

Daniela Tafani

Distinguere uno Stato
da una banda di ladri

Etica e diritto nel XX secolo

il Mulino

XX SECOLO

Collana di Storiografia e Storia
del pensiero politico

a Chiara

DANIELA TAFANI

DISTINGUERE UNO STATO
DA UNA BANDA DI LADRI

Etica e diritto nel XX secolo

SOCIETÀ EDITRICE IL MULINO

I lettori che desiderano informarsi sui libri e sull'insieme delle attività della Società editrice il Mulino possono consultare il sito Internet:
www.mulino.it

ISBN 978-88-15-25132-9

Copyright © 2014 by Società editrice il Mulino, Bologna. Tutti i diritti sono riservati. Nessuna parte di questa pubblicazione può essere fotocopiata, riprodotta, archiviata, memorizzata o trasmessa in qualsiasi forma o mezzo – elettronico, meccanico, reprografico, digitale – se non nei termini previsti dalla legge che tutela il Diritto d'Autore. Per altre informazioni si veda il sito **www.mulino.it/edizioni/fotocopie**

INDICE

Introduzione	p. 7
I. L'irrealtà del diritto	17
1. Benedetto Croce	17
2. Alf Ross	41
II. La realtà del diritto	53
1. Hans Kelsen	53
2. Santi Romano	85
III. Etica e diritto dopo il male assoluto	91
1. Lon L. Fuller	91
2. Herbert L.A. Hart	97
3. Ronald Dworkin	106
4. Gustav Radbruch	113
5. Robert Alexy	118
Indice dei nomi	125

INTRODUZIONE

La questione non sembra più essere se di ciò che una volta fu diritto, si possa ora dichiarare che non fu diritto, bensì piuttosto chi debba fare il lavoro sporco, se le corti o la legislazione.

Lon L. Fuller

Ci sono, nella storia della filosofia, metafore felici ed eloquenti, che si impongono, quali esperimenti mentali ineludibili, a filosofi di epoche e scuole diverse, non appena affrontino un medesimo tema. Talvolta non è noto chi le abbia formulate per primo, ma c'è sempre un pensatore che, in virtù della sua fama o per la drasticità o la potenza con cui ha reso intuitiva, in un'immagine, un'alternativa teorica, si presenta, ai secoli successivi, come colui che ha ideato la metafora in cui ormai quell'alternativa stabilmente si incarna.

Tra queste immagini, l'assimilazione dello Stato a una grande banda di ladri, nella versione in cui è stata formulata da Agostino nel *De civitate Dei*, ha attraversato la storia del pensiero occidentale, proponendo il medesimo test a chiunque abbia affrontato il problema filosofico del rapporto tra legge e giustizia – ossia tra diritto positivo e diritto naturale – o che semplicemente si sia interrogato sulla natura del diritto.

Nel *De Republica*, Cicerone aveva riportato l'aneddoto secondo il quale ad Alessandro Magno, che chiedeva, a un pirata da lui catturato, per quale scellerato impulso infestasse il mare col proprio naviglio, costui avrebbe risposto, «con verità ed eleganza», che si trattava del medesimo impulso che spingeva lo stesso Alessandro Magno «ad infestare il mondo intero»¹. La replica del pirata sarebbe stata completata da

¹ Marco Tullio Cicerone, *De Republica*, III, 14, 24.

Agostino quasi cinque secoli dopo: «perché io faccio ciò, con un piccolo naviglio, sono chiamato ladro, e perché tu lo fai con grande flotta, sei chiamato principe»². Ad Agostino, il resoconto dell'arguzia del pirata serviva per sostenere che l'eterogeneità tra un regno e un'accolita di furfanti si regge sul soddisfacimento – e senza di esso ovviamente cade – del requisito della giustizia:

Se non è rispettata la giustizia, che cosa sono gli Stati, se non delle grandi bande di ladri? Perché le bande di briganti che cosa sono, se non dei piccoli Stati? È pur sempre un gruppo di individui che è retto dal comando di un capo, è vincolato da un patto sociale e si divide il bottino di mutuo accordo. Se la banda malvagia aumenta con l'aggiungersi di uomini perversi, tanto che possiede territori, stabilisce residenze, occupa città, sottomette popoli, essa assume più apertamente il nome di Stato, non perché sia venuta meno la cupidigia, ma perché è sopravvenuta l'impunità³.

Della numerosa famiglia di problemi filosofici racchiusi nella questione dei rapporti tra etica e diritto⁴, ci occuperemo, nel presente volume, soltanto della vicenda dei diversi strumenti teorici elaborati nel XX secolo per rendere distinguibile uno Stato da una banda di ladri, oppure, al contrario, per sostenerne la perfetta omogeneità concettuale⁵.

² Agostino d'Ipbona, *De civitate Dei*, IV, 4. Cfr. Reginaldo M. Pizzorni, *Il diritto naturale dalle origini a S. Tommaso d'Aquino*, Bologna 2000³, pp. 233 ss.

³ Agostino d'Ipbona, *De civitate Dei*, IV, 4.

⁴ Non esiste una tassonomia condivisa delle possibili relazioni, filosoficamente rilevanti, tra morale e diritto. Cfr. anzitutto Herbert L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford 1961, trad. it. *Il concetto di diritto*, a cura di Mario A. Cattaneo, Torino 2009 (d'ora in poi *Il concetto di diritto*), pp. 216 ss.; Carlos Santiago Nino, *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho*, Barcelona 1994, trad. it. *Diritto come morale applicata*, a cura di Massimo La Torre, Milano 1999; Francesco Viola, *La teoria della separazione tra diritto e morale*, in *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, vol. II, a cura di G. Alpa et al., Milano 1990, pp. 667-704.

⁵ La metafora dello Stato e della banda di ladri può essere assunta anche come test per questioni di teoria politica – quella della legittimità, ad esempio – strettamente legate, ma non coincidenti, con la questione del rapporto tra morale e diritto: cfr. Hernán Martínez Ferro, *Legiti-*

Rispetto ai molti modi nei quali è possibile declinare la tesi della connessione, della distinzione o della separazione tra diritto e morale, la domanda agostiniana, nella sua formulazione novecentesca, ha il pregio di delimitare in modo inequivoco il campo di indagine: che cosa distingue, nel concetto, l'esattore delle tasse che esiga da un uomo – a pena di sanzioni – una determinata somma di denaro, dal bandito che gli intimi – sotto la minaccia di un'arma – di consegnargli la medesima somma?

Sebbene sulla risposta influisca, naturalmente, lo statuto ontologico attribuito alla legge morale, non ogni dottrina metaetica determina univocamente una conseguente teoria del diritto: entro una metaetica cognitivista, la tesi che una sola morale, razionalmente fondata, si dia a conoscere ad ognuno, è compatibile tanto con l'affermazione che il diritto ingiusto sia tuttavia giuridicamente valido e che ad esso occorra opporre una resistenza moralmente motivata, quanto con la tesi che la legge giuridica sia anch'essa, nei suoi tratti fondamentali, oggetto della conoscenza – indisponibile, dunque, all'arbitrio della volontà (*veritas, non auctoritas facit legem*⁶) – e che il concetto di legge ingiusta sia perciò intrinsecamente contraddittorio (*lex iniusta non est lex*): l'alternativa metaetica tra cognitivismo e non cognitivismo non è dunque sovrapponibile a quella metagiuridica tra giusnaturalismo e giuspositivismo⁷.

Nei primi decenni del Novecento si è ritenuto, come già nei secoli precedenti, che le risposte alla domanda ago-

midad, Razón y Derecho. Dos modelos de justificación del poder político, Colombia 2013, che rintraccia nell'emblematico *argumento de la banda de ladrones* una formulazione del problema della giustificazione del potere politico, della distinzione tra il potere di un governo legittimo e la mera coazione esercitata da una banda di ladri.

⁶ Thomas Hobbes, *Leviathan*, 1651, parte II, cap. 26.

⁷ Cfr. ad es. Herbert L.A. Hart, *Poscritto a Il concetto di diritto*, p. 325; così anche Carlos Santiago Nino, *Diritto come morale applicata*, cit., pp. 15 ss.; cfr. invece Aldo Schiavello, *Due argomenti a favore dell'incompatibilità tra positivismo giuridico e realismo morale*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 1, 2010, pp. 227-254; Luigi Ferrajoli, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in «Giurisprudenza costituzionale», 56, 2010, 3, pp. 2771-2816, spec. pp. 2789-2790.

stiniana si presentassero come un'alternativa secca, tra la tesi giusnaturalistica che la distinzione tra uno Stato e una banda di ladri sia sempre possibile e la tesi giuspositivista che una simile distinzione sia impossibile, giacché a fondare la validità di un ordinamento giuridico sono la sua stessa positività e la sua efficacia⁸ e i codici di un regime piratesco o di un'associazione mafiosa possono essere, com'è noto, ben più efficaci delle leggi statali che con essi competono, nel controllo sociale di uno stesso suolo o di uno stesso mare.

Prima dell'avvento del regime nazista, la seconda risposta, ossia la tesi dell'indistinguibilità di un'associazione a delinquere da uno Stato, è stata derivata a cuor leggero – quale loro conseguenza logica – da teorie filosofiche del diritto assai distanti, quali quelle di Benedetto Croce, Santi Romano o Hans Kelsen.

Tale innocenza del giuspositivismo (nel suo senso etimologico di innocuità) è stata revocata in dubbio dopo la Shoah, che ha costituito, anche nella storia della filosofia del diritto, uno spartiacque, un terremoto, com'è stato detto, che ha distrutto i sismografi. La filosofia del diritto (anche quando presuma di parlare di un diritto *naturale*⁹) reca sempre l'immagine del suo tempo giuridico, e traspone a un livello astratto le questioni politiche e sociali sue contemporanee; così, nel secondo dopoguerra, il bisogno giuridico e politico di negare carattere di diritto alle leggi naziste e di dichiararne nulle le conseguenze giuridiche (evitando il ricorso a leggi retroattive) ha indotto al giusnaturalismo non solo i filosofi, ma le stesse corti tedesche e – in un fraintendimento del giuspositivismo che solo lo sgomento collettivo di allora rende comprensibile – la tesi della validità di ogni ordinamento giuridico efficace è parsa colpevole o quanto

⁸ Cfr. Niklas Luhmann, *Ausdifferenzierung de Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Frankfurt 1981, trad. it. *La differenziazione del diritto. Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*, a cura di Raffaele De Giorgi e Michele Silbernagl, Bologna 1990, p. 113: «Chiamiamo positivo il diritto che è stato posto e che vale in virtù di una decisione».

⁹ Cfr. Alessandro Passerin d'Entreves, *La dottrina del diritto naturale*, Torino 1954.

meno connivente con gli orrori del nazismo, come se una *teoria* positivista del diritto fosse per ciò stesso un'*ideologia* (per utilizzare la celebre distinzione di Bobbio¹⁰) del diritto positivo e della sua automatica giustizia.

Dopo la guerra, l'introduzione nei sistemi giuridici di costituzioni rigide, sovraordinate alla legislazione ordinaria¹¹, ha iniettato negli Stati – tramite l'assimilazione di alcuni tradizionali diritti naturali all'interno di un diritto positivo di rango superiore, pressoché indisponibile all'arbitrio del legislatore – un antidoto alle tracce del recente veleno e un vaccino contro analoghi mali futuri: da allora in poi, il fondamento della nullità della legge ingiusta non è più da ricercarsi, oltre la legge positiva, in un diritto naturale ipe-
ruranio, ma è contenuto nel diritto positivo medesimo. Con l'incorporazione dei principî o dei valori del diritto naturale nel diritto positivo costituzionale, l'eventuale divario tra il contenuto della legge e tali principî fondamentali priva la legge della sua legittimazione interna, sottraendole dunque la validità sostanziale¹².

L'esperienza storica di uno Stato indistinguibile da una banda di criminali, che in nome dello Stato e della legge ha commesso violenze di massa e perpetrato stermini, ha indotto le comunità nazionali a fissare in una legge – superiore a tutte le altre e dalla conformità alla quale la validità delle altre dipenda – che una banda di briganti non è uno Stato e che le singole norme ingiuste sono prive, per ciò stesso, quand'anche formalmente in vigore, di validità giuridica.

Dopo Auschwitz, le questioni della connessione tra morale e diritto e del contenuto morale minimo del diritto sono

¹⁰ Norberto Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano 1972, pp. 107 ss.

¹¹ Cfr. Nicola Matteucci, *Breve storia del costituzionalismo*, Brescia 2010, pp. 91 ss.; Gustavo Zagrebelsky, *Il diritto mite. Leggi diritto giustizia*, Torino 1992, pp. 39 ss., spec. pp. 84 ss.; Gaetano Azzariti, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari 2013, pp. 124 ss.

¹² Cfr. Luigi Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari pp. 348 ss.; Id., *La pragmatica della teoria del diritto*, in *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica. 2002-2003*, a cura di Paolo Comanducci e Riccardo Guastini, Torino 2004, pp. 351-375.

divenute ineludibili anche per la filosofia del diritto, chiamata a fornire una risposta alla domanda sul carattere giuridico e sulla validità non delle regole di un'immaginaria banda di briganti, bensì delle concrete e mostruose leggi naziste: sollecitati dal recente passato, molti hanno ritenuto – mostrando che il nazismo aveva cambiato la *Gestalt* di una questione filosofica millenaria – che nei soli casi di ingiustizia estrema, e in virtù di questa, il diritto sia giuridicamente nullo.

Questa prima affermazione di una connessione necessaria tra morale e diritto è stata ulteriormente sottoscritta sulla base della constatazione che le costituzioni rigide contengono la formulazione di valori¹³ e principî morali, nonché in virtù della tesi dell'eterogeneità di tali principî rispetto alle regole, sia quanto alla loro realizzazione sia quanto alla loro applicazione in sede giurisdizionale: le regole avrebbero la forma logica di un imperativo ipotetico, e sarebbero perciò osservabili nella forma del «tutto o niente» e applicabili per sussunzione; i principî si presenterebbero come ideali morali plurali e confliggenti, da realizzare per gradi e applicare per ponderazione e bilanciamento. La congiunzione di queste tesi ha preso il nome di *neocostituzionalismo*¹⁴ o quello di *non positivismo*, inteso a volte quale un *tertium* rispetto a positivismo e giusnaturalismo, altre, invece, quale fisionomia che il giusnaturalismo deve assumere nell'ambito, apparentemente postmetafisico¹⁵, dell'etica del discorso¹⁶. Il

¹³ Sulla logica dei valori restano attuali le considerazioni di Carl Schmitt, *Die Tyrannei der Werte. Überlegungen eines Juristen zur Wert-Philosophie*, Stuttgart 1960, trad. it. *La tirannia dei valori. Riflessioni di un giurista sulla filosofia dei valori*, a cura di Giovanni Gurisatti, Milano 2008.

¹⁴ Mauro Barberis, *Esiste il neocostituzionalismo?*, in *Analisi e diritto 2011*, Madrid-Barcellona-Buenos Aires 2011, pp. 11-30; *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, a cura di Giorgio Pino, Aldo Schiavello, Vittorio Villa, Torino 2013, pp. 58 ss.

¹⁵ Sull'introduzione «di straforo», da parte dell'etica del discorso, di «vantaggi normativi supplementari “esterni” [...] come quello della situazione dialogica ideale, o quello del soggetto giudicante competente», o il «principio della universalizzazione», cfr. Kurt Seelmann, *Rechtsphilosophie*, München 2005, trad. it. *Filosofia del diritto*, a cura di Giuliana Stella, Napoli 2006, pp. 204 ss.

¹⁶ Cfr. Robert Alexy, *Between Positivism and Non-Positivism? A Third*

neocostituzionalismo eccede, in realtà, l'ambito di questa indagine, giacché si configura come una teoria del diritto degli Stati costituzionali, ossia di quelli che hanno già trovato una soluzione politica e giuridica, prima che filosofica, alla questione della legge ingiusta: in essi la connessione tra diritto e giustizia è vera e tuttavia irrilevante – ai fini della discussione del problema filosofico della validità delle leggi inique – perché interna al diritto¹⁷. Paradossalmente, tuttavia, il neocostituzionalismo, pur rivolto agli ordinamenti che hanno trasformato alcuni diritti umani fondamentali in garanzie sancite dal diritto positivo¹⁸, è generalmente non positivista e include la tesi che il ruolo dell'argomentazione morale nell'ambito giuridico¹⁹ – dovuto all'introduzione dei principi nel diritto – dimostri una connessione necessaria del diritto con la morale²⁰, anziché la novità di una

Reply to Eugenio Bulygin, in Neutrality and Theory of Law, a cura di Jordi Ferrer Beltrán, José Juan Moreso e Diego M. Papayannis, Dordrecht 2013, pp. 225-238, spec. p. 236: «Si può essere solo positivista o non-positivista: *tertium non datur*».

¹⁷ È da ricordare, tuttavia, il vincolo, nella Legge fondamentale tedesca, art. 20, comma 3, del potere giudiziario «alla legge e al diritto». Sulla discutibilità del «tentativo del costituente di poggiare sul diritto naturale il diritto positivo da lui creato», cfr. Niklas Luhmann, *Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, Berlin 1999, trad. it. *I diritti fondamentali come istituzione*, a cura di Gianluigi Palombella e Luigi Pannarale, Bari 2002, pp. 82-83, in nota: «validità in forza dell'essere e validità in forza della decisione si escludono reciprocamente, già per il solo fatto che i due fondamenti di validità sono correlati a forme di confutazione incompatibili».

¹⁸ Cfr. Mauro Barberis, *Diritto e morale: la discussione odierna*, in «Revus» [Spletna izdaja], 16, 2011, pp. 1-31 (disponibile all'indirizzo <http://revus.revues.org/2108>).

¹⁹ Sul tema, cfr. Letizia Gianformaggio, *Sul senso della giustificazione morale e giuridica*, in *Etica e diritto. Le vie della giustificazione razionale*, a cura di Letizia Gianformaggio e Eugenio Lecaldano, Roma-Bari 1986, pp. 151-172; Id., *Rapporti tra etica e diritto*, in *Teorie etiche contemporanee*, a cura di Carlo Augusto Viano, Torino 1990, pp. 149-164.

²⁰ Proprio nello «strutturale intrecciarsi di procedimenti giuridici con un'argomentazione morale ubbidiente alla propria specifica razionalità procedurale», Jürgen Habermas ha rintracciato la legittimità della legalità: il momento di indisponibilità intrinseco e sostanziale al diritto sarebbe garantito cioè dalla stabilizzazione, all'interno del diritto positivo, «del punto di vista morale di un'imparziale formazione del giudizio e della

connessione, tra essere e dover essere delle leggi, interna al diritto positivo²¹.

Delle dottrine del diritto che hanno fornito una risposta alla questione dello statuto giuridico degli ordinamenti o delle leggi iniqui, sono esaminate, nelle pagine che seguono, solo quelle più rappresentative, a mio parere, delle principali alternative teoriche, quanto allo statuto ontologico delle leggi giuridiche, nel suo rapporto con quelle morali.

Lo spazio di un saggio breve ha comportato importanti esclusioni, che meramente dichiaro, nella consapevolezza del loro carattere parzialmente arbitrario: tra le dottrine giunaturalistiche, ho esaminato alcune delle teorie del diritto che, appellandosi ai soli mezzi di una ragione finita – entro un impianto, dunque, non religioso – hanno difeso, in modi alternativi, la tesi che la legge sommamente ingiusta non vincoli giuridicamente all'obbedienza i cittadini ai quali si

volontà»; la mera positivizzazione, nel diritto costituzionale, di alcuni principi morali del diritto naturale moderno gli pare invece insufficiente, in quanto soggetta alla «contingenza caratterizzante i contenuti di un diritto arbitrariamente modificabile» e in quanto la condivisione parziale degli stessi contenuti, da parte di morale e diritto, è dovuta all'essere fondati su un medesimo principio del discorso (Jürgen Habermas, *Recht und Moral* (Tanner Lectures), 1986, trad. it. *Diritto e morale*, in *Morale, Diritto, Politica*, a cura di Leonardo Ceppa, Torino 2007³, pp. 18, 30, 70 ss.; Id., *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt am Main 1992, trad. it. *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, a cura di Leonardo Ceppa, Napoli 1996, pp. 246 ss. e pp. 534 ss.).

²¹ Per la tesi che una concezione positivistica del diritto possa ammettere che il diritto incorpori, quali criteri di validità delle leggi, anche principi di giustizia o valori morali sostanziali, cfr. *Il concetto di diritto*, p. 237 e pp. 321 ss. Cfr. anche Giorgio Pino, *Il positivismo giuridico di fronte allo Stato costituzionale*; Susanna Pozzolo, *Riflessioni su inclusive e soft positivism*, entrambi in *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*. 1998, a cura di Paolo Comanducci e Riccardo Guastini, Torino 1999, rispettivamente pp. 204-222 e pp. 229-242. Difende una concezione positivistica del costituzionalismo Luigi Ferrajoli, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, cit.; sul fronte opposto, Mauro Barberis, *Esiste il neocostituzionalismo?*, cit.; su costituzionalismo e positivismo giuridico come «grandezze storiche», cfr. Maurizio Fioravanti, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma-Bari 2009, pp. 89-104.

rivolge. Non ho considerato, invece, malgrado la grande influenza che ha esercitato nel Novecento, il giusnaturalismo tomista, poiché ritengo che le sue formulazioni contemporanee non ne abbiano mutato la fisionomia originaria e che esso conservi dunque un impianto eterogeneo alle strutture concettuali e alle contraddizioni della modernità. Del diritto nazista non ho considerato che gli effetti sulle dottrine del diritto successive, trascurando – poiché il nazismo è l'oggetto, anziché il soggetto, del dialogo ideale che ho cercato di ricostruire – le teorie del diritto elaborate dai giuristi nazisti²².

A due filosofi – Benedetto Croce e Hans Kelsen – ho dedicato, per ragioni diverse, particolare attenzione: al primo, perché ritengo che la sua teoria del diritto costituisca, malgrado il sistema dal quale deriva, un esempio del più rigoroso empirismo, tale da mostrare, per contrapposizione, il carattere inconsapevolmente metafisico della maggioranza delle tesi novecentesche sul concetto e la natura del diritto²³; al secondo perché ha esplorato, fino a mostrarne il carattere insuperabilmente aporetico, le conseguenze logiche della convinzione, tacitamente condivisa da molti, che le leggi esistano, nel mondo, al pari delle cose, e che l'esser valide (il «dover essere») sia il modo della loro esistenza.

Quanto alle teorie del diritto del secondo dopoguerra, mi è parso che al centro del dialogo – generalmente tra sordi – sul tema della legge ingiusta, l'interlocutore privilegiato sia stato Herbert L.A. Hart, per tre tesi con le quali, sul tema, il confronto resta obbligato: che sia lecito parlare di un diritto naturale minimo e contingente, dipendente dalle caratteristiche degli esseri umani, e che tale nucleo stabile del diritto sia tuttavia compatibile con la più grande iniquità; che il diritto positivo possa incorporare alcuni principî morali

²² Cfr. Carlo Galli, *Genealogia della politica: Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, Bologna 2010, pp. 850 ss.

²³ Cfr. Giovanni Perazzoli, *Benedetto Croce e il diritto positivo. Sulla «realtà» del diritto*, Napoli 2011. Sul rischio che, nelle discussioni di filosofia del diritto, «regni l'essenzialismo concettuale», cfr. Carlos Santiago Nino, *Diritto come morale applicata*, cit., pp. 15 ss. e p. 92.

senza accrescere il proprio grado di inevitabile incertezza²⁴ (entro un nesso con la morale che, così com'è stato posto, può essere tolto) e, infine, che di fronte a una legge iniqua, che fu vigente, e applicata, sia intellettualmente più onesto, volendo dichiararne nulli gli effetti, farlo con un'altra legge, apertamente retroattiva. Può capitare, infatti, che il criterio per la distinzione tra uno Stato e una banda di briganti non sia giuridico e che distinguere, giudicare e reagire sia un compito morale²⁵.

Entro l'orizzonte degli Stati costituzionali contemporanei, quest'ultima tesi garantisce alle vittime di un diritto ingiusto le armi distinte e complementari di una doppia contestazione di illegittimità, interna ed esterna: chi, per ipotesi – in uno Stato costituzionale che riconosca il diritto al lavoro o che sul lavoro fondi la vita associata – ritenga iniquo un complesso di norme neoliberiste, può rilevare anzitutto, dall'interno, le antinomie o le lacune di un diritto per ciò stesso invalido per commissione (in virtù del suo contrasto con un principio costituzionale) o inadempiente per omissione (per l'indebita assenza delle norme di attuazione che un principio costituzionale esige)²⁶. Ma gli sono lasciate altresì, quale che sia l'esito della prima contestazione, la facoltà e la responsabilità politiche di dichiarare che un simile sistema, seppur valido, è semplicemente ingiusto.

²⁴ Cfr., sul tema, Luigi Ferrajoli, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, cit., pp. 2795 ss.

²⁵ Herbert L.A. Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, in «Harvard Law Review», 71, 1958, pp. 593-629, riprodotto in Id., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford 1983, pp. 49-87, spec. pp. 77-78: «Se vogliamo parlar chiaro [...] allora dobbiamo dire che le leggi possono essere sì giuridicamente valide, ma che se esse sono inique, lo stesso non vanno osservate. E questa è una forma di protesta morale che è comprensibile da chiunque e che sollecita dalla coscienza morale una pronta e sicura adesione».

²⁶ Cfr. Luigi Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., pp. 354 ss.; Id., *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, cit., p. 2816.

CAPITOLO PRIMO

L'IRREALTÀ DEL DIRITTO

Il fatto è che lo Stato, come un bandito di strada, intima alle persone «O la borsa o la vita». E molte, se non tutte le tasse vengono pagate sotto il peso di questa minaccia. Lo Stato, in effetti, non tende un agguato a un uomo in un luogo solitario, balzando dal ciglio della strada, per puntargli la pistola alla tempia e svuotargli le tasche. Ma non per questo la rapina cessa di essere una rapina a tutti gli effetti.

Lysander Spooner

1. *Benedetto Croce*

1.1. *La filosofia del diritto come malattia*

Esaminando, nel 1907, la condizione degli studi di filosofia giuridica, Benedetto Croce constatava ch'essi non avevano compiuto alcun progresso, negli ultimi due secoli, nella risoluzione del loro «particolare problema, che è quello della natura del diritto»¹, ossia del *fondamento* o *concetto* del diritto, e che restava dunque valida la celebre constatazione di Kant sulla mancanza di una definizione condivisa di tale concetto²: a chiedere a un giureconsulto che cosa

¹ Benedetto Croce, *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia*, Memoria letta all'Accademia Pontaniana nelle tornate del 21 aprile e 5 maggio 1907 dal socio Benedetto Croce, Napoli 1907 (d'ora in poi *Riduzione*), p. 9.

² Immanuel Kant, *Kritik der reinen Vernunft*: «A tutt'oggi i giuristi cercano ancora una definizione del loro concetto di diritto» (B 759 in n., in *Kant's gesammelte Schriften*, a cura dell'Accademia Prussiana delle Scienze, Berlin 1900 – d'ora in poi AA – III, p. 479 in nota, trad.

sia il diritto – aveva osservato Kant – lo si metterebbe nel medesimo imbarazzo in cui si trovò il logico a cui fu chiesto che cosa fosse la verità³. Neppure quanto alla distinzione tra morale e diritto, perciò, la scienza giuridica poteva esibire alcuna conquista:

Il rapporto di diritto e morale, che il giurista von Jhering chiamava il capo Horn (o capo delle tempeste) della scienza giuridica, mi sembra, in verità, il capo dei Naufragi. L'indole dell'attività giuridica rimane ancora oscura, e non si è riusciti a distinguerla da quella dell'etica⁴.

Il dibattersi nella contraddizione irrisolta tra la consapevolezza dell'irriducibilità del diritto all'etica e l'impossibilità, tuttavia, di dichiararlo ad essa totalmente eterogeneo, pareva a Croce una «condizione morbosa; se è vero che ciò che nel mondo dello spirito è contraddizione insoluta, risponde, nel mondo organico, alla malattia»⁵. Il problema filosofico peculiare della filosofia del diritto, ossia il dualismo tra legge e giustizia, tra un diritto positivo, storico e un diritto naturale, ideale, era per Croce una «mostruosità logica», «una piaga o un bubbone, rivelazione e conferma del male» diagnosticato⁶.

La permanente incapacità di fornire un criterio filosofico per la distinzione tra etica e diritto segnava dunque la

it. *Critica della ragion pura*, a cura di Pietro Chiodi, Torino 1967, p. 562 in nota).

³ Immanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, in AA, VI, p. 229, trad. it. *Metafisica dei costumi*, a cura di Giovanni Vidari, Bari 1989 (d'ora in poi MS), pp. 33-34. Croce si riferiva solo al passo kantiano citato alla nota precedente.

⁴ *Riduzione*, p. 11.

⁵ Ivi, p. 28. Cfr. Benedetto Croce, *Filosofia della pratica. Economica ed etica*, Bari 1909 (d'ora in poi *Filosofia della pratica*), pp. 354-355 e 371-372. Sul rapporto – dal quale qui si prescinde – tra la *Riduzione* e la terza parte della *Filosofia della pratica (Le leggi)*, quanto alla questione dello statuto filosofico del diritto, cfr. Corrado Bertani, *Il posto del diritto nella filosofia pratica di Benedetto Croce. Un'interpretazione*, in *Croce filosofo*, a cura di Giuseppe Cacciatore, Girolamo Cotroneo e Renata Viti Cavaliere, Soveria Mannelli 2003, pp. 51-78.

⁶ *Riduzione*, pp. 28-29.

sorte della filosofia del diritto, che proprio dall'esigenza di una tale distinzione era nata e che inutilmente aveva cercato la caratteristica distintiva del diritto rispetto all'etica nell'opposizione tra esteriorità e interiorità, nel concetto di coazione, in quello di liceità o in quello, infine, di un *minimo etico*: occorreva confutare uno a uno tali fallaci criteri di distinzione, per poi introdurre un principio nuovo, che avrebbe consentito alla filosofia di metabolizzare un problema altrimenti indigeribile⁷.

L'esteriorità – ossia l'idea che il diritto riguardi le sole relazioni esterne⁸ tra gli individui e l'etica, invece, la sfera interiore – non è, sosteneva Croce, che un concetto empirico («interno ed esterno è una partizione ed un'astrazione foggiate dalle scienze fisiche: nella realtà, l'interno e l'esterno son tutt'uno»⁹), un espediente pratico privo di consistenza filosofica, giacché «un'azione è un'azione [...] perché un uomo l'ha voluta» e nell'azione concreta volizione e modificazione del mondo circostante sono un'unità. La realtà giuridica smentisce la propria riduzione all'esteriorità, esibendo costantemente un'attenta considerazione delle intenzioni («Quale legge condanna per assassinio un uomo, che ha ucciso un suo simile per un accidente o per una negligenza?»¹⁰). Quanto alla tolleranza religiosa, e al presunto ritrarsi dello Stato moderno dalla sfera interiore dei suoi cittadini alle loro

⁷ Ivi, p. 14: «Dal Tomasio in poi c'è, nella coscienza filosofica moderna, questo pensiero, di un *quid* distintivo [del diritto] rispetto alla morale, di un carattere prettamente giuridico, che non è carattere etico. [...] Tuttavia, questa determinazione nuova, questo concetto della giuridicità o legalità, non si è fuso nell'organismo spirituale, quasi alimento datore di forza; ma resta come qualcosa di non ancora digerito, che pesi su uno stomaco, il quale non abbia la forza né di espellerlo né di assimilarlo». La tesi che la distinzione tra etica e diritto sia da ricondursi a Christian Thomasius era tradizionale, già dal Settecento. Corrado Bertani, *Il posto del diritto nella filosofia pratica di Benedetto Croce. Un'interpretazione*, cit., p. 53 in nota, rileva il debito della ricostruzione crociana della storia della filosofia del diritto e delle sue figure concettuali verso il *System der Rechtsphilosophie* di A. Lasson (Berlin-Lepzig 1882), che era citato esplicitamente da Croce.

⁸ Cfr. ad es. Immanuel Kant, AA, VI, p. 230; MS, p. 35.

⁹ *Riduzione*, p. 16; *Filosofia della pratica*, pp. 351-352.

¹⁰ *Riduzione*, p. 17.

sole azioni esterne, Croce denunciava il carattere ideologico e sovrastrutturale di una simile concettualizzazione della rinuncia a regolare certe classi di azioni, che aveva luogo in realtà per ragioni politiche, per necessità pratiche o per l'emergere di nuovi interessi sociali:

la tolleranza religiosa e la cosiddetta inviolabilità del foro interno stanno, com'è noto, storicamente in qualche rapporto col crescente accomunarsi degli interessi dei popoli, col sorgere della grande industria e col commercio internazionale e mondiale. Le trasformazioni sociali e politiche si adornano spesso di una fraseologia filosofica usata a sproposito; e non è meraviglia che la rinuncia dei cattolici a bruciare i calvinisti, e dei calvinisti a render lo stesso umano servizio ai cattolici, sia stata simboleggiata come la sudata conquista di un bel teorema filosofico, della divisione dell'esterno dall'interno!¹¹

Al concetto di coazione, empirico quanto quello di esteriorità e dunque parimenti astratto e non filosofico, Croce riservava invece un trattamento privilegiato, attribuendogli, nello stesso tempo, un errore più grave e una maggiore dignità teorica: l'identificazione del diritto con la facoltà di costringere è errata – sosteneva Croce – perché l'uomo è un ente dotato di volontà propria, che agisce sempre entro contesti e condizioni dati e nel confronto ineludibile con quelli si pone «come forza tra le forze delle circostanze date, – e perciò spontaneo e coatto insieme»:

La coazione non esclude l'iniziativa e la volontà, giusta l'adagio che *coacti tamen volunt*. Si può uccidere un uomo, ma non si può costringerlo: se egli si lascia intimidire, e se si piega alla volontà altrui, ciò accade perché egli, in quella data condizione, riconosce che piegarsi alla volontà altrui è il meglio che possa fare; e cioè egli fa *propria* la volontà altrui; e cioè vuole per suo conto. [...] Perciò, circa la questione della schiavitù, giustamente Hegel diceva, che si ha torto di dar colpa dell'origine di quel rapporto sociale al padrone dello schiavo, quando la colpa è, per una metà almeno, dello stesso schiavo, che si è lasciato far schiavo!¹²

¹¹ *Ibidem.*

¹² *Ivi*, p. 15.

La congiunzione di libertà e coazione deriva dalla finitezza ed è propria, quindi, delle azioni umane in quanto tali (tanto delle azioni giuridiche, dunque, quanto di quelle morali): a nulla vale, perciò, invocare la coazione come criterio di distinzione tra le due; tanto più quando, come Kant o Fichte, si sia preliminarmente identificato l'ordine giuridico con quello morale e si ricorra alla coazione come mero «*sussidio del diritto*», come strumento per ristabilire, nei casi di una sua violazione, un ordine morale, ossia un ordinamento esterno della libertà che garantisca la possibilità della convivenza degli arbitri individuali secondo una legge universale¹³.

Il concetto di coazione ha tuttavia il pregio di cogliere che il «punto pericoloso», «il ponte dell'asino è sempre il congiungimento del diritto con la forza, ossia con l'elemento estraneo all'etica»¹⁴ e di rivelare così, pur senza spiegarla, l'inassimilabilità del diritto all'etica¹⁵. Ma nel mondo umano la concezione meccanica o fisica di «forze maggiori o minori», «l'una soverchiante l'altra», non ha per Croce alcun senso: nel «rapporto di governanti e governati, di dominatori e dominati, di signore e servo», la coazione non è che il «simbolo di una differenza ignorata»¹⁶ e la forza una mera metafora:

¹³ Ivi, pp. 21-22; *Filosofia della pratica*, pp. 362-363. In realtà Kant aveva sostenuto che la facoltà di costringere fosse analiticamente inclusa nel concetto di diritto: «il diritto non deve essere concepito come composto di due parti, cioè della obbligazione secondo la legge, e della facoltà che colui il quale per mezzo del suo arbitrio vincola l'altro, avrebbe di costringerlo all'adempimento, ma si può far consistere immediatamente il concetto del diritto nella possibilità dell'accordo della coazione generale e reciproca con la libertà di ognuno» (AA, VI, p. 232; MS, p. 36). Sul tema, rinvio al mio *Kant e il diritto di punire*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 29, 2000, pp. 55-84.

¹⁴ *Riduzione*, p. 23; *Filosofia della pratica*, p. 365.

¹⁵ Ivi, p. 355: «l'impossibilità di risolvere del tutto e senza residui il diritto nell'Etica, oltre che dalle teorie dei filosofi è dichiarata o confessata dal pensiero ingenuo; particolarmente dalla ferma persuasione che il mondo reale è governato non dall'astratta moralità, ma, come si dice, dalla *forza*, ossia dalla volontà in atto».

¹⁶ *Riduzione*, p. 16: «Si dirà che la differenza è indubitabile, e che la coazione del diritto in quanto diritto non è la medesima di quella della morale in quanto morale; e che la parola *coazione* era stata foggata

Il dominatore non domina l'altro con lo schiacciarlo, come una valanga schiaccia un villaggio: se il dominatore schiacciasse il dominato, avrebbe finito di essere dominatore: *où il n'y a rien, le roi perd ses droits*. Nel mondo umano ci troviamo sempre innanzi a fatti di volontà e di coscienza. Perciò il concetto di forza e la formulazione di forze maggiori e minori, non ha [...] altro valore che metaforico e simbolico. Il vero rapporto è sempre da cercare¹⁷.

Il concetto di liceità, che, al pari dei due precedenti, era parso per secoli – malgrado il suo carattere residuale (lecito è ciò che la legge non vieta, e dunque meramente permette) – l'elemento distintivo del diritto¹⁸, era liquidato sbrigativamente da Croce come tautologico:

si può dire, indifferentemente, e che il diritto si riferisca al *comandato*, e che si riferisca al *lecito*. Lecito, insomma, significa – conforme alla sua etimologia – quello che è *lasciato* dalle leggi, quello che è fuori di esse; e richiama, per correlazione, quello che la legge comanda e non lascia fuori indiscriminato. Ciò posto, coloro che dicono che il diritto si restringe al campo del lecito, non dicono altro se non che il diritto si riferisce al campo della delimitazione giuridica; ossia, che il diritto è diritto¹⁹.

Il concetto del diritto come di un *minimo etico*, infine, presuppone – osservava Croce – il contrario di ciò che si intenderebbe dimostrare: se il diritto è collocato nella medesima sfera dell'etica, e da questa distinto come la giustizia rispetto alla benevolenza, ossia quale insieme dei doveri

appunto per constatare questa differenza. D'accordo: ma quest'affermazione non risolve il problema; lo dichiara esistente, ma insoluto. La parola *coazione* resta allora come un simbolo della differenza ignorata. Essa, nel senso di differenza giuridica, fa, se si vuole, la guardia d'onore al chiuso luogo, dove giace la differenza vera, ma né la vede, né la lascia vedere ai curiosi». Cfr., sul tema, Rossella Bonito Oliva, *La guardia d'onore. Un percorso hegeliano nel rapporto tra diritto ed etica in B. Croce*, in *Filosofia ed etica*, a cura di Giuseppe Giordano, Catanzaro 2005, pp. 25-36.

¹⁷ *Riduzione*, p. 36.

¹⁸ Sul tema, mi permetto di rimandare al mio *Diritto, coazione e pena in Fichte*, in «Verifiche», 33, 2004, pp. 249-291.

¹⁹ *Riduzione*, pp. 18-19.

perfetti rispetto a quelli imperfetti²⁰, la distinzione è solo quantitativa, come quella tra la parte e il tutto (empirica, dunque, e non filosofica), e del diritto si afferma, anziché un criterio di differenziazione, il carattere *tout court* morale²¹.

Quanto alla distinzione tra diritto naturale e diritto positivo, anziché una soluzione – o una cura, per restare entro la metafora della malattia – Croce la considerava un sintomo del male che affliggeva la filosofia del diritto e ne denunciava la «condizione illogica»²² di attribuire a un medesimo concetto di diritto caratteristiche contraddittorie, tra le quali, invece, ovviamente, la logica impone di scegliere: o si intende, con il concetto di diritto, il diritto positivo, «effettivo» e storico, la legge, oppure con diritto si intende la giustizia, il diritto naturale e ideale. A cercare di «sforzare la logica», distinguendo l'*ideale* del diritto dal suo *concetto*, o classificando il diritto in giusto e ingiusto, si incorre inevitabilmente in conseguenze non meno assurde di chi volesse suddividere il concetto *cavalli* «in due classi: cavalli *vivi* e cavalli *morti*»²³.

Nella scelta necessaria tra i due, Croce non aveva dubbi: il concetto di un «diritto *universale, razionale o naturale*» era respinto con gli argomenti classici della mutevolezza degli leggi²⁴ e del dissenso degli uomini²⁵ circa il contenuto di un tale presunto codice eterno:

²⁰ Sulla distinzione tra doveri giuridici, perfetti, omissivi o di giustizia, e doveri etici, imperfetti o di bontà, cfr. W. Kersting, s.v. *Pflichten, unvollkommene/vollkommene*, in *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Basel/Stuttgart 1971 ss., vol. 7, coll. 433-439.

²¹ *Riduzione*, pp. 19-20; *Filosofia della pratica*, pp. 352-353.

²² Ivi, p. 372: «Il pensiero di una differenza tra le due forme [eticità e diritto] non viene rigettato, ma nemmeno è determinato. E codesta è condizione illogica, che si manifesta aperta nel contrasto delle *due* giustizie o dei *due* diritti».

²³ *Riduzione*, pp. 27-28; *Filosofia della pratica*, pp. 353 ss.

²⁴ Ivi, pp. 321-324: «Il diritto naturale, la legislazione universale, il codice eterno, che pretende fissare il transeunte, urta contro il principio della mutevolezza delle leggi, che è conseguenza necessaria del carattere contingente e storico del loro contenuto»; cfr. anche pp. 378-379.

²⁵ Cfr. Norberto Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., pp. 187 ss.

Leggi naturali ed eterne sono state proclamate in certi tempi e luoghi la tolleranza religiosa, la libertà del commercio, la proprietà privata, la monarchia costituzionale; e, in altri tempi e luoghi, l'estirpazione degli infedeli, il protezionismo commerciale, il comunismo, la repubblica e l'anarchia²⁶.

La stessa teoria dei diritti naturali dell'uomo pareva a Croce oscillare tra mere tautologie e «razionalizzamenti arbitrari di contingenze storiche», fantasticando di un uomo fuori dalla società e dalla storia, al quale, in realtà, «considerato come spirito in astratto, non ispetta diritto alcuno, salvo quello di essere come spirito»²⁷.

E contaminate da elementi di giusnaturalismo sono, secondo Croce, anche le discussioni su istituti giuridici che procedano appoggiandosi a ragioni astratte, quali la «vera idea del diritto» o la vera idea di quei singoli istituti:

la questione del voto politico alle donne può essere seria o ridicola, secondo i tempi e i luoghi; e il divorzio, altamente morale o profondamente immorale, secondo i tempi e i luoghi [...]. Ma immorale, irrazionale e innaturale non è neppure la poligamia o il libero concubito, se venne considerato istituzione legittima in certi tempi e luoghi; e neppure, staremmo per dire [...] l'antropofagia, perché anche tra gli antropofagi [...] erano uomini che si sentivano nella più limpida coscienza di sé medesimi onestissimi, e che ciò non ostante mangiavano il loro simile con la stessa tranquillità con cui noi mangiamo un pollo arrosto, senza odio pel pollo, ma sapendo di non poter fare, almeno per ora, altrimenti²⁸.

Nei trattati di diritto naturale possono trovarsi perciò un'etica o una casistica pratica, oppure «un miscuglio» di entrambe, ma non un diritto naturale, ché questo «non si trova in nessuna parte, perché logicamente e realmente contraddittorio»²⁹.

Alla riflessione di Croce l'intera storia della filosofia del diritto non consegnava dunque altro che il proprio

²⁶ *Filosofia della pratica*, p. 324.

²⁷ Ivi, p. 325.

²⁸ Ivi, p. 326.

²⁹ Ivi, p. 324.

stato fallimentare e, intatto, il suo problema costitutivo: la necessità e, a un tempo, l'incapacità, di distinguere il diritto dall'etica³⁰.

1.2. *Il diritto come economia*

Quando, di un problema dato, tutte le soluzioni ipotizzate si rivelino contraddittorie – scriveva Croce – è possibile che la soluzione sia preclusa dalla mancanza di un principio essenziale. Il principio mancante, senza il quale non è distribubile quel «groviglio di difficoltà, che va sotto il nome di *filosofia del diritto*», è il *principio economico*, «la concezione del momento dell'utilità come momento autonomo della vita dello spirito»³¹.

Le due forme dell'attività pratica non sono, per Croce, etica e diritto, bensì l'attività etica e l'attività economica:

Attività economica è quella che vuole ed attua ciò che è corrispettivo soltanto alle condizioni di fatto in cui l'individuo si trova; attività etica, quella che vuole e attua ciò che, pur essendo corrispettivo a quelle condizioni, si riferisce insieme a qualcosa che le trascende³².

Chi riduca l'attività economica – sosteneva Croce – a mera tecnica, e dunque ad attività teoretica³³, in cui l'utile

³⁰ Ivi, p. 372 (corsivi miei): «Meditare questo schema divisorio è la via più breve per giungere alla persuasione del *fallimento della Filosofia del diritto*, quale essa si è svolta e si poteva svolgere sui presupposti logici finora ammessi. *Come risultato* del movimento di studi dal Tomasio ai recentissimi *non resta che il problema stesso*».

³¹ *Riduzione*, p. 30.

³² *Filosofia della pratica*, p. 203.

³³ Ivi, pp. 219 ss. Croce sosteneva che il carattere teoretico della tecnica fosse stato oscurato dalla distinzione, in ambito pratico, tra imperativi ipotetici e imperativi categorici. In realtà, a partire dalla *Critica della ragion pratica*, Kant aveva sostenuto il carattere teoretico degli imperativi dell'abilità (*Kritik der praktischen Vernunft*, in AA, V, pp. 25 ss., trad. it. a cura di Pietro Chiodi, in Immanuel Kant, *Scritti morali*, Torino 1970 (d'ora in poi *KpV*), p. 161).