

**STATO DI DIRITTO.
UN CONFRONTO TRA DOTTRINA CATTOLICA
E PENSIERO LIBERTARIO**

di

Beniamino Di Martino

(Ist. Claretianum – Pontificia Università Lateranense)

Abstract

The Author analyzes the paradigm of the rule of law as understood in the modern world in the optic of libertarian theory. In addition, the essay experiences an attempt to highlight the elements that show a continuity between Catholic doctrine and the libertarian doctrine in respect of rule of law.

I. "Rechtsstaat" e "Rule of law".

Tra le principali e più significative caratteristiche dello Stato moderno¹ si è soliti considerare quella di poggiare sul "diritto". Prima di porci la domanda sul significato di questo "diritto" cui lo Stato rinvia e su cui intende fondarsi, ricordiamo che la formula "Stato di diritto"² nacque in ambito germanico, negli anni a cavallo tra il Settecento e l'Ottocento³. Il termine tedesco "*Rechtsstaat*" intendeva rappresentare l'intento di garantire ai cittadini la "certezza del diritto", attraverso l'obbligo a carico dello Stato ed i suoi poteri di esprimersi solo attraverso le formalizzazioni giuridiche. Più o meno adeguatamente, si suole far risalire il contenuto dell'espressione a Immanuel Kant (1724-1804) che, nella sua principale opera morale (*La metafisica dei*

¹ Volutamente, non solleviamo la questione secondo cui, in senso proprio, ciò che chiamiamo "Stato" è un prodotto tipicamente moderno. In questa prospettiva, lo Stato moderno non si contrappone ad uno Stato pre-moderno, bensì ad altre organizzazioni politiche di tipo pre-statale.

² Preferiamo virgolettare la locuzione "Stato di diritto" e tutte le dizioni analoghe per meglio sottolineare quanto il loro significato sia tutt'altro che scontato.

³ Cfr. F.A. von HAYEK, *La società libera*, prefazione di Lorenzo Infantino, scritti di Sergio Ricossa, Rubbettino, Soveria Mannelli (Catanzaro) 2011, p. 365-379.

costumi del 1797), aveva fatto coincidere libertà e diritto positivo⁴. Tuttavia, già qualche anno prima, il pensatore prussiano Wilhelm von Humboldt (1767-1835), nel *Saggio sui limiti dell'attività dello Stato* del 1792, nel delineare la funzione dello Stato, circoscrive questa unicamente all'applicazione della legge⁵.

Da allora, la formula tedesca "*Rechtsstaat*" è stata tradotta nelle altre lingue in modo abbastanza letterale; così abbiamo il francese "*État de droit*" o l'italiano "Stato di diritto". In area anglosassone, invece, vige un diverso etimo – "*Rule of law*" – che dà luogo a più di un dubbio circa la coincidenza di significato con la nozione continentale. Se alcuni studiosi – e tra questi gli esponenti della Scuola Austriaca⁶ (Mises, Hayek, Leoni, Rothbard) – hanno sottolineato questa differenza, ordinariamente, si preferisce presentare la "*Rule of law*" anglosassone accentuando la similitudine con lo "Stato di diritto" tipico della tradizione giuridica europea.

Convenzionalmente per "Stato di diritto" si intende lo Stato la cui organizzazione e le cui attività sono rigorosamente regolate e stabilite da norme del diritto positivo. Lo "Stato di diritto" è, pertanto, quell'ordinamento in cui ogni manifestazione del pubblico potere è sottoposta e vincolata (ma sarebbe più giusto dire semplicemente "normata" e "regolamentata") da prescrizioni, ordinanze e disposizioni. In una parola: da leggi positive⁷.

È vero che il lontano proposito di obbligare il potere a norme scritte trova la sua origine negli sforzi di limitare l'arbitrio politico e l'assolutismo monarchico, tuttavia il moderno "Stato di diritto" può davvero essere inteso come attuazione di quel processo di limitazione del potere che ha avuto in documenti come la *Magna Charta* o il *Bill of Rights* i suoi momenti storici più noti?

Dicevamo che la formula anglosassone pone un interrogativo circa la sua equipollenza alle altre formule, proprie delle lingue continentali.

⁴ Cfr. G. MARINI, *Lo stato di diritto kantiano e la critica di Hegel*, in «Rivista Internazionale di filosofia del diritto», vol. 41 (1964), p. 227-237.

⁵ Cfr. D. DOERING, *Wilhelm von Humboldt e le origini del liberalismo tedesco*, in P. NEMO – J. PETITOT (a cura di), *Storia del liberalismo in Europa*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2013, p. 759-776.

⁶ Ci riferiamo a quella Scuola di pensiero che, muovendo le proprie origini dalla prospettiva del marginalismo economico dell'austriaco Carl Menger (1840-1921), è stata in grado di offrire contributi preziosi in molti campi delle scienze sociali ed anche nel campo delle scienze giuridiche.

⁷ Cfr. L. ORNAGHI, *Stato di diritto*, in AA.VV., *Politica. Enciclopedia tematica aperta*, Jaca Book, Milano 1993, p. 440.

Il giurista Bruno Leoni (1913-1967) che pure accentua la distinzione tra le due tradizioni, nel suo magistrale volume *Freedom and the Law* (l'opera fu scritta in inglese nel 1961), non nasconde come «non [sia] facile stabilire cosa intendano i popoli di lingua inglese con l'espressione *Rule of law*. Il significato di queste parole è mutato negli ultimi settanta o addirittura cinquant'anni, e l'espressione ha acquisito un suono piuttosto obsoleto sia in Inghilterra sia in America»⁸. Pur tuttavia tra la nozione di "Stato di diritto" e "*Rule of law*" emergono differenze tutt'altro che trascurabili.

Queste possono essere sintetizzate già a partire dal loro aspetto terminologico: la formula tedesca ("*Rechtsstaat*"), quella italiana ("Stato di diritto") e quella francese ("*État de droit*") contengono inesorabilmente il riferimento allo Stato mentre il «concetto "*rule of law*" (letteralmente: "governo del diritto") *prescinde dall'idea di Stato* e rinvia appunto all'idea di un potere che è limitato da un lato dal diritto naturale, da un ordine naturale, e inoltre limitato dal diritto storico, dalle consuetudini, dai precedenti giurisprudenziali»⁹.

Il politologo Giovanni Sartori (1924-viv.) a riguardo, ha infatti, affermato che «il *rule of law* non postula lo Stato, postula, piuttosto, un diritto extra statale, autonomo: il diritto comune, il *case law*, in somma il diritto dei giudici e dei giuristi»¹⁰.

La fondamentale questione è riassumibile nella domanda circa il rapporto esistente tra diritto e Stato. Ed in base alla questione, il discrimine tra lo "Stato di diritto" – per il quale la legge (il "diritto") è una promanazione dello Stato – e la "*rule of law*" – per la quale è il diritto (la "*law*") a dover "governare" – non potrebbe essere più ampio. Anticipando le considerazioni che seguiranno, si può dire: da un lato la sovranità dello Stato, dall'altro la *supremacy of law*.

Rientra in questo primo chiarimento lessicale anche la scelta dell'articolo da adottare dinanzi alle formule inglesi. Come sembra più adeguato utilizzare l'articolo maschile per introdurre "*common law*", per lasciar intendere la traduzione "diritto comune" (e non "legge comune"), così sembra più opportuno scegliere l'articolo femminile dinanzi a "*rule of law*", alludendo ad una "regola del diritto" (ma anche "governo del

⁸ B. LEONI, *La libertà e la legge*, tr.it., introduzione di Raimondo Cubeddu, Liberilibri, Macerata 2000, p. 67.

⁹ C. LOTTIERI – E. CASTRUCCI, *Lezioni di filosofia del diritto*, Aracne, Roma 2006, p. 57-58.

¹⁰ G. SARTORI, *Nota sul rapporto tra Stato di diritto e Stato di giustizia*, in «Rivista Internazionale di filosofia del diritto», vol. 41 (1964), p. 310.

diritto” andrebbe bene) e tenersi quanto più distanti possibile dalla traduzione di “Stato di diritto”.

Ebbene, la tendenza ad appiattare le due nozioni non può essere giustificata come, d'altronde, risulta improvvida l'abituale e ricorrente modalità di rendere automatica la coincidenza tra giustizia e “Stato di diritto”¹¹. Tutto ciò impone chiarimenti di fondo che hanno a che fare non solo con il significato da dare alle nozioni di diritto (o giustizia) e di legge (o legalità), ma anche al significato da dare alle nozioni di governo e di Stato. Se le altre definizioni verranno fuori nel corso della riflessione, quella di Stato è indifferibile.

La vastità della letteratura in materia dimostra quante difficoltà i politologi abbiano incontrato nel provare a definire lo Stato. Noi possiamo limitarci a sostenere che lo Stato è quel particolare tipo di organizzazione politica che mantiene un monopolio (tendenzialmente stretto) sul maggior numero di ambiti, primo tra questi quello sul diritto. Lo Stato poggia sul diritto positivo, sul diritto che esso stesso genera (perciò lo Stato è “Stato etico” perché è criterio di se stesso). La differenza essenziale tra lo Stato ed altre organizzazioni governative (ogni Stato è organizzazione politica, ma non ogni organizzazione politica è costituita come Stato) è data, quindi, dal rispettivo fondamento. Ciò che poggia sul diritto naturale non è Stato; lo Stato, al contrario, si fonda sulla legge da se stesso generata.

Infatti, si può dire – come ha affermato il giurista spagnolo Juan Berchmans Vallet de Goytisolo (1917-2011) – che «oggi si pretende di ricavare questa giustificazione [cioè quella del potere dello Stato, ndr] nelle stesse norme stabilite nella Costituzione elaborata dallo Stato medesimo»¹².

Di ciò si può trovare un'eco nell'ormai noto “paradosso di Böckenförde”. Per il filosofo e giurista tedesco Ernst-Wolfgang Böckenförde (1930-viv.), infatti, «lo Stato liberale (*freiheitlich*) secolarizzato vive di presupposti che non è in grado di garantire»¹³.

Per il nostro tema, quindi, il primo aspetto da mettere a fuoco è il rapporto tra lo Stato e il diritto o, se si vuole, tra lo Stato e la giustizia. Certamente appartiene al

¹¹ Così, ad esempio, in R.P. GEORGE, *Il diritto naturale nell'età del pluralismo*, a cura di Andrea Simoncini, con un saggio di Francesco Viola, Lindau, Torino 2011, p. 105-118.

¹² J.B. VALLET de GOYTISOLO, *Stato di diritto/1. Il moderno stato di diritto*, in «Cristianità», anno 20 (1992) n. 201-202 (gennaio-febbraio), p. 7.

¹³ E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Diritto e secolarizzazione. Dallo Stato moderno all'Europa unita*, a cura di Geminello Preterossi, Laterza, Roma - Bari 2007, p. 53.

prevalente orientamento della moderna filosofia del diritto il postulato (non verificato) secondo cui non ci sarebbe giustizia fuori dallo Stato.

Eppure non sembra che sia esattamente così. La lezione della storia ci dà utili raggugli. Ad iniziare dal confronto tra la giurisprudenza classica e quella moderna. La giurisprudenza classica e medioevale concepiva il diritto come qualcosa di anteriore all'ordinamento politico (che, proprio per questo motivo, non è "Stato"). Nell'ordinamento moderno, al contrario, il primato, rispetto al diritto, è senz'altro della dimensione politica (che per questa ragione si configura come "Stato").

Si potrebbe dire che, nel primo caso, l'autorità è creazione del diritto perché si costituisce per difendere il diritto che "viene prima" di ogni organizzazione; nel secondo caso, la legge è in funzione dello Stato perché è, fondamentale, promulgata a tutela dello Stato. Nel primo caso l'organizzazione politica scaturisce dal diritto; nel secondo caso, la legge è creazione dello Stato.

Scrivendo uno dei massimi esperti di "diritto comune", Francesco Calasso (1904-1965): «il punto di distacco più appariscente della concezione moderna del rapporto tra Stato e diritto, da quella che ne ebbe il pensiero giuridico medievale, è il seguente: mentre noi oggi, assuefatti a vedere nello Stato la sola e unica fonte del diritto, siamo portati a considerare il diritto come una creazione dello Stato (statualità del diritto), e, per conseguenza, poniamo lo Stato sopra il diritto, questa concezione fu estranea del tutto alla scienza giuridica medievale: la quale anzi, capovolve quel rapporto, considerando lo Stato come una creazione del diritto, e ponendo perciò stesso il diritto al di sopra dello Stato»¹⁴.

Si deve, pertanto, affermare che una delle caratteristiche principali dello Stato – anzi, potremmo dire la caratteristica da cui derivano tutte le altre – è quella di essere creatore del diritto¹⁵.

Ma, in questo caso, come non domandarsi con Paul Roubier (1896-1965) se questa pretesa creazione non comporti ogni negazione della giustizia¹⁶. Infatti, «se il diritto è una pura creazione dello Stato, non ne deriverà, come dicevano i sofisti dell'antica

¹⁴ F. CALASSO, *Gli ordinamenti giuridici del rinascimento medievale*, Giuffrè, Milano 1965, p. 259-260.

¹⁵ Cfr. N. BOBBIO, *Stato, governo, società. Frammenti di un dizionario politico*, Einaudi, Torino 2009, p. 84.

¹⁶ Cfr. P. ROUBIER, *Théorie générale du droit. Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Librairie du Recueil Sirey, Paris 1951, p. 51-60.

Grecia, che è semplicemente quanto piace al più forte?»¹⁷.

E proprio per evitare di soggiacere alla forza del più potente occorre interrogarsi se la teoria dello "Stato di diritto" rappresenti davvero una soluzione. Ovviamente riproponendo il quesito di partenza: lo "Stato di diritto" – seguendo Cicerone (106-43 aC) – richiama una giustizia superiore a cui gli stessi magistrati devono conformarsi o – seguendo Hans Kelsen (1881-1973) – si propone come l'unico orizzonte possibile assumendo che non esista altro diritto che non sia la legge positiva? Per sciogliere il nodo occorrono alcuni passaggi complementari e tra loro connessi; essi possono ruotare intorno al significato da dare alla "certezza del diritto" ed alla "legalità".

Il giurista Bruno Leoni ha offerto preziosi contributi e si è a lungo interrogato sul rapporto tra "Stato di diritto" e "certezza del diritto". D'altra parte i due concetti vengono intesi in modo pressoché intercambiabile perché si ritiene che solo le leggi scritte possano assicurare la trasparenza degli ordinamenti. Il giurista italiano, invece, ha ritenuto non solo che i due concetti vadano tenuti separati, ma che il primo è tutt'altro che idoneo ad assicurare il secondo. Per Leoni, infatti, lo "Stato di diritto" può essere inteso in due modi differenti e contrastanti: «in primo luogo, come precisione di un testo scritto derivante da un legislatore; in secondo luogo, come possibilità per gli individui di fare piani a lungo termine in base ad una serie di regole adottate spontaneamente in comune dalla gente e infine accertate dai giudici per secoli e generazioni»¹⁸. Se per "Stato di diritto" si intende semplicemente il rispetto formale della elaborazione della *legge* senza la quale l'organizzazione dello Stato non si attua, il riferimento alla legge, allora, è totalmente privo di contenuti e può essere causa non di limitazione, ma di ampliamento del potere. Diverso è, invece, ritenere che il potere si fondi su un *diritto* che non gli è dato ledere con l'arbitrio diretto, ma neanche mediante la produzione legislativa perché questo diritto appartiene ad una lunga consuetudine di regole sorte nel corso di quei «secoli e generazioni» che hanno costruito la civiltà.

Il premio Nobel Hayek si riteneva debitore nei confronti di Leoni riconoscendo di aver imparato molto dalla riflessione del giurista italiano: «Leoni afferma in modo persuasivo e mi ha convinto che, anche se la codificazione del diritto fu intesa per

¹⁷ J. VALLET de GOYTISOLO, *Stato di diritto/1. Il moderno stato di diritto*, cit., p. 5.

¹⁸ B. LEONI, *La libertà e la legge*, cit., p. 106.

aumentare la certezza del diritto, essa aumentò tutt'al più la certezza di breve periodo (e non sono più sicuro che sia rigorosamente vero), mentre l'abitudine di alterare il diritto mediante la legislazione diminuisce certamente la certezza del diritto di lungo periodo»¹⁹.

Per l'autore di *Freedom and the Law*, infatti, «la certezza del diritto, nel senso di formula scritta, si riferisce a uno stato di cose inevitabilmente condizionato dalla possibilità che la legge attuale possa essere sostituita ad ogni momento da una legge successiva. Più intenso e accelerato è il processo di legislazione, più incerta sarà la durata nel tempo delle leggi in vigore al momento. Inoltre, niente impedisce a una legge, certa nel senso che abbiamo detto, di venir imprevedibilmente cambiata da un'altra legge non meno "certa" della precedente. Quindi, la certezza del diritto in questo senso potrebbe essere chiamata certezza del diritto *a breve termine* [...], in opposizione ai classici ordinamenti a lungo termine del passato»²⁰.

L'elaborazione della Scuola Austriaca (nella quale si riconoscevano tanto Leoni quanto Hayek) mette in discussione il carattere puramente formale dello "Stato di diritto" e si inserisce in un panorama di pensiero molto più vasto che in buona misura coincide con le riflessioni delle scuole giusnaturaliste e con la tradizione del cosiddetto "diritto comune". Ciò permette di comprendere la difficoltà di far coincidere lo "Stato di diritto" – tipico della prassi continentale – con la "*rule of law*" dell'ordinamento anglosassone. Lo "Stato di diritto" non ha alcuna preoccupazione per il contenuto della legge e per il riferimento di questa ad una giustizia a cui conformarsi; in linea con una concezione puramente formale del diritto, lo "Stato di diritto" esprime solo un orizzonte "legalistico". È legale ciò che la legge dello Stato prescrive; questa legge dello Stato è indipendente da un diritto naturale ed è superiore alle abitudini normative tradizionali e agli ordinamenti precedenti lo Stato. Se questa è la prassi della *civil law* dove il centro del diritto è la legge positiva, in ambito anglosassone ha perdurato un differente sistema che, ancorando la norma alla consuetudine storica, concepisce la "*rule of law*" come l'impossibilità da parte del potere di contraddire gli usi che si sono stratificati spontaneamente nel corso delle generazioni, sistema che si esprime con la modalità del *common law*.

Lo "Stato di diritto", richiedendo la più ampia realizzazione delle teorie del

¹⁹ Cit. in C. LOTTIERI, *Le ragioni del diritto. Libertà individuale e ordine giuridico nel pensiero di Bruno Leoni*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2006, p. 17.

²⁰ LEONI, *La libertà e la legge*, cit., p. 91.

positivismo giuridico, comporta la deriva formalistica del diritto²¹; il diritto si riduce a pura proceduralità, l'unica sua valenza riguarda il mero rispetto formalistico e le questioni di merito si risolvono nella semplice titolarità. È, questa, la concezione oggi più diffusa del diritto e che ha avuto, nel secolo XX, il più noto assertore in Hans Kelsen²². Se, quindi, per lo "Stato di diritto" l'unica legittimità è quella della legalità, per la "rule of law"²³, invece, la legittimità è ben differente dalla pura legalità. Leoni realizzava un capovolgimento della teoria di Kelsen e un ristabilimento dell'esigenza del fondamento della legittimità quando scriveva: «la stessa idea che il diritto possa non coincidere con la legislazione sembra bizzarra sia agli studiosi sia ai profani»²⁴. L'abbandono del criterio della legittimità a vantaggio dell'unico metro della legalità rivela la soggiacente distanza tra la concezione classica del diritto e quella moderna. Nell'anglosassone "rule of law" il criterio è il "diritto" (che non potrà mai essere creazione dello Stato); al contrario, nello "Stato di diritto" il criterio è la "legge" (intesa precipuamente come produzione dello Stato). Quindi, se nel primo caso il diritto è un'istanza critica del moderno Stato (o, se si preferisce, dello Stato *tout court*), nel secondo, la legge è lo strumento privilegiato per il rafforzamento dello Stato e del suo potere.

"Stato di diritto" e "rule of law" si rivelano, allora, incompatibili innanzitutto a causa dei rispettivi richiami a ciò che ciascuna delle due tradizioni considera come riferimento. Nella prassi continentale lo Stato si fonda sulla *legge* che è una propria creatura. È la legge, d'altronde, che dà luogo allo Stato amministrativo e legiferante. Diversamente, l'ordinamento anglosassone riconosce un *diritto* che non può essere aggirato o eluso perché è alla base di ogni norma. Questo diritto non abbisogna tanto di una dimensione positiva quanto, piuttosto, della prova della consuetudine e della conformità alla natura delle cose. Perciò, paradossalmente, la "law" dell'anglosassone "rule of law" esprime un riferimento al "diritto" (piuttosto che alla legge), mentre il "diritto" contenuto nei principi continentali dello "Stato di diritto"

²¹ Cfr. B. LEONI, *Lezioni di filosofia del diritto*, prefazione di Carlo Lottieri, Rubbettino, Soveria Mannelli 2003, p. 189-258; cfr. B. LEONI, *Scritti di scienza politica e teoria del diritto*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2009, p. 299-317.

²² Cfr. H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, traduzione di Sergio Cotta e Giuseppe Treves, Edizioni di Comunità, Milano 1952.

²³ Ribadiamo che preferiamo anteporre alla locuzione inglese *Rule of law* l'articolo femminile per attenerci ad una traduzione letterale che alluda più ad una "regola del diritto" che non ad un impreciso "Stato di diritto".

²⁴ LEONI, *La libertà e la legge*, cit., p. 7.

fa riferimento principalmente, se non esclusivamente, alla “legge” (e non al diritto)²⁵. Assorbendo il concetto di “diritto” in quello di “legge”²⁶, lo “Stato di diritto” abolisce il criterio della legittimità a tutto favore di quello della legalità. Ciò ha un’indubbia premessa ideologica e un’evidente conseguenza politica.

Quanto alla prima, forse non è superfluo ricordare come Jean Jacques Rousseau (1712-1778) preconizzava un impero della legge che, però, avrebbe dovuto completamente soppiantare la dimensione della giustizia. Scriveva, infatti, il riformatore: «la legge è anteriore alla giustizia, non la giustizia alla legge [...] e solo alla legge gli uomini devono la giustizia e la libertà»²⁷. A commento di ciò potremmo utilizzare le parole del filosofo del diritto Norberto Bobbio (1909-2004) per il quale: «la più compiuta e consapevole teorizzazione di questo processo d’identificazione del diritto con la forma specifica della legge, proprio dello Stato moderno, è la tipologia weberiana delle diverse forme di potere legittimo, che ha individuato il passaggio dalle varie forme di potere tradizionale, come sono gli Stati patriarcali e patrimoniali, il cui il diritto è prevalentemente consuetudinario o giudiziario, al potere legale, in cui il diritto assume sempre più la forma di norma statuita, il passaggio dagli Stati premoderni allo Stato moderno rappresentativo e amministrativo»²⁸.

D’altra parte – e qui veniamo alle conseguenze politiche – non vi è stato alcun totalitarismo che non abbia avuto un rivestimento legalitario. Il Terzo *Reich* tedesco ed ancor più l’Unione Sovietica non agivano mai senza copertura legislativa. Tutto era sempre e scrupolosamente *legale*. Ogni procedura era sempre doviziosamente l’esatto compimento di leggi e di norme emanate dall’autorità. Ovviamente questa “legalità totalitaria” non potrà mai essere confusa con la legittimità, ma sta di fatto che nessuno Stato totalitario può definirsi formalmente illegale.

Anche senza volere suggerire accostamenti con lo Stato totalitario, certamente la riduzione della legittimità alla legalità è una delle costanti della cultura politica

²⁵ Cfr. J.P. GALVAO de SOUSA, *La rappresentanza politica*, introduzione e cura di Giovanni Turco, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2009, p. 180.182.

²⁶ Classicamente, la *lex* viene spesso evocata con la solennità dello *jus*. La legge che qui è posta formalisticamente in contrapposizione al diritto è, ovviamente, quella positiva.

²⁷ J.J. ROUSSEAU, *Discorso sull’economia politica*, in IDEM, *Scritti politici*, a cura di Paola Alatri, UTET, Torino 1979, p. 381.

²⁸ N. BOBBIO, *Diritto*, in N. BOBBIO – N. MATTEUCCI – G. PASQUINO (a cura di), *Dizionario di politica*, UTET, Torino 2004, pp. 265-266.

contemporanea. Si tratta di un'abitudine diffusa in cui inciampa anche il magistero ecclesiastico. Tra i vari esempi che si potrebbero riportare, ci sono le parole che Benedetto XVI rivolse ai politici all'inizio del 2012: «è necessario promuovere una cultura della legalità, aiutando i cittadini a comprendere che le leggi servono per incanalare le tante energie positive presenti nella società e così permettere la promozione del bene comune; anche i recenti episodi di violenza nel territorio spingono a continuare nell'impegno per educare al rispetto della legalità e per tutelare la sicurezza»²⁹.

Vi è poi un altro aspetto su cui riflettere e che è direttamente collegato alla supposta necessità di norme scritte. Questo riguarda la dicotomia tra "governo della legge" e "governo degli uomini"³⁰. Le due concezioni sono state variamente messe in relazione anche con lo "Stato di diritto". Questo, infatti, è stato facilmente presentato come antidoto alla subalternità alla discrezionalità degli uomini.

Non basta, tuttavia, che non ci sia il "governo degli uomini" per evitare l'arbitrio, innanzitutto perché la legge (altra cosa è il diritto) è sempre promulgazione degli uomini più forti (anche se solo in modo parlamentare), ma ancor più perché la legge può essere il miglior strumento di coercizione e il veicolo ordinario con cui viene esautorato il diritto naturale e ribaltato il "diritto" in quanto tale³¹. Ecco perché Leoni arrivava a mettere in discussione le consolidate equazioni: «la situazione paradossale del nostro tempo è che siamo governati da uomini non perché, come sosterebbe la classica teoria aristotelica, non siamo governati da leggi, ma perché *lo siamo*»³². Il giurista italiano ricordava il crescente potere dei funzionari (pensiamo ai magistrati), sempre più capaci di interferire negli interessi privati degli individui: «neppure Machiavelli sarebbe riuscito ad escogitare uno stratagemma più ingegnoso per conferire dignità alla volontà di un tiranno che finga di essere un semplice funzionario, agente entro la struttura di un ordinamento perfettamente legittimo. Se si apprezza il valore della libertà individuale di azione e di decisione, non si può

²⁹ BENEDETTO XVI, *Discorso agli amministratori della Regione Lazio, del Comune e della Provincia di Roma*, 12 gennaio 2012, in *Insegnamenti di Benedetto XVI. Volume VIII/1. 2012*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano 2013, p. 64.

³⁰ Cfr. N. BOBBIO, *Stato, governo, società. Frammenti di un dizionario politico*, Einaudi, Torino 2009, pp. 86-88.

³¹ Cfr. F.A. von HAYEK, *La società libera*, prefazione di Lorenzo Infantino, scritti di Sergio Ricossa, Rubbettino, Soveria Mannelli (Catanzaro) 2011, pp. 305, 360, 437 e s., 446.

³² B. LEONI, *La libertà e la legge*, cit., p. 11.

evitare di concludere che ci deve essere qualcosa di sbagliato nell'intero sistema»³³. Il cruccio di Rousseau era quello di mettere la legge al di sopra degli uomini³⁴ («il grande problema della politica è di trovare una forma di governo che metta la legge al di sopra degli uomini...»³⁵). Com'è noto, la soluzione sarà presto trovata nella nozione della *volonté générale*. Che poi la nozione della "volontà generale" abbia un'inevitabile sostanza totalitaria non è solo un prezzo da pagare, ma l'essenza stessa della pretesa di *creare* la legge. Nel contrapporre la legge agli uomini, è inevitabile che si crei una legge *contro* gli uomini.

D'altra parte – come già supponevamo – si può davvero essere sicuri che lo Stato totalitario sia un organismo politico in cui il "governo degli uomini" ha soppiantato il "governo della legge"?

Ma anche al di là di quest'ultima domanda, è utile riportare l'avvertimento di Leoni che ben si applica alle conclusioni di Rousseau: «suggerisco caldamente che *chi apprezza la libertà individuale rivaluti il ruolo dell'individuo entro l'ordinamento giuridico nel suo complesso*»³⁶.

II. L'adeguamento dell'insegnamento cattolico.

L'insegnamento sociale della Chiesa cattolica non sembra aver colto questi dubbi contenuti nella mancata istanza del fondamento della legge, limitandosi ad auspicare il ruolo garante dello Stato in ordine ai diritti e all'uguaglianza. Piuttosto che sottoporre ad esame il criterio interno della legge, i testi del magistero ecclesiastico sembrano prestare una prevalente attenzione all'utilità delle norme, riconoscendo allo Stato ogni forza in materia legislativa.

Occorre precisare che la Chiesa cattolica gode di un vero e proprio *corpus* dottrinale³⁷ che si è costituito nel tempo e attraverso una serie di documenti, esprimendo la capacità di giudicare gli eventi umani e di affrontare le situazioni storiche alla luce

³³ B. *Ibidem*.

³⁴ Cfr. J.J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, in IDEM, *Scritti politici*, a cura di Paola Alatri, UTET, Torino 1979, pp. 735, 736 (libro I, cap. VIII).

³⁵ Così Rousseau scriveva nella lettera al marchese di Mirabeau (1767). Cit. in M. EINAUDI, *Il primo Rousseau*, Einaudi, Torino 1979, p. 255.

³⁶ B. LEONI, *La libertà e la legge*, cit., p. 12 (corsivo nell'originale).

³⁷ Cfr. *Catechismo della Chiesa Cattolica*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano 1992, n. 2422.

della fede cristiana. L'insieme di questa riflessione è chiamata "Dottrina Sociale della Chiesa"³⁸. Da questo insegnamento proviamo ad individuare ciò che è riferibile al nostro tema per poter poi successivamente confrontare la dottrina cattolica con il pensiero libertario.

Un primo accenno allo "Stato di diritto" è quello indirettamente contenuto nell'enciclica *Quadragesimo anno* del 1931. Pio XI (1922-1939) utilizzò un'immagine tipica dello "Stato di diritto" qual è quella dello Stato arbitro: solerte ed imparziale – come scriveva il Papa – «sovrano e arbitro delle cose, libero da ogni passione»³⁹.

Il documento, però, non dimostra di andare oltre e non si rivela capace di mettere in luce le criticità. Infatti, il ricorso allo Stato non offre garanzie sufficienti laddove le regole sono prodotte dallo stesso arbitro che deve farle applicare. Non è il ruolo di arbitro ad essere in discussione, ma la fonte della produzione delle norme e l'abitudine a cambiare queste ultime con sempre maggiore frequenza. Gli inconvenienti in cui incorre la teoria dello "Stato arbitro" sono, così, gli stessi dello "Stato di diritto": la contraddizione di fondo di essere legittimato dalle leggi che esso stesso si è dato. La credibilità dell'arbitro è minata dal fatto di essere il creatore delle regole, regole che egli stesso cambia ogni qual volta ritiene doverle mutare.

Una decina di anni dopo, il successore di Pio XI, Pio XII (1939-1958), nel pieno della sciagura bellica, in un radiomessaggio, così si espresse: «dall'ordinamento giuridico voluto da Dio promana l'inalienabile diritto dell'uomo alla sicurezza giuridica, e con ciò stesso ad una sfera concreta di diritto, protetta contro ogni arbitrario attacco. Il rapporto dell'uomo verso l'uomo, dell'individuo verso la società, verso l'autorità, verso i doveri civili, il rapporto della società e dell'autorità verso i singoli debbono essere posti sopra un chiaro fondamento giuridico e tutelati, al bisogno, dall'autorità giudiziaria. Ciò suppone: a) un tribunale e un giudice, che prendano le direttive da un diritto chiaramente formulato e circoscritto; b) chiare norme giuridiche, che non possano essere stravolte con abusivi richiami ad un supposto sentimento popolare e con mere ragioni di utilità; c) riconoscimento del principio che anche lo Stato e i funzionari e le organizzazioni da esso dipendenti

³⁸ Cfr. B. DI MARTINO, *La Dottrina Sociale Cattolica. Principi fondamentali*, Nerbini, Firenze 2017.

³⁹ PIO XI, Lettera enciclica *Quadragesimo anno* sull'instaurazione dell'ordine sociale cristiano, 15.5.1931, in *Enchiridion delle encicliche/5. Pio XI (1922-1939)*, Edizioni Dehoniane, Bologna 1995, n. 691.

sono obbligati alla riparazione e al ritiro di misure lesive della libertà, della proprietà, dell'onore, dell'avanzamento e della salute dei singoli»⁴⁰.

Anche in questo caso, però, l'attenzione era indirizzata ad «un diritto chiaramente formulato» ed a «chiare norme giuridiche». Per quanto Pio XII in numerose circostanze si sia fatto interprete del richiamo al fondamento naturale del diritto e all'ineludibile caposaldo della giustizia, proprio nel parlare della sicurezza giuridica e dei rischi di arbitrio, il Papa dimostrava di preferire la correttezza procedurale più che il contenuto delle norme.

Su questo, invece, si concentrò Pio XII, in un altro radiomessaggio, sul finire del 1944, quando condannò «l'assolutismo di Stato». Proclamava il Papa: «una sana democrazia, fondata sugli immutabili principi della legge naturale e delle verità rivelate, sarà risolutamente contraria a quella corruzione, che attribuisce alla legislazione dello Stato un potere senza freni né limiti, e che fa anche del regime democratico, nonostante le contrarie ma vane apparenze, un puro e semplice sistema di assolutismo. L'assolutismo di Stato (da non confondersi, in quanto tale, con la monarchia assoluta, di cui qui non si tratta) consiste infatti nell'erroneo principio che l'autorità dello Stato è illimitata, e che di fronte ad essa – anche quando dà libero corso alle sue mire dispotiche, oltrepassando i confini del bene e del male, – non è ammesso alcun appello ad una legge superiore e moralmente obbligatoria»⁴¹.

Nemmeno Giovanni XXIII (1958-1963) citò esplicitamente lo “Stato di diritto”, ma, nel 1963, nella famosa enciclica *Pacem in terris*, sembrò dare ad esso un alto riconoscimento⁴². Nel testo, il Pontefice in prima battuta aveva preso le distanze dalle teorie giuspositivistiche («certo non può essere accettata come vera la posizione dottrinale di quanti erigono la volontà degli esseri umani, presi individualmente o comunque raggruppati, a fonte prima ed unica donde scaturiscono diritti e doveri, donde promana tanto l'obbligatorietà delle costituzioni

⁴⁰ PIO XII, Radiomessaggio *Con sempre nuova freschezza* alla vigilia del Natale, 24.12.1942, in *Enchiridion delle encicliche/6. Pio XII (1939-1958)*, Edizioni Dehoniane, Bologna 1995, n. 1715-1716.

⁴¹ PIO XII, Radiomessaggio *Benignitas et humanitas* alla vigilia del Natale, 24.12.1944, in *Discorsi e radiomessaggi di Sua Santità Pio XII. VI (1944-1945)*, Tipografia Poliglotta Vaticana, Città del Vaticano 1955, p. 243.

⁴² Cfr. S. QUADRI, *Rileggiamo insieme la Pacem in terris*, in «La Società», anno 4 (1994), n. 13, p. 149; cfr. M. TOSO, *Welfare Society. La riforma del welfare: l'apporto dei pontefici*, Libreria Ateneo Salesiano, Roma 2003, p. 217.219.

che l'autorità dei poteri pubblici»⁴³). Pur tuttavia, delineava uno Stato che coincide con il moderno "Stato di diritto": «le tendenze, di cui si è fatto cenno, sono pure un segno indubbio che gli esseri umani, nell'epoca moderna, hanno acquistato una coscienza più viva della propria dignità: coscienza che, mentre li sospinge a prendere parte attiva alla vita pubblica, esige pure che i diritti della persona – diritti inalienabili e inviolabili – siano riaffermati negli ordinamenti giuridici positivi; ed esige inoltre che i poteri pubblici siano formati con procedimenti stabiliti da norme costituzionali, ed esercitino le loro specifiche funzioni nell'ambito di quadri giuridici»⁴⁴.

L'autorevole commento del cardinale Pietro Pavan (1903-1994), nel venticinquesimo anniversario dell'enciclica, sottolineava esattamente la centralità dello Stato a cui il documento di Giovanni XXIII dava ulteriore impulso all'interno della dottrina sociale cattolica: «l'elemento di maggiore novità nell'enciclica *Pacem in terris* è costituito dal fatto che in essa si recepisce il modello di Stato elaborato nell'epoca moderna e che perciò si suol denominare *Stato moderno*: il quale, nella fase finale della sua elaborazione, si presenta come Stato di diritto sociale democratico, laico, pluralista»⁴⁵.

A parlare in modo esplicito di "Stato di diritto" sarà, poi, Giovanni Paolo II, nel 1991, nella *Centesimus annus*. Papa Wojtyła lo farà in due distinti passi dell'enciclica⁴⁶. Innanzitutto, ricollegandosi a Leone XIII e ad «una sana teoria dello Stato», Giovanni Paolo II descriveva l'organizzazione dei tre poteri dello Stato sostenendo come sia «preferibile che ogni potere sia bilanciato da altri poteri»⁴⁷. Questo ordinamento, nell'enciclica, era presentato come riflesso di una visione corrispondente alla natura sociale dell'essere umano che richiede una legislazione capace di garantire la libertà. «È, questo, il principio dello "Stato di diritto", nel quale è sovrana la legge, e non la volontà arbitraria degli uomini»⁴⁸. Si noti come il Papa

⁴³ GIOVANNI XXIII, Lettera enciclica *Pacem in terris* sulla pace fra tutte le genti fondata sulla verità, la giustizia, l'amore, la libertà, 11.4.1963, in *Enchiridion delle encicliche/7. Giovanni XXIII, Paolo VI (1958-1978)*, Edizioni Dehoniane, Bologna 1994, n. 618.

⁴⁴ *Ibidem*, n. 619.

⁴⁵ Pietro PAVAN, *L'enciclica "Pacem in terris". A venticinque anni dalla pubblicazione*, Editiones Academiae Alphonsianae Edacalf, Roma 1988, p. 115.

⁴⁶ GIOVANNI PAOLO II, Lettera enciclica *Centesimus annus* nel centenario della *Rerum novarum*, 1.5.1991.

⁴⁷ *Ibidem*, n. 44a.

⁴⁸ *Ibidem*.

dimostrava di assumere la contrapposizione tra “governo della legge” e “governo degli uomini” già avanzata da Rousseau. Poi, Giovanni Paolo II proseguiva affermando che allo “Stato di diritto” si è storicamente opposto il totalitarismo che «nasce dalla negazione della verità in senso oggettivo»⁴⁹. Se su questa opposizione sia Leoni sia Rothbard avrebbero avuto da ridire, sulle successive considerazioni dell’enciclica si sarebbero, invece, trovati d’accordo. Il Papa infatti concludeva il paragrafo richiamando ciò che il totalitarismo ha calpestato: quei diritti dell’uomo che nessuno può violare, neanche lo Stato e «nemmeno la maggioranza di un corpo sociale»⁵⁰.

Il secondo passo in cui Giovanni Paolo II richiamava lo “Stato di diritto” era nel contesto dell’apprezzamento per il sistema della democrazia che consente la «partecipazione dei cittadini», il controllo dei governanti e sfavorisce «la formazione di gruppi dirigenti ristretti, i quali per interessi particolari o per fini ideologici usurpano il potere dello Stato». Per il Papa, allora, «un’autentica democrazia è possibile solo in uno Stato di diritto e sulla base di una retta concezione della persona umana»⁵¹.

I passi di papa Wojtyła non sembrano né originali né particolarmente perspicaci. Oltretutto il riferimento allo “Stato di diritto” non pare ben contestualizzato offrendo, ancora una volta, l’impressione che la giustizia sia garantita dal solo fatto che il potere legislativo sia separato dagli altri poteri dello Stato.

Se, a riguardo, il *Catechismo della Chiesa Cattolica* dell’anno successivo⁵² si è limitato a riprendere la prima citazione dell’enciclica di Giovanni Paolo II, il *Compendio della Dottrina Sociale della Chiesa* del 2004 tornava in più punti sui temi legati allo “Stato di diritto” ribadendo i criteri classici dell’insegnamento cattolico⁵³.

Allo “Stato di diritto” anche Benedetto XVI (2005-2013) ha dedicato un richiamo esplicito nella sua unica enciclica sociale – la *Caritas in veritate*⁵⁴ – quando, a

⁴⁹ *Ibidem*, n. 44b.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ *Ibidem*, n. 46.

⁵² Cfr. *Catechismo della Chiesa Cattolica*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano 1992, n. 1904.

⁵³ Cfr. PONTIFICIO CONSIGLIO della GIUSTIZIA e della PACE, *Compendio della Dottrina Sociale della Chiesa*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano 2004, n. 402.406.408.423.514.

⁵⁴ BENEDETTO XVI, Lettera enciclica *Caritas in veritate* sullo sviluppo umano integrale, 29.6.2009.

proposito dell'aiuto internazionale verso i paesi che vanno sostenuti anche per il «consolidamento di sistemi costituzionali, giuridici, amministrativi», il Papa riconosceva l'utilità della cooperazione anche per «rafforzare le garanzie proprie dello Stato di diritto» allo scopo di dare luogo ad «istituzioni veramente democratiche»⁵⁵.

Un anno dopo, nel corso del viaggio in Gran Bretagna (settembre 2010), papa Ratzinger tenne, nella storica Westminster Hall, un importante discorso nel corso del quale fece un significativo riferimento alla “*rule of law*”: «la tradizione parlamentare di questo Paese – sostenne Benedetto XVI – deve molto al senso istintivo di moderazione presente nella Nazione, al desiderio di raggiungere un giusto equilibrio tra le legittime esigenze del potere dello Stato e i diritti di coloro che gli sono soggetti. Se da un lato, nella vostra storia, sono stati compiuti a più riprese dei passi decisivi per porre dei limiti all'esercizio del potere, dall'altro le istituzioni politiche della nazione sono state in grado di evolvere all'interno di un notevole grado di stabilità. In tale processo storico, la Gran Bretagna è emersa come una democrazia pluralista, che attribuisce un grande valore alla libertà di espressione, alla libertà di affiliazione politica e al rispetto dello Stato di diritto, con un forte senso dei diritti e doveri dei singoli, e dell'uguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge»⁵⁶. Le pur rilevanti affermazioni di Benedetto XVI rimangono, però, su un piano puramente descrittivo che poco aggiungono alla valutazione essenziale della “*rule of law*” o dello “Stato di diritto”. Così il Papa continuava: «la dottrina sociale cattolica, pur formulata in un linguaggio diverso, ha molto in comune con un tale approccio, se si considera la sua fondamentale preoccupazione per la salvaguardia della dignità di ogni singola persona, creata ad immagine e somiglianza di Dio, e la

⁵⁵ *Ibidem*, n. 41.

⁵⁶ BENEDETTO XVI, Discorso alle autorità civili, Westminster Hall, City of Westminster, 17.9.2010, in *Insegnamenti di Benedetto XVI. Volume VI/2. 2010*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano 2011, p. 239 («This country's Parliamentary tradition owes much to the national instinct for moderation, to the desire to achieve a genuine balance between the legitimate claims of government and the rights of those subject to it. While decisive steps have been taken at several points in your history to place limits on the exercise of power, the nation's political institutions have been able to evolve with a remarkable degree of stability. In the process, Britain has emerged as a pluralist democracy which places great value on freedom of speech, freedom of political affiliation and respect for the rule of law, with a strong sense of the individual's rights and duties, and of the equality of all citizens before the law»).

sua sottolineatura del dovere delle autorità civili di promuovere il bene comune»⁵⁷.

II. La critica della filosofia etica libertaria.

La Dottrina Sociale della Chiesa in relazione allo “Stato di diritto” appare, quindi, come un puro adeguamento alle prevalenti teorie giuridiche e politiche contemporanee, fundamentalmente contrassegnate dal positivismo normativo. Di ben altra intonazione è, invece, il pensiero libertario, soprattutto quello più direttamente influenzato dalla Scuola Austriaca e dalla tradizione giusnaturalista⁵⁸. In modo particolare ci riferiamo al pensiero del maggior teorico del libertarismo, il filosofo sociale americano Murray N. Rothbard (1926-1995).

La posizione libertaria nasce dalla consapevolezza del fallimento del costituzionalismo liberale⁵⁹. Scriveva al proposito Rothbard: «l’idea di incatenare il potere mediante una costituzione scritta è stato un esperimento nobile che però è fallito. L’idea di un governo rigorosamente limitato si è dimostrata utopistica; va trovato un altro e più radicale mezzo con cui poter impedire la crescita dello Stato aggressivo»⁶⁰. In ciò si riscontra la differenza tra liberali e libertari⁶¹. Questi ultimi «desiderano *limitare* e ridurre il più possibile il potere governativo in tutte le direzioni»⁶².

Insieme alla teoria della separazione dei poteri, la dottrina dello “Stato di diritto” è stata la grande sfida che il paradigma liberale ha offerto per contenere gli abusi dell’assolutismo. Se anche l’insegnamento cattolico si ritrova in questa posizione,

⁵⁷ *Ibidem* («While couched in different language, Catholic social teaching has much in common with this approach, in its overriding concern to safeguard the unique dignity of every human person, created in the image and likeness of God, and in its emphasis on the duty of civil authority to foster the common good»).

⁵⁸ Cfr. C. LOTTIERI, *Il pensiero libertario contemporaneo*, Liberilibri, Macerata 2001; cfr. P. VERNAGLIONE, *Il libertarismo. La teoria, gli autori, le politiche*, Rubbettino, Soveria Mannelli (Catanzaro) 2003.

⁵⁹ Cfr. F.A. von HAYEK, *Legge, legislazione e libertà*, Il Saggiatore, Milano 2010, p. 5.

⁶⁰ M. N. ROTHBARD, *Per una nuova libertà. Il manifesto libertario*, Liberilibri, Macerata 2004, p. 98.

⁶¹ Cfr. C. LOTTIERI, *Gli individui di fronte al diritto e allo Stato: le ragioni del libertarismo e di Murray N. Rothbard*, in C. LOTTIERI – E. DICIOTTI, *Rothbard e l’ordine giuridico libertario. Una discussione*, Dipartimento di Scienze Storiche, Giuridiche, Politiche e Sociali dell’Università degli Studi di Siena, Siena 2002, p. 103-207.

⁶² M. ROTHBARD, *Per una nuova libertà. Il manifesto libertario*, cit., p. 353.

diversamente hanno ritenuto i pensatori libertari per i quali né la divisione dei poteri, né le norme dello Stato sono giudicati strumenti in grado di evitare arbitrii e iniquità. Essi sono strumenti che garantiscono una formale legalità, ma questa, essendo cosa diversa dalla giustizia, può essere, paradossalmente, il vettore della coercizione.

Anche il plauso del magistero ecclesiastico per lo "Stato di diritto" si limita a cogliere alcuni pur importanti aspetti della legge (ad esempio: «l'uguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge»⁶³), senza particolare preoccupazione di valutarne fondamenti e criteri ultimi (senza i quali potrebbe esservi un'eguaglianza dinanzi ad una legge scorretta o addirittura ingiusta). Manca, quindi, nei testi della Dottrina Sociale della Chiesa anche la percezione che lo "Stato di diritto" comporta una concezione "positiva" del diritto con l'inevitabile scadimento di questo alla semplice legislazione. D'altra parte il legame tra positivismo giuridico e statalizzazione del diritto è obiettivamente riconosciuto e non solo da chi contrasta questa tendenza. Scrive a riguardo il filosofo del diritto Norberto Bobbio: «nulla più della dottrina dello Stato di diritto, che è diventata la dottrina ufficiale del diritto pubblico europeo per quasi un secolo, dai giuristi della Restaurazione sino a quelli della Repubblica di Weimar, vale a sintetizzare plasticamente il processo [...] di statalizzazione del diritto e di formazione dello Stato moderno»⁶⁴. La realizzazione dello "Stato di diritto", infatti, rappresenta una realtà inseparabile dal processo di formazione dello Stato moderno e qualcosa di imprescindibile rispetto all'accentramento giuridico. Ritenere lo "Stato di diritto" la modalità di garanzia dei diritti individuali impedisce di cogliere come esso, invece, comporti un superamento del diritto naturale che è, invece, il vero baluardo contro ogni tipo di assolutismo politico.

Da queste considerazioni muove la critica libertaria nei confronti dello "Stato di diritto". Questo è ben lungi dall'essere uno strumento a difesa degli inviolabili diritti di libertà e di proprietà nei confronti del potere, perché è, di fatto, lo strumento con il quale quello stesso potere stabilisce le modalità legali per aggredire la libertà delle persone e attentare alla proprietà degli individui⁶⁵. Quanto lo "Stato di diritto" sia antagonista degli intangibili diritti di ogni individuo, per Rothbard, è dimostrato dal sostegno che la costruzione dello "Stato di diritto" riceve dalle teorie

⁶³ BENEDETTO XVI, Discorso alle autorità civili, Westminster Hall, City of Westminster, 17.9.2010, cit., p. 239 («the equality of all citizens before the law»).

⁶⁴ N. BOBBIO, *Diritto*, cit., p. 266.

⁶⁵ Cfr. C. LOTTIERI, *Il pensiero libertario contemporaneo*, cit., p. 205-206.

giuspositivistiche. Come il ricorso al diritto naturale metterebbe in seria crisi l'attività legislativa, così il diritto positivo costituisce l'insostituibile teoria di supporto dello "Stato di diritto".

La esiziale critica che il filosofo libertario americano muoveva allo "Stato di diritto" (e a quella versione della "*rule of law*" corrispondente ad esso) riguarda la violenza e la sopraffazione. Per evitare ogni sopruso, lo Stato e la sua legge non sono solo insufficienti: nel corso della storia, in realtà, sono proprio lo Stato e la sua legge ad essersi dimostrati la massima forma di violenza e la più estesa modalità di sopraffazione. La condanna della coartazione, pertanto, non può affidarsi alla legge positiva.

Occorre ricordare che il pilastro del pensiero libertario – tanto nel suo fondamento propriamente etico quanto nel coerente risvolto di filosofia politica – è il cosiddetto "assioma di non aggressione". Il principio è, in modo elementare, così spiegato dallo stesso Rothbard: «nessuno può aggredire la persona o la proprietà altrui»⁶⁶.

Pertanto, solo l'ancoraggio al diritto naturale può adeguatamente impedire ogni forma di coercizione: «dal momento che il diritto naturale – scriveva ancora Rothbard – è congedato come una specie di cavillo senza importanza, allora ovviamente si può discutere solamente la *forma* della legge piuttosto che il contenuto: cioè a dire che tutti siamo uguali dinanzi a qualsiasi legge»⁶⁷.

Un episodio rivelativo dell'obiezione al carattere formale di ciò che si intende per "Stato di diritto" è la presa di posizione del giovane Rothbard nei riguardi di Friedrich August von Hayek (1899-1992). Per quanto entrambi gli studiosi appartenessero alla Scuola Austriaca, riconoscendosi nel cosiddetto "individualismo metodologico"⁶⁸ e nel paradigma "marginalista"⁶⁹, tra i due non mancarono

⁶⁶ M.N. ROTHBARD, *Per una nuova libertà. Il manifesto libertario*, cit., p. 39.

⁶⁷ M.N. ROTHBARD, *Diritto, natura e ragione. Scritti inediti versus Hayek, Mises, Strauss e Polanyi*, a cura di Roberta A. Modugno, Rubbettino, Soveria Mannelli (Catanzaro) 2005, p. 79.

⁶⁸ La formula viene spesso equivocata in forza di un pregiudizio morale o religioso. Lungi dal considerare questo "individualismo" sinonimo di egoismo, tale metodo di analisi dei fenomeni sociali indica solo una precisa scelta epistemologica. L'"individualismo metodologico" intende opporsi al "collettivismo metodologico" spiegando come, per affrontare i fenomeni sociali, occorra partire non dagli enti collettivi, ma sempre ed unicamente dalle singole individualità personali.

⁶⁹ Al viennese Carl Menger (1840-1921) viene ricondotto il paradigma economico che sviluppa tutti i suoi aspetti a partire dalla centralità dell'individuo e che si esprime nel mettere a fondamento delle scienze sociali ed economiche le azioni umane e le scelte individuali. Questa impostazione, successivamente definita "marginalismo", darà luogo – a partire da un testo di

differenziazioni e polemiche.

Ebbene, recensendo *The Constitution of Liberty*⁷⁰, Rothbard criticò duramente la concezione che Hayek manifestava della *Rule of law*⁷¹. Nonostante si tratti di uno scritto giovanile, Rothbard esprimeva in questo confronto con l'illustre economista una sorprendente maturità di pensiero e una singolare profondità di giudizio. Hayek era già un cattedratico di fama internazionale, mentre Rothbard, trentenne, aveva solo da un anno terminato il Ph.D. Pur trattandosi di uno scritto minore⁷², questo *memorandum* mette in luce delle differenze paradigmatiche tra i due studiosi e ci consente di andare dritto al cuore di ciò che per il libertario Rothbard rendeva inaccettabile lo "Stato di diritto": l'idea che, grazie a questo, la coercizione sia non allontanata, ma resa sempre più ordinaria dalla produzione legislativa dello Stato.

Attraverso la critica che Rothbard mosse ad Hayek possiamo investigare alcuni altri aspetti attinenti al nostro argomento.

Criticando la definizione che Hayek dava alla coercizione, Rothbard recuperava il significato più preciso ed efficace per il quale la coercizione è semplicemente l'adozione o la minaccia della violenza (cioè della forza ingiusta) contro qualcuno o contro la sua proprietà⁷³. Hayek, nonostante avesse definito correttamente la libertà come «l'indipendenza dall'arbitraria volontà di un altro»⁷⁴, aveva poi sostenuto che «non si può evitare del tutto la coercizione [...]. La società libera ha risolto questo problema conferendo allo Stato il monopolio della coercizione»⁷⁵.

Rothbard insorgeva contro il ragionamento di Hayek perché "il monopolio della

Menger del 1871, *Grundsätze der Volkswirtschaftslehre* – ad una vera e propria "rivoluzione" scientifica nel campo economico perché ribaltava i paradigmi classici e matematici e si concentrava sulle preferenze soggettive (le "utilità marginali") come elemento essenziale di base.

⁷⁰ Si tratta di una delle opere più note di Hayek che il premio Nobel per l'economia scrisse nel 1960, nel centenario di *On Liberty* di John Stuart Mill (1806-1873). L'edizione italiana del libro di Hayek è stata pubblicata con un diverso titolo: *La società libera*.

⁷¹ A cavallo tra il 1957 e il 1958, da parte del Volker Fund, a Rothbard venne commissionata la stesura di un parere del manoscritto del testo di Hayek. Il Volker Fund, infatti, si accingeva ad erogare un contributo per l'opera di Hayek (il cui libro uscirà nel 1960).

⁷² La pubblicazione è stata resa possibile grazie ad una studiosa romana: R.A. MODUGNO (edited by), *Murray N. Rothbard vs. the Philosophers. Unpublished writings on Hayek, Mises, Strauss and Polanyi*, Ludwig von Mises Institute, Auburn (Alabama) 2009. A Roberta Modugno si deve anche la successiva traduzione in italiano.

⁷³ Cfr. M.N. ROTHBARD, *L'etica della libertà*, Liberilibri, Macerata 2000, p. 347.

⁷⁴ F.A. von HAYEK, *La società libera*, cit., p. 70.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 85.

coercizione” che lo Stato attribuisce a sé rappresenta la condizione di maggiore limitazione alle libertà individuali⁷⁶. Ma per Hayek sarebbe sufficiente che la coercizione statale avesse ad oggetto regole astratte e generali, che possano essere conosciute da tutti in anticipo e che debbano essere applicate a tutti allo stesso modo perché la coercizione sia da considerarsi legittima e giustificata⁷⁷. È questo carattere astratto e generale delle leggi⁷⁸ a rappresentare il cuore stesso dello “Stato di diritto”⁷⁹.

Il carattere astratto e generale delle leggi è un’altra eredità lasciata da Rousseau che nel *Contrat social* aveva scritto: «quando dico che l’oggetto delle leggi è sempre generale, intendo dire che la legge considera i sudditi come un corpo solo e le azioni come astratte, mai un uomo in quanto un individuo, né una particolare azione in se stessa. In tal modo la legge può certamente stabilire che vi saranno dei privilegi, ma non ne può conferire a una determinata persona, la legge può fissare parecchie classi di cittadini e stabilire anche i requisiti che permetteranno l’accesso a queste classi, ma non può indicare determinati individui perché vi siano ammessi: può stabilire un governo regio e il principio della successione ereditaria, ma non può eleggere un re, né nominare una famiglia reale: in una parola ogni funzione che abbia riferimento a un oggetto particolare non appartiene al potere legislativo»⁸⁰.

Rothbard non poteva accettare né le premesse di Rousseau né le applicazioni di Hayek. Non si può accettare, in altri termini, che «la coercizione viene eliminata, o addirittura *non esiste*, se gli editti sostenuti dalla violenza non sono personali e arbitrari, ma si presentano sotto forma di regole universali e generali, conoscibili in anticipo a tutti (lo “Stato di diritto”)»⁸¹. Nel *memorandum* del 1958 aveva anticipato l’obiezione con parole simili: «Hayek afferma esplicitamente che se un atto governativo è posto in anticipo come regola generale, cosicché il soggetto possa prevederlo, allora, *qualunque esso sia*, non sarebbe coercizione [...]. Da questo segue la smodata passione di Hayek per lo “Stato di diritto” e per l’uguaglianza davanti alla

⁷⁶ Cfr. M.N. ROTHBARD, *L’etica della libertà*, Liberilibri, Macerata 2000, p. 347.

⁷⁷ Cfr. F.A. von HAYEK, *La società libera*, cit., p. 264s.

⁷⁸ Cfr. N. MATTEUCCI, *Lo Stato moderno. Lessico e percorsi*, Il Mulino, Bologna 2011, p. 15.

⁷⁹ Cfr. F.A. von HAYEK, *Legge, legislazione e libertà*, Il Saggiatore, Milano 2010, p. 246; cfr. F.A. von HAYEK, *Liberalismo*, in ISTITUTO della ENCICLOPEDIA ITALIANA, *Enciclopedia del Novecento*, Roma 1978, vol. III, p. 982-993; cfr. F.A. von HAYEK, *Nuovi studi di filosofia, politica, economia e storia delle idee*, Armando, Roma 1988, p. 134-167.

⁸⁰ J.J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, cit., p. 750 (libro II, cap. VI).

⁸¹ M.N. ROTHBARD, *L’etica della libertà*, cit., p. 356.

legge, che venera fino ad escludere tutti gli altri e più importanti aspetti della libertà»⁸².

Dalle critiche mosse da Rothbard emerge tutta la distanza tra libertarismo e costituzionalismo liberale (così come tra il primo e la Dottrina Sociale della Chiesa) perché la tendenza liberale a coniugare libertà e “Stato di diritto”⁸³ risulta insostenibile agli occhi di quegli studiosi che considerano l’apparato dello Stato la principale forma di coercizione, principale in quanto realizzata per via legale.

Anche il nostro Luigi Einaudi (1874-1961) accentuava il valore della legge (il cittadino «deve ubbidienza alla legge; ma a nessun altro fuori che alla legge»⁸⁴) all’interno della cornice dello “Stato di diritto” che per il liberale torinese equivaleva «all’impero della legge»⁸⁵. Legge («impero della legge» e «ubbidienza alla legge») e “Stato di diritto” hanno, per Einaudi, una connotazione largamente positiva perché queste realtà dovrebbero consentire a chiunque di essere dinanzi ad «una norma nota e chiara, che non può essere mutata per arbitrio da nessun uomo, sia esso il primo dello Stato»⁸⁶. In Einaudi, però, sembra mancare la domanda circa il fondamento della legge. Ciò comporta l’eventualità che lo stesso Stato sia tautologicamente fondato su se stesso finendo, quindi, con l’essere autore di un arbitrio perfettamente legale. A differenza dell’impostazione di Rothbard, per il pensatore italiano lo “Stato di diritto” viene concepito – coerentemente con una concezione ottocentesca dello Stato (concezione che perciò è stata spesso, benché approssimativamente, definita “liberale”) – come l’unica garanzia dei singoli diritti individuali.

È da notare, allora, che l’esistenza dello Stato e delle sue norme non costituirà la principale differenza tra liberali e socialisti: come per il socialista, anche per il liberale la legge dello Stato rappresenta un elemento indubitabile. Einaudi – a differenza dell’impostazione libertaria – ribadiva che libertà non significava “assenza dello Stato”⁸⁷ perché «liberalismo non vuol dire assenza di vincoli statali, di norme

⁸² M.N. ROTHBARD, *Diritto, natura e ragione. Scritti inediti versus Hayek, Mises, Strauss e Polanyi*, cit., p. 79.

⁸³ Cfr. C. LOTTIERI, *Il pensiero libertario contemporaneo*, Liberilibri, Macerata 2001, p. 98.

⁸⁴ L. EINAUDI, *Memorandum*, a cura di Giuseppe Berta, con un saggio di Norberto Bobbio, Marsilio, Venezia 1994, p. 45.

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ Cfr. L. EINAUDI, *Prediche inutili*, Einaudi, Torino 1959, p. 217.

coattive»⁸⁸.

In una nota pagina, lo statista italiano individua le distinzioni tra i due progetti sociali in maniera diversa e le descrive in questo modo: «l'uomo liberale vuole porre norme, osservando le quali risparmiatori, proprietari, imprenditori, lavoratori possano liberamente operare, laddove l'uomo socialista vuole soprattutto dare un indirizzo, una direttiva all'opera dei risparmiatori, proprietari, imprenditori, lavoratori anzidetti. Il liberale pone la cornice, traccia i limiti dell'operare economico, il socialista indica o ordina le maniere dell'operare»⁸⁹. Per Einaudi, quindi, l'«uomo liberale» – pur senza creare alcuna possibilità di confusione con le tesi dell'«uomo socialista» – non sposa la tesi dello Stato assente. Lo Stato è, allora, ricercato perché offra quella sicurezza di legge in cui è possibile operare con libertà: allo Stato, quindi, spetterebbe porre la cornice legale.

Dobbiamo, però, necessariamente sollevare un'altra fondamentale questione che investe il monopolio del diritto quale una delle principali caratteristiche dello Stato⁹⁰. Ogni decentramento e ogni policentrismo è stato considerato non solo una sopravvivenza del passato, ma un rischio per l'integrità del corpo politico. Il giurista cattolico Giuseppe Capograssi (1889-1956) così commentava l'opera di “semplificazione” e di *reductio ad unum* della complessità delle fonti del diritto: «non si può negare che il concetto, il quale è stato fino a qualche tempo fa tenacemente affermato dalla scienza giuridica, che cioè solo la norma emanata e applicata dallo Stato è norma giuridica, fosse un concetto preciso e chiaro. Questo concetto aveva il pregio singolare di fornire un segno preciso del diritto, dava la certezza del diritto, e del diritto che doveva essere obbedito. Quella specie di semplicismo che riduceva il diritto al diritto dello Stato, dispensava da ogni ricerca e forniva pronto e netto l'oggetto di ogni speculazione sul diritto. Dopo le incertezze di altre epoche, nelle quali i più vari diritti si incontravano e si combattevano, sembrava questo ed era un vero progresso: con un solo sguardo, per così dire, si abbracciava tutto il diritto di un'epoca. Bastava mettersi dal punto di prospettiva dello Stato e tener di mira il tribunale dello Stato: ogni incertezza era rimossa»⁹¹.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 397.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 222.

⁹⁰ P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano 2001, p. 26s.

⁹¹ G. CAPOGRASSI, *Studi sull'esperienza giuridica* (1932), in IDEM, *Opere. Volume II*, Giuffrè, Milano 1959, p. 213.

La descrizione di questa opera di “progresso”, però, suscita immediatamente due pensieri. Il primo è relativo al passato ed alla possibilità di un diritto che si sia tranquillamente realizzato senza Stato. Anche solo in linea di principio, è, quindi, possibile che vi sia un diritto che si sviluppi senza ciò che chiamiamo Stato. Il secondo è relativo al disboscamento, alla desertificazione sociale che tale processo ha comportato. È, infatti, impossibile un accentramento giurisprudenziale senza una rarefazione della pluralità dei corpi sociali. Alla pluralità di ordini giuridici subentra un monismo giuridico che spesso prelude al monismo totalitario⁹². Con il pensatore e teologo Heinrich Emil Brunner (1889-1966) si può, perciò, sostenere che lo Stato totalitario comporta la piena libertà di chiamare diritto quello che vuole senza riconoscere nessuna legittima pretesa originaria né dell’individuo né dei gruppi sociali⁹³.

A non pochi liberali è mancata la consapevolezza di come lo “Stato di diritto” sia, pertanto, la negazione di quella pluralità di ordini giuridici di cui la società si alimenta nel suo lungo cammino. Viceversa, l’accentramento del diritto ha fatto dello Stato l’unico soggetto giuridico che conduce l’autorità politica a regolamentare tutti gli aspetti della vita delle persone. Lo “Stato di diritto” porta ad esautorare ogni sistema normativo dotato di indipendenza e di vita autonoma, destituendo ogni possibilità di diritto decentrato e policentrico e concentrando a livelli sempre maggiori (prima statali e poi sovrastatali ed internazionali) le prerogative legislative. Lo “Stato di diritto” è l’esito di un lungo processo di inglobamento del diritto all’interno delle istituzioni politiche, un assorbimento che distrugge ogni poliarchia giuridica e concede allo Stato il monopolio della legge e degli ordinamenti⁹⁴.

In questo modo il diritto privato scompare a tutto vantaggio del diritto pubblico e i contratti privati (condomini, ordini professionali, casse di previdenza ed ogni tipo di negozi volontari) perdono il carattere originario (e originante il diritto) e la loro autonomia; essi non trovano alcuno spazio se non quello concesso dalla legge dello Stato. In questo modo si realizza il completo assorbimento del diritto privato in quello pubblico⁹⁵.

⁹² Cfr. J. P. GALVAO de SOUSA, *La rappresentanza politica*, cit., p. 216.

⁹³ Cfr. E. BRUNNER, *Justice and the Social Order*, The Lutterworth Press, Cambridge 2002, p. 180.

⁹⁴ Cfr. C. LOTTIERI, *Le ragioni del diritto. Libertà individuale e ordine giuridico nel pensiero di Bruno Leoni*, cit., p. 368.

⁹⁵ Cfr. G. DE RUGGIERO, *Storia del liberalismo europeo*, Laterza, Bari 2003, p. 387; cfr. F.A.

Questa opera di modificazione di quel diritto che le società naturali esprimevano fa del potere legislativo qualcosa di *poietico*⁹⁶. Ciò perché l'ordine politico non riconosce un diritto preesistente in quanto stratificato nella società e nella consuetudine (*customary law*), ma, ribaltando il rapporto di causalità, il diritto viene sottomesso alle esigenze della legge positiva (*civil law*). Si crea, perciò, un diritto (positivo) nuovo rispetto a quello antico e consuetudinario. Se la caratteristica del diritto nuovo e positivo è quello di essere "creato", il diritto antico andava, piuttosto, solo "scoperto" e riconosciuto⁹⁷.

A proposito del diritto "creato" (anziché semplicemente "riconosciuto"), il grande giurista francese Georges Ripert (1880-1958) – autore anche di *Le régime démocratique et le droit civil* (1936) – nel 1949, nella sua opera *Le déclin du droit*, a proposito del nuovo diritto scaturito dalla rivoluzione del 1789, scriveva: «questo preteso trasferimento di sovranità nasconde una finzione. Mai il re di Francia ebbe un potere legislativo comparabile a quello di un Parlamento moderno. Si può prescindere dal ricordare per quali ragioni storiche egli era vincolato a condividere la sovranità con altri. Basta verificare che egli non osava toccare il diritto civile»⁹⁸. Un "trasferimento" del potere, quindi, e un suo potenzialmente smisurato accrescimento. Tutt'altro che una sua riduzione. Oltretutto questo "passaggio" doveva poggiare su una legittimazione superiore che si compiva nel nome della Nazione o del Popolo o della *volonté générale* – realtà tutte che assumono un carattere assoluto di per se stesse. Lo Stato, così, sciolto dai limiti di una giustizia esterna a sé, è definitivamente *legibus solutus* e diviene vero autore del diritto e unico creatore di ciò che è giusto. Le premesse dello "Stato etico" sono, perciò, necessariamente contenute in un diritto inteso quale pura promanazione dello Stato.

von HAYEK, *Legge, legislazione e libertà*, Il Saggiatore, Milano 2010, pp. 176s.

⁹⁶ Cfr. M.N. ROTHBARD, *Per una nuova libertà. Il manifesto libertario*, cit., p. 309; cfr. GALVAO de SOUSA, *La rappresentanza politica*, cit., pp. 182-183.

⁹⁷ «Il giurista romano era una specie di scienziato: gli oggetti della sua ricerca erano le cause che i cittadini sottoponevano al suo studio, proprio come gli industriali oggi potrebbero sottoporre a un fisico o a un ingegnere un problema tecnico dei loro impianti o della loro produzione. Perciò il diritto privato romano era qualcosa che doveva essere descritto o scoperto, non qualcosa che doveva essere decretato [...]. Nessuno promulgava queste leggi, e nessuno poteva cambiarle esercitando il suo arbitrio personale. Questo non significava immutabilità: ma certamente nessuno andava a letto la sera facendo i suoi progetti sulla base di una norma esistente, solo per alzarsi la mattina dopo e scoprire che la regola era stata rovesciata da una innovazione legislativa» (B. LEONI, *La libertà e la legge*, cit., p. 95).

⁹⁸ Cit. in GALVAO de SOUSA, *La rappresentanza politica*, cit., p. 222.

L'idea del "Rechtsstaat", che era nata in ambito illuministico, finisce, quindi, col condurre ad un'incertezza ancora più profonda di quella da cui si partiva: evitare l'arbitrio del sovrano assoluto, riconoscendo un potere ancora più esteso a chi avrebbe avuto la decisione di emanare le norme, non ha consentito alcuna sostanziale tutela dei diritti⁹⁹. In questo modo, la certezza del diritto si è trovata disattivata e appiattita sulla volontà legislativa dello Stato¹⁰⁰.

Paradossalmente quindi, è proprio il moderno "Stato di diritto" a determinare il declino del diritto che si compie nel tramonto della giustizia quale fondamento della legge. Un tramonto segnato dal fatto che il principio su cui si basa lo Stato è esclusivamente la legge che lo Stato stesso crea e promulga. In questo senso, il grande giurista francese Georges Ripert (1880-1958) parlava di *Le déclin du droit*. Riferendosi alle considerazioni di Ripert, Hayek¹⁰¹ ne riproponeva le conclusioni: «più che ad altri dobbiamo dare colpa ai giuristi. Sono stati loro che per mezzo secolo hanno minato il concetto dei diritti individuali; senza rendersi conto del fatto che così lasciavano quei diritti all'onnipotenza del potere pubblico. Alcuni di essi volevano mostrarsi progressisti, mentre altri credevano di star riscoprendo la dottrina tradizionale cancellata dall'individualismo liberale del secolo XIX»¹⁰².

Se è vero che lo "Stato di diritto" assomiglia tanto ad un giudice che cambia le leggi a propria utilità o ad un arbitro che muta le regole secondo la propria convenienza, si comprende come basti la maggioranza parlamentare per trasformare in legge ciò che spesso è il contrario della giustizia. Nello "Stato di diritto" basta, infatti, la sola forza numerica perché sia considerata lecita ogni tassazione, ogni forma di aggressione alla libertà individuale, ogni ridimensionamento della proprietà privata; è sufficiente che tutto ciò sia formalmente corretto attraverso un procedimento legislativo. Anche per chi non volesse giungere alle conclusioni libertarie, occorre,

⁹⁹ Cfr. F.A. von HAYEK, *Legge, legislazione e libertà*, cit., p. 5.

¹⁰⁰ Leoni (che certo non era un reazionario) riportava un giudizio circa l'effetto tutt'altro che rassicurante apportato dai nuovi ordinamenti democratici nei confronti dei diritti individuali: «non ci fu mai un periodo negli annali dell'umanità in cui tutti e ciascuno di questi diritti furono tanto insicuri, si potrebbe quasi dire completamente inesistenti, come al culmine della Rivoluzione francese» (Cit. in B. LEONI, *La libertà e la legge*, cit., p. 80).

¹⁰¹ Dal titolo dell'opera del giurista francese, Hayek prenderà ispirazione per dare il titolo ad uno dei capitoli de *The Constitution of Liberty*. Si tratta del 16° capitolo del testo («Il declino del diritto»), l'ultimo della seconda parte dedicata alla libertà e la legge: cfr. F.A. von HAYEK, *La società libera*, cit., pp. 425 s.

¹⁰² Cit. in F.A. von HAYEK, *La società libera*, cit., p. 450.

comunque, riconoscere che lo “Stato di diritto” non ha potuto evitare gli esiti totalitari, tante volte racchiusi proprio nell’aspetto più democratico dello Stato tale qual è il potere legislativo¹⁰³.

Occorrerebbe interrogarsi anche sulla crescita abnorme della produzione legislativa. Se i diritti individuali fossero davvero tutelati dalle norme, allora il numero sempre più alto di leggi dovrebbe essere proporzionale al rispetto effettivo delle libertà personali. L’esperienza dimostra che lo “Stato di diritto” è abile nell’inflazione legislativa, senza che ciò rappresenti alcun potenziamento reale della libertà.

È noto che Cicerone e Tacito ritenevano l’elevato numero delle leggi sintomo di ingiustizia – «*corruptissima re publica, plurimae leges*» – per cui lo Stato più è corrotto e più legifera. Con loro, anche Leoni ha sostenuto che tanto più è portentoso il processo legislativo tanto più è a rischio la libertà¹⁰⁴, perché è proprio la «bulimia legislativa»¹⁰⁵ a compromette ogni certezza del diritto¹⁰⁶.

D’altra parte, è impossibile non collegare la libertà al tema della democrazia e questo allo “Stato di diritto”. «Ogni regime democratico fondato sulla regola della maggioranza – scrive un noto giurista italiano – introduce nel mondo del diritto un elemento di artificialità. Il diritto prodotto dalla volontà maggioritaria non è predeterminabile nei suoi contenuti come non sono predeterminabili le maggioranze che lo producono, ma è espressione di imprevedibili e non predeterminabili “indirizzi politici” per la determinazione dei quali si svolge la lotta tra le parti politiche in strutture *ad hoc* previste dalla Costituzione. Il diritto naturale, in quanto affermazione di un ordine dato come giusto ed incontrovertibile, non sarebbe compatibile con la democrazia nel senso oggi possibile, che è invece legata all’opinabilità e al contrasto tra progetti, dunque alla “relatività”»¹⁰⁷.

La democrazia è, inevitabilmente, antitetica al diritto naturale e ordinaria alleata del processo di positivizzazione e statalizzazione del diritto. Si potrebbe anche dire che se il diritto naturale, mirando alla giustizia, guarda con sospetto alla legge (ed alla

¹⁰³ Cfr. N. MATTEUCCI, *Lo Stato moderno. Lessico e percorsi*, Il Mulino, Bologna 2011, p. 162.

¹⁰⁴ Cfr. B. LEONI, *Collettivismo e libertà economica. Editoriali “militanti” (1949-1967)*, prefazione di Carlo Callieri, Rubbettino, Soveria Mannelli (Catanzaro) 2007, p. 111s.

¹⁰⁵ S. CARRUBBA, *La cultura liberale in Italia*. IBL Occasional Paper n. 19, Istituto Bruno Leoni, Torino 2005, p. 6.

¹⁰⁶ Cfr. B. LEONI, *La libertà e la legge*, cit., p. 106.

¹⁰⁷ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Einaudi, Torino 1992, p. 99.

produzione legislativa), la democrazia non potrebbe instaurarsi senza la marginalizzazione del diritto naturale. Per realizzare quest'ultimo intento, niente è più efficace che la sostituzione del *common law* con il *civil law* o, per essere più chiari, la sostituzione della ricerca della giustizia con la creazione delle leggi.

Osservazioni conclusive

Il pericolo che il moderno costituzionalismo non ha saputo individuare è stato ben messo in luce dalla tradizione giusnaturalista libertaria. Ed anche l'adeguamento alle categorie politiche più convenzionali in cui scivola l'insegnamento sociale della Chiesa non sembra affatto appartenere al pensiero libertario che, al contrario, ha saputo essere indenne dalle sirene del *politically correct*. L'incapacità che la Dottrina Sociale della Chiesa dimostra nel non comprendere l'ambiguità contenuta nel moderno "Stato di diritto" viene, invece, acutamente messa in luce dalla riflessione libertaria di Rothbard.

La stima del filosofo sociale americano nei confronti di Leoni è dimostrata dalle numerose citazioni del «giurista libertario italiano»¹⁰⁸ presenti nei testi di Rothbard. Anche per ciò che concerne lo "Stato di diritto", Rothbard fece appello a Leoni il quale scorgeva nella quantità della legislazione e nella centralizzazione di questo processo una pesante ipoteca alla libertà individuale. «La storia prova – scriveva Leoni – che la legislazione non costituisce un'appropriata alternativa all'arbitrio, ma che spesso concentra gli ordini vessatori dei tiranni o di maggioranze arroganti contro tutti i processi spontanei»¹⁰⁹. Ogni paladino della libertà non può non coltivare il timore verso lo "Stato di diritto" dei legislatori e dei burocrati non meno di come avviene verso lo Stato forte dei governanti e dei funzionari. La libertà non solo non è protetta dalla legge, ma è resa insicura proprio dalla volubile legislazione ancorata alla volontà di coloro che ne detengono le leve, o perché più numerosi o semplicemente perché più forti.

La realizzazione dello "Stato di diritto", invocato già dal secolo XVIII come argine all'abuso del potere, trovò sintesi nella nota definizione di libertà offerta dal barone Montesquieu (1689-1755). Ma se la libertà è fare tutto ciò che la legge non proibisce,

¹⁰⁸ M.N. ROTHBARD, *Per una nuova libertà. Il manifesto libertario*, Liberilibri, Macerata 2004, p. 308.

¹⁰⁹ B. LEONI, *La libertà e la legge*, cit., p. 171.

come sosteneva l'autore dell'*Esprit des lois*¹¹⁰, la misura della libertà diventerebbe totalmente dipendente da ciò che la legge dello Stato può stabilire o può negare. In questo modo proprio la proclamazione dello "Stato di diritto" con le sue zone d'ombra potrebbe essere il più formidabile impedimento per l'esercizio dei più naturali diritti individuali.

La classica obiezione mossa alla filosofia libertaria è quella di promuovere una società senza regole e senza leggi. Ma si tratta di un fraintendimento. Ed anche clamoroso considerando il fulcro dell'etica libertaria secondo cui a nessuno (quindi neanche alla legge) è consentito calpestare quei diritti che l'uomo riceve dalla natura¹¹¹. Il fulcro dell'etica libertaria si compendia nel diniego assoluto di ogni coercizione¹¹². Questo presupposto può mai essere considerato la fine dell'ordine? O, piuttosto, dev'essere valutato come la strada maestra per il rispetto del diritto? L'ipotesi libertaria di "diritto senza coercizione di Stato"¹¹³ prelude non alla società senza giustizia, ma, al contrario, semplicemente al «diritto e libertà senza potere»¹¹⁴. Il pregiudizio ricorrente nei confronti della filosofia giuridica libertaria può essere facilmente superato comprendendo come essa proponga il contrario di ciò che le si attribuisce: non l'assenza di norme, ma il perseguimento della giustizia che spesso proprio le norme politiche compromettono.

In questo senso anche il maestro di Rothbard, l'altro grande pensatore austriaco Ludwig von Mises (1881-1973), descriveva lo "Stato di diritto" (e il *Welfare State*

¹¹⁰ Cfr. C. de SECONDAT barone di MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, a cura di Sergio Cotta, UTET, Torino 1996, volume 1, p. 273 (libro XI, capo III).

¹¹¹ Scriveva il filosofo americano Robert Nozick (1938-2002): «gli individui hanno diritti: ci sono cose che nessuno, persona o gruppo, può fare loro (senza violare i diritti). Tale è la forza e la portata di questi diritti da sollevare il problema di che cosa lo Stato e suoi funzionari possono fare, se qualcosa possono. Quanto spazio lasciano allo Stato i diritti degli individui?» (R. NOZICK, *Anarchia, Stato e Utopia*, presentazione di Sebastiano Maffettone, Il Saggiatore, Milano 2000, p. 17).

¹¹² «Nessun uomo può usare per primo la forza fisica contro gli altri [...]. Gli uomini hanno il diritto di utilizzare la forza fisica solo come autodifesa e solo contro coloro i quali hanno dato inizio all'uso della violenza» (A. RAND, *La virtù dell'egoismo. Un concetto nuovo di egoismo*, a cura di Nicola Iannello, Liberilibri, Macerata 2010, p. 44-45).

¹¹³ Cfr. G. PIOMBINI, *Prima dello stato. Il medioevo della libertà*, Faccio Editore, Treviglio 2004, p. 24-27.

¹¹⁴ R. CUBEDDU, *Atlante del liberalismo*, Ideazione, Roma 1997, p. 64; cfr. R. CUBEDDU, *Legge naturale o diritti naturali? Alcune questioni di filosofia politica liberale*, Istituto Acton, Roma 2004, p. 22; cfr. M.N. ROTHBARD, *Società senza Stato* (scritto del 1978), in M.N. ROTHBARD, *La libertà dei libertari*, a cura di Roberta A. Modugno Crocetta, Rubbettino, Soveria Mannelli 2000, p. 50.

come suo esito) quale preludio della fine della civiltà basata sui diritti individuali¹¹⁵. Infatti, la libertà individuale è facilmente oltraggiabile se è in balia della volontà di maggioranze mutevoli che possono avere più interesse ad accrescere alcuni benefici per una parte della società che preservare l'universale e naturale diritto di libertà e di proprietà¹¹⁶.

Così che la formula "Stato di diritto" si rivela nel suo effettivo contrario di "diritto di Stato" originando un diritto ormai totalmente in ostaggio della mutevole legislazione.

¹¹⁵ Cfr. L. von MISES, *Politica economica. Riflessioni per oggi e per domani*, introduzione di Lorenzo Infantino, Liberilibri, Macerata 2007, p. 93s.

¹¹⁶ Cfr. B. LEONI, *La libertà e la legge*, cit., p. 170.