

*“Il diritto nasce dalle intenzioni degli individui, non dei legislatori”*

Bruno Leoni

## **Il diritto come pretesa**

1964



### **PERCHÈ LEGGERE QUESTO LIBRO**

All'interno della cultura italiana del Novecento, Bruno Leoni è stato uno degli interpreti più influenti della tradizione del liberalismo classico. Anche a livello internazionale, i suoi studi e le sue riflessioni sul diritto hanno aperto strade nuove e inaugurato una nuova teoria, che ha contrapposto il diritto evolutivo (dallo *ius civile* romano al *common law* inglese) alla legislazione che contraddistingue i nostri tempi. La sua teoria si basa sul diritto come pretesa: una concezione nettamente contrasto con quella formalistica di Hans Kelsen e di tutto il giuspositivismo ottocentesco, e ha anche dato nuova linfa ad una disciplina giuridica, la sociologia del diritto, elevandola al rango di scienza giuridica autonoma. Gli scritti sul tema sono raccolti per la prima volta in un'edizione completa, e spiegano al lettore che il diritto nasce dalle intenzioni degli individui, prima che da quelle dei legislatori, e si afferma con i comportamenti sociali e non semplicemente con l'imperatività e la coercizione delle norme.

## RIASSUNTO

### Il diritto è una pretesa al comportamento altrui

Secondo la teoria pura del diritto enunciata da Hans Kelsen, il concetto di diritto si riduce a quello di norma. La norma giuridica si distinguerebbe da altri tipi di norme, come quelle morali o sociali, per il fatto di contenere un comando, di prevedere una sanzione e di essere emanata da un'autorità legittima. In verità, chi dice ad esempio "Io ho diritto di fare la tal cosa" oppure "Tu non hai il diritto di fare la tal cosa" non si riferisce, sempre e necessariamente, né a una norma che contenga un obbligo, né al comando di una qualche autorità. Chi rivendica un diritto *pretende* anzitutto il verificarsi di un comportamento altrui.

Non tutte le pretese, però, vengono considerate giuridiche: alcune sono considerate nettamente anti-giuridiche. Il rapinatore che mi attende in una strada solitaria "pretende" il mio denaro. Il creditore che mi ha prestato una somma, ne "pretende" la restituzione. La prima pretesa è considerata anti-giuridica in tutti i paesi del mondo; la seconda pretesa è considerata ovunque come giuridica. In che differiscono le due pretese? La differenza più evidente sta in ciò: tutti, non esclusi neppure i rapinatori, pretendono di non venire rapinati dagli altri, così come tutti pretendono di riavere il denaro che hanno prestato, ivi compresi coloro che si comportano verso i propri creditori come debitori di malafede. Il rapinatore o il debitore di malafede esercitano dunque nei confronti delle proprie vittime una pretesa *speciale* che è in contraddizione con quella *comune*, e in particolare con quelle che essi stessi esercitano nei confronti di tutti gli altri individui.

Per distinguere le pretese giuridiche da quelle anti-giuridiche non è affatto necessaria l'esistenza di una norma di tipo kelseniano: è sufficiente il riferimento a ciò che accade sempre o il più delle volte. La probabilità statistica che un passante si trasformi in un rapinatore non appena incontra un altro passante in una via solitaria è relativamente modesta, e comunque inferiore alla probabilità contraria, in tutte le società destinate a durare come tali per un ragionevole lasso di tempo. Analoga considerazione vale per la probabilità statistica che chi contrae un debito non intenda pagarlo. Se così non fosse, quella che suole chiamarsi società non funzionerebbe.

Naturalmente, il giudizio di probabilità formulato dal passante o dal creditore circa il comportamento degli altri passanti o del creditore non basta a esaurire la pretesa, che è qualcosa di più di una previsione. Dell'astronomo che prevede un'eclisse non si può certo dire che la "pretenda". Esistono altri componenti della pretesa: innanzitutto l'intenzione di determinare un comportamento altrui attraverso un'azione da parte di colui che pretende. Questo intervento è concepibile in vario modo, dal consiglio all'esortazione, dal rimprovero alla minaccia, al trattamento diretto.

In base a quanto detto finora, il concetto di diritto, così come viene usato nel linguaggio ordinario, potrebbe definirsi come *la richiesta di un comportamento* altrui corrispondente a un nostro *interesse* e considerato inoltre come *probabile* nell'ambito di convivenza organizzata cui apparteniamo entrambi, che sia inoltre *determinabile* mediante un nostro *intervento* in base a un *potere* di cui noi, che formuliamo la richiesta, ci sentiamo dotati.

### **La politica come scambio di poteri**

La disputa sulla natura dell'attività politica si svolge intorno a due concetti fondamentali: il concetto di "stato" e il concetto di "potere". Politica è per gli uni l'attività che si svolge ad opera dello stato o nell'ambito dello stato; per altri l'attività che gli individui svolgono, non necessariamente nell'ambito dello stato, ogni qualvolta entrano in relazioni di potere con altri individui. Io penso che lo stato debba intendersi anzitutto come lo intendevano i romani e poi Machiavelli quando questo autore introdusse la parola nella terminologia politica moderna: lo stato è una *situazione*. Più precisamente, lo stato designa la situazione per eccellenza, dalla quale tutte le altre situazioni implicanti rapporti da uomo a uomo vengono a dipendere: è *la situazione delle situazioni*.

La parola *stato*, senza ulteriori aggiunte, entrò così nell'uso generale per designare la situazione di pace, di ordine e di sicurezza, ossia una situazione positiva e universalmente apprezzata, anziché la contraria situazione di guerra, di insicurezza e di disordine che gli individui considerano di gran lunga inferiore e più spiacevole, e inoltre anomala ed eccezionale. Mentre la situazione normale implica l'esistenza di una *costellazione di poteri* fra gli individui, quella anormale o di guerra implica non una situazione di potere, ma di *forza* fra coloro che si

combattono. Quando il nemico sconfitto si arrende, il rapporto di forza tende a scomparire e subentra il classico rapporto di tutti gli stati normali, il rapporto di potere: quello esercitato dal padrone sullo schiavo, dal conquistatore sulle popolazioni assoggettate, dai vincitori sui vinti e più in generale da coloro che comandano su quelli che obbediscono.

Lo stato è dunque una situazione di potere, o meglio una costellazione assai complessa di potere, i quali non si esercitano però mai in una sola direzione, perché anche coloro che obbediscono finiscono per ottenere, almeno entro certi limiti, il rispetto da parte di coloro che comandano. Il fenomeno dello *scambio del potere*, anche se poco studiato, sta quindi alla base degli stati. Lo stato è contenuto *in nuce* nella prima coppia di individui che si scambiano il potere di farsi rispettare, e in particolare di fare rispettare alcuni beni che essi considerano fondamentali per la propria esistenza, come la vita, il possesso di taluni mezzi per conservare la vita, la possibilità di creare una famiglia e di preservare la vita dei suoi membri, e così via.

Questo scambio crea una situazione di sicurezza e prevedibilità nei rapporti tra gli individui, permettendo il manifestarsi di pretese giuridiche. Non vi è convivenza organizzata stabile, neppure la più ferocemente ed egoisticamente diretta da un qualche tiranno, ove non si ottenga, da parte di ogni individuo un minimo di rispetto, di garanzia e di tutela del godimento di quei beni; ossia un minimo di potere “politico”.

### **Ordine giuridico ed ordine economico**

Nel sistema delle pretese, le quali sorgono sempre in connessione con pretese altrui, può essere ravvisato l'ordinamento giuridico, così come nell'incontro e nella confluenza delle domande e delle offerte di beni si ravvisa il mercato. Le norme giuridiche corrispondono infatti, nel mondo delle pretese, ai prezzi di mercato; il processo di formazione delle norme appare analogo a quello della formazione dei prezzi, essendo le pretese che costituiscono l'ordinamento, al pari delle domande ed offerte di beni che costituiscono il mercato, non soltanto compatibili, ma complementari. Inoltre, così come il sistema dei prezzi è il presupposto dell'attività degli operatori economici (compratori e venditori), a sua volta il sistema delle norme giuridiche, in cui le pretese si esprimono, è il presupposto dell'attività degli operatori giuridici.

Le scelte economiche implicanti lo scambio corrispondono ad altrettante pretese; in questo senso si può dire che il mercato, come *incontro di scelte*, non è concepibile senza il diritto, come *incontro di pretese*. La pretesa può dirsi dunque un aspetto dell'azione umana quasi altrettanto generale quanto la scelta. L'uomo senza pretese, così come l'uomo senza scelte, non sarebbe un uomo ma una cosa: non un soggetto, ma un oggetto di azione altrui. Economia e diritto sono, appunto per questo, aspetti ineliminabili dell'azione umana.

### **La fabbrica del diritto**

È uno dei luoghi comuni della cultura, o meglio della semicultura contemporanea, l'affermazione che il progresso tecnico non poteva non comportare, come diretta conseguenza, un profondo rivolgimento delle istituzioni giuridiche. Nell'epoca dei satelliti e dei razzi interplanetari, possiamo forse rimanere fermi ai concetti ereditati dai Romani in tema di proprietà o di rapporti obbligatori?

In realtà, le modifiche apportate agli istituti giuridici per effetto delle innovazioni della tecnica non sono così numerose e importanti come sembra, ed è in ogni caso assai dubbio e discutibile che tali innovazioni comportino di per se stesse modificazioni radicali degli istituti e dei rapporti che regolano le nostre società da millenni. La parola data, o la firma apposta a un contratto, anche se trasmessa per telefono o in altro modo nuovissimo, hanno la stessa insostituibile funzione che avevano alcuni millenni fa, poiché riguardano gli stessi uomini di ossa e di carne, psicologicamente e fisicamente simili ai loro lontani avi.

Tuttavia, nonostante questa relativa stabilità degli istituti giuridici, almeno nei Paesi dell'Occidente, un notevole cambiamento si è determinato nel corso degli ultimi 150 anni, proprio nel modo in cui la gente aveva concepito da secoli, e anzi da millenni, la natura, l'origine e la funzione del diritto. Il declino dell'idea che il diritto sia qualcosa di indipendente dalla volontà dei governanti, e che non possa identificarsi esclusivamente nelle leggi o nei decreti emanati a volta a volta dai detentori del potere politico, è uno dei fenomeni più impressionanti dell'epoca contemporanea.

Oggi il diritto è qualcosa che viene *fabbricato*, anzi, prefabbricato, ossia prodotto col minimo tempo e lavoro necessario, seguendo progetti preparati in anticipo da personale apposito in luoghi appositi. Alla fine di tale processo, il prodotto finale viene presentato ai destinatari, i quali hanno il compito di usare il prodotto già pronto. La produzione del diritto in altri modi sembrerebbe oggi molto lenta, insicura, inadeguata e imprecisa. Le consuetudini, gli usi, i precedenti giudiziari, le opinioni degli esperti, questi classici strumenti di produzione del diritto nella Roma classica, nell'Inghilterra medievale e moderna, negli Stati Uniti d'America e nella maggior parte dei paesi d'Europa fino alla compilazione dei Codici contemporanei, appaiono oggi come arnesi invecchiati di un'attività artigianale, inadeguata alle esigenze di una civiltà rapida e di vasta scala come la nostra contemporanea.

L'analogia tra i prodotti giuridici e gli altri della nostra civiltà industriale non è tuttavia così calzante come appare a prima vista; anzi, è del tutto ingannevole e falsa. Il rapporto tra produttori e consumatori di beni industriali, infatti, è molto diverso dal rapporto che lega produttori e “consumatori” del diritto. Nei nostri Paesi occidentali, il processo produttivo si svolge tuttora, nel suo complesso, ad iniziativa dei privati, ossia di individui che non hanno a disposizione la polizia o l'esercito per costringere i consumatori a comprare i prodotti che immettono sul mercato. Attraverso i loro acquisti, dove ogni unità monetaria corrisponde a un voto, i consumatori indirizzano continuamente la condotta dei produttori, i quali devono soddisfarne la volontà se non vogliono andare in perdita e chiudere l'attività.

In un rapporto radicalmente diverso si trovano invece i “produttori” e i “consumatori” delle regole giuridiche fabbricate mediante l'impiego della tecnica legislativa. Il voto dei consumatori è in questo caso discontinuo, dato che lo possono dare solo in periodo di elezioni, i cui risultati sono spesso di difficile interpretazione. Inoltre una parte di essi, quelli che si troveranno in minoranza nella votazione, finiscono per sprecare il proprio voto. Gli elettori, diversamente dai consumatori, non hanno alcun modo di indirizzare e controllare la produzione legislativa.

Vi sono molti buoni motivi, in verità, per preferire la tecnica artigianale di accertamento e di produzione del diritto consuetudinario e di quello giudiziario: la sconcertante esperienza contemporanea del diritto di oggi che nega quello di ieri ed è negato da quello di domani; le duemila leggi fabbricate ogni anno da 500 persone, senza che la maggior dei cittadini ne conosca

neppure l'esistenza; la conseguente impossibilità per i cittadini di fare piani a lunga scadenza in cui possa rientrare, come oggetto di previsione, la costanza delle norme giuridiche; il fatto che la regola di oggi possa essere dovuta, come non di rado accade, all'intenzione oppressiva di una piccola maggioranza o perfino di una minoranza, che domani si vedrà opprimere a sua volta da una nuova minoranza di detentori del potere.

Forse un giorno l'uomo comune comprenderà una verità che esso istintivamente conosceva in tempi da noi non ancora lontani: il diritto è in definitiva qualcosa che fanno tutti ogni giorno, con il loro comportamento, con la loro spontanea accettazione e con la non meno spontanea osservanza delle regole che ciascuno di essi contribuisce a stabilire; qualcosa che non si prefabbrica in un apposito luogo da un apposito produttore, e con una tecnica prestabilita, più di quanto non si prefabbrichi da alcun legislatore il linguaggio che parliamo ogni giorno.

Le conseguenze di questa antica, ma sempre valida, concezione, non consiste necessariamente nella chiusura totale della "fabbrica del diritto", ma certo quella fabbrica dovrebbe limitare di molto la sua "produzione", e rinunciare a molti dei suoi "prodotti" imposti ai consumatori incapaci di controllo. Saranno così gli stessi destinatari a riprendere la loro vera funzione di produttori delle loro regole.

### **I tre modi di produzione del diritto**

Ci sono tre principali modi o metodi di produzione del diritto, che emergono con caratteristiche indipendenti lungo tutta la storia dell'Occidente, dagli antichi Greci ai giorni nostri. Essi sono:

1. La produzione del diritto a partire dalle opinioni di una speciale classe di esperti chiamati a Roma giureconsulti, *Juristen* nella Germania medievale e *lanyers* nei paesi anglosassoni.
2. La produzione del diritto da parte di un'altra classe speciale di esperti chiamati "giudici". L'espressione inglese per designare questo tipo di diritto è *judge-made-law*.
3. La produzione del diritto attraverso il processo legislativo.

Quest'ultimo procedimento è divenuto così frequente ai giorni nostri che in molti paesi l'uomo della strada non riesce neppure a immaginare un altro tipo di produzione di ciò che chiamiamo diritto. La legislazione viene concepita come il prodotto della volontà di alcune persone

chiamate legislatori, e l'idea sottostante a questa concezione è che ciò che i legislatori vogliono debba essere considerato come il diritto del paese.

La legislazione differisce profondamente dai due modi precedenti di produzione del diritto. I giuristi e i giudici producono diritto elaborando materiali che si ritiene siano loro dati; al contrario, l'ambizione dei legislatori è quella di produrre il diritto senza subire condizionamenti in tal senso. Essi non soltanto “producono” diritto, ma vogliono farlo come una sorta di *fiat*, senza curarsi dei materiali e persino della volontà e delle opinioni contrarie di altre persone. Ciò che essi intendono non è semplice produzione, ma *creazione* del diritto.

Questa idea di legislazione incoraggia le speranze di quanti immaginano che essa, come risultato della volontà incondizionata di alcune persone, sarà in grado di raggiungere fini che non potrebbero mai essere conseguiti per mezzo di procedure ordinarie, impiegate da uomini ordinari, come giudici e giuristi. La tipica affermazione dell'uomo della strada, “ci vuole una legge” per questo o per quello, rappresenta l'ingenua espressione di questa fede nella legislazione.

L'idea che possa esistere un modo incondizionato di produrre diritto è stata sempre contestata da molti eminenti studiosi. Ai tempi dei romani Catone il Censore si vantava del fatto che il sistema giuridico romano fosse emerso da un'azione corale nel corso dei secoli. Un'idea simile a quella di Catone la troviamo nel mondo inglese verso la fine dell'età medievale. Bracton diceva che il re è subordinato al diritto, poiché è il diritto a fare il re. Traducendo il suo linguaggio in termini moderni, ciò significa che nemmeno il re, con tutto il suo potere, può creare il diritto, ma può solamente applicarlo. Nel diciassettesimo secolo il grande giurista inglese Blackstone scriveva che il sovrano non è la fonte, ma il deposito del diritto.

Esaminiamo ora gli altri due modi di produrre il diritto. Il primo è quello ad opera dei giuristi. Con la sola eccezione della Grecia antica, tutti i paesi dell'Occidente, da un certo punto dello sviluppo della loro civiltà in poi, hanno considerato i giuristi come una speciale classe di esperti. Il paese in cui questa figura sembra aver raggiunto lo status più alto è l'antica Roma. I giuristi romani “produssero” il diritto attraverso i secoli, per via professionale, apertamente riconosciuta e quasi ufficiale. Anche il processo di produzione giuridica tramite i giudici è probabilmente

tanto antico quanto la civiltà occidentale, e lo ritroviamo nella Grecia antica, a Roma e in Inghilterra.

### **La produzione giudiziale del diritto romano**

Le sentenze giudiziali dei Pretori hanno costituito il principale mezzo per trovare e rendere esplicite molte regole giuridiche vigenti nell'antica Roma prima dell'epoca della legislazione. Furono sicuramente molte le leggi emanate dai Romani durante il corso della loro storia, ma si riferivano principalmente al funzionamento del loro governo, e solo sporadicamente alle relazioni private tra individui. Conosciamo solo circa cinquanta leggi emanate dal potere legislativo romano durante oltre un millennio di relazioni private tra cittadini. Uno status quasi analogo, sia durante il medioevo sia in tempi più moderni fino all'inizio del secolo scorso, era goduto anche dai giuristi italiani, francesi e tedeschi, per quanto riguarda questi ultimi fino alla fine dell'Ottocento.

Questa concezione del diritto era certamente essenziale per quelle libertà che i cittadini romani erano solito godere negli affari e in tutte le vicende attinenti alla vita privata. Il processo di produzione del diritto adottato dai giuristi romani poneva in essere relazioni giuridiche tra i cittadini su un piano molto simile a quello sul quale un libero mercato imposta le loro relazioni economiche. A Roma, di regola, la terra privatamente posseduta non veniva mai confiscata e il governo non si intrometteva nelle operazioni di iniziativa privata, anche se occorre distinguere tra il periodo classico romano e quello post-classico, chiamato di decadenza, dell'Impero Romano. I controlli e le misure di politica sociale erano praticamente sconosciuti durante la prima fase. Essi furono sporadicamente introdotti, nella seconda fase, da parte di alcuni imperatori, e raggiunsero il loro apice nel quarto secolo dopo Cristo, durante il periodo di Diocleziano.

### **Potere giudiziario e società democratica**

Il professor Hook ha scritto una dura requisitoria contro la Corte Suprema degli Stati Uniti. Il modo in cui concepisce i rapporti tra giudici e legislatori richiama però *due fondamentali luoghi comuni* accettati, se non dall'uomo della strada, certamente almeno dall'intelligenza di parecchie

democrazie occidentali. Primo: i “rappresentanti del popolo” farebbero di regola ciò che il popolo vuole che essi facciano, tale volontà determinandosi attraverso il procedimento elettorale che ha luogo a intervalli regolari e, perciò, il popolo controllerebbe ciò che i suoi “rappresentanti” fanno. Secondo: i giudici, in quanto non eletti dal popolo, non rappresenterebbero la “volontà popolare” e non dovrebbe quindi spettar loro il controllo di ciò che i legislatori fanno quali “rappresentanti del popolo”. Come corollario di tale assunto, si ritiene che i giudici, a differenza dei “rappresentanti del popolo”, siano piuttosto inefficienti nell’interpretare “gli abiti, i valori, le prassi della comunità”.

Il prof. Hook sembra convinto che il popolo, o per essere più precisi la maggioranza dei votanti, se scopre che tali leggi gli sono sgradite, non fa altro che sbarazzarsi dei legislatori alla successiva elezione generale. Naturalmente, vi è molto da dire su questo punto. Tanto per incominciare, la maggioranza che elegge i legislatori non è quasi mai la stessa che se ne sbarazzerà. Ma a parte questo, che ne è delle minoranze? Chi le rappresenta? E ancora: è vero che il popolo è in grado di scoprire quali leggi gli sono e quali non gli sono gradite? Il popolo dovrebbe ovviamente cominciare con il conoscere queste leggi e con il distinguerle da quelle anteriori che non sono imputabili ai legislatori che ha eletto. Inoltre, il popolo dovrebbe essere in grado di formulare la propria disapprovazione in modo ben più articolato di quanto non faccia ora, quando dismette alcuni rappresentanti e ne elegge di nuovi nella mera speranza di non essere costretto a dismetterli a loro volta, alla elezione successiva.

Noi tutti sappiamo bene ciò come vanno le cose nella realtà. Il popolo non ha alcun mezzo per giudicare la maggior parte delle leggi fatte dai propri rappresentanti. Spesso il popolo è all’oscuro dell’esistenza della maggior parte delle “proprie” leggi. Il popolo è ancor meno in grado di imputare ai propri rappresentanti qualsiasi reale responsabilità per le loro leggi; e, per concludere, il popolo non ha a sua disposizione alcun mezzo con cui formulare in modo non ambiguo i propri desideri quando sono in gioco queste leggi e le possibili alternative alle stesse. Questo spiega la mancanza di interesse alle elezioni da parte di larghi settori dell’elettorato, la loro ignoranza delle reali questioni in gioco, la propensione a rispondere soltanto ai più superficiali slogan della propaganda dei partiti politici.

Queste osservazioni contrastano con la tesi, sostenuta dal prof. Hook, secondo cui si dovrebbe eliminare il controllo di legittimità costituzionale delle leggi da parte del potere giudiziario in quanto incompatibile con la democrazia, nella misura in cui i giudici non sono, a differenza dei legislatori, “rappresentanti del popolo”. Siamo d'accordo che le corti supreme possano essere un nemico potenziale della libertà individuale se il loro potere è privo di controlli. È destino comune a tutti i poteri non soggetti a controllo e, quindi, assoluti, di diventare dispotici. È perciò necessaria qualche forma di limitazione dei poteri di tutte le corti supreme di tipo americano, con l'introduzione del principio dell'unanimità nelle loro decisioni, quantomeno in alcuni casi importanti. Ma al di là di questo punto non mi trovo più d'accordo con il prof. Hook. Non avrebbe alcun senso controllare il potere di una corte suprema se altri poteri assoluti, inclusi quelli dei “rappresentanti del popolo”, rimanessero ancora sul campo, senza controllo alcuno.

Al contrario, v'è una ragione per cui si dovrebbe aver fiducia nei giudici, specialmente se colti ed esperti della propria professione, in quanto interpreti di ciò che possono sentire e volere gli individui concreti appartenenti alla loro società. I giudici e gli avvocati, infatti, non cercano tanto di interpretare i testi di legge quanto i convincimenti giuridici degli individui in gioco. Il giudice non è solo nella sua interpretazione, ma è assistito dalle parti in causa. Le parti sono persone che esprimono o ricostruiscono i loro reali sentimenti e le loro volontà circa reali questioni di cui sono realmente informate e impegnate. Così è probabile che i giudici siano molto più qualificati dei “rappresentanti del popolo” a interpretare la volontà del popolo reale. Infine, per la natura stessa della loro attività, è più probabile che i giudici riconoscano e rispettino la libertà individuale meglio dei “rappresentanti del popolo”, dato che i giudici non applicano mai nelle loro decisioni alcuna regola di maggioranza alle parti interessate. Al contrario, il consueto metodo di lavoro dei legislatori consiste proprio nel sopraffare le minoranze dissenzienti con la regola della maggioranza.

### **Due scuole di filosofia del diritto**

La Filosofia del diritto non è una disciplina pratica, ma teorica. Il suo problema fondamentale è quello di pervenire a una definizione del diritto che sia valida per qualsiasi ordinamento giuridico storicamente esistito. I normativisti di tipo logico-linguistico, ad esempio, concepiscono il diritto

come insieme ordinato di norme, intese come proposizioni linguistiche che presentano una certa struttura formale e certe caratteristiche che valgono a qualificare come giuridiche e a differenziarle da altri tipi di norme. Questi teorici attribuiscono un'importanza unica alla formulazione linguistica della norma; ad essi non interessa il contenuto della norma, il comportamento che è oggetto della norma, ma interessa solo che la norma sia linguisticamente formulata in un certo modo caratteristico e cioè secondo una specifica struttura logico-formale. Secondo i normativisti di tipo logico-linguistico, di cui Kelsen è il più autorevole rappresentante, la norma giuridica si distingue dalle altre perché prevede una sanzione.

Questa concezione del diritto, tuttavia, è molto limitata e unilaterale perché non tiene conto del fatto essenziale che le norme, siano o non siano proposizioni linguistiche precisamente identificate e formulate, hanno un senso in quanto orientano dei comportamenti effettivi. Al grande gruppo delle teorie di tipo logico-linguistico si contrappone pertanto il gruppo più ristretto, ma più brillante, delle teorie sociologiche. Secondo questa prospettiva sociologica, non conta tanto la prospettiva formale ma quella dei contenuti. Tutto questo è molto diverso dalla prospettiva logico-linguistico perché non sempre abbiamo una formulazione linguistica. Esiste infatti tutta una serie di regole e norme pratiche, tacite e non comunicabili, le quali non sono espresse in termini grammaticali e sintattici, ma fanno invece parte del comportamento.

### **Critica alla concezione sanzionatoria del diritto**

Secondo il normativismo logico-linguistico di Kelsen, il diritto è caratterizzato dalla coazione, e la norma giuridica si differenzia dalle altre norme perché prevede una sanzione. Il normativismo di Kelsen, pertanto, si limita a descrivere lo scheletro del diritto, dato che l'unica cosa che conta è il contesto linguistico: per avere una norma è sufficiente che sia prevista la sanzione. Questa concezione sanzionatoria del diritto si presta però a critiche decisive. In primo luogo, non si capisce perché si debba attribuire importanza alla sanzione per caratterizzare le norme giuridiche, dal momento che in moltissimi casi il comportamento giuridico non è determinato dalla coazione né dal timore di sanzioni. Molti si comportano giuridicamente perché così sentono di dover comportarsi, perché pensano che così sia giusto o morale o utile comportarsi. Molti si comportano giuridicamente senza che nessuno li costringa a farlo: per esempio

moltissimi non rubano non perché temono il carcere, ma perché sentono o ritengono di non doverlo fare.

In secondo luogo, vi sono molte norme del buon costume, di etica sociale, dell'etichetta, che possono prevedere sanzioni e per le quali l'applicazione della sanzione può essere anche molto rigorosa e che tuttavia non sono norme giuridiche. Possiamo immaginare delle norme morali che implicano una sanzione o un biasimo. Si consideri, per esempio, il caso di chi non soddisfa i suoi debiti di gioco: il Codice civile non attribuisce un diritto a chi ha un credito di gioco, però vi è il biasimo delle persone d'onore che può essere considerato come una sanzione; analogamente, le regole del gioco degli scacchi o del calcio comprendono una quantità di sanzioni che colpiscono determinate mosse, falli o comportamenti irregolari. Eppure tutte queste regole non sono norme giuridiche.

Il giurista Alf Ross della scuola scandinava ha cercato di replicare a questa critica affermando che ciò che caratterizza le norme non è tanto il semplice fatto che esse prevedano una sanzione, ma il fatto che esiste uno specifico apparato per attuare le sanzioni, composto da giudici, ufficiali di polizia giudiziaria, etc. In realtà, vi sono delle norme che, pur non essendo giuridiche, prevedono un apparato: per esempio, nel gioco del calcio, l'arbitro, i guardialinee, i commissari di campo compongono un apparato che applica le sanzioni previste dalle regole di questo sport. Ma soprattutto, perché deve essere così importante l'apparato se molte persone si comportano giuridicamente indipendentemente dalle sanzioni e, quindi, indipendentemente dall'apparato sanzionatorio?

Vi sono poi moltissime norme che sono giuridiche o comunque ritenute da tutti giuridiche e che non prevedono sanzioni, per esempio nel diritto amministrativo e nel diritto costituzionale. Si pensi al Parlamento: se esso tralascia di compiere qualche atto che sia prescritto per legge, in moltissimi casi non è prevista alcuna sanzione. La stessa cosa avviene nel diritto amministrativo, soprattutto riguardo le norme che regolano il funzionamento degli organi e degli uffici. In definitiva, se la sanzione non è un elemento intrinsecamente determinante per il diritto, essa non può essere utilizzata per distinguere le norme giuridiche da tutte le altre.

## CITAZIONI RILEVANTI

### *Analogie tra il diritto e il linguaggio*

Gli studiosi di grammatica possono influenzare fortemente il linguaggio, e le regole che essi elaborano possono sicuramente avere effetti sull'uso linguistico del loro paese; ma i grammatici non possono creare un linguaggio – per loro esso è semplicemente dato. I linguaggi artificiali ... non funzionano. Soltanto gli ingenui possono pensare aver fiducia nei tentativi fatti per introdurre l'Esperanto o altri linguaggi di questo tipo come mezzi di comunicazione universali pronti all'uso ... Allo stesso modo, nessuno può creare un diritto universale, e neppure particolare, senza individui che lo sostengano con le loro convinzioni, le loro abitudini e i loro sentimenti. Il diritto, come il linguaggio, non è un gingillo che si possa manipolare a proprio piacimento. Ovviamente, ci si può provare: ma in base all'intera esperienza accumulata, si può riuscirci solo entro confini veramente ristretti, oppure fallire del tutto» (p. 86).

### *L'analogia tra i prezzi di mercato e le pretese giuridiche*

«La parte che la norma svolge nel campo del diritto è molto simile a quella svolta dal prezzo nel campo dell'economia. Come la norma è la risultante dell'incontro tra pretese, così il prezzo è la risultante dell'incontro di una domanda e di un'offerta ... In particolare, la norma giuridica corrisponde al prezzo di mercato. Il prezzo di mercato esprime la condizione alla quale la grande maggioranza dell'offerta si incontra con la domanda. Nello stesso modo, la norma giuridica esprime la condizione alla quale le pretese si incontrano nella stragrande maggioranza dei casi e con la maggiore probabilità» (p. 203-204).

### *Concezione formale e concezione sostanziale del diritto*

«Il nostro punto di vista [di filosofo del diritto] è diverso da quello del giurista o del legislatore o del giudice. Il giurista che forma una norma la considera giuridica indipendentemente dal fatto che essa descriva effettivamente un incontro tra pretese giuridiche. Ad esempio, per il giurista una norma è giuridica perché è stata emanata dal potere legislativo e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale, indipendentemente dalla constatazione che essa descriva un incontro tra pretes che in pratica si verifica. Questo punto di vista è indubbiamente utile per il lavoro pratico del giurista,

ma è del tutto insufficiente sul piano teorico. Perché considerare come giuridica una norma prevista dalla legislazione quando poi questa norma, in pratica, non viene osservata?» (p. 204).

### PUNTI DA RICORDARE

- Chi rivendica un diritto pretende il verificarsi di un comportamento altrui
- Le pretese giuridiche richiedono un comportamento statisticamente probabile
- Le pretese antiggiuridiche, come quelle di un rapinatore, richiedono un comportamento statisticamente improbabile
- La pretesa giuridica, oltre alla previsione, richiede di determinare un comportamento altrui attraverso un'azione o un intervento
- Chi pretende deve avere inoltre un interesse al comportamento altrui, e il potere di determinarlo
- Lo stato, così come lo intendevano i Romani e Machiavelli, è la normale situazione di pace, ordine e sicurezza
- In ogni stato esiste uno scambio di poteri tra gli individui
- La norma svolge, nell'ordine giuridico, la funzione che ha il prezzo di mercato nell'ordine economico
- Oggi il diritto viene “fabbricato” dai legislatori, mentre un tempo la produzione del diritto avveniva più lentamente attraverso le consuetudini o i precedenti giudiziari
- La fabbricazione legislativa del diritto presenta molti problemi: troppe leggi che cambiano troppo in fretta, incertezza giuridica, oppressione della maggioranza sulla minoranza
- Il diritto in realtà viene fatto ogni giorno con i comportamenti individuali, non è il prodotto della volontà dell'autorità
- In Occidente sono esistiti tre modi di produzione del diritto: il diritto dei giuristi, il diritto giudiziario, il diritto legislativo
- Il diritto giudiziale dei pretori romani ha garantito ai Romani sicurezza e libertà nelle loro questioni private
- I giudici hanno più probabilità di individuare il diritto realmente vigente nella società rispetto ai rappresentanti eletti democraticamente

- I giuspositivisti kelseniani riducono il diritto alle norme emanate dall'autorità legittima secondo le procedure previste
- La sanzione, a differenza di quello che sostengono i kelseniani, non è un elemento necessario della norma giuridica
- Possono esistere norme giuridiche senza sanzione, e norme non giuridiche (moralì o sociali) che prevedono una sanzione e un apparato che le applichi

## L'AUTORE



Bruno Leoni (1913-1967) nasce ad Ancona il 26 aprile 1913. Nel 1942 diventa professore straordinario di Dottrina dello Stato presso l'università di Pavia, ma la guerra lo tiene per qualche anno lontano dagli studi e dall'insegnamento. Nel corso del conflitto entra a far parte di A Force, un'organizzazione segreta alleata incaricata di recuperare prigionieri e salvare soldati. Finita la guerra, Bruno Leoni inizia la sua attività accademica insegnando Filosofia del diritto e ricoprendo l'incarico di preside della facoltà di Scienze Politiche dal 1948 al 1960. Diventa membro della Mont Pelerin Society, di cui sarà segretario e poi presidente, e in queste riunioni ha l'opportunità di entrare in contatto con una scuola di pensiero, il liberalismo classico, del tutto estranea al clima intellettuale dell'Italia di allora, dominato dal marxismo e dal neopositivismo. Questi scambi intellettuali con i più grandi esponenti del liberalismo hanno un'importanza decisiva nella maturazione delle idee di Leoni, il quale non avrebbe mai potuto elaborare le sue tesi originali se la sua attività scientifica fosse rimasta confinata al dibattito italiano. Nel 1950 fonda la rivista *Il Politico* e svolge un'intensa attività pubblicistica, scrivendo

numerosi articoli per il quotidiano economico *Il Sole 24 Ore*. Nel 1961 pubblica negli Stati Uniti *Freedom and the Law*, frutto di una serie di conferenze tenute in California nel 1958. Per molti decenni, grazie a questa sua opera, il nome di Bruno Leoni sarà molto più noto all'estero che in Italia. Nel frattempo, continua a svolgere anche la professione di avvocato, e proprio nello svolgimento di questa attività viene assassinato, in tragiche circostanze, il 21 novembre 1967. La sua opera principale, *Freedom and the Law*, verrà tradotta in italiano, con il titolo *La libertà e la legge*, solo nel 1994 dall'editore Liberilibri di Macerata.

## NOTA BIBLIOGRAFICA

Bruno Leoni, *Il diritto come pretesa*, Liberilibri, Macerata, 2020, p. 251, introduzione di Mauro Barberis, postfazione di Alberto Febbrajo.

## INDICE DEL LIBRO

IX Introduzione alla prima edizione di Mauro Barberis

XLIII Fonti

Il diritto di pretesa

5 Diritto e politica [1961]

29 Obbligo e pretesa [1961]

61 La fabbrica del diritto [1962]

69 L'evoluzione del diritto e dell'economia [1963]

89 Potere giudiziario e società democratica [1963]

119 Il diritto come pretesa individuale [1964]

139 Appunti di filosofia del diritto [1966]

223 Postfazione di Alberto Febbrajo

247 Indice dei nomi