

RANDY BARNETT

All'interno della teoria libertaria hanno prevalso due impostazioni metodologiche: una deontologica, fondata sull'asserzione *a priori* dei diritti (negativi), e una consequenzialista, che predilige un assetto sociale libertario perché giudicato più efficace nel generare benessere per gli individui. Nel tempo alcuni autori hanno proposto strutture analitiche che ambiscono a un superamento di quella contrapposizione. L'operazione qualitativamente più rilevante è probabilmente quella tentata dal giurista Randy E. Barnett nel saggio *The Structure of Liberty: Justice and the Rule of Law*¹ (1998).

Sebbene Barnett faccia esplicitamente riferimento alla tradizione dei diritti naturali, la sua costruzione dei fondamenti dottrinari è scandita da passaggi logici che contemplano anche il ricorso a impostazioni "realistiche", riconducibili a un consequenzialismo indiretto.

Dell'analisi di Barnett non verrà illustrato solo il contributo metodologico. Ci si soffermerà anche sui contenuti della sua elaborazione, incentrata sui tre ordini di problemi che sorgono dall'interazione sociale, definiti da Barnett problemi di *conoscenza*, di *interesse* e di *potere*. Queste tre questioni, che gli individui si trovano ad affrontare nel perseguimento dei propri scopi - felicità, pace, prosperità -, possono essere risolte garantendo agli individui la libertà (*liberty*).

La "struttura della libertà"

Il "tipo" di libertà da assicurare va precisato e qualificato. La libertà, anche per il libertario più intransigente, non esclude l'imposizione di costrizioni sulla condotta degli individui. Una persona non è legittimata a uccidere o a rubare, ed è proprio tale aspetto che distingue la libertà dalla licenza, secondo la tradizionale distinzione operata dai teorici del diritto naturale. La libertà, sostiene Barnett, ha una struttura, e questa struttura implica sia la libertà sia la costrizione. Non solo la libertà, ma anche la costrizione consente agli individui di perseguire i loro scopi. Sebbene tutti, o quasi tutti, concordino con tale affermazione, il dissenso emerge su dove "tirare la linea" fra libertà e costrizione, cioè su quali azioni debbano essere consentite e quali vietate. Il lavoro di Barnett è incentrato proprio sull'individuazione dei principi che garantiscono la libertà. L'autore cerca di dimostrare che i diritti e le procedure migliori sono quelli che coincidono con i principi di giustizia della tradizione liberale classica e con il *rule of law*, inteso come insieme dei criteri di "neutralità" di un ordinamento giuridico (generalità, astrattezza, uguaglianza di diritti e di doveri) e delle procedure garantiste in materia di giustizia (presunzione di innocenza, diversi gradi di giudizio, diritto alla difesa, parità fra accusa e difesa e così via).

Imperativi ipotetici e diritti naturali

Per quanto riguarda il terreno più propriamente filosofico, l'impostazione metodologica di Barnett trae origine dalla tradizione giusnaturalista.

Oggi siamo abituati a intendere il diritto come sola espressione del legislatore. L'idea della plausibilità di norme derivanti da elementi strutturali, naturali dell'esistenza umana non è prevalente. In discipline come l'ingegneria o l'architettura tale idea non appare affatto misteriosa. «Per esempio, gli ingegneri ragionano in questo modo: *dato* l'ammontare di forza che la gravità esercita su di una costruzione, *se* vogliamo realizzare una costruzione che consenta alle persone di viverci o lavorarci dentro, *allora* dobbiamo predisporre fondamenta, muri e tetto di una determinata consistenza»². I principi fissati dagli ingegneri non sono il prodotto dei loro desideri, sono imposti dalla natura del mondo, e operano indipendentemente dalle preferenze degli esseri umani. Anche

Per la citazione del presente saggio: P. Vernagione, *Randy Barnett*, in Rothbardiana, <https://www.rothbard.it/autori-libertari/barnett.pdf>, 31 luglio 2009.

¹ R. Barnett, *The Structure of Liberty: Justice and the Rule of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1998.

² R. Barnett, *The Structure of Liberty*, cit., p. 4.

nel campo delle relazioni sociali esistono alcuni principî, il cui rispetto è la condizione per il perseguimento della felicità, della pace e della prosperità.

Tuttavia, si osserva, i principî che possono regolare i rapporti umani hanno un minor grado di oggettività rispetto ai principî dell'ingegneria. Gli esseri umani sono entità complesse che agiscono con interessi e obiettivi diversi. Tale constatazione, cioè il fatto che i principî siano controversi, secondo Barnett non comporta che essi non esistano.

Il valore e la forza normativa della legge naturale sono conferiti da una struttura logica del tipo "imperativo ipotetico": "se-allora". *Se vuoi raggiungere Y, allora devi fare Z.*

In un'ottica giusnaturalista, la proposizione dev'essere integrata dalla premessa: "Dato che la natura degli esseri umani e del mondo in cui vivono è X". L'argomento completo è allora: "Dato che la natura degli esseri umani e del mondo in cui vivono è X, se vogliamo ottenere Y, allora dobbiamo fare Z."

I critici della legge naturale affermano che non esiste una natura umana innata e immutabile; essa è "socialmente costruita", cioè plasmata dalla complessa interazione con gli altri. Questa osservazione, per alcuni aspetti vera, secondo Barnett fraintende il pensiero dei teorici del diritto naturale, su due aspetti principali.

In primo luogo, anche chi ritiene che la natura umana sia una pura costruzione sociale, deve ammettere che il processo di costruzione sociale non è manipolabile e alterabile a piacere, perché alcune caratteristiche del comportamento umano resistono a qualunque tentativo di ingegneria sociale. Ad esempio, la circostanza secondo cui gli individui hanno accesso alle proprie conoscenze-preferenze e sono profondamente ignoranti sulle preferenze degli altri; oppure il fatto che i singoli hanno la tendenza a soddisfare principalmente i propri interessi e quelli delle persone a loro vicine più che gli interessi degli estranei; o ancora la condizione di scarsità delle risorse fisiche necessarie al perseguimento degli scopi individuali.

Secondariamente, il concetto di "natura umana" utilizzato dalla teoria del diritto naturale non coincide affatto con gli "appetiti" o gli "istinti" naturali delle persone. Esso comprende, oltre alla struttura psicologica, anche i vincoli e le necessità fisiche, le abilità e le proprietà degli individui³. Il metodo di analisi del diritto naturale deve procedere a generalizzazioni che colgano alcuni tratti essenziali del mondo fisico (inclusi gli esseri umani).

Lo stesso H.L.A. Hart, critico verso il metodo giusnaturalistico, considera un dato oggettivo preliminare cinque condizioni dell'esistenza umana (vulnerabilità degli esseri umani; eguaglianza; altruismo limitato; risorse limitate; conoscenza e forza di volontà limitate) su cui le norme giuridiche, se vogliono garantire la sopravvivenza degli individui, devono essere ritagliate⁴.

Il passaggio successivo riguarda la determinazione dei principî in base ai quali la società dovrebbe organizzarsi. Attraverso quale sequenza logica il metodo d'analisi giusnaturalistico perviene alla definizione di tali principî?

Abbiamo visto che l'approccio di Barnett utilizza la struttura dell'imperativo ipotetico. Riferita alle questioni etiche, la proposizione diventa: "Data la natura degli esseri umani e del mondo in cui vivono (X), *se una persona vuole vivere una vita "buona" (Y), allora deve fare Z.*" Questo approccio consente di valutare la coerenza di qualsiasi azione umana, e riguarda specificamente l'etica del diritto naturale.

Tuttavia, ciò che a noi interessa, precisa Barnett, è l'applicazione di questo metodo del "dato-se-allora" alla struttura della società, non all'ambito delle scelte individuali. La risposta data dai

³ Nonostante ciò, sostiene Barnett, se un legislatore cerca di comprimere alcuni istinti naturali degli esseri umani, si espone alla violazione della legge e alla creazione di "mercati neri": «Dal momento che gli esseri umani per istinto perseguono la sopravvivenza, un sistema giuridico che richiedesse tremendi sacrifici, in circostanze normali verrebbe avvertito da molti. O [...] la proibizione di certe attività piacevoli genererebbe probabilmente un mercato illegale o nero. [...] Qualsiasi ordinamento giuridico che ignorasse queste reazioni degli uomini a certe leggi collezionerebbe solo conseguenze negative». *Ivi*, p. 9.

⁴ H.L.A. Hart, *Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1961.

liberali classici è che ogni persona ha bisogno di uno “spazio” sul quale abbia piena e unica giurisdizione, cioè *libertà* di agire, e con il quale nessun altro possa interferire.

I concetti che definiscono questo spazio morale, questa “libertà”, sono i *diritti naturali*. «L’analisi basata sui diritti naturali utilizza la metodologia giusnaturalista del “dato-se-allora” per identificare la *libertà* o lo spazio entro il quale le persone dovrebbero essere libere di fare le proprie scelte»⁵.

Barnett sottolinea un’importante distinzione terminologica: quando si discute di vizi e virtù, di comportamenti individuali “buoni” o “cattivi”, l’ambito è quello dell’*etica del diritto naturale*; quando ci si occupa dei limiti della giurisdizione morale (lo spazio libero dall’interferenza altrui), cioè della distinzione fra comportamenti “giusti” o “sbagliati”, l’espressione appropriata è quella di *diritti naturali*; ed è l’ambito che qui interessa.

I diritti considerati da Barnett sono quelli della tradizione liberale classica, e sono proprio quelli perché, per usare un’espressione di Hart, vi è una “necessità naturale” di assumerli se si vogliono risolvere le questioni che sorgono dall’interazione umana.

In termini di filosofia politica, dunque, l’imperativo ipotetico barnettiano viene infine così riformulato: *dati* i problemi di conoscenza, interesse e potere sperimentati da qualunque società umana, *se* gli esseri umani devono rimanere in vita e conseguire la felicità, la pace e la prosperità, *allora* le loro leggi non devono violare certi diritti naturali o il *rule of law*.

Il problema da esaminare ora è se questa concezione dei diritti naturali sia abbastanza solida da dar luogo a obblighi per gli individui, compresi coloro che non condividono gli scopi esplicitati nell’imperativo ipotetico.

Una norma giuridica ha un valore normativo, e non solo descrittivo, se il comando da essa imposto è percepito come giusto, o non arbitrario, dalla coscienza degli individui. Le norme giuridiche creano *realmente* un obbligo, e non sono solo pura coercizione, se sono necessarie al mantenimento della vita sociale. Se l’adesione a un sistema basato sui diritti naturali si dimostra essenziale per il mantenimento della vita sociale, allora sono obbligatorie solo le leggi coerenti con i diritti naturali. Come Barnett cercherà di dimostrare nel corso del suo lavoro, le leggi che violano i diritti naturali non aumentano il benessere generale, e dunque possono essere considerate non obbligatorie (nell’accezione vista sopra, cioè non legittimate moralmente).

Per quanto riguarda i rapporti di questo approccio con l’utilitarismo, Barnett afferma che esso può essere considerato indirettamente consequenzialista.

Se l’utilitarismo è inteso come un approccio consequenzialista che valuta le azioni sulla base delle loro conseguenze, allora la concezione dei diritti naturali qui descritta appare consequenzialista, sebbene solo indirettamente. [...] Se l’utilitarismo è visto come una generale teoria dell’etica o della moralità, allora l’approccio dei diritti naturali presentato qui, sebbene consequenzialista, non è utilitarista. [...] Forse ancora più importante, se l’utilitarismo è considerato un metodo per prendere decisioni nel quale gli effetti delle varie politiche sono valutati come effetti determinati sulla somma delle preferenze soggettive di tutti gli individui, allora la visione dei diritti naturali descritta qui è decisamente non utilitarista⁶.

Il metodo di Barnett è indirettamente consequenzialista nel senso che il bene comune viene promosso solo in quanto vengono rispettati i diritti naturali, e non in seguito al calcolo e all’aggregazione delle preferenze individuali. Inoltre il bene comune è inteso non come somma di utilità conseguite, ma come capacità per ciascuna persona di perseguire la felicità, la pace e la prosperità.

⁵ R. Barnett, *The Structure of Liberty*, cit., p. 14.

⁶ *Ivi*, p. 23.

Diritti “negativi” e rule of law

Chiarita la prospettiva filosofica prescelta, Barnett inizia l’analisi vera e propria, che ha come obiettivo la dimostrazione della superiorità di un assetto sociale fondato sui diritti naturali e sul *rule of law*, cioè sui principî di giustizia liberali.

Le libertà non sono “nude” libertà, cioè possibilità di compiere qualsiasi azione (e, di converso, rischio di essere esposti a qualsiasi azione altrui). Non tutte le libertà possono essere protette⁷. Ciascuno dovrebbe poter fare tutto ciò che vuole con le proprie risorse purché questo uso non interferisca fisicamente con (l’uso e il godimento del) le risorse di un’altra persona. «I diritti sono concetti che definiscono un dominio entro il quale le persone dovrebbero essere libere di fare ciò che vogliono senza l’interferenza degli altri»⁸. Seguendo questa interpretazione, si può dire che nessuno ha il diritto di fare qualcosa, ma solo il diritto a che qualcun altro faccia o si astenga dal fare qualcosa. Ogni diritto in senso stretto è correlato alla condotta degli altri⁹. La concezione liberale della giustizia è il rispetto dei diritti così definiti.

La giurisdizione sulle risorse fisiche (nelle quali sono compresi i corpi degli individui) è protetta dal diritto di proprietà. La possibilità di effettuare trasferimenti consensuali dei diritti di proprietà si riflette nel cosiddetto diritto di “libertà di contratto”¹⁰.

A questi due diritti va aggiunto il diritto che consente l’acquisizione di una risorsa senza proprietario: esso spetta alla prima persona che esercita il controllo sulla risorsa, e viene definito *diritto di primo possesso*. Tale diritto è rilevante per la soluzione dei problemi concernenti l’interesse, che verranno esaminati più avanti.

Questi diritti sono i cosiddetti “diritti negativi” o “diritti di libertà”, gli unici riconosciuti dalla tradizione liberale classica. Essi sono naturali in quanto, considerando la natura degli uomini e del mondo in cui essi vivono, i dominî che definiscono rappresentano dei prerequisiti per il raggiungimento della felicità, della pace e della prosperità. Barnett cerca di dimostrare che questa impostazione teorica è quella che risolve in maniera più convincente le tre questioni che sorgono ovunque sussistano rapporti sociali, e che egli definisce problema della conoscenza, dell’interesse e del potere.

Conoscenza

Nella prima parte l’autore si occupa dei problemi della conoscenza. Per conoscenza Barnett intende il possesso di informazioni sul modo in cui usare le risorse fisiche del mondo. Fra queste risorse sono compresi anche i corpi degli individui. I modi in cui gli esseri umani possono usare tali risorse sono infiniti. Poiché non viviamo in un mondo “atomistico”, in cui le scelte di ciascuno non influenzano gli altri, il problema delle scelte compiute da una persona relativamente ad usi alternativi delle risorse è condizionato dal fatto che altre persone effettuano a loro volta le loro scelte. In tale condizione, è sorprendente che non si determini il caos. «Dato il numero delle possibili scelte che le persone possono fare, il numero delle persone che compiono scelte e la vicinanza fisica di ciascuno con ogni altro, è straordinario che il mondo non si trovi in un completo caos»¹¹. Il mondo non si trova in una condizione caotica perché le istituzioni umane, per consentire di impiegare le diverse conoscenze sui possibili usi delle risorse, si sono evolute in direzione di un’interazione armoniosa.

⁷ Barnett, seguendo Hillel Steiner, definisce *Liberty* l’insieme delle libertà giuridicamente protette, e *Freedom* tutte le libertà, indipendentemente dalla circostanza contingente che siano o no protette. *Liberty* ha dunque un significato normativo, *Freedom* empirico-descrittivo.

⁸ R. Barnett, *The Structure of Liberty*, cit., p. 63.

⁹ Cfr. G. Williams, *The Concept of Legal Liberty*, in Summers R. (a cura di), *Essays in Legal Philosophy*, Blackwell, Oxford, 1970, p. 139.

¹⁰ La libertà di contratto, precisa Barnett, possiede in realtà due componenti: la libertà *al* contratto e la libertà *dal* contratto. La seconda richiede che i trasferimenti di proprietà non siano imposti, cioè non avvengano senza il consenso del proprietario.

¹¹ R. Barnett, *The Structure of Liberty*, cit., p. 29.

Barnett distingue due tipi di conoscenza: personale e locale. La prima è costituita dall'insieme delle preferenze, dei desideri, delle necessità, delle percezioni, delle opportunità che ogni individuo ha in ogni istante, e può essere posseduta solo dall'individuo medesimo. La seconda è quella condivisa da un numero limitato di persone, le quali hanno accesso alle stesse conoscenze¹².

Definiti i due tipi di conoscenza, Barnett affronta quello che egli chiama il problema della conoscenza "di primo ordine", costituito da due aspetti: 1) il problema per ciascun individuo di utilizzare al meglio le proprie conoscenze (personali e locali); 2) il problema di acquisire e incorporare le conoscenze degli altri, alle quali non abbiamo accesso. Si aggiunga che la conoscenza è espressione di un mondo dinamico, non statico; e che le risorse fisiche sono limitate, ciò che determina relazioni potenzialmente conflittuali fra i soggetti.

Hayek, afferma Barnett, ha evidenziato con particolare chiarezza il problema della conoscenza "di primo ordine". Essa non può essere concentrata in una, o ciascuna, singola mente; è dispersa e frazionata fra la moltitudine di individui che compongono la società. L'accesso alla conoscenza delle preferenze e delle convinzioni (anche errate) di ciascun individuo da parte degli altri è strutturalmente e inevitabilmente limitato. Questa dispersione della conoscenza conduce a problemi nel momento in cui gli individui agiscono in modi non compatibili.

La questione, dunque, è di individuare le modalità attraverso cui gli individui possano agire sulla base delle proprie parziali conoscenze, prendendo in considerazione al tempo stesso le conoscenze degli altri individui. Si cerca cioè un modo per "ordinare" le azioni umane che hanno effetti sugli altri, in modo da creare una condizione di ordine sociale, in cui i conflitti fra le azioni (non fra le preferenze) siano eliminati, così che ciascuno possa usare la propria conoscenza per il perseguimento del proprio benessere.

I metodi per ordinare le azioni sono due: centralizzato e decentralizzato. In un sistema centralizzato è essenziale l'accesso alla conoscenza, personale e locale; ma, come abbiamo visto, questo accesso è impossibile quando si considera l'intera società, e dunque un assetto centralizzato non può risolvere il problema "di primo ordine".

In un sistema decentralizzato la giurisdizione sulle azioni da compiere spetta a chi possiede le informazioni, che, come sappiamo, sono disperse. Se si realizza tale condizione, è possibile risolvere il primo aspetto del problema della conoscenza di "primo ordine". Inoltre, i trasferimenti di giurisdizione devono essere consensuali. Se è necessario il consenso, ciascuno è costretto a tener conto delle conoscenze di colui con cui scambia. Tale circostanza contribuisce a risolvere il secondo aspetto del problema della conoscenza di "primo ordine".

Il modo attraverso cui le conoscenze individuali possono essere trasmesse in una forma comprensibile, e incorporate nelle decisioni, è il sistema dei prezzi.

Giurisdizioni decentrate e trasferimenti consensuali, prosegue Barnett, si realizzano al meglio all'interno di una concezione liberale della giustizia. Esaminiamo questo ulteriore passaggio.

L'esistenza dei due diritti sopra specificati, diritto di proprietà e libertà di contratto, aiuta a risolvere i problemi di conoscenza nell'ambito di una società. Infatti, delegando le scelte sull'uso delle risorse ai proprietari delle stesse, i diritti di proprietà consentono agli individui di agire in base alla conoscenza personale e locale; mentre la libertà di contratto consente agli individui di scambiare i propri diritti di proprietà con altri diritti che, secondo la propria personale conoscenza, potrebbero servire meglio gli scopi individuali.

La conoscenza di questi diritti e della condotta che impongono ci conduce a quello che Barnett chiama il problema della conoscenza "di secondo ordine". La conoscenza di secondo ordine riguarda il modo di comunicare i criteri di giustizia, per stabilire *a chi* appartengono le risorse. Poiché nelle società la conoscenza dei diritti naturali non è istintiva e l'approvazione verso di essi

¹² Barnett fa l'esempio di due persone che conversano in un ristorante, o di alcune decine di partecipanti a un convegno, o di 65.000 persone che assistono ad un incontro di calcio, o di qualche milione che vi assistono in televisione. I termini "limitato" e "locale" non vanno intesi nel senso che il numero di persone coinvolte debba essere esiguo, ma nel senso che tutti gli altri, cioè miliardi di persone, volontariamente o involontariamente, non hanno accesso a quelle conoscenze.

non è unanime, è necessario individuare il modo in cui diffondere la conoscenza di tali diritti e delle loro implicazioni, così da renderli accessibili a tutti. Se la conoscenza di diritti come la proprietà, la libertà di contratto e l'appropriazione originaria di risorse non è scontata, questi diritti, e i vincoli che comportano, devono essere comunicati, in modo che gli individui li conoscano *ex ante*.

La forma di comunicazione è il *rule of law*, i suoi precetti e le sue procedure. Senza la conoscenza di regole di giustizia la maggior parte delle attività umane sarebbe praticamente impossibile. Nessuno costruirebbe un edificio, o un qualsiasi altro bene, essendo esposto al rischio di una successiva arbitraria espropriazione. E senza un articolato sistema di scambi la vita di ciascuno sarebbe, hobbesianamente, “sgradevole, brutale e breve”. Le regole di giustizia non servono solo per coloro che agiscono consapevolmente in maniera ingiusta, ma anche per rendere consapevoli coloro che non fanno in maniera istintiva o intuitiva quale comportamento (e quale diritto) debba essere tutelato. Il problema della conoscenza di secondo ordine si rivolge a questi ultimi, agli “individui buoni”, mossi da buone intenzioni. I primi invece fanno sorgere il problema dell'obbedienza, che riguarda non la questione della conoscenza ma quella dell'interesse.

Tuttavia, prosegue Barnett, la discussione sulla giustizia e il *rule of law* si mantiene ancora su un piano astratto. I vincoli formali del *rule of law*, per poter essere applicati ai casi concreti, devono essere specificati in maniera più dettagliata. È questo il problema della conoscenza “di terzo ordine”. Esso consiste nella necessità di individuare i precetti concreti che devono guidare le azioni umane, in coerenza con i criteri di giustizia e di *rule of law*. A tal fine risulta maggiormente adeguato il sistema di *common law*, soffrendo il metodo deduttivo o teoretico¹³ di alcuni limiti.

Interesse

Concluso l'esame della conoscenza, Barnett passa ad analizzare il problema dell'interesse. Come asserito sin dal Seicento dal giusnaturalista Pufendorf, l'uomo è strutturalmente portato a considerare innanzi tutto il proprio benessere; la sua natura lo spinge a preoccuparsi della propria vita più che (o prima) di quella degli altri.

Il tema dell'interesse viene scomposto da Barnett in tre problemi: il problema della parzialità, il problema dell'incentivo e il problema dell'obbedienza.

Il problema della parzialità sorge dalla constatazione che ciascun individuo tende a formulare giudizi o a compiere azioni “di parte”, “parziali”, perché condizionato dal proprio interesse. Il problema della parzialità riguarda la necessità di consentire agli individui di perseguire i propri parziali interessi, ma tenendo conto contemporaneamente degli interessi (parziali) degli altri.

Questo problema è affrontato nella maniera più soddisfacente dall'assetto giuridico libertario, perché la decentralizzazione della giurisdizione da esso garantita impedisce che un unico soggetto decida per tutti sulla base dei propri interessi parziali, compromettendo così gli interessi di tutti gli altri. Inoltre, prevedendo il consenso nel trasferimento dei diritti, la giurisdizione decentralizzata spinge gli individui a tener conto degli interessi altrui. Qui il meccanismo che opera è lo smithiano soddisfacimento dell'interesse del compratore che il venditore deve realizzare se vuole perseguire il proprio interesse.

Per quanto riguarda il *rule of law*, la sua superiorità è data dal fatto che le sue prescrizioni *ex ante* generali e astratte evitano decisioni *ad hoc* volte a salvaguardare gli interessi personali di soggetti specifici, ed eliminano la parzialità dal sistema giuridico e dall'amministrazione della giustizia.

Il problema dell'incentivo ha come premessa il concetto di “costo della scelta” elaborato da James Buchanan. Ogni scelta che un individuo compie per soddisfare i propri interessi comporta un costo, rappresentato dalla rinuncia ai frutti dei possibili corsi di azione alternativi. Tale costo è soggettivo e intrasferibile; dunque, può essere sopportato solo dal singolo individuo. Chi sopporta i

¹³ Tale metodo consiste nell'esaminare in maniera più approfondita i diritti naturali di proprietà individuale, libertà di contratto e acquisizione originaria, e nel cercare di dedurre da questi diritti precetti più specifici che possano essere usati per affrontare i problemi di conoscenza del primo e del secondo ordine.

costi della scelta è nella posizione migliore per giudicare le diverse opportunità e l'ordine in cui disporle. Se è così, la possibilità per un individuo di perseguire i propri interessi dipende dalla possibilità di effettuare autonomamente le proprie scelte. Le persone sono spinte (incentivate) a fare scelte per conseguire il proprio benessere. Se viene conculcata la libertà di scelta, attraverso la violazione dei diritti di proprietà, di libertà di contratto e di primo possesso, gli individui vengono disincentivati al lavoro e all'impresa. Dunque i principi di giustizia liberali sono quelli che garantiscono i maggiori incentivi a (sopportare i costi della scelta per) intraprendere, scambiare, scoprire nuove opportunità.

Il problema dell'incentivo ha un'ulteriore implicazione, che conduce Barnett a sostenere, in materia di giustizia, un sistema risarcitorio puro. Nel caso di sottrazione illecita della proprietà di un individuo (caso tipico: il furto), la condanna del colpevole non è sufficiente a equilibrare la riduzione di incentivo indotta nella vittima: è necessario un risarcimento a favore della vittima per ripristinare i mancati benefici. L'ingiustizia sorge quando una persona viola i diritti di un altro. Perché si ripristini una condizione di giustizia è necessario rettificare la violazione di quei diritti. Dunque la sanzione deve incentrarsi nel risarcimento della vittima più che nella punizione del criminale. Se ne ricava quindi un quarto diritto, definito da Barnett *diritto di risarcimento*, così formulato: chi viola i diritti deve risarcire la vittima per il danno ad essa causato dall'atto ingiusto, e tale risarcimento dev'essere imposto con la forza, se necessario. Barnett dunque estende l'ambito dei *torts*, basati sul risarcimento, ai *crimes*, non ritenendo, al contrario dei retributivisti, la punizione del reo l'elemento centrale della sanzione¹⁴.

L'ultimo tipo di contrasto fra l'interesse e la concezione liberale della giustizia si ha quando alcuni individui, per soddisfare il proprio interesse, utilizzano illegittimamente risorse appartenenti ad altri. Questa dimensione del problema viene definita da Barnett il "problema dell'obbedienza". Esso, dato che l'educazione e la socializzazione non ne garantiscono la soluzione, viene risolto in ultima istanza attraverso l'uso, o la minaccia dell'uso, della forza. La reclusione, ma soprattutto il risarcimento in denaro, sono due atti che innalzano il costo dell'azione illegale per il criminale e riducono il *gap* fra i principi di giustizia e l'interesse personale di ciascun individuo.

¹⁴ Il risarcimento dev'essere di natura economica (in genere in denaro). Chi non ha redditi o patrimoni deve essere obbligato a lavorare e a cedere alla vittima una quota del suo stipendio fino al raggiungimento della somma complessiva. Eventuali differenze potrebbero essere colmate da contratti di assicurazione. Tale soluzione, afferma Barnett, richiede la diffusione del lavoro nelle carceri, oggi limitato a pochi progetti-pilota, e le carceri private. Il libertario P. J. Ferrara, favorevole ad un'integrazione fra criterio retributivo e criterio risarcitorio, ha osservato che il sistema risarcitorio puro determinerebbe il seguente paradosso: un individuo potrebbe commettere un crimine purché compensi la vittima; cioè dietro pagamento di un prezzo. È come attribuire ad ogni persona un diritto ad uccidere, o stuprare, o ferire ecc. acquistabile con una data somma di denaro (il risarcimento del danno). Sarebbe cioè possibile "comprare un crimine". «Supponiamo che un omicida o uno stupratore commettano il crimine e lascino sul tavolo della cucina un assegno pari all'ammontare del risarcimento. Possiamo dire che i diritti individuali sono stati garantiti? In tale contesto ogni individuo realmente possiede il diritto a non essere ucciso o stuprato? Sembra che con un sistema che offre solo il risarcimento la risposta sia no» (p. 116). La tesi di Ferrara è che gli atti devono essere distinti non solo in base ai danni arrecati ma anche in base alla qualità morale. Un danno provocato per negligenza non può essere posto sullo stesso piano di un danno provocato deliberatamente. Il secondo possiede un elemento che il primo non ha: l'immoralità. È tale contenuto morale che, secondo Ferrara, giustifica l'aggiunta del criterio retributivo, e dunque l'aggiunta di ulteriori sanzioni, al criterio risarcitorio. In particolare, la punizione complessiva è data dalla formula: $P = D + I(D)$, dove D è il risarcimento monetario delle eventuali perdite subite dalla vittima e I è la quota retributiva della sanzione, rappresentata dal periodo di reclusione misurato in giorni. Nei confronti di un individuo che ha intenzionalmente aggredito un'altra persona e/o la sua proprietà sono operativi entrambi gli addendi dell'uguaglianza. I è funzione di D , ed è positivamente correlato con esso, dunque quanto maggiore è il risarcimento tanto più lungo è il periodo di reclusione. P.J. Ferrara, *Retribution and Restitution: A Synthesis*, in "Journal of Libertarian Studies", vol. 6, n. 2, primavera 1982.

Al diritto di restituzione va aggiunto il *diritto all'autodifesa*, che consente l'uso della forza contro coloro che comunicano in maniera non ambigua l'intenzione (minaccia) di violare i diritti di un'altra persona¹⁵.

Potere

Il problema dell'obbedienza viene affrontato attraverso il potere, cioè l'uso o la minaccia della forza. L'uso della forza contro coloro che violano i diritti altrui, sebbene risulti ovvio e popolare, ha però dei costi. Tali costi si traducono di fatto in problemi di conoscenza e di interesse. Essi sono i *problemi del potere*.

Un esempio di problema di conoscenza connesso con l'uso della forza è l'errore giudiziario. La vittima dell'errore giudiziario, cioè l'innocente giudicato colpevole, subisce un costo. Per ridurre il costo sopportato dalla vittima dell'errore devono essere introdotti limiti sostanziali e limiti procedurali all'uso della forza.

Per quanto riguarda l'entità della sanzione stabilita da un ordinamento giuridico per un determinato crimine, quanto più essa è severa, tanto maggiore sarà il costo sopportato dalla vittima dell'errore giudiziario. Nell'ambito del sistema restitutorio proposto da Barnett, la soluzione più efficiente consiste nell'adozione di un *principio di stretta proporzionalità*, in base al quale l'ammontare della sanzione deve essere limitato alla quantità necessaria a risarcire interamente la vittima, ma non di più (*restituzione pura*)¹⁶.

Un secondo problema è costituito dalla frequenza degli errori giudiziari, e attiene alle questioni procedurali. Un primo criterio utile per ridurre gli errori giudiziari è la presunzione di innocenza, più efficace rispetto alla presunzione di colpevolezza, perché la condizione normale della vita sociale è quella in cui la maggior parte delle persone *non* viola i diritti altrui. Un secondo aspetto, successivo all'onere della prova, riguarda la consistenza della prova¹⁷. L'articolata analisi di Barnett porta alla conclusione che, per garantire gli individui dai costi dell'errore, la robustezza della prova dovrebbe aumentare all'aumentare della severità della pena.

L'obiezione tipica all'autodifesa e a un sistema penale retributivo è l'inadeguatezza in termini di deterrenza. Tuttavia, replica Barnett, in genere si sottovalutano gli ostacoli alla prevenzione del crimine determinati dall'esistenza della proprietà pubblica, di un sistema giudiziario pubblico e di prigioni pubbliche. L'assetto giuridico libertario finora descritto è anche un ottimo strumento di prevenzione del crimine. Ad esempio, il fatto che le strade siano pubbliche aumenta il numero di crimini su di esse commessi, perché vengono meno l'incentivo a mantenerle sicure dato dalla prospettiva di profitto e il diritto di esclusione connesso con la proprietà privata.

Un altro problema connesso con il potere è quello dell'abuso della forza, che sorge quando coloro che sono autorizzati a usare, in regime di monopolio, la forza, non la impiegano in maniera imparziale, ma per servire i propri interessi e/o quelli dei propri alleati. È, in sostanza, il problema

¹⁵ Il diritto all'autodifesa dev'essere considerato separatamente rispetto al diritto di restituzione perché l'autodifesa è preventiva e non attende la violazione del diritto. Essendosi dichiarato a favore di un sistema restitutorio, Barnett non può non distinguere le due fattispecie. Un altro esempio di misura che sfugge al criterio retributivo è la carcerazione preventiva. L'uso della forza con finalità preventive secondo l'autore dovrebbe essere limitato agli indagati o agli imputati che, avendo in passato commesso atti criminali, hanno evidenziato l'intenzione di violare i diritti altrui; inoltre il provvedimento coercitivo dovrebbe essere applicato sulla base di uno *standard* di prova "oltre ogni ragionevole dubbio".

¹⁶ Poiché la valutazione del danno è effettuata in denaro, è possibile stabilire l'ammontare esatto del risarcimento. Nel caso del furto, il risarcimento è per Barnett pari al doppio del valore del bene rubato (non dissimile dal criterio di Rothbard). Nell'esempio scelto dallo stesso Barnett, il furto di un'automobile del valore di 10.000 dollari richiede una sanzione di 20.000 dollari, pari al valore dell'automobile più il valore rappresentato dal mancato uso da parte del proprietario, dal trauma da questi subito e dai costi che egli ha sopportato per catturare il ladro, svolgere l'azione legale e ottenere il risarcimento.

¹⁷ In un sistema basato esclusivamente sulla punizione, la colpevolezza deve sussistere "oltre ogni ragionevole dubbio". In un sistema risarcitorio, lo *standard* dovrebbe essere "oltre la prevalenza della prova". In termini semplici, la prova "oltre la prevalenza" richiede che la probabilità che l'imputato sia colpevole sia pari al 51 per cento, mentre la prova "oltre ogni ragionevole dubbio" pretende una probabilità di colpevolezza molto più alta, ad esempio il 90 per cento.

del “chi controlla i controllori?” Le soluzioni individuate nell’epoca moderna sono diverse, e vanno dalle elezioni all’introduzione di giudici costituzionali, dal federalismo alla separazione dei poteri, dalla libera emigrazione al diritto di secessione. Barnett indica i limiti di tali tecniche e propone una soluzione diversa, consistente in una struttura istituzionale “policentrica”, che esclude il monopolio coercitivo nell’uso della forza. Il termine “policentrico” non indica un sistema con diversi centri di decisione, ma un ordine in cui ciascun centro di decisione è capace (e necessita) di adeguarsi alle decisioni degli altri; un ordine, dunque, spontaneo, raggiunto attraverso un processo decentrato di adattamenti reciproci e non tramite un comando centralizzato. In questo ordine policentrico vi è una molteplicità di sistemi giuridici, che esercitano la funzione giudiziaria¹⁸, e una molteplicità di agenzie di *law-enforcement*, cioè di polizia, che esercitano il potere esecutivo. Questi diversi soggetti operano all’interno di alcuni vincoli costituzionali, che permettono loro di coesistere e di regolare i loro rapporti reciproci.

Affinché tale ordine costituzionale possa sorgere è necessario che vigano i due seguenti principî: il *principio di non-confisca* e il *principio di concorrenza*. In base al primo le agenzie devono acquisire le proprie entrate in seguito a contratti volontari con i clienti e non prelevando forzosamente le risorse. Il secondo richiede che le agenzie non possano escludere con la forza dall’attività i loro concorrenti. Il rispetto di questi due principî apre la strada a un assetto della giustizia e dell’ordine basato sul libero mercato. Le modalità di funzionamento di tale sistema, e le risposte alle obiezioni sollevate, sono simili a quelle descritte da Murray Rothbard. Le persone, con un meccanismo di tipo assicurativo, in cambio del pagamento di una somma mensile disporrebbero di una *card*, da presentare a un’agenzia legale privata nel caso in cui abbiano necessità del servizio giudiziario.

Le agenzie assumerebbero con un normale contratto di lavoro giudici e avvocati. Altri giudici opererebbero da indipendenti per questioni di minore importanza, come gli attuali giudici di pace.

La qualità delle diverse agenzie giudiziarie verrebbe certificata e pubblicizzata da società di *rating* private. Le agenzie giudiziarie potrebbero affiliarsi con le agenzie di *law-enforcement*.

Le sentenze di una società giudiziaria potrebbero essere appellate presso un’altra. Poiché i clienti prediligono una giustizia equa e non conflittuale, in caso di divergenza fra agenzie queste avranno interesse a rivolgersi a un terzo per dirimere la controversia.

Le norme di *common law* prodotte da un sistema giuridico potrebbero differire da quelle di un altro, ma è probabile che, per garantire autorevolezza alla propria attività, ciascuna agenzia faccia riferimento a giudici o associazioni di prestigio, uniformando in parte i precetti normativi. D’altra parte, se le nuove regole prodotte da un sistema giuridico attraggono molti clienti, altre agenzie cercheranno di emularlo.

Le agenzie di polizia svolgerebbero tre funzioni: rendere esecutive le sentenze, prevenire il crimine e sventare i crimini in atto.

In generale, l’obiettivo di acquisire clienti è un formidabile deterrente di comportamenti faziosi, violenti, corrotti o illegali da parte sia delle agenzie giudiziarie sia delle agenzie di protezione.

Piero Vernaglione

Bibliografia

- *The Structure of Liberty: Justice and the Rule of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1998.
- (a cura di) *Assessing the Criminal: Restitution, Retribution, and the Legal Process*, Ballinger, Boston, 1977.

¹⁸ Barnett intende un giudice, una corte o qualsiasi altro sistema di risoluzione delle controversie. Ricordiamo che in un sistema di *common law*, le sentenze dei giudici assumono il ruolo di precetti normativi; dunque i sistemi giudiziari descritti da Barnett assolvono anche alla funzione, *strictu sensu*, legislativa.

- *Pursuing Justice in a Free Society, Part II*, in “Criminal Justice Ethics”, inverno/primavera 1986.
- *Contracts Cases and Doctrine*, Little Brown, Boston, 1995.