

BRUNO LEONI

La differenza tra diritto e legislazione è al centro della riflessione dell'italiano Bruno Leoni, protagonista di una vicenda intellettuale singolare. Titolare della cattedra di Filosofia del diritto all'Università di Pavia, egli godette di notevole apprezzamento all'estero, in particolare nel mondo anglosassone, risultando invece sconosciuto in Italia. L'opera più nota, *Freedom and the Law*, fu pubblicata a Princeton nel 1961 (e tradotta in italiano solo nel 1995).

Individualismo e *apriorismo* di marca austriaca rappresentano il contesto metodologico dell'analisi giuridica di Leoni.

Ne *La libertà e la legge*¹ Leoni parte dalla constatazione dell'inflazione legislativa che affligge le società contemporanee. Fino all'Ottocento gli ordinamenti giuridici erano basati su un diritto indipendente dalla legislazione, in cui gli esperti, prescindendo dalla volontà dei governanti, avevano il compito di "scoprire" le leggi, e non di decretare. Si applicavano cioè spontaneamente regole non legislative. La legislazione invece è l'espressione della volontà contingente di chi la promulga. Ha la forma di un comando, che tende a *prescrivere* tipi di condotta, anziché limitarsi a *proibire* le condotte ingiuste. I sostenitori della legislazione giustificano questo stato di cose con l'argomento della rincorsa ai mutamenti della tecnologia. Ma, obietta Leoni, le procedure della legislazione sono in contrasto con quelle dell'evoluzione tecnologica, basata proprio sull'iniziativa individuale.

Dopo aver ribadito il contenuto *ex negativo* del concetto di libertà, Leoni passa in rassegna il significato dell'espressione *rule of law*. Per Dicey il significato di supremazia della legge è: assenza di potere arbitrario, soggezione di tutti alla legge, i diritti come risultato di decisioni giudiziarie. Per Hayek è: generalità, astrattezza, certezza del diritto, controllo da parte delle corti della discrezionalità amministrativa. La distorsione attuale, osserva Leoni, è la creazione di norme speciali, che creano ordinamenti giuridici paralleli in uno stesso paese, violando l'uguaglianza giuridica di fatto, anche se non "davanti alla legge". La certezza del diritto, condizione necessaria per l'elaborazione dei piani di vita individuali, è stata identificata con le norme scritte. Ma il positivismo giuridico ha svuotato il concetto stesso di certezza del diritto. Non è detto che le leggi scritte garantiscano la libertà e la certezza: quando vi sono troppe leggi che confliggono, o quando queste vengono mutate spesso, non vi è quella certezza che garantisce la libertà. Non basta che le norme siano note in anticipo ai cittadini, condizione che, a parere di Hayek, preverrebbe decisioni arbitrarie *ad hoc*. La certezza del diritto garantita da norme scritte che mutano è la certezza del diritto "a breve termine". Ma la vera certezza del diritto è quella "a lungo termine", l'uniformità delle norme attraverso le epoche.

Nel *common law* invece i giudici "scoprono" la soluzione di una vertenza. Il *common law* è più obiettivo, meno arbitrario dell'attività del legislatore. I cittadini sono gli attori, i giudici gli spettatori. L'attività dei giudici è preferibile alla legislazione, soprattutto perché essi intervengono solo quando ne sono richiesti dagli interessati, e secondariamente perché la loro decisione non incide su terzi. Il diritto, come il linguaggio e la moneta, nasce dalle relazioni fra gli individui. La tradizione austriaca ha dimostrato che un'autorità centrale non può conoscere l'infinità di bisogni e desideri dei soggetti che compongono il sistema economico. Come un'economia centralizzata non funziona, così un legislatore non può stabilire le regole per tutti, in quanto la sua conoscenza è limitata. La legislazione centralizzata dunque non è compatibile con il libero mercato, mentre il *common law* lo è. L'articolazione di questa corrispondenza, già individuata dalla Scuola austriaca, è uno dei contributi più originali di Leoni.

La legislazione "negativa", volta a proteggere le persone contro ciò che esse non vogliono sia fatto loro da altri, è più facilmente formulabile di quella "positiva". Inoltre, non è detto che esista una "opinione comune".

¹ B. Leoni, *La libertà e la legge*, Liberilibri, Macerata, 1995; ed. or. *Freedom and the Law*, Van Nostrand, Princeton, NJ, 1961.

All'interno di una concezione evoluzionistica (a cui l'Hayek di *Legge, legislazione e libertà* deve molto), Leoni evidenzia come il diritto giurisprudenziale consenta alle norme giuridiche di evolversi con la realtà. Le norme migliori sono quelle che, attraverso una selezione positiva, si mostrano più adeguate a garantire il benessere (in senso lato) degli individui.

La ragione principale del prevalere della legislazione sul diritto viene individuata da Leoni nelle forme istituzionali delle società contemporanee. I parlamenti, nati con lo scopo di limitare il potere sovrano, sono diventati essi stessi sovrani, senza altri limiti che il principio di maggioranza. Analizzando le tecniche dei sistemi rappresentativi, Leoni indica la differenza fondamentale fra le decisioni prese dalla collettività attraverso la politica e le decisioni degli individui sul mercato: le prime sono coercitive per il perdente, mentre nelle seconde non vi è perdente. Il sistema rappresentativo è incompatibile con la libertà individuale in quanto coercisce la parte perdente. La sostituzione delle decisioni collettive (attraverso procedure rigide e coercitive come la regola di maggioranza) alle scelte individuali elimina gli aggiustamenti spontanei, non solo fra domanda e offerta, ma anche fra ogni tipo di comportamento. È necessario dunque ridurre l'area delle decisioni collettive, del tipo "tutto-o-niente", cioè gli ambiti di intervento dei "rappresentanti" (legislatori).

La volontà comune, basata sul principio di maggioranza, è una limitazione della libertà per la minoranza. «La libertà individuale non può essere compatibile con la "volontà comune" ove quest'ultima sia solo un'impostura per celare l'esercizio di coazione sulle minoranze del tipo di Lowell [minoranze che subiscono un'aggressione, *n.d.a.*] che, a loro volta, non accetterebbero mai la situazione se fossero libere di rifiutarla»². La libertà individuale è compatibile con la volontà comune ogni volta che il suo oggetto è compatibile con il principio "Non fare ad altri ciò che non vorresti fosse fatto a te". «In questo caso le decisioni collettive sono compatibili con la libertà individuale nella misura in cui puniscono e spesso pongono rimedio a tipi di comportamento che tutti i membri del gruppo, compresi quelli che esibiscono tale comportamento, disapproverebbero se ne fossero vittime»³. Inoltre, la libertà individuale può essere coerente con i gruppi di decisione e le decisioni di gruppo nel caso in cui rispecchino l'esito di una partecipazione spontanea di tutti i membri alla formazione di una volontà comune, per esempio in un processo di formazione del diritto indipendente dalla legislazione. Tuttavia libertà individuale e legislazione sono scarsamente compatibili a causa della contraddizione fra l'ideale di una formazione spontanea di una volontà comune e la statuizione di essa per mezzo di una procedura coercitiva, come di solito accade nella legislazione. Infine, la libertà individuale è perfettamente compatibile con tutti quei processi il cui esito è la formazione di una volontà comune senza ricorrere a gruppi di decisione e decisioni di gruppo. «Il linguaggio ordinario, le transazioni economiche quotidiane, i costumi, le mode, i processi spontanei di formazione del diritto e, soprattutto, la ricerca scientifica sono gli esempi più comuni e più convincenti di questa compatibilità - anzi, di questa intima connessione - fra la libertà individuale e la formazione spontanea di una volontà comune»⁴.

In conclusione, bisognerebbe rifiutare la legislazione, e lasciare operare il *common law*, ogni volta che 1) la legislazione è usata semplicemente come un mezzo per sottomettere le minoranze, allo scopo di trattarle come perdenti sul campo; e 2) è possibile per gli individui conseguire i propri obiettivi senza dipendere dalla decisione di un gruppo e senza costringere nessun altro a fare cose che non avrebbe mai fatto senza esservi costretto.

Nelle *Lezioni di filosofia del diritto*⁵ Leoni propone la sua interpretazione del diritto come pretesa.

Il diritto è basato sulle pretese. Pretesa di non essere aggredito o derubato, pretesa all'esecuzione di un contratto da parte dei sottoscrittori, pretesa al risarcimento da colui che ha ricevuto un danno, pretesa di un giudice che emana la sentenza, pretesa di un'autorità che emette un ordine ecc. La

² B. Leoni, *op. cit.*, p. 170.

³ *Ibidem*.

⁴ *Ivi*, p. 171.

⁵ B. Leoni, *Lezioni di filosofia del diritto* (1959), Rubbettino, Soveria Mannelli (Cz), 2003.

pretesa comporta una volizione (l'imposizione di un comportamento a un soggetto, es. colui che deve risarcire il danno), non è un'analisi dal valore puramente teoretico.

Effetto della pretesa è il *positum*, cioè la regola di condotta imposta.

La pretesa implica determinate previsioni. Es. il creditore *prevede* che il debitore paghi; se non paga, *prevede* che altri soggetti (es. apparato giudiziario) intervengano per costringerlo a pagare; e così via. Si pretende il comportamento più probabile, cioè quello più diffuso in un certo ambito storico; poiché la maggior parte delle persone osserva i doveri (es. saldare un debito), il creditore si aspetta l'osservanza del dovere da parte del debitore.

La pretesa comporta il potere (di esercitarla).

Le pretese in un contesto sociale

La norma giuridica è la formulazione linguistica dell'*incontro* tra pretese nella stragrande maggioranza dei casi e con la maggiore probabilità (come il prezzo deriva dall'incontro tra domanda e offerta). L'ordinamento giuridico dunque è la risultante effettiva dei comportamenti e delle pretese di tutti.

Nella società la maggior parte delle pretese sono compatibili (la pretesa di A non impedisce il realizzarsi della pretesa di B) e complementari (il rapporto fra A e B consente a entrambi di realizzare pretese che consentono il raggiungimento dei loro scopi).

I comportamenti semplicemente compatibili, da un punto di vista giuridico consistono normalmente di *omissioni*. È il campo del codice penale, che stabilisce norme su cose che non si devono fare.

I comportamenti complementari invece consistono in un fare qualche cosa. Un campo è il diritto contrattuale (ma anche l'imposizione fiscale rientra in questo campo).

Un ordine giuridico di carattere evolutivo si adatta meglio all'interpretazione del diritto descritta⁶.

Piero Vernaglione

Bibliografia

- *Lezioni di filosofia del diritto* (1959), Rubbettino, Soveria Mannelli (Cz), 2003.
- *La libertà e la legge* (1961), Liberilibri, Macerata, 1995.

⁶ C. Lottieri ha evidenziato la seguente difficoltà contenuta nell'elaborazione teorica di Leoni: mentre la negoziazione economica produce un esito pienamente legittimo, lo scambio delle pretese che fa emergere norme sulla base dei comportamenti e delle culture prevalenti non conduce necessariamente ad un risultato egualmente giusto. Ad esempio, in una società che mostri un'ampia accettazione verso condotte aggressive, è possibile che finiscano per essere ritenute giuridiche regole tutt'altro che coerenti rispetto a un quadro liberale.