

Su *Freedom and the Law*

di Murray N. Rothbard

Mentre oggi in America esiste almeno un piccolo gruppo di economisti libertari, nelle altre discipline consacrate allo studio dell'azione umana la situazione è davvero triste. La maggior parte dei politologi, ad esempio, è impegnata nel costruire erronei "modelli" scientifici o nel registrare con grande enfasi le minutiae empiriche del lavoro della burocrazia governativa. La piccola minoranza dei filosofi politici (coloro che ancora sono alle prese con questioni fondamentali quali la natura e la corretta funzione dello Stato) inneggiano alle presunte glorie dell'Ordine, della Tradizione e della Comunità, del "salto nell'ontologia" e delle buone maniere, ma non dicono nulla sulla libertà dell'individuo. Questo diffuso miasma rende quanto mai benvenuta la pubblicazione di un'importante serie di lezioni tenute dal professor Bruno Leoni, eminente giurista e politologo dell'Università di Pavia, poiché si tratta di un giurista con forti inclinazioni libertarie. La principale tesi del professor Leoni è che anche gli economisti più fedeli al libero mercato hanno ritenuto, in modo del tutto imprudente, che le leggi debbano essere create dalla legislazione statale: ma Leoni mostra come questa concessione apra inevitabilmente la strada alla tirannia dello Stato sull'individuo. L'altra faccia della medaglia del crescente intervento statale nell'economia è da riconoscersi nel proliferare delle leggi, da cui è derivata l'inevitabile coercizione operata da una maggioranza sul resto della popolazione (o, più spesso, imposta da un'oligarchia di pseudo-rappresentanti di una maggioranza). Sottolineando tale relazione, Leoni offre una brillante critica dei recenti scritti di F. A. Hayek sul rule of law. In contrasto con ciò che sostiene Hayek, che chiede regole legislative generali al fine di contrastare i capricci di una burocrazia arbitraria o del "diritto amministrativo", Leoni sottolinea che la vera e fondamentale minaccia alla libertà individuale non si trova nell'ordinamento legislativo che rende possibile l'amministrazione. Egli dimostra che non basta avere norme generali applicabili ad ognuno e precedentemente scritte; poiché queste stesse norme possono - e generalmente avviene proprio così - invadere la nostra libertà.

Il grande contributo di Leoni sta nel mostrare ai nostri anche più fedeli teorici del *laissez-faire* che esiste un'alternativa alla tirannia della legislazione. Piuttosto che accettare il diritto amministrativo oppure la legislazione, Leoni chiede che si torni alle antiche tradizioni e ai principi del diritto giurisprudenziale ("judge-made law"), inteso quale metodo per limitare lo Stato e assicurare la libertà. Nel diritto privato romano, nei codici civili continentali e nella common law anglosassone, "diritto" non significava ciò che questa parola oggi ci dice: costante e interminabile processo di decretazione da parte delle assemblee legislative o del governo. Il "diritto" non era decretato ma scoperto o riscoperto; era un corpo di regole tradizionali che, come le lingue o le mode, era cresciuto all'interno del popolo in modo del tutto spontaneo e puramente per via volontaria. Queste regole spontanee costituivano "il diritto"; ed era grazie al lavoro di persone esperte in tale materia - gli anziani della comunità tribale, i giudici o gli avvocati - che si veniva a definire ciò che il diritto era e come esso dovesse essere applicato nelle numerose controversie che costantemente emergevano.

Se la legislazione fosse rimpiazzata da tale diritto consuetudinario, dice Leoni, la fissità e la certezza (una delle condizioni basilari per avere il rule of law) rimpiazzerebbero gli editti tanto facilmente modificabili della legislazione codificata. Il corpo del diritto consuetudinario muta molto lentamente; inoltre, poiché le decisioni giudiziarie possono avere luogo solo quando le parti conducono le loro controversie di fronte alle corti, e poiché le decisioni di queste ultime si applicano solo ai casi particolari, diversamente dalla legislazione il diritto consuetudinario permette che un ampio corpo di regole volontarie e liberamente adottate, di negoziazioni e di arbitrati proliferino quanto ciò è necessario alla società. Leoni mostra in modo molto brillante l'analogia che esiste tra queste libere norme e negoziazioni, che davvero esprimono la "volontà comune" di tutti i partecipanti, e gli scambi ed accordi volontari che hanno luogo sul mercato. Il fratello gemello dell'economia di mercato, allora, non è un governo democratico che non cessa mai di imporre nuovi

diktat alla società, ma semmai una proliferazione di regole volontarie interpretate ed applicate da esperti in campo giuridico.

Mentre Leoni resta vago ed incerto su quale sia la struttura che queste sue corti dovrebbero assumere, almeno egli indica la possibilità che si possano avere giudici e corti privati che competono tra loro. Di fronte alla domanda su chi nominerà i giudici, Leoni risponde con un altro interrogativo: chi ora “nomina” i principali dottori o scienziati? Essi non sono nominati, ma si guadagnano un’acettazione generale e volontaria sulla base dei loro meriti. Analogamente, anche se in alcuni passaggi Leoni accetta l’idea di una corte suprema statale che - lo ammette - diverrebbe essa stessa quasi un corpo legislativo, egli si esprime per la restaurazione dell’antico principio della separazione del governo dalle funzioni giudiziarie. Non vi fossero altre ragioni, l’opera del professor Leoni dovrebbe comunque essere molto apprezzata - in questa nostra epoca istupidita dallo Stato - da quanti vogliano raggiungere un’effettiva separazione dell’apparato statale dalla funzione giudiziaria.

Un grande limite della tesi di Leoni è da rinvenire nell’assenza di un criterio utile a definire il contenuto del diritto giurisprudenziale. È frutto di una felice circostanza storica di natura accidentale che una gran parte del diritto privato e della common law siano libertari, che essi elaborino strumenti atti a difendere la persona e la proprietà dei singoli di fronte ad una possibile “invasione”. Ma una buona parte del diritto del passato era anti-libertario, e certamente il costume non può essere sempre considerato coerente con la libertà. Dopo tutto, una consuetudine di antica origine può davvero essere un fragile baluardo; se vi sono costumi che opprimono la libertà, essi dovranno essere considerati una struttura legale permanente o comunque destinata a durare per secoli? Immaginiamo che un’antica regola decreti che le vergini debbano essere sacrificate agli dei nelle notti di luna piena o che quanti hanno i capelli rossi siano uccisi in quanto demoni: che fare in questi casi? Possono i nostri costumi essere soggetti ad una più alta verifica di carattere razionale? La common law contiene tali elementi anti-libertari, dalla norma sulle “cospirazioni” a quella sui “libelli sediziosi” (che mettono fuori legge le critiche indirizzate al governo), per lo più inseriti dai re e dai loro lacchè all’interno del diritto. E forse l’aspetto più debole del volume è la venerazione di Leoni per il diritto romano. Ma se il diritto romano era tale da garantire un paradiso di libertà, come si possono comprendere la tassazione opprimente, l’inflazione periodica e il degrado della moneta, la rete repressiva di controlli e di misure “assistenziali” e, infine, l’autorità senza limiti che caratterizzarono l’Impero Romano?

Leoni offre vari differenti criteri per valutare il contenuto del diritto, ma nessuno di essi pare adeguato. Uno è quello dell’unanimità. Mentre pare plausibile ad un’analisi superficiale, neppure l’esplicita unanimità è necessariamente libertaria. Supponiamo, ad esempio, che in un paese non ci siano musulmani e che unanimemente si decida - e ciò entri nel costume - che tutti i musulmani dovrebbero essere condannati a morte. Cosa si dovrebbe fare se, in seguito, alcuni musulmani dovessero apparire in quella terra? Come Leoni riconosce, inoltre, c’è il problema del criminale; certamente egli non si unisce ad un’azione comune volta a favorire la sua stessa punizione. Qui Leoni finisce per cadere nella contorta costruzione di un’unanimità implicita, sostenendo che per ciò che riguarda - ad esempio - l’omicidio o il furto, il criminale sarebbe d’accordo nell’attribuire una punizione se il criminale fosse qualunque altra persona; ma ciò significa che egli in realtà acconsente con la legge e riconosce che essa è giusta. Supponiamo però che tale criminale, o altri membri della comunità, abbiano la convinzione filosofica che taluni gruppi di persone (siano essi gli uomini dai capelli rossi, i musulmani, i proprietari terrieri, i capitalisti, i generali, o qualsiasi altro gruppo) meritino di essere uccisi. Se la vittima è un membro di uno di questi gruppi aborriti, allora né il criminale né altre persone che hanno questa convinzione accetteranno come giusta la norma generale che vieta l’omicidio o che decide la punizione di questo particolare assassino. Se viene fondata solo su queste basi, la teoria dell’unanimità implicita è destinata a cadere. Un secondo criterio esposto da Leoni in merito alla definizione del contenuto del diritto è la Regola Aurea negativa: “Non fare agli altri quello che non vorresti che gli altri facessero a te”. Ma anche questo non è sufficiente. In primo luogo, alcuni atti generalmente considerati criminali

supererebbero ancora il test della Regola Aurea negativa: nell'ipotesi in cui un sadomasochista torturi un'altra persona, poiché egli amerebbe venire torturato, sotto la Regola Aurea negativa il suo atto non potrebbe essere considerato criminale. D'altro lato la Regola Aurea è un criterio troppo ampio; molti atti che certamente non sono criminali sarebbero condannati come tali. La Regola, in effetti, decreta che gli uomini non dovrebbero mentire tra loro (nessuno vuole essere ingannato) e però ben pochi sosterebbero che ogni menzogna deve essere perseguita per legge. E poi sulla base della Regola Aurea si potrebbe sostenere che un uomo non può voltarsi di fronte ad un mendicante, dato che il primo non vorrebbe che il mendicante faccia lo stesso con lui qualora i due soggetti dovessero cambiarsi di posto - e però difficilmente si può giudicare libertaria una situazione che metta fuori legge il rifiuto di fare l'elemosina ad un mendicante.

Leoni fa cenno ad un criterio molto più promettente: che la libertà venga definita come l'assenza di costrizione o coercizione - fatta eccezione per coloro che hanno usato costrizione verso altri. In questo caso, è messo fuori legge l'inizio della coercizione e il ruolo dello Stato viene strettamente limitato al compito di usare coercizione verso quanti hanno per primi usato la forza. Molto sfortunatamente, però, Leoni cade nella stessa trappola in cui è incappato Hayek in *The Constitution of Liberty*: la "coercizione" (o "costrizione") non è definita in modo adeguato e cogente. In un primo tempo Leoni dà prova di una corretta comprensione di cosa sia la coercizione quando afferma che un uomo non può essere accusato di "costringere" qualcun altro quando si rifiuta di comprare i beni o i servizi di quest'ultimo, o quando si rifiuta di salvare un uomo che sta annegando. Ma poi, nel suo infelice capitolo ottavo, egli concede che può esserci una costrizione quando una persona molto religiosa si sente "coartata" dal fatto che un altro uomo non osserva le pratiche religiose del primo. E questo sentimento di coercizione giustifica quella invasione della libertà rappresentata dalle tristi norme (*blue laws*) che riguardano la domenica. Anche qui Leoni compie l'errore di applicare il suo test sulla coercizione (o costrizione) non agli atti oggettivi dell'accusato, ma ai sentimenti soggettivi dell'accusatore. Si tratta certamente di aprire un'autostrada quanto mai ampia verso la tirannia!

Per di più, sembra che Leoni non veda che la tassazione è un fondamentale esempio di coercizione e che essa è difficilmente compatibile con la sua stessa rappresentazione della società libera. Poiché se la coercizione deve essere ricondotta agli atti di quanti operano in maniera coercitiva, allora la tassazione è sicuramente l'ingiusta e coercitiva sottrazione di proprietà ai danni di un vasto corpo di cittadini che non operano in maniera coercitiva. Come può allora essere giustificata? Sempre nel capitolo ottavo, Leoni ammette pure l'esistenza di una qualche legislazione all'interno della sua società ideale, fino ad includere - *mirabile dictu* - qualche attività nazionalizzata! Una specifica nazionalizzazione approvata da Leoni è quella dei fari. Il suo argomento è che un faro non potrebbe farsi finanziare dai consumatori per il servizio che assicura, e per questo motivo è necessario che esso sia gestito dallo Stato. Dinanzi a tale argomento le risposte fondamentali sono di tre tipi: 1) la tassazione destinata ai fari implica coercizione e per questo si tratta di un'invasione della libertà; 2) anche se il faro non potesse farsi finanziare direttamente dagli individui che ne beneficiano, cosa impedirebbe alle società di navigazione di costruire o sussidiare i propri fari? La solita replica è che molti *free riders* (beneficiari che non finanziano in alcun modo il faro) si avvantaggerebbero del servizio senza pagarlo. Ma questo è universalmente vero in ogni società. Se faccio di me stesso una persona migliore, o se abbellisco il mio giardino, io sto elargendo benefici anche ad altre persone. Sono per questo autorizzato a pretendere da loro un qualche tributo solo in virtù di tale felice circostanza? 3) In effetti, i fari potrebbero facilmente farsi pagare dalle navi per i servizi che rendono se fosse permesso loro di possedere quelle superfici di mare che trasformano con la loro illuminazione. Un uomo che prende un pezzo di terra non posseduta da altri e la modifica in virtù del suo lavoro produttivo è prontamente premiato dalla proprietà di quella terra, che da quel momento in poi può essere economicamente usata; perché mai non si dovrebbe usare la stessa regola per quell'altra risorsa naturale, il mare? Se il possessore del faro fosse premiato dalla proprietà del mare che egli illumina, potrebbe poi caricare il costo del suo servizio su ogni imbarcazione che solca quella superficie navigabile. I problemi con cui ci si deve confrontare,

allora, segnalano non già un fallimento del mercato, ma dello Stato e di quelle società in cui non è assicurato un diritto di proprietà al legittimo possessore di una risorsa. Sulla necessità di imporre tasse per finanziare i vari servizi ed altri servizi analoghi Leoni aggiunge lo stupefacente commento che “in questi casi il principio della libera scelta nelle attività economiche non è abbandonato o anche messo in dubbio” (p.171). Perché? Perché “è riconosciuto” che le persone vorrebbero comunque pagare questi servizi, se essi fossero disponibili sul mercato. Ma chi riconosce questo e fino a dove si spinge tutto ciò? E quali persone pagherebbero?

Il nostro problema può essere tuttavia risolto; un criterio cogente per la definizione del contenuto del diritto libertario esiste. Quel criterio definisce la coercizione (o costrizione) semplicemente in questo modo: l’inizio della violenza contro un’altra persona, o anche solo la sua minaccia. Diviene quindi chiaro che l’uso della coercizione (violenza) deve essere confinato al compito di coartare quanti iniziano la violenza contro i loro simili. Una ragione per limitare la nostra attenzione alla violenza è che l’unico strumento utilizzato dallo Stato (o da ogni altra agenzia dotata di forza necessaria ad agire contro il crimine) è precisamente la minaccia della violenza. Mettere “fuori legge” un’azione significa proprio minacciare di violenza quanti la commetteranno. Perché allora non usare la violenza solo per inibire quelli che stanno iniziando ad usare la violenza, e non contro ogni altra azione o non-azione che qualcuno può scegliere di definire come “coercizione” o “costrizione”? E tuttavia il tragico enigma è che molti pensatori quasi-libertari, nel corso degli anni, hanno proprio fallito nell’adottare questa definizione della coercizione o nel limitare la violenza alla funzione di contrasto della violenza, e in questo modo hanno aperto la porta allo statalismo: dal momento che hanno usato concetti vaghi e confusi come “danno”, “interferenza”, “sentimento di coercizione”, ecc. Affermate con chiarezza che nessuna violenza può essere iniziata contro un altro uomo, e tutte quelle aperture verso la tirannia che anche uomini come Leoni concedono (blue laws, vari servizi, tassazione, ecc.) scompariranno.

In breve, all’interno della società esiste un’ulteriore alternativa per il diritto: un’alternativa non solo alla decretazione amministrativa e alla legislazione, ma anche al diritto giurisprudenziale. Questa alternativa è il diritto libertario, fondato sul criterio che la violenza può essere usata solo contro quanti danno inizio ad un’aggressione e basato, per questo motivo, sull’invio della persona e della proprietà di ogni individuo. In pratica, questo significa prendere la common law (largamente libertaria) e correggerla grazie all’uso della ragione umana, prima di custodirla in un codice libertario permanentemente fissato o in una costituzione. E questo comporta la costante interpretazione ed applicazione di tale codice giuridico libertario da parte di giudici ed esperti che operino in corti private in concorrenza tra loro. Il professor Leoni conclude il suo importante e altamente stimolante libro dicendo che “fare il diritto è molto più un processo teoretico che un atto di volontà” (p.189). Ma certamente un “processo teoretico” implica l’uso della ragione umana al fine di stabilire un codice giuridico che rappresenti una fortezza inviolabile e inattaccabile della libertà umana.

Leoni presenta pure una critica della difesa, formulata da Hayek, delle speciali “corti amministrative”. Se deve esserci una legge per i funzionari pubblici e una per i cittadini ordinari, questo significa che non c’è uguaglianza per tutti sotto la legge, e per di più che vi è un autentico rule of law. Qui, come altrove, Leoni riabilita il rigoroso rule of law difeso dal grande giurista inglese del diciannovesimo secolo, A. V. Dicey, in opposizione alle più deboli versioni moderne di Hayek e C. K. Allen.

Questo contrasta con la ridicola pretesa delle assemblee “democratiche” che in modo coercitivo impongono le loro norme ai dissidenti, ritenendosi espressione della “volontà comune”. Per essere davvero “comune”, sottolinea Leoni, la volontà deve essere unanime.

Ad un certo punto Leoni sembra credere che la semplice introduzione del criterio di unanimità all’interno della Corte Suprema permetterebbe quasi di affermare sulla scena americana il “modello Leoni”. Ma tutto dipende qui da quale è il “punto zero” a partire dal quale il criterio di unanimità viene introdotto. Nella situazione attuale, pesantemente dominata dallo Stato, la condizione di

unanimità posta ad ogni cambiamento tenderebbe ad assicurare per sempre i vincoli statalisti che ora imbrigliano la società.

Un pericoloso errore - in questo e altri punti del libro - è da riconoscere nella tendenza di Leoni a fondare il proprio test sulla criminalità sui sentimenti soggettivi dei singoli, piuttosto che sulle loro azioni oggettive.

Per un'eccellente critica della concezione hayekiana della coercizione si veda: Ronald Hamowy, "Hayek's Concept of Freedom: A Critique", *New Individualist Review*, aprile 1961, pp. 28-31. In tal modo Leoni sostiene che in quei casi controversi in cui la criminalità o la coercizione non possono essere oggettivamente determinati, vi è spazio per una legislazione coercitiva a tale riguardo. Ma certamente la regole corretta - e libertaria - prevede piuttosto che nei casi controversi si decida a favore del *laissez-faire*, permettendo lo svolgimento dell'attività.

Traduzione di Carlo Lottieri