questione"*. T. ASCARELLI, *Premesse allo studio del diritto comparato*, cit., p. 6.

⁴⁴ T. ASCARELLI, *Norma giuridica e realtà sociale*, cit., p. 72.

⁴⁵ T. ASCARELLI, *Funzioni economiche e istituti giuridici*, cit., pp. 86-87.

⁴⁶ T. ASCARELLI, *Premesse allo studio del diritto comparato*, cit., p. 11. Tali concetti, in altre parole, *"costituiscono appunto vettori che traducono generali concezioni – espressione di strutture economiche, tradizioni, speranze – e in forza dei quali l'interprete procede appunto a una formulazione che non è oggettivo riconoscimento di un dato univoco, ma reale posizione di norme secondo un criterio di continuità"*. T. ASCARELLI, *Norma giuridica e realtà sociale*, cit., p. 79.

In particolare, Ascarelli sottolinea l'importanza di quei 'concetti elastici' e quelle 'formule aperte' – come 'buona fede' o 'diligenza media' – al fine di fornire un equilibrato e prudentiale orientamento che consenta all'interprete di verificare costantemente, con le cautele e le guarentigie necessarie, la ragionevolezza del suo procedere argomentativo.

5.

Per compiere, tuttavia, questa analitica divisione tra dogmatica giuridica e visione storicista, che nell'attività interpretativa necessariamente si sovrappongono – talvolta scontrandosi e talvolta fondendosi in un'unica e omogenea concretizzazione – bisogna inevitabilmente ricorrere ad un ulteriore e corrispettivo strumento d'indagine, ossia allo studio comparativistico del diritto⁴⁷.

L'estrema rilevanza del diritto comparato "*nell'interpretazione di ogni singolo diritto*" emerge "*vuoi in relazione a quell'ordinamento tipologico della realtà che costituisce strumento dell'attività creativa dell'interprete vuoi in relazione ai diversi principi che, quasi vettori, guidano l'interprete nel riordinamento delle norme date*", ovvero nella posizione "*di nuove norme in continuità con quelle date*"⁴⁸.

Quando Ascarelli parla di diritto comparato, in verità, non fa riferimento ad un 'diritto' in sé e per sé, ma piuttosto ad un 'metodo'⁴⁹. Pertanto è più opportuno ed utile riferirsi ad un'idea di metodo

⁴⁷ Sull'intersezione tra vocazione storicista, sensibilità comparativista ed interesse per l'interpretazione cfr. P. GROSSI, *Le aporie dell'assolutismo giuridico (Ripensare, oggi, la lezione metodologica di Tullio Ascarelli)*, in: ID., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, 1998, pp. 331 e ss.; I. STOLZI, *L'ordine corporativo. Poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista*, Milano, 2007, pp. 323 ss.

⁴⁸ T. ASCARELLI, *Interpretazione del diritto*, cit., p. 503.

⁴⁹ "*Per Ascarelli – scrive Francesco Messineo – la ricerca comparatistica è un particolare modo di essere della ricerca storico-giuridica; ma, mentre la consueta ricerca storica assume ad oggetto la successione cronologica dei vari ordinamenti (o sistemi) giuridici, la ricerca comparatistica è storia della pluralità dei sistemi contemporanei, sì che il diritto comparato è la storia – storia interna – di tutti i diritti contemporanei*". F. MESSINEO, *Tullio Ascarelli*, cit., p. LXII. Più sinteticamente ma con eguale efficacia si esprime, nondimeno, Norberto Bobbio: "*Il diritto comparato era nello spazio quel che lo studio della storia del diritto era nel tempo*". N. BOBBIO, *Tullio Ascarelli*, cit., p. 210.

comparativo che consenta all'osservatore di distinguere, limpidamente, gli elementi storici del fenomeno giuridico dai concetti di logica pura ad esso ascrivibili⁵⁰.

La comparazione giuridica, lungi dal ridursi ad una "semplice giustapposizione di norme", non può che intendersi "come una reale comparazione di diritti, intesi nella loro pratica applicazione e nella tecnica del loro sviluppo interpretativo", incluse le loro premesse inesprese, "così naturali da venire sottintese o da essere incoscienti"⁵¹: essa, allora, rappresenta un effettivo e significativo "allargamento della nostra esperienza nello spazio, analogo" – per contrasto – "a quella che la storia del diritto offre nel tempo"⁵².

Detto diversamente, l'indagine del giurista deve essere sorretta dalla sua capacità di cogliere non soltanto le norme formalmente in vigore in una più o meno ampia serie di ordinamenti giuridici osservati, ma anche, e soprattutto, a quel coacervo normativo derivante dall'attività giurisprudenziale, dall'autonomia dei privati nonché dalla ricezione che la dottrina compie, sia in termini di principio che in termini di contenuto, nei medesimi contesti analizzati⁵³. Tale operazione, seguendo ancora le parole di Ascarelli, può essere inoltre considerata come il nucleo centrale e "la parte più viva" della stessa sociologia giuridica⁵⁴.

A fondamento di qualunque analisi comparativista, quindi, esisterebbe un "concetto classificatore", una forma a priori, un'idea trascendentale che potremmo sinteticamente definire con la locuzione

⁵⁰ T. ASCARELLI, *La funzione del diritto comparato e il nostro sistema di diritto privato*, in: *Annali del seminario giuridico dell'Università di Catania*, III, 1949, pp. 21-22.

⁵¹ T. ASCARELLI, *Osservazioni di diritto comparato privato italo-brasiliano*, in *Id.*, *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, cit., pp. 85-86.

⁵² T. ASCARELLI, *La funzione del diritto comparato e il nostro sistema di diritto privato*, cit, p. 22.

⁵³ M. MERONI, *La teoria dell'interpretazione di Tullio Ascarelli*, cit., p. 178.

⁵⁴ T. ASCARELLI, *La funzione del diritto comparato e il nostro sistema di diritto privato*, cit, p. 22. L'esperienza, in verità, costituisce il predicato fondamentale del diritto comparato. Altrove, infatti, si legge: "Il diritto comparato è sostanzialmente "esperienza"; è esperienza giuridica in un ambito più vasto di quello segnato dalla sovranità dei vari stati. Esso perciò permette a ciascun giurista di essere cosciente della storicità delle proprie categorie". T. ASCARELLI, *Interpretazione del diritto*, cit., p. 503.

'sistema giuridico', nel senso chiarito prima di opera collettiva⁵⁵. "La prima e [...] la massima funzione del diritto comparato", o per meglio dire "dell'accertamento della disciplina giuridicamente vigente fuori da un solo sistema e della sua comparazione - è quella costante di ogni studio", cioè "quella comprensione" e quella "intelligenza che, nell'ambito della comparazione tra diritti di popoli e stati diversi, significa cooperazione e pace"⁵⁶. La comprensione, detto diversamente, costituisce per Ascarelli il presupposto indispensabile, seppur "a volte insufficiente" per l'avvio di un proficuo e regolare processo di conciliazione che fuoriesce dalla cornice della singola comunità giuridica e che risponde alla recondita e remota esigenza di instaurazione di un ordine che un tempo si sarebbe detto 'internazionale' e che oggi, attualizzando il suo discorso e il nostro linguaggio, potremmo indicare con l'attributo 'globale'⁵⁷.

Il diritto comparato o, *rectius*, la sua metodologia di indagine oltrepassa i freddi limiti delle teorizzazioni astratte e del linguaggio tecnico recuperando, dal mondo sommerso della fonetica e intima coscienza giuridica, l'istintuale consapevolezza della "necessaria umanità" e dell'imprescindibile "universalità del diritto"⁵⁸. Un'universalità che, si badi bene, non si fonda sulla realtà 'data' proposta tanto dalla pretesa dottrina dell'economia naturale quanto dalla corrispondente filosofia del diritto naturale, ma altresì si cementa sulla realtà faticosamente 'costruita' dall'azione operosa e solerte di una giurisprudenza ipersensibile, incessantemente rivolta all'osservazione del mutamento sociale e culturale che attraversa ineluttabilmente la nascita, lo sviluppo e la crisi di ogni civiltà umana⁵⁹. In tal senso la "regola socialmente vigente - che nell'interpretazione di un determinato sistema" viene contrapposta *tout court* ad una norma che incarna il suo

⁵⁵ T. ASCARELLI, *La funzione del diritto comparato e il nostro sistema di diritto privato*, cit., p. 23.

⁵⁶ *Ivi*, p. 24.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ T. ASCARELLI, *La funzione del diritto comparato e il nostro sistema di diritto privato*, cit., p. 25.

⁵⁹ Sulla centralità della giurisprudenza e, in particolare, dell'azione processuale nella fase germinale di ogni diritto, Ascarelli avverte che "quando viene a mancare la distinzione giurisdizionale, le discipline autonome tendono a confondersi col diritto generale, il quale tende allora ad accogliere con maggiore facilità i principi da esse elaborati". T. ASCARELLI, *Premesse allo studio del diritto comparato*, cit., p. 16.

medesimo "*criterio di valutazione*" – nel diritto comparato diviene "*oggetto di studio ai fini di rendersi ragione e dell'una e dell'altra*"⁶⁰.

Se, dunque, l'interpretazione sintetizza coscienza e storia concentrando la propria *vis* sulle spalle del singolo, nell'anfratto di una soggettività che va tassativamente indirizzata verso la costruzione di un'oggettività comunemente riconoscibile, la comparazione compie la medesima operazione, ma muovendo da un'angolazione opposta: parte, per così dire, dalla pluralità per raggiungere i lidi di una singolarità altrettanto misurata e fatalmente destinata ad un doveroso adeguamento a quella concretezza che ovunque incarna l'agire giuridico⁶¹. Nel diritto comparato, d'altro canto, "*anche prima di procedere allo studio delle varie soluzioni giuridiche*" e "*alla raccolta ed elaborazione del materiale giuridico*" stesso, "*è necessario identificare esattamente il problema economico o sociale la cui soluzione giuridica si vuole studiare*" onde verificare, sempre e comunque, che il medesimo problema "*può essere diverso o di diversa importanza*" in luoghi differenti o in dissimili contesti⁶².

Di fronte all'inaccettabile appiattimento dell'individuale sull'universale che l'apodittica affermazione di un monolitico e impenetrabile *ordo* naturale genera, il comparativista non può che spazzare via la sterile "*garanzia di un equilibrio economico considerato naturale*" e pensare piuttosto alle "*regole vigenti*", in un dato luogo e in un dato tempo, come ad un elemento di una determinata struttura che, mediante quello sviluppo che solamente il diritto può disegnare, sia in grado di consolidare "*un equilibrio economico non più inteso come divinamente posto né come naturalmente necessario*"⁶³.

⁶⁰ T. ASCARELLI, *Interpretazione del diritto*, cit., p. 508.

⁶¹ Per capire meglio questo tratto profondissimo della visione ascarelliana del diritto bisogna rammentare il fatto che alla base della sua avversione alle teorie gisunaturalistiche – come ci spiega Meroni – vi erano "*anche ragioni per così dire 'interne' alla sua riflessione*" che lo portavano a concepire "*il diritto come prodotto umano, che si sviluppa nella storia per rispondere ai bisogni, agli interessi, alle esigenze etiche degli uomini; frutto della loro volontà, libera e responsabile, sia in sede di posizione legislativa delle norme, sia in sede di interpretazione*". M. MERONI, *La teoria dell'interpretazione di Tullio Ascarelli*, cit., p. 193.

⁶² T. ASCARELLI, *Premesse allo studio del diritto comparato*, cit., p. 39.

⁶³ T. ASCARELLI, *Ordinamento giuridico e processo economico*, in: Id., *Problemi giuridici*, cit., p. 47. Sul tema cfr. B. SORDI, *Ordine e disordine giuridico del*

Il diritto, sostenuto e rinvigorito da questo continuo processo di comparazione, ancor più efficacemente se all'interno di un sistema politico autenticamente democratico, da un lato supera la *traditio* di una "preordinata giustizia materiale" ricollocandosi nel tempo e nella storia, dall'altro certifica il superamento dell'illusorio convincimento in una spontanea autoregolamentazione del sistema economico ponendo piuttosto la base per un legittimo e credibile intervento pubblicistico nello svolgimento della vita economica⁶⁴.

"La disciplina giuridica", del resto, "non costituisce" la "variabile forma" di una costante sostanza" – in un'antitesi che presupporrebbe, appunto, una legalità economica naturale – ma, al contrario, "rappresenta essa stessa elemento della struttura economica i cui effetti e procedimenti sono in funzione delle regole seguite nell'azione e viceversa"⁶⁵. Il compito del giurista, a fronte di ciò, diventa duplice: da un lato, infatti, egli può più agevolmente "accompagnare la traduzione in termini giuridici del problema economico e sociale"; dall'altro, invece, gli è consentito "di cogliere la reale portata economica e sociale del problema giuridico"⁶⁶.

6.

Questa virtuosa commistione di economia e diritto che riduce le distanze tra la rigidità degli istituti giuridici e la fluidità della loro funzione sociale può essere ancor meglio compresa e avvalorata se si discosta lo sguardo dal diritto comparato e lo si riporta al diritto speciale, di cui si è già attentamente detto in tema di interpretazione.

Il diritto speciale, nell'ottica ascarelliana, non si limita a ritagliarsi uno spazio di autonomia all'interno dell'ordinamento giuridico né si arresta

mercato (in margine ad alcuni scritti di Tullio Ascarelli) in: AA.VV., *Ordo iuris. Storia e forme dell'esperienza giuridica*, Milano, 2003, pp. 317-355.

⁶⁴ T. ASCARELLI, *Ordinamento giuridico e processo economico*, cit., p. 47.

⁶⁵ *Ibidem*. Del resto, come sottolinea sempre Bobbio, "che il diritto fosse l'espressione dei rapporti economici non volle mai dire per Ascarelli che il diritto fosse il semplice prodotto del sistema economico [...] L'idea che il diritto non potesse trasformare l'economia era puramente e semplicemente il riflesso di un'ideologia (reazionaria), cioè del desiderio che il diritto non intervenisse a trasformare per il vantaggio di classi diseredate il sistema economico esistente". N. BOBBIO, *Tullio Ascarelli*, cit., p. 219.

⁶⁶ T. ASCARELLI, *Premesse allo studio del diritto comparato*, cit., p. 11.

alla mera manifestazione di una eccezionalità delle sue norme, né ancora si riduce a semplice deroga di una norma generale.

“Col riconoscimento della sua autonomia – scrive Ascarelli – il diritto speciale mira, al contrario, al riconoscimento del valore generale dei suoi principi che acquistano così una nuova e concorrente forza espansiva e si oppongono agli altri su un terreno di eguaglianza”⁶⁷.

“Il diritto speciale”, perciò, “proprio nel compimento di questo titanico sforzo, muore come tale: proprio nel momento del suo maggiore trionfo, ossia quando i principi giuridici da esso elaborati entrano nell’ambito del diritto comune” esso realizza la sua necessaria metamorfosi giuridica⁶⁸. Per questo motivo, i diritti speciali sono *“categorie storiche”* e non *“categorie dogmatiche”* che favoriscono, talora, la formazione di un ordinamento che *“si articola in complessi di norme di generalità via via minore che disciplinano particolari materie e che possono venire a loro volta considerati come ordinamenti giuridici minori e subordinati”⁶⁹.*

Il ragionamento teorico viene suffragato da Ascarelli con una ricca e attenta analisi storica dell’evoluzione del diritto civile, della lenta compenetrazione in esso del diritto commerciale, nonché della successiva dialettica tra il suo contenuto normativo e l’emergere di nuove istanze ed esigenze, soprattutto nell’ambito del diritto del lavoro.

Se, infatti, si osserva l’evoluzione del diritto commerciale e, correlativamente, del diritto di navigazione dall’età comunale sino al XIX secolo, ci si accorge di come determinati istituti giuridici sorti al di fuori della tradizione romanistica – e quindi in contrasto con il diritto comune – abbiano progressivamente eroso l’ordinamento privatistico nel suo complesso, andando a tramutare e sostituire le vetustà presenti non solo nella ‘lettera’, ma anche e soprattutto nello ‘spirito’ della legislazione civile⁷⁰. E così, ad esempio, si è assistito all’estensione della

⁶⁷ T. ASCARELLI, *Le funzioni del diritto speciale e le trasformazioni del diritto commerciale*, in: *Rivista di Diritto Commerciale*, 1934, I, p. 38.

⁶⁸ *Ivi*, pp. 6-7.

⁶⁹ *Ivi*, p. 35. Non sfugge ad Ascarelli il fatto che il diritto speciale *“si contrappone talvolta al diritto generale per la diversità della sua fonte”* e che, perciò, occorre *“tener conto anche di questa diversità e della sua esistenza o non esistenza per intendere e valutare le norme del diritto speciale e la loro vera e reale portata”*. T. ASCARELLI, *Premesse allo studio del diritto comparato*, cit., p. 18.

⁷⁰ Sugli anacronismi insisti nella scienza del diritto privato novecentesca, in rapporto all’evoluzione rapida e radicale dell’economia contemporanea, Ascarelli ci regala una suggestiva quanto efficace immagine: *“Dobbiamo in sostanza via*

logica del commercio e della proprietà mobiliare – dominata dalla sempre più cosciente valutazione del valore di scambio dei beni e della ricchezza – anche al più antico e consolidato sistema di valutazione del diritto codificato e della proprietà immobiliare; oppure all'estensione delle tipiche regolamentazioni del traffico marittimo alla corrispettiva normativa che tradizionalmente disciplinava il traffico terrestre⁷¹.

Questo fenomeno di osmosi – che può essere definito come un processo di 'commercializzazione' del diritto civile – culmina nel nostro ordinamento con l'unificazione dei due codici realizzatasi nel 1942⁷².

*via renderci meglio conto della portata di un'economia di massa, anche se nove decimi delle nostre categorie giuridiche si riportano a un mondo economico che è piuttosto quello di Balzac che quello dell'era atomica. Ed in un'economia di massa e di serie molte nostre idee, fondate sull'individualismo di un'economia artigianale, possono essere sottoposte a quel processo che Pascal chiamava du pour au contre". T. ASCARELLI, *Economia di massa e statistica giudiziaria*, in ID., *Saggi di diritto commerciale*, cit., p. 525.*

Sul rapporto tra diritto commerciale e diritto civile si legga anche T. ASCARELLI, *Natura e posizione del diritto commerciale*, in: ID., *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, cit., pp. 247-279; sul diritto di navigazione si rimanda, invece, a T. ASCARELLI, *Posizione del diritto della navigazione*, in: ID., *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, cit., pp. 281-291.

⁷¹ T. ASCARELLI, *Le funzioni del diritto speciale e le trasformazioni del diritto commerciale*, cit., pp. 2-3. Altrove, poi, chiosa: "Il diritto, e perciò anche il diritto commerciale, non può essere inteso fuori dalla storia e la sua specialità non può essere posta in relazione con immutabili esigenze tecniche, ma con lo sviluppo storico della nostra esperienza giuridica che viene gradatamente affermando – perciò dapprima in campi determinati – nuovi principi, poi suscettibili di più generale applicazione, appunto perché il diritto non obbedisce nel suo nuovo sviluppo a preordinate simmetrie sistematiche, ma alla necessità e alla coscienza degli uomini i cui rapporti vuole regolare, nell'ordinamento della convivenza sociale". T. ASCARELLI, *Sviluppo storico del diritto commerciale e significato dell'unificazione*, in ID., *Saggi di diritto commerciale*, Milano 1955, p. 15.

⁷² Sull'unificazione del 1942 Ascarelli sentenza: "È stata attuata tuttavia non già in via di soppressione, ma in via di trionfo dei principi commercialistici, praticamente assunti col codice del 1942 [...] a principi generali di tutto il diritto privato". T. ASCARELLI, *Sviluppo storico del diritto commerciale*, cit., p. 26. In particolare sono due gli aspetti principali che certificano la svolta paradigmatica compiuta dal legislatore del '42: la 'scomparsa' dell'atto di commercio e l' 'estensione' del criterio dell'attività economica a tutta la materia civilistica.

Un'unificazione vigorosamente sostenuta dal grande maestro di Tullio Ascarelli, ossia da quel Cesare Vivante che già nel 1893 – nel suo *Trattato di diritto commerciale* – dichiarava la necessità di una riscoperta del tessuto unitario del diritto privato, intuendo, nel contempo, l'impossibilità di comprendere l'universo giuridico privato in un insieme di leggi o in un codice⁷³.

Tale mutamento, però, nella fitta e profonda trama del discorso ascarelliano, si tramuta nel lento e progressivo instaurarsi di una determinata funzione economica che culmina nella sua definita e riconoscibile giuridificazione.

Il diritto commerciale appare, allora, come il "*diritto del capitalismo*", ossia la traduzione giuridica delle dinamiche, dei rapporti e degli interessi che sorgono e si sviluppano nell'alveo della "*struttura*

Per ciò che concerne il primo punto egli sostiene che il codice non distingue più "*atti di commercio qualificabili vuoi oggettivamente vuoi soggettivamente: l'atto non è più differenziabile come commerciale o meno in relazione alle sue caratteristiche oggettive o alla qualifica del suo soggetto*". *Ibid.*

In merito al secondo problema, invece, Ascarelli così commenta: "*Il criterio dell'attività economica del soggetto da un lato conserva il suo valore ai fini dello speciale statuto personale dell'imprenditore commerciale, dall'altro serve quale comune denominatore dell'attività economica di soggetti di diritto privato e di diritto pubblico; dell'attività tradizionalmente commerciale e di quella agricola*". T. ASCARELLI, *Sviluppo storico del diritto commerciale*, cit., p. 27.

Sulla codificazione del 1942 Ascarelli tornerà ad un decennio dalla sua entrata in vigore con un articolo brevissimo ma particolarmente attento ai suoi caratteri prettamente teorici. T. ASCARELLI, *Il codice civile e la sua "vigenza"*, ora in ID., *Saggi di diritto commerciale*, cit., pp. 461-466.

⁷³ C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, I, Torino, 1893. In verità, sull'influenza di Vivante nel pensiero di Ascarelli scrive Ferri "*Da Vivante egli trasse la convinzione che diritto non è soltanto quello codificato, ma è anche quello vivente, è anche il diritto dei privati che si esprime nella vita di relazione attraverso regole e principi desumibili dalla vita quotidiana, dalle esigenze dei traffici e del progresso economico e sociale [...] Tuttavia la posizione fondamentale di Ascarelli come uomo e come studioso non gli derivò da Vivante [...] Ascarelli come Vivante è portato a valorizzare al massimo il dato sociologico e il fattore economico, ma diversamente da Vivante tiene conto che il fenomeno giuridico si pone su un piano distinto e superiore e che contaminazioni non sono possibili*". G. FERRI, *Il pensiero giuridico di Tullio Ascarelli*, cit., p. CXLV e CXLIX. Sul punto ancora cfr. N. BOBBIO, *Tullio Ascarelli*, cit., p. 197.

*economica capitalistica*⁷⁴. Una struttura che accoglie al suo interno problematiche e preoccupazioni che soltanto mediante l'armamentario del diritto possono essere affrontate e risolte. Una struttura che, ancora una volta, favorisce e innesca l'inesorabile processo di oggettivazione del diritto che conduce l'ordinamento nel suo insieme "al superamento della rilevanza di qualifiche soggettive" e, dunque, "all'affermazione di un diritto identico", cioè basato contemporaneamente sul principio di uguaglianza (formale) e sulla tutela "dell'interesse del consumatore"⁷⁵.

La rinnovata intelaiatura di ragioni economiche e profili giuridici determina, inoltre, l'alterazione e il mutamento di alcuni istituti-chiave e dei loro corrispondenti capisaldi concettuali, nonostante il persistere di una legislazione non del tutto affrancata dai retaggi socio-culturali dell'idea codicistica napoleonica; un'idea formulata e costruita attorno ad una "società di proprietari" piuttosto che riferita e orientata verso una "società di imprenditori"⁷⁶; una società che "nel sistema privatistico codificato" rivendica ancora "la garanzia di un ordine economico naturale e meccanicamente determinato, sottratto ad una azione del diritto e perciò stesso a scelte o valutazioni dell'interprete"⁷⁷.

Quello della proprietà e della sua nuova dimensione – alla luce soprattutto del diverso modo di sviluppo ed esercizio del controllo della ricchezza in un sistema capitalistico avanzato – rappresenta, pertanto, uno dei temi più complessi ed urgenti da affrontare e risolvere. Fatta, di nuovo, sua la lezione dei giuristi nordamericani, Ascarelli certifica, infatti, la separazione tra proprietà e controllo della ricchezza sottolineando l'arretratezza di una *opinio juris* che identifica "chi ha il

⁷⁴ T. ASCARELLI, *Sviluppo storico del diritto commerciale*, cit., p. 16.

⁷⁵ *Ivi*, pp. 17-18. "L'oggettivazione del sistema del diritto commerciale – conclude Ascarelli – assume appunto storicamente questo significato: una disciplina che prescinde dalla qualifiche soggettive significa appunto libertà di iniziativa e libertà di accesso al mercato, libertà invece anteriormente preclusa proprio dalla generale struttura del sistema". *Ivi*, p. 19.

Sulla centralità del consumatore, d'altro canto, si spinge ancora oltre: "L' "utilità sociale" dell'art. 41 della Costituzione non mi sembra tuttavia possa essere intesa trascurando l'interesse del consumatore, che è poi anche quell'indifferenziato cittadino al quale si riporta lo Stato nella sua base istituzionale". *Ivi*, p. 33.

⁷⁶ T. ASCARELLI, *Proprietà e controllo della ricchezza*, in: *Id.*, *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, cit., p. 296.

⁷⁷ T. ASCARELLI, *Norma giuridica e realtà sociale*, cit., p. 98.

potere economico della decisione e chi corre il rischio relativo"⁷⁸. L'esigenze di conciliare, in ambito prettamente giuridico, tale distinzione costituisce, per il giurista, *"il problema centrale del diritto commerciale"*, all'interno del quale, proprio dopo il definitivo abbraccio con la materia civilistica, *"confluiscono le conseguenze degli strumenti giuridici"* più tipici, *"come le società per azioni e i titoli di credito"*⁷⁹.

D'altro canto, poi, raggiunta l'unificazione delle due discipline, il diritto privato deve, a sua volta, affrontare un'ulteriore sfida, un'ulteriore apertura dialettica a cui il sempre mutevole quadro economico-sociale beneficamente lo costringe.

Nel dopoguerra, si assiste, difatti, al confronto tra un diritto civile unificato che incarna – qui nuovamente – una funzione conservatrice, e un diritto del lavoro che, sempre grazie allo strumento del diritto speciale, si fa carico antagonisticamente di una funzione riformatrice⁸⁰.

Il diritto civile diventa, in altre parole, il caposaldo ideologico e valoriale di una concezione economico-giuridica moderna contro la quale il diritto del lavoro compie un'opera di continuo e dinamico adeguamento del diritto alla società.

Il diritto del lavoro, secondo Ascarelli, si mostra come la ricerca di un equilibrio *"che sentiamo più conforme alla nostra coscienza"* e che si dimostra *"economicamente vantaggioso per la produzione della ricchezza, sì che il problema non può essere considerato nel quadro di una contrapposizione tra esigenze morali e esigenze economiche ma nello stesso quadro di una concezione dell'economia che supera, ad esempio, la convinzione che livello economico ottimo sia quello raggiungibile dalla contrattazione individuale"*⁸¹.

7.

L'itinerario ascarelliano, che noi abbiamo cercato di ricostruire, a partire dal dualismo 'funzione-struttura', si mostra, in definitiva, come un profondo, ampio e coerente percorso scientifico sapientemente orientato all'affermazione di un concetto, per così dire, 'critico' di

⁷⁸ T. ASCARELLI, *Proprietà e controllo della ricchezza*, cit., p. 294.

⁷⁹ *Ivi*, p. 295.

⁸⁰ Sul tema del diritto sul lavoro cfr. T. ASCARELLI, *Su un diritto comune del lavoro*, in: ID., *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, cit., pp. 135-153.

⁸¹ T. ASCARELLI, *Ordinamento giuridico e processo economico*, cit., p. 50.

certezza del diritto⁸². Una certezza che possa racchiudere, contemporaneamente, l'urgenza di "porre un ordinamento" – che il giurista romano, nel suo ultimo interessantissimo lavoro, intravedeva nel pensiero di Hobbes – e il bisogno di garantire una costante ma non sterile "applicazione di un ordinamento dato" – che al contrario egli, nel medesimo scritto, attribuiva alla filosofia di Leibniz⁸³.

⁸² La certezza del diritto, d'altronde, rappresenta per Ascarelli l'aspirazione somma di qualsiasi ordinamento giuridico. Anche su questo tema egli riesce a superare posizioni pregiudiziali e consolidate ravvisando tanto nei sistemi codificati quanto negli ordinamenti di *Common law* una comune, seppur tecnicamente differente, inclinazione. Il giurista così scrive: "Il valore normativo del precedente giurisprudenziale nel diritto anglosassone [...] risponde a quella medesima esigenza di certezza e continuità di sviluppo nel diritto, cui rispondono, nei sistemi codificati, i limiti che la codificazione impone alla funzione del giudice [...] L'uno e l'altro ci presentano un esempio di adattamento continuo di vecchi istituti a nuove funzioni, rivelando appunto in questa capacità la loro caratteristica più spiccata, con una naturale diffidenza perciò nei confronti di trasformazioni di carattere generale ed un elevato grado di quella che potremmo dire l'elasticità del sistema giuridico". T. ASCARELLI, *L'idea di codice nel diritto privato*, cit., pp. 178 e 180. E infine: "Diritto romano e diritto anglosassone vengono spesso ricordati come i due grandi sistemi opposti; contrapposizione certo esatta considerando i vari istituti in sé e le categorie giuridiche cui rispettivamente ricorrono i due sistemi, ma invece inesatta considerando alcuni caratteri generali dei due sistemi, la tecnica della loro interpretazione e del loro sviluppo. Da questo punto di vista, il diritto romano classico e il diritto inglese possono essere avvicinati e ambedue contrapposti ai diritti codificati, sebbene derivanti dal diritto romano". *Ivi*, p. 180.

Sulla 'idea di codice' in Ascarelli cfr. F. CASA, *Tullio Ascarelli. Dell'interpretazione giuridica tra positivismo e idealismo*, Napoli, 1999, pp. 59-69.

⁸³ Interessante, a riguardo, è l' 'incontro' che Ascarelli combina tra Leibniz e Holmes, tra la visione del diritto del primo e l'impostazione teoretica del secondo. In un già citato saggio, infatti, si legge: "Come osserva Holmes, riprendendo poi un'affermazione più generale di Leibniz, il diritto di ogni momento è un ponte tra il passato e il futuro, affermazione da intendersi (e del resto pronunciata) non in relazione all'ovvia evoluzione legislativa (alla quale può correre la mente del giurista nei sistemi codificati), ma in relazione alla circostanza che il sistema delle norme storicamente ricostruibili costituisce la premessa per quella giuridicamente da esso argomentabili e cioè per quelle che verranno argomentate attraverso la necessaria posizione di una norma generale

Concludendo, Ascarelli cerca di far coesistere "la certezza di una soluzione e la sicurezza di una convivenza" con "la certezza di un'argomentazione" e la certezza "di una dimostrazione"⁸⁴: la naturale e impulsiva pretesa dell'uomo di soddisfare quei bisogni esistenziali che la mutevolezza della sua vita rigenera e costantemente ricrea con l'altrettanto necessaria esigenza di razionalizzazione del discontinuo e incontrollato corso della sua lunga e tormentata storia⁸⁵.

Il tutto grazie ad un diritto che sia, al tempo stesso, "stabile, pur non potendo essere immobile" e capace di "adattarsi continuamente pur rimanendo certo"⁸⁶.

o in via di formulazione dottrinarica o quale premessa vuoi del comando concreto della sentenza, vuoi dell'atto concreto che si ponga come applicazione della norma". T. ASCARELLI, Interpretazione del diritto, cit., p. 485.

⁸⁴ T. ASCARELLI, *Hobbes e Leibniz e la dogmatica giuridica*, in: T. HOBBS, *A dialogue a philosopher and a student of the Common Laws of England* – G.W. LEIBNIZ, *Specimen questionum philosophicarum ex iure collectarum. De casibus perplexis. Doctrina conditionum. De legum interpretatione*, Milano, 1960, p. 7.

⁸⁵ "L'umanità della storia, che si traduce nell'universalità del fenomeno giuridico e nella comprensibilità dei vari diritti (e così nella possibilità di un diritto comparato), non può significare negazione, ma invece comprensione della diversità delle storie". T. ASCARELLI, *Interpretazione del diritto*, cit., p. 506.

⁸⁶ T. ASCARELLI, *L'idea di codice nel diritto privato*, cit., p. 189.