

**BENEDETTO CROCE, IL DIRITTO E L'AVVOCATURA.
PER I 150 ANNI DALLA NASCITA DEL FILOSOFO¹**

di

Gaetano Esposito

(Ordine degli Avvocati di Napoli)

Abstract:

Report held at the convention "Benedetto Croce e il Diritto" held in Naples on 23.03.2017. The author analyzes the evolution of the philosophical juridical thinking of Benedetto Croce and his modernity.

Colleghi,

voglio rivolgere il mio ringraziamento all'associazione Officina Forense di cui mi onoro di far parte, ringrazio inoltre il Presidente della nostra gloriosa Biblioteca, avvocato Roberto Fiore e naturalmente ringrazio tutti voi che siete intervenuti.

Ringrazio gli insigni relatori e a un tempo chiedo ad essi perdono se, umile avvocato e semplice lettore, oso travalicare le mie conoscenze e inoltrarmi per terre ignote.

...

La teoria crociana del diritto prese il suo abbrivio da una crisi spirituale che maturò nel giovane Filosofo sin dagli anni della sua formazione intellettuale, crisi che rispecchiava quella inquietudine che, già sul finire dell'Ottocento, venne a turbare la coscienza giuridica, allorquando il positivismo mostrò i primi segni di decadimento.

Anche in Italia, infatti, in quegli anni, si registrarono i primi conati antipositivisti con quell' "idealismo critico", così battezzato dal filosofo Igino Petrone con la sua opera: *La fase recentissima della filosofia del diritto in Germania del 1895*.

¹ Testo della Relazione tenuta al Convegno "Benedetto Croce e il Diritto" tenutosi in Napoli il 23 marzo 2017.

E nel 1905, la pubblicazione dell'opera di Giorgio Del Vecchio: *I presupposti filosofici della nozione del diritto*, cui seguirono *Il concetto del diritto* nel 1906 e *Il concetto della natura e il principio del diritto* del 1908, segnò la rottura definitiva con il positivismo e l'approdo a una nuova visione del diritto che faceva rivivere quel diritto naturale che i positivisti avevano dichiarato morto da tempo.

In quel periodo di grande fermento culturale il giovane Croce non rimase indifferente ai problemi giuridici e alle polemiche che si agitavano dentro e fuori le accademie, e, studente "poco fervido" di giurisprudenza, come si definì, frequentatore annoiato dei salotti giuridici di suo zio, Silvio Spaventa, prese a meditare intorno al diritto.

Il giovane filosofo rinveniva nella filosofia del diritto errori concettuali, incertezze metodologiche e inesattezze terminologiche, inoltre osservava che nelle facoltà giuridiche la filosofia del diritto si era ridotta "a una specie di enciclopedia giuridica: un po' di diritto civile e penale, un po' di storia del diritto e qualche discussione politiceggiante sul divorzio, sulla ricerca della paternità e sul diritto al lavoro"².

In quel periodo di febbrile attività intellettuale, di intense e sterminate letture, le sue meditazioni intorno al Diritto trovarono la loro prima sistematizzazione nella Memoria letta all'Accademia pontaniana nel 1907 dal titolo significativo: *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia*.

In quell'opera precoce e geniale Croce denunciò la "condizione morbosa" che affliggeva la filosofia del diritto sin dai tempi di Tomasio e consistente nella incapacità di distinguere diritto e morale sulla base dei criteri tradizionali, come "esteriorità, forza, coazione e simili" che Egli giudicava inconsistenti quanto vaghi.

Quella incapacità era dovuta, a suo avviso, alla mancata elaborazione filosofica del concetto dell'Economia fondata sulla categoria dell'utile "quale momento autonomo della vita dello Spirito"³.

Ridotta nella sfera dell'Economia, l'attività giuridica si rivelava dunque "un'attività pratica che non è per sé né morale né immorale" ma "un'attività che, per se presa, è amorale o aetica"⁴.

² La Critica. Rivista di Letteratura, Storia e Filosofia, 5, 1907.

³ *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia*, Milano, 2016, pag. 35.

⁴ Cit., pag. 41.

L'immediata conseguenza di tale originale assunto era che l'azione giuridica si connotava come "azione tra le azioni degli altri individui, forza tra le forze delle circostanze date"⁵.

L'ulteriore, inevitabile conseguenza era che la filosofia del diritto non poteva essere "isolabile dall'organismo della filosofia" ed entro tale organismo non aveva autonomia, come poi chiarì nelle sue *Conversazioni critiche*⁶.

Quella ardita e geniale memoria del 1907 doveva essere soltanto il preludio alla più ampia rielaborazione della sua radicale teoria del diritto che giunse a piena maturazione nella *Filosofia della pratica*.

In quell'opera, che rappresenta il terzo volume della sua filosofia dello Spirito, Croce mise a nudo il dramma del concetto di legge, intrappolato in aporie insuperabili.

"La legge" – egli scrisse – "è un atto volitivo che ha per contenuto una serie o classe di azioni"⁷; è questo l'incipit della terza parte della *Filosofia della pratica*, destinata appunto al diritto.

La legge, dunque, in quanto volizione di una classe è volizione di un astratto ma volere astrattamente non è veramente volere, giacché si può volere solo in concreto.

Da questa premessa Croce perveniva alla conclusione che la legge è una "pretesa volizione", pertanto contraddittoria e ineffettuale. Essa è dunque "volizione non voluta, atto volitivo non reale ma irreal"⁸, perché ciò che veramente si vuole è l'atto singolo compiuto sotto la legge, cioè "l'esecuzione della legge"⁹.

La definizione della legge come volontà irreal comportava inesorabilmente la riduzione dell'ordinamento giuridico a un complesso di irrealità e questo irruppe come un fulmine nei cieli della teoria del diritto, che proprio allora andava costruendo il moderno concetto di ordinamento giuridico; penso a Vittorio Emanuele Orlando e al suo alunno Santi Romano.

Ma gli strali del Nostro filosofo contro il concetto di legge non erano terminati.

⁵ Cit., pag. 45.

⁶ *Conversazioni critiche*, I, Bari, 1918, pag. 244.

⁷ *Filosofia della pratica. Economica ed Etica*, Bari, 1957, pag. 319.

⁸ Cit. pag. 341.

⁹ Cit. pag. 341.

Dall'astrattezza della legge Egli ricavò l'incapacità della stessa di cristallizzare l'incessante fluire della realtà concreta e l'impossibilità di prevedere e disciplinare la varietà delle situazioni in cui gli uomini operano nella realtà.

Da qui l'inapplicabilità della legge al caso concreto, che, proprio in quanto concreto, mette in crisi il legislatore.

“Il caso reale”, scrisse nella *Filosofia della pratica*, “è sempre una sorpresa, qualcosa che accade una volta sola, e viene conosciuto, così com'è, solamente in quanto accade; e per il fatto nuovo occorre nuova misura”¹⁰.

Questa attenzione rivolta al caso reale è, a mio avviso, una straordinaria intuizione da parte di un filosofo idealista e si avverte in essa una remota anticipazione del realismo giuridico.

Non era solo l'irrealtà e la inapplicabilità che il Filosofo rinveniva nella legge ma altresì la sua mutevolezza, derivante dal suo contenuto “contingente e storico”¹¹.

Il carattere mutevole della legge non poteva che essere incompatibile con l'idea di un Diritto naturale che, eterno e immutabile, sovrasta insensibile il fluire incessante della storia.

Da convinto assertore dello storicismo, Croce fu sempre contrario al giusnaturalismo in tutte le sue forme e alla teoria dei diritti naturali soggettivi.

A suo avviso, infatti, se esistesse veramente un Codice eterno e immutabile si vedrebbe “concludersi la Storia, morire la Vita, disfarsi la Realtà”¹².

Procedendo in tal maniera non restava che porsi una domanda fondamentale: se la legge è irretita in queste insuperabili contraddizioni, se vive nel microcosmo di una irrealtà inoperante, a cosa servono allora le leggi?

Era la domanda che aveva assillato la filosofia fin dai tempi di Platone.

Croce, nonostante la sua teoria fosse radicale e critica verso il concetto di legge, fu sempre contrario a quelle correnti antiformalistiche che in quegli anni si andavano diffondendo in Europa, e, memore che la storia dell'uomo è segnata da lunghe e talvolta sanguinose battaglie per la legalità, a quella domanda cruciale Egli rispose che la legge, seppure contraddittoria e imperfetta, è pur sempre utile in quanto pre-

¹⁰ Cit. pag. 342.

¹¹ Cit. pag. 334.

¹² Cit. pag. 336.

paratoria alla volizione e dunque “aiuto alla volizione reale e perfetta”¹³, che si realizza nell’atto singolo.

Ci sarebbe da domandarsi come può una volizione astratta e irrealizzabile a orientare una volontà concreta ma a questa domanda risponderanno gli insigni relatori oggi presenti.

L’esposizione della teoria crociana del diritto non sarebbe completa senza accennare a quella che, a mio avviso, è la sua parte più viva e attuale: quella che indaga il rapporto che intercorre tra l’individuo e la legge e tra il giudice e la legge.

L’uno è il problema della libertà, l’altro quello dell’interpretazione.

Irriducibile assertore della libertà, Benedetto Croce negò sempre l’idea di un diritto basato sulla forza, e, nella Filosofia della pratica, affermò con vigore che “nessuna azione può essere mai costretta; ogni azione è libera perché lo Spirito è libertà”¹⁴.

Egli in tal modo costruiva il rapporto tra l’individuo e la legge non già sulla forza della norma ma sulla forza del consenso.

Croce riteneva che sia l’osservanza che l’inosservanza delle leggi avviene sempre liberamente, e, persino quando l’inosservanza è sanzionata dalla punizione, la pena “trova sempre di fronte a sé la libertà dell’individuo”, il quale potrà evitarla osservando la legge ovvero ribellandosi ad essa.

Dunque il rapporto tra legge e individuo è un rapporto tra due volontà che possono convergere e talvolta scontrarsi ma sempre liberamente.

Anche quando affrontò il rapporto del giudice con la legge, e dunque il problema dell’interpretazione giurisprudenziale, Croce seppe essere lungimirante.

Sebbene ritenesse che l’applicazione della norma non fosse un processo meramente conoscitivo ma un atto pratico “col quale il giudice non applica ma crea la legge nel caso singolo”¹⁵, Egli fu sempre attento che questa attività ermeneutica non si trasformasse in arbitrio del giudice.

Il Maestro non si lasciò sedurre dal movimento del Diritto libero che, proprio in quegli anni, si propagava in Europa, e, quando infatti recensì sulla sua rivista, *La Critica*, *La lotta per la scienza del diritto* di Kantorowicz, ricordò al giurista tedesco che nell’applicazione della legge c’è sempre un momento di libertà volitiva da parte del

¹³ Cit. pag. 347.

¹⁴ *Filosofia della Pratica. Economica ed Etica*, Napoli, 1996 pag. 320-321.

¹⁵ *La Critica. Rivista di Letteratura, Storia e Filosofia*, 37,1939.

giudice come c'è "sempre un momento di finzione, necessario per mantenere la legge e, nel tempo stesso, applicarla"¹⁶.

Quando poi si trovò a recensire *Il giudice e lo storico* di Piero Calamandrei, il filosofo profeticamente osservò che "la libertà del giudice è governata nel modo più severo dalla sua coscienza morale, la quale gli vieta, tra le altre cose, di usurpare l'ufficio specifico che è del legislatore"¹⁷.

In questo adesso giudiziario, tiranneggiato da derive giurisprudenziali e prassi distorsive, le parole del Maestro risuonano ancora di grande attualità.

L'interesse del Nostro filosofo per il diritto non si esaurì, come solitamente si crede, nelle due opere filosofiche che ho citato.

Croce continuò a intervenire dalle colonne della sua rivista sui problemi giuridici più disparati, con quegli articoli e quelle recensioni, talvolta polemiche, in cui il filosofo dimostrava di essere straordinariamente aggiornato e al corrente di ogni pubblicazione che avesse ad oggetto il diritto.

Quelle recensioni e quegli articoli non bisogna sottovalutarli perché rappresentano l'esplicazione della filosofia giuridica crociana e la sua applicazione ai particolari aspetti del diritto.

E così il Filosofo contestava al Del Vecchio che il richiamo ai principi generali del diritto, nel Codice civile allora vigente, non era un richiamo al diritto naturale ma alla "coscienza giuridica concreta"¹⁸, rimproverava al Bonfante che non c'è storia del diritto senza filosofia e ammoniva il Biondi che non si può separare la scienza del diritto dalla pratica e dalla politica, in nome di quella unità di metodo, "armonia della filosofia, della scienza del diritto e della politica", che era ed è rimasta un'utopia intransigibile.

Giunti a questo punto, colleghi, non resta che chiederci, usando un'espressione cara al Maestro: che cosa è vivo e che cosa è morto della teoria crociana del diritto?

Non sarò certo io a rispondere a cospetto di tale consesso così qualificato, io voglio congedarmi da voi ponendovi un'altra domanda: perché oggi commemoriamo Benedetto Croce nella casa degli avvocati?

¹⁶ La Critica, cit., 6, 1908.

¹⁷ La Critica, cit., 37, 1939.

¹⁸ La Critica, cit., 19, 1921.

Un avvocato saggio ha detto che questo doveva essere il giorno della riconciliazione tra Croce e l'Avvocatura, perché non sempre il filosofo è stato generoso e giusto con noi avvocati.

Ma io vi invito a non soffermarvi su queste affermazioni tratte a caso dalle sue opere, leggete invece le pagine della *Storia del regno di Napoli* dedicate al grande avvocato Francesco D'Andrea e alla grandezza del ceto forense, leggete il ritratto appassionato, entusiasmante, del grande avvocato Giuseppe Poerio e di suo figlio Carlo in *Una famiglia di patrioti*, ricordate i rapporti costanti che Croce tenne con gli avvocati Enrico De Nicola ed Enrico Altavilla, suoi consiglieri nella risoluzione di delicati problemi costituzionali.

Noi avvocati amiamo Benedetto Croce incondizionatamente perché è stato il filosofo e l'apostolo di quella "religione della libertà" che è il nutrimento quotidiano della nostra toga; lo amiamo perché la sua prosa, dotta ed elegante, capace di sedurci proprio lì dove volevamo coglierlo in fallo, rappresenta per noi avvocati un modello assoluto di eloquenza e di stile; lo amiamo, infine, perché prima ancora di essere avvocati, giuristi, professori e filosofi, siamo cittadini di una Napoli che fu la sua ossessione di uomo e di studioso, una Napoli che Egli ci ha rivelato in tutta la sua segreta bellezza, lasciando a noi l'arduo compito di custodirla.