

Sulla “vocazione” filosofica di Francesco Carnelutti: una costante ricerca del fondamento del diritto attraverso la teoria generale e la metodologia

Rudi Di Marco

Università degli Studi di Padova

Abstract: On Francesco Carnelutti’s Philosophical “Vocation”: a Constant Search for the Foundation of Law Through General Theory and Methodology

Carnelutti is and remains a scholar of positive law; his work is undoubtedly animated by a theoretical structure that he never manages to overcome, even though he feels its limits. Carnelutti’s greatness, then, lies in his foundational anxiety: in the need he feels to find a foundation for the positive legal system. The effort yields him an almost unique result in the empyrean of positivists: he comes to find the foundation of law in morality and the truth of faith. This is significant and praiseworthy, but it is insufficient and deficient on the ontological level: the foundation of law, in fact, lies within it, or rather at its base: in justice, and it is the task of the jurist to discover it in the natural order of things.

Keywords: Theoretical Structure, Foundation, Justice, Positive Law.

Sommario: 1. Premessa introduttiva: il problema e i problemi – 2. Segue. Il problema fondativo – 3. Un’ansia insoddisfatta: aperture e chiusure – 4. Parole conclusive.

1. Premessa introduttiva: il problema e i problemi

Come è noto la produzione dottrinale di Francesco Carnelutti (Udine, 1879-Milano, 1965) è assai vasta e articolata: essa indaga vari settori del giuridico e attraverso differenti metodologie d’analisi.

Se poi si volessero considerare anche gli scritti non propriamente legati ai temi del diritto, l’Opera che Carnelutti lascia, quale eredità dottrinale e spirituale in un tempo, si fa veramente poderosa, e per certi aspetti almeno essa risulta difficile da compendiarsi in un esame organico¹.

¹ Come per il primo “blocco”, così per il secondo, mi esonero dall’elencazione delle molte opere che pur potrebbero citarsi a titolo d’esempio, sia relativamente alla dottrina giuridica, sia relativamente alle altre questioni trattate dall’Autore in parola (per esempio: dal tema della prova civile, all’interpretazione del *Pater noster*). Credo infatti che l’elenco sarebbe di scarso interesse e

La cosa può essere letta sotto differenti prospettive d'analisi, ed essa può essere latrice di diversi significati e di diversi stimoli, più o meno palesi.

Certamente può dirsi che piuttosto della sistematicità teoretica, in Carnelutti si avverte un interesse teorico per le concettualizzazioni, vale a dire per la riduzione a sistema e per la catalogazione dell'oggetto del proprio studio e dei propri studi².

Sotto questo profilo, infatti, la sua ecletticità e la duttilità del suo metodo d'indagine, ne fanno – lo dico consapevole di tutti i limiti insiti in ogni classificazione – un teorico generale di volta in volta *prestatore* alle varie discipline cui egli si è dedicato... compresa la metodologia del diritto, la quale, secondo lo stesso Carnelutti, “è una scienza della scienza, o anche una scienza al quadrato”, giacché essa “studia sé stessa”³.

Il problema, però, è il *come*...

Ed è proprio così.

Anche la metodologia carneluttiana, dove il pensiero dell'Autore si compie – direi – in tutta la sua maturità, come ogn'altro suo campo d'indagine per vero, non ha essa una struttura propriamente gnoseologico-ontologica, anche se la vocazione vi si avverte imperiosa. Non è essa, cioè, un'analisi che trascenda l'esperienza, in questo caso quella dell'Ordinamento positivo, e che, avendola penetrata in senso proprio, la legga teoreticamente alla luce dei principii metafisici i quali la informano (o la dovrebbero informare) *ab imis*; quanto piuttosto si tratta di uno studio teorico, condotto sì fino all'alto delle supreme *rationes*, ma pur sempre dall'interno e all'interno di un Sistema che lascia al di fuori di sé il suo stesso fondamento, e meglio dovrei dire di un sistema che lascia al di fuori di sé i suoi stessi principii, li pretermette. Ammesso, ovviamente, che di principii possa parlarsi senza incorrere in paralogismi...vale a dire ammesso che il sistema dello *ius positum*, proprio in quanto sistema *positum* e non *datum*, non escluda *ex se* il principio, l'esigenza fondativa, sulla base di un'affermata o implicita autosufficienza (che infondo sarebbe quella propria di tutto il positivismo).

Si tratta, infatti, con riguardo all'Ordinamento giuridico che Carnelutti esamina, definisce, categorizza e classifica, di un sistema autenticamente positivo, *positum*, cioè *fabbricato*, *costruito*, – Carnelutti definisce coerentemente i giuristi “operai qualificati del diritto”⁴ –, e non già di un *ordo ordinatus* colto per via speculativa, inventato nel senso dell'*invenire*, dello scoprire, dello scoprire ciò che è, eppertanto ciò che è in sé nell'essere della sua ontologia.

solo esso appesantirebbe il testo, soprattutto considerando la struttura collettanea del volume che lo raccoglie, onde i vari temi dell'Opera carneluttiana ampiamente dovrebbero emergere in tutta la loro vastità e articolazione dalla somma dei diversi contributi.

² Prova ne è l'impegno che Carnelutti dedica alla *Teoria generale del diritto*, alla *Teoria generale del reato*, alla *Metodologia del diritto*, alla *Introduzione allo studio del diritto*, tutte opere – e l'elenco dovrebbe ampliarsi – caratterizzate da una forte connotazione teorico-classificatoria, anche se esse, come ho cercato di suggerire nel testo, aprono a problemi ulteriori.

³ F. Carnelutti, *Metodologia del diritto*, Cedam, Padova, 1939, p. 19.

⁴ F. Carnelutti, *Come nasce il diritto*, Eri, Torino, 1954, p. 7.

E quest'aspetto, che infondo è causa ricorrente nel *tormento carneluttiano*, proprio rappresenta l'ipoteca – *absit iniuria verbis* – la quale a mio avviso attraversa l'intera Opera di Carnelutti senza che egli riesca veramente a purgarla.

Il diritto e il suo Ordinamento, invero, secondo Carnelutti, nascono per opera fabbrile dell'uomo (*homo faber*, dunque!), escono da una “officina legislativa”⁵, com'egli dice, ove collaborano, assieme agli appena citati “operai specializzati”, quelli più o meno generici, i quali, però, nel vasto ed eterogeneo gruppo che costituiscono, spesso fanno il maggiore lavoro e spesso danno il maggiore contributo in termini quantitativi, producono di più.

Il diritto e l'Ordinamento, pertanto, danno conto di un prodotto che nasce – come titola un suo famoso libretto –, di un insieme di comandi operativi, di un complesso di fonti, si dovrebbe dire con rigore tecnico, cui sovrintenderebbe solo dal di fuori un certo ordine di principii⁶ (*in primis* morali, certamente, ma vocati a qualche cosa di più alto, quindi religiosi, divini). Come lo stesso Carnelutti afferma, infatti, “ciò che sta sopra il diritto non è e non può essere diritto”⁷, onde in Carnelutti non si discute l'autosufficienza del Sistema, ma si nega, e meglio dovrei dire si dubita, che esso sistema non abbia sopra di sé uno diverso e che di questo il primo non necessiti per ragioni d'ordine ideale. Ripeto: per ragioni d'ordine ideale, non per esigenza razionale-metafisica, non per coerenza ontologica, non per difettività intrinseca.

Se poi i principii *de quibus* – e questo è il problema enorme cui facevo cenno – siano effettivamente quelli *del* sistema, o se piuttosto essi siano quelli che Carnelutti intende essere fondativi rispetto all'oggetto del suo studio, sulla base di una lettura sì genuina, ma non del tutto coerente ed estrema rispetto alle *rationes* che informano il sistema in parola, cioè l'Ordinamento giuridico positivo, essa è una questione, per certi aspetti spigolosa, la quale dà luogo a un ulteriore e più complesso compendio tematico: quello – lo dico con un netto richiamo al magistero di Danilo Castellano – della fonte e del fondamento⁸, ché infatti la c.d. teoria delle fonti esclude ogni addentellato fondativo. La sua metodologia, pertanto, sarebbe, rispetto al fondamento in parola, escludente ed esclusiva in un tempo. Escludente in quanto essa deve giuocoforza escludere qualunque cosa non promani dal suo proprio sistema; esclusiva in quanto il sistema in parola o è compiuto in sé stesso e in sé completo, coerente, integrale o non è affatto.

⁵ *Ivi*, p. 6.

⁶ Il tema carneluttiano è problematicamente posto, ma proprio nella sua problematicità sta la sua stessa grandezza: Carnelutti osserva, infatti, che “l'intuizione morale si risolve nel concetto legale” (F. Carnelutti, *Introduzione allo studio del diritto*, Foro Italiano, Roma, 1943, p. 62), onde l'ordine giuridico cui egli si appella non si risolve “nel complesso delle leggi empiricamente rilevato [... quanto piuttosto in] quella loro totalità empiricamente non rilevabile che gli uomini intuiscono ma non comprendono” (*Ibidem*). Quasi a dire che dalla “totalità” delle leggi verrebbe a emergere quella dimensione morale, la quale starebbe alla loro genesi più remota.

⁷ F. Carnelutti, *Metodologia del diritto*, cit., p. 30.

⁸ Cfr. D. Castellano, *Quale diritto? Su fonti, forme, fondamento della giuridicità*, Esi, Napoli, 2015, *passim*, in particolare cap. II.

Ecco, rispetto a questi principii può dirsi che Carnelutti li intravede e ne percepisce fortissima l'esigenza fondativa, ma allo stesso tempo deve rilevarsi che egli, proprio come il sistema che pur analizza, studia, e riduce alle supreme *rationes*, li lascia comunque all'esterno, non ne fa oggetto di scienza... giuridica, se mai di morale e/o di teologia.

La qualcosa, peraltro, si presta più o meno agevolmente anche alle critiche di Bobbio. Esse, infatti, per quanto in modo non del tutto perspicuo, e per quanto cogliendo una filosofia carneluttiana ove essa *viceversa* difetta – e ciò sulla base di una confusione *a priori* relativa allo stesso essere della filosofia –, vengono a contestare che la “filosofia [... valuta] il mondo in base ai valori che l'uomo di volta in volta si è costruito”⁹, onde ogni “filosofia è assiologicamente orientata e impegnata, [... ed essa manifesta] il suo carattere [...] di ideologia”¹⁰.

Ogni filosofia, per Bobbio, sarebbe ideologia: egli afferma *apertis verbis*, infatti, che occorre “accettare francamente l'irriducibile elemento ideologico di ogni filosofia”¹¹, e ciò significa, infondo e per quanto interessa in questa sede, che ogni fondamento sarebbe un'opinione, quando non una giustificazione: esso, come fondamento oggettivo, non ci sarebbe affatto.

Non mi soffermo sull'errore bobbiano, che è innanzitutto gnoseologico e secondariamente concettuale; né mi soffermo sul fatto che esso errore germina da un acritico e ideologico – questo sì! – rifiuto della verità e della sua conoscibilità per via di ragione. Dico però questo, che l'atteggiamento argomentativo carneluttiano si presta a siffatte letture e strumentalizzazioni.

Non che Carnelutti abbia fatto della filosofia o vi abbia ambito in senso forte, ma certamente la sua sete fondazionistica guarda verso quella direzione e anche se non vi guardasse, la indica al lettore. Bobbio stesso, peraltro, racconta che in una lettera personale a lui inviata da Carnelutti, Carnelutti lo ammonì dicendo che “non si può fare della scienza senza fare della filosofia”¹².

Tutto sommando, allora, un certo *fumus philosophiae* non può essere taciuto. Il problema è che questo *fumus* non è quello della fiamma filosofica che arde per la sete contemplativa di conoscere ciò che la cosa è in sé, in questo caso ciò che il diritto è in sé, quanto piuttosto esso è quello della coperta che la soffoca negando che il diritto abbia un fondamento e cercandolo al di fuori.

Infatti – questa è la tesi di Carnelutti – le leggi “a cui deve obbedire il diritto non sono [...] regole del diritto”¹³, non sono esse, cioè, regole, criteri, principii attraverso i quali si declini *ex se* il tema della giuridicità e i quali siano *condicio*

⁹ N. Bobbio, “Filosofia del diritto e teoria generale del diritto”, in Aa.Vv., *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti. Volume primo. Filosofia e teoria generale del diritto*, Cedam, Padova, 1950, p. 62.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ *Ibidem*.

¹² *Ivi*, p. 48.

¹³ F. Carnelutti, *Metodologia del diritto*, cit., p. 29.

sine qua non per potersi parlare di diritto in senso proprio e stretto, ma essi danno conto di un che di esterno – per Carnelutti di superiore –; e infatti, secondo il suo pensiero, “a leggi etiche obbediscono i fenomeni del diritto”¹⁴, quasi a dire che il diritto, il quale è sì solamente quello positivo, poggia su un sostrato fondativo che gli sarebbe alieno *ratione materiae*.

Ebbene, a mio avviso quest'impostazione dà conto di un problema ontologico, e meglio dovrei dire di una vacuità ontologica, dell'intero costruito dottrinale carneluttiano, giacché il giuridico di Carnelutti, per eccesso di formalismo, direi, si arresta là dove finisce il positivo e ciò che non è positivo, per quanto fondativo rispetto allo stesso giuridico, viene spodestato dalla sua legittima sede ad accrescimento improprio del compendio di una morale o di una teologia che restano *res aliena* rispetto al diritto.

Dico questo – si badi – non perché il problema dell'ontologia giuridica non emerga *per accidens* dagli scritti carneluttiani, ma proprio perché, pur emergendo, esso emerge appunto... *per accidens*, vale a dire come problema lambito, ma non colto, né tantomeno concettualizzato, affrontato e risolto, se mai traslato in una sede diversa. Con un paradosso, infatti, dovrei allora dire che Carnelutti surroga, all'ontologia del diritto, e la morale e la teologia, o, come scrisse con formula molto acuta Simona Sagnotti, la “teo-giuridicità”¹⁵, la quale certamente non è estranea al grande tema del diritto, ma la quale, al medesimo tempo, non ne soppianta, non ne può soppiantare, l'ontologia: l'ontologia, infatti, ne rappresenta giuocoforza un *prius* logico, come il che cosa dell'essere viene prima rispetto alla declinazione dei suoi modi (di essere).

Non a caso e non incoerentemente, anche se ponendo soverchie questioni problematiche, l'indagine carneluttiana sfocia o in quella che Caiani definì “mistica [...] del diritto”¹⁶, o in lirici riferimenti all'amore filantropico, alla difettività del quale e alla sua immaturità storica il diritto stesso dovrebbe tenere luogo, e invero, “fino a che gli uomini non sappiano amare non c'è altro mezzo che obbligarli”¹⁷, onde “la scienza si converte in poesia”¹⁸.

Così conclude Carnelutti.

2. Segue. Il problema fondativo

¹⁴ *Ivi*, p. 28.

¹⁵ Cfr. S.C. 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 e ss.

¹⁶ L. Caiani, *La filosofia dei giuristi italiani*, Cedam, Padova, 1955, p. 81. Anche Domenico Coccopalmerio – come è noto – dedica un capitolo del suo volume su Carnelutti al tema *de quo*, e le osservazioni che egli sviluppa paiono di significativo interesse: cfr. D. Coccopalmerio, *Francesco Carnelutti. Il “realismo giuridico” italiano*, Esi, Napoli, 1989, cap. 4.

¹⁷ F. Carnelutti, *Arte del diritto* (1949), a cura di D.M. Cananzi, Giappichelli, Torino, 2017, p. 17.

¹⁸ *Ivi*, p. 19.

Ebbene, sotto il limitato angolo della mia indagine, penso che quest'aspetto concernente il fondamento del diritto invari in termini piuttosto schietti, forse troppo schietti, il cuore del *problema Carnelutti*, quantomeno il cuore del problema *Carnelutti filosofo del diritto*¹⁹.

E se la lettura che ho fatta della sua Opera non mi ha ingannato, credo che queste *fughe carneluttiane* al di fuori del campo del diritto, verso l'alto come egli dice, siano proprio conseguenza dell'atavico rifiuto che egli coltiva nei confronti del diritto naturale, il quale, proprio perché naturale e non positivo, a suo avviso, non può essere diritto. Anzi, il quale culminerebbe nella sua stessa dizione – come recisamente scrive l'Autore – “nella incoerenza tra il sostantivo e il predicato”²⁰, cosa che gli procurò peraltro una certa, non infondata, reprimenda da parte di Messineo in sede di recensione²¹.

Il problema – qui richiamo l'attenzione del Lettore – non è solo *nominale*, giacché negare che l'aggettivo naturale possa accordarsi al sostantivo diritto rischia di destituire di fondamento, quantomeno sotto il profilo filosofico-concettuale, anche quella tensione fondazionistica della quale ho parlato e la quale rappresenta – prendo a prestito le parole di Capograssi – “la più importante delle affermazioni del libro”²² sopra la metodologia giuridica e, aggiungo, la maggiore grandezza dello studioso e della sua Opera.

Il fatto è – preciso questo per schiarire un poco il punto – che qualora si tragga fuori dal tema del diritto il tema del diritto naturale, ciò che resta è la sola *norma posita*, ed essa – non è questo un giuoco di parole – resta veramente da sola, cioè in balia del legislatore e meglio dovrei dire in balia del sovrano. Una scatola vuota, in altri termini...

Il diritto orbato del diritto naturale, infatti, acquista sì in termini quantitativi, in termini di (possibile) ampiezza, poiché per norma, cioè per norma che risponda solo a sé stessa ed eventualmente al proprio sistema (per esempio kelseniano), si può veramente comandare o vietare qualunque cosa, e così il tecnicismo normativo può asservirsi a qualunque fine. Se la norma è fonte del diritto, essa – come diceva già Portalis – è onnipotente per definizione²³, e la storia è piena di esempi.

Accanto, anzi contestualmente a questo acquisto, però, vi è una perdita assai più grave e assai più significativa: quella del fondamento; tant'è che più che di perdita dovrei qui parlare di snaturazione.

¹⁹ Alla filosofia del diritto di Francesco Carnelutti ha dedicato un interessante lavoro il curatore di quest'iniziativa. Ne faccio rinvio: cfr. G. Tracuzzi (a cura di), *op. cit.*

²⁰ F. Carnelutti, *Metodologia del diritto*, cit., p. 30.

²¹ Cfr. A. Messineo, “Scienza del diritto e diritto naturale”, in *Civiltà cattolica*, (1939), pp. 47-59.

²² G. Capograssi, “Leggendo la ‘Metodologia’ di Carnelutti”, in Id., *Opere*, Giuffrè, Milano, 1959, IV, p. 315.

²³ Portalis riteneva, infatti, che “*la loi établit, conserve, change, modifie, perfectionne. Elle détruit ce qui est; elle crée ce qui n'est pas encore*”. J.S.M. Portalis, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil (1801)*, Séance du 4 Ventôse an XI.

Il diritto che escluda da sé medesimo il diritto naturale, infatti, e ammesso che di diritto possa ancora parlarsi – per Sergio Cotta non sarebbe così, per esempio²⁴ –, è un diritto il quale sta a mezz'aria, per così dire; il quale, cioè, non avendo un contenuto suo proprio, e da ciò derivando la propria leggerezza, nemmeno esso ha un fondamento che lo ancori stabilmente a qualche cosa: a un valore, a un principio, a una guarentigia, a un ordine *et coetera*. E questo vale per tutte le declinazioni del diritto, compresa quella che lo ammanta della veste costituzionale e così lo pone al vertice di un'ideale piramide normativa²⁵.

Se il diritto è così leggero, però, esso può sì venire appesantito da quelle che Carnelutti chiama “leggi etiche”, e finanche dalla sacra verità della Fede, dunque, sempre per rimanere nel lessico carneluttiano, esso può venire appesantito dall'alto, cosa che indubbiamente lo trascina verso un certo ordine di giustizia. Ma nulla impedisce – ecco il *punctum dolens* – che l'appesantimento e l'ancoraggio *de quibus* possano avvenire dal basso, vale a dire da errori metafisici, da ideologie perverse, da un malinteso esercizio del potere politico quale tecnica di dominio, da un più o meno coerente sviluppo di *rationes* condivise e codificate nel seno di norme assunte per fondamentali *et similia*. Cosicché esso diritto sarebbe tosto trascinato, anziché verso lo *alto carneluttiano*, verso il disordine dell'ingiustizia, verso l'*iniuria*; ed essendo esso diritto essenzialmente tecnica del sistema, dovrei dire... verso l'*iniuria sistematica*.

Solo riconoscendo, allora, che il diritto ha in sé stesso, ha dentro sé stesso, tutti i costitutivi per essere giusto, e che la giuridicità gli appartiene per essenza, non essendo essa mutuata dal di fuori, il discorso sopra l'ordine del diritto può compiersi con una certa franchezza e con una certa stabilità ontologica. Ma ciò impone di riconsiderare il tema del diritto naturale come primo e preliminare tema del diritto. L'essere del diritto, infatti, è non nella sua fonte positiva, quanto piuttosto nel suo fondamento naturale: esso solo dà conto del *discrimen* oggettivo

²⁴ Il tema cottiano è vasto, e non è questa la sede per indagarlo. Ripiglio però, dall'Opera di Cotta, un'osservazione che mi pare particolarmente perspicua: “il diritto formalmente posto, quando abbia offerto prova della obbligatorietà delle proprie norme, può venir denominato correttamente diritto naturale vigente”. S. Cotta, *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, Giuffrè, Milano, 1981, p. 131. Qui Cotta dà conto di una verità ontologica: non la vigenza è condizione ed elemento costitutivo del diritto, ma la sua obbligatorietà sostanziale, il suo essere rispondente ai principii della giustizia. Di talché non vi è diritto che non sia naturale; e il diritto positivo, se è diritto e per essere diritto in senso proprio, esso deve parteciparne dei costitutivi ontologici, in altre parole dev'essere naturale in quanto secondo l'ordine – naturale, appunto – della giustizia.

²⁵ La lezione di Ayuso, per esempio, sui problemi del costituzionalismo e sulla vacuità ontologica dello stesso è a questo proposito assai perspicua: tra le molte opere che l'Autore vi dedica, cfr. M. Ayuso, *Costituzione. Il problema e i problemi*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019. Il problema della costituzione che pretende di costituire la comunità politica secondo un progetto *a priori* e prescindendo dal suo essere naturale, e che si pone quale fonte prima dell'Ordinamento giuridico – come è noto – è essa oggetto anche del magistero di Danilo Castellano. L'elencazione delle opere che egli vi dedica sarebbe eccessivamente lunga, faccio solo rinvio a un suo illuminante testo il quale credo dia una compiuta sintesi del suo pensiero: cfr. D. Castellano, *Costituzione e costituzionalismo*, Esi, Napoli, 2013.

tra *ius* e *iniuria*. Altro è il problema morale, altro è il problema teologico; superiori – se si vuole – connessi, per certi versi, forse anche in parte comprensivi, ma distinti.

Il problema, allora, non è geografico – alto/basso, sopra/sotto o dentro/fuori – ma è ontologico, poiché se è vero quanto rileva Carnelutti, in polemica con Messineo, e cioè che “ciò che è sopra non può essere sotto, [e che] se ciò che è sotto è una cosa, ciò che è sopra non può non essere un'altra cosa”²⁶, è ancora più vero che ciò che una cosa è non può derivare da un'altra, o, per dirla in modo più corretto, la natura di una cosa non può mutarsi dall'essere o dai modi dell'essere di una cosa diversa. Il diritto, dunque, non può essere diritto in funzione, in ragione o in dipendenza di ciò che diritto non è, foss'anche qualche cosa di superiore e di supremo. E per dire che il diritto è diritto e che la norma positiva deve superare il vaglio del diritto per non essere – come dice san Tommaso – “*legis corruptio*”²⁷, occorre appellarsi, tardi o tosto, al diritto naturale, cioè all'ordine oggettivo della giustizia che la ragione coglie, altri riferimenti esseno vieppiù fallaci, sovrabbondanti o impropri.

Che poi il diritto non sia autonomo nel senso moderno dell'espressione, giacché esso declina un capitolo della morale, e che la morale a sua volta sia il riflesso nell'umana coscienza dell'ordine del creato, eppertanto della verità del Creatore, esse sono questioni diverse e diversamente interessanti, sulle quali è certo lecito discutere anche in riferimento alle cose del diritto, ma che non penetrano *stricto sensu* il tema in parola.

Carnelutti, per esempio, coerentemente col suo pensiero, ma dando luogo a una *contradictio in adiecto*, quando parla del contratto afferma che esso, “come il dominio, è logicamente legato alla guerra”²⁸; esso è o sarebbe occasionato, cioè, dal conflitto, anche se la sua funzione è o sarebbe quella di *spegnerlo*, come egli dice.

Il contratto, cioè, secondo Carnelutti, non avrebbe una natura *in se* giuridica, ma esso avrebbe, all'opposto, una genesi antiggiuridica o quantomeno α -giuridica, tant'è che “a farlo diventare [...] uno strumento di pace serve il diritto”²⁹. Il diritto, allora, nell'economia del pensiero carneluttiano, non è proprio del contratto, non ne rappresenta l'essenza fondativa, eppertanto il criterio discriminante rispetto all'*iniuria* o ad altre cose che contratto non sono, quanto piuttosto esso dà conto di un attributo esteriore, il quale si riduce alla dimensione positivista della sua stessa concettualizzazione normativa.

Il diritto, quindi, non è regola del contratto carneluttianamente inteso, ma è norma che trasforma in contratto un dato rapporto, offrendo allo stesso rapporto, dopo averlo qualificato come giuridico, precipue guarentigie in ordine ai suoi effetti. La qualcosa significa, in più schietti termini, che il contratto è contratto secondo la legge, non perché esso sia informato ai principi della giustizia che regolano *naturaliter* il negozio intersubiettivo, quanto piuttosto poiché, “come il

²⁶ F. Carnelutti, “Diritto naturale?”, in *Nuova antologia*, 406 (1939), n. 4, p. 144.

²⁷ San Tommaso d'Aquino, *Summa theologiae*, I-II, q. 95, a. 2.

²⁸ F. Carnelutti, *Come nasce il diritto*, cit., p. 29.

²⁹ *Ivi*, p. 30.

comando del capo garantisce il dominio, così [esso] garantisce [anche] il contratto”³⁰. La dimensione giuridica del contratto, pertanto, dipende dall’Ordinamento positivo che ne appresta le guarentigie di legge: dalla forza del sovrano di far rispettare un dato accordo, il quale sia sussumibile entro le fattispecie astratte normativamente contemplate dallo *ius positum*.

Questo, però – concludo il ragionamento – non significa fondare il contratto, trovare il suo fondamento nell’ordine della giustizia, solo significa dire quali accordi possono farsi all’interno di un dato sistema di riferimento.

Facendo mio l’alto magistero di Dario Composta, quindi, debbo rilevare che “solamente l’ontologia giuridica merita il nome di filosofia del diritto”³¹, giacché la comprensione sul che cosa del diritto, sulla sua essenza, non può che passare attraverso la penetrazione contemplativa del suo stesso essere; e l’essere non può trarre dal di fuori di sé il suo stesso fondamento, poiché ciò starebbe a significare che l’essere sarebbe un’altra cosa rispetto a sé stesso. E questo è paralogistico, come prima ho accennato.

Il diritto, e più in generale il problema del giusto, allora, è sì, indubbiamente, un capitolo dell’etica, come è altrettanto vero che il diritto rappresenti un’analogato – l’analogato principale – della giustizia, la quale ne è fondamento, ma questi aspetti – ecco il *punctum dolens* – non sono alieni al diritto, non stanno fuori da diritto, non appartengono a un sapere diverso da quello giuridico, quanto piuttosto e al contrario essi ne stanno alla base. Il problema della giustizia, infatti, non è un problema diverso da quelli giuridici, ma è *il* problema del diritto per eccellenza. Diversamente si resta prigionieri di quelle stesse tecniche giuridiche le quali Carnelutti *in primis* avverte la necessità di superare attraverso l’*ars*.

È vero, pertanto, che “né la tecnica, né la scienza, in quanto operano con la legge [...] bastano [...] a fare il diritto in modo da raggiungere la giustizia [...] e che] al di là della tecnica e della scienza è l’arte [...] onde] senz’arte il diritto non si fa”³², ma è altrettanto vero che l’arte in parola è... arte del diritto, *ars boni et aequi*, come avrebbe detto Celso, non arte etica in senso puro, non arte teologica, non arte di altro tipo.

Che poi sarebbe da precisarsi una cosa ulteriore: l’arte non fa, propriamente, il diritto, se mai lo coglie; l’arte fa giustizia, cioè mette ordine nei rapporti umani secondo il principio del giusto e dando a ciascheduno il suo (*suum quique tribuere*), ma qui occorrerebbe entrare in contesti i quali la limitatezza di questo contributo non consente di esplorare.

Né può parlarsi fondatamente, pertanto, di diritto, e *a fortiori* di fondamento del diritto, di principii del diritto, senza la profonda intelligenza del diritto stesso, dell’essere in sé del diritto, della sua natura di *ipsa res iusta*.

Che il fondamento del diritto non sia giuridico, infatti, e che la sua intelligenza appartenga a un campo del sapere diverso da quello giuridico –

³⁰ *Ibidem*.

³¹ D. Composta, *Filosofia del diritto*, Pontificia università Urbaniana, Roma, 1991, p. 14.

³² F. Carnelutti, *Come nasce il diritto*, cit., p. 57.

Carnelutti fa riferimento principalmente all'etica, già l'ho segnalato – essa è un'osservazione che preoccupa alquanto e che suggerisce più di ciò che essa stessa non dica.

Opinare, infatti, che il fondamento del diritto – la sua giustizia³³ – alberghi al di fuori di questo, e che la sua conoscenza appartenga a un campo del sapere differente da quello giuridico, significa, come scrisse chiaramente Opocher, per esempio, coltivare “l'illusione di far valere la verità del diritto su di un piano meramente ideologico [... se non già porre in essere] il tentativo non meno illusorio di elidere il problema [fondativo] attraverso un panmoralismo altrettanto astratto”³⁴.

La qualcosa, però, va surrettiziamente oltre i limiti che Carnelutti considera, anzi, per certi versi essa proprio rischia di tradirne il fine (nobile) per effetto di un'eterogenesi concettuale, figlia – lo ribadisco – della vacuità ontologica del suo pensiero. Quello che Opocher chiama “panmoralismo astratto”, infatti, finisce per negare per via obliqua lo stesso diritto ad appannaggio della teoria delle fonti, la quale dà tosto conto, a sua volta, del suo analogato principale rappresentato dal c.d. dogma della sovranità. Vero è che l'astrattezza del “panmoralismo” trova il suo momento di concretizzazione nella sola positività della legge: la legge, pertanto, facendosi fonte del diritto, dà conto anche del che cosa della morale, cosicché – mi concedo una battuta – quello che avrebbe dovuto stare fuori e sopra, in realtà deriva dal di dentro e dal di sotto.

Pertanto tutto il relativismo e tutto il nihilismo che con soverchie fatiche Carnelutti stesso si è industriato a non far entrare dalla porta dell'Ordinamento e della sua interpretazione, trovano una certa possibilità di accesso dalla metaforica finestra rappresentata dalla deficienza ontologica del suo stesso pensiero.

E se anche il relativismo e il nihilismo non entrassero nell'Ordinamento, o non entrassero completamente, comunque le tesi carneluttiane lascerebbero loro aperto un comodo spiraglio poiché un diritto senza fondamento proprio, attraverso la duttilità delle sue stesse fonti e attraverso le tecniche normative che esso stesso postula, può includere ed escludere qualunque cosa. Esso può prestarsi – lo dico ancora mutuando dall'Opera di Danilo Castellano – tanto alla via escludente, o alla francese; quanto alla via includente, o all'americana, e ciò per creare nuovi diritti, per assurgere al rango di diritto qualunque pretesa, o *viceversa* per escludere o negare qualunque diritto e qualunque legittima facoltà³⁵. Che poi una folta operata

³³ Carnelutti chiaramente scrive che “la giustizia è conformità all'ordine dell'universo [e che] il diritto è giusto quando serve realmente a mettere ordine della società” (F. Carnelutti, *Come nasce il diritto*, cit., pp. 53 e ss.).

³⁴ E. Opocher, “Il diritto senza verità”, in Aa.Vv., *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti. Volume primo. Filosofia e teoria generale del diritto*, cit., p. 190.

³⁵ Faccio riferimento alla terminologia che Danilo Castellano ha usato con riguardo al tema della laicità: egli, infatti, osserva che la laicità escludente “implica [indicativo mio], da una parte, l'esclusione del fenomeno religioso dall'ordinamento giuridico; dall'altra, essa pretende [indicativo mio] di regolamentare la coesistenza senza interferenze, né dirette né indirette, dal potere religioso, [... mentre la laicità escludente] considera e include il fenomeno religioso ma come diritto all'esercizio della libertà negativa”. D. Castellano, *Ordine etico e diritto*, Esi, Napoli, 2011, p. 31.

l'inclusione o l'esclusione tutto si riduca, tecnicamente, a unità, esso è un diverso discorso, ancora una volta mutò sopra il tema del fondamento.

Si tratta, allora, di un problema di non poco conto che investe la stessa dogmatica dell'Ordinamento giuridico, e per certi aspetti almeno anche la dottrina dello Stato. Non ho qui lo spazio per soffermarmi, ricordo, però, che Natalino Irti, leggendo l'Opera di Carnelutti, ne individua una causa, e non senza ragione, nel "senso dell'unità, così forte e profondo"³⁶ che Carnelutti medesimo avverte, fino a dare l'impressione che esso "prevalga a tratti sull'esercizio dell'analisi".

Ebbene, l'unità in parola è ovviamente quella dell'Ordinamento positivo, cui, secondo Carnelutti, non può rinunziarsi, infatti – egli scrive – "non siamo meno piccoli di fronte allo Stato che l'astronomo in faccia al firmamento"³⁷, e lo Stato, che in questo caso può leggersi anche come Ordinamento, allo stesso modo del firmamento, è necessariamente unitario, granitico, perfettamente coerente con sé medesimo. Ecco: il punto problematico è colto proprio da Irti quando egli rileva che "il timore di infrangere la compattezza del reale [... finisce] per tutto accogliere e tutto ricomporre"³⁸. E invero se il diritto positivo non ha come condizione ontologica il diritto naturale e se il fondamento del diritto non alberga nel suo essere, ogni diritto, e più correttamente dovrei dire ogni norma, si compatta e si compone alle altre grazie agli artifizii della tecnica legislativa dando luogo a un sistema sempre coerente con sé stesso, almeno sotto il profilo funzionale e operativo.

Pertanto – ho parlato della metodologia e concludo il ragionamento sul punto – il metodo della metodologia carneluttiana, se è, come esso è necessariamente, metodo del diritto positivo e metodo per il diritto positivo, dunque metodo dell'Ordinamento vigente e per l'Ordinamento vigente, esso stesso non può che dipendere dal sistema giuridico di riferimento; esso quindi, piuttosto che metodo è tecnica applicata o, come Carnelutti stesso scrive, "scienza tecnica"³⁹, difatti "la scienza serve la tecnica e la tecnica serve la scienza; non si fa della tecnica senza la scienza, ma occorre la tecnica affinché la scienza raggiunga la sua perfezione"⁴⁰.

Di talché credo corrisponda al vero l'osservazione secondo la quale ciascheduno dei molti *temi carneluttiani* è colto, studiato, approfondito non solo per le specificità sue proprie, ma anche e soprattutto per il significato che esso assume nell'ambito del suo *sistema*, e in generale nell'ambito dell'Ordinamento giuridico positivo, il quale rappresenta per Carnelutti l'irrefragabile orizzonte concettuale e operativo di riferimento, dunque... il sistema dei sistemi, ovverosia il

³⁶ N. Irti, "La 'metodologia del diritto' di Francesco Carnelutti", in F. Carnelutti, *Metodologia del diritto* (1939), a cura di N. Irti, Cedam, Padova, 1990, p. X.

³⁷ F. Carnelutti, *Metodologia del diritto*, cit., p. 68.

³⁸ N. Irti, *op. cit.*, p. X.

³⁹ F. Carnelutti, *Metodologia del diritto*, cit., p. 20.

⁴⁰ *Ivi*, p. 21.

sistema al quale è comunque necessario fare capo, almeno per quanto attiene ai problemi del giuridico *lato sensu* inteso.

3. Un'ansia insoddisfatta: aperture e chiusure.

Ebbene, con riguardo alla dottrina carneluttiana ho prima parlato di interesse teorico per le concettualizzazioni, piuttosto che di sistematicità teoretica.

Lo confermo, ma la cosa va un poco spiegata allo scopo di evitare equivoci o fraintendimenti, se non altro perché la conclusione del precedente paragrafo tenderebbe a deporre in senso diverso, quando non opposto.

Non credo, allora, che questa lettura, o per meglio dire questa prospettiva d'esame della produzione di Francesco Carnelutti sia per sé stessa esaustiva, né credo che essa dia compiutamente conto del magistero che egli ha lasciato; anzi ritengo che sarebbe ingeneroso ridurre la sua Opera a una più o meno solenne e raffinata sistemazione di istituti, particolarmente considerando alcuni suoi contributi della maturità, quand'egli – in una pagina lo scrive *apertis verbis* – proprio fa “ammenda [...] di quella specie di agnosticismo etico che [...] gli] parve, per lungo tempo, il carattere della scienza del diritto”⁴¹. Fare ammenda, però, non significa superare...

Si tratta di una ammissione nobile e coraggiosa che certamente gli fa onore, e come uomo e come studioso; a maggiore ragione gli fa onore come cattedratico, in ispecie come professore di diritto positivo.

E dico questo, soprattutto considerando che egli non riconosce solo un difetto “delle correnti di pensiero che hanno dominato la [...] sua] educazione”⁴², e alle quali egli stesso ha aderito con certa entusiastica convinzione, mai abbandonandole del tutto, peraltro; ma proprio ne coglie, in tutta la sua disarmante profondità, più che un limite o un errore intrinseco, una deficienza grave e incolmabile, vale a dire una deficienza fondativa, quasi gli fosse mancata – come si dice in questi casi – la terra al di sotto dei piedi. Prima ho cercato di vedere con che cosa Carnelutti abbia tentato di colmare questo vuoto e mi è parso di dover concludere che egli abbia trovato il materiale che gli serviva al di fuori dal campo del diritto, quasi in un atteggiamento di scoraggiato abbandono e di rinuncia: “la verità è discesa dal cielo e la via della verità è quella che vi conduce”⁴³.

A mio avviso, infatti, Carnelutti avverte intima, inesausta e insoddisfatta, una tensione che va oltre l'istituto da lui esaminato e sistematizzato: egli ha una palese, profonda e sincera vocazione fondazionistica, anche se essa resta “prigioniera” – già prima lo accennavo – del metodo teorico a margine del quale essa stessa si manifesta come problema attuale o futuribile, e anche se l'indagine intorno a questa

⁴¹ *Ivi*, p. 29.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ *Ivi*, p. 113.

talvolta abbandoni il rigore della dottrina (oggi si direbbe scientifico) per lasciarsi *illuminare* da intuizioni, da sentimenti, dalla fede.

Tant'è vero che la “intonazione misteriosa e mistica”⁴⁴ di una parte (almeno) dell'Opera carneluttiana – come scrive per esempio Claudio Consolo – ha una “capacità indubbia di vocazione e di evocazione nel campo giuridico del sogno dell'*alta rerum quies*”⁴⁵. Il problema è, infatti, che Carnelutti cerca ciò che gli occorre per rispondere alle sue stesse domande fuori dal contesto ove *viceversa* dovrebbe cercare e ove, infondo, vi troverebbe più di quanto egli creda.

Anche se, in verità, – pure questo va detto – qua e là sparsa nella sua voluminosa Opera qualche cosa che lo porti nella via del diritto naturale, o che comunque gliela faccia vedere, non manca; egli, per esempio, smentendosi e contraddicendosi, dopo avere detto che “finché un positivismo ci sia, le sue regole prevalgono su quelle del diritto naturale”⁴⁶, afferma che “la giustizia è misura della legge; e poiché giustizia di una cosa è conformità di essa a qualche altra cosa, non si può non inferirne che di là della legge vi è qualche cosa, senza di cui la legge non potrebbe operare”⁴⁷: si tratta della giustizia, ma la giustizia è appunto nel diritto, alla sua causa e al suo fine, non fuori...

Mi spiego meglio, per evitare di rimanere su un piano del ragionamento eccessivamente astratto e forse oscuro.

Anche parlando del reato, per esempio, e riproponendone una definizione formale-positivistica, quale “fatto che la legge determina come causa di punizione di chi lo ha commesso”⁴⁸, Carnelutti dimostra una certa *insoddisfazione*, tanto che egli, già nelle prime pagine del volume che punto dedica alla teoria (generale) del reato, avverte l'esigenza di precisare, quasi dandolo per scontato, che i fatti cui si dà il nome di reati sono essi “in contrasto con il bene comune”, cioè con un bene che è in sé oggettivo e che non coincide *sic et simpliciter* con gli stilemi della grezza legalità costituita⁴⁹; anzi per un certo verso essa ne è (o ne dovrebbe essere) condizionata.

Altro significato avrebbe, invero, un riferimento al c.d. bene pubblico o al c.d. interesse generale: essi, infatti, sono *figli*, entrambi, della stessa modernità giurpolitica e positivista, e una forma *pura* e integrale di teoria – kelseniana, potrei anche dire – non avrebbe ragione né di discuterli, né, tantomeno, di pretermetterli

⁴⁴ C. Consolo, “Avant-propôs”, in F. Carnelutti, *Arte del diritto*, cit., p. XV.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ F. Carnelutti, “Diritto naturale?”, cit., p. 148.

⁴⁷ F. Carnelutti, “Bilancio del positivismo giuridico”, in Id., *Discorsi intorno al diritto*, II, Cedam, Padova, 1937, p. 256.

⁴⁸ F. Carnelutti, *Teoria generale del reato*, Cedam, Padova, 1933, pp. 20 e ss.

⁴⁹ Sul tema del bene comune già mi sono soffermato altrove (cfr. R. Di Marco, “Autodeterminazione e bene comune. L'ordine razionale della persona (umana) quale criterio di verità oggettiva per l'ordine (in sé) razionale della comunità politica”, in *Prudentia Iuris*, 87 (2019), pp. 1-28) e ne faccio rinvio. Segnalo anche una preziosa pubblicazione straniera che raccoglie interessanti contributi sul tema: cfr. M. Ayuso (a cura di), *El bien común. Cuestiones actuales e implicaciones político-jurídicas*, Itinerarios – Fundación Elías de Tejada, Madrid, 2013.

ad appannaggio di un valore agli stessi superiore, quando non supremo, quale appunto è il bene comune cui Carnelutti si appella.

Vero è infatti che alla luce del c.d. principio di legalità – *nullum crimen sine lege* – il reato dipende essenzialmente (*id est*, per essenza) dalla legge quanto al suo stesso oggetto, eppertanto la qualità (*recte*, la qualificazione) del bene dalla stessa tutelato come bene giuridico, prescinde dalla sua (eventuale) natura di bene *in se* ed esso è *bene* in quanto e solo in quanto la legge ne accorda una protezione: sotto il profilo ontologico potrebbe anche trattarsi di un male (*in se*). E quanti ne sono gl'esempi storici!

Il riferimento carneluttiano al bene comune, *viceversa*, – lo preciso anche *a pro* dei penalisti – è un riferimento il quale, a bene intenderlo, ha in se qualche cosa di diverso e di prevalente rispetto all'appena citato bene giuridico, particolarmente considerando che il c.d. bene giuridico è fatto coincidere con quello che Mantovani per esempio chiama “oggetto giuridico del reato”⁵⁰, ovverosia con “il bene o interesse [...] che è tutelato dalla norma incriminatrice”, giusta l'opzione del Legislatore.

In quest'accezione del c.d. bene giuridico quale oggetto della tutela penale, allora, è la norma positiva che attraverso la sua stessa fattispecie astratta qualifica e tipizza come bene o interesse ciò che non può essere lesa o esposta a pericolo senza incorrere nella sanzione, appunto penale, che essa stessa contempla. Onde il bene viene a dipendere dalla norma, non è esso criterio o regola di questa. Anzi, esso viene a dipendere dalla sanzione, quale *ubi consistam* della norma⁵¹. Vale a dire che è o sarebbe bene, in ispecie bene giuridico, qualunque cosa possa vantare a propria tutela un precetto positivo di natura penale, ovverosia un precetto di legge correlato all'applicazione di una pena, a sua volta definita come tale per norma.

Francesco Carnelutti, invece, a proposito dei reati, conclude che “la loro stessa natura, fondata sul contrasto col bene comune, dimostra che contro di essi la società, se vuol vivere, deve reagire”⁵², onde la natura di male rispetto al bene comune è insita nel fatto-reato, è qualche cosa che si impone alla stessa fattispecie e per estensione allo stesso Ordinamento positivo, allo stesso Legislatore.

⁵⁰ F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, Cedam, Padova, 2011⁷, p. 194.

⁵¹ Sul problema della sanzione molto è stato scritto e non è qui opportuno gravare il testo con elenchi, rinvio alle riflessioni da me sviluppate in un recente volume, dove mi sono marginalmente occupato anche di queste cose. Cfr. R. Di Marco, *L'intelligenza del diritto. Sulla “oggettività” come problema giuridico... oltre il positivismo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019. Annoto ora, in modo assolutamente schematico, che la sanzione è esterna alla norma e che la norma vale, se essa vale, ovviamente, in quanto regola di giustizia, non in quanto precetto coattivamente fatto rispettare. Anche il bandito fa coattivamente rispettare i suoi ordini... La sanzione e la sua minaccia, infatti, sono *ad adiuvandum*: servono per rendere effettiva la norma, per dare alla stessa la forza necessaria a imporsi e a fare giustizia, non le attribuiscono invece, come il positivismo tutto opina, un valore giuridico, che punto è indipendente dal tema della coercizione. La forza serve al diritto – questo è vero – ma non lo qualifica, anzi ne è qualificata: in ragione del diritto si discerne la forza dalla violenza, con buona pace di Kelsen il quale, come è noto, tutto riduce alla regolarità del sistema costituito ed effettivo.

⁵² F. Carnelutti, *Teoria generale del reato*, cit., p. 1.

Come ho detto, tuttavia, si tratta di un discorso che Carnelutti dà per scontato (e mi permetto dire, con troppa ottimistica fiducia) e che, a bene intendere il suo scritto, egli non porta al debito compimento, se mai lo lascia sullo sfondo. Appesantito e forse anche ipotecato ancora dai costrutti positivisticici e dall'irrefragabile spirito teorico il quale non lo lascia uscire del tutto dalla gabbia dell'Ordinamento, Carnelutti riprende e fa proprio il *supra* citato *principio di legalità*, così affermando *apertis verbis* che il "reato si specifica in ragione del mezzo impiegato per impedire il compimento del fatto dannoso"⁵³, il quale mezzo avrebbe – come egli stesso dice in altra pagina – un lato politico, cioè relativo alla scelta dei fatti da perseguirsi; e un lato tecnico, cioè relativo alla formulazione delle connesse fattispecie⁵⁴, non una dimensione oggettiva, non una natura di male in sé. Onde la volontà del Legislatore, piuttosto che la citata *natura rerum*, in ultima istanza, determinerebbe l'essenza del fatto-reato come reato, la sua antigiuridicità, come anche può dirsi secondo la manualistica più consolidata⁵⁵, il suo essere *contra ius*.

E un tanto riprende – se così posso dire – il tema di prima giacché siffatta conclusione del ragionamento carneluttiano lascia alla c.d. scelta politica l'individuazione del *bene* da proteggersi, e alla tecnica normativa la sua qualificazione di bene giuridico attraverso la formulazione della fattispecie (positiva).

Il problema è che qui non si fa appello alla politica del diritto classicamente intesa, cioè alla scelta politica che è *in sé* regolata dal suo proprio fine intrinseco – richiamo in merito l'arte regale di Platone, per esempio –, ma si fa riferimento alla scelta *sic et simpliciter* del Legislatore, e meglio potrei dire alla scelta sovrana dello Stato, così da rendere più immediatamente il concetto.

Se poi si consideri che "le leggi sono [...] fatte, se non proprio soltanto, almeno anche da uomini che non hanno imparato a farle"⁵⁶ – come lo stesso Carnelutti constata con disarmante lucidità – ciò anziché dipanare la questione, proprio l'aggrava nel senso di una quantomeno possibile, se non probabile vacuità ontologica del bene giuridico e in generale dell'oggetto del diritto.

Dov'è andato allora il bene comune?

Non dico che esso si sia eclissato o che esso si sia smarrito nei meandri del ragionamento positivisticico, forse questo sarebbe un po' troppo ingeneroso verso Carnelutti; dico però che esso si estranea – questo sì – dal diritto e si pone alla

⁵³ *Ivi*, p. 8.

⁵⁴ *Ivi*, p. 7.

⁵⁵ Si afferma, per esempio, che "la tipicità o conformità alla fattispecie fornisce [...] un indizio del carattere antigiuridico del fatto". G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2007⁵, p. 181; ovviamente il termine "indizio" è riferirsi agli altri elementi, altrettanto tipico-normativi, che la fattispecie concreta deve integrare affinché si perfezioni il procedimento di sussunzione, non alla natura del fatto-reato.

⁵⁶ F. Carnelutti, *Come nasce il diritto*, cit., p. 6.

stregua di un'opzione del Legislatore, di una scelta che egli può fare. E così come egli può farla, può allo stesso modo non farla o può farne di diverse... la fonte del diritto carneluttiano (positivo) è la medesima, cambierà solo il contenuto, il mutamento del contenuto, però, non è indifferente.

Cionondimeno – e chiudo quest'esempio già troppo esteso – se un testo dedicato alla teoria, in questo caso alla teoria del reato, principia con un'osservazione come quella che ho testé presentata sul bene comune – osservazione che teorica non è affatto, ma essenzialmente teoretica – un tanto sta a significare che il teorico, il sistematore di istituti, è quasi inconsapevolmente consapevole dell'insufficienza genetica della sua stessa disciplina. Che poi egli la superi è un altro discorso!

Il problema carneluttiano, allora, è sì normativo – indubbiamente – esso è sì legale, e finanche a tratti legalistico, ma la norma e la legge, se bastano al loro sistema di riferimento, esse non bastano a sé stesse, tantomeno bastano a fondare l'Ordinamento che le contempla.

Dice molto bene, pertanto, Natalino Irti quand'egli scrive che “le pagine carneluttiane rilevano una profonda ambiguità”⁵⁷, indice, infondo, del tormento interiore – sincero, credo di potere dire – del loro stesso Autore il quale resta positivista, pur impegnandosi a rifiutare il relativismo che ne conseguirebbe.

Carnelutti, cioè – riprendo il discorso di prima –, ambisce a disvelare il fondamento di quel *diritto* che egli indaga e che egli sistema, ordina, compone in tutte le sue declinazioni positive. E ciò significa che nel pensiero carneluttiano non solo un fondamento c'è, ci deve essere e non può non esservi, ma anche che esso è autenticamente fondativo dell'intero sistema; gli è necessario.

Ciò non consente di affermare, però, che Carnelutti lo veda al suo interno, che la necessità fondativa si faccia nel suo pensiero regola operativa: si tratta piuttosto – lo dico consapevole della *contradictio in terminis* che ne è insita – di una *condicio sine qua non*... presupposta e per certi aspetti oscura e travagliata, tant'è vero che intorno a questo fondamento, sempre secondo Carnelutti, “il giurista, il quale pretende di sapere come è il diritto [...] non sa, al fine, niente di preciso. Si esprime [...] piuttosto che come un dotto, come un poeta”⁵⁸.

E questo è il *punctum dolens* che infondo rappresenta il nodo gordiano del mio modesto contributo.

Invero – come Carnelutti stesso scrive – “anche il giurista, come l'astronomo, scruta il suo firmamento per scoprire le leggi, che ne guidano l'eterno moto”⁵⁹, e le “leggi che [...] guidano l'eterno moto” del firmamento giuridico, non sono date dalle sue *fonti positive*, esse non coincidono con l'insieme delle norme vigenti, convenzionalmente autosufficienti, ma proprio sono rappresentate da quel fondamento cui testé mi sono riferito, il quale lo irradia e forse anche lo vivifica... però – sostiene Carnelutti – dal di fuori.

⁵⁷ N. Irti, *op. cit.*, p. XII.

⁵⁸ F. Carnelutti, *Arte del diritto*, cit., p. 18.

⁵⁹ F. Carnelutti, *Metodologia del diritto*, cit., pp. 33 e s.

Ed è proprio il *di fuori* che non consente a Carnelutti di trascendere completamente l'impianto teorico per ascendere a quello teoretico, e in altre parole di superare la teoria e di giungere alla filosofia, e meglio dovrei dire alla vera filosofia, la quale, secondo Ulpiano, per esempio, è l'essenza stessa del giurista⁶⁰.

In altri e più schietti termini il punto è questo, che Carnelutti si individua e coglie nella morale il fondamento del diritto, tanto da concludere che di fronte alle "supreme leggi etiche [...] l'onnipotenza del diritto appare una miserabile illusione"⁶¹, ma non abbandona – anzi, la afferma – la concezione secondo la quale "il diritto, a ben guardarlo si mostra come una sola, immensa, istituzione [...] perché [...] il diritto si risolve nello Stato"⁶². Lo Stato che Carnelutti ha in mente, però... è lo Stato in senso moderno, lo Stato sovrano, non già la comunità politica classica, della quale parla per esempio Aristotele⁶³. Pertanto il diritto cui egli allude e che costituisce l'oggetto del suo studio, come anche il suo tormento, è necessariamente e inevitabilmente il diritto *di stato*, il diritto della legalità positiva, il diritto delle fonti.

Questo significa, a mio avviso, che Francesco Carnelutti, se è indubbiamente, uno studioso delle cc.dd. fonti normative nel loro sistema, ovverosia nel loro ordinamento, e sotto questo profilo il suo atteggiamento è indubbiamente positivisticò, tanto da arrivare a scrivere *apertis verbis* "per me il diritto non è e non può essere che positivo"⁶⁴; egli è altrettanto ansioso – forse conturbato, inquieto – nel ricercare l'*ubi consistam* sul quale quest'Ordinamento effettivamente poggia, vale a dire, per adoperare le sue stesse parole, nello "scoprire le leggi metaempiriche [...] del suo divenire, e tra queste le ultime, le più alte, sono quelle regole della giustizia, delle quali il legislatore è Dio"⁶⁵.

E probabilmente – è questa un'impressione che mi sono fatta e che lascio al Lettore quasi con un punto interrogativo – la ecletticità di Francesco Carnelutti, il suo interesse quasi parossistico per branche del diritto nettamente distinte tra loro, e spesso accademicamente lontane nell'ordinamento degli studii universitarii – il diritto penale, la procedura civile, il diritto commerciale, il diritto del lavoro, la metodologia giuridica, la teoria generale *et coetera* –, unitamente agli altri interessi intellettuali che pur molto lo hanno impegnato, dà conto proprio di questa sua *sete* intellettuale e morale, che lo rende problematicamente aperto.

⁶⁰ Cfr. D. Ulpiano, D. I. I. 1.

⁶¹ F. Carnelutti, *Metodologia del diritto*, cit., p. 62.

⁶² *Ivi*, p. 67.

⁶³ Cfr. Aristotele, *Politica*, 1252 a.

⁶⁴ F. Carnelutti, *Metodologia del diritto*, cit., p. 62.

⁶⁵ *Ibidem*.

4. Poche parole conclusive.

Chiudendo questa breve analisi con la consapevolezza che essa appena potrebbe incominciare, rilevo che alla luce di quanto *supra* svolto il realismo giuridico di Carnelutti, la sua ansia di fondare il diritto (che per lui è e resta solo quello *positum*, anche se a volte sembra cedere su questa fronte), si dimostra come un realismo piuttosto sociologico che metafisico, piuttosto sentimentale che filosofico, come un realismo che non involge la scienza del diritto e che da questa non è né colto, né coglibile. Onde mi chiedo: è esso vero realismo?

Ciò mi lascia conturbato di fronte all'oggettiva difficoltà di lettura della poderosa e interessante e problematica Opera carneluttiana.

Traggo conforto per questi miei dubbi, peraltro, anche dalla circostanza in virtù della quale, non senza un certo fondamento – e non nego che la cosa si presti a essere ulteriormente discussa – Natalino Irti conclude il suo scritto su Carnelutti proprio rilevando che “siamo sulla soglia del mistero. Un regno sconosciuto e inconoscibile è il supremo approdo della scienza, [... onde] la salvezza è nel suicidio della ragione. Il compito della scienza nella sua autodistruzione”⁶⁶.

Il fatto è che Carnelutti, il quale pur appetisce al vero del diritto e alla sua intelligenza, si dimostra presbite sotto questo profilo, in quanto egli non scorge ciò che ha, almeno in parte, sotto gl'occhi. O meglio, egli, di ciò che ha sotto gl'occhi, non vede aspetti che sarebbero assai significativi proprio al fine di placare la sua stessa ansia fondativa, e proprio al fine di evitare le derive alle quali egli cede e s'arrende – direi, con gergo militare – in campo aperto, anche se non gli negherei l'attenuante di avere esauriti gl'estremi mezzi di difesa, almeno considerandoli *ex latere rei*.

Facendo ancora una volta mio il magistero di Danilo Castellano⁶⁷, allora, il realismo del quale è addirittura adamantino in tutta la sua ampia produzione, ed entrando *in medias res*, annoto, con solamente qualche appunto, che l'Ordinamento giuridico, principalmente quello codicistico, dà di sé stesso una certa, buona prova in termini di fondamento nell'ordine della giustizia, che dunque non gli è estranea.

Senza quest'ordine sostanziale e trasversale, peraltro, esso nemmeno avrebbe giuoco facile nell'imporsi, ostandovi la naturale intelligenza dell'essere umano che discerne il bene dal male e il giusto dall'ingiusto vieppiù per sinderesi, cioè... naturalmente. Che poi l'essere umano stesso adegui sempre e spontaneamente la propria condotta al giusto che vede, intende e conosce, essa è un'altra cosa; e quando Ovidio canta nel suo verso “*video meliora proboque, sed deteriora sequor*”⁶⁸, di fatto egli ritrae l'effettiva condizione della storia umana.

Di talché anche il diritto positivo, l'insieme delle leggi, delle norme, delle regole che lo Stato pone e impone attraverso le sue stesse strutture istituzionali,

⁶⁶ N. Irti, *op. cit.*, p. XIX.

⁶⁷ D. Castellano, “Sul realismo del Codice civile italiano”, in Id., *Quale diritto? Su fonti, forme, fondamento della giustizia*, cit., pp. 93 e ss.

⁶⁸ P. Ovidio, *Metamorfosi*, VII, 20-21.

anche se non tutte e anche se non sempre, dimostrano che il fondamento del diritto... è nel diritto e che il diritto è in sé fondato nell'ordine della sostanziale giustizia, sempre che esso sia diritto *in se*, ovviamente.

In altre parole anche l'Ordinamento positivo si fa almeno in parte latore e testimone del diritto naturale, esso dà conto di quello che il già citato Sergio Cotta definisce, con formula assai felice, "diritto naturale vigente". Sicché, ancora una volta, la giustizia non è affatto fuori dal diritto, ma dentro, alla sua base, alle fondamenta del suo stesso essere *secundum naturam*.

Se poi si osservi che un tanto possa dare luogo anche a contraddizioni e anche a incoerenze interne allo stesso sistema di riferimento, esso è un diverso discorso, indubbiamente fondato, drammaticamente fondato, ma attinente ad aspetti che non negano il valore giuridico delle giuste norme positive. Tantomeno essi negano la giustizia intrinseca all'*esse iuris*, vale a dire che il diritto sia diritto secondo la sua stessa natura e in virtù del suo proprio statuto ontologico di *res iusta*.

Ciò non significa, allora – mi spiego subito, per evitare fraintendimenti – che l'Ordinamento non presenti soverchi profili di problematicità e financo soverchie deviazioni verso l'*iniuria*, anzi! Soprattutto considerando la legislazione successiva all'entrata in vigore della Costituzione, e particolarmente quella degli'ultimi tempi in vari settori (i cc.dd. diritti civili, i c.d. diritto tributario e fiscale, la disciplina della proprietà, solo per fare alcuni esempi), il problema c'è ed esso emerge nettissimo⁶⁹. Ma se si ponesse mente al codice civile, per esempio – cito questo per seguire l'ordine argomentativo di Castellano il quale ho testé richiamato, ma lo stesso potrebbe dirsi anche per altre norme –, ebbene tosto emergerebbe che esso non è, come pure proclama l'art. 1 delle cc.dd. preleggi, fonte di quel diritto che esso stesso... codifica; esso non ne è artefice nel senso che il *suo* diritto e i diritti che esso positivizza dipendono dalla volontà arbitraria del Legislatore. All'opposto: il codice civile – per restare all'esempio *de quo* – fa palese un compendio di principii giuridici i quali hanno fondamento proprio nell'ordine della giustizia, nella natura stessa delle cose che vengono per norma regolate, dando così prova concreta e – direi – positiva che la natura delle cose è normativa e regolativa *ex se*.

Così – ecco un esempio – per fondare la disciplina normativa della compravendita, la quale impone all'acquirente di pagare il prezzo della cosa acquistata, non occorre – anzi sarebbe erroneo – uscire dal diritto e appellarsi alla fede, alla morale o ad altro: il principio che regola la compra-vendita, infatti, è esso un principio essenzialmente giuridico; esso è un principio che il codice, il diritto positivo, riconosce, coglie, codifica, ma non crea.

La natura remuneratoria della donazione fatta per ispirito di ricompensa, in luogo della liberalità gratuita – per fare un altro esempio –, non è essa creata dal codice che ne appresta una precipua disciplina, differente da quella per la donazione *sic et simpliciter*, ma dal codice stesso essa è riconosciuta per ciò che essa medesima

⁶⁹ Ho messo un poco in luce il problema *de quo* nel mio ultimo lavoro monografico, cui faccio rinvio. Cfr. R. Di Marco, *Diritto e "nuovi diritti". L'ordine del diritto e il problema del suo fondamento attraverso la lettura di alcune questioni biogiuridiche*, Giappichelli, Torino, 2021.

è e per la normatività che le è intrinseca rispetto ai rapporti tra donante e donatario (per esempio in materia di alimenti).

Dunque – non vado oltre con gli esempi – guardando al diritto, anche a quello positivo, se si vuole innanzitutto a quello positivo, ma guardandovi con atteggiamento e con ispirito autenticamente filosofici, non accontentandosi della sola teoria, ben tosto si scorge che esso fa palese il proprio fondamento naturale, e quando questo fondamento difetti, altrettanto palese si fa la sua deficienza.

Allo stesso modo, i principi del diritto, che in parte possono evincersi anche dalle norme positive, come ho cercato di suggerire, danno conto di come essi, piuttosto che derivare dalla morale ne declinano un aspetto, ne inverano un capitolo; ché infatti il giusto è una forma del buono.

Certo: tutto questo discorso impone di abbandonare la tesi secondo la quale il diritto è essenzialmente un prodotto della sovrana volontà del Legislatore, e tutto ciò che per mezzo di questa non si fa *norma posita* diritto non è.