

Il tortuoso itinerario di Francesco Carnelutti dal giuspositivismo al giusnaturalismo

Danilo Castellano

Università degli Studi di Udine

Abstract: The Tortuous Itinerary of Francesco Carnelutti from Legal Positivism to Natural Law

The essay attempts to reconstruct the tortuous and uncertain itinerary of Francesco Carnelutti from legal positivism to natural law. Carnelutti has constantly sought the foundation of law, the Archimedean point, not conventional, of the legal system. Despite the noble commitment profuse, he absolutely failed in its intent. However, he placed to the jurists questions that they can neither evade nor circumvent. His need of the soul made him continually swing between Scilla (the positive law, considered valid because it is in force) and Charybdis (the right considered as justice, overcome, in turn, in love). The juridical questions posed by Carnelutti challenge intelligence of the common man, of the legislator and the jurist, as well as of the operator of the right. They are, therefore, questions that require answers that make it possible to grasp the legality itself and the legitimacy of the normative imperative.

Keywords: Legal Positivism, Genesis of Law, Foundation of Law, Natural Law.

Sommario: 1. Premessa – 2. La testimonianza – 3. Il primo aneddoto – 4. Il secondo aneddoto – 5. Nascita del diritto? – 6. Il diritto è prodotto? – 7. Il diritto come “rimedio” – 8. Stato come ordinamento? – 9. Evoluzione e svolte – 10. Una crisi provvidenziale – 11. Due interrogativi – 12. Breve conclusione.

1. Premessa

Francesco Carnelutti è stato una personalità forte, una figura di studioso complessa, un avvocato di grande successo, un ricercatore problematico. Da una parte subì le ipoteche delle dottrine giuridiche moderne (intendendo la *modernità* in senso assiologico); dall'altra la sua intelligenza rimase costantemente tesa alla ricerca del fondamento del diritto anche quando ne affermava la sua statualità¹. Ebbe sempre

¹ Anche Francesco Olgiati registra che egli a prima vista “può sembrare [...] uno dei molti difensori della statualità del diritto” (*Il concetto di giuridicità nella scienza moderna del diritto*, Vita e Pensiero, Milano, 1943, p. 432). Carnelutti, infatti, soprattutto in alcuni momenti della sua attività

la consapevolezza – lo dichiarò nella *Prefazione* alla seconda edizione della sua *Teoria generale del diritto*² – che “il più grave dei problemi [...] quello delle fondazioni”³, il quale “è stato per me – scrisse – e continua ad essere [...] il tormento maggiore”⁴. Cercò, quindi, di andare oltre le teorie giuridiche normativistiche, che considerò un errore⁵; teorie egemoni nel tempo della sua formazione e della sua attività. Cercò di superare anche le teorie istituzionalistiche, alle quali non diede, in verità, né credito né ascolto.

Al fine di comprendere il significato di questa affermazione è opportuno, in via preliminare, riflettere su una testimonianza e su due aneddoti.

2. La testimonianza

Iniziamo con la testimonianza. La figlia di Francesco Carnelutti ha ripetutamente ricordato che suo padre era fiero di essere friulano; anzi, per essere più precisi, la signora Magda Carnelutti scrisse a Elio Fazzalari che “il più grande orgoglio di mio padre è stato di essere friulano”⁶. La cosa rileva non tanto come fatto in sé, quanto per quello che essa sottintende. Che una persona sia legata ed affascinata dalla sua terra, infatti, è un fatto di per sé giuridicamente irrilevante. Può, invece, diventare significativo se l’ambiente in cui nacque, visse, si formò, ebbe un ruolo, sia pure inteso in senso largo, nella formazione della sua *forma mentis* e della sua personalità. Il penalista Luciano Pettoello Mantovani – anche lui friulano – rilevava, nel corso di una polemica con alcuni suoi colleghi ordinari di Diritto penale (in particolare con Alessandro Calvi), che la civiltà friulana, a differenza di altre, favorisce la comprensione del diritto, perché la sua stessa cultura popolare era impregnata della tradizione romana: Aquileia ebbe, a questo proposito, un ruolo importante quanto, successivamente, la Chiesa. Non solo. Persino popolazioni che vengono definite “barbariche” influirono significativamente sulla cultura giuridica friulana. Basterebbe pensare, per esempio, al ruolo avuto, a questo proposito, dai Longobardi i quali innovarono molti istituti giuridici, in particolare nel settore del

di studioso, escluse la possibilità di riconoscere a quello naturale la definizione di diritto. Lo sostenne con particolare decisione nel corso di una discussione con padre Messineo de *La Civiltà Cattolica* (cfr. F. Carnelutti, “Diritto naturale?”, in *Nuova antologia*, 406 (1939), n. 4, pp. 144-150). Olgiati, però, osserva – la cosa va tenuta presente – che Carnelutti propugna la statualità del diritto con la consapevolezza che lo Stato non è l’assoluto (*op. cit.*, p. 455): le norme giuridiche, infatti, debbono ispirarsi alla giustizia, non alla volontà insindacabile del sovrano. Il “diritto – scrive lapidariamente a questo proposito Carnelutti – non può stare senza lo Stato, ma non è punto lo Stato” (*Teoria generale del diritto*, Foro Italiano, Roma, 1951³, p. 24).

² Cfr. F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, Foro Italiano, Roma, 1946², p. 7. La prima edizione è del 1940 e fu dall’autore ritirata.

³ *Ibidem*.

⁴ *Ibidem*.

⁵ *Ivi*, p. 28.

⁶ Cfr. E. Fazzalari, V. Denti, G. De Luca, *Francesco Carnelutti a trent’anni dalla scomparsa*, Forum, Udine, 1996, p. 7.

Diritto agrario. L'osservazione di Luciano Pettoello Mantovani, pertanto, non era dettata da sentimenti personali. Rispondeva a rilievi che possono essere fatti su basi oggettive da chi conosce la storia, in particolare quella giuridica, del Friuli, le consuetudini di una terra che nei tempi recenti ha subito una radicale trasformazione a causa, dapprima, dell'imposizione del diritto "francese" e, successivamente, a causa dell'evoluzione giuridica imposta dalla globalizzazione che presenta un doppio volto: quello anglosassone (specialmente nordamericano) e quello del primato dell'economia sul diritto imposto dai poteri che dominano attualmente anche gli Stati. La tesi del Pettoello Mantovani come l'orgoglio del Carnelutti – la cosa va annotata per evitare equivoci – non sono, dunque, un convincimento "razzista" (la razza non esiste, sebbene sia richiamata dall'art. 3 della Costituzione repubblicana) ma un fatto "culturale", sottolineato anche dal Coccopalmerio⁷.

L'orgoglio di Francesco Carnelutti per essere nato (e rimasto sostanzialmente sempre) friulano trovava, dunque, le sue ragioni nelle radici culturali di una regione "aperta" naturalmente al diritto. Tanto che, a nostro avviso, anche le "incertezze" carneluttiane derivano da ciò: le teorie giuspositivistiche mai riuscirono a soddisfare le esigenze del suo spirito anche se egli le usò non solamente nei processi ma spesso anche nella riflessione teorica sulla scienza giuridica. Ha ragione, a questo proposito, Elio Fazzalari quando afferma che l'"inquietudine di Carnelutti è una inquietudine filosofica"⁸. Il Fazzalari sembra "leggerla", però, come problema personale, irrilevante per il diritto. Essa, invece, è questione teoretica come rilevò per esempio l'Olgiati che vide in Carnelutti il "tipo perfetto del giurista italiano che ha voluto tendere all'*adaequatio intellectus et rei*"⁹. L'inquietudine del Carnelutti, pertanto, è un tormento proprio di tutti quei giuristi che avvertono l'esigenza di ancorare il diritto e che, non riuscendo nell'intento, finiscono per farlo erroneamente e semplicisticamente dipendere dalla volontà dello Stato, condividendo così la concezione "imperativistica" del diritto medesimo¹⁰. Lo fece, in parte, anche Carnelutti sebbene riconoscesse che il diritto postula aperture oltre la scienza del sistema positivo: "non vi è – scrisse, infatti, – concetto giuridico, il quale non supponga uno o più concetti non giuridici alla sua base"¹¹; oppure

⁷ Cfr. D. Coccopalmerio, *Francesco Carnelutti. Il "realismo giuridico italiano"*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1989, p. 35.

⁸ Cfr. E. Fazzalari, V. Denti, G. De Luca, *op. cit.*, p. 25.

⁹ Cfr. F. Olgiati, *op. cit.*, p. 446.

¹⁰ Secondo Elio Fazzalari, Carnelutti "resta fermo alla 'statualità' del diritto e professa una concezione 'imperativistica'" (E. Fazzalari, "Francesco Carnelutti teorico generale", in E. Fazzalari, V. Denti, G. De Luca, *op. cit.*, p. 25). Dello stesso avviso è anche Ludovico Mazzaroli, il quale ritiene che Francesco Carnelutti, parteggiasse per gli "imperativisti", i quali negli anni della formazione del Carnelutti si opponevano ai "normativisti" (cfr. L. Mazzaroli, voce "Francesco Carnelutti, giurista", in *Nuovo Liruti. Dizionario Bibliografico dei Friulani*, 3. *L'Età contemporanea*, vol. Abe-Cio, a cura di C. Scalon, C. Griggio, G. Bergamini, Forum, Udine, 2011, p. 754). Forse si sarebbe dovuta considerare a questo proposito la già richiamata "avvertenza" di Olgiati.

¹¹ F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, cit., p. 7.

registrasse la necessità dello studio del diritto positivo con criteri filosofici di cui esso ha bisogno, perché è qualcosa di spirituale e, perciò, ha bisogno di “respirare” filosofia¹². Ciò anche se egli sotto molti profili fu (e, in parte, rimase) un giuspositivista, sebbene il giuspositivismo gli stesse stretto, molto stretto. Lo stesso Carnelutti ammise esplicitamente di essere stato positivista. Egli, infatti, nel 1959 scrisse: “per uno che, come me, è partito da posizioni rigorosamente positivistiche ...”¹³.

3. Il primo aneddoto

Il professor don Vincenzo Liccaro che insegnò discipline filosofiche sia all'Università di Trieste sia all'Università di Udine, riferiva spesso che Francesco Carnelutti soleva, in occasione di importanti processi, far visita a un proprio fattore per consultarlo. Non certamente per quel che atteneva ai profili tecnici del processo e, ancor meno, per quel che atteneva alla normativa e alla scienza giuridica. La consultazione gli serviva per conoscere come il “senso comune” valutava le controversie o i casi penali. Tanto più se il “senso comune” veniva rilevato sulla base delle risposte offerte da chi non era un esperto di norme ma “viveva” la giuridicità nella vita quotidiana sulla base di una formazione generica, non specialistica. Non è dato sapere se il Carnelutti pensasse al suo fattore quando nel 1923, intervenendo in un dibattito su “I giuristi e la filosofia”¹⁴, scriveva: “Io conosco della gente che fa del diritto per temperamento e senza cultura come ne conosco dell'altra che ... non lo fa per difetto di temperamento malgrado la cultura”. Trentasei anni più tardi, nel 1959, Francesco Carnelutti confermava sia il suo convincimento sia il suo giudizio: i “semplici” – scrisse allora – raggiungono spesso intuitivamente la verità più di tutti i ragionamenti dei “sapianti”¹⁵. Potrà sembrare strano quanto fece e quanto afferma il Carnelutti. Il fatto, però, qui rileva, perché esso manifesta un'aurorale apertura alla ricerca del diritto naturale, al quale Carnelutti si avvicinò successivamente anche per l'influsso su di lui esercitato da Giuseppe Capograssi¹⁶. L'uomo non nasce adulto. Lo studioso, da parte sua,

¹² Cfr. *Ivi*, p. 19.

¹³ F. Carnelutti, “L'antinomia del diritto naturale”, in *Rivista di diritto processuale*, XIV (1959), p. 511.

¹⁴ Cfr. F. Carnelutti, “I giuristi e la filosofia”, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, III (1923), n. 2, p. 4.

¹⁵ Cfr. F. Carnelutti, “L'antinomia del diritto naturale”, cit., p. 514.

¹⁶ Francesco Carnelutti gli serberà gratitudine. Essa si fa palese in particolare nella commemorazione del Capograssi tenuta dal Carnelutti all'Università di Roma “La Sapienza”, pubblicata con il titolo *Interpretazione di Capograssi*, Sansoni, Firenze, 1956. Con Capograssi Francesco Carnelutti – la cosa va registrata per il suo rilievo per il tema qui considerato e perché la prassi è la fenomenologia della teoria – fondò nel 1948 l'Unione Giuristi Cattolici Italiani, la quale ebbe lo scopo dichiarato di contribuire alla costruzione di un ordine giuridico critico nei confronti di esperienze culturali,

matura, evolve, si arricchisce. Anche Carnelutti visse questo processo fra difficoltà, cadute e riprese.

4. Il secondo aneddoto

Il secondo aneddoto riguarda l'atteggiamento del giovane Carnelutti nei confronti della Chiesa. A Venezia egli era abituale frequentatore di un Caffè in piazza San Marco ove allora – erano gli ultimi anni dell'800 e i primissimi del 900 – si davano appuntamento i modernisti, forse anche gli anticlericali. Ci furono circostanze nelle quali anche il Carnelutti dimostrò riserve, talvolta opposizioni, nei confronti dell'allora Patriarca di Venezia, il cardinale Giuseppe Sarto (divenuto successivamente Papa con il nome di Pio X). Da ciò non è legittimamente inducibile una sua "avversione ideologica" alla Chiesa simile a quella manifestata dal Governo italiano del tempo, che impose a Giuseppe Sarto l'attesa di ben diciotto mesi per avere l'*exequaturs*, allora richiesto per potersi insediare come Vescovo ordinario. Sta di fatto che il giovane Carnelutti dimostrò allora opzioni che consentono di annotare la sua "laicità" che, benché non virulenta, era lontana da talune sue posizioni successive. Tanto che si parlò di una sua conversione¹⁷, la quale influì anche sulla sua concezione intorno alla natura e al fine del diritto. Di conversione del Carnelutti si parlerà in seguito anche in altre occasioni e con riferimento a temi strettamente giuridici. Guido Fassò, per esempio, definirà "clamorosa" la sua condivisione della dottrina giusnaturalistica: "rinnegando quanto aveva affermato nella *Metodologia del diritto* e in altri scritti – scrive polemicamente il Fassò – [...] accettò l'idea e il nome stesso del diritto naturale"¹⁸.

Ci è sembrato opportuno premettere queste note prima di entrare *in medias res*, perché sotto diversi aspetti la vita del Carnelutti è segnata da tormenti e da svolte. La sua concezione del diritto muta (almeno in parte e talvolta solo apparentemente) nel tempo. Persino l'uso che egli ne fa anche sul piano professionale cambia talvolta per quel che riguarda sia il metodo sia le finalità.

5. Nascita del diritto?

Nel 1960 uscì un volumetto del Carnelutti presso le ERI-Edizioni RAI Radiotelevisione Italiana che ha per titolo *Come nasce il diritto*. Trattasi della

quali il positivismo giuridico, il quale contribuì all'instaurazione dei regimi totalitari del XX secolo, essendone simultaneamente loro strumento.

¹⁷ Non solo se ne parlò. Essa è un dato di fatto (sia sul piano religioso sia su quello scientifico) che portò, fra l'altro, Francesco Carnelutti a commentare più volte – nel 1941, nel 1953 e nel 1961 – il "Padre nostro" (cfr. *Interpretazione del Padre nostro*, Marsilio, Venezia, 2001).

¹⁸ G. Fassò, *Storia della filosofia del diritto. III Ottocento e Novecento*, Laterza, Bari-Roma, 2001, p. 335.

raccolta dei testi di un ciclo di trasmissioni che il maturo Francesco Carnelutti tenne per la RAI. Diciamo che il Carnelutti era “maturo” perché nel 1960 Carnelutti aveva ottantuno anni. Aveva alle spalle approfonditi studi e lunghe esperienze. Aveva assistito alla nascita e al tramonto di diverse dottrine giuridiche e giusfilosofiche. Aveva percorso una lunga strada al termine della quale (che è pressappoco anche il termine della sua vita) si era convinto che i giuristi coltivano spesso illusioni, poiché la giustizia e il diritto non sono la medesima cosa: per Carnelutti, infatti, il diritto è il mezzo, la giustizia il fine. La giustizia – scrive, poi, Carnelutti – è *conformità all’ordine* dell’universo. Il diritto è giusto quando serve realmente a mettere ordine nella società¹⁹.

Le questioni toccate in questo interessante volumetto sono molte. Tutte di grande interesse. Alcune condivisibili, altre di difficile condivisione. Alcune classiche, altre moderne.

Andiamo comunque per gradi.

Iniziamo considerando la questione racchiusa nel titolo del volumetto *Come nasce il diritto*. Ci si può chiedere, infatti, se veramente il diritto “nasce”. Francesco Carnelutti sembra condividere la tesi secondo la quale il diritto sarebbe essenzialmente strumento per evitare la guerra interna alla società. Esso, pertanto, avrebbe la funzione di neutralizzare il conflitto, originato principalmente dagli interessi economici e dagli egoismi umani. A tal fine sono necessarie norme positive, poste dallo Stato. Dalle norme positive sarebbe ricavabile il diritto, sia “costruendo” la teoria dell’ordinamento sia rispettando le sue norme (o imponendone il rispetto). La giustizia – è la tesi positivista – starebbe pertanto nella comprensione teorica dell’ordinamento statale e nella sua “ricostruzione” generale. Non importa se adottando una simile metodologia per l’individuazione del diritto ci troveremmo di fronte a una pluralità di giustizie: tante quanti sono gli ordinamenti. Aporia, questa, già rilevata, per esempio, da Pascal²⁰, il quale confutò il positivismo giuridico richiamando l’attenzione sul nichilismo giuridico comportato da questa tesi: è quanto meno contraddittorio che al di là dei Pirenei – osservò, infatti, Pascal – sia reato ciò che in Francia è, invece, prescritto (e viceversa). Il giuspositivismo assoluto è una *contradictio in adiecto*. Dalle norme positive non “nasce” il diritto. Esse possono (*rectius* dovrebbero) parzialmente e contingentemente individuarlo oppure evidenziarlo, mai però costruirlo. La norma, intesa come legge positiva, è, infatti, una qualche partecipazione del diritto²¹, non

¹⁹ Cfr. F. Carnelutti, *Come nasce il diritto*, Eri, Torino, 1960, pp. 53-54. In precedenza il Carnelutti aveva affermato che “lo scopo del diritto consiste [...] nel ridurre all’etica la economia”, che – ad avviso del Carnelutti – è caratterizzata dal conflitto. La finalità del diritto, dunque, non sarebbe né rispettata né conseguita se l’ordine con esso instaurato fosse un ordine qualsiasi. La pace nella società può essere conseguita *solamente rispettando la morale*. Il che richiede – osserva Carnelutti – che il diritto operi come diritto naturale più che come solo diritto positivo (*Teoria generale del diritto*, cit., pp. 20-21).

²⁰ Cfr. B. Pascal, *Pensieri*, trad. it. di A. Bausola, R. Tapella, Rusconi, Milano, 1993, p. 141.

²¹ Cfr. T. d’Aquino, *S. Th.*, II-II, q. 57, a. 1, ad 2. Si veda anche l’agile libretto di M. Ayuso, *De la ley a la ley*, Marcial Pons, Madrid, 2001 (trad. it. *Dalla legge alla legge. Cinque lezioni su legalità*

il diritto, il quale è propriamente determinazione della giustizia²². Il richiamo al magistero aristotelico e tomistico non è ricorso al cosiddetto “principio di autorità” ma accoglimento di insegnamenti derivati dall’osservazione della realtà e dall’analisi dell’esperienza. Intendiamoci: anche Francesco Carnelutti “oscilla” a questo proposito, ammettendo *apertis verbis* – lo si è detto *supra* – che la giustizia non è determinata dall’ordinamento positivo, essendo essa *conformità all’ordine* dell’universo. Egli, tuttavia, sembra insistere sulla genesi positivista del diritto in coerente conformità alle dottrine politiche costruttivistiche. Francesco Carnelutti, infatti, non mette in dubbio le teorie politiche egemoni del suo tempo: lo Stato avrebbe un’origine contrattuale. Il contratto renderebbe legittimo l’esercizio del suo potere. Il contratto, richiedendo il consenso (volontaristico, anche se non necessariamente personale: i contratti “obbligano”, infatti, anche coloro che non li hanno sottoscritti ma che li hanno ereditati da coloro che li hanno sottoscritti), legittimerebbe, quindi, l’esercizio del potere, impropriamente definito “politico”, sulla base del solo consenso volontaristico. Le forme contrattuali sono diverse (Hobbes, Rousseau, etc.) ma le procedure per arrivarvi sono irrilevanti per quel che riguarda le obbligazioni che essi impongono. Carnelutti sembra condividere (almeno implicitamente) la dottrina politica hobbesiana²³, la quale, liberando *ab origine* il sovrano da ogni obbligazione contrattuale²⁴, è teoria particolarmente

e legittimità, Ripostes, Giffoni Valle Piana, 2018). Leone XIII nell’Enciclica “Libertas” (1888) definì la legge “ordinamento della ragione”. Non della ragione “calcolatrice”, ma della ragione “contemplativa”.

²² Cfr. Aristotele, *Politica*, I, 1253 a. Carnelutti rivela un orientamento “aristotelico” (benché, a nostro avviso, non pienamente consapevole) anche a proposito di altre questioni. Innanzitutto a proposito dello Stato: “Lo Stato – scrive, infatti, Carnelutti – è un risultato del diritto” (*Teoria generale del diritto*, cit., p. 25). Lo stesso orientamento può essere rilevato a proposito del problema dell’eguaglianza. Egli, infatti, non condivide, sul tema, la dottrina illuministica (accolta anche dalla Costituzione repubblicana), figlia della *modernità*. Scrive, infatti, il Carnelutti: “l’eguaglianza non è identità”. Essa “suppone non l’identità, ma l’alterità ossia due diversi” e perciò “non solo non esclude ma implica la differenza” (F. Carnelutti, “La morte del diritto”, in Aa.Vv., *La crisi del diritto*, Cedam, Padova, 1953, pp. 187-188). Carnelutti non arriva a dire esplicitamente – cosa osservata da Aristotele – che solamente l’eguaglianza fra uguali è affermazione dell’eguaglianza. L’eguaglianza fra diseguali è, invece, ineguaglianza, la quale in molti casi è contraria alla giustizia.

²³ Carnelutti sembra condividere non solamente la teoria propriamente politica di Hobbes. Egli sembra far propria, anche se in forma moderata, la tesi hobbesiana secondo la quale la legge e, più generalmente, il diritto sono limite alla libertà, talvolta sua negazione: “dov’è libertà non è diritto né dove è diritto è libertà” (cfr. F. Carnelutti, *Introduzione allo studio del diritto*, Società Editrice del “Foro Italiano”, Roma, 1943; ristampa della Scuola di specializzazione in diritto civile dell’Università di Camerino, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2016, p. 67). Lo nota, per esempio, anche il Coccopalmerio (cfr. *op. cit.*, p. 121). La libertà, ovviamente quella “negativa”, postula, infatti, la possibilità di fare ciò che piace. Carnelutti sostiene che ove c’è il diritto la libertà si trasforma in “potere di fare ciò che non piace”; affermazione che alcuni interpreti leggono come *dominium sui*, anziché come *dominium alterius* (cfr. D. Coccopalmerio, *op. cit.*, p. 122). Questa interpretazione appare assai benevola. Essa conserva una contraddizione: il potere, infatti, di fare ciò che non piace è necessariamente mera esecuzione imposta, direttamente o indirettamente.

²⁴ Personalmente non condividiamo, a questo proposito, l’interpretazione di Bobbio (cfr. N. Bobbio, *Thomas Hobbes*, Einaudi, Torino, 2004) e di diversi altri autori, i quali ritengono che il sovrano sia

idonea per assicurare la “pace sociale”: l’imposizione effettiva della volontà sovrana, essendo necessariamente unica (anche se cangiante nel tempo), impedisce sul nascere il sorgere del conflitto sociale.

6. Il diritto è prodotto?

Dunque, Carnelutti accoglie la teoria moderna della genesi dello Stato e con essa la teoria moderna delle fonti di produzione del diritto? Sotto certi aspetti sembrerebbe di sì. Sotto altri aspetti, invece, la risposta dovrebbe essere negativa. Carnelutti, infatti, sostiene che “fonte del diritto è la società”²⁵, che – a suo avviso – è anteriore allo Stato, inteso – questo – non necessariamente come Stato moderno. L’*aforisma ubi societas ibi ius* è dal Carnelutti interpretato come esigenza regolatrice e simultaneamente come strumento di consolidamento della convivenza. La tesi è condivisibile solamente in parte. La società, infatti, ha bisogno del diritto ma non ne è la fonte. Fonte del diritto è la giustizia esigita dai rapporti sociali ma non solamente da questi. L’*honeste vivere* di Ulpiano non ha rilievo solamente morale come sostennero anche giuristi insigni (si pensi, per esempio, ad Alberto Trabucchi²⁶). L’*honeste vivere* ha rilievo anche giuridico. Si potrebbe esemplificare richiamando l’art. 5 CC italiano, la punizione (in passato) dell’ubriachezza o dell’assunzione di sostanze stupefacenti esclusivamente per finalità di comodo. Il diritto, pertanto, non è caratterizzato dalla sola intersubiettività; regola anche molte scelte individuali circoscritte al soggetto.

Il diritto anche per Carnelutti, comunque, è un “prodotto”. Sarebbero le leggi, le leggi positive, che presiedono alla sua formazione²⁷; esso comincerebbe ad esistere con la *lex scripta*²⁸. L’ordinamento positivo, dunque, rappresenterebbe la sua incarnazione²⁹. Prima della sua “produzione” esso sarebbe inesistente. Esso, secondo queste teorie, nasce, come si è appena detto, in virtù della legge positiva e viene mantenuto in vita dalla legge positiva. È virtualmente cangiante (*lex posterior derogat priori*), ma sempre in grado di assolvere alla sua funzione: quella di neutralizzare il conflitto. Esso, dunque, sarebbe “un insieme di leggi che regolano la condotta degli uomini”³⁰, scrive Carnelutti, precisando, però, che la sua è una definizione empirica³¹. È vero che Francesco Carnelutti, poi, sostiene (anche nel libro *Come nasce il diritto*) che è un errore “credere che il diritto nasca dallo

parte contrattuale. L’atto di sottomissione al sovrano (allo Stato) è, infatti, senza condizioni. Altrimenti lo Stato non sarebbe sovrano, essendo sovrano secondo la definizione di Bodin solamente colui che dipende unicamente dal potere della propria spada.

²⁵ F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, cit., p. 48.

²⁶ Cfr. A. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, Cedam, Padova, 1975²¹, p. 11.

²⁷ Cfr. F. Carnelutti, “L’antinomia del diritto naturale”, cit., p. 524.

²⁸ Cfr. F. Carnelutti, “La missione del giurista”, in *Rivista di diritto processuale*, cit., p. 349.

²⁹ *Ivi*, p. 350.

³⁰ Cfr. F. Carnelutti, *Come nasce il diritto*, cit., p. 5.

³¹ *Ibidem*.

Stato”³², poiché – egli scrive – è come credere che dal corpo nasca la vita. Anzi, egli si spinge “oltre”, sostenendo che lo Stato è “il prodotto del diritto”, come si è ricordato anche *supra*. Concezione, questa, sostanzialmente aristotelica, fondata sul realismo classico³³, la quale impone – anche se Carnelutti non ne parla – di far tesoro dell’osservazione di Agostino d’Ippona secondo il quale la comunità politica – quella che Agostino chiama *regnum* – per non essere un’associazione a delinquere richiede di essere costituita e retta dalla giustizia³⁴.

7. Il diritto come “rimedio”

La concezione del diritto come “rimedio” del Carnelutti porta con sé una serie di questioni alle quali qui si possono riservare solamente alcuni cenni, *rectius* solamente elencarne la loro esistenza.

All’origine del diritto, secondo Francesco Carnelutti, sta il fatto “che l’uomo non è mai contento”³⁵. Non si accontenta del soddisfacimento dei bisogni naturali corporali. Per questo desidera anche quello di cui non ha affatto bisogno materialmente. Ciò, secondo Carnelutti, è causa di conflitti cui con il diritto si cerca di porre rimedio. Francesco Carnelutti ritiene che la divisa dell’economia sia la guerra, la quale è disordine per eccellenza. Gli uomini, però, – osserva Carnelutti – non possono vivere nel caos: hanno bisogno dell’ordine come dell’aria che respirano. Hanno bisogno, in altre parole, della pace la cui radice sta nel *pactum* ovvero nel *contratto*³⁶. Il *contratto* è atto giuridico che favorisce l’instaurazione dell’ordine. È, però, anche atto costitutivo del diritto in sé e per sé? Quale ordine, poi, instaura? L’ordine ontico o esclusivamente l’ordine pubblico? La risposta del Carnelutti, per quel che si è detto, dovrebbe comportare l’opzione a favore dell’ordine ontico, anche se a questo proposito rimangono diverse zone d’ombra. Carnelutti, infatti, afferma che il diritto è comando senza precisare la sua natura. Ritiene, inoltre, che la forza sia costitutiva della *naturalità* del diritto. Per questo la *sanzione* sarebbe connaturale al precetto legale che avrebbe la capacità di

³² *Ivi*, p. 44.

³³ *Ibidem*.

³⁴ Cfr. Agostino, *De civitate Dei*, IV, 4.

³⁵ F. Carnelutti, *Come nasce il diritto*, cit., p. 10.

³⁶ Carnelutti è dell’avviso che la sostanza del diritto stia nell’accordo (*Discorsi intorno al diritto*, III, Cedam, Padova, 1937, p. 199) e che esso – l’accordo – è condizione della sua durata. Il che segnerebbe, da una parte, la sua nascita volontaristica (anche se indispensabile) e, dall’altra, la sua precarietà: in caso di dissenso, l’accordo sarebbe salvato dalla forza, cioè dalla capacità dello Stato di imporre il rispetto del suo comando. Trattasi, a nostro avviso, di una descrizione fenomenologica incapace, in ultima analisi, di dare risposta a diverse domande: che cos’è il diritto?, perché debbo obbedire a un comando non condiviso?, perché debbo eseguire un ordine razionalmente “irricevibile”? Va osservato, poi, che il contratto salva la convivenza. Esso, però, non può essere letto – ci sembra – come naturale socialità degli esseri umani come ha proposto qualche autore (cfr. D. Coccopalmerio, *op. cit.*, p. 27).

trasformare un istituto economico in istituto giuridico e di farlo, perciò, diventare diritto. Esempio classico per Carnelutti è il diritto di proprietà³⁷.

Di fronte a simili tesi non si può non rimanere perplessi. Non solo perché ci sono condotte da regolare che esulano dall'economia, vanno cioè "oltre" l'economia, la quale non è necessariamente nemica né della morale né della moralità: si pensi, per esempio, alle obbligazioni naturali dei genitori verso i figli minori o incapaci, alle questioni biogiuridiche (disponibilità assoluta del proprio corpo, eutanasia, suicidio assistito, etc.), alle problematiche della giustizia legale (prelievo fiscale, servizio militare obbligatorio, etc.) e via dicendo. Le perplessità derivano innanzitutto dalla visione sostanzialmente "pessimistica" dell'uomo di Carnelutti, la quale porta a considerare il diritto unicamente come rimedio al male, come castigo dei malvagi, come controllo sociale. Sono tesi di origine luterana che hanno portato a considerare il diritto come sola tecnica di controllo sociale, fatte proprie da diversi autori contemporanei (per esempio, da Bentham, da Austin, soprattutto da Kelsen). Esse – come si è detto – rispondono in ultima analisi a una visione teoreticamente pessimistica dell'uomo e del diritto, propria dunque delle moderne teorie giuspubblicistiche cui si è accennato all'inizio di questo saggio. Le perplessità, inoltre, derivano dalla considerazione che le indicazioni carneluttiane portano a considerare il diritto come *iussum* (tesi positivistica diffusa, la quale mette quanto meno in ombra che il diritto è innanzitutto *iustum* e, perciò, legittimamente *iussum*). C'è, poi, da considerare che la *sanzione* accompagna il diritto, ma non è diritto: la *coercizione*, infatti, è strumento del diritto, non è diritto. Va considerata, inoltre, come insufficiente la convinzione che il contratto è logicamente legato alla guerra³⁸: ci sono contratti che nulla hanno a che fare con la guerra; anzi, essi sono legati all'amore: si pensi, per esempio, al contratto di matrimonio.

Sono, queste, alcune questioni legate alle tesi sostenute dal Carnelutti nel libro *Come nasce il diritto*, che è opera della sua maturità, come si è ricordato. Esse contrastano con precedenti affermazioni dello stesso Carnelutti.

8. Stato come ordinamento?

³⁷ Carnelutti è dell'avviso che il diritto, il diritto soggettivo, necessita della condivisione e della forza. A proposito del diritto di proprietà, per esempio, egli ritiene che esso abbia una genesi economica e che solo successivamente diventi vero e proprio diritto. Il singolo può difenderla ma la sua difesa – è un primo problema – è difesa di un diritto? Oppure è difesa, magari disperata, di un possesso di fatto? Carnelutti osserva che se il furto è punito, il dominio è riconosciuto pubblicamente, è protetto: la proprietà, in questo caso, "diventa un istituto giuridico, anzi diventa *un diritto*" (F. Carnelutti, *Come nasce il diritto*, cit., p. 24). La vigilanza dei Carabinieri, dunque, sarebbe essenziale per il diritto.

³⁸ *Ivi*, p. 29.

In altri lavori Carnelutti sostiene che lo Stato è il suo ordinamento giuridico³⁹. Tesi ardua e discutibile, diffusamente insegnata nelle Facoltà di Giurisprudenza soprattutto alla fine dell'800 e all'inizio del 900; tesi molto riduttiva sia che si consideri lo Stato moderno sia che si consideri la comunità politica classica. A questo proposito va osservato che l'ordinamento giuridico manifesta la volontà dello Stato, sia essa quella volontaristica dello Stato moderno sia essa quella razionale della comunità politica. Ne rivela, quindi, la sua esistenza. Lo Stato, però, resta necessariamente trascendente rispetto al suo ordinamento. L'ordinamento, poi, pone la questione della sua giuridicità, per la quale non basta la volontà dello Stato: l'effettività delle norme, infatti, non va scambiata con la loro validità. In altre parole, per rendere giuridico il comando legale non è sufficiente l'imposizione della volontà sovrana: la legge postula innanzitutto la sua razionalità, la quale è data dalla conformità alla giustizia che lo stesso Carnelutti considera – giustamente – tale solo se conforme all'ordine dell'universo, ovvero conforme all'ordine del creato che è un “dato” sul quale nessun sovrano ha potere e contro il quale nessun uomo può legittimamente andare. La tesi secondo la quale lo Stato è il suo ordinamento giuridico è di derivazione “tedesca”. Essa accoglie e diffonde un errore: l'identificazione di realtà ed effettività, la quale – ultima – è considerata sempre razionale⁴⁰. Contro le mode di pensiero passivamente importate – ciò accadde nella prima metà del 900 sia nel settore filosofico sia nel settore giuridico – Francesco Carnelutti si pronunciò criticamente, auspicando che venisse abbandonato il costume di far proprie le contingenti dottrine “forestiere” quasi che esse portassero il sigillo della verità. Carnelutti, a questo proposito, è un esempio di indipendenza intellettuale. La cosa gli è stata riconosciuta costantemente. Tanto che un penalista spagnolo, José Arturo Rodríguez Muñoz, ha potuto recentemente scrivere nell'*Incipit* della *Prefazione* alla traduzione spagnola della sua *Teoria generale del diritto*, in particolare con riferimento alla sua dottrina del reato, che essa è “obra que representa el producto magnífico de una mentalidad potente y, sobre todo, original”⁴¹. Giudizio lusinghiero che fa seguito ad analogo elogio che il giurista Vittorio Emanuele Orlando gli riservò oltre ottanta anni fa⁴².

9. Evoluzione e svolte

³⁹ Cfr., per esempio, F. Carnelutti, *I valori giuridici del messaggio cristiano*, Cedam, Padova, 1950, p. 18. Nella sua *Teoria generale del diritto* Carnelutti sostenne che “ordinamento giuridico e Stato sono due concetti che si risolvono uno nell'altro” (p. 24). Con il che Francesco Carnelutti sembra riproporre la tesi del giuspositivismo imperante negli anni della sua formazione.

⁴⁰ Cfr. G.W.F. Hegel, *Lineamenti di filosofia del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1974, p. 16.

⁴¹ J.A. Rodríguez Muñoz, “Prologo a la traducción española”, in F. Carnelutti, *Teoría general del derecho*, Editorial Reus, Madrid, s. i. d., p. 11.

⁴² Cfr. V.E. Orlando, “La teoria generale del diritto di Francesco Carnelutti”, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XXII (1942), s. II, f. IV-V, p. 289.

Le conquiste del pensiero umano sono sempre lente: “la strada del sapere – osservò Carnelutti – si percorre a piccoli passi”⁴³. Esse sono soggette a un processo di ascese e di cadute. Quello che è essenziale è che esse richiedono impegno costante per il conseguimento del risultato. Nel caso del diritto, esse postulano una ricerca continua del suo fondamento. Francesco Carnelutti, a tal fine, si impegnò costantemente. Il suo itinerario, però, è tortuoso. Talvolta egli non riesce a liberarsi completamente da vecchie e tralaticie impostazioni, soprattutto quando esse, più che riguardare il diritto, investono questioni che sono inevitabili premesse del diritto.

Come si è rilevato, Carnelutti pubblica il volumetto *Come nasce il diritto* nel 1960, nel quale ci sono affermazioni che difficilmente possono essere condivise. Negli anni precedenti egli aveva offerto analisi e sostenuto tesi che sono degne della massima attenzione per quel che riguarda il rapporto diritto positivo/diritto naturale. Queste analisi e queste tesi, talvolta, contrastano – lo si è già affermato – con quanto sostenuto nel lavoro *Come nasce il diritto*, ripetutamente citato.

Cerchiamo di documentare l’affermazione. Nel 1951 Francesco Carnelutti partecipa ai lavori di un ciclo di conferenze organizzate dalla Facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Padova su “La crisi del diritto”⁴⁴. Il titolo della sua conferenza: “La morte del diritto”, è significativo almeno sotto due aspetti: da una parte, per l’avviato processo di superamento del diritto (Carnelutti finirà per sostenere il primato dell’amore sulla giustizia); dall’altra, per la sua franca apertura al diritto naturale, considerato *condicio sine qua non* dell’esistenza del diritto positivo e dell’operatività di questo⁴⁵.

La prima questione – il diritto superato dall’amore – richiederebbe un *Trattato* per essere adeguatamente svolta. Essa, infatti, investe innanzitutto il rapporto morale/diritto. Francesco Carnelutti ne è consapevole. Tanto che si pone la domanda: “*fino a qual punto il diritto può togliere a chi ha ciò che non vuole dare?*”. A questo interrogativo sembra rispondere non in termini strettamente giuridici, ma in termini economici: “*se a chi dovrebbe dare ciò che non vuol dare è tolto, si spegne in lui lo stimolo del produrre oltre il limite, di là dal quale ciò che produce gli verrebbe tolto*”⁴⁶. È quanto avviene attualmente in diversi Paesi contemporanei, soprattutto dell’Europa del Nord, a causa dell’elevato prelievo fiscale da essi adottato. Trattasi, infatti, di un problema che investe la questione del prelievo fiscale che nello Stato sociale di diritto è risolta con criteri ideologici e mascherata da giustizia legale. Le tesi dell’“ultimo” Carnelutti vanno “oltre”. Tanto che sollevarono diverse obiezioni. Significativa, per esempio, è quella di Giuseppe Bettiol che ritenne utopistica (e, pertanto, erronea) la tesi secondo la quale il diritto

⁴³ F. Carnelutti, *Introduzione allo studio del diritto*, cit., p. 15.

⁴⁴ I testi delle conferenze tenute in quella occasione da G. Ballardore Pallieri, P. Calamandrei, G. Capograssi, G. Delitala, A.C. Jemolo, A. Ravà, G. Ripert (oltre a F. Carnelutti), sono stati raccolti nel citato volume *La crisi del diritto*, Cedam, Padova, 1953.

⁴⁵ Cfr. F. Carnelutti, “La morte del diritto”, cit., p. 184.

⁴⁶ *Ivi*, p. 188.

sarebbe sussunto nell'amore. Giuseppe Bettiol, infatti, sostenne che Carnelutti, al termine della strada da lui imboccata, avrebbe trovato la fine del diritto (Bettiol parlava specificamente con riferimento al diritto penale): se prevale l'"idea" di carità, il diritto penale, in particolare l'"idea" di giustizia retributiva, non può avere esistenza⁴⁷.

Quello che qui interessa non è tanto questa questione (per altro, assai significativa) e la disputa che essa occasionò. Per le finalità di questo saggio rilevano piuttosto le tesi, non sempre fra loro assolutamente coerenti nel tempo, sostenute dal Carnelutti relativamente al diritto naturale.

Innanzitutto Francesco Carnelutti sostiene "l'insufficienza della giustizia concepita come conformità alla legge"⁴⁸. La legalità non è sempre legittimità. La legge (positiva), poi, instaura certamente *un* ordine, il quale in sé e per sé non è sempre l'ordine. Basterebbe pensare alla normativa vigente, imposta da diversi Stati a partire dalla seconda metà del 900. Lo Stato, per esempio, non ha il potere di trasformare *ope legis* il creditore in debitore come è avvenuto recentemente con il cosiddetto *bail in*⁴⁹; non ha il potere – ancora per esempio – di "riconoscere" come matrimonio un'unione che non può conseguire le finalità naturali del matrimonio⁵⁰; non ha il potere di consentire di disporre arbitrariamente della vita altrui (anche se nel rispetto di una procedura), come avviene nel caso di aborto procurato⁵¹. Sono esempi, questi, che dimostrano come l'ordine legale non è necessariamente l'ordine ontico "dato". Carnelutti lo rileva con forza, affermando che l'identificazione del primo con il secondo è rivendicazione propria del pensiero "giuridico" moderno⁵². Aggiunge, inoltre, il Carnelutti che per evitare l'errore dell'attuale ipertrofia della legge, è necessario considerare il collegamento tra legge giuridica (da intendersi – ci pare – come legge statale) e legge naturale⁵³. Osserva, quindi, che il diritto positivo non è tutto il diritto, anzi secondo alcuni non è il diritto vero⁵⁴. Ottemperando, infatti, al precetto della norma positiva si possono commettere

⁴⁷ Cfr. G. Bettiol, "Il positivismo di Francesco Carnelutti", in *Archivio penale*, IV (1948), parte I, p. 288. Considerazioni delle tesi del Carnelutti e ampie critiche al di lui pensiero, per quel che riguarda il diritto penale, si possono leggere anche nel *Diritto penale* del Bettiol, Cedam, Padova, 1982¹¹, *passim*.

⁴⁸ Cfr. F. Carnelutti, "La morte del diritto", cit., p. 178.

⁴⁹ Si vedano la Direttiva europea 2014/59/UE, nonché i DD. Legislativi n. 385/1993, n. 58/1998, n. 180/2015.

⁵⁰ Si veda, per esempio, per quel che riguarda la Repubblica italiana la Legge n. 76/2016. Sulla natura e sulle finalità del matrimonio si rinvia al recente volume *De matrimonio*, a cura di Miguel Ayuso, Madrid, Marcial Pons, 2015, nonché a D. Castellano, D. Mattiussi, *Matrimonio, famiglia, sinodo sulla famiglia*, Esi, Napoli, 2019.

⁵¹ Vedasi, per quel che riguarda l'Italia, la Legge n. 194/1978.

⁵² Cfr. F. Carnelutti, "La morte del diritto", cit., p. 179.

⁵³ *Ibidem*. La legge dello Stato – la cosa va rilevata e indirettamente la rileva anche il Carnelutti – non è sempre "giuridica" se per "giuridica" si intende conforme alla giustizia. Il linguaggio del Carnelutti è, talvolta, di derivazione giuspositivistica. Non solamente in questo caso. Lo è anche quando afferma che il diritto è unicamente mezzo per conseguire un fine.

⁵⁴ *Ivi*, p. 184.

delitti anche se talvolta rilevabili e rilevati solamente dopo i cambiamenti dei regimi politici, ma sempre ripugnanti alla coscienza. Basterebbe pensare ai delitti contro l'umanità⁵⁵. È per questo che Carnelutti può osservare che il diritto naturale “*governa [rectius dovrebbe governare, aggiungiamo noi] il diritto positivo, non solo nel senso – egli scrive – che se non ci fosse il diritto naturale, il diritto positivo non ci sarebbe, quanto nel senso che se non si conforma al diritto naturale il diritto positivo non può operare*”⁵⁶. Infine il Carnelutti richiama l'attenzione sulla retroattività della legge penale stabilita dopo quelle che lui chiama rivoluzioni che hanno fatto seguito all'ultima guerra, cioè alla seconda guerra mondiale. Carnelutti non lo dice esplicitamente, ma riteniamo che egli con questa affermazione abbia inteso riferirsi all'istituzione del Tribunale di Norimberga (8 agosto 1945) e alla sua giurisprudenza, nonché alle cosiddette Leggi di epurazione italiane (in realtà insieme di Regi Decreti Legislativi Luogotenenziali, il primo dei quali risale al 1943).

Da parte nostra aggiungiamo un'osservazione: tutte le rivoluzioni, una volta affermatesi, applicano le loro normative *ex tunc*. Il che costituisce un problema strettamente legato sia al diritto positivo sia al diritto naturale. Ciò dimostra che le norme positive difettano spesso della giuridicità: la loro giuridicità, infatti, è data in molti casi (come nel caso delle rivoluzioni che hanno avuto successo) dal potere che riesce a diventare effettivo.

Osserviamo, poi, che si deve rilevare una differenza sostanziale fra la legittimità dell'istituzione e dell'operato del Tribunale di Norimberga e le cosiddette Leggi di epurazione approvate in Italia negli anni '40 del secolo scorso: il Tribunale di Norimberga si prefiggeva di giudicare l'operato di coloro che, pur ottemperando a norme positive vigenti dello Stato di appartenenza, commisero delitti esecrabili; le Leggi di epurazione italiane punivano, invece, (talvolta senza nemmeno un normale e regolare processo: esso, infatti, era demandato a Commissioni), coloro che avevano aderito al fascismo, servendolo soprattutto nella e attraverso la Pubblica Amministrazione. Non si trattava, quindi, necessariamente di giudicare delitti commessi. Al massimo, nella stragrande maggioranza dei casi, si sarebbe potuto parlare di favoreggiamento di fatto di un regime politico caduto. Il restaurato regime liberal-democratico riaffermava il diritto della libertà di opinione. Tale avrebbe potuto essere considerata in molti casi anche l'adesione al fascismo. La cosa singolare, poi, è che il primo provvedimento legislativo antifascista del Regno d'Italia, sia pure come Regno del Sud, – il R. D. Lgs. Luogotenenziale n. 29-B del 28 settembre 1943 – era stato approvato dal primo

⁵⁵ È noto che i delitti contro l'umanità (assassini, stermini, riduzione in schiavitù, deportazioni, etc.) hanno assunto rilievo penale a livello internazionale dopo la Dichiarazione congiunta di Francia, Gran Bretagna e Russia del 24 maggio 1915. Questa Dichiarazione era rivolta specificamente contro il genocidio armeno. Oltre che un rilievo giuridico, essa aveva anche rilievo politico. Seguirono l'Accordo istitutivo del Tribunale di Norimberga (8 agosto 1945) e la Convenzione dell'O.N.U. (Risoluzione n. 260 del 9 dicembre 1948).

⁵⁶ Cfr. F. Carnelutti, “La morte del diritto”, cit., p. 184.

Governo Badoglio che al fascismo aveva reso enormi servigi (e dal quale ebbe onori) ben più rilevanti di quelli offerti al regime dalla Pubblica Amministrazione.

Non è il caso di insistere in queste (e altre) considerazioni. Qui interessa richiamare quanto segue: a) l'imputazione per reati commessi ottemperando alle norme vigenti degli Stati, rappresentava la negazione della regola stabilita dalle dottrine giuspositivistiche moderne secondo la quale la *fattispecie* è *condicio sine qua non* del reato: la *fattispecie* non sarebbe condizione assoluta del *fatto giuridico*, essendo in questa ipotesi il *fatto* condizione della *fattispecie* (il *fatto*, quindi, avrebbe rilievo giuridico in quanto semplicemente *fatto*); b) la confutazione (almeno) di fatto della irretroattività della legge positiva, soprattutto di quella penale; c) l'affermazione che reati o delitti possono essere commessi anche per non avere disobbedito a una norma positiva vigente ma ingiusta. Il che implica, anche secondo Carnelutti, che è e resta valido il "principio di Antigone" secondo il quale è dovere disobbedire "alla legge positiva quando questa non obbedisce alla legge naturale"⁵⁷; d) il fatto che l'ordinamento positivo consideri irrilevante giuridicamente alcuni fatti, non significa che essi tali lo siano necessariamente.

Carnelutti osserva che l'istituzione del Tribunale di Norimberga rappresenta la vendetta del diritto naturale contro i suoi avversari. Con il che Francesco Carnelutti supera, a nostro avviso, in maniera quasi definitiva il giuspositivismo assoluto e, nello stesso tempo, pone le condizioni per la negazione della sua teoria "ultima" secondo la quale il diritto dovrebbe dissolversi nell'amore.

10. Una crisi provvidenziale

Che ci sia stata un'evoluzione e, sotto diversi aspetti, anche una "svolta" in Francesco Carnelutti non ci sono dubbi. Egli comprese – e ciò va ascritto a suo merito – che la formazione "giuridica" ricevuta nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università da Padova, da lui frequentata come studente, era impostata secondo un "positivismo incontrastato", come scrisse testualmente nel 1959⁵⁸. Aveva già confessato qualche anno prima, nel 1951, che in quella Facoltà allora considerata (erroneamente) un "santuario" del diritto, gli avevano impartito una concezione illuministica del diritto, messa (apparentemente) in crisi dall'affacciarsi di una *Weltanschauung* storicistica dello stesso⁵⁹. Nell'uno e nell'altro caso il diritto, considerato come sola legge (positiva), appariva come un idolo. Non si problematizzava né la natura della norma né la sua caducità: "mi avevano insegnato – scrive Carnelutti – ad adorarlo"⁶⁰.

I mutamenti seguiti al secondo conflitto mondiale avevano evidenziato le assurdità "giuridiche" impartite come dogmi immortali negli anni della formazione

⁵⁷ *Ivi*, pp. 184-185.

⁵⁸ Cfr. F. Carnelutti, "La missione del giurista", cit., p. 346.

⁵⁹ Cfr. F. Carnelutti, "La morte del diritto", cit., p. 183.

⁶⁰ *Ibidem*.

“giuridica” del giovane Francesco Carnelutti. Francesco Carnelutti osservò, infatti, che negli anni della seconda guerra mondiale e in quelli immediatamente successivi

lo Stato [era] divenuto un fantoccio, e il giudice [era] divenuto una parte, e l’obbedienza alla legge [era] divenuta una colpa, e il disordine della legge e del processo [era] accresciuto, e la speranza del diritto internazionale [era] crollata, e l’illusione del diritto internazionale non tanto smascherata dalla impossibilità di trovare la bilancia e la spada quanto mascherante nuovi egoismi e nuove cupidigie⁶¹.

L’esperienza e la riflessione sull’esperienza porteranno Carnelutti negli anni 50 del secolo scorso a profetizzare la morte del diritto. Forse, avrebbe dovuto riconoscere con maggiore profondità che quel diritto che – giustamente – considerava destinato a morire, non era mai nato come diritto: al massimo, infatti, avrebbe potuto essere – e di fatto lo fu – un insieme coerente di norme (un ordinamento) finalizzato a imporre un artificiale ordine pubblico funzionale al conseguimento di scopi di volta in volta stabiliti dal contingente potere, (impropriamente) definito politico.

Francesco Carnelutti visse allora una crisi, “la crisi [...] del diritto e quella del mio spirito”⁶²; crisi, sotto molti aspetti, provvidenziale. Carnelutti, infatti, dopo un lungo e profondo travaglio interiore approda su altre posizioni rispetto a quelle prospettategli come immortali negli anni della sua formazione “giuridica” e anche rispetto a quelle da lui condivise e praticate nei primi anni della sua docenza universitaria e dell’esercizio dell’avvocatura. Ne abbiamo già parlato, sia pure per cenni.

La domanda, però, che è opportuno porsi a questo punto è se Francesco Carnelutti ha abbandonato completamente la veste già indossata; in altre parole è opportuno sapere se egli ha abbandonato definitivamente il giuspositivismo come le cicale abbandonano, a un determinato momento della loro vita, la loro veste.

La risposta non è facile. Francesco Carnelutti – lo abbiamo detto ripetutamente – “oscilla”; lascia talvolta in sospeso le sue nuove conquiste intellettuali; si rivela in perenne evoluzione. Ciò non consente di condividere *in toto* la citata definizione che Francesco Olgiati gli riservò. Egli – il Carnelutti – è certamente un esempio di tensione costante nella ricerca della verità del diritto, da lui considerata la missione del giurista⁶³. Può dirsi altrettanto per le sue, pur illuminanti, posizioni teoriche e per le sue acute osservazioni?

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ Cfr. F. Carnelutti, “La missione del giurista”, cit., p. 345.

11. Due interrogativi

L'ampio e complesso pensiero giuridico di Francesco Carnelutti suscita, da una parte, ammirazione e, dall'altra, pone diversi interrogativi. Qui è necessario soffermarsi su due problemi sui quali Carnelutti è tornato reiteratamente. Ci limiteremo, quindi, a due sole domande relative al suo itinerario dal giuspositivismo al giusnaturalismo; itinerario tortuoso e incerto ma percorso con decisione, con costanza, e in sé molto interessante per le sue aperture problematiche.

Francesco Carnelutti, infatti, ha avvertito la necessità e si è impegnato a cercare il fondamento della dogmatica giuridica da lui conosciuta come pochi. Non l'ha subita se si escludono gli anni giovanili, gli anni cioè in cui era studente nella Facoltà giuridica dell'Università di Padova. Dalla gabbia della dogmatica giuspositivistica ha cercato di divincolarsi, di uscire il più rapidamente possibile. La liberazione non è stata immediata e, a nostro avviso, nemmeno completa. Ha richiesto molti anni e, alla fine, non è approdata in modo inequivocabile a risultati definitivi.

Il primo interrogativo da porsi riguarda la *concezione del diritto* di Francesco Carnelutti. La risposta a questa domanda richiederebbe una monografia. Ciò non solo per la complessità della questione ma anche perché essa nel pensiero giuridico del Carnelutti presenta molti aspetti, talvolta di difficile conciliazione fra loro.

Come si è detto, Francesco Carnelutti considera da una parte, – ma nel fondo questa considerazione resta costantemente presente – il diritto come un “rimedio”. Il che, come abbiamo accennato, presuppone in ultima analisi la condivisione di una visione pessimistica della natura umana (considerata irrimediabilmente corrotta e sostanzialmente irridemibile) e una visione conflittuale della convivenza. Il diritto è, invece, – a nostro avviso – “strumento”. La differenza tra “rimedio” e “strumento” è presto detta: il rimedio è riparazione a qualcosa di negativo (nel caso, all'ineliminabile iniquità umana destinata a rimanere tale); strumento significa, invece e innanzitutto, che esso serve per l'affermazione della giustizia (e dell'equità). La giustizia, a sua volta, è condizione per riconoscere anche all'ordinamento giuridico positivo la sua vera funzione e la sua oggettiva finalità, che consiste nel prescrivere il bene e nel vietare il male. L'ordinamento giuridico positivo, pertanto, non può prescindere dal suo fondamento ontico e deve essere illuminato dalla verità per poter aiutare l'uomo a conseguire la sua naturale finalità. Il bene e il male, infatti, non sono convenzionali, non dipendono da scelte né individuali né collettive, nemmeno dalle scelte condivise (Habermas). Non sono costituiti da “riconoscimenti”, accompagnati dal potere di imporli. Il bene e il male non sono relativi a un punto di vista (non dipendono, cioè, da una ideologia). Non sono il frutto di opinioni e di valutazioni relative. Il bene e il male sono rilevabili nell'ordine “dato”, nell'ordine della creazione o, se si vuole, con linguaggio laico, nell'ordine individuabile nell'essenza delle “cose” e nelle loro relazioni. La realtà delle “cose” non dipende, poi, dall'uomo, nemmeno dal legislatore. Le obbligazioni naturali, proprio perché naturali, non sono per esempio subordinate ad alcuna volontà: né a quella dello Stato, né a quella di organizzazioni internazionali, né a

quella individuale⁶⁴. Possono dipendere da *fatti* che sono in sé rilevanti giuridicamente (i *fatti giuridici*): per esempio esse possono dipendere dalla procreazione. Le stesse obbligazioni contrattuali, pur dipendendo da decisioni intersoggettive, una volta “nate”, non sono suscettibili di cambiamenti. Per questo – lo si è detto – la pretesa di avere il potere di cambiare la loro natura è puro delirio. È il caso del *bail in*, per esempio.

Il diritto, comunque, deve aiutare l’uomo ad essere uomo. Certo, il diritto non si estende alla totalità dell’esperienza umana: ci sono “sfere” che gli sono sottratte. Resta, però, chiaro che il diritto, essendo determinazione di ciò che è giusto, aiuta positivamente (quindi, non ha un ruolo necessariamente e solamente repressivo) l’uomo a cercare e a praticare il bene e ad evitare il male.

Francesco Carnelutti, a questo proposito, resta – ci sembra – impantanato. Anche lasciando da parte la relevantissima questione del “diritto come rimedio”, egli non compie, a nostro avviso, un passo ultimo e decisivo. L’affermazione risulterà chiara con un esempio. Il furto è un male, si dice, e il diritto positivo lo punisce. Su quali basi? Su basi ideologiche, vale a dire opzionali? Su basi meramente funzionali? Oppure, perché esso è un male in sé? La risposta legittimante il giudizio e, soprattutto, la punizione del furto non può che essere l’ultima: il furto è un male in sé e per sé e, pertanto, deve essere considerato anche reato. Carnelutti, invece, pur non negando che il furto in sé è un male, sembra ritenere la previsione di reato funzionale a un’operazione: per indurre l’uomo a comprare è opportuno considerare male (e, quindi, punire) il furto. Scriveva, infatti, nel 1959 in un saggio dedicato al diritto naturale: “le norme fondamentali sul furto e sulla compravendita [...] presuppongono una valutazione sfavorevole al furto e favorevole alla compravendita e sono congegnate [...] per ottenere che gli uomini, quando hanno bisogno di qualcosa che non posseggono, comprino invece di rubare”⁶⁵. Trattasi, dunque, di valutazioni e di scelte o di imperativi della natura e della morale prima ancora che del diritto positivo? In altre parole, il diritto di proprietà è costituito positivamente (cioè arbitrariamente) per ragioni meramente funzionali rispetto a uno scopo eletto o è rilevato come imperativo (innanzitutto etico) che impone al soggetto non possessore di rispettare il soggetto possessore e possessore sulla base di titoli non convenzionali? Nel primo caso si finirebbe, in ultima analisi, nelle sabbie mobili del nichilismo “giuridico”, nel secondo si ancorerebbe la prescrizione normativa alla roccia del diritto naturale. Il diritto assolve certamente anche a una funzione, ma non si riduce alla funzione assoluta. Esso non è mera tecnica con la quale operare secondo opzioni assolutamente relative.

Sono da considerarsi norme dell’ordinamento anche quelle che hanno lo scopo di mettere in moto o di favorire processi esclusivamente economici. Per

⁶⁴ Per esempio, le obbligazioni naturali dei genitori verso i figli minori o incapaci non possono essere poste nel nulla da nessuno. La Repubblica italiana si è arrogata, invece, questo potere con il D.P.R. n. 396/2000, art. 30.

⁶⁵ F. Carnelutti, “L’antinomia del diritto naturale”, cit., p. 520.

esempio incentivare la costruzione di beni immobili (abbassando le aliquote imponibili) o di incentivare i consumi (eliminando o contenendo di molto l'imposizione fiscale su alcuni beni di consumo). Queste norme non investono generalmente la questione della loro giuridicità; cosa, invece, – per rimanere all'esempio portato – richiesta dal furto e, prima ancora, dal diritto di proprietà.

Il secondo interrogativo riguarda il diritto naturale. Francesco Carnelutti ritiene che sia una superstizione il concetto di diritto naturale assoluto, paragonabile – egli scrive – a quella della infallibilità delle leggi naturali⁶⁶. Anche a questo proposito bisogna intendersi, poiché una cosa è l'applicazione del diritto naturale e un'altra la sua natura. L'applicazione è sempre storica, relativa alle situazioni concrete. Essa dipende dalla valutazione umana, dalla conoscenza (certamente non infallibile) degli uomini. L'essenza del diritto naturale (cioè la giustizia), invece, è assoluta. Essa è nella storia, ma non è storica. Sembra riconoscerlo anche Francesco Carnelutti quando afferma che “assoluto è l'ordine”⁶⁷, il quale è regola dell'ordinamento positivo, vale a dire applicazione contingente e concreta dell'ordine. L'ordinamento – parliamo dell'ordinamento informato a giustizia, non dell'ordinamento che pretende di creare la giustizia – è soggetto a cambiamenti, spesso necessari per l'applicazione della giustizia (sotto questo aspetto esso è necessariamente “storico”). Inoltre esso è soggetto alle deficienze e agli errori umani. Il legislatore, come il vero giurista, è chiamato a conoscere innanzitutto l'“ordine assoluto”, a cercare la “verità del diritto”, come – ad avviso del Carnelutti – fecero i giuristi della Roma classica, che Carnelutti ritiene siano stati innanzitutto filosofi del diritto prima di essere giuristi nel senso moderno del termine⁶⁸: il diritto, il diritto vero, quello che è determinazione della giustizia, va cercato. Nella ricerca l'errore è possibile come, una volta individuato, è possibile l'errore nella sua applicazione.

Quella che pare non condivisibile è la tesi carneluttiana secondo la quale il diritto naturale diviene. Carnelutti sembra stabilire una correlazione necessaria tra il divenire del diritto positivo e il divenire del diritto naturale⁶⁹: può divenire, a parer nostro, ciò che è opera dell'uomo, non ciò che è opera di Dio. Il diritto naturale è nella storia ma non è storia. Il principio del diritto naturale, individuato da Ulpiano (*honeste vivere, alterum non laedere, suum quique tribuere*) consente, infatti, di discutere e di valutare nelle circostanze concrete sull'onestà, sulla lesione e sulla retribuzione. Non consente, invece, evoluzioni e trasformazioni. Esso non è relativizzabile, essendo solamente adeguabile al fine di rispondere pienamente alla sua funzione: l'equità, infatti, non è assoluta e immutabile non essendo un principio ma applicazione del principio.

⁶⁶ *Ivi*, p. 525.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ Cfr. F. Carnelutti, “La missione del giurista”, cit., p. 345.

⁶⁹ Cfr. F. Carnelutti, “L'antinomia del diritto naturale”, cit., p. 524.

12. Breve conclusione

Le “oscillazioni”, le incertezze, l’evoluzione del poliedrico Francesco Carnelutti sono dovute, a nostro avviso, da una parte, alla sua sete della verità del diritto; dall’altra, alla difficoltà di una radicale dismissione delle dottrine apprese nel periodo della sua formazione nella Facoltà di Giurisprudenza patavina, assolutamente conforme – la formazione – alla cultura giuridica allora egemone. Dagli insegnamenti ricevuti nella fase formativa è difficile liberarsi. Da parte di tutti, non solamente da parte di Carnelutti. Francesco Carnelutti – non c’è dubbio – era di statura superiore⁷⁰. Anche chi ha una statura notevole è legato, però, alla ... sua statura. Fuor di metafora, tutti gli esseri umani hanno limiti. La grandezza di Francesco Carnelutti sta nelle sue ansie, nella costante ed affannosa ricerca del fondamento del diritto, nella rinuncia consapevole a fare del sistema (l’ordinamento giuridico positivo) la fonte della giustizia. Il diritto postula sistematicità ma non può dipendere da un “sistema”. In altro campo – nel settore della Filosofia teoretica – lo osservò un altro grande del pensiero, Cornelio Fabro, anche lui friulano come Francesco Carnelutti⁷¹.

Con la sua inquietudine Francesco Carnelutti ha posto un problema, soprattutto ai giuristi. Il problema da lui posto è fondamentale. Non l’ha risolto. Per lo meno non l’ha risolto integralmente. È vero. Si dice, però, giustamente – lo osservò, per esempio, Marino Gentile – che chi pone il problema ha già avviato il processo della sua soluzione. I giuristi, infatti, non possono essere chiamati ad esercitare una funzione analoga a quella esercitata dagli enzimi nel processo digestivo. In altre parole essi non sono chiamati a giustificare, sempre e comunque, l’ordinamento positivo ma a individuare la sua validità giuridica che non si identifica con la sua effettività: una cosa, infatti, è conoscere le norme, un’altra la comprensione della loro *ratio*, un’altra ancora valutare la loro giuridicità. Sono tre esigenze legate fra loro, nessuna delle quali deve essere ignorata dal giurista. Francesco Carnelutti, a parer nostro, le considerò attentamente e simultaneamente. Ciò fece di lui un giurista (almeno virtualmente) integrale, come pochi furono e sono nel nostro tempo. Egli ha segnalato con forza l’esigenza di “vedere al di là della norma positiva” anche se, poi, in ultima analisi per quanto riguarda il metodo di indagine – lo diciamo con le parole di Giuseppe Bettiol, anche se nelle nostre intenzioni le parole usate non vogliono essere *tranchantes* – “una parola veramente nuova non [è...] da lui venuta”⁷². Intendiamo dire che egli, pur avendole perseguite

⁷⁰ Qualche studioso del suo pensiero l’ha definito “sommo” (D. Coccopalmerio, *op. cit.*, p. 121). Altri l’ha ritenuto “la figura dominante della cultura giuridica italiana del ventesimo secolo” (F. Galgano, “Francesco Carnelutti nel diritto civile e commerciale”, in Aa.Vv., *Giornata in memoria di Francesco Carnelutti a 130 anni dalla nascita*, Accademia Nazionale dei Lincei, Roma, s.i.d., p. 72).

⁷¹ Cfr., in particolare, C. Fabro, *La prima riforma della dialettica hegeliana*, Editrice del Verbo Incarnato, Roma, 2004.

⁷² G. Bettiol, “Il positivismo di Francesco Carnelutti”, *cit.*, p. 290.

con intelligenza e determinazione, non ha raggiunto, per quel che attiene al diritto naturale, posizioni assolutamente chiare e definitive, come forse da lui stesso voluto.