

FRANCESCO VIOLA
dottore in giurisprudenza

**METODOLOGIA, TEORIA ED IDEOLOGIA
DEL DIRITTO IN F. CARNELUTTI**

Estratto dalla *Rivista di diritto processuale*
Anno XXII (1967) - Num, 1

PADOVA
CEDAM - CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI
1967

METODOLOGIA, TEORIA ED IDEOLOGIA DEL DIRITTO IN F. CARNELUTTI

Carnelutti non ha mai nettamente separato l'aspetto scientifico del diritto da quello umano e morale ; con la sua stessa vita, con la sua duplice attività di teorico e di pratico del diritto, di profondo scienziato del diritto, fornito di una straordinaria versatilità in ogni disciplina giuridica, e di abile e combattivo avvocato, estremamente sensibile alle miserie umane, ha testimoniato efficacemente che il diritto è fatto dagli uomini per gli uomini.

Tenendo costantemente presente questa considerazione, che ci permette di inquadrare nelle sue reali dimensioni questa grande figura di giurista, ci chiediamo quale sia in realtà il suo atteggiamento psicologico ed intellettuale di fronte al mondo giuridico. Atteggiamento psicologico, perché innanzi tutto si tratta di una reazione psicologica dell'avvocato, che lotta nelle aule giudiziarie per la vita del diritto, reazione che poi viene giustificata attraverso la produzione scientifica. Con ciò non intendiamo commemorare la figura e l'opera di un grande giurista scomparso, quanto piuttosto mostrare l'attualità del pensiero giuridico di C., che consideriamo il giurista più rappresentativo delle alternative e dei contrasti, che vitalizzano ed affaticano il mondo giuridico contemporaneo. Dalla corrente formalistica, volta a coagulare nella norma giuridica in quanto posta dal legislatore tutto il diritto, si va differenziando in modo sempre più netto la corrente contenutistica o sociologica, che fa risiedere la validità della norma giuridica solo nell'atto della sua applicazione e quindi valorizza la funzione del giudice. Orbene il C. sembra particolarmente adatto a testimoniare questo contrasto, avendo subito le attrattive e del formalismo e del sociologismo. Tenere perciò presenti le evasioni filosofiche del nostro Autore è una garanzia per una fedele ricostruzione del suo pensiero giuridico. Non bisogna mai credere che nella ricerca scientifica lo scienziato si

riesca a liberare da tutto ciò che comporta il suo essere uomo, dall'interesse che egli sente per i risultati della ricerca stessa e dal valore che ad essi attribuisce. Ciò vale soprattutto per C., la cui ricerca scientifica cela sempre nel suo fondo una problematica umana di ampio respiro.

Anticipiamo ora i punti fondamentali della nostra indagine. Esamineremo il pensiero giuridico carneluttiano innanzi tutto come metodo per lo studio del diritto, poi come teoria del diritto ed infine come ideologia del diritto (1). Varie ragioni militano a favore di questa ripartizione ; ma basta solo osservare che, come ipotesi di lavoro, essa si adatta perfettamente allo sviluppo del pensiero di C., così come esso si esprime attraverso la produzione letteraria, che, ai nostri fini, si impernia su tre opere principali : *Metodologia del diritto* (1939), *Teoria generale del diritto* (3^a ed., 1951) e *Discorsi intorno al diritto* (2).

Infine sarà bene avvertire che intendiamo semplicemente fornire una esposizione interpretativa del pensiero giuridico carneluttiano, non escludendo a diversi punti di vista un'attendibilità resa possibile dalla vivacità e dalla esuberanza intellettuale del nostro Autore,

I. — METODOLOGIA DEL DIRITTO

1) *La metodologia come ricerca scientifica.*

Nella sua accezione terminologica più ovvia, metodologia significa discorso intorno al metodo e, quindi, metodologia giuridica significa riflessione sul metodo usato nello studio del diritto. Per metodo si intende comunemente « il complesso dei procedimenti intellettuali richiesti per condurre una ricerca al fine desiderato e proposto » (3).

Così anche per il C., che afferma che « metodo, ch'è una delle

(1) Questa sistematica ci è stata suggerita dall'opera del Bobbio, *Il positivismo giuridico*, Torino 1957.

(2) Si tratta di una serie di articoli, aventi per oggetto problemi meta-giuridici, scritti in un arco di tempo che va dal 1930 al 1961 e raccolti poi in tre volumi.

(3) Bobbio, voce *Metodo*, in *Nuovis. dig. it.*, X, p. 602.

tante parole trasparenti, significa via per andare innanzi ; si direbbe : per raggiungere la meta » (4).

Poste queste preliminari definizioni, ci si chiede se esista un metodo proprio della scienza giuridica, che la caratterizzi e la distingua da tutte le altre scienze. Di fronte al crollo di tutti i tentativi di classificare le scienze in base alla presunta incompatibilità tra metodo sperimentale e dogmatico, il C. è del parere che i procedimenti intellettuali, per quanto svariati, sono tutti regolati e condizionati dalle leggi e dai limiti della ragione umana, in cui trovano una base e una sorgente comune. « Ci vuol poco a capire che esiste una materia giuridica, ma un metodo giuridico no ; il metodo naturalmente deve adattarsi alla materia, ma la via della conoscenza è una sola. È una via accidentata e scoscesa, ad aprire la quale concorrono tutti insieme filosofi, matematici, fisici, biologi, storici ed anche giuristi » (5).

Ciò per altro non esclude che la scienza giuridica proceda nella sua ricerca, accentuando quei procedimenti intellettuali che sono più adatti al raggiungimento del fine che si prefigge.

Se perciò per metodologia si considera lo studio che la scienza fa di se stessa al fine di controllare la convenienza del suo metodo agli scopi che si propone, allora essa deve considerarsi una ricerca scientifica. Ma la riflessione sul metodo, avente stretta connessione con la ricerca scientifica, è stata in passato di quasi esclusiva competenza dei filosofi del diritto e condotta pertanto in modo tipicamente speculativo, vale a dire deducendo la soluzione del problema del metodo da un determinato sistema filosofico. D'altra parte l'atteggiamento dei giuristi, prima indifferente o addirittura sprezzante nei confronti del problema metodologico, mutava quando alcuni studiosi si accorgevano come le diverse posizioni metodologiche fossero in grado di influire sugli stessi risultati della ricerca scientifica. Ed uno dei primi giuristi ad accorgersene è stato proprio il C. con la sua *Metodologia del diritto*.

Egli ha preso coscienza del suo lavoro di scienziato del diritto e ce lo descrive, quasi ce lo confessa, e nello stesso tempo costrui-

(4) Carnelutti, *Controversie sul metodo*, in *Discorsi intorno al diritto*, II, Padova 1953, p. 108.

(5) Carnelutti, *Nuove riflessioni intorno al metodo*, in *Discorsi intorno al diritto*, III, Padova 1961, p. 240.

sce un ordinato metodo scientifico, che si presenta come un insieme di regole per la formazione e la sistematica dei concetti giuridici.

Innanzitutto egli distingue lo studio della funzione della scienza, che è scoperta delle regole dell'esperienza giuridica, dallo studio della struttura della scienza stessa. Per ora trascureremo l'indagine intorno alla funzione, perché essa, dipendendo strettamente, anzi quasi identificandosi, con il problema dell'oggetto della giurisprudenza, ci conduce in campo filosofico.

Esaminando perciò la struttura, consideriamo innanzitutto la via battuta dal giurista per il raggiungimento e l'appropriazione conoscitiva dell'oggetto giuridico. La prima tappa della scienza giuridica è — a detta del C. — quella dell'osservazione del dato. Qual è per la giurisprudenza il dato, cioè l'elemento primo su cui costruire la scienza stessa? Per il C. la norma giuridica non è in realtà il dato da osservare, ma già il risultato dell'elaborazione di un dato diverso. Ciò che costituisce realmente il dato, in base ad una concezione empirica della scienza, è ciò che cade sotto i sensi del giurista: cioè l'atto umano, si tratti pure dell'atto di chi comanda come anche di chi obbedisce o disobbedisce. Per atti si intende tutto il campo degli atti giuridici e quindi non soltanto gli atti legislativi (6). Il fine della scienza non è quello di registrare passivamente i dati, bensì di elaborarli. Ciò vuol dire innanzitutto stabilire i rapporti tra i fenomeni giuridici attraverso l'uso della comparazione, che costituisce così la seconda tappa della scienza e la prima nella elaborazione del dato. Fino ad ora si è data — secondo il C. — maggiore importanza alla comparazione esterna. Questa è una svista metodologica, poiché, attraverso un esame comparato degli istituti propri alle varie discipline giuridiche, si può arrivare a coglierne l'unità e a conoscerne i principi fondamentali, mettendo in luce le somiglianze e le differenze. Utili e fruttuose saranno così le comparazioni tra processo penale e processo civile o tra negozio e reato. Il C. si serve magistralmente dello strumento della comparazione, cercando ciò che unisce piuttosto che ciò che divide. Egli comprende che unità del diritto significa innanzitutto unità della scienza giuridica.

(6) Carnelutti, *Metodologia del diritto*, Padova 1939, p. 58.

La terza fase della scienza è quella della classificazione, che non è altro che distribuzione dei fenomeni giuridici in gruppi omogenei, utilizzando naturalmente un criterio di classificazione, che è la caratteristica in base a cui si determina la omogeneità o la eterogeneità degli oggetti giuridici (7). I concetti giuridici così ricavati vengono successivamente organizzati ed ordinati in un sistema coerente. La sistematica concettuale che ne risulta è costantemente pervasa dall'esigenza di simmetria nella formazione dei concetti. Per il C. si tratta quasi di una esigenza estetica, cioè di perfezione architettonica ; ed è proprio il senso di inappagamento estetico che rivela una insufficienza razionale. I concetti, che nascono da tale profonda analisi, risultano legati quasi « da una parentela di sangue, da una vera cognazione » (8).

D'altra parte il C. non dimentica di avvicinare la terminologia scientifica a quella degli operatori del diritto, contro la tesi prospettata dal Colonna (9), che vedeva nel C. stesso il giurista che più si sarebbe avvicinato alla realizzazione di una scienza giuridica sperimentalmente concepita e nello stesso tempo staccata dalla pratica.

A questo punto la metodologia carneluttiana, dopo avere esaminato il metodo del ricercatore nella osservazione e nella elaborazione del dato giuridico, affronta anche il problema concernente il metodo di esposizione dei risultati della ricerca. L'ordine in cui lo scienziato dispiega la sua materia è non solo diverso, ma anche inverso a quello della scoperta. « Se la scoperta procede dal complesso al semplice, la dimostrazione va invece dal semplice al complesso » (10). Ma questo problema esula dalla nostra indagine.

Qui ci interessa solo rilevare come la metodologia carneluttiana si presenti in veste di precettistica ; tale il nostro Autore la considera, come risulta dalle non rare critiche ai metodi scientifici poco adeguati, che sovente sono usati dai giuristi, e dai reiterati appelli rivolti ai giovani studiosi, affinché, coordinando i loro sforzi, realizzino quella dottrina dell'unità del diritto e del

(7) *Ibidem*, p. 80.

(8) Capograssi, *Leggendo la Metodologia del Carnelutti*, in *Riv. intern. fil. dir.*, 1940, p. 32.

(9) Colonna, *Per la scienza del diritto*, Torino 1938.

(10) Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, Roma 1951, p. 108.

reale, abbozzata nelle pagine della sua *Metodologia*. Potrebbe altresì sembrare che poco o niente egli si curi della indagine empirico-descrittiva ; ma in realtà egli descrive il metodo usato nella sua attività di giurista. Ne consegue così una completa identità tra la metodologia descrittiva e la metodologia precettistica del C. (11).

Ma una metodologia, concepita come precettistica, compie delle scelte tra i modi di operare del giurista, preferendo quelle regole che meglio realizzino i fini morali, sociali, politici ed in definitiva ideologici del ricercatore. Penetrare il significato della metodologia carneltuttiana significa allora esaminare come il C. prospetta i problemi concernenti la natura e la funzione della giurisprudenza. Ma con ciò ci allontaniamo dal campo scientifico per entrare in quello filosofico. Bisogna rendersi conto che i più scottanti problemi giuridici non sono puramente tecnici, ma involgono considerazioni gnoseologiche e, in generale, filosofiche, rappresentano cioè punti di convergenza tra interessi dei giuristi e dei filosofi del diritto.

2) *La metodologia come ricerca filosofica.*

È evidente che, nel proporre il metodo scientifico che abbiamo ora esaminato, il C. muove, più o meno consapevolmente, da proprie convinzioni sulla scientificità della giurisprudenza. È necessario perciò renderci conto del valore che egli attribuisce alla conoscenza giuridica, come la strutturi e la giustifichi. Per taluni autori (ad es., il Bobbio) tale problema è oggetto di una metodologia intesa come ricerca filosofica (12). Il problema metodologico è quindi problema filosofico in quanto concerne il valore della scienza giuridica. La questione centrale, che questa ricerca deve affrontare e risolvere e che quindi costituisce la sua stessa ragione giustificatrice, riguarda la scientificità della scienza

(11) Per una chiara distinzione tra metodologia precettistica e descrittiva cfr. Scarpelli, *La natura della metodologia giuridica*, in *Filosofia e scienza del diritto*, Milano 1955.

(12) A nostro avviso la denominazione più adatta è quella di « epistemologia giuridica ». Ma oggi si suole parlare di metodologia, poiché v'è una tendenza generale a ridurre il problema epistemologico al problema del metodo.

giuridica. Esiste cioè una vera e propria scienza del diritto ? Invero tutti convengono sull'esistenza di un insieme di procedimenti sistematici o in via di sistemazione, che concernono il campo giuridico ; si tratta qui di sapere se con ciò stesso esista una scienza giuridica, cioè se la giurisprudenza sia una scienza. Per risolvere questo problema occorre determinare l'oggetto, il fine ed il metodo tipico della giurisprudenza, il che non è cosa facile per i dissensi, che sussistono tra i cultori di questa disciplina, intorno al modo di concepirla ed elaborarla. Una volta stabilite le caratteristiche fondamentali della giurisprudenza, si esamina la possibilità del suo inserimento tra le categorie delle altre scienze.

A noi qui interessa stabilire le convinzioni epistemologiche che la *Metodologia del diritto* di C. sottintende e presuppone, convinzioni che dobbiamo ricostruire servendoci necessariamente di un confronto con le principali soluzioni date al problema della scienza giuridica (13). I risultati a cui siamo pervenuti possono essere raccolti, per comodità di esposizione, nell'esame di quelle caratteristiche, che fanno assurgere — a detta del C. — la giurisprudenza a dignità di scienza.

a) *L'oggetto della giurisprudenza.*

Il C., come ogni giurista che si rispetti, non ha il minimo dubbio sulla scientificità della giurisprudenza, ma non già perché ritenga che in generale la scienza non abbia per oggetto leggi universali ed indipendenti dal soggetto, quanto piuttosto perché non accetta la mutabilità dell'oggetto della giurisprudenza, oggetto che — a suo avviso — oltrepassa la norma giuridica per concretarsi nelle regole della esperienza giuridica. Nell'analisi dell'esperienza il ricercatore si avvede di tutto un sistema di permanenze, di costanti tra i fenomeni, relazioni stabili che possono essere riassunte in concetti con i quali si svolge una concezione unitaria della esperienza. Si può anzi dire che tutto il lavoro della scienza è mantenere fermo ed incolore questo sistema

(13) Nella presente indagine ci baseremo sull'opera magistrale del Bobbio, *Teoria della scienza giuridica*, Torino 1950.

di permanenze al di sotto delle variazioni superficiali della storia. Tale costanza di rapporti è una vera e propria legge naturale, anzi il C. la chiama «regola o norma giuridica» (14), da non confondere con la legge positiva, che ne è solo una ripetizione artificiale ed imperfetta. Mentre l'agire giuridico significa applicare le regole del diritto, il compito della scienza giuridica si risolve nella ricerca delle «regole per fare agire le regole del diritto». La giurisprudenza carneltuttiana si propone perciò l'elaborazione di regole che le leggi giuridiche debbono rispettare ed a cui debbono conformarsi se vogliono inserirsi nella vita del diritto, regole sul diritto che fondano la validità delle regole del diritto (15).

Uno dei gruppi più appariscenti sono le regole logiche, tra cui le leggi sull'interpretazione. Il primo strumento del comando giuridico è proprio il linguaggio; «così le regole del linguaggio servono, prima di tutto, a chi tocca comandare per far capire ciò che comanda ed a chi tocca obbedire per capire ciò che gli è comandato» (16). Accanto alle regole logiche ci sono anche regole di altro genere: psicologiche, fisiologiche, sociologiche, economiche e perfino fisiche. Ed infine, per quanto tutte queste regole siano scrupolosamente rispettate, «l'opera del legislatore non val nulla se non risponde alla giustizia» (17).

Ci sono quindi anche regole etiche da osservare altrimenti il diritto non dura e, presto o tardi, anziché nell'ordine, sfocia nella rivoluzione.

È già — crediamo — sufficientemente chiaro il razionalismo del C., che tenta di costruire una scienza giuridica diversa dalla giurisprudenza, così come il razionalismo secentesco aveva elaborato una giurisprudenza ideale come scienza del diritto naturale. Per il razionalismo la vera scienza ha per oggetto leggi obbiettive, cioè indipendenti dal ricercatore, universali, immutabili e necessarie; mentre le leggi poste dagli uomini hanno esattamente tutte le caratteristiche opposte alle leggi razionali. Il C. non giunge

(14) Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, op. cit., pp. 33-34.

(15) Anche per Geny la scienza giuridica ha per scopo la formulazione di regole giuridiche. La scienza ha per oggetto il dato, la tecnica il costruito. Così Geny rifiuta il giuspositivismo per non rinunciare alla elaborazione scientifica del diritto.

(16) Carnelutti, *Metodologia del diritto*, op. cit., p. 26.

(17) *Ibidem*, p. 28.

al punto di sostituire la scienza del diritto naturale alla giurisprudenza positiva, ma razionalizza l'oggetto di quest'ultima, fissandole come compito l'elaborazione delle regole sul diritto. Alla nuova scienza del C. si può benissimo applicare questa notazione del Bobbio sulla scienza del diritto naturale, che « per essere vera non era giuridica », mentre la giurisprudenza reale « per essere giuridica non era vera » (18). A meno che non si consideri tale legge naturale come giuridica e questa è stata proprio la evoluzione o la involuzione del C., che successivamente assegnerà alla scienza giuridica il compito di conoscere il diritto naturale vigente o storico. Ma di ciò in seguito.

Il razionalismo aveva così lasciato fuori dalla porta della scienza vasti campi non meno importanti ed in particolare tutto ciò che è una produzione della attività umana o che si trova almeno in stretta correlazione con essa : il mondo delle arti, del linguaggio, del diritto, della morale. Ora se il mondo della natura è suscettibile di scienza, perché non il mondo dello spirito ? E così accanto alle scienze della natura prendono posto le scienze dello spirito con uguale dignità scientifica, nonostante la diversità delle caratteristiche, diversità che principalmente si fonda sull'oggetto della scienza. E, siccome il metodo si adatta all'oggetto scientifico, nell'ambito di ogni singola scienza spirituale si ritrovano quattro tipi di ricerche : ricerca storica, dogmatica, critica o valutativa, teoretica con metodo generalizzante (Rothacker). Comunque la peculiarità delle scienze spirituali consiste nel servirsi di un metodo analitico e descrittivo, in definitiva psicologico, che permette la penetrazione delle esperienze vissute.

Se ora vogliamo puntualizzare la posizione del C. riguardo a questa soluzione dicotomica del problema della scienza, ci accorgiamo subito che il suo pensiero, pur rifiutando sostanzialmente questa concezione, ne resta influenzato. Egli sostiene che «il

(18) Bobbio, *Teoria della scienza giuridica*, op. cit., p. 63.

diritto è un fatto essenzialmente spirituale » (19) e che quindi l'oggetto della scienza del diritto è un prodotto dello spirito ; ma non per questo bisogna cessare di rintracciare le concordanze tra scienze naturali e spirituali piuttosto che le differenze. In questo senso si può intravedere una continua evoluzione del suo pensiero, tendente alla eliminazione dei dualismi nel concetto di scienza.

Secondo il Capograssi, il nostro Autore prende le scienze della natura quasi per modello e per ideale della scienza del diritto. L'importanza di tale analogia risiederebbe nel fatto che anche la scienza giuridica come la scienza naturale è spinta dalla esigenza di elaborare la profonda unità di tutta l'esperienza (20). « Naturalista e storico sono premuti dalla stessa necessità : il naturalista non deve dimenticare che anche quello che gli par fermo si muove ; lo storico non può non arrestare il movimento se vuoi afferrare quello che si muove ; se la storia non si convertisse in natura non sarebbe possibile la storiografia » (21). Nel tentativo di cogliere le concordanze tra la scienza naturale e la scienza del diritto, il cui oggetto è un prodotto dello spirito, il C. si imbatte in problemi di carattere gnoseologico, che richiedono una competenza filosofica, che al nostro Autore manca. Tutta la filosofia di diretta derivazione kantiana nega una possibile parentela tra le leggi giuridiche e le leggi fisiche. La legge fisica, come sintesi di una realtà di esperienza, esprime solo ciò che è : se un fatto solo contraddicesse una legge fisica, questa non avrebbe più valore come legge. La legge giuridica invece non riceve la sua verità dai fenomeni : essa non esprime ciò che è, ma ciò che deve essere e la sua violazione non incide sulla sua validità (22). Il C. cerca di aggirare l'ostacolo, rifiutando questa duplicazione del concetto di legge ed appellandosi alla nuova impostazione data alla fisica da Heisenberg. In questo senso egli aderisce all'opinione di coloro che vedono nel criterio statistico l'unico criterio per sta-

(19) Carnelutti, *Matematica e diritto*, in *Discorsi intorno al diritto*, II, op. cit., p. 229.

(20) Capograssi, *Leggendo la metodologia del Carnelutti*, op. cit., p. 26. Questo tipo di analogia, a cui il Capograssi accenna, è per noi troppo vago.

(21) Carnelutti, *Nuove riflessioni sul giudizio giuridico*, in *Discorsi intorno al diritto*, III, op. cit., pp. 132-133.

(22) Del Vecchio, *Lezioni di filosofia del diritto*, Milano 1962, p. 219.

bilire se ed in qual misura una legge è vigente (23). Così dice il C. : « vero è che la evoluzione delle scienze naturali negli ultimi tempi è stata piuttosto una rivoluzione. Da un lato il concetto medesimo della legge come *consecutio necessaria* di due stati della natura si è mutato, sostituendosi la necessità con la probabilità ed essendo crollata, quindi, la fede nell'infalibilità delle leggi, dall'altro la differenza o meglio l'opposizione tra causalità e finalità finisce per scomparire ed ogni giorno meglio i naturalisti scoprono, nei settori più diversi, che quella che pareva una pura *consecutio causalis* è, più veramente, una *consecutio finalis* » (24). La sola differenza tra legge giuridica e legge naturale consiste nel carattere artificiale della prima, che imita la natura al fine di arricchire il mondo e « pone meglio in chiaro la relazione di finalità, in luogo della causalità » (25).

Così il pensiero del Carnelutti si accosta a quello espresso dallo Jhering in *Der Zweck im Recht*. Jhering però era in definitiva riuscito a compiere un taglio ben netto tra essere e dover essere, tra causalità e finalità, attribuendo a quest'ultima una natura psicologica e quindi soggettiva in quanto fondata sulla volontà umana come forza propulsiva e creatrice. Per C. invece la concezione soggettivistica del fine è superata e di conseguenza la causalità naturale è considerata come una forma di finalismo rovesciato e la finalità come una forma di causalità rovesciata (26). L'idea della finalità del diritto penetra però sempre più nel pensiero giuridico del C, e si palesa chiaramente nella trattazione degli atti giuridici. Per il nostro Autore gli elementi dell'atto giuridico sono tre : la causa, la volontà e la forma. Ma già, fin dalla seconda edizione della *Teoria generale del diritto*, egli ha abbandonato tale terminologia civilistica, accettando le accuse di pan-civilismo (27). Così preferisce usare i termini di fine, intenzione ed attuazione. Questi tre elementi corrispondono a tre momenti dell'atto giuridico : il momento teleologico, il momento psicolo-

(23) Cfr. Gasparri, *Meccanica del diritto*, in *Scritti in onore di F. Carnelutti*, I, Padova 1950, p. 122.

(24) Carnelutti, *L'arte del diritto*, Padova 1949, p. 27.

(25) *Ibidem*, pp. 27 e 28.

(26) Cfr. Carnelutti, *Il diritto come antistoria ?*, in *Discorsi intorno al diritto*, III, *op. cit.*, p. 11.

(27) Bettiol, *Il positivismo di Carnelutti*, in *Arch. pen.*, 1948, p. 281.

gico e quello fisiologico. La considerazione del fine non si esaurisce nel momento teleologico, che ne è solo l'aspetto oggettivo, ma diventa il fulcro intorno a cui ruota la teoria dell'atto giuridico. Il momento psicologico costituisce infatti l'aspetto soggettivo del fine e quello fisiologico l'aspetto dell'attuazione del fine, cioè il momento dell'esistenza, in cui la soggettività ridiventa oggettività. Che il fine sia attuato vuol dire semplicemente che diventa atto, che il pensiero attraverso la volontà si traduce in realtà (28).

Se ora torniamo alla distinzione tra scienze naturali e spirituali, dobbiamo constatare che questa « duplicazione del sapere » non è mai stata presa sul serio dal C. Non c'è per lui opposizione tra essere e dover essere, tra causa e fine, ma solo diversità di punti di vista. Eppure egli afferma che la scienza giuridica comprende in sé proprio quelle indagini caratteristiche delle scienze spirituali, secondo la sistematica delineata dal Rothacker.

1) La ricerca storica è ritenuta indispensabile alla giurisprudenza non solo al fine di usare utilmente il metodo della comparazione in tutta la sua portata spazio-temporale, ma anche al fine di cogliere la nascita del diritto. Storicamente il diritto si presenta come un fenomeno sociale, che si estende quantitativamente a società sempre più vaste e qualitativamente tende a conformarsi sempre più all'idea della giustizia. Dal punto di vista dell'origine il diritto nasce come processo e quindi, prima di essere legge, è giudizio (29).

2) La parte dogmatica è essenziale alla scienza del diritto, così come è essenziale a qualunque scienza, perché in realtà la dogmatica è un metodo che, applicato al diritto, assume la configurazione di nomologia, cioè un'esegesi ed una sistematica del complesso delle norme giuridiche.

3) Ma non bisogna credere che la dogmatica esaurisca il compito dei giuristi, i quali devono anche mettere il fatto in contatto con la norma. Ciò significa che la ricerca scientifica si inoltra in una fase deontologica, perché il confronto tra fatto e norma mena diritto a determinare come il fatto doveva essere ed inoltre nel confronto con il fatto avviene il collaudo della

(28) Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, op. cit., cap. II del tit. II,
 (29) Carnelutti, *Nascita e rinascita del diritto*, in *Discorsi intorno al diritto*, II, op. cit., p. 261.

stessa norma. Ne deriva un dover essere non solo del fatto, ma della norma medesima. Anzi il C. dichiara esplicitamente che « la scienza giuridica non è soltanto scienza di norme, ma insieme scienza di valori » (30).

4) Infine la scienza giuridica si compone di una parte teoretica che si serve di un metodo naturalistico. Qui basti richiamare il contenuto della *Metodologia del diritto*, da noi esposto precedentemente. È tolta dalla scienza naturale la considerazione del fenomeno giuridico dal punto di vista della funzione e da quello della struttura, distinzione già adottata dal Mommsen e genialmente applicata dal Benfante nel campo degli studi romanistici e quindi a fini di ricostruzione storica. Da questo punto di vista la scienza naturale considerata è la biologia. Si ritiene infatti che la giustizia o la ingiustizia si trovano nei confronti della società in un rapporto assai simile a quello che rispetto all'essere individuale avvertiamo come salute o malattia.

Ed allora il C. articola la scienza del diritto in quelle stesse ricerche che per il Rothacker costituiscono una scienza spirituale. La scienza giuridica risulta così una somma di discipline diverse: storia del diritto, dogmatica giuridica, filosofia del diritto ed infine sistema elaborato a scopi classificatori con metodo naturalistico. Ma se la scienza giuridica comprendesse in realtà tale coacervo di discipline, perderebbe con ciò stesso la propria unità di scienza ; vi sarebbero solamente tante ricerche intorno all'oggetto giuridico quanti sono i modi di considerarlo. Ed inoltre il C. comprende che non si può far risiedere tutta la scienza del diritto in una sola di queste discipline senza con ciò stesso distruggere la distinzione tra scienze naturali e spirituali.

1) Non si può far risiedere la scienza giuridica nella storia del diritto, perché quest'ultima non è affatto una scienza generalizzante e tipicizzante.

2) La dogmatica da sé sola non si può considerare scienza, ma metodo di sistematica concettuale.

3) Introdurre la filosofia del diritto nella scienza giuridica significa non distinguere più la filosofia dalla scienza.

4) Infine se la scienza si identifica con quella parte teoretica

(30) Carnelutti, *Controversie sul metodo*, op. cit., p. 111.

vicina alle scienze naturali, non si giustifica più la inclusione della giurisprudenza tra le scienze spirituali.

Adesso comprendiamo perché il C. ha sempre considerato la netta distinzione tra scienza naturale e spirituale come estremamente pericolosa alla scientificità della giurisprudenza. La fondazione della scienza giuridica porta con sé tali contrastanti problemi che occorre armonizzarne le soluzioni, se si vuole salvare l'unità della giurisprudenza. Da una parte il C. vede nell'oggetto della giurisprudenza, cioè nel diritto, un fatto essenzialmente umano e quindi spirituale, dall'altra è convinto che ogni vera scienza debba giungere alla costruzione di una sistematica concettuale, che solo le scienze naturali hanno raggiunto e che garantirebbe alla giurisprudenza quella stabilità tanto necessaria ad una disciplina che regola i rapporti sociali.

b) *Il metodo della giurisprudenza.*

La profonda intuizione del C. intorno alla labilità della dicotomia tra scienze naturali e spirituali veniva confermata dall'esistenza di alcune scienze spirituali, dette meglio scienze naturali dello spirito (come la sociologia e la psicologia sperimentale), che per l'oggetto sono scienze spirituali, ma per il metodo scienze naturali. Si pensò allora ad una distinzione delle scienze in base al metodo, senza tener conto dell'oggetto scientifico. La scuola neokantiana di Heidelberg distingue le scienze in nomotetiche ed idiografiche. Le scienze nomotetiche sono rivolte alla formulazione di concetti generali, cioè adoperano un metodo generalizzante ; invece le scienze idiografiche sono rivolte a descrivere e spiegare fatti individuali, cioè adoperano un metodo individualizzante. Si può dire che nell'ambito delle scienze, che hanno per oggetto la natura, prevalgono le ricerche del generale ed in quelle, che hanno per oggetto le attività dell'uomo, prevale l'individuale,

Qual è dunque il metodo della scienza giuridica per C. ? È un metodo generalizzante od individualizzante ? Il C. concepisce la scienza giuridica come una scienza naturale o come una scienza storica ? C. sostiene il metodo generalizzante nella scienza del diritto. Egli afferma che il compito della dogmatica, in quanto dogmatica nomologica, consiste nel costruire concetti sui concet-

ti (31), ciò significa che la dogmatica giuridica ha per oggetto una dogmatica legislativa o nomotetica (32). Abbiamo rilevato come il C. ricostruisca i procedimenti mentali del giurista attraverso l'analisi delle operazioni caratteristiche delle scienze sistematiche della natura (come la zoologia, la botanica, la mineralogia) : osservazione, comparazione, classificazione e sistema. Il che non vuol dire che egli non riconosca che « la volontà è veramente la materia del diritto » (33). Il C. non dimentica mai che l'oggetto od il dato della scienza giuridica è storico e culturale, non naturalistico. Nello stesso tempo possiamo affermare che egli non ha mai abbandonato il metodo naturalistico nello studio del diritto, anche se ha, sempre con maggiore intensità, sostenuto la storicità dell'esperienza giuridica e delle regole di tale esperienza. Rifiutiamo perciò l'opinione del Caiani di un deciso superamento del metodo naturalistico nella scienza giuridica carneluttiana (34) ; in realtà non è così, proprio per quella sua « preoccupazione trascendente », che devia le sue intuizioni vive e che lo porta all'affermazione dell'identità tra leggi naturali e giuridiche in base all'unità di disegno, che si realizzerebbe nel mondo. Così la giurisprudenza, nella concezione carneluttiana, appare insieme una scienza storica ed una scienza naturale, insieme e non separatamente, come sostiene il Gorla. Non è possibile infatti fare un taglio ben netto tra scienze storiche e naturali sulla base della forma logica del giudizio, perché non vi sono forme di sapere che diano soltanto giudizi individuali ed altre che diano soltanto giudizi classificatori.

e) *Il fondamento della giurisprudenza.*

L'insufficienza della individuazione delle caratteristiche scientifiche, basata esclusivamente sull'oggetto o solamente sul metodo, indirizza le nuove correnti epistemologiche verso soluzioni che tengano conto insieme dell'oggetto e del metodo. Nel campo

(31) Anche per il Fuchs l'opinione del giurista si plasma necessariamente su quella di coloro che hanno posto l'ordinamento, « opinioni intorno ad opinioni ».

(32) Carnelutti, *Controversie sul metodo*, op. cit., p. 110.

(33) Carnelutti, *Metodologia del diritto*, op. cit., pp. 48-49.

(34) Caiani, *La filosofia dei giuristi italiani*, Padova 1955, p. 82, n. 2 e p. 89, n. 14.

giuridico, in particolare, ci si accorge che il problema della scienza del diritto in sostanza non è altro che il problema del concetto di diritto. Ci sono infatti tanti modi di intendere la giurisprudenza quante sono le concezioni intorno al diritto, che ne costituisce il fondamento : « la questione del valore della scienza è la questione del valore del diritto » (35). Il che significa determinare l'esatta funzione del pensiero e dell'esperienza nell'elaborazione di questo concetto. Le dispute metodologiche attuali si accentrano tutte nel contrasto tra una considerazione normativistica del diritto ed una considerazione sociologica, due concezioni che si oppongono per il diverso modo di intendere l'oggetto e lo scopo della giurisprudenza. In particolare l'essenza del diritto viene posta in una forma della giuridicità o considerata separatamente dalla realtà sociale (ed allora, se questa forma è ritenuta a priori, cioè come condizione di ogni possibile esperienza, avremo il formalismo neokantiano ; se invece a posteriori, cioè come qualificazione di una data esperienza, avremo il formalismo neopositivistico), ovvero considerata necessariamente congiunta alla realtà sociale (realismo giuridico). Orbene considerare a priori la forma della giuridicità vuoi dire giungere alla ammissione di una scienza a priori del diritto distinta dalla scienza empirica. Di conseguenza si riduce il problema della scienza del diritto ad un problema logico e così la sistematicità diventa la sola caratteristica essenziale alla scienza. A questa riduzione il C. non può assolutamente consentire, anche se più volte afferma che « la materia del diritto è formata in gran parte dal pensiero » (36), e possiamo ben intuire l'importanza della sistematicità per un sostenitore accanito dell'unità del diritto. E non può consentirvi per il solo motivo che, da avvocato sensibile alle sofferenze umane, non riesce a concepire una scienza del diritto distinta dalla pratica giuridica.

C. invece appare più sensibile al pensiero giuridico di Hans Kelsen, che nella considerazione della forma della giuridicità si

(35) Capograssi, *Il problema della scienza del diritto*, Milano 1962, p. 35.

(36) Carnelutti, *Metodologia del diritto*, op. cit., p. 62.

colloca in una posizione intermedia tra il formalismo neokantiano e quello neopositivistico. Anzi c'è un momento nella sua attività di scienziato del diritto, in cui il C. sembra quasi aderire alla concezione kelseniana. Mi riferisco ad un articolo pubblicato nel 1934, in cui il nostro Autore, descrivendo il processo metodologico della scienza giuridica, le riconosce due compiti essenziali : l'ordinamento dei concetti e la depurazione o purificazione degli stessi, con ovvia riduzione della scienza del diritto alla dogmatica (37). Egli anzi accentua quest' ultimo compito della scienza giuridica, cioè la depurazione dei concetti, in cui il richiamo al Kelsen sembra, almeno terminologicamente, evidente.

Ma si può intendere in due sensi l'attributo « pura », apposto dal Kelsen alla propria scienza del diritto : può significare che la scienza pura non si basa sull'esperienza, è cioè a priori, oppure che essa tende a liberarsi da qualsiasi elemento estraneo al suo oggetto. Nel primo caso è impossibile una scienza che non si basi sull'esperienza ; nel secondo l'attributo è superfluo, perché ogni scienza è per definizione pura (38). Il primo significato è totalmente estraneo al C., che aderisce solo al secondo, quando afferma che uno degli aspetti più importanti di questo processo di depurazione riguarda l'isolamento non tanto del fenomeno giuridico dal fenomeno sociale, quanto del lato giuridico dagli altri lati del fenomeno sociale. Questo compito della scienza corrisponde a quello che il Kelsen chiama *actio finium regundorum*.

Un ulteriore rapporto tra i due giuristi può essere intravisto nella nozione della « norma fondamentale », su cui il Kelsen pone l'accento come sul presupposto necessario per una costruzione sistematica dell'ordinamento giuridico e quindi della scienza che ad esso si riferisce. La norma fondamentale è l'ipotesi necessaria su cui il giurista si accinge a lavorare : il suo compito primo ed essenziale è in realtà quello di stabilire il comune denominatore di validità di ciascuna norma o gruppo di norme che costituiscono il sistema. La validità di tale norma fondamentale non riposa sulla sua dipendenza da un'altra norma, altrimenti si avrebbe un

(37) Carnelutti, *Scienza del diritto*, in *Discorsi intorno al diritto*, I, Padova 1937, pp. 89-90.

(38) Bobbio, *Studi sulla teoria generale del diritto*, Torino 1955, p. 48.

regressus ad infinitum ; ma tale norma è valida solo se è efficace. Ciò significa che in sostanza tutta la concezione kelseniana riposa sul principio della effettività, poiché la norma-base ne è la chiave di volta (39). Il che vuol dire che il ricorso all'esperienza giuridica per verificare l'efficacia della norma-base è il primo atto dello scienziato del diritto. Se allora la norma-base è la regola fondamentale da cui discendono le norme dell'ordinamento giuridico, tutto l'ordinamento poggia su questa norma rilevata dall'esperienza e quindi può ben assomigliare ad una « regola sul diritto » del C. L'analogia tra la kelseniana norma-base e le carneluttiane regole sul diritto è tale però solo in senso lato, perché, andando in profondità, si scopre una notevole differenza tra i due concetti : la norma-base è una mera ipotesi di cui si serve il giurista per giustificare e quindi ricostruire razionalmente un dato ordinamento giuridico, ha perciò un carattere puramente funzionale ; le regole sul diritto sono invece vere e proprie leggi naturali, alle quali anche il legislatore deve ubbidire. Si tratta di costanti dell'esperienza giuridica. A questa concezione si oppone risolutamente il Kelsen, laddove esamina i rapporti tra la giurisprudenza normativa e quella sociologica (40). Ma lo stesso C. comprende il suo definitivo allontanamento dalla concezione kelseniana. Egli ritraha esplicitamente le idee espresse nel 1934 (41) ed accusa il Kelsen di non avere adottato il vero metodo positivo, pur cercando di dare « oggettività ed esattezza alla scienza giuridica ». Il vero metodo positivo è — per il C. — l'analisi dell'esperienza giuridica e la verifica delle ipotesi della scienza, cosa che il Kelsen mai si è sognato di fare (42).

Il C. riafferma così la necessaria empiricità della scienza ; in ciò dissente da coloro che vedono nella giurisprudenza una scienza formale. In tale disputa si concentra attualmente tutta la metodologia giuridica.

(39) Almeno questa — a nostro avviso — è la interpretazione più fondata del concetto kelseniano di norma-base.

(40) Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano 1963, p. 167.

(41) Carnelutti, *Profilo dei rapporti tra scienza e metodo sul tema del diritto*, in *Discorsi intorno al diritto*, III, *op. cit.*, p. 325.

(42) Carnelutti, *Nuove riflessioni intorno al metodo*, *op. cit.*, p. 235.

Per il Bobbio la giurisprudenza rivolge le sue indagini alle « regole di comportamento », che sono non già il risultato della ricerca come ritiene il C., ma l'oggetto stesso di essa. Però il giurista non può comprendere il significato di una proposizione normativa senza risalire alla realtà sociale, da cui questa ha tratto « non solo la sua ragion d'essere, ma anche le nozioni da cui è composta » (qui il Bobbio si riferisce alle nozioni pregiuridiche, tanto importanti per il C.). Normatività ed empiricità non sono dunque termini incompatibili, poiché le proposizioni giuridiche sono insieme normative e derivate dall'esperienza. La teoria normativa e la teoria sociologica, che si basano in realtà su due diversi concetti di diritto, si oppongono qui per una diversa considerazione dell'importanza che l'esperienza ha nello studio del diritto. Ma la teoria normativa non permette — a detta del C. — una adeguata esplicazione della esperienza giuridica. Essa infatti limita il campo della esperienza solo alla fase pregiuridica della scienza stessa. Ed il Bobbio stesso afferma che la giurisprudenza non è una scienza empirica, perché le norme sono regole di un comportamento futuro e non rappresentazioni di un evento accaduto ; non hanno una verità empirica, ma puramente ideale, cioè la loro verità non consiste nella verificabilità, bensì nella corrispondenza a certi principi etici accolti come criteri regolativi delle azioni in una determinata società,

Per il C. invece la verità di una norma giuridica consiste nella sua verificabilità, cioè nella sua corrispondenza al fatto sociale. Ed è per questo che la logica del diritto trova — al dire di C. — il suo limite nel diritto in quanto vita. « La norma giuridica in sé, o un complesso di norme, un codice ad es., è un pezzo del diritto, non tutto il diritto, cioè il diritto vivo, nella pienezza della sua vita. Questa vita si accende, come usiamo dire, quando le norme sono applicate o anche sono violate : nella conclusione di un contratto, nella commissione di un delitto e nella celebrazione di un processo soprattutto. Ma un contratto, un delitto, un processo sono degli uomini, uno di fronte all'altro. Vuoi dire che bisogna capire quegli uomini per capire il diritto. Ma questa materia è ribelle ai numeri ed anche alle parole » (43).

(43) Carnelutti, *Matematica e diritto*, in *Discorsi intorno al diritto*, II, op. cit., p. 223.

Diventa così chiaro perché la concezione carneluttiana rifiuti la equazione tra legge e diritto e sostenga che, leggendo a fondo nell'esperienza giuridica, sia possibile rintracciare elementi decisivi per la smentita del riduzionismo positivistico, formalistico, logicistico del diritto.

D'altra parte la teoria sociologica concede troppo all'esperienza, disconoscendo la vita del diritto nel pensiero. Intenzione di C. sarebbe quella di unire in una sintesi produttiva il formalismo del normativismo ed il sociologismo del realismo giuridico. A nostro avviso egli riesce effettivamente a realizzare questo connubio, ma semplicemente nel piano personale, in cui l'attività scientifica e quella forense interagiscono e si completano ; riesce a testimoniare tale sintesi, ma non a fondarla teoreticamente. E quindi a noi, che dobbiamo ricostruire il suo pensiero attraverso la sua produzione scientifica, il C. appare indeciso tra formalismo e sociologismo fino al 1939, ed in seguito aderente inequivocabilmente alla teoria realistica.

Per tale teoria il giurista, immergendosi nell'esperienza sociale, ha il compito di cercarvi le proposizioni normative che costituiscono il diritto positivo : in sostanza egli stesso è creatore delle norme giuridiche, laddove per la teoria normativa è semplicemente un ritrovatore di norme. Il fascino della teoria realistica consiste proprio nel suo tentativo di cogliere il diritto nel momento della sua applicazione e quindi della sua vita. Nessun giurista è più sensibile a ciò del C., che proprio nell'atto del giudizio vede concentrato tutto il diritto. Nel fare un esame del pensiero giuridico italiano (44) egli, tra l'inglese più giudice ed il tedesco più legislatore, vede l'italiano, che ha già subito le influenze giuridiche tedesche, volgersi verso la concezione anglosassone, mantenendo quella posizione di equilibrio che lo contraddistingue. L'applicazione del diritto è formazione dell'ordinamento (45). « Anche quando accerta una norma o comunque un comando giuridico preesistente, il giudice ordina giuridicamente la società come la ordina il legislatore » (46). Per altro il C. si preoccupa di sottolineare che il giudizio intorno alla efficacia del fatto giuridico

(44) Carnelutti, *Profilo del pensiero giuridico italiano*, in *Discorsi intorno al diritto*, II, op. cit., pp. 163-184.

(45) Il Satta parla di « concretizzazione dell'ordinamento » ; cfr. *Diritto processuale civile*, Padova 1959, p. 7.

(46) Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, op. cit., pp. 53-54.

implica quello intorno alla giustizia del comando e tanto più della norma ; ed il giudice è insieme giudice della parte e del legislatore. Ma così la teoria carneluttiana della prevalenza del giudice sul legislatore esorbita da quei limiti giuspositivistici, in cui la scuola realistica era riuscita a mantenerla, ed è, in sostanza, un modo di affermare la prevalenza del diritto naturale sul diritto positivo. Ciò vuoi dire che la metodologia carneluttiana è strettamente collegata alla ideologia.

d) *Conclusioni.*

Dopo avere determinato il contenuto e lo scopo della metodologia come ricerca filosofica ed avere istituito utili e — speriamo — chiarificatori confronti tra le soluzioni dominanti e la concezione del C., possiamo così sintetizzare i nostri risultati : per il C. la scienza del diritto è una ricerca, fondata sull'esperienza, delle *regole sul diritto*, allo scopo di elaborare i dati empirici, di costruire un sistema di concetti e di servire alla applicazione del diritto.

Ora è più che legittimo il dubbio se la concezione del C. non sfoci in un eclettismo confusionario. Che il pensiero di C. sia eclettico è una constatazione più che evidente, che sia sporadicamente contraddittorio è una conseguenza necessaria del suo eclettismo, che non sia fundamentalmente incoerente è nostra ferma convinzione. Noi riteniamo che il C. riesca a dare una fondamentale unità alla sua metodologia ; non solo perché, nel suo girovagare tra le varie dottrine, non abbandona mai l'adesione ad un diritto che non sia distaccato dalla vita concreta, ma anche perché si incontra con il pensiero di un filosofo del diritto, che condivide le sue speranze, i suoi ideali, che ha il suo stesso atteggiamento di fronte alla realtà : mi riferisco al Capograssi (47).

Entrambi avvocati, ma l'uno filosofo del diritto, l'altro scienziato del diritto. Entrambi ciò che hanno insegnato, lo hanno vissuto. In ciò risiede la caratteristica che li unisce. Tutta l'opera del Capograssi è stata infatti una continua infusione di principi

(47) L'adesione al pensiero del Capograssi viene testimoniata dal C. soprattutto in *Interpretazione di Capograssi* e in *Meditando Capograssi*, in *Discorsi intorno al diritto*, III, *op. cit.*, pp. 155 ss., 213 ss.

filosofici nella giurisprudenza. Orbene l'impostazione filosofica del Capograssi ha salvato il pensiero di C. dal disfacimento per incoerenza. In particolare la concezione del Capograssi intorno al diritto offre al C. la possibilità di chiarire il compito della esperienza giuridica nel contesto della scienza del diritto. Abbiamo già mostrato come nella *Metodologia del diritto* è nel senso naturalistico che s'intende l'esperienza, ma in seguito il C., pur non abbandonando il metodo naturalistico, considera l'esperienza giuridica non più come registrazione distaccata dei fenomeni, bensì come fattiva compresenza del soggetto alle circostanze sociali. Lo studio dell'esperienza è così lo studio dell'azione umana (48). L'analisi dell'esperienza diventa analisi dell'atto. Nella congerie degli atti umani, il giurista deve però scegliere quelli, per così dire, rappresentativi, che rendono giuridica l'esperienza comune. Questi sono gli atti di comando e di obbedienza ; infatti il diritto, veduto nel suo insieme, non è che un tessuto di comandi e di obbedienze (49). Compito della scienza è cogliere i principii che stanno alla base del comando. Così la scienza dimostra che i comandi, pur nella loro varietà, sono identici, che questa identità non esiste ma si realizza nella molteplicità delle determinazioni dei comandi, per cui vi è un ordine interiore, a cui si riporta tutto l'apparente disordine dell'esperienza. In questo sta « la struttura cellulare del diritto » (50), cioè nel rapporto tra comando e obbedienza. Questa incorporazione delle due volontà, del comandante e del comandato, si concretizza nell'accordo. Il diritto, in altre parole, è sociale non soltanto per la sua efficacia quanto anche per la sua origine (51). Il C. ribadisce ripetutamente l'importanza che l'obbedienza ha per il comando : « o l'obbedienza si forma ed il comando diventa diritto, o non si forma e, presto o tardi, il comando muore » (52). Ciò riecheggia la teoria della validità della norma in quanto efficace.

Nel tentativo di cogliere la fonte comune al comando ed alla obbedienza, il C. sfocia in una concezione volutaristica del

(48) L'idea dell'esperienza come azione si troverà esplicitata dal Capograssi, in *Analisi dell'esperienza comune*, Roma 1930.

(49) Carnelutti, *Metodologia del diritto*, op. cit., p. 44.

(50) Carnelutti, *Interpretazione di Capograssi*, op. cit., p. 169.

(51) Carnelutti, *Meditando Capograssi*, op. cit., p. 218 ; cfr. anche Capograssi, *Studi sull'esperienza giuridica*, Roma 1932, p. 33.

(52) Carnelutti, *Interpretazione di Capograssi*, op. cit., p. 170, n. 4.

diritto, condividendo le idee del Capograssi. Così ci spieghiamo questa affermazione del C, intorno alla scienza giuridica : «... la zona psichica, nella quale si svolgono le sue esperienze (della giurisprudenza cioè), è precisamente la volontà e questa, che è la zona di confine tra il pensiero e l'azione, dove il pensiero raggiunge la tensione più alta e si scarica nel mondo esteriore, è, fra tutte le altre, quella che meno si presta ad essere esplorata. La volontà è veramente la materia prima del diritto » (53).

Ciò caratterizza la natura del volontarismo carneluttiano, che non si arresta alla volontà del legislatore, sfociando così nell'imperativismo, ma considera la volontà come la materia prima del diritto, perché essa è la forza che mette in movimento l'azione umana. Perciò il C. ritiene che la interpretazione, che è attività squisitamente intellettuale, si debba collocare, dal punto di vista del metodo, nella fase della rilevazione e non in quella dell'elaborazione del dato. Ciò contrasta fortemente con qualsiasi teoria normativa.

Constatando la coerenza interiore della soluzione del C. al problema della scienza giuridica ed una confusione più che evidente tra i compiti della scienza e quelli della filosofia, concludiamo con le parole del Capograssi : « C. si è reso perfettamente conto di questa indeclinabile umanità della scienza del diritto : egli si mantiene veramente nella grande tradizione della scienza italiana come il suo libro (la *Metodologia del diritto*), con le sue credenze e le sue certezze, dimostra. Egli vede nettamente che il lavoro della scienza ha le sue radici nelle certezze supreme morali, nelle « leggi » come egli dice, scoprire le quali egli esplicitamente proclama essere compito della scienza. A parere di chi scrive è questa la più importante delle affermazioni del libro » (54).

II. — TEORIA DEL DIRITTO

1) *Caratteri generali della teoria del diritto di C.*

L'esposizione del pensiero metodologico del C. ha messo in luce il suo concetto di diritto. Il diritto è chiaramente concepito

(53) Carnelutti, *Metodologia del diritto*, op. cit., p. 48.

(54) Capograssi, *Leggendo la Metodologia del Carnelutti*, op. cit., p. 42.

come un sistema di comandi e di obbedienze ed è perciò un prodotto della volontà umana. Se ora ci occupiamo della sua *Teoria generale del diritto* è solo per stabilire se tale concetto viene utilizzato anche come base di una trattazione scientifica del diritto.

Per il C. la teoria generale del diritto è vera e propria scienza, anzi la scienza giuridica, in quanto realizza in sé l'unità di tutto il diritto positivo, cogliendolo nell'elemento comune a tutti i suoi rami, cioè nell'elemento formale. L'opera del C. risulta così un esempio di teoria formale del diritto positivo italiano, che descrive e costruisce con un materiale tratto dalle varie discipline (in specie diritto privato, processuale civile, penale ed amministrativo) i concetti fondamentali e necessari a comprendere la struttura ed il funzionamento di un determinato sistema normativo. Notiamo che l'esperienza giuridica del C. gli consente di dominare con la preparazione di uno specialista i più importanti rami del diritto positivo. Possiamo senza dubbio considerarlo come uno dei pochi giuristi italiani, che, ai tempi nostri, ha avuto una cultura giuridica a livello di una teoria generale. Ed infatti non ci risulta che, oltre la sua, altre teorie generali del diritto siano state scritte, in Italia, da giuristi.

Cerchiamo di renderci conto della ragione di questo abbandono della teoria generale da parte dei giuristi. Una teoria generale del diritto ha notoriamente bisogno di tutto il materiale del diritto positivo e di alcuni principii intorno a cui organizzare tutto il materiale legislativo. Il problema sta tutto nel mettere a base di una teoria generale del diritto positivo italiano quell'aspetto che consenta la meno imperfetta e la più comprensiva sistemazione del diritto vigente. Questa è una pietra di inciampo per i giuristi, poiché definire i vari aspetti del diritto è stato per secoli compito dei filosofi, che hanno condotto tale indagine al fine di sottolineare l'aspetto essenziale della giuridicità e non certo allo scopo di formulare concetti empirici. Per secoli gli aspetti della esterioresità, della coercibilità, dell'alterità, della statualità della norma giuridica sono stati al centro delle dispute dei filosofi del diritto. Così non possiamo meravigliarci se spesso gli aspetti del diritto posti a base di una teoria generale vengono considerati come riassuntivi di tutta la realtà del diritto di ogni tempo e paese. In questo errore cade anche il C.

Tenendo presenti le considerazioni sopra esposte, aderiamo al Bobbio, quando afferma : « se, a proposito del C., è permesso par-

lare di deviazione, questa ha luogo esclusivamente nella direzione della filosofia » (55). Il C. propugna l'utilità di una introduzione pregiuridica ad una trattazione del giudizio ed, in specie, ad una teoria generale. Tale utilità consiste nel chiarire e stabilire convenzionalmente il senso che si attribuisce ai termini usati nella trattazione (come, ad es., quelli di forma, spazio, tempo, oggetto, soggetto, situazione, fatto, ecc...), mentre — a nostro avviso — non dovrebbe ammettersi il carattere filosofico di tale « teoria generale della realtà », come lo stesso C. la definisce. Così può essere spiegato il fatto della crescente rilevanza dei principi filosofici nella seconda e nella terza edizione della teoria generale di C., nonostante l'eliminazione della introduzione « filosofica », poiché proprio tale eliminazione, invece di una purgazione, si è risolta nell'affermazione della autonomia di quei concetti pregiuridici (56), che, nella prima edizione, apparivano strettamente dipendenti e relativi alla teoria generale in questione.

La teoria generale del C. ha avuto, come è noto, tre edizioni. Nella seconda e nella terza il C. non si è accontentato di ritoccare lo schema della prima, ma in gran parte lo ha sostanzialmente modificato, dimostrando una costante tensione verso un'espressione sempre più aderente al suo atteggiamento psicologico di fronte al diritto.

Secondo lo schema adottato nella prima edizione, l'ordinamento giuridico di uno stato moderno consisterebbe di tre elementi fondamentali : i comandi giuridici, cioè l'aspetto formale del diritto ; le situazioni giuridiche, cioè l'aspetto spaziale del diritto ; i fatti giuridici, cioè l'aspetto temporale del diritto.

Nella seconda edizione non vi sono mutamenti di rilievo per quanto riguarda il contenuto ; per quanto riguarda la forma invece la semplice tripartizione acquista una maggiore complessità. In-

(55) Bobbio, *F. Carnelutti, teorico generale del diritto*, in *Studi sulla teoria generale del diritto*, op. cit., p. 10.

(56) L'Introduzione filosofica è stata eliminata nella seconda edizione della teoria generale e pubblicata separatamente dal C. con il titolo, *Introduzione allo studio del diritto*, Roma 1943.

fatti viene formulata una distinzione più generale tra la funzione del diritto, entro cui trova il proprio svolgimento la dottrina dei comandi, e la struttura del diritto, che comprende tanto la dottrina delle situazioni quanto quella dei fatti. Questo mutamento di impostazione favorirà nella terza edizione una radicale revisione degli stessi principi fondamentali, su cui poggiava la prima edizione della teoria generale.

Nella terza edizione l'esame della funzione del diritto si sdoppia nella distinzione tra il fine del diritto ed il suo risultato, che è quella parte del fine che si realizza. La seconda parte comprende invece la struttura del diritto positivo e si articola nella dottrina degli elementi giuridici (personali e reali), nella dottrina del rapporto giuridico (potere-dovere) ed infine nella dottrina dei mutamenti giuridici. In quest'ultimo libro C, introduce delle modifiche essenziali : accanto alla trattazione dei fatti e degli atti giuridici, egli pone infatti « autonomamente » quella dei giudizi giuridici.

Questo breve *excursus* delle tre edizioni ci induce a considerare con maggiore attenzione la prima e la terza ed a ritenere la seconda solo come il ponte che mette in comunicazione le altre due. Tale rilievo è ancor più giustificato, ove si pensi che tra la prima (1940) e la terza edizione (1951) il C. è passato dalla negazione della giuridicità del diritto naturale addirittura alla ammissione della sua vigenza, il che non può non avere avuto rilevanza nella rielaborazione della terza edizione stessa.

2) *La prima edizione.*

Il fine del diritto è quello di « ridurre all'etica l'economia », onde il diritto viene definito come un'etica artificialmente imposta o rafforzata. Questa imposizione opera attraverso la sanzione, che è la minaccia di un male o la promessa di un bene a chi tiene un determinato contegno, cioè la sanzione presuppone il precetto. La congiunzione del precetto e della sanzione costituisce la legge giuridica, che è una legge artificiale da non confondere con le leggi naturali. In ultima analisi, posta tale definizione del diritto positivo, segue, secondo C., necessariamente che il diritto è « una catena di comandi che non ha fine » (57). Perciò il comando è l'elemento

(57) Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, I ed., Roma 1940, p. 81.

primo del diritto, perché se la catena dei comandi avesse fine altro sarebbe necessariamente tale elemento. Rifiutiamo così l'opinione del Capograssi, che ritiene la riduzione dell'economia all'etica, cioè in definitiva la vecchia teoria del minimo etico, come il concetto apparente che del diritto ha C. ; mentre in realtà egli considererebbe il diritto come un complesso di comandi che danno vita a situazioni e a fatti giuridici (58). Tra le due tesi c'è invece un rapporto necessario di consequenzialità. Tutto ciò significa che la teoria generale del C. poggia sopra una concezione imperativistica del diritto, come risulta non solo dalle dichiarazioni espresse dell'Autore, ma anche dall'impostazione generale dell'intero sistema.

La teoria imperativa del diritto è un tipo ormai classico di positivismo giuridico ; storicamente si può considerare come la teoria più antica del diritto, ma logicamente si tratta di una specie della teoria normativa. Infatti l'identificazione della norma giuridica con il comando non è che una veduta parziale rispetto alla considerazione della norma giuridica come prescrizione. I comandi sono una specie del genere « prescrizione ». Ciò significa che i sostenitori della teoria imperativistica sono naturalmente portati, per ben distinguere la propria dottrina, ad accentuare l'aspetto della coercibilità del diritto. Così il C. vede nel precetto la regola etica e nella sanzione la forza economica : la combinazione di entrambi fa il diritto (59).

In base a tali opinioni, C. dovrebbe però negare la giuridicità di quelle che chiama « norme strumentali », che sono regole a cui il comando deve uniformarsi (ad es., le norme di diritto costituzionale, di diritto processuale, l'art. 1372 cod. civ.). Ed in effetti, nonostante un debole tentativo di giustificare la giuridicità di tali norme, il C. è costretto ad ammettere che proprio nel fatto che la maggior parte delle leggi giuridiche sono strumentali e che in queste è meno appariscente la natura imperativa « si può trovare una delle ragioni, per le quali il modo comune di pensare inclina verso la concezione normativa del diritto » (60). La imperfetta applicazione della teoria imperativa alle norme strumentali rivela così la prima falla della teoria stessa.

(58) Capograssi, *Teoria generale del diritto*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1940, pp. 184-193.

(59) Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, I ed., *op. cit.*, p. 79.

(60) Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, III ed., *op. cit.*, p. 45.

Il diritto per C., oltre ad essere imperativo ed intersoggettivo, è statale, cioè lo stato è la fonte suprema del diritto. « Se lo stato è la società in quanto pone il diritto, lo stato non è, in questo senso, soggetto di diritto lo stato non è nel conflitto, ma sopra il conflitto » (61). Lo statualismo del C. non ha però niente di assolutistico e di rigido ; lo stato è piuttosto considerato come la sintesi suprema di tutti i raggruppamenti sociali, che, con ciò stesso, non vengono soppressi, ma trovano nello stato la condizione della loro validità. In questo senso deve considerarsi l'ammissione di una pluralità di ordinamenti giuridici, che di per sé sarebbe incompatibile con lo statualismo. C'è un ordinamento sovrano e ci sono ordinamenti soggetti. La pluralità interna degli ordinamenti giuridici fonda la pluralità delle fonti del diritto. Si distingue così uno stato legislatore, uno stato giudice ed uno stato amministratore. L'aver ammesso la pluralità interna degli ordinamenti giuridici non vale a distaccare il pensiero del C. dalla tendenza, assolutamente prevalente nel suo sistema, a considerare il diritto *sub specie* della sua positività, cioè come un sistema di norme legislative statali ed attuali ; infatti proprio nel momento in cui il riferimento al diritto prodotto in seno ai gruppi sociali poteva indicare un processo indipendente dalla fonte ufficiale, ci troviamo di fronte ad un diritto di formazione statale (il diritto corporativo) (62).

La statualità del diritto è anche la ragione dell'esclusione della giuridicità della consuetudine, del diritto internazionale e del diritto canonico. Ma è proprio di fronte a questi ostacoli che lo statualismo carneluttiano si spunta (63) ; il nostro Autore ben presto si accorge quanto la concezione statualistica del diritto non corrisponda al suo reale modo di intendere il diritto e quanto sia legata invece a quella mentalità strettamente positivista, ereditata dagli ambienti giuridici del tempo. Quando il C. stesso

(61) *Ibidem*, I ed., pp. 96-97.

(62) Orlando, *La teoria generale del diritto di F. Carnelutti*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1942, p. 319.

(63) Per una valutazione critica di tali idee rimando all'articolo del Bobbio, *F. Carnelutti, teorico generale del diritto*, in *Studi sulla teoria generale del diritto, op. cit.* pp. 16 ss.

aveva definito il diritto come la riduzione dell'economia all'etica, in questa definizione non veniva certo escluso il diritto internazionale. Da ciò risulta quanto sia incompatibile l'originaria ampia visione del fine del diritto con la concezione restrittivamente statualistica che tenta di sostituirsi ad essa (64). Ma che quest'ultima non sia la vera concezione carneluttiana del diritto risulta anche, nella seconda edizione della Teoria generale, dall'ammissione della giuridicità della consuetudine, indicata come «comando consuetudinario *super partes* » al pari della legge (65) e come tipico esempio di fatto giuridico unilaterale (66). È logico allora constatare che, sia in materia di diritto internazionale che di diritto consuetudinario, lo statualismo del C. mostra tutta la sua incapacità di inquadrare tutta la realtà giuridica e per di più mette il nostro Autore in contraddizione con se stesso. Non ci possiamo allora meravigliare se nella terza edizione della teoria generale in questione lo statualismo è ormai definitivamente eliminato.

Ed allora è necessario esaminare i rapporti che intercorrono tra la teoria imperativistica e lo statualismo nell'opera del C. per stabilire se il crollo dello statualismo carneluttiano significhi anche l'abbandono della concezione imperativa del diritto.

Solitamente l'imperativismo e lo statualismo si identificano ; infatti sembra logico vedere nel potere statale il fondamento più saldo della imperatività della norma giuridica. Ed in verità sia la dottrina statualistica che l'imperativismo corrispondono alla mentalità ordinaria dei giuristi, che hanno appunto per primo ufficio quello di interpretare le leggi, come espressione della sovranità dello stato. Se ciò è vero logicamente, storicamente però l'identità tra teoria imperativa e statualismo dipende dal particolare modo di intendere la prima. Ad esempio, mentre l'imperativismo di Jhering, che vede nella coazione l'elemento indispensabile del diritto, sfocia nello statualismo, ove si consideri lo stato come l'unico titolare del potere coattivo della società, invece l'imperativismo del Thon, che fa consistere la giuridicità nel potere-dovere di costringere i consociati all'osservanza di una norma

(64) Bobbio, *F. Carnelutti, teorico generale del diritto, op. cit.*, p. 17.

(65) Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, II ed., *op. cit.*, p. 55.

(66) *Ibidem*, p. 194.

formulata da una società, rigetta lo statualismo e propone una teoria della socialità del diritto. Malgrado ciò il Thon, per la sua importanza, può essere considerato come il teorico dell'imperativismo giuridico. D'altra parte lo statualismo ha trovato sostenitori anche presso normativisti, come il Kelsen, che identifica il diritto con lo stato e fa consistere la giuridicità nella forma di un precetto particolare.

Per risolvere il nostro problema sarà indispensabile allora individuare le caratteristiche dell'imperativismo carneluttiano.

Il C. conclude l'esame dei « comandi giuridici », elaborando una definizione formale del diritto (67) : « il diritto è un sistema di comandi diretti a comporre i conflitti d'interesse tra i membri di un gruppo sociale ». Questa forma si scompone, all'analisi, in tre caratteri ; *l'imperatività* (non v'è diritto che non sia comando), *l'intersoggettività* (non v'è diritto che non abbia per oggetto la composizione di un conflitto d'interessi), *la statualità* (non v'è diritto se, ai caratteri precedenti, non vi si aggiunga lo stato, che è l'istituzione che meglio esprime la totalità e la compiutezza del diritto). Tale definizione del diritto ben si adatta ad una teoria generale intesa come teoria formale del diritto. Ma essa non ci permette di far derivare necessariamente lo statualismo dall'imperativismo del C., come invece ritiene il Bobbio, che, mostrando le insufficienze dello statualismo, crede con ciò stesso di avere eliminato l'imperativismo carneluttiano.

Appare però evidente, da un esame di tale definizione, che, tra i caratteri formali del diritto, quello della statualità non viene derivato dall'imperatività. Ed inoltre non si considera, come abbiamo già visto, giuridico il diritto internazionale, perché, pur avendo il carattere dell'imperatività, non ha quello della statualità : il che significa che l'uno non implica necessariamente l'altro.

Così possiamo affermare che, al tempo della prima edizione di tale teoria generale, il pensiero giuridico del C. si muove nell'ambito del formalismo giuridico. Ciò giustifica l'accostamento tra la scuola normativa del diritto ed il pensiero del C. — Il Bobbio si stupisce dell'avversione nutrita dal C. nei confronti del normativismo kelseniano, data l'esistenza di un'affinità tra l'ideale carneluttiano della chiarezza concettuale ed il metodo di ricerca

(67) *Ibidem*, I ed., p. 169 e ss.

della scuola normativa (68). D'altra parte il rigore nel metodo, l'acutissimo senso del sistema, la simmetria concettuale non sono propri di una teoria del diritto, ma devono costituire *l'habitus* mentale di ogni vero scienziato del diritto.

La teoria imperativa combinata con il formalismo giuridico allaccia invece strettamente il pensiero di C. a quello di Francesco Rovelli. Contro la tesi del Kelsen, secondo la quale lo stato non è se non l'espressione della sistematica unità del diritto, il Rovelli sostiene la reale distinzione dello stato dal diritto. Per il Rovelli, come per il C., il diritto è statale, non perché il concetto di diritto si risolva logicamente nel concetto di stato, ma perché il concetto di diritto include la derivazione da una volontà superindividuale, capace di dare alla norma un valore assoluto, e perché nelle condizioni attuali della civiltà tale volontà è la volontà dello stato. È l'elemento formale del diritto, è la natura dell'imperativismo giuridico, che postula la derivazione del diritto da una volontà capace di fare rispettare i suoi voleri. Attraverso un'indagine empirica solo la volontà dello stato appare capace di ciò e quindi solo di fatto, ma non di diritto, lo statualismo consegue dall'imperativismo del C.

Al di là di tali mutazioni, che hanno per noi grande peso, è però la necessaria integrazione del concetto di diritto con quello di giustizia, che determinerà il radicale distacco dell'opera del C. da ogni formalismo giuridico e quindi anche dalla scuola normativa, alle cui istanze logiche parzialmente ed inconsapevolmente egli stesso aderiva nella prima edizione della Teoria generale.

3) *La terza edizione.*

Nella terza edizione notevoli sono i mutamenti e tali da capovolgere quasi i caposaldi, su cui poggiava la prima edizione.

Innanzitutto si può constatare un decisivo abbandono dello statualismo. Il diritto non è più concepito come prodotto dello stato, ma lo stato come prodotto del diritto. Quando infatti si distingue tra fine e risultato del diritto e si considera lo stato come risultato del diritto, si pone lo stato entro il diritto, che a sua volta appare trascendente rispetto all'ordinamento statale. Ed

(68) Bobbio, *F. Carnelutti, teorico generale del diritto, op. cit.*, p. 22.

il C. ne è consapevole (69). Questa rinunzia alla statualità del diritto non è però totale. È vero che lo stato non è la fonte del diritto e che anzi il diritto è fonte dello stato, ma è anche vero che il C. considera lo stato come prodotto necessario del diritto, nel senso che l'ordinamento giuridico fallisce i suoi fini se non si costituisce in stato. Anche se rovesciato, lo statualismo rimane, ma viene limitato ad una parte del diritto. C'è infatti un'ampia sfera del diritto che resta al di fuori dello stato.

Abbiamo così individuato la ragione di questo mutamento della concezione statualistica carneluttiana : il C. è diventato un giusnaturalista, mentre prima ammetteva solo l'esistenza di esigenze etiche, a cui il diritto doveva ispirarsi, ma che erano al di fuori e al di sopra di esso. La statualità viene così limitata al diritto positivo ; resta perciò fuori dallo stato tutto l'ampio campo del diritto naturale, che ogni giusnaturalista che si rispetti considera come il vero diritto. La teoria generale diviene allora da formalistica od avalutativa, contenutistica o valutativa. Ciò si rileva da molteplici elementi.

Nella prima edizione il C. si limitava a dire che qualcosa è giusto « quando è conforme ad una regola » (70), nella seconda edizione invece la giustizia è definita come « conformità all'ordine dell'universo », ovvero all'ordine etico (71). Ma quest'ultima affermazione acquista un senso solo se riferita ad una concezione metafisica, questo è già sufficiente a dimostrare l'abbandono del formalismo.

Inoltre abbiamo già visto che i tre elementi della imperatività, della intersubiettività e della statualità costituivano, nella prima edizione, le caratteristiche fondamentali di una definizione formale del diritto ; non è più così nella terza edizione : le tre caratteristiche permangono, ma vengono riferite all'ordinamento giuridico solamente e non più al diritto in genere (72).

Guardando ora la nuova concezione che C. ha del diritto positivo, possiamo rilevare inaspettate somiglianze con la dottrina kelseniana dello stato. Per il Kelsen un ordinamento giuridico accentratore, in cui la produzione del diritto e l'esercizio della

(69) Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, III ed., op. cit., pp. 24-25.

(70) *Ibidem*, I ed., p. 67.

(71) *Ibidem*, II ed., pp. 18-19.

(72) *Ibidem*, III ed., pp. 70-77.

coazione sono istituzionalizzati, costituisce uno stato. Il concetto di stato si identifica perciò con quello di ordinamento giuridico. A ciò il C. aderisce completamente. D'altra parte lo stesso Kelsen sembra tradire proprio quella eliminazione del dualismo tra diritto e stato, quando considera il diritto internazionale come « ordinamento giuridico superiore agli stati ». Egli afferma che il principio, secondo cui un ordinamento giuridico debba essere efficace per essere valido, è una norma positiva di diritto internazionale. Non vi è chi non veda come il diritto internazionale adempia per il Kelsen la stessa funzione che adempie il diritto naturale per il C., salve naturalmente le debite differenze.

Che ne è della concezione imperativistica del diritto ? Essa è ancora presente, ma è anche profondamente mutata ed infine non costituisce più il fulcro del sistema.

È evidente che la nozione stessa di diritto naturale implica un atteggiamento di rifiuto della teoria imperativistica. La funzione del diritto naturale è quella di attribuire una qualità all'azione, non di costringervi la volontà con la minaccia di una sanzione, che lo trasformerebbe in diritto positivo. Così il rifiuto della concezione imperativistica è compiuto dal C. in nome del diritto naturale, tant'è vero che tale concezione mantiene per il C. la sua validità nell'ambito del diritto positivo. Quella dottrina dei comandi, che, nella prima edizione, apriva la teoria generale del diritto, ora, nella terza edizione, costituisce solo una parte dell'analisi dell'ordinamento giuridico statale, che, come sappiamo, è il risultato del diritto (73).

Il C. precedentemente aveva considerato il comando come un precetto sanzionato e dalla unione di questi due elementi vedeva sprizzare fuori la giuridicità ; finché restavano divisi, il diritto ancora non esisteva. Con l'adesione al giusnaturalismo, il precetto diventa una proposizione di diritto naturale ed è quindi di per sé carico di giuridicità. Il C. è quindi costretto a distinguere le norme giuridiche (cioè precetti senza sanzione) dalle leggi giuridiche (cioè precetti sanzionati) (74). Ed allora se il precetto è di carat-

(73) *Ibidem*, pp. 26-46.

(74) *Ibidem*, pp. 26-27.

tere etico, solo la sanzione si presenta come elemento caratteristico del diritto positivo. La teoria imperativistica si riduce così a teoria della sanzione (75).

La sanzione è considerata dal C. come mezzo indispensabile alla efficacia della norma (Jhering) e non come oggetto stesso de^l diritto (Kelsen). « Ciò che distingue la forza impiegata per il diritto dalla forza impiegata contro il diritto, è il fine per cui si impiega » (76). Un giusnaturalista infatti non può che aderire alla concezione classica della sanzione, concezione che gli permette di dare rilievo ai fini del diritto, a cui l'uso della forza è subordinato.

Una teoria imperativistica così svirilizzata finisce di essere il cardine della teoria generale del C. Ridotto il comando positivo a sanzione e considerata quest'ultima solo come mezzo, tutta l'attenzione si riversa sul precetto e conseguentemente, nel campo del diritto positivo, sull'attività di ritrovamento del precetto. E così la teoria generale si occupa delle fonti giuridiche.

Il C. distingue a questo punto la fonte formale del diritto dalla fonte materiale che è la società cioè i raggruppamenti sociali (77), La pluralità delle fonti materiali fonda la pluralità degli ordinamenti giuridici. Un'ampia concessione alla produzione del diritto in regime di autonomia (78) e la eliminazione del diritto corporativo svincolano definitivamente il diritto positivo dalla concezione statualistica. D'altra parte l'attenzione rivolta alla socialità del diritto spinge il nostro Autore a ritenere che non v'è diritto possibile né autorità possibile, se gli uomini non consentano ad ubbidire. La struttura del diritto positivo si risolve così in una combinazione tra il sistema dei comandi ed il sistema delle obbedienze. Ricordiamo come alle stesse conclusioni sia infine giunto il C. anche in campo metodologico.

Ed allora se il diritto non è precetto astratto, ma regola visuta di condotta sociale, né la teoria imperativa, né lo statualismo sono più in grado di coglierlo nella sua interezza. Perciò

(75) Carnelutti, *Il valore della sanzione nel diritto*, in *Discorsi intorno al diritto*, III, *op. cit.*, pp. 71-86.

(76) Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, III ed., *op. cit.*, p. 32.

(77) *Ibidem*, p. 49

(78) Non si comprende come, in base a queste ultime convinzioni, il C. non consideri anche esplicitamente la consuetudine come fatto normativo.

il C. elabora una teoria dei giudizi giuridici, che — a nostro avviso — è la parte più originale del suo pensiero, perché più gli è congeniale.

Mosso da queste convinzioni e con questi intendimenti il C., a conclusione della seconda edizione, introduce un capitolo dedicato ai giudizi giuridici, capitolo ulteriormente ampliato e perfezionato nella terza edizione e che costituisce, senza dubbio, la trattazione più ampia e profonda, che si sia avuta finora, da noi, sull'argomento (79). Ed allora la teoria generale viene concepita dal C. come il tentativo di cogliere il centro di gravità del diritto, cominciando con lo stabilire ciò a cui esso tende (il fine), ciò che effettivamente realizza (il risultato) e continuando con l'analizzare tale prodotto (in elementi, rapporti e mutamenti) al fine di individuare il modo di operare del diritto nella realtà sociale. Conseguenza di tale esame è la constatazione della virtù unitiva del diritto, della continua ed incessante composizione che esso opera tra le parti. Questa è l'opera del giudizio giuridico, che si trova così al culmine della teoria generale e non alla base, come avviene per la teoria imperativa. La teoria dei giudizi giuridici e l'imperativismo possono perciò coesistere nella stessa teoria generale. Di fatto però nell'opera carneluttiana ad un'accentuazione dell'importanza del giudizio corrisponde un graduale eclissarsi della teoria imperativistica, come abbiamo già mostrato.

Per il C. lo scopo del diritto consiste nello sviluppare la sua potenza unitiva, cioè è quello di unire le parti, componendone gli interessi. L'attenzione del C. si sposta allora dall'attività di coloro, che producono le norme astratte di comportamento, a quella di coloro, che queste norme devono trasformare in concreti atti di volontà, sperimentandone i vivi problemi e le reali antinomie. Egli scrive : « uno dei risultati, che mi sembrano più importanti, dei miei studi, in linea generale, sta appunto nello spostare dalla legge al giudizio il centro di gravità del diritto. Ne deriva una rivalutazione sempre maggiore del diritto processuale e,

(79) Egli inoltre non cessa di ribadire l'importanza del giudizio in una lunga serie di articoli, cfr. in particolare, *Nuove riflessioni sul giudizio giuridico*, in questa *Rivista* 1956, I, 81 e in *Discorsi intorno al diritto*, III, *op. cit.*, pp. 129-154.

insieme, un approfondimento di questo con la sostituzione del giudizio al processo come suo termine fondamentale » (80). Con ciò il C. si inserisce vitalmente in quel movimento di rivalutazione del diritto processuale, compiuto attraverso una presa di coscienza del valore e del significato ideologico del problema del giudizio da parte degli stessi tecnici del diritto processuale, capeggiati dal Chiovenda.

Oggi il problema più importante — afferma il C. — è di cercare non più o non solo come « il diritto serve al processo », ma soprattutto come « il processo serve al diritto ». Ed il processo serve al diritto, perché realizza in concreto l'esigenza più alta del diritto stesso, cioè la giustizia. La funzione del giudizio consiste nel passare dal dubbio alla certezza, dall'incertezza ed instabilità dei rapporti sociali alla loro definizione precisa ed ordinata. Ma la sola certezza che il *subditus legis* esige non è la certezza ad una qualunque regolamentazione stabile dei rapporti sociali, ma ad una regolamentazione giusta di essi.

Invero nel contrasto tra l'astratto (la legge) ed il concreto (il fatto), nell'irreparabile insufficienza dell'astratto a comprendere il concreto, nasce e si sviluppa l'antitesi tra giustizia e certezza. Solo nel giudizio giuridico tale antitesi si dissolve e vengono realizzate insieme le esigenze della certezza e della giustizia. La certezza assume così più che un valore logico un valore morale (81).

Si comprende allora come una teoria siffatta possa bene accompagnarsi ad una dottrina giusnaturalista.

La teoria generale continua poi, distinguendo tra giudizi storici, che comprendono giudizi di fatto e di diritto, e giudizi critici, classificati in giudizi di equità e di legalità. Noi sorvoleremo queste classificazioni, come anche la profonda teoria delle prove, che molto opportunamente viene inserita a proposito dei giudizi storici, per rilevare come il C. abbia compreso, anche in seguito alle critiche mossegli dal Caiani, l'esigenza di inquadrare il problema del giudizio giuridico in un'ampia impostazione logica e gnoseologica, che abbia riguardo ad un chiarimento analitico della struttura e della funzione dei vari tipi di giudizio (82). Egli tenta

(80) Carnelutti, *Jus iungit*, in questa *Rivista* 1949, I, 57 e in *Discorsi intorno al diritto*, II, *op. cit.*, p. 143.

(81) Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, III ed., *op. cit.*, p. 367.

(82) Carnelutti, *Nuove riflessioni sul giudizio giuridico*, *cit.*, p. 131.

perciò di dare una base gnoseologica alla sua teoria dei giudizi giuridici ; ma nel campo filosofico manca di quella chiarezza e precisione che lo caratterizzano nel campo giuridico. Ciò non impedisce però di rilevare la sua convinzione fondamentale, cioè il carattere di inventività e di sinteticità dell'atto di giudicare contro la tesi dell'automatismo logico e del suo carattere di formale sillogismo (83). « Tra la scoperta del fatto e la scoperta della legge occorre un ponte, il quale altro non è che l'intuizione della giustizia suggerita dalla coscienza o dal buon senso che dir si voglia ; è dunque la giustizia che guida verso la legge, non la legge che guida verso la giustizia »(84). È per questo che, nella scala dei giudizi, il giudizio critico o di valore occupa il posto più alto. Il giudizio critico è il compimento del giudizio storico, perché opera alla luce della giustizia e sceglie il valore stesso della giuridicità come sua direttiva fondamentale.

Da queste notazioni si può ricavare una duplicità di significati che assume il concetto di giudizio per il C. Alle volte sembra che il giudizio adempia una funzione di adattamento della norma al caso concreto, funzione che richiede, sempre attraverso una mediazione interpretativa, un atto valutativo di ricerca della *ratio* della norma stessa. Altre volte invece sembra che la funzione del giudizio sia quella di valutare la stessa norma in base ad un criterio trascendente, al fine di distinguere la norma valida da quella giusta. Ciò è un'ulteriore testimonianza delle due contrastanti direzioni del pensiero giuridico carneluttiano, in cui la concezione immanentista si interseca, si oppone e si confonde con quella trascendentista. Un'ennesima prova di ciò ci si paleserà a proposito del diritto naturale.

4) *Conclusioni.*

Crediamo così di aver messo in luce, anche dal punto di vista della teoria del diritto, lo stesso svolgimento del pensiero carne-

(83) Per un approfondimento di questo aspetto del giudizio giuridico rimandiamo al capitolo, dedicato al C., nel saggio del Caiani, *La filosofia dei giuristi italiani*, cit., pp. 79-111.

(84) Carnelutti, *Bilancio del positivismo giuridico*, in *Discorsi intorno al diritto*, II, cit., pp. 255-256. L'intuizione della giustizia svolge per il C. la stessa funzione del « Gerechtigkeitsgedanke » del Fuchs.

luttiano, rilevato dal punto di vista metodologico : cioè il passaggio dal formalismo giuridico, che lo stesso C. elabora in versione imperativistica, al sociologismo giuridico, che tiene conto soprattutto della applicazione del diritto. Di fatto però questi ultimi mutamenti della teoria generale non incidono sostanzialmente nella fisionomia iniziale dell'opera, che manifesta ancora l'intento ben svolto di dare una più adeguata sistematica al diritto positivo italiano (cfr. in particolar modo la trattazione del rapporto giuridico). Qualche sporadica contraddizione, che qua e là appare, viene facilmente giustificata come il frutto di un'esperienza del diritto talmente vasta da non riuscire a fissarsi su alcuni aspetti del fenomeno giuridico, escludendone del tutto altri. E così si potrebbe, senza eccessiva difficoltà, considerare la terza edizione come un esempio di teoria dell'ordinamento giuridico (85). Vari argomenti lo confermano : l'aver egli dato una definizione di diritto in funzione dell'ordinamento giuridico, la considerazione tra le fonti giuridiche delle fonti materiali, che sono i gruppi sociali, la soluzione del problema delle lacune del diritto mediante i concetti di eterointegrazione e di autointegrazione dell'ordinamento.

Tutto ciò testimonia nel C. una notevole vivacità di pensiero ed un rifiuto reciso di ogni esclusivismo. La sua teoria del diritto è così veramente « generale ».

III. — IDEOLOGIA DEL DIRITTO

1) *Scienza e filosofia.*

Tenendo presenti queste osservazioni che chiudono l'esame di C. come teorico del diritto, siamo in grado anche di esplicitare adeguatamente l'ideologia carneluttiana, cioè il sistema dei valori giuridico-morali accolti dall'uomo Carnelutti.

Il termine « ideologia », in quanto attribuito al pensiero di C., non deve però considerarsi nel senso inteso dal positivismo, che distingue l'oggettività di un diritto valido, di cui si occupa la

(85) Nel senso di istituzione però, con riferimento quindi alla concezione dell'Hauriou o del Romano, ma non a quella del Bobbio.

scienza del diritto, dalla soggettività di un diritto giusto, di cui si occupa la filosofia del diritto. Per il C. non vi può essere distinzione tra scienza e filosofia ed egli stesso giustifica il suo interesse per i problemi filosofici, quando afferma che non si può fare scienza senza fare filosofia. Gli scienziati sono costretti a coltivare la filosofia, se vogliono fare della vera scienza, in quanto la filosofia fornisce loro quei concetti-base pregiudiziali e perciò pre-scientifici rispetto alla scienza giuridica, ma postscientifici rispetto a tutte le scienze, perché tutte le scienze concorrono a formarli. In questa « altitudine del sapere » (86) si coglie il valore universale di tutti i fenomeni, poiché quest'ultimi vengono osservati in rapporto a tutta quanta la realtà. Questa concezione della filosofia, come fenomenologia, come sintesi riassuntiva di tutte le scienze, come « scientia altior », come « teoria generale della realtà » si allontana già dal positivismo giuridico, pur essendo stata elaborata nel 1934 (87), quando il C. ancora si professa positivista. Tuttavia l'influsso positivistico ancora è presente.

Infatti il C., nel tentativo di tracciare una panoramica dei rapporti tra scienza giuridica e filosofia (88) in base a questa sua concezione, si accorge che essa rende impossibile ogni apertura verso il trascendente, di cui sente fortemente l'esigenza, ed allora colloca l'ordine universale nella sfera del soprarazionale, oggetto di intuizione e di fede. « Coloro che si illudono di avere afferrato l'universale non sono che dei superbi » (89). La filosofia, ora nel senso di metafisica, si riduce ad una aspirazione perennemente insoddisfatta, si riduce ad una problematica. Da ciò consegue l'identità tra metafisica e soprannaturale (90). Orbene proprio questo è il rimprovero che i positivisti rivolgono ad ogni concezione metafisica, cioè di essere una forma di religione ; ciò significa che il C., pur sostenendo la metafisica, conserva intorno ad essa le stesse idee di un positivista. Questo ci aiuta a comprendere,

(86)Così il C. definisce la filosofia in *I giuristi e la filosofia*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1923, p. 186 ; con questo articolo egli interveniva nel dibattito, aperto dal Cammarata, sulle tendenze antifilosofiche della nostra giurisprudenza.

(87)Carnelutti, *Scienza del diritto*, cit.

(88)*Ibidem*, pp. 86-104.

(89)*Ibidem*, p. 103.

(90)Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, III ed., cit., p. 130 ; *Di là dal diritto*, in *Discorsi intorno al diritto*, II, cit., pp. 90-91.

in parte, i forti contrasti che vi sono nelle convinzioni del C. : un giuspositivista che fugge il positivismo, un giusnaturalista che cerca di rendere « positivo » il diritto naturale. Comunque resta di notevole importanza l'affermazione della necessaria collaborazione tra scienziati e filosofi : « il vero è che noi ed i filosofi, presi isolatamente, siamo dei monocoli : solo se ci mettiamo insieme arriviamo a vedere le cose in rilievo. Difatti, e prima di tutto, solo la filosofia può far comprendere ai giuristi la limitazione del diritto, preservandoli da quella esagerazione del suo valore, che è una delle malattie più comuni del nostro ceto » (91). Inoltre la teoria dei giudizi giuridici, essendo il giudizio cellula del diritto e del pensiero, giustificava agli occhi del C. un maggiore accostamento tra scienza giuridica e filosofia.

In concreto ciò significa che il giurista non può trascurare lo studio del diritto naturale, perché da esso dipendono quei giudizi di valore, senza i quali non si spiega, a detta del C., non solo la formazione delle leggi, ma neppure la loro interpretazione. Come l'economista per la conoscenza dei fenomeni monetari non può non preoccuparsi della copertura del biglietto di banca, così il giurista non conosce una norma di diritto positivo se non sa quale sia il suo rapporto con il diritto naturale (92).

2) // *diritto naturale.*

Il C. è sempre stato un giusnaturalista, come anche non è mai stato insensibile al giuspositivismo. Non si deve ritenere, come spesso avviene, che ad un dato momento egli abbia accettato la dottrina del diritto naturale, ma solo che ad un dato momento ha sostituito ad una concezione trascendente del diritto naturale una concezione immanentista di esso. La « conversione » si è verificata quindi all'interno del giusnaturalismo.

È vero che, nel 1939, in un articolo dal titolo quasi scandalizzato (93), egli aveva escluso che potesse darsi altro diritto oltre il diritto positivo, non potendo essere diritto ciò che sta sopra

(91) Carnelutti, *I giuristi e la filosofia*, op. cit., p. 184.

(92) Carnelutti, *Nuove riflessioni intorno al metodo*, op. cit., p. 246.

(93) Carnelutti, *Diritto naturale?*, in *Nuova antologia*, 1939, pp. 144-150.

il diritto ; ma, nelle pagine della *Metodologia*, in cui il parlare di diritto naturale era attribuito ad un equivoco non perdonabile, si parlava di leggi etiche o di regole che anche il legislatore deve osservare, leggi che costituiscono identità tra l'ordine naturale e l'ordine divino. Quindi in un primo tempo il rapporto è tra ordine etico trascendente e diritto positivo ; in seguito il C. introduce il diritto naturale, che fa da ponte tra questi due campi. « Si dà certo accanto il diritto positivo il diritto naturale ; questo, se da una parte si distingue dal diritto positivo,, per l'assenza della coazione, differisce tuttavia dalla morale per la presenza della legge » (94). Dal contesto risulta chiaro che il C. per morale intende la morale cristiana e per diritto naturale ciò che i filosofi chiamano morale naturale. Solo quando riconoscerà in questa ultima il principio ideale del diritto positivo, allora si potrà parlare di effettiva rottura con il giuspositivismo.

Ciò avviene nel 1946 (95), quando C. ringrazia Dio di avergli permesso un ulteriore sviluppo delle proprie convinzioni. Tra l'altro egli dice, riecheggiando la definizione tomista del diritto naturale (96), che « il diritto naturale è quel tanto che del principio etico, soprannaturale ed infinito, si rivela alla coscienza dell'uomo » (97) e che costituisce l'anima ovvero il principio vitale del diritto positivo.

L'adesione esplicita al giusnaturalismo porta con sé naturalmente la critica del positivismo (98). Per il C. il positivismo è una concezione erronea : per l'attività interpretativa, che accoppia il valore alla norma positiva ; per la soluzione del problema delle lacune della legge, che richiede la preventiva determinazione di un principio per sapere se due casi sono simili o dissimili ; per l'insufficienza della dogmatica ; per l'importanza del momento del giudizio, in cui acquistano vita i valori giuridici ; per il principio che la giustizia è la misura della legge e non la legge misura della

(94) Carnelutti, *Morale e diritto*, in *Discorsi intorno al diritto*, II, op. cit., p. 39.

(95) Carnelutti, *La crisi del diritto*, in *Discorsi intorno al diritto*, II, pp. 65-82.

(96) « Partecipazione della legge eterna nella creatura razionale » ; notiamo però che il G. sostituisce il termine « razionale » con « coscienza », mostrando di preferire la funzione inventiva del pensiero a quella dimostrativa della ragione.

(97) *Ibidem*, pp. 81-82.

(98) Carnelutti, *Bilancio del positivismo giuridico*, op. cit., p. 258.

giustizia ; per l'equità, che è riconoscimento dell'insufficienza della legge ; ed infine per la smentita, che il positivismo ha avuto di recente, dalle leggi penali retroattive.

Nello stesso tempo il C. non dimentica il merito principale del positivismo, cioè la « positività ». Si sforza perciò di dimostrare come anche il diritto naturale possa accogliere in sé la caratteristica della positività. Ricordiamo che oggi un certo tipo di giusnaturalismo cerca di rivestirsi di positività mediante la dottrina della « natura delle cose ». Secondo questa dottrina, è la materia stessa dei fenomeni sociali a suggerire la norma che deve regolarli. Si tratta di una forma di naturalismo spinoziano, di meccanicismo universale. Il C. stesso sembra in un primo tempo inclinare verso tale dottrina, che ben si accorda con una impostazione naturalistica della scienza giuridica ; ma poi decisamente se ne distacca quando si accorge che essa non consentirebbe più di parlare di un diritto naturale in termini di bene o di male, di giusto o di ingiusto. Si tratterebbe cioè di un giusnaturalismo che scaccia i valori. Ed allora il C. ritrova la positività del diritto naturale nel fatto che esso non deve essere concepito fisso ed immutabile, ma storico. L'antinomia tra diritto naturale e diritto positivo, tra natura e storia, tra immutabilità e mutevolezza, antinomia che tanti giuristi e filosofi ha scandalizzato, per C. non esiste (99). In tal senso parla di « diritto naturale vigente », cioè di un diritto che sorge dalla concreta realtà della società, interpretata dalla ragione storica, un diritto su cui converge l'effettivo accordo dei consociati. Ma con ciò stesso il C. stacca il diritto naturale dall'ideale della giustizia ; ciò che è in cammino verso l'ideale non è l'ideale stesso.

A questo punto crediamo di avere raggiunto il vero e proprio contrasto che angoscia l'uomo-Carnelutti, cioè il contrasto tra l'esigenza della giustizia e la sua mancata realizzazione. Per lui l'antinomia fondamentale non è tra diritto positivo e diritto naturale, che, dopo tutto, è anch'esso un complesso di regole, ma tra legge e fatto (100). La legge, quindi anche quella naturale, è insufficiente al fatto, perché lo schematizza e perciò non è in

(99) Carnelutti, *L'antinomia del diritto naturale*, in *Discorsi intorno al diritto*, III, *op. cit.*, pp. 275-276.

(100) Carnelutti, *Legge e fatto nel problema fondamentale*, in *Diritto naturale vigente*, Roma 1951, pp. 238 e ss.

grado di fornire una giustizia concreta. Il C. fa rilevare allora la necessità di salvare il valore rappresentato dal caso singolo e ciò in antitesi alle valutazioni, per così dire, collettive dei problemi umani.

Salvare l'eccezione, tener conto della singolarità irriducibile delle situazioni umane non significa disintegrare le strutture dello ordinamento giuridico, ma al contrario significa realizzare una effettiva solidarietà sociale, che nasca dall'intriore consentimento dei consociati e non da una imposizione esteriore, significa inserire la giustizia nel diritto positivo. E ciò avverrà — ripete ancora una volta il C. — mediante il giudizio, atto inventivo e non razionale, perché non è possibile dedurre il valore dal fatto, ma si può solo attingerlo da un piano più alto, a cui solo la coscienza umana ha accesso.

L'acuto professore, il combattivo avvocato rivive negli ultimi anni della sua vita l'esperienze vissute nella cattedra e nel foro. E dappertutto è la stessa cosa, cioè l'astratta norma giuridica che da quelle qualificazioni collettive ai fatti umani ed all'opposto il fatto singolo, irriducibile nella sua individualità. Il fatto singolo è l'uomo, l'uomo dietro le sbarre, l'uomo nella vita di ogni giorno con i suoi drammi, che il codice non può prevedere, che spesso sono ignorati dal giudice, che sono sofferti dall'avvocato.

Ma con ciò stesso il C. ha teorizzato la « morte del diritto » ed egli stesso ne è consapevole (101). Si comprende così perché egli pervenga a questa conclusione paradossale, che fa sfociare il suo pensiero in una prospettiva mistica e moraleggiante : bisogna liberarsi del mondo del diritto e sostituire le sue leggi con quelle della morale, della carità, dell'amore.

Tutto ciò riteniamo sia sufficiente a dimostrare che il C. si presenta come un testimone prezioso e, osiamo dire, unico dei contrasti e delle alternative irriducibili, che affaticano la scienza e la filosofia giuridica nell'epoca contemporanea.

(101) Carnelutti, *La Morte del diritto*, in *Discorsi intorno al diritto*, II, cit., pp. 275-290.

Abbiamo perciò preferito non forzare e quindi falsare tale personaggio, inventando una coerenza di pensiero, varie volte, insufficiente. Tuttavia ci sentiamo di sostenere la coerenza di C. nella sua funzione di testimone, la coerenza con quella sua direzione di pensiero e di vita che gli faceva realizzare il detto del Savigny : « teorico perfetto sarebbe colui la cui teoria fosse vivificata dalla piena e completa conoscenza di tutta la pratica attività giuridica : tutti i rapporti morali, religiosi, politici, economici della vita reale dovrebbero essere presenti al suo sguardo » (102).

(102) Cfr. Carnelutti, *L'arte del diritto*, in *Discorsi intorno al diritto*, I, cit., pp. 34-35.