

Carnelutti e il metadiritto

Aurelio Gentili

Università degli Studi Roma Tre

Abstract: Carnelutti and the Meta-Law

The legal doctrine of Francesco Carnelutti is based on extra-juridical grounds and uses several meta-juridical concepts. It appears to be built with naturalistic elements and reveals an ideological background. In particular, the author's idea of the way in which legal effects are produced is open to criticism. The ontic conception adopted seems inadequate to grasp the essential deontic character of law.

Keywords: General Theory of Law, Meta-Law, Legal Effects.

Sommario: 1. Una concezione metagiuridica del diritto – 2. Una teoria generale naturalistica su base ideologica – 3. La produzione di effetti giuridici in una concezione metagiuridica: a) natura e ruolo delle leggi – 4. (segue): b) natura e ruolo del fatto – 5. (segue): c) la causalità giuridica – 6. Le criticità di una concezione ontica del diritto – 7. Una osservazione conclusiva.

1. Una concezione metagiuridica del diritto

Le concezioni sono strade del pensiero. E come le strade si distinguono per l'origine il percorso e la meta. La concezione del diritto di Francesco Carnelutti¹ ha origine fuori del diritto, nell'etica, e sbocca fuori del diritto, nell'economia², passando per

¹ Sulla figura, umana e scientifica, di Francesco Carnelutti v. G. Tarello, "Carnelutti Francesco", in *Dizionario Biografico degli Italiani*, XX, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1977, *ad vocem*.

² "Lo scopo del diritto consiste nel *ridurre all'etica l'economia* [...] Il diritto ha dunque una posizione intermedia tra l'etica e l'economia [...] La formula si può tradurre in quest'altra: *imporre l'etica all'economia*". F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, Foro italiano, Roma, 1951³, rist. Esi, Napoli, p. 21 (corsivi dell'A.)

L'idea che lo scopo del diritto sia di imporre l'etica all'economia sollevò la sferzante critica di Norberto Bobbio (N. Bobbio, "Francesco Carnelutti teorico generale del diritto", in *Giurisprudenza italiana*, IV (1949), pp. 122 ss., ora in Id., *Studi sulla teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1956, p. 1 ss.), sia nel metodo ("[...] non si vede come il problema della funzione del diritto possa costituire una parte della teoria generale del diritto, la quale descrive la struttura dell'ordinamento", p. 10), sia nel merito ("Che la funzione del diritto sia di 'ridurre all'etica l'economia' è, espressa in questi termini, poco più che un'opinione personale del Carnelutti", p. 11). Carnelutti replicò sottolineando che per lui la riduzione dell'economia all'etica era "lo scopo" e non

idee di senso comune. È dunque in duplice senso metagiuridica: perché fondata su ciò che non è diritto e perché organizzata attraverso ciò che trascende il diritto³.

In questo non è unica. È se mai espressione (ma in modo tutto suo) di un'epoca del pensiero giuridico, in cui nella scienza giuridica dominavano, incontrandosi o scontrandosi, positivismo giuridico e positivismo filosofico. Ed è certamente quella che nel genere si mostra più compiuta e convinta (e sicura di sé⁴). È dunque frutto di una stagione che, come sempre le stagioni, torna ciclicamente ad essere attuale⁵, e per questo bisogna con essa periodicamente fare i conti. È la stagione delle concezioni *ontiche* del diritto o, come dice il nostro A., delle concezioni per cui “esso è un aspetto del mondo o della realtà. [...]. I giuristi trattano la realtà non meno dei medici, dei fisici, dei sociologi, degli economisti”⁶.

Il che può anche essere vero. Ma solo in uno studio del diritto dal punto di vista sociologico, dell'*essere*, e certo non da un punto di vista strettamente giuridico, del *dover essere*. Certo, si può studiare il diritto come fenomeno sociologico, e allora vedere come usi e prassi quei fenomeni in cui si traduce l'applicazione delle norme; o come fatto economico, e allora vedere come incentivi e disincentivi le sanzioni positive e negative che il diritto commina al verificarsi di certi atti. Ma qui del diritto manca quello che secondo l'opinione pressoché universale ne è il tratto specifico: il *dover essere* o *Sollen*.

la funzione del diritto (F. Carnelutti, “Prefazione alla terza edizione”, in Id., *Teoria generale del diritto*, cit., p. XIV). Ma la rettifica lessicale non pare mutare di molto i termini della questione.

Critico anche F. Ferrara, “Teoria del diritto e metafisica del diritto (a proposito di una recente pubblicazione)”, in *Archivio di Studi Corporativi*, 1942, ora in F. Ferrara, *Scritti giuridici*, III, Giuffrè, Milano, 1954, p. 443 ss., a p. 455: “La regola giuridica non dirime solo conflitti di interessi, ma disciplina anche combinazioni solidali di interessi, e non solo interessi economici, ma interessi familiari, personali, di qualunque ordine”.

³ Carnelutti fu scrittore poliedrico, non solo per essersi occupato di molte branche del diritto, ma anche per gli scritti che egli stesso avrebbe definito “metagiuridici”. Di qui un metodo eclettico, con il quale dall'originario radicamento nel positivismo e nel formalismo giuridico, l'A. passa a temi e approcci giusnaturalistici, sociologici, etici, religiosi. Questa varietà di metodi è riscontrata anche da F. Viola, “Metodologia, teoria e ideologia del diritto in F. Carnelutti”, in *Rivista di diritto processuale*, 1967, p. 12 ss., p. 31: “il C. appare indeciso tra formalismo e sociologismo fino al 1939, ed in seguito aderente inequivocabilmente alla teoria realistica”.

⁴ Basterebbe a dimostrarlo il tono oracolare dell'esposizione. Su un piano più pragmatico è degna di nota l'inusuale assoluta mancanza di bibliografia a supporto della trattazione, rilevata anche da V.E. Orlando, “La teoria generale del diritto di Francesco Carnelutti”, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1942, pp. 289-294.

⁵ Per un esempio recentissimo di concezione ontica del diritto v. M. Orlandi, *Introduzione alla logica giuridica*, Il mulino, Bologna, 2021.

⁶ F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, cit., p. 2.

Idee simili il Maestro udinese aveva espresso in precedenza nel suo F. Carnelutti, *Metodologia del diritto*, Cedam, Padova, 1939, in cui affermava essere compito della scienza giuridica scoprire “le regole dell'esperienza giuridica” (p. 33), che sarebbero non solo logiche ma psicologiche, fisiologiche, economiche e persino fisiche (pp. 26-27), e innanzitutto etiche, quali leggi di un ordine cui il diritto obbedisce (p. 30). Dovrebbe dunque la scienza giuridica, come le scienze naturali, “osservare” il “fenomeno” giuridico (p. 56).

Manca dunque in una visione ontica, che considera il diritto come aspetto della realtà, proprio il punto di vista giuridico sul diritto, che è un punto di vista *deontico*, inteso a cogliere quell'obbligatorietà del diritto che non è materiale coazione. Una obbligatorietà che si proietta sui fatti ma non è fatto. Da un punto di vista strettamente giuridico dire che il diritto è "esperienza", una "esperienza come tutte le altre"⁷, di cui i fenomeni materiali sono parte integrante, è come dire (servendosi di uno di quei paragoni fotografici tanto cari all'A. e ricorrenti nel suo dire) che della fotografia è parte anche la realtà materiale degli oggetti ritratti. L'essere non può fungere da elemento costitutivo del *dover essere*.

Ma questa, che valorizza il carattere specificamente deontico del diritto, non era l'opinione del Maestro udinese, che taccia di "più ingenua tra le concezioni" quella che separa essere e dover essere⁸. La sua è come detto una concezione strettamente ontica, che vede il diritto come una realtà fenomenica, le leggi giuridiche come parallele alle naturali⁹, la scienza giuridica come scienza di osservazione. E il lettore che voglia intendere la sua concezione deve adattarsi a queste idee, al tempo del resto diffuse – come detto –, sebbene possa poi giustamente stupirsi quando nella stessa pagina legge che "il diritto è qualcosa di spirituale"¹⁰.

Questa concezione si riverbera anche su ciò che vi è nel diritto, o meglio nella scienza del diritto, di più astratto ed estraneo alla realtà: i concetti. Che per F. Carnelutti sono ovviamente solo una parte di quel fenomeno *reale* che è il diritto (qui – si deve presumere – inteso come disciplina scientifica e non come fenomeno dell'esperienza: una distinzione ben radicata ma a quanto sembra estranea al punto di vista dell'A.). Non a caso egli scrive: "In particolare quei concetti del diritto, i quali servono a costruire, fra l'altro, gli articoli delle leggi, sono bensì degli strumenti del diritto, ma non sono tutto il diritto"¹¹.

Anche queste affermazioni suscitano perplessità. L'opinione comune ascrive i concetti alla scienza giuridica piuttosto che al diritto. Che i concetti siano parte del diritto è sostenibile se del diritto si ha l'idea che esso sia un discorso (prescrittivo) sui fatti. Ma questa non era l'idea di FC, per cui il diritto è fatto. Elemento

⁷ F. Carnelutti, "Prefazione alla terza edizione", cit., p. XII.

⁸ *Ivi*, p. XIX. Altrove egli scrive: "Mi par di tornare ai tempi, quando mi insegnavano, in un ambiente saturo di positivismo, essere rigorosamente interdetta al giurista la deontologia. Allora si pensava che ci fosse, come tra scienza e filosofia, così tra ontologico e deontologico, un taglio deciso. Guai se da codesti pregiudizi non mi fossi liberato!". Superfluo notare che il "taglio deciso", il "pregiudizio", è la Legge di Hume.

La posizione di Carnelutti suscitò dall'inizio dubbi. V. in tal senso le perplessità manifestate, recensendo la carneluttiana F. Carnelutti, *Metodologia del diritto*, cit., da G. Capograssi, "Leggendo la 'metodologia' di Carnelutti", in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1940, p. 22 ss., p. 29: "per alcuni addirittura l'esperienza giuridica è tutta normativa, è qualcosa che non ha nulla da fare con la realtà, con quello che è; è un puro dover essere".

⁹ Anche su questi dubbi in G. Capograssi, *op. cit.*, p. 27 s.

¹⁰ F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, cit., p. XII.

¹¹ *Ibidem*.

integrante del diritto, infatti, non è per lui solo ciò *con cui* il diritto opera ma anche ciò (i fatti, gli interessi, le cose) *su cui* opera¹². Il che si adatta benissimo ai concetti delle scienze fisiche che esprimono leggi interne alle realtà studiate, ma non si comprende bene come si adatti alle realtà di cui si occupa il diritto: forse che l'*obligatio propter rem* (per dirne una) è una caratteristica intrinseca alla natura reale della cosa posseduta, come la sua estensione, la sua conformazione, la sua consistenza?

Non basta. Tanto più i concetti del diritto sono fondamentali, tanto meno per il Nostro hanno base nel diritto: “Non v’è concetto giuridico, il quale non supponga uno o più concetti non giuridici alla sua base”¹³. Per l’A. l’ordine dell’universo, in sé inafferrabile, si scompone in regole, ed ecco il diritto naturale. Il diritto naturale viene dotato dalla potenza di un legislatore di sanzioni, ed ecco il diritto positivo. Che forgia concetti sulla base del diritto naturale, che li ha forgiati sulla base dell’ordine spazio-temporale dell’universo. I concetti giuridici dunque riposano su concetti non giuridici, che appartengono all’ordine naturale delle cose¹⁴. Il senso comune è matrice della sapienza.

La teoria generale di FC appare dunque non una teoria formale e trascendentale elaborata rispetto ad un concreto diritto positivo, ma piuttosto una dottrina sostanziale e ad esso immanente. E questo è quantomeno atipico rispetto all’idea corrente di “teoria generale del diritto”¹⁵. Dottrina e non teoria, perché come ora vedremo intrisa di opzioni ideologiche (o filosofiche, se si preferisce). E sostanziale, perché relativa alla funzione, lo scopo, il risultato del diritto, e non solo alla sua struttura.

Quel che è evidente, mi pare, in questo approccio è l’estrema incidenza che gli aspetti non giuridici vi esplicano. A livello di concezione generale prevalgono, come visto, gli aspetti extra-giuridici. A livello di singoli concetti di teoria generale, come meglio vedremo tra poco, prevalgono gli aspetti meta-giuridici. Ma in ogni caso il diritto nella visione di FC è una disciplina che affonda le sue radici e deriva i suoi concetti da altro che il diritto. E questo, nella stagione di rigido giuspositivismo e di forte autoreferenzialità della dottrina giuridica in cui il Maestro udinese è vissuto, fa di lui quantomeno una figura atipica del pensiero del suo tempo.

¹² Questo può essere vero, o comunque epistemologicamente corretto, per una scienza naturale, le cui leggi sono intrinseche alle realtà studiate. Ma appare molto sforzato – per non dire erroneo – per una disciplina come il diritto, che è una tecnica di regolazione di quelle realtà, attraverso leggi ad esse estranee, del tutto artificiali, che possono essere altre da quelle di un concreto ordinamento (e infatti mutano da un ordinamento all’altro, e possono essere mutate nel singolo ordinamento).

¹³ F. Carnelutti, “Prefazione alla seconda edizione”, cit., p. VII.

¹⁴ Nella letteratura giuridica contemporanea una riflessione ambivalente su questo tema è in D. Carusi, *L’ordine naturale delle cose*, Giappichelli, Torino, 2011 (e v. p. 6 ss.).

¹⁵ È questa la critica maggiore sollevata da N. Bobbio, *op. cit.*, spec. p. 10 ss., al metodo di Carnelutti.

2. Una teoria generale naturalistica su base ideologica

Il tratto più caratteristico del pensiero carneluttiano è costruire il diritto con materiali tratti dalle scienze naturali, dalla filosofia, dall'etica, dall'economia. Ne risulta una concezione volutamente “non pura” del diritto¹⁶. La concezione pura, ben nota all'A. è infatti da lui espressamente rigettata come esempio di indebito prevalere dell'analisi sulla sintesi: “Questo è, in particolare, il difetto di una moderna scuola giuridica [...]; essa medesima si è data il nome di *teoria pura del diritto*; [...] il suo torto metodologico consiste in uno squilibrio tra il momento analitico e il momento sintetico dell'indagine”¹⁷.

Francamente, non pare che il punto rilevante sia il giusto equilibrio tra analisi e sintesi. La questione non è di metodo ma di sostanza. Quel che Hans Kelsen si riprometteva era – con le sue parole – “una dottrina depurata da ogni ideologia politica e da ogni elemento scientifico naturalistico”¹⁸. Quel che FC si ripromette è invece di usare proprio l'elemento scientifico naturalistico e proprio una ideologia (che come vedremo è il senso comune per la parte teoretica, il liberismo in versione però potenzialmente autoritaria per la politica, e il cristianesimo per l'etica) per derivarne una teoria generale del diritto.

Usare anzitutto l'elemento naturalistico, che FC voleva intrinseco e costitutivo della sua tesi; che è appunto una *dottrina*, sebbene presentata come “teoria generale”; una dottrina in cui la realtà, i fatti, sono elemento intrinseco del diritto, e le leggi giuridiche si apparentano alle leggi naturali e in certo modo ne derivano.

E usare poi un'ideologia politica, che – in modo dissimulato quando afferma che “dove il conflitto di interessi non c'è non ha ragione di essere il diritto”¹⁹, o

¹⁶ Questo modo di Carnelutti di affrontare la costruzione di una teoria generale del diritto aveva sollecitato la implicita critica di Norberto Bobbio: “la teoria generale dovrebbe consistere nella costruzione di concetti che, prescindendo dal riferimento ad un determinato diritto positivo, costituiscono un sistema giuridico astratto che si potrebbe chiamare puro, o meglio ancora tipico” (*ivi*, p. 3).

Ma mentre questa critica è in sé corretta, e colpisce nel segno quanto all'uso del Maestro udinese di immettere in una teoria generale dati fattuali e valoriali, non sarebbe correttamente riferita alla costruzione di Carnelutti quanto al suo uso di riferirsi al diritto positivo italiano; ciò per due ragioni: la prima è che se è vero che Carnelutti prende ad esempio disposizioni del diritto italiano non per ciò formula i propri concetti in base ad esso e fa riferimento piuttosto a categorie concettuali estranee a questo o quell'ordinamento, come statica e dinamica, tempo e spazio e simili; la seconda è che lo stesso Bobbio ammette che “la teoria generale è sempre una *teoria del diritto positivo* onde si può parlare di una teoria generale del diritto italiano, del diritto internazionale, ecc.” (*ivi*, p. 6), e dunque Carnelutti non tradisce il senso della teoria generale ove la riferisce al diritto italiano.

¹⁷ F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, 3 ed., cit., p. 5.

¹⁸ H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto* (1934), trad. it., Einaudi, Torino, 1952, p. 19.

¹⁹ F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, cit., p. 15.

La tesi carneluttiana che il compito del diritto sia dirimere conflitti è parsa erroneamente restrittiva a F. Ferrara, *op. cit.*, p. 453: “la funzione del diritto non è semplicemente di dirimere conflitti d'interesse, ma la funzione *più ampia* di regolare i rapporti sociali, per *prevenire i conflitti*. [...]”

invece più esplicito quando afferma che “il dominio è come l’ombra di ciascun uomo”²⁰, e che “di essere ricchi o poveri gli uomini si possono vantare o lagnare allo stesso modo che di essere grandi o piccoli, belli o brutti, giovani o vecchi”²¹ – traspare dal suo approccio al diritto.

Approccio naturalistico e sottofondo ideologico sono dunque le cifre specifiche della inusuale teoria generale carneluttiana. E mentre solo si intuiscono negli scritti tecnico-giuridici dell’A., sono invece evidenti nell’opera alla teoria generale espressamente dedicata.

Sarebbe probabilmente giusto dire che adottare un approccio naturalistico al diritto è conseguenza di una precisa ideologia. Equiparare leggi giuridiche e leggi naturali (vedendo nella differenziazione “il più grave errore della teoria normativa del diritto”²²) nel quadro di una teoria imperativa (e quindi potenzialmente autoritaria), può servire a conferire ai comandi, e quindi alle artificiali leggi giuridiche, quella oggettività superiore ad ogni contestazione che le leggi naturali hanno²³.

Sarebbe poi probabilmente giusto osservare che fondare il diritto sull’etica suona benissimo, ma introduce l’insidiosa domanda “quale etica”? Perché l’etica non è univoca, a meno di credere all’oggettività dei valori. E se il Nostro non si è posto il problema è appunto perché cristianamente ci credeva. Non a caso afferma che “Giustizia è *conformità all’ordine dell’universo*”²⁴, che dunque ha uno ed unico ordine, incontestabile, che “in quanto guida la condotta dell’uomo, si chiama *ordine etico o morale*”²⁵.

Quindi, secondo me, il diritto serve alla realizzazione degli interessi umani, non già come un mezzo per comporre conflitti” (corsivi dell’A.).

²⁰ F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, cit., p. 14.

²¹ *Ivi*, p. 13 s.

²² F. Carnelutti, “Prefazione alla terza edizione”, cit., p. XI.

²³ È però doveroso riconoscere che l’A. tempera questa visione asserendo che fonte materiale del diritto e quindi dei precetti e comandi è la società (F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, 3 ed., cit., p. 49). Resta nebuloso se, essendo l’etica il fondamento del diritto, si riconosca che il concreto diritto di un ordinamento possa non esserle conforme. In questo senso depone tecnicamente l’ammissione di antinomie tra i comandi (p. 79 ss.), e concettualmente l’espressa ammissione che “il diritto, una volta nato dall’etica, può vivere, entro certi limiti, senza di questa: non nasce che come diritto giusto, ma vive anche come diritto ingiusto” (p. 198).

È inoltre utile ricordare che l’A. vede nella morale il regno della libertà e nel diritto un surrogato che la sopprime (rovesciando, evidentemente, la visione kantiana) – cfr. *ivi* p. 22.

²⁴ *Ivi*, p. 18.

Ancora una volta critico N. Bobbio, *op. cit.*, p. 11: “che l’universo abbia un ordine e che quest’ordine sia un ordine morale o etico, sono due affermazioni che acquistano senso soltanto se riferite ad una concezione metafisica che il Carnelutti accetta evidentemente per ragioni non teoretiche: naturalmente non gli si vuol far carico di ciò, per la ovvia ragione che non c’è nessuna ragione teoretica che riesca a dimostrare che un ordine vi sia e, posto che vi sia, sia un ordine morale, senza che un’altra ragione a pari diritto teoretica dimostri la tesi perfettamente contraria, cioè che non c’è ordine nell’universo e tanto meno un ordine morale”

²⁵ F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, cit., p. 19.

Sarebbe infine probabilmente giusto notare che, se l'etica fonda il diritto e il diritto fonda lo Stato²⁶, non è chiaro perché lo Stato giuridico non sia Stato etico, e questo sia invece una forma superiore, tenuta insieme dall'amore²⁷. L'A., che spiega bene come il diritto che la recepisce dia all'etica la propria forza, non spiega altrettanto bene come l'etica che lo fonda non dia al diritto la propria moralità.

Sono molte dunque le domande che nascono sullo sfondo ideologico e sul cuore naturalistico della teoria generale carneluttiana. Mi limito però ad accennare qui il punto senza svilupparlo ulteriormente, per dedicare queste pagine piuttosto agli aspetti tecnici di tale teoria. Resta comunque fermo che questo, naturalistico ed ideologico è l'approccio di FC alla teoria generale, che il *mainstream* degli studi vorrebbe invece neutra e artificiale.

Anche in una concezione del diritto che ha origine e meta fuori del diritto il percorso di necessità è dentro il diritto. Passa inevitabilmente per la spiegazione, nella chiave usata, di come il diritto imprime la sua regola sui fatti della vita. Concerne insomma la tecnica giuridica, fatta di fenomeni strettamente giuridici governati da concetti strettamente giuridici. Qui una teoria generale non sembra potersi valere di materiale extragiuridico, ma se mai solo di materiale in senso stretto metagiuridico, cioè di strumenti concettuali trascendentali rispetto al sistema positivo cui si riferiscono.

Vedremo che per il nostro A. così non è. È utile perciò ora volgersi a constatare come l'approccio adottato condizioni il nucleo centrale del pensiero dell'A., che si rintraccia – come sempre – nel carattere che la sua concezione dà a ciò che l'uso chiama produzione degli effetti giuridici. Gli effetti giuridici sono infatti il test di ogni concezione del diritto, perché è nel modo in cui viene spiegato come esso si imprime sui fatti che si rivela la natura e la tenuta di una teoria generale.

Quelli che l'uso chiama effetti giuridici, appunto in quanto “effetti” (sia poi o no giusta questa denominazione di tipo causale) dipendono da ciò che li produce. E nel discorso di diritto in questa categoria finiscono invariabilmente per rientrare, con ruoli diversi secondo le diverse concezioni, per un verso i fatti e per l'altro le leggi. Occorre dunque fermarsi ad esaminare che cosa siano per FC fatti e leggi, e quale ne sia il ruolo, per poi passare a vedere come da essi si producano gli effetti giuridici, ossia come il diritto imponga la sua risposta ai problemi dell'esperienza. Come, insomma, con le parole e secondo la visione dell'A. avvenga quel fenomeno – che è appunto la produzione degli effetti giuridici, per cui in “ciò che si usa

A parte il discutibile oggettivismo etico di questa posizione, essa incappa in una critica dal punto di vista metodologico, perché in una trattazione di teoria generale, e quindi di teoria formale del diritto, introduce come fondamento un valore, e quindi un dato sostanziale, che appartiene piuttosto ad una particolare filosofia del diritto (in questo senso v. ancora la critica di N. Bobbio, *op. cit.*, p. 8 e p. 10: “i principi ideologici informativi della visione del Carnelutti [...] sono tutt'altro che irrilevanti perché fanno qua e là svoltare la teoria generale verso la filosofia”) che non alla teoria generale.

²⁶ F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, cit., p. 25: “considero lo Stato come un risultato del diritto”.

²⁷ *Ivi*, pp. 23-24.

chiamare la realtà giuridica, ci appare come uno svolgimento o un mutamento senza fine”²⁸.

Un esame che, in pagine ispirate all’idea che il metadiritto, nelle sue due accezioni sopra individuate, condizioni intensamente il pensiero dell’A. esaminato, non trascurerà ovviamente di considerare come ciò che è estraneo o trascendentale rispetto al giuridico incida sul più strettamente giuridico dei fenomeni.

3. La produzione di effetti giuridici in una concezione metagiuridica: a) natura e ruolo delle leggi

Guardiamo allora anzitutto alle leggi.

Dato l’approccio naturalistico sopra visto, non potrà stupire che il discorso si avvii con l’osservazione che “si chiama legge naturale una costanza di rapporti tra due ordini di fenomeni” e che “tale concetto si può ben adattare a quei fenomeni che stiamo osservando”²⁹ cioè i fenomeni giuridici. “Si formano così, man mano, mediante il succedersi dei giudizi, leggi o norme giuridiche”³⁰. È il fenomeno della formazione della consuetudine, che però ha “efficacia puramente naturale”, non reca un vincolo di conformità degli atti successivi ai precedenti, e sebbene se ne possa evincere un precetto non contiene in sé un imperativo, o comando³¹.

Altro il caso delle leggi: qui il potere, per sottrarlo all’incertezza, formula il precetto, rendendolo incontrovertibile. Ma non si limita a ciò: dà al precetto capacità di imporsi, collegandovi una sanzione. Il precetto, astratto e generale, in sé è ipotetico, si compone infatti di fattispecie del fatto e di statuizione dell’effetto³². La legge vi aggiunge la minaccia per l’inosservanza della statuizione. Si perviene in tal modo al *comando* (un “precetto sanzionato”), che consiste nell’annuncio della sanzione che sarà inflitta a coloro che non si siano comportati secondo l’ordine morale. Ne nasce la certezza della previsione dell’effetto giuridico di un atto³³.

Certezza di *qual sia*, anzitutto, con evidente vantaggio della comunità che saprà come regolarsi. Ma soprattutto certezza *che sarà*. Di qui la “forza causale del comando”: “Alla parola *comando* equivale, in uno dei suoi significati, la parola *ordine*, la quale, tenuto conto del suo valore etimologico (da *orior*), esprime efficacemente la forza causale del comando”³⁴. “In quanto minaccia la sanzione, il comando impone quel contegno, che altrimenti sarebbe soltanto consigliato

²⁸ *Ivi*, p. 191.

²⁹ *Ivi*, p. 33.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Ivi*, pp. 34-36.

³² *Ivi*, p. 42.

³³ *Ivi*, pp. 36-37.

Tra altre perplessità la tesi dà adito anche a questa: ci sia una legge che impone un termine per l’esercizio di un diritto, e sanziona la tardività con la perdita. È certamente una sanzione, molto comune negli ordinamenti positivi. Ma è la sanzione di un comportamento contro l’ordine morale?

³⁴ *Ivi*, p. 38.

dall'esperienza. Altro è l'*indicazione* al contegno (*precepto*), altro la sua *imposizione (comando)*³⁵.

Sono dunque le leggi, grazie alla loro forza causale, a produrre quel "mutamento senza fine", ossia gli effetti giuridici?

In altra pagina troviamo la risposta negativa.

Certo, si può pensare – e molti infatti pensano, ci dice l'A. – che la causa efficiente degli effetti giuridici sia la legge. E sarebbe nel vero dire che "anche l'*obligatio ex contractu* o *ex delicto* è, come ogni altra, una obbligazione *ex lege*, dove la *lex* o meglio la *potestas*, che nella legge si esprime, è considerata invece non come occasione ma come causa efficiente dell'effetto giuridico"³⁶.

Ma questo per FC non significa che sia davvero la legge a produrre l'effetto nel caso concreto. Perché – ecco la ragione della risposta negativa del Maestro udinese – "anche la *lex* risolvendosi, a sua volta, in un fatto (del legislatore; fatto legislativo) e perciò in un mutamento, del mutamento non può essere la causa"³⁷.

Occorre dunque, secondo il nostro A., cercare altrove.

4. (segue): b) natura e ruolo del fatto

Se ci volgiamo ai *fatti*, sempre nella visione dell'A., ci imbattiamo subito nell'affermazione che "La situazione giuridica è una situazione materiale accresciuta dell'elemento giuridico; e il fatto è il mutamento o svolgimento di una situazione"³⁸.

Ma questo richiede subito una precisazione. Ci dice in merito il nostro A.: "in ultima analisi [...] il fatto giuridico è un atto dell'uomo"³⁹. E "anche l'atto, come il fatto giuridico, non è una realtà ma uno schema della realtà ossia una astrazione, risultato dell'analisi, alla quale la realtà è sottoposta"⁴⁰.

Dobbiamo dunque vedere nei fatti, o meglio negli atti dell'uomo la causa efficiente degli effetti giuridici? La risposta di C è ancora una volta negativa. Non sono neppure i fatti, o meglio gli atti, sebbene anch'essi come la legge vi abbiano un ruolo (che ora vedremo) ad essere in senso proprio la causa efficiente dell'effetto giuridico. Ecco perché.

"L'impressione è, a prima vista, che il principio attivo del diritto [...] sia il fatto il quale appunto in tanto si dice giuridico, in quanto produce l'effetto

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ *Ivi*, p. 196.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ *Ivi*, p. 194.

³⁹ *Ivi*, p. 195.

⁴⁰ *Ivi*, p. 229.

giuridico”⁴¹. Ma così non è: “la concezione comune non è aderente alla diagnosi logica del fenomeno”⁴².

Se così fosse infatti, essendo i fatti atti, sarebbe la forza dell’uomo a produrre gli effetti. Ma questo è vero – ci si dice – solo nel senso che l’elemento materiale, o economico, posto da un atto dell’uomo, come ad esempio un contratto o un delitto, è la *condizione* della produzione di effetti. La condizione, ma non la sua causa efficiente. Un atto, un contratto, un delitto, sono sì l’occasione dell’effetto, ma solo l’*occasione* e non la causa efficiente. Certo, senza la condizione il mutamento non si verificherebbe. Ma non è essa che lo produce.

E allora? Per intendere la singolare soluzione data da FC al problema, che è il problema centrale di ogni concezione del diritto, occorre considerare quanto egli ci dice sulla causalità giuridica.

5. (segue): c) la causalità giuridica

La realtà giuridica, come detto, ci appare secondo FC come uno svolgimento o un mutamento senza fine. Questo mutamento è conseguenza della causalità giuridica. Ed essa – ci si dice – non è in nulla diversa dalla causalità naturale: “questi mutamenti sono reali onde la causalità giuridica non è che un aspetto della causalità fisica o naturale; non c’è nulla di convenzionale e meno ancora di metaforico in questa espressione”⁴³.

“Il mutamento, cioè la situazione finale diversa dalla situazione iniziale, prende il nome di *effetto giuridico*: questa formula si trova usata in particolare nel codice civile a proposito di quegli atti giuridici che si chiamano i contratti”⁴⁴. Tali effetti in tanto si producono in quanto la situazione iniziale e il mutamento dei suoi elementi non giuridici in cui l’atto consiste presentino determinati requisiti. Da questi (e non dalla generalità dei caratteri dell’atto) dipendono gli effetti giuridici.

L’insieme di questi requisiti individua la *fattispecie*. Essa, che è un modello dell’atto, consta della combinazione di un fatto materiale con una situazione giuridica.

Alla descrizione degli effetti corrisponde invece la *statuizione*. Con essa si collega il futuro al passato determinando quel movimento di cui si è detto⁴⁵.

“Riflettendo, dopo ciò, che a sua volta il fatto mette capo ad una situazione (*finale*, diversa dalla situazione *iniziale*) ancora la fattispecie si risolve in una combinazione di situazioni, la prima delle quali è una situazione giuridica e l’ultima

⁴¹ *Ivi*, p. 195.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ *Ivi*, p. 194.

⁴⁴ *Ivi*, p. 229.

⁴⁵ *Ivi*, p. 230.

una situazione i cui elementi materiali sono diversi⁴⁶. E la statuizione attribuisce un diverso aspetto giuridico alla nuova situazione materiale.

In sintesi: per FC in quell'incessante mutamento una situazione materiale che corrisponda allo schema del fatto (fattispecie) perché possiede i suoi necessari requisiti, si muta in un'altra e diversa situazione materiale cui corrisponde una diversa qualificazione giuridica conforme alla statuizione. In questo consiste la causalità, e così si manifesta la produzione di effetti giuridici.

Sia pure questa la corretta descrizione della causalità giuridica (di ciò dopo), nasce una domanda: cosa provoca il mutamento? La descrizione della causalità ci dice *come* la situazione iniziale muta, ma non ci dice *perché* muta. Conosciamo (sempre secondo il pensiero del Nostro) quale sia l'occasione. Ma quale la causa?

Richiamando qui le negative risposte preliminari (non il fatto, mera occasione, non la legge, fatto anch'essa, per l'A. "altra via non sembra aperta alla soluzione del problema se non quella di riconoscere che la causa efficiente del mutamento giuridico sia il *potere* e il correlativo *dovere giuridico*"⁴⁷, cioè che "la causa efficiente della nuova situazione giuridica altro non è se non l'elemento giuridico della situazione iniziale"⁴⁸.

6. Le criticità di una concezione ontica del diritto

La costruzione carneluttiana solleva in chi la consideri criticamente notevoli perplessità. E tutte collegate al suo carattere ontico. Esse si acquiscono soprattutto per la parte che concerne la causalità giuridica. Ma ciò non stupisce, perché la cosiddetta "causalità giuridica" è il cuore del problema del diritto, ed è dunque ovvio che sia il banco di prova di ogni sua concezione. Alla fine, ogni concezione infatti si giustifica nella misura in cui riesce a spiegare come il diritto governi i fatti, che è appunto ciò che, molto convenzionalmente, si chiama "produzione di effetti giuridici".

La scelta di FC è decisamente di adottare per il diritto una visione naturalistica. Conseguente, a questa stregua, che per lui il diritto non sia (solo) la legge ma anche la vita. Ne segue che il diritto è fatto anche di fatti, fenomeni, vicende ("esperienza"), e insieme di parole, perché (come egli scrive altrove⁴⁹) i concetti, che attraverso i secoli la scienza del diritto è venuta foggiando, sono ferri del mestiere, e i ferri del mestiere del giurista non sono che parole. In tal modo la scienza del diritto e il suo oggetto si rivelano ontologicamente omologhi, fatti, insieme, di "parole" e di "esperienza". E lo scienziato del diritto con quelle parole ed esperienze un po' scopre nel mondo, un po' costruisce, il senso dei concetti che

⁴⁶ *Ivi*, p. 231.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ F. Carnelutti, *Introduzione allo studio del diritto* (1943), rist. Esi, Napoli, 2016, alla voce "Quid facti?"

usa. Si assemblano così nella costruzione di quel senso tutti i materiali concettuali e assiologici che quelle parole, che rispecchiano l'ordine naturale delle cose, portano con sé, per se stesse, a prescindere dal senso tecnico che hanno nel dettato legale.

È qui necessario notare, di passaggio, che si confondono però, in questo modo, diritto e scienza del diritto, la realtà che è, e la verità che la rispecchia. Ma questo non succede a caso nella concezione del Maestro udinese: altrove egli non esita a scrivere che “La verità è realtà”⁵⁰.

Di risulta di quella visione, la scienza giuridica, o il diritto stesso, a partire da nozioni generalissime scientifiche o etiche, o da verità fisiche e morali, trapassa insensibilmente alle filosofiche, alle giuridiche, alle tecniche, in un progresso in cui la distinzione tra *essere* e *dover essere*, regolarità dell'esperienza e regole formali, è abrogata. E abrogata è la differenza tra legge come maniera d'essere intrinseca alle cose (come le leggi naturali) e come artefatto di un legislatore ad esse sovrapposto (le leggi artificiali). La dottrina di FC, per il quale la differenza tra scienza e senso comune era solo nel grado di empiricità, è una organizzazione scientifica del senso comune. Ma una organizzazione indifferente all'idea – di senso comune – che se valesse il senso comune il diritto positivo non sarebbe stato inventato.

Ma c'è di più.

La scelta di adottare per il diritto una visione naturalistica porta con sé la scelta di adottare per la causalità giuridica una spiegazione fisicalista, che la allinea alla causalità naturale⁵¹. Una visione ontica, in cui il fatto giuridico produce l'effetto giuridico in virtù di una causa efficiente del mutamento. Ma anche questa scelta mostra gravi limiti.

Non vale infatti rilevare che, come le leggi naturali, le leggi giuridiche esprimono regolarità. A parte la falsità dell'assunzione – perché le mele cadono invariabilmente sulla testa degli scienziati seduti sotto l'albero con una forza proporzionale alla massa, mentre il furto è punito occasionalmente e con pene variabili dalla detenzione al taglio della mano – risulta evidente la sua duplice inadeguatezza: anzitutto perché regolarità non è necessità, e poi perché (bisogna qui ripeterlo) le leggi naturali sono interne ai fenomeni, le giuridiche esterne.

La regolarità non è necessità. Una successione di eventi non è in sé prova di un rapporto causale. Il gallo canta regolarmente prima dell'alba ma non è la causa del giorno. Ed è una nota fallacia del discorso assumere *post hoc ergo propter hoc*⁵². Ma nell'effetto giuridico non basta la regolarità, ci vuole la necessità.

Le leggi naturali sono interne ai fenomeni, le giuridiche esterne. È nella costituzione fisica dei corpi la legge, che è solo descrizione, per cui si essi attraggono con forza proporzionale alla massa. Non è nella costituzione intima del

⁵⁰ *Ivi*, alla voce “Pensiero e realtà”.

⁵¹ Cfr. ancora F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, cit., p. 194.

⁵² J.H. Woods, D.N. Walton, “Post Hoc, Ergo Propter Hoc”, in *The Review of Metaphysics*, 30 (1977), n. 4, p. 569 ss.

contratto (per dire) avere o non avere una causa da cui dipendono gli effetti, come dimostrano le diverse scelte del diritto italiano e tedesco; e la legge che la impone è prescrizione, non descrizione.

Riducendo le leggi a precetti ipotetici che individuano la fattispecie del fatto e la statuizione dell'effetto si può ottenere, sì, la certezza di quale sia in un ordinamento l'effetto relativo al fatto. Ma non la certezza che quell'effetto sarà: se si dispone "incontrando una signora togliersi il cappello", un uomo sa cosa fare, ma non è detto che lo farà. Manca in tutto questo la necessità. Ma il diritto sta nella necessità.

E non la si reintroduce con la minaccia della sanzione. A parte che anche i comandi possono restare inosservati, la sanzione introduce nella causalità giuridica, nella misura in cui l'ordinamento è effettivo, la costrizione, non l'obbligatorietà, il *Müssen*, non il *Sollen*. Ma il diritto sta nel *Sollen*.

Insomma, nella naturalistica visione ontica del diritto di FC c'è tutto tranne il *dover essere*. Che però è proprio quello che serviva per un fenomeno deontico. Come scrive oggi un arguto filosofo del diritto⁵³, se un pazzo alla stazione indossando un cappello rosso fa al macchinista del treno il segnale di partire, minacciandolo se non esegue, c'è la fattispecie, c'è la statuizione, c'è la sanzione. C'è tutto. Quello che manca è solo il diritto.

È una visione molto grezza identificare la realtà, e in specie la causalità giuridica, come "uno svolgimento o un mutamento senza fine"⁵⁴, poi dire che "Il mutamento, cioè la situazione finale diversa dalla situazione iniziale, prende il nome di *effetto giuridico*"⁵⁵, e infine specificare che questo si risolve in una situazione giuridica e materiale "i cui elementi materiali sono diversi"⁵⁶. In realtà non è così. Senza andare tanto lontano: nessuno dubiterà della giuridicità del matrimonio e che esso produca notevoli effetti giuridici. Ma quando l'ufficiale dello stato civile dice ai nubendi "vi dichiaro marito e moglie"⁵⁷, dove stanno gli elementi materiali diversi? Indubbio il mutamento della situazione giuridica non si vede il mutamento della materiale.

Non pare, dunque, che il poderoso apparato teorico messo su dal Maestro udinese fornisca una spiegazione convincente del modo di funzionare del diritto. Puntare sull'esperienza, sull'incessante mutamento della realtà per ravvisarvi gli effetti giuridici è, quantomeno, contro quel senso comune da cui egli vuole derivare scienza. Si chiamano effetti giuridici, ma nessuno ha mai creduto seriamente che si vedano e si tocchino.

⁵³ M. Jori, *Del diritto inesistente*, Edizioni ETS, Pisa, 2010.

⁵⁴ F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, cit., p. 191.

⁵⁵ *Ivi*, p. 229.

⁵⁶ *Ivi*, p. 231.

⁵⁷ Sui "performativi" v. W. Twining, D. Myers, *Come far cose con regole*, Giuffrè, Milano, 1990.

7. Una osservazione conclusiva

La costruzione carneluttiana voleva unire la persuasività del senso comune alla finezza della scienza. Non si può dire che almeno per certi aspetti non sia riuscita nel suo scopo. L'edificio concettuale elevato risulta certamente possente e offre una sistemazione spesso intelligente dei rapporti tra concetti giuridici.

Ma l'approccio ontico a ciò che è deontico, la visione naturalistica di ciò che è eminentemente artificiale, hanno avuto un costo. È che molto ingenua, checché ne pensasse l'A., non è la concezione che separa essere e dover essere, ma proprio la concezione naturalistica, ontica che, per stare all'esperienza, per fondarsi sul senso comune, vuole ridurre – senza mai riuscirci – il dover essere all'essere. Concezione condannata a non poter mai spiegare l'elemento più caratteristico del diritto, ed a supplire il vincolo con la forza.

Sostituzione molto imbarazzante, perché dall'origine il diritto è stato escogitato per sostituirlo alla forza, e perché così il vero paradigma del sistema giuridico non è più lo Stato democratico di diritto ma la banda criminale.

Riesce dunque facile ammirare l'imponente architettura concettuale che FC ha edificato con la sua brillante intelligenza. Ma non possiamo non notare che per tener fede al suo progetto il Maestro ha fatto false finestre.