

MASSIMO BRUTTI
ALESSANDRO SOMMA (EDS.)

Diritto: storia e comparazione

Nuovi propositi per un binomio antico

Mauro Grondona

Storia, comparazione e comprensione del diritto: Tullio
Ascarelli, “Hobbes e Leibniz e la dogmatica giuridica”.
Un esercizio di lettura | 219–244



MAX PLANCK INSTITUTE
FOR EUROPEAN LEGAL HISTORY

ISBN 978-3-944773-20-9
eISBN 978-3-944773-21-6
ISSN 2196-9752

First published in 2018

Published by Max Planck Institute for European Legal History, Frankfurt am Main

Printed in Germany by epubli, Prinzessinnenstraße 20, 10969 Berlin, <http://www.epubli.de>

Max Planck Institute for European Legal History Open Access Publication
<http://global.rg.mpg.de>

Published under Creative Commons CC BY-NC-ND 3.0 DE
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/de>

The Deutsche Nationalbibliothek lists this publication in the Deutsche Nationalbibliographie;
detailed bibliographic data are available on the Internet at <http://dnb.d-nb.de>

Cover illustration:

Christian Pogies, Frankfurt am Main

(Illustration shows a fresco in the Sala delle Ballerine of the Dipartimento di Giurisprudenza,
Università di Ferrara)

Cover design by Elmar Lixenfeld, Frankfurt am Main

Recommended citation:

Brutti, Massimo, Somma, Alessandro (eds.) (2018), *Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico*. Global Perspectives on Legal History, Max Planck Institute for European Legal History Open Access Publication, Frankfurt am Main, <http://dx.doi.org/10.12946/gplh11>

Storia, comparazione e comprensione del diritto: Tullio Ascarelli, “Hobbes e Leibniz e la dogmatica giuridica”

Un esercizio di lettura

1. Prospettiva dell'analisi

Propongo al lettore questo modesto, circoscritto e anche rischioso¹ esercizio: seguire passo passo lo svolgimento concettuale tracciato da Tullio Ascarelli in alcune sue pagine di straordinaria densità,² soffermandomi su alcuni snodi centrali del suo discorso, all'uopo provvedendo a raggrupparli tematicamente per evitare eccessive frammentazioni e possibili dispersioni, e soprattutto per contenere il discorso nei limiti di spazio prefissati.

Lo scritto di Ascarelli è formalmente l'introduzione a una serie di testi di Hobbes e di Leibniz (in inglese e in latino) che compongono il libro. Ma naturalmente Ascarelli non si limita a compendiare ciò che poi il lettore estesamente troverà; piuttosto egli, in poco meno di settanta pagine, traccia superbamente le linee di una storia del pensiero giuridico che dall'antichità approda all'epoca contemporanea, mai rinunciando (più spesso in nota che non nel testo) a una fittissima serie di collegamenti, anche arditissimi (molti dei quali solo accennati, e che, beninteso, possono essere soggetti a valutazione critica, perché fortunatamente Ascarelli difettava della dubbia virtù della prudenza intellettuale) con la storia generale delle idee e della cultura, nella convinzione (cui Ascarelli molto presto è pervenuto e cui è rimasto fedele

1 Rischioso, perché ho ben presente l'autorevole monito di André Tunc, il quale, prefando la traduzione francese del saggio ascarelliano oggetto di queste mie paginette, scrive: « On ne saurait sans scrupule présenter au public un ouvrage de Tullio Ascarelli sur Hobbes et Leibniz. L'esprit puissant du maître italien était familier des plus grands penseurs de tous les temps. Le mieux que l'on puisse faire devant lui et devant eux est de s'effacer »: TUNC (1966) v.

2 ASCARELLI (1960) 2 ss.

fino alla sua prematura morte³) che i problemi giuridici, o sono intesi come autentici problemi sociali, « appunto perché la loro reale portata si rivela solo superando impostazioni che sotto una pretesa logica nascondono quei reali contrasti dei quali sono l'espressione »,⁴ o sono pseudo-problemi.

Le pagine in oggetto, particolarmente toccanti anche perché rappresentano il testamento intellettuale di Ascarelli, esprimono una visione etica, politica, sociale e giuridica, da cui, a mio avviso, sarebbe giovevole oggi ripartire (e, beninteso, non solo nella prospettiva del giurista italiano) per riflettere sul diritto e sulla metodologica giuridica, in un tempo in cui l'esigenza di aprirsi all'interdisciplinarietà e alla transdisciplinarietà sembra essere non solo declamata ma finalmente praticata appunto per ragioni di contesto storico-culturale perfettamente evidenti.⁵

Ma vorrei in apertura richiamare il nome di un altro grande studioso, Emilio Betti, il cui confronto critico con Ascarelli sarebbe a mio avviso opportuno, non già per andare ostinatamente alla ricerca di concordanze, “nobilitando” così Betti pel tramite di Ascarelli, ma piuttosto per meglio approfondire un segmento importante e delicato, nonché doloroso, ancora in qualche misura controverso e meritevole di ulteriori approfondimenti, di storia del pensiero giuridico italiano.⁶ Ciò, insisto, non per rivendicare a

3 Va visto il bel profilo biografico che ne ha tracciato STELLA RICHTER JR. (2012) (ivi ampia bibliografia cui si rinvia). Ma dello stesso autore devono essere qui almeno segnalati alcuni scritti che ricostruiscono sapientemente la vicenda intellettuale di Ascarelli: STELLA RICHTER JR. (2009), (2010) e (2013b).

4 ASCARELLI (1960) 67, nota 191 *in fine*.

5 Cfr. BIROCCHI, BRUTTI (2016).

6 Il contributo di Emilio Betti alla cultura giuridica italiana (e non solo) merita di essere ripercorso, soprattutto a partire da alcuni aspetti che testimoniano il suo approccio per nulla settario o ottusamente dogmatico. Il che non vuol certamente esprimere un compiuto giudizio storico su Betti – sul quale basti qui il riferimento a un recente e importante contributo: Brutti (2015) – ma solo indicare come in lui esistano e siano tutt'altro che nascosti numerosi aspetti utili, oggi, per un ripensamento generale del metodo giuridico e del ruolo del giurista. Mi richiamo qui in particolare alle parole pronunciate da Betti in un'occasione accademica solenne: la consegna degli “Studi” in suo onore, parole delle quali v'è precisa testimonianza: CRIFÒ (1962). Parole che esprimono una notevole apertura al dialogo (e in questo senso, a mio avviso, in linea di continuità con il pensiero di Ascarelli), un dialogo reso possibile, soprattutto, dal felice connubio tra diritto comparato ed ermeneutica, per superare i sempre perniciosi steccati disciplinari (che non vi possono non essere, ma non possono fungere da ostacoli preventivi, e soprattutto non possono essere assunti come provvisti di una portata oggettiva). Betti, riferendosi in parti-

tutti i costi una qualche “modernità” di Betti (in parallelo con l’indiscutibile e consolidata modernità di Ascarelli), ma, piuttosto, per sottolineare come un dialogo ormai a distanza (in vita, se dialogo ci fu, fu assai ristretto, anche per ragioni facilmente intuibili, ma che sarebbe comunque interessante approfondire) tra due studiosi che al tema dell’interpretazione molto impegno e anche partecipazione etica hanno dedicato potrebbe essere fruttifero.

Osservo altresì in via preliminare che le pagine di Ascarelli qui ripercorse possono davvero essere assunte quale manifesto programmatico-metodologico, provenendo esse da una personalità intellettuale che ha segnato non solo la storia del pensiero giuridico italiano, ma che ha influito, direttamente e indirettamente, sul pensiero giuridico di altri Paesi (e segnatamente dell’America latina),⁷ sia per triste necessità, sia per la non comune capacità e

colare alla recentissima attivazione del corso universitario, facoltativo, di “Teoria dell’interpretazione”, ebbe in particolare ad affermare: «[L]’insegnamento in parola verrebbe a restaurare il tessuto connettivo fra le materie singole, reagendo all’attuale atomismo: esso getterebbe un ponte di collegamento fra il diritto comparato e la teoria del conflitto di leggi con particolare riguardo alla teoria del diritto internazionale privato, reagendo alla miope visuale particolaristica; esso fornirebbe, infine, un gruppo organico, oltre che con tali materie, con la sociologia e con la teoria generale del diritto. Un gruppo didattico così costituito varrebbe forse a fronteggiare i pericoli della specializzazione e ad educare nei giovani, in una col senso della “humanitas”, la capacità ermeneutica che ci rende atti ad interrogare lo spirito altrui, ad educare inoltre la capacità di sintesi che sola può conferirci il pieno possesso delle nozioni acquisite. [D]i fronte a problemi che pone al giurista l’applicazione di un diritto in vigore, la concezione ermeneutica riuscì per noi illuminante nell’additarci l’esatta impostazione di spinose questioni di diritto internazionale privato, in contrasto con impostazioni diverse suggerite agli studiosi dall’angusta visuale del positivismo legislativo. Partendo dal presupposto indimostrato che nell’orbita di un ordinamento non possano trovare applicazione norme che non abbiano in esso la propria fonte, la visuale positivistica è costretta a postulare dispositivi automatici di recezione, d’inserzione o d’imitazione legislativa, che provvederebbero a ristabilire di continuo la conformità richiesta fra le norme dell’uno e le norme dell’altro ordinamento. Ma, a ben guardare, non si tratta di immettere norme giuridiche da un ordinamento in un altro, ma di ricavare dall’uno massime di decisione da applicare nell’altro; e i procedimenti di rinvio, di adattamento, di adeguazione, come anche di trasposizione o conversione, che a tal uopo si rendono necessari, si rivelano alla riflessione semplici processi ermeneutici, che si svolgono, non già sul piano nomogenetico della produzione del diritto, ma sul piano *interpretativo*, della sua applicazione: processi, che rispondono al canone della coerenza ermeneutica e all’esigenza di adeguazione dell’intendere, specialmente viva nel campo dell’interpretazione in funzione direttiva della condotta, nel concorso di leggi statali diverse, chiamate in potenza ad essere applicate congiuntamente » (corsivo orig.).

7 Significative riflessioni si leggono in ASCARELLI (1949a); ma allora v. anche ASCARELLI (1949b), per molte osservazioni di carattere sociologico tuttora preziose (e spesso diver-

disponibilità di entrare in dialogo con altre culture e con altre dimensioni esistenziali, sempre fiducioso nella possibilità di uno scambio fecondo tra culture diverse perché sempre convinto che il giurista (e in senso più ampio lo studioso) non debba mai rinunciare alla sua intrinseca politicITÀ, ineliminabile perché il problema del diritto è il problema della convivenza civile, quindi dell'ordine politico quale garanzia di una "vita buona".

Dal punto di vista metodologico (e dico questo nella specifica prospettiva bettiana, appena riferita, che guarda al diritto comparato come un irrinunciabile strumento conoscitivo, rispetto al quale sociologia e teoria generale del diritto – nonché, senza dubbio, la storia del diritto – vanno visti quali ulteriori pilastri di un discorso sul diritto che tanto più è solidamente fondato tanto più è efficace ed euristicamente significativo) si può ancora sottolineare un aspetto: forse, la principale difficoltà del lavoro del giurista, quando voglia seguire un approccio interdisciplinare, è che è indispensabile analizzare il problema studiato non solo in prospettiva interna (alla disciplina di riferimento e più in generale al "diritto"), ma esterna, cioè in qualche modo appropriandosi di tecniche e paradigmi propri di altre scienze⁸ (se non altro volgendo lo sguardo alle altre scienze sociali e alle scienze umane; ma si deve subito aggiungere che anche questa limitazione è in certa misura indebitamente riduttiva⁹), sì da impostare la riflessione sullo specifico problema giuridico in modo che la prospettiva giuridica non resti né quella esclusiva né quella dominante, tenuto conto che, sempre, la tecnica giuridica impiegata, i concetti giuridici, e in senso più lato lo stile del giurista sono il prodotto (più o meno consapevole) di una molteplicità di fattori che devono essere considerati nella loro specificità e come parte di quel tutto qualificabile in termini di "giuridicità".¹⁰

tenti). Più in generale, cfr. ora SOMMA (2015); v. anche LOSANO (2015), il quale peraltro (284) dà un giudizio forse un po' troppo riduttivo del volume sul Brasile di Ascarelli: perché è vero che lo scopo del lavoro è eminentemente divulgativo, ma è anche vero, per limitarmi a un esempio, che le riflessioni (e le nette prese di posizione) su di un tema come quello dell'emigrazione/immigrazione non solo conservano attualità ma soprattutto esprimono una visione culturale e politica riconducibile al miglior "progressismo".

8 Cfr. LETTIERI (2010).

9 Cfr. VILLA (2005).

10 Sono davvero significative le pagine finali dello scritto di Ascarelli, nel quale si teorizza, pur in termini assai sintetici, il « terreno [sul quale] è possibile una storia del pensiero giuridico: ASCARELLI (1960) 67–69 (testo e note).

Naturalmente il discorso è delicato, e si può cadere facilmente vittima di opposti estremismi sfocianti in approcci unilaterali e quindi poco utili se non deleteri, come se fare la storia di un concetto giuridico (la buona fede oggettiva, la causa del contratto, la responsabilità extracontrattuale, ad esempio) fosse di per sé qualcosa di meno importante, o, peggio, di falsante rispetto alla dimensione inevitabilmente totalizzante della conoscenza; come se occuparsi della storia interna di una disciplina fosse necessariamente, se non un “barare al gioco”, quantomeno un non voler fare i conti fino in fondo con la, e prendere posizione sulla, realtà.¹¹

Si può dire che storia interna e storia esterna, punto di vista interno e punto di vista esterno, pensiero giuridico, cultura giuridica e storia delle idee

- 11 Il tema è evidentemente quello della ricerca e dell'individuazione di ciò che sta dietro (e che a volte può essere anche volutamente occultato) il pensiero giuridico, aprendosi così lo spazio della cultura giuridica quale orizzonte più largo, perché compenetrato da ciò che diritto non è, ma che, proprio per questo, sul diritto in qualche modo incide e perciò il giurista dovrebbe interrogarsi e occuparsene per sfuggire a false rappresentazioni di quella stessa realtà giuridica che si vuole descrivere, appunto perché si tratterebbe di una descrizione soltanto parziale, sul falso presupposto che tale realtà giuridica sia autosufficiente perché auto-fondata. Sul punto, anche per brevità, mi limito a segnalare TARELLO (1979), scritto nel quale il filosofo del diritto rivolge al romanista (Riccardo Orestano) una fondamentale critica: « Il fatto è che la trattazione di Orestano, dopo le premesse empiriche e le cautele, tende a rifluire in un mentalismo sia pur di nuovo genere, quando evita di considerare (o almeno esita a considerare) il succedersi delle posizioni dottrinali come succedersi di operazioni politiche, preferendo vedere in esso le manifestazioni di tendenze intradottrinali e perciò – in qualche modo – “spirituali”: così pure quando tende a presentare taluni punti di vista certamente originati da una visione politica, quale è il rifiuto di concetti ordinatori appropriati allo Stato di ieri e a quello di oggi (nella specie, da parte di Satta), come un modo di “saldare speculativamente” una antica frattura (tra soggettivo e oggettivo) della Pandettistica, che aveva posto “aporie logiche” » (282); « [V]a rilevato che la maggior incidenza dell'opera di Orestano e, in particolare, degli studi raccolti, si è verificata non tanto nei confronti della romanistica italiana quanto nei confronti dei giuristi positivi italiani e specialmente dei giusprivatisti; tra questi ultimi si è diffusa – negli anni recenti – l'abitudine di ritagliare un problema endodottrinale per poi dissolverlo risolvendolo nella sua storia dottrinale: ma ciò che costituisce per lo storiografo (e più precisamente per lo storiografo delle dottrine giuridiche) una apprezzabile meta, non può che essere sia pur necessaria attività propedeutica per il giurista positivo, tanto che ci si deve chiedere se l'influenza di Orestano sui privatisti italiani della generazione più giovane, da un lato certamente liberatrice (rispetto al vizio concettualistico), non abbia anche avuto un risvolto meno positivo confermando questi privatisti nell'antico vizio di vedere i propri problemi come problemi dottrinali (quantunque storicizzati) anziché come problemi organizzativi (relativi cioè all'allocazione dei costi e dei vantaggi, all'organizzazione della repressione, ecc.) » (283).

possono felicemente cooperare nella grande, affascinante impresa della comprensione, che come tale è sempre fattore di sviluppo.¹²

2. La certezza del diritto e il problema della libertà individuale

La riflessione di Ascarelli, partendo dal problema specifico della certezza del diritto (perché negli scritti hobbesiani e leibniziani raccolti nel volume v'è « una comune esigenza: quella della certezza »¹³), si sofferma senza soluzione di continuità (anche trans-temporale) su di una serie di problemi sempre nuovi ma al contempo anche sempre attuali (in ragione della storicità del diritto), che nell'interpretazione del diritto ha uno degli assi portanti (tema rispetto al quale le pagine conclusive vengono ad assumere un tono quasi mistico).

Emergono subito gli snodi concettuali di un discorso che dal passato arriva fino a noi,¹⁴ così proiettandosi nel futuro, appunto perché, quando si discorre (direttamente o indirettamente) d'interpretazione giuridica vengono in gioco (tra gli altri) termini quali storicismo e dogmatismo, volontà di agire e ragioni dell'agire, continuità e discontinuità. Questi termini sono in sostanza le scaturigini di una serie di concatenazioni problematiche che hanno primariamente a che fare con le trasformazioni del diritto, le condizioni di esse, i rischi connessi con tale processo di trasformazione, nell'ovvia prospettiva che il diritto, in quanto apparato organizzatore di una convivenza che possa essere il più possibile civile, non può non conseguire un sufficiente grado di stabilità.

Il confronto ravvicinato tra Hobbes e Leibniz fa molto ben emergere questi aspetti: « La certezza di Hobbes è la certezza di una soluzione e la sicurezza di una convivenza; quella di Leibniz la certezza di una argomentazione, di una dimostrazione: il primo si preoccupa di come porre un ordinamento; il secondo dell'applicazione di un ordinamento dato ».¹⁵

12 ASCARELLI (1960) 66: « I concetti dogmatici non corrispondono affatto a una più o meno completa intelligenza di un dato che allora si dovrebbe ritenere già esistente, ma sono espressione di concezioni generali e strumento per la loro traduzione giuridica e così in realtà momento non già dell'evoluzione di una riflessione su un diritto dato, ma dello sviluppo del diritto ».

13 ASCARELLI (1960) 4.

14 Per una riprova basti qui rinviare a un recentissimo e denso contributo: LUCIANI (2016).

15 ASCARELLI (1960) 7.

Vediamo allora alcune peculiarità della prospettiva giuridica (e quindi politica e filosofica) di Hobbes e di Leibniz.

Ascarelli sottolinea, tra l'altro, come Hobbes, potremmo dire oggi in termini post-moderni, sia un "decostruttore" del diritto, dell'ordine del diritto, del "sistema giuridico": « Hobbes... non parte dalla sociale convivenza o dal diritto come un dato del quale si debba ricercare il principio: se è lecita l'espressione, egli mira a "smontarlo", a rendersi conto del come è stato costruito, sì da poterlo intendere ragionevolmente attraverso appunto la consapevolezza della sua costituzione ». ¹⁶

Sul fronte opposto, Leibniz assume « un diritto già dato », ¹⁷ e dunque la preoccupazione di certezza che lo muove fa sì che la riflessione si incentri sulla « certezza dell'interpretazione ». ¹⁸

La risposta di Hobbes al perché della convivenza sociale e alle possibilità di questa convivenza ¹⁹ sta « nell'azione della volontà: la convivenza è frutto di volontà ed è frutto di volontà appunto perché è un risultato raggiunto e non un dato di partenza. Lo stato di natura si pone così per Hobbes come uno stato presociale; la civiltà è frutto della volontà ». ²⁰

Alla base del diritto e dello Stato c'è dunque la razionalità dell'uomo, « una razionalità capace di distinguere l'utile ». ²¹ Una razionalità che è premessa di una volontà di azione in funzione limitatrice della libertà individuale, ma una limitazione necessaria per quella utilità individuale consistente nel superare la guerra e pervenire alla pace: e « pace e guerra non sono che sinonimi della presenza o dell'assenza di una vita sociale e di una civile convivenza ». ²² Tale razionalità è ciò che porta alla necessità del diritto, e il « contratto sociale è appunto espressione di una volontà di convivenza; esso nella sua assolutezza esclude qualunque residua libertà d'azione del singolo (residuo che tornerebbe a negare la convivenza) e perciò fonda

16 ASCARELLI (1960) 8.

17 ASCARELLI (1960) 34.

18 ASCARELLI (1960) 34.

19 ASCARELLI (1960) 10; e v. 11: « L'obbligatorietà della legge civile riposa così alla fine su una stessa ragionevole scelta del singolo, ché il problema non è quello di porre un principio che, fuori dall'azione del singolo, lo vincoli all'obbedienza, ma di rendersi conto del formarsi di una convivenza ».

20 ASCARELLI (1960) 10.

21 ASCARELLI (1960) 10. E v. il passaggio cit. *infra*, nota 31.

22 ASCARELLI (1960) 10.

l'assoluta sovranità »;²³ perciò « la giustificazione della legge viene trovata nella sua stessa necessità ».²⁴

Ma la « volontà alla quale si riporta la legge, la volontà che fissa il giusto e l'ingiusto, non è senz'altro data, ma deve essere giustificata, e questa giustificazione si ritrova in via definitiva nella stessa volontà dei destinatari della legge »,²⁵ con l'effetto per cui, « negata ogni trascendenza, il problema dell'assolutezza della sovranità apr[e] la domanda sull'identificazione del sovrano: Hobbes [prepara] Rousseau ».²⁶

La libertà si sacrifica così nel diritto, onde il problema, su cui si dovrà ritornare, di una libertà che è tale solo e sempre rispetto al passato, perché nel passato appunto individualmente e collettivamente perduta dagli appartenenti alla comunità per un vantaggio che è successivo e quindi futuro rispetto alla perdita di tale libertà; solo così operando potrà sorgere (in termini di beneficio individuale e collettivo) un ordine giuridico finalizzato alla pace, rendendo allora possibile quella vita sociale cui individualmente e collettivamente si aspira.

È all'interno di questo quadro che si pone il problema, di carattere necessariamente e insuperabilmente storico, del mutamento del diritto nei suoi rapporti con l'esercizio individuale della libertà, cui volontariamente si rinuncia per assicurare a ciascuno la « stessa sopravvivenza »²⁷ (e infatti « [c]onvivenza e legge vengono identificate »²⁸); problema che in effetti rappresenta il *fil rouge* delle presenti pagine ascarelliane, e che vedremo ricondotto alla dimensione di un'interpretazione intesa in senso forte, prossima allo « storicismo assoluto»: un'interpretazione che risolve la storia nel diritto e il diritto nella storia, ma addossando ai singoli la responsabilità etica dell'agire, di un'azione in vista del «bene», che cambia nelle sue manifestazioni ma perdura come tensione morale; così superandosi le prospettive parziali rap-

23 ASCARELLI (1960) 11.

24 ASCARELLI (1960) 11.

25 ASCARELLI (1960) 11 s.

26 ASCARELLI (1960) 12. E ivi (12 s.) Ascarelli osserva: « Solo una più profonda revisione, quale sarà compiuta da Kant, poteva superare una impostazione pattizia che finiva per dover porre sempre la libertà come una premessa pregiudiziale che poi nel diritto stesso veniva sacrificata, quasi annullandosi per permetterne la vita ».

27 ASCARELLI (1960) 14.

28 ASCARELLI (1960) 15.

presentate dall'approccio "dogmatico", "concettuale", "giurisprudenziale", "legislativo" (con un approccio che non è troppo lontano da quello di Betti).

Ma torniamo alla prospettiva hobbesiana di un assolutismo che diventa garanzia di una libertà che si è perduta per porre fine a un conflitto sociale distruttivo, che annienterebbe comunque l'individuo e la sua stessa libertà: « Eliminato ogni elemento trascendente, e seppure nel suo residuo di una legge razionalmente o naturalmente data, ogni legge è giusta perché legge; l'affermazione rousseauiana si ritrova in Hobbes. L'assolutismo della legge e l'identificazione di legge e stato sono la conseguenza della riduzione della convivenza e volontà, del superamento di qualunque dicotomia tra un mondo della storia e un altro mondo alla cui stregua questo debba essere giudicato, di un conseguente ateismo nei cui confronti non v'è altro mondo che quello terreno ». ²⁹

Dunque ci troviamo di fronte a uno Stato fondato su basi individualistiche, ³⁰ nell'interesse del singolo e per l'utilità del singolo; ³¹ ma se è così, vi è un'implicita legittimazione della ribellione contro l'ordine costituito tutte le volte in cui esso si traduca in *vulnus* contro quella stessa libertà che dovrebbe garantire e tutelare. In questo senso c'è allora la possibilità, per il singolo, di rompere quel patto da cui è derivato quel determinato ordine politico-giuridico, e il problema è appunto quello del « consenso attuale, mancando il quale torna bensì a vigere la legge belluina della natura, ma vien meno con ciò anche la "legittimità", la giuridicità della repressione ». ³²

Di qui la necessità di una reiterazione del consenso alla rinuncia alla propria libertà, consenso che ha da essere sempre attuale confluendo esso nel riconoscimento della sovranità come soluzione di fronte alla ferinità dello "stato di natura" e della giustificazione come tale della legge, in quanto « dettata per permettere la convivenza », ³³ così riducendo il diritto a diritto

29 ASCARELLI (1960) 15.

30 ASCARELLI (1960) 17.

31 ASCARELLI (1960) 19 scrive infatti che « Hobbes opera una riduzione (diremmo crociana-mente oggi) del diritto all'economia; pone a fondamento una scelta economica utilitaristica secondo un orientamento che rimane poi presente nella tradizione del pensiero inglese da Hume agli utilitaristi benthamiani. Ed invero alla mera affermazione che la legge è sempre giusta, Hobbes fa subito seguire l'altra, che il problema consiste nell'identificare quella buona, quella utile e efficiente, affermazioni che si completano e integrano a vicenda ».

32 ASCARELLI (1960) 17.

33 ASCARELLI (1960) 18.

positivo e identificando legge e diritto – identificazione che si traduce (tornerò oltre sul punto) « in un criterio storicistico nell'interpretazione »,³⁴ anche in riferimento alla polemica con Coke.

Prosegue Ascarelli:

Il sistema [hobbesiano] esclude dal mondo del diritto la morale, ma non nega affatto l'etica per ridurla a legge del sovrano ([c]omando pel singolo per la sua azione e non come sistema di norme date); conserva anzi quel più profondo accento morale che sempre si ritrova ogni qual volta l'etica non sia materializzata in un determinato contenuto e così giuridicizzata, ma invece riportata alla coscienza del singolo ».³⁵

Il che significa quindi che il singolo conserva comunque quello spazio di libertà il cui presupposto è la morale individuale; da un lato, dunque, il diritto come sistema di norme è depurato da ogni contenuto morale, sostituendosi a esso l'utilità di ciascuno a vivere in una condizione di pace; dall'altro lato, però, la morale individuale resta, per così dire, nella disponibilità dei consociati, e opera quale *ratio agendi*. Di qui il riferimento allo storicismo, che Ascarelli riprenderà più avanti nel discorso: egli sottolinea come il pensiero giuridico moderno è tale appunto rispetto a un'etica che « rifiuta di fissarsi in norme materiali [vedendo] nel bene una continua tensione verso il bene. È questa posizione che poi rende possibile lo storicismo ». ³⁶

Lo storicismo è dunque possibile (ed è una possibilità che ha del paradossale, e il paradosso è ben sottolineato da Ascarelli), all'interno della prospettiva hobbesiana, appunto in forza della riduzione del diritto all'economia; nel senso che se il diritto – inteso come ordinamento – deve servire all'utilità dei singoli, cioè a rendere migliore la convivenza rispetto a quanto accadrebbe in assenza dell'ordinamento, ne consegue allora che i singoli possono contestare, dal punto di vista etico-morale, l'"utilità" delle norme che compongono l'ordinamento; c'è in sostanza la legittimazione alla ribellione a partire dalla razionalità e dalla libertà individuali (libertà di cui fa parte il prendere posizione sulla legge esistente, in forza di quella hobbesiana *reason of the vulgar* che Ascarelli guarda con favore per sottrarre il diritto al "monopolio dei dotti", lungo un percorso che condurrà alla democrazia); a partire, potremmo dire impiegando l'efficace ma scarsamente considerata

34 ASCARELLI (1960) 18.

35 ASCARELLI (1960) 18.

36 ASCARELLI (1960) 18, nota 44.

proposta teorica di Bruno Leoni,³⁷ dalle pretese individuali dei consociati (su cui ritornerò). E si tratta di pretese che vanno giudicate in forza di un criterio che è bensì utilitaristico ma non restringibile all'esclusiva dimensione materiale dell'essere umano, anzi estendendosi e coprendo esso tutto il campo dell'agire individuale. Tutto ciò porta allora a incentivare l'azione del singolo, al quale non potrà essere opposto l'ordinamento nella sua 'oggettività',³⁸ perché tale oggettività è in realtà un risultato cui tendere ma mai raggiungibile; e proprio all'interno di questa tensione opera la libertà del singolo, che assumendo sempre e comunque un connotato etico-morale è in sé forza trasformatrice (almeno in potenza, cioè nel senso di un tendere alla trasformazione dell'esistente).³⁹ Dunque lo storicismo entra nel discorso di Ascarelli nella prospettiva del mutamento del diritto come necessità appunto storica, a partire dalle necessità degli individui che nella storia agiscono; una necessità che è perciò etica, perché per agire bisogna rappresentarsi un fine cui tendere; e questo fine discende dalla "visione del mondo" che si ha, e in vista della quale ci si impegna e si opera:⁴⁰ « Non è possibile agire senza porre insieme la propria azione come valore [...] ». ⁴¹ La legge opportuna è quindi quella che si modifica in relazione alle nuove esigenze individuali (quando, può aggiungersi, abbiano raggiunto un tasso minimo di rilevanza sociale, e cioè siano sufficientemente diffuse); ma qui allora sorge il successivo problema (che è forse "il" problema soprattutto dell'Ascarelli della maturità) del difficile rapporto tra continuità e discontinuità storica e quindi

37 LEONI (2004).

38 All'uopo possono essere richiamate alcune nette prese di posizione di SATTA (1959), spec. 16 ss., e in particolare 19, ove si legge che « non vi è, al di fuori del concetto, un ordinamento obbiettivo, un dualismo fra soggetto e ordinamento ».

39 Sarebbe allora interessante riflettere in parallelo sulla filosofia della *praxis* gramsciana. Più in generale v. RESCIGNO (2014) [questa e le altre relazioni tenutesi in occasione del Convegno organizzato dall'Accademia dei Lincei di Roma in data 30–31 gennaio 2014 possono essere riascoltate sul sito internet di Radio Radicale: <https://www.radioradicale.it/scheda/402259/attualita-del-pensiero-di-antonio-gramsci-convegno-in-occasione-della-edizione> (prima giornata); <https://www.radioradicale.it/scheda/402260/attualita-del-pensiero-di-antonio-gramsci-seconda-giornata> (seconda giornata)].

40 ASCARELLI (1960) 20: « Valutazione etica e valutazione utilitaristica della legge tenderanno a coincidere (attraverso la estensione della considerazione utilitaristica a tutto il genere umano) ed appunto in quanto il momento etico individuale viene da un lato concepito autonomamente e dall'altro coordinato con un fine universale ».

41 ASCARELLI (1960) 69; e v. *infra* nota 91.

interpretativa, sul quale appunto le riflessioni di Ascarelli andrebbero riprese e criticamente ripercorse, se non altro perché egli, in ragione della morte prematura, non riuscì a dar vita a una compiuta teoria dell'interpretazione, come forse avrebbe avuto in animo di fare.⁴²

Ma allora, se la libertà del singolo non può essere cancellata, appunto perché fondata a partire dall'etica individuale, essa va direttamente a intersecarsi con la questione dell'ordine sociale, ché infatti « la libertà è definitivamente sacrificata e ritrovabile solo col ritorno allo stato di guerra », ⁴³ così ritornandosi a una contrapposizione che in Hobbes è insuperabile e « il cui superamento solamente potrà dare lo stato democratico ». ⁴⁴

Si può del resto aggiungere che, *mutatis mutandis*, anche lo Stato democratico può conoscere un problema di “assolutismo”, quell'assolutismo della maggioranza che da più parti è stato da tempo denunciato, sottolineandosi come anche la legge prodotta da una procedura democratica, una volta entrata in vigore, ponga necessariamente il problema del suo costante adeguamento in relazione agli svolgimenti storici della comunità i cui rappresentanti hanno già legiferato. Donde il tema, oggi attualissimo proprio nelle società liberal-democratiche e come tali società aperte, della crisi della sovranità democratica *sub specie* di “sovranità parlamentare”, di fronte al crescente fenomeno di trasformazione del diritto a opera della giurisprudenza, in questo senso creatrice di diritto, ⁴⁵ e forse “sovrano occulto”. Una sovranità parlamentare in crisi in quanto presupposto dell'assolutismo legislativo; crisi che porta alla domanda se da una “democrazia legislativa” si possa passare a una “democrazia giudiziaria”, soprattutto al fine di adeguare i mutamenti del diritto in conformità con i tempi di attesa dei consociati, i quali spesso reagiscono attraverso lo strumento processuale (e quindi ritorna l'idea della pretesa individuale quale strumento di cambiamento), sia in presenza di un vuoto normativo, sia in presenza di una previsione normativa che in quanto

42 Cfr. quanto ha significativamente osservato TUNC (1966) ix (che riproduce le parole scritte nel 1960 in occasione del necrologio di Ascarelli), riferendo di un colloquio avuto con quest'ultimo « [p]eu de temps avant sa mort »: « Seule l'intéressait vraiment la philosophie du droit, vue notamment sous l'angle historique ».

43 ASCARELLI (1960) 20.

44 ASCARELLI (1960) 21.

45 V. la colta e appassionata critica che si legge in LUCIANI (2016).

tale configura una staticità che si oppone alla vita sociale⁴⁶ e di cui si tenta il superamento per via giudiziale.

Esattamente in questo senso, mi pare, emergono le ragioni di una libertà individuale che possa efficientemente operare « nella determinazione della legge ». ⁴⁷

3. L'interpretazione del diritto e il problema dello sviluppo storico-sociale

A questo punto del discorso Ascarelli si focalizza sull'interpretazione: e se « Hobbes è tra gli smaliziati che sanno che ogni legge ha bisogno d'interpretazione », ⁴⁸ tuttavia egli ritiene che non sia possibile superare i « dubbi che il testo può porre senza tradire la volontà sovrana... finendo allora per negare l'interpretazione stessa », ⁴⁹ all'uopo elaborando allora « criteri interpretativi risalenti alla *ratio* della legge ». ⁵⁰

È su questo terreno che si svolge la disputa tra Hobbes e Coke, e quest'ultimo finirà « per segnare un punto », ⁵¹ ma è anche il terreno sul quale, per dir così, lo stesso Hobbes va oltre se stesso, approdando a uno « storicismo interpretativo ».

Vediamo perciò, pur brevemente, i termini della questione per come li presenta Ascarelli: ⁵² Coke difende l'idea di una legge di ragione (il riferimento è alla famosa, o piuttosto famigerata, *naturalis ratio*) che trascende la legge degli uomini; Hobbes difende l'idea della legge come comando del sovrano (e, potremmo dire, come comando di chi esprime la sovranità, quindi, in termini contemporanei, il discorso ben può estendersi alla sovranità democratica), rispetto alla quale legge, e ai fini interpretativi, emerge il

46 In questo senso si può ancora vedere Satta (1959) 18 s.: « [L]a giurisdizione non presuppone affatto la legislazione: ma ci sembra che questa distinzione, almeno sul piano logico, metta in chiara luce il rapporto fra giudizio e realtà, il ricrearsi della realtà come verità attraverso il giudizio ».

47 ASCARELLI (1960) 21, nota 47.

48 ASCARELLI (1960) 24.

49 ASCARELLI (1960) 25.

50 ASCARELLI (1960) 25.

51 ASCARELLI (1960) 25.

52 ASCARELLI (1960) 25 ss.

criterio della *ratio legis*, in questo senso contrapposta alla *naturalis ratio*. Laddove la *naturalis ratio* è statica (appunto perché preesistente alla legge e uguale a se stessa, rispondendo a un ordine di ragione che sovrasta la ragione umana e quindi la storia come processo in continuo svolgimento), la *ratio legis* è dinamica (e qui riaffiora il problema e forse la contraddizione hobbesiana), perché, posta l'esistenza della legge del sovrano, e posta l'insuperabile necessità della legge di dover essere interpretata per poter essere applicata, la legge entra automaticamente nella dimensione della storicità, intesa qui nel senso dello svolgimento appunto storico della società; uno svolgimento che, come tale, è trasformazione, a fronte della quale il ricorso alla *ratio legis* è garanzia di fedeltà al precetto (continuità), ma una fedeltà dinamica in ragione del contesto (discontinuità), e pertanto la *ratio legis* apre all'interpretazione "storicamente adeguata".

Ascarelli segnala in questo senso anche la « superiorità democratica di Hobbes », ⁵³ perché, laddove Coke si appellava « a quell'*artificial reason* che [egli] voleva rivendicare come monopolio del giurista e con la quale voleva affermare la razionalità della legge contro la sua storicità », ⁵⁴ Hobbes sostiene che « basta la ragione di ciascuno, la *reason of the vulgar* come era stata chiamata nel Leviathan »: ⁵⁵

Politicamente Hobbes rivendicava proprio l'autorità del sovrano da un lato e la ragione dell'uomo comune dall'altro (*the vulgar*) contro il monopolio che Coke rivendicava a favore di una "corporazione" di giuristi; nei confronti di un privilegio medioevalizzante rivendicato da Coke, Hobbes rivendicava lo stato moderno e quella ragione che è data a ciascun uomo e che sempre viene negata attraverso lo schermo di una misteriosa e non indagabile tecnica. ⁵⁶

La questione ritorna oggi, ⁵⁷ quando si contrappone un diritto giurisprudenziale frutto di una conoscenza tecnica (che è potere) di ceto (appunto il ceto dei giuristi), e come tale connotato da certo un tasso di aristocratismo, alla volontà democraticamente espressa dalla e nella legge del parlamento.

Ma la contrapposizione tra Hobbes e Coke fa sorgere altri interrogativi.

53 ASCARELLI (1960) 29.

54 ASCARELLI (1960) 29.

55 ASCARELLI (1960) 29.

56 ASCARELLI (1960) 29 s.

57 V. ancora LUCIANI (2016).

Da un lato, infatti, il riferimento alla *reason of the vulgar* può legittimare appunto quell'azione individuale che, tanto in chiave interpretativa (e si pensi, prima di tutto, all'interpretazione che della legge fa il destinatario, cioè il cittadino, per decidere come determinarsi all'azione) quanto in chiave applicativa, provoca, in riferimento al cosiddetto diritto vivente, il mutamento della norma di fronte a una disposizione che rimane immutata.

Dall'altro lato, tuttavia, il riferimento all'*artificial reason* indica anche che, se il diritto è un sapere tecnico e come tale riservato a un ceti intellettuale, questo medesimo ceti, appunto in virtù d'interpretazione (attività tecnica per eccellenza), può introdurre mutamenti del diritto e nel diritto, e ancora una volta fatto salvo il testo della legge.

Con la conseguenza che Hobbes, non potendo se non rifiutare l'idea del carattere creativo dell'interpretazione, « perché il suo comando sovrano rimaneva sostanzialmente un comando già posto anziché sempre riformulato in un consenso; ammettendo invero un continuo ritrovamento del comando, l'assolutezza stessa della sovranità avrebbe, pur nella riaffermazione, acquistato altro significato e a una storia vista essenzialmente come passato si sarebbe sostituito un presente aperto al futuro [...] », ⁵⁸ è superato da Coke sul piano della "politica del diritto"; il quale Coke segna così il suo punto di vantaggio perché, per usare appunto l'espressione tarelliana, compie consapevolmente un'autentica e raffinata operazione di politica del diritto: « La rivendicazione medioevalizzante di Coke era in realtà strumento per costituire, sotto lo schermo della riaffermazione di antiche tradizioni, moderne libertà [...] ». ⁵⁹

Ecco che allora la *naturalis ratio*, la razionalità che trascende la legge umana, viene incorporata nell'*artificial reason* del giurista, che, in quanto dotto e pertanto sapendo ciò che il *vulgar* non sa, è in grado, nel corso del tempo, di controllare e governare i movimenti del diritto; una *naturalis ratio* che quindi si umanizza, storicizzandosi, e così "ritorna sulla terra", e lo fa venendo attratta nella sfera della sapienza tecnica di un ceti che acquisirà legittimazione nel governo della giuridicità; un governo che non potrà essere dunque qualificato assolutistico perché, appunto staccando il diritto dalla legge (operazione di politica del diritto), condurrà a presentare la *common law* come il frutto di un'evoluzione spontanea, idea che, se « è certo critica-

58 ASCARELLI (1960) 30.

59 ASCARELLI (1960) 31.

bile storicamente»,⁶⁰ ha senza dubbio esercitato e continua a esercitare un indiscutibile fascino intellettuale (e basti citare qui, quale esempio particolarmente significativo, il vero e proprio ‘amore a prima vista’ di Friedrich Hayek per Inghilterra e *common law* inglese, destinato ad accompagnarlo per tutta la vita), soprattutto perché ha dalla sua la forza di essere percepita come una « conciliazione tra storia e ragione ». ⁶¹

Una conciliazione, del resto, mai facile perché interna tanto alla storia quanto alla ragione, ragione che così diviene storicizzabile e assume inequivocabili tratti d'immanenza, in un percorso (per usare un'aggettivazione gramsciana) “molecolare”, rispetto al quale le continuità e le discontinuità sono sempre compresenti e sempre superate. Una conciliazione che ha la sua premessa nella contrapposizione costante tra un “diritto”, mancipio del giurista, e una “legge”, mancipio del parlamento, tant'è vero che (ne ho fatto cenno anche più sopra) essa è fortemente avvertita all'interno delle contemporanee democrazie, perché, a monte, è ineliminabile il conflitto sotteso a ogni esigenza di mutamento del diritto. E infatti, nell'attuale momento, quando ormai sono robuste le critiche nonché le insofferenze⁶² verso quello che si potrebbe provocatoriamente chiamare “creazionismo giudiziario”,⁶³ ritorna lo scontro tra una *reason of the vulgar*, che è incorporata dalla legge attraverso il meccanismo della rappresentanza parlamentare, e quell'*artificial reason* che invece sottrae al parlamento, e quindi, secondo alcuni, alla democrazia, quella sovranità che non dovrebbe essere monopolio di ceto perché diffusa nel popolo appunto per mezzo delle procedure democratiche. Ma come dicevo sopra, anche la democrazia parlamentare può degenerare in “assolutismo democratico”, realizzatosi ad esempio nella tendenza a fare del testo legislativo, se non un feticcio, comunque un ostacolo al necessario svolgimento del diritto nella dimensione della storicità; e in questo senso, oggi come allora, l'appello al giurista (e in particolare al giudice) contro il “sovrano democratico”, per eterogenesi dei fini o per una strategia di politica

60 ASCARELLI (1960) 31.

61 ASCARELLI (1960) 32.

62 V. ancora LUCIANI (2016).

63 L'espressione “creazionismo giudiziario” è, fin dal titolo, in BARBERIS (2015), ma l'autore, in senso opposto, la usa riferita alla « concezione del diritto più diffusa qui e oggi: un mix di positivismo e di realismo giuridico – continentali – che riduce il diritto a legislazione, l'interpretazione a esegesi della legge e il *common law* a un'eccentricità inglese, tipo la caccia alla volpe) » (68).

del diritto consapevole, si rivela essere ancora una volta uno strumento efficace per approdare a quella “conciliazione” tra storia e ragione che attualmente si presenta nelle forme di un giudice che compete con il legislatore: un giudice che ha il vantaggio, rispetto al legislatore, di poter trasformare il diritto nel momento del processo e in presenza di una lite,⁶⁴ dando così luogo a un meccanismo trasformativo che può assumere (e non si può negare che spesso sia in effetti così) tratti di maggiore vicinanza alle esigenze della libertà individuale (quella libertà che spinge all’azione, anche all’azione processuale), e che invece, non paradossalmente, la democrazia di massa può non pienamente valorizzare.

4. L’ordine giuridico e il problema della sua “oggettività”

Anche in Leibniz il problema interpretativo è centrale, e Ascarelli sottolinea anzi come la novità e la modernità di quest’ultimo stia proprio nell’affermazione « che il diritto non ha senso fuori dall’applicazione, e che l’applicazione deve poter essere argomentata per ogni possibile caso nonostante peculiarità di situazioni di fatto o antinomie di testi ». ⁶⁵ Ma « [l]a chiave della soluzione è... data dalla logica, dalla ricostruzione sistematica », ⁶⁶ appunto nell’idea (diversa e anzi opposta a Hobbes) per cui il diritto è quello « vigente e tramandato », ⁶⁷ e l’interpretazione rinviene la sua forza proprio nella circostanza che il sistema non solo è dato ma ha una sua logica interna, in quanto « espressione di un ordine razionale sottratto alla storia e alla volontà », ⁶⁸ dunque proprio questa logica interna può essere dispiegata attra-

64 E del resto si può ancora una volta richiamare SARTI (1959) 17 s.: « L’ordinamento si identifica... col giudizio, con la giurisdizione nei due indissociabili elementi della postulazione (azione) e del giudizio propriamente detto. La risoluzione dell’ordinamento nella giurisdizione è comprovabile in molti modi: storicamente in quanto è noto che la primitiva formazione dell’ordinamento è giudiziale (il giudice precede il legislatore), e del resto l’ordinamento è in ogni tempo in perpetuo divenire attraverso la giurisdizione; logicamente perché la norma si pone nel concreto, cioè esiste in quanto applicata, non avendo alcun valore la norma che rimane... pura enunciazione astratta... senza considerare, ed è anzi preliminare constatazione, che la realtà è ordinata proprio perché c’è il giudizio che la riconosce ».

65 ASCARELLI (1960) 35.

66 ASCARELLI (1960) 35.

67 ASCARELLI (1960) 34.

68 ASCARELLI (1960) 37.

verso un'interpretazione logico-sistematica che rappresenterà un « modello di quell'indirizzo che secoli dopo sarà detto della giurisprudenza concettuale ». ⁶⁹

Ascarelli naturalmente non crede alle teorie giuridiche poggiate su se stesse, e cioè sul vuoto:

La posizione rispondeva a quella della società nella quale il Leibniz operava; nella persistente sua struttura signorile e nella mancanza di una borghesia, in una sostanziale accettazione di un ordine costituito nei cui confronti ben modesto era il movimento di critica e riesame. ⁷⁰

Ma il pensiero di Leibniz non è statico, ⁷¹ e Ascarelli sottolinea come egli pervenga progressivamente a contrapporre « la logica del necessario (matematica) e quella del contingente (giurisprudenza) ». ⁷² Quindi anche in Leibniz in qualche modo la storia fa breccia e penetra nella tematica ermeneutica, così potendosi distinguere tra un'esegesi *ex textu* (interpretazione conforme alla *ratio legis*) ed esegesi *ad textum* (interpretazione letterale). ⁷³ In Leibniz permane del resto la tensione che Ascarelli rappresenta nei termini di una contrapposizione tra storia interna, che è il dispiegamento della logica del sistema giuridico, e storia esterna, che è la storia degli uomini; ⁷⁴ con la conseguenza che « [i]l passaggio dalla legislazione al diritto è il passaggio logico al sistema, sistema che ha un suo valore e un suo sviluppo interno, che

69 ASCARELLI (1960) 38.

70 ASCARELLI (1960) 39.

71 Si v. la splendida biografia di Leibniz scritta da ANTOGNAZZA (2015): sul Leibniz "giurista" spec. 80 ss. e 309 ss.

72 ASCARELLI (1960) 40, nota 103.

73 ASCARELLI (1960) 43, nota 115 *in fine*. E si veda il commento di ROMAGNOSI (1845) 98, § 262, il quale, partendo da Leibniz (anche con accenti critici), distingue appunto tra un'esegetica razionale e un'esegetica letterale: « La razionale fu appellata *ex textu*, la letterale *ad textum* », impostando in questi termini la distinzione: « La razionale si occupa a determinare, con la scorta di varj testi che hanno fra loro connessione d'oggetti e di ragione, la mente del Legislatore, senza badare all'ordine materiale con cui stanno nel Codice. In essa non si tratta della cortecchia delle parole, ma sì bene dell'intrinseca disposizione della legge, il cui senso si ha in mira o di sostenere, o di confutare... Ma, oltre al testo della legge, vi sono altri sussidj, dei quali lo studioso si deve giovare nell'Esegetica; e questi sono: 1. i motivi che accompagnano le leggi medesime; 2. le decisioni dei Tribunali; 3. le argomentazioni dei Trattatisti; 4.º le consultazioni per la verità degl'illustri Giureconsulti ».

74 ASCARELLI (1960) 44.

trova conferma e dispiegamento nella storia, ma che idealmente la precede; sistema pel cui progressivo esperimento la storia offre l'occasione». ⁷⁵ Prospettiva, questa, che peraltro non necessariamente mette in scacco l'interpretazione riducendola a un mero svolgimento della logica interna del sistema, perché, anche se la storia dell'uomo va ricondotta al sistema giuridico in forza di una razionalità intrinseca a quest'ultimo che anticipa gli svolgimenti storici futuri, si porrà comunque un problema interpretativo di adeguamento, per così dire, della cosa all'intelletto, cioè dell'accaduto al sistema, secondo il procedimento classico di sussunzione, che però in sé già contiene il presupposto per il suo superamento, nel senso della parzialità e quindi dell'insufficienza del logicismo giuridico, come tale inidoneo a realizzare compiutamente quell'operazione di adeguamento che invece si prefigge di compiere. Ciò che del resto ancora sta verificandosi, così infatti riproponendosi anche oggi la questione dei limiti dell'interpretazione e dei rapporti tra storia e diritto, nonché tra diritto e legislazione.

Peraltro – osserva Ascarelli –, Leibniz non era insensibile

a differenze storiche e ambientali, insensibilità che sarebbe stata in contrasto con tutto il rilievo dato dal Leibniz all'individualità, ma che apriva appunto il problema di una conciliazione tra necessario e contingente, universale e individuale che diviene più evidente nel secondo periodo dell'opera leibniziana, nel quale corrispondentemente lo stesso concetto di giustizia si fa meno matematico. ⁷⁶

Uno dei problemi che Leibniz si propone di risolvere è infatti quello della « conciliazione tra ordine universale e individuo », ⁷⁷ conciliazione che nella prospettiva giuridica è espressa dal tendere del diritto positivo, *ope interpretationis*, a quel diritto naturale il quale, inteso quale deposito della *naturalis ratio*, è precostituito allo sviluppo storico, e come tale rappresenta un sistema chiuso, perché « l'assente dal sistema è forse proprio la storia come opera collettiva »: ⁷⁸ « Le verità giuridiche sono virtualmente innate e l'esperienza è occasione al loro sviluppo »; ⁷⁹ « la probabilità di verità che si coglie nel

75 ASCARELLI (1960) 44, che, in nota 133, aggiunge: « Nota la persistenza di questa posizione non troppo lontana da quella ora sostenuta da Betti facendo capo a un eccesso di normatività, eccesso già *ab initio* contenuto, ma che poi si discoprirebbe col tempo ».

76 ASCARELLI (1960) 53.

77 ASCARELLI (1960) 54.

78 ASCARELLI (1960) 57.

79 ASCARELLI (1960) 55. E cfr. ANTOGNAZZA (2015) 476: « [L]'esperienza desta ciò che resterebbe altrimenti come dormiente ».

diritto positivo non è che un momento del cammino della necessaria verità del diritto naturale». ⁸⁰ La parola chiave è qui « probabilità », e lo è « sotto il profilo della verità del diritto e collegandosi... alla distinzione tra necessità e possibilità; tra certezza matematica e certezza morale; tra principî a priori e a posteriori. Nello sforzo appunto di trovare nel concetto di probabilità il raccordo e il completamento del sistema »; ⁸¹ perché « [i] problema leibniziano è appunto quello di trovare nella probabilità un oggettivo criterio di verità, ritrovando in essa una logica del contingente in contrapposizione con una logica del necessario (quale la matematica), logica quest'ultima insufficiente nel diritto ». ⁸² Ma la probabilità apre allora la via alla libertà individuale, ⁸³ perché proprio la libertà di azione è ciò che consente di raggiungere quella perfezione del sistema, che è già in sé ma non è ancora oggettivato, se non come progressiva concretizzazione storica che si attua nella libertà; la libertà è allora strumento di verità in questo senso: l'*a priori* della *naturalis ratio* diventa l'*a posteriori* della, e nella, libertà dell'uomo, perché è impossibile conoscere l'oggettivazione della *naturalis ratio* se non nella storia, che dunque funzionerà come meccanismo di adeguamento appunto fondato sulla probabilità di conseguire quel risultato che è oggettivamente certo fin dal principio quanto alla sua esistenza, ma è altrettanto incerto quanto al suo raggiungimento, del quale è condizione necessaria l'esercizio della libertà.

Ma allora la libertà dell'azione è indispensabile affinché tale raggiungimento sia almeno probabile. E si tratta di una probabilità (ma qui è il pensiero di Ascarelli che si sovrappone a quello di Leibniz: e del resto si può notare come in pressoché tutte le pagine Ascarelli dialoghi senza infingimenti con i due grandi del passato, e ciò proprio per sottolineare, in senso crociano, come la storia dell'uomo sia la storia della lotta per la libertà) intesa « non come logica che permetta di scoprire una già posta verità, ma come previsione di successi e di effetti, come calcolo di possibili effetti

80 ASCARELLI (1960) 55.

81 ASCARELLI (1960) 57.

82 ASCARELLI (1960) 57 s.

83 Ed è significativo che un autore così sensibile alle ragioni della libertà individuale si sia occupato della questione: LEONI (1947). Cfr. anche ZARKA (1997): su Leibniz 439 ss.; e v. il seguente rilievo (440, testo e nota 25): « [I] termine soggetto di diritto, *subjectum juris*, si trova esplicitamente in Leibniz. Andiamo ancora più in là: Leibniz ne è probabilmente l'inventore ».

negativi o positivi rispetto a un fine desiderato; come... scommessa sul futuro e su un futuro che la nostra azione concorre nel determinare». ⁸⁴

Il senso dello sguardo leibniziano al sistema e all'interpretazione logico-sistematica sta dunque in ciò: che attraverso l'interpretazione si riconduce la realtà e quindi la storia nell'alveo di quella *naturalis ratio* che trascende l'uomo (e in questo senso Ascarelli sottolinea come, in Leibniz, l'interpretazione, « necessario strumento euristico per cogliere una verità... è sempre dichiarativa di un dato già esistente »⁸⁵), poiché la storia è semplice « successivo svolgimento di già poste verità », ⁸⁶ così « trasportando ad un diritto storicamente dato gli attributi di un diritto naturale e meglio ancora... accentuando nei confronti di un sistema dato la possibilità di un suo razionale ordinamento ». ⁸⁷

Di qui l'influenza di Leibniz sulla “moderna” dogmatica, in ragione della

costante tendenza della dogmatica all'idealizzazione del diritto tramandato inteso quale punto di arrivo nei cui confronti gli sviluppi attuali vengono considerati quale tralignamento. Posizione però questa che la dogmatica, nel suo riferimento al diritto positivo, pur deve rifiutare, tornando allora alla dicotomia con un mondo giuridico frutto della storia, della umana volontà e della umana azione, che tuttavia attraverso un suo ordinamento sistematico pur potrebbe assurgere a ordinamento esauriente e definitivo ». ⁸⁸

Con il che ci troviamo di fronte a un problema pressoché insuperabile, perché se fosse superabile ci imbatteremmo davvero nella “fine della storia”: mi riferisco al problema del rapporto tra un ordinamento che precede o che comunque insegue la sfera degli umani accadimenti e uno svolgimento storico che come tale tende necessariamente al futuro (separandosi dal passato in modi che possono anche essere traumatici).

Una possibile soluzione (che è poi del resto quella oggi in campo) sembra passare non tanto per il sentiero ormai invero piuttosto battuto della “discrezionalità giudiziale”⁸⁹ e di tutto ciò che può ricondursi alle questioni di tecnica interpretativa in senso stretto, quanto soprattutto lungo la via che

84 ASCARELLI (1960) 67.

85 ASCARELLI (1960) 59, testo e nota 177.

86 ASCARELLI (1960) 62.

87 ASCARELLI (1960) 61.

88 ASCARELLI (1960) 63.

89 Non ha perciò torto NIVARRA (2015) 585 nel qualificare la questione come « ormai abbastanza trita ».

conduce a un'espansione della giuridicità per via interpretativa (e la vicinanza con la proposta “pan-ermeneutica” di Betti è notevole); il che suggerisce non già un mero ripensamento, anche in chiave gerarchica, delle fonti del diritto, ma la necessità di adeguare questo pluralismo nomo-poietico prodotto dalla pluralità delle fonti alla ricchezza assiologica del contesto storico-politico (e ciò per via ermeneutica), contesto che, quanto meno all'interno delle società liberal-democratiche, e come tali “aperte” (riutilizzo questo aggettivo, nel segno del « cammino della civiltà che diciamo moderna »⁹⁰), esprime un progressivo e costante ampliamento delle libertà individuali,⁹¹ rispetto al quale fenomeno il ruolo della giurisprudenza può essere allora oggi appunto ripensato in chiave teorica quale fonte di produzione del diritto attraverso un massiccio ricorso all'ermeneutica, in competizione con il legislatore. Tutto ciò, come accennato, in un quadro generale che evidentemente mette in crisi il tradizionale assetto della democrazia “legislativa”, se non altro in ragione dei tempi di risposta del legislatore rispetto alle aspettative di tempo dei consociati,⁹² onde l'incalzare di un modello di democrazia “giudiziaria”, fenomeno rispetto al quale il giurista è chiamato a prendere posizione in quanto tale modello è una delle forme rappresentative della giuridicità contemporanea, e sul quale il giurista può e deve incidere, poiché, come ancora Ascarelli ha scritto (e il monito può senza dubbio essere fatto nostro anche oggi), è « costante e inevitabile l'influenza delle valutazioni dell'interprete, riflettendosi nella interpretazione e nello sviluppo dottrinario le convinzioni dell'ambiente, le sue tradizioni, le sue speranze ».⁹³

Una giurisprudenza, allora (e qui semplicemente evoco alcune intuizioni rimaste allo stato frammentario di Bruno Leoni⁹⁴), che possa operare quale

90 ASCARELLI (1960) 65.

91 In questo senso leggiamo infatti nella parte finale dello scritto [Ascarelli (1960) 69]: « Non è possibile agire senza porre insieme la propria azione come valore, senza perciò insieme affermare un'origine generale. Ma non v'è mai ordine posto che possa sostituire la responsabilità dell'azione e della scelta, facendo della nostra azione mera applicazione di univoche nozioni date; il momento volontaristico della libertà tornerà sempre a contrapporsi a quello intellettualistico di un ordine morale già posto. E la dicotomia si riproduce nella esperienza giuridica, pel legislatore e per l'interprete... E tra i due momenti [*scil.* volontaristico e intellettualistico] ricorrentemente si inserisce, come mediatrice, la probabilità alla quale si affida l'azione per la sua conciliazione con un ordine generale ».

92 CUBEDDU (2016).

93 ASCARELLI (1956) 86.

94 V. spec. i saggi raccolti in LEONI (2004).

“ragion pratica” dello sviluppo del diritto, in una costante attualizzazione di esso, e quindi in un costante superamento del diritto posto (quale ne sia la fonte), nell’idea che l’interpretazione non può essere intesa « come ripetizione o dispiegamento, ma come posizione di un atto di volontà, se pure vincolato a un dato ». ⁹⁵ Un vincolo (e qui sta il problema più spinoso) che certo oggi non può non tener conto di quella massa (a volta anche, se non caotica, difficilmente controllabile) di fonti “nuove” (e non tutte, come noto, hanno la stessa incidenza, ma tutte in qualche modo partecipano alla trasformazione di questo “dato” da cui l’interprete non può non muovere); ma con la precisazione che la giurisprudenza (una giurisprudenza che, beninteso, non potrà essere considerata solo in prospettiva “nazionale”) realizza la funzione di rendere attuale la volontà delle parti del giudizio rispetto alle pretese da esse fatte valere, così dunque armonizzando tali pretese in un contesto democratico: una democrazia che, intesa soprattutto come luogo politico nel quale la libertà individuale trova realizzazione, è e deve essere in costante espansione; una democrazia rispetto alla quale la giurisprudenza svolge il ruolo di forza centripeta e di forza centrifuga. Si tratta insomma di un progressivo e costante superamento del “diritto” ma non della “giuridicità”; superamento necessariamente realizzato per via interpretativa, posto che, sempre, l’interpretazione del diritto fa propri i problemi dell’attualità. Se è così, l’interpretazione, appunto in quanto tecnica, non potrà che partire dal diritto per poi allontanarsene, ma la perdita di continuità con il diritto (e la sopravvenuta discontinuità con esso) viene allora recuperata sul terreno della giuridicità, in relazione alla quale si afferma, anche metodologicamente, il valore della continuità quale necessità storica con riguardo alla sfera della libertà e dell’azione, perché non ci può essere azione se non v’è libertà.

A questo proposito possono essere richiamate le seguenti parole di Ascarelli:

Il giudizio sulla osservanza di questa continuità [tra applicazione della norma e interpretazione] è a sua volta affidato a un’attuale concordanza, a un sempre attuale, potrebbe dirsi, contratto sociale; questa concordanza sarà sempre posta in fine all’argomentazione sia per quanto concerne la identificazione del dato scelto a punto di partenza come per quanto concerne il suo sviluppo. ⁹⁶

95 ASCARELLI (1960) 64.

96 ASCARELLI (1960) 64. E ivi egli così prosegue: « Appunto di fronte a questa sempre attuale concordanza, la proposizione giuridica presenta solo una probabilità di verità, probabilità

Tale contratto sociale, che deve essere mantenuto costante perché esso rappresenta la garanzia di democraticità dell'ordine politico-giuridico, può quindi oggi ripensarsi nella prospettiva di un diritto giurisprudenziale nient'affatto (come tale) arbitrario, incontrollabile, al limite sovversivo di quell'ordine giuridico entro il quale si muove; al contrario il diritto giurisprudenziale può assumere un ruolo attivo nel senso di una fedeltà alla dimensione di una giuridicità storica e come tale immanente, che pertanto legittima gli scostamenti non tanto dall'oggettività del diritto, che non esiste, ma da quelle interpretazioni che è opportuno superare, in forza di un giudizio di valore che, se storicamente fondato, è destinato ad assumere centralità assiologica e quindi argomentativa (così certamente riavvicinandosi alla sfera dell'oggettività, ma nella consapevolezza metodologica che anche l'oggettività del giudizio deve adeguarsi a ciò che accade, non perciò divenendo più debole o meno persuasivo): « Le stesse diverse teorie dell'interpretazione si rivelano così strumento di azione e di determinate azioni », ⁹⁷ nella convinzione che le “parole del diritto” non possono che seguire lo sviluppo del diritto in ragione del cambiamento sociale, « sviluppo nel quale [i] concetti [dogmatici] trovano il loro criterio di verità », ⁹⁸ proprio nella prospettiva della logica del contingente che abbiamo prima visto, ma in questo modo divenendo così anche logica del necessario rispetto alle esigenze storiche (ciò che dà forza a quel “creazionismo giuridico” criticato in quanto sostanzialmente assunto come anti-democratico), e così forse superando quella che Ascarelli denuncia come « considerazione intellettualistica dell'interpretazione; il superamento di una considerazione dell'interpretazione intesa quale ricettario per scoprire ascosi significati e già poste soluzioni che solo attendono una loro esplicitazione ». ⁹⁹

che alla fine indica appunto il suo riferimento all'azione, la sua natura di programma che solo nell'azione trova la sua verità e il suo effettivo controllo ».

97 ASCARELLI (1960) 65.

98 ASCARELLI (1960) 65.

99 ASCARELLI (1960) 68, e ivi l'importante nota 192, che qui mi limito a richiamare.

Bibliografia

- ANTOGNAZZA, MARIA ROSA (2015), *Leibniz. Una biografia intellettuale*, trad. it., Milano
- ASCARELLI, TULLIO (1949a), *Diritti dell'America latina e dottrina italiana*, in: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 4, 906–921
- ASCARELLI, TULLIO (1949b), *Sguardo sul Brasile*, Milano
- ASCARELLI, TULLIO (1956), *Scienza e professione*, in: *Il Foro italiano*, IV, 86–96
- ASCARELLI, TULLIO (1960), *Hobbes e Leibniz e la dogmatica giuridica*, in: HOBBS, TH., *A dialogue between a philosopher and a student of the Common Law of England* / LEIBNIZ, G.W., *Specimen quaestionum philosophicarum ex iure collectarum – De casibus perplexis – Doctrina conditionum – De legum interpretatione*, Milano, 3–69
- BARBERIS, MAURO (2015), *Contro il creazionismo giuridico. Il precedente giudiziale fra storia e teoria*, in: *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 44, 67–101
- BIROCCHI, ITALO, BRUTTI, MASSIMO (2016), (a cura di), *Storia del diritto e identità disciplinari: tradizioni e prospettive*, Torino
- BRUTTI, MASSIMO (2015), *Emilio Betti e l'incontro con il fascismo*, in: BIROCCHI, ITALO, LOSCHIAVO, LUCA (a cura di), *I giuristi e il fascino del regime (1918–1925)*, Roma, 63–102
- CRIFÒ, GIULIANO (1962), *Onoranze a Emilio Betti (Roma, 22 novembre 1962)*, in: *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 28, 520–525
- CUBEDDU, RAIMONDO (2016), *La natura della politica*, Siena
- LEONI, BRUNO (1947), *Probabilità e diritto nel pensiero di Leibniz*, in: *Rivista di filosofia*, 1–2, 65–95
- LEONI, BRUNO (2004), *Il diritto come pretesa*, a cura di MASALA, ANTONIO, con Introduzione di BARBERIS, MAURO e Postfazione di FEBBRAJO, ALBERTO, Macerata
- LETTIERI, NICOLA (2010), *Fuori da uno splendido isolamento. Le scienze cognitive negli orizzonti della scienza giuridica*, in: *Sistemi intelligenti*, 2, 323–336
- LOSANO, MARIO G. (2015), *Tra Uruguay e Italia: Couture e Calamandrei, due giuristi democratici nell'epoca delle dittature europee*, in: POLOTTO, MARÍA ROSARIO, KEISER, THORSTEN, DUVE, THOMAS (a cura di), *Derecho privado y modernización. América Latina y Europa en la primera mitad del siglo XX*, Frankfurt am Main, 275–311
- LUCIANI, MASSIMO (2016), *Interpretazione conforme a costituzione*, in: *Enciclopedia del diritto*, Annali IX, Milano, 391–476
- NIVARRA, LUCA (2015), *Rimedi: un nuovo ordine del discorso civilistico?*, in: *Europa e diritto privato*, 3, 583–611
- RESCIGNO, PIETRO (2014) *Gramsci e l'esperienza del diritto*, in: *Rivista critica del diritto privato*, 32, 179–186
- ROMAGNOSI, GIAN DOMENICO (1845), *Opere (riordinate ed illustrate da DE GIORGI, ALESSANDRO)*, vol. VII, parte I, Milano

- SATTA, SALVATORE (1959), *Commentario al codice di procedura civile, libro primo. Disposizioni generali, sub art. 1*, Milano
- SOMMA, ALESSANDRO (2015), *Le parole della modernizzazione latinoamericana. Centro, periferia, individuo e ordine*, in: POLOTTO, MARÍA ROSARIO, KEISER, THORSTEN, DUVE, THOMAS (a cura di), *Derecho privado y modernización. América Latina y Europa en la primera mitad del siglo XX*, Frankfurt am Main, 11–46
- STELLA RICHTER JR., MARIO (2009), *Tullio Ascarelli studente*, in: *Rivista delle società*, 6, 1237–1280
- STELLA RICHTER JR., MARIO (2010), *Filippo Vassalli preside e la chiamata di Tullio Ascarelli alla Facoltà giuridica romana*, in: *Rivista del diritto commerciale*, 3, 693–728
- STELLA RICHTER JR., MARIO (2013a), « Ascarelli, Tullio », in: *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, vol. 1, Bologna, 108–111
- STELLA RICHTER JR., MARIO (2013b), *Tullio Ascarelli avvocato*, in: *Rivista delle società*, 1, 190–201
- TARELLO, GIOVANNI (1979), *Recensione di: R. ORESTANO, « Azione, diritti soggettivi, persona giuridica »*, in: *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 9, 281–283
- TUNC, ANDRÉ (1966), *Préface*, in: HOBBS, TH., *A dialogue between a philosopher and a student of the Common Law of England/Leibniz, G. W., Specimen quaestionum philosophicarum ex iure collectarum. – De casibus perplexis. – Doctrina conditionum. – De legum interpretatione, avec une étude introductive de T. Ascarelli, traduite par Cl. Ducouloux-Favard*, Paris, i–ix
- VILLA, VITTORIO (2005), *Il diritto come modello per le scienze naturali*, in: *Diritto & Questioni pubbliche*, 5, 31–41
- ZARKA, YVES-CHARLES, *L'invenzione del soggetto di diritto (trad. it.)*, in: *Filosofia politica*, 9, 428–443

Indice

- 1 | Massimo Brutti, Alessandro Somma
Introduzione
- 5 | Alfons Aragoneses
La memoria del derecho. La construcción del pasado en los discursos jurídicos
- 31 | Eliana Augusti
Quale storia del diritto? Vecchi e nuovi scenari narrativi tra comparazione e globalizzazione
- 49 | Massimo Brutti
Sulla convergenza tra studio storico e comparazione giuridica
- 81 | Antonello Calore
“Cittadinanza” tra storia e comparazione
- 95 | Salvatore Casabona
Solidarietà familiare tra mito e realtà: note minime su comparazione giuridica e microanalisi storica
- 111 | Tommaso dalla Massara
Sulla comparazione diacronica: brevi appunti di lavoro e un’emplificazione
- 149 | Thomas Duve
Storia giuridica globale e storia giuridica comparata. Osservazioni sul loro rapporto dalla prospettiva della storia giuridica globale

- 187 | **Giuseppe Franco Ferrari**
Law and history: some introductory remarks
- 207 | **Tommaso Edoardo Frosini**
Diritto comparato e diritto globale
- 219 | **Mauro Grondona**
Storia, comparazione e comprensione del diritto: Tullio Ascarelli, “Hobbes e Leibniz e la dogmatica giuridica”
Un esercizio di lettura
- 245 | **Luigi Lacchè**
Sulla Comparative legal history e dintorni
- 267 | **Pier Giuseppe Monateri**
Morfologia, Storia e Comparazione. La nascita dei “sistemi”
e la modernità politica
- 291 | **Edmondo Mostacci**
Evoluzione del capitalismo e struttura dell’*ordine giuridico*:
verso lo Stato neoliberale?
- 323 | **Matteo Nicolini**
Insidie “coloniali”, rappresentazione cartografica e processi
di delimitazione delle aree geogiuridiche africane
- 359 | **Luigi Nuzzo**
Rethinking eurocentrism. European legal legacy and Western
colonialism
- 379 | **Giovanni Pascuzzi**
La comparazione giuridica italiana ha esaurito la sua spinta
propulsiva?
- 389 | **Giorgia Pavani**
El papel de la historia del derecho en la formación del
“criptotipo centralista” en América latina

- 419 | **Giovanni Poggeschi**
Il rapporto fra lingua e diritto nel prisma della comparazione fra linguistica e teoria del diritto
- 457 | **Giorgio Resta**
La comparazione tra diritto e storia economica: rileggendo Karl Polanyi
- 477 | **Roberto Scarciglia**
Storia e diritto globale. Intersezioni metodologiche e comparazione
- 491 | **Mario Serio**
L'apporto della letteratura alla formazione storica del diritto inglese: l'impareggiabile opera di Charles Dickens
- 509 | **Alessandro Somma**
Comparazione giuridica, fine della storia e spoliticizzazione del diritto
- 541 | **Bernardo Sordi**
Comparative legal history: una combinazione fruttuosa?
- 551 | **Emanuele Stolfi**
Problemi e forme della comparazione nella storiografia sui diritti antichi
- 575 | **Vincenzo Zeno-Zencovich**
Appunti per una "storia giudiziaria contemporanea"
- 589 | **Contributors**