

Francesco Carnelutti Per un'introduzione al mondo del diritto

Francesco Recanati

Università degli Studi di Trieste

Abstract: Francesco Carnelutti. For an Introduction to the World of Law

The article aims to outline some aspects that are considered essential to introduce to the legal thought of Francesco Carnelutti and therefore to the world of law, highlighting his idea according to which the science of law cannot be conceived as a closed system but as an open system, in continuous dialogue with what is considered as meta-juridical. Carnelutti is in fact convinced that he has never “worked usefully to know and make known the law as when it seemed to many that he gets away of its limits.”

Keywords: Legal Experience, Theory of Law, Law Pedagogy, Justice, Peace.

0. “Un uomo è un mondo”¹ afferma Francesco Carnelutti nel discorso commemorativo tenuto all’Università di Padova il 13 gennaio 1934, in onore di Vittorio Scialoja, domandandosi anche quale fosse il modo migliore per ricordarlo: “cercare di descriverne la vastità oppure di coglierne l’essenza” con il rischio però che “scompaia l’uomo e resti il problema”². Carnelutti, nella convinzione che Scialoja avrebbe apprezzato più di tutto che “nel suo nome noi cerchiamo di fare della strada”³, sceglie la seconda via.

Questo è anche il criterio che anima il presente articolo con la consapevolezza tuttavia che un singolo punto di vista e poche pagine non possono certo esaurire la complessità di un pensiero così ricco, articolato e per certi aspetti apparentemente non sempre lineare, come quello di Francesco Carnelutti. Per questo tenteremo di delinearne solo alcuni aspetti che noi riteniamo essere essenziali per introdurci al mondo del diritto, anche nella convinzione che attraverso i suoi scritti e la testimonianza della sua vita, egli continui ancora a indicarci una “via, un sentiero, sia pure irto e stretto, nello smarrimento dell’oggi”⁴;

¹ F. Carnelutti, “Arte del diritto. In memoria di Vittorio Scialoja”, in Id., *Discorsi intorno al diritto*, I, Cedam, Padova, 1937, p. 31.

² *Ivi*, p. 33.

³ *Ibidem*.

⁴ G.P. Calabrò, “Presentazione”, in G. Tracuzzi (a cura di), *La filosofia del diritto di Francesco Carnelutti*, Cedam, Milano, 2019, p. X.

sicuri che la risposta giuridica ai conflitti che animano i problemi politico-sociali del mondo contemporaneo non può essere *more geometrico*⁵. La cultura giuridica contemporanea infatti, dopo il fallimento del positivismo legalista, sembra mostrare sempre più il bisogno di un diritto a misura d'uomo e "la tendenza a spostare l'attenzione dalla costruzione normativa alla realtà umana oggetto delle regole giuridiche"⁶.

1. Carnelutti sostiene che le persone distinguono tra lo scienziato e il maestro e premiano "con questa parola, che è insieme la più umile e la più alta, non tanto coloro che posseggono la scienza quanto coloro che la sanno donare"⁷. E se ancora oggi in molti riconoscono anche a lui questa qualità⁸ è anche perché egli ha vissuto la sua attività di giurista e studioso come una missione e fuori dalla "torre d'avorio"⁹, dimostrando di essere "un maestro che lavora offrendo la sua vita e la sua attività come modello"¹⁰. Sembra significativo, a riguardo, quando nel 1941 dopo il libro *Mio fratello Daniele*¹¹ dà alle stampe *La strada*, per raccontare la sua storia, "piccola e ingenua storia", non tanto della sua vita, quanto del suo pensiero¹², il quale, "dopo tutto, non è che vita dell'uomo"¹³. Perciò quest'opera autobiografica non si esaurisce in un insieme cronologico di aneddoti ma rappresenta piuttosto il risultato del suo desiderio di dare "corpo" alle sue idee¹⁴, rendendosi accessibile, non solo ai giuristi e agli studiosi, ma soprattutto a coloro che vogliono "fare della

⁵ Cfr. A. Amato Mangiameli, P. Becchi, G.P. Calabrò, L. Franzese, A. Incampo, T.G. Tasso, "Editoriale", in *L'Ircocervo. Prima rivista elettronica italiana di Metodologia giuridica, Teoria generale del diritto e Dottrina dello Stato* (www.lircocervo.it), 18 (2019), n. 0.

⁶ Cfr. G. Benedetti, *Responsabilità educative del diritto*, Carabba, Lanciano, 2017, p. 149.

⁷ Cfr. F. Carnelutti, "Arte del diritto. In memoria di Vittorio Scialoja", cit., pp. 68-69; si veda anche F. Carnelutti, *La strada*, Tumminelli, Roma-Milano, 1943², pp. 167-172.

⁸ Come dimostrano anche i convegni e gli scritti a lui dedicati, che negli anni si sono succeduti, e non da ultimo questo numero de *L'Ircocervo*.

⁹ "S'io mi tenessi dentro quello che ho conosciuto, sarebbe un soffrire; il bisogno è di scrivere. Capire è lo sforzo; far capire la liberazione. [...] Sapere senza far sapere è contro natura; il piacere del separare il saputo da sé, ch'è ormai un troppo per sé, remunera lo sforzo durato per conquistarlo", F. Carnelutti, *La strada*, cit., pp. 151-152.

¹⁰ Cfr. G. De Luca, "Prefazione", in G. Tracuzzi (a cura di), *La filosofia del diritto di Francesco Carnelutti*, cit., p. XII.

¹¹ "Primo tentativo di porre ordine in sé stesso come uomo, dopo aver nella Teoria generale del diritto composto in unità la sua scienza", così S. Lener, "'La strada' di Francesco Carnelutti", in *La Civiltà Cattolica*, 94 (1943), I, p. 287.

¹² F. Carnelutti, *La strada*, cit., p. 10.

¹³ *Ivi*, p. 178.

¹⁴ Cfr. anche I. Birocchi, E. Mura, *La missione del giurista*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 186.

strada" insieme a lui¹⁵ e ricercare la giustizia in sincerità, intuendola come condizione perché possa affermarsi la pace¹⁶, interiore ed esteriore¹⁷.

Ecco che questo libro non è scritto per i grandi ma per i piccoli. Per quelli che nell'imperversare della sapienza credono al senso comune. Per quelli che nell'imperversare del diritto credono alla giustizia. Per quelli che nell'imperversare della forza credono alla mansuetudine¹⁸.

Tale scritto, con cui Carnelutti "segna una strada", può essere considerato quasi una sorta di piccola summa del suo pensiero, che si snoda a partire da una dimensione più pratica, ovvero la via intrapresa nella pratica forense e trovando una sorta di compimento nella sua attività più prettamente teorica¹⁹, che in Carnelutti non si riduce a un lavoro puramente concettuale fatto solo di ragionamenti logico-deduttivi fine a se stessi. Si può dire infatti che per il nostro Autore l'attività teorica assolve pienamente alla sua funzione quando, in qualche modo, riesce a plasmare, nel bene, le nostre vite o quella degli altri²⁰, e la vita reale non resta quindi fuori dal suo perimetro, ma anzi fornisce essa stessa il materiale di studio²¹. La fortuna poi "più che il merito sta nel vivere quello che si studia"²². E se per Carnelutti ciascuno di noi deve "cercar di fare la sua parte di bene a questo mondo", egli sente su di lui la responsabilità di contribuire alla vita e all'evoluzione nel mondo del diritto e quindi "cercar di rendere meno imperfetto questo strumento indispensabile alla vita e al progresso dei popoli, ch'è il diritto"²³. Il libro *La strada*, dove la storia del suo pensiero sembra identificarsi intrinsecamente con la sua vita "liricamente sentita"²⁴, ne rappresenta una testimonianza. E – come già fatto notare da Giuseppe De Luca

¹⁵ "Se il mondo fosse tutto di filosofi, all'istinto di comunicare', vivacissimo in me, avrei dovuto resistere; [...]. Ma ci sono anche al mondo, più numerosi dei filosofi, quelli che tra una fede nel diritto, sempre più scossa e corrosa, e una non fede in Dio, del quale non si curano, come di una vanità, o anche si vergognano, come di una debolezza, vivono malamente, giorno per giorno, al modo in cui lungo tempo io sono vissuto, e se guardano davanti a sé non vedono nulla o credono di vedere qualcosa, che è meglio voltare la testa per conservare il coraggio di tirare avanti. A costoro è rivolta la storia; e non importa anzi giova la sua ingenuità; io li conosco bene e so che siamo, in fondo, molto simili a quelli che il Vico chiamava 'fanciulli del nascente genere umano'. A loro vorrei parlare, se potessi, sottovoce, proprio come si racconta ai fanciulli una fiaba, che i sapienti non la devono sentire; se poi a qualcuno tra questi giungesse all'orecchio, pensi che a narrarla non mi spinge la pretesa d'aver scoperto alcuna verità, ma solo la gioia d'aver trovato la pace". F. Carnelutti, *La strada*, cit., pp. 10-12.

¹⁶ Cfr. F. Carnelutti, *La strada*, cit., pp. 147-150.

¹⁷ Cfr. F. Carnelutti, *Come nasce il diritto*, Eri, Torino, 1954, pp. 53-54.

¹⁸ F. Carnelutti, *La strada*, cit., p. 262.

¹⁹ Cfr. anche I. Birocchi, E. Mura, *op. cit.*, pp. 186-189.

²⁰ F. Carnelutti, *La strada*, cit., pp. 45-48.

²¹ "Io ho scavato molto più nella vita che nelle biblioteche", così F. Carnelutti, "Le fondazioni della scienza del diritto", in Id., *Discorsi intorno al diritto*, III, Cedam, Padova, 1961, p. 25.

²² Cfr. F. Carnelutti, *La strada*, cit., p. 71.

²³ *Ivi*, p. 42.

²⁴ Cfr. S. Lener, *op. cit.*, p. 285.

– Carnelutti sembra ispirarsi all’insegnamento di Seneca secondo cui: “*Quod sentimus loquamur, quod loquimur sentiamus: concordet sermo cum vita*”²⁵.

Anche il gesuita Salvatore Lener – giurista e scrittore della rivista *La Civiltà Cattolica*, incaricato di occuparsi dei problemi del diritto prendendo parte ai maggiori dibattiti dell’epoca – accolse con grande entusiasmo *La strada*, dedicandogli un articolo sulla rivista e definendolo un libro che “ha più dell’opera d’arte che di scienza”, dove le idee dell’Autore si identificano con la sua stessa vita soprattutto “nei momenti più drammatici del suo ascendere verso la verità”²⁶. Lener addirittura esordisce dicendo: “Bisogna ringraziare il Carnelutti di averci dato questo libro”, il quale benché destinato a “essere particolarmente sentito da giuristi e da studiosi in genere di problemi sociali, a tutti si raccomanda per il suo contenuto e per la sua forma tutta immagini vive ed avvincenti”²⁷. In quest’opera appare in modo evidente anche l’approccio da vero umanista di Carnelutti nel mondo del diritto²⁸. Possiamo dire inoltre che qui egli trovi il punto più alto per una vera e propria “riflessione vivente, della realtà intuitiva che si nutre di tutti i sapori e le immagini dell’esperienza”²⁹, la quale “è la radice non il limite della conoscenza”³⁰. E se anche lo “hanno più volte ammonito che con le immagini non si fa della scienza e tanto meno della filosofia”, probabilmente – egli dice –, è perché non hanno meditato “la formula del Vico”³¹; affermando altresì: “Povera filosofia!” Se c’è chi sostiene che essa cominci dove finiscono le immagini³². Forse solo in questo modo – come egli stesso ammette – “si riesce a spiegare questo libro”, dove confessa di avere “lasciato che le scatole misteriose liberamente si aprissero” facendone venire “fuori uno strano impasto d’immagini e di concetti, di riflessioni e di rimembranze, di ragionamento e di musica, che sarà quello che può essere quanto a bellezza ma quanto a storia è fedelmente me stesso”³³.

Certo non si può negare che il pensiero giuridico di Carnelutti si è inizialmente sviluppato in senso prevalentemente positivistic³⁴, tuttavia si può dire che parallelamente all’estendersi in ampiezza e profondità del suo pensiero più strettamente scientifico, si è allargato progressivamente anche il suo angolo di

²⁵ Cfr. G. De Luca, *op. cit.*, p. XIII.

²⁶ Cfr. S. Lener, *op. cit.*, p. 285.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ “Fu, in effetti, l’ultimo grande umanista del secolo scorso nel mondo del diritto”. Così G. De Luca, *op. cit.*, p. XII.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ F. Carnelutti, *La strada*, cit., p. 221.

³¹ *Ivi*, p. 124 e pp. 118-121.

³² *Ivi*, p. 125. Giovanni Reale cercando di spiegare il mito platonico definendolo appunto un “pensare per immagini” sostiene che sia il mito che il *logos* sono un “pensare”, seppure in forme differenti, che tendono nei loro momenti culminanti alla verità. Per questo “il buon mito non agisce mai a danno del *logos* [...], ma opera sempre e solo in sinergia con esso”. G. Reale, “Platone”, in *Enciclopedia filosofica*, 9, Bompiani, Milano, 2006, p. 8696. Sul punto si veda anche P. Gilbert, *Le ragioni della sapienza*, G&B Press, Roma, 2010, pp. 42-44.

³³ Cfr. F. Carnelutti, *La strada*, cit., p. 125.

³⁴ Cfr. F. Carnelutti, “Esistenzialismo giuridico”, in Id., *Discorsi intorno al diritto*, II, Cedam, Padova, 1953, p. 120 e F. Carnelutti, *La strada*, cit., p. 190.

osservazione, liberandosi “dalle strettoie proprie del positivismo preconconcetto, per una più immediata adeguazione fra intelletto e realtà”³⁵, in una necessaria dialettica tra concetti ed esperienza e tra esperienza e concetti³⁶, dove il “pensiero, prima di arrivare alla prassi, guarda ai concetti”³⁷ e “non tanto il fare primeggia sul sapere quanto l'uno nell'altro si risolve”³⁸. Per Carnelutti “il ricambio vitale fra realtà e scienza” non rappresenta solo una “reazione al dogmatismo da laboratorio” o “un'accusa all'insufficienza della tradizione”, ma un preciso programma di studio e di insegnamento, il terreno solido su cui si snoda la strada del suo pensiero³⁹. Inoltre sostiene che un pensare che non si svolga sull'esperienza, “dai fatti alle leggi e dalle leggi ai fatti” somiglia “un poco al rifare un gomito invece di disfargli”⁴⁰, mentre “per conoscerlo il fatto dev'essere disfatto”⁴¹; occorre “disfare e rifare, attraverso il quale si tenta di giungere al sapere”⁴². E se la realtà è come un poliedro, per “*saper fare il diritto* occorre, prima di tutto, *altro sapere oltre il sapere giuridico*” – sostiene il nostro Autore –, proprio perché quando diciamo “fatto giuridico” ci riferiamo al lato giuridico e quindi a uno dei lati di quel poliedro che è la realtà, dove l'autonomia delle scienze esprime anche l'inconfondibilità dei singoli lati; perciò non basta la sola scienza del diritto per fare del diritto⁴³.

2. Francesco Carnelutti ha riportato anche l'attenzione sul fatto che il diritto ha a che fare con la vita di tutti i giorni, con la vita di tutti. Quando, più o meno consapevolmente, le persone regolano la loro condotta secondo le leggi formate dal legislatore: “fanno del diritto senza saperlo” e il giudice “*provvede a finire il prodotto semilavorato solo quando i cittadini non riescono a finirlo da sé*”⁴⁴. Sarebbe un guaio – afferma – “se per applicare le leggi dovessero intervenire sempre i giudici”⁴⁵. Per questo la missione del giurista dovrebbe essere anche quella

³⁵ Cfr. S. Lener, *op. cit.*, p. 289.

³⁶ Cfr. F. Carnelutti, “Scuola italiana del diritto”, in Id., *Discorsi intorno al diritto*, I, cit., pp. 108-123.

³⁷ A. Amato Mangiameli, P. Becchi, G.P. Calabrò, L. Franzese, A. Incampo, T.G. Tasso, *op. cit.*

³⁸ F. Carnelutti, *La strada*, cit., p. 129. “Tale è il ricambio del pensiero, eterna generazione dell'astratto dal concreto e dall'astratto del concreto, o, altrettanto, del sapere dal fare e del fare dal sapere”. F. Carnelutti, *La strada*, cit., p. 124.

³⁹ Cfr. S. Lener, *op. cit.*, p. 288; si veda a tal proposito F. Carnelutti, “Scuola italiana del diritto”, cit., pp. 113-117; F. Carnelutti, “Clinica del diritto”, in Id., *Discorsi intorno al diritto*, I, cit., pp. 185-197 e F. Gentile, “Clinica del diritto”, in *L'Ircocervo. Prima rivista elettronica italiana di Metodologia giuridica, Teoria generale del diritto e Dottrina dello Stato* (www.lircocervo.it), 2005, n.1.

⁴⁰ F. Carnelutti, *La strada*, cit., p. 177.

⁴¹ *Ivi*, p. 107.

⁴² *Ivi*, p. 118.

⁴³ Cfr. F. Carnelutti, “Scienza del diritto”, in Id., *Discorsi intorno al diritto*, I, cit., pp. 96-98.

⁴⁴ Cfr. F. Carnelutti, *Come nasce il diritto*, cit., p. 7.

⁴⁵ *Ibidem*.

di far conoscere il diritto agli altri, non conoscerlo soltanto per sé, soprattutto nelle sue implicazioni con la “giustizia, la quale non è altro che la verità del diritto”⁴⁶.

Per Carnelutti è importante che “una conoscenza generica del diritto sia compresa in quella cultura generale che deve essere fornita al cittadino affinché egli possa regolarsi nella vita quotidiana”⁴⁷, soprattutto laddove non riesca, secondo coscienza o buon senso, a evitare o contenere quelle azioni dannose per se stesso, per la collettività o per l’ambiente, che inizialmente si possono anche non percepire come tali⁴⁸; specialmente quando si entra nel campo del diritto penale finalizzato a “ottenere che i cittadini si astengano da certi atti, che si ritengono gravemente nocivi al bene comune o compiano certi altri atti, che al bene comune sono necessari”⁴⁹. Il diritto quindi appare utile per formare persone consapevoli, responsabili e partecipi alla realizzazione del bene comune⁵⁰ anche attraverso il “riconoscimento in comune del bene”⁵¹. Perciò occorre far conoscere le leggi spiegando altresì le conseguenze di un certo agire piuttosto che un altro, sperando che anche solo la comprensione delle conseguenze incoraggi o scoraggi questa o quella azione⁵². Bella è l’immagine che Carnelutti utilizza per caratterizzare la sua idea:

gli avvocati e i giudici si chiamano come i medici, quando scoppiano le malattie; ma affinché non scoppino, occorre diffondere nel popolo cognizioni elementari di igiene. Dopo tutto una certa educazione giuridica estesa ai non giuristi è un mezzo per combattere quelle due piaghe che sono la delinquenza e la litigiosità⁵³.

A tal riguardo Carnelutti, nel discorso che pronunciò nel 1930 all’Istituto Veneto di scienze lettere ed arti, affermava il valore e l’importanza dell’“*educazione giuridica dei non giuristi*, alla cui educazione è soprattutto affidato il buon rendimento delle leggi”⁵⁴. Per di più si può anche dire che “al legislatore, primo fra tutti, è affidata oggi la responsabilità di educare”⁵⁵. Pertanto occorre interrogarsi anche sulla efficacia delle leggi nell’esperienza cosciente, definita come “sottoprodotto” della legislazione⁵⁶, ovvero sulle reazioni intellettuali

⁴⁶ Cfr. F. Carnelutti, “La missione del giurista”, in Id., *Discorsi intorno al diritto*, III, cit., pp. 253-254; cfr. anche F. Carnelutti, *Tempo perso*, IV, Sansoni, Firenze, 1959, p. 413.

⁴⁷ F. Carnelutti, *Come nasce il diritto*, cit., p. 7.

⁴⁸ Cfr. F. Carnelutti, *La strada*, cit., pp. 214-216; cfr. anche F. Carnelutti, “Bilancio del positivismo giuridico”, in Id., *Discorsi intorno al diritto*, II, cit., p. 245.

⁴⁹ F. Carnelutti, *Come nasce il diritto*, cit., p. 7.

⁵⁰ Per un approfondimento sulla funzione pedagogica del diritto si veda G. Benedetti, *op. cit.*

⁵¹ Cfr. F. Gentile, *Intelligenza politica e ragion di stato*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 47.

⁵² F. Carnelutti, *La strada*, cit., p. 198.

⁵³ F. Carnelutti, *Come nasce il diritto*, cit., p. 8.

⁵⁴ F. Carnelutti, “La crisi della legge”, in Id., *Discorsi intorno al diritto*, I, cit. p. 182.

⁵⁵ D. Coccopalmerio, *Il diritto come diakonía*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 163.

⁵⁶ J. Dewey, *Democracy and Education: an introduction to the philosophy of education*, The Macmillan Company, New York, 1916, trad. it. di E. Enriques Agnoletti, P. Paduano, *Democrazia e educazione. Un’introduzione alla filosofia dell’educazione*, La Nuova Italia, Firenze, 1961, p. 9, cit. in G. Benedetti, *op. cit.*, pp. 149-150.

ed emotive che suscita l'esperienza giuridica⁵⁷, anche perché la materia di lavoro dei teorici e degli operatori del diritto è sempre la realtà, non la legge soltanto, ma la vita⁵⁸.

Da queste considerazioni e sul fatto che oltre la tecnica-giuridica c'è l'uomo nella sua interezza (immanenza e trascendenza), per il quale il diritto è pensato, ne consegue che la scienza del diritto deve avere il coraggio e l'ardire di "salire in quella regione della metafisica, dove il pensiero è superato nell'essere e l'essere si risolve nell'amore"⁵⁹. Il diritto appare quindi come uno degli aspetti della realtà umana "che impegnano più profondamente la concezione e la pratica della vita"⁶⁰ e non può essere circoscritto dalle "geometrie e tecnicismi della scienza giuridica convenzionale"⁶¹. Un ordinamento giuridico disposto secondo una logica geometrica politico-legale per lo più ipotetica e deduttiva secondo Francesco Gentile è un ordinamento giuridico non reale, ma puramente virtuale, che pertanto "non corrisponde a qualcosa di sostanziale", ma piuttosto a "una costruzione artificiale"⁶². Inoltre il diritto non può essere ridotto a mera tecnica di controllo sociale, dove a prevalere sono solo gli aspetti tecnico-pratici, che restano comunque indispensabili, dal momento che anche quando il comando tenda al bene – segnala il nostro Autore – non è detto che sia sempre efficace se non possiede certi requisiti tecnici⁶³. Su questo punto infatti Carnelutti sente di muovere una critica a quelle facoltà giuridiche, dove l'insegnamento è orientato "più a formare la mentalità dell'interprete che quella del legislatore", sostenendo infatti che se da una parte si insegna "come si manovrano le macchine giuridiche a quelli che ne dovranno essere i meccanici, cioè, in buona sostanza ai giudici e agli avvocati", non può non insegnarsi dall'altra anche come esse si costruiscano⁶⁴.

Oltre a ciò il nostro Autore metteva già in guardia dai rischi dell'"inflazione legislativa" che comporta una svalutazione delle leggi e "una dilatazione progressiva della sovranità, nelle sue forme legislativa e giudiziaria"⁶⁵. Se è vero – dice – che man mano che la società progredisce la moltiplicazione delle leggi è un fenomeno fisiologico, oltre un certo punto però diventa un problema, in quanto le stesse non riescono a essere conosciute neppure dagli esperti che arrivano a conoscerne solo una piccola parte. Ma se gli stessi giuristi insegnano che *ignorantia iuris non excusat*, quando una legge viene violata perché non conosciuta, vuol dire che qualcosa non funziona. Se poi una delle funzioni delle leggi è dare alle persone la "certezza del diritto", ovvero nel far sapere loro ciò che devono o non devono

⁵⁷ Cfr. G. Benedetti, *op. cit.*, pp. 149-150.

⁵⁸ F. Carnelutti, "Scienza del diritto", *cit.*, pp. 78-79.

⁵⁹ Cfr. F. Carnelutti, "Profilo del pensiero giuridico italiano", in *Id.*, *Discorsi intorno al diritto*, II, *cit.*, p. 183.

⁶⁰ F. Carnelutti, "Profilo del pensiero giuridico italiano", *cit.*, p. 166.

⁶¹ Cfr. A. Amato Mangiameli, P. Becchi, G.P. Calabrò, L. Franzese, A. Incampo, T.G. Tasso, *op. cit.*

⁶² F. Gentile, *L'ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, Cedam, Padova, 2005³, p. 9.

⁶³ Cfr. F. Carnelutti, "Il fine nel diritto", in *Id.*, *Discorsi intorno al diritto*, III, *cit.*, p. 43.

⁶⁴ Cfr. F. Carnelutti, "La crisi della legge", *cit.*, p. 182.

⁶⁵ F. Carnelutti, "La crisi del diritto", in *Id.*, *Discorsi intorno al diritto*, II, *cit.*, p. 72.

fare e le conseguenze che il loro fare o non fare comporta, il maggior pregio di un saggio ordinamento giuridico non può che essere la semplicità, ma nei casi in cui esso invece assomigli più a un complicatissimo labirinto, nel quale spesso neppure coloro che dovrebbero esserne le guide riescono a orientarsi, occorrerebbe almeno riuscire a ridurre al minimo i casi della *ignorantia iuris*⁶⁶.

Se dunque un ordinamento giuridico ha di mira il bene comune e può svolgere una funzione pedagogica, portando le persone a riconoscerne il suo alto valore – che beninteso, come ci ricorda Carnelutti, non è in esso intrinseco – e ad accettare e rispettare le leggi non solamente per paura della sanzione, l’ordinamento sociale potrà contare su basi più solide⁶⁷. “Le leggi somigliano a dei fari, i quali servono agli uomini per illuminare il loro cammino”⁶⁸. Tuttavia anche se Carnelutti è fortemente convinto del valore formativo del diritto, reputa comunque inferiore la soluzione giuridica rispetto alla soluzione morale nelle dinamiche umane, in quanto solamente quest’ultima è spontanea⁶⁹. Secondo il nostro Autore infatti, la morale è fondata sulla libertà/potere più che sulla necessità/dovere⁷⁰, senza per questo considerare in antitesi l’obbedienza e la libertà. Invero quando l’obbedienza a una legge è il risultato dell’adesione e non della coercizione, il potere morale diventa un dovere morale che per Carnelutti non è altro che superamento della necessità/obbligo mediante la libertà⁷¹. In questi casi si fa esperienza di quel “contatto tra *conditor* e *subditus iuris* che dà vita al diritto”, o meglio uno nell’altro si risolve: “il *conditor* si sente *subditus* perché ascolta, *iubendo*, la voce dell’etica dettargli le regole del diritto naturale; il *subditus* si sente *conditor* perché ascolta, *parendo*, quella medesima voce”. E in questo modo “finalmente la sovranità e l’autonomia si danno la mano e la crisi del diritto nel ritrovato equilibrio può essere superata”⁷². Quindi per Carnelutti a prescindere dall’incertezza del risultato, resta il fatto che il costo della soluzione giuridica dei conflitti sta nella natura del mezzo, ovvero la minaccia della sanzione e/o l’uso della forza, intima e tragica contraddizione del diritto e “la condizione per superarlo è la sensibilità a quegli interessi superiori, i quali si servono soltanto con la pace tra le persone”⁷³.

⁶⁶ Cfr. F. Carnelutti, *Come nasce il diritto*, cit., pp. 37-38; F. Carnelutti, “La crisi della legge”, cit., pp. 180-182, nonché pp. 67-72.

⁶⁷ Cfr. J. Gorczyca, *Essere per l’altro. Fondamenti di etica filosofica*, G&B Press, Roma, 2011, p. 160.

⁶⁸ F. Carnelutti, “Bilancio del positivismo giuridico”, cit., p. 247.

⁶⁹ Cfr. F. Carnelutti, “Il primato del diritto”, in Id., *Discorsi intorno al diritto*, I, cit., p. 14 e F. Carnelutti, “Ordinamento giuridico e morale cristiana”, in Id., *Discorsi intorno al diritto*, II, cit., pp. 7-8.

⁷⁰ Cfr. F. Carnelutti, “Morale e diritto”, in Id., *Discorsi intorno al diritto*, II, cit., p. 41 e F. Carnelutti, “Il fine del diritto”, cit., p. 30, nota 1.

⁷¹ Cfr. F. Carnelutti, *La strada*, cit., pp. 140-141.

⁷² F. Carnelutti, “La crisi del diritto”, cit., p. 82 e “La morte del diritto”, in *ivi*, p. 284.

⁷³ Cfr. F. Carnelutti, “Scuola italiana del diritto”, cit., p. 133.

3. Francesco Carnelutti confessa che quando uscì dall'università gli sembrava che ogni azione umana non solo potesse, ma dovesse essere pesata sulla bilancia del diritto⁷⁴, manifestando così una concezione secondo la quale “la persona non rilevarebbe in quanto tale ma come centro di imputazione di situazioni giuridiche”⁷⁵. Ma “tali ingenuità – dice – svaniscono al contatto con la vita”⁷⁶, visto che ci sono situazioni che dimostrano come le persone agiscano attraverso dinamiche ordinate, senza ingenerare conflitti, il cui merito non è sempre e solo riconducibile in capo all'ordinamento giuridico, il quale tutt'al più riveste piuttosto una funzione sussidiaria⁷⁷. Non si può infatti negare che a volte anche l'economia e la morale sono sufficienti a garantire l'assenza di conflittualità⁷⁸. A partire da queste considerazioni si palesa il problema del rapporto tra autonomia, libertà e diritto. Autonomia, per il nostro Autore, non vuol dire sregolatezza ma piuttosto autoregolazione e la capacità di regolare se stessi altro non è che la libertà. Tra autonomia e libertà secondo Carnelutti la differenza è che la prima procede *ab extra* mentre la seconda *ad intra*, “l'autonomia è lo spazio lasciato all'individuo affinché possa svolgere la sua libertà”⁷⁹. È un errore porre nello Stato anziché nella persona il fine del diritto in quanto se lo Stato altro non è che la personificazione dell'ordinamento troverebbe il suo fine in se stesso. Il sintomo di questa “degenerazione dell'ordinamento [...] si avverte nella ipertrofia burocratica”, inevitabile conseguenza della limitazione non strettamente necessaria dell'autonomia⁸⁰ e nel vorticoso moltiplicarsi delle norme giuridiche, che paralizza “non tanto ogni forza umana quanto prima ancora ogni buona volontà”⁸¹. Per Carnelutti invece il diritto, per essere vero diritto, dovrebbe esaltare anziché comprimere la libertà delle persone⁸².

Con tali semplici constatazioni Carnelutti non fa altro che riconoscere l'attitudine all'autoregolamentazione delle persone, dimostrando di non condividere le teorie politiche e giuridiche moderne, che vedono l'uomo come un individuo esclusivamente solitario ed egoista che senza un intervento esterno di un'autorità sovrana si lascia guidare solo dalle sue pulsioni e istinti più cattivi⁸³.

⁷⁴ F. Carnelutti, *La strada*, cit., p. 203.

⁷⁵ L. Franzese, *Ordine economico e ordinamento giuridico. La sussidiarietà delle istituzioni*, Cedam, Padova, 2006², p. 2.

⁷⁶ F. Carnelutti, *La strada*, cit., p. 203.

⁷⁷ Per un approfondimento si veda L. Franzese, *Ordine economico e ordinamento giuridico. La sussidiarietà delle istituzioni*, cit. e L. Franzese, “Su persona e individuo nel rapporto tra diritto, economia e società”, in Aa.Vv., *Diritto, economia e società. In ricordo di Luisa Cusina*, EUT, Trieste, 2018, pp. 97-108.

⁷⁸ Cfr. F. Carnelutti, *La strada*, cit., p. 203.

⁷⁹ Cfr. F. Carnelutti, “Certeza, autonomia, libertà, diritto”, in Id., *Discorsi intorno al diritto*, III, cit., pp. 188-189.

⁸⁰ *Ivi*, p. 189.

⁸¹ *Ivi*, pp. 192-193.

⁸² *Ivi*, p. 196.

⁸³ “Si può dire, senza tema di smentita, che l'uomo come individuo solitario ed egoista, tale, infatti, viene per ipotesi definita la sua condizione naturale, costituisca il presupposto comune a tutte le

Solo dove l'autonomia fallisce o non è sufficiente a garantire la composizione degli interessi non può che subentrare il diritto, poiché se anche le persone riescono a indirizzare con la ragione i propri istinti verso fini razionali, a causa della loro imperfezione, non sempre ci riescono e hanno quindi bisogno di uno strumento che consenta loro di conseguire non solo una certa stabilità ma soprattutto un bene più grande: la pace⁸⁴.

Dunque, “una delle chiavi dell'ordine giuridico è la combinazione della potestà dello Stato con la libertà del cittadino [...]. Tra noi si parla per lo più, di autolimitazione del primo di fronte al secondo”⁸⁵, significando che

“la potestà, per costituire la libertà altrui, pone dei limiti a se stessa; [...] ma in verità a me pare che si tratti anziché di un limite, inconcepibile per la potestà, di una delegazione che lo Stato fa al cittadino, la cui libertà pertanto si converte nella facoltà o in una subordinata potestà; subordinata perché lo Stato non può rinunciare a verificarne l'esercizio”⁸⁶.

Carnelutti mette però in guardia anche dall'errore di credere che il diritto nasca dallo Stato, come se la vita nascesse dal corpo⁸⁷, e così facendo, considerare un “ente essenzialmente relativo” come un assoluto⁸⁸, mentre lo “Stato, cioè la stabilità della società, è un prodotto, anzi il prodotto del diritto”⁸⁹, di cui le persone hanno bisogno⁹⁰.

4. Per Carnelutti il segreto del diritto sta nel fatto che gli uomini hanno soprattutto bisogno di vivere in pace⁹¹ anche se ammette che la pace duratura è quella che scaturisce prima di tutto da un sentire interiore⁹² che le persone raggiungono quando c'è ordine in loro e intorno a loro⁹³, un ordine verso il quale tende il nostro pensiero⁹⁴: l'ordine è a noi “necessario come l'aria per respirare”⁹⁵. Ma se l'ordine interiore è dato dall'ordine morale dettato dall'amore per il prossimo e

teorie politiche e giuridiche moderne: da Hobbes a Marx”, F. Gentile, *Intelligenza politica e ragion di Stato*, cit., p. 10.

⁸⁴ Cfr. F. Carnelutti, “Il primato del diritto”, cit., pp. 3-5; cfr. anche F. Carnelutti, “Bilancio del positivismo giuridico”, cit., p. 247.

⁸⁵ F. Carnelutti, *La strada*, cit., p. 251.

⁸⁶ *Ivi*, pp. 251-252.

⁸⁷ Cfr. F. Carnelutti, *Come nasce il diritto*, cit., p. 44.

⁸⁸ Cfr. anche A. Messineo, *Concezione cristiana dello Stato*, Raggio, Roma, 1944, p. 8.

⁸⁹ F. Carnelutti, *Come nasce il diritto*, cit., p. 44.

⁹⁰ Sul punto si veda G.P. Calabrò, *Il bisogno dello Stato. Alla ricerca dell'ordine perduto*, Pacini Editore, Pisa, 2017.

⁹¹ Cfr. F. Carnelutti, *Come nasce il diritto*, cit., p. 12.

⁹² Cfr. O. Giacchi, “Prospettive moderne per la pace nel mondo”, in Aa.Vv., *La pace come dimensione dello spirito*, il Mulino, Bologna, 1967, pp. 233-235 e S. Cotta, “Discussione”, in *ivi*, pp. 253-254.

⁹³ Cfr. F. Carnelutti, *Come nasce il diritto*, cit., p. 53.

⁹⁴ Cfr. F. Carnelutti, “Ordinamento giuridico e morale cristiana”, cit., p. 4.

⁹⁵ F. Carnelutti, *Come nasce il diritto*, cit., p. 12.

dall'altruismo contro l'egoismo, e quindi dal passaggio dal regno dell'io al regno del tu⁹⁶, questo “non può essere se non la mèta di una strada, lunga e dura, alla quale, salve le eccezioni di certi caratteri privilegiati, gli individui come i popoli non possono giungere se non con un lento progredire di tutta la vita”⁹⁷. E “se l'amore non germoglia ancora sulla terra” a causa dell'egoismo o dei limiti, debolezze e fragilità che la persona porta in sé nella sua natura è necessario che il diritto quale “surrogato della morale”⁹⁸ possa assolvere approssimativamente alla funzione della morale⁹⁹. Ma un precetto volto all'adempimento di un obbligo o all'astensione di un certo comportamento può non essere sufficiente se non è accompagnato dalla minaccia di una sanzione¹⁰⁰ e quando dunque in conseguenza di un'azione o di una omissione è prevista una sanzione, sia essa implicita, esplicita, o manifestata da una riprovazione sociale ecco che si può parlare propriamente di diritto oggettivo¹⁰¹ e la sua vitalità dipende dalla effettiva presenza della stessa¹⁰². La sanzione introduce anche il concetto di forza nella nozione del diritto, quando il precetto non sia obbedito nonostante la minaccia della sanzione o per imporre l'esecuzione della sanzione¹⁰³. Tuttavia dal momento in cui in ambito scientifico ha cominciato ad affermarsi la nuova dimensione del diritto internazionale, Carnelutti ha sostenuto la non essenzialità della “coazione”, ovvero “l'esistenza di una forza sufficiente a tradurre in atto la sanzione”, al concetto del diritto¹⁰⁴. Ma se per il nostro Autore non è concepibile il diritto senza un dovere degli organi preposti di reagire alla sua violazione¹⁰⁵, questo vuol dire che sebbene la forza non può considerarsi essenziale al concetto del diritto tuttavia non si può negare che essa sia necessaria al diritto benché non sufficiente. La forza quindi è uno strumento necessario ma non sufficiente del diritto e in questo senso si può continuare ad affermare che “la forza costituisce la vera differenza del diritto dalla morale e, con ciò, la *naturalità* del diritto in confronto con la *soprannaturalità* della morale”¹⁰⁶, secondo la quale infatti i conflitti di interessi tra gli uomini si compongono per amore e non per paura di una sanzione¹⁰⁷ né tanto meno mediante l'uso della forza.

⁹⁶ *Ivi*, p. 14.

⁹⁷ *Ivi*, p. 15.

⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹ Cfr. F. Carnelutti, “La crisi del diritto”, cit., pp. 81-82.

¹⁰⁰ Cfr. F. Carnelutti, “Il fine del diritto”, cit., p. 43.

¹⁰¹ Sul rapporto tra “precetto e sanzione” nel diritto, si veda, in F. Carnelutti, “Il valore della sanzione nel diritto”, in Id., *Discorsi intorno al diritto*, III, cit., pp. 73-85, la dura critica che Carnelutti muove a Enrico Allorio, dopo aver letto sulla *Rivista di diritto civile* il testo della prima di tre conferenze tenute da Allorio alla Facoltà giuridica di Catania (E. Allorio, “La pluralità degli ordinamenti giuridici e l'accertamento giudiziale”, in *Rivista di diritto civile*, 1955, pp. 247 e ss.), dove lo stesso dichiarava che “è norma giuridica ogni giudizio su comportamenti umani; e costituisce diritto oggettivo ogni sistema di giudizi su tali comportamenti” (*Ivi*, p. 258).

¹⁰² F. Carnelutti, “Il valore della sanzione nel diritto”, cit., p. 84.

¹⁰³ F. Carnelutti, *Come nasce il diritto*, cit., pp. 17-18.

¹⁰⁴ Cfr. F. Carnelutti, “Il valore della sanzione nel diritto”, cit., p. 83.

¹⁰⁵ *Ivi*, pp. 84-85.

¹⁰⁶ F. Carnelutti, *Come nasce il diritto*, cit., p. 17.

¹⁰⁷ Cfr. F. Carnelutti, “Il fine del diritto”, cit., p. 43.

“Perciò la morale, come è il regno dell’amore, così è il *regno della libertà*”¹⁰⁸ e solo nella carità, la moralità e quindi la libertà sono autentiche¹⁰⁹ e ci fanno superare il principio di necessità che può rappresentare una gabbia per l’uomo¹¹⁰. Per questo si può anche affermare che la carità trascende il diritto¹¹¹, senza comunque negare che il principio di carità possa essere rinvenuto sotto certi aspetti anche nel diritto positivo¹¹². Tuttavia nessun ordinamento giuridico potrà rendere superfluo il servizio della carità¹¹³ proprio delle persone libere¹¹⁴ e di un ordine etico fondato sull’amore di se stessi e del prossimo. “Tal’è la carità; un fare il mondo più buono”¹¹⁵ ma solo nella carità le persone raggiungono la piena liberazione¹¹⁶. Il dovere nella carità viene superato. Invero “finché non si svincola dal dovere, l’etica non si concepisce nella sua purezza”¹¹⁷.

Carnelutti è quindi convinto che una pace sostanziale e non solo di facciata può essere raggiunta solo quando le persone si astengono dai conflitti non soltanto per paura¹¹⁸; e sostiene che il diritto sarà sempre meno necessario a conseguirla man a mano che le persone impareranno a riconoscere il valore della pace interiore ricercandola e vivendola. Così “la pace esteriore diverrà un risultato della loro spontanea condotta” e il diritto sempre meno necessario¹¹⁹, e tanto minore sarà lo sforzo quanto maggiore sarà la consapevolezza e il rispetto della legge morale¹²⁰. Per questa ragione “il diritto tanto vale quant’è la moralità, che riesce a contenere” e finché “l’ordine giuridico è in accordo con l’ordine morale i successi, nove su dieci, non sono suoi; quando, invece, non è, i suoi, nove su dieci, sono

¹⁰⁸ F. Carnelutti, *Come nasce il diritto*, cit., p.14.

¹⁰⁹ F. Carnelutti, *La strada*, cit., p. 236.

¹¹⁰ Cfr. F. Carnelutti, “È libero l’uomo?”, in Id., *Discorsi intorno al diritto*, II, cit., p. 102.

¹¹¹ Cfr. F. Carnelutti, “La giustizia, la carità e qualche pericolo per i filosofi non cristiani”, in Id., *Discorsi intorno al diritto*, III, cit., p. 96.

¹¹² Cfr. F. Carnelutti, “Controversie sul metodo”, in Id., *Discorsi intorno al diritto*, II, cit., pp. 113-116.

¹¹³ J. Ratzinger, *Deus caritas est* (Lettera Enciclica 25 dicembre 2005), LEV, Città del Vaticano, 2006, par. 28b, p. 62.

¹¹⁴ Per un approfondimento sul tema della libertà dell’uomo si veda anche F. Carnelutti, “È libero l’uomo?”, cit., pp. 96-104.

¹¹⁵ “Carità non solo del santo ma dell’eroe, anzi di chiunque sacrifica poco o molto del suo essere o del suo avere al bene altrui”, F. Carnelutti, *La strada*, cit., p. 243.

¹¹⁶ *Ivi*, p. 236.

¹¹⁷ F. Carnelutti, “Il fine del diritto”, cit., p. 43.

¹¹⁸ *Ivi*, p. 42-43.

¹¹⁹ Cfr. F. Carnelutti, “Il primato del diritto”, cit., p. 5; cfr. anche F. Carnelutti, *La strada*, cit., p. 215; si veda anche F. Carnelutti, “Ordinamento giuridico e morale cristiana”, cit., p. 13 e F. Carnelutti, “La morte del diritto”, cit., pp. 289-290.

¹²⁰ F. Carnelutti, *La strada*, cit., p. 146 e pp. 199-201. “Non c’è dubbio che, per vivere in pace, gli uomini abbiano ancora bisogno del diritto. Io non vorrei affermare che la necessità di questo strumento debba durare eterna. Non conviene essere, in questa materia, né increduli, né sognatori. D’altra parte chi di noi non ha fede nell’inesauribile vena del progresso umano, anche e soprattutto morale, lavora senza un raggio di sole. Perciò non oserei neanche escludere che pure il diritto, non solo per le sue manifestazioni concrete, ma per la sua medesima essenza sia una cosa caduca. Tuttavia il giorno, in cui la pace si possa ottenere senza di esso, si perde ancora nella nebbia dei sogni”. F. Carnelutti, “La crisi della legge”, cit., p. 169.

insuccessi”¹²¹. Significativa è comunque l’idea di Carnelutti secondo cui il diritto è una “specie di ossigeno”, senza il quale la società, finora, non riesce a respirare¹²². Nell’idea carneluttiana di ricondurre “il dovere morale e dovere giuridico in un genere sommo e solo, si manifesta anche la tendenza fondamentale del suo pensiero all’unità”¹²³. Egli sostiene che l’idea di unità, *ad unum vertere*, tanto cara ai giuristi caratterizza anche la funzione del diritto in quanto *universum ius* non denota solo l’insieme dei beni nell’eredità, “nel senso altresì che lo *ius* non è se non *universum* e l’espressione dell’unità, che impone agli uomini, è ciò che si chiama lo Stato”¹²⁴. Ma se la giustizia è nel senso della trascendenza, significa che essa “non sta nel diritto, ma sopra il diritto, perciò non nello Stato, ma sopra lo Stato”¹²⁵. Questa idea di unità verso cui è proiettato l’ordine giuridico – di cui esso “non è che una copia, spesso una brutta copia” – è infatti un ordine superiore¹²⁶, una realtà che non si vede, ma che esiste e trascende l’esperienza¹²⁷. In fin dei conti – afferma Carnelutti – anche sulla base dell’esperienza giuridica “bisogna ammettere che qualcosa, oltre gli elementi materiali, ci sia”¹²⁸.

Tuttavia, anche se il nostro Autore sostiene che l’ordine etico è superiore agli altri ordinamenti, deve comunque ammettere che ciò “non toglie che di certi meccanismi, che si chiamano costituzionali, non si riesca a fare a meno, per ora”¹²⁹. Se le persone hanno soprattutto bisogno di vivere in pace, il diritto – segnala Carnelutti – è per questo senza dubbio uno strumento utile e necessario, tuttavia non sufficiente a raggiungere tale fine se non è ispirato e guidato dalla giustizia¹³⁰; infatti se “la pace è il fine del diritto, purtroppo, la forza ne è il mezzo. Nel contrasto tra il mezzo e il fine sta come il peso della sua umanità”¹³¹. Perciò se nell’immaginario comune il volto impassibile del giudice, le verghe e la scure e “fare la guerra per fare la pace”, sono espressioni di un diritto che non conosce pietà e che quindi fa paura, ciò – avverte Carnelutti – non fa altro che esprimere l’umanità del diritto, ovvero la sua imperfezione¹³² e sotto certi aspetti anche la sua debolezza

¹²¹ F. Carnelutti, *La strada*, cit., p. 216.

¹²² *Ivi*, p. 203.

¹²³ *Ivi*, p. 141; si veda anche G. Tracuzzi, “*Unum esse*”, in Id. (a cura di), *La filosofia del diritto di Francesco Carnelutti*, cit., pp. 116-137.

¹²⁴ Cfr. F. Carnelutti, *La strada*, cit., p. 225; cfr. anche F. Carnelutti, *Come nasce il diritto*, cit., p. 47.

¹²⁵ Cfr. F. Carnelutti, “La giustizia, la carità e qualche pericolo per i filosofi non cristiani”, cit., p. 96.

¹²⁶ Cfr. F. Carnelutti, *La strada*, cit., p. 225; si veda anche F. Carnelutti, “La certezza del diritto”, in Id., *Discorsi intorno al diritto*, II, cit., p. 26 e F. Carnelutti, “Bilancio del positivismo giuridico”, cit., p. 252.

¹²⁷ Cfr. F. Carnelutti, *La strada*, cit., p. 226.

¹²⁸ *Ivi*, pp. 229-234 e pp. 247-254; cfr. anche F. Carnelutti, “Ordinamento giuridico e morale cristiana”, cit., pp. 7-9 e F. Carnelutti, “Bilancio del positivismo giuridico”, cit., p. 253.

¹²⁹ F. Carnelutti, *La strada*, cit., p. 185.

¹³⁰ Cfr. F. Carnelutti, “Nuove riflessioni intorno alla certezza del diritto”, in Id., *Discorsi intorno al diritto*, II, cit., pp. 156-158.

¹³¹ F. Carnelutti, “Il primato del diritto”, cit., p. 14.

¹³² *Ivi*, pp. 15-16.

per ottenere la pace. Per questo occorre “dare al diritto quel modo di essere che è la giustizia”¹³³, mirando a mutare la soggezione delle persone in adesione e considerare nel giudizio l’“implicazione della carità nella giustizia e della giustizia nella carità”¹³⁴. Finché “il comando opera con la paura, quella che ne nasce è la parvenza, non la verità del diritto”¹³⁵.

Se si considera la pace per se stessa ovvero soltanto come una “situazione materiale”, la pace potrebbe essere compatibile anche con la schiavitù o l’oppressione, per questo occorre che la pace sia accompagnata dalla giustizia¹³⁶ e non si esaurisca nel semplice rispetto formale delle leggi o nel farle rispettare con la forza, né tanto meno con l’applicazione delle sanzioni con cui tentare di ristabilire l’ordine violato. Il contatto con la realtà ci mostra come il risultato del diritto altro non è che un’approssimazione del suo scopo, a cui se anche ci si potrà sempre più avvicinare “un *hyatus* tra i due non può essere colmato, come tra la frazione e l’unità”, e questo si manifesta nella distinzione tra diritto e giustizia¹³⁷. Per Carnelutti solo chi vive nel mondo delle chimere può credere che la giustizia sia il diritto anziché sopra il diritto. E forse – egli aggiunge – “soltanto scrutando il volto di un giudice o di un condannato che si capisce come la distinzione si risolva nientemeno che nella antitesi tra l’umano e il divino”, ed essere consapevoli della relatività del diritto è una condizione per non perdere la fede in esso, soprattutto quando si osserva che il medesimo fatto in uno Stato viene considerato un reato in un altro un diritto¹³⁸. “Per questo un giurista, il quale non sappia, o almeno non cerchi di sapere cos’è la giustizia, è uno che cammina con gli occhi bendati; e se codesto sapere è filosofia, bisogna che egli corra il rischio della filosofia”¹³⁹. Per Carnelutti inoltre se è vero che i giuristi hanno bisogno dei filosofi è altrettanto vero che i filosofi hanno bisogno dei giuristi e se ai giuristi giovano i corsi di filosofia ai filosofi invece non tanto gioverebbero i libri di diritto, quanto piuttosto “quei libri scritti dalla natura, che sono il volto del giudicante e del giudicato quando si guardano l’un l’altro; e anche quando non si guardano, come purtroppo non di rado avviene”¹⁴⁰.

¹³³ *Ivi*, p. 16.

¹³⁴ F. Carnelutti, “La giustizia, la carità e qualche pericolo per i filosofi non cristiani”, cit., pp. 91-99; si veda anche F. Carnelutti, “Giustizia e carità”, in Id., *Discorsi intorno al diritto*, III, cit., pp. 205-211.

¹³⁵ F. Carnelutti, “Il fine del diritto”, cit., p. 42; si veda anche F. Carnelutti, “Meditando Capograssi...: variazioni sull’accordo”, in *ivi*, pp. 219-220.

¹³⁶ Cfr. O. Giacchi, *op. cit.*, pp. 233-235 e S. Cotta, *op. cit.*, pp. 253-254.

¹³⁷ Cfr. F. Carnelutti, “Scuola italiana del diritto”, cit., p. 131.

¹³⁸ *Ivi*, p. 132.

¹³⁹ F. Carnelutti, “La giustizia, la carità e qualche pericolo per i filosofi non cristiani”, cit., p. 90; sul rapporto tra scienza giuridica e filosofia si veda F. Carnelutti, *Dialoghi con Francesco*, Tumminelli Editore, Roma, 1947.

¹⁴⁰ Cfr. F. Carnelutti, “La giustizia, la carità e qualche pericolo per i filosofi non cristiani”, cit., p. 92.

Invero attraverso l'esperienza del "volto¹⁴¹", che si sottrae a ogni tematizzazione e oggettivizzazione¹⁴², l'altro ci si manifesta non come un "qualcosa" ma come "qualcuno" e scopriamo un legame etico con lui diventando consapevoli della responsabilità nei suoi confronti. Per questo l'accesso al volto si può considerare come immediatamente etico¹⁴³ ed è "a partire dal Volto, a partire dalla responsabilità per altri, che appare la giustizia, la quale comporta giudizio e confronto, confronto con ciò che per principio è incomparabile, poiché ogni essere è unico. In questa necessità di occuparsi della giustizia appare l'idea di equità"¹⁴⁴. Per il nostro Autore ciò che si può notare, "seguendo lentamente la formazione del giudizio, è lo sforzo di chi giudica per capire chi è giudicato", poiché l'oggetto del giudizio è un fatto o meglio un atto, ovvero una persona che agisce, che ha agito; il giudice è posto sempre dinanzi allo sforzo di capire la persona che ha davanti¹⁴⁵. E se come ha dimostrato Carnelutti nel suo scritto *Le nuove riflessioni sul giudizio giuridico*, "ogni giudizio, al fondo, è un giudizio di valore" ciò significa che "ogni giudizio richiede un vincolo di amore tra chi giudica e chi è giudicato"¹⁴⁶. Se il diritto inoltre deve guidare gli uomini nell'azione significa che la cellula del diritto sono i giudizi ("Il dubbio impedisce l'azione; il giudizio la consente") e la differenza tra i giudizi del giudice e del *subditus legis* o del legislatore e dei giuristi risiede nel fatto che i primi giudicano in concreto e gli altri in astratto¹⁴⁷.

5. "Le leggi valgono per quanto sono giuste"¹⁴⁸, afferma Carnelutti, sostenendo così anche il primato della coscienza sul diritto positivo, in quanto è "la giustizia che

¹⁴¹ "Ora, noi chiamiamo volto il modo in cui si presenta l'Altro, che supera l'idea dell'Altro in me. Questo modo non consiste nell'assumere, di fronte al mio sguardo, la figura di un tema, nel mostrarsi come un insieme di qualità che formano un'immagine. Il volto d'Altri distrugge ad ogni istante, e oltrepassa l'immagine plastica che mi lascia, l'idea a mia misura e a misura del suo *ideatum* – l'idea adeguata. Non si manifesta in base a queste qualità, ma *kath'auto*. Si esprime". Cfr. E. Lévinas, *Totalité et Infini. Essai sur l'extériorité*, Nijhoff, La Haye, 1961, trad. it. di A. Dell'Asta, *Totalità e infinito. Saggio sull'esteriorità*, Jaca Book, Milano, 2016, p. 48.

¹⁴² Cfr. J. Górczyca, *op. cit.*, pp. 53-55.

¹⁴³ "Quando lei vede un naso, degli occhi, una fronte, un mento e può descriverli si rivolge ad altri come se questi fosse un oggetto. Il modo migliore di incontrare altri è di non notare il colore dei suoi occhi! Quando si osserva il colore degli occhi non si è in relazione sociale con gli altri. La relazione con il volto può senz'altro essere dominata dalla percezione, ma il volto in quanto volto non vi si riduce", Cfr. E. Lévinas, *Éthique et infini: Dialogues avec Philippe Nemo*, Fayard, Paris, 1982, trad. it. di M. Pastrello, F. Riva (a cura di), *Etica e infinito. Dialoghi con Philippe Nemo*, Città Aperta Edizioni, Troina (EN), 2008, p. 89.

¹⁴⁴ E. Lévinas, *Entre nous. Essai sur le penser-à-l'autre*, Éditions Grasset et Fasquelle, Paris, 1991; trad. it. di E. Baccarini, *Tra noi. Saggi sul pensare-all'altro*, Jaca Book, Milano, 2002, p. 138.

¹⁴⁵ Cfr. F. Carnelutti, "La giustizia, la carità e qualche pericolo per i filosofi non cristiani", *cit.*, p. 92.

¹⁴⁶ F. Carnelutti, "Nuove riflessioni sul giudizio giuridico", in Id., *Discorsi intorno al diritto*, III, *cit.*, pp. 148-154; si veda anche F. Carnelutti, "Giustizia e carità", *cit.*, pp. 205-211; si veda anche L. Caiani, *La filosofia dei giuristi italiani* (1955), RomaTre-Press, Roma, 2021, pp. 79-111.

¹⁴⁷ Cfr. F. Carnelutti, "Nuove riflessioni sul giudizio giuridico", *cit.*, pp. 137.

¹⁴⁸ F. Carnelutti, "Il primato del diritto", *cit.*, p. 17.

guida verso la legge”, non viceversa, e “non la legge è misura della giustizia ma *la giustizia è misura della legge*¹⁴⁹. Per il nostro Autore “il prodotto finito dalle officine del diritto è buono o cattivo secondo che serve o non serve alla giustizia” che è anche la condizione per vedere soddisfatto il bisogno che le persone hanno di vivere in pace¹⁵⁰. Che il diritto possa non coincidere con la giustizia si può facilmente dedurre dal fatto che le persone sentono il bisogno che il rispetto delle leggi sia ricondotto anche a una idea di giustizia e non solo al riconoscimento dell’ autorità che le ha poste in essere. Quindi le persone su una legge o una sentenza formulano anche un giudizio: è giusta o ingiusta; come si può affermare che un calcolo aritmetico è giusto, o giusto il vestito per un’ occasione, o giusto il calcolo di resistenza di una muratura, ecc... mettendo quindi un fatto in confronto con una regola¹⁵¹. Non si fanno giudizi senza regole che non sono altro che una manifestazione di quella tendenza a mettere ordine intorno a noi e in noi¹⁵².

Ma per Carnelutti, se affermiamo che “la giustizia non è altro che conformità a una regola” e che “una sentenza è giusta quando è conforme alla regola del diritto”, possiamo però anche domandarci quando la regola del diritto sia, a sua volta, giusta. In questo caso – secondo il nostro Autore – “non c’è altra via di uscita che postulare una regola superiore alla regola del diritto” la cui esistenza si manifesta come un dato logico inconfutabile¹⁵³. Infatti se le persone trovano giuste o ingiuste anche le leggi, ciò significa che deve esserci una regola metagiuridica, a tutti accessibile, che permette di formulare un giudizio senza possedere gli strumenti tecnici o concettuali della scienza giuridica. Carnelutti sostiene che questa regola sia sovraumana e si impone come “un secondo dato logico poiché non è imposta dagli uomini ma imposta agli uomini”¹⁵⁴. “Giustizia è conformità dell’ atto all’ ordine, naturale, logico e morale”¹⁵⁵ e l’ attuazione dell’ ordine è un bisogno per le persone¹⁵⁶.

Questa intuizione di una dimensione che si può definire metagiuridica, per Carnelutti, rappresenta anche una sorta di esigenza imprescindibile che lo porta quindi a confrontarsi con qualcosa che non può definirsi propriamente diritto perché al di sopra di esso e anzi lo sostanzia¹⁵⁷, e che come uomo di scienza non riesce ad abbracciare con il suo solo diritto, una realtà che invece come avvocato e come uomo riesce a sentire e comprendere in modo più armonico e completo¹⁵⁸. Una

¹⁴⁹ Cfr. F. Carnelutti, “Bilancio del positivismo giuridico”, cit., pp. 255-256.

¹⁵⁰ Cfr. F. Carnelutti, *Come nasce il diritto*, cit., p. 53.

¹⁵¹ Cfr. F. Carnelutti, “Il primato del diritto”, cit., pp. 16-17.

¹⁵² Cfr. F. Carnelutti, *La strada*, cit., pp. 147-150

¹⁵³ F. Carnelutti, “Il primato del diritto”, cit., p. 17.

¹⁵⁴ *Ibidem*.

¹⁵⁵ F. Carnelutti, *La strada*, cit., p. 147; si veda anche F. Carneleutti, *Introduzione allo studio del diritto*, Foro Italiano, Roma, 1943, p. 63.

¹⁵⁶ F. Carnelutti, *La strada*, cit., p. 147.

¹⁵⁷ Cfr. F. Carnelutti, “Ordinamento giuridico e morale cristiana”, cit., p. 7.

¹⁵⁸ Cfr. S. Lener, *op. cit.*, p. 290; cfr. anche F. Viola, “Metodologia, teoria ed ideologia del diritto in F. Carnelutti”, in *Rivista di diritto processuale*, (1967), n. 1, pp. 12-13.

regola superiore, che non è dunque fatta dagli uomini ma per gli uomini¹⁵⁹ e che si impone alle persone in maniera maggiore o minore sulla base di molti fattori individuali, ambientali e sociali e viene percepita anche attraverso il rimorso, nonostante rimanga un mistero. Egli considera uno sbaglio credere che “il premio o la pena siano istituiti nella vita terrena soltanto dal diritto”¹⁶⁰ in quanto “la legge morale è legge come la legge fisica nel senso che s’impone all’uomo” e se anche l’uomo è libero di violarla in qualche modo essa suscita una reazione contraria in lui¹⁶¹. Ma “come non tutti gli uomini hanno la stessa forza fisica o intellettuale, così non tutti hanno la stessa forza morale” infatti non per tutti, ad esempio, il male è male nella stessa misura, così come vi sono coloro per i quali non esistono né il bene né il male, ma questo non contraddice l’ordine morale che “non è equivalenza di tutti gli esseri” ma piuttosto “gradazione dall’imperfetto al perfetto”¹⁶².

La conferma dell’esistenza di una regola metagiuridica secondo Carnelutti non ci viene solo dall’introspezione ma anche da qualcosa a cui a un certo punto non resiste neanche il diritto¹⁶³. Cosa è infatti – si domanda Carnelutti – che “muta la rivolta in rivoluzione e fa di questa, anziché un delitto, il più sacro dei doveri?”¹⁶⁴ Come mai Oberdan non viene considerato un assassino e Nazario Sauro un traditore?¹⁶⁵ Il perché risiede in quella forza che condiziona non solo le nostre vite ma anche i nostri punti di vista e che gli uomini più frequentemente intendono sotto il nome di libertà, parola certo “carica di storia e di fascino” ma che per Carnelutti tuttavia genera anche tanti equivoci. Non vuole certo negarne il valore giuridico e politico ma la libertà, intesa come assenza di vincoli – egli afferma – dovrebbe essere considerata come un valore secondario rispetto a quello della giustizia, anzi a essa subordinata¹⁶⁶;

solo se il vincolo è ingiusto, si può parlare di santa libertà. Non la libertà ma la liberazione di un uomo, di una classe, di un popolo oppresso è la forza che vince anche il diritto; ma la liberazione degli oppressi non è che il lato negativo o distruttivo di un programma: negazione del diritto che esiste; poi al diritto che si distrugge deve subentrare il diritto nuovo e allora la libertà non basta. [...] ¹⁶⁷.

¹⁵⁹ Sul punto si veda anche G. Tracuzzi, “*Unum esse*”, cit., p. 128.

¹⁶⁰ Cfr. F. Carnelutti, *La strada*, cit., pp. 140-141.

¹⁶¹ *Ibidem*.

¹⁶² *Ivi*, pp. 144-145.

¹⁶³ Cfr. F. Carnelutti, “Il primato del diritto”, cit., pp. 19-21 e F. Carnelutti, “Nuove riflessioni intorno alla certezza del diritto”, cit., p. 157.

¹⁶⁴ F. Carnelutti, “Il primato del diritto”, cit., p. 19; sul punto cfr. anche F. Carnelutti, “Nascita e rinascita del diritto”, in Id., *Discorsi intorno al diritto*, II, cit., pp. 271-274 e F. Carnelutti, “Bilancio del positivismo giuridico”, cit., p. 257.

¹⁶⁵ F. Carnelutti, “Il primato del diritto”, cit., p. 19.

¹⁶⁶ *Ibidem*.

¹⁶⁷ *Ibidem*.

La libertà in questo caso – segnala Carnelutti – esprime il bisogno che le persone hanno di liberarsi da vincoli o sistemi che si ritengono ingiusti¹⁶⁸, per questo, la storia dimostra, che anche “la pace, se non è giusta, non è pace” perché le persone, i popoli, si sentono appagati solo quando *pax et iustitia oscultate sunt*¹⁶⁹. Dunque se l’esperienza del diritto ingiusto non può né essere negata né elusa, “la logica non consente altra soluzione che quella di una *lex superior*, rispetto alla quale la legge giuridica ha una posizione di *lex inferior*”¹⁷⁰. Pertanto il diritto assolve al suo compito sociale soprattutto quando è in grado di raggiungere il suo vero fine¹⁷¹. E la scienza che “opera sui materiali della tecnica, che sono le regole o le leggi desunte dall’esperienza” sembra non bastare “a garantire l’adeguazione del diritto al suo fine, cioè a raggiungere la giustizia”¹⁷². Ad esempio una legge che risulta essere giusta in moltissimi casi, in qualche caso può invece risultare ingiusta. L’ordinamento giuridico trova il suo limite anche nell’inevitabile dialettica tra la necessaria genericità e astrattezza della norma e le singole situazioni concrete e solo il “passaggio dalla conoscenza teoretica all’attività pratica produce il superamento dell’insufficienza della legge mediante il riconoscimento dell’eccezione”¹⁷³. Occorre quindi non sottovalutare la rilevanza che l’eccezione¹⁷⁴ ha nel campo del diritto, “poiché questo governa la condotta degli uomini e ogni uomo, in verità, è un’eccezione”¹⁷⁵. Delle persone infatti si può dire che ciascuna rappresenti un’eccezione¹⁷⁶.

Per Carnelutti infatti se è vero che “gli animali camminano sulle rotaie dell’istinto” altrettanto vero è che la strada delle persone non è obbligata, per via della libertà che le rende simili a Dio¹⁷⁷. Invero se nell’ordine naturale l’uomo segue una via segnata a cui non può sottrarsi (nascere, crescere, invecchiare e morire) e anche nell’ordine logico la via è una sola, nell’ordine etico invece la via si divide: ogni azione è una scelta. “Perciò la moralità suppone la libertà e in ciò sta la superiorità dell’uomo su ogni creatura”¹⁷⁸. Tuttavia quando facciamo una scelta manifestiamo “libertà del punto di partenza, non del punto di arrivo”, ovvero quando “la scelta è fatta la via è segnata” e non è più in nostro potere sottrarci alla

¹⁶⁸ “La reazione dei *subditi* e perfino dei giudici al diritto positivo in ragione della sua giustizia è una delle esperienze sociali più impressionanti”, F. Carnelutti, “Nuove riflessioni intorno al metodo”, in Id., *Discorsi intorno al diritto*, III, cit., p. 243.

¹⁶⁹ Cfr. F. Carnelutti, “Il primato del diritto”, cit., p. 20.

¹⁷⁰ F. Carnelutti, “Nuove riflessioni intorno al metodo”, cit., p. 243.

¹⁷¹ Cfr. F. Carnelutti, “Il primato del diritto”, cit., p. 22; F. Carnelutti, “Morale e diritto”, cit., pp. 48-49.

¹⁷² F. Carnelutti, *Come nasce il diritto*, cit., p. 56.

¹⁷³ A. Scerbo, “La dimensione ‘metafisica’ nel pensiero di Carnelutti: La scienza del diritto e l’incanto dell’arte”, in G. Tracuzzi (a cura di), *La filosofia del diritto di Francesco Carnelutti*, cit., p. 91; si veda anche F. Carnelutti, “Bilancio del positivismo giuridico”, cit., p. 256; F. Carnelutti, “È libero l’uomo?”, cit., p. 99 e F. Carnelutti, “Nuove riflessioni intorno al metodo”, cit., p. 246-247.

¹⁷⁴ Cfr. anche F. Carnelutti, *Tempo perso*, II, Sansoni, Firenze, 1963, p. 265.

¹⁷⁵ F. Carnelutti, *Come nasce il diritto*, cit., p. 56.

¹⁷⁶ Cfr. F. Carnelutti, “Nuove riflessioni sul giudizio giuridico”, cit., p. 133.

¹⁷⁷ F. Carnelutti, *Come nasce il diritto*, cit., p. 56.

¹⁷⁸ F. Carnelutti, *La strada*, cit., p. 143.

pena esteriore o interiore, perciò “l'ordine morale non esclude che al bivio l'uomo scelga l'una o l'altra via; ma che, quando l'ha scelta, egli ne possa dirigere il corso”¹⁷⁹.

6. L'esperienza dell'uomo porta quindi a comprendere l'“insufficienza del diritto ad attuare la giustizia”¹⁸⁰ e a scoprire accanto alla legge l'equità¹⁸¹, “che un grande maestro italiano¹⁸² del diritto ha chiamato la *giustizia del caso singolo*, con una formula buona a far capire che la giustizia non si lascia imprigionare in una legge”¹⁸³. Pertanto se l'essenza della giustizia non si lascia afferrare del tutto con i mezzi del diritto e si possono “soltanto comporre delle formule, che ne contengono un poco di più o un poco di meno”¹⁸⁴, occorre prendere atto che il diritto anche nelle sue più ambiziose finalità si trova costretto a fare i conti con le sue limitate possibilità. Per questo Carnelutti mette in guardia anche dalla dannosa “superstizione” del “miracolo giuridico”¹⁸⁵. Consigliava invece ai tecnici del diritto di “misurare la distanza tra la *méta* e il *punto di arrivo del diritto*”, perché – egli dice – solo in questo modo “chi fa del diritto può trovare lo stimolo a cercare di accorciarla”, mentre coloro che se ne servono possono “abituarsi a non chiedergli più di ciò che il diritto può dare e a cercare altrove i mezzi e le forze per raggiungere in pieno la giustizia e la pace”¹⁸⁶.

Dunque la presunta onnipotenza del legislatore¹⁸⁷ che con l'assolutizzazione della tecnica e della scienza giuridica vuole chiudere il cerchio intorno al campo della giurisprudenza, trova il suo limite “naturale” nel momento in cui “la realtà denuncia allo spirito umano una giustizia” che egli non è in grado di attuare e che non riesce ad affermarsi nel binomio giustizia-diritto positivo¹⁸⁸. Per di più “un

¹⁷⁹ *Ivi*, p. 145.

¹⁸⁰ *Ivi*, p. 207.

¹⁸¹ Citando un'affermazione di Giambattista Vico tratta dal *De antiquissima Italorum sapientia*, I, 2 (“La giurisprudenza non è considerata quella che ha in beata memoria la legge tetica, o la regola suprema e generale; ma chi, con giudizio acuto, vede negli ultimi casi la persistenza di fatti o di circostanze, che meritano equità, o le eccezioni da cui sono esentati dalla legge universale”), Carnelutti sostiene che i giuristi hanno intuito, anche se non dimostrato, l'incompiutezza delle loro leggi molto prima di quando i naturalisti sono stati costretti a ricredersi circa l'infalibilità delle leggi naturali; si veda F. Carnelutti, “Nuove riflessioni intorno alla certezza del diritto”, cit., pp. 157-158; cfr. anche F. Carnelutti, “Bilancio del positivismo giuridico”, cit., pp. 256-257.

¹⁸² Il riferimento è a Vittorio Scialoja.

¹⁸³ F. Carnelutti, *Come nasce il diritto*, cit., pp. 56-57; cfr. anche F. Carnelutti, “Morale e diritto”, cit., p. 38.

¹⁸⁴ Cfr. F. Carnelutti, “Scienza del diritto”, cit., p. 83.

¹⁸⁵ “Guai al medico, il quale non è consapevole del relativo potere dei suoi farmaci. Neanche il diritto può fare miracoli!”, F. Carnelutti, “Scienza del diritto”, cit., p. 82; cfr. anche F. Carnelutti, *La strada*, cit., p. 215.

¹⁸⁶ Cfr. F. Carnelutti, “Scienza del diritto”, cit., p. 84.

¹⁸⁷ Cfr. F. Carnelutti, “Ordinamento giuridico e morale cristiana”, cit., p. 6.

¹⁸⁸ Cfr. S. Lener, *op. cit.*, p. 291; cfr. F. Carnelutti, “Bilancio del positivismo giuridico”, cit., p. 250; sul punto si veda anche L. Avitabile, “Una riflessione su giusto, legalità e persona in Francesco

problema della giustizia della legge, al lume dei principi del positivismo, è assurdo”¹⁸⁹. Invece “anche quando il diritto fosse foggato al cento per cento secondo le idee della scuola positiva, dovrebbe pur ricercarne i principi”¹⁹⁰, i quali solo dalla sintesi possono essere rivelati e senza i quali per Carnelutti la diagnosi non si fa. Ecco quindi che l’opera del giurista non dovrebbe limitarsi alla sola conoscenza del dettaglio¹⁹¹ o della superficie: “realtà formale”¹⁹²; ma deve affondare le radici in profondità¹⁹³: “realtà interiore”¹⁹⁴. Per il nostro Autore occorre infatti “desumere accanto ai caratteri *strutturali* i caratteri *funzionali* del fenomeno; e così di costruire, oltre i concetti *formali*, i concetti *causali*”, ovvero integrare il concetto tramite la “fusione dei suoi elementi formali con quelli causali”: il “*perché* accanto al *come* dei fenomeni giuridici”¹⁹⁵. D’altronde “come e perché si intrecciano continuamente nel lavoro del pensiero”¹⁹⁶. Per Carnelutti risalire dalla forma alla causa ci permette anche di scoprire la profonda unità del diritto.

Così avviene, del resto, per tutte le cose, le quali, quando se ne guarda il come, sembrano sempre più diverse, ma le riunisce il perché. Se è vero che dal come al perché è il passo tra la scienza e la filosofia, si intende bene che quanto la filosofia, al confronto con la scienza, guadagna in altezza, debba perdere in superficie. Ecco che, in ultima analisi, se v’è un modo per giungere ad afferrare la unità del diritto, è quello medesimo che mena a scoprirne meglio il lato causale: il contatto con la realtà¹⁹⁷.

Cercando di comprendere il diritto ovvero di “capire come e perché il diritto si costituisce ed agisce, si vede in esso un immenso congegno, il cui movimento è determinato dal fine” e i giuristi per accorgersene non possono limitarsi a

Gentile”, in *L'Ircocervo. Prima rivista elettronica italiana di Metodologia giuridica, Teoria generale del diritto e Dottrina dello Stato* (www.lircocervo.it), 18 (2019), n. 0, pp. 7-12.

¹⁸⁹ F. Carnelutti, “Ordinamento giuridico e morale cristiana”, cit., p. 5.

¹⁹⁰ F. Carnelutti, “Scienza del diritto”, cit., p. 93; cfr. anche F. Carnelutti, “Bilancio del positivismo giuridico”, cit., pp. 251-255.

¹⁹¹ Cfr. F. Carnelutti, *La strada*, cit., p. 103.

¹⁹² “Bisogna riconoscere che molto spesso la scienza si ferma qui; ne vien fuori il concetto formale del delitto, della sentenza, della pena. [...], nella esposizione dei caratteri formali dei fenomeni, che vuol poi dire, al postutto, nella loro descrizione: [...]. Ma la verità è che i concetti formali non sono che dei mezzi concetti, i quali non mostrano più che la scorza della realtà”, F. Carnelutti, “Scuola italiana del diritto”, cit., pp. 117-118.

¹⁹³ Cfr. A. Amato Mangiameli, P. Becchi, G.P. Calabrò, L. Franzese, A. Incampo, T.G. Tasso, *op. cit.*

¹⁹⁴ “Solo l’assiduo contatto con questa [realtà] permette all’osservatore di iniziare e di compiere la seconda parte dell’indagine riguardante ciò che vorrei chiamare la realtà interiore”. F. Carnelutti, “Scuola italiana del diritto”, cit., p. 118.

¹⁹⁵ *Ivi*, p. 118.

¹⁹⁶ F. Carnelutti, “Le fondazioni della scienza del diritto”, cit., p. 21.

¹⁹⁷ F. Carnelutti, “Scuola italiana del diritto”, cit., pp. 122-123.

osservarne solo la meccanica ma anche “la dinamica del diritto o, più ampiamente, della storia”¹⁹⁸.

Carnelutti in “opposizione alle geometrie e ai tecnicismi della scienza giuridica convenzionale” indica una più umile “arte del diritto”¹⁹⁹ che, in ascolto di quel “qualcosa” che irradia il diritto dall'interno, aiutata certo dalla tecnica e dalle regole fornite dalla scienza²⁰⁰ e guidata dall'intuizione morale²⁰¹, non mira “tanto a fare, quanto a *far bene* il diritto, cioè non tanto a fare del *diritto qualunque* quanto del *diritto giusto* [...]. Senz'arte il diritto non si fa”²⁰². Un'arte quindi che non si oppone alla scienza ma piuttosto la implica e la supera²⁰³. E se anche è possibile conoscere il diritto senza avere un'idea della giustizia, questa sarebbe in ogni caso necessaria per fare del diritto²⁰⁴. Egli nondimeno ha premura di precisare che se anche sotto certi aspetti si può dire che la scienza del diritto nasca dall'arte, tuttavia non si può negare come quest'ultima non possa fare a meno del servizio che la scienza gli fornisce²⁰⁵. Così come, è anche sicuro del fatto che non basta una sola scienza – come quella del diritto – per fare del diritto²⁰⁶. E sorprendono – secondo Carnelutti – alcune definizioni riconducibili ai Romani – “il popolo che fra tutti ha compiuto le opere più alte nel campo del diritto”²⁰⁷ – secondo cui *ius est ars boni et aequi* e *iurisprudencia divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*, che mostrano come già essi non confondessero la giurisprudenza con la scienza delle leggi²⁰⁸. Per il mondo latino quindi il diritto è intrinsecamente connesso con il *bonum* e con l'*aequum*²⁰⁹.

7. In conclusione si può affermare che per Francesco Carnelutti, coloro che formano il diritto dovrebbero “sentire la giustizia ed essere quasi il tramite per cui questa discende tra gli uomini”, dove i “comandi del diritto sono le forme, entro le quali si deve contenere questa divina sostanza”²¹⁰. La scienza del diritto dunque non può essere concepita come un sistema chiuso ma come un sistema aperto²¹¹ in continuo

¹⁹⁸ Cfr. F. Carnelutti, “Il fine nel diritto”, cit., p. 45; si veda anche F. Carnelutti, “Il valore della sanzione nel diritto”, cit., pp. 76-77.

¹⁹⁹ Sul punto si veda F. Carnelutti, *Arte del diritto*, Cedam, Padova, 1949.

²⁰⁰ Cfr. F. Carnelutti, “Di là dal diritto”, in Id., *Discorsi intorno al diritto*, II, cit., pp. 86-88.

²⁰¹ Cfr. F. Carnelutti, “La certezza del diritto”, cit., pp. 27-28 e F. Carnelutti, “Ordinamento giuridico e morale cristiana”, cit., p. 8.

²⁰² F. Carnelutti, *Come nasce il diritto*, cit., p. 57.

²⁰³ Cfr. F. Carnelutti, “La missione del giurista”, cit., p. 252.

²⁰⁴ Cfr. F. Carnelutti, “La giustizia, la carità e qualche pericolo per i filosofi non cristiani”, cit., p. 90.

²⁰⁵ Cfr. F. Carnelutti, “Scienza del diritto”, cit., pp. 91-96.

²⁰⁶ *Ivi*, p. 96.

²⁰⁷ F. Carnelutti, *Come nasce il diritto*, cit., p. 57.

²⁰⁸ *Ibidem*.

²⁰⁹ Sul punto si veda anche G. Limone (a cura di), *Ars boni et aequi. Il diritto fra scienza, arte, equità e tecnica*, FrancoAngeli, Milano, 2016, pp. 7-64.

²¹⁰ F. Carnelutti, “Il primato del diritto”, cit., p. 22.

²¹¹ Cfr. F. Carnelutti, “Controversie sul metodo”, cit., pp. 106-116.

dialogo con ciò che viene considerato come metagiuridico²¹². Infatti i concetti giuridici poggiano anche su altri concetti che non sono prettamente giuridici in quanto esprimono una parte della realtà ben più ampia di quella del diritto e che si possono pertanto definire “pregiuridici” o “metagiuridici”, per significare che vanno al di là del diritto²¹³. E a chi si sorprende sul fatto che egli si sia dedicato a scrivere anche libri estranei al diritto, facendogli intendere, più o meno elegantemente, che avrebbe potuto farne a meno – l’illustre giurista – rassicura di non avere avuto altra aspirazione da quella di studiare il diritto, ma risponde di essere convinto “che non si può studiare il diritto senza conoscere il sottosuolo²¹⁴ del diritto”, aggiungendo:

Quei libri e libretti non sono che tentativi di rassodare sempre più le fondazioni del mio edificio. [...] Perciò io sono persuaso che non ho mai lavorato utilmente per conoscere e far conoscere il diritto come quando a molti è sembrato che io sia evaso dai suoi limiti²¹⁵.

Francesco Carnelutti, proprio per amore del diritto, non può fare a meno di guardare al di là della propria scienza, a cui per un certo periodo – come egli stesso ammette più volte – ha aderito considerandola alla stregua di una fede, e quindi di evadere dal suo campo chiuso²¹⁶; e quasi a voler suggellare il suo nuovo sguardo sul mondo del diritto, nel libro *La strada*, confessa: “io sono un credente nel diritto diventato miscredente e, in compenso, ho ritrovato la fede in Dio”²¹⁷.

²¹² “Il dovere dell’uomo di scienza è di ascoltare tutto e tutti, perfino l’uomo della strada. Codesti rumori denunciano, al fondo, la necessità della trascendenza anche per conoscere il diritto. [...] L’angoscia, che si è impadronita negli ultimi tempi dei giuristi come dei filosofi, non significa se non la sete di qualcosa, che avevamo creduto finalmente eliminato dalle nostre necessità spirituali. Codesto qualcosa si chiama diritto naturale”. F. Carnelutti, “Esistenzialismo giuridico”, cit., p. 123.

²¹³ Cfr. F. Carnelutti, “Le fondazioni della scienza del diritto”, cit., p. 20.

²¹⁴ “I miei libri sono più sottosuolo che soprasuolo. Io non ho rimorso di non aver cercato di foggiami i concetti pregiuridici, sui quali i concetti giuridici si sarebbero dovuti tenere insieme”, *Ivi*, p. 26.

²¹⁵ *Ibidem*.

²¹⁶ Cfr. F. Carnelutti, “Di là dal diritto”, cit., pp. 85-91.

²¹⁷ Cfr. F. Carnelutti, *La strada*, cit., p. 10.