

L'enigmatica "lotta del diritto contro il male". Spunti su Carnelutti penalista

Angelo Pio Buffo

Università degli Studi di Foggia

Abstract: The Enigmatic "Struggle of Law Against Evil." Insights on Carnelutti as Criminal Lawyer

Employing the Weberian concept of *Beruf* as a reading key, this paper analyses Carnelutti's work on criminal law. In particular, after retracing the main stages of his professional life, it focuses on the problematic implications of his punishment theory.

Keywords: Carnelutti, *Beruf*, Criminal Law, Punishment.

Sommario: 1. Il *Beruf* di Francesco Carnelutti – 2. L'inesausta passione per l'unità – 3. "Mio amore segreto": Carnelutti e il diritto penale – 4. L'enigma della pena e la lotta contro il male – 5. "Andare verso i re, non fuggirli".

1. Il *Beruf* di Francesco Carnelutti

Nessun termine meglio di *Beruf* racchiude il senso profondo dell'itinerario esistenziale di Francesco Carnelutti. Nessun altro ne manifesta così nitidamente lo spirito, ne lascia trasparire la passione e i travagli, ne spiega l'operosità e il disincanto. È il *Beruf* – con il suo fecondo e controverso spettro semantico – a restituire lo spessore del giurista friulano, del suo "graffiante protagonismo"¹ nella cultura giuridica novecentesca².

¹ U. Romagnoli, "Francesco Carnelutti (1879-1965)", in *Lavoro e Diritto*, XI (1997), n. 1, p. 121.

² Un osservatore acuto e pungente come G. Tarello, "Francesco Carnelutti nella cultura giuridica italiana", in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XVI (1986), n. 2, pp. 383-387, approcciandosi alla figura e agli scritti di Carnelutti con spirito critico, certamente immune da venature agiografiche, nel rimarcare "l'interventismo culturale del giurista udinese [che] non arretrava davanti a niente, e tantomeno davanti a se stesso", metteva in luce la "grande difficoltà" che sorge quando si tenta di inquadrare l'influenza sulla scienza giuridica novecentesca: "l'opera di Carnelutti costituisce una grossa parte della cultura giuridica italiana del tempo suo, tanto che,

L'imponente lascito di Carnelutti³, le geniali, talvolta ardite, incursioni in ogni ambito della *scientia iuris*, il lungo Magistero forense, la perdurante presenza del dibattito scientifico, grazie anche all'*Indice bibliografico* della "Processuale"⁴, non si comprendono senza di esso. Senza scavare nell'animo dell'uomo e scorgere nell'amore per il diritto il sigillo di un'autentica "vocazione".

"Non si può negare – osservava Max Weber in uno dei passi più celebri de *L'etica protestante* – che nella parola tedesca *Beruf* [...] echeggi una rappresentazione religiosa – quella di un *compito* assegnato da Dio"⁵. Una missione, dunque. Non una mera occupazione. Un'attività che implica un *Ruf*, una *chiamata* in grado di trasfigurare l'esperienza del lavoro, rendendola al contempo *luogo* di incontro con Dio e vettore di ascesi intra-mondana. Per il sociologo di Erfurt è stato Lutero a conferire al lemma un senso inedito, a far risaltare il duplice significato di "professione" e "vocazione"⁶. Cimentandosi con la traduzione del testo biblico, egli rese con *Beruf*, invece che con il tradizionale *Werk* o con l'"incolore"⁷ *Arbeit*, i termini greci διαθήκη, ἔργον, πόνος⁸. E così, il monito sapienziale del *Siracide* "ἐν τῷ ἔργῳ σου παλαιώθητι"⁹ divenne, nella Bibbia della Riforma, "*beharre in deinem Beruf*": un invito, rivolto al fedele, a perseverare nella professione, a

per certi aspetti, prendendo sul serio quel tema, si dovrebbe parlare di interventi culturali del Carnelutti nella cultura giuridica carneluttiana". *Ivi*, p. 383.

³ G. Tarello, "Bibliografia giuridica di Francesco Carnelutti", in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, IV (1974), p. 525 arrivò a contare nella produzione scientifica di Carnelutti 1033 titoli, precisando che si trattava di un elenco incompleto, "una selva in cui nessuno ha mai messo ordine, a cominciare dall'autore". A distanza di quarant'anni dalla ricognizione di Tarello, Gianluca Tracuzzi, un attento studioso di Carnelutti, ha stilato un elenco completo di tutti gli scritti monografici, accademici e "clandestini", del giurista friulano, pubblicati dal 1910 al 1963. Cfr. G. Tracuzzi, "Bibliografia di Francesco Carnelutti: *work in progress*", in F. Carnelutti, *Il canto del grillo*, a cura di G.P. Calabrò, Cedam, Padova, 2014, pp. XXVII-XXXIII.

⁴ "Dal 1927 (anno in cui cominciò a tenere l'*Indice bibliografico* nella *Rivista*) al 1964 – commenta F. Cipriani, "Francesco Carnelutti a quarant'anni dalla scomparsa", in Id. (a cura di), *Vita di avvocato. Mio fratello Daniele. In difesa di uno sconosciuto*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. XXXV-XXXVI – chiunque scriveva un libro giuridico, doveva stare col fiato sospeso in attesa della "Processuale", per sapere se aveva qualche speranza di non dovere andare nell'ultimo girone dell'inferno. Basti pensare che persino studiosi del calibro e della serietà di Enrico Redenti dovettero subire recensioni stroncatorie e canzonatorie". "La devozione alla scienza – ricorda A. De Marsico, *Toghe d'Italia*, a cura di M. Stecchi de Bellis, Laterza, Bari, 1982, p. 218 – spingeva il recensore ad essere spietato, persino crudele. Sull'altare della dottrina egli finiva per deporre la sua sostanza umana".

⁵ M. Weber, *L'etica protestante e lo spirito del capitalismo*, trad. di Anna Maria Marietti, "Introduzione" di Giorgio Galli, Rizzoli, Milano, 2018, p. 101. La centralità del *Beruf* ritorna anche in Id., *La scienza come professione. La politica come vocazione*, trad. di H. Grünhoff, P. Rossi, F. Tuccari, Einaudi, Torino, 2004, volume che raccoglie i testi di due conferenze, "*Wissenschaft als Beruf* e *Politik als Beruf*", che Weber tenne nel novembre 1917 e nel gennaio 1919 a Monaco.

⁶ Sottolinea opportunamente questa ambivalenza, P. Rossi, "Max Weber e l'ambivalenza del *Beruf*", in *il Mulino. Rivista trimestrale di cultura e di politica*, (2022), n. 1, pp. 25-31.

⁷ M. Weber, *L'etica protestante e lo spirito del capitalismo*, cit., p. 137.

⁸ *Ibidem*.

⁹ Cfr. *Siracide* 11: 20-21.

rimanere saldo in una condizione che, postulando la libera adesione alla volontà divina, si tingeva di venature etiche. Al punto da non poter essere più rappresentata con *Arbeit*, con un'idea di lavoro, manuale o intellettuale, svolto senza una "chiamata", finalizzato unicamente alla produzione di beni o di altri valori economici, incapace perciò di elevare l'uomo¹⁰. Solo attraverso la grazia del *Beruf*, infatti, era possibile istituire un ponte tra cielo e terra, tra mestiere e fede, in grado di ri-orientare, insieme all'agire dell'individuo e alla sua *Stellung*, l'ordine sociale e le istituzioni¹¹.

Sotto l'egida del *Beruf* può essere inquadrata l'intera vita di Carnelutti. Foro e cattedra, per oltre sessant'anni, hanno rappresentato per lui autentici *Berufe*. Professione e vocazione avvinte in una relazione osmotica. L'una connessa con l'altra. L'una riflessa nell'altra. In pochi altri studiosi del suo tempo – tra questi certamente Capograssi, il "filosofo della speranza"¹², suo interlocutore e prezioso punto di riferimento¹³ – si è pienamente realizzata questa unità. Di poche altre figure si può dire, parafrasando Vico, *vita et opus convertuntur*.

È lo stesso Carnelutti, peraltro, a descrivere la sua parabola professionale come risultato di una "vocazione"¹⁴. La "scintilla" dell'amore per il diritto scoccò in adolescenza, in un contesto familiare caratterizzato dall'assenza di giuristi. Il padre era ingegnere. La madre desiderava si dedicasse alla medicina. Nulla che lasciasse presagire il suo futuro percorso lavorativo. Un' "intuizione" – racconta – lo condusse allo studio del diritto: "a un tratto [...] in terzo anno di liceo, la risoluzione sbocciò: giurisprudenza, senza un attimo di perplessità e senza consiglio alcuno"¹⁵. Una intuizione che, nello sguardo retrospettivo della maturità, gli appariva sempre più come una misteriosa chiamata¹⁶. Un vero e proprio *Ruf* che ne

¹⁰ Sulle implicazioni etiche connesse alla differenza tra l'idea di *Arbeit* e di *Beruf* si rimanda a G. Mari, "Beruf e libertà. Lavoro intellettuale e lavoro manuale in Max Weber", in *Iride. Filosofia e discussione pubblica*, XXXIII (2020), n. 3, pp. 609-621. L'Autore, a questo proposito, precisa che solo "attraverso il *Beruf*, la permanenza del singolo nella posizione sociale assegnatagli da Dio, e quindi l'ordine sociale stesso, diviene un dovere religioso". Il *Beruf*, a differenza dell'*Arbeit*, coinvolgendo una posizione sociale, costituisce "sia un'esperienza di coscienza, sia un'esperienza etica, cioè un'esperienza intra-montana compiuta dalla coscienza". *Ivi*, p. 612.

¹¹ Sul punto è di grande interesse lo studio di M. Cacciari, *Il lavoro dello spirito*, Adelphi, Milano, 2020. Il tema, incastonato nella più ampia riflessione sul lascito di Weber, è affrontato nell'accurata e dotta analisi di R. Marra, *L'eredità di Max Weber. Cultura, diritto e realtà*, Il Mulino, Bologna, 2022.

¹² F. Carnelutti, *Interpretazione di Capograssi*, Sansoni, Firenze, 1956, p. 24.

¹³ Lo attesta lo stesso F. Carnelutti, "Meditando Capograssi. Variazioni sull'accordo", in *Rivista di diritto processuale*, XII (1957), pp. 501-506 e Id., "Giuseppe Capograssi (necrologio)", in *Rivista di diritto processuale*, XI (1956), pp. 177-178.

¹⁴ F. Carnelutti, *Mio fratello Daniele*, Tumminelli, Roma-Milano, 1943, ora in F. Cipriani (a cura di), *Vita di avvocato. Mio fratello Daniele. In difesa di uno sconosciuto*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 83.

¹⁵ *Ivi*, p. 84.

¹⁶ "Queste forme di intuizione – ribadiva Carnelutti – si chiamano vocazione. Un andare per di qua invece che per di là perché qualcosa ti chiama; [...] qualcosa di dentro; e non sappiamo cosa sia, e

avrebbe segnato il destino, umano e professionale. E che mai sarebbe venuto meno. Nonostante gli studi universitari nella Facoltà di Padova – “un bel complesso di maestri, ma il metodo mancava”¹⁷ – non avessero esercitato su di lui il fascino sperato. Nonostante la breve e deludente parentesi politica, la militanza tra le fila monarchiche che rischiò, negli anni giovanili, di distoglierlo dagli studi giuridici¹⁸. Nonostante nella tarda età, la temperie della *crisi* e la sua irrefrenabile vena speculativa lo avessero portato a teorizzare la “morte del diritto”¹⁹, inducendolo ad auspicarne il superamento – certamente un’*Aufhebung* – con le leggi più alte della carità e dell’amore.

Il *Beruf* di Carnelutti si è sviluppato lungo due direttrici: la docenza universitaria e l’avvocatura. “Ho fatto *anche* il professore – rivelerà – Ho vinto dei concorsi universitari; ho, come si dice, salito una cattedra, anzi più di una cattedra”²⁰. Ma il suo grande amore è stata l’avvocatura. Del resto, se insegnante è rimasto fino al pensionamento, avvocato lo è stato per tutta la vita. Dettaglio, questo, di non poco conto. Egli stesso, d’altronde, ne ha inteso sottolineare la rilevanza. “Se ritorno col pensiero al tempo degli studi – esordiva in *Vita di avvocato* – dovrei dire che il mio sogno era quello di diventare professore”²¹. *A posteriori*, invece, facendo un bilancio della vita, guardandola cioè “non dal punto di partenza, ma dal punto di arrivo”, il quadro si capovolge: “l’avvocatura assai più che la cattedra era la mia vocazione, [...] il talento, che il Signore mi ha affidato affinché lo facessi fruttare”²².

Lo scarto in favore dell’avvocatura, secondo Carnelutti, era fondato su due ragioni. Una riguardante la scienza, l’altra la fede. Dal primo punto di vista, egli aveva maturato la consapevolezza che il sapere della cattedra è parziale: per un verso, porta a insuperbire il giurista precludendogli il vertice della sapienza: “il

forse mai non sapremo; e chi vuole può prendersi il gusto di chiamarlo caso, ma allora è pure un caso che ogni mattina il sole si levi alla sua ora?”. *Ibidem*.

¹⁷ *Ivi*, p. 85.

¹⁸ Carnelutti si sofferma a riflettere sul suo “intermezzo politico” (*Ivi*, p. 115), la partecipazione al movimento dei giovani monarchici, considerando questa esperienza come una delle più “pericolose tentazioni [...] rispetto alla vocazione di giurista” (*Ivi*, p. 118).

¹⁹ F. Carnelutti, “La morte del diritto”, in Aa.Vv. (a cura di), *La crisi del diritto*, Cedam, Padova, 1953, pp. 177-190, poi in Id., *Discorsi intorno al diritto*, II, Cedam, Padova, 1953, pp. 275-290. Una morte, quella evocata da Carnelutti, che – spiega F. Viola, “Metodologia, teoria e ideologia del diritto in F. Carnelutti”, in *Rivista di diritto processuale*, XXII (1967), n. 1, p. 54 – proietta il suo pensiero in una “prospettiva mistica e moraleggiante”. Su questa prospettiva si appunta la critica sulfurea di G. Tarello, voce “Francesco Carnelutti”, in *Dizionario biografico degli italiani*, XX, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, p. 455 che etichetta Carnelutti come “voce catacombale” contrassegnata da “motivi mistici-sepolcrali”.

²⁰ F. Carnelutti, *Vita di avvocato*, Eri, Torino, 1961, ora in F. Cipriani (a cura di), *Vita di avvocato. Mio fratello Daniele. In difesa di uno sconosciuto*, cit., p. 5.

²¹ *Ibidem*.

²² *Ibidem*.

sapere di non sapere"²³; per l'altro verso, gli insegna il valore della regola ma non quello dell'eccezione²⁴. Al contrario, è l'attrito con il diritto vivente, con i dubbi e le aporie che affiorano nelle prassi dei tribunali a istruirlo sulla relatività delle norme, sui loro limiti, sulla fallibilità dei giudizi umani, sulla impervia e talvolta illusoria ricerca della giustizia. Dal secondo punto di vista, egli scoprì che l'esercizio della professione forense costituiva un canale di dialogo con Dio. Una palestra di vita interiore che, meglio della cattedra, insegnava a "soffrire per l'altro"²⁵. Ad amare e non giudicare²⁶. Soprattutto a farsi "ponte"²⁷, a sperimentare la fatica della mediazione, a essere una sorta di cerniera tra soggetti che vivono in uno stato di inimicizia.

2. L'inesausta passione per l'unità

Il senso del *Beruf*, imprimendo in Carnelutti un febbrile dinamismo, ha sollecitato il suo prodigioso ingegno a cimentarsi con l'intero scibile giuridico. A inoltrarsi in tutti i campi del diritto, persino quelli meno battuti, guidato da una straordinaria capacità di presagire i problemi e prospettare soluzioni che, alla prova del tempo, dell'evoluzione legislativa e giurisprudenziale, si sarebbero dimostrate fondate. Questo acume e questa versatilità di interessi gli hanno meritato il lusinghiero apprezzamento di Vittorio Emanuele Orlando che, recensendone la prima edizione della *Teoria generale del diritto*²⁸, ha icasticamente compendiato il valore del

²³ "Scienza e cattedra [...] sembrano quasi inseparabili. Ma c'è una scienza o, forse meglio, un grado della scienza, che la cattedra difficilmente permette di raggiungere: il sapere di non sapere, che sappiamo poi, da Socrate in qua, essere il nostro solo e vero sapere". *Ivi*, pp. 5-6.

²⁴ "Se non avessi fatto altro che studiare e insegnare diritto, avrei continuato a considerarlo come lo strumento necessario e sufficiente per mettere ordine nel mondo. È stato l'esercizio dell'avvocatura a disingannarmi [...] dirò che la scienza mi ha appreso il valore della regola e la avvocatura, invece, il valore dell'eccezione. Ma è proprio l'eccezione che bisogna conoscere per conoscere la regola perché solo l'eccezione ne dimostra il valore relativo". *Ivi*, p. 6

²⁵ *Ivi*, p. 8

²⁶ Sulla base di questa considerazione, Carnelutti argomenta la superiorità della posizione dell'avvocato rispetto a quella del giudice: "Il giudice, per definizione, giudica, non ama. L'avvocato, al contrario, ama e non giudica. Ama, anche se non se ne accorge. Non si può difendere senza amare. La difesa, proprio perché è il contrario dell'offesa, implica l'amore. Il giudice, alto sul suo stallo, guarda colui che deve giudicare da lontano. L'avvocato, collocato in basso, accanto a lui, lo guarda da vicino". *Ivi*, p. 7.

²⁷ *Ivi*, p. 23. Nel definire l'avvocato come "un pontefice, tra una parte e l'altra", "tra uomo e uomo", Carnelutti recupera il valore del dialogo scolpito nei bellissimi versi di Hölderlin: "*Seit ein Gespräch wir sind...*".

²⁸ F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, Foro italiano, Roma, 1940. Il volume ha avuto, nel corso degli anni, due ulteriori edizioni, entrambe pubblicate dalla stessa casa editrice. La seconda, "interamente nuova", a partire dalla struttura dell'indice e dall'inquadramento complessivo dei profili trattati, risale al 1946. La terza, "emendata e ampliata", è del 1951 e rappresenta un momento cruciale nell'evoluzione del pensiero di Carnelutti poiché unisce alla trattazione della teoria dell'*atto* e del *fatto* quella del *giudizio*. Al netto di ogni possibile critica – secondo l'autorevole commento di

giurista friulano: “Se fra un millennio tutte le opere della letteratura giuridica italiana contemporanea andassero perdute, e restassero i soli scritti di Carnelutti, basterebbero essi certamente per rappresentare degnamente l’attività scientifica di questo periodo storico”²⁹. Degna di nota, dal punto di vista di Orlando, non è tanto la conoscenza enciclopedica del fenomeno giuridico, un sapere, stratificatosi negli anni, che spazia dal diritto civile al commerciale, dal diritto processuale all’internazionale, dal pubblico al penale. Stupisce, piuttosto, e desta ammirazione la sua acribia analitica: “pur passando dall’uno all’altro dei campi del diritto – precisava il giurista palermitano – la sua autorità si pone subito in prima linea, come di un maestro tra i maestri, che di quella disciplina hanno fatto l’oggetto di tutto il loro studio”³⁰.

L’opera carneluttiana sembra segnata, oltre che dalla varietà di temi e da una non comune finezza argomentativa³¹, da una perdurante aspirazione all’unità. Si potrebbe dire, mutuando il lessico di Solov’ëv, che egli muova dalla “unitotalità”³² del reale per pervenire a una visione *unitotale* del sapere giuridico e, di riflesso, del

N. Bobbio, “Francesco Carnelutti, teorico generale del diritto”, in *Giurisprudenza italiana*, CI (1949), n. 4, coll. 113-127, poi in Id., *Studi sulla teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1955, pp. 1-25 – l’opera merita apprezzamento per due ragioni. Innanzitutto, perché si tratta del “primo tentativo serio, che un giurista abbia compiuto in Italia, di costruire un sistema completo del diritto in generale, elaborando un ricco materiale di osservazioni tratte dalle più diverse discipline giuridiche”. In secondo luogo, perché si presenta come un sistema “costruito unitariamente partendo da una determinata concezione del diritto, precisamente dalla concezione imperativistica, che viene consapevolmente posta a fondamento dell’indagine, a guisa di premessa generale da cui vengono tratte via via coerentemente [...] le singole parti”. Rispettivamente *ivi*, col. 113 e p. 1. Per una analisi più approfondita sulla teoria generale del diritto di Francesco Carnelutti si rimanda ai contributi di E. Fazzalari, “Francesco Carnelutti teorico generale”, in *Francesco Carnelutti a trent’anni dalla scomparsa. Atti del convegno di Udine del 18 novembre 1995*, Forum, Udine, 1995, pp. 23-28; M. Orlandi, “Francesco Carnelutti teorico generale”, in G. Tracuzzi (a cura di), *Per Francesco Carnelutti. A cinquant’anni dalla scomparsa*, Cedam, Padova, 2015, pp. 169-190 che ne esamina le linee sistematiche attraverso le note “polemiche” con Gino Gorla (sul “fatto dannoso”), Mauro Cappelletti (sul nesso tra azione ed eccezione) e Vittorio Denti (sulla prova); S. Sagnotti, “La filosofia del diritto di Francesco Carnelutti”, in G. Tracuzzi (a cura di), *La filosofia del diritto di Francesco Carnelutti*, Cedam, Padova, 2019, pp. 139-146 che, invece, ne mette in luce l’ineliminabile sostrato metafisico.

²⁹ V.E. Orlando, “La teoria generale del diritto di Francesco Carnelutti”, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XX (1942), nn. 4-5, p. 289.

³⁰ *Ivi*, p. 290.

³¹ Il Carnelutti – afferma N. Irti, “In memoria di Francesco Carnelutti. Le tre Facoltà giuridiche di Roma per un grande interprete del diritto”, in *Rivista di diritto processuale*, XLI (1986), n. 2, p. 478 – è scrittore “stringente, insinuante, fascinoso. Dinanzi alla sua pagina, tessuta di brevi proposizioni, che si legano in nessi rapidi e snelli, il lettore avverte il pericolo di un’invincibile magia. E perciò raduna tutte le energie critiche, e si dispone a difesa. Ma quante volte la nostra resistenza è stata fiaccata, e ci è piaciuto di abbandonarci a quella maliosa cattura!”.

³² Cfr. V.S. Solov’ëv, *Lezioni sulla Divinumanità e altri scritti*, trad. di P. Modesto, Jaka Book, Milano, 1990, *passim*.

ruolo del giurista³³. Questa convinzione è talmente radicata in Carnelutti che finisce per informarne il metodo. La sua professione di *realismo*³⁴ – compimento, dirà Capograssi, di una “perigliosa e accidentata avventura nel paese del diritto”³⁵ – postula, infatti, l’osservazione della realtà. Una osservazione che non si limita a registrare, dall’esterno, fatti e accadimenti. Ma implica un’esperienza interiore dell’uomo, scevra da filtri e preconetti, con la multiforme ricchezza del reale.

La ricerca della *funzione* e della *struttura* della scienza giuridica inaugura così una salutare circolarità tra scienza e vita. La sola che può garantire al giurista, rimuovendo, nei limiti del possibile, tutti i “diaframmi tra noi e la realtà”³⁶, l’*immediatezza* della conoscenza. “Guai a chi guarda la realtà nello specchio!” – ammonisce, a questo proposito, Carnelutti. Guai a chi coltiva l’ingenua pretesa di intendere solo astrattamente, *per speculum*, i fenomeni giuridici³⁷. Costoro, infatti, rischiano di equivocare le regole del diritto, di percepirli in maniera distorta:

³³ Egli stesso, d'altronde, realizza questa pienezza, se è vero – come afferma F. Galgano, *Ritratti con il segno e con la parola*, Cedam, Padova, 2011, p. 132 – che in lui “si combinano le due anime del giurista, antico retaggio della civiltà del diritto: Ulpiano, l’iniziatore della sistematica giuridica, si combina con Cicerone, il grande retore”. Con sfumature diverse colgono questa dimensione in Carnelutti anche G. Tracuzzi, “Unum esse”, in Id. (a cura di), *La filosofia del diritto di Francesco Carnelutti*, cit., p. 117, definendolo “giurista universale” e, nello stesso volume, C. Consolo, *Carnelutti come filosofo in quanto giurista “integrale”*, cit., pp. 147-153 che invece ne sottolinea la vocazione all’integralità.

³⁴ Parlando di “*realismo giuridico*” – osserva F. Carnelutti, *Metodologia del diritto* (1939), Cedam, Padova, 1990, rist. con saggio introduttivo di N. Irti, p. 62 – “non ho fatto che enunciare il più elementare dei principi della metodologia: il dato, che è l’atto, deve osservarsi, fin che è possibile, nella sua realtà”. Ovviamente, dal suo punto di vista, l’approccio realistico non significava né sposare una visione materialistica dell’esistenza né condividere il sentiero del positivismo giuridico. Realismo non vuol dire materialismo “perché la materia del diritto è formata in gran parte dal pensiero, in quanto, con l’atto, *verbum caro factum est*. Positivismo nemmeno perché, se per me il diritto non è e non può essere che positivo, proprio il suo studio ha per oggetto di scoprire le leggi, metempiriche, direbbero i filosofi, del suo divenire e tra queste le ultime, le più alte, sono quelle regole della giustizia, delle quali il legislatore è Dio”. Sulla particolare fisionomia del “realismo” carneluttiano si rimanda allo studio di D. Coccopalmerio, *Francesco Carnelutti. Il “realismo giuridico italiano”*, Esi, Napoli, 1989. Sul tema, di pregio appaiono anche le osservazioni di C. Consolo, “Le opere e i giorni del percorso vocazionale di Carnelutti: dalla ‘Commerciale’ alla ‘Processuale’”, in *Giustizia Civile*, (2016), n. 4, pp. 667-698 che rimarca il carattere “dogmatico-fantastico” del realismo di Carnelutti. Tesi, questa, ripresa e ulteriormente sviluppata in Id., “Carnelutti dogmatico realista, dal diritto commerciale alla prova civile ed oltre”, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, LXX (2016), n. 2, pp. 409-423.

³⁵ Così G. Capograssi, “Leggendo la ‘Metodologia’ di Carnelutti”, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XVIII (1940), n. 1, pp. 22-47 poi in Id., *Opere*, IV, Giuffrè, Milano, 1959, p. 297. Secondo il filosofo di Sulmona, l’impianto metodologico di Carnelutti, ispirato alla visione del diritto come esperienza, rappresenta un “memorabile documento della sua tipica e inconsapevole profondità speculativa”. *Ivi*, p. 298.

³⁶ F. Carnelutti, *Metodologia del diritto*, cit., p. 59.

³⁷ “Lo studioso del diritto civile o del diritto penale, la cui esperienza è costituita soltanto dal codice, senza che egli abbia mai visto né un contratto né un reato, somiglia a chi per studiare la medicina non abbia sott’occhio che dei cataloghi di farmaci o di malattie. Purtroppo la storia della scienza del diritto è seminata di queste caricature”. *Ivi*, p. 37.

“accade così che se una delle lastre ha una leggera deformazione, l’errore si moltiplica e si aggrava con fantastiche proposizioni”³⁸.

Ma il principio di *immediatezza*, pur costituendo un asse portante della metodologia carneluttiana, non è sufficiente. Non basta osservare direttamente la realtà. Incalza una seconda esigenza: la *compiutezza*³⁹. Bisogna conoscere, vichianamente, “il tutto della cosa”. E, al contempo, la cosa in relazione al tutto. Qui l’unità del diritto si salda con l’unità della scienza e presuppone l’interdipendenza dei saperi scientifici⁴⁰. In questa cornice perdono valore le rigide classificazioni. I confini arbitrariamente tracciati tra le discipline scoloriscono, residuano come “giochi d’ombra cagionati dalla limitazione del fascio luminoso proiettato dalla nostra mente”⁴¹. Proiezioni, forse inevitabili, della debolezza dell’intelletto umano più che della sua *vis* ordinatrice. In fondo, se una è la realtà, una la scienza, uno il compito dello scienziato – comprenderne le regole che ne governano l’esistenza – illusoria è la fatica di coloro che “pretendono di montar la guardia al confine”⁴² tra settori disciplinari per impedire travalicamenti. Ciò vale certamente per la fisica, la chimica, l’astronomia ma anche per il diritto⁴³. Del resto, è proprio la “*scoperta delle regole dell’esperienza giuridica*”⁴⁴ ad additare al giurista un orizzonte più ampio e complesso che incorpora leggi logiche, fisiche, psicologiche, economiche. E, soprattutto, etiche. Della relazione tra tutte queste norme egli deve tener conto, preservando, contro ogni spirito di scissione, una visione unitaria del multiforme universo del diritto nonché delle questioni, teoriche e pratiche, di cui è latore. Anche se talvolta, per ragioni scientifiche, per sottoporlo cioè ad esame critico, sorge la necessità di “disfare il diritto”⁴⁵. Non diversamente da come agisce l’ingegnere con le macchine o il medico con il corpo⁴⁶. L’importante

³⁸ *Ivi*, p. 60. Fuor di metafora, per Carnelutti bisogna sradicare la “superstizione” che si possa conoscere e insegnare il diritto solo attraverso le biblioteche: “Ho sempre avuto la sensazione che per il mio sapere più dei libri contavano gli uomini e mi suono tuffato nella vita”. *Ivi*, p. 61. Del resto, la centralità del nesso tra *sapere* e *saper fare*, sia pure declinata nel quadro del percorso formativo del giurista, era già descritta da F. Carnelutti, “Clinica del diritto”, in *Rivista di diritto processuale*, XI (1935), n. 1, pp. 169-175.

³⁹ *Ivi*, p. 63.

⁴⁰ Questa aspetto emerge nella raffinata disamina di A. Scerbo, “La dimensione metafisica nel pensiero di Carnelutti: la scienza del diritto e l’incanto dell’arte”, in G. Tracuzzi (a cura di), *La filosofia del diritto di Francesco Carnelutti*, cit., pp. 85-101.

⁴¹ F. Carnelutti, *Metodologia del diritto*, cit., p. 32.

⁴² *Ivi*, p. 33.

⁴³ “Anche il giurista – afferma Carnelutti – come l’astronomo scruta il suo firmamento per scoprire le leggi che ne guidano l’eterno moto. Anche quelle del giurista sono, come quelle dell’astronomo, del fisico, del chimico, del biologo, *delle scoperte*. Anche la scienza del diritto ha i suoi santi e perfino i suoi martiri. Ma la gente non se ne accorge. Tutti parlando della scoperta di Pasteur; ma chi considera come uno scopritore, non dico Cesare Beccaria, ma Pietro Bonfante o Giuseppe Chioyenda?”. *Ivi*, pp. 33-34.

⁴⁴ *Ivi*, p. 33.

⁴⁵ *Ivi*, p. 69.

⁴⁶ L’accostamento tra diritto e scienza medica e tra giurista e medico ricorre anche in F. Carnelutti, “Clinica del diritto”, cit., p. 169: “Il giurista pratico [...] taglia, come il medico, sulla carne viva;

– chiosa Carnelutti – è custodire la consapevolezza che l'oggetto scomposto "è piuttosto *il cadavere del diritto* che il *diritto vivo*"⁴⁷. Poiché la vita del diritto non pulsa nei singoli frammenti ma nella interezza dell'organismo. Ecco perché, per contemplare il diritto, bisogna allontanarsi da esso, ascendere "dove l'occhio possa abbracciare quanto più in largo sia possibile la sua immensa realtà"⁴⁸.

3. "Mio amore segreto": Carnelutti e il diritto penale

L'ancoraggio alla realtà, fulcro del suo impianto metodologico, e una visione *unitotale* del diritto hanno spinto Carnelutti a travolgere le "paratie stagne che separano i campi della scienza giuridica"⁴⁹. Nell'esercizio della professione forense e nella docenza universitaria egli si è sempre dimostrato indocile verso ogni tentativo di imbrigliarne l'azione e di comprimerne lo spirito di ricerca entro schemi fissi o confini prestabiliti. E così, fedele al suo *Beruf*, non meno che all'invito vivantiano di "scoprire la voce del diritto che viene su dalle cose"⁵⁰, ha aperto, nei diversi campi del sapere in cui si è avventurato, nuove prospettive di riflessione. A partire dalla disciplina degli infortuni – a cui pervenne, agli esordi della carriera, in quanto incaricato di difendere la vedova di un operaio morto mentre si recava a lavoro⁵¹ – che seppe trarre dalle "secche dell'esegesi per elevarla alla dignità di indagine dommatica"⁵², fino agli studi di diritto commerciale e industriale, attraverso cui il giovane giurista si confrontò con tematiche innovative per l'epoca, dimostrando "piglio già sicuro" e, soprattutto "una sensibilità storica che non trova

così anche quando anziché di *me* o di *te* si tratta del *mio* o del *tuo*, poiché, a questo mondo, non vi è coltello per separare l'*essere* dall'*avere*".

⁴⁷ *Ibidem*. Carnelutti, a questo proposito, aggiunge: "Dal punto di vista della metodologia ciò vuol dire guai allo scienziato, il quale, avendo sul suo tavolo un pezzo tagliato dal corpo del diritto per farne la analisi, si illuda che quel pezzo formi il diritto intero". *Ivi*, p. 70.

⁴⁸ *Ivi*, p. 69.

⁴⁹ A. Scialoja, "Presentazione", in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, I, *Filosofia e teoria generale del diritto*, Cedam, Padova, 1950, p. XIII.

⁵⁰ C. Vivante, "I difetti sociali del Codice di commercio. Prolusione letta il 12 dicembre 1898 inaugurando il corso di diritto commerciale nella Regia Università di Roma", in *La riforma sociale. Rassegna di scienze sociali e politiche* (1899), p. 25, ora in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, (2012), n. 3, p. 11.

⁵¹ Lo attesta F. Carnelutti, *Mio fratello Daniele*, cit., p. 121: "Il caso entrò nello stambugio con la figura d'una contadina [...] rimasta, lei e uno sciame di bambini, senza il suo uomo, per via di una caduta nel precipizio mentre, su rischioso sentiero di montagna si recava al cantiere di costruzione della centrale idroelettrica di Montereale Cellina". Quel che rileva è che, a partire da questa vicenda processuale, è stata elaborata da Carnelutti la teoria dell'infortunio *in itinere* che ha avuto echi giurisprudenziali e legislativi. Sul punto e, più in generale, sul lascito giuslavoristico carneluttiano cfr. G. Santoro Passarelli, "Il diritto del lavoro di Francesco Carnelutti", in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, (2016), n. 7, pp. 52-93.

⁵² A. Scialoja, "Presentazione", cit., p. XIII.

riscontro in alcun altro giurista dell'epoca"⁵³. Ancora. Dalla teoria delle obbligazioni fino a *La prova civile*⁵⁴, probabilmente il capolavoro insuperato, esito di un "tour de force"⁵⁵ e di circostanze quasi rocambolesche, con cui ottenne la cattedra di Procedura civile all'Università di Padova⁵⁶.

"Giurista completo ma civilista per educazione"⁵⁷, Carnelutti spostò gradualmente, nella maturità, il baricentro delle sue indagini verso il penale. Scelta inevitabile per "un'anima vagabonda"⁵⁸ che desiderava elevare l'edificio della sua produzione scientifica e sapeva di non poterlo fare senza prima allargare le fondazioni, senza quindi valicare i confini del diritto processuale. Ma anche scelta coraggiosa, per via della generale diffidenza, se non addirittura ostilità, con cui la comunità accademica guardava certi sconfinamenti disciplinari. "Il terreno del diritto – spiegava con linguaggio allegorico – era diviso in tanti staterelli, ciascuno governato da un reuccio o anche da più di uno, ai quali né l'uscita dei cittadini garbava né l'ingresso dei forestieri"⁵⁹. Non era ammessa la libera circolazione. Né era considerato serio lo studioso che non stringesse "con quella che si chiama la propria materia una specie di monogamia"⁶⁰. E "monogamo" Carnelutti riuscì ad esserlo, con non poco sforzo, fino a un certo momento. L'occasione per "tradire" gli fu offerta da un libro Giulio Paoli⁶¹, "amabile penalista toscano"⁶², che lo fece innamorare di un tema "a cavaliere tra il diritto civile e il diritto penale"⁶³. Il maestro di Nuvolone, con il suo studio sui profili problematici del risarcimento e della riparazione, gli suggerì "la prima incursione" nell'universo penalistico: nel 1926, infatti, Carnelutti pubblicava il *Il danno e il reato*. In quest'opera, esaminando il

⁵³ Così G. Tarello, "Francesco Carnelutti nella cultura giuridica italiana", in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, cit., pp. 383-384.

⁵⁴ F. Carnelutti, *La prova civile: Studi. Parte prima (il concetto giuridico della prova)*, Athenaeum, Roma, 1915.

⁵⁵ F. Carnelutti, *Mio fratello Daniele*, cit., p. 143.

⁵⁶ "La Commissione giudicatrice di quel concorso – rammenta F. Cipriani, *Ricordo di Francesco Carnelutti nel quarantesimo anniversario della scomparsa* in Id., *Scritti in onore dei Patres*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 305 – era presieduta da Carlo Lessona e formata da Federico Cammeo, Giuseppe Chiovenda, Alfredo Rocco e Giuseppe Messina". Due aspetti di questa procedura concorsuale, secondo Cipriani, sono degni di attenzione. In primo luogo, la valutazione lusinghiera di Lessona, "che sulle prove aveva scritto un *Trattato* di cinque volumi" e che, pronunciandosi per primo, espresse "un giudizio di schietto riconoscimento del pregio di quelle ricerche, che avevano, egli disse, di tanto superate le sue". In secondo luogo, l'esito imprevisto: "quel concorso, a quanto pare, non era stato chiesto per lui, ma per Pietro Calamandrei, che aveva dieci anni meno di lui (ma che, come processualista, era più anziano!) e che dovette contentarsi del secondo posto e della lontana Messina".

⁵⁷ Come sostiene P. Grossi, *La cultura del civilista italiano. Un profilo storico*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 51.

⁵⁸ F. Carnelutti, *Mio fratello Daniele*, cit., p. 147.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ G. Paoli, *Il reato, il risarcimento, la riparazione*, Zanichelli, Bologna, 1924.

⁶² F. Carnelutti, *Mio fratello Daniele*, cit., p. 148.

⁶³ *Ibidem*.

rapporto tra illeciti civili e penali, forte anche di una consolidata esperienza forense, ribadiva che "la scienza del diritto [...] è indissolubilmente una" e criticava "quella specie di muraglia cinese che, in particolare da noi, ha costruito intorno al territorio del diritto penale Arturo Rocco". Ne derivava, per Carnelutti, il bisogno di relativizzare le partizioni del sapere giuridico. I cultori del diritto civile e quelli del diritto penale, infatti, non avrebbero mai dovuto smarrire "la consapevolezza che essi lavorano, non solo per uno scopo, ma, in gran parte, sul campo comune e perciò dalla necessità di meglio conoscere e coordinare gli sforzi, la scienza del diritto [...] avrà inestimabile vantaggio."⁶⁴.

Questo "libercolo"⁶⁵, anche per via del tema di confine tra le due aree di studio, non destò particolare scandalo. Né gli attirò particolari invettive. Tuttavia, la "scorribanda" che lo aveva generato produsse un effetto. Impresse in Carnelutti un certo "piacere" a spingersi *in munere alieno*. "La regione del diritto penale gli parve come una foresta dei tropici così ricca e incantata che valeva la pena persino incontrarvi i leoni"⁶⁶. Fuor di metafora, fu così che decise di profondere energie per realizzare, in quel settore, alcuni lavori più strutturati e più "impertinenti"⁶⁷, anche mettendo in conto di subire negli anni dure critiche⁶⁸. La *Teoria generale del reato*, che diede alle stampe nel 1933, ne costituisce un esempio lampante⁶⁹.

Le avventure carneluttiane nel penale si arrestarono solo apparentemente in quegli anni⁷⁰. Ebbero sicuramente una "sosta" durante la fase di elaborazione delle *Istituzioni* e di altri importanti lavori di diritto processuale civile. Ma riaffiorarono con la crisi spirituale che Carnelutti attraversò tra la fine degli anni Trenta e l'inizio degli anni Quaranta⁷¹. Nel vortice di quella salutare crisi, in cui si rafforzò il suo

⁶⁴ F. Carnelutti, *Il danno e il reato*, Cedam, Padova, 1930 ("secondo migliaio"), p. 90.

⁶⁵ F. Carnelutti, *Mio fratello Daniele*, cit., p. 148.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ Emblematico, da questo punto di vista, l'attacco di Bettiol che appellò Carnelutti, per le idee espresse in materia e, in particolare, per il suo approccio pancivilista, "distruttore del diritto penale". Cfr. G. Bettiol, L. Pettoello Mantovani, *Diritto penale*, Cedam, Padova, 1986, p. 801. Altrettanto rappresentativa è la presa di posizione di G. Bellavista, *La scienza del diritto processuale in Italia*, in *Studi in memoria di Arturo Rocco*, I, Giuffrè, Milano, p. 169 che richiama al rigore del metodo tecnico giuridico i "processualisti dimentichi" come Carnelutti, avventuratosi per una "strada confusionaria" costellata di "sconfinamenti del diritto processuale nel diritto sostantivo". Per Bellavista, infatti, andava denunciato "il pascolo, in verità abusivo, operato dal Carnelutti nelle sue *Lezioni* sulla teoria della pena, condannata al domicilio coatto fra gli istituti processuali e strappata alla sua sede naturale".

⁶⁹ Il giudizio che, col senno di poi, diede di quest'opera Carnelutti fu ambivalente: "se per la fama probabilmente [...] nocque, per il sapere [...] giovò". *Ibidem*.

⁷⁰ Anni che videro il trasferimento di Carnelutti all'Università di Milano, dove avrebbe tenuto, dopo il 1936, l'insegnamento di *Diritto penale*. Insegnamento che egli volle mantenere sia quando, con il precipitare dei disordini bellici, si trasferì a Ginevra e sia quando, rientrando in Italia, si trasferirà all'Università di Roma, dove terrà fino al pensionamento il corso di diritto e procedura penale. Cfr. G. Scarselli, *In devoto omaggio. Ricordo dei processualisti del passato*, Pacini, Pisa, 2021, p. 76.

⁷¹ In quel periodo – svela F. Carnelutti, *Prefazione*, in Id., *Lezioni di diritto penale. Il reato*, Giuffrè, Milano, 1943, p. I – "stava maturando nel mio spirito la crisi, che mise capo all'Interpretazione del

legame con la fede cristiana, la passione per il diritto penale si manifestò come una chiamata nella chiamata. Come una sorta di secondo, inaspettato *Beruf* che egli accolse, come disegno divino, pur apparentogli avvolte nel mistero le ragioni per cui tardò a comprendere che fosse il suo “amore segreto”⁷².

4. L'enigma della pena e la lotta contro il male

La consapevolezza di questa seconda “vocazione” era viva in Carnelutti. La sua acuta sensibilità gliene faceva avvertire lo spessore. Egli sentiva sulle spalle il peso della responsabilità. Non soltanto nelle aule dei tribunali, dove “Francesco D'Assise”⁷³, come diceva di sé e come scherzosamente veniva appellato, continuava a brillare come penalista. Ma anche in quella fucina di crescita interiore che è l'insegnamento universitario. “Non mi sono sobbarcato al rischio e al disagio del trasferimento dalla cattedra di diritto processuale civile a quella di diritto penale nella Università regia di Milano per irrequietudine o con leggerezza”⁷⁴, puntualizza nell'*incipit* della Prolusione del 1946. Né a cuor leggero o, peggio ancora, “per vanità” egli accettò il prestigioso incarico nella Facoltà romana⁷⁵. È un uomo anziano, ormai, quello che, salendo in cattedra, volge lo sguardo, pensoso e affascinato, all’“enigma penale”⁷⁶. Carico di anni e di esperienza⁷⁷, egli si accinge

Pater noster e al secondo volume delle *Meditazioni*. Che, quando mi sono immerso in questo meditare, si stesse compiendo in me qualche cosa, la quale non meno della lunga preparazione civilistica era necessaria a una ripresa nella scienza del diritto penale, io non ho neppure lontanamente sospettato”.

⁷² “Perché il mio amore per il diritto penale sia dovuto, oltre quarant'anni, rimanere segreto a me stesso e in questo tempo, prima della meta, io dovessi tanto peregrinare [...] è un disegno contemplando il quale non ho che da esclamare: sia fatta la Sua volontà”. *Ivi*, p. II.

⁷³ “Grande retore Carnelutti era stato anche come avvocato e, soprattutto come avvocato penalista: ‘Francesco D'Assise’ gli piaceva dire di sé – afferma F. Galgano, *Ritratti con il segno e con la parola*, cit., p. 140, ripercorrendone le tappe principali del suo magistero forense: “Era asceso alla ribalta delle cronache giudiziarie come avvocato nella misteriosa vicenda di Bruneri e Cannella, che aveva appassionato l'opinione pubblica del tempo. Aveva raggiunto la popolarità di grande penalista con la difesa in celebri processi per delitti passionali. Portò nel foro un capitolo di storia nazionale quando, nel 1950, difese il generale Graziani dall'imputazione di alto tradimento. Concluse la sua carriera forense in un processo dagli aspetti farseschi, come quello intentato contro i monaci di Albano Laziale, imputati di contrabbando di sigarette”.

⁷⁴ F. Carnelutti, “La lotta del diritto contro il male. Prolusione al corso di procedura penale tenuta nella Università di Roma il 28 febbraio 1946”, in *Il foro italiano*, LXIX (1944-1946), parte IV, col. 1.

⁷⁵ “L'insegnamento a Roma, se ripenso al cammino percorso [...] è certo una meta – spiegava Carnelutti, ormai anziano – ma verso un'altra irraggiungibile meta tendono ormai la mia mente e il mio cuore”. *Ibidem*.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ “La sua vecchiaia – sottolinea l'allievo G. De Luca, *Francesco Carnelutti, il diritto e il processo penale*, in *Francesco Carnelutti a trent'anni dalla scomparsa*, cit., p. 45 – fu come un solenne tramonto di sole. Negli ultimi anni egli rassomigliava a una quercia: un tronco che alle grandi

così ad affrontare lo "scandalo della pena"⁷⁸. A scavare, direbbe Ricoeur, nei meandri della sofferenza inflitta dalle istituzioni giudiziarie, per fissare quel "sole nero [che brilla] sul terreno frantumato dalla questione: perché punire?"⁷⁹. Con due obiettivi fondamentali: per un verso, vagliare le incognite e i dilemmi racchiusi in una nozione, quella di pena, straordinariamente intrisa di risvolti problematici⁸⁰; per l'altro verso, additare, nel quadro di una cornice epistemologica che assume come imprescindibile parametro la *quaestio de homine*, le ambivalenze e le contraddizioni generate dal cortocircuito tra l'assenza di una adeguata fondazione filosofica – il caustico Cordero avrebbe aggiunto "mistagogica"⁸¹ – della pena e l'esercizio dell'attività giurisdizionale.

Nel fare ciò, Carnelutti sembra sospinto da due "forze", solo apparentemente inconciliabili: scetticismo e speranza. La toga gli aveva fatto sperimentare il disincanto, la fede l'attesa operosa. Entrambe queste dimensioni si riverberavano nel suo insegnamento, nutrendo la convinzione che "non dall'adorazione de' nuovi codici soltanto ma del diritto medesimo i giovani debbano essere disincantati"⁸². Il giurista in formazione doveva quindi imparare che, nel campo penalistico, le risorse dell'ordinamento giuridico non sono mai sufficienti. In questo ambito, insisteva Carnelutti, è richiesto un *supplément d'âme* poiché è implicato l'uomo nella sua interezza. Qui la dialettica tra diritto e libertà assume i contorni del dramma⁸³. Diventa, in un certo senso, paradossale: "per accrescere l'umanità il diritto non può che disumanarlo. Il recluso, uomo ridotto a cosa, è il paradigma della sua tragica

stagioni costantemente si rigenerava, rinnovava i suoi germogli e inestricabilmente allacciava le antiche alle nuove fronde".

⁷⁸ P. Ricoeur, *Il diritto di punire*, trad. di L. Alici, Morcelliana, Brescia, 2012, p. 60.

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ Su questo punto, e probabilmente solo su questo punto, si registra una convergenza tra la convinzione maturata da Carnelutti secondo cui "la teoria della pena è stata finora la cenerentola della scienza del diritto" (cfr. F. Carnelutti, "La lotta del diritto contro il male. Prolusione al corso di procedura penale tenuta nella Università di Roma il 28 febbraio 1946", cit., col. 4) e la nota tesi hegeliana secondo cui secondo cui "la teoria della pena è una delle materie che nella scienza positiva del diritto dei tempi moderni ne sono uscite più malconce". Cfr. G.W.F. Hegel, *Lineamenti di filosofia del diritto. Diritto naturale e scienza dello stato in compendio*, a cura di G. Marini, con le Aggiunte di E. Gans, Laterza, Roma-Bari, 1999, p. 88.

⁸¹ F. Cordero, *Riti e sapienza del diritto*, Laterza, Bari, 1981, p. 52 definisce Carnelutti e Satta, a causa dei rispettivi percorsi di fede, "due mistagoghi". E chiama – probabilmente ancora peccato dopo la recensione al suo volume "*Le situazioni soggettive nel processo penale*, Giappichelli, Torino, 1957" in cui Carnelutti avanzò riserve sul metodo con cui era stata condotta l'indagine (nella sua analisi, "il Cordero [...] rifugge dal *fine* come il diavolo dall'acqua santa". Cfr. F. Carnelutti, "Indice bibliografico", in *Rivista di diritto processuale*, (1957), p. 228) – il friulano "sciamano *sui generis*, diventato tale da vecchio, e solo in alcuni momenti, dopo assai notevoli exploits raziocinanti".

⁸² F. Carnelutti, "Prefazione", in Id., *Lezioni di diritto penale. Il reato*, cit., p. III.

⁸³ Che il tema vada posto in questi termini è attestato anche in F. Carnelutti, *Il problema della pena*, Tumminelli, Roma, 1945², seconda edizione, p. 5: "Il problema della pena non può non essere il problema della libertà". Peraltro, tutta la parte II del volume è dedicata a esplorare il rapporto tra "pena e libertà". Cfr. *Ivi*. pp. 25-54.

impotenza”⁸⁴. Dunque, invece che idolatrarlo, bisogna abituarsi a guardarlo come una “stampella”⁸⁵. Una “protesi ortopedica” di cui un giorno “infinitamente lontano”⁸⁶ l’uomo, finalmente risanato, potrà fare a meno, ma che fino ad allora dovrà saper costruire e usare⁸⁷.

Questo paragone medico consente di puntualizzare un ulteriore aspetto del Carnelutti penalista, utile se non a sciogliere l’*enigma penale*, quanto meno ad impostare correttamente le questioni che esso pone. Nel diritto penale, come nella medicina, troviamo una relazione tra due poli: reato e pena vivono lo stesso rapporto che sussiste tra malattia e farmaco. Come quindi “la scienza medica fondamentale si distingue in patologia e farmacologia, così a formare la scienza del diritto penale dovrebbero concorrere in egual misura lo studio del reato e lo studio della pena”⁸⁸. Dovrebbero, protesta Carnelutti. Invero il dislivello tra questi due piani d’analisi, tutto in favore del primo e a scapito del secondo, è sconcertante. Si è ancora lontani dal “riconoscere alla pena un valore pari a quello del reato come oggetto di scienza e di legislazione”⁸⁹. E questa lontananza non è che una “lontananza dalla civiltà”⁹⁰. Eppure, ritornando al paragone con il farmaco, il concetto di pena presenta profili di maggiore complessità, specialmente instaurando il confronto sul versante della diagnosi. Se quest’ultima è in linea teorica identica per la malattia e per il reato, in concreto il quadro differisce, poiché si aggiunge un dettaglio di non poco conto: “quando per salvare la società, un uomo si tratta di ucciderlo anziché di propinargli un contravveleno, ha da essere una diagnosi ufficiale”⁹¹. È necessario un giudizio formale. La pena, in altri termini, non è pensabile al di fuori del processo. Anzi, per Carnelutti, essa si risolve nel processo. Fra loro, dunque, corre un nesso biunivoco: “non solo nel senso che la pena è processo ma altresì che il processo è pena”⁹². La sofferenza dell’uomo,

⁸⁴ F. Carnelutti, “Prefazione”, in Id., *Lezioni di diritto penale. Il reato*, cit., p. III.

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ *Ivi*, p. IV.

⁸⁷ Fino a “quel giorno [...] della stampella gli uomini, o almeno una gran parte di essi, avranno ancora bisogno; e il primo compito del giurista, allora, è quello non tanto di studiare come s’adopera quanto come si costruisce, affinché sia meno imperfetto, codesto apparecchio d’ortopedia”. *Ibidem*.

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ *Ivi*, p. V.

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² *Ibidem*. Tesi, questa, ribadita e, più accuratamente precisata, in F. Carnelutti, *Lezioni sul processo penale*, I, Edizioni dell’Ateneo, Roma, 1946, pp. 47 e ss., nonché in Id., “Pena e processo”, in *Rivista di diritto processuale*, VII (1952), n. 1, pp. 161-168. Per Carnelutti, la sussistenza di un rapporto biunivoco tra pena e processo implica l’assegnazione dell’istituto della pena al diritto processuale. Nella Prolusione romana del 1946, Carnelutti, a questo proposito, dirà: “La teoria della pena da ultimo capitolo del diritto penale materiale deve diventare il primo del diritto penale processuale. È probabile che il diritto penale non si accorga nemmeno della perdita; i grandi trattati di diritto penale non vedranno diminuita la loro mole maestosa eliminando le poche pagine affrettate, che ciascuno di essi usa dedicare a quel trascurabile argomento, che è la pena. Può darsi, tuttavia, che, coltivato da mani più amorose, il terreno finora sterile sia destinato a diventare un giardino”. Cfr. F. Carnelutti,

d'altronde, non principia dalla condanna ma dagli atti preliminari. Anzi, dal "primo sospetto che colpisce l'imputato"⁹³. Né essa termina con la pronuncia della sentenza, protraendosi invece "fino all'ultimo istante della espiazione"⁹⁴.

Con queste premesse Carnelutti affronta l'enigma della pena. E lo fa tenendo in asse il problema del male con quello la libertà. Essendo entrambi radicati nella condizione umana, la riflessione sulla pena non può per lui che partire da una riflessione sull'uomo. È difficile, da questo punto di vista, che un penalista non condivida l'antropologia hobbesiana e l'"amara definizione"⁹⁵ di *homo homini lupus*. Difficile per il giurista non osservare gli uomini, mossi dalle passioni, sbranarsi vicendevolmente e farsi guerra. E, di riflesso, non concepire il diritto come argine o, meglio, come strumento di lotta contro il male⁹⁶. Cionondimeno, l'uomo non è sempre e solo *lupus*. Talvolta è anche *civis*⁹⁷. E soprattutto la sua libertà non è sempre e solo un vettore orientato negativamente. Talvolta è anche potenza liberatrice. Questa visione dell'uomo⁹⁸, come crocevia di forze contrastanti, contribuisce a indirizzare su un binario diverso l'opposizione del diritto al male. La domanda sull'uomo, in altri termini, conferisce senso a quella sulla pena. Ne illumina sia il profilo metafisico, "*perché si punisce*", sia quello empirico, "*come si punisce*"⁹⁹.

5. "Andare verso i rei, non fuggirli"

Attraverso la pena, il diritto organizza e conduce la lotta contro il male. E lo fa per mezzo dell'afflizione, generando sofferenza. Non a caso il diritto penale si configura come "il diritto del dolore"¹⁰⁰. Poiché, in buona sostanza, ne opera la duplicazione: al dolore del delitto unisce quello del castigo. *Malum passionis propter malum actionis*, secondo la formula di Grozio. Null'altro, dunque, che il

"La lotta del diritto contro il male. Prolusione al corso di procedura penale tenuta nella Università di Roma il 28 febbraio 1946", cit., col. 4.

⁹³ F. Carnelutti, "La lotta del diritto contro il male. Prolusione al corso di procedura penale tenuta nella Università di Roma il 28 febbraio 1946", cit., col. 4.

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ *Ivi*, col. 2.

⁹⁶ "Il diritto penale tende a impedire agli uomini di farsi del male; il diritto civile a permettere che si facciano del bene". *Ivi*, col. 3.

⁹⁷ *Ibidem*.

⁹⁸ G. De Luca, *Francesco Carnelutti, il diritto e il processo penale*, cit., p. 42 osserva che Carnelutti "ebbe in fondo una visione romanticamente esasperata dell'uomo [...], una concezione baudeleriana: ci sono in ogni uomo e in ogni attimo della sua esistenza due postulazioni simultanee: una postulazione divina, che è gioia di salire; una postulazione demoniaca, che è gioia di discendere. Egli vide l'uomo come una tensione che si esplica tra due forze opposte, anzi tra due forze centrifughe di cui una porta verso l'alto e l'altra verso il basso".

⁹⁹ F. Carnelutti, "La lotta del diritto contro il male. Prolusione al corso di procedura penale tenuta nella Università di Roma il 28 febbraio 1946", cit., col. 4.

¹⁰⁰ *Ivi*, col. 3.

principio di retribuzione e la sua eterna logica: ripagare il male col male. “A pensarci – insinua Carnelutti – sembra un assurdo. Se male è *non essere*, come a una deficienza si può rimediare con un’altra deficienza?”¹⁰¹. Si tratta, a meno che non si faccia leva hegelianamente sulla potenza del negativo, di uno dei più “sorprendenti abbagli del pensiero”¹⁰². L’istanza retributiva, infatti, si illude di comparare grandezze disomogenee¹⁰³: la colpevolezza e la pena, il crimine e il castigo, il debito e il dolore. E, conseguentemente, si propone di eguagliare, nel prisma del dispositivo della pena, due mali: quello commesso dal reo e quello inflitto dall’istituzione giudiziaria. Con un raddoppio di sofferenza presume così di compensare il danno prodotto dall’azione delittuosa. Presunzione, questa, tutt’altro che incontrovertibile. Desta infatti stupore, per Carnelutti, il fatto che non si avverta “quanto sia ridicolo definire retribuzione quella che a un omicidio o a un ladrocinio fa corrispondere un numero determinato di anni, di mesi, di giorni di reclusione”¹⁰⁴. Sorprende che molti studiosi, anche seri, non si avvedano di quanto sia “empia oltre che grottesca”¹⁰⁵ la funzione retributiva della pena¹⁰⁶.

Nemmeno la teoria della prevenzione, però, aiuta a decifrare completamente l’enigma penale. Al più ne chiarisce alcuni aspetti ma non lo risolve. L’idea che la pena assurga a “controspinta alla spinta criminosa”¹⁰⁷, che sia finalizzata a distogliere il reo dalla reiterazione della condotta delittuosa o che funga da monito

¹⁰¹ *Ivi*, col. 5. E aggiungerà, ritornando sull’argomento, in altra sede: “basta rivolgersi a un ragioniere per capire quanto sia assurda codesta pretesa”. Cfr. F. Carnelutti, “Il processo penale visto allo specchio”, in *Rivista di diritto processuale*, VII (1952), n. 1, p. 67.

¹⁰² F. Carnelutti, “La lotta del diritto contro il male. Prolusione al corso di procedura penale tenuta nella Università di Roma il 28 febbraio 1946”, cit., col. 5.

¹⁰³ “*Malum passionis*, dice, però, la celebre definizione; non *malum* solamente: un male *subito* per un male *cagionato*. Una *privazione*, si direbbe, in linguaggio scolastico, per una *negazione*. Il delitto è un *non essere dell’uomo rispetto alle cose*; la pena un *non essere delle cose rispetto a lui*; al non essere di lui risponde il non essere delle cose”. *Ibidem*.

¹⁰⁴ F. Carnelutti, “Il processo penale visto allo specchio”, cit., p. 66.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶ La critica di Carnelutti alla concezione retributiva presentava punti di contatto con le riflessioni che, in quegli stessi anni, andava svolgendo Giorgio Del Vecchio, il quale, muovendo da un’attenta meditazione sulle radici del male nel mondo, avvertiva l’urgenza di un capovolgimento del *malum passionis propter malum actionis* nel *bonum actionis propter malum actionis*: “Ricambiare il male col male nella stessa misura, è la maniera più ovvia, ma non la più vera per ristabilire il turbato equilibrio: il male si ripara veramente solo col bene. Perciò [...] al *malum actionis* costituito dal delitto, devesi opporre come esigenza della giustizia non tanto un *malum passionis*, secondo l’antica formula, quanto un *bonum actionis*, ossia un’attività in senso contrario dell’autore del delitto medesimo, la quale ne annulli o riduca gli effetti, fino a che ciò sia possibile”. Cfr. G. Del Vecchio, “Sul fondamento della giustizia penale e sulla riparazione del torto”, in *Archivio Penale*, I (1945), nn. 3-4; poi in Appendice a *La Giustizia*, Studium, Roma, 1951, ora in Id., *Studi sul diritto*, I, Giuffrè, Milano, 1958, pp. 328-329.

¹⁰⁷ È la nota tesi di Gian Domenico Romagnosi secondo cui la finalità della pena non è quella di “affliggere un essere sensibile; non di soddisfare un sentimento di vendetta; non il rivocare dall’ordine delle cose un delitto già commesso, ed espiarlo, bensì di incutere timore ad ogni facinoroso onde in futuro non offenda la Società”. Cfr. G.D. Romagnosi, *Genesi del diritto penale*, Guasti, Prato, 1837, pp. 117-118.

alla collettività conduce soltanto a "una mezza vittoria"¹⁰⁸ contro il male. Con la privazione della libertà o la minaccia sanzionatoria – espressioni della prospettiva special-preventiva e general-preventiva – "il delitto può essere escluso dalla possibilità non dalla esistenza"¹⁰⁹. Il *punitur ne peccetur*, in altre parole, agisce sul futuro ma non sul passato. Con la reclusione, entro certi limiti, si può infatti determinare l'impossibilità materiale di delinquere. Ma non cancellare l'evento già accaduto. Su uno dei due settori della realtà, che si partisce in possibilità ed esistenza – conclude Carnelutti – la battaglia è perduta"¹¹⁰.

Il problema che si pone, quindi, è come, a dispetto dell'irreversibilità del tempo e della ossificazione dei fatti, il reato possa essere espulso dalla realtà. Non solo eliminandone le scorie dal presente, "*in der Gegenwart*", come voleva von Hippel¹¹¹, ma espungendolo completamente anche dal passato e dal futuro.

La soluzione proposta da Carnelutti mira a recuperare l'intuizione platonica della pena come "medicina dell'anima"¹¹², valorizzando l'idea di *poena medicinalis*¹¹³. Se essa, dunque, è medicina, si tratta di comprendere come tale farmaco retroagisca, come possa cioè scalfire le barriere poste dal *factum infectum fieri nequit*. Questa massima, peraltro, non vuol dire che "posto un omicidio, il morto, poiché morto, non può tornare vivo. Se il reato fosse l'uomo che muore, non ci sarebbe nulla da fare". Nessuna pena potrebbe essere d'aiuto. Per Carnelutti, invece, "l'uomo che muore è il danno; il delitto è l'uomo che uccide". Il primo è un fatto del corpo, il secondo dello spirito.

Questa distinzione aiuta a capire come l'unica via percorribile per risolvere l'enigma sia riaffermare il carattere penitenziale della pena. "La pena deve essere penitenza"¹¹⁴ e intarsiare l'animo umano. E, penitenza, beninteso, è qualcosa di più pregnante che pentimento e più ampio che emenda. "*Me poenitet* significa veramente *io mi punisco*"¹¹⁵. Indica un processo di trasformazione radicale del reo che, rientrando in sé, giudicandosi e avendo in orrore il male commesso, lo cancella dal suo animo con le lacrime. E così, mutando vita, si libera. La sua libertà interiore, acquisita mediante il lavacro del pentimento, si fa liberazione. Una liberazione che scardina le barriere del tempo, che ha la forza di proiettarsi anche nel passato,

¹⁰⁸ F. Carnelutti, "La lotta del diritto contro il male. Prolusione al corso di procedura penale tenuta nella Università di Roma il 28 febbraio 1946", cit., col. 6.

¹⁰⁹ *Ivi*, col. 5.

¹¹⁰ *Ivi*, col. 6.

¹¹¹ *Ibidem*.

¹¹² Platone, *Gorgia*, 478d.

¹¹³ F. Carnelutti, "La lotta del diritto contro il male. Prolusione al corso di procedura penale tenuta nella Università di Roma il 28 febbraio 1946", cit., col. 7.

¹¹⁴ *Ivi*, col. 9. Sul punto cfr. anche F. Carnelutti, *Lezioni sul processo penale*, I, cit., pp. 5-21; *Id.*, *Il problema della pena*, cit., *passim*.

¹¹⁵ *Ivi*, col. 8.

rimuovendo ogni traccia di male dalla storia¹¹⁶. La pena, concepita come gesto di carità che neutralizza l'odio¹¹⁷, cessa così ogni sua funzione: nell'uomo ferito dalla colpa è entrato ormai "il verbo luminoso della redenzione"¹¹⁸.

Ecco svelato l'*enigma penale*: l'unico antidoto contro il male è, in fin dei conti, l'amore. "E questa medicina miracolosa – assicura Carnelutti – non è di quelle che gli uomini debbano cercare con la fatica o pagare a peso d'oro; non occorre, per trovarla, che voler bene"¹¹⁹. E voler bene significa per il penalista "andar verso i rei [...] non fuggirli, [...] Non guardarli dall'alto; ma scendere da cavallo per adeguarsi a loro, come Francesco. Non mascherare la faccia, per timore del contagio; ma baciarli sul volto, come Francesco"¹²⁰.

Carnelutti sa bene che questo epilogo susciterà riserve, accuse di eclettismo, di deliri mistici. Qualcuno, leggendo queste tesi, potrà finanche dubitare che egli sia "uno scienziato vero"¹²¹. Il vecchio giurista ha messo in conto questa eventualità. Le invettive degli "addottrinati", come li chiamava Capograssi, non lo turbano affatto. Per nulla al mondo baratterebbe la pace, donatagli dalla fede e dalla dedizione al *Beruf*, con la scienza. Quella pace, come ricordava il Poeta, "che il mondo irride, ma che rapir non può".

¹¹⁶ G. De Luca, *Francesco Carnelutti, il diritto e il processo penale*, cit., p. 42, ricorda come Carnelutti abbia maturato questa convinzione leggendo il *De profundis* di Oscar Wilde e mettendo a frutto l'insegnamento secondo cui "pentirsi di un atto equivale a cancellare il passato".

¹¹⁷ "Se l'odio è la ragione del degradare dell'angelo verso la bestia, che può essere la ragione del risalire della bestia verso l'angelo se non l'amore? E se la pena è il contrario del reato, essendo il reato quel degradare, non sarà la pena quel risalire?". *Ivi*, col. 14.

¹¹⁸ F. Carnelutti, *Lezioni sul processo penale*, I, cit., p. 14.

¹¹⁹ F. Carnelutti, "La lotta del diritto contro il male. Prolusione al corso di procedura penale tenuta nella Università di Roma il 28 febbraio 1946", cit., col. 15.

¹²⁰ *Ibidem*. Sui risvolti giuridici ed esistenziali connessi alla contemplazione del volto nel pensiero di Carnelutti, si rimanda alle profonde riflessioni di A. Incampo, *Meditazioni carneluttiane*, in G. Tracuzzi (a cura di), *Per Francesco Carnelutti a cinquant'anni dalla scomparsa*, cit., pp. 91-102.

¹²¹ "Certo queste cose nei libri di scienza, ch'io sappia, non si trovano scritte. E non è del tutto improbabile che, per averle ora ascoltate, più d'uno si domandi se io sia uno scienziato vero. Né di tale dubbio sarei per offendermi, perché io stesso ne dubito sempre più; sempre più, infatti, sento dissolversi nel non sapere il mio saper. Ma questo anziché turbarmi mi consola". *Ibidem*.