

Il diritto come arte: suggestioni e verità in Carnelutti

Roberto Paradisi

Università degli Studi di Perugia

Abstract: The Law as Art: Suggestions and Truth in Carnelutti

What is the Law? Francesco Carnelutti's reflections – in the most suggestive of his late works – revolve around a question without a clear answer. The jurist begins with questions and comparisons, leading the reader down a path already discovered by the Ancient masters. Once excluded the definition of law as an instrument of the ruling power, it appears sometimes as “shell,” sometimes as “duel,” others as “strength,” to reach the conclusion that, in the end, it is just another shape of love. Just as art is.

Keywords: Art, Law, Duel, Love.

Sommario: 1. Il “gioco” dei paragoni: ovvero le sfumature del diritto – 2. Il diritto come “armatura” – 3. Il diritto come “duello” – 4. Il diritto come “forza”.

1. Il “gioco” dei paragoni: ovvero le sfumature del diritto

La domanda su cosa sia effettivamente il diritto suscita da sempre dibattiti interminabili e discussioni destinate probabilmente a restare perennemente aperte. Questo contributo non ha, né potrebbe avere, l'ambizione di offrire risposte. Né ha la presunzione di dettagliare le tante e complesse teorie sull'origine, sul senso più profondo e sulla finalità del diritto. Consapevoli allora dell'insegnamento di Carnelutti, ci accontenteremo di offrire degli spunti di riflessione, senza alcuna pretesa di esaustività, preferendo le “sfumature” di alcuni paragoni, come lo stesso autore dell'*Arte del diritto* suggerisce al culmine della sua carriera e dei suoi insegnamenti:

Questo è dunque il diritto? E questi è il giurista, il quale pretende di sapere come è il diritto? [...]. Proprio in ciò sta la differenza tra la mia giovinezza e la mia vecchiezza di giurista. Il giovane aveva fede nella scienza; il vecchio l'ha perduta. Il giovane credeva di sapere; il vecchio sa di non sapere. E quando al sapere si aggiunge il sapere di non sapere, allora la scienza si converte in poesia. Il giovane si accontentava col concetto scientifico del diritto; il vecchio sente che in questo concetto si perde il suo impeto e il suo

dramma e, pertanto, la sua verità. Il giovane cercava i contorni decisi della definizione; il vecchio preferisce le sfumature di un paragone [...]¹.

In termini sostanzialmente socratici, Carnelutti, dialogando con paterna comprensione con un sé stesso giovane e in cerca di risposte scientifiche esaustive, afferma, nell'età più matura, l'impossibilità di offrire una verità ultima sul senso del diritto. Nel far ciò, richiamando espressamente il tentativo di rendere scientifico e obiettivo il diritto, l'Autore porta un affondo alle teorie kelseniane e a quei giuristi che le hanno "docilmente accolte"². L'eco delle parole di Kelsen che si premura di preannunciare che la sua "dottrina pura del diritto" vuole rispondere alla domanda "che cosa e come è il diritto" liberando da tale indagine oggettiva tutto ciò che è estraneo alla "scienza del diritto"³, risuona quasi come un ingenuo tentativo di dominare la materia fluida e magmatica di un fabbro (per usare un'altra metafora carneluttiana) per ricondurla in un improbabile ordine definito e definitivo. L'approccio del Nostro appare di respiro diverso: un approccio che richiama la nota definizione del diritto di Celso, riportata da Ulpiano nel *Digesto*, secondo cui "ius est ars boni et aequi"⁴. Intuizione che lo stesso Carnelutti ripropone nelle pagine introduttive dell'*Arte del diritto* dove, quasi a delineare il senso ultimo delle sue riflessioni, offre una definizione evocativa del rapporto tra arte e diritto: "Quell'estendersi dell'arte dal bello al buono, che è il nucleo sorprendente dell'intuizione di Celso [...]"⁵.

Kelsen e Celso: certezze giuspositiviste contro suggestioni giusnaturaliste⁶. Quasi il percorso di pensiero del Nostro, come da lui stesso descritto. Un giovane

¹ F. Carnelutti, *Arte del diritto*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 18-19.

² *Ivi*, p. 24.

³ V. H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1952, p. 46. Scrive Kelsen: "Essa (riferendosi alla dottrina pura del diritto; ndr), come teoria, vuole conoscere esclusivamente e unicamente il suo oggetto. Essa cerca di rispondere alla domanda: che cosa e come è il diritto, non però alla domanda: come esso deve essere o deve essere costituito. Essa è scienza del diritto, non già politica del diritto. Se viene indicata come dottrina 'pura' del diritto, ciò accade perché vorrebbe assicurare una conoscenza rivolta soltanto al diritto, e perché vorrebbe eliminare da tale conoscenza tutto ciò che non appartiene al suo oggetto esattamente determinato come diritto. Essa vuole liberare cioè la scienza del diritto da tutti gli elementi che le sono estranei".

⁴ Sul punto v. A. Incampo, *Metafisica del processo. Idee per una critica della ragione giuridica*, Cacucci, Bari, 2010, pp. 87-88. Incampo, ricordando la definizione di Celso, sottolinea come "l'arte" evocata dal giureconsulto romano, non corrisponda all'arte della logica stringente. "L'equità – scrive Incampo – si amministra grazie ad un sentimento naturale delle cose. Il Giudice decide andando oltre la disposizione astratta della legge, in conformità alla natura delle cose, e secondo uno spirito comune degli uomini".

⁵ F. Carnelutti, *Arte del diritto*, cit., p. 4.

⁶ Per un approfondimento del confronto tra la definizione celsina del diritto e la dottrina pura di Kelsen, si veda F. Gallo, *Celso e Kelsen. Per la rifondazione della scienza giuridica*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 21 e ss. L'autore, che si propone di attingere all'eredità del diritto romano, è particolarmente duro nella valutazione delle teorie kelseniane accusate di rimuovere i dati della realtà (a differenza della tradizione giuridica romana). "Non è sufficiente, a mio avviso – scrive il romanista – dire che la dottrina pura del diritto è fondata sulla sabbia. La sabbia, per quanto labile e

Carnelutti avrebbe cercato di dare una risposta sostanzialmente kelseniana alla domanda di fondo su cosa sia il diritto (“Una volta, quando ero ancora giovane, e, come si dice, erano ancora freschi i miei studi, a una domanda simile avrei risposto con una definizione precisa [...]”⁷), ma il vecchio Maestro, coerente con le premesse iniziali, preferisce la via delle “sfumature” e, in qualche modo, delle suggestioni. E, per dirla con Simona Sagnotti, avvia un “gioco di paragoni”⁸.

Utilizzando il paragone come metodo di approfondimento dei concetti chiave evocati da Carnelutti, proveremo ad approfondire alcune suggestioni stesse indicate dal Maestro mantenendo l’idea originale della strettissima correlazione tra diritto ed arte (d’altra parte, primo indiscusso paragone che rappresenta il filo conduttore dell’opera del giurista friulano) cercando di comprendere se davvero l’intuizione del Nostro giurista per cui arte e diritto servono in definitiva ad ordinare il mondo⁹ verso qualcosa di “buono” nasconda un qualche elemento di verità. In questo percorso avremo modo di mettere a confronto le suggestioni evocate dal giurista con i concetti espressi dai “Maestri di verità”, per dirla con Marcel Detienne, della Grecia antica¹⁰.

2. Il diritto come “armatura”

Il diritto, secondo Carnelutti, è l’armatura dello Stato¹¹. Senza “armatura” lo Stato precipiterebbe, esattamente come precipiterebbe un arco in costruzione. Ed ecco il conseguente e nuovo paragone del Maestro: lo Stato è come un arco¹². Ed è la stabilità (oltre che la capacità di congiungere due rive) l’elemento comune dei due concetti. Carnelutti parte proprio dallo Stato per iniziare a definire il diritto, consapevole che si tratta di due concetti strettamente correlati¹³. E precisa come il termine Stato indica in termini cristallini il concetto di “stare”. “Ciò che si vede attraverso è il verbo *stare*; con esso traspare un’idea di fermezza di ciò che *sta*. Il popolo in quanto raggiunge una certa fermezza, diventa Stato”¹⁴. E la stabilità dello Stato è garantita proprio dal diritto, come la stabilità di un arco dalla sua armatura.

inaffidante, esiste, mentre la dottrina pura del diritto è fondata, rispetto alla realtà, sul nulla: su parole e rappresentazioni da essa disancorate”. *Ivi*, p. 122.

⁷ F. Carnelutti, *Arte del diritto*, cit., p. 11.

⁸ 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, p. 141.

⁹ F. Carnelutti, *Arte del diritto*, cit., p. 6.

¹⁰ M. Detienne, *I maestri di verità nella Grecia arcaica*, Mondadori, Milano, 1992, *passim*. In particolare, l’autore francese (p. 41) paragona le parole del Re di Giustizia a quelle del poeta, così richiamando lo stesso paragone evocato da Carnelutti nel passo sopra citato quando il Nostro afferma che “quando al sapere si aggiunge il sapere di non sapere, allora la scienza si converte in poesia”.

¹¹ F. Carnelutti, *Arte del diritto*, cit., p. 12.

¹² *Ibidem*.

¹³ *Ivi*, p. 11.

¹⁴ *Ivi*, p. 12.

A ben vedere, il concetto di “stabilità” connaturata all’essenza dello Stato è idea classica evocata anche negli scritti di un celebre imputato, difeso proprio da Carnelutti. Il riferimento è a Julius Evola, filosofo tradizionalista, di cui Carnelutti assunse la difesa negli anni del dopoguerra in un processo per “tentata ricostituzione del partito fascista” e conclusosi con assoluzione con formula piena dell’imputato dopo una serrata arringa difensiva in cui il Nostro, in veste di penalista, si soffermò proprio sul concetto di Stato evocato anche da Evola¹⁵. Non solo “stabilità” ma anche congiunzione di due “rive”: se Evola (evidente sullo sfondo, come vedremo, la concezione greca antica) sottolinea come lo Stato sia un ponte tra elemento terreno ed elemento sovranaturale¹⁶, Carnelutti richiamando il paragone dello Stato come arco, o ponte, gli affida la funzione, attraverso il diritto, di aiutare l’uomo “nel cammino faticoso che ascende dalla terra al cielo”¹⁷. È evidente il lungo filo rosso che unisce Carnelutti alla concezione più classica dello Stato, concezione che prende vigore agli albori della nostra civiltà e che si pone a siderale distanza da ogni concezione contrattualistica e positivista.

Per meglio analizzare questo elemento, proseguiamo, fedeli alla linea carneluttiana che ci siamo dati, con ulteriori “paragoni”. Prendiamo uno dei “paragoni” più celebri di Eraclito: “Il popolo deve combattere per la legge come per le mura della città”¹⁸. Legge e mura, diritto e Stato. Due concetti, per i sapienti greci e per la cultura greca arcaica e classica, quasi interscambiabili. La legge va dunque difesa esattamente come si difenderebbero le mura della città, perché essa stessa è una muraglia difensiva. Potremmo dire, in termini carneluttiani, “un’armatura”. La lettura di Werner Jaeger, in riferimento al frammento eracliteo, è istruttiva:

La salvezza della città dipende dalla salda conservazione delle leggi. La legge è la muraglia spirituale che protegge la vita della comunità. Questa non può

¹⁵ Carnelutti, nell’arringa pronunciata il 6 novembre 1951 a favore del suo assistito Julius Evola, citò espressamente parti dell’opera evoliana *Rivolta contro il mondo moderno* sostenendo che se la polizia avesse letto quella pubblicazione avrebbe compreso che Evola si poneva non a favore ma contro il fascismo e addirittura sostenendo che le tesi di Evola lo avevano fortemente colpito e “vivamente interessato”. Ma vediamo dove il passaggio del filosofo tradizionalista richiama le tesi carneluttiane sullo Stato: “La stessa espressione ‘Stato’, *status*, da ἰστάναι – stare, se empiricamente può anche derivare dalla forma assunta del vivere sociale dei popoli nomadi allorché essi presero una residenza fissa, tuttavia può anche rimandare al significato superiore, proprio appunto ad un ordine volto alla partecipazione gerarchica alla ‘stabilità’ spirituale in opposto al carattere contingente, labile, mutevole, caotico e particolaristico proprio dell’esistenza naturalistica; ad un ordine dunque che costituisca quasi un riflesso efficace del mondo dell’essere in quello del divenire [...]”. J. Evola, *Rivolta contro il mondo moderno*, Ed. Mediterranee, Roma, 1969, p. 42.

¹⁶ *Ivi*, pp. 42-43.

¹⁷ F. Carnelutti, *Arte del diritto*, cit., p. 18. Ecco il passaggio integrale: “Peraltro, i due punti rappresentano due terre o, detto meglio, la terra e il suo opposto. Ora, l’opposto della terra, come si chiama? Gli uomini semplici hanno già compreso: il diritto aiuta l’uomo nel cammino faticoso che ascende dalla terra al cielo”.

¹⁸ Eraclito, *I frammenti e le testimonianze*, fr. 107, Mondadori, Milano, 1993, p. 49.

essere salvaguardata dal solo combattere per le mura di pietra che cingono la città, se nello stesso tempo sono abbattute le leggi sulle quali posa la sua eterna struttura. Le leggi sono le invisibili fondamenta sulle quali posano i membri di una comunità. Attraverso esse sono forti, poiché cementano gli individui, di per sé deboli, in una unica 'polis' [...]¹⁹.

Gli individui, dunque, all'interno della *polis*, spiega lo Jaeger, sono forti perché cementati dalle leggi. Allo stesso modo, Carnelutti individua nel diritto ciò che lega gli uomini:

I glottologi non hanno ancora scoperto il vincolo tra *ius* e *iungere*; tuttavia non mi par dubbio che nella medesima radice di queste due parole si manifesti una delle più meravigliose intuizioni del pensiero umano. Lo *ius* lega gli uomini come lo *iugum* lega i bovi o l'armatura i mattoni. Un poco meno chiara è la parola *diritto*; anch'essa però esprime l'idea del vincolo; la retta, invero, non congiunge due punti? I punti sono gli uomini che formano il popolo; e la linea, propriamente, il vincolo, che li tiene insieme in un complesso solo²⁰.

Ma che avviene nella forma embrionale dello Stato, vale a dire la famiglia? Anche qui il paragone di Carnelutti richiama concetti della sapienza greca, in particolar modo concetti aristotelici. E se per Aristotele la famiglia precorre lo Stato quale prima comunità che si forma in via naturale, per Carnelutti la famiglia è "la forma originaria e microscopica dello Stato"²¹. Con un passaggio ulteriore rispetto ai canoni classici, in cui anche all'interno della famiglia, vigeva un "potere giuridico"²². Il passaggio è dato dall'approdo al senso di famiglia cristianamente inteso, un passaggio che permetterà a Carnelutti di vagheggiare una sorta di futuribile Stato ideale e perfetto. Ma andiamo per ordine. La famiglia cristiana, anch'essa forma microscopica dello Stato, non ha bisogno del diritto: i rapporti interni, il legame interno tra i membri della famiglia è cementificato dall'amore e il diritto è completamente assente. Di fatto, un arco che si regge senza bisogno di armatura²³. Ancora: "Quando in una famiglia il diritto arriva ad essere superfluo, ossia quando l'armatura può cadere senza che crolli l'arco, ciò che tiene il luogo del diritto è l'amore"²⁴. Da qui il corollario: "Fino a che manca l'amore, la vita dello Stato è in pericolo senza diritto, come la esistenza dell'arco senza armatura [...]. Lo Stato perfetto sarà al contrario, lo Stato che non ha bisogno di diritto: una prospettiva senza dubbio lontana, immensamente lontana ma certa [...]"²⁵.

¹⁹ W. Jaeger, "Elogio del diritto", in M. Cacciari, N. Irti, *Elogio del diritto. Con un saggio di Werner Jaeger*, La nave di Teseo, Milano, 2019, pp. 25-26.

²⁰ F. Carnelutti, *Arte del diritto*, cit., pp. 12-13.

²¹ *Ivi*, p. 14. Scrive l'Autore, riferendosi alla concezione classica romana della famiglia: "La *familia romana* era veramente uno Stato in miniatura; perché non dire il seme dello Stato?"

²² *Ibidem*. Carnelutti evoca il *pater familias* quale capo giuridico della famiglia romana.

²³ *Ivi*, pp. 14-15.

²⁴ *Ivi*, p. 17.

²⁵ *Ivi*, p. 16.

Dunque, il ruolo del diritto, per Carnelutti, è assolutamente necessario (diremmo connaturato allo Stato, esattamente come ritenevano i sapienti greci) ma destinato ad essere sostituito da una “forza” altrettanto e forse più potente: l’amore. Ma fino a che gli uomini non sappiano amare, “avranno bisogno del gendarme per tenersi uniti. In altre parole: fino a che gli uomini non sappiano amare non c’è altro mezzo che obbligarli”²⁶. E se in questa prospettiva Carnelutti assume, almeno apparentemente, una posizione non perfettamente collimante con la concezione classica greca della legge (che, essendo di diretta derivazione divina, non è suscettibile di caducità), ancora una volta non appare però distante dalla prospettiva platonica espressa nella *Repubblica* dove l’Atheniese sostiene come l’educazione del vero uomo possa sostituire la legge della città in quanto nell’animo di ogni individuo risiede giustizia e sapienza²⁷. In riferimento a tale passaggio chiosa Jaeger: “Il concetto platonico di giustizia trascende ogni istituzione umana e si rifà all’origine di esse tutte, nell’anima stessa. Nell’intima natura dell’anima deve avere fondamento tutto questo a cui il filosofo può dare il nome di ‘giusto’ [...]”²⁸.

La possibile sintesi tra due posizioni (l’idea della legge greca e l’approdo carneluttiano all’amore cristiano come vincolo tra gli uomini all’interno di uno Stato ideale), che sembrano apparentemente lontane, la offre lo stesso Jaeger quando paragona il passaggio platonico sopra ricordato all’insegnamento di Gesù. “Si potrebbe paragonare questo – scrive Jaeger – alla transizione dalla legge del Vecchio Testamento alla religione di Gesù, che venne non per dissolvere la legge, ma per attuarla, ma che nello stesso tempo la trascese”²⁹. E lo stesso Carnelutti spiega, in *Figure del Vangelo*, che quando Gesù chiede a Nicodemo di abbandonare la legge, intende in realtà la necessità di abbandonare la sapienza fondata solo sulla legge (esattamente come in Platone in cui la giustizia risiede già nell’animo dell’uomo sapiente). Le parole del Nostro: “L’abbandono richiesto da Gesù a Nicodemo, non è l’abbandono della legge, ma di quella sapienza che è fondata esclusivamente sulla legge; in altre parole, il riconoscimento che la legge non basta alla vita dell’uomo; che il sabato è fatto per l’uomo, non l’uomo per il sabato”³⁰.

D’altra parte per Carnelutti il diritto, in definitiva, è una “forza” (come vedremo più avanti). Esattamente come l’amore. Forse una suggestione: ma l’idea del diritto che trascende nell’amore radicato nel cuore di ogni uomo (come in Platone è radicato il senso della giustizia) è forse l’immagine che meglio può descrivere il senso del passaggio senza dubbio più poetico del giurista friulano verso una dimensione meta-giuridica.

²⁶ *Ivi*, p. 17.

²⁷ Platone, *Repubblica*, 441c e ss. In Id., *Tutte le opere*, Newton, Roma, 1997, pp. 229 e ss.

²⁸ W. Jaeger, *Paideia*, II, La Nuova Italia, Firenze, 1978, p. 347.

²⁹ W. Jaeger, *Elogio del diritto*, cit., p. 40.

³⁰ F. Carnelutti, *Figure del Vangelo*, Sansoni, Firenze, 1958, p. 23.

3. Il diritto come “duello”

Il diritto è un conflitto. Ancora Eraclito: “Bisogna avere alla mente che il conflitto è comune ad ambo le parti e giustizia è contesa, e tutto accade secondo la legge della contesa e della necessità”³¹. A ben vedere, si tratta della più potente intuizione greca che non solo sta alla base della visione “agonistica” del mondo³², ma che – proiettata nell’ambito giudiziale – sottende ai principi stessi del processo accusatorio codificato, nelle sue linee essenziali, proprio dalla cultura greca classica³³. La lite tra le parti, come ricorda Huizinga, è considerata dai greci un *agòn*, una lotta impegnata con regole fisse, in forme consacrate, per la quale le parti invocano la decisione di un arbitro³⁴. Carnelutti raccoglie l’intuizione dei sapienti della classicità e la sviluppa. Non solo scrive in termini lapidari che “il diritto è lotta”³⁵ ma spiega anche che tale lotta riguarda anche il conflitto tra “fatto” e “legge” e compito del diritto è superare tale conflittualità³⁶. Perché appare evidente che “la legge cerca di trattenere il fatto e il fatto cerca di sfuggire alla legge”³⁷. E poi sulle parti impegnate nel processo: “Le parti [...] operano davanti al giudice. Come operano e perché? Lottano: questa è la parola. Lottano per convincere il giudice. Una dice bianco, l’altra dice nero. Molte volte gridano anziché parlare. E il giudice ascolta prima di giudicare”³⁸. È il conflitto eracliteo “comune ad entrambe le parti”: un conflitto destinato ad essere superato dalla sintesi finale, che non è altro che la sentenza del giudice. Il quale ascolta, ergendosi al di sopra delle parti, per cercare di fugare il “dubbio”. Ed è proprio sul “dubbio” che Carnelutti si concentra.

³¹ Eraclito, *I frammenti e le testimonianze*, fr. 15, cit., p. 13.

³² Per un approfondimento sul punto, si veda M. Pohlenz, *L’uomo greco*, La Nuova Italia, Firenze, 1976, I, pp. 371 e ss. A definire la guerra eraclitea un “archetipo culturale” che “contiene in sé, per l’uomo, un principio etico” è Sergio Cotta in S. Cotta, *Dalla guerra alla pace*, Rusconi, Milano, 1989, p. 48.

³³ Sulla funzione del processo che, attraverso il “disordine” del conflitto, porta all’ordine, si veda D. Corradini H. Broussard, *Quali immagini soavi? La contesa*, Editrice pisana, Pisa, 2004; F. Gentile, “Il processo e la conversione del conflitto”, in *L’Ircocervo*, 2 (2007), pp. 1-4. A individuare, fin dal mito greco, i principi del contraddittorio, della coralità e della collegialità nel processo è M. Cartabia, *Giustizia e mito*, Il Mulino, Bologna, 2018, pp. 73 e ss. Rimando inoltre per una compiuta analisi su tale tema a R. Paradisi, *Il Logos del processo*, Giappichelli, Torino, 2015. Sulle origini greche del processo accusatorio e sull’idea di “contesa” quale modello processuale v. anche R. Paradisi, “La contesa e il processo. Il processo accusatorio alle origini del pensiero occidentale: dalla dialettica platonica alla cross-examination”, in S.C. Sagnotti (a cura di), *Metodo e processo. Una riflessione filosofica*, Margiacchi, Perugia, 2005, pp. 43 e ss. Infine, sul passaggio dal processo arcaico al processo classico con introduzione del pieno contraddittorio sulla prova in Grecia, si veda J.P. Vernant, *Le origini del pensiero greco*, Feltrinelli, Milano, 2007, pp. 80 e ss.

³⁴ Così J. Huizinga, *Homo ludens*, Einaudi, Torino, 2002, p. 90.

³⁵ F. Carnelutti, *Figure del Vangelo*, cit., p. 51.

³⁶ *Ibidem*. Sul rapporto conflittuale tra fatto e diritto, v. T.G. Tasso, “Il ‘fatto’ del diritto”, in *L’Ircocervo*, 2 (2009).

³⁷ *Ivi*, p. 41.

³⁸ *Ivi*, p. 55. Sull’idea del processo come “lotta”, cfr. S. Satta, *Il mistero del processo*, Adelphi, Milano, 1994, pp. 30 e ss.

“Bianco o nero. Testa o croce. Sì o no. Il dubbio. *Dubium* ha la radice in *duo*, come *duellum*. Il duello delle parti, personificando il dubbio, mostra il nascere del giudizio”³⁹.

Il giurista friulano, passando per l’immagine di accusatore e difensore che esasperano il dubbio, evoca la triade hegeliana. “Ma non sul piano metafisico – precisa –, e neppure sul piano logico ma solo al fine di spiegare la storia del giudizio e così la sua natura [...]”⁴⁰. In questa “guerra” delle parti, si staglia il ruolo del giudice che presiede il conflitto e a cui Carnelutti conferisce la funzione di fare luce e di unire, attraverso il giudizio, presente, passato e futuro. Scrive il Nostro: “Così fa il giudice: cerca di illuminare quanto è possibile della strada davanti a lui. Così fa chiunque quando deve formare un giudizio”⁴¹. E per formarlo, il giudice deve cercare la prova che, spiega Carnelutti, nel maggior numero dei casi è così microscopica che non si lascia vedere a occhio nudo. “Ha ascoltato l’imputato. Ha ascoltato i testimoni. Ha veduto le tracce del delitto. Ma il delitto non lo ha veduto [...]”. Tuttavia il giudice deve andare avanti [...]. Si passa così dal noto all’ignoto”⁴².

È questo il salto dal passato al futuro: un salto nel buio. Ed è così che il giudice, spiega il Nostro, unisce mediante il presente, il passato al futuro. “Un compito sovraumano”⁴³.

In altre parole, Carnelutti, se da una parte spiega attraverso un procedimento logico l’approdo ad una sentenza, dall’altra precisa che “la spiegazione filosofica del giudizio [...] non può compiersi che sul terreno metafisico”⁴⁴. Per questo il giudice, quando si erge ad arbitro del duello processuale, non può essere sé stesso, come lo sarebbe nella vita reale. Deve in qualche modo operare un’uscita da sé stesso, un’ascesa. Nel rispondere a Pietro Calamandrei, in una tenzone dialettica a distanza, scrive il Nostro:

Per giudicare, invece, *bisogna non essere parte*. In fondo, la problematica del processo è tutta qui; e la questione della divisa giudiziaria, che ne sembra l’aspetto più futile, guida a penetrare l’aspetto più serio. Esce dalla solita vita, davvero, il magistrato quando veste la toga o la parrucca; anzi più che dalla

³⁹ F. Carnelutti, *Figure del Vangelo*, cit., p. 55.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ *Ivi*, p. 56. Sul ruolo del giudice che si pone al di sopra delle parti e forma il proprio convincimento attraverso il contraddittorio tra le parti in conflitto, cfr. B. Pastore, *Giudizio, prova, ragion pratica*, Giuffrè, Milano, 1996, pp. 223-224. A parlare di forza “maieutica” del contraddittorio che consente al giudice di individuare il “vero”, collegando direttamente la matrice concettuale del moderno contraddittorio a Platone, è Paolo Sommaggio che spiega come “il contrasto con l’avversario qualifica il contraddittorio giuridico come un vero e proprio confronto socratico”. P. Sommaggio, *Contraddittorio, giudizio, mediazione. La danza del demone mediano*, Franco Angeli, Milano, 2012, pp. 206-207.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ *Ivi*, p. 57.

⁴⁴ *Ibidem*.

vita solita dovrebbe *uscire da sé stesso*. Essere meno parte per avvicinarsi al tutto⁴⁵.

Solo il giudice, come ricorda Tracuzzi analizzando la dinamica del rapporto processuale in Carnelutti, rappresenta, anche con il tramite simbolico della cattedra da cui domina la scena del processo, una “superiorità possibile”⁴⁶. Una posizione senza dubbio molto lontana dal moderno formalismo giuridico di stampo kelseniano che Carnelutti evoca anche nello scritto *Torniamo al giudizio*, pubblicato nel 1949, in cui il giurista auspica la ricomposizione della fisionomia del processo contro un eccessivo formalismo⁴⁷. Per Alberto Scerbo, si tratta di una sorta di “evasione” dal diritto verso, appunto, una dimensione metafisica⁴⁸. Ma proprio la dimensione metafisica del pensiero carneluttiano, ed in particolare, la funzione sostanzialmente “oracolare” affidata al giudice, è un *topos* ancora una volta evocativo del filo rosso che unisce Carnelutti alla classicità. Compito del giudice è dunque elevarsi, ascendere, porsi sopra le parti per illuminare la strada. È la funzione del giudice fin dai più remoti riti giudiziari arcaici greci (ma anche in età classica i giudici giurano sugli dei e sono ispirati da essi). Scrive Pietro De Francisci:

L’occasione in cui soprattutto il re manifesta la sua volontà, è rappresentata dall’esercizio della sua attività di giudice, attività nella quale egli rivela, caso per caso, con la sua decisione (comando), la volontà della divinità. Ciò è indirettamente confermato dalla circostanza che, quando accanto al re compaiono altri giudici, essi sono partecipi di quella santità che è specialmente riconosciuta al sovrano quando egli esercita quella funzione. Anche essi infatti sono considerati come ispirati dalla divinità: i loro giudizi sono *θέμιστες* (comandi) e il simbolo di tale potestà di comando di origine divina è, come per il re, lo scettro⁴⁹.

⁴⁵ F. Carnelutti, “Gioco e processo”, in *Rivista di diritto processuale*, I (1951), pp. 110-111. Carnelutti, in questo passaggio, richiama le considerazioni di Huizinga (il suo *Homo ludens* fu pubblicato in Italia nel 1946). L’Autore olandese scrive: “Tuttora i giudici escono dalla ‘vita solita’ prima di cominciare il lavoro giudiziario. Si vestono della toga oppure si mettono la parrucca [...]. La parrucca giudiziale inglese provenne piuttosto dalla *coif*, che in origine era uno stretto cappuccio bianco, rappresentato oggi giorno ancora da una striscia bianca sotto la parrucca. Questa parrucca del magistrato è più che il residuo di una moda antica. Per la sua funzione è da considerarsi molto affine alle maschere dei popoli primitivi. Trasforma colui che la porta facendone un altro essere”; così J. Huizinga, *op. cit.*, pp. 91-92. Sull’idea di “individuo” come “parte di un tutto” e sul ruolo del giudice che deve ergersi sopra le parti v. anche F. Carnelutti, *L’avventura dell’individuo*, Sansoni, Firenze, 1957, pp. 5-6.

⁴⁶ Così G. Tracuzzi, “Unum Esse”, in G. Tracuzzi (a cura di), *La filosofia del diritto di Francesco Carnelutti*, cit., p. 120.

⁴⁷ V. F. Carnelutti, “Torniamo al giudizio”, in *Rivista di diritto processuale*, I (1949), p. 165 e ss.

⁴⁸ V. A. Scerbo, “La dimensione metafisica nel pensiero di Carnelutti”, in G. Tracuzzi (a cura di), *La filosofia del diritto di Francesco Carnelutti*, cit., pp. 94-96.

⁴⁹ P. De Francisci, *Arcana Imperii*, II, Giuffrè, Milano, 1948, p. 122.

Il giudice dunque ha già conosciuto, nella tradizione giuridica occidentale, una funzione “metafisica”. E di questa funzione, dell’idea che la sentenza arrivi in termini simbolicamente oracolari dopo il duello tra le parti, è pregevole anche la struttura stessa delle nostre aule di giustizia. D’altra parte, non risponde proprio a tale “logica” la posizione rialzata del giudice in ogni aula di Tribunale, con di fronte, posizionati più in basso in termini paritari, i banchi di accusa e difesa? A parlare di simbolica funzione “pontificale” del giudice è il francese Garapon che, riferendosi esplicitamente alla tradizione della “montagna sacra” in tutte le civiltà tradizionali, evoca scenari metafisici nell’ambito del mistero del processo. “Così la scrivania del giudice costituisce il punto culminante tanto dell’asse verticale quanto di quello orizzontale, il punto evidentemente più prossimo alla divinità. È la piccola montagna sacra, il sostituto del Monte Sinai, in cima al quale sarà rivelata al giudice la decisione più giusta”⁵⁰. E la decisione del giudice, per Carnelutti, pone un ponte tra passato e futuro (con la pena che deve regolare la vita futura di un uomo).

Questa in definitiva la sintesi del conflitto giudiziale: il giudice, nella sua funzione pontificale, deve “indovinare” ciò che la società farà di lui. “Quando ho detto che il diritto introduce il sovrannaturale nella natura, non mi sembra d’aver passato il segno”⁵¹.

4. Il diritto come “forza”

Se il diritto è capace di “armare” un arco e sorreggerlo, se è capace di legare e vincolare gli uomini tra loro, configurandosi come “conflittuale” ma allo stesso modo ontologicamente orientato a comporla⁵², allora il diritto è anche una forza⁵³. Ed è una forza, secondo Carnelutti, idonea a trasformare il mondo⁵⁴. Le parole del maestro:

Dùnamis dicevano i greci. Il contrasto della *statica* con la *dinamica* illumina sempre più il rapporto tra diritto e Stato. Il primo non può essere, come credono i moderni, la medesima cosa che il secondo precisamente perché non possono confondersi la causa e l’effetto. Forza non significa altro che idoneità

⁵⁰ A. Garapon, *Del giudicare. Saggio sul rituale giudiziario*, Raffaello Cortina, Milano, 2007, p. 24. Evocativa è l’ascensione alla montagna sacra del re Minosse, come racconta Platone, il quale ogni nove anni si recava nell’antro di Zeus, a Creta, sul monte Ida, per ricevere le leggi (si veda Platone, *Minosse*, in Id., *Tutte le opere*, cit., 319b-321d, pp. 43-44).

⁵¹ F. Carnelutti, *Arte del diritto*, cit., pp. 6 e 59.

⁵² *Ivi*, pp. 61-62. Scrive il Nostro: “Così il giudizio scopre la lotta, che si nasconde nel senso del diritto. La scopre solamente o anche la compone? [...]. Così il diritto culmina nel giudizio non tanto perché senza giudizio la legge non potrebbe operare quanto perché solo nel giudizio la lotta della legge e del fatto si compone”.

⁵³ *Ivi*, pp. 16-17.

⁵⁴ *Ibidem*.

di qualcosa a trasformare il mondo. E il diritto significa a sua volta codesta idoneità⁵⁵.

Ancora un richiamo ai greci. Ancora suggestioni (o verità?) degli antichi maestri della classicità. Ed ancora una volta l'assonanza filosofica con Platone, in particolar modo sul rapporto tra diritto e Stato, è sorprendente.

In termini specifici (e utili per noi al fine di analizzare l'idea del diritto come "forza" ordinatrice), Platone se ne occupa nel *Protagora*. L'Ateniese racconta che, quando creò gli esseri viventi, Zeus affidò a Prometeo ed Epimeteo i mezzi che ne garantissero la sopravvivenza. Epimeteo però svolse talmente male il proprio compito che l'uomo si trovò sopraffatto dalle fiere. Prometeo tentò di rimediare donando all'uomo il fuoco e, con esso, la conoscenza delle *téchnai*. Ma gli uomini continuavano a restare in uno stato di isolamento e in lotta gli uni contro gli altri. Zeus allora decise di affidare ad Hermes l'incarico di distribuire a tutti gli uomini *aidós* (il rispetto verso sé stessi e verso gli altri) e *dikē* (il senso della giustizia). Rispetto inteso come amore per sé stessi e per il prossimo; senso della giustizia come naturale inclinazione a un principio d'ordine. Da allora ogni uomo è naturalmente predisposto alla vita politica e cerca di ricostruire, nella terra, una comunità ordinata eticamente e retta da un principio di giustizia: lo Stato⁵⁶. Ma quella stessa inclinazione dell'uomo al rispetto e al senso di ordine non rappresenta forse la *dùnamis* di cui parla Carnelutti? Non è forse la "forza" che illumina il rapporto tra "diritto e Stato"? In effetti non sono, nemmeno per Platone, la stessa cosa. Il senso del diritto alberga nel cuore di ogni uomo (per volere di Zeus); ed è proprio questa attitudine dell'uomo a ricreare un ordine nel mondo nel rispetto di sé stesso e degli altri a far nascere lo Stato. Causa ed effetto, come afferma ancora Carnelutti, che paragona lo Stato al corpo e il diritto alla vita, avvertendo che i due concetti non possono essere confusi⁵⁷. Non dunque una espressione del potere⁵⁸; non un mero strumento in mano ai governanti per garantire l'ordine tra i consociati:

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ V. Platone, *Protagora*, in A. Galimberti (a cura di), *Platone. Protagora*, Mondadori, Milano, 1948, p. 56 e ss.

⁵⁷ Si veda F. Carnelutti, *Come nasce il diritto*, Eri, Torino, 1954, p. 44. Scrive il Nostro: "[...] Stato e diritto non sono la stessa cosa, come alcuni hanno insegnato, con un errore analogo a quello di chi confondesse il corpo e la vita. Un altro sbaglio è credere che il diritto nasca dallo Stato come se dal corpo nascesse la vita. Il paragone ci guida invece a capire che non già dallo Stato deriva il diritto ma dal diritto lo Stato. Lo Stato, cioè la stabilità della società, è un *prodotto*, anzi il *prodotto del diritto*". Sul punto, cfr. G. Tracuzzi, *Esistenza e possibilità. Contributo allo studio della completezza dell'ordinamento giuridico*, Cedam, Padova, 2020, pp. 48-50.

⁵⁸ Contro tale idea (tutta moderna) del diritto, definita "riduzionista" si pone Paolo Grossi che richiama espressamente le posizioni di Francesco Carnelutti definendo la voce del giurista friulano, in relazione al tema sulla cd "certezza del diritto", "lucidamente stonata". Si veda a tal proposito P. Grossi, *Ritorno al diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2015, pp. 55-57. Scrive il Nostro: "È ovvio che, se il diritto è espressione del potere, si ha inevitabilmente la sua *riduzione* a comando, a un insieme di comandi; e se è il comando, deve essere ubbidito, ma può esserlo solo se il comando è certo".

semmai l'inclinazione stessa del singolo individuo, inteso come "parte di un tutto"⁵⁹ a ricongiungersi agli altri individui nell'ambito di una comunità di consociati. Non è dunque la "spada" o la "forza del gendarme"⁶⁰ a dare effettività e forza al diritto. Ma esattamente il contrario: è il diritto che semmai legittima il potere della "spada" e l'azione del gendarme. Corollario: "la forza del diritto non viene dall'esterno"⁶¹.

Coglie il segno, sulla medesima lunghezza d'onda del giurista friulano, Giovanni Reale quando, proprio riferendosi al mito platonico, scrive che "senza il rispetto di ogni uomo per l'altro uomo e senza la connessa giustizia, la società non potrebbe sopravvivere"⁶². Dunque, il diritto, anche per Carnelutti, arriva dal cuore di ogni uomo ed esattamente, come per Platone, è il risultato di una inclinazione che alberga nell'animo umano. Quell'inclinazione naturale al rispetto degli altri (*aidós*) verso uno scopo di giustizia (*dikē*) che, secondo la sapienza greca, nascondeva il senso più profondo del diritto, diventa per Carnelutti la forza morale (non il dovere) che spinge l'uomo all'amore per il prossimo e verso la realizzazione della giustizia. Il diritto è dunque, in definitiva, una "forza" che deriva dall'amore:

La forza che sospinge l'umanità verso la giustizia, è dunque la forza dell'amore [...]. Adesso non abbiamo svelato il mistero del diritto, di cui non conosciamo né la fonte né lo sbocco? Sgorge dall'amore e sfocia nell'amore: *ai due capi dell'ordinamento giuridico c'è qualcuno che fa ciò che bisogna fare non perché deve ma perché ama farlo* [...]. Amore e forza morale sono la stessa cosa⁶³.

Ora appare ancora più chiaro il paragone iniziale dell'arco e il ruolo del diritto:

Un arco. Un ponte. Come si chiamano le rive, ho chiesto in principio, che sono congiunte? Torniamo a considerare il caso di due uomini, che non hanno sufficiente cibo per nutrirsi entrambi. Il più forte che uccide l'avversario per mangiare da solo è l'*homo oeconomicus* che di null'altro si cura fuor dai suoi interessi [...]. Alla sinistra del ponte la terra si chiama, dunque, *economia*. Il

⁵⁹ Così F. Carnelutti, *L'avventura dell'individuo*, cit., p. 6.

⁶⁰ Così F. Carnelutti, *La guerra e la pace*, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 100-101. Scrive il Nostro in un passaggio particolarmente suggestivo: "Si direbbe a prima vista che la soluzione del problema è contenuta già nell'idea che abbiamo dato del diritto: se il diritto è, diciamo, un insieme di giustizia e forza, con una spada e una bilancia sul suo stemma, la forza della spada deve essere la forza del diritto; quando il giudice dispone del gendarme per far rispettare la sua sentenza, il diritto raggiunge il suo scopo. Ma riflettendoci ulteriormente, si scopre l'equivoco: la forza del gendarme, che costringe il cittadino all'osservanza della regola stabilita dal giudice, è *la forza prodotta dal diritto* e non *la forza che produce il diritto* [...]"

⁶¹ *Ivi*, p. 102.

⁶² Così G. Reale, *Saggezza antica. Terapia per i mali dell'uomo di oggi*, Raffaello Cortina, Milano, 1995, p. 111.

⁶³ F. Carnelutti, *La guerra e la pace*, cit., p. 113. Sulla forza morale che si traduce anche in "amore per gli altri" v. F. Carnelutti, *Tempo perso*, Sansoni, Firenze, 1959, pp. 225-228.

più forte, che lascia il nutrimento, al più debole è, al contrario, l'*homo moralis*, il quale non può separare il proprio dall'altrui bene. Alla destra del ponte il nome della terra è *moralità*⁶⁴.

Il diritto ci si presenta, in questa accezione, come il ponte che unisce le due rive separate da un abisso: “una linea retta – è il nuovo paragone di Carnelutti – che unisce due punti”⁶⁵. Ed è il senso finale delle parole del giurista friulano quando evoca lo “Stato perfetto”: quello che non ha bisogno di diritto perché, in sua vece, sarà tenuto unito dall'amore⁶⁶, vera forza originaria da cui il diritto sgorga. Una delle forme che prende l'amore. “E non è lo stesso dell'arte”?⁶⁷

⁶⁴ F. Carnelutti, *Arte del diritto*, cit., p. 18.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ *Ivi*, p. 16.

⁶⁷ *Ivi*, p. 88.