Salvatore Mazzamuto

Tullio Ascarelli e Piero Calamandrei. Contrappunto novecentesco

La Torah non è in Cielo
Talmud Babli Baba Metzia *59b*

Sommario: 1. Premessa. – 2. L'insegnamento di Tullio Ascarelli tra diritto commerciale e diritto civile. - 3. Tullio Ascarelli e Piero Calamandrei: l'antifascismo. - 4. Tullio Ascarelli e Piero Calamandrei: la teoria generale del diritto fra retroterra religioso e impegno politico. - 5. L'influenza dei giuristi di origine ebraica nelle Università italiane.

Premessa

Il mio tributo alla memoria di Tullio Ascarelli è particolarmente sentito per i motivi che provo a riassumere. Il primo motivo è quello comune a tutti noi giuristi: la grandezza del pensiero del Maestro. Il secondo motivo è che ho avuto la ventura di incontrare idealmente Ascarelli, la cui famiglia era di origine sefardita[1], anche nelle mie

1 Tullio Ascarelli nacque a Roma il 6 ottobre 1903 da Attilio Ascarelli ed Elena Pontecorvo e vi morì il 20 novembre 1959, sposò Marcella Ziffer di famiglia ebraica che lo seguirà in esilio. Il padre Attilio, libero docente di Medicina legale all'Università di Roma ed anch'egli epurato con le leggi razziste, assolse nel dopoguerra all'ingrato compito di sovrintendere all'esame necroscopico e al riconoscimento delle vittime delle Fosse Ardeatine. I genitori all'uso ebraico lo spinsero sempre a studiare. Cfr. M. Stella Richter *jr, Gli Ascarelli prima di Tullio*, in *Liber amicorum Pietro Rescigno*, II, ES (Napoli 2018), 1913-1924; Id., *Tullio Ascarelli studente*, Riv. delle soc., 54, 6, 2009, 1237-1280; Id., *Il giovane Ascarelli*, in Aa. Vv., *'Non più satellite'. Itinerari giuscommercialistici tra Otto e Novecento*, a cura di I. Birocchi, Jura, ETS (Pisa 2019), 259 s.; Id., *Cinque storie ascarelliane*, Giur. comm., 2020, I, 5 s.; T. Ascarelli, *Pensieri e lettere ai familiari,* ESI (Napoli 2018); nonché le ricerche di onomastica ebraica di Nello Pavoncello: N. Pavoncello,

ricerche sulla storia della condizione giudica degli ebrei d'Italia e sulla straordinaria presenza dei giuristi ebrei nella nostra cultura[2] ed ho ripercorso di persona i sentieri del suo esilio e segnatamente in Brasile dove ancora assai vivo ne è il ricordo; il terzo motivo è che ho fondato e poi diretto per un quindicennio la Scuola dottorale internazionale Tullio Ascarelli presso l'Università Roma Tre ed alla fine sono stato costretto a chiuderla dopo anni di proficua attività per l'insipienza della nostra burocrazia ministeriale ed accademica.

Il mio ricordo di Piero Calamandrei ha tutt'altra origine: ho avuto una formazione universitaria incentrata sulla tutela processuale ed attenta soprattutto al diritto romano alla filosofia del diritto e al diritto processuale civile – il diritto privato è venuto dopo – e Vittorio Frosini di cui seguivo l'insegnamento mi assegnò a Catania e ne fui assai contento una tesi di laurea relativa proprio al sillogismo giudiziale nel pensiero di Calamandrei.

1. L'insegnamento di Tullio Ascarelli tra diritto commerciale e diritto civile

Le indagini odierne ci restituiscono un quadro assai efficace del lavoro di Tullio Ascarelli "civilista" e la conclusione da trarre è che l'idea del recente incontro senese sul tema[3] era molto opportuna: il contributo

Antiche famiglie ebraiche italiane: gli Ascarelli, La rassegna mensile di Israel, 63, I, 1997, 133-140.

2 S. Mazzamuto, *I giuristi dell'Ateneo pisano e la questione ebraica*, Riv. dir. comm. e delle obbl., 1995, 335 s.; Id., *Ebraismo e diritto dalla prima emancipazione all'età repubblicana*, in Annali 11 Storia d'Italia, Einaudi (Torino 1997), 1766 s.; Id., *Ebraismo e scienza giuridica nell'Italia moderna*, Dir. eccl., 108, 1997, 355 s.

3 "Ascarelli civilista", Università di Siena, Dipartimento di Giurisprudenza, Siena 3-4 ottobre 2019: in terra di Siena ho insegnato nella Facoltà di Scienze economiche e bancarie in anni ormai lontani che ancor oggi ricordo come uno dei momenti più felici della mia vita accademica. Le relazioni e gli interventi sono stati tenuti da Emanuele Stolfi, Giuseppe Vettori, Emanuela Navarretta, Aurelio Gentili, Mauro Grondona, Alessandro Palmieri, Enrico Diciotti, Carmelita Camardi, Giovanni D'Amico, Alberto Maria Benedetti, Pietro Sirena, Stefano Pagliantini, Pasquale Femia, Maria Rosaria Maugeri, Giuseppe Amadio, Claudio Scognamiglio, Valeria De Oto, Salvatore Mazzamuto.

di Ascarelli al diritto civile è imprescindibile, sia per la teoria generale sia per la moderna sistemazione di alcuni istituti. Altrettanto interessante è stato il convegno ferrarese di taglio interdisciplinare dedicato al tema "Interpretare Ascarelli a sessant'anni dalla scomparsa"[4].

Com'è stato molto ben detto da un suo attento biografo, del resto, «tra i giuristi del Novecento, poche figure hanno lasciato nella storia della cultura una traccia duratura come quella che vi ha impresso Tullio Ascarelli»[5]. Egli è stato fra l'altro un autentico giurista di confine che si è prodigato con pari maestria nel diritto commerciale, nel diritto civile, nel diritto del lavoro, nel diritto processuale civile, nel diritto costituzionale, nel diritto tributario, nella teoria generale del diritto e nel diritto comparato ma anche in altri campi tra cui persino la statistica giudiziaria.

Uno sguardo alle giornate ascarelliane di cui s'è detto prima.

Nella prospettiva della teoria generale, ci si è soffermati sui caratteri dell'antiformalismo di Tullio Ascarelli dall'orientamento soggettivo dell'interprete all'importanza della realtà sociale dalla quale l'interprete deve muovere comparando i concetti tipologici – che vanno distinti, come si vedrà meglio appresso, dalle *regulae iuris* – nella doppia versione dei concetti tipologici fatti propri dalla norma astratta e di quelli reperiti nell'esame dei fatti concreti; ed ancora sull'originalissima e modernissima teoria ascarelliana del diritto vivente nel giudizio di incostituzionalità che sulle prime fu avversata dalla dottrina italiana ma poi ebbe successo sia pure come uno dei tanti criteri di tale giudizio: una teoria che si basa sull'interpretazione maggioritaria della norma ma non coincide con l'interpretazione nomofilattica.

Nella prospettiva della ricostruzione di importanti istituti civilistici, si sono affrontate le obbligazioni pecuniarie, un tema inscindibilmente legato all'opera di Ascarelli, il quale ha introdotto nella

4 "Interpretare Ascarelli a sessant'anni dalla scomparsa", Università di Ferrara, Dipartimento di Giurisprudenza, Ferrara 20 novembre 2019. Le relazioni e gli interventi sono stati tenuti da Davide Sarti, Mario Stella Richter, Andrea Pugiotto, Baldassarre Pastore, Giovanni De Cristofaro, Stefano Pagliantini, Salvatore Mazzamuto.

5 M. Stella Richter *jr, Tullio Ascarelli*, in P. Cappellini - P. Costa - M. Fioravanti - B. Sordi (a cura di), *La cultura giuridica*, Treccani (Roma 2012), 707.

nostra esperienza la distinzione tra debito di valore e debito di valuta che egli denomina debito di denaro[6]; si è anche rivelato un Ascarelli anticipatore dell'odierno dibattito sulla vendita di beni di consumo[7] e ciò in particolare nella critica alla distinzione ontologica tra obbligazione e garanzia e nell'avere intravvisto in tale seconda figura un rimedio all'inattuazione oggettiva del contratto non più limitato agli aspetti pecuniari ma aperto quale garanzia specifica ad un adempimento sanante[8]; si sono trattati i negozi indiretti nelle tante versioni ascarelliane[9] e la divisione indiretta[10] con riguardo alla quale si è messa in evidenza l'idea di Ascarelli del contrapporsi nella divisione del binomio struttura-funzione[11]; si è poi parlato della clausola solve et repete e della parziale adesione di Ascarelli alla tesi della Cassazione formulata nel 1928 secondo cui le parti possono rinunciare all'eccezione di inadempimento: egli muove dalla tipologia socioeconomica del fenomeno ed anticipa l'odierno art. 1462 cod. civ. che limita l'inopponibilità ai vizi dell'adempimento e non l'estende ai vizi del titolo[12]; ci si è infine occupati dell'idea originale di schietta derivazione tipologica formulata da Ascarelli[13] secondo cui il contratto plurilaterale non si esaurisce nell'esecuzione delle obbligazioni delle parti, ma rappresenta una loro organizzazione per lo sviluppo di

6 T. Ascarelli, *La moneta*, Padova, 1928, 141 s.

7 S. Mazzamuto, *Il contratto di diritto europeo3* (Torino 2018), 466 s.

8 T. Ascarelli, *Azione redibitoria e qualità contrattualmente determinate*, Foro it., 1925, I, 408, ora in *Studi in tema di contratti* (Milano 1952), 473.

9 T. Ascarelli, *Sulla dottrina del negozio indiretto nella giurisprudenza della Cassazione*, Foro it., 1936, I, 1389); Id., *Sul problema del negozio indiretto e della simulazione delle società commerciali nella giurisprudenza della Corte Suprema*, Foro it., 1936, I, 778); Id., *Il negozio indiretto e le società commerciali, in Studi in onore di C. Vivante*, I (Roma 1931), 23 poi ripubblicato successivamente in altre versioni con il titolo *Il negozio indiretto, in Saggi giuridici*, Giuffrè (Milano 1949), 149, e in S*tudi in tema di contratti* cit., 3; Id., *Contratto misto, negozio indiretto, «negotium mixtum cum donatione* », Riv. dir. comm., 1930, II, 462.

10 Ascarelli, *Il negozio indiretto* cit., ed. del 1952, 3 s.

11 V. già G. Amadio, *Comunione e apporzionamento nella divisione (per una revisione critica della teoria della divisione*) in Lezioni di diritto civile3 (Torino 2018), 269 ss.

12 T. Ascarelli, *Sulla clausola «solve et repete» nei contratti*, Foro it., 1929, I, 290; Id., *Diritto sostanziale e diritto processuale nel patto contrattuale del «solve et repete»*, Riv. dir. comm., I, 708.

13 Al riguardo v. già P. Grossi, *Le aporie dell'assolutismo giuridico (Ripensare, oggi, la lezione metodologica di Tullio Ascarelli),* Diritto privato, Padova, 1988, III, 336 s.

un'attività ulteriore ad esempio in forma societaria[14].

Non male per un *soi-disant* commercialista se ha contribuito in maniera così incisiva e profonda alle riflessioni degli studiosi del diritto civile anticipando da autentico Maestro soluzioni che si affermeranno in seguito nella dottrina e nella legislazione.

Diritto civile e diritto commerciale: comincio da questa distinzione il mio discorso su Ascarelli e il suo tempo. Intanto si potrebbe osservare che "Ascarelli civilista" è una formula che va maneggiata con cura, tenuto conto che nel caso della sua personalità, al di là della ricchezza degli interessi coltivati, l'istanza analitica risponde ad un'esigenza unitaria la quale si alimenta di una riflessione su metodo e interpretazione che è sicuramente tra le più suggestive del XX secolo. È da sottolineare inoltre che giovanissimo a soli ventidue anni il Maestro romano insegnerà il diritto civile nella Facoltà giudica di Ferrara.

Non a caso un insigne studioso, assai vicino ad Ascarelli, Giuseppe Auletta che lo aveva conosciuto a Padova, fu autore di una monografia sulla risoluzione del contratto che prende le mosse proprio dal contratto di società, un tema tipicamente commercialistico, ma poi si estende a tutta la materia divenendo un classico del diritto civile[15]: Auletta vinse il concorso a cattedra con il sostegno di Alberto Asquini e degli altri giuscommercialisti di punta quando Ascarelli era già esule, fu poi per lunghi anni Preside della Facoltà giuridica di Catania ed io da studente di quella Facoltà conservo di lui un bel ricordo.

Vale la pena di rammentare che proprio in apertura di alcune riflessioni su Ascarelli "processualcivilista" Salvatore Satta scrive: «per valutare l'apporto di Ascarelli alla scienza del processo bisognerebbe parlare di tutta la sua opera, che, come quella di tutti i veri pensatori, è una e inscindibile»[16]: questo può essere pertanto il criterio guida nella

14 T. Ascarelli, *Contratto plurilaterale e negozio plurilaterale*, Foro lomb., 1932, 439; Id, *Noterelle critiche in tema di contratto plurilaterale*, Riv. dir. comm., 1950, I, 265; Id., *Il contratto plurilaterale*, in *Studi in tema di contratti* cit., 97.; Id., *Contratto plurilaterale, comunione di interessi; società di due soci; morte di un socio in una società personale di due soci*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1953, 721.

15 G. Auletta, *La risoluzione per inadempimento* (Milano 1942).

16 S. Satta, *L'apporto di Ascarelli alla scienza del processo, in Studi in memoria di Tullio Ascarelli,* IV (Milano 1969), 1997 s.

rilettura di Ascarelli.

Una prima chiosa: ad Ascarelli si deve la distinzione tra "enunciato normativo" e "norma": il primo è il testo predisposto dal legislatore; il secondo è il significato che l'interprete guadagna all'esito della sua analisi muovendosi dentro ma anche fuori dell'*hortus clausus* del reticolo di enunciati; si può dire, quindi, che nella teoria dell'interpretazione di Ascarelli convergono e trovano puntuale espressione i motivi ispiratori del suo antiformalismo ossia la rivalutazione dell'orientamento axiologico dell'interprete e l'importanza della realtà sociale dall'esame della quale si deve sempre dipartire l'attività ermeneutica: una realtà che va ricostruita dall'interprete comparando i concetti tipologici assunti dalla norma e quelli reperiti nell'esame dei fatti concreti, come accade ad esempio per le nozioni di dolo e colpa nella responsabilità civile, che implicano l'osservazione della realtà e si differenziano dalle mere qualificazioni giuridiche (le ascarelliane *regulae iuris*), le quali costituiscono invece a loro volta schemi formali ed astratti da qualsiasi realtà storica ma altrettanto necessari per formulare valutazioni normative (nullità, obbligo, onere ecc.)[17].

La riflessione di Ascarelli sull'argomento – come si è efficacemente annotato anni or sono[18] – non è facile, tuttavia, da svelare e può indurre a fraintendimenti in ragione dei frequenti cambi di passo e del tono discorsivo e asistematico sicché il distinguo ascarelliano tra concetti tipologici e concetti normativi può essere inteso in molteplice modo.

L'Ascarelli scrive di getto ma non bisogna dimenticare l'antica

17 T. Ascarelli, *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Giuffré (Milano 1952), XIX. Cfr. F. Messineo, *Tullio Ascarelli* (commemorazione ufficiale tenuta all'Accademia Nazionale dei Lincei nella seduta della classe di Scienze morali del 7 giugno del 1960), in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, I (Milano 1969), LVII s., LIV-LVV: «A questo punto affiora un canone metodologico, col quale la funzione dell'interprete si rovescia, rispetto a quella tradizionale. Mentre la norma resta fissa nel suo tenore, come diritto formulato, perché riferita a quel certo tipo di realtà, cui era commisurata nel momento del suo nascere, la realtà (che la norma è destina a disciplinare) è mutevole, perché è il flusso stesso della storia. E allora la norma deve adeguarsi alla nuova realtà ed acquistare il valore, che il dato momento storico le conferisce, creando possibilità di significati nuovi, che essa può acquistare, passando al vaglio della mente dell'interprete e diventando diritto vissuto».

18 M. Libertini, *Profili tipologici e profili normativi nella teoria dei titoli di credito* (Milano 1971), 1 s.

abitudine dei commentatori del *Talmud*, che magari si agita nell'inconscio del Maestro romano, quella di ricorrere ad una intermittenza del pensiero ossia ad una modalità non organica ma discontinua di suscitare l'attenzione del lettore[19]. La pretesa che tutto combaci, infatti, non è una caratteristica dell'ebraismo il quale muove dalla consapevolezza che le parole di Dio sono diversamente decifrabili e se ci sono contraddizioni o doppie verità l'interprete si adoperi per conciliarle.

Le variazioni sul distinguo da cui si è partiti sono più di una. L'originaria formulazione prende le mosse dall'ontologica apertura al linguaggio comune del linguaggio normativo i cui lemmi verrebbero stabiliti discrezionalmente dall'interprete tramite la ricostruzione tipologica della realtà sociale, la quale utilizza concetti di puro fatto che non dispongono di qualificazioni normative[20]. L'assunto, tuttavia, non ha convinto la dottrina posteriore, la quale ha messo l'accento sulla circostanza che il linguaggio comune muta di significato a seconda del contesto normativo in cui lo si adopera ossia finisce col dipenderne[21], e verrà abbandonato dallo stesso Ascarelli.

Una successiva bipartizione già ricordata è quella tra concetti elaborati in funzione applicativa che ricostruiscono tipologicamente la realtà sociale e concetti elaborati in funzione descrittiva per fini didattici e classificatori che si riducono a riassunti mnemonici di norme e rimangono muti in sede di interpretazione per la semplice ragione che il loro contenuto si riduce a quello delle norme che essi servono a richiamare ed in particolare alle *regolae iuris* dalle norme fatte proprie che – come abbiamo già ricordato – costituiscono un sussidio necessario di ogni valutazione normativa[22]. Al fondo di tale bipartizione sembra esserci un equivoco ed invero i concetti elaborati in funzione descrittiva possono ben risolversi in espressioni normative che comprendono necessariamente dati di fatto tipizzati ed allora la differenza tra le due

19 Cfr. G. Caramore, *Introduzione* a Paolo De Benedetti, *Detti dei padri (dal* Talmud), Morcelliana (Brescia 2011), 6.

20 T. Ascarelli, *Dipute metodologiche e contrasti di valutazione*, in *Studi di diritto commerciale,* Giuffré (Milano 1955), 481 s.

21 Libertini, *op. ult. cit.*, 6-9.

22 Ascarelli, *op. ult. cit.*, 467 s.

categorie di concetti sembra ridursi al loro diverso grado di analiticità[23].

L'oscillazione di Ascarelli è abbastanza evidente e meriterebbe anche un costante scandaglio filologico dei dati testuali tant'è che le due categorie dei concetti tipologici e di quelli normativi nello sviluppo del suo pensiero rivestono talora – e per la verità limitatamente al tema dei titoli di credito – anche i panni della contrapposizione tra fattispecie e disciplina ossia finiscono col collocarsi programmaticamente all'interno della norma e su ciò Ascarelli non tornerà indietro[24].

La lezione del Maestro romano ha avuto comunque il merito, sia pure in modo non sempre del tutto perspicuo ed univoco, di capovolgere la gerarchia del positivismo classico che antepone l'esame della legge all'esame della realtà e ha dato luogo a più recenti acquisizioni di metodo secondo cui la ricostruzione tipologica della realtà sociale va tenuta distinta dalla determinazione della fattispecie[25].

L'esame della realtà costituisce, infatti, il presupposto di ogni operazione ermeneutica e da esso l'interprete ricava un insieme di dati non ancora formalizzati in senso tecnico-giuridico ossia «interessi, esigenze, modelli di comportamento, strutture socioeconomiche» prescelti secondo giudizi di valore che occorre rendere espliciti; mentre la ricerca, nell'ambito del diritto vigente, della risposta più congrua a tale insieme di dati consentirà una concettualizzazione aggiornata, comprensiva di fattispecie e disciplina, che poggia su di una nuova indicazione tipologica proveniente dalla realtà sociale[26].

Nel secondo dopoguerra Ascarelli in "*Antigone e Porzia*" del 1955 finalmente rivendica in modo aperto l'origine ebraica dell'affidamento all'uomo dell'ermeneutica e lo fa sia per la legge divina sia per la legge mondana[27] ricordando per la legge divina un celebre passo del *Talmud*: nella disputa tra Rabbi Eliezer ed un gruppo di rabbini guidati da Rabbi Yeoshua circa l'interpretazione della Torah, il primo a convalida della

23 Libertini, *op. ult. cit.*, 6.
24 Ascarelli, *Problemi giuridici* cit., I, 186 s. e II, 146 s. e 230 s.
25 Libertini, *op. ult. cit.*, 31.
26 Ibidem 31.
27 T. Ascarelli, *Antigone e Porzia*, Riv. int. fil. dir., 1955, 796, ora in *Problemi giuridici*, I (Milano 1959), 3 s.

propria idea invocò le acque del fiume perché risalissero a monte ed a seguire altri fenomeni inspiegabili e quando alla fine il Cielo da lui chiamato in causa intervenne a dargli ragione gli altri rabbini con Rabbi Yeoshua in testa si opposero sostenendo che la legge non è più nel Cielo, è stata data sul monte Sinai e ora è, dunque, in terra. Essi aggiunsero: che c'entra Dio nelle dispute tra gli uomini? Non è forse scritto che la legge è stata data agli uomini e sarà interpretata secondo l'opinione della maggioranza? Allorché Dio udì la tracotante risposta sorrise e disse che i suoi figli l'avevano sconfitto[28]. Quanto alla legge mondana, nel contrasto tra Antigone e Porzia circa l'interpretazione della legge in vigore a Venezia il Doge opta per Porzia ed ancora una volta, secondo Ascarelli, l'interpretazione è immanente e non v'è trascendenza tra di essa e la legge.

La creazione della norma è, dunque, continua e l'uomo ne è il collaboratore. L'interpretazione non è mera attività attributiva di un significato e ciò vale per la legge divina creata da Dio e data all'uomo ma vale anche per la legge mondana creata dall'uomo e destinata sempre all'uomo cui spetta allo stesso modo di interpretarla, giacché la norma consiste in realtà nella propria interpretazione, nella propria traduzione, nella propria ripetizione, sicché l'uomo la trasforma, la modifica e la ricrea continuamente[29]: è quella che in termini moderni si potrebbe chiamare l'interpretazione evolutiva del diritto[30].

28 Talmud Babli Baba Metsia 59b. Cfr. la classica opera di Eliezer Berkovits: E. Berkovits, *La Torah n'est pas au ciel. Nature e function de la loi juive*, Édition de *La revue* Conference, 2018, *passim*.

29 Cfr. il saggio di Tommaso Gazzolo: T. Gazzolo, *Una doppia appartenenza. Tullio Ascarelli e la legge come interpretazione*, Pacini (Pisa 2018), 35 s.

30 Cfr. A. Asquini, *Il pensiero giuridico di Tullio Ascarelli* (Commemorazione tenuta all'Università di Roma il 22 novembre 1960), in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, I cit., LXXIX-LXXX: «Altri, prima di Ascarelli, avevano illustrato l'importanza dell'interpretazione evolutiva, da Rudolf von Jhering a Rudolf Müller-Erzbach, da Raymond Saleilles a François Geny, da Francesco Ferrara a Emilio Betti, al quale dobbiamo il disegno più vasto nella letteratura italiana della teoria generale dell'obbligazione. Ma Ascarelli ha dato del procedimento interpretativo del diritto in senso evolutivo una nozione originale che, pur avendo incontrato talune riserve, ha esercitato sulla Scuola una forte suggestione. Le lettere al "Foro italiano", affinché un più vasto pubblico potesse seguire il suo pensiero sull'argomento, e il suggestivo dittico su Antigone e Porzia, che ha dato al suo pensiero, in tema di rapporti tra legge e giustizia, un'espressione anche poetica, sono un indice dell'importanza che Ascarelli connetteva ai suoi

L'idea della continuità e dell'argomentazione in continuità – non è, dunque, solo il risultato dell'influenza dell'idealismo storicistico crociano – sulla quale si tornerà appresso – ma è esplicitamente ricollegata da Ascarelli alla tradizione del pensiero ebraico[31].

Il Maestro trentino Luigi Mengoni nel saggio *Teoria generale dell'ermeneutica ed ermeneutica giuridica*[32], che fu estimatore – come si vedrà – dell'insegnamento metodologico ascarelliano addirittura sottolinea che la riflessione di Ascarelli sulla centralità del momento applicativo nell'elaborazione della norma, che fu enunciata in *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione del 1957*[33], anticipa di tre anni la tesi della "struttura applicativa della comprensione" elaborata da Hans-Georg Gadamer in sede di teoria generale dell'ermeneutica.

Una seconda chiosa: quello di Ascarelli è un approccio antiformalistico e di ispirazione idealistica, che risente fortemente della lezione crociana nonché dell'influenza dei filosofi del diritto Alessandro Levi e Max Ascoli, allievo di quest'ultimo, ed entrambi ebrei e sostenitori dell'idealismo storicistico. L'Ascoli emigrato negli Stati Uniti nel 1931 prima ancora delle leggi razziste in quanto irriducibile oppositore del fascismo ebbe, infatti, un'identità di vedute pressoché totale con Ascarelli come si desume dal seguente passo: «la norma emanata sotto veste di interpretazione è la sola che abbia una qualche concretezza e, tra quanti hanno funzione nel mondo del diritto, solo l'interprete può dirsi legislatore»[34].

Lo storicismo e la categoria dell'utile (la filosofia della pratica per l'appunto di Benedetto Croce) indirizzano, dunque, Ascarelli verso

convincimenti».

31 M. Libertini, *Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia*, Rivista di diritto delle società, fondata da Tullio Ascarelli, a. 58°, 2013, 16 nota 53.

32 L. Mengoni, *Teoria generale dell'ermeneutica generale ed ermeneutica giuridica*, in *Ermeneutica e dogmatica giuridica* (Milano1996), 16 s.

33 T. Ascarelli, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, Riv. dir. proc., 1957, I, 351 ss.

34 Cfr. M. Ascoli, *La interpretazione delle leggi: saggio di filosofia del diritto* (Roma 1928), 52; nonché tra le altre opere Id., *Intorno alla concezione del diritto nel sistema di Benedetto Croce* (Roma 1925); Id., *La giustizia: saggio di filosofia del diritto* (Padova 1930); Id., *Fascism: Who Benefits?* (New York 1939).

un ripudio del concettualismo; ma per spiegare ciò è importante anche tenere nel giusto conto le sue esperienze fuori d'Italia e la sua precoce frequentazione del *common law*; l'opera unica e inscindibile del Maestro romano si caratterizza innanzitutto per la concezione storica del diritto: prima di essere logica e concetti per Ascarelli il diritto è storia[35] e su ciò si tornerà più volte.

La distinzione tra diritto commerciale e diritto civile ne è una sicura riprova. Nel saggio del secondo dopoguerra "*Sviluppo storico del diritto commerciale e significato dell'unificazione*" – ma vedi anche la sua introduzione al diritto commerciale e nell'anteguerra lo scritto "*La funzione del diritto speciale e le trasformazioni del diritto commerciale*"[36] – Ascarelli ci dice che per capire il diritto commerciale bisogna muovere dalla circostanza che tutti i sistemi di tutte le epoche hanno sempre associato ad un diritto "tradizionale" un "diritto equitativo" in un'accezione atecnica che non coincide con la giustizia del caso singolo ma si radica nella prassi economico-sociale. Il diritto commerciale nasce come diritto nuovo del capitalismo e dell'iniziativa economica libera[37].

Non v'è, quindi, secondo il suo relativismo storico, alcuna distinzione ontologica tra diritto civile e diritto commerciale o tra diritto primo e diritti secondi ed è quanto aveva già detto nel XIX secolo Levin Goldschmidt[38] e ribadirà successivamente Claus-Wilhelm Canaris[39], il quale sottolinea proprio la transitorietà del diritto commerciale.

Nel momento in cui il diritto equitativo viene strutturandosi, integrando o modificando quello tradizionale, il primo prende la forma del secondo: il diritto equitativo diventa tradizionale. Il

35 B. Libonati, *Diritto commerciale e mercato (l'insegnamento di Tullio Ascarelli)*, Diritto privato, III, Padova, 1998, 552.

36 T. Ascarelli, *Lezioni di diritto commerciale: introduzione* (Milano 1954); Id., *Sviluppo storico del diritto commerciale e significato dell'unificazione*, (conferenza inaugurale del V corso della Scuola del notariato, Roma, 10 gennaio 1953), Riv. not., 1953, I, 97 ora in *Saggi di diritto commerciale* (Milano 1955), 7 ss.; Id., *La funzione del diritto speciale le trasformazioni del diritto commerciale*, Riv. dir. comm., 1934, I, 1 s.

37 Cfr. anche S. Andrini, *Tullio Ascarelli. Tra norma positiva e valutazione sociale*, in *Le radici del pensiero-sociologico giuridico*, a cura di A. Febbrajo (Milano 2013), 1 s.

38 L. Goldschmidt, *Universalgeschichte des Handelsrechts* (Stuttgart 1891), 12.

39 C.W. Canaris, *Handelsrecht* (München 2006), § 1, IV, 45-46.

diritto commerciale, dunque, è un diritto equitativo che si è andato sedimentando ed è divenuto, infine, tramite la sua "oggettivazione"[40] (che coincide con la fine del "diritto della classe mercantile"), vero e proprio diritto comune.

Una vicenda analoga – occorre aggiungere – si è avuta nel secondo dopoguerra con il diritto del lavoro mentre il diritto civile a partire degli anni '60 si è andato via spogliando del dogmatismo sterile, tanto in odio ad Ascarelli come si vedrà appresso, con la progressiva discesa dei valori costituzionali e con l'irruzione del diritto europeo di fonte unitaria in tema di tutela della concorrenza e dei consumatori; ma non bisogna dimenticare che le prime avvisaglie si ebbero già nel testo primigenio del codice con l'obbligo legale a contrarre, le condizioni generali di contratto e le clausole vessatorie.

Se il diritto civile è il diritto tradizionale e il diritto commerciale quello innovativo, una volta che il secondo perde il carattere di novità, la distinzione con il primo dovrebbe sparire[41]. E pure secondo Ascarelli non è stato il diritto commerciale a "civilizzarsi" bensì il diritto civile a "commercializzarsi".

L'unificazione dei due codici, in realtà, fu il risultato di una scelta politico-ideologica del regime per affermare il ruolo dello Stato e dell'ordinamento corporativo ma l'idea di un ritorno alla separazione, dopo un inizio vivace, rimase del tutto marginale nel dopoguerra a mano a mano che veniva accettata l'idea che il codice civile del 1942, tolto l'orpello corporativo, potesse ben rimanere nell'Italia repubblicana[42]: Ascarelli contribuì al dibattito con alcuni scritti[43].

La "commercializzazione" del diritto civile, tuttavia, può prestarsi

40 Ascarelli, *Lezioni di diritto commerciale: introduzione* cit., 79.

41 Ibidem 60.

42 Libertini, *Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia* cit., 1 s.

43 T. Ascarelli, *Il codice civile e la sua vigenza*, Riv. dir. comm., 1953, I, 181; Id., *Sviluppo storico del diritto commerciale e significato dell'unificazione* cit., *passim*; Id., *L'unification du droit privé en Italie*, in *Colloques internationaux du centre national de la recherche scientifique -sciences humaines - IV - L'unification du droit privé* (Paris, 6-10 octobre 1953) (Paris 1954); Id., *L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione*, in *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Giuffré (Milano 1952), 165.

a vari significati. Il primo è la semplice presa d'atto della circostanza che alcune disposizioni del codice di commercio del 1882 sono finite nella disciplina generale del quarto libro del codice del '42[44]. Giusto per citare un esempio caro ad Ascarelli, gli attuali artt. 1515 e 1516 del codice civile non sono altro che l'art. 68 del vecchio codice di commercio.

A proposito della "commercializzazione" può esservi però un'altra lettura. Ribadisco una premessa già enunciata in precedenza. Per Ascarelli il diritto commerciale è il diritto della novità, ed è assolutamente chiaro cosa intenda Ascarelli per novità. Che significa, invece, che il diritto civile è il diritto della tradizione?

Sul punto Ascarelli non è esplicito. Credo però che un accenno di risposta ce la dia di nascosto in un paio di articoletti, ossia in "*Per una riforma delle facoltà di giurisprudenza*"[45] e soprattutto in "*Sull'insegnamento delle istituzioni di diritto privato*"[46]. Entrambi gli scritti muovono dall'annoso problema dello scollamento tra insegnamento universitario e realtà sociale; e sottolineo: non effettiva pratica forense ma proprio realtà sociale, giusto per fugare il dubbio – che potrebbe venire solo a chi non abbia mai letto una sua pagina – che Ascarelli debba inserirsi nella schiera di chi vorrebbe rendere soltanto più "pratico" il nostro insegnamento[47].

Nel suddetto saggio "*Sull'insegnamento delle istituzioni di diritto privato*", Ascarelli muove dall'indice del manuale di Giuseppe Branca. Alla dote vengono lì dedicate sette pagine, nove alla responsabilità civile. Il precipitato è intuitivo: come può un istituto inesistente avere quasi le stesse pagine di una materia che affolla i nostri tribunali?[48].

Questo per Ascarelli è probabilmente l'emblema del diritto civile,

44 Libertini, *Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Itali*a cit., 84.

45 T. Ascarelli, *Per una riforma della facoltà di giurisprudenza*, ora in *Problemi giuridici* cit., II, 827 ss.

46 Ibidem 837 s.

47 V. anche T. Ascarelli, *Scienza e professione*, ora in *Problemi giuridici* cit., II, 845 s.

48 Ascarelli, *Sull'insegnamento delle istituzioni di diritto privato* cit., 838, scrive: «il quadro della nostra struttura giuridica corre così il rischio di riuscire sfasato proprio nell'importanza comparativa dei vari istituti, riuscendo perciò accentuato il contrasto tra il diritto dei libri e quello della vita quotidiana».

un diritto che parla di cose che non esistono mentre una realtà diversa preme alle porte delle nostre aule universitarie. È utile riportare anche il seguente frammento tratto da "*Norma giuridica e realtà sociale*": non giova alla nostra dottrina commercialistica una singolare conseguenza dell'unificazione del diritto privato «quella che direi la "civilisation" della dottrina commercialista, la quale è venuta in gran parte perdendo proprio quell'accento che precedentemente la distingueva dalla civilistica e quella maggiore sensibilità per la realtà che ne costituiva un vanto»[49]. Ascarelli ci ribadisce così che il diritto civile gli appare proprio caratterizzato da uno scollamento dalla realtà che pure costituisce l'oggetto della sua regolazione.

Ora, alla luce di questo significato di "diritto civile", credo che ad ognuno degli studiosi della disciplina principe venga, d'istinto, una difesa della categoria: ma veramente per fare solo alcuni nomi più risalenti, Carlo Francesco Gabba, Vittorio Polacco, Ludovico Barassi, Giuseppe Messina, Emilio Betti, Salvatore Pugliatti e gli altri animatori del diritto civile moderno erano fuori dalla realtà del loro tempo? La risposta è chiaramente negativa e non è necessario dilungarsi oltre per dimostrarlo.

Se però si esce dal campanilismo da settore concorsuale si comprende che l'accusa di Ascarelli al diritto civile è circoscritta. Il diritto civile, a dire di Ascarelli, ha perso il treno dell'organizzazione industriale. Nel saggio "*Sull'insegnamento delle istituzioni di diritto privato*" Ascarelli scrive che il diritto civile «non deve tanto 'commercializzarsi', quanto rendersi conto di una trasformazione che ha investito tutta la nostra struttura»[50].

Questa critica va letta sulla scorta di quanto egli andava scrivendo profeticamente – era il novembre 1953 – in "*Teoria della concorrenza e interesse del consumatore*", di schietta ispirazione liberale, ove si legge del consumatore «reso giudice» nella libera concorrenza quale effetto della libertà d'accesso al mercato e della competizione tra imprenditori indotti

49 T. Ascarelli, *Norma giuridica e realtà sociale*, Dir. dell'economia, 1955, 1179; ora in *Problemi giuridici* cit., I, 109.
50 Ascarelli, *Sull'insegnamento delle istituzioni di diritto privato* cit., 842.

a gareggiare per conquistarlo, sicché la sua libertà di scelta incarna «un efficiente strumento che si risolve in generale benessere»[51]. Il conflitto con straordinaria modernità è intravvisto fra «l'interesse dell'astratto consumatore (o, se si preferisce, della massa dei consumatori)» e l'interesse che si potrebbe dire privilegiato dell'imprenditore[52].

Ciò assume, inoltre, particolare pregnanza alla luce di alcune righe scritte nel 1929, a ventisei anni. L'occasione è la noterella già ricordata dal titolo "*Sulla clausola 'solve et repete' nei contratti*"; una clausola che già nel primo capoverso viene definita «una delle tante clausole che le imprese organizzate tentano di imporre ai consumatori»[53]. La disquisizione di lì a breve diviene tecnica, ma prima Ascarelli trova modo di scrivere che «de iure condendo, da un punto di vista di politica legislativa, il problema del patto *solve et repete* non può … considerarsi isolato, ma va posto anche in relazione a quello dei contratti d'adesione»[54].

L'Ascarelli invoca, precisamente, un diritto speciale dei consumatori, un diritto che egli è già in grado di tratteggiare. Leggo: «la più recente legislazione mostra una spiccata tendenza da un lato a restringere l'ambito della autonomia delle parti» e dall'altro «a risolvere il problema in senso pubblicistico che, per così dire, assume con un controllo preventivo la tutela della massa disorganizzata dei consumatori nei confronti delle imprese organizzate»[55]. Era il 1929, eppure due linee dell'attuale diritto dei consumatori gli apparivano nitide, e la seconda è molto interessante alla luce di quanto si va dicendo oggi sulla contaminazione, o superamento, della dicotomia pubblico-privato. Il punto sarà ripreso in "*Norma giuridica e realtà sociale*" dove si legge che «il significato della distinzione tra diritto privato e diritto pubblico muta quando si passa a ravvisare nella legge uno strumento positivo pel raggiungimento di determinati livelli economici e a ravvisare perciò in iniziativa privata e pubblica amministrazione dell'economia strumenti

51 T. Ascarelli, *Teoria della concorrenza e interesse del consumatore*, Prolusione del 1953, Riv. trim. dir. proc. civ., 1954, 873 s. ora in *Saggi di diritto commerciale* cit., 35 s.
52 Ibidem 142.
53 T. Ascarelli, *Sulla clausola «solve et repete» nei contratti* cit., 290.
54 Ibidem.
55 Ibidem.

di una diversa attribuzione di potere»[56].

Una frase di Ascarelli del gennaio 1953[57] – una delle sue tipiche oscillazioni – ricollega la tutela del consumatore all'utilità sociale di cui all'art. 41 Cost. ma la strada imboccata dal legislatore europeo avrà ben altro fine e seguirà piuttosto l'itinerario concettuale tracciato dal Maestro romano subito dopo nel novembre 1953 di cui s'è già detto.

La tutela prevista dalle fonti unitarie, infatti, non ha funzione protettiva *uti singulus* del consumatore che è un tipo normativo astratto e serve soprattutto a farne uso nella visione ordoliberale del costruttivismo giuridico come agente di controllo della razionalità del mercato dal basso delle relazioni contrattuali: lo dimostra in particolare la c.d. gerarchia dei rimedi[58].

L'attenzione alla tutela del consumatore del resto era comune alla migliore dottrina commercialistica del tempo: va ricordato per tutti che il Maestro di Ascarelli, Cesare Vivante, auspicò l'unificazione dei due codici e in quest'ambito la protezione dei consumatori[59] e che concetti analoghi erano stati espressi da Angelo Sraffa[60] mentre Lorenzo Mossa nell'ottica del vecchio socialismo giuridico continuò a proporre un forte impegno sociale a favore di lavoratori e consumatori ma al contempo si oppose a qualsivoglia fusione con il diritto civile in una lettura continuistica del diritto commerciale che avrebbe dovuto annettere anche il diritto del lavoro[61].

Due considerazioni. La prima: se un mio studente avesse sintetizzato con le parole di Ascarelli alcuni passaggi del mio "*Il*

56 Ascarelli, *Norma giuridica e realtà sociale* cit., 105.

57 Ascarelli, *Sviluppo storico del diritto commerciale e significato dell'unificazione* cit., 33.

58 S. Mazzamuto, *Il contratto di diritto europeo* cit., 102-189-405.

59 C. Vivante, *I difetti sociali del codice di commercio*, Prolusione, La riforma sociale, 1899, 25 ss.; Id., *La penetrazione del socialismo nel diritto privato*, Prolusione, Critica sociale,1902, 345 ss.; Id., *Trattato di diritto commerciale*, vol. I, *I commercianti*, Vallardi (Milano 1928), 1 s.

60 A. Sraffa, *La lotta commerciale*, Prolusione, Enrico Spoerri (Pisa 1894), 3 s.

61 Cfr. L. Mossa, *I problemi fondamentali del diritto commerciale*, Riv.dir.comm., 1926, I, 33 s.; Id. *La nuova scienza del diritto commerciale*, Riv.dir.comm., 1941, I, 439 s. L'indipendenza di Mossa dal regime fascista si manifestò, dopo l'entrata in vigore delle leggi razziste, con una coraggiosa azione di sostegno agli studenti ebrei che è stata ricordata da Giuseppe Acerbi: G. Acerbi, *Le leggi antiebraiche e razziali italiane e il ceto dei giuristi*, Giuffrè (Milano, 2011), 186-7.

contratto di diritto europeo"[62] non ci avrei trovato nulla di strano. La seconda: io sono un civilista e non un commercialista. La prima considerazione conferma l'idea che Ascarelli sia stato senza ombra di dubbio un precursore. La seconda considerazione richiede un ulteriore passaggio. Ascarelli è un commercialista e ritiene che isolare e approfondire il problema del contratto dei consumatori sia un suo preciso compito. Questo compito oggi invece – e non sono l'unico degli studiosi odierni del diritto civile a dimostrarlo – non cade al di fuori della competenza del civilista. Che è successo? È cambiato il diritto civile ovvero la visione del diritto civile di Ascarelli era soltanto un po' riduttiva? Forse entrambe le cose. La sua profezia si è però realizzata quanto alla fonte dell'auspicato diritto dei consumatori: nell'esperienza italiana il Codice del consumo, così come il *Code de la consommation* in Francia, si è affiancato al Codice civile, che continua a regolare il diritto comune delle obbligazioni e dei contratti – il fine è stato quello di evitare commistioni indebite – e ciò a differenza dell'esperienza tedesca dove la *Schuldrechtsmodernisierung* ha proceduto ad una consumerizzazione a volte un po' affrettata del diritto privato[63].

Una terza chiosa riguarda la consapevolezza di Ascarelli dei diversi compiti propri degli economisti e dei giuristi in vista della regolazione della società. La differenza è chiara al Maestro romano, il quale ricorda le diverse figure per il cui tramite gli economisti e i giuristi procedono all'ordinamento della realtà: «L'economista costruisce concetti funzionali, quali strumenti per intendere produzione e distribuzione della ricchezza, preoccupato dei misurabili effetti dei vari fenomeni in tale produzione e distribuzione; il giurista ordina secondo caratteri tipici, astratti dalle peculiarità individuali, soggetti, atti, cose, per l'applicazione di una determinata disciplina»[64]. Noberto Bobbio definì Ascarelli come un giurista economista che considerava il diritto in una visione squisitamente funzionalistica soprattutto nel suo valore

62 S. Mazzamuto, *Il contratto di diritto europeo* cit., *passim*.
63 Ibidem 37.
64 Ascarelli, *Teoria della concorrenza*, cit., 12; Id., *Ordinamento giuridico e processo economico,* in *Problemi giuridici* cit., I, spec. 62 s.

strumentale rispetto ai fini economici della società[65].

Una quarta chiosa riguarda la concezione storica del diritto propria di Ascarelli. Se ritorno ai miei lavori del buon tempo trascorso direi che la storicità ne è una premessa implicita e scontata. Ho ricevuto quest'idea in gioventù da Pietro Barcellona che è stato uno dei miei maestri. Tutta l'area di noi giovani privatisti, si dica pure di sinistra, muoveva proprio dalla storicità che nella sua forma più consueta ricorda il materialismo storico e la nota sovrastruttura marxiana.

La storicità si apre in due direzioni: l'analisi retrospettiva degli istituti (penso a "*Inattuazione dello scambio e sviluppo capitalistico*" di Mario Barcellona[66] ma anche al mio "*L'attuazione degli obblighi di fare*"[67]) e la funzionalizzazione degli istituti in chiave del tempo presente.

Il Maestro di Ascarelli Cesare Vivante dirà: «Occorre innanzitutto rendersi conto dei fatti che si vogliono regolare»[68]. Non ritengo che la generazione che precedette la mia fosse disattenta alla realtà, come diceva Ascarelli, è certo però che per la mia generazione divenne centrale il binomio storia-funzione[69]. Il più chiaro interprete di questo binomio era proprio Tullio Ascarelli che così ci appariva già allora come un autentico Maestro.

Norberto Bobbio ha scritto che il "funzionalismo giuridico" di Ascarelli è una nuova strada oltre il positivismo e il giusnaturalismo: «in questa concezione funzionalistica del diritto il giurista perdeva il carattere tradizionale del dogmatico e assumeva quello dell'ingegnere o del costruttore rivolto al compito di organizzare, disciplinandola giuridicamente, una società in espansione e in evoluzione»[70].

Il diritto privato contemporaneo che sia riletto in chiave

65 N. Bobbio, *L'itinerario di Tullio Ascarelli*, in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, I cit., CXXXVIII-CXXXIX.

66 M. Barcellona, *Inattuazione dello scambio e sviluppo capitalistico. Formazione storica e funzione della disciplina del danno contrattuale* (Milano 1975).

67 S. Mazzamuto, *L'attuazione degli obblighi di fare* (Napoli 1978).

68 La frase è ricordata da T. Ascarelli, Prefazione a *Saggi di diritto commerciale* cit., 3.

69 "Formazione storica e funzione della disciplina del danno contrattuale" si legge significativamente nel sottotitolo di M. Barcellona, *Inattuazione dello scambio e sviluppo capitalistico* cit.

70 Bobbio, *L'itinerario di Tullio Ascarelli* cit., CXXXIX.

efficientista o axiologica, tramite l'analisi economica o la Costituzione, presenta varie espressioni di tale "funzionalismo giuridico", giacché non si è solo aperto alla realtà nel senso di Ascarelli, o meglio se lo ha fatto ciò è avvenuto indipendentemente da Ascarelli seguendo altre suggestioni, ma ha soprattutto preso in prestito gli strumenti che Ascarelli aveva cominciato a mettere sul tavolo per inquadrare la nuova apertura e in certo modo regolarla.

Il funzionalismo per Ascarelli non assorbe l'intero compito del diritto ed i relatori delle giornate senesi hanno ricordato molto opportunamente che nel suo pensiero l'interpretazione è "creazione" ma con il limite della "continuità". L'ordinamento non esisterebbe senza questa continuità. L'ordinamento è esso stesso continuità. Il sistema deve essere aperto, perché altrimenti non potrebbe evolversi, ma deve rimanere pur sempre sistema, altrimenti non potrebbe ordinare. Il concetto di continuità – come annota ancora Norberto Bobbio[71] – non è stato svolto, tuttavia, da Ascarelli in modo particolarmente analitico malgrado l'importanza teorica di tale concetto nella sua riflessione.

Il valore della certezza, comunque, è ben presente alla riflessione del Maestro romano[72], il quale ne intravvede l'identica finalità nei sistemi di *common law* e in quelli di *civil law* ed invoca a tal fine ed a più riprese l'importazione della cultura del precedente anche nell'esperienza italiana: il presidio della certezza, tuttavia, non sta nel tecnicismo della norma astratta o nella durezza dei nuclei testuali per i quali potrebbe valere il brocardo tanto contestato *in claris non fit interpretatio*, giacché la norma astratta è muta ovvero con altra formula la sua polisemia è ontologica (Ascarelli al riguardo oscilla), ma al contrario sta a valle sul piano dell'effettività nel formarsi di una *communis opinio* ed a tale proposito il compito dell'interprete si estende alla persuasione avvalendosi dell'argomentazione retorica: da qui la vicinanza esplicita di Ascarelli[73] al pensiero di un altro grande pensatore di origine ebraica

71 Ibidem CXXVII.

72 T. Ascarelli, *Interpretazione del diritto e studio del diritto comparato*, apparso nel 1954 nella Rivista di diritto commerciale e poi ripubblicato in *Saggi di diritto commerciale* cit., 481 s.; Id., *Certezza del diritto e autonomia delle parti*, Riv. dir. econ., 1956, 1238.

73 T. Ascarelli, *Norma giuridica e realtà sociale*, in *Problemi giuridici* cit., I, 91.

ossia Chaïm Perelman[74].

Luigi Mengoni ricorda, tuttavia, ad Ascarelli che, quantunque l'analisi del linguaggio non sia sufficiente ai fini dell'interpretazione ed appaia imprescindibile il confronto con la realtà sociale, «il tenore letterale del testo svolge una funzione euristica di grande importanza, sia scartando i progetti di senso che con le parole della legge non hanno alcuna congruenza, sia sollecitando la forza evocativa o figurativa del linguaggio e così contribuendo alla formazione di ipotesi di soluzione oggettivamente fornite di senso»[75].

L'argomentazione in continuità è, dunque, rivolta ad ottenere l'adesione razionale della comunità dei giuristi e dell'ambiente sociale in cui essi operano ed il formarsi di indirizzi giurisprudenziali omogenei[76].

Il difficile equilibrio tra "creazione" e "continuità" è il problema apicale di questo nostro tempo, e che l'odierno problema sia proprio quello che impegnò Ascarelli ci fa intuire che l'attuale fisionomia della nostra materia è intimamente collegata al suo pensiero.

Una consonanza con Ascarelli ho ritrovato in un mio recente saggio su Santi Romano, giurista della complessità, che alla complessità non si abbandona inerte ed anzi si ripropone di governarla. Il riferimento all'aurea operetta "*L'ordinamento giuridico*[77] può essere utile soprattutto per quei criteri ordinanti – collegamento tra ordinamenti – che nel pluralismo giuridico del Maestro siciliano hanno il ruolo di coprotagonisti.

È solo tramite tali criteri mi pare, infatti, che possano venire in qualche modo scongiurati il dissolvimento del diritto nella pura dialettica giudiziale e lo spostamento di tutte le leve reali dell'economia fuori da un qualsiasi controllo statuale; in questi criteri si può trovare un antidoto che permetta al pur vitale spontaneismo sociale di non

74 C. Perelman - L. Olbrechts-Tyteca, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, nuova ed. con pref. di N. Bobbio, Einaudi (Torino 2013).

75 Mengoni, *Teoria generale dell'ermeneutica generale* cit., 17-18.

76 Libertini, *Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia* cit., 16 nota 33.

77 Santi Romano, *L'ordinamento giuridico* (Firenze 1917).

risolversi in una disorganizzata competizione tra deboli e forti[78].

I due Maestri convergono, dunque, inaspettatamente sul piano teorico provenendo da sponde in apparenza opposte: l'uno Santi Romano, giurista fedele al regime, che si destreggia di fronte all'imposizione dell'antisemitismo – come del resto il grande filosofo siciliano e teorico del fascismo Giovanni Gentile che prestò soccorso ai suoi colleghi ebrei [79]– e l'altro, Tullio Ascarelli, vittima delle leggi razziste perché di origine ebraica.

L'accostamento tra Tullio Ascarelli e Santi Romano troverà un'esplicita conferma nell'aver ispirato entrambi dopo la guerra il pensiero di Gino Giugni: l'uno per il suo antiformalismo e la sua apertura al diritto comparato ma anche al diritto del lavoro[80] ed inoltre per aver presentato a Giugni Otto Kahn-Freund[81] che tramite l'illustre laburista italiano influenzerà non poco insieme a Selig Perlman[82], celebre studioso anch'Egli di origine ebraica dell'azione sindacale, la dottrina

78 S. Mazzamuto, *Pluralità degli ordinamenti giuridici e diritto civile*, Riv. crit. dir. priv., 2018, 111 s.

79 Cfr. la classica opera di Renzo De Felice: R. De Felice, *Storia degli Ebrei Italiani sotto il fascismo*, Einaudi (Torino 1993), 121 e 388: «Pochi uomini di cultura, anche tra coloro che godevano di tale posizione di prestigio da non avere nulla da guadagnare, seppero mantenersi estranei alla canea di quegli anni. L'unico dei grandi che forse seppe farlo fu Gentile.». Gli episodi di interessamento di Gentile a favore di studiosi ebrei sono numerosi. L'A. menziona un suo intervento del 1933 presso le autorità tedesche, a favore del filosofo Richard Hönigswald. Sergio Romano, *Giovani Gentile. La filosofia al potere*, Bompiani (Milano 1993), 268 s., narra l'edificante episodio della estromissione dalla Scuola normale di Pisa dello storico Paul Oskar Kristeller, allora giovane lettore di tedesco: Gentile, che lo aveva invitato a lavorare con sé sottraendolo alla furia antisemita dei nazisti, nell'accomiatarsi da lui, all'indomani delle leggi razziste, usò parole di particolare apprezzamento e rimpianto. L'anno dopo Kristeller, emigrato per intercessione di Gentile, al pari di altri, fra cui Rodolfo Mondolfo, gli manifestò dalla Columbia University la propria gratitudine. Cfr., infine, *Gentile, I matematici italiani, Lettere 1907-1943*, a cura di A. Guerraggio - B. Anastasi (Torino 1993), 100, ove è ricordato l'appoggio di Gentile alla richiesta di "discriminazione" per eccezionali benemerenze cui si piegarono illustri scienziati ebrei quali Federigo Enriques, Guido Castelnuovo e Roberto Almagià.

80 T. Ascarelli, *Sul contratto collettivo di lavoro (appunto critico)*, Arch. giur., 1, 1929, 184; Id., *Inquadramento sindacale e contratto collettivo*, Foro it., 1933, I, 699; e nel periodo postbellico Id., *Su un diritto comune del lavoro* (relazione al I Congresso internazionale di diritto del lavoro di Trieste, 1951), Dir. lav., 1951, I, 165.

81 Cfr. il fondamentale saggio di O. Kahn Freund, *Il lavoro e la legge*, Giuffré (Milano 1974).

82 S. Perlman, *Ideologia e pratica dell'azione sindacale*, trad. it. di Gino Giugni, La Nuova Italia (Firenze 1976).

italiana del sistema di relazioni industriali[83]; l'altro, come riconosce lo stesso Giugni, per avere posto col suo pluralismo le premesse teoriche dell'ordinamento intersindacale[84].

È arrivato il momento di tornare più da presso al diritto civile che ben si può definire oggi "ascarellizzato" piuttosto che "commercializzato". Un altro Maestro del diritto civile contemporaneo, Luigi Mengoni, affrontò il problema del diritto dal punto di vista del metodo recuperando la lezione di Ascarelli. A tale proposito il mio allievo Luca Nivarra scrive assai bene che «quello proposto da Mengoni è un esigente modello prescrittivo, che assegna un ruolo decisivo alla dogmatica come strumento di controllo della razionalità sistemica della decisione». Tale modello «si pone in ideale continuità con l'approccio "liberatorio" che ispira la posizione di Ascarelli»[85].

Se veramente Ascarelli ha preparato il campo a Mengoni, si trova ribadito il nucleo del contributo ascarelliano al diritto civile contemporaneo, un nucleo direi fondativo. Satta dice che Ascarelli poteva essere considerato un processualcivilista onorario, perché grazie alla sua teoria dell'interpretazione sapeva risolvere "i cento falsi problemi" che hanno agitato la nostra dottrina arrivando al «totale rovesciamento della concezione del processo, e dei suoi rapporti col c.d. diritto sostanziale»". Il processo veniva così da Ascarelli ricomposto nell'unità essenziale dell'ordinamento e finiva col dimostrare che "l'azione non è un diritto"[86].

È mia opinione che Tullio Ascarelli sia stato per il diritto civile molto di più che per il diritto processuale civile: nel primo egli si è spinto, infatti, anche a ricostruire istituti fondamentali mentre nel secondo si è limitato a suggestioni ancorché preziose di teoria generale e a qualche contributo più specifico in tema di tutele: a quest'ultimo riguardo si è già rammentato il suo interesse per la clausola *solve et repete* ma si possono aggiungere gli scritti sulla clausola di esonero dalla

83 G. Giugni, *La memoria di un riformist*a (Bologna 2007), 67-69.

84 Cfr. S. Mazzamuto *Pluralità degli ordinamenti giuridici e diritto civile* cit., 119.

85 L. Nivarra, *Dalla «crisi» all' «eclissi»: ovvero, da un paradigma all'altro*, in questa *Rivista,* 2017, 805, nota 9, ma v. anche 815 s.

86 Satta, *op. loc. citt.*

responsabilità[87] e sulla derogabilità delle forme di cui all'art. 363 cod. comm. (ora art. 2761 cod. civ.) in tema di diritto di ritenzione privilegiato del mandatario[88]; sulla nullità del contratto e sulla *prorogatio fori*[89]; sulla compensazione nella procedura fallimentare[90]; sulla natura dell'attività del giudice nell'omologazione del concordato[91]; su arbitri ed arbitratori[92], E si veda la nota alle Sezioni Unite della Cassazione del 1931 che ravvisa nell'esecuzione coattiva di cui all'art. 68 cod. comm., il cui testo precorre gli artt. 1515-1518 cod. civ., una forma di risoluzione del contratto[93]; od ancora l'idea che il problema delle società per azioni non sia quello di «tutelare i gruppi di comando nel controllo, perché questi hanno già, per definizione, il potere di tutelarsi benissimo da soli» ma occorre semmai disciplinare il controllo su di essi[94].

Ciò che resta per così dire in negativo è la scarsa considerazione che Ascarelli riponeva nella dottrina civilistica del suo tempo ma chissà che aprendo oggi un manuale del diritto privato di ultima generazione[95] egli da *olam abbà* ossia dal mondo a venire non possa ricredersi scoprendo come in *olam ha zeh* ossia nel nostro presente alla responsabilità civile venga dedicato un intero capitolo e la dote venga appena ricordata per segnalarne il divieto di costituzione a mente dell'art. 166-bis cod. civ. Quale che sia il senso di quella presa di distanze, forse un po' estemporanea, dico in ogni caso all'uso ebraico benedetta sia la sua memoria e, quindi, *zikhronò le vrakhà*.

87 T. Ascarelli, *Clausole di esonero da responsabilità nel trasporto marittimo e inversione convenzionale dell'onere della prova*, Foro it., 1936, I, 1010.

88 T. Ascarelli, *Sulla derogabilità delle forme di cui all'art. 363 cod. comm.,* Riv. dir. proc. civ., 1927, I, 24.

89 T. Ascarelli, *Nullità del contratto e « prorogatio fori»*, Dir. prat. comm., 1928, II, 268.

90 T. Ascarelli, *In tema di compensazione nella procedura fallimentare,* Temi em., 1928, I, 131.

91 T. Ascarelli, *Sulla natura dell'attività del giudice nell'omologazione del concordato*, Riv. dir. proc. civ., 1928, II, 223.

92 T. Ascarelli, *Arbitri ed arbitratori. Gli arbitrati liberi,* Riv. dir. proc. civ., 1929, I, 308.

93 T. Ascarelli, *In tema di esecuzione coattiva*, Foro it., 1932, I, 93.

94 T. Ascarelli, *I problemi delle società anonime per azioni*, Riv. delle società, Milano, 1956, 17.

95 Cfr. ad esempio S. Mazzamuto (a cura di), *Manuale del diritto privato* (Torino, 2019).

2. Tullio Ascarelli e Piero Calamandrei: l'antifascismo

Il lettore mi potrebbe obiettare a proposito della vicinanza culturale da me inaspettatamente suggerita tra Tullio Ascarelli e Santi Romano che il Maestro palermitano, il quale non può certo definirsi un ideologo del fascismo[96], accettò nel 1939, senza ricercare un commodus discessus, l'inserimento nel comitato scientifico della rivista "*Il diritto razzista: dottrina, giurisprudenza, legislazione italiane e straniere sulla famiglia e sulla razza*", la quale fu diretta dall'avv. Stefano Maria Cutelli, squadrista ed esponente di spicco della propaganda di regime, e per fortuna ebbe vita breve a causa della guerra.

Posso anche immaginare dal tenore della sua lettera di adesione – la quale a differenza di altri messaggi analoghi[97] si limitava ad un formale assenso[98] – che Santi Romano, Presidente all'epoca del Consiglio di Stato, non abbia potuto sottrarsi all'ingrato laticlavio ma dalla sua penna adusa al linguaggio neutro delle sentenze ed al linguaggio scientifico delle sue opere celeberrime non uscì mai nessuno stigma negativo contro gli ebrei. Ciò a differenza di altri illustri partecipanti all'iniziativa, come ad esempio il prof. Adolfo Giaquinto, Presidente onorario della Corte di Cassazione, che vi aderì con più convinzione anche con i suoi scritti quale "*Necessità dello studio e della divulgazione del diritto razzista*"[99].

È vero, inoltre, che l'esame della giurisprudenza di alcune

96 Cfr. N. Bobbio, *Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano*, in *Dalla struttura alla funzione*, Ed. Comunità (Milano 1977), 168-169, il quale così annota: «nonostante il prestigio di cui godette sempre Romano come giurista, la sua teoria generale del diritto, proprio perché veniva colta nel suo aspetto prevalente di teoria del pluralismo, non poteva essere approvata da un regime consacrato al culto dello stato. È sintomatico il fatto che quando nel 1940 apparvero i quattro volumi degli studi in onore, Giuseppe Bottai, allora ministro dell'educazione nazionale del governo fascista, vi premise alcune pagine per sostenere che la crisi dello stato da cui aveva preso le mosse la dottrina pluralistica era stata ormai superata dal fascismo». È da rimarcare che Piero Calamandrei partecipò alle onoranze per Santi Romano ma Tullio Ascarelli non poté anche a volerlo trovandosi già in esilio.

97 l diritto Irazzista, 1939, n. I-2, 5.

98 Ib idem: «Mi pregio comunicarvi che accetto di buon grado di far parte del Comitato scientifico del nuovo periodico Diritto razzista rivista di dottrina, diritto e giurisprudenza della razza, da voi così autorevolmente diretta».

99 A. Giaquinto, *Necessità dello studio e della divulgazione del diritto razzista*, Il diritto razzista, 1939, n. I-2, 13 s.

corti di merito – e segnatamente i giudici torinesi (tra cui Domenico Peretti Griva) e il Consiglio di Stato presieduto per l'appunto da Santi Romano e molto meno la Corte di Cassazione e la Corte dei conti – e dei contributi della dottrina più liberale (Alessandro Galante Garrone, Arturo Carlo Jemolo, Pietro Gismondi ed altri) dimostra come negli interstizi dell'ordinamento fascista trovarono spazio forme di cauta opposizione e prassi interpretative ed applicative volte a contenere la portata devastante della legislazione razzista[100].

Il Cutelli, del resto, nella presentazione ai lettori[101], aveva dovuto prendere atto a malincuore della mancata adesione nella forma o nella sostanza alla sua impresa editoriale di molti politici e giuristi: costoro «pur essendo ufficialmente razzisti (*razzisti per disciplina*!) non vogliono evidentemente cooperare allo sviluppo e alla diffusione della nuova disciplina giuridica se non negli stretti limiti loro imposti, dall'*interesse* e dall'*obbedienza*, in modo da poter poi confidenzialmente scusarsi con i democratici compari, sussurrando alle lor caste orecchie: ho fatto quel poco cui non potevo sottrarmi».

100 Qualche esempio significativo. La prima questione di ordine esegetico che la legislazione sulla "difesa della razza italiana" pone, riguarda la portata dell'art. 8 del r.d.l. n. 1728/1938, il quale individua gli "appartenenti alla razza ebraica" secondo un mix davvero arbitrario di criteri biologici e culturali: così, ad un orientamento giurisprudenziale restrittivo, secondo cui i criteri all'uopo indicati devono considerarsi di stretta interpretazione e la mancanza di uno di essi vale ad escludere l'appartenenza alla razza ebraica, si oppone una più nutrita serie di decisioni che interpretano estensivamente il dettato normativo, dichiarando ad es. appartenente alla razza ebraica il figlio di genitori nati ebrei pur se la religione professata da uno dei genitori e dal figlio medesimo non sia quella israelitica. A proposito dei tanti matrimoni "misti" come tali vietati si segnalano – oltre alle pronunce benevoli che hanno qualificato con un geniale *escamotage* come reato *istantaneo* (e non permanente) il matrimonio tra "ariani e non ariani" e lo hanno, quindi, ritenuto suscettibile di amnistia subito dopo la celebrazione: Trib. Torino, 3 maggio 1940, Foro it., 1941, II, 62 s., con nota contraria di Domenico Rende – i sussulti della giurisprudenza in materia di matrimoni tra "ariani cittadini e non ariani stranieri" che per ciò stesso si reputassero invalidi nell'ordinamento estero ma validi nel nostro, grazie all'ostacolo dell'ordine pubblico, almeno sino alla promulgazione delle leggi razziali. I giudici di primo grado optarono per la nullità dei suddetti matrimoni purché la relativa azione fosse stata proposta in costanza delle nuove leggi ma tale abnorme orientamento venne ribaltato sia in occasione del riesame sia in sede di legittimità: la Corte di Cassazione, in particolare, escluse la retroattività delle disposizioni per la difesa della razza ritenendole ininfluenti su tutti i matrimoni celebrati prima della loro entrata in vigore: Cass., 19 maggio 1943, n. 1209, Foro it., 1943, I, 930 s.

101 A. M. Cutelli, *Ai lettori: perché e come nasce il diritto razzista e come è accolto*, Il diritto razzista, 1939, n. 1-2, 1 s.

I giuristi italiani della cattedra (alludo ai non ebrei) non furono, infatti, particolarmente solerti nell'adesione alle leggi razziste: il manifesto della razza fu elaborato da medici ed antropologi e pochi giuristi lo firmarono successivamente tra i quali spicca solo l'insigne penalista filosofo e romanziere palermitano Giuseppe Maggiore.

Il Maggiore – sul cui atteggiamento antisemita si tornerà più volte – fu nominato rettore dell'Università di Palermo nel biennio 1938-1939 e nel 1943 rivestì per ultimo la carica di presidente nazionale dell'Istituto Nazionale di Cultura Fascista; nel 1938 il suo nome comparve tra i 360 docenti universitari che aderirono al Manifesto della razza; la prolusione da rettore al suo primo anno accademico annunciava con compiacimento che dagli atenei italiani erano stati cacciati «ben novantanove professori ebrei, cinque dalla nostra»[102].

Ad una valutazione di sintesi, comunque, la gran parte degli indirizzi giurisprudenziali e dottrinali, formulati all'indomani della svolta razzista del 1938, così come la quasi totalità delle prassi amministrative, paiono muoversi con poche eccezioni nel solco di una adesione incondizionata ai motivi ispiratori della politica antisemita del regime.

I giuristi di origine ebraica non persero solo la cattedra con le leggi razziste ma dovettero subire sovente anche l'onta del disprezzo nella stampa di regime: una curiosità riguardante Giuseppe Maggiore che lascia ancor oggi sbigottiti lo dimostra in modo irrefutabile. Questo non fu comunque il caso per sua fortuna di Tullio Ascarelli forse perché meno esposto nel dibattito pubblico politico-culturale e meno che mai nella vita istituzionale del nostro paese.

Il palesamento di una buona dose di fanatismo, in particolare, non fece difetto a Maggiore, alla cui intitolazione di una strada a Palermo ove era nato io mi opposi con successo insieme ad altri da ex Preside della Facoltà giuridica. Egli, infatti, non si lasciò influenzare dal silenzio di Santi Romano e di tanti altri né dalla reazione bonaria di Giovanni Gentile e nel sorprendente zibaldone del 1939 dal titolo "*Razza e*

102 L'appello, 12 novembre 1938.

fascismo"[103] volle apostrofare in malo modo il grande processualcivilista Amram Lodovico Eutimio Vitale Mortara in breve Lodovico Mortara che era stato Ministro di Grazia Giustizia e Culti nel Governo Nitti e Primo Presidente della Corte di cassazione di Roma, incarico che tenne fino al 1923, quando il neonato regime fascista con la scusa della riforma della Suprema corte che egli aveva proposto gli impose il pensionamento anticipato. L'Ascarelli – *per incidens* – fu un estimatore di Mortara e lo si desume qua e là dai suoi scritti anche quando nel dissentirne dalle opinioni si rammarica di non potergli prestare "il dovuto ossequio"[104].

Le parole di Maggiore sono francamente sorprendenti per un intellettuale del suo stampo ma ancora più sorprendente è la circostanza che nel dopoguerra superato il giudizio di defascistizzazione della Commissione d'epurazione del personale universitario egli riebbe la sua cattedra di diritto penale all'Università di Palermo: «L'Italia abituata a non far caso agli ebrei, non se ne accorse né durante la guerra (benché Caporetto avesse dovuto aprirle gli occhi) né dopo. Anzi permise che i vari emissari dell'internazionale israelita-moscovita, Treves, Modigliani, Musatti, Mortara – il famigerato largitore dell'amnistia ai disertori – usciti dal ghetto, lavorassero indisturbati ad assoggettare alla dittatura ebraico-massonica il paese». E prosegue lamentando da accademico che il «liberalismo universitario è andato tutto a beneficio degli ebrei» e che l'intellettuale ebreo «se ha da dedicarsi a una disciplina sceglie quelle che hanno un contenuto utilitario: non per nulla egli è quasi dittatore nella economia politica e nel diritto commerciale».

Come s'è già ricordato, l'atteggiamento di Giovanni Gentile fu di tutt'altro tenore sì da meritare insieme a Benedetto Croce il biasimo di alcuni zelanti del regime tra cui Carlo Costamagna nel 1938[105] e

103 G. Maggiore, *Razza e fascismo,* Agate (Palermo 1939), 150-253-274; si veda la recensione positiva pubblicata senza ritegno nel Giornale di Sicilia del 9 febbraio con una coda del 4 settembre e del 28 giugno 1939 dal suo allievo Girolamo Bellavista, ordinario di procedura penale e principe del foro palermitano, che nel dopoguerra divenne esponente di spicco del Partito Liberale in Sicilia e membro del quinto governo De Gasperi.

104 T. Ascarelli, *Azione redibitoria e qualità contrattualmente determinate* cit., 473.

105 Una nota, a firma della direzione della rivista, ma ispirata dal Costamagna, *Professori ebrei e dottrina ebraica* in Lo Stato, Agosto-Settembre 1938, 490, accusa Benedetto Croce e Giovanni Gentile di predicare alla gioventù italiana, seppur con diverso accento, quella morale formale

Giovanni Preziosi nel 1944[106]: proprio quel Costamagna che qualche anno prima aveva partecipato alle onoranze per Federico Cammeo altro eminente giurista di origine ebraica[107].

Non meraviglia, viceversa, che uno dei primi numeri della rivista "*La difesa della razza*" del siciliano Telesio Interlandi, un pioniere dell'antisemitismo fascista, cui collaborò anche Giuseppe Maggiore[108], si sia affrettato a pubblicare la foto del "giudeo Mortara", accusandolo nell'anonimo trafiletto di essere massone e di aver fatto approvare la legge sull'amnistia ai disertori della grande guerra[109].

Il figlio del rabbino di Mantova Marco Mortara era del resto in buona compagnia se "l'ebreo Polacco", che per l'indiscussa fama di insigne civilista era stato precettore del principe ereditario, si vide rinfacciare, sulla stessa rivista, da Mario Baccigalupi, un magistrato di Milano, la "rovinosa iniziativa", quale senatore del Regno, di una meno rigida disciplina delle naturalizzazioni, rivolta a fare d'Italia una succursale delle comunità israelitiche di Polonia e di Romania[110].

Non v'è testimonianza più significativa del proditorio voltafaccia

dell'idealismo che era stata anticipata dalla morale matematica del pensatore giudaico-olandese Baruch Spinoza.

106 Cfr. De Felice, *Storia degli ebrei italiani sotto il fascismo* cit., 454-455, che riporta alcuni passi farneticanti di un memoriale, inviato a Mussolini il 31 gennaio 1944 da Giovanni Preziosi, tra i quali spicca un cenno a Gentile: «compito numero uno non è la cosiddetta concordia nazionale, della quale assieme a Gentile vanno blaterando altri, ma la totale eliminazione degli ebrei, cominciando da coloro che sono già tanti, che tali si rivelarono dal censimento, non mai reso pubblico, del 1938. Poi scovare gli altri più o meno battezzati. Indi escludere da tutti gli ambiti della vita nazionale, dall'esercito, dalla magistratura, dall'insegnamento, dalle gerarchie centrali e periferiche del Partito, i meticci, i mariti delle ebree e quanti hanno gocce di sangue ebraico».

107 C Costamagna, *Diritto pubblico e diritto privato nel nuovo sistema del diritto italiano*, in *Studi in onore di Federico Cammeo*, I, Cedam (Padova 1933), 285 s. I due grossi volumi furono dedicati a Cammeo nel 1933, quando era appena sessantunenne, per celebrarne il trentennale dell'insegnamento. Il comitato per le onoranze fu presieduto da Vittorio Scialoja e composto, fra gli altri, da Mariano D'Amelio, Vittorio Emanuele Orlando, Oreste Ranelletti, Santi Romano, Silvio Lessona. La lista degli aderenti includeva il Gotha della dottrina e del foro. Una sola assenza di rilievo, quella del maestro di Cammeo, ma a rappresentare il padre ormai ritiratosi dalla vita pubblica v'era l'illustre statistico Giorgio Mortara.

108 G. Maggiore, *Logica e moralità del fascismo*, La difesa della razza, 1938, n. 3, 31.

109 La difesa della razza, 1938, n. 6, 16.

110 M. Baccigalupi, *Il principio della razza e lo stato di cittadinanza*, La difesa della razza, 1938, n. 4, 44.

di Mussolini e dei suoi più autorevoli seguaci nei confronti degli ebrei d'Italia, i quali durante il ventennio non erano mai venuti meno alla loro vocazione nazionale, parimenti distribuendosi, come ogni altro italiano, in fascisti della prima ora, in moderati filogovernativi od ancora in antifascisti e poi in fuorusciti.

Appena un anno innanzi le cronache del regime tacevano del pericolo di una dittatura degli accademici ebrei nelle università ed in particolare nella scienza economica e in quella del diritto commerciale ove più alto era in effetti, come si vedrà appresso, il numero di studiosi di origine israelitica; mentre il Presidente Federzoni – confortato dai sentimenti di cordoglio espressi da Sua Maestà il Re e dal Duce in persona[111] per l'illustre scomparso – si cimentava al Senato del Regno nella commemorazione dell'ebreo David Supino: «Giurista insigne, David Supino aveva tenuto dal 1878 la cattedra di diritto commerciale nella sua Pisa, fino al raggiungimento dei limiti di età. Egli eccelleva per una compiuta informazione in ogni settore delle discipline economiche; aveva partecipato con la sua rara dottrina ai lavori della Commissione per la formazione del nuovo Codice di commercio; ed era stato chiamato a cooperare alla redazione del Codice svizzero delle obbligazioni». E così concludeva: «A Lui, come agli altri indimenticabili colleghi che ci sono stati tolti, si volgono riverenti il nostro ricordo e il nostro rimpianto»[112].

Ancora nel 1936 la rivista "*La giustizia penale*", diretta dall'avv. Gennaro Escobedo, riteneva di poter affidare alla penna non proprio entusiastica dell'ebreo tedesco Hans Fränkel la descrizione del nuovo diritto razzista di Germania. Nel 1937 la "*Rivista di diritto processuale civile*", diretta da Giuseppe Chiovenda, Francesco Carnelutti e Piero Calamandrei, pubblicava una pagina dal tono particolarmente amaro in memoria dell'illustre processualista ebreo tedesco Albrecht Mendelssohn Bartholdy che era scomparso in esilio a Oxford.

Ciò che davvero suscita ammirazione è che la "*Rivista di*

111 V. l'opuscolo anonimo *David Supino*, Pacini (Pisa 1937): «Il capo del governo S.E. Mussolini appena informato della morte del Senatore Supino, telegrafa a S.E. il Prefetto di Pisa incaricandolo di rendersi interprete dei Suoi sentimenti di cordoglio presso la famiglia Supino».
112 Ibidem.

diritto commerciale" diretta a Milano da Alberto Asquini, fascista ma galantuomo, nei numeri successivi al varo delle leggi razziste accolse il ricordo di Angelo Sraffa a firma dell'allievo Lorenzo Mossa e addirittura mantenne in copertina il nome dei fondatori Angelo Sraffa e Cesare Vivante fino all'occupazione tedesca nel 1943 ed osò ospitare anche nell'oscurità della Repubblica Sociale Italiana un commosso necrologio a firma dello stesso Asquini dedicato a Cesare Vivante[113] ed un ricordo di Gino Segré a firma di Giuseppe Grosso[114].

Altrettanto si può dire della "*Rivista di diritto privato*", diretta sempre a Milano da Mario Rotondi, che ospitò imperterrita i saggi di Alfredo Ascoli, il quale pure ebbe a ricordare Angelo Sraffa nella "*Rivista di diritto civile*"[115], e di Mario Ghiron e continuò temerariamente ad esibire in copertina sotto la Repubblica Sociale Italiana tra i membri del Comitato scientifico, oltre a Mariano D'Amelio, anche alcuni dei più illustri giuristi ebrei italiani e stranieri: Alfredo Ascoli, Mario Falco, Heinrich Höniger, Oskar Pisko, Gino Segré, Henri Lévy Ullmann, Cesare Vivante, Martin Wolff. Lo stesso Arturo Carlo Jemolo non esitò a pubblicarvi nel 1943 un delicato ritratto di Mario Falco che era scomparso in quell'anno[116] ma l'elenco dei necrologi di ebrei a firma di non ebrei in quel torno di tempo è più lungo: Mario Rotondi scrisse di Angelo Sraffa[117] e di Leone Bolaffio[118]; Ernst Heinitz di James Goldschmidt[119]; Carlo Maiorca di Gino Segré[120]; Emilio Valsecchi di Alfredo Ascoli[121]; Alfredo De Gregori in modo a dir poco coraggioso di Cesare Vivante[122].

E pure v'è di più. A mo' di tragica beffa, nello stesso torno di tempo che precede di un soffio la legislazione antisemita, un teorico

113 Riv. dir.comm., 1944, I,109 s.
114 Riv. dir. comm., 1942, I, 338 s.
115 Riv. dir. civ., 1938, 181 s.
116 Riv. dir. priv., 1943, I, 258 s.
117 Riv. dir. priv., 1938, I, 122 s.
118 Riv. dir. priv., 1941, I, 43 s.
119 Riv. dir. priv., 1941, XI, 43 s.
120 Riv. dir. priv., 1942, I, 195 s.
121 Riv. dir. priv., 1943, I, 258 s.
122 Riv. dir. priv., 1944, I, 150 s.

nostrano del razzismo di nome Giulio Cogni[123], autore di un noto libello messo all'indice dalla Chiesa e filogermanico tra i più fanatici, sosteneva l'inesistenza di una questione ebraica in Italia «ove gli israeliti sono pochi e non formano gruppo a sé, ma collaborano apertamente alla vita nazionale, colla quale si immedesimano totalmente, pur mantenendo, com'è naturale, in privato, un attaccamento alle loro tradizioni avite». E si studiava persino di dimostrare, sulla scia di Houston Stewart Chamberlain, la superiorità razziale «per generale nobiltà e bontà d'animo e finezza di linee» degli ebrei italiani appartenenti al ramo sefardita rispetto agli ebrei aschenaziti dell'Europa centro-orientale, quelli sì espressione tipica di una etnia degenerata.

Lodovico Mortara non riuscì ad assistere allo scempio delle leggi razziste ma ne farà le spese il figlio Giorgio che scelse l'esilio. Il padre difatti si spense ignaro per sua fortuna in Roma a Capodanno del 1937. La rivista "*Giurisprudenza italiana*" da lui retta sino all'ultimo gli dedicò le poche righe di un necrologio che impegnava la nuova direzione di Mariano D'Amelio, il quale non solo si rivelò particolarmente ambiguo nel proseguirne l'opera ma accentuò la sordina ancor prima delle leggi razziste: il nome di Federico Cammeo, l'allievo prediletto di Mortara che dal 1892 aveva curato la parte della rivista riguardante la giurisprudenza amministrativa, fu cancellato dal frontespizio del primo numero dell'anno dopo, ove non trovò posto neppure il nome di Carlo Francesco Gabba, che D'Amelio a Pisa sempre nel 1937 aveva pubblicamente promesso di riesumare, giacché non sarebbe stato possibile disgiungerlo da quello di Mortara tra i numi tutelari della rivista[124].

Ancor prima, del resto, il 1933 era già stato particolarmente triste per Lodovico Mortara: quell'anno l'incarico di predisporre il progetto di riforma del c.p.c. venne affidato a Enrico Redenti ed egli, preda dello sconforto, preferiva ormai alle occasioni di vita accademica la stesura delle malinconiche "*Pagine autobiografiche*"[125]: ne era passata di acqua

123 G. Cogni, *Il razzismo*, Bocca (Milano 1937), 158-159.

124 S. Mazzamuto - F. Cipriani, La "*Giurisprudenza italiana*" *di Gabba e Mortara* (1892-1936), Giur.it., 1992, IV, 497 s.

125 Salvatore Satta le pubblicherà dopo la guerra nei suoi *Quaderni del diritto e del processo civile*, I, Cedam (Padova 1969).

sotto i ponti a danno di chi tra i tanti meriti aveva prefigurato l'istituzione del Consiglio Superiore della Magistratura[126], era stato l'estensore della storica sentenza della Corte d'Appello d'Ancona, subito smentita dalla Cassazione[127], che riconobbe nel 1906 il voto alle donne, aveva adottato in Cassazione un indirizzo restrittivo in tema di decreti-legge e si era battuto con successo per l'unificazione della Cassazione in Roma, per il mantenimento della doppia giurisdizione ordinaria e amministrativa[128], per l'introduzione della presunzione d'innocenza nel nuovo codice di procedura penale[129].

Alcuni colleghi particolarmente illustri furono più clementi. Giuseppe Chiovenda e Francesco Carnelutti nelle pagine in memoria si soffermarono soprattutto sulla figura dello studioso[130]. Mario Rotondi fu quello che ricordò l'opera riformatrice della legislazione certamente non gradita al regime[131], e così Piero Calamandrei che illustrò l'opera del magistrato nell'elaborazione ed unificazione del diritto nazionale[132].

Il destino fu comunque inesorabile. Alessandro Galante Garrone[133] ricorda l'ennesimo affronto al Maestro ormai scomparso nel 1940 da parte del Ministro Grandi, il quale cancellò di suo pugno dalla relazione al nuovo codice di procedura civile, predisposta da Calamandrei, ogni riferimento a Mortara perché antifascista ed ebreo.

È da sottolineare che l'ambizione di farsi partecipe del nuovo codice di rito e la possibilità forse di condizionarne i contenuti meno graditi indusse Calamandrei a cedere alle pressioni del regime, lasciando il proprio nome a presidio dei codici del fascismo tra i cui principi fondamentali spiccava quello che fu il comma 3 dell'art. 1 cod. civ., il quale metteva una pietra tombale sull'eguaglianza formale tra gli esseri

126 L. Mortara, *Lo Stato moderno e la giustizia*, Utet (Torino 1885).

127 App. Ancona, 25 luglio 1906, Giur. it., 1906, III, 389 ss.; Cass. Roma, 12 dicembre 1906, Giur. it., 1907, III, 2 s.

128 M. Mazzamuto, *Il tramonto dottrinario del mito della giurisdizione unica alla luce dell'esperienza tra Orlando e Mortara*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2019.

129 G. Mortara, *Appunti biografici su Lodovico Mortara*, Quaderni fiorentini, n. 19, 1990, 333.

130 G. Chiovenda, *Lodovico Mortara*, Riv. dir. proc. civ., 1937, I, 100; F. Carnelutti, *Lodovico Mortara*, Riv. dir. proc. civ., 1937, I, 103.

131 M. Rotondi, *Lodovico Mortara*, Riv. dir. priv., 1937, I, 67.

132 P. Calamandrei, *Il nostro Maestro,* Riv. dir. proc. civ., 1937, 301.

133 A. Galante Garrone, *Calamandrei*, Garzanti (Milano, 1987), 167.

umani: "La capacità giuridica si acquista dal momento della nascita. I diritti che la legge riconosce a favore del concepito sono subordinati all'evento della nascita. Le limitazioni alla capacità giuridica derivanti dall'appartenenza a determinate razze sono stabilite da leggi speciali».

Com'è noto tra coloro che nel 1931 prestarono il fatidico giuramento al regime – voluto da Giovanni Gentile in una prima versione riguardante solo la Monarchia e lo Statuto e poi estesa dal Ministro Balbino Giuliano alla fedeltà al regime – figura, oltre agli ebrei vicini al fascismo come il filosofo neoidealista Giorgio del Vecchio e lo studioso di diritto corporativo Gino Arias, il meglio della cultura antifascista: Guido De Ruggiero, Adolfo Omodeo, Federico Chabod, Giuseppe Lombardo Radice, Gioele Solari, Arturo Carlo Jemolo, Giuseppe Levi, Giuseppe Chiovenda, Piero Calamandrei e, per l'appunto, Tullio Ascarelli, il quale aderì sin dal 28 ottobre 1932, come molti del resto, alla Federazione dell'Urbe del P.N.F. ma anche al Sindacato fascista degli avvocati e dei procuratori.

La decisione di Piero Calamandrei, che aveva sottoscritto insieme al suo maestro Giuseppe Chiovenda il Manifesto degli intellettuali antifascisti del 1925 redatto da Benedetto Croce, fu abbastanza travagliata ed egli per di più si rifiutò sempre di aderire al P.N.F.[134]; ma la scelta di convivere con il regime non impedì, tuttavia, a Calamandrei dopo le leggi razziste, correndo un bel rischio insieme all'italianista Luigi Russo ed a Benedetto Croce, di prestare soccorso al suo allievo ebreo Alessandro Haim Pekelis[135]: il quale sotto l'influenza crociana si

134 Galante Garrone, *Calamandrei* cit., 90-91.

135 Alessandro Haim Pekelis, ebreo ucraino, ebbe una vita avventurosa e morì tragicamente a soli 47 anni in un disastro aereo nei cieli d'Irlanda; un'accurata biografia si deve allo storico Massimo Mastrogregori: v. M. Mastrogregori, *Il caso Pekelis: Croce, Russo, Calamandrei e la protezione degli studiosi ebrei nell'autunno 1938*, Storiografia, 6, 2001, 167 s. Nato a Odessa Pekelis si trasferì a Firenze dove si laureò in giurisprudenza con Piero Calamandrei di cui divenne assistente per poi insegnare, una volta conseguita la libera docenza, all'Università La Sapienza di Roma. Piero Calamandrei lo aiutò in diversi modi raccomandandolo innanzitutto per un inserimento all'Università di Montevideo ma egli preferì recarsi negli Stati Uniti dove ebbe dapprima un incarico presso la "Graduate Faculty of social sciences" e poi presso la "Columbia Law School". Luigi Russo Benedetto Croce e Piero Calamandrei, inoltre, gli procurarono rocambolescamente delle credenziali giacché le autorità dei paesi ospitanti ed in particolare il console americano a Lisbona avevano bisogno, per concedere il visto di ingresso,

era già distinto per il suo antiformalismo ed antipositivismo senza però approdare agli eccessi del diritto libero.

Una minoranza di antifascisti ebrei e non ebrei decise di non giurare e fu collocata forzatamente a riposo con un trattamento minimo o scelse la via del pensionamento anticipato: sei giuristi (Vittorio Emanuele Orlando, Francesco Ruffini, Edoardo Ruffini, Fabio Luzzatto, Errico Presutti, Ignazio Brunelli che si era già rifiutato di prestare il giuramento di fedeltà al Re), un orientalista (Giorgio Levi della Vida), uno storico dell'antichità (Gaetano De Sanctis), un teologo (Ernesto Buonaiuti), un matematico (Vito Volterra), un chirurgo (Bartolo Nigrisoli), un antropologo (Marco Carrara), uno storico dell'arte (Lionello Venturi), un chimico (Giorgio Errera), due filosofi (Giuseppe Antonio Borgese e Piero Martinetti), uno studioso di Scienza delle finanze (Antonio De Viti de Marco), un economista (Piero Sraffa).

Il filosofo ufficiale del fascismo Giovanni Gentile da quel galantuomo che era ebbe a dichiarare coraggiosamente nel verbale della seduta del proprio Consiglio di Facoltà di Roma l'11 gennaio 1932: «che certamente nell'animo della Facoltà, al rammarico per l'allontanamento di così insigni colleghi s'aggiunge un sentimento di stima pel nobile atto da essi compiuto per restare fedeli alla propria coscienza e compiere un dovere di lealtà verso il Regime».

---

di una garanzia che i coniugi Pekelis non fossero fascisti: a tal uopo vennero inviate loro dalla "rete di protezione" fiorentina cui era collegato Calamandrei una recensione di Croce alla voce *Azione* approntata lì per lì (*La critica*, 36, 1938, 457) ed un articolo sempre del 1938 apparso nel giornale fascista *Il Telegrafo,* che nel commentare l'uscita di una rivista edita da Pekelis – Massimario della corte toscana, Casa editrice poligrafica universitaria, Firenze, 1938 – si rammaricava di vederla diretta da «un russo di nascita, ebreo di razza, sionista per elezione, la cui mancanza di ardore per il Fascismo (egli non è membro del Partito, vista la lista ufficiale dei membri del Foro per l'anno 1938) è testimoniata dalle molte manifestazioni di solidarietà con tutto quello che, in passato, sia stato ostile alla Rivoluzione». Le opere di Pekelis quasi introvabili oggi in Italia furono molto apprezzate negli Stati Uniti e gli valsero la nomina ad *Editor-in-Chief* della *Columbia Law Review*: A.H. Pekelis, voce *Azione*, Nuovo digesto italiano, Utet (Torino 1937), 91-108 poi ristampata con un'appendice laudativa di E.T. Liebman nel Noviss. Digesto italiano, Utet (Torino 1957), 29 s.; Id., *Il diritto come volontà costante*, Cedam (Padova 1930); Id., *Saggio sui rapporti fra diritto e morale*, Cedam (Padova 1932); Id. *Law and social action: selected essays*, a cura di Milton R. Konvitz, Cornell U.P. (Ithaca 1950 (rist. nel 1970). Il pensiero di Alessandro Haim Pekelis d'impronta idealistica fu mantenuto vivo negli Stati Uniti ed ulteriormente approfondito, fra gli altri, dal filosofo del diritto italiano di origine ebraica Max Ascoli.

La motivazione di quanti giurarono è che si sarebbe trattato di un accomodamento di facciata a volte per ragioni di pura sussistenza – lo stesso Ascarelli in quel torno di tempo stava per diventare padre di Gianni (1931-1995) – ossia di un escamotage che addirittura sarebbe stato suggerito dai vertici della Chiesa cattolica, con l'artifizio della riserva mentale, ma anche dal Partito comunista e da Benedetto Croce per far sì che i docenti avversi al regime rimanessero a contatto delle nuove generazioni ed impartissero loro un insegnamento non conformista.

L'atteggiamento degli intellettuali antifascisti verso il regime fu comunque abbastanza vario: Ascarelli[136] in particolare non rinunziò mai ad intrattenere rapporti ora espliciti ora sotterranei con l'antifascismo militante ma non particolarmente esibiti, fu sospettato di sovversivismo e sottoposto ad una continua sorveglianza anche della corrispondenza da parte della polizia fascista e dei Ministeri degli Interni e degli Esteri, com'è dimostrato irrefutabilmente dalla copiosa documentazione del Casellario politico centrale che si estende in un *continuum* dagli venti agli anni quaranta ossia per tutto il ventennio fascista, nella quale egli è tacciato di essere ebreo, antifascista, socialista, vicino a Giustizia e Libertà, propalatore di idee accanitamente avverse al regime ma anche nel 1936 da parte della Questura di Roma come persona di sentimenti antifascisti, che però non risultava avesse spiegato palese attività in tal senso, al punto di raccomandarne la radiazione dal novero dei sovversivi poi rifiutata da Mussolini di suo pugno[137].

L'Ascarelli nel 1923 collaborò alla neonata rivista mensile "*Studi politici*" di Paolo Flores e al settimanale "*La rivoluzione liberale*" di Piero Gobetti, e condusse a quanto pare una non irrilevante attività di editorialista sulla stampa quotidiana. Nel 1926 scriverà anche sotto lo pseudonimo di Guido da Ferrara, sul settimanale socialista "*Il quarto Stato*", diretto da Pietro Nenni e Carlo Rosselli. Egli fece parte, inoltre, del gruppo toscano raccolto attorno al giornale clandestino "*Non Mollare*"

136 Cfr. in particolare sulle posizioni politiche di Ascarelli nell'anteguerra Stella Richter *jr, Ascarelli Tullio*, in *Dizionario del liberalismo italiano*, Rubbettino, I-II, 2011-2015.

137 La copiosa documentazione sui controlli di polizia è stata reperita all'Archivio di Stato di Roma dal figlio di Tullio Ascarelli Piero Ascarelli (1937-2010).

e del movimento Giustizia e libertà (specie durante il soggiorno a Parigi) e dopo il crollo del fascismo, si iscrisse ad Unità Popolare e poi al Partito Socialista Italiano.

Un periodo particolarmente felice dal punto di vista politico e culturale Tullio Ascarelli trascorse nei primi anni di insegnamento all'Università di Ferrara: la città estense spiccava, infatti, per l'influenza degli ebrei che costituivano un'importante comunità – basta ricordare che il fascista Italo Balbo fu sempre filosemita sia nella natia Ferrara sia nel governatorato di Libia o che l'avv. Renzo Ravenna, amico di Balbo, rivestì la carica di podestà dal 1926 al 1938, unico ebreo assurto a tale carica[138] insieme al podestà di Trieste Enrico Paolo Salem che mantenne il titolo dal 1933 al 1938[139] – ma anche per l'attività dei circoli di ispirazione antifascista specie all'Università ove operarono oltre a Tullio Ascarelli il costituzionalista Ignazio Brunelli di orientamento liberalradicale e i filosofi del diritto Alessandro Levi di orientamento socialista e da studente Max Ascoli di orientamento liberalrepubblicano che era nato a Ferrara e dopo aver conseguito la libera docenza avrebbe insegnato all'Università di Roma La Sapienza.

È singolare la sorte di Tullio Ascarelli che non fu mai oltraggiato nel ventennio – come s'è già detto – dalla stampa di regime ma che fu inopinatamente sottoposto ad un attacco improvviso in anni recenti da parte dello storico tedesco Helmut Götz, il quale ignora l'origine ebraica di Ascarelli nel disegnarne il profilo e si limita a richiamare – peggiorandone addirittura l'ordito ma soprattutto senza uno straccio di prova documentale o di testimonianza diretta e senza avere condotto alcuna propria ricerca d'archivio – le parole ora livide ora infastidite di un paio di conoscenti di Ascarelli ossia Massimo Salvadori ed Edoardo Ruffini[140] che in realtà si erano accontentati soltanto di rimproverarlo

138 Cfr. il saggio di Fabio Isman: F. Isman, *1938, l'Italia razzista. I documenti della persecuzione contro gli ebrei*, Il Mulino (Bologna 2018), 54.

139 Cfr. il saggio di Silvia Bon: S. Bon, "*Un fascista imperfetto, Enrico Paolo Salem, podestà 'ebreo' di Trieste*", Centro 'Gasparini' (Gradisca 2009).

140 H. Götz, *Il giuramento rifiutato. I docenti universitari e il regime fascista,* La Nuova Italia (Firenze 2000), 35-36, trad. it. dall'originale tedesco: *Der freie Geist und seine Widersacher. Die Eidverweigerer an den italienischen Universitäten im Jahre 1931*, Haag - Herchen (Frankfurt am Main 1993). Questo è il passo diffamatorio: «Il vero servizio alla causa della libertà era stato quello

sia pure con toni astiosi per aver prestato il giuramento al regime come del resto la maggioranza dei professori di ispirazione antifascista: un po' troppo poco per uno storico come Helmut Götz che sarà lodato sulla stampa italiana per il suo supposto scrupolo[141].

L'accusa è a dir poco farneticante se si considera la copiosa documentazione del Casellario politico centrale già esaminata in precedenza e non se ne capisce la ragione: l'unica volta in cui Ascarelli si vide dare del fascista fu nel proprio interesse – ciò accadde durante l'esilio londinese prima di trasferirsi a Parigi per poi andare in Brasile dopo l'invasione nazista della Francia – da parte di un noto fuoriuscito, dalla doppia cittadinanza italo-britannica e dall'ambigua esperienza di vita, che aveva trascorso la propria giovinezza fuori d'Italia, di nome Massimo (Max) William Salvadori Paleotti (Londra, 16 giugno 1908 – Northampton, 6 agosto 1992), figlio di Guglielmo esponente liberale anch'egli fuoruscito, il cui cognome Salvadori potrebbe alludere ad un originario ceppo ebraico: Max Salvadori, in una lettera intercettata

---

di restare in cattedra» – come ebbe a giustificarsi l'archeologo siciliano Giulio Emanuele Rizzo che per parte sua prestò il giuramento – ed «una tesi analoga, con l'aggiunta di un voltafaccia, fu sostenuta da Tullio Ascarelli, studioso precoce, romano di origine (nato nel 1903, morto nel 1959 a Roma), che aveva insegnato in diverse università, soprattutto diritto commerciale e aziendale. Da studente aveva partecipato attivamente a organizzazione clandestine antifasciste, tanto che una volta, dopo uno scontro con alcuni fascisti, era stato lasciato a terra in fin di vita in un'aula dell'università. A quanto pare si era poi ritirato da qualsiasi attività politica e aveva intrapreso la carriera accademica con l'aiuto di amici influenti. Nel 1931 tentò di dimostrare con "dialettica diabolica" (Edoardo Ruffini) che "il vero atto di coraggio consisteva nel giurare". In seguito, quali che fossero le sue (eventuali) segrete convinzioni, "si dimostrò ammiratore frenetico del dittatore e del fascismo. Come disse Max Salvadori aveva preferito la carriera alla coscienza».

141 Cfr. al riguardo un articolo assai superficiale di Simonetta Fiori che dimentica ancora una volta l'origine ebraica di Ascarelli e sposa pedissequamente senza motivazione alcuna la tesi di Götz basata su notizie di seconda mano e soprattutto senza consultare gli archivi della polizia politica: S. Fiori, *I professori che dissero "no" al Duce*, La Repubblica del 15 novembre 2000. La giornalista ben può dirsi che abbia violato i criteri della nostra Corte di Cassazione in ordine ai limiti del diritto di cronaca: «Perché la divulgazione a mezzo stampa di notizie lesive dell'onore possa considerarsi lecita espressione del diritto di cronaca e non comporti responsabilità civile per violazione di tale diritto, devono ricorrere tre condizioni: 1) utilità sociale dell'informazione [ossia pertinenza]; 2) verità oggettiva o anche soltanto putativa purché frutto di diligente lavoro di ricerca; 3) forma civile dell'esposizione dei fatti e della loro valutazione, che non ecceda lo scopo informativo da conseguire e sia improntata a leale chiarezza, evitando forme di offesa indiretta [ossia continenza]» (Cass. pen., 30 giugno 1984, n. 8959 e Cass. civ., 18 novembre 1984, n. 5259 cosiddetta sentenza-decalogo).

dalla polizia politica, nell'apparente intento di aiutare Ascarelli gli sconsigliava, sospettandolo di fede fascista malgrado l'origine ebraica, di scegliere gli Stati Uniti come ultimo rifugio.

Il malanimo e il sentimento di antipatia e di invidia dai motivi sconosciuti verso Ascarelli si manifesterà in un saggio del 1951 "*Resistenza ed azione (Ricordi un liberale)*"[142] nel quale, parlando curiosamente di sé in terza persona, Salvadori ricorda di avere incontrato in Roma su segnalazione degli amici parigini di Giustizia e libertà proprio Tullio Ascarelli (ma quale migliore riprova dell'antifascismo di quest'ultimo?): «La sera stessa dell'arrivo a Roma, mi recai da Tullio. Alcuni anni prima, quando ero ancora studente, durante un conflitto con i fascisti, era stato lasciato quasi morente in un'aula dell'università. Ritiratosi in apparenza dalle attività politiche, amicizie influenti gli avevano permesso d'iniziare una carriera accademica in cui brillava nonostante la giovane età. Devo confessare che non sentii molta simpatia verso di lui. Meno di due anni dopo, dovendo scegliere tra la carriera e la coscienza, preferì la prima e, qualsiasi fossero le sue opinioni segrete si dimostrò ammiratore frenetico del dittatore e del fascismo, fino a che le leggi razziali gli restituirono – senza che l'avesse cercata – una verginità politica e intellettuale come antifascista».

La credibilità di tali insinuazioni è pari a zero. L'episodio del linciaggio di Ascarelli non è per nulla confermato dalla famiglia o dalle autorità di polizia ed ha il sapore di un travisamento della memoria di una mente fragile se non di una invenzione subdola per meglio comprovare la falsa accusa di voltagabbana rivolta ad Ascarelli. Ciò che può dirsi di Salvadori è il sospetto diffuso di aver fatto il doppio gioco con la polizia fascista, la quale serbò nei propri archivi ampia documentazione su di lui – il tema di tale doppio gioco è però controverso tra gli storici[143] – ma ciò che più conta è il suo atteggiamento tentennante e lamentoso da tutti riconosciuto, giacché, nel corso del suo rientro in

142 M. W. Salvadori, *Resistenza ed azione (Ricordi un liberale),* Laterza (Bari 1951) 64 (ripubblicato in nuova ed. da Bastogi Editrice italiana a cura di Lamberto Mercuri).

143 Cfr. per la tesi colpevolista lo storico Mauro Canali: M. Canali, *Le spie del regime*, Il Mulino (Bologna 2004), 404-409; e per la tesi innocentista Mimmo Franzinelli: M. Franzinelli, *Max Salvadori: una spia del regime?* , in *Italia contemporanea*, marzo 2005, n. 238, 35 s.

Italia che risale all'autunno del 1929, fu arrestato nel 1932 con una quarantina di compagni di lotta e nello stesso anno, durante una crisi di profondo scoraggiamento, fece atto di sottomissione al regime senza compromettere gli altri compagni arrestati[144] e limitandosi a scrivere una lettera a Mussolini per un atto di clemenza; dopo la condanna al confino, tuttavia, allo scopo di ottenere la liberazione su intervento delle autorità diplomatiche britanniche, sottoscrisse nel 1933 l'impegno di astenersi da ogni forma di attività segreta contro il governo italiano per poi espatriare di nascosto in Svizzera subito dopo e quindi a Londra evitando i controlli di polizia grazie al passaporto britannico di cui era titolare.

L'incontro di Salvadori con Ascarelli avviene nello stesso torno di tempo e non si capisce sulla base di quali elementi un condannato al confino nell'isola di Ponza, poi sottoposto al domicilio obbligato nella casa paterna di Fermo, indi rifugiatosi all'estero dopo aver abiurato, che tornerà in Italia soltanto da ufficiale dell'esercito britannico durante la guerra, abbia potuto accertare di persona una supposta e addirittura frenetica propaganda di Ascarelli a beneficio del regime: di tale propaganda in verità non v'è traccia alcuna nella documentazione di polizia o nella memoria dei circoli antifascisti romani. Il vero di Salvadori è che si tratta del tipico personaggio che guarda arcigno alla pagliuzza nell'occhio altrui senza curarsi della trave che gli ottunde il proprio.

La duplice beffa della supplica e della fuga indusse il Duce a prendersi nell'inverno successivo una raffinata vendetta tramite il capo della polizia Arturo Bocchini: l'ambasciatore a Londra, Dino Grandi, fu invitato a rendere pubblico il testo della lettera di Salvadori per squalificarne l'autore agli occhi degli esuli italiani ma il ritorno alla clandestinità e la fuga all'estero lo salvarono dall'ostracismo dei compagni di lotta[145].

Altrettanto priva di significato è l'altra fonte di Götz ma questa volta si tratta di una persona sicuramente irreprensibile lo studioso

144 *Enciclopedia dell'antifascismo e della Resistenza*, vol. V, La Pietra (Milano 1987), 326.
145 M. Franzinelli, *Max Salvadori: una spia del regime?* cit., 39.

Edoardo Ruffini[146] che rifiutò il giuramento al regime così annotando nelle sue memorie un po' irritato per l'insistenza del collega: «Ricordo Ascarelli che con quella sua dialettica diabolica voleva dimostrarmi che il vero atto di coraggio consisteva nel giurare».

È lecito chiedersi sulla base di quale conformità di significati secondo il colto Götz l'arte della dialettica del tutto normale per un brillante avvocato equivalga alla fede fascista? Un dubbio sorge, inoltre, che la frenetica attività di Ascarelli a favore del regime in quel poco tempo di cui parla Salvadori non sia altro che una tempesta in un bicchier d'acqua ossia l'aver partecipato tra colleghi universitari alla discussione allora frequente tra di loro se giurare o meno, prendendo partito per il giuramento ma in buona compagnia con Pio XI, Palmiro Togliatti e Benedetto Croce.

3. Tullio Ascarelli e Piero Calamandrei: la teoria generale del diritto fra retroterra religioso e impegno politico

Nell'affrontare questo aspetto poco esplorato della personalità ascarelliana è assai utile procedere ad un confronto tra Tullio Ascarelli e Piero Calamandrei non solo per la comunanza di interessi di teoria generale del diritto e del processo ma anche del rapporto di tali interessi con il loro pensiero politico e con la loro formazione culturale: il tema è quello dell'interpretazione della legge e della natura dell'attività del giudice che rappresenta, seppur con cadenze a volte diverse, un *fil rouge* – lo mise bene in evidenza Alberto Asquini per Ascarelli[147] – nello sviluppo degli studi di entrambi in un transito assai difficile di esperienze storico-politiche qual è quello dall'Italia monarchica e liberale all'Italia fascista e poi all'Italia democratica e repubblicana.

Il giovane Ascarelli si pronunziò già nel 1925 nel saggio "*Il*

146 E. Ruffini, *Conciso autoritratto*, Riv. trim. dir. pubbl., 1983, n. 3, 1098.

147 Cfr. A. Asquini, *Il pensiero giuridico di Tullio Ascarelli* cit., LXXIII s., il quale afferma che gli studi di teoria generale costituiscono il filo conduttore di tutta l'opera ascarelliana e che l'interpretazione del diritto ne rappresenta il cuore come il momento in cui il diritto si evolve dall'interno in collegamento con lo sviluppo della realtà economica.

problema delle lacune e l'art. 3 disp. prel. nel diritto privato"[148] a favore della creatività dell'interpretazione e teorizzò *in nuce* la storicità del prodotto ermeneutico ma anche l'universalità della teoria generale rifacendosi espressamente alla filosofia idealistica italiana di cui richiama Benedetto Croce, Giovanni Gentile e Giuseppe Maggiore: qui emerge l'anima ebraica del Maestro che non vuole distaccarsi dalla tradizione talmudica che accomuna l'interpretazione della legge divina e della legge mondana e l'affida all'uomo giacché la legge quale che ne sia la fonte è il regno dell'assolutamente interpretabile che continuamente si rinnova. L'Ascarelli – come si è ricordato – lo dirà a chiare lettere nel 1955 in "*Antigone e Porzia*", rifacendosi al detto del Talmud "La Torah non sta in Cielo", ma nello scritto d'esordio vi è già un primo abbozzo dell'idea che la teoria del giudizio sia una metateoria dell'essenza dell'interpretazione ed abbia carattere universale e trascendente che non può essere subordinato alla contingenza.

Il pensiero di Ascarelli, tuttavia, è ancora preda di ispirazioni contrastanti e non osa allontanarsi dalla tesi positivistica, rinvigorita nel ventennio dai giuristi di orientamento liberale, secondo cui i principi giuridici e politici della vita sociale di allora escludono che si possa uscire dai limiti dell'ordinamento legislativo: una tesi che era stata già da tempo avversata dalla dottrina cattolica – e in particolare da Carlo Francesco Gabba[149] – la quale asseriva che i principi generali del diritto hanno una schietta connotazione extrapositiva e che avrebbe trovato nella filosofia idealistica la conferma che la creatività dell'interpretazione in materia di lacune è solo parzialmente diversa da quella dell'esegesi della norma legislativa.

L'ancora tentennante Ascarelli con una giravolta si rifugia così, all'uso rabbinico, in una improbabile doppia verità[150], successivamente abbandonata, che distingue tra il punto di vista storico-filosofico e il

148 T. Ascarelli, *Il problema delle lacune e l'art. 3 disp. prel. nel diritto privato*, Archivio giuridico "Filippo Serafini", 1925, IV, X, 235 s.

149 C. F. Gabba, *Prolusione al corso di diritto civile. Anno scolastico 1887-88*, Archivio giuridico, 1887, 517 s.

150 Così Massimo Meroni: v. M. Meroni, *La teoria dell'interpretazione in Tullio Ascarelli* (Milano 1989), 16 s.

punto di vista esegetico-dommatico: l'opera dell'interprete in termini dommatici non può che definirsi dichiarativa, perché ogni ordinamento assumerà per implicito di essere completo, ma in termini storici e filosofici l'ottica è destinata a cambiare dal momento che l'inidoneità della norma generale e astratta a regolare i casi concreti richiede necessariamente l'apporto creativo dell'interprete.

La logica dei doppi pensieri, infatti, è tipicamente rabbinica ed invero secondo la tradizione ebraica spesso si è tenuti a dire cose opposte perché non siamo ancora in *olam abba* dove tutto forse ci sarà più chiaro[151]. Alquanto icastico è il giudizio sulla doppia verità ascarelliana di Norberto Bobbio, secondo cui si tratta di un'evidente «soluzione di compromesso, *pro bono pacis,* e come tutte le soluzioni di compromesso aveva il difetto di essere poco chiara, e alla fine per la volontà di accontentare gli uni e gli altri, di scontentare entrambi[152]».

Il sipario cala a poco a poco sulle libere esternazioni di Ascarelli con l'assassinio di Giacomo Matteotti – egli firmò, tuttavia, a tale proposito un noto ordine del giorno predisposto a Roma con la sua partecipazione dal circolo gobettiano *La rivoluzione liberale* e non si sottrasse nel 1929 all'organizzazione della fuga dall'esilio di Lipari di Nello Rosselli e Fausto Nitti – indi con il varo delle leggi fascistissime. Da allora in poi Ascarelli non volle più scrivere apertamente di attualità politica durante il ventennio e neppure inforcare gli occhiali dell'ideologia nei suoi studi e, pertanto, non si lasciò fuorviare dal tempo presente guardandosi bene, in particolare, dal riproporre il pensiero di Giovanni Gentile, la cui filosofia del diritto – come si vedrà appreso – bene avrebbe potuto sorreggere la sua costruzione teorica sull'interpretazione; mentre si dedicò in particolare ad un copioso censimento della letteratura giuridica italiana e straniera nonché al diritto comparato e al dibattito metodologico che si svolgeva all'estero[153].

Il Maestro di diritto per forza di cose dovette rimanere

151 Cfr. P. De Benedetti, *Detti dei padri (dal* Talmud) cit., 42.
152 Bobbio, *L'itinerario di Tullio Ascarelli* cit., XCVIII.
153 Libertini, *Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia* cit., 16 nota 32.

comunque impegnato in tempi di riforme sui problemi contingenti di politica legislativa o più in generale di politica del diritto, specie se di natura tecnico-economica ed attinenti al diritto commerciale, e qualche volta anche al di fuori d'Italia[154]. Il suo pervicace storicismo e la sua attitudine realistica lo indussero, peraltro, a prestare attenzione al diritto corporativo ed all'influenza che l'intervento pubblico nell'economia avrebbe avuto sul diritto civile e sul diritto commerciale: una cauta apertura, pur senza lasciarsi coinvolgere sul piano ideologico, dovuta con ogni probabilità all'erronea previsione sull'onda dei successi del fascismo che l'impegno riformatore del regime sarebbe continuato chissà ancora per quanto tempo[155]. Così, per gli strani itinerari delle umane vicende, in quel torno di tempo l'avversione ad una politica economica autarchica ed al corporativismo e la fedeltà ai principi classici del diritto civile e commerciale fu manifestata apertamente non dal liberale Tullio Ascarelli ma dal fascista Alberto Asquini[156].

Il nuovo atteggiamento misto a rassegnazione di Ascarelli è confermato dalla circostanza che nel 1934 egli accettò di insegnare assieme a Ferruccio Pergolesi proprio l'ordinamento corporativo nella Scuola bolognese di perfezionamento nelle discipline corporative ma non fu il solo: l'intellettualità ebraica vi fu rappresentata anche in materia di economia politica corporativa da Gustavo Del Vecchio[157] per

154 T. Ascarelli, *Il progetto ufficiale per il nuovo codice penale tedesco*, Giust. pen., 1925, I, 987; Id., *Sul progetto ufficiale del codice penale tedesco*, Giust. pen., 1927, I, 533; Id., *Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur Italiens im Jahre 1927*, (in collaborazione con F. Dominedò), in Zeitsch. für ausl. und intern. Privatrecht, 1929, 274; Id., *Il primo libro sul progetto italiano del codice civile*, Giust. pen., 1930, II, 951.; Id. *La funzione del diritto speciale e le trasformazioni del diritto commerciale*, Riv. dir. comm., 1934, I, 1; Id., *L'importanza dei criteri tecnici nella sistemazione delle discipline giuridiche ed il diritto agrario*, in Atti del I Congresso nazionale di diritto agrario italiano, I (Firenze 1935), 102, nonché in *Scritti giuridici in memoria di A. Arcangeli*, I, (Padova 1939), 17; Id., *Alcuni aspetti del diritto commerciale nello stato corporativo* (lezione tenuta a Vienna su invito dell'*International Law Association* il 12 aprile 1935), Dir. prat. comm., 1935, I, 269 nonché Dir. lav., 1935, I, 318; Id., *Problemi preliminari nella riforma delle società anonime*, Foro it., 1936, IV, 19; Id., *Problemi preliminari nella riforma del diritto commerciale*, Foro it., 1937, IV, 25.

155 T. Ascarelli, *La funzione del diritto speciale e le trasformazioni del diritto commerciale* cit., 1; Id., *Alcuni aspetti del diritto commerciale nello stato corporativo* cit., 269.

156 Cfr. il coraggioso discorso di Alberto Asquini pronunciato al Senato il 3 apr. 1933 (*Atti parlamentari, Senato*, leg. XXVIII, *Discussioni*, 6260-6266).

157 La duplice notizia è riportata con un certo risalto dal Corriere della Sera del 10 gennaio 1934.

non dimenticare poi che più in generale uno dei più illustri studiosi di economia e di diritto corporativi nel periodo fascista fu Gino Arias.

L'attenzione di Ascarelli agli altri accademici di origine ebraica e la solidarietà verso di loro, tuttavia, non venne meno durante il fascismo e non si limitò ai necrologi in memoria di Vittorio Polacco[158] e di Angelo Sraffa[159] ma si tradusse anche in alcune recensioni a favore di Cesare Vivante, di Henri Lévy Ullmann, di Mario Ghiron, di Gustavo Del Vecchio, di Georg Cohn e di Walter Bigiavi[160].

È particolarmente rivelatore, inoltre, della modernità di Ascarelli l'interesse per la cultura mitteleuropea anche non giuridica: ne sono testimonianza nel 1927 le recensioni a sua firma di tre opere classiche di Sigmund Freud fondatore della psicoanalisi ed uno dei grandi della cultura ebraica: "*Die Traumdeutung*"; "*Der Witz und ihre Beziehung zum Unbevussten*"; "*Über Psychoanalyse*"; nonché di un saggio d'ispirazione freudiana di Maximilian Steiner anch'egli ebreo, "*Die psychischen Störungen der männlichen Potens*"[161].

L'osservatorio ascarelliano sulle riforme legislative[162] e sulla letteratura giuridica italiana e straniera proseguirà per tutta la sua vita ma le recensioni di opere di studiosi ebrei del nostro paese diminuiranno col declinare spontaneo del loro numero nell'Italia repubblicana[163].

158 Dir. prat. comm., 1926, I, 184.

159 Arch. giur., 1938, CXIX , 190.

160 V. la rec. a C. Vivante, *Il contratto di riporto*, Dir. prat. comm., 1925, I, 265; la rec. a G. Cohn, *Die Aktiengesellschaft*, Arch. giur., 1925, XCIV, 171; la rec. a H. Lévy Ullman, *Eléments d'introduction générale à l'étude des sciences juridiques,* Riv. int. fil. dir., 1929, 172; la rec. a Gus. Del Vecchio, *Ricerche sopra la teoria della moneta*, Riv. dir. comm., 1933, I, 581; la rec. a M. Ghiron, *Corso di diritto industriale*, vol. I, Riv. dir. comm., 1935, I, 37; la rec. a W. Bigiavi, *La rivendicazione del venditore,* Riv. dir. comm., 1935, I, 461.

161 T. Ascarelli, *Die Traumdeutung*, Franz Deuticke, Leipzig, 1922, Giust. pen., 1927, 1244; Id., *Der Witz und ihre Beziehung zum Unbevussten*, Franz Deuticke, Leipzig, 1925, Giust. pen., 1927, 1244); Id., *Über Psychoanalyse*, Franz Deuticke, Leipzig, 1924, Giust. pen., 1927, 1244-1245); Id., *Die psychischen Störungen der männlichen Potens*, Franz Deuticke, Leipzig, 1926, Giust. pen., 1927, 1245.

162 T. Ascarelli, *Sul progetto di legge «antitrust»*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1950, 742) Id., *Disciplina delle società per azioni e legge antimonopolistica* (relazione al Convegno del 1955 degli «Amici del Mondo»), Riv. trim. dir. proc. civ., 1955, 273); Id., *Progetti di legge in tema di società e di intese industriali*, Riv. delle soc., 1956, 599.

163 V. la rec. a Wolfgang Friedmann, *Legal theory,* Riv. dir. comm., 1949, I, 410) ; la rec. a Piero Calamandrei e Alessandro Levi, *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Riv.

Una di tali recensioni riguarda il celebre scritto sull'imprenditore occulto di Walter Bigiavi ma tra i due non corsero in verità buoni rapporti[164] specie al rientro di Ascarelli dall'esilio e alla sua riammissione all'Università di Bologna: le loro divergenze riguardarono soprattutto temi di diritto positivo come per l'appunto l'imprenditore occulto – la posizione di Bigiavi fu sicuramente più aperta di quella di Ascarelli – ma anche il dibattito sul metodo, giacché Ascarelli nel dopoguerra ribadì la non scientificità della giurisprudenza e la sua intrinseca politicità mentre Bigiavi come molti altri giuristi dell'epoca continuò a ritenere che l'esaltazione della creatività dell'interpretazione avrebbe pregiudicato la certezza del diritto e ridotto il ruolo della dottrina giuridica[165]. È da segnalare, tuttavia, che Walter Bigiavi contribuì agli Studi in memoria di Tullio Ascarelli con un saggio – non sappiamo quanto malizioso – dal titolo "*Note inutili sul c.d. trasferimento delle azioni civili*"[166].

L'impostazione teorica ripresa da Ascarelli dopo il silenzio nel ventennio fascista lasciava intravvedere una visione del mondo ottimistica e progressista e la fiducia in un programma di sviluppo moderato e costante dell'ordine sociale, in cui i giuristi avrebbero dovuto svolgere un ruolo attivo e responsabile.

Il dopoguerra repubblicano, infatti, è per Ascarelli e per gli altri ebrei sfuggiti all'odio razzista un autentico *Purim* che celebra lo scampato pericolo ed una festa delle luci ad un tempo religiosa per la riapertura del Tempio e laica per la riconquista della libertà e della democrazia.

Le candele virtuali di Hanukkah – la famiglia Ascarelli era in realtà non molto proclive alla ritualità ebraica – sembrano tuttavia rigenerare simbolicamente pensiero ed azione del Maestro romano che nella stagione del nuovo risorgimento si manifestano ormai in modo

---

dir. comm., 1950, I, 345); la rec. a Giorgio Del Vecchio, *Lezioni di filosofia del diritto*, Riv. dir. comm., 1950, I, 518); la rec. ad Arthur Nussbaum, *Money in the law, national and international* Banca, borsa tit. di cred., 1952, I, 103; la rec. a Walter Bigiavi, *L'imprenditore occulto*, Banca, borsa tit. di cred., 1955, I, 105.

164 Ascarelli, rec. a Walter Bigiavi, *L'imprenditore occulto* cit.

165 V., in particolare, T. Ascarelli, *Contrasto di soluzioni e divario di metodologie, in Saggi di diritto commerciale* cit., 527 s.; Libertini, *Diritto civile e diritto commerciale* cit., 16 s.

166 W. Bigiavi, *Note inutili sul c.d trasferimento delle azioni civili*", in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, V (Milano 1969), 2983 s.

aperto: l'accento già ricordato sulla creatività dell'interpretazione e l'outing sulle radici talmudiche di tale creatività in "*Antigone e Porzia*" del 1955; l'impegno di filosofia del diritto nel saggio "*Hobbes e Leibniz e la dogmatica giuridica*" del 1960, quasi un testamento intellettuale, ove Ascarelli torna sul tema della certezza[167]; il rilancio, sotto l'ombrello filosofico di Benedetto Croce, dell'originario impegno politico di stampo liberalsocialista che lo avvicina anche alla rivista "*Il Mondo*" di Mario Pannunzio ed agli ambienti del liberalismo radicale nei quali la sua vicenda politico-culturale si intreccia magari senza conoscerli di persona con più giovani intellettuali, quale il filosofo del diritto di orientamento liberale ortodosso Bruno Leoni (entrambi per un crudele destino si spensero prematuramente l'uno a causa di un male inesorabile e l'altro di una vile mano assassina) che fu l'autore dell'importante scritto "*Freedom and the Law*" edito negli USA ed a lungo ignorato dalla dottrina italiana a causa, con ogni probabilità, della predominanza postbellica, su cui si tornerà in seguito, della cultura cattolica e marxista[168]. Leoni inoltre fu particolarmente attratto in chiave per così dire teologica dal rapporto ebraismo/diritto e tale filo non molto percettibile di potenziale comunicazione con Ascarelli è stato trascurato comprensibilmente non solo dai lettori ferrati in onomastica (Leoni è un tipico cognome ebraico italiano) ma anche dalla dottrina specialistica e dallo stesso Ascarelli.

167 Il Maestro romano sottolinea: «La certezza di Hobbes è la certezza di una soluzione e la sicurezza di una convivenza; quella di Leibniz è 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»: cfr.T. Ascarelli, *Hobbes e Leibniz e la dogmatica giuridica*, in Th. Hobbes, *A dialogue between a philosopher and a student of the Common Law of England* / G. W. Leibniz, *Specimen quaestionum philosophicarum ex iure collectarum - De casibus perplexis - Doctrina conditionum - De legum interpretatione*, Milano, 1960, 3-69, spec.7. Al riguardo v. il saggio di M. Grondona, *Storia, comparazione e comprensione del diritto: Tullio Ascarelli, "Hobbes e Leibniz e la dogmatica giuridica". Un esercizio di lettura*, in Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico, a cura di M. Brutti e A. Somma, Max Planck Institute for European Legal History, 2018, 219-244.

168 Bruno Leoni fu molto vicino al celebre economista liberale della Scuola austriaca Friedrich August von Hayek. La sua opera principale *Freedom and the Law*, Liberty Fund ed., 1961 fu più volte ristampata negli USA e finalmente tradotta in Italia più di trent'anni dopo con il titolo *La libertà e la legge,* liberilibri,1995. Un interessante raffronto tra Ascarelli e Leoni è offerto da M. Grondona, *Perché non possiamo non dirci «leoniani», I. Il diritto come pretesa individuale: frammenti per una teoria (con uno sguardo su Tullio Ascarelli)*, in *Persona, mercato, contratto e rapporti di consumo*, Studi in onore di Vito Rizzo, t. I, (Napoli 2017), 865 s.

Il liberalismo individualistico ai confini col radicalismo di Bruno Leoni che riconosce al singolo nei confronti della collettività e degli altri consociati una vera e propria pretesa extrapositiva – la quale come in una pièce trasformista si può immaginare che vesta i panni cangianti della disobbedienza civile e del tirannicidio di ispirazione tomista, della legittima difesa, del diritto di sciopero, del *derecho de amparo*, del referendum popolare e così via – si reputa influenzato in dottrina ora da un cattolicesimo libertario essenzialmente antigiuridico ora da un giusnaturalismo che si vorrebbe antistoricista.

A voler andare al fondo, tuttavia, le radici del diritto come pretesa meglio attecchiscono nell'orto dell'ebraismo pangiuridico in cui la fonte è al contempo contrattuale ed ottriata (l'Alleanza e la *Torah*) ma l'interpretazione – come si è detto più volte – rimane di competenza dell'uomo e, quindi, della Storia[169].

Negli scritti dell'ultimo decennio di vita è però trasparente la delusione di Ascarelli suscitata al suo ritorno in Italia da una scienza giuridica che, di fronte alla nuova Costituzione e al un nuovo ordine democratico, si rifugiava in gran parte nel disimpegno politico, mostrando scarso interesse perfino per la realtà economica che era stata l'oggetto della svolta metodologica delle generazioni precedenti, e si chiudeva in una sterile alternativa fra la mera esegesi dei testi normativi

169 Al riguardo cfr. B. Leoni, *Opere complete*. V: liberalismo e storia del pensiero politico, Istituto Bruno Leoni, Libri, 2014, *passim*; Id., *Il Cristianesimo e l'idea del diritto*, Riv. it. scienze giur., 1949, 427-444; nonché le riflessioni di Antonio Masala in A. Masala, *Il liberalismo di Bruno Leoni*, Rubbettino Editore (Soveria Mannelli 2003), *passim*. Il fondamento del rapporto tra l'uomo e Dio – secondo Leoni – risiede per gli ebrei nel patto tra di loro e nella legge divina da cui scaturiscono anche le pretese dell'uomo nei confronti di Dio che si pongono sinallagmaticamente con le opere prescritte all'uomo dall'Alleanza e dalla Torah e prima fra tutte con la circoncisione. Una conseguenza di ciò si ritrova talvolta anche nell'annuncio disperato da parte dell'uomo della morte di Dio o del suo annichilimento di fronte al male del mondo com'è avvenuto durante la Shoah: v. il pensiero di Hans Jonas in H. Jonas, *Il concetto di Dio dopo Auschwitz. Una voce ebraica*, Il Melangolo (Genova 2004), *passim*. Il cristianesimo paolino rivendica invece il valore unico della fede che prescinde dall'Alleanza (Abramo credette in Dio ancor prima della circoncisione) ed invoca soltanto la misericordia divina ed è, quindi, essenzialmente oblativo ed antigiuridico. Il corollario è il seguente: dal cristianesimo a differenza dell'ebraismo non si possono trarre direttive analitiche di ordine giuridico od economico ma soltanto la legittimazione religiosa di un ordine politico terreno che rimane largamente autonomo ossia secolarizzato nella sua attività nomopoietica.

e la rielaborazione astratta degli strumenti concettuali ricevuti dalla tradizione[170].

Per ritornare al confronto tra i due grandi giuristi di origine ebraica, altri punti importanti in realtà accomunavano Ascarelli e Bigiavi[171]: una visione generalista del diritto privato e il superamento degli steccati fra diritto civile e diritto commerciale; il rifiuto di una concezione ontologica delle costruzioni dogmatiche e la conseguente rappresentazione delle categorie giuridiche come sintesi comunicative di dati normativi ricostruiti mediante l'interpretazione; un'idea dello sviluppo del diritto basato sulla centralità del ruolo della dottrina più che sulla capacità creativa della giurisprudenza; ed infine l'identico terreno politico-ideologico che si ispirava ai principi del radicalismo liberale[172].

Il nome di Ascarelli – come s'è già detto – non comparirà durante il ventennio soprattutto nel dialogo culturale sull'interpretazione al quale parteciperanno in vario modo, lasciandosi a volte condizionare dalla pura esigenza ideologica, Giovanni Gentile, Piero Calamandrei, James Goldschmidt, Benedetto Croce e Guido Calogero.

Il silenzio di Ascarelli non fu seguito da Calamandrei che continuò ad impegnarsi in vere e proprie operazioni di politica del diritto nel discutere di teoria generale del processo ma la cui vicinanza al pensiero di Gentile si manifesterà senza dirlo soltanto nel secondo dopoguerra: il laico Calamandrei, infatti, nutre per implicito una visione contingente e strumentale della teoria del diritto che reputa suscettibile di venire piegata al programma prescelto di carattere pratico-politico: la sua visione – come ebbe a dire Norberto Bobbio – era quella di un giurista moralista, sensibile al valore etico del diritto, che «guardava ansiosamente al diritto come uno strumento delicato, imperfettissimo, sempre pronto a guastarsi, per far trionfare la giustizia»[173].

Lo stesso Calamandrei farà al riguardo nel suo barcamenarsi una sorta di *outing* nel 1940 ancor prima di abbandonare il tradizionale

170 G. Auletta, *Tullio Ascarelli*, Riv. soc., 1970, 493 ss.; Libertini, *op. loc. ultt. citt.*

171 M. Libertini, *op. loc. ultt. citt.*

172 Cfr. Libertini, *Il diritto della concorrenza nel pensiero di Tullio Ascarelli*, in *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, Giuffrè (Milano 2005), 1153 s.

173 N. Bobbio, *Ricordo di Piero Calamandrei*, Belfagor, XIII, 1958, 592.

positivismo e logicismo dimostrandosi così del tutto consapevole della necessità di un preliminare chiarimento delle premesse ideologiche del proprio discorso giuridico e, quindi, della politicità delle scelte tecniche dell'interprete: «La polemica (sul concetto di azione) ha, dunque, uno sfondo essenzialmente politico; questo avviene, ed è bene che avvenga, anche se non sempre i giuristi se ne accorgono, in ogni elaborazione sistematica degli istituti giuridici; nell'interpretare i quali i tecnici, anche quando credono di essere fedeli alla lettera delle disposizioni positive, non possono esimersi dall'esaminarli contro luce e al chiarore di certe fondamentali tendenze, alle quali essi pensano che si ispiri, o vorrebbero che si ispirasse, l'ordinamento entro il quale il diritto positivo è collocato»[174].

Anche Ascarelli riconoscerà nel 1958 il nesso calamandreiano tra politica e interpretazione nel 1958 in una conferenza sotto gli auspici della Fondazione Calamandrei: «La riflessione di Calamandrei sul rapporto tra processo e democrazia traduceva una concezione che accomuna in uno stesso ideale l'attività dello studioso e quella del politico, la severa lezione dalla cattedra e l'infiammato discorso nei comizi»[175].

Quanto a Calamandrei si può distinguere sin d'ora una prima fase o dell'adesione teoretica al sillogismo giudiziale, una seconda o dell'adesione teoretica all'idealismo, una terza o dell'adesione ideologica al sillogismo giudiziale ed una quarta corrispondente al definitivo ripudio della teoria deduttivistica del giudizio e all'adozione del soggettivismo dell'interpretazione.

Il giudizio al riguardo di Luigi Caiani è assai perspicuo[176]: «Non vi è forse mutamento, e consapevole mutamento di posizione, più adatto di quello del Calamandrei, a mostrare sia il carattere ideologico (nel significato più profondo e non negativo del termine, ben s'intende) anche di quei presupposti che stanno a fondamento del laicismo giuridico,

174 P. Calamandrei, *Sulla relatività del concetto d'azione*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, IV (Padova, 1940), 79-101, ora in *Opere giuridiche*, I, *Problemi generali del diritto e del processo* (Napoli 1965), 428.

175 T. Ascarelli, *Processo e democrazia*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1958, 844.

176 L. Caiani, *La filosofia dei giuristi italiani* (Padova, 1955), 122.

sia la inevitabile connessione dei concreti orientamenti metodologici e in genere delle convinzioni dell'interprete con le condizioni sociali e ambientali in cui il suo lavoro si viene manifestando».

Il Calamandrei non fu mai un convinto sostenitore *tout court* della legalità positiva. Non a caso, Norberto Bobbio nella nota analisi delle tre prospettive in cui è riguardabile il fenomeno giuspositivistico, distinguendo in ordine alla ideologia del positivismo tra una ideologia "forte", legata ad una concezione legalistica della giustizia ed una ideologia "debole", che riconosce nella certezza la specifica eticità del diritto, il suo valore irrinunciabile, collocava Piero Calamandrei nella scheda dei sostenitori di quest'ultima[177].

"*La genesi logica della sentenza civile*" risale al maggio del 1914[178], ad un periodo, cioè, in cui appare ancora saldo, sebbene per poco, lo Stato liberale. Nel rimeditare, a distanza di quarant'anni, sul significato di quella prima adesione alla teoria del sillogismo della legalità e del logicismo processuale, lo stesso Calamandrei dirà: «Questo è della legalità il meccanismo perfetto, costruito per i periodi facili della vita costituzionale, è un sistema di calma e ottimismo che corrisponde a tutti i principi illuministici della democrazia: c'è la spersonalizzazione del potere, che sottrae la decisione giudiziaria al capriccio del giudicante; c'è la divisione dei poteri, che separa il campo del legislatore da quello del giudice; c'è la certezza dei diritti, suprema garanzia della libertà personale»[179]. È, dunque, nelle stesse riflessioni postume di Calamandrei la spiegazione di questo primo approccio al problema del giudizio, un approccio esclusivamente tecnico, scevro di motivazioni ideologiche di cui saranno ricche le sue trattazioni successive del tema.

La ricostruzione del Calamandrei, tuttavia, apre già nel 1914 uno spiraglio nella rete di giudizi proposti dal sillogismo probatorio. Nell'accertamento del fatto, vi sarebbe così una opzione personalissima del giudice, tale da rendere il ricorso all'apparato universalistico delle

177 N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* (Milano 1965), 103 s.
178 P. Calamandrei, *La genesi logica della sentenza civile*, Rivista critica delle scienze sociali, a. 1°, n. 5, 15 maggio 1914, 209-260 e in *Studi sul processo civile*, I, Cedam (Padova 1930), 1-51.
179 P. Calamandrei, *Processo e democrazia* (Padova 1954), ora in *Opere giuridiche* cit., I, 644-645.

massime di esperienza ripetibile, ma non controllabile, come quando, tra elementi di fatto diversi o contrastanti, altrettanto passibili di essere ricondotti nell'alveo delle massime e, quindi, inseriti nella catena del polisillogismo probatorio, il giudice deve effettuare una scelta; allora, «allo psicologo che indaga e apprezza subentra il giudice che decide», e la sua decisione ha il sapore di una valutazione personale, frutto dell'acume e del tatto dell'uomo «che vive in intima corrispondenza con la coscienza morale e intellettuale del proprio tempo»: si tratta, in sostanza, di una concezione del giudizio di fatto di carattere storico ed individualizzante.

"*La genesi logica della sentenza civile*" è un documento culturale della massima importanza nella storia del pensiero giuridico. Essa rappresenta, infatti, la più compiuta realizzazione di un modo particolare di guardare al giudizio e al processo, tutta incentrata com'è nell'esaltazione del ruolo della legge e nella dimostrazione della natura sillogistica dell'applicazione del diritto al fatto[180].

Di lì a pochi anni, inaspettatamente, nel saggio su "*La sentenza soggettivamente complessa*"[181], la riflessione si colora di spunti personali e si produce come un repentino mutamento di rotta, l'attenzione di Calamandrei si sposta dalla legge al giudice ed il rapporto tra quest'ultimo e la legge sembra essersi capovolto.

Nelle prime pagine, Calamandrei pare sul punto di volersi incanalare nell'annoso problema, vera e propria ossessione della dottrina precedente, se la sentenza sia un atto di volontà od un atto conoscitivo, se si esaurisca in una movenza di uno spirito teoretico ovvero sia un'azione prodotta dallo spirito pratico a somiglianza dell'atto amministrativo.

Il Calamandrei ha dinnanzi la perentoria affermazione della

180 A quest'ultima locuzione, il Calamandrei ebbe allora a preferire l'altra, più usata, dalla dottrina tedesca, "sussunzione del fatto, sotto la norma", senz'altro più corretta secondo i canoni della logica tradizionale, dal momento che tra la norma e fatto sembra possibile istituire un rapporto di genere a specie. All'A. premeva di evitare, soprattutto, l'ambiguità della parola "abdicazione", quasi, che nell'argomentazione giuridica, la norma non fosse il termine fisso, il parametro rigido ed immutabile, cui ricondurre il fatto nella sua necessaria storica mutevolezza. Cfr. Calamandrei, *La genesi logica della sentenza civile* cit., 32.

181 Calamandrei, *La sentenza soggettivamente complessa*, Riv. dir. proc. civ., 1924, a. I, p. I, 213-260.

dottrina amministrativistica: è puramente illusorio voler qualificare, come atto di volontà, l'attività del giudice, questi, infatti, sfornito com'è nella sua funzione di ogni potere discrezionale, non può volere se non quello che vuole la legge.

La sua risposta è imprevedibile, d'una importanza per il contesto culturale di allora, addirittura rivoluzionaria: «in verità, questa affermazione potrebbe essere capovolta nel senso che, nel processo, la legge non può volere se non quello che vuole il giudice: se è vero che il giudice deve decidere *secundum legem*, vero è altresì che, formatosi il giudicato, la volontà della legge resta definitivamente fissata *secundum sententiam*»[182].

Il quadro di insieme è ancora palesemente chiovendiano, ricalca la rigorosa distinzione tra momento logico e momento imperativo della sentenza ed il carattere strumentale del primo rispetto al secondo, che solo sarebbe riferibile allo Stato, perché allo Stato non interessa la verità o la logicità della ricostruzione, ma soltanto che valga come volontà di legge, nel caso concreto, quella che il giudice esprime come tale.

La prospettiva, tuttavia, è mutata, l'atto di volontà del giudice non ha più il senso di un suggello apposto *ab extrinseco* alla ricostruzione rigorosamente logica della volontà di legge, ma si atteggia idealisticamente a volizione concreta di ciò che la legge astrattamente vuole, con quanto di necessariamente soggettivo, di creativo, questa concretizzazione dell'astratto precetto importa.

Se il Calamandrei non poté, allora, per gli stimoli di segno opposto che gli provenivano dalla contingenza politica, por mano ad uno sviluppo critico di tale intuizione, egli ne ritroverà l'eco nella sua mente quando giungerà la crisi che lo condurrà a ben altre conseguenze nelle parole e nell'azione[183].

L'avvento della dittatura fascista interrompe, infatti, il filo di queste riflessioni. Per uno spirito avvertito quale il Calamandrei altri compiti si profilano e, innanzitutto, la difesa ad oltranza del principio di legalità: solo che il tentativo di arginare l'irrompere dell'arbitrio e

182 Calamandrei, *op. ult. cit.*, 213-260.
183 S. Satta, *Interpretazione di Calamandrei,* Riv. trim. dir. proc. civ., 1967, I, 402.

dell'irrazionalità porta con sé il sacrificio strumentale di posizioni teoretiche certamente più gradite ma poco funzionali al prevalente impegno politico-ideologico.

La nuova era vede i giuristi italiani assumere, alla stregua di buona parte della vecchia classe dirigente liberale, un atteggiamento ambiguo di accettazione e ad un tempo di riserva, nella speranza, per il vero mal riposta, di eliminare gli inconvenienti del regime liberale mantenendone ferma la fondamentale struttura giuridico-costituzionale. Com'è noto il tentativo di strumentalizzare il fascismo non riuscì e quest'ultimo non tardò a rivelare la sua natura profondamente illiberale e ad imporre al paese la sua tavola di valori.

La flessibilità dottrinale e la vocazione essenzialmente pragmatistica consentirono, tuttavia, al fascismo di mantenere in vita, seppur fittiziamente, forme e istituzioni del defunto regime liberale: fu così che la dittatura si ammantò di un paravento costituzionale ed il Re rimase a simboleggiare la continuità dello Stato italiano.

Nel calderone dottrinale fascista c'era, quindi, spazio per tutti i postulati del positivismo giuridico: il principio di legalità ed una parvenza di divisione dei poteri non potevano di certo turbare il disegno assolutistico e l'arbitrio, con o senza la mediazione della legge, sarebbe pur sempre rimasto tale; si proclamò, pertanto, il carattere tipicamente italiano del nostro diritto scritto, si affermò che il duce era *legibus adstrictus* a differenza del Führer, quasi che tra l'arbitrio che si dà una legge e l'arbitrio che si fa legge potesse cogliersi una differenza di carattere axiologico e non soltanto formale; non si volle introdurre a differenza del nazismo l'analogia per le norme incriminatrici del diritto penale.

A riconferma dell'ambiguità ideologica di qualsivoglia teoria del diritto[184], il positivismo giuridico, oltre ad essere esibito insieme all'idealismo tra gli *idola* della dottrina ufficiale del regime, ispirò i giuristi di orientamento antifascista, i quali, approntarono la loro linea di difesa proprio in base ai postulati etici del positivismo giuridico, guardando alla giustizia legale come all'ultimo caposaldo dell'ordine

184 Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* cit., 116.

liberale e come all'unico possibile antidoto contro la pretesa giustizia sostanziale, che da più parti sull'esempio nazista si andava invocando: la battaglia per la certezza coincideva, dunque, in uno con la battaglia per il diritto soggettivo, per il rapporto processuale, per l'azione, proprio con la battaglia per la libertà.

Nella stessa direzione politicamente orientata si colloca non a caso buona parte della produzione calamandreiana di allora: dalla strenua difesa del diritto concreto d'azione[185] e dello stesso processo civile contro il pericolo della sua abolizione od amministrativizzazione[186], alla battaglia per la riaffermazione del principio di legalità nel nuovo processo civile[187].

Il momento di massimo sviluppo della concezione idealistica del giudizio come nuova volizione del volere del legislatore è stato del resto negli anni della dittatura fascista: Piero Calamandrei, come Tullio Ascarelli, non partecipò a quest'opera di ripensamento, nonostante la sua sicura adesione a livello teoretico ormai sottaciuta, di cui sono testimoni non solo le affermazioni contenute in "*La sentenza soggettivamente complessa*", come s'è già visto, ma anche l'anacronistica teoria della doppia verità del giudizio che egli ebbe allora a coniare.

È evidente l'influenza su Calamandrei di quella parte della filosofia scolastica che reputava simultaneamente vere le conclusioni raggiunte mediante la ricerca filosofica e quelle contrarie accettate per fede ma – come s'è già visto – è singolare nelle tante simiglianze fra i due studiosi che anche Ascarelli inizialmente si sia ispirato alla prassi rabbinica del doppio pensiero.

I motivi di questa rinunzia del Calamandrei sono gli stessi che lo avrebbero indotto in un primo tempo a criticare James Goldschmidt come si vedrà subito dopo: l'intenzione, in particolare, già più volte messa in luce, di rifiutare qualsivoglia formulazione di pensiero che, a livello di dogmatica, di teoria del diritto, di filosofia, si risolvesse in un aiuto insperato, perché proveniente da un avversario, alle correnti

185 Calamandrei, *La relatività del concetto di azione* cit., *passim.*
186 P. Calamandrei, *Abolizione del processo civile?,* Riv. dir. proc. civ., 1938, 336.
187 P. Calamandrei, *Sul progetto preliminare Solmi,* in *Studi,* IV, Cedam (Padova 1939), 103-209.

teoriche del regime che di quei principi, se non nella forma quantomeno nella sostanza, avevano decretato la morte. Per superare l'*impasse*, Calamandrei ebbe a distinguere un piano filosofico in cui si sarebbe ricollocato il ripensamento idealistico del giudizio ed un piano che si può definire empirico o meglio pratico-politico in cui conveniva ribadire la natura logico-conoscitiva dell'attività del giudice: da qui, ad esempio, la polemica in ordine alla svalutazione del momento dell'accertamento rispetto a quello dell'esecuzione nell'operato del giudice, che egli intravvide in "*Il giudice e lo storico*" come conseguenza prima della «rivalutazione della volontà a detrimento dell'intelligenza»[188].

Il condizionamento della mutata temperie, quindi, non tarda a farsi avvertire in tutta la produzione calamandreiana del tempo. A questo riguardo appare esemplare l'accusa da parte di Calamandrei di scetticismo processuale e di sottovalutazione della legge e dell'imperio del diritto rivolta durante il fascismo, in un'apposita recensione[189], alla celebre opera di James Goldschmidt, *Der Prozess als Rechtslage - EineKritik des prozessualen Denkens*[190], pubblicata prima dell'avvento del nazismo che lo costrinse a riparare in esilio perché ebreo.

Lo scritto di Calamandrei del 1927 porta con sé evidentissimo il segno di un intento difensivo. Di lì a vent'anni, dinnanzi alla riconquistata libertà, Calamandrei avrebbe ridefinito la lezione di James Goldschmidt come «la più di ogni altra aderente alla realtà viva del processo»[191] e ciò solo dopo aver abbandonato, come s'è già visto, accedendo a letture più realistiche dell'opera del giudice, la teorica del sillogismo giudiziale[192].

La costruzione di James Goldschmidt va oltre un semplice mutamento di prospettiva nella considerazione del processo: alla dottrina

188 P. Calamandrei, *Il giudice e lo storico*, Riv. dir. proc. civ., a. XVI, 1939, p. I, 105-128.

189 P. Calamandrei, *Il processo come situazione giuridica,* Riv. dir. proc. civ.,1927, I, 219 s.

190 James Goldschmidt, *Der Prozess als Rechtslage - Eine Kritik des prozessualen Denkens*, Berlin, 1925.

191 P. Calamandrei, *J. Goldschmidt un maestro di liberalismo processuale*, Riv. dir. proc.,1951, I, 1.

192 Cfr. P. Calamandrei, *Processo e giustizia*, Riv. dir. proc.,1950, I, 273 s. Non diversamente si spiega lo sfavore manifestato, durante il regime, da Calamandrei, *La sentenza soggettivamente complessa* cit., 224, verso l'uso dell'analogia in materia di tutele esecutive o costitutive che era stato suggerito da G. Chiovenda, *Dell'azione nascente dal contratto preliminare*, in *Nuovi saggi di diritto processuale civile* (Napoli, 1912), 19 s.

tradizionale che dei fatti del processo fornisce una spiegazione in chiave esclusiva di discorso giuridico, egli oppone, infatti, una concezione a sfondo sociologico, in cui il piano della valutazione giuridica sembra aver lasciato il posto ad una rilettura in termini finalistici, psicologici, economici.

Nell'intento di proporre una concettuologia più adeguata, anche a livello dogmatico, alla natura agonistica del processo, James Goldschmidt bandisce le nozioni di diritto soggettivo, di obbligo e di rapporto giuridico processuale ed introduce quelli di aspettativa, di possibilità, di onere, di liberazione dall'onere, in ultimo di situazione giuridica, che egli definisce come «lo stato di speranza di una persona rispetto ad una decisione giudiziaria»[193].

I fondamenti della teoria di James Goldschmidt sono squisitamente etico-politici. Senza tema di ricadere nel diritto naturale, egli afferma che l'idea del diritto è la giustizia e questa non può identificarsi con una giustizia puramente personalista: «la liberazione del giudice dalla sottomissione al disegno della legge, può essere considerata come l'unico mezzo di diritto politico atto a difendere gli interessi legittimi degli individui e delle minoranze contro l'assolutismo del parlamento e della maggioranza»[194].

A preoccupare il Calamandrei era soprattutto il mutato rapporto tra giudice e legge prospettato da James Goldschmidt ed anche la riduzione del diritto ad una somma di criteri per il giudizio, nonché l'asserito carattere di incertezza dei rapporti giuridici, i quali finivano col dipendere dal soggettivismo della ricostruzione giudiziale dei fatti e del diritto, dallo sviluppo dialettico ed agonistico della situazione processuale.

La teoria di James Goldschmidt importava, insomma, «una sottovalutazione della legge, cioè dell'imperio del diritto, nel quale le liti si risolvono, anzi, sono già tutte preventivamente risolte» e, se di questa sottovalutazione il Calamandrei aveva già intravvisto la portata positiva, sotto l'influsso dell'idealismo, ora la difesa rigida del principio

193 J. Goldschmidt, *Problemi generali del diritto* (Padova 1950), 110.
194 J. Goldschmidt, *op. loc. ultt. citt.*

di legalità, gli imponeva di combatterla, come quella che insieme con la realistica situazione giuridica, avrebbe ridotto il processo a mezzo «per fare apparire e valere come diritto, ciò che diritto non è».

Come s'è già anticipato, il carattere strumentale della reazione calamandreiana è manifesto: nello scritto non v'è traccia alcuna, non a caso, dell'appassionata affermazione di James Goldschmidt, secondo cui il processo non può fiorire che sul terreno del liberalismo, sicché la revisione delle categorie tradizionali nel Suo pensiero non era né più né meno che un risvolto della battaglia, condotta in nome di un liberalismo integrale, contro l'assolutismo della maggioranza e la tirannia delle masse, che, nel regime democratico weimariano, sembravano preludere al soffocamento dell'individuo e della sua libertà.

Per Calamandrei, la riaffermazione della natura dichiarativa del giudizio e dell'attuazione della legge politica come scopo della funzione giurisdizionale era la difesa in nome degli stessi valori contro ogni possibile arbitrio formale del giudice, poiché, invero, nei regimi autoritari «la norma è come in difesa della sua astrattezza o meglio ha, nell'astrattezza, una ingombrante autorità, che in modo o nell'altro si oppone al fatto o al misfatto»[195].

Dopo l'emanazione del nuovo codice di procedura civile, Calamandrei in una delle sue oscillazioni che tanto lo avvicinano ad Ascarelli avrebbe ancora una volta richiamato i giuristi dopo le comprensibili divergenze *de iure condendo* a riprendere i panni degli ausiliari fedeli ed insostituibili della legalità polemizzando in modo vibrante con la riduzione idealistica dell'esperienza giuridica ad esperienza politica[196].

Della difficoltà di cui si dibatteva la riflessione calamandreiana, si rese conto Benedetto Croce sotto il fascismo nella recensione a "*Il giudice e lo storico*"[197]: «il Calamandrei ammette che la cosiddetta

195 P. Calamandrei, *J. Goldschmidt, un maestro di liberalismo processuale*, Riv. dir. proc., 1951, 1 s.

196 P. Calamandrei, *Il nuovo processo civile e la scienza giuridica,* Riv. dir. proc. civ., a. XVIII, 1941, p. I, 53-75.

197 B. Croce, recensione a *Il giudice e lo storico* di P. Calamandrei, La critica, Bari, novembre 1939, 445-446.

applicazione del diritto al fatto non è nel giudice un processo meramente conoscitivo, ma un atto pratico con il quale non si applica, ma si crea la legge nel caso singolo. Sennonché egli è pensoso dello stimolo che questa dottrina filosofica può recare ad un certo pericoloso avviamento che già dà segni di sé nella società moderna [ossia quella fascista] verso l'arbitrio del giudice, sciolto dai vincoli della legge».

Il Croce concludeva sostenendo che la libertà del giudice deve essere governata nel modo più sereno dalla sua coscienza morale, la quale, pur comandandogli di non applicare meccanicamente la legge (cosa del resto impossibile), gli fa divieto di usurpare l'ufficio specifico del legislatore e di scompigliare gli ordini che la società si è dati.

Il punto del problema, tuttavia, era proprio l'impossibilità di fare affidamento, in un clima di ingiustizie e di sopraffazioni, sulla coscienza morale dei giudici; per non dire poi che tutte le ammissioni in ordine al carattere pratico del giudizio ed alla irrealità delle leggi facevano i gioco dell'attualismo che, con ben altre implicazioni di natura ideologica, diversamente della crociana riduzione del diritto all'economicità, andava predicando l'identificazione tra l'esperienza giuridica e l'esperienza politica sotto il comune denominatore della volontà.

Negli ultimi anni del regime, il filone idealistico abbandonato, almeno in apparenza, da Ascarelli e poco palesato da Calamandrei, fa progressi in modo esplicito soltanto nell'opera di Guido Calogero, "*La logica del giudice e il suo controllo in cassazione*" del 1937 poi ripubblicata in identico testo nel 1964[198]. Piero Calamandrei si fece forza e la recensì nel 1939 in modo piuttosto benevolo ma con i necessari distinguo[199] mentre Benedetto Croce accusando Calogero di avere ceduto all'attualismo ne stilò un'autentica stroncatura[200].

Il Calogero, per la verità, quanto al giudizio di diritto non fa altro che riproporre, rivestendola dei panni dell'idealismo, la teoria volontaristica della norma nei termini di una volontà presunta della

198 G. Calogero, *La logica del giudice e il suo controllo in cassazione*, Cedam (Padova 1937).
199 Calamandrei, *Il giudice e lo storico* cit., 105 s.
200 B. Croce, rec. a *La logica del giudice e il suo controllo in cassazione di Guido Calogero*, La critica, Bari, 1937, 376.

norma astratta e di una volontà effettiva della norma concretamente applicata. Assai più rilevante è la critica calogeriana al logicismo nella ricostruzione del fatto, la quale pone le premesse per l'abbandono definitivo della configurazione tradizionale del giudizio di fatto e della teoria delle massime d'esperienza che già Calamandrei aveva anticipato in anni ormai lontani.

L'identità tra l'attività nomotetica e l'applicazione del diritto era d'altronde elemento comune a tutto il pensiero idealistico e se la dottrina di ispirazione crociana poneva l'accento sul carattere storiografico dell'interpretazione intendendo la storiografia nel senso dell'idealismo storicistico (per cui il giudizio di applicazione del diritto darebbe luogo ad una nuova produzione creativa anzi alla sola effettiva volizione concreta rispetto la volere astratto del legislatore, ma derivante dal dispiegarsi della legge nello spirito e dal rivivere – alla stessa stregua del ripensamento storiografico che fa del passato il presente della Storia – il modello pratico della legge), l'attualismo, giusta l'affermazione della creatività dell'atto spirituale e dell'impossibilità di supporre l'esistenza di un dato che non ne fosse il prodotto, finiva con il dissolvere in sede filosofica, qualsiasi rapporto, seppur labile, di alterità tra atto interpretativo od applicativo e dato positivo e con il postulare, per converso, un rapporto di immanenza e di assoluta creatività[201].

Secondo Giovanni Gentile, infatti, l'individualità particolare non può che continuamente risolversi nella sostanza universale attraverso la volontà, la quale garantisce la libertà dell'atto del soggetto: la vera legge è, quindi, quella che veramente si vuole e che esiste *in interiore homine* e non *inter homines*[202].

L'ultima stagione del pensiero calamandreiano è ispirata, quanto alla teoria del giudizio, al più assoluto irrazionalismo. Si tratta, in verità, di un capovolgimento più apparente che reale, giacché è proprio l'insufficienza della dottrina tradizionale, una volta caduto il fascismo e venute meno le ragioni di una strenua difesa dell'ideologia della certezza

201 Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* cit., 183. M. Corsale, in appendice a F. Lopez De Oñate, *La certezza del diritto* (Milano 1968), 306.
202 G. Gentile, *I fondamenti della filosofia del diritto*, Sansoni (Firenze 1937), *passim*.

e della legalità, ad imporre al Calamandrei, in nome degli stessi valori di libertà cui egli si era sempre rifatto, un radicale ripensamento.

Assai significative in tal senso sono le parole che Piero Calamandrei ebbe a pronunciare in occasione del Congresso internazionale di diritto processuale civile, tenutosi a Firenze nel 1950: «Se in questi anni milioni e milioni di volte la sentenza ha servito in tutto il mondo a dare forma ufficiale di legalità all'assassinio ed al ladrocinio se queste forme che parevano garanzia di giustizia si sono prestate cosi docilmente a far apparire più rispettabili i più abominevoli stermini ... come possiamo sul serio continuare ad aver fede nella scienza che ha elaborato questi meccanismi, disposti a servire ogni padrone». E continuava poi «Il peccato più grave di quest'ultimo cinquantennio della scienza processuale è stato proprio questo di aver separato il processo dal suo scopo sociale e di averlo studiato come un territorio chiuso, come un mondo a sé, di aver creduto di poter creare intorno ad esso una specie di superbo isolamento, staccandolo sempre più profondamente da tutti i legami del diritto sostanziale, da tutti i contatti con i problemi di sostanza, dalla giustizia insomma». Ed ancora: «Ridurre la funzione del giudice ad un puro sillogizzare vuol dire impoverirla, inaridirla, disseccarla. La giustizia è qualcosa di meglio: è creazione che sgorga da una coscienza viva, sensibile, vigilante, umana. È proprio questo calore vitale, questo senso di continua conquista, di vigile responsabilità che bisogna pregiare e sviluppare nel giudice»[203].

La riscoperta della giustizia come scopo precipuo del processo (il Calamandrei aveva sempre polemizzato contro tutti i tentativi di proporre una formula diversa dalla tradizionale "attuazione del diritto oggettivo") si accompagna, dunque, alla consapevolezza che il castello del formalismo e del tecnicismo era stato un servitore malsicuro dei valori fondamentali e che anzi, nato per servire la giustizia e per garantire i valori del liberalismo, esso aveva saputo trasformarsi in strumento di avallo di un potere assoluto e del più disumano degli arbitri.

Il Calamandrei si rende conto ormai che il vero problema non è quello della tecnica di creazione e di applicazione del diritto, se sia cioè da

203 Calamandrei, *Processo e democrazia* cit., 645-648.

preferire un sistema di diritto scritto ovvero un sistema di diritto libero, ma piuttosto quello della tavola di valori cui la società effettivamente si ispira; come rileva il Satta, tuttavia, il suo dramma interiore lo spinge a superare il tradizionale *mos italicus iura docendi* ed a vagheggiare altri modelli, ed in particolare quello anglosassone, per «temperare la ragione con l'equità, un'equità generalizzata ed istituzionalizzata, ed esaltare la funzione creativa del giudice»[204].

Il mutamento di prospettiva della riflessione calamandreiana, nelle due direzioni, dello sbocco irrazionalistico, quanto alla teoria del giudizio, e del ripudio di un sistema di stretta legalità, quanto alla tecnica di creazione e di applicazione del diritto, trova, dunque, la sua ragione ultima in un preciso atteggiamento ideologico e deve essere necessariamente interpretato alla luce del contesto storico in cui ebbe a maturarsi.

La prima ragione "ideologica" consiste nella profonda sfiducia maturata da Calamandrei in ordine al valore intrinseco delle prospettazioni tradizionali, la seconda ragione è relativa invece al presente della sua teorizzazione, a quel presente tanto ambito e che pure gli avrebbe procurato ancora amarezze e delusioni.

Come è noto, l'innesto della nuova costituzione democratica e repubblicana nel vecchio corpo di leggi fasciste e prefasciste ha dato luogo in un primo tempo ad un vero proprio ibrido normativo e ideologico. Ad impedire un adeguamento, seppur progressivo, del nostro ordinamento rispetto ai precetti costituzionali hanno contribuito soprattutto due fattori, peraltro operanti già sin dal periodo immediatamente successivo alla promulgazione della Costituzione: da un lato la nota teoria della Cassazione, per cui buona parte delle norme costituzionali dovevano considerarsi programmatiche non già precettive, dall'altro la volontà del legislatore, comunque camuffata, di non ottemperare ai precetti costituzionali stessi. Ad uno spirito avvertito quale il Calamandrei non dovette sfuggire quindi che il riproporre, nel clima moderato dell'Italia postbellica, una concezione meccanicistica del giudizio avrebbe significato avallare la pretesa apoliticità della giurisprudenza, quella

204 Satta, *Interpretazione di Calamandrei* cit., 405.

apoliticità che invece proprio veniva costantemente smentita dalla disapplicazione continua del dettato costituzionale. Quante volte egli ebbe a porre l'accento, come rileva il Satta, sul «contrasto che la storia e la vita di ogni giorno può determinare tra il giudice e la legge, non solo tra la legge vecchia ed il giudice nuovo, ma tra la legge nuova e il giudice vecchio»[205].

Il richiamo calamandreiano al sentimento ed al senso di giustizia come organo del giudizio aveva, dunque, dal punto di vista ideologico soprattutto il sapore della necessità che, al di là di una fedeltà apparente al testo della legge, nei tribunali si respirasse l'aria di giustizia che nella nuova Costituzione trovava, d'altronde, un preciso e positivo riscontro.

Con queste considerazioni si spiega anche il vagheggiamento di un modello di giustizia più vicino a quello anglosassone; ed è il caso di ricordare come in fondo Piero Calamandrei abbia finito col ripercorrere la stessa strada di James Goldschmidt; nell'un caso come nell'altro, dinanzi all'assolutismo di una maggioranza, la garanzia di una effettiva giustizia sostanziale è intravista nel conferimento al giudice di maggiori poteri discrezionali ed equitativi.

La svolta irrazionalistica del pensiero calamandreiano non è peraltro comprensibile appieno se non avendo riguardo ad un mutamento e ad una continuità del contesto culturale dell'Italia postbellica.

L'assimilazione della tematica antiformalistica, infatti, è stata in Italia come mediata dalla vocazione idealistica dalle profonde radici di gran parte della scienza giuridica italiana ed è proprio Piero Calamandrei a rappresentare visibilmente il punto d'incontro tra l'antiformalismo di marca idealistica e quello di marca realistica.

La critica realistica americana, giusta l'affermazione della piena soggettività ed irrazionalità dell'attività del giudice e del carattere ex post della motivazione della sentenza, si incentra sulla postulazione della legittimità di un sol tipo di indagine in ordine all'operato del giudice, quella psicologico-comportamentistica.

L'irrazionalismo di marca idealistica, per converso, parte dalla necessaria creatività dello spirito ma predica il carattere sostanzialmente

205 Satta, *op. loc. ultt. citt.*

etico delle scelte di valore, finendo così con l'ancorare il giudizio pur sempre ad un principio assoluto.

Nella riflessione calamandreiana sono cosi compresenti, a guisa di sincretismo, motivi dell'idealismo (ed è estremamente indicativo il rilievo, sovente rintracciabile negli ultimi scritti, che il giudice ricrea, rivivendola alla luce del sentimento, la legge positiva), del realismo ed anche del giusnaturalismo (quella dell'Italia postbellica è d'altronde la nuova stagione del giusnaturalismo): in essa si oscilla tra l'analisi scettica, ossia la psicoanalisi. del giudizio, e la fiducia nella giustizia sostanziale.

Non a caso il Calamandrei esplicitamente si rifà alla teoria del "senso dell'ingiustizia" di Edmond Nathaniel Cahn, filosofo ebreo americano, il più giusnaturalista tra i pragmatisti, il quale, nell'enunciare il principio che «the justice of righteouness is the source, the substance and the ultimate end of the law», si preoccupa di precisare che si tratta di una riaffermazione concettuale della guerra dei Profeti d'Israele contro l'ingiustizia individuale e sociale e, pertanto, è in tale prospettiva che la giustizia può essere realizzata tramite «the active process of remedying and preserving what would arouse the sense of injustice»[206].

È davvero sorprendente che Ascarelli e Calamandrei per un'imperscrutabile convergenza abbiano trovato entrambi nella tradizione ebraica un sostegno diretto (l'uno) o indiretto (l'altro) al proprio risorgimento di idee dopo la guerra.

Alla luce, pertanto, di tali influenze culturali si spiegano, da un lato, la negazione da parte di Calamandrei della razionalità ed oggettività del giudizio ed il continuo ribadire il carattere ex post della motivazione della sentenza e la sua arbitrarietà rispetto alle ragioni ultime non sempre confessate e talora inconfessabili del giudizio, e, dall'altro, l'affermazione del sentimento di giustizia come organo del giudizio (e non solo nel senso che il giudice giudica secondo la sua propria visione della giustizia,

206 Cfr. P. Calamandrei, *Opere giuridiche*, I, Problemi generali del diritto e del processo (Napoli 1965), 674; Edmond Cahn, *Sense of Injustice* (New York University Press edition 1949), passim; Id., *The Moral Decision* (Indiana 1981) ma la prima edizione risale al 1949; sul pensiero di Cahn, che fu sospettato di filocomunismo dalla commissione McCharty, si sofferma diffusamente Luis Recasens Siches, *Panorama del pensamiento juridico en el siglo XX* (Mexico1963), 680 s.

alla stregua della "realistica" coscienza giuridica materiale di Alf Ross[207], ma anche e soprattutto nel senso della possibilità del giudizio giusto e del giudice giusto ossia del giudice non più *bouche de la loi* ma *bouche de la justice*).

Il sincretismo, o se si preferisce l'eclettismo, è del resto un mal comune – si fa per dire – sia a Calamandrei sia ad Ascarelli del quale si è autorevolmente sottolineata la capacità di tradurre in una sintesi originale elementi tratti dalla comparazione e dal pensiero altrui purché «compatibili con la sua posizione storicistica»[208].

L'origine etnico-religiosa in ciò ha potuto giocare forse un qualche ruolo nel pensiero di Ascarelli, giacché la diaspora ha tradizionalmente abituato gli ebrei a desumere elementi culturali e linguistici dai paesi ospitanti, com'è ampiamente dimostrato in mancanza di una propria urbanistica dagli stili eterogenei delle sinagoghe.

Il sincretismo, tuttavia, ha radici ancora più profonde nella tradizione rabbinica e, per così dire, interne ai procedimenti interpretativi delle sacre scritture. L'abitudine inveterata all'analisi minuziosa fino a spaccare il capello in quattro, al fine di ritrovare concordanze o di eleminare contraddizioni anche nei luoghi apparentemente più insignificanti – come, ad esempio, nel metodo del *pilpul* che equivale a condimento delle parole – ha condotto, infatti, quasi sempre ad una eccessiva frammentazione dei testi, la quale, in mancanza di una architettura sistematica, può solo venire riassunta dalle scelte soggettive e necessariamente eclettiche dell'interprete: da qui le interminabili discussioni tra gli studiosi del *Talmud* nei circoli ebraici prima che si consolidasse una *communis opinio* o venisse fuori il responso di un rabbino particolarmente autorevole destinato comunque a confrontarsi con l'opinione altrui. È particolarmente rivelatrice del retroterra ebraico di Ascarelli la coincidenza della sua teoria del diritto vivente basata sull'interpretazione maggioritaria con la prassi rabbinica della *communis opinio* quale sintomo dell'interpretazione vittoriosa.

207 A. Ross, *Diritto e giustizia*, a cura di G. Gavazzi, Einaudi (Torino 1965).
208 Gius. Ferri *sr, Il pensiero giuridico di Tullio Ascarelli,* in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli,* I cit., CXLIII.

4. L'influenza dei giuristi di origine ebraica nelle Università italiane

Una premessa di ordine storico. La ragione del fiorire di giuristi ebrei dopo l'unità d'Italia mi è sembrato di poterla rintracciare, in un mio saggio pubblicato dalla Storia d'Italia Einaudi[209], nel loro comprensibile impegno politico-culturale alla ricerca dell'eguaglianza nella costruzione dello Stato di diritto a differenza della speculare ritrosia degli intellettuali cattolici ma anche di una modernizzazione dell'economia, più aperti come erano, provenendo da una secolare diaspora, ad una dimensione internazionale della cultura giuridica ed economica: è il c.d. cosmopolitismo ebraico che agli ebrei è stato tradizionalmente rinfacciato dagli antisemiti.

Una pattuglia liberale, dunque, ben attrezzata sul piano teorico ed etico-politico, che opera in un mondo ancora esposto, specie in ambiente clericale[210], agli echi della filosofia del ghetto e persino alla richiesta di revocare l'emancipazione degli ebrei italiani.

Sul punto occorre, quindi, mettere in guardia dalle generalizzazioni storico-sociologiche sulle cause della loro forte presenza negli studi giuridici, le quali, seppure non prive di una qualche validità euristica, costituiscono autentici luoghi comuni e vengono spesso utilizzate, come s'è visto, addirittura in chiave antisemita: lo strutturarsi come gruppo tipicamente borghese e cittadino, il carattere prescrittivo della religione, l'inveterata abitudine al ragionamento analitico più sofisticato nell'interpretazione dei sacri testi, la pratica nei rapporti con il potere per la propria autodifesa, la mentalità utilitarista e cosmopolita, l'inventiva nelle attività economiche ma anche il pronto indirizzarsi alle professioni liberali per una rapida integrazione e promozione sociale ecc.

Nello studio del dato quantitativo, occorre allora tenere in maggior conto il background storico-politico entro cui i giuristi ebrei

209 S. Mazzamuto, *Ebraismo e diritto dalla prima emancipazione all'età repubblicana* cit., passim.

210 Cfr. *Dell'ebraica persecuzione contro il cristianesimo*, La Civiltà cattolica, XIII, 1886, II, 473 s. e 668 s.; III, 546 s.; IV, 416 s.

si affermarono, giacché non può considerarsi casuale che un siffatto predominio sia mancato là dove gli ebrei sono rimasti estranei alla fondazione dello Stato nazionale o comunque al suo consolidarsi o rinnovarsi.

Così come in Germania, gli ebrei italiani partecipi del moto risorgimentale incanalarono verso le scienze giuridiche la loro straordinaria vocazione alle professioni liberali quasi a rimarcare che la costruzione dello Stato nazionale era un tutt'uno con la loro emancipazione.

Le ragioni iniziali del loro successo nella scienza giuridica in Italia – che ha eguali soltanto in Germania e negli Stati Uniti d'America la nuova patria della libertà religiosa e del libero mercato – si possono rintracciare, quindi, nel difficile rapporto tra lo Stato e la Chiesa che caratterizzò l'unificazione nel nostro paese.

È vero, infatti, che la coscienza nazionale degli ebrei d'Italia si formò insieme con quella di tutti gli altri italiani ed essi si ritrovarono, pertanto, in pari posizione di partenza nella corsa al predominio culturale ma fu soprattutto a seguito del perdurante assenteismo postunitario delle élite cattoliche che fu loro possibile giocare un ruolo di punta nell'ambito della nuova borghesia laica e modernista[211].

Non a caso l'ebreo italiano di epoca liberale, quando abbraccia la scienza del diritto, per suo costume raramente esibisce l'ebraismo quale proprio retroterra culturale e non enfatizza neppure i problemi giuridici della condizione ebraica, giacché intende piuttosto rivendicare, magari senza dirlo, il proprio maggior titolo ad occuparsi del diritto comune

211 Al riguardo è particolarmente interessante il giudizio storico di Antonio Gramsci: In Italia «la coscienza nazionale si costituì e doveva costituirsi dal superamento di due forme culturali, il particolarismo municipale e il cosmopolitismo cattolico, che erano in stretta connessione fra di loro e costituivano la forma italiana più caratteristica di residuo medioevale e feudale. Che il superamento del cosmopolitismo cattolico e in realtà quindi la nascita di uno spirito laico non solo distinto ma in lotta col cattolicismo, dovesse negli ebrei avere come manifestazione una loro nazionalizzazione, un loro disebreizzarsi, pare chiaro e pacifico». E conclude: «la formazione della coscienza nazionale italiana negli ebrei vale a caratterizzare l'intero processo di formazione della coscienza nazionale italiana, sia come dissoluzione del cosmopolitismo religioso che del particolarismo, perché negli ebrei il cosmopolitismo religioso diventa particolarismo nella cerchia delle nazioni». Cfr. A. Gramsci, *Il risorgimento*, in *Quaderni dal carcere*, Einaudi (Torino 1957), 166-168.

rispetto ai cattolici separatisti: un compimento assai sofisticato – si può ben dire – dell'auspicio di Moses Mendelssohn: «uomini in strada, ebrei in casa».

È vano cercare, dunque, nei giuristi italiani di origine ebraica prese di posizione interne alla loro tradizione religiosa e giuridica e lo stesso può dirsi per Ascarelli che non è sicuramente un esperto di ebraismo o di diritto ebraico ma rivela nel modo di pensare di averne assimilato l'influenza[212].

Non mancarono, in verità, alcuni interventi di segno diverso in momenti critici. L'illustre civilista ebreo Vittorio Polacco si preoccupò, ad esempio, di verificare la compatibilità tra la condizione ebraica e il regime vigente di indissolubilità del matrimonio, esaminando in particolare il problema se in qualche caso per diritto mosaico-talmudico il divorzio sia obbligatorio, e giunse alla seguente conclusione: quand'anche a mente di tale diritto «il divorzio fosse tuttora in qualche caso un obbligo di coscienza», gli israeliti non sono più stranieri fra le nazioni ove vivono e anzi «sono e si sentono cittadini uguali agli altri», la materia del divorzio poi ricade senz'ombra di dubbio nei principi dell'ordine pubblico, non v'è, quindi, né vi potrebbe essere «oggimai una regola di morale per la famiglia *ebraica* ed una diversa per la *cattolica*, mentre ciò che la legge civile ha da disciplinare è la famiglia *italiana*, di cui unico è il tipo e negli ideali e nei sentimenti e nei costumi, sia qualsivoglia la religione che in seno ad essa si pratica»[213].

Le leggi razziste, tuttavia, non videro né i giuristi ebrei né gli altri loro colleghi in prima linea nella difesa dell'eguaglianza convinti

212 Gazzolo, *Una doppia appartenenza* cit., 11.

213 Cfr. V. Polacco, *La questione del divorzio e gli israeliti in Italia*, Drucker (Padova-Verona 1894), 62-68. L'idea del divorzio riservato ai non cattolici era stata già ripudiata in precedenza dal famoso rabbino Marco Mortara, padre di Lodovico Mortara, ma nella sola eventualità del permanere «per alte ragioni di politica» di un'unica forma civile di celebrazione del matrimonio: v. *Il matrimonio civile considerato giusta le norme del diritto e dell'opportunità*, Benvenuti (Mantova, 1864), 11 e 22 s. Nel mondo ebraico è riconosciuta la regola riassunta nel principio *Dina de-malkhuta dina* (la legge del regno è la legge) secondo cui la legge del paese ospitante è obbligatoria e in certi casi deve essere preferita alla regola del diritto talmudico. Il sistema separatista, viceversa, che affida gli status personali al diritto etnico ma ammette una forma di famiglia di fatto particolarmente garantita, è accolto dallo Stato d'Israele. Si veda da ultimo il libretto di François Xavier Licari: F.X. Licari, *Le droit talmudique*, Dalloz, 2015, 11 e 157 s.

come forse erano che si sarebbe trattato di una parentesi ricorrente nella diaspora e, quindi, come si dice nella mia Sicilia, *calati juncu ca passa la china.*

I nostri giuristi anche di parte ebraica non furono, in effetti, particolarmente attenti all'avanzata, prima strisciante e poi precipitosa, di una legislazione sfavorevole agli ebrei. Frattanto, alla stregua della svolta confessionale del regime fascista, già si coloravano di luce sinistra alcuni tratti della nuova disciplina dei culti ammessi, come ad es. il controllo di merito circa la loro eventuale contrarietà all'ordine pubblico o al buon costume, ovvero il necessario consenso ministeriale per la nomina dei ministri di culto e per l'apertura di templi ed oratori.

I culti ammessi, in altre parole, avrebbero potuto sopravvivere solo a patto di accontentarsi della nicchia a stento loro ricavata dal regime nella struttura corporativa e gerarchica dell'ordinamento fascista: di ciò solo alcuni spiriti assai avvertiti si resero subito conto e tra costoro, per parte ebraica, Mario Falco e Ugo Della Seta e, per parte cattolica, Arturo Carlo Jemolo che pure era di origine ebraica dal lato della madre[214].

La maggioranza degli accademici di parte ebraica, anche tra i più in vista nel ventennio, dopo il varo delle leggi razziste si comportò

214 Così autorevolmente, tra i giuristi ebrei, Mario Falco – v. M. Falco, *La nuova legge sulle comunità israelitiche italiane*, Riv. dir. pubbl., 1931, 520 s. – mise in dubbio, ad esempio, l'idoneità della delega contenuta nella l. 24 giugno 1929, n. 1159, ad autorizzare in sede di decretazione la modifica o la soppressione dei diritti di sepolcro posseduti dai cittadini di religione ebraica in base a pubblica concessione e la sua tesi sarà accolta nel dopoguerra da Cons. Stato, 27 agosto 1955, n. 1388, Il Consiglio, 1956, 513. Cfr. inoltre i timori espliciti sulla sorte dell'ebraismo in Italia di Mario Falco in Falco, *Sulla condizione giuridica delle minoranze religiose in Italia* (Firenze 1934), e di Ugo Della Seta in U. Della Seta, *La legge fondamentale sui culti ammessi*, Guanda (Modena 1937); nonché quelli tra le righe di Arturo Carlo Jemolo in A. C. Jemolo, *Alcune considerazioni sul r.d. 30 ottobre 1930, n. 1731 sulle Comunità israelitiche*, Il Dir. eccl., 1931, 73 ss.: «Siamo quindi risolutamente sul terreno della "costituzione civile"di una confessione, opera del legislatore statale. Che non può dirsi che non faccia altro che dare forma legale ad una vetusta tradizione, in quanto la legge attua proprio opera di profondo rinnovamento col dare una struttura conforme a tutte le comunità israelitiche». È rimasta celebre una battuta di Arturo Carlo Jemolo ricordata da L. Salvatorelli e G. Mira, *Storia d'Italia nel periodo fascista*, Einaudi (Torino 1965), 499: «E poiché v'è una logica che presiede a tutta l'attività di un regime, anche nel dare norme interne ai singoli culti si sarà antiliberali. Nell'organizzare il culto israelitico si sacrificheranno gli israeliti modernizzanti a quelli di stretta osservanza. Sentirò un giorno Lodovico Mortara lagnarsi di dover contro il suo sentimento pagare il tributo alla comunità per poter un poco riposare nella tomba di famiglia presso la madre e la moglie».

con grande dignità, guardandosi come il filosofo filofascista Giorgio Del Vecchio dal chiedere qualche beneficio o scegliendo direttamente la strada dell'esilio sulla scia dell'antica fiamma e biografa del Duce Margherita Sarfatti: è il caso dell'economista e studioso di diritto corporativo Gino Arias, il quale era stato un esponente del regime, dell'economista e statistico Giorgio Mortara, figlio di Lodovico Mortara, del lavorista Jacob Angelo Gino Olivetti, del processualcivilista Enrico Tullio Liebman e dei filosofi del diritto Renato Treves ed Alessandro Levi; è il caso anche tra i più lontani dal fascismo per l'appunto di Tullio Ascarelli, il quale come Enrico Tullio Liebman scelse addirittura la via dell'esilio prima ancora dell'emanazione del nuovo regime persecutorio nei confronti degli ebrei.

L'unico possibile temperamento ai rigori di una legislazione tutt'altro che blanda fu la cosiddetta "discriminazione", concessa singolarmente e discrezionalmente dal Ministro dell'Interno per particolari meriti di guerra, patriottici e fascisti, la quale comportava la non applicabilità di alcune delle interdizioni più odiose: negli ambienti socialmente più elevati dell'ebraismo italiano il numero delle abiure, delle pubbliche dissociazioni, delle rinunce, delle conversioni spesso retrodatate al cattolicesimo, o soltanto delle richieste di discriminazione fu abbastanza alto[215].

215 Piero Calamandrei ricorda nel suo *Diario*, vol. I: 1939-1941 (Storia e letteratura, 2015), 1 s., a proposito del Tribunale della razza competente sull'arianità delle persone con atti segreti e decisioni inappellabili: «Il prof. Redenti mi diceva il 1° marzo 1939 gli sconci che vi succedono: più di cinquanta domande di ebrei che chiedono di dimostrare di essere figli di puttane, cioè adulterini figli di padre ariano. E ci sono avvocati e funzionari che guadagnano fior di quattrini su queste speculazioni». Il Tribunale della razza tristemente famoso fu presieduto dall'illustre giurista Gaetano Azzariti che sarà nel dopoguerra – stravaganze della storia – ministro del primo governo Badoglio, capo di gabinetto di Togliatti al ministero della giustizia e secondo presidente dopo Enrico De Nicola della Corte costituzionale. Un caso ricordato dalle cronache palermitane fu quello dell'ebreo di origine svizzero-tedesca Guido Jung, nato a Palermo e fascista della prima ora, il quale convinse la propria madre Natalia Randegger, che non aveva abiurato l'ebraismo e godeva di molta stima in città dove sarebbe mancata di lì a poco, a testimoniare di averlo concepito nell'ambito di una relazione extraconiugale con un ariano: v. il saggio di Mario Genco – M. Genco, *Repulisti ebraico (le leggi razziali in Sicilia: 1938-1943)*, Istituto Gramsci Siciliano (Palermo 2000), 120-121 – il quale utilizza come unica fonte affidabile, a parte le dicerie risapute, i risultati delle ricerche di Guido Ludovico Luzzatto: G.L. Luzzatto, *Gli ebrei in Italia durante il fascismo*, Quaderni del Centro di documentazione ebraica contemporanea, n. 2, marzo 1962. Una circostanza veramente stonata: il *Giornale di Sicilia* del 25 settembre 1942 pubblica la

Una curiosità: le cronache catanesi ricordano che Cesare Grassetti, docente a quel tempo di Istituzioni di diritto privato nell'Università etnea, fu sospeso anch'Egli dall'insegnamento per qualche mese e poi reintegrato e che del suo caso si occupò personalmente il prefetto Antonio Le Pera, capo della famosa *Demorazza*. L'insigne civilista pare fosse battezzato ma di madre "non ariana" nata Viterbi e per di più i cognomi Grassetti e Viterbi figurano nell'onomastica ebraica del nostro paese.

La densità dei giuristi della cattedra di origine ebraica è stata, dunque, altissima in tutto il territorio nazionale nel periodo che va dall'ultimo quarto dell'ottocento alle persecuzioni razziali e solo nel secondo dopoguerra la loro presenza volge al declino numerico: l'onda lunga della loro supplenza politico-culturale si protrarrà per tutto il fascismo convivendo con il liberalismo predominante ma in modo sotterraneo nella nostra cultura giuridica e persino con la dottrina dell'ortodossia fascista ancora immatura in larghi settori se si eccettua l'idealismo gentiliano: ciò sino alla battuta d'arresto, dovuta al varo inatteso nel 1939 delle leggi razziste, e si disperderà fisiologicamente nel pluralismo dell'Italia democratica dove peraltro la cultura laico-liberale, nel cui seno la scienza giuridica di parte ebraica era fiorita, sarà in buona misura soverchiata e non solo nelle aule universitarie dalla cultura cattolica e da quella marxista, ma più in generale a causa di una raggiunta integrazione a tutto campo degli ebrei nell'odierna società e, quindi, di una loro presenza meno visibile o, meglio, meno specializzata nella copertura di specifici ruoli sociali e professionali.

---

notizia che «il comm. Guido Jung ha rimesso £ 500 alla Parrocchia di Sant'Antonio Abate in memoria della sua mamma a favore dei poveri di quella Parrocchia». La "discriminazione" in verità fu concessa a Jung per le quattro medaglie d'argento guadagnate durante la prima guerra mondiale. I rapporti della polizia politica del tempo riportano che da molti anni si era dissociato dalla comunità israelitica e che dopo il varo delle leggi razziste "come un perfetto e disciplinato fascista" approvò pubblicamente senza riserve i nuovi ordinamenti del regime ma ciononostante con suo vivo disappunto nel 1939 per motivi razziali fu posto in congedo assoluto e cancellato dai ruoli dell'Esercito italiano. Egli fu ministro delle finanze del governo Mussolini nel 1932 ma dopo l'8 settembre del 1943 abbandonò il fascismo e si mise a disposizione degli alleati in Sicilia che lo inviarono a Brindisi dove si era rifugiato il generale Badoglio con il suo governo di cui fu dapprima sottosegretario alle finanze indi ministro delle finanze e *ad interim* degli scambi e valute.

La circostanza, poi, che vi siano stati nell'Italia prerepubblicana tanti giuscommercialisti più che cultori di altri rami delle scienze giuridiche – dalla qual cosa i sicofanti dell'antisemitismo militante, come abbiamo già visto, trassero un improbabile argomento per le loro teorie della razza – non credo che ciò si debba ad una specifica vocazione etnico-religiosa ma unicamente alla presenza di grandi studiosi della disciplina nella popolazione ebraica del tempo – così come in Germania nel diritto del lavoro[216] – che fecero scuola, secondo l'usanza della cooptazione tipica del nostro mondo accademico, non esclusivamente a beneficio ma neppure a discapito dei loro correligionari: Cesare Vivante fu il maestro di Tullio Ascarelli ma anche di Alberto Asquini che rimarrà fascista sino alla fine della Repubblica Sociale Italiana e di Ageo Arcangeli; Alessandro Graziani fu il maestro di Pietro Rescigno; David Supino fu allievo di Francesco Buonamici e maestro di Angelo Sraffa, il quale a sua volta fu il maestro di Lorenzo Mossa e di Raffaele Mattioli; Walter Bigiavi fu il maestro di Franco Galgano e di nuovo Tullio Ascarelli fu il maestro di Berardino Libonati; solo per fare alcuni esempi dell'intreccio dell'uno e dell'altro coté dal quale con tutta evidenza sarebbe assurdo trarre risibili illazioni pseudodemografiche[217].

216 Basta ricordare Philipp Lotmar, il fondatore del diritto del lavoro in Germania, Hugo Sinzheimer, Otto Kahn-Freund, Georg Baum, Kurt Braun, Georg Platow, Ernst Fränkel, Heinrich Höniger, Walter Kaskel, Franz L. Neumann, Wilhelm Silberschmidt. Negli altri rami delle scienze giuridiche si affermarono nell'area austrotedesca nomi del calibro di Georg Jellinek, Hans Kelsen, Paul Laband, Hermann Kantorowicz, Levin Goldschmidt, James Goldschmidt, Heinrich Dernburg, Franz Leonhardt ed Hugo Preuss che fu il principale artefice della Costituzione di Weimar.

217 L'elenco è davvero impressionante per numero e qualità ed oltre alle personalità ricordate nel testo annovera: Moisè Amar, Prospero Ascoli, Leone Bolaffio, Pacifico Giorgio De Semo, Antigono Donati, Aldo Formiggini, Mario Ghiron, Fabio Luzzatto, Luigi Pellizzi, Tito Ravà, Adolfo Sacerdoti, Camillo Viterbo.