



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2020

GIOVANNI BLANDO

Realizzare l'origine

T. GAZZOLO, Una doppia appartenenza. Tullio Ascarelli e la legge come interpretazione, Pacini, Pisa, 2018

2/2020

GIOVANNI BLANDO*

Realizzare l'origine

T. GAZZOLO, *Una doppia appartenenza. Tullio Ascarelli e la legge come interpretazione*, Pacini, Pisa, 2018

Negli ultimi anni la figura di Tullio Ascarelli è stata oggetto di forte attenzione. Si tratta, tuttavia, di un'attenzione diversa rispetto al passato, quel passato che ha innegabilmente elevato il giurista romano al rango di luminaire del diritto commerciale. Che Tullio Ascarelli rappresenti una figura affascinante, per certi versi eclettica rispetto al panorama giuridico in cui si muoveva, non è scoperta recente ma è recente la valorizzazione di quella sensibilità, piuttosto prematura, che egli dimostrò per il tema della creatività e della storicità dell'interpretazione giuridica, in un tempo che accettava a fatica tutte le deviazioni dall'ortodossia positivista¹.

Il testo di Tommaso Gazzolo, *Una doppia appartenenza. Tullio Ascarelli e la legge come interpretazione*, descrive perfettamente la portata innovativa del pensiero ascarelliano su questi temi. L'obiettivo di Gazzolo è dichiarato sin dalle prime pagine e consiste nel «riflettere sul pensiero di Ascarelli relativo all'interpretazione del diritto, tentandone nuovi sviluppi, ricercandone nuove corrispondenze con la cultura giuridica, ma non solo, del suo e del nostro tempo» (pp. 9-10). Si tratterebbe, tutto sommato, di un obiettivo su cui già altri hanno lavorato², se non fosse che il testo di Gazzolo è impreziosito da alcune brillanti (e dotte) pagine in cui il problema dell'interpretazione del diritto così come impostato da Ascarelli è ricollegato in maniera inscindibile ad alcuni assunti sull'ermeneutica ricavati dalla cultura ebraica: secondo Gazzolo, infatti, una rilettura consapevole dell'opera ascarelliana non può separare «l'attenzione per l'interpretazione della legge» dalla «costante – per quanto spesso silenziosa – presenza di una tradizione, quella ebraica, profondamente sentita e vissuta da Ascarelli». È anzi da questa cultura che discende l'interesse di Ascarelli per l'«interrogazione della legge» (p. 10), cultura che non lo rende certo un «esperto di diritto ebraico» ma ne delinea il profilo di «giurista la

* Assegnista di ricerca in Filosofia del Diritto presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II.

¹ Per un rapido resoconto delle posizioni di Ascarelli sul punto mi permetto di rimandare a G. BLANDO, *Creatività e storicità dell'interpretazione. Spunti per una rilettura comparata di Ascarelli e Dworkin*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica* 2/2018, 381-404.

² Impossibile non menzionare qui la più completa opera sul punto: M. MERONI, *La teoria dell'interpretazione di Tullio Ascarelli*, Giuffrè, Milano, 1989.

cui appartenenza all'ebraismo segna [...] il suo modo di pensare ed elaborare le categorie giuridiche» (p. 11).

Il primo capitolo del libro prende le mosse dal celebre saggio di Ascarelli su *Antigone e Porzia*³, in cui la protagonista della tragedia sofoclea e quella dell'opera shakespeariana sono abilmente messe a confronto, l'una come rappresentante massima dell'aperta «opposizione alla legge» di Creonte, l'altra come furba ideatrice di una «sovversione [...] sottile» del dettato normativo, paradossalmente operata con lo strumento dell'interpretazione (p. 22). Porzia, infatti, non afferma l'esistenza di un diritto diverso da quello stabilito ma si propone di «vanificare la legge – l'unica che si ammette esistere ed essere valida – attraverso la sua interpretazione» (p. 23). In fondo, secondo Ascarelli è questa «l'arte propria del giurista» che consiste nel «contribuire allo "sviluppo" storico del diritto [...] attraverso la sua intima – ma invisibile – contestazione» (p. 23). Eppure, questa consapevolezza non si risolve *sic et simpliciter* in un atteggiamento di favore nei confronti di Porzia da parte di Ascarelli, preoccupato piuttosto di scoprire ciò che lega il finto avvocato patavino ad Antigone.

Dopo aver chiarito alcune ambiguità del concetto di interpretazione – e, in particolare, quella che vede contrapposte l'interpretazione come «attribuzione di significato» (di tarelliana origine e guastiniana mutuaione) e l'interpretazione come «qualificazione giuridica di una fattispecie concreta» (p. 24) – Gazzolo rileva giustamente come entrambe le concezioni siano oggetto di commistione nell'opera ascarelliana giacché in essa «la conoscenza del significato di un testo normativo e la sua applicazione al caso concreto non sono due atti separati, ma costituiscono un processo unitario» (p. 24). È questa commistione che rappresenta il filo rosso tra Antigone e Porzia, ossia tra la domanda su «cos'è diritto» e quella su «come regolare un caso disciplinato dal diritto». Le due questioni, che a prima vista potrebbero apparire disgiunte, sono in realtà inscindibili perché «il problema dell'interpretazione [...] presuppone la problematica relativa a che cos'è il diritto» (p. 25).

Questo passaggio consente a Gazzolo, sulla scorta di Ascarelli, di prendere le distanze da quelle teorie che vorrebbero ridurre le dispute sul significato del concetto di «interpretazione» ad una questione meramente «linguistica», giacché affermare che «il diritto non è che il suo uso linguistico» nasconde in realtà una «tesi ontologica» sull'«essere del diritto» (p. 27). E gli consente, altresì, di revocare in dubbio l'assolutezza dell'ormai sdoganata distinzione tra «disposizione» e «norma», intesa come un mero

³ T. ASCARELLI, *Antigone e Porzia*, in Id., *Problemi giuridici*, Giuffrè, Milano, 1959, 147-159.

2/2020

«spostamento, sul piano semantico, di quella differenziazione della legge da se stessa che si articola sul piano ontologico» (p. 27). La differenza tra Antigone e Porzia si riduce, allora, ad una diversa impostazione di pensiero sul «problema del diritto»: mentre in Antigone esso «è pensato direttamente come problema ontologico», in Porzia esso «si trova “spostato” sul piano *semantico*» (p. 30). Ma si tratta di una diversità che deve essere ricomposta perché «senza la necessità del “continuo superamento” del diritto dato (*positum*), non vi sarebbe, propriamente, interpretazione» (p. 31).

Gazzolo dimostra così che il problema dell'interpretazione della legge, che interroga costantemente il giurista sulle relazioni tra diritto positivo e diritto naturale, non viene mai presentato da Ascarelli come problema «deontologico» (su ciò che il diritto deve essere) ma sempre come problema «ontologico» (su ciò che il diritto è) (p. 32).

Le ragioni della convinzione di Ascarelli per cui quando il giurista interpreta sta in realtà rispondendo ad una domanda «su ciò che il diritto è» sono ricercate da Gazzolo in alcuni temi propri della cultura ebraica.

Nel secondo capitolo, infatti, prendendo spunto da alcuni passi del Talmud citati dallo stesso Ascarelli, Gazzolo rileva come nell'impianto teorico ascarelliano rivesta un ruolo centrale l'«appello all'esegesi dell'uomo», quel «capovolgimento dell'eteronomia in autonomia» su cui anche Lévinas aveva tanto insistito (p. 43). La legge data, posta dall'autorità, non possiede alcun significato intrinseco se non accompagnata dalla mediazione ermeneutica del soggetto cui essa è rivolta e anche quello iato tra l'enunciato (disposizione) e il suo significato (norma), che li vorrebbe collocati «su due piani differenti del linguaggio» (p. 43), dovrebbe perciò essere colmato. Tra il testo che viene interpretato e quello che risulta dall'interpretazione sussiste, infatti, un «rapporto di pura immanenza», ovvero una semplice «traduzione del primo nel secondo», giacché «se la legge è interpretabile, non è perché significhi qualcosa, ma, *al contrario*, perché non comunica, propriamente, alcunché»: essa è, dice Gazzolo, «pura interpretabilità» (p. 44).

Questo passaggio costituisce la *pròtasi* perfetta alla spiegazione della tesi ascarelliana per cui nel «*corpus iuris* preconstituito» sarebbe sempre possibile trovare una risposta alla *quaestio iuris*. Ciò avviene non perché il sistema giuridico è «completo» ma perché «esso consente – in linea di principio – ogni soluzione»: una volta cioè che tutta la forza normativa del diritto è spostata sul momento dell'interpretazione, e dunque «il criterio in base al quale la soluzione e la risposta è selezionata e scelta non è *nel testo*» (p. 46) ma piuttosto nel momento ermeneutico, sarà sempre possibile

rispondere alle domande che il caso di vita rivolge al diritto. Ma la risposta specifica, calibrata cioè sulla situazione di fatto, non chiuderà mai definitivamente la relazione critica con il testo: «l'interrogazione», anzi, «può essere mantenuta, e il senso, dunque, trovare sempre nuove possibilità e sviluppi» (p. 48). Bisogna allora comprendere quali strumenti abbia a disposizione l'interprete per scegliere l'interpretazione che «deve prevalere» (p. 48).

Questo problema viene affrontato nel terzo capitolo dove Gazzolo introduce il lettore all'aspetto storico dell'interpretazione in Ascarelli. Secondo l'autore il fatto che, per Ascarelli, «l'interpretazione sia di per se stessa creativa, trasformativa» (p. 58), non consente di attribuirgli una «posizione "scettica" sull'interpretazione» (p. 63). La tesi di Ascarelli sulla creatività dell'interpretazione, infatti, non è né una tesi metodologica (su cosa significa interpretare), né tantomeno una tesi epistemologica (su come avvenga la conoscenza del diritto); essa è, piuttosto, una tesi «ontologica», cioè «una tesi su ciò che è il diritto, su ciò che rende la legge una legge» (p. 64). Per rendere più chiaro questo aspetto e creare una distanza definitiva tra Ascarelli e le posizioni scettiche, Gazzolo riprende la celebre metafora ascarelliana secondo cui il rapporto tra la legge e la sua interpretazione è come «quello che corre tra il seme e la pianta»⁴. Sebbene, infatti, «il seme "precede" la pianta, è la *potenza* di essa», esso può essere compreso come *potenza* solamente perché c'è l'atto (l'interpretazione) che gli attribuisce quella qualifica: come afferma cioè efficacemente Gazzolo, «l'atto è anteriore alla potenza» (p. 66). Questa inversione concettuale tra potenza e atto, per quanto paradossale possa apparire, serve invece ad un duplice scopo: se da un lato, infatti, allontana Ascarelli da uno scetticismo radicale, creando una relazione di immanenza tra legge e interpretazione che ha il merito di porre dei limiti alla scelta discrezionale dell'interprete, dall'altro rifugge l'ideale di un'attività interpretativa meramente dichiarativa secondo cui il risultato dell'interpretazione sarebbe già contenuto «in *potenza*» nell'enunciato interpretando (p. 66).

Tra la tesi scettica e quella dichiarativa fa dunque capolino quel «criterio di continuità» cui Ascarelli ha a più riprese fatto riferimento affermando che «il giurista [...] è da un lato storico, dall'altro legislatore; e, se così si vuole, un legislatore in tono minore, e questo tono minore è segnato appunto dal *criterio di continuità* alla cui osservanza è tenuto e il cui giudice sarà a sua volta la generale convinzione dell'accettare o rifiutare i

⁴ T. ASCARELLI, *Antigone e Porzia*, cit., 158.

risultati interpretativi»⁵. Nelle parole di Gazzolo, è questa «continuità» a caratterizzare in maniera peculiare la teoria interpretativa di Ascarelli giacché la creazione di nuovi significati non avviene mai dal nulla ma costituisce piuttosto «incessante e interminabile trasformazione della legge nel suo significato, della disposizione *nella* norma» (p. 68). Resta fermo però l'assunto per cui «non vi è mai stata una “disposizione”, all'origine» perché quando l'interprete si è attivato per ricercarla, l'ha già anche interpretata, aprendola «alla differenziazione da se stessa» (p. 68).

Il concetto di «continuità» dell'interpretazione è messo definitivamente a fuoco nel quarto capitolo in cui Gazzolo definisce per la prima volta la teoria interpretativa di Ascarelli «metonimica». Il lemma consente a Gazzolo di ben rappresentare quella «resistenza alla significazione» che si instaura nel circolo interpretativo avviato con la lettura della disposizione e chiuso con la produzione della norma. La chiusura, tuttavia, non è mai definitiva giacché il prodotto dell'interpretazione non è altro che un nuovo materiale grezzo a partire dal quale si produrranno rinnovate interpretazioni. La struttura metonimica dell'interpretazione equivale perciò alla «resistenza a fare della norma il termine finale del processo interpretativo», giacché «il senso», che dovrebbe rappresentare l'elemento costitutivo (e definitivo) della norma, è invece «costitutivamente mancante, aperto, sempre in cammino nel suo farsi» (p. 71).

Il carattere metonimico dell'interpretazione in Ascarelli è ancora una volta utilizzato da Gazzolo come elemento di critica nei confronti di quella parte della cultura giuridica italiana che ripone eccessiva fiducia nella distinzione tra disposizione e norma. Secondo Gazzolo, infatti, la norma è anche (e sempre) disposizione, «testo che riapre, fa ricominciare, necessariamente, l'interpretazione» senza mai ingessarla in un «significato» ma producendo, al contrario, un mero (e temporaneo) «effetto di significazione» inserito nel contesto di una «pratica di traduzione» che si rinnova continuamente (p. 74). È proprio l'elemento della traduzione, ricorrente nell'opera di Ascarelli come allusione al problematico rapporto tra Torah scritta e Torah orale, a indicare il flusso continuo tra enunciati il cui senso non può mai essere espresso e compreso definitivamente. Secondo un *midrash* richiamato da Gazzolo, infatti, la Torah scritta è rappresentata da un fuoco bianco, mentre la Torah orale da un fuoco nero capace di incidere sulla Torah scritta «consonanti e punti vocalici, come inchiostro

⁵ T. ASCARELLI, *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1952, dalla *Prefazione*, XXVn.

sulla pergamena» (p. 78). Allo stesso modo il testo della legge «non è che una scrittura bianca, che solo attraverso la scrittura nera dell'interpretazione – generativa dunque del testo stesso – apre alla pratica della significazione» (p. 79). È solamente questa pratica che assicura la «continuità» tra tutte le attribuzioni di senso già effettuate, una pratica che vede nell'«*erranza* della legge» il suo punto focale (p. 80).

L'erranza della legge rappresenta il fulcro del quinto ed ultimo capitolo in cui Gazzolo, richiamando ancora una volta le figure di Antigone e Porzia, ne riconduce ad unità gli intenti. Entrambe infatti, seppur in modi differenti, affermano che «non vi è diritto che non sia già la sua affermazione e la sua negazione, che non sia giusto e ingiusto, sempre allo stesso tempo» (p. 88). Eppure, entrambe sono animate dal proposito di fare giustizia. È questa infatti l'unica possibilità riconosciuta alla legge di sottrarsi a quella perenne condizione di erranza che la vuole continuamente «differenziata» da sé stessa o al massimo «ripetuta» (p. 89). È solamente la giustizia, intesa non come applicazione di modelli assiologici precostituiti ma piuttosto come compiuta coincidenza «tra la legge in quanto prescrizione e la legge in quanto liberamente assunta e riconosciuta da parte del singolo» (p. 90), che può assicurare all'atto normativo di tornare a sé stesso, identificandolo allo stesso tempo come «punto di partenza» e come «meta» del processo ermeneutico (p. 93). Così anche l'interprete, che «non sta mai nel passaggio, tra il testo e la norma» (p. 93), deve assumere l'impegno etico, condiviso da Antigone e Porzia, di realizzare l'origine per far sì che il diritto non si separi mai dalla giustizia. Lo strumento per portare a termine questo impegno è ancora una volta rappresentato dall'interpretazione «perché non ad altro, se non all'interpretazione, è affidata la possibilità stessa di rendersi giusta» o, come afferma ancor più emblematicamente Gazzolo, «di lasciare venire una legge giusta» (p. 96). La centralità del futuro, della possibilità per la legge di rendersi sempre più giusta, rappresenta la chiusa perfetta di un lavoro che, oltre a ricostruire in maniera originale il pensiero di un autore complesso, offre al lettore una serie di spunti per comprendere la grande attualità della sua opera. La problematicità della distinzione tra disposizione e norma, la pretesa di correttezza e la configurazione del diritto come pratica sociale sono solamente alcune delle questioni che Gazzolo fa intravedere in controluce, lasciando a chi legge la sensazione che *su* Ascarelli molto ancora debba dirsi e che *con* Ascarelli molto ancora possa farsi.