

TULLIO ASCARELLI, IL BRASILE, IL METODO COMPARATISTICO*

ACCETTO: **OSPISTE**

Alessandro M. Luciano

 <https://orcid.org/0009-0007-3709-3182>

Università di Firenze

Firenze, Toscana, Italia

E-mail: alessandro.luciano@unifi.it

Come citare questo articolo: LUCIANO, A. M. Tullio Ascarelli, il Brasile, il Metodo Comparatistico. *Revista Direito Mackenzie*, São Paulo, SP, v. 19, n. 1, e17796IT, 2025. <http://dx.doi.org/10.5935/2317-2622/direitomackenzie.v19n117796IT>

* Questo scritto riproduce – con l’aggiunta di alcune note – il testo di una relazione tenuta il 23 agosto 2024 all’Università Presbiteriana Mackenzie di São Paulo, in occasione di un Incontro dedicato a Tullio Ascarelli.



• ALESSANDRO M. LUCIANO

- **ASTRATTO:** Lo scritto tratta di alcuni tra i principali elementi caratteristici del pensiero di Ascarelli, con specifico riferimento al rapporto tra metodo comparatistico ed interpretazione ed al ruolo che ha assunto al riguardo la sua esperienza in Brasile.
- **PAROLE CHIAVE:** Ascarelli; comparazione; interpretazione.

TULLIO ASCARELLI, O BRASIL E O MÉTODO COMPARATISTA

- **RESUMO:** O escrito trata de alguns dos principais elementos característicos do pensamento de Ascarelli, com específico foco na relação entre método comparativo e interpretação, além do papel que sua experiência no Brasil desempenhou nesse contexto.
- **PALAVRAS-CHAVE:** Ascarelli, comparação, interpretação.

TULLIO ASCARELLI, BRAZIL AND THE COMPARATIVE METHOD

- **ABSTRACT:** This paper discusses some of the main characteristic elements of Ascarelli's thought, with a specific focus on the relationship between the comparative method and interpretation, as well as the role that his experience in Brazil played in this context.
- **KEYWORDS:** Ascarelli, comparison, interpretation.

1. Devo confessare che, nella prima parte del mio percorso di studioso del diritto, non avevo riservato adeguata attenzione all'opera di Ascarelli. In particolare, i miei "contatti" con il pensiero del grande Maestro si riducevano principalmente a tre occasioni.

La prima di suddette occasioni risale agli anni degli studi universitari, quando durante le belle lezioni di Storia del diritto medievale e moderno che Paolo Grossi impartiva presso la Facoltà fiorentina di Giurisprudenza, Tullio Ascarelli era presentato come il più grande giuscommercialista italiano tra gli anni Trenta e Cinquanta del



secolo scorso. Nel suo *Scienza Giuridica Italiana* – che rientrava tra i nostri materiali di studio – Paolo Grossi presentava Ascarelli come un giurista di altissimo profilo, che “trova in forze diverse la sua capacità di percorrere sentieri nuovi ed originali”. “Dal ’45 in poi è un martellio continuato di interventi dove Ascarelli riversa il verbo nuovo del suo messaggio e che egli schiaffa compiaciuto davanti al decrepito giurista italiano con l’intento scoperto di provocarlo e distoglierlo dalla ripetizione di inutili litanie” (Grossi, 2000, p. 285 ss.). Dunque, un precursore illuminato, il cui percorso scientifico però – tra i pensieri di un giovane studente come me, preoccupato principalmente di superare l’esame – si accompagnava a quello di altri illustri scienziati del diritto menzionati nell’ambito del libro e delle lezioni di Paolo Grossi.

Riservandomi di ricordare a breve il secondo approccio che ho avuto con l’opera di Ascarelli e venendo al terzo di questi “momenti”, ho approfondito il suo pensiero soprattutto in occasione dello studio di due suoi noti scritti: “I problemi delle società anonime per azioni e Sui poteri della maggioranza nelle società per azioni ed alcuni loro limiti (Ascarelli, 1953, p. 3 ss.; Ascarelli, 1950, p. 169 ss). Le riflessioni ascarelliane sul “controllo precostituito” degli azionisti di maggioranza – “quale fenomeno che non può essere considerato “patologico e anormale”, ma (...) normale e, in gran parte, indispensabile per la gestione della società” – nonché in tema di diritti e poteri inderogabili e irrinunciabili per l’azionista, sono state di fondamentale importanza, nel mio tentativo di inquadrare correttamente i limiti del diritto d’intervento che il socio può esercitare in occasione della riunione assembleare¹.

Il secondo – e forse il più importante – approccio che ho avuto con la riflessione di Ascarelli è avvenuto quando mi è stato impartito un fondamentale insegnamento, che affondava profondamente nel suo pensiero. Avevo all’epoca appena iniziato il percorso dottorale e in occasione di una chiacchierata informale con il mio Maestro, Umberto Tombari, questi mi disse con molta chiarezza che un lungo periodo di studio in Germania sarebbe stato indispensabile per la mia formazione, in modo anzitutto da imparare la lingua e di iniziare ad assumere dimestichezza con il metodo comparatistico. Nonostante guardassi con particolare ammirazione a giuristi della levatura di Giuseppe B. Portale, che dominavano la letteratura tedesca ed erano in grado di cogliere gli spunti che questa offriva, l’idea di trascorrere almeno un anno a Tubinga (in questo si concretizzava l’indicazione che avevo ricevuto) mi spaventò non poco. Alla mia

¹ Per le mie riflessioni al riguardo, sia consentito il rinvio a Luciano, 2022.



• ALESSANDRO M. LUCIANO

contro-proposta di studiare in Inghilterra o negli Stati Uniti – Paesi che mi sembravano più facili da “approcciare”, posto che avevo una buona base di lingua inglese – mi fu risposto che la conoscenza dell’inglese avrebbe certamente facilitato le mie ricerche, atteso che, imparando anche il tedesco, avrei potuto confrontare l’esperienza italiana sia con quella tedesca che con quella anglosassone. In altri termini, l’affettuosa coercizione che stavo subendo non mi lasciava scampo.

In seguito, mi recai effettivamente in Germania, dove trascorsi due anni, tra la Ludwig Maximilian Universität di Monaco² ed il Max Planck Institut di Amburgo, in quello che fu per me il più bel periodo di sempre. A prescindere da queste note autobiografiche – sulle quali davvero non mi soffermo oltre – l’insegnamento che mi veniva impartito in quell’occasione mi è stato chiaro solo successivamente. Il metodo comparatistico è di fondamentale importanza nella formazione di un giurista, così come per svolgere appropriatamente attività di ricerca scientifica. Ed in questa prospettiva – che oggi appare forse scontata – Tullio Ascarelli fu notoriamente un grande precursore.

2. Semplificando un pensiero la cui evoluzione è stata particolarmente complessa (se non addirittura tormentata), è noto come sia possibile distinguere tra due “fasi” dell’opera di Ascarelli. In un primo momento (che coincide sostanzialmente con il saggio sulle lacune nel diritto positivo del 1925) (Ascarelli, 1925), dalle sue pagine emerge uno scontro tra il giurista figlio di quel determinato momento storico, legato al diritto positivo e ad un’idea di interprete quale mero dichiaratore del dato legislativo e la volontà di Ascarelli di proporre un “modello” nuovo. Volontà questa che allora era senza dubbio inibita dalla naturale tendenza del giovane studioso a formulare con moderazione proposte innovatrici, ma anche dalla mancanza di quel “metodo” che consentirà successivamente di confermare e rafforzare convinzioni che fino ad allora erano state avanzate soltanto timidamente.

Il “secondo” Ascarelli propone invece con straordinaria forza il “modello” di giurista al quale aveva solo accennato nei suoi primi scritti. Iperavalutazione dell’interpretazione, apertura all’equità come potente fattore propulsivo, prevalenza del diritto vivente rispetto ad un *corpus iuris* precostituito, attenzione al mutamento

² Mathias Habersack, del quale sono stato ospite sempre grazie all’aiuto di Umberto Tombari, si era nel frattempo trasferito da Tubinga alla Baviera.



economico-sociale ed alla pluralità delle fonti del diritto sono soltanto alcuni dei “pilastri” sui quali si fonda suddetto “modello”.

Cosa è cambiato tra il “primo” ed il “secondo” Ascarelli? Cosa gli ha conferito quella determinazione nell'affermare le proprie tesi alla quale si perviene soltanto se si è profondamente convinti della correttezza della propria ricostruzione? Al di là della maturazione del pensiero ed al consolidamento del medesimo che si acquisisce fisiologicamente nel corso del tempo, la risposta a tale quesito dev'essere rintracciata nel lungo soggiorno di Ascarelli in Brasile e nella centralità che, anche a seguito dello studio dell'ordinamento brasiliano, il metodo comparatistico viene ad assumere nell'ambito della sua ricerca.

3. Tullio Ascarelli e il Brasile, dunque³. Il Brasile quale luogo in cui, come sappiamo, questi ha trovato riparo nel periodo buio della persecuzione razziale. Un trasferimento, pertanto, imposto e non scelto, ma che si rivelerà di essenziale importanza per il suo percorso scientifico. Un soggiorno che “un personaggio banale avrebbe subito e maledetto come una condanna. Ascarelli, personaggio sovrano, riuscì a dominare gli eventi e a mutare in ricchezza della sua vita quanto poteva sembrare una separazione profonda dalle grandi matrici europee” (Grossi, 2008, p. 451).

In Sudamerica Ascarelli si confronta con un diritto ancora intriso di *ius commune*, nel quale si immerge profondamente cogliendone le peculiarità, traendone fondamento per la sua formazione di giurista e per l'evoluzione del suo pensiero. Le sue *Osservazioni di diritto comparato privato italo-brasiliano* (Ascarelli, 1952, p. 81 ss.) ne sono la più evidente espressione. Da questo scritto emerge la consapevolezza dell'importanza dei fatti, della realtà, della pratica nell'evoluzione degli istituti e delle disposizioni normative. Egli pone all'attenzione del giurista italiano come da presupposti astratti identifici (siano essi legislativi o dottrinari) possa giungersi a conclusioni del tutto differenti a seconda della realtà nella quale siffatti presupposti sono calati. E questo impone al “viaggiatore giuridico” (espressione che gli era particolarmente cara) di studiare non solo le regole e la letteratura, ma anche la dimensione ambientale ed il percorso storico dal quale queste traggono origine. I fatti, dunque, non possono essere intesi quali elementi di stortura ed alterazione del pensiero giuridico ma, all'opposto, devono essere

³ Per riferimenti all'esperienza brasiliana di Ascarelli cfr. Stella Richter Jr., *Racconti ascarelliani*, Napoli, 2021.



• ALESSANDRO M. LUCIANO

attentamente considerati e ponderati; diversamente la comprensione del fenomeno giuridico risulta monca e, in definitiva, scorretta.

Tutto questo emerge forte nel raffronto con la realtà giuridica brasiliana, la quale – benché di matrice romanistica e fondata su affermazioni e dogmi intrisi di tradizione europea (soprattutto italiana e francese) – genera poi soluzioni nuove e differenti rispetto a quelle alle quali si perviene nel “vecchio continente”⁴. Il rapporto tra diritti soggettivi e azioni processuali, le regole in tema di bilanci di società, di diritto marittimo, di cambiali e di assicurazioni sono soltanto alcuni degli esempi – “che potrebbero agilmente moltiplicarsi” (Ascarelli, 1952, p. 106) – di come le “differenze ambientali ed economiche da un lato” e “quelle della tradizione dell’altro” (Ascarelli, 1952, p. 109) possano determinare diversità (e analogie) che solo il “viaggiatore giuridico” riuscirà a cogliere nella loro pienezza. In altri termini, se è vero che la soluzione dei problemi giuridici – ed ancor prima la loro impostazione – è influenzata da una pluralità di fattori (tra i quali rientrano, ad esempio, “strutture sociali ed economiche, tradizioni di pensiero, sviluppo storico”⁵) (Ascarelli, 1952, Prefazione, in Studi, XII) e che anche il più impeccabile dei ragionamenti logici risente dei medesimi, il Brasile ha rappresentato un perfetto esempio di questa fondamentale premessa dalla quale occorre partire nello studio del diritto. “Ravvisare come naturale e logico quanto è corrente nel proprio ambiente” (Ascarelli, 1952, Prefazione, XII) è un errore nel quale non si può incorrere e nel quale il comparatista non incorre, posto che lo studio della dimensione “spaziale” del diritto (e, dunque, della sua relatività in rapporto ai luoghi) lo “induce” piuttosto “a quella modestia e tolleranza” (Ascarelli, 1952, p. 5) che è tipica di chi è consapevole della limitatezza della propria esperienza.

4. I principi riassunti brevemente in precedenza – che risultano ad Ascarelli di tutta evidenza a seguito della comparazione tra diritto privato italiano e brasiliano – possono sembrare scontati al lettore dei giorni nostri, ma erano addirittura rivoluzionari per il giurista intriso di positivismo e dogmatismo degli anni ’40 del secolo scorso. Le riflessioni maturate dagli studiosi dell’epoca erano senza dubbio ricche di riferimenti alle

⁴ Pertanto, “non sarà raro per il viaggiatore giuridico europeo in Brasile leggere in un volume di dottrina un linguaggio che gli è familiare e poi trovarsi in un mondo diverso appena scende alla pratica dello stesso istituto” (Ascarelli, Osservazioni, cit., 100).

⁵ La storia, pertanto, è uno degli elementi che il comparatista deve considerare nell’ambito delle proprie valutazioni: “qualunque ordinamento giuridico è pur sempre nella storia e frutto della storia, presentando perciò valutazioni diverse storicamente dovute alle diverse forze che concorrono a determinarlo e ai loro contrasti” (Ibidem, XIX).



elaborazioni concettuali di altri Paesi, ma queste erano astratte ed avulse dalla realtà e dalla dimensione storica, tanto da assumere un “*certo carattere esoterico*” (Ascarelli, 1952, *Prefazione*, I). Del tutto mancanti erano, invece, i riferimenti all’ordinamento ed alla pratica societaria, peccato questo particolarmente grave in un settore del diritto – quale è quello commercialistico – in cui la dimensione concreta dovrebbe rappresentare l’inizio e la fine di qualsiasi elaborazione. Il comparatista (ugualmente allo storico) si interessa, invece, delle regole socialmente – e quindi effettivamente – vigenti e (a differenza dello storico, al quale non interessano regole che non sono state adottate) ne verifica la fungibilità da un ordinamento all’altro, proponendone casomai l’adozione al fine di risolvere determinate questioni giuridiche. Nello svolgere suddetta funzione, tuttavia, il comparatista, oltre ai fattori concreti che hanno determinato la generazione di una data norma, conosce anche la storia dell’ordinamento giuridico oggetto di analisi, che ugualmente ha influito in tale processo genetico⁶. In assenza di tale consapevolezza, il medesimo non sarebbe in grado di formulare proficuamente alcuna di siffatte proposte.

L’attenzione ai fatti e dunque alla prassi ed al diritto effettivamente vigente implica, peraltro, un attento esame della giurisprudenza, oltre che della legislazione. Del resto, se è vero che la prima può essere anche molto distante dalla seconda, “*il diritto è, nella realtà dei fatti, quello quotidianamente applicato e seguito*” (Ascarelli, 1952, p. 7). Il diritto è vivo, è *law in action*. Ed è noto come, in questa prospettiva pratica, le differenze tra sistemi di *common* e di *civil law* – che, in una dimensione teorica, potrebbero sembrare marcate – si attenuino fortemente.

5. L’impegno del giurista – ed, in particolare, dello scienziato del diritto – nella direzione prospettata da Ascarelli, non è una facoltà, ma un dovere. “*Lo studioso*”, del resto, “*non è libero di impegnarsi o meno, perché non si tratta di affermazione della propria personalità, alla quale può anche in grado maggiore o minore rinunziare, ma del contributo singolare che egli è chiamato a dare alla storia comune*” (Auletta, 1970, p. 496). In altri termini, l’interprete non può autonomamente scegliere se svolgere la sua funzione tenendo conto o meno, tra l’altro, dei fatti o della giurisprudenza, evitando di collocare il dato giuridico nel tempo e nello spazio. Acquisire piena consapevolezza della relatività di siffatto dato

⁶ Del resto, “*il diritto comparato rappresenta il mezzo per allargare la nostra esperienza giuridica nello spazio, come la storia lo rappresenta nel tempo*” (Ascarelli, Premesse, cit., 5).



• ALESSANDRO M. LUCIANO

e delle caratteristiche di questa relatività in rapporto alla singola questione giuridica assume, piuttosto, i caratteri della doverosità. Diversamente l'interprete non è in grado di svolgere la sua funzione e rischia di pervenire a risultati errati.

Né si tratta, come potrebbe pensarsi oggi (alla luce soprattutto di recenti tendenze che enfatizzano l'apporto fornito al diritto dalle scienze economiche), di una libera scelta dell'interprete volta a valorizzare o meno l'eventuale propria propensione per un certo “modello” di giurista (particolarmente attento alla dimensione economica dei fenomeni). La collocazione delle regole in un sistema interdisciplinare rappresenta un’ulteriore conseguenza della relatività del dato giuridico ed impone l’inserimento del medesimo nella “realtà”. L’attenzione al profilo economico-sociale rappresenta, del resto, uno dei “pilastri” sui quali Ascarelli ha costruito la sua figura di giurista.

La recente proposta di passare dal piano della “corporate law” a quello della “corporate governance” – ove il primo è inteso come l’insieme delle regole di diritto societario considerate a prescindere dalla realtà nella quale sono applicate, mentre il secondo valorizza gli elementi non giuridici che emergono dal contesto concreto in considerazione – si rivela, pertanto, poco innovativa e rappresenta piuttosto l’immediata conseguenza dell’applicazione all’ordinamento societario di riflessioni approfonditamente elaborate già nella metà del secolo scorso.

6. In conclusione (ed in conformità a quanto anticipato all’inizio di queste brevi note), sono ovviamente consapevole che le riflessioni appena esposte sono scontate per il giurista di oggi, atteso che fanno parte di un patrimonio della nostra scienza che è ormai oltremodo consolidato. Se è vero, dunque, che “*tra i giuscommercialisti e non, difettano approfondimenti dettagliati e articolati sull’evoluzione del pensiero ascarelliano in tema di comparazione giuridica*” (Cariello, 2020, p. 337), questo scritto – sia per la sua brevità, che per i termini generali in cui i vari temi sono stati trattati – non vuole certo rappresentare un contributo in tal senso.

Piuttosto è utile ricordare come l’apporto di Ascarelli all’affermazione ed al consolidamento dei principi sintetizzati in precedenza sia stato centralissimo, in modo da ritrovare e tramandare lo stimolo a leggere le sue pagine, scoprendo così nuovi ed ulteriori aspetti meritevoli di enfatizzazione e sviluppo.



RIFERIMENTI

- ASCARELLI, T. I problemi delle società anonime per azioni. *Rivista delle società*, n. 6, 1956.
- ASCARELLI, T. Premesse allo studio del diritto comparato. In: ASCARELLI, T. *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*. Milano: Giuffrè, 1952, p. 10-52.
- ASCARELLI, T. Sui poteri della maggioranza nelle società per azioni ed alcuni loro limiti. *Rivista del diritto commerciale*, n. 5-6, v. I, 1950.
- ASCARELLI, T. Osservazioni di diritto comparato privato italo-brasiliano. Il. *Foro Italiano*, [s.l.], v. 70, p. 97-110, 1947.
- ASCARELLI, T. *Il problema delle lacune e l'art. 3 disp. prel. nel diritto privato*. Modena: Società Tipografica Modenese, 1925.
- AULETTA, G. Tullio Ascarelli. Scritto in memoria. *Rivista delle Società*, [s.l.], anno 22°, p. 493-511, 1970.
- CARIELLO, V. Ascarelli e la comparazione come “attuazione di un progetto ermeneutico”. *Rivista di Diritto Commerciale*, v. I, n. 2, I, 2020.
- GROSSI, P. *Nobiltà del diritto: profili dei giuristi*. Milano: Giuffrè, 2008.
- GROSSI, P. *Scienza giuridica italiana: Un profilo storico (1860-1950)*. Milano: Giuffrè, 2000.
- LUCIANO, A. M. *Riunione assembleare e diritto d'intervento: Collegialità e tecnologia nel diritto azionario*. Milano: Giuffrè, 2022.
- STELLA RICHTER JR., M. *Racconti ascarelliani*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2021.

Alessandro M. Luciano

Associato di Diritto Commerciale nell'Università di Firenze.
Università di Firenze
Firenze, Toscana, Italia
E-mail: alessandro.luciano@unifi.it

Squadra Editoriale

Editore Accademico Felipe Chiarello de Souza Pinto
Direttore Esecutivo Marco Antonio Loschiavo Leme de Barros

Produzione Editoriale

Coordinamento Editoriale Andréia Ferreira Cominetti
Impaginazione Libro Comunicação
Tirocinante Editoriale Isabelle Callegari Lopes

