

L'ANTIFORMALISMO DI BRUNO LEONI
NEI SUOI RAPPORTI CON LE CORRENTI
DEL REALISMO GIURIDICO

Silvia Menocci

Dal vasto e non facilmente definibile ambito dell'antiformalismo giuridico sono stati sovente esclusi movimenti ed autori che avrebbero meritato di esservi compresi. Ciò è accaduto perlopiù nel tentativo di collocare movimenti nati per reazione ad un eccessivo formalismo e concettualismo della dogmatica giuridica e della «giurisprudenza dei concetti» entro limiti geografici e temporali abbastanza precisi. Così, è ormai in questo senso opinione comune ritenere che la «rivolta contro il formalismo», dal titolo di un omonimo libro di Morton White sulla cultura americana dell'età rooseveltiana, si sia sviluppata ed affermata tra l'inizio del Novecento e la fine degli anni Quaranta.

Tuttavia, se per formalismo giuridico intendiamo la concezione di un diritto definito unicamente in funzione della sua struttura formale, prescindendo completamente dal suo contenuto e ponendo come unico criterio di valutazione della norma giuridica la validità – per cui risulta essere diritto solo quello posto dall'autorità competente nei modi e nelle forme stabilite dall'ordinamento giuridico –, non potremo che riammettere nell'ambito dell'antiformalismo tutti quei movimenti, autori e scuole di pensiero che, partendo da una ferma opposizione al dogmatismo e alla artificiosa struttura sistematica della tradizione giuridica formalistica, hanno comunque tentato di effettuare aperture alle scienze sociali e a promuovere un più articolato sistema delle fonti, a partire dalla realtà empirica e dalla concezione di diritto come fatto sociale.

Ogni movimento ha i suoi precursori e i suoi epigoni e per questo bisognerebbe tentare di essere più liberi dagli schemi dottrinali. Come è stato osservato, «in ogni dottrina, in ogni scuola, c'è come un fiume sotterraneo che improvvisamente scompare, per poi riaffiorare in luoghi diversi, senza che se ne possa conoscere perfettamente il percorso»¹.

¹ A. Tanzi, *L'antiformalismo giuridico*, Milano, Raffaello Cortina Editore, 1999, p. XIII.

Penso agli orientamenti antiformalistici della Scuola storica tedesca durante la prima metà dell'Ottocento, della concezione sociologica del diritto, del movimento del diritto libero sorgo agli inizi del Novecento in Germania per opera di Hermann Kantorowicz e di cui fu grande sostenitore François Gény, alla logica dei giuristi di Eugen Ehrlich, alla giurisprudenza degli interessi di Philipp Heck, al giudice della Corte Suprema americana Oliver Wendell Holmes (1841-1935), ai realisti americani e scandinavi, al realismo giuridico italiano di Francesco Carnelutti, etc.

Molti di questi autori e scuole di pensiero appartengono a tempi e luoghi diversi e le loro speculazioni giungono spesso ad analisi e conclusioni distinte, talvolta lontane, ma hanno in comune l'aver cercato di cogliere il momento costitutivo dell'esperienza giuridica nella realtà sociale, «dove il diritto si forma e si trasforma, nelle azioni degli uomini che fanno e disfanno con il loro comportamento le regole di condotta che li governano»². In tale prospettiva, il pensiero filosofico-giuridico di Bruno Leoni³, caratterizzato da una ferma opposizione al formalismo normativistico di Hans Kelsen e al positivismo giuridico in generale, e dall'elaborazione di una teoria giuridica e politica attenta al comportamento dell'individuo nelle relazioni intersoggettive che si formano spontaneamente nella realtà sociale, sembra poter occupare un posto a pieno titolo tra le numerose voci dell'antiformalismo giuridico.

1. La critica di Leoni al positivismo giuridico e alla teoria kelseniana

La teoria del diritto di Bruno Leoni (1913-1967) trova il suo punto

² N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1993, p.38.

³ Tra le cui opere sono da ricordare in particolare: *Freedom and the Law*, Princeton, van Nostrand Company Inc., 1961; *Scritti di scienza politica e teoria del diritto*, introduzione di M. Stoppino, Milano, Giuffrè, 1980; *Le pretese e i poteri: le radici individuali del diritto e della politica*, a cura di M. Stoppino, Novara, Società Aperta, 1997; *La libertà e la legge*, introduzione di R. Cubeddu, trad. it. di *Freedom and the Law*, Macerata, Liberilibri, 1994; *La sovranità del consumatore*, prefazione di S. Ricossa, Roma, Ideazione, 1997.

di partenza in un netto e deciso rifiuto del normativismo, che negli anni Cinquanta e Sessanta era prevalente in Italia tra i filosofi del diritto di orientamento laico. Oggetto principale della sua critica furono la teoria del diritto di Hans Kelsen, che aveva elaborato la formulazione più coerente del normativismo e, più tardi, anche la teoria del diritto di Herbert L. A. Hart⁴. Altro bersaglio di Leoni fu, più indirettamente che direttamente⁵, la scuola di filosofia giuridica che faceva capo a Norberto Bobbio (anche lui allievo di Gioele Solari a Torino) il quale contribuì alla diffusione dei principi propri del positivismo giuridico.

L'espressione «positivismo giuridico» non deriva da quella di «positivismo» in senso filosofico, anche se nel secolo scorso tra i due termini esisteva un certo legame in quanto alcuni positivisti giuridici erano allo stesso tempo anche dei positivisti in senso filosofico: alle sue origini, che risalgono all'inizio del XIX secolo, il positivismo giuridico non aveva niente a che vedere con il positivismo filosofico. Il primo, infatti, nacque in Germania, mentre il secondo sorse in Francia. L'espressione «positivismo giuridico» deriva, invece, dalla locuzione «diritto positivo» contrapposta a quella di «diritto naturale», da cui deriva, a sua volta, l'espressione «giusnaturalismo»⁶. Fino alla fine del Settecento il diritto era definito distinguendo queste due specie di diritto: «diritto naturale» e «diritto positivo».

⁴ Del libro di Hart, *The concept of law*, London, Oxford University Press, 1961, (trad. it. di M. A. Cattaneo: *Il concetto di diritto*, Torino, Einaudi, 1965) Leoni scrisse una breve recensione critica: *On a Recent Theory of «Legal Obligation»*, in «Il Politico», 1966, n. 3, pp. 535-538. Si vedano anche *A proposito della teoria del diritto e del positivismo giuridico*, in *Tavola rotonda sul positivismo giuridico* (quaderni della rivista «Il Politico», n. 4), Milano, Giuffrè, 1967, pp. 7-8, nonché il successivo intervento, ivi, pp. 74-75; e *Lezioni di Filosofia del diritto* (1969), cit., pp. 32-38.

⁵ Delle opere di Bobbio e della sua scuola Leoni non si occupò mai direttamente e per esteso. Fanno parziale eccezione brevi cenni a *Giusnaturalismo e positivismo* di N. Bobbio e a *Cos'è il positivismo giuridico* di U. Scarpelli (entrambi pubblicati per le edizioni di Comunità nel 1965), che si trovano nel saggio *A proposito della teoria del diritto e del positivismo giuridico*, cit. Bobbio scrisse alcune pagine in ricordo di Bruno Leoni in *Omaggio a Bruno Leoni*, Milano, Giuffrè, 1969, pp. 59-67.

⁶ N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 1979, p. 5.

Nel corso dei secoli sono state elaborate diverse concezioni del diritto naturale, ma tutte hanno in comune l'idea che detto diritto trovi la sua origine, mediata o immediata, in una natura ritenuta assoluta ed eterna. In quanto fondato sulla natura che è, per la sua stessa essenza, sottratta alla fallibilità e alla mutevolezza, il «diritto naturale» riflette, a differenza del «diritto positivo», i caratteri della certezza e dell'oggettività⁷. Invece, per «diritto positivo» si intende quello posto in essere dagli organi a ciò espressamente deputati nelle forme e nei modi previsti; si tratta di una concezione attenta all'aspetto formale del diritto indipendentemente dai suoi contenuti.

Fino alla fine del Settecento, le due diverse specie di diritto erano entrambe qualificate come diritto nella stessa accezione del termine; la distinzione tra esse, infatti, non verteva sulla qualità o sulla qualificazione di diritto, ma riguardava soltanto il loro grado, nel senso che una specie veniva considerata superiore all'altra. Il positivismo giuridico è invece una concezione che nasce quando «diritto naturale» e «diritto positivo» non sono più considerati diritto alla stessa stregua, ma viene considerato diritto in senso proprio soltanto il «diritto positivo». Ad opera del positivismo giuridico tutto il diritto è ridotto a «diritto positivo» e il «diritto naturale» è escluso dalla categoria di diritto; il «diritto positivo» è diritto, quello naturale assolutamente non è diritto⁸.

L'origine di questa concezione è legata alla formazione dello Stato moderno che sorge sulla dissoluzione della società medioevale. La società medioevale era una società pluralistica, in quanto era composta da una varietà di raggruppamenti sociali, ognuno dei quali aveva un proprio ordinamento giuridico. Il diritto costituiva un fenomeno sociale, prodotto spontaneamente dalla società civile e non dallo Stato. Con la formazione dello Stato moderno la società assume invece una struttura monistica, nel senso che lo Stato, per rafforzarsi e consolidare la propria stabilità, accenna in sé tutti i poteri, primo fra tutti quello di creare il diritto. Essa non

⁷ T. Martines, *Diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 31.

⁸ N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, cit., p. 18.

si accontenta di partecipare alla produzione del diritto, ma vuole essere l'unico detentore di tale potere. Si assiste a quello che è stato chiamato «il processo di monopolizzazione della produzione giuridica da parte dello Stato»⁹. Prima della formazione dello Stato moderno il giudice nel risolvere le controversie non era vincolato a scegliere soltanto norme emanate dall'organo legislativo dello Stato, ma aveva una certa libertà nel determinare la norma da applicare. Poteva risolvere il caso in base alle regole del costume, alle norme elaborate dai giuristi, a criteri equitativi. Tutte queste regole erano sullo stesso piano e erano tutte alla stessa stregua «fonti del diritto». Ma con la formazione dello Stato moderno il giudice, un tempo libero organo della società, diventa organo dello Stato, un vero e proprio funzionario dello Stato, titolare di uno dei poteri di esso, quello giudiziario, subordinato a quello legislativo. Le regole che il giudice può adottare nel risolvere le controversie sono esclusivamente quelle prodotte dall'organo legislativo o comunque, trattandosi di diritto consuetudinario o naturale, quelle che possono aver ricevuto un riconoscimento da parte dello Stato¹⁰. Queste ragioni concorrono a far sì che anche oggi, spesso, il diritto positivo, inteso come diritto posto e approvato dallo Stato, sia considerato il solo vero diritto ed è l'unico che trova ormai applicazione nei Tribunali.

Una situazione storica simile per certi aspetti può essere ravvisata alla radice della cultura giuridica e politica della così detta «Mitteleuropa», di cui Kelsen fu uno dei massimi esponenti.

L'impero austro-ungarico era caratterizzato dalla convivenza di numerosi popoli diversi tra loro; l'unità a tale frammentazione di radici, lingue e costumi non poteva certo derivare dal senso di Nazione, che si era affermato in altri paesi quali l'Inghilterra o la Francia. Lo strumento utilizzato per garantire l'unità dell'impero fu quindi quello della legge, tanto che la conformità alla legalità divenne uno dei tratti più specifici dell'identità austro-ungarica.

⁹ *Ivi*, p. 19.

¹⁰ *Ivi*, p. 22.

In questo contesto storico-politico ben si comprende la fortuna di una dottrina giuridica fondata sul concetto di norma e sul formalismo, attenta a determinare chi debba stabilire le regole e come debbano essere prodotte, senza dare alcuna rilevanza alla sostanza e ai contenuti.

Il più illustre rappresentante di questa concezione è appunto Hans Kelsen, che elabora «la dottrina pura del diritto»¹¹. Secondo la teoria normativa, il diritto si esaurisce nelle norme, intese come comandi o imperativi (teoria imperativistica) ovvero come giudizi ipotetici o schemi qualificativi. Il contributo più importante che Kelsen offre al positivismo giuridico è la concezione del diritto come ordinamento giuridico, caratterizzato da «unità», «completezza» e «coerenza». «Il diritto è un ordinamento normativo del comportamento umano, cioè un sistema di norme che regolano comportamenti umani e la norma va considerata come uno schema qualificativo di un fatto esteriore»¹², in quanto il fatto è qualificato giuridico o antigiuridico in base alla conformità o meno alla norma. L'ordinamento trova la sua unità nel fatto che tutte le norme hanno lo stesso fondamento per la loro validità, costituito da una norma fondamentale da cui deriva la validità di tutte le altre. Kelsen elabora una teoria in cui il diritto assume una struttura gerarchica, una costruzione a gradi dell'ordinamento giuridico, composto da un insieme di norme regolanti (o superiori) e di norme regolate (o inferiori). La norma superiore costituisce il fondamento della validità della norma inferiore. Ne deriva che ciascuna norma è, allo stesso tempo, condizione di validità di un'altra e condizionata, nella propria validità, da una norma superiore. Ma lo stesso Kelsen osserva che «la ricerca di un fondamento della validità di una norma non può proseguire all'infinito, come la ricerca della causa di un effetto». La ricerca termina con la norma fondamentale, norma ultima e suprema, la

¹¹ H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto* (trad. it.), Torino, 1966; per l'evoluzione postuma del pensiero kelseniano, si veda l'opera postuma *Allgemeine Theorie der Normen*, Wien, 1979 (trad. it.: *Teoria generale delle norme*, Torino, 1985, ed ivi il saggio introduttivo di Losano, *La dottrina pura del diritto dal logicismo all'irrazionalismo*, pp. XVII ss.).

¹² T. Martines, *Diritto costituzionale*, cit., p. 20.

cui validità non può derivare da una norma superiore, ma è presupposta e fuori da ogni discussione. La norma fondamentale si identifica con una costituzione effettivamente statuita ed efficace, intesa come norma positiva da cui è regolata la produzione delle norme giuridiche in generale¹³.

La critica di Leoni della teoria kelseniana del diritto ebbe come punto di riferimento la *General Theory of Law and State*¹⁴ e praticamente attraversa l'intera opera filosofico-giuridica matura di Leoni. Essa si estende a tutti gli aspetti più importanti della teoria normativistica del diritto ideata da Kelsen: il «formalismo», il concetto stesso di «norma» e quello collegato di «sanzione», il concetto di «ordinamento giuridico», nonché quello di «dovere» o «obbligo», che dovrebbe costituire l'essenza della norma giuridica, il concetto di «diritto positivo» e quello di «norma basilare». Tutte queste critiche sono ricondotte da Leoni ad una contestazione di metodo fondamentale, preliminare a tutte le altre: l'erronea assunzione a livello teorico di concetti propri della dogmatica giuridica, i quali, secondo Leoni, sono elaborati per conseguire gli scopi pratici del giurista, ma non possono essere utilizzati per la costruzione di una teoria del diritto¹⁵.

L'avversione alle idee kelseniane può essere dedotta (anche se i riferimenti diretti a Kelsen sono solo due¹⁶) dalla tesi centrale di *La libertà e la legge*, secondo la quale esiste un'analogia tra diritto giurisprudenziale ed economia di mercato da una parte, tra diritto legislativo ed economia pianificata dall'altra. Leoni vede Kelsen ed il «positivismo giuridico»

¹³ Ivi, p. 21.

¹⁴ H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1945 (trad. it. di S. Cotta e G. Treves: *Teoria generale del diritto e dello stato*, Milano, Comunità, 1952).

¹⁵ M. Stoppino, *Individualismo integrale di Bruno Leoni*, ora in B. Leoni, *Scritti di scienza politica*, cit., p. XIX.

¹⁶ B. Leoni, *La libertà e la legge*, cit., p. 34. Leoni scrive: «...Hans Kelsen che si vantava nella sua *Teoria generale del diritto e dello Stato*, e si vanta tuttora, della scoperta che ciò che è “propriamente detto Stato” non è nient’altro che l’ordinamento giuridico». Ivi, p. 164: «... alcuni teorici – come Hans Kelsen – arrivarono a negare che fosse possibile parlare di comportamento giuridico o politico in assenza di regole coercitive per mezzo delle quali un comportamento può essere qualificato come “legittimo” o no».

come i massimi esponenti, nell'epoca contemporanea, della corrente di pensiero che identifica il diritto con la legislazione e si accorge preconcamente delle implicazioni politiche, dirette ed indirette, della filosofia giuridica di Kelsen.

Nel saggio *Obbligo e pretesa nella dogmatica, nella teoria generale e nella filosofia del diritto*, Leoni critica la teoria normativistica mettendo in discussione il concetto chiave di questa dottrina: la «norma giuridica». «Ridurre il diritto a norma» – scrive Leoni – «significa andare senz'altro incontro all'insoluto problema di distinguere la norma giuridica da altri tipi di norma». In particolare, secondo i normativisti, la norma giuridica si distingue dalla norma morale per il carattere della «coercibilità», o più in generale, per il concetto ad essa connesso di «sanzione», presenti nella prima ma non nella seconda¹⁷. Questa differenziazione, secondo Leoni, non può essere accettata, in quanto implica l'esclusione dal *genus* della norma giuridica di tutta una serie di norme non coercibili, ma generalmente considerate giuridiche: «molte norme del diritto privato, talune norme del diritto costituzionale, la maggior parte di quelle del diritto internazionale o di quello canonico, o infine di quello consuetudinario, là dove si ammette il diritto consuetudinario come diritto autonomo»¹⁸. Allo stesso tempo, la definizione di norma giuridica come norma la cui violazione comporta l'applicabilità di una sanzione, include nel *genus* delle norme giuridiche altri tipi di norme, «le quali presentano tutte, dalle norme morali a quelle del costume e della grammatica, una qualche specie di sanzione»¹⁹.

Le teorie generali, riducendo il diritto a norma giuridica, si allontanano dal significato reale del diritto e conducono alla creazione di concetti dottrinali che finiscono per essere compresi soltanto da chi li ha costruiti. «Di gente che parla di "diritto", ce n'è di ogni specie, dall'uomo della strada

¹⁷ B. Leoni, *Obbligo e pretesa nella dogmatica, nella teoria generale e nella filosofia del diritto*, ora ristampato in *Scritti di scienza politica*, cit., p. 233.

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ Ivi, p. 234.

che dice “ho diritto di far questo” all’avvocato, al giudice, al deputato, al professore universitario, al sacerdote, che parlano tutti del “diritto”, ossia che usano questa parola nei loro discorsi, ciascuno, molto spesso, da un proprio punto di vista, e con significati che non solo variano col variare della categoria cui appartengono le suddette persone, ma possono variare anche nel discorso degli appartenenti grosso modo, ad una medesima categoria»²⁰. Ma tutti questi significati si riferiscono ad un medesimo fenomeno, quindi presuppongono un significato comune. Compito del «filosofo del diritto» è proprio la ricerca del *minimo significato comune* del termine «diritto».

A dimostrazione della fondatezza del postulato per cui esiste un *minimo significato comune*, Leoni paragona il diritto al linguaggio e alla moneta, secondo una visione ripresa da Menger.

Esistono molti e diversi tipi di moneta, di carta, di metallo o di altra materia, diverse nel tempo e nei paesi; è possibile *cambiarle* tra loro, è possibile *falsificarle* ed infine è possibile *produrne di nuove*, e presentarle sul mercato. Così esistono una infinità di linguaggi, di varia natura, di segni diversi, distinti nel tempo e nei paesi; è possibile *scambiarli*, ossia *tradurli* in altri linguaggi; è possibile *falsificare segni e linguaggi* e, infine, è possibile *produrne di nuovi e genuini* per presentarli agli altri uomini affinché vengano adottati. Tutto questo si realizza in quanto esistono «minimi significati comuni che da tutti gli interessati al processo linguistico, o a quello monetario, vengono attribuiti, rispettivamente, al linguaggio e alla moneta»²¹. Per Leoni il diritto ha le proprie radici nello stesso processo fenomenologico del linguaggio e della moneta, ed è quindi necessario risalire al significato comune minimo. In tale ricerca è indispensabile cogliere il significato delle parole e conseguentemente l’importanza del linguaggio usato. Nelle teorie generali del diritto e specialmente in quella di Kelsen Leoni riscontra «la mancanza di una trattazione del problema metodologico preliminare», ossia «la mancanza di un vero e proprio approccio

²⁰ *Ivi*, p. 223.

²¹ *Ivi*, p. 225.

linguistico, e quindi quella di una precisazione, che pur dovrebbe esserci, sul tipo di linguaggio che si intende adottare, o considerare, quando si tenta di definire il “diritto” e di trattarlo in sede di “teoria generale”»²².

Nel saggio *Oscurità e incongruenze nella dottrina kelseniana del diritto* Leoni mette in luce l'inconsistenza della netta distinzione fatta da Kelsen tra due emisferi: il «*Sollen*» (dovere) e il «*Sein*» (essere)²³. Per Kelsen il diritto trova la sua unica dimora nel «*Sollen*», mentre il «*Sein*», mondo dell'essere, dei fatti e dei comportamenti umani, è la sede della sociologia del diritto, che non ha niente a che vedere con la «dottrina pura del diritto» da lui ideata. Per Kelsen il diritto è «dover essere», quindi ciò che deve essere; per Leoni, invece, il diritto è «essere», quindi, ciò che è.

A questa contrapposizione è ricondotta la distinzione tra validità ed efficacia. Per Kelsen, la validità consiste nella stessa «esistenza della norma» e rientra nel «*Sollen*», l'efficacia coincide con la «conformità di un comportamento umano alla norma» e rientra nel mondo dei fatti, nel «*Sein*». Ma Leoni osserva che il significato letterale del termine «esistenza» sembra rientrare nell'ambito dell'essere, e quindi del «*Sein*», al quale secondo Kelsen le norme non dovrebbero appartenere. Altra definizione incoerente data da Kelsen, secondo Leoni, è quella di «norma valida» intesa come norma avente «forza vincolante», espressione che non viene mai spiegata compiutamente. Una spiegazione naturale, secondo Leoni, del concetto di validità come «forza vincolante» potrebbe consistere nel fatto che determinate persone si sentano obbligate ad obbedire alla norma, ma l'evento psicologico di sentirsi obbligati da una norma, per Kelsen, richiama il concetto di efficacia appartenente al «*Sein*», che deve essere mantenuto distinto dal mondo del «*Sollen*» a cui appartengono le norme giuridiche. Secondo Leoni non è possibile quindi capire cosa sia la validità per Kelsen: se la dottrina pura del diritto esclude rigorosamente che essa sia un fatto psicologico o, almeno, «un'espressione linguistica che rispecchia un fatto psicologico»²⁴.

²² *Ivi*, p. 226.

²³ B. Leoni, *Oscurità e incongruenze nella dottrina kelseniana del diritto*, ora ristampato in *Scritti di scienza politica*, cit., p. 190.

²⁴ *Ivi*, p.195.

La critica di Leoni si estende anche allo stesso concetto di «norma base» o «norma fondamentale», che costituisce in Kelsen, il fondamento della validità di tutto il sistema di norme corrispondente all'ordinamento giuridico. Se si accoglie il significato di validità come provenienza della norma da autorità legittime, cioè autorità che sono legittimate ad emanare norme in base ad altre norme sovraordinate ad esse, bisogna necessariamente concludere che la così detta «norma base» non può essere valida, in quanto, per definizione, essa è la norma suprema e assoluta, alla quale nessuna norma è superiore. Se per norma valida si intende una norma emanata da un'autorità che una norma superiore ha definito legittima, la «norma base» non può mai essere valida. Per essere valida, la «norma base» dovrebbe perdere il carattere della basilarità, altrimenti perde le caratteristiche proprie di tutte le altre norme del sistema kelseniano.

Per Leoni, l'incongruenza è ulteriormente evidente quando Kelsen cerca di attribuire la natura e il fondamento della «norma base» ad una radice storica, facendo appello a norme o ad autorità precedenti nel tempo rispetto all'ordine di cui si parla. Secondo il significato letterale e comune, l'espressione «precedente nel tempo» si riferisce a qualcosa che è già esistente, qualcosa quindi che «è prima» di un dato momento preso come punto di riferimento temporale. Ma Leoni avverte che una spiegazione che rimandi ad una dimensione temporale conduce nel mondo dei fatti, il «*Sein*», l'essere, lontano e distinto dal «*Sollen*», patria unica ed esclusiva della «dottrina pura del diritto». È chiaro che Leoni, confutando i concetti di «validità» e di «norma fondamentale» che costituiscono i principi cardine del sistema normativo kelseniano, mette in crisi l'intera teoria pura del diritto elaborata da Kelsen²⁵.

La ragione principale delle oscurità ed incongruenze della dottrina kelseniana come teoria del diritto, per Leoni, sembra risiedere proprio nell'aver trasferito i postulati della dogmatica da un ambito in cui essi apparivano utili e necessari per raggiungere determinati fini pratici, ad un ambito in cui essi appaiono di scarso significato teorico. Ciò è evidente

²⁵ *Ivi*, p. 196.

non soltanto nel saggio *Oscurità e incongruenze nella dottrina kelseniana del diritto*, ma anche in *Obbligo e pretesa nella dogmatica, nella teoria generale e nella filosofia del diritto*, in cui Leoni scrive: «In realtà il linguaggio adottato nella maggior parte delle teorie cosiddette generali è – almeno in larga misura – o vuole essere, quello stesso adottato dalla giurisprudenza dogmatica, ossia nel discorso di quegli avvocati, giudici, ‘parti’, professori di diritto e così via, i quali tutti tendono agli onorati e onorevoli scopi pratici di ottenere certi giudizi, di por fine a certe controversie, di prede-terminare certi tipi di condotta per chi deve pur agire... Così accade che un linguaggio, abitualmente adottato per fini pratici, ossia per determinate esigenze di azione in determinate circostanze e in un determinato ambiente, e il cui valore è – a quei fini, e in quell’ambito – quotidianamente dimostrato dall’esperienza, venga trasposto in una sede ‘teorica’, anzi ‘teorica-generale’, che, per definizione, dovrebbe invece prescindere dai fini pratici sopra menzionati, e dovrebbe corrispondentemente pre-scindere dalle inevitabili limitazioni e condizioni di quei linguaggi che dalla cosiddetta giurisprudenza dogmatica sono usati a bene individuati fini pratici»²⁶.

Una delle principali conseguenze negative di questa deficienza metodo-dologica è, per Leoni, il «formalismo» giuridico, cioè la riduzione del diritto alla «struttura formale» della norma giuridica. Sul carattere «formalistico» o «puristico» del normativismo, carattere che raggiunge massima intensità nella «dottrina pura» del Kelsen²⁷, Leoni torna con particolare insistenza, al punto che quasi tutti gli attacchi che Leoni

²⁶ B. Leoni, *Obbligo e pretesa nella dogmatica*, ora ristampato in *Scritti di scienza politica*, cit., p. 226.

²⁷ Nel corso della *Tavola rotonda sul positivismo giuridico* tenutasi nella Università di Pavia il 2 maggio 1966, alla quale aveva presentato il saggio *A proposito della teoria del diritto e del positivismo giuridico*, (che era tentato di intitolare «La quadruplicie radice della insufficienza delle teorie ‘pure’ o ‘logico-formali’ del diritto e del positivismo giuri-dico»), Leoni riconobbe in un successivo intervento che Hart è molto meno formalista del Kelsen, poiché egli possiede il «senso del diritto come realtà», e non pretende di iden-tificarlo esclusivamente, come fa Kelsen, in «un insieme di pure forme» (*Tavola rotonda sul positivismo giuridico*, cit., p. 74).

muove contro la teoria kelseniana sono in gran parte attacchi contro il suo formalismo²⁸. Nel saggio *A proposito della teoria del diritto e del positivismo giuridico*, Leoni rileva che il formalismo giuridico conduce ad errori e incongruenze, ma addirittura ad un inaridimento e ad un grave depauperamento della teoria del diritto. Il normativista formalistico, quasi ossessionato dal pericolo di cadere nel «giusnaturalismo», si occupa esclusivamente della struttura formale della «norma» e, conseguentemente, dell'«ordinamento», escludendo dalla sua analisi, in tal modo, il contenuto della norma, fatto di azioni e tecniche dell'azione. Ignorando «il rapporto continuamente esistente» tra struttura formale e contenuto, tra giudizio di valore giuridico e tecniche dell'azione, si impedisce di «definire in che cosa consista l'azione giuridica nella sua completezza e di costruire, inoltre, un modello che ci consenta di “spiegare” il processo delle azioni giuridiche, così come nella teoria economica si “spiega” il processo delle azioni economiche»²⁹.

Nella premessa al saggio *Oscurità e incongruenze nella dottrina kelseniana del diritto*, Leoni osserva inoltre che la teoria generale del diritto incentrata sul «formalismo», senza alcun riguardo per i contenuti, sia messa in crisi anche dagli eventi storici³⁰ che si sono verificati tra il 1939 e il 1945. Taluni eventi storici, basti pensare alle leggi razziali e alle tragiche conseguenze a cui esse portarono, ci ricordano che quelle autorità legittimate possono emanare norme che sono in contrasto assoluto con i principi giuridici (e non solo) generalmente e profondamente radicati tra i così detti «destinatari delle norme». Questi fatti mettono in luce l'esigenza di una concezione del diritto che non si limiti ad indicare la forma e quindi il modo in cui si produce il diritto, ma che sia maggiormente attenta alla sostanza e ai contenuti di esso.

²⁸ M. Stoppino, *Individualismo integrale di Bruno Leoni*, Saggio ora in B. Leoni, *Scritti di scienza politica*, cit., p. XXI.

²⁹ B. Leoni, *A proposito della teoria del diritto e del positivismo giuridico*, in *Tavola rotonda sul positivismo giuridico*, cit., p. 11.

³⁰ B. Leoni, *Oscurità e incongruenze*, ora ristampato in *Scritti di scienza politica*, cit., p. 188.

Ma la critica leoniana va ben oltre, arrivando a demolire il concetto di «diritto positivo»³¹. Infatti Leoni spiega che per Kelsen e tutti i positivisti l'unico diritto che merita questa definizione è il diritto positivo, inteso come entità oggettiva e superiore a qualsiasi concezione di «diritto naturale». Sono positive le regole che «sono “poste”, ossia “proposte” o “imposte” da qualcuno ad altri» e «unico diritto degno di questo nome è quello imposto dai detentori del potere politico-militare nelle società contemporanee». Tuttavia Leoni avverte che almeno in apparenza non è questo il significato di «diritto positivo» adottato da Kelsen, che presenta tale diritto come «un'insieme di “norme” create da determinate “autorità”, e la cui ragion d'essere sembra stare precisamente nel fatto di essere “create” da quelle “autorità”», legittimate da norme sovraordinate e che fanno tutte riferimento alla «norma base». Chiaramente le «oscurità e le incongruenze» che viziano il concetto di «norma base» finiscono per colpire tutto il sistema di norme che costituiscono il «diritto positivo». L'incapacità del normativismo di definire in modo accettabile il diritto emerge, secondo Leoni, anche dall'analisi³² del concetto che dovrebbe costituire l'essenza stessa della norma: il concetto di «dovere» o di «obbligo». Kelsen accetta la distinzione kantiana tra imperativo categorico, corrispondente al dovere morale, e imperativo ipotetico, corrispondente al dovere di natura tecnica. Nella ricerca dell'obbligo giuridico è costretto a risolverlo nel dovere «tecnico», quando cerca di distinguerlo dal dovere «morale», e nel dovere «morale» quando cerca di distinguerlo dal dovere di natura tecnica. Ma Leoni avverte che nel linguaggio ordinario usiamo spesso le espressioni «io devo» oppure «tu devi» senza voler alludere né alle accezioni del dovere morale, né a quelle

³¹ *Ivi*, p. 192.

³² Questa analisi concettuale e lessicografica della nozione di «obbligo» o di «dovere» è stata esposta ripetutamente da Leoni. Si vedano, ad esempio, *Diritto e politica*, ora ristampato in *Scritti di Scienza politica*, cit., pp. 203-205; *Obbligo e pretesa nella dogmatica*, ora ristampato in *Scritti di scienza politica*, cit., p. 233-234 e 237-238; *The Law as Claim of the Individual*, trad. it. *Il diritto come pretesa individuale*, cit., pp. 122-125, ora ristampato in *Le pretese e i poteri: le radici individuali del diritto e della politica; Lezioni di filosofia del diritto* (1966), cit., pp. 32-34 e 40-48.

della doverosità tecnica. Se analizziamo i significati di tali espressioni dobbiamo ammettere l'esistenza di un terzo significato: «io devo» può essere un modo per dire «tu vuoi» o «lui vuole»; «tu devi» può essere un modo per dire «io voglio» o «lui vuole». Leoni crede che l'obbligo «giuridico» si esprima in questo terzo significato: esiste un obbligo «giuridico» di Caio in quanto esiste una volontà, una richiesta, una pretesa corrispondente di Tizio. L'obbligo consiste in dovere morale o doverosità tecnica, diventa «giuridico» solo quando corrisponde ad una pretesa altrui. Allora è evidente che, per Leoni, il concetto centrale del diritto non è più quello di obbligo, ma quello di pretesa³³.

2. *Il diritto come pretesa individuale*

Leoni non si limita a criticare fermamente il normativismo e il formalismo kelseniano; egli cerca anche di elaborare una teoria propria ed alternativa: una teoria che abbia come punto centrale non la forma, ma la sostanza delle azioni giuridiche, non le norme o gli obblighi, ma le pretese degli individui³⁴.

Nel percorso intellettuale di Leoni, la nozione di «pretesa» attraversa un lungo periodo di incubazione, per poi trovare la sua migliore formulazione tra la fine degli anni Cinquanta e l'inizio degli anni Sessanta, nel corso delle lezioni universitarie di Filosofia del diritto tenute a Pavia. Tuttavia, già molto tempo prima, verso la metà degli anni Quaranta, nei saggi *Probabilità e diritto nel pensiero di Leibniz*³⁵ e *Norma, previsione e*

³³ Il concetto di diritto come pretesa è ampiamente sviluppato in *Obbligo e pretesa nella dogmatica*, ora ristampato in *Scritti di scienza politica*, cit., pp. 221-242 e in *Il diritto come pretesa individuale*, cit., pp. 19-34, ora ristampato in *Le pretese e i poteri: le radici individuali del diritto e della politica*.

³⁴ M. Stoppino, Introduzione a B. Leoni, *Le pretese e i poteri: le radici individuali del diritto e della politica*, p. XII.

³⁵ B. Leoni, *Probabilità e diritto nel pensiero di Leibniz*, in «Rivista di filosofia», 1947, n. 1-2, pp. 65-95; ora ristampato in B. Leoni, *Scritti di scienza politica*, cit., pp. 151-185.

*speranza nel mondo storico*³⁶, Leoni propone, alcune delle idee che saranno alla base della teoria della pretesa, per quanto «ancora allo stato nebuloso», come egli stesso scrisse più tardi³⁷.

Nel primo di questi saggi Leoni si propone di dimostrare il legame esistente, in varie epoche, tra i concetti e i problemi propri del calcolo delle probabilità ed «i problemi e concetti del mondo umano, *in particolare del dominio storico, giuridico e politico*».

A tal fine Leoni ricorda che la stessa origine del calcolo delle probabilità deriva dall'esigenza di risolvere una questione di diritto, posta dal «cavaliere di Méré» a Blaise Pascal³⁸. Due giocatori si impegnano in un gioco d'azzardo, in cui ognuno versa, come posta, la medesima somma di denaro ed ottiene la vittoria chi vince per primo tre partite. Supponiamo che il primo giocatore vinca due partite ed il secondo una soltanto; nel caso in cui i due giocatori, per un qualsiasi motivo, debbano separarsi e non possano continuare il gioco, in che modo si dovrà procedere alla divisione della posta? Se ogni giocatore riprendesse la somma versata, si verificherebbe una lesione dei diritti del primo giocatore, al quale mancava soltanto un punto per vincere l'intera posta; ma se al primo giocatore venisse attribuito il totale della posta, si verificherebbe una lesione dei diritti del secondo giocatore, dato che se il gioco non fosse stato interrotto, pure lui avrebbe avuto qualche probabilità di vincere l'intera posta. Le specifiche risoluzioni date al problema non sono rilevanti in questa sede, ma è opportuno sottolineare che tutte derivano dal presupposto per cui la ripartizione della posta deve avvenire secondo «l'esatta proporzione delle probabilità che ognuno dei giocatori avrebbe di vincere tre partite»

³⁶ B. Leoni, *Norma, previsione e «speranza» nel mondo storico*, in «Temi Emiliana», 1943, n. 4 (fascicolo speciale di studi giuridici dedicati dai discepoli alla memoria di Gino Segre), pp. 145-163; ora ristampato in B. Leoni, *Scritti di scienza politica*, cit., pp. 133-150.

³⁷ B. Leoni, *Obbligo e pretesa nella dogmatica*, ora ristampato in *Scritti di scienza politica*, cit., p. 226.

³⁸ B. Leoni, *Probabilità e diritto nel pensiero di Leibniz*, ora ristampato in B. Leoni, *Scritti di scienza politica*, cit., p. 151.

e, quindi, il totale delle poste, se il gioco non fosse stato interrotto³⁹.

Rifacendosi a questo aneddoto, Leoni evidenzia che esiste necessariamente un nesso che lega il calcolo delle probabilità e la realtà giuridica. Infatti, a metà del diciassettesimo secolo, uno dei problemi dal quale trae origine il calcolo delle probabilità è nella sua essenza un problema giuridico, consistente nell'«attribuzione, a due contraenti, dei diritti sorti rispettivamente a favore di ognuno di essi, in base ad un contratto aleatorio». E Leoni aggiunge che anche la risoluzione data al problema è fondata su un presupposto giuridico, in quanto nessuna regola del calcolo matematico sarebbe sufficiente da sola a giustificarla: è necessario che «i diritti maturati dai contraenti durante l'esecuzione del contratto aleatorio (cioè durante lo svolgimento del gioco), siano rigorosamente proporzionali alle alee di ognuno dei contraenti al momento della risoluzione del contratto stesso (cioè al momento dell'interruzione del gioco e della liquidazione delle poste dopo la terza partita), e rappresentino in tal modo il prezzo della "speranza" che ognuno dei giocatori ha di vincere, al momento dell'interruzione del gioco»⁴⁰. Secondo Leoni il concetto di «speranza» domina sia nella «teoria matematica dei giochi d'azzardo», sia nella concezione leibniziana del diritto e della politica, unendosi e confondendosi col concetto stesso di «probabilità».

La necessità di trovare una soluzione ai problemi posti da quei gentiluomini francesi appassionati di gioco d'azzardo fece in modo che i fondatori del calcolo delle probabilità non si pronuncino solo da matematici ma, in un certo senso, da giuristi. Nel ricercare un principio matematico, essi scoprono un assioma giuridico, una previsione normativa: è «*doveroso*» che la ripartizione delle poste, in caso di interruzione del gioco, avvenga «*in proporzione delle probabilità singole di guadagno*». Nel ricostruire le interpretazioni del concetto di «speranza» operate dai teorici del calcolo delle probabilità, in particolare da Pascal e da Bernoulli, in rapporto con la teoria matematica dei giochi d'azzardo, Leoni induce ad una riflessione

³⁹ B. Leoni, *Probabilità e diritto nel pensiero di Leibniz*; ora in B. Leoni, *Scritti di scienza politica*, cit., pp. 151-185.

⁴⁰ *Ivi*, p.181

critica sul concetto di «norma giuridica», secondo cui nessuna norma può essere presa in considerazione senza tener conto della realtà storica da cui ha avuto origine⁴¹.

Dopo aver considerato «le regole della “speranza”» come norme, Leoni propone di adottare il metodo inverso, cioè di cercare nelle norme quel concetto di «speranza» elaborato dai teorici. Questo concetto tende ad esprimere «il valore dell’aspettativa di un bene» e trova il suo fondamento su due ordini di giudizio: «la valutazione economica del bene sperato» e «la probabilità matematica di ottenere quel bene», che si può ottenere mediante un calcolo.

Ma se ci allontaniamo un attimo dalla teoria matematica e risaliamo alla nostra esperienza pratica, ci accorgiamo che, in realtà, nella vita ordinaria ci troviamo continuamente di fronte a beni che non sono suscettibili di valutazione economica in base ad unità monetarie e ad un numero elevato di giudizi tendenti ad esprimere la probabilità di un evento, senza che tale probabilità possa essere espressa in termini numerici o mediante il calcolo matematico. Tali giudizi fanno parte della nostra vita e ispirano ogni azione umana, che si esplicano in modi differenti in base alle valutazioni di tutti i beni che speriamo di ottenere, o che temiamo di perdere, e delle probabilità relative a tali eventi. Se per vivere si intende agire ed «agire significa compiere sforzi e sacrifici, accettati in vista dei beni proposti, il vivere non sarà per ognuno di noi, che *un pagare il prezzo delle proprie speranze*»⁴².

Ma Leoni avverte che l’acquisto o la perdita dei beni desiderati nella nostra vita non dipende esclusivamente dalla nostra azione, ma è determinata, in gran parte, dalla condotta dei nostri simili. Le previsioni relative alla condotta tenuta dagli altri risultano necessarie alla determinazione del «prezzo delle proprie speranze». Leoni afferma che il presupposto naturale della «norma» sta proprio nella «coincidenza delle previsioni di ognuno sui comportamenti degli altri». La norma può essere definita

⁴¹ B. Leoni, *Norma, previsione e «speranza» nel mondo storico*, ora ristampato in B. Leoni, *Scritti di scienza politica*, cit., p. 133.

⁴² *Ivi*, p. 147.

come «il “tipo” della previsione comune ad un determinato ambito storico, la schematizzazione di cui abbisogna ogni partecipe di quell’ambito, per anticipare con un giudizio di probabilità l’operato dei suoi simili, e valutare infine, in tal modo, il prezzo delle proprie speranze». La funzione della «norma» è quella di fissare uno «schema», un «tipo» di comportamento o di uomo che è più probabile incontrare nell’ambiente, o negli ambienti, di cui ci sentiamo partecipi. L’uomo onesto, o l’uomo giusto, o l’uomo colto, eccetera, sono i destinatari di singole specie di norme, in cui viene tipizzata la condotta dei nostri simili nell’ambiente storico, o negli ambienti storici, a cui riteniamo di appartenere. Pertanto «la norma non solo tipizza la previsione di ciò che probabilmente faranno i nostri simili, ma anche quella di ciò che dovrà essere fatto da noi, perché i nostri simili agiscano probabilmente nel modo sperato, o non agiscano nel modo temuto»⁴³.

Nell’elaborazione del concetto di «speranza» e in questa accentuazione dell’elemento della probabilità, Leoni sembra anticipare le intuizioni che saranno essenziali nella teoria del diritto come «pretesa» giuridica, da lui stesso elaborata. Leoni non esprime ancora il concetto stesso di «pretesa», ma nel ravvisare l’elemento giuridico nel collegamento tra la nostra previsione dei comportamenti altrui e la previsione da parte degli altri dei nostri comportamenti è presente non poco della teoria matura di Leoni, benché non abbia ancora realizzato una concezione ordinata ed unitaria.

Come ho già ricordato, la teoria leoniana del diritto come «pretesa» si forma nella seconda metà degli anni Cinquanta e raggiunge la sua compiutezza all’inizio del decennio successivo. È stata definita come il risultato dell’unione di tre motivi di interesse tra loro apparentemente differenti: in primo luogo, agli inizi degli anni Quaranta, le riflessioni del Leoni economista e, in senso lato, filosofo della scienza, relative al calcolo delle probabilità e alla possibilità di applicarlo alle scienze sociali; in secondo luogo, verso la fine degli anni Cinquanta, la critica di Leoni, più esattamente filosofo del diritto, al normativismo giuridico e alla con-

⁴³ *Ivi*, p. 150.

cezione kelseniana del diritto; in terzo luogo, intorno agli anni Sessanta, le riflessioni cui Leoni, ora teorico dello Stato, sottoponeva i temi di base della «erigenda scienza della politica»⁴⁴.

I testi principali⁴⁵ nei quali la nozione di «pretesa» si trova formulata in modo compiuto sono *Diritto e politica* (1961), *Obbligo e pretesa nella dogmatica, nella teoria generale e nella filosofia del diritto* (1962) e *Il diritto come pretesa individuale* (1964), in cui è presentato qualche volta in modo parzialmente differente nella forma, ma in maniera sempre coerente nella sostanza.

Dopo aver dimostrato che i concetti di «comando», di «autorità» e di «obbligo» risultano insufficienti e non definitivi come basi di una coerente teoria del diritto, Leoni propone di cogliere la natura del diritto dall'uso ordinario di questo termine, ponendosi come obiettivo di fondare la teoria del diritto sul concetto di «pretesa».

Chi dichiara: «Io ho diritto di fare la tal cosa», oppure «Io ho diritto di non lasciarmi fare la tal cosa», non si riferisce necessariamente ad una «norma» che contenga un «dover essere», né al «comando» di una qualche «autorità» espresso nella «norma»⁴⁶. Una proposizione oggettiva, di ispirazione kelseniana, che esprima meramente un «obbligo» o «un comando» non è in grado di esprimere l'elemento soggettivo proprio dell'atteggiamento mentale di chi pronuncia quelle frasi⁴⁷. Per capire cosa sia l'«obbligo giuridico» non è sufficiente affermare «io devo», in quanto questa espressione può assumere almeno tre significati:

⁴⁴ A. Febbrajo, *L'influenza di Max Weber sulla concezione leoniana del diritto come «pretesa»*, in «Il Politico», 1982, n. 1, p. 156.

⁴⁵ Ad essi è da aggiungere *Lezioni di filosofia del diritto* (ciclostilate), a cura di S. Lenghi, 1966.

⁴⁶ Il medesimo concetto è espresso in modo molto simile in: B. Leoni, *Diritto e politica*, ora in *Scritti di scienza politica*, cit., p. 206; B. Leoni, *Il diritto come pretesa individuale*, ora ristampato in *Le pretese e i poteri*, cit., p. 126; B. Leoni, *Obbligo e pretesa nella dogmatica, nella teoria generale e nella filosofia del diritto*, ora ristampato in *Scritti di scienza politica*, cit., p. 235.

⁴⁷ B. Leoni, *Diritto e politica*, ora ristampato in *Scritti di scienza politica*, cit., p. 206.

- 1.) «io ho l'obbligo morale di...»;
- 2.) «sono forzato a... se voglio conseguire il risultato cui miro»;
- 3.) «qualcuno vuole giuridicamente che io faccia...»⁴⁸.

L'espressione «io devo» può voler indicare tutti questi significati insieme, ma, secondo Leoni, soltanto il terzo assume carattere giuridico. Infatti, da una parte, il primo significato fa riferimento soltanto ai sentimenti morali, dall'altra, il secondo riguarda solo «l'ipotesi che io desideri qualcosa che è l'effetto di una causa che posso determinare attraverso una mia azione»⁴⁹. Soltanto il terzo significato fa riferimento «alla volontà di qualcuno» che pretende «che io faccia ciò che devo fare» e, quindi, alla «pretesa» che qualcun altro ha nei miei confronti. L'espressione «io devo» in senso giuridico, per Leoni, non può essere spiegata senza rifarsi alla «pretesa» da parte di qualcuno nei propri confronti, affinché io assuma un dato comportamento. Chi rivendica un diritto «pretende», innanzitutto, il verificarsi di un comportamento altrui. Ma il «pretendere» è senza dubbio un atto complesso e composto da diversi elementi, così come è complesso il corrispondente concetto di «pretesa».

Se risaliamo all'esperienza quotidiana, ci accorgiamo che le «pretese» si distinguono in «giuridiche» e «antigiuridiche», mentre altre ancora possono essere definite assurde⁵⁰. Leoni porta due esempi di «pretese» distinti tra loro: il rapinatore che mi attende dietro l'angolo «pretende» il mio denaro; il creditore che mi ha prestato dei soldi «pretende» il pagamento. In realtà tutti gli individui, compresi i rapinatori, pretendono di non essere rapinati da nessuno, così come tutti i creditori pretendono che sia adempiuto il pagamento da parte dei propri debitori, anche da quelli di malafede. Ma il rapinatore e il debitore di malafede esercitano nei confronti delle loro vittime una «pretesa» speciale che si pone in contraddi-

⁴⁸ B. Leoni, *Il diritto come pretesa individuale*, ora ristampato in *Le pretese e i poteri*, cit., p. 125.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ B. Leoni, *Diritto e politica*, ora ristampato in *Scritti di scienza politica*, cit., p. 206; qui Leoni scrive: «altre possono essere qualificate addirittura assurde, come quando si dice “È una bella pretesa!”».

zione con la «pretesa» comune, «e in particolare con quelle che essi stessi esercitano nei confronti di tutti gli altri possibili individui che volessero comportarsi con loro come rapinatori o come debitori di malafede».

Mentre i sostenitori della teoria normativistica rintracciano l'origine della contraddizione nell'esistenza di una norma, che viene violata dal rapinatore e dal debitore di malafede, Leoni ritiene che non sia necessaria l'esistenza di una norma di ispirazione kelseniana per spiegare la contraddizione tra «pretese» *comuni* e *speciali*. Per distinguere le «pretese» comunemente definite «giuridiche» da quelle comunemente definite «antigiuridiche» è necessario, secondo Leoni, richiamare la nozione classica dell'*id quod plerumque accidit*⁵¹.

La probabilità statistica che un passante si trasformi in ladro appena giro l'angolo della strada è molto inferiore a quella contraria, cioè che questo non avvenga, e analoga considerazione vale per chi contrae un debito con l'intenzione di non adempire il pagamento. Mentre le «pretese giuridiche», o comuni, sono caratterizzate da un'alta probabilità di veder realizzato il comportamento richiesto, le «pretese antigiuridiche» sono scarsamente probabili. Per Leoni questo è il presupposto per cui una società possa durare per un certo periodo di tempo, altrimenti non si potrebbe parlare di società, in quanto verrebbero a mancare le caratteristiche necessarie per una «convivenza organizzata». Più precisamente, Leoni suggerisce di chiamare «giuridiche» «quelle domande o pretese che hanno un'elevata probabilità di essere soddisfatte dalle persone corrispondenti in una data società e in un dato periodo», mentre definisce «domande o pretese antigiuridiche» quelle che hanno «scarsa o nessuna probabilità di essere soddisfatte dalle persone corrispondenti in circostanze normali»⁵². La pretesa speciale non è statisticamente probabile e costituisce, quindi, un'«eccezione alla regola», intendendo per regola, non una norma giuridica, ma «una descrizione di eventi concreti in base a uno schema»⁵³.

⁵¹ *Ivi*, p. 207. Vedi anche: B. Leoni, *Il diritto come pretesa individuale*, ora ristampato in *Le pretese e i poteri*, cit., p. 126.

⁵² B. Leoni, *Il diritto come pretesa individuale*, in *Le pretese e i poteri*, cit., p. 127.

Da ciò deriva che nel concetto di «pretesa» è implicita «una previsione relativa al comportamento più probabile di una o più persone»⁵⁴; infatti, nella «pretesa» del creditore che chiede di essere pagato dal suo debitore è implicita la «previsione» che il debitore adempia al pagamento, così come nella «pretesa» del passante di non essere rapinato è implicita la «previsione» che nessuno lo disturbi.

Ma la previsione sul verificarsi di un fatto unita ad un giudizio di probabilità, o di «maggior probabilità», non è idonea ad esaurire completamente il concetto di «pretesa». Basti pensare, per esempio, all'astronomo che prevede un'eclisse, di cui certamente non si può dire che la pretenda, in quanto non può fare niente per determinarla.

Esistono ulteriori elementi che compongono la «pretesa», tra cui è essenziale «*l'intenzione (da parte di chi pretende) di determinare il comportamento altrui, oggetto di pretesa, qualora tale comportamento non venga spontaneamente adottato dalla persona, o dalle persone interessate*»⁵⁵. Il comportamento che costituisce l'oggetto della pretesa non è considerato da Leoni soltanto come prevedibile e probabile, ma è avvertito come un comportamento tale da poter essere determinato mediante un «intervento» da parte di chi lo pretende. Per determinare il comportamento preteso, ogni individuo può scegliere tra una serie di «interventi», praticamente infinita, il mezzo più idoneo al suo scopo: «dal consiglio all'esortazione, dal rimprovero, alla minaccia, al trattamento diretto». Secondo Leoni, «al giudizio di probabilità che il comportamento originariamente preteso si determini spontaneamente, si aggiunge così, ad opera di chi pretende, un giudizio sulla probabilità che il suo intervento presso altri determini, direttamente o indirettamente, il comportamento originariamente preteso»⁵⁶. Ma chi avanza una «pretesa» ha la consapevolezza di

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ B. Leoni, *Obbligo e pretesa nella dogmatica*, ora ristampato in *Scritti di scienza politica*, cit., p. 236.

⁵⁵ B. Leoni, *Diritto e politica*, in *Scritti di scienza politica*, cit., p. 208.

⁵⁶ B. Leoni, *Obbligo e pretesa nella dogmatica*, in *Scritti di scienza politica*, cit., p. 236.

poterlo fare, nel senso che ritiene di detenere il «potere» di intervenire per determinare il comportamento altrui.

In tal modo si comprende che altro elemento implicito proprio della «pretesa» è il «giudizio positivo che chi pretende dà sul proprio “potere” di soddisfarla, intendendo questo potere come la possibilità di determinare, direttamente o indirettamente, da solo o col concorso di altri, un dato comportamento, considerato non solo come possibile, ma come probabile, o più probabile di altri, da parte degli altri». In questa concezione è evidente che, per Leoni, nelle società organizzate, ogni individuo, anche il più umile o ingenuo, appartenente ad uno status sociale inferiore ad altri, o che poco sappia di previsione e volontà, possiede una qualche specie di «potere» con il quale assiste le proprie pretese.

Ma questo concetto di «potere», che l'individuo manifesta nell'«intervento», presuppone un elemento di volontà, alla base della quale sussiste un «interesse» della persona coinvolta. Proprio nell'elemento dell'«interesse» Leoni vede una forte analogia tra gli atti generalmente ritenuti giuridici e quelli generalmente considerati economici. Chi avanza una «pretesa» sul piano giuridico si trova in una posizione simile a chi domanda un bene sul piano economico: entrambi danno una «valutazione positiva in termini di interesse proprio (o di coloro in nome e per conto dei quali domanda o pretende) dei beni e rispettivamente dei comportamenti domandati o pretesi»⁵⁷.

In base a questa analisi possiamo, quindi, affermare che il concetto di «pretesa» così elaborato da Leoni consiste in un atto complesso che ha come elementi essenziali la «previsione di probabilità», la «volontà di intervento», il «potere» e l'«interesse». Fu, infatti, questa l'ultima definizione di «pretesa» data da Leoni nel corso di «Filosofia del diritto» dell'anno accademico 1965-1966:

«La pretesa è la richiesta di un comportamento altrui considerato da chi lo richiede come probabile e corrispondente a un proprio interesse (cioè utile), nonché come determinabile con una qualche specie di intervento,

⁵⁷ B. Leoni, *Diritto e politica*, ora ristampato in *Scritti di scienza politica*, cit., p. 209.

qualora esso comportamento non si verifichi spontaneamente, sulla base di un potere di cui chi pretende si considera dotato»⁵⁸.

Nel definire il concetto di «pretesa», Leoni evidenzia che le pretese giuridiche sono collegate da un rapporto di complementarietà: alla pretesa del venditore di essere pagato corrisponde la pretesa del compratore di avere la cosa; alla mia pretesa di non essere rapinato corrisponde la pretesa degli altri di non essere rapinati da me. Ne segue che l'ordinamento giuridico non risulta costituito da un insieme di pretese e dai corrispondenti obblighi, ma da pretese che corrispondono ad altre pretese. «Ogni individuo» – scrive Leoni – «può avere un'idea rudimentale dei comportamenti probabili degli altri individui e della connessione in cui questi comportamenti si trovano con i propri: la pretesa di ogni individuo contiene almeno *in nuce* l'idea di un intero 'ordinamento giuridico' (inteso come convergenza o come scambio, o comunque come connessione di pretese) che può coincidere, o meno, colle idee analoghe contenute nelle pretese degli altri: connessione, convergenza e scambio inevitabilmente limitati e mutevoli, a malgrado delle tecniche poste in opera in ogni convivenza organizzata (ad es. mediante il lavoro dei giureconsulti, o quello dei giudici, o quello dei legislatori) per la propagazione di determinate idee su ciò che debba intendersi per 'ordinamento' delle pretese e degli obblighi corrispondenti»⁵⁹.

La concezione leoniana del diritto ravvisa l'ordinamento giuridico nel sistema di pretese che sorgono sempre in connessione con pretese altrui, così come il mercato risulta dall'incontro e dalla confluenza delle domande e delle offerte di beni. Infatti, nel mondo delle pretese, le norme «giuridiche» corrispondono ai prezzi di mercato e il processo di formazione delle norme appare analogo a quello della formazione dei prezzi di mercato, in quanto le pretese che costituiscono l'ordinamento giuridico

⁵⁸ B. Leoni, *Lezioni di filosofia del diritto* (1966), cit., p. 52. Nelle pagine successive Leoni analizza gli «elementi costitutivi del concetto di pretesa»: il «giudizio di probabilità», l'«intervento», il «potere di intervento» e l'«interesse», pp. 53-62.

⁵⁹ B. Leoni, *Diritto e politica*, in *Scritti di scienza politica*, cit., p. 213.

sono compatibili e complementari, come le domande e le offerte di beni che costituiscono il mercato.

Per Leoni l'analogia tra diritto e mercato sta nel fatto che entrambi nascono da «incontri, l'uno di pretese relative a determinati comportamenti, l'altro di scelte relative a determinati beni, e come tali rappresentano entrambi processi senza fine nel corso dei quali si commettono bensì errori, ma in conseguenza dei quali si instaurano – spesso faticosamente – regolarità che sono oggetto di previsioni e di pretese determinanti a loro volta altre previsioni ed altre pretese»⁶⁰.

La teoria del diritto come « pretesa » non può trascurare che il risultato, dato dall'incontro tra domande ed offerte nell'economia di mercato, e tra pretese corrispondenti nell'ordinamento giuridico, non è sempre realizzabile; a volte determinate pretese non riescono o falliscono, ma è impossibile negare che le società più durature e più stabili sono quelle in cui «le pretese comunque formulate riescono più frequentemente e più a lungo»⁶¹.

3. La teoria della pretesa e il realismo giuridico americano

Il cosiddetto «modello Leoni»⁶² propone una riforma degli ordinamenti giuridici e politici dei paesi occidentali contemporanei che riduca al minimo l'intervento del sistema di produzione legislativa del diritto, in favore di un potenziamento centrale del sistema di produzione giudiziaria di esso.

Per Leoni, il diritto è il prodotto di un processo spontaneo di incontro e scambio delle «pretese» avanzate da ciascun individuo membro di una comunità. Al centro di tali transazioni vi sono, evidentemente, le aspettative sui comportamenti altrui, i quali sono oggetto di una «previsione di probabilità» e vengono anticipatamente individuati dall'individuo

⁶⁰ B. Leoni, *Obbligo e pretesa nella dogmatica*, in *Scritti di scienza politica*, cit., p. 240.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² Leoni spiega che l'espressione «modello Leoni» era stata data scherzosamente alla sua teoria da alcuni suoi amici a Claremont (B. Leoni, *La libertà e la legge*, cit., p. 197).

che avanza la pretesa come dotati di un'elevata probabilità di verificarsi. Compito precipuo dei giudici, degli avvocati e di tutti i giuristi addetti ai lavori è proprio quello di scoprire le regole ricavandole dalla realtà dei rapporti interindividuali, così come si manifestano spontaneamente nella società civile. In quest'ottica, per Leoni le regole al centro del diritto sono «regole di comportamento» ed in quanto tali non possono essere decretate da alcun organo legislativo che imponga la volontà di una maggioranza sulla libertà degli individui, ma devono essere appunto individuate dai giudici traendole dai rapporti e dai comportamenti reali dei cittadini, così come uno scienziato o un ricercatore ricava le regole della natura grazie ai propri esperimenti.

L'obiezione più frequentemente avanzata nei confronti di una simile proposta di riforma, incentrata nell'attribuzione ai giudici di un ruolo così preminente nella produzione del diritto, è che anch'essi – come i legislatori – potrebbero essere tentati di imporre il loro arbitrio, al punto che le loro decisioni potrebbero finire per coincidere con le statuzioni delle assemblee legislative. In sostanza, mediante le sentenze giudiziarie i giudici potrebbero esercitare una forma di «coercizione» nei riguardi della nostra libertà individuale del tutto analoga a quella esercitata dai legislatori. Nasce quindi il problema relativo alla nomina dei giudici e dei giuristi da cui deriva la domanda: «chi nominerà i giudici, i giuristi o gli altri *honoratiiores* per svolgere il compito di definire il diritto?»⁶³.

Di fronte a tale quesito, la reazione di Leoni è quanto mai interessante, dal momento che egli ritiene che sia del tutto irrilevante stabilire a priori chi debba nominare i giudici: «tutti lo potrebbero fare» – scrive Leoni – «come accade in certa misura quando la gente ricorre ad arbitri privati per dirimere le proprie liti. La nomina di giudici da parte delle autorità avviene, in generale, secondo i medesimi criteri che sarebbero usati dall'uomo della strada»⁶⁴. Infatti, i buoni professionisti emergono nella società in cui esercitano la loro professione grazie alle loro capacità

⁶³ B. Leoni, *La libertà e la legge*, cit., p. 202.

⁶⁴ *Ibidem*.

e la nomina ufficiale risulta avere una funzione più apparente che reale. In effetti, il loro successo professionale «si basa su un consenso diffuso da parte di clienti, colleghi, e del pubblico in generale – un consenso senza il quale nessuna nomina è veramente efficace. Naturalmente,» – precisa Leoni – «la gente può sbagliare sul valore delle persone prescelte, ma questo è inevitabile in ogni genere di scelta. Dopo tutto, ciò che conta non è chi nominerà i giudici, ma come il giudice lavorerà»⁶⁵.

Dalla premessa⁶⁶ fino alle conclusioni, ne *La libertà e la legge* Leoni non perde però mai di vista la possibilità che il diritto giudiziario possa subire deviazioni il cui effetto può essere la reintroduzione del processo legislativo in una veste giudiziaria. Questa tendenza si manifesta nei paesi anglo-americani in cui vige il sistema di *common law* «quando le corti supreme hanno l'autorità dell'ultima parola nella soluzione di casi già esaminati da corti inferiori e quando, inoltre, le loro decisioni sono considerate come precedenti vincolanti per decisioni simili da parte di altri giudici nel futuro. Ogni volta che ciò accade,» – afferma Leoni – «la posizione dei membri delle corti supreme è in qualche modo simile a quella dei legislatori, anche se non del tutto identica»⁶⁷.

Secondo Leoni, i legislatori cercano di realizzare la «coerenza delle decisioni giudiziarie» subordinandole all'applicazione della legge, cioè alla «forza vincolante di norme formulate con precisione»⁶⁸; mentre le corti supreme svolgono il compito di conservare coerenza tramite il principio del precedente, quando fra giuristi e giudici non si sviluppa un'opinione comune. Tutti i sistemi di *common law* si sono basati e si sviluppano in base al principio del precedente, ma il *president*, come veniva chiamato

⁶⁵ *Ivi*, p. 203.

⁶⁶ «Non si può negare che avvocati e giudici siano uomini come tutti gli altri, con risorse limitate; né si può negare che possono andar soggetti alla tentazione di sostituire il loro arbitrio personale all'atteggiamento imparziale dello scienziato, qualora il caso sia oscuro e siano coinvolte le loro convinzioni profonde» (B. Leoni, *La libertà e la legge*, cit., p. 24).

⁶⁷ *Ivi*, p.203.

⁶⁸ *Ibidem*.

dai giuristi inglesi del medioevo, non deve essere confuso col precedente vincolante attualmente vigente negli ordinamenti di *common law* dei paesi anglosassoni.

«Oggi» – puntualizza Leoni – «sia i legislatori sia i giudici delle corti supreme svolgono il compito di tenere l'ordinamento giuridico su un certo binario, proprio perché sia gli uni che gli altri possono essere in posizione di imporre la loro volontà personale a un gran numero di dissenzienti. Ora, se ammettiamo di dover ridurre i poteri dei legislatori per restaurare il più possibile la libertà individuale, intesa come assenza di costrizione, e concordiamo sul fatto che “la coerenza della giurisdizione” debba essere conservata proprio allo scopo di mettere gli individui in grado di fare le proprie scelte per il futuro, non possiamo fare a meno di sospettare che un ordinamento giuridico che potrebbe accentuare, alla fine i poteri di individui particolari come i giudici delle corti supreme, sarebbe una alternativa ingannevole»⁶⁹.

Alla radice di queste affermazioni, vi è il rifiuto da parte di Leoni di qualsiasi sistema giuridico in cui il diritto non provenga dalla realtà dei rapporti tra gli individui, ma sia il risultato dell'imposizione della volontà di alcuni sulle scelte degli altri membri della società. Quindi, non ha alcuna importanza se coloro che esercitano una forma di «coercizione» nei confronti della libertà dell'individuo si chiamino «giudici» o «legislatori», utilizzino come mezzo le «decisioni giudiziarie» o la «legislazione». Per Leoni, l'attuale nozione del diritto è esageratamente influenzata dalla eccessiva importanza che viene attribuita alla funzione della «volontà di altri – chiunque essi siano – riguardo al nostro comportamento quotidiano»⁷⁰ e dimentica che il diritto è innanzitutto un fenomeno sociale e, come tale, ha le sue radici nella realtà dei rapporti spontanei tra gli individui e dei loro comportamenti effettivi.

Questa impostazione di Leoni manifesta una tendenza al «realismo giuridico» e richiama, in qualche senso, la posizione delle due correnti di

⁶⁹ *Ivi*, p. 204.

⁷⁰ B. Leoni, *La libertà e la legge*, cit., p. 10.

pensiero che si sono sviluppate durante i primi decenni del secolo scorso, rispettivamente, nei paesi scandinavi e negli Stati Uniti di America: il «realismo giuridico scandinavo» e il «realismo giuridico americano». Questi due movimenti di filosofia e di scienza giuridica, pur essendo molto diversi per area e collocazione geografica, si sviluppano ed esprimono le loro idee più significative nei medesimi anni e, pur manifestando differenze rilevanti a causa dell'influsso del diverso tipo di condizioni socio-culturali⁷¹, manifestano una notevole affinità ideologica: il «realismo» è, evidentemente, l'elemento e la prospettiva comune ai due movimenti.

Il «realismo giuridico scandinavo» annovera tra i suoi massimi esponenti Axel Hägerström⁷², Vilhelm Lundstedt⁷³ e Karl Olivecrona⁷⁴ in Svezia e, in Danimarca, Alf Ross⁷⁵, il quale (come Lundstedt e Olivecrona) è discepolo di Hägerström, ma si muove su di una linea abbastanza differenziata rispetto al resto del gruppo in virtù dell'influenza che subisce da parte di Kelsen.

⁷¹ S. Castignone, *Il realismo giuridico scandinavo e americano. Antologia di scritti giuridici*, Bologna, Il Mulino, 1981.

⁷² Le origini del realismo giuridico scandinavo si possono far risalire ai primi decenni del Novecento, con la pubblicazione dei primi saggi dello svedese A. Hägerström: *Das Prinzip der Wissenschaft. Eine logisch-erkenntnistheoretische Untersuchung. I. Die Realität* (Il principio della conoscenza. Una indagine logico-conoscitivo-teorica. I. La realtà), 1908; *Om moralista föreställningars sanning* (Sulla verità delle rappresentazioni morali), 1911; *Är gällande rätt uttrjkc av vilia?* (Il diritto positivo è una manifestazione di volontà), del 1916. Tra le opere più importanti: *Der römische Obligationsbegriff im Lichte der allegemeinen römischen Rechtsanschauung*, (Il concetto di obbligazione nel diritto romano nella prospettiva generale romana del diritto), parte I, 1927 e parte II, 1941.

⁷³ Di Lundstedt sono importanti soprattutto: *Superstition or Rationality in Action for Peace? Arguments against Founding World Peace on the Common Sense of Justice. A Criticism of Jurisprudence* (Superstizione o ragione agiscono per la pace? La pace mondiale non può essere fondata sul comune senso della giustizia. Una critica della scienza giuridica) del 1925; *Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft* (Del carattere non scientifico della scienza giuridica), del 1956.

⁷⁴ Di Olivecrona si ricordano: *Law as Fact* (Il diritto come fatto), del 1939; *The acquisition of Possession in Roman Law* (L'acquisto della « possessio » nel diritto romano), del 1938; *Döma till Konung. En rättshistorisk undersökning* (La nomina a re. Uno studio di storia del diritto), del 1942; *Legal Language and Reality* (Linguaggio giuridico e realtà), 1962.

Il movimento scandinavo deriva il suo nome dalla così detta tesi della realtà elaborata da Hägerström, il fondatore del movimento, la quale è incentrata sull'individuazione di un netto dualismo tra soggetto ed oggetto. Contrariamente alla filosofia idealistica dominante in Svezia all'inizio del Novecento, secondo cui il soggetto nell'atto conoscitivo entra in contatto con una modificazione della propria coscienza, Hägerström ritiene che nell'atto conoscitivo il soggetto viene in contatto con un oggetto, ovvero con una realtà ben distinta dal soggetto medesimo. «Questa realtà oggettiva secondo Hägerström si identifica esclusivamente con il mondo dell'esperienza sensibile, con la totalità dei fenomeni inscritti nelle coordinate spazio-temporali: tale identificazione viene effettuata sulla base del principio di non contraddizione assunto come legge portante, per così dire non solo nel nostro pensiero ma anche della stessa realtà»⁷⁵. Soltanto inserendo gli oggetti nello spazio e nel tempo, nel «qua» o «là», nel «prima» o «dopo», essi si distinguono dagli altri, così come anche lo stesso soggetto conoscente si differenzia dagli altri e si riconosce come esistente solo in quanto occupa un certo posto nello spazio e un certo posto nel tempo. Ne deriva che per Hägerström qualsiasi asserzione relativa alla realtà spirituale o, comunque, diversa da quella sensibile deve essere considerata priva di alcun senso. Il motto di Hägerström era infatti: «*praeterea censeo metaphysicam esse delendam*»⁷⁶, dove per «metafisica» intendeva appunto tutte quelle nozioni che non possono essere ricondotte in termini di fatti e di relazioni esistenti nel mondo empirico.

⁷⁵ Tra le opere più importanti di Ross: *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis. Zugleich Prolegomena zu einer Kritik der Rechtswissenschaft* (*Critica della cosiddetta conoscenza pratica, Prolegomeni ad una critica della scienza giuridica*), del 1933; *Towards a Realistic Jurisprudence. A Criticism of Dualism in Law* (*Verso una teoria generale realistica del diritto. Critica al dualismo nel diritto*), del 1946; *Om ret og retfaerdighed. En indførelse i den analytiske retsfilosofi* (*Diritto e giustizia. Introduzione alla filosofia analitica del diritto*), del 1953; *Directives and Norms*, del 1968.

⁷⁶ S. Castignone, *Il realismo giuridico scandinavo e americano*, cit., p. 10.

⁷⁷ *Ivi*, p. 11.

Applicata al campo giuridico, questa impostazione di base comporta la contestazione di tutte le costruzioni concettuali e dogmatiche che sono usate nel linguaggio giuridico e che non corrispondano ad un fatto emergente dalla realtà empirica. L'esito è l'esclusione dalla scienza giuridica delle nozioni cosiddette «metafisiche».

Anche il «realismo giuridico americano» ha come punto di partenza la realtà empirica, ma rispetto al «realismo giuridico scandinavo» la sua direzione è subito più giuridica che filosofica. Entrambi sono stati compresi in quella che è stata chiamata «la rivolta contro il formalismo»⁷⁸, in quanto rispondono alle nuove prospettive aperte dalle scienze sociali moderne e si schierano in modo radicale contro «il mondo astratto e sofisticato delle concettualizzazioni giuridiche»⁷⁹, eliminando tutte le nozioni che non derivano dalla realtà empirica e dal «diritto come fatto» sociale. Le loro contestazioni, però, percorrono strade diverse: mentre gli autori scandinavi muovono la loro offensiva criticando soprattutto i concetti di validità, norma, diritto soggettivo, dovere, responsabilità e via dicendo, gli studiosi americani concentrano la loro attenzione sulla applicazione del diritto, sul processo e sull'operato dei giudici.

Le ragioni di queste differenze si comprendono riflettendo sul diverso tipo di sistema giuridico in cui i due movimenti si trovano ad operare. Il realismo scandinavo nasce e si sviluppa entro un sistema giuridico di tipo codificato, mentre quello americano ha come base il sistema di *common law*, dominato dalla dottrina del precedente (il principio dello *stare decisis*), consistente nella tesi secondo cui la decisione del giudice deve essere basata sulle sentenze anteriori⁸⁰. Inoltre, nel periodo in cui sorge il «realismo giuridico americano» il sistema dei precedenti incontra una particolare difficoltà di applicazione dovuta all'esistenza di ben 47 giurisdizioni statali di *common law*, le quali, se si tiene conto anche della Louisiana

⁷⁸ M. G. White, *Social Thought in America: the Revolt against Formalism*, New York, Beacon, 1949.

⁷⁹ S. Castignone, *Il realismo giuridico scandinavo e americano*, cit., p. 13.

⁸⁰ G. Tarello, *Il realismo giuridico americano*, cit., pp. 10-25.

(che presenta un sistema codificato), salgono a 48 giurisdizioni. La situazione è aggravata dal fatto che la giurisdizione federale non si è sempre dimostrata in grado di garantire uniformità tra le decisioni espresse dalle varie giurisdizioni e dalla necessità di adeguare continuamente la *common law* ai rilevanti mutamenti economici e sociali di quegli anni, soprattutto nell'età del New Deal⁸¹.

Oltre che dalle condizioni ambientali, il «realismo giuridico americano» risulta influenzato fortemente dalla prospettiva filosofica generale di Oliver Wendell Holmes⁸² e di John Dewey⁸³.

Nel volume *Il realismo giuridico americano*, Giovanni Tarello precisa che gli aspetti del pensiero holmesiano che più hanno impressionato i realisti sono riconducibili al suo pragmatismo. Infatti, la formazione culturale di Holmes ha avuto luogo proprio nell'ambito del «Metaphysical Club», circolo di studiosi che intorno al 1870 lavoravano a Cambridge (Mass.) come studenti o insegnanti della Università di Harvard, e in cui la moderna storiografia vede il centro di sviluppo dei movimenti pragmatistici⁸⁴.

Secondo Holmes, la ricerca storico-giuridica si manifesta «in due direzioni o aspetti, uno pratico ed uno astrattamente scientifico»⁸⁵. Dal punto di vista scientifico il diritto è concepito come «un grande documento

⁸¹ *Ivi*, p. 16.

⁸² «Vere anticipazioni del realismo giuridico – riconosciute dagli stessi realisti che vi attinsero a piene mani – si trovano invece nel pensiero di Oliver Wendell Holmes» (G. Tarello, *Il realismo giuridico americano*, cit., p. 36).

⁸³ Sulle ricerche di Dewey sull'etica si ricorda in particolare: J. Dewey, *The evolutionary method as applied to morality*, in «Phil. Rev.», XI, 1902.

⁸⁴ Di questo circolo fecero parte C. S. Peirce, William James, i giuristi Nicholas St. John Green, Oliver W. Holmes e Joseph Warner, il matematico e logico Ch. Wright, lo storico e filosofo John Fiske ed il filosofo e teologo Francis Ellingwood Abbot. La moderna storiografia ritiene che, al disopra delle differenze che li dividono, vi è una serie di motivi che sono comuni a questi studiosi che costituirono il primo nucleo di tutte le disparate correnti pragmatiste (G. Tarello, *Il realismo giuridico americano*, cit., pp. 36-37).

⁸⁵ O. W. Holmes, *Collected legal papers*, New York, 1921, p. 211.

antropologico» e si esprime in uno studio «della morfologia e della trasformazione delle idee degli uomini (*human ideas*)»⁸⁶.

Secondo Holmes, però, la storiografia del diritto ha anche un aspetto pratico, in quanto grazie alla ricostruzione dell'origine storica di istituti e procedure è possibile verificare se essi rispondano ancora a necessità e funzioni attuali o, al contrario, non siano altro che mere sopravvivenze del passato. Lo studio storico «è il mezzo attraverso il quale noi misuriamo il potere che ha il passato di governarci nonostante la nostra stessa volontà, imponendo tradizioni che non soddisfano più i loro fini originali»⁸⁷. Lo studio storico «ci rende liberi e capaci di chiederci spassionatamente se le sopravvivenze che noi applichiamo (*the survivals which we are enforcing*) rispondono a qualche nuova funzione dopo che hanno cessato di rispondere alle vecchie»⁸⁸.

Come nella concezione leoniana precedentemente analizzata, il diritto è considerato da Holmes come un fatto sociale e non come una struttura normativa. Considerare il diritto come un «documento antropologico» e concepire gli istituti e le tecniche giuridiche come «funzioni» rispondenti a scopi permette di «proporre al giurista come ideale scientifico quello della distinzione tra ciò che è vivo e ciò che è morto e preparava la strada all'ulteriore proposta che radicalizzando la posizione, si potrebbe esprimere così: è compito del giurista ed in particolare del giudice applicare il diritto vivo e non quello atrofizzato»⁸⁹.

Oltre agli influssi di Holmes i realisti hanno subito anche l'influenza dello strumentalismo di Dewey, ed in particolare di uno studio della logica giuridica apparso nel 1924 dal titolo *Logical method and the law*⁹⁰. In questo articolo Dewey stabilisce l'identità tra il metodo seguito dallo scienziato ed il metodo seguito dall'uomo di legge nel formulare le loro

⁸⁶ *Ivi*, p. 212.

⁸⁷ *Ivi*, p. 225.

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ G. Tarello, *Il realismo giuridico americano*, cit., p. 38.

⁹⁰ J. Dewey, *Logical method and the law*, in «Corn. L.Q.», X, 1924, p. 17 ss.

rispettive proposizioni scientifiche. Nello scegliere le premesse maggiori per la sua tesi, un avvocato compie un'attività di ricerca delle regole giuridiche impiegate in casi simili a quello in discussione, regole che esprimono «un certo modo di guardare i fatti»⁹¹ e osservare la realtà. La differenza tra le proposizioni scientifiche dello scienziato e del giurista sta solo nel grado di precisione dei «simboli accuratamente preparati per proteggere il procedimento»⁹², che nel caso del fisico, ad esempio, sono relativamente più costanti⁹³. Sembra proprio che Leoni abbia in mente queste parole quando afferma che il compito del giurista è quello di scoprire il diritto e non quello di applicare regole decretate, e che la sua attività coincide, dal punto di vista del metodo, con quella dello scienziato che compie una ricerca scientifica.

Continuando ad analizzare il contesto culturale in cui si sviluppa il realismo giuridico americano, è possibile evidenziare che i realisti prendono le mosse dalle impostazioni generali di Dewey e di Holmes per poi prendere la loro strada e, talvolta, correggere queste impostazioni nel corso della loro indagine specifica⁹⁴.

Oltre all'influenza del pragmatismo, in effetti, il pensiero dei realisti americani risente molto dell'influsso della giurisprudenza sociologica di Roscoe Pound, il quale intende il diritto «non come un organismo, che cresce a causa e per mezzo di qualche proprietà ad esso inerente, ma come un edificio, costruito dagli uomini per soddisfare aspirazioni umane e continuamente riparato, restaurato e ricostruito e ampliato al fine di venire incontro al crescere e al variare delle aspirazioni»⁹⁵.

«Il realismo dei realisti americani» – scrive Pound – «significa fedeltà alla natura, esigenza di descrivere i fatti così come realmente sono, invece di descriverli come ci si immagina che siano, o come si desidera che

⁹¹ *Ivi*, p. 23.

⁹² *Ivi*, p. 18.

⁹³ G. Tarello, *Il realismo giuridico americano*, cit., p. 52.

⁹⁴ *Ivi*, p. 53.

⁹⁵ R. Pound, *Interpretations of Legal History*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1946, p. 21.

siano, o come si ritiene che dovrebbero essere»⁹⁶. Ma i realisti americani recepiscono l'aspirazione alla concretezza empirica propria della giurisprudenza sociologica poundiana per poi muoversi in maniera autonoma con metodi e obiettivi diversi e indipendenti, tanto da attirarsi violente critiche dallo stesso Pound⁹⁷.

Il «realismo giuridico americano» nasce negli anni intorno al 1930, come movimento di un gruppo di giuristi particolarmente occupati a sotoporre sia dottrine, sia norme tradizionalmente accettate ad una critica dal punto di vista del loro «realismo», cioè della loro capacità descrittiva. Per questo motivo loro stessi si definiscono «realisti» e dagli interlocutori vengono designati come «realisti», cosicché una semplice locuzione del linguaggio ordinario assunse un significato tecnico volto ad indicare un movimento di pensiero giuridico che tra i suoi massimi esponenti annovera K. N. Llewellyn, Jerome Frank, Max Radin, H. Oliphant e Abram Hewitt⁹⁸. Essi non costituiscono una scuola, ma un movimento, come Llewellyn puntualizza nel 1931: «Una cosa è chiara: i realisti non formano una scuola. E non vi è nessuna probabilità che tale scuola si formi. Non vi è neppure un gruppo con un credo ufficiale o accettato e nemmeno in via di formazione. La ricerca indipendente non viene sacrificata alla unità di una scuola e speriamo che non lo sia mai. Le nuove reclute acquisiscono soltanto strumenti e stimoli, non maestri o idee dominanti. I vecchi rappresentanti seguono interessi molto diversi tra loro. Come dice Frank, essi sono legati soltanto dalla loro contestazione, dal loro scetticismo e dalla loro curiosità»⁹⁹.

È particolarmente significativo sottolineare che come la filosofia

⁹⁶ R. Pound, *The Call for a Realistic Jurisprudence*, in «Harvard Law Review», 1931, p. 697.

⁹⁷ *Ivi*, p. 699.

⁹⁸ G. Tarello, *Il realismo giuridico americano*, cit., p. 3.

⁹⁹ K. N. Llewellyn, *Regole reali e regole di carta*, saggio tratto da K. N. Llewellyn, *Jurisprudence. Realism in Theory and Practice*, Chicago, Chicago University Press, 1962, pp. 21-27, 42-43 e 53-57, trad. it. ora in S. Castignone, *Il realismo giuridico scandinavo e americano*, cit., pp. 208-209.

giuridica e politica di Bruno Leoni trova il suo punto di partenza nella critica al normativismo, al formalismo e al positivismo giuridico, anche i realisti americani sviluppano il loro pensiero a partire da una critica – denominata appunto «realistica» – di una serie di concetti, nozioni, processi mentali e tecniche argomentative che sono propri del pensiero giuridico tradizionale. Chiaramente bisogna tenere in considerazione che il realismo sorge nell’ambito della cultura giuridica americana dei paesi di *common law*, quindi, per pensiero giuridico tradizionale si intende la tradizione dei commentatori della *common law* e le ideologie giuridiche dei teorici analitico - positivistici anglosassoni del XIX secolo, primo fra tutti J. Austin.

I realisti sottopongono ad una critica serrata le dottrine dell’Ottocento che elaborarono una teoria generale del diritto intesa come teoria delle forme di qualsiasi diritto e basata sulle teorizzazioni dei concetti sistematici nelle loro relazioni. Essi rifiutano la teoria del diritto tradizionale che per ordinare il materiale presentato da qualsiasi esperienza giuridica si avvale dell’uso di «concetti giuridici», intesi sia come «figure dogmatiche», concetti emersi storicamente nella pratica, o elaborati dalla dottrina per servire alla pratica, ed impiegati in operazioni di interpretazione e di formulazione di norme, sia come «costruzioni dottrinali» impiegate ai fini di «classificazione e di sintesi, di unificazione concettuale, di sistemazione didattica, di formalizzazione del discorso giuridico»¹⁰⁰. Esempi di concetti del primo tipo possono additarsi nei «concetti di proprietà, proprietario, titolo di credito, azione, domanda, obbligazione, responsabilità, girante, convenuto, imputato, parte, ipoteca, custodia, precario, ecc.»¹⁰¹. Esempi di concetti del secondo tipo, invece, sono quelli di «diritto (in quanto concetto, cioè in quanto definito), ordinamento, sistema, sovrano, costituzione, diritto pubblico, diritto privato, potere legislativo, legge, ecc.»¹⁰².

I realisti si oppongono fermamente alla ideologia normativistica tradi-

¹⁰⁰ G. Tarello, *Il realismo giuridico americano*, cit., pp. 69-73.

¹⁰¹ *Ivi*, p. 70.

¹⁰² *Ibidem*.

zionale che pone le sue basi sulla «concezione del diritto come *sistema di norme* o di *comandi*», dalla quale deriva la tendenza a considerare l'interpretazione come «ricerca del significato di una *norma* nel *sistema*»¹⁰³.

«Prima delle norme» – scrive Llewellyn – «c'erano i fatti: all'inizio non c'era la Parola, ma il Fatto. Dietro alle decisioni ci sono i giudici, e i giudici sono uomini e come tali sono immersi ai problemi umani. Al di là delle norme di nuovo, ci sono gli effetti, al di là delle decisioni, ci sono gli uomini che tali decisioni toccano, più o meno direttamente. Il campo del Diritto si estende nelle due direzioni, in avanti e all'indietro, ben oltre quello del Diritto sostanziale delle scuole e della dottrina»¹⁰⁴.

Nel contestare il normativismo e il concettualismo i realisti sembrano aver anticipato la contestazione di Leoni alla teoria tradizionale del diritto, specialmente nei punti in cui Leoni evidenzia il grave errore di essa nell'aver elevato a concetti basilari del diritto figure proprie della dogmatica, elaborate da giuristi, avvocati o giudici, soltanto per adempiere fini pratici, ma mai per diventare punti centrali di una teoria generale. L'accettazione, più o meno dichiarata, delle teorie normativistiche costituisce, secondo Leoni, «uno dei motivi di fondo della sostanziale sterilità di parte della contemporanea filosofia del diritto del nostro paese: assumendo acriticamente – con il Kelsen – concetti e problemi della dogmatica nella sfera della “teoria generale” del diritto, si è finito per trasformare troppo spesso i problemi della metodologia della dogmatica in falsi problemi di “teoria generale”, senza che il preliminare problema del rapporto fra teoria generale e dogmatica venisse realmente affrontato»¹⁰⁵.

Ma l'elemento essenziale ed esclusivo del movimento realistico è il rifiuto di definire il diritto, ovvero il rifiuto di fare del diritto «concezione». Il realista affronta la problematica riguardante i metodi e gli scopi di una

¹⁰³ *Ivi*, p. 72.

¹⁰⁴ K. N. Llewellyn, *Regole reali e regole di carta*, ora in S. Castignone, *Il realismo giuridico scandinavo e americano*, cit., p. 213.

¹⁰⁵ B. Leoni, *Il concetto di stato nella teoria kelseniana*, ora ristampato in *Le pretese e i poteri*, cit., p. 27.

scienza del diritto intesa come scienza empirica, e non procede mai alla definizione del suo «oggetto» o della «categoria».

In alcuni importanti lavori della letteratura realistica è possibile trovare espressioni che sembrano proporre definizioni del tipo: «il diritto è...». Ad esempio Frank nel 1930 sembra dare una definizione reale di «diritto» in termini comportamentistici quando scrive: «il diritto è ciò che i tribunali fanno»¹⁰⁶; e Llewellyn nello stesso anno si lascia sfuggire le seguenti espressioni: «il fare qualcosa circa le dispute ... è il compito del diritto (*law*). E coloro che sono incaricati di fare questo qualcosa, siano essi giudici o sceriffi o impiegati o secondini o avvocati sono funzionari del diritto. Ciò che questi funzionari (*officials*) fanno a proposito delle dispute è, secondo me, il diritto»¹⁰⁷. Tuttavia, se considerate nel contesto in cui appaiono, simili espressioni risultano essere meri programmi di ricerca e non definizioni; gli autori utilizzano locuzioni come «il diritto è...» per indicare ciò di cui, a loro avviso, i giuristi si dovrebbero occupare e a cui loro stessi intendono dedicarsi¹⁰⁸. Sin dallo stesso 1930 Llewellyn tiene a precisare che «la difficoltà di formulare un qualsiasi concetto di «diritto» (*law*) è che vi sono così tante cose da includere e che le cose da includere sono così incredibilmente diverse l'una dall'altra»¹⁰⁹. «Forse – continua Llewellyn – sarebbe possibile arrivare a metterle tutte sotto uno stesso tetto verbale. Però non vedo cosa si ottenga facendolo. Perché un concetto, così come io lo intendo, è costruito per uno scopo. È uno strumento per pensare. Serve a rendere i dati più maneggevoli nel fare qualcosa... ed io non ho ancora incontrato – e non ne ho mai sentito parlare – un lavoro per cui tutti i dati che si associano a questo elasticissimo simbolo suggestivo, diritto, siano contemporaneamente rilevanti»¹¹⁰.

¹⁰⁶ J. Frank, *Law and the modern mind*, New York, Coward-Mc Cann, 1949, (prima edizione 1930), pp. 32, 42 ss., 51, 96.

¹⁰⁷ K. N. Llewellyn, *The Brumble Bush*, New York, Oceana, 1930, p. 3.

¹⁰⁸ G. Tarello, *Il realismo giuridico americano*, cit., p. 75.

¹⁰⁹ K. N Llewellyn, *A realistic jurisprudence. The next step*, in «Col. L. R.», XXX, 1930, p. 431.

¹¹⁰ *Ibidem*.

Oltre a rifiutare il «diritto» come concetto, i realisti rifiutano l'idea formalistica di «diritto» come sistema di norme precostituite ed accolgono una concezione descrittiva della scienza giuridica, la cui funzione è quella di rendere possibili le previsioni dei comportamenti futuri mediante connessioni sistematiche. Il «sistema» è concepito dai realisti non come concetto, ma come fatto storico, rilevabile a posteriori, passibile di mutamento e suscettibile di critica morale. Pertanto, secondo i realisti, «i sistemi giuridici storici emergono non da una analisi concettuale, bensì dalla stessa ricerca volta a trovare le linee che modificandosi da una cultura ad un'altra danno ad identici elementi legali dei contesti di varia significatività in diversi tempi e luoghi»¹¹¹.

In questo rifiuto di ogni definizione concettualistica e normativistica, i realisti e Leoni concordano nel ritener che ciò che è chiamato diritto non deriva, o non dovrebbe derivare, da elaborazioni teoriche e dogmatiche, ma da un'attenta osservazione e descrizione della realtà e dell'esperienza umana. Sia per Leoni che per i realisti, l'atteggiamento metodologico della scienza giuridica consiste in una ricerca delle regole giuridiche nella realtà dei «fatti» e nell'analisi del linguaggio, nel senso in cui le parole possano corrispondere a qualcosa di concreto e reale, anziché ad astrazioni dottrinali comprensibili soltanto dai teorici che le hanno costruite. Leoni ritiene che il compito della scienza giuridica sia innanzitutto quello di rintracciare nel «diritto vivente» dei rapporti tra gli individui il minimo significato comune della parola «diritto», calandosi tra la gente della strada e potendo in tal modo cogliere il significato comune del termine «diritto» usato sia dall'uomo profano della giurisprudenza, che dall'esperto giurista, avvocato, professore o giudice¹¹².

Sia Leoni che i realisti avvertono l'esigenza di ricollegare la scienza giuridica alla realtà dei «fatti» e dei rapporti sociali da cui il diritto ha origine.

¹¹¹ G. Tarello, *Il realismo giuridico americano*, cit., p. 112.

¹¹² B. Leoni, *Il diritto come pretesa individuale*, ora ristampato in *Le pretese e i poteri*, cit., p. 120; B. Leoni, *Obbligo e pretesa nella dogmatica*, ora ristampato in *Scritti di scienza politica*, cit., p. 231; B. Leoni, *Diritto e politica*, ora ristampato in *Scritti di scienza politica*, cit., p. 205.

Ed è lo stesso Llewellyn ad affermare che i realisti «vogliono che il diritto, e loro stessi, abbiano a che fare con le cose, con la gente, con cose tangibili e definite, e non soltanto con delle parole. E quando il diritto si occupa di parole, allora esigono che tali parole si riferiscano a cose tangibili chiaramente individuabili dietro le parole, o a relazioni osservabili tra cose tangibili. Vogliono confrontare le idee, le norme e le formule con i fatti, tenerle a contatto con i fatti. Essi concepiscono le regole giuridiche e il diritto in genere come un mezzo per raggiungere determinati fini, e quindi solo in quanto tali dotati di significato. Nutrono il sospetto che qualche parte del diritto abbia perso il contatto con la vita reale, dato che il diritto si evolve molto lentamente e la vita invece molto rapidamente»¹¹³.

Ed è ancora Llewellyn che, pur non riconoscendo che i realisti costituiscono una scuola, nell'articolo *Some realism about realism* enuncia i nove punti cardine¹¹⁴ del «realismo giuridico americano», i quali costituiscono i punti in comune del pensiero dei «veri e legittimi abitatori di questa nuova terra»¹¹⁵:

- 1) Il diritto è «un processo in continuo movimento» insieme alla creazione del diritto da parte dei giudici;
- 2) Il diritto non costituisce «un fine in sé», ma un mezzo per conseguire finalità sociali, perciò ogni parte di esso deve essere esaminata dal punto di vista dei suoi scopi e dei suoi effetti e deve essere valutata alla luce di entrambi;
- 3) La società è «un processo in movimento», ma la sua mutevolezza è molto più rapida di quella del diritto, cosicché risulta probabile la necessità di «riesaminare una qualche parte del diritto per controllarne la idoneità in rapporto alla società cui dovrebbe servire»¹¹⁶;
- 4) «Il divorzio temporaneo tra “essere” e “dover essere”, in quanto la

¹¹³ K. N. Llewellyn, *Regole reali e regole di carta*, ora in S. Castignone, *Il realismo giuridico scandinavo e americano*, cit., p. 214.

¹¹⁴ *Ivi*, pp. 216-218; G. Tarello, *Il realismo giuridico americano*, cit., pp. 61-63.

¹¹⁵ K. N. Llewellyn, *Regole reali e regole di carta*, ora in S. Castignone, *Il realismo giuridico scandinavo e americano*, cit., p. 219.

¹¹⁶ *Ivi*, p. 216.

ricerca della scienza giuridica si colloca sul piano dell’«essere»: «l’osservazione, la descrizione e la determinazione di rapporti tra i fenomeni osservati devono rimanere il più possibile incontaminate dai desideri dell’interprete o da ciò che egli si augura che accada, o che ritenga che debba (in senso etico) accadere»¹¹⁷. Questo comporta che i realisti intendono studiare ciò che i tribunali fanno e non quello che dovrebbero fare. Se si ritiene necessario cambiare la tendenza attuale delle teorie tradizionali è opportuno comprendere che «nessun giudizio su ciò che deve essere fatto in futuro riguardo una certa parte del diritto, può venire formulato in maniera intelligente senza conoscere il più oggettivamente possibile come tale parte operi in concreto al momento del giudizio stesso»¹¹⁸;

5) La sfiducia nelle regole e nei concetti giuridici tradizionali che presumono di descrivere cosa fanno realmente i giudici e la gente in generale. Le norme non sono concetti, ma semplici «predizioni generalizzate di ciò che i tribunali faranno»¹¹⁹. A tal proposito Llewellyn insiste sulla distinzione tra precetti e pratiche, vale a dire tra regole *sul* fare e regole *del* fare, regole *per* l’azione e regole *dell’azione*¹²⁰;

6) La sfiducia nei confronti della concezione che nelle formulazioni tradizionali le regole precettive costituiscano l’elemento determinante nel produrre le decisioni dei tribunali. I realisti adottano la teoria della razionalizzazione applicandola allo studio delle motivazioni delle sentenze, nel senso che accettano l’idea per cui in linea di massima la motivazione di una decisione è di solito una razionalizzazione *a posteriori* rispetto alla decisione;

7) La convinzione della «utilità» di raggruppare situazioni e casi giuridici in categorie e classi più ristrette di quelle che sono state usate tradizionalmente. I realisti non accettano le categorie tradizionali, cioè i concetti dogmatici tradizionali, in quanto permettono di formulare

¹¹⁷ *Ibidem*.

¹¹⁸ *Ivi*, p. 217.

¹¹⁹ *Ibidem*.

¹²⁰ G. Tarello, *Il realismo giuridico americano*, cit., p. 62.

regole verbalmente semplici volte a comprendere anche situazioni e casi tra loro differenti e che richiedono una più precisa classificazione;

8) L'insistenza sulla «necessità di valutare ogni legge in base ai suoi effetti, e sulla utilità di trovare tali effetti»¹²¹.

9) L'insistenza sulla «opportunità di affrontare in modo continuo e programmatico i problemi giuridici seguendo le linee indicate»¹²².

Dalla lettura di questi nove punti si evidenzia che i realisti si dedicano allo sviluppo delle problematiche presenti nelle scienze sociali in America nei primi decenni del secolo dalla particolare prospettiva di giuristi interessati alle tecniche pratiche degli uomini di legge. I realisti hanno di fronte un sistema giuridico di *common law* in cui vige il principio dello *stare decisis*, che in quegli anni incontra numerose difficoltà di funzionamento. Assistono a situazioni in cui casi simili o identici sono risolti in maniera opposta da tribunali diversi o da tribunali di grado diverso e, spesso, gli interventi della giurisdizione federale e della Corte Suprema si traducono in decisioni arbitrarie, motivate da ragionamenti cavillosi lontani dalla realtà dei fatti e dalle esigenze effettive degli individui.

Sembra che la critica che i realisti rivolgono alle corti americane e alle teorie normativiste tradizionali sia, in un certo senso, simile a quella svolta da Leoni nei confronti della concezione kelseniana del diritto e al sistema di produzione legislativa del diritto. Il comune bersaglio polemico, in effetti, è costituito da quei concetti e da quelle figure dogmatiche astratte (lontane dalla società nella sua concretezza e dalle relazioni interindividuali) in cui il diritto trova la sua stessa origine; per questo motivo, tanto Leoni quanto i realisti americani attaccano duramente quelle prospettive che conducono facilmente a decisioni o a leggi arbitrarie, determinate dalle convinzioni personali e dagli interessi di giudici o legislatori piuttosto che da un'attenta osservazione e comprensione della società.

Così come i realisti di fronte alla distinzione tra *is* e *ought* collocano

¹²¹ K. N. Llewellyn, *Regole reali e regole di carta*, ora in S. Castignone, *Il realismo giuridico scandinavo e americano*, cit., p. 218.

¹²² *Ibidem*.

la scienza giuridica nell'ambito dell'«essere», anche Leoni nella distinzione kelseniana tra «*Sein*» e «*Sollen*» giunge alla medesima conclusione: mentre per Kelsen il diritto è «ciò che deve essere», in quanto appartiene al mondo del «dover essere», per Leoni il diritto è «ciò che è» e l'unica sua vera dimora è costituita dal mondo dell'«essere», dei fatti e dei comportamenti umani¹²³.

L'impostazione del problema della conoscenza giuridica nei termini della distinzione tra «ciò che è» e «ciò che deve essere» sta alla base della critica realistica. Il realista assume come oggetto della propria ricerca non un sistema di norme, ma una serie di fatti. Il «dover essere» non si riferisce alla natura dell'oggetto della conoscenza giuridica, ma alla valutazione che della realtà un operatore compie. Vengono rigidamente distinti i «precetti» dalle «pratiche» e «le proposizioni prescrittive (contenute nelle leggi e nelle decisioni giudiziarie) sono studiate come fatti storici, e sono studiate come formulazioni intese a giustificare, a provvedere, o ad influenzare i comportamenti degli operatori giuridici o di talune categorie di operatori giuridici»¹²⁴. Il realista si trova ad indagare una serie di precetti e di pratiche ed il suo problema principale diventa proprio quello della relazione tra i primi e le seconde. Se si tiene conto della continua formazione di nuove pratiche e di nuovi precetti nel corso dell'attività giudiziaria in sede di «creazione giudiziale del diritto», è evidente che la relazione tra i precetti e le pratiche è soggetta a mutamenti storici continui; ne deriva che l'oggetto dello studio del giurista – il diritto – è un processo mutevole in continua evoluzione.

Questa impostazione dei realisti è dovuta a due ordini di motivi, uno teorico ed uno pratico. Dal punto di vista teorico, i realisti si trovano di fronte alla domanda tradizionale: «come può la giurisprudenza essere scienza?». La risposta si basa sulla concezione pragmatista di «scienza», per cui la «giurisprudenza è scienza in quanto, basandosi sull'osservazione dei

¹²³ B. Leoni, *Oscurità e incongruenze nella dottrina kelseniana del diritto*, in *Scritti di scienza politica*, cit., p. 190.

¹²⁴ G. Tarello, *Il realismo giuridico americano*, cit., p. 64.

fatti passati e di tecniche che si sono dimostrate efficaci, enuncia previsioni circa avvenimenti futuri sufficientemente garantiti per permettere ad un operatore l'adozione di tecniche efficaci al conseguimento dei suoi fini»¹²⁵.

Dal punto di vista pratico, alla domanda «a chi serve la scienza giuridica?» rispondono che «la scienza giuridica serve soprattutto a permettere ad alcuni tecnici (gli avvocati) di informare il pubblico (i clienti) circa il modo con cui coloro che dispongono di un più alto grado di poteri istituzionali (i giudici ed i funzionari amministrativi) deciderebbero probabilmente una eventuale controversia o agirebbero in un'eventuale situazione; inoltre, secondo i realisti, la scienza giuridica può servire a chi giudica o a chi intende influire su coloro che giudicano ovvero ancora a chi agisce in una particolare situazione istituzionale per determinare quali sono i mezzi più idonei per raggiungere i fini che costoro si propongono»¹²⁶.

Ne deriva che, per i realisti, la scienza giuridica è innanzitutto una scienza empirica che segue un metodo del tutto diverso da quello dei normativisti e dei giuristi tradizionali. Mentre questi elaborano precetti al fine di scoprire tutti i significati intrinseci e determinare la norma da cui un caso determinato deve essere disciplinato, i realisti si pongono come pratici pronti a scoprire se rispetto a determinate controversie si è manifestata una pratica costante da parte dei giudici, se alcune fattispecie sono ritenute simili tanto da far prevedere decisioni identiche o altrettanto simili, se esistono strumenti e tecniche utilizzati in passato per ottenere alcuni effetti desiderati. Secondo questo profilo, la giurisprudenza tradizionale non può essere definita scientifica, in quanto nella prospettiva dei realisti essa è attenta esclusivamente ad elaborare precetti, proposizioni prescrittive e concetti che non corrispondono a pratiche effettive, non consentono di prevedere i comportamenti futuri di operatori, né sono in grado di influenzare gli operatori giuridici a comportarsi in modo da produrre effetti sociali *determinati e voluti* dagli autori dei precetti, né di fornire criteri di decisione dei casi effettivi.

¹²⁵ *Ivi*, pp. 64-65.

¹²⁶ *Ivi*, p.65.

A questo proposito, Llewellyn propone un significato particolare delle norme e dei «diritti» dal punto di vista di un’analisi dei comportamenti, partendo dalla distinzione tra regole e diritti *reali* e regole e diritti di *carta*. I primi sono intesi in termini comportamentistici e descrittivi e si collocano sul piano dell’«essere»; non sono nient’altro che nomi, specie di simboli stenografici, che si riferiscono ai provvedimenti e all’operato dei tribunali. Con il termine «regole reali» Llewellyn indica soltanto le pratiche dei tribunali e non le regole o norme in senso tradizionale, mentre con il termine «diritti reali» intende le «previsioni relative al fatto che in una data situazione è probabile che si verifichi un certo tipo di comportamento da parte del tribunale»¹²⁷.

Per «regole di carta», invece, si intendono le regole giuridiche in senso tradizionale, quelle elaborate dalla dottrina in un certo luogo e in un certo periodo e che i libri di scuola definiscono «diritto» in termini prescrittivi e appartenenti al piano del «dover essere».

Le regole e i diritti reali trovano il loro punto centrale sull’idea di «previsione» in quanto coincidono con ciò che i giudici e i tribunali decideranno in un determinato caso: «non sono altro che delle predizioni»¹²⁸ – scrive Llewellyn – «predizioni generalizzate di ciò che i tribunali faranno»¹²⁹. Il loro compito è solo quello di descrivere, così che è possibile applicare loro la formula weberiana della probabilità: «un diritto (o una prassi o una “regola reale”) esiste nella misura in cui esiste la probabilità che A possa indurre un tribunale a condannare B al risarcimento dei danni; non solo, ma esiste soltanto nella misura in cui tale risarcimento sia sufficiente per compensare A dei danni subiti»¹³⁰.

Il tema del diritto come previsione è ricorrente e centrale nella concezione realista. In *Law and the Modern Mind* (1930), Frank dopo aver analizzato alcuni casi pratici e le soluzioni date dai diversi tribunali, definisce

¹²⁷ K. N. Llewellyn, *Regole reali e regole di carta*, ora in S. Castignone, *Il realismo giuridico scandinavo e americano*, cit., p. 208.

¹²⁸ *Ivi*, p. 209.

¹²⁹ *Ivi*, p. 217.

¹³⁰ *Ivi*, p. 209.

cosa sia il diritto per l'uomo comune: «per l'uomo comune, per ogni persona, diciamo così, non addetta ai lavori, il diritto, la legge, relativamente ad ogni caso specifico, non è altro che la decisione di un tribunale circa quel caso nella misura in cui tale decisione riguarda la singola persona. Finché un tribunale non si è pronunciato, non vi è nessun diritto relativo al caso. Prima della decisione il solo diritto disponibile è il parere degli avvocati: ma tale parere non è vero e proprio diritto, bensì è soltanto una profezia su quanto il tribunale vorrà decidere»¹³¹. Secondo Frank, il diritto si può suddividere in due aspetti: il «diritto vero e proprio», che coincide con una decisione giudiziaria specifica già presa in passato, e il «diritto probabile», vale a dire una previsione, «una congettura riguardo a quella specifica decisione futura»¹³².

Quando una persona consulta il suo avvocato per sapere quale sia il «diritto» relativamente ad una questione concreta, il suo obiettivo non è quello di sapere in che modo i giudici abbiano deciso in passato, ma in che modo i giudici decideranno in futuro. L'avvocato, quindi, compie una profezia o una previsione sul comportamento che i giudici probabilmente adotteranno di fronte a quel caso. Per questo la definizione di «diritto» data da Frank, consapevole di opporsi profondamente alla definizione tradizionale, consiste in «concrete e specifiche *decisioni* passate e congetture su concrete e specifiche *decisioni* future»¹³³.

Ma, come abbiamo precedentemente analizzato, la «previsione» corrisponde anche ad uno dei quattro elementi costitutivi della concezione leoniana del diritto come «pretesa individuale» (insieme all'«intervento», al «potere di intervento» e all'«interesse»). Infatti, secondo Leoni, il diritto come pretesa consiste nella congiunzione di un elemento *cognitivo*: la previsione del comportamento altrui oggetto della pretesa; e di un elemento *volitivo*: la volontà di determinare tale comportamento qualora non si attui in modo spontaneo. Chi esercita un diritto, avanza una

¹³¹ J. N. Frank, *Lo scetticismo dei fatti*, saggio tratto da *Law and the Modern Mind*, cit., ora in S. Castignone, *Il realismo giuridico scandinavo e americano*, cit., p. 242.

¹³² *Ibidem*.

¹³³ *Ivi*, p. 243.

pretesa e, innanzitutto, compie un giudizio di previsione di probabilità su un comportamento altrui, nel senso che prevede che gli altri adottino un certo tipo di comportamento non necessario, né impossibile, ma con elevata probabilità di verificarsi. «La pretesa» – scrive Leoni – «implica sempre determinate previsioni di comportamenti...: noi sappiamo che un certo comportamento sarà possibile e che, d'altra parte, non sarà necessario»¹³⁴; il comportamento che «pretendiamo da parte di determinate persone, è quello che prevediamo come più probabile»¹³⁵. Tuttavia, il diritto come pretesa non si esaurisce nella previsione, come invece avviene per i realisti che identificano l'idea di diritto esclusivamente con le «profezie» sul comportamento che adotteranno i giudici al momento di decidere un caso giudiziario. La pretesa leoniana è composta oltre che dalla previsione, dalla «volontà» dell'autore della pretesa che «altri adotti il comportamento oggetto della pretesa», ovvero, dalla volontà di determinare il comportamento altrui mediante un «intervento», qualora tale comportamento non venga spontaneamente adottato dalla persone interessate. Alla componente della «volontà», Leoni collega altri due elementi che concorrono a formare il complesso concetto di «pretesa»: il «potere» e l'«interesse». Da una parte, «se si pensa di intervenire, si pensa di avere il potere di farlo»¹³⁶ e per «potere» si intende la possibilità di determinare direttamente o indirettamente un dato comportamento da parte di qualcuno. Dall'altra parte, chi pretende e perciò vuole un comportamento altrui e interviene per determinarlo, ha un «interesse», in nome proprio o in nome di altri, al comportamento oggetto della pretesa.

È evidente che la previsione nella concezione leoniana del diritto come pretesa presenta alcune sostanziali differenze con la concezione realista del diritto come previsione. Prima di tutto, abbiamo appena visto che la pretesa leoniana è il risultato dell'unione di un elemento *cognitivo* (la previsione) e di un elemento *volitivo* (la volontà), mentre il diritto dei realisti americani si incentra esclusivamente sulla previsione.

¹³⁴ B. Leoni, *Lezioni di Filosofia del diritto*, (1959), cit., p. 22.

¹³⁵ *Ivi*, p. 28.

¹³⁶ *Ivi*, p. 40.

In secondo luogo, ma non meno importante, il comportamento che è oggetto della pretesa leoniana riguarda ogni singolo individuo: la pretesa è rivolta da individui nei confronti di altri individui. Nel «modello Leoni» il diritto, come l'economia e la politica, nasce direttamente dalle relazioni che si sviluppano spontaneamente tra gli individui, quindi la pretesa di un comportamento altrui è avanzata da individui e il comportamento altrui, richiesto e previsto come probabile, si riferisce al comportamento di individui comuni, membri della società civile.

I realisti (è opportuno sottolinearlo ancora) hanno di fronte la difficile situazione del sistema giudiziario di *common law*, all'inizio del secolo scorso; quindi il loro problema fondamentale è quello di prevedere cosa deciderà il giudice su un determinato caso, in quanto troppo spesso su casi simili o identici si erano verificate difformità e incompatibilità tra le decisioni di giudici diversi o di diverso grado. L'oggetto della previsione dei realisti non è quindi il comportamento di una altro individuo nei rapporti sociali, ma il comportamento dei giudici al momento di adottare una decisione su un caso giudiziario. Lo stesso Llewellyn afferma che nella loro concezione di diritto sparisce «ogni differenza tra diritti e regole intesi in senso sostanziale e diritti e regole in senso procedurale. La misura di un diritto, la misura di una regola diventa semplicemente ciò che è possibile fare in una data situazione»¹³⁷. La previsione dei realisti è un concetto che si riferisce esclusivamente alle tecniche e alle procedure dei sistemi giudiziari anglo-americani che si basano sulla regola dello *stare decisis*, cioè del dovere del giudice di attenersi alle decisioni precedentemente date dalle corti su casi simili.

Se, però, proviamo a prelevare la concezione leoniana del diritto come pretesa e la trasportiamo nella visione del realismo giuridico americano, è possibile trovare una certa compatibilità compiendo alcuni adattamenti di significato.

L'ultima definizione data da Leoni sulla pretesa coincide con «la richie-

¹³⁷ K. N. Llewellyn, *Regole reali e regole di carta*, ora in S. Castignone, *Il realismo giuridico scandinavo e americano*, cit., p. 209.

sta di un comportamento altrui considerato da chi lo richiede come probabile e corrispondente a un proprio interesse (cioè utile), nonché come determinabile con una qualche specie di intervento, qualora esso comportamento non si verifichi spontaneamente, sulla base di un potere di cui chi pretende si considera dotato»¹³⁸. Questa definizione è del tutto compatibile con la concezione realista del diritto se si compiono alcuni adattamenti, cioè se per richiesta intendiamo la richiesta di giudizio effettuata dalle parti in causa, per comportamento altrui intendiamo il comportamento dei giudici in sede decisiva, corrispondente ad un interesse delle parti e determinabile mediante l'intervento delle parti nel corso del processo, il cui potere di intervento è consentito dalle norme sulla procedura del giudizio. Questa interpretazione risulta del tutto coerente con l'impostazione data da Frank, per cui il cliente che in una causa giudiziaria consulta il proprio avvocato chiede una previsione su ciò che i giudici decideranno e su quali strumenti si debba adottare per intervenire e indirizzare i giudici ad assumere decisioni corrispondenti al proprio interesse. In questo modo sono rispettati i quattro elementi che costituiscono la pretesa: «la previsione», la «volontà», l'«intervento» ed il «potere di intervento», attribuendo loro un significato esclusivamente procedurale.

È interessante e curioso notare che pur nelle differenze è possibile evidenziare le affinità sopra esposte, ma certamente non si può dimenticare che i due punti di vista fanno parte di un contesto e di una problematica diversi. Non tutti i realisti ritengono che sia possibile compiere previsioni sui comportamenti dei giudici, in quanto non è scontato che le decisioni dei giudici siano «profetizzabili».

A tale proposito, all'interno del movimento realista si crea una vera e propria frattura tra i cosiddetti *rule-skeptics*, scettici delle norme come Llewellyn, e i cosiddetti *fact-skeptics*, scettici dei fatti come Frank che presenta per primo questa distinzione. Llewellyn afferma la possibilità di effettuare delle razionalizzazioni sull'operato dei giudici e, quindi, di arrivare a previsioni, in quanto i giudici e i funzionari sono influenzati

¹³⁸ B. Leoni, *Lezioni di Filosofia del diritto* (1966), cit., p. 52.

dall’ambiente in cui vivono e tendono a comportarsi secondo i modelli dati dai loro predecessori e dagli altri componenti della loro stessa classe, consentendo lo sviluppo di una uniformità nelle decisioni¹³⁹. Al contrario, Frank ritiene che sia impossibile arrivare a formulare previsioni affidabili, in quanto il giudice sarebbe condizionato, in modo non controllabile, dalle proprie preferenze, idee, gusti e autobiografia non solo nella scelta della regola e del precedente da applicare, ma anche nell’interpretare i fatti del caso, ovvero nel modo di intendere la fattispecie concreta, assumere le testimonianze e valutare gli eventi¹⁴⁰.

Gli scettici delle norme propongono di sostituire alle regole *di carta* della giurisprudenza tradizionale, le regole *reali* che derivano dalle decisioni passate dei giudici, cosicché il punto di partenza per poter formulare previsioni non sia ciò che i giudici hanno *detto* di fare, ma quello che hanno *fatto*¹⁴¹. Llewellyn ritiene che questo sia possibile iniziando a chiedersi cosa sia un precedente: «il fondamento del precedente» – scrive Llewellyn – «è il corrispondente a livello ufficiale di quello che nella società in generale noi conosciamo come abitudini popolari o istituzioni, e negli individui come abitudini»¹⁴². Dato che risolvere i problemi richiede tempo e fatica, dopo che un problema è stato risolto non ha alcun senso ricominciare da capo. «Pigrizia e convenienza» – continua Llewellyn – «insieme ci spingono a costruire su ciò che si è già costruito, ad incorporare nella tecnica operativa la decisione già presa, la soluzione già raggiunta, senza riesaminare l’iter precedentemente seguito. La spinta al precedente è presente nel comportamento di ogni funzionario, indipendentemente dal fatto che lo voglia o no, e addirittura dal fatto che se ne renda conto o no»¹⁴³. La previsione delle decisioni è possibile se i giudici ripetono quanto hanno fatto in precedenza e continuano a farlo. Anche nella tradizione popolare e

¹³⁹ S. Castignone, *Il realismo giuridico scandinavo e americano*, cit., p. 21.

¹⁴⁰ *Ibidem*.

¹⁴¹ K. N. Llewellyn, *Lo scetticismo delle norme*, saggio tratto da *The Brumble Bush*, cit., ora in S. Castignone, *Il realismo giuridico scandinavo e americano*, cit., p. 199

¹⁴² *Ibidem*.

¹⁴³ *Ibidem*.

nelle abitudini individuali, qualsiasi comportamento ripetuto nel tempo tende ad assumere un valore più elevato della mera prassi: assume un certo livello di progettualità, etica e moralità. «Ciò che è stato compiuto ripetutamente nel passato diventa la “cosa giusta” da fare» – sottolinea Llewellyn – «non solo la cosa che ci si aspetta venga fatta, ma quella il cui verificarsi sarà ben accolto e la cui mancata realizzazione susciterà invece risentimento. Questo vale sia per gli individui, nel caso in cui le loro abitudini si interrompano per un qualche motivo, sia per la società nel suo complesso, qualora un certo evento, atteso sulla base della conoscenza dei comportamenti abituali della gente, si realizzzi oppure no. Anzi nel campo sociale tende a svilupparsi una precisa pressione di gruppo per spingere verso comportamenti conformi a quelli già esistenti e attesi»¹⁴⁴. Tutti questi atteggiamenti psicologici vengono trasportati dall'avvocato nel campo del diritto e, insieme alla consapevolezza che il giudice ha di continuare sulla strada segnata dai suoi colleghi e predecessori, consentono di creare una buona base per compiere previsioni e per credere che sia realizzata la certezza del diritto.

Gli scettici dei fatti, invece, ritengono che la certezza del diritto sia un'illusione in quanto non è possibile compiere delle previsioni certe sul contenuto delle decisioni dei giudici a causa di motivi diversi. Infatti, Frank critica decisamente l'idea secondo cui il giudice nella sua attività decisionale segua lo schema della logica sillogistica, assumendo la norma come premessa maggiore, il caso concreto come premessa minore e traendo, quindi, le conclusioni. Un'operazione del genere si verifica soltanto nei libri di logica, perché nella vita reale sia i giudici che la gente comune prende decisioni in modo del tutto diverso: prima si sceglie la soluzione desiderata in base ai propri interessi e alle valutazioni personali, poi si cercano le premesse adeguate a giustificarle. A tale riguardo, Frank richiama le parole del Giudice Hutcheson: «Il giudice in realtà decide sulla base del sentimento e non del ragionamento, della intuizione e non della ragione: il ragionamento compare solo nella motivazione formale.

¹⁴⁴ *Ivi*, p. 200.

L'impulso vitale che porta alla decisione è una sorta di intuizione di ciò che è giusto o ingiusto in quel caso particolare; e il giudice abile dopo aver deciso su tali basi, chiama a raccolta tutte le sue facoltà e sprona la sua intelligenza non solo per giustificare a se stesso la sua decisione, ma soprattutto affinché superi l'esame dei suoi critici. E quindi passa in rassegna tutte le norme, i principi, le categorie giuridiche e i concetti che ritiene utili, direttamente o per analogia, in modo da selezionare quelli che a suo parere, possono servire a giustificare la soluzione desiderata»¹⁴⁵. Questa intuizione dei giudici è determinata da una molteplicità di fattori più o meno nascosti che guidano le deduzioni e le opinioni degli uomini in genere. Le ideologie politiche, economiche e morali e le esperienze strettamente soggettive e personali contribuiscono ad influenzare la semplice decisione di ognuno di noi e anche dei giudici. «Le simpatie e antipatie del giudice interferiscono sulle sue valutazioni dei testimoni, degli avvocati e delle parti in causa. Il suo passato può avere originato in lui delle reazioni più o meno favorevoli nei confronti delle donne, o delle donne bionde, o degli uomini con barba, o dei meridionali, degli italiani, degli inglesi, degli idraulici, dei ministri, dei laureati, degli aderenti al partito democratico. Una certa pronuncia nasale, un certo modo di tossire o di gestire possono richiamare alla memoria del giudice dei ricordi piacevoli o spiacevoli. E tali ricordi, mentre egli ascolta un testimone che presenta quella pronuncia, quella tosse o quel gesto, possono influenzare il modo in cui il giudice recepisce la testimonianza e, in un secondo momento, il modo in cui ricostruirà ciò che il teste ha detto, nonché l'importanza e la credibilità da attribuire alla testimonianza medesima»¹⁴⁶. Inoltre, come i testimoni possono avere dei vuoti di memoria o dare delle ricostruzioni immaginarie degli eventi, allo stesso modo, anche i giudici sono soggetti a difetti analoghi nel recepire e nel riportare la testimonianza. Ne segue che gli atteggiamenti e le convinzioni del giudice interferiscono non soltanto per quello che egli ritiene giusto o ingiusto relativamente a certi fatti,

¹⁴⁵ J. Frank, *Lo scetticismo dei fatti*, cit., ora in S. Castignone, *Il realismo giuridico* scandinavo e americano, cit., p. 247.

¹⁴⁶ *Ivi*, p. 249.

ma anche nella raffigurazione stessa dei fatti. La conclusione di Frank è che «se la personalità del giudice è il fattore chiave della amministrazione della giustizia, allora il diritto è destinato a variare a seconda della personalità del giudice che si occupa di un dato caso». Di conseguenza, per Frank non è possibile compiere delle previsioni sulle decisioni dei giudici. La certezza del diritto non solo allora non esiste, ma è anche impossibile da realizzare.

4. Il peculiare realismo giuridico di Bruno Leoni

Dal canto suo, Leoni sembra essere consapevole di questa situazione quando propone una riforma del diritto continentale ispirata ad un sistema giudiziario di produzione del diritto che elimini quasi completamente il ruolo della legislazione. Egli riconosce, infatti, che i giudici potrebbero comportarsi in modo tale che le loro decisioni costituiscano il risultato di un'imposizione della propria volontà sulla libertà individuale e l'interpretazione del diritto sia l'esito di una «legislazione camuffata», qualora i giudici estendano il significato di regole scritte per conseguirne uno del tutto nuovo, o rovescino all'improvviso i propri precedenti.

A suo giudizio, però, questo non autorizza a concludere che le corti supreme siano nella stessa situazione dei legislatori, che hanno il potere di «fare nuovo diritto in un senso del tutto precluso ai giudici»¹⁴⁷. Il motivo essenziale sta non solo nel fatto che le corti supreme sono vincolate dai loro precedenti e le corti inferiori sono ufficialmente vincolate dalle decisioni delle corti superiori, ma soprattutto dalla considerazione per cui sia le corti supreme che quelle inferiori possono decidere soltanto se il loro intervento è richiesto dalle parti interessate: «il più umile funzionario di giustizia deve decidere da solo se è o no legato, nei casi particolari, da una data decisione»¹⁴⁸ delle corti superiori e anche di quelle supreme. Questo

¹⁴⁷ B. Leoni, *La libertà e la legge*, cit., p. 204.

¹⁴⁸ *Ibidem*.

rappresenta una differenza notevole fra la funzione dei giudici delle corte supreme e quella dei legislatori, per quanto riguarda «l'imposizione non gradita delle loro rispettive volontà ad un numero, anche grande, di altre persone dissidenti»¹⁴⁹.

Leoni osserva, inoltre, che può esistere una rilevante differenza tra una corte suprema ed un'altra: ad esempio, il potere della Corte Suprema degli Stati Uniti è molto più ampio di quello della Camera dei Lords, la corte suprema britannica. Ciò è dovuto alla presenza di una costituzione scritta nell'ordinamento americano, che non ha un equivalente in quello britannico. Il culto della costituzione conferisce grande libertà alla corte, in quanto essa può modificare l'orientamento dato in una decisione passata appellandosi alla costituzione e può giustificare un suo comportamento richiamando un'interpretazione più o meno rigorosa della stessa costituzione. In questi casi, Leoni accoglie una citazione del giudice Frankfurter della Corte Suprema degli Stati Uniti: «la protezione ultima deve essere trovata nel popolo stesso», mediante lo sviluppo di un sistema di equilibri e contrappesi entro il potere giudiziario. Sarebbe auspicabile introdurre strumenti particolari per limitare il potere delle corti supreme quale, ad esempio, l'unanimità per le decisioni che rovesciano precedenti stabiliti da lungo tempo o per cambiare sostanzialmente l'interpretazione della costituzione.

Ciò che Leoni ha rilevato a proposito delle corti supreme in confronto con i legislatori, vale a maggior ragione per le corti inferiori e, in generale, per i giudici ordinari.

Leoni osserva che la libertà e la costrizione sono oggi ricollegate alla legislazione. In tutte le società contemporanee si assiste a due fenomeni di straordinaria rilevanza: il progresso tecnico e scientifico aumenta a passi da gigante, parallelamente al peso crescente della legislazione in quasi tutti gli ordinamenti giuridici.

Infatti, nei paesi anglosassoni la *common law* e le corti giudiziarie ordinarie stanno lasciando sempre più ampio spazio alla legge scritta

¹⁴⁹ *Ibidem.*

dal parlamento e dalle autorità amministrative, mentre i codici dei paesi continentali sono sommersi ogni anno da migliaia di nuove leggi. Il ruolo sempre più rilevante che la produzione legislativa del diritto ha assunto nei paesi di *common law* e quello esclusivo assunto nei paesi di *civil law*, a giudizio di Leoni, costituiscono un serio pericolo per la libertà individuale, in quanto quest'ultima risulta sempre più esposta all'arbitrio di maggioranze parlamentari variabili e incontrollate.

«Oggi la legislazione» – scrive Leoni – «sembra un rimedio veloce, razionale e di ampia portata contro ogni genere di male e di inconvenienti, se paragonato, ad esempio, alle decisioni giudiziarie, alla soluzione delle dispute da parte di arbitri privati, alle convenzioni, ai costumi e ad altri tipi di sistemazioni spontanee da parte degli individui»¹⁵⁰.

Solitamente, l'idea che il diritto possa non coincidere con la legislazione risulta strana e quasi assurda, sia nell'opinione degli studiosi di scienze giuridiche e politiche, sia in quella della gente comune. Quasi mai ci si accorge che «il rimedio della legislazione può essere troppo veloce per essere efficace, troppo imprevedibilmente ampio per essere del tutto benefico, e connesso troppo direttamente con le opinioni e gli interessi contingenti di un manipolo di persone – i legislatori, chiunque essi siano – per essere un rimedio per tutti gli interessati»¹⁵¹. E quando una legge in particolare non corrisponde alle aspettative, generalmente viene fatto appello a leggi nuove e migliori, mentre la produzione del diritto mediante legislazione non viene mai messa in discussione.

I sostenitori della legislazione ritengono indispensabile l'intervento della legge, in quanto lo sviluppo industriale avrebbe prodotto nella società una serie di problemi nuovi che soltanto la legge sarebbe in grado di risolvere. Questo spiegherebbe, secondo loro, il fatto che al progresso tecnologico e scientifico si è affiancato un aumento, sebbene eccessivo, del numero delle leggi.

¹⁵⁰ *Ivi*, p. 7.

¹⁵¹ *Ibidem*.

Leoni si oppone nettamente a questa posizione, affermando che lo sviluppo della scienza e della tecnologia, da un lato, e la legislazione, da un altro, si basano in realtà su due idee del tutto differenti e contraddittorie. La ricerca tecnica e scientifica è progredita grazie alla spinta dell'iniziativa e della libertà individuale e, spesso, grazie a piccole minoranze che hanno combattuto contro le opinioni comuni delle maggioranze ignoranti o incompetenti e delle autorità contrarie. La legislazione, invece, comprende implicitamente il concetto di autorità ed è il risultato dell'imposizione della volontà di una maggioranza di legislatori sui dissidenti: «ove prevalgono le maggioranze e le autorità, come nelle legislazioni, gli individui devono, a ragione o a torto, arrendersi»¹⁵².

Altra caratteristica propria della legislazione nelle democrazie occidentali contemporanee e assente nello sviluppo scientifico è il principio della rappresentanza politica. Le leggi sono prodotte dai rappresentanti dei cittadini, mentre le scoperte scientifiche e tecnologiche sono effettuate dagli individui in prima persona.

Leoni non desidera che la legislazione venga abbandonata del tutto, ma aspira ad un sistema in cui il diritto si sviluppi prevalentemente come «prodotto della convergenza di azioni e decisioni spontanee da parte di un grande numero di individui»¹⁵³, come avviene, ad esempio, nella moda, nel linguaggio e nel commercio. «*Chi apprezza la libertà individuale – scrive Leoni – rivaluti il ruolo dell'individuo entro l'ordinamento giuridico nel suo complesso.* Non è più questione di difendere questa o quella libertà particolare – di scambio, di parola, di associazione, etc., – né di decidere quali legislazioni “buone” dobbiamo adottare al posto di quelle “cattive”. Si tratta di decidere se la libertà individuale sia compatibile in via di principio con gli attuali ordinamenti incentrati e quasi completamente identificati con la legislazione»¹⁵⁴.

Leoni osserva che nei secoli passati non mancarono esempi di ordinamenti giuridici che si basavano su processi di produzione del diritto

¹⁵² *Ivi*, p.8.

¹⁵³ *Ivi*, p. 10.

¹⁵⁴ *Ivi*, p.12.

diversi dalla legislazione. Sia la storia romana che quella inglese dimostrano che il periodo della loro più grande prosperità era caratterizzato da ordinamenti giuridici in cui la legislazione, almeno nell'ambito del diritto privato, aveva un ruolo del tutto marginale. «I Romani e gli inglesi – sottolinea Leoni – condividevano l'idea che il diritto è qualcosa da *scoprire* piuttosto che da *decretare* e che nessuno è così potente nella società da essere in posizione di identificare la sua propria volontà con la legge del paese. Il compito di “scoprire” la legge era affidato nei loro paesi rispettivamente ai giureconsulti e ai giudici, due categorie paragonabili, almeno fino a un certo punto, agli esperti scientifici di oggi»¹⁵⁵.

Il *Corpus Juris* di Giustiniano venne adottato nei paesi continentali come risultato di un lungo lavoro di ricerca da parte dei giuristi, che avevano il compito di scoprire le regole giuridiche indipendentemente dalla volontà dei governanti. Nel periodo precedente la Rivoluzione francese, caratterizzato dall'affermarsi dello Stato assoluto, il diritto continentale non perse mai il carattere di «diritto dei giuristi» e anche all'inizio del diciannovesimo secolo che vide sorgere «la nuova era della legislazione», si sentì l'esigenza di recuperare al meglio il diritto dei giuristi «*riscrivendolo* di nuovo nei codici, ma senza *sovvertirlo*». Era, infatti, necessario raccogliere in un compendio i regolamenti passati e le opere individuali dei giuristi, in modo da sottrarli da una massa caotica e talvolta indecifrabile, così da garantire maggiore chiarezza e certezza nel diritto.

Sia nel continente che in Inghilterra le costituzioni furono concepite per porre in forma scritta i principi giuridici già esistenti nella società civile; esse non si assumevano la funzione di creare il diritto dal nulla in modo conforme alla volontà dei governanti.

Al contrario, il sistema giuridico dell'antica Grecia si basava sulla legislazione, in quanto le norme scritte prodotte dalle assemblee legislative popolari erano viste come la migliore garanzia contro gli ordini arbitrari dei tiranni e come lo strumento più adeguato ad assicurare una maggiore certezza del diritto. Alla radice di questo diverso modo di interpretare il

¹⁵⁵ *Ivi*, p.13.

ruolo della legislazione, secondo Leoni, vi è un diverso modo di intendere il concetto di certezza del diritto: in un caso si concepisce la certezza del diritto come formulazione delle regole giuridiche con parole determinate e precise, prescindendo dalla loro durata nel tempo; nell'altro, invece, ci si riferisce alla permanenza duratura delle regole giuridiche e si prescinde dalla formulazione espressa di esse¹⁵⁶. I Greci ritenevano che le loro leggi fossero *certe*, in quanto erano formulate con precisione in un testo scritto ed in quanto il processo di legislazione era sostenuto dall'idea che «*la certezza del diritto si possa semplicemente identificare con l'enunciazione precisa di una regola scritta, generale o no*»¹⁵⁷.

Successivamente, nella seconda metà del quinto secolo e nel quarto secolo a.C., i Greci dovettero prendere atto di un inconveniente: «*nessuno era certo che qualsiasi legge, valida oggi, potesse durare fino a domani* senza essere abrogata o modificata da una legge successiva»¹⁵⁸, cosicché nella costituzione ateniese fu inserita una procedura rigida e complessa per modificare e rinnovare le leggi. La proposta di legge presentata da un cittadino era sottoposta allo studio attento e severo di una commissione di magistrati che aveva il compito di preservare la legge precedente nei confronti di quella innovativa, in modo da stimolare un approfondito confronto tra la vecchia e la nuova legge. Anche la democrazia ateniese dovette, infine, constatare l'insufficienza di una nozione di certezza del diritto che si basasse semplicemente sull'idea di una formulazione espressa in modo chiaro e preciso su un testo scritto. L'enunciazione scritta di una norma non garantisce alcuna certezza sulla durata nel tempo di una legge, in quanto risulta sempre condizionata dalla possibilità che la legge attuale venga modificata da una legge successiva che, a sua volta potrà essere modificata da un'altra legge successiva, e così via. Per questo motivo, Leoni ritiene che la certezza del diritto nel senso

¹⁵⁶ M. Stoppino, *Individualismo integrale di Bruno Leoni*, ora in B. Leoni, *Scritti di scienza politica*, cit., p. XXX.

¹⁵⁷ B. Leoni, *La libertà e la legge*, cit., p. 91

¹⁵⁸ *Ivi*, p. 89.

indicato può essere definita «certezza del diritto *a breve termine*»¹⁵⁹.

I Romani, invece, rintracciavano la certezza del diritto nel fatto che le regole giuridiche non dovevano mai essere soggette a cambiamenti repentini ed improvvisi e la vita privata dei cittadini non doveva mai essere condizionata dalla volontà e dal potere arbitrario delle assemblee legislative. Leoni definisce questo concetto romano di certezza del diritto come «certezza del diritto *a lungo termine*».

Una gran parte delle norme giuridiche romane non era prodotta in base ad un processo legislativo. Mentre per i Romani il diritto codificato riguardava principalmente il diritto costituzionale, amministrativo o penale, il diritto privato (*lo jus civile*) fu tenuto lontano dall'invasione ad opera dei legislatori: gli organi legislativi riservavano la legge formale al diritto pubblico, «*quod ad rem Romanam spectat*», e quindi al funzionamento delle assemblee politiche, del Senato e dei magistrati.

Ciò significa che quando tra due cittadini romani sorgeva una controversia relativa a diritti oppure ad obbligazioni derivanti da un contratto, essi non cercavano la soluzione in base a regole espresse in un codice scritto, ma sottoponevano la questione ad un giurista. «Il giurista romano» – puntualizza Leoni – «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 ad 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 dovesse essere decretato – un mondo di cose che esistevano, e facevano parte della comune eredità dei cittadini romani»¹⁶⁰. E proprio in questo consisteva la certezza del diritto definita da Leoni *a lungo termine*: nessuno aveva il potere di intervenire nei rapporti interindividuali dei cittadini e nessuno poteva stabilire le regole sociali, per poi modificarle secondo un arbitrio personale. Leoni precisa che «questo non significava immutabilità: ma certamente nessuno

¹⁵⁹ *Ivi*, p. 91.

¹⁶⁰ *Ivi*, p.95.

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»¹⁶¹.

Leoni evidenzia una certa affinità tra il metodo di ricavare le norme privatistiche nel diritto romano ed il principio inglese del *rule of law* che distingue i paesi dove vige la *common law*. Le corti di giustizia inglesi, come i giuristi romani, compivano un'attività di ricerca e di studio delle regole giuridiche, in modo da descrivere o scoprire la soluzione di una causa. L'atteggiamento dei giudici inglesi, secondo Leoni, è sempre stato, non quello dei legislatori, ma quello di uno studioso che ha la funzione di accettare le cose.

Il diritto legislativo è il risultato di «decisioni di gruppo» che, come abbiamo precedentemente visto, comportano sempre una forma di «coercizione» che raramente si presenta nel diritto giurisprudenziale corrispondente alla cosiddetta «*judge-made-law*».

La decisione del gruppo considerato come unità si riduce alla decisione presa dalla parte vincente del gruppo, mentre la parte perdente è costretta ad accettarne e a subirne la volontà. Infatti, «ciò che decide la parte vincente del gruppo» – scrive Leoni – «è destinato a essere la decisione del gruppo stesso, e i membri perdenti non sono neppure liberi di rifiutare il risultato di una scelta se non lo apprezzano, a meno che non lascino il gruppo»¹⁶². Per i «patrocinatori dell'inflazione legislativa» la perdita della libertà individuale è il prezzo che è indispensabile pagare per conseguire i benefici del funzionamento del gruppo come unità, ma Leoni ritiene che molte decisioni non valgono un prezzo così caro¹⁶³.

Bisognerebbe rifiutare l'intervento della legislazione «*ogni qualvolta che la si usa come mezzo per sottomettere minoranze allo scopo di trattarle*

¹⁶¹ *Ibidem*.

¹⁶² *Ivi*, p.16.

¹⁶³ «Non nego che le decisioni di gruppo si possano spesso raggiungere solo a prezzo della perdita della libertà individuale di scegliere e, nello stesso tempo, di rifiutare di fare una scelta. Ciò che voglio sottolineare è che le decisioni di gruppo valgono questo prezzo molto meno frequentemente di quanto sembri a un osservatore superficiale» (B. Leoni, *La libertà e la legge*, cit., p. 16).

come perdenti sul campo» e «ogni qualvolta che è possibile, per gli individui coinvolti, realizzare i loro obiettivi senza dipendere dalla decisione di un gruppo e senza costringere nessun altro a fare ciò che non avrebbe mai fatto senza costrizione»¹⁶⁴. Ed infine Leoni sottolinea ancora che «ogni qualvolta sorge un dubbio sulla raccomandabilità del processo legislativo in paragone con altri processi diretti a determinare le regole del nostro comportamento, l'adozione del processo legislativo dovrebbe essere l'esito di una valutazione molto accurata»¹⁶⁵.

Secondo Leoni non esistono pericoli così gravi per la nostra libertà individuale nella «*judge-made-law*», che consiste nella produzione del diritto effettuata da giudici e avvocati (gli addetti ai lavori) mediante un'attenta ricerca delle regole giuridiche negli usi, nelle norme tacite, nelle convenzioni e nei principi generali costitutivi di una comunità. Certamente anche gli avvocati ed i giudici sono uomini come gli altri e potrebbero essere tentati dalla volontà di sostituire il loro arbitrio personale all'imparzialità dello scienziato, tanto più che la loro attività non è soggetta ad una sanzione quanto quella dei legislatori, che se non adempiono alla volontà popolare possono non essere votati alle successive elezioni e perdere il loro potere. Ma a tali obiezioni Leoni replica rifacendosi a tre punti che distinguono gli *honoratores*, di ieri e di oggi, dai legislatori: all'astrattezza, alla generalità e alla coercizione che caratterizzano la legge, si contrappongono la concretezza, la particolarità e la collaborazione delle parti, proprie della «*judge-made-law*». Infatti, l'intervento degli avvocati e dei giudici avviene soltanto su richiesta degli interessati e la partecipazione di questi ultimi alla ricostruzione dei fatti è indispensabile ai fini dell'assunzione di una decisione. Ciò che è stabilito dal giudice produce effetti soltanto nei confronti delle parti in causa e mai nei confronti di soggetti estranei alla questione. Infine, le decisioni raggiunte dai giudici e dagli avvocati sono il risultato della collaborazione delle parti e dell'attività di altri giudici ed avvocati in casi simili, ciò significa che vengono prese con «la collabora-

¹⁶⁴ *Ivi*, p. 17.

¹⁶⁵ *Ibidem*.

zione indiretta di tutte le parti in causa, sia passate che presenti»¹⁶⁶.

I giudici non compiono alcuna forma di «costrizione» sui cittadini ed esercitano un potere che è conferito loro dai cittadini stessi mediante la richiesta di una decisione su un caso ben preciso.

Questo processo di produzione del diritto non sarebbe che il risultato di «una specie di collaborazione ampia, continua e per lo più spontanea fra giudici e giudicati allo scopo di scoprire qual è la volontà della gente in una serie di esempi definiti»¹⁶⁷.

Conseguentemente, le decisioni dei giudici non possono essere paragonate alle leggi, in quanto l'atteggiamento psicologico dei giudici è quello di *scoprire* il diritto e non di *decretarlo*, ma anche e soprattutto per «la loro fondamentale dipendenza dalle parti interessate nel processo di formazione del diritto». L'interferenza di fattori personali in questo processo di creazione del diritto non deve far dimenticare questo aspetto fondamentale. I sentimenti personali e le situazioni private possono interferire con la funzione giudiziaria, come altrettanto possono interferire sui contenuti delle decisioni dei legislatori. «Se simili interferenze» – conclude Leoni – «non si possono evitare, e se abbiamo una scelta, sembra molto meglio preferire quelle che hanno un raggio di azione minore e sono meno decisive nei loro effetti»¹⁶⁸.

¹⁶⁶ *Ivi*, p.25.

¹⁶⁷ *Ibidem*.

¹⁶⁸ *Ivi*, p. 207.

Opere di Bruno Leoni¹

- 1.** *Aspetti e problemi della "Philosophie des Als Ob" di Hans Vaihinger*, in "Rivista di Filosofia", 1938, n. 2, pp. 127-159.
- 2.** *Il problema della scienza giuridica*, Torino, Giappichelli, 1940, pp. 195 ("Memorie dell'Istituto giuridico dell'Università di Torino" memoria XLV).
- 3.** *Il valore della giurisprudenza e il pensiero di Julius Hermann von Kirchmann*, in "Rivista internazionale di Filosofia del diritto", 1940, fasc. VI, pp. 343-359; 1941, fasc. I - II, pp. 64-95.
- 4.** *Giusnaturalismo, filosofia del diritto e scienza giuridica*, in "Bollettino dell'Istituto di Filosofia del Diritto dell'Università di Roma", 1942, n. 2, pp. 47-55.
- 5.** *Julius Binder*, in "Rivista internazionale di Filosofia del diritto", 1942, fasc. IV-V, pp. 280-283.
- 6.** *Per una teoria dell'irrazionale nel diritto*, Torino, Giappichelli, 1942, p. 210 ("Memorie dell'Istituto giuridico dell'Università di Torino", memoria LI).
- 7.** *Norma, previsione e speranza nel mondo storico*, "Temi Emiliana", 1943, n. 4, pp. 145-163 (fascicolo speciale di studi giuridici dedicati dai discepoli alla memoria di Gino Segre); ripubblicato in "Il Politico", 1957, n. 4, pp. 636-658.
- 8.** *Il concetto di "pubblica opinione"*, in "Rivista di Filosofia", 1946, n.3-4, pp. 124-152.
- 9.** *Probabilità e diritto nel pensiero di Leibniz*, in "Rivista di Filosofia", 1947, n. 1-2, pp. 65-95.
- 10.** *Il Cristianesimo e l'idea del diritto*, in "Rivista italiana per le scienze giuridiche", 1949, n. 1-4, pp. 427-444.
- 11.** *Lezioni di Filosofia del diritto*, vol. I, *Il pensiero antico*, Pavia, Viscontea, 1949, pp. 203 (litografia). Di queste lezioni esiste anche un'altra edizione, senza data, dal medesimo numero di pagine e contenuto, ma con diversa impaginazione.
- 12.** *Scienza politica e azione politica*, in "Annuario dell'Università di Pavia per l'anno accademico 1949-50", pp. 19-37; e in "L'Industria", 1949, n. 4, pp. 489-504.
- 13.** *Fino in fondo Ministro Segni ?*, in "24 ore", 11 giugno 1949.
- 14.** *Fiducia nel Fisco ?*, in "24 ore", 10 agosto 1949.
- 15.** *La nominatività è il nuovo pericolo per l'Italia*, in "24-ore", 10 settembre 1949.
- 16.** *La grande finzione*, in "24-ore", 15 novembre 1949.
- 17.** *A proposito dei 'mezzi dell'attività economica e mezzi dell'attività finanziaria' di Benvenuto Griziotti*, in "Rivista di diritto finanziario e di scienza delle finanze", 1950, n. 3, pp. 219-239.

¹ Questa bibliografia si basa su quella pubblicata a cura di Mario Stoppino e integrata a cura di Monica Quirico e Raimondo Cubeddu in B. Leoni, *Le pretese e i poteri: le radici individuali del diritto e della politica*, Novara, Società Aperta, 1997. Le ulteriori integrazioni riguardano le pubblicazioni postume e gli articoli comparsi in quotidiani.

- 18.** Recensione di F. A. Hayek, *Individualism and Economic Order*, in “L’Industria”, 1950, n. 1, pp. 145-157.
- 19.** *A proposito di scienze nuove*, in “L’Industria”, 1950, n. 2, pp. 271-278.
- 20.** *Il nostro compito*, in “Il Politico”, 1950, n. 1, pp. 5-9.
- 21.** Recensione di L. Mises, *Human Action*, in “L’Industria”, 1950, n. 3, pp. 469-475.
- 22.** Recensione di A. Verdross-Drossberg, *Grundlinien der Antiken Rechts-und Staatsphilosophie*, in “*Studia et documenta historiae et juris*”, 1950, pp. 371-376.
- 23.** *La confisca della terra?*, in “24-ore”, 19 gennaio 1950.
- 24.** *Il metodo del ‘compromesso’*, in “24-ore”, 24 gennaio 1950.
- 25.** *I veri miliardari*, in “24-ore”, 25 febbraio 1950.
- 26.** *Una visita a Roma*, in “24-ore”, 20 maggio 1950.
- 27.** *Demografia e demagogia*, in “24-ore”, 6 giugno 1950.
- 28.** *Una lezione non ancora imparata*, in “24-ore”, 4 luglio 1950.
- 29.** *Postilla a un discorso*, in “24-ore”, 17 novembre 1950.
- 30.** *Un recente tentativo di ‘moralizzazione delle scienze sociali’*, in “L’Industria”, 1951, n. 1, pp. 59-66.
- 31.** *Importanza di un uomo. Funzione dell’imprenditore nel sistema economico*, in “24-ore”, 22 febbraio 1951.
- 32.** *Libertà economica e libertà politica. Corte costituzionale e riforme di struttura*, in “24-ore”, 29 marzo 1951.
- 33.** *Individualismo, socialismo ed altri concetti politici*, in “Il Politico”, 1952, n. 2, pp. 145-165.
- 34.** *Gioele Solari (1872-1952)*, in “Il Politico”, 1952, n. 2, p. 200.
- 35.** *Il problema metodologico nelle scienze sociali*, in “Il Politico”, 1952, n. 3, pp. 350-358.
- 36.** *Persecuzione fiscale? A proposito di un recente articolo sulla ‘riforma’ Vanoni*, in “24-ore”, 16 gennaio 1952.
- 37.** *Lezioni di economia. A proposito di un’opera recente di Ferdinando di Fenizio*, in “24-ore”, 9 febbraio 1952.
- 38.** *Un primo passo dopo la sentenza del Consiglio di Stato sugli espropri agrari*, in “24-ore”, 26 marzo 1952.
- 39.** *Se ‘Ike’ vincerà. Le prospettive economiche per l’Europa*, in “24-ore”, 29 aprile 1952.
- 40.** *La crisi del collettivismo. Illusioni ed errori di una politica economica*, in “24-ore”, 14 maggio 1952.
- 41.** *La riforma agraria e il tornio di Kravcenco. A proposito di un discorso dell’on. De Gasperi*, in “24-ore”, 27 maggio 1952.
- 42.** *Quale Europa vogliamo? Gli equivoci dell’europeismo*, in “24-ore”, 6 luglio 1952.
- 43.** *Troppe leggi. A proposito di un progetto di riforma della Costituzione*, in “24-ore”, 7 settembre 1952.
- 44.** *Le leggi e la legge*, in “24-ore”, 3 ottobre 1952.
- 45.** *Occupazione ad ogni costo. A proposito di un recente rapporto alle Nazioni Unite*, in “24-ore”, 22 novembre 1952.

- 46.** *Le scoperte di Stalin. A proposito del problema dei prezzi e dei costi nella economia 'pianificata'*, in "24-ore", 10 dicembre 1952.
- 47.** *Il pensiero politico e sociale nell'Ottocento e nel Novecento*, in *Questioni di storia contemporanea*, a cura di E. Rota, vol. II, Milano, Marzorati, 1953, pp. 1121-1338.
- 48.** *Spunti teorico-storici sul liberalismo* (Conferenza al Corso per la preparazione dei giovani liberali, Sorrento, Novembre 1952), Torino, 1953, pp.4.
- 49.** *Alt ai dirigisti ? Il programma liberale di politica economica*, in "24-ore", 20 gennaio 1953.
- 50.** *Don Abbondio o Fra' Cristoforo ? Ancora a proposito del programma liberale*, in "24-ore", 4 febbraio 1953.
- 51.** *Alla prova il nuovo liberismo americano*, in "24-ore", 24 febbraio 1953.
- 52.** *La 'scuola di guerra'. A proposito del cosiddetto sciopero politico*, in "24-ore", 19 marzo 1953.
- 53.** *Verso la fine di un dilemma ? La 'situazione' russa, i produttori italiani e le prossime elezioni*, in "24-ore", 15 aprile 1953.
- 54.** *Abolire la nominatività*, in "24-ore", 15 maggio 1953.
- 55.** *Idee 'un po' equestri'. Ancora sulla nominatività e suoi monopoli*, in "24-ore", 3 giugno 1953.
- 56.** *Governare ma non troppo. Il nuovo governo e gli uomini d'affari*, in "24-ore", 26 giugno 1953.
- 57.** *Lezione di immodestia*, in "24-ore", 1 agosto 1953.
- 58.** *Il valore scientifico della conoscenza degli scopi per la previsione delle azioni umane*, in "Atti del Congresso di Studi metodologici, promosso dal Centro di Studi metodologici", Torino, 17-20 dicembre 1952, Torino, Taylor, 1954, pp. 329-331.
- 59.** *Verso una nuova teoria 'pura' del diritto*, in "Il Politico", 1951, n. 1, pp. 80-84.
- 60.** *Democrazia, socialismo e norma giuridica*, in "Il Politico", 1954, n. 3, pp. 544-549.
- 61.** *Benedetto Croce, pensatore politico*, in "Studi in memoria di Gioele Solari", Torino, Ramelle, 1954, pp. 449-462; ripubblicato in "Biblioteca della libertà", 1966, n. 1, pp. 17-28.
- 62.** *Gli italiani pagano le imposte ? A proposito di demagogia fiscale*, in "24-ore", 10 marzo 1954.
- 63.** *Sul fondo di garanzia e di integrazione delle indennità agli impiegati privati (A proposito del disegno di legge Vigorelli)*, in "Il diritto dell'economia", 1955, n. 4, pp. 414-429.
- 64.** *Possibilità di applicazione delle matematiche alle discipline economiche* (in collaborazione con Eugenio Frola), in "Il Politico", 1955, n. 2, pp. 190-210; ripubblicato anche in E. Frola, *Scritti metodologici*, Introduzione di L. Geymonat, Torino, Giappichelli, 1964, pp. 85-109.
- 65.** *Questi poveri liberali*, in "24-ore", 4 marzo 1955.
- 66.** *Primum non nocere. Gli operatori economici e la crisi governativa*, in "24-ore", 26 giugno 1955.
- 67.** *Dialogo tra sordi. A proposito della nominatività*, in "24-ore", 31 luglio 1955.

- 68.** *Il problema dei liberali*, in “24-ore”, 15 dicembre 1955.
- 69.** *La polemica ‘liberista’ contemporanea en los Estados Unidos de America*, in “Revista de Estudios Políticos”, 1956, n. 88, pp. 3-29.
- 70.** *Il pensiero cristiano* (Appendice a *Lezioni di Filosofia del diritto: Il pensiero antico*, II ed.), Pavia, Viscontea, 1956, pp. 28.
- 71.** *La legge 23-3-1956, n. 296: Finanziamenti ed agevolazioni per facilitare il riasorbimento di personale licenziato da aziende siderurgiche*, in “Il diritto dell’economia”, 1956, n. 8, pp. 941-953.
- 72.** *A proposito di una recente analisi della ‘libertà’*, in “Il Politico”, 1956, n. 1, pp. 96-101.
- 73.** *Conversazione sulla Facoltà di Scienze Politiche*, in “Il Politico”, 1956, n. 2, pp. 422-429.
- 74.** *Intervento sul tema “Certezza del diritto e autonomia dei privati”* (Convegno degli amici de “Il diritto dell’economia”, Torino, 20-21 ottobre 1956), in “Il diritto dell’economia”, 1956, n. 10, pp. 1291-1294; e in “Il Politico”, 1956, n. 3, pp. 616-619.
- 75.** *Il ‘messaggio’ di Poujade*, in “24-ore”, 26 gennaio 1956.
- 76.** *Una casa per tutti. I particolari di un progetto*, in “24-ore”, 22 marzo 1956.
- 77.** *L’assistenza e i suoi*, in “24-ore”, 30 maggio 1956.
- 78.** *Lo stato, i privati e i nuovi indirizzi sociali*, in “24-ore”, 21 giugno 1956.
- 79.** *Lezioni di dottrina dello Stato*, raccolte da F. Boschis e G. Spagna, Pavia, Viscontea, 1957 (litografia).
- 80.** *Terrore, diritto, costituzione*, in “Studi Politici”, 1957, n. 2, pp. 295-300.
- 81.** *Natura e significato delle ‘decisioni politiche’*, in “Il Politico”, 1957, n. 1, pp. 3-26. Traduzione inglese in “Political Studies”, 1957, n. 3, pp. 225-239.
- 82.** *Giudizi di valore e scienza politica (risposta al prof. Strauss)*, in “Il Politico”, 1957, n. 1, pp. 86-94.
- 83.** *Un esercito ‘privato’*, in “Il Politico”, 1957, n. 2, pp. 407-413.
- 84.** *L’insegnamento del diritto dell’economia*, in “Il diritto dell’economia”, 1957, n. 6, pp. 736-738.
- 85.** *Intervento sul tema “Concetto di intervento e limiti della discrezionalità nella coercizione amministrativa”* (X Congresso della Mont Pelerin Society, Saint Moritz, 2-8 settembre 1957) in “Il Politico”, 1957, n. 3, pp. 707-709.
- 86.** *L’odierno indirizzo nominalistico nella teoria della politica e del diritto*, in “L’integrazione delle scienze sociali - Città e campagna. Atti del I Congresso nazionale di scienze sociali”, Bollogna, Il Mulino, 1958, pp. 359-376; e in “Il Politico”, 1959, n. 2, pp. 282-302; trad. ingl., *ibidem*, pp. 267-281.
- 87.** *Attività del federalismo*, in “Il Politico”, 1958, n. 1, pp. 98-115; trad. ingl., *ibidem*, pp. 117-129.
- 88.** *Economic Laws and Land Reform in Italy*, in “Il Politico”, 1958, n. 4, pp. 718-725.
- 89.** *Attività economiche, partecipazioni sociali, costituzioni e trattati internazionali*, in “Il diritto dell’economia”, 1958, n. 7, pp. 1018-1024.

- 90.** *Lezioni di filosofia del diritto*, raccolte da M. Bagni, Pavia Viscontea, 1959 (litografia).
- 91.** *A Critique of Nationalization*, in “U.S.A” (New York, 9 ottobre 1959, vol. VI, n. 20), e in “Il Politico”, 1960, n. 2, pp. 344-355; trad. it., *Ibidem*, pp. 331-343.
- 92.** *La 'sinistra' è stanca*, in “24-ore”, 1 novembre 1959.
- 93.** *Un bilancio lamentevole: il sottosviluppo della scienza politica in Italia*, in “Il Politico”, 1960, n. 1, pp. 31-41.
- 94.** *Political Decisions and Majority Rule*, in “Il Politico”, 1960, m., pp. 724-733; trad. it., *ibidem*, pp. 711-722.
- 95.** *Discorso di benvenuto* (al IV congresso nazionale di Filosofia del diritto), in “Rivista internazionale di Filosofia del diritto”, 1960, fasc. I - II, pp. 1-2; e in *La norma giuridica - diritto pubblico e diritto privato. Atti del IV Congresso nazionale di filosofia del diritto*, Pavia, 10-13 ottobre 1959, Milano, Giuffrè, 1960, pp. 1-2.
- 96.** *Oscurità ed incongruenze nella dottrina kelseniana del diritto*, in “Rivista internazionale di Filosofia del diritto”, 1960, fasc. I - II, pp. 165-179; e in *La norma giuridica - diritto pubblico e diritto privato. Atti del IV Congresso nazionale di Filosofia del diritto*, Pavia, 10-13 ottobre 1959, Milano, Giuffrè, 1960, pp. 165-179.
- 97.** *Considerazioni sullo schema di legge per la tutela della libertà della concorrenza*, in “Il diritto dell'economia”, 1960, n. 2, pp. 191- 202.
- 98.** *Considerazioni sul 'piano Verde'*, in “Il diritto dell'economia”, 1960, n. 4, pp. 524-531.
- 99.** *I facili' guadagni*, in “24-ore”, 27 gennaio 1960.
- 100.** *Some Reflections on the 'Relativistic' Meaning of Wertfreiheit in the Study of Man*, in *Relativism and the Study of Man*, ed. by H. Schoeck, J. W. Wiggins, Princeton, van Nostrand Company Inc., 1961, pp. 158-174.
- 101.** *L'approccio economicistico nello studio delle scelte politiche*, in “Il Politico”, 1961, n. 3, pp. 477-489; trad. ingl., *ibidem*, pp. 491-502.
- 102.** *Diritto e politica*, in “Rivista internazionale di Filosofia del diritto”, 1961, fasc. I, pp. 89-107; e in *Il problema della giustizia - Diritto ed economia - Diritto e politica - Diritto e logica*. Atti del V Congresso nazionale di Filosofia del diritto, Roma, 31 maggio - 4 giugno 1961, vol. I: *Relazioni generali*, Milano, Giuffrè, 1961, pp. 89-107.
- 103.** *Il concetto di stato nella teoria kelseniana*, in *Scritti vari di filosofia del diritto raccolti per l'inaugurazione della biblioteca Giorgio Del Vecchio*, Milano, Giuffrè, 1961, pp. 205-216.
- 104.** *Freedom end Law*, Princeton, van Nostrand Company Inc., 1961.
- 105.** *La Libertad y la ley*, Buenos Aires, Centro de Estudios sobre la libertad, 1961.
- 106.** *Conversazione dell'avv. Bruno Leoni sulla funzione sociale del capitale*, in “La Provincia”, 21 ottobre 1961.
- 107.** *La fabbrica del diritto*, in “Le stagioni”, inverno 1961-62, pp. 22-27.
- 108.** *Oggetto e limiti della scienza politica*, in “Il Politico”, 1962, n. 4, pp. 741-756.
- 109.** *Obbligo e pretesa nella dogmatica, nella teoria generale e nella filosofia del diritto*,

in *Studi in onore di Emilio Betti*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1962, pp.541-567.

110. *L'idea federale e il significato effettivo della C.E.E. per una Europa unificata*, in "Il Politico", 1962, n. 3, pp. 481-494.

111. 'Consumer Sovereignty' and the Law, in "New Individualist Review", Summer 1963, n. 1, pp. 18-19.

112. *A Neo-Jeffersonian Theory of the Province of the Judiciary in a Democratic Society*, in "UCLA Law Review", 1963, n. 4, pp. 965-984; trad. it., "Il Politico", 1964, n. 2, pp. 357-375.

113. *La ricomparsa delle teorie della pianificazione economica in Occidente*, in "Il Politico", 1963, n. 3, pp. 451-452; trad. ingl., *Ibidem*, pp. 453-455.

114. *Pianificazione coercitiva?*, in "24-ore", 20 luglio 1963.

115. *Gli 'speculatori' delle aree*, in "24-ore", 12 ottobre 1963.

116. *Luigi Einaudi e la scienza del governo*, in "Il Politico", 1964, n. 1, pp. 69-86.

117. *Are Rational Economic Policies Feasible in Western Democratic Countries?*, in "Il Politico", 1964, n. 3, pp. 698-701; trad. it., *ibidem*, pp. 702-706.

118. *The Law as Claim of the Individual*, in "Archiv für Rechts- und Soziophilosophie", 1964, pp. 45-58; tradotto in italiano in questo volume.

119. *Le insidie della 'legge urbanistica'. Tre domande con risposta*, in "24-ore", 23 giugno 1964.

120. *Si ripeterà l'esperienza rovinosa dei fitti blocchi?*, in "24-ore", 5 luglio 1964.

121. *Urbanisti sotto accusa. Esperienze di un congresso*, in "24-ore", 28 ottobre 1964.

122. *Il mito del piano*, in "Nuovi studi sulla pianificazione", quaderno n. 2 della rivista "Il Politico", Milano, Giuffrè, 1965, pp. 5-8; trad. ingl., *ibidem*, pp. 9-12.

123. *Il problema del calcolo economico in una economia di piano*, in "Il Politico", 1965, n. 3, pp. 415-460; e in "Problemi della pianificazione sovietica", quaderno n. 3 della rivista "Il Politico", Milano, Giuffrè, 1966, pp. 7-52.

124. *Mito e realtà dei monopoli*, in "Il Politico", 1965, n. 4, pp. 705-723.

125. *Les hommes libres et le futur de l'économie de marché*, in "Il Politico", 1965, n. 4, pp. 852-856.

126. *Edilizia: la crisi, la diagnosi e la cura*, in "24-ore", 23 febbraio 1965.

127. *I funzionari di Pareto*, in "24-ore", 3 marzo 1965.

128. *La crisi edilizia: cause ed effetti*, in "24-ore", 31 marzo 1965.

129. *Il diritto di sciopero*, in "24-ore", 5 dicembre 1965.

130. *Quale pulpito*, in "24-ore", 28 dicembre 1965.

131. *A proposito della teoria del diritto e del positivismo giuridico*, in "Il Politico", 1966, n. 2, pp. 222-2336; e in "Tavola rotonda sul positivismo giuridico", quaderno n. 4 della rivista "Il Politico", Milano, Giuffrè, 1967, pp. 7-21.

132. *On a Recent Theory of Legal Obligation*, in "Il Politico", 1966, n. 3, pp. 535-538.

133. *Two Views of Liberty, Occidental and Oriental?*, in "Il Politico", 1966, n. 4, pp. 638-651.

134. *A proposito di sciopero e serrata*, in "Biblioteca della libertà", 1966, n. 2, pp. 46-61.

- 135.** *Una legge all’italiana. Le aree fabbricabili italiane avranno un solo padrone ?, in “Edilizia”,* 31 dicembre 1966.
- 136.** *Sciopero e serrata oggi in Italia*, in “Il Politico”, 1967, n. 1, pp. 49-51.
- 137.** *Aspetti dello stato assistenziale nell’Italia contemporanea*, in “Il Politico”, 1967, n. 2, pp. 308-316.
- 138.** *Le problème du calcul économique en économie planifiée*, in « Il Politico », 1967, n. 3, pp. 624-627.
- 139.** *A proposito di sciopero e serrata (replica ad una lettera)*, in “Biblioteca della libertà”, 1967, n. 6, pp. 64-73.
- 140.** *Rappresentanza politica e rappresentatività dei partiti*, in *La funzionalità dei partiti nello stato democratico*. Atti del I Congresso nazionale di Dottrina dello Stato, Trieste, 26-28 maggio 1966, Milano, La Nuova Europa, 1967, pp. 55- 91; e in “Il Politico”, 1967, n. 3, pp. 489-508.
- 141.** *Il ‘Capitale’ di Carl Marx, cent’anni dopo*, in V. Frosini, C. Harmel, B. Leoni, K. Papaioannou, E. Voegelin, *1867-1967: un secolo di marxismo*, Firenze, Vallecchi, 1967, pp. 7-33 (Conferenza tenuta per l’Unione italiana per il Progresso della Cultura al Teatro dell’Arte di Milano, il 27 aprile 1967).
- 142.** *Si può tassare senza distruggere*, in “24-ore”, gennaio 1967.
- 143.** *Realtà e mito del diritto di sciopero*, estratto dagli “Atti della Scuola di perfezionamento in discipline del lavoro” (Università di Padova), Padova, Cedam, 1968, pp. 22.
- 144.** *Pubblicità e consumi sul banco degli imputati*, in AA.VV., *Pubblicità e televisione. Saggi e documenti*, Roma, ERI, 1968, pp. 59-83; e in “Il Politico”, 1969, n. 1, pp. 5-27.
- 145.** *Freedom and the Law*, Los Angeles, Nash Publishing, 1972.
- 146.** *La libertad y la ley*, Madrid, Union Editorial, 1974.
- 147.** *Riflessioni sul significato ‘relativistico’ della Wertfreiheit nello studio dell’uomo* (trad. it. di *Some Reflections on the ‘Relativistic’ Meaning of Wertfreiheit in the Study of Man*), in “Il Politico”, 1977, n. 4, pp. 625-638.
- 148.** *Scritti di scienza politica e teoria del diritto*, Introduzione di M. Stoppino, Milano, Giuffrè, 1980 (comprende i numeri: **7, 8, 9, 10, 12, 81, 87, 94, 96, 102, 109, 140** della presente bibliografia).
- 149.** *Conversazione su Einaudi e Croce* (presentazione di uno scritto inedito a cura di S. Monti-Bragadin), in “Biblioteca della libertà”, 1987, 98, pp. 55-81.
- 150.** *La libertà*. Una scelta degli articoli pubblicati su “24-ore”, Introduzione di V. Zanone, Milano, Editrice Il Sole 24 Ore, 1990 (comprende i numeri: **16, 23, 24, 25, 26, 31, 32, 42, 44, 55, 68, 92, 99, 121, 127** della presente bibliografia).
- 151.** *Le pretese e i poteri: le radici individuali del diritto e della politica*, a cura di M. Stoppino, Novara, Società Aperta, 1997 (comprende i numeri: **33, 35, 64, 82, 86, 100, 101, 103, 108, 112, 116, 118, 131** della presente bibliografia).
- 152.** *Freedom and the Law*, Expanded Third Edition, Foreword by A. Kemp, Indianapolis, Liberty Fund, 1991. Comprende un appendice, dal titolo *The Law and Politics*, in cui, con alcune modifiche, sono pubblicati i numeri: **118, 81, 94, 101** della presente

bibliografia.

153. *Libertade e a Lei*, Porto Alegre, Editora Ortiz, 1993; trad. port. del numero **152** della presente bibliografia.

154. *La libertà e la legge*, Introduzione di R. Cubeddu; trad. it. del numero **152** della presente bibliografia (esclusa appendice), Macerata, Liberilibri, 1994.

155. *La libertad y la Ley*, Segunda Edicio Ampliada, Prologo de Jesús Huerta de Soto, Madrid, Union Editorial 1995; trad. spagn. del numero **151** della presente bibliografia.

156. *Hayek e Bruno Leoni: due lettere inedite su diritto e libertà*, a cura di M. Quirico, in "Il Politico", 1996, n. 2, pp. 183-196.

157. *La sovranità del consumatore*, Prefazione di S. Ricossa, Roma, Editrice Ideazione, 1997 (comprende i numeri: **18, 21, 74, 83, 89, 91, 111, 122, 123, 124, 125, 137** della presente bibliografia).

