

WORKING PAPER SERIES

Mauro Grondona

**BRUNO LEONI FILOSOFO DEL DIRITTO, DELLA POLITICA, DELLA
SOCIETÀ.**

**PER UNA LETTURA CRITICA DI *FREEDOM AND THE LAW*:
NOTE IN MARGINE AD ALCUNI PROBLEMI APERTI**

Working Paper No. 1/2010

Mauro Grondona *

**Bruno Leoni filosofo del diritto, della politica, della società.
Per una lettura critica di *Freedom and the Law*:
note in margine ad alcuni problemi aperti****

[GENNAIO 2010]

ABSTRACT

Bruno Leoni (1913-1967), nel suo *Freedom and the Law* del 1961, argomenta in modo appassionato ma non sempre convincente almeno cinque tesi, che possono considerarsi il nucleo di una teoria generale del diritto e della politica rimasta incompiuta a causa della morte prematura dello studioso: i) il diritto legislativo non è in grado di garantire la certezza del diritto; ii) il giudice non crea diritto, lo scopre; iii) il giudice che sia fedele al suo compito non potrà mai sovvertire l'ordine giuridico esistente; iv) il processo è un procedimento di collaborazione fra parti e giudici volto a scoprire qual è la volontà della gente nella controversia oggetto di giudizio; v) nelle società moderne il diritto giurisprudenziale ha subito gli influssi della legislazioni, e molti corti supreme decidono a maggioranza, come il legislatore.

Scopo di questo scritto è quello di individuare ed analizzare alcuni problemi non risolti in modo soddisfacente da Bruno Leoni nel corso del suo tentativo di dar vita ad una teoria generale del diritto e della politica di carattere liberale-classico e forse libertario.

In particolare, sarà affrontata la questione della possibilità di preservare un ordinamento giuridico-politico liberale all'interno di una società aperta e nella specifica prospettiva leoniana del diritto come pretesa individuale.

* Dottore di ricerca in diritto privato dell'Università di Pisa, è attualmente professore a contratto di diritto privato nell'Università di Genova. E-mail: mauro.grondona@unige.it.

** Queste pagine sono state scritte durante un proficuo periodo di ricerca (settembre-dicembre 2009) trascorso presso l'ICER (<http://www.icer.it/>) di Torino, che ringrazio per l'accoglienza, l'ospitalità, il supporto. Esse si inseriscono nell'ambito di un programma di studio a lungo termine, incentrato in particolare sulle teorie del diritto e sul concetto di ordine giuridico di Friedrich Hayek e di Bruno Leoni. Al momento, posso rinviare il lettore ai seguenti e parziali risultati: *L'ordine giuridico dei privati. Premesse teorico-generalì per uno studio del diritto dispositivo in ambito contrattuale*, Soveria Mannelli-Treviglio, Rubbettino-Leonardo Facco, 2008; *Il giudice e le regole nella teoria e nella politica del diritto di Friedrich August von Hayek*, in *Politica del diritto*, 2009, pp. 341-374.

Un particolare ringraziamento rivolgo qui al direttore dell'ICER, prof. Enrico Colombatto, ed al prof. Nikolay Nenovsky, verso i quali sono debitore di interessanti e per me molto istruttive conversazioni sulla teoria economica e politica della Scuola austriaca.

Ringrazio altresì il CIDAS di Torino (<http://www.cidas.it/index.php>), che oggi custodisce la preziosa biblioteca personale di Bruno Leoni e che ho potuto utilizzare al meglio grazie alla disponibilità della signora Elisa Castronino.

Il carattere e l'obiettivo di questo scritto spero possano giustificare i limitatissimi riferimenti alla letteratura secondaria che si è occupata del pensiero e dell'opera di Leoni: mi limito qui in apertura a richiamare il più recente ed organico contributo allo studio della teoria giuridico-politico leoniana: C. LOTTIERI, *Le ragioni del diritto – Libertà individuale e ordine giuridico nel pensiero di Bruno Leoni*, Soveria Mannelli-Treviglio, Rubbettino-Leonardo Facco, 2006 (il volume è stato da me recensito in senso parzialmente critico: M. GRONDONA, *La pretesa individuale e l'evoluzione del diritto: a proposito del libertarismo di Bruno Leoni*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2007, pp. 703-712).

In this paper, I will try to address some criticism to Bruno Leoni's general theory of law and society.

In his well known book *Freedom and the Law* (1961) –in the opinion of some Italian scholars, to be considered a libertarian Manifesto–, he stressed at least five main points: i) legislation is incompatible with the long-run certainty of the law, that is when the law is not properly the result of the exercise of the arbitrary will of particular men; ii) courts of justice describe or discover the law, and do not make the law; iii) courts cannot be considered as legislators, not only because of their psychological attitude towards the law, which they discover, and do not create, but above all because of their fundamental dependance on the parties concerned in their process of making the law: so, a court must not be allowed to reverse its precedents – at least to a certain extent; iv) the whole process, and so the law, can be described as a sort of vast, continuous, and chiefly spontaneous collaboration between the judges and the judged in order to discover what the people's will is in a series of definite instances –a collaboration that in many respects may be compared to that existing among all the participants in a free market; v) in our time, the mechanism of the judiciary in certain countries where supreme courts are established results in the imposition of the personal views of the members of these courts, or of a majority of them: it is a somewhat contradictory introduction of the legislative process under the deceptive label of lawyers' or judiciary law at its highest stage.

It seems to me that Leoni's theory of law and society as a normative doctrine for a «libertarian», or «post-hayekian», society is not entirely successful: in particular, topics as the relation between law and legislation, the proper sense of legal concepts (if any), and the possibility to survive for individual freedom as a non-historical but ideological concept within an open, i.e. democratic, society, will be put under scrutiny in the paper, according to Leoni's doctrine of law as an individual claim.

SOMMARIO: 0. Premessa – [Parte I – Il concetto di libertà individuale] 1. Il concetto leoniano di libertà: tra idealismo e storicismo – 2. La libertà individuale nella storia – 3. La definizione di libertà ed il problema interpretativo – 4. Libertà, e mercato dei beni; coercizione, e mercato dei voti – 5. Il contratto, e la libertà di scelta – 6. La decisione collettiva, e la libertà di scelta – [Parte II – Diritto legislativo e diritto giurisprudenziale] 7. Libertà negativa vs. libertà positiva – 8. Libertà individuale vs. rappresentanza politica – 9. Procedimento di formazione del diritto e procedimento di mercato – [Parte III – Libertà e costrizione] 10. La relazione tra libertà e costrizione. 11. Per una antropologia della libertà – 12. Libertà, e libertà dal bisogno – [Parte IV – La certezza del diritto] 13. Libertà, certezza del diritto, mercato – 14. Diritto giurisprudenziale e mercato – 15. Staticità dei valori e giuspositivismo – 16. Difesa etica del mercato e teoria della pretesa – 17. Concezione statica e concezione dinamica del diritto – [Parte V – Decisioni individuali e decisioni collettive] 18. Libertà, decisione, coercizione – 19. Libertà, e regola di maggioranza – 20. Rappresentanza politica e volontà comune – [Parte VI – Il giudice di fronte al diritto] – 21. Il processo giudiziale di scoperta del diritto – 22. Il diritto ed il ruolo dei giuristi – 23. Giudici e diritto – 24. Trasformazioni del diritto in senso antiliberale – 25. Diritto e argomentazione giuridica – Bibliografia.

0. Premessa

In questo scritto mi propongo di ripercorrere sinteticamente e criticamente le argomentazioni impiegate da Bruno Leoni a sostegno di una filosofia del diritto «liberale» in senso forte, cioè elaborata a partire dai dettami dell'individualismo metodologico della Scuola austriaca e volta a circoscrivere in ambiti assai ristretti la sfera di incidenza della legislazione statale, a tutto favore di un diritto a base

giurisprudenziale – sul presupposto per cui il giudice, tendenzialmente, non crea (non deve creare) nuovo diritto, ma esprime solamente (deve esprimere) il diritto già esistente nella società.

Verrà in particolare analizzato il lavoro più organico che Leoni abbia dato alle stampe: *Freedom and the Law*, edito in lingua inglese nel 1961¹, che raccoglie alcune lezioni che egli tenne nel giugno del 1958 in occasione del *Fifth Institute on Freedom and Competitive Enterprise* presso il Claremont Men's College, California².

Freedom and the Law è un libro scritto contro il diritto legislativo, quindi è prevalentemente la *pars destruens* di un progetto di più ampio respiro – certamente configurabile come una «teoria generale del diritto e dello Stato» –, che la prematura morte³ dello studioso ha impedito fosse realizzato.

In ogni modo, sono almeno cinque le tesi che stanno alla base del volume qui discusso:

i) il diritto legislativo non può in alcun modo garantire la cosiddetta certezza del diritto – intesa essa come stabilità nel corso del tempo delle medesime regole giuridiche –, a causa del succedersi di maggioranze parlamentari di segno politico diverso/opposto;

ii) il giudice non crea diritto, ma si limita a scoprirlo⁴;

iii) conseguentemente, il giudice fedele al suo compito non potrà mai sovvertire l'ordine giuridico esistente;

iv) il processo altro non è se non un procedimento di collaborazione (intellettuale e culturale) fra parti e giudici volto a scoprire qual è la volontà della gente in una serie di esempi definiti – cioè nelle controversie concrete –: «una collaborazione che può essere paragonata, per molti aspetti, a quella che esiste fra tutti i partecipanti a un mercato libero»⁵;

v) nelle società moderne il diritto giurisprudenziale ha subito i nefasti influssi del diritto legislativo, così che molti corti supreme (cioè: giudici di ultima istanza, come ad esempio la Corte di cassazione italiana, o giudici costituzionali, come appunto la Corte costituzionale italiana)⁶ sono indotte a decidere non sulla base di ciò che Leoni chiama

¹ Io ho sottomano la seconda edizione inglese del 1972, Los Angeles, Nash Publishing. Come noto, il volume è stato tradotto in italiano da Maria Chiara Pievatolo nel 1994: B. LEONI, *La libertà e la legge*. Introduzione di R. Cubeddu, Macerata, Liberilibri, 1995 (I ed.). Le citazioni di cui al testo ed alle note saranno tratte dall'ed. it.

² Per ulteriori dettagli, cfr. la *Foreword* di ARTHUR KEMP, premessa alla II ed. ingl. di *Freedom and the Law*, cit. qui sopra, nota 1, pp. v-viii.

³ Bruno Leoni, nato ad Ancona nel 1913, venne ucciso a Torino a soli 54 anni, nel 1967. Si può ben dire che la sua teoria del diritto come pretesa individuale lo accompagnò fino alla morte, dato che egli venne assassinato da un debitore di un suo cliente, dopo aver appunto preteso invano l'adempimento dovuto.

⁴ Questa idea è enfaticamente difesa da Leoni attraverso il riferimento a diversi autori classici di *common law*, ma è un'idea da gran tempo screditata, soprattutto perché si riduce ad essere una mitologia del giudice inglese, splendidamente isolato da tutto ciò che non sia la saggezza dei secoli passati. È qui sufficiente rinviare a: M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Milano, Giuffrè, 1984; G. TARELLO, *Atteggiamenti culturali sulla funzione del giurista-interprete*, in ID., *Diritto, enunciati, usi – Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, il Mulino, 1974, pp. 475-521.

⁵ B. LEONI, *La libertà*, cit., p. 25.

⁶ Neppure questa è un'idea particolarmente originale, ed è un'idea tipica di giudici e giuristi «conservatori», di ieri e di oggi: si può citare l'illustre esempio del giudice della Corte Suprema degli Stati Uniti Antonin Scalia. Egli ritiene che la Corte debba rispettare il cosiddetto *national consensus* espresso dai singoli Stati sovrani dell'Unione, e non invece tradire la Costituzione americana giocando al gioco poco trasparente per cui i giudici della Corte federale, a maggioranza, pur essendo un segmento insignificante della società americana, decidono ciò che la società stessa potrà o non potrà considerare giusto o sbagliato. V. anche *infra*, § 23. Per minimi raggugli, cfr. il mio *Pena di morte e ritardo mentale*

la volontà della gente – egli appunto scrive che «svolgimento soddisfacente della funzione giudiziaria [è quello di] determinare qual è la volontà della gente»⁷ –, ma sulla base di quella che è la volontà della maggioranza dei membri della corte.

Ho fatto qui sopra riferimento alla rilevanza dell'individualismo metodologico nella prospettiva giuridica, politica ed economica leoniana. In sintesi estrema – e nelle parole di Carlo Lottieri –, «[f]in dall'inizio l'impostazione di Leoni è ampiamente in sintonia con la lezione di Mises sulla necessità di una riflessione economica costruita a partire dall'individuazione di ben precisi *apriori*. [...] Al pari di Mises, anche Leoni afferma che ogni azione è individuale (solo gli uomini, in quanto singoli, agiscono) e che ogni interazione che abbia luogo senza far ricorso alla coazione avviene perché quanti vi partecipano sono persuasi di passare dalla situazione in cui si trovano ad una migliore»⁸. Nell'impostare questo lavoro, ho tenuto conto dell'ordine argomentativo impiegato da Bruno Leoni, ed il lettore noterà che alcune argomentazioni verranno riprese nel corso dello scritto.

Le cinque tesi appena enunciate sono la conseguenza di una determinata concezione della libertà individuale, che Leoni si prefigge di definire quale fondamento primo della sua teoria generale giuridica e politica.

Parte I – Il concetto di libertà individuale

1. Il concetto leoniano di libertà: tra idealismo e storicismo.

Il lettore di *Freedom and the Law*⁹ ha chiarissima fin dalle prime pagine del volume la principale tesi argomentata da Leoni: l'ordine politico-giuridico liberale è quello nel quale il diritto (*law*) non è schiacciato dalla legislazione (*legislation*), ma, al contrario,

di fronte alla Corte Suprema degli USA, in ANT. D'ANGELO (a cura di), *Good Morning America*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 289-305.

⁷ B. LEONI, *La libertà*, cit., p. 28.

⁸ C. LOTTIERI, *Le ragioni del diritto*, cit., pp. 147-148 e 149-150; Lottieri (*ibidem*, p. 151) osserva, peraltro, che, se pure il debito di Leoni verso Mises è rilevante, sotto il profilo metodologico, «non si può negare che in varie occasioni la pur esibita fedeltà di Leoni alla prasseologia misesiana manifesti qualche evidente cedimento, come mostrano quei passaggi delle *Lezioni [di filosofia del diritto]*, cit. *infra*, nota 9] che rivelano un'impostazione più basata sull'induzione che sul rigoroso apriorismo di carattere deduttivo tanto caratteristico di *Human Action*». Vale la pena di ricordare, però, il giudizio del tutto negativo che Milton Friedman, nel 2000, espresse nei confronti della prasseologia di Mises: una concezione completamente senza senso. Cfr. A. EBENSTEIN, *Friedrich von Hayek. Una biografia* (trad. it.), Soveria Mannelli, Rubbettino, 2009, p. 514.

⁹ Non considero, qui, i due lavori giovanili di Leoni: *Il problema della scienza giuridica*, Torino, Giappichelli, 1940, e *Per una teoria dell'irrazionale nel diritto*, Torino, Giappichelli (s.d., ma) 1943 (opera rimasta incompiuta dopo il I volume). Questi due scritti, pur molto interessanti per il giurista impegnato in una complessiva ricostruzione del pensiero leoniano, affrontano temi e problemi diversi da quelli oggetto del presente lavoro.

Fondamentali, per un'analisi complessiva della teoria giuridico-politica del Leoni della maturità, sono invece i seguenti volumi, tutti editi *post mortem*: B. LEONI, *Le pretese e i poteri: le radici individuali del diritto e della politica*, a cura di M. Stoppino, Milano, Società Aperta, 1997; ID., *Lezioni di filosofia del diritto*. Prefazione di C. Lottieri, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2003; ID., *Il diritto come pretesa*, a cura di A. Masala. Introduzione di M. Barberis e Postfazione di A. Febbrajo, Macerata, Liberilibri, 2004; ID., *Lezioni di dottrina dello Stato*. Prefazione di R. De Mucci e L. Infantino, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2004; ID., *Il pensiero politico moderno e contemporaneo*, a cura di A. Masala. Introduzione di L.M. Bassani, Macerata, Liberilibri, 2008; ID., *Scritti di scienza politica e teoria del diritto*. Prefazione di G. Rebuffa, Soveria Mannelli-Treviglio, Rubbettino-Leonardo Facco, 2009 (si tratta di una ristampa del volume edito da Giuffrè nel 1980)

può svilupparsi spontaneamente in quanto prodotto della società in cui gli individui che di essa sono parte vivono e agiscono.

Il problema centrale ruota dunque attorno ad una definizione di libertà che consenta ed anzi favorisca un ordine politico-giuridico liberale.

Leoni, nella *Premessa*¹⁰, scrive:

«Chiunque può dare la propria definizione di libertà, ma se vuole che sia accettata deve produrre argomenti convincenti»¹¹.

È a mio avviso un'affermazione decisiva, di solito ignorata e sulla quale bisogna invece necessariamente riflettere, se non altro perché insinua nella mente del lettore dubbi e interrogativi circa l'approccio leoniano ai problemi posti dal diritto, dall'economia, dalla politica – e quindi dalla scienza sociale in senso ampio, soprattutto se studiata, come fu nelle intenzioni in gran parte realizzate di Leoni, attraverso una seria apertura alla interdisciplinarietà –: approccio storicista o anti-storicista¹²?

In particolare, qui la questione è se possa darsi una definizione, cioè una concettualizzazione, della parola «libertà» valida *a-priori*; in altre parole, se la definizione teoretica di libertà possa essere indipendente dalla definizione storica di libertà.

La frase appena citata di Leoni almeno *prima facie* mi pare in contrasto con quanto Raimondo Cubeddu scrive nell'*Introduzione* del volume, con riferimento alle prescrizioni imposte dalla legislazione statale agli individui. Il discorso di Cubeddu enfatizza il parallelismo tracciato da Leoni tra pianificazione e legislazione, unite nella condanna in quanto strumenti che ostacolano il processo di formazione spontanea delle istituzioni sociali (tra cui vi è il diritto):

«Nell'istituire il paragone tra pianificazione e legislazione, Leoni si basa su un'argomentazione molto diretta. Entrambe sono concepite come tentativi di eliminare il processo di formazione spontanea delle istituzioni sociali (linguaggio, mercato,

¹⁰ B. LEONI, *La libertà*, cit., pp. 3-29.

¹¹ B. LEONI, *La libertà*, cit., p. 4.

¹² Il problema è stato affrontato espressamente dal prof. Pier Giuseppe Monateri nella relazione svolta in occasione dell'incontro di studi «Il liberalismo per un mondo in trasformazione. Convegno in ricordo di Nicola Matteucci» (Roma, 29 Novembre 2007): <http://www.radioradicale.it/scheda/241490?format=32>. Monateri ha osservato, in particolare, che, nell'interpretazione di Matteucci, Hayek è uno storicista: non esiste una natura umana indipendente dalla cultura, perché la ragione è essa stessa parte dell'ordine spontaneo evolutivo; quindi, non esiste «una» natura umana, né la possibilità di una comparazione migliorativa/peggiorativa, perché non possiamo fare paragoni tra culture. In realtà, la posizione di Matteucci sullo storicismo hayekiano è più complessa di quanto appaia dalla relazione di Monateri: cfr. N. MATTEUCCI, *L'eredità di von Hayek*, Milano, Società Aperta, 1997, spec. pp. 40-43, a proposito del concetto di evoluzione culturale in Hayek, del problema dell'innatismo e del dualismo natura/cultura. Matteucci (*ibidem*, p. 43) conclude che «[l]a storia umana, come risultato dell'interazione di innumerevoli menti e azioni umane, deve essere studiata tenendo presente la complessità, unicità e diversità di queste “strutture” [ad avviso di Matteucci, Hayek ha percorso il moderno indirizzo fenomenologico che vede la realtà come costruzione sociale, *ivi*], senza abbandonarsi alle fallaci sintesi della filosofia della storia, ma non certo dimenticando il processo storico nel quale queste strutture si sciolgono». In tema, cfr. A. MARCIANO, *Hayek's Theory of Social Evolution in the Light of Darwin's Descent of Man*, ICER Working Paper n. 4/2007, pp. 1-23: <http://www.icer.it/docs/wp2007/ICERwp04-07.pdf>; E. COLOMBATTO, *Hayek and the Economy Policy (The Austrian Road to the Third Way)*, ICER Working Paper n. 18/2004, pp. 1-26: <http://www.icer.it/docs/wp2004/Colombatto18-04.pdf>.

diritto) e le regole di condotta generali ed astratte (aventi il fine di rendere prevedibile il comportamento degli attori sociali, compreso lo Stato) che consentono la realizzazione dei fini individuali; e come tentativi di collocare al loro posto una serie di norme di comportamento e di disposizioni atte a conseguire i fini che i pianificatori e i legislatori ritengono – in base a considerazioni etiche e filosofiche – debbano essere perseguiti»¹³.

Cubeddu, in particolare, osserva che le disposizioni legislative statuali «impongono [...] dei comportamenti che prevalgono sulla libertà individuale e la riconoscono non nel suo *naturale, autonomo* ed *universale* valore, ma in quanto conforme alle finalità sociali della pianificazione e della legislazione»¹⁴.

È del tutto evidente che Cubeddu usa tali aggettivi in vista della difesa di una concezione liberale classica della libertà – diciamo pure: individualistica –, e contro una concezione che potremmo definire costruttivistica e collettivistica, per cui la «libertà» è concessa dallo Stato all'individuo in quanto membro di un gruppo sociale, dunque di una collettività, in vista della realizzazione (o almeno del perseguimento) di un determinato fine etero-determinato, in quanto determinato dallo Stato medesimo; ma è altrettanto evidente che il valore autonomo, naturale, universale della libertà non è il risultato di un giudizio storico, ma è il punto di partenza, il fondamento, di un giudizio di valore¹⁵.

2. La libertà individuale nella storia

Rimane quindi aperto il problema (che del resto neppure Leoni seppe o volle risolvere: v. *infra*, Parte III) della possibilità e della legittimità, non già sotto il profilo teoretico (cioè concettuale), bensì storico (cioè empirico), di isolare – all'interno della vicenda socio-culturale dell'uomo – una concezione di libertà che sia tale da resistere al flusso della storia stessa¹⁶.

Detto con altre parole: se è ben possibile offrire una definizione teoretica di libertà, frutto di un giudizio di valore, è altrettanto possibile – senza degradare nell'ideologia intesa in senso deteriore, cioè mera falsificazione storica – che quella definizione teoretica sia sottratta alle influenze *lato sensu* culturali derivanti dall'analisi della storia delle idee?

Flusso storico, del resto, che, proprio all'interno della concezione austriaca dell'azione individuale, non è difficile immaginare muoversi (potenzialmente) lungo un cammino e verso un risultato *ex ante* non previsto e non prevedibile¹⁷: qui sta, infatti, come del

¹³ R. CUBEDDU, *Introduzione* a: B. LEONI, *La libertà*, cit., p. XIX. Più in generale, è assai interessante ed istruttiva la relazione svolta dal prof. Giovanni Giorgini, in occasione del convegno ricordato alla precedente nota 12, in tema di liberalismo e relativismo. Grazie alla cortesia del prof. Giorgini ho appreso che il testo, nel momento in cui scrivo (dicembre 2009), è ancora inedito. Rinvio comunque il lettore ad un altro scritto significativo scritto dell'autore: G. GIORGINI, *Laicità e liberalismo*, in G. BONIOLO (a cura di), *Laicità – Una geografia delle nostre radici*, Torino, Einaudi, 2006, pp. 219-229.

¹⁴ R. CUBEDDU, *Introduzione*, cit., pp. XIX-XX (corsivo mio).

¹⁵ In senso più generale, cfr. l'interessante analisi di G. PALERMO and S. GLORIA-PALERMO, *Austrian Economics and Value Judgements: A Critical Comparison with Neoclassical Economics*, ICER Working Paper n. 8/2003, pp. 1-26: <http://www.icer.it/docs/wp2003/Gloria-Palermo8-03.pdf>.

¹⁶ In prospettiva più ampia, cfr. E. COLOMBATTO, *Social Contract and Historical Rules*, ICER Working Paper n. 5/2009, pp. 1-45: <http://www.icer.it/docs/wp2009/ICERwp05-09.pdf>.

¹⁷ A questo proposito, osservo che l'affermazione appena fatta nel testo non è in contraddizione con quanto rilevato da Cubeddu circa la possibilità di previsione in ragione dell'esistenza di norme generali e astratte (quelle che Hayek chiamò norme di giusta condotta): io faccio qui riferimento alla diversa

resto ben noto, il nucleo centrale della critica austriaca alla pianificazione, collegato alla circostanza della dispersione della conoscenza tra tutti i membri della società, senza quindi possibilità di un suo accentramento¹⁸. Ma la premessa metodologica circa l'impossibilità della previsione degli esiti delle condotte individuali dovrebbe allora indurre quanto meno alla cautela circa la possibilità materiale di assicurare la non-mutazione del concetto di libertà¹⁹.

Del resto, a ben vedere, tale possibilità materiale, se pur esistesse, sarebbe anche e soprattutto una possibilità culturale (cioè il risultato di una vicenda antropologica di cui sono espressione gli individui che operano nella società), in quanto la libertà, come bene sociale, è un prodotto eminentemente culturale.

Se l'azione dell'individuo, sotto il profilo della teoresi liberale-classica, ha da esser concepita in modo tale da consentirgli la realizzazione dei proprî scopi – in quanto scopi individuali, e pur ipotizzando che egli possa ingannarsi, in tutto o in parte, circa l'utilità individuale di tali scopi: detto altrimenti, il principio di autodeterminazione non è affatto incompatibile con la stupidità dell'azione –, tale azione (che evidentemente non potrà essere ridotta ad un'azione in senso meramente economico, ma dovrà essere pensata, in senso ben più ampio, come azione intellettuale, filosofica, etica), in quanto prodotto culturale, non necessariamente darà vita ad aggregati sociali stabili e sempre uguale a se stessi, nel corso del tempo di sviluppo storico della vita sociale²⁰. Faccio qui uso del termine «aggregati sociali» nel senso che il risultato socialmente rilevante dell'azione individuale sarà tale soprattutto perché ben potrà essere utilizzato da altri

circostanza per cui la creatività propria dell'azione umana non può necessariamente condurre a risultati tutti prevedibili *ex ante* (sul punto, cfr. soprattutto I.M. KIRZNER, *Concorrenza e imprenditorialità*. Prefazione di L. Infantino [trad. it.], Soveria Mannelli, Rubbettino, 1997, spec. p. 21 e ss.).

¹⁸ Cfr. N. NENOVSKY, *The Economic Philosophy of Friedrich Hayek (The Centenary of His Birth)*, Bulgarian National Bank, Discussion Paper (DP/8/1999), pp. 1-23: http://www.bnb.bg/bnbweb/groups/public/documents/bnb_publication/discussion_199908_en.pdf, a p. 15: «Hayek's theory of dispersed knowledge and the impossibility of centralized measuring and calculation of relative prices directly contradicts the theory and practice of socialism and macroeconomics planning».

¹⁹ Più in generale, cfr. quanto recentemente rilevato da R. SACCO, *Antropologia giuridica – Contributo ad una macrostoria del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2008, pp. 43 e 45: «Tutto ciò che è reale è dominato dalla diversità. [...] Senza variazioni non avremmo nulla di ciò che apprezziamo come un progresso, perché il progresso è una variazione. E, se accettiamo la variazione, accettiamo la diversità. [...] La variazione non intende arrestarsi dopo aver raggiunto un traguardo determinato. Il progresso non ha di mira il conseguimento di una situazione statica, prodotta da un equilibrio che vorrebbe essere definitivo. Al contrario, ogni nuovo assestamento produce nuovi squilibri, cioè situazioni favorevoli ad ulteriori innovazioni». E d'altronde, Friedrich Hayek ebbe fondatamente a rilevare che, «*dovunque* l'uso della concorrenza può essere giustificato può essere giustificato razionalmente, lo è sulla base del fatto che non conosciamo in anticipo i fatti che determinano le azioni dei concorrenti»: F.A. HAYEK, *La concorrenza come procedimento di scoperta* (1968), in ID., *Nuovi studi di filosofia, politica, economia e storia delle idee* (trad. it.), Roma, Armando, 1988, pp. 197-208, alle pp. 197-198 (corsivo dell'a.).

²⁰ Non può allora essere un caso la costante attenzione che Hayek mostrò per la centralità delle idee. Su questo punto, cfr. le considerazioni di A. EBENSTEIN, *Friedrich von Hayek*, cit., spec. pp. 542-543: «Come von Hayek sottolineò bene, la società si basa in gran parte su concetti condivisi di come funziona il mondo. Sebbene il cambiamento sia inevitabile – e sebbene l'«eresia» di ieri diventi spesso il «dogma» di oggi – pochi riconoscono, durante la loro vita, che molto, se non la maggior parte, di ciò che credevano essere oggettivamente vero riguardo al mondo [...] verrà in seguito dimostrato come falso, o [...] più certamente, incompleto e inesatto. La concezione umana della verità è fatta di tentativi, ipotetici, mutevoli, soggetti a costanti cambiamenti, verifiche, modifiche e confutazioni».

individui (che ne abbiano conoscenza) come punto di partenza per nuove azioni, da cui nuovi aggregati sociali, in un processo tendenzialmente infinito²¹.

3. *La definizione di libertà ed il problema interpretativo*

Torniamo alla frase citata di Leoni. Dopo aver notato, sul piano descrittivo (avalutativo e conoscitivo), che ciascuno può dare una propria definizione di libertà, egli, rimanendo su questo piano dell'analisi, rileva che la libertà è innanzitutto un atteggiamento psicologico, così come lo è la costrizione. Conseguentemente,

«lo studio degli atteggiamenti psicologici rivela differenze e variazioni, cosicché è difficile formulare una teoria univoca della libertà, e di conseguenza della costrizione, in riferimento ai fatti accertabili»²².

Postosi poi sul diverso piano prescrittivo (valutativo e normativo), Leoni ha però fiducia nella possibilità di pervenire alla elaborazione di ciò che ben potremmo chiamare una teoria generale della libertà (che del resto avrebbe completato l'opera di Mises e di Hayek):

«[S]embra ragionevole pensare che queste interpretazioni [*scil.* le interpretazioni individuali della libertà] non differiscano tanto da destinare al fallimento ogni tentativo di pervenire a una teoria della libertà politica. Possiamo assumere che, almeno entro una medesima società, le persone che cercano di costringere gli altri e quelle che cercano di non essere costrette abbiano approssimativamente la stessa idea di costrizione. Si può dunque dedurre che esse hanno approssimativamente la stessa idea di che cosa si intenda per assenza di costrizione: e questo è un punto importantissimo per una teoria della libertà come assenza di costrizione, come quella qui proposta»²³.

Ricollocandosi sul piano descrittivo, Leoni, tra il serio e il faceto ed in netta contraddizione con quanto egli stesso ha affermato sul piano valutativo, ha buon gioco a sottolineare come il pur illustre John Austin abbia sostenuto che «la sua definizione di “diritto” corrispondeva al “diritto propriamente inteso”, senza dubitare minimamente dell'esistenza di una cosa come il “diritto propriamente inteso”»²⁴; ma poi, passando di

²¹ Cfr. M. BARBERIS, *Introduzione* a: B. LEONI, *Il diritto come pretesa*, cit., p. XXXV.

²² B. LEONI, *La libertà*, cit., p. 5.

²³ *Ivi.*

²⁴ B. LEONI, *La libertà*, cit., p. 34. Proseguendo il discorso, Leoni indirizza la propria critica ad Hans Kelsen (che resta il più illustre teorico generale del diritto del Novecento), il quale «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.*). Non mi pare, però, che neppure Leoni possa sottrarsi ad una critica analoga, soprattutto per il continuo intrecciarsi di due piani del discorso: quello descrittivo (come le cose sono) prescrittivo (come si vorrebbe che le cose fossero/come le cose dovrebbero essere). Il giurista, e in particolare il teorico generale del diritto, è da tempo avvezzo alla distinzione concettuale e metodologica tra descrizione e prescrizione; distinzione, alla quale Leoni spesso non è fedele. Sul punto, in prospettiva più ampia, cfr. soprattutto i puntualissimi ed illuminanti rilievi critici di M. BARBERIS, *Introduzione* a: B. LEONI, *Il diritto come pretesa*, cit., pp. IX-XLII, e in particolare p. XXXIV: «Se tutta l'alternativa, nell'interpretazione della teoria del diritto come pretesa, fosse fra una teoria (conoscitiva) poco realistica e una dottrina (normativa) virtualmente illiberale, ci sarebbe veramente da disperare della validità del “modello Leoni”. [...] Invece di considerare la teoria del diritto come pretesa una compiuta teoria, con tutti i limiti segnalati, si può considerarla un semplice modello: un modello prevalentemente conoscitivo – benché elaborato in base a esigenze e in vista di

nuovo al piano valutativo, Leoni afferma che «lo studioso ha il diritto di creare definizioni stipulative di “libertà”»²⁵.

Il vantaggio di creare definizioni stipulative sta in ciò: lo studioso «può sfuggire all'accusa di usare definizioni equivocate con propositi ingannevoli e, nello stesso tempo, liberarsi dalla necessità di adottare una definizione lessicale, le cui difficoltà sono evidenti a causa della menzionata molteplicità di significati attribuiti alla parola “libertà”»²⁶.

Ancora nella *Premessa*, Leoni osserva:

«persone appartenenti a un ordinamento politico in cui, per tutti e ciascuno, la libertà è difesa e protetta contro la costrizione, non possono evitare di venir costrette almeno nella misura in cui la loro interpretazione della libertà, e dunque della costrizione, non coincide con l'interpretazione prevalente nel sistema»²⁷.

Anticipando un tema su cui mi soffermerò espressamente più avanti (Parte III), noto qui di passaggio che il problema (reale, ed anzi direi: quotidiano) del pluralismo interpretativo di medesimi termini giuridico-politici (come nel nostro caso accade alla parola «libertà») è in netto contrasto con l'idea sostenuta da Leoni per cui il diritto è semplicemente scoperto, accertato, e non creato, dal giudice; il contrasto è palese proprio perché i concetti giuridici, e quindi il concetto giuridico di «libertà», non sono statici, ma sono appunto oggetto di quella competizione inter-individuale (immediata conseguenza logica della teoria dell'azione umana) che interessa anche il diritto in quanto prodotto dell'uomo; prodotto, non perché costruito a tavolino (o almeno non sempre), ma perché derivato spontaneo dell'evoluzione culturale umana.

Aggiungo che l'idea per cui i giuristi scoprono il diritto e, una volta scoperto, lo scrivono nei codici senza sovvertirlo²⁸ a me pare in contraddizione con la stessa teoria

obiettivi normativi – come tale più attraente e più euristicamente produttivo delle[e] tante teorie o meglio filosofie della giustizia, sia *liberal* sia *libertarian*, che affollano il dibattito odierno. Ciò che rende ancora attraente la posizione di autori come Leoni, Hayek o Buchanan è l'elaborazione di un modello evoluzionistico di società, sul quale economisti, scienziati politici e teorici del diritto possono discutere molto più fruttuosamente che sulle rispettive preferenze filosofico-normative». Cfr. anche l'importante studio di M. BARBERIS, *L'evoluzione nel diritto*, Torino, Giappichelli, 1998, spec. pp. 41-57 e 260-303. In prospettiva specificamente economica, cfr. E. COLOMBATTO, *Law, Economics and the Institutional Approach to Development and Transition: Towards an Evolutionary Perspective*, ICER Working Paper n. 7/2006, pp. 1-30: <http://www.icer.it/docs/wp2006/ICERwp7-06.pdf>, e A. FESTRÉ, *Carl Menger and Friedrich von Wieser on the Role of Knowledge and beliefs in the Emergence and Evolution of Institutions*, ICER Working Paper n. 39/2007, pp. 1-29: <http://www.icer.it/docs/wp2007/ICERwp39-07.pdf>.

²⁵ B. LEONI, *La libertà*, cit., pp. 50-51. La definizione «stipulativa», nelle parole di Leoni, è quella che «si riferisce al significato che l'autore della definizione stessa propone di adottare per la parola in questione [...]» (p. 50); la definizione stipulativa si contrappone alla definizione lessicale, cioè quella che «si riferisce al significato [...] [dato alla parola] nell'uso comune» (ivi).

²⁶ B. LEONI, *La libertà*, cit., p. 51. Cfr. anche ID., *Il diritto come pretesa individuale* (1964), in ID., *Il diritto come pretesa*, cit., p. 119, ove egli riconosce che la stessa parola «diritto» è impiegata con significato diverso dagli stessi giuristi. Di fronte a siffatta constatazione, soggiunge Leoni (*ibidem*, p. 120), la ricerca del minimo comune significato della parola «diritto» è possibile solo se si accetti il postulato di esistenza di tale minimo significato comune; ciò posto, allora, la ricerca del significato minimo «è, in ultima analisi, l'arduo destino del così detto filosofo del diritto» (*ibidem*, p. 121).

²⁷ B. LEONI, *La libertà*, cit., p. 5.

²⁸ B. LEONI, *La libertà*, cit., p. 13: «Per secoli, anche nel continente, la tradizione giuridica era lungi dal gravitare intorno alla legislazione. L'adozione del *Corpus Juris* giustiniano nei paesi continentali ebbe

leoniana del diritto come pretesa individuale²⁹: penso ad esempio a quel passaggio nel quale Leoni avverte che le norme giuridiche debbono essere fatte risalire (nell'ambito, diciamo così, di una eziologia giuridica) ad un atto individuale, appunto la pretesa, e che le norme giuridiche non sono dati ultimi del processo di formazione del diritto, perché dato ultimo è soltanto la pretesa³⁰.

Conseguentemente, l'idea per cui il giurista fotografa semplicemente il diritto già esistente e lo sacralizza attraverso la recezione legislativa (codicistica) non convince soprattutto guardando al fenomeno giuridico nella prospettiva leoniana, che è dinamica. Orbene, se i dati ultimi del processo storico che conduce, incessantemente, alla formulazione ed alla riformulazione del diritto, sono le pretese individuali, è logico concludere nel senso che tali pretese non potranno assumersi come *tutte* reciprocamente coerenti; anzi, il diritto in senso oggettivo (cioè: in quanto ordine giuridico; in quanto ordinamento giuridico) è concepibile, nell'ottica di Leoni, solo come risultante di un incontro/scontro tra pretese individuali.

In altre parole, poiché l'ordine giuridico è l'ordine sociale, e poiché l'ordine giuridico di una società libera è l'ordine di mercato, cioè un ordine competitivo, ne consegue che l'ordine giuridico è il risultato finale di processo competitivo, incentrato sulla pretesa individuale, esattamente nella logica dell'azione umana³¹.

4. Libertà, e mercato dei beni; coercizione, e mercato dei voti

Proseguiamo nella riflessione riprendendo l'analisi argomentazioni di Leoni: ancora a proposito della dimensione della libertà, egli scrive che chi fa scelte nel mercato ha sempre la libertà di ritrattare quella scelta, in parte o in tutto, se non ne apprezzi i risultati, gli effetti, le conseguenze:

come conseguenza una attività particolare da parte dei giuristi, il cui compito era ancora una volta di scoprire quale fosse la legge, in modo in gran parte indipendente dalla volontà dei governanti di ciascun paese. Perciò il diritto continentale fu chiamato, piuttosto appropriatamente, "diritto dei giuristi" (*Juristenrecht*) e non perse mai questo carattere, neppure sotto i regimi assolutistici precedenti la Rivoluzione francese. Anche la nuova era della legislazione all'inizio del diciannovesimo secolo cominciò con l'idea modestissima di ristabilire e riaffermare il diritto dei giuristi *riscrivendolo* di nuovo nei codici, ma senza *sovvertirlo*» (corsivo dell'a.).

²⁹ Cfr. soprattutto i saggi raccolti in: B. LEONI, *Il diritto come pretesa*, cit. Grazie all'amicizia di Carlo Lottieri, ho potuto leggere in anteprima un saggio di prossima pubblicazione e specificamente dedicato a questo tema: C. LOTTIERI, *Alle origini della teoria del diritto come pretesa individuale. Da Widar Cesarini Sforza a Bruno Leoni* (2009), pp. 1-22 non numerate del testo dattiloscritto.

³⁰ B. LEONI, *Il diritto come pretesa individuale*, cit., pp. 122-123: «[G]li economisti hanno fatto risalire i prezzi, come fenomeno sociale, alle scelte individuali tra beni scarsi. Propongo che anche i filosofi del diritto debbano far risalire le norme giuridiche, come fenomeni sociali, a qualche atto o attitudine individuale. Questi atti si riflettono, in qualche modo, nelle norme entro un sistema giuridico, proprio come le scelte individuali tra beni scarsi si riflettono nei prezzi di mercato entro un sistema monetario. Propongo anche che quegli atti e attitudini individuali siano chiamati *domande* o *pretese*. [...] Comprendo perfettamente che ridurre le norme giuridiche a *pretese* individuali possa sembrare paradossale, e persino scandalizzare persone che muovono dalle banali assunzioni che sono alla base della maggior parte delle contemporanee teorie del diritto. Non è una norma l'espressione di un *obbligo*? Non è una norma "giuridica", prima di tutto espressione di un *obbligo giuridico*? [...] Queste sono alcune delle "ovvie" obiezioni che possono essere sollevate contro la mia proposta. La mia modesta replica è che, proprio come le norme non sono i dati ultimi del processo giuridico, per il filosofo del diritto la cosiddetta natura prescrittiva o obbligatoria della norma giuridica non rappresenta la sua natura ultima» (corsivo dell'a.). V. anche *infra*, § 10.

³¹ Cfr. le considerazioni sviluppate in F.A. HAYEK, *Ordinamento giuridico e ordine sociale* (trad. it.), in *Il Politico*, 1968, pp. 693-723.

«È pur vero che le scelte individuali nel mercato, come quelle fatte da individui in quanto membri di un gruppo dipendono, per il loro successo, dal comportamento di altri. Per esempio, nessuno può comprare se nessuno vuole vendere. Ma coloro che fanno scelte nel mercato hanno sempre la libertà di ritrattare la scelta, in parte o del tutto, se non apprezzano i suoi possibili risultati. Per quanto possa sembrare misera, anche questa opportunità è negata agli individui che cercano di fare scelte come membri di un gruppo, che sia un corpo costituente, o legislativo o altro. Ciò che decide la parte vincente del gruppo 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»³².

È un'affermazione che lascia il lettore stupito e perplesso: non è, tra le filosofie politiche moderne, soprattutto il liberalismo classico, ed oggi il libertarismo-rothbardiano³³, che sacralizza la forza vincolante del contratto in tanto in quanto libero accordo tra liberi individui? È infatti ovvio che nessuno può comprare, se nessuno vuole vendere; ma altrettanto ovvio è che il punto, qui, non è quello della legittimità della scelta di stipulare o di non stipulare un contratto (che non è una scelta di mercato, appunto perché è una scelta a-contrattuale: vi è mercato se vi è il contratto), ma della legittimità di ritrattare la scelta fatta attraverso la conclusione di un contratto, che necessariamente è una scelta di mercato.

Sotto questo profilo, allora, a mio avviso non convince l'asserita diversità tra mercato dei beni (in rapporto con il diritto giudiziario) e mercato dei voti (in rapporto con il diritto legislativo):

«[L]a legislazione ha avuto uno sviluppo assai peculiare. È giunta a somigliare sempre più a una specie di *diktat* che le maggioranze vincenti nelle assemblee legislative impongono sulle minoranze, spesso col risultato di sovvertire aspettative individuali di lunga durata e di crearne di completamente prive di precedenti. Le minoranze soccombenti, a loro volta, si adattano alla sconfitta solo perché sperano di diventare presto o tardi una maggioranza vincente ed essere in posizione di trattare in modo simile chi appartiene alla maggioranza contingente di oggi. In effetti, si possono costruire e demolire maggioranze nei corpi legislativi secondo una vera e propria procedura analizzata da certi studiosi americani – una procedura che i politici americani chiamano *log-rolling* e che noi potremmo chiamare “scambio di voti”. Qualora dei gruppi abbiano, nel corpo legislativo, una rappresentanza insufficiente per imporre la propria volontà su altri gruppi dissidenti, essi ricorrono allo scambio di voti con il massimo numero possibile di gruppi neutrali, per mettere la “vittima” designata in minoranza»³⁴.

Per ragionare intorno ai problemi posti dal mercato dei beni e dal mercato dei voti, sotto il profilo strutturale, si potrebbe piuttosto innestare un parallelismo tra ciò che i giuristi chiamano contratto individuale e contratto collettivo: alla contrattazione individuale partecipano individui *uti singuli*; alla contrattazione collettiva partecipano individui che

³² B. LEONI, *La libertà*, cit., pp. 15-16.

³³ Sui differenti libertarismi, cfr. la sintesi di P. VALLENTYNE, *Libertarianism* (2002; 2009), in *Stanford Encyclopedia of Philosophy*: <http://plato.stanford.edu/entries/libertarianism/>.

³⁴ B. LEONI, *La libertà*, cit., p. 15.

siano parte di gruppi sociali; tuttavia, in entrambe le situazioni la scelta resta contrattuale in quanto l'effetto giuridico si produce se (e solo se) il contratto è concluso. Quanto all'aspetto funzionale, se nel mercato dei beni oggetto della contrattazione inter-individuale è la quantità di «cose» che l'ordine di mercato produce e delle quali l'ordine giuridico consente lo scambio, nel mercato dei voti l'oggetto del contratto è duplice, perché duplice è un tale mercato: c'è il mercato elettorale, e c'è il mercato parlamentare. L'oggetto del mercato elettorale è il paniere delle preferenze elettorali, esprimibili attraverso il voto, il mezzo democratico per la conquista dei seggi (che sono in numero limitato): in questo senso, il cosiddetto voto di scambio non ha alcun scopo riprovevole – al contrario di quanto una tale espressione di solito evoca –, perché il voto è dato in cambio (almeno nelle speranze degli elettori votanti) della realizzazione di un programma elettorale, attraverso l'attività legislativa.

L'oggetto del mercato parlamentare è il paniere dei voti parlamentari, ed il mercato dei voti parlamentari, nella logica misesiana dell'azione orientata ad uno scopo³⁵, ha quale scopo finale un prodotto normativo: orbene, il mercato parlamentare può essere raffigurato – per rimanere all'interno della metafora contrattuale, stante la possibilità di praticare, all'interno di esso, la libertà di scelta – come scontro tra individui appartenenti a gruppi, e non come scontro tra individui singoli³⁶: con la peculiarità, rispetto al contratto collettivo concluso esclusivamente dai rappresentanti del gruppo ma efficace rispetto a tutti i membri del gruppo, che l'individuo appartenente al gruppo è decisivo nel successo o nell'insuccesso di quella scelta – elettorale e parlamentare.

Ne consegue che l'individuo, in entrambi i mercati, è determinante (ai fini della decisione collettiva da assumersi), nel senso che non delega ad altri la propria scelta, perché è componente (individuale) di un prodotto collettivo; con una differenza non secondaria: nel mercato dei beni, l'asse portante dell'operazione economica è lo scambio; nel mercato elettorale/politico/parlamentare, l'asse portante è la scelta individuale frutto di una competizione culturale. Ma entrambe le situazioni sono accomunate da (almeno) un aspetto: si tratta di procedimenti dinamici, il cui esito non può mai assumersi come prevedibile, qualunque siano gli strumenti e i modelli cui si voglia ricorrere.

5. Il contratto, e la libertà di scelta

Tornando ora alla prospettiva leoniana della contrapposizione tra libertà e coazione quale conseguenza immediata e diretta della differenza sostanziale (possibilità/impossibilità della scelta) tra mercato dei beni e mercato dei voti, se una diversità tra i due mercati e tra i due procedimenti «contrattuali» esiste, sotto il profilo della possibilità di sottrarsi alla forza vincolante della scelta, essa, a mio avviso, è a favore del mercato dei voti, e non del mercato dei beni.

³⁵ L. VON MISES, *Human Action – A Treatise on Economics*, San Francisco, Fox & Wilkes, 1996 (4th rev. ed.), p. 11: «Human action is purposeful behavior. Or we may say: Action is will put into operation and transformed into an agency, is aiming at ends and goals, is the ego's meaningful response to stimuli and to the conditions of its environment, is a person's conscious adjustment to the state of the universe that determines his life».

³⁶ Per l'immagine (non consueta nella dottrina civilistica italiana, portata ad accentuare piuttosto la dimensione cooperativa che non quella competitiva) del contratto come una tregua provvisoria tra le parti, v. P.G. MONATERI, *Ripensare il contratto: verso una visione antagonista del contratto*, in *Rivista di diritto civile*, 2003, I, pp. 409-422.

Vediamo perché. Il contratto vincola le parti in quanto contraenti; e del resto è significativo che chi, e non da oggi, riflette sulla legittimità filosofica, giuridica, politica e sulla realizzabilità tecnica di una modificazione *ex post* del contenuto del contratto – modificazione *ex post*, perché successiva alla conclusione –, lo fa di solito mosso da intenti di cosiddetta giustizia commutativa – in vista, cioè, della fedeltà dell'economia della pattuizione al cosiddetto equilibrio contrattuale originario, quindi riferito al momento in cui il contratto è sorto³⁷ –, o, addirittura, di giustizia sostanziale³⁸; intenti, che, non è dubbio, Leoni non avrebbe condiviso, per la ragione, del resto tradizionalmente ribadita dai giuristi in difesa dell'intangibilità del contratto *ab externo*, che il contratto è affare privato delle parti³⁹: conseguentemente, se è vero che l'ordinamento offre rimedi di fronte a determinate situazioni patologiche (ad esempio, nell'ordinamento italiano, il rimedio della eccessiva onerosità sopravvenuta⁴⁰) – e quindi: se è vero che il contratto non è assolutamente intangibile⁴¹ –, è però vero che tali rimedi sono uno strumento profondamente diverso da ciò che potrebbe chiamarsi un potere diffuso del giudice sul contratto; come se il giudice fosse il soggetto delegato ad assicurare (in positivo) la giustizia degli scambi contrattuali, e non semplicemente ad assicurare (in negativo) la non manifesta (e circoscritta) ingiustizia del contratto. Al contrario, per riferirci all'esempio leoniano del gruppo parlamentare, il deputato che, dopo la votazione, cioè dopo la conclusione di un procedimento di competizione e di cooperazione retto sullo scontro tra argomentazioni – e quindi: dopo che una scelta normativa è stata effettuata –, si trovi in minoranza rispetto al gruppo parlamentare di appartenenza ha la possibilità, per esprimere il proprio dissenso, di abbandonare il gruppo; il che non è poco, come invece crede erroneamente Leoni; e comunque, se pure fosse «poco», è certamente «di più» rispetto a quanto avviene nel mercato dei beni, perché lì, dopo la conclusione del contratto, la parte «svantaggiata economicamente» dall'accordo (cioè, la parte che ha ottenuto dal contratto più di quanto non avesse

³⁷ Cfr. le osservazioni critiche di R. SACCO, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, nel *Trattato di diritto civile* diretto da Rodolfo Sacco, Torino, Utet, 2004 (III ed.), pp. 22-28, e in particolare la seguente affermazione di chiusura: «Riassumendo. La funzione sociale del contratto è il mercato. È illusorio pensare ad una funzionalizzazione del contratto operata mediante controlli sul suo contenuto. Ma bisogna garantire all'operatore una via d'accesso, prima di ostacoli e trabocchetti, al mercato. [...] Il diritto contrattuale deve essere espressione del diritto spontaneo, che si sviluppa in quel sistema informativo-normativo che è il sistema economico. Vale la soluzione opposta in quei campi di attività in cui, per una qualsiasi ragione, il mercato non possa funzionare [...]». Cfr. anche: E. BAFFI, *I limiti all'autonomia contrattuale nel pensiero economico e filosofico contemporaneo*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2004, pp. 631-672, e J.-F. SPITZ, «*Qui dit contractuel dit juste*»: *quelques remarques sur une formule d'Alfred Fouillé*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2007, pp. 281-286.

³⁸ V. *infra*, testo e nota 52.

³⁹ Cfr. ancora R. SACCO, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 17: «Là dove interviene lo scambio consensuale, l'autonomia si fa garante di un risultato prezioso. Ognuno dei due contraenti accede allo scambio perché *per lui* la prestazione che riceve ha valore maggiore rispetto alla prestazione che esegue»; «[L'autonomia] è il fenomeno per cui un soggetto crea la regola che poi potrà invocare, e cui sarà sottoposto. [...] Se il ricorso al potere autonomo è svolto in modo appropriato, l'autonomia è l'area dove opera la volontà dell'agente» (corsivo dell'a.).

⁴⁰ L'art. 1467, comma 1, cod. civ. it. dispone: «Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto [...]».

⁴¹ Più in generale, cfr. G. ALPA, *Autonomia delle parti e libertà contrattuale, oggi*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2008, pp. 571-603.

sperato durante la eventuale trattativa e comunque fino al momento della conclusione) non potrà uscire dal contratto, in quanto insoddisfatta; se lo fa, è inadempiente.

Ma non basta. Il deputato «in minoranza» all'interno del proprio gruppo ha un vantaggio, rispetto alla posizione del contraente. Mentre infatti quest'ultimo ha dinanzi a sé soltanto due alternative: o compiere la scelta di non entrare nel mercato (non concludere il contratto), oppure compiere una scelta di mercato (concludere il contratto), il deputato può decidere: i) di votare in dissenso; ovvero ii) di astenersi, all'interno di un complessivo procedimento di scelta e di scambio, e in questo senso di mercato, che si realizza, nonostante dissensi ed astensioni, proprio perché si tratta di un procedimento collettivo ma non anti-individuale.

L'insistenza di Leoni sul fatto che il membro sconfitto di un gruppo parlamentare è obbligato, è costretto ad accettare la scelta della maggioranza del gruppo, e dunque in questo modo subisce una coazione della propria libertà, non mi sembra allora giustificata: sarebbe come dire che il fatto per cui quotidianamente sono messi sul mercato beni che, in ipotesi, io ritengo immorali, importa la conseguenza per cui io, che non ho né il diritto né il potere di oppormi a quelle scelte contrattuali – che a me sono estranee – sono (giuridicamente) costretto a subire le decisioni di una maggioranza immorale (è sufficiente che un «bene immorale» sia venduto tra A e B perché si formi evidentemente una maggioranza rispetto alla quale io sono invece minoranza): in particolare, la decisione circa lo scambio di quei beni.

Non è allora seriamente sostenibile la tesi per cui l'impossibilità (materiale, giuridica, politica, culturale, ecc.) di influire su una determinata decisione altro non è se non una coazione della libertà – al limite ancora più subdola, perché meno trasparente della coazione come impossibilità politico-giuridica di esprimere una preferenza.

A parte l'evidente sconfessione di non piccola parte della riflessione filosofica di Hayek (che quantomeno dovrebbe stupire, se proveniente da Leoni), incentrata com'è sulla competizione tra idee – e quindi sulla possibilità del fallimento intellettuale dell'individuo, che può quindi rimanere minoranza, sia in un gruppo sociale ristretto, sia nella società intera –, il paradosso è che una tale argomentazione importa la conseguenza certamente anti-leoniana per cui anche il contratto (liberamente e scientemente) concluso in assenza di alternative preferibili è allora una coazione della libertà, perché – potendolo fare – il contraente avrebbe scelto condizioni contrattuali differenti.

6. La decisione collettiva, e la libertà di scelta

A ben vedere, Leoni – nella sua riflessione circa la rilevanza della libertà individuale nelle situazioni di mercato o comunque riconducibili a quelle di mercato per alcune analogie con esso, come in particolare il processo – avrebbe piuttosto potuto contrapporre, come ho qui sopra osservato, il contratto individuale al contratto collettivo⁴²; è chiaro che, in quanto contratto esso è vincolante nei confronti di tutti i membri dei gruppi contraenti, ed in quanto collettivo il suo contenuto precettivo (richiamo il principio della forza di legge del contratto: il contratto è legge tra le parti, ed infatti i giuristi parlano comunemente di *lex contractus*) si estende a tutti i membri

⁴² Ed in effetti troviamo questo riferimento nel Capitolo finale del volume («Conclusioni»), laddove Leoni scrive che «la posizione delle parti davanti a un giudice è simile, in qualche misura, a quella di individui appartenenti a un gruppo» (p. 208).

del gruppo contraente. E qui, evidentemente, stanno alcuni problemi delicati sul rapporto individuale/collettivo che ci saremmo aspettati Leoni avrebbe sollevato.

Neppure è chiaro perché Leoni consideri le minoranze parlamentari come gruppi sottomessi e perdenti, ma non sia invece preoccupato dell'esito della lotta individuale che conduce al regolamento contrattuale: è vero che, secondo un'opinione illustre, il contratto non è mai un gioco a somma zero⁴³; ma è altrettanto vero che il margine di utilità individuale che entrambe le parti ricaveranno dal contratto non necessariamente sarà uguale: non per nulla esistono – direi: *in rerum natura* – le cosiddette parti deboli e le parti forti del contratto (chi ha maggiore potere contrattuale tendenzialmente riuscirà ad ottenere condizioni contrattuali più favorevoli); non per nulla il tema della tutela del contraente debole è particolarmente discusso tra i giuristi (è opportuno aiutare il contraente più debole a recuperare *ex post* quelle utilità perdute *ex ante* a causa della debolezza economica?). E si badi che dicendo «contraente debole» non mi riferisco unicamente al consumatore, ma anche all'impresa, che però sia comunque più debole tenuto conto del potere economico della controparte contrattuale⁴⁴.

Perché a Leoni sta dunque a cuore soltanto (o soprattutto) la debolezza delle minoranze parlamentari? Entro un quadro metodologico ed assiologico che concepisce (o dovrebbe concepire) la concorrenza come un progressivo processo di scoperta⁴⁵ – tenuto conto

⁴³ Mi riferisco a: R. SACCO, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 17: «Le parti escono dal contratto arricchite. [...] È una prima gravissima svista, pensare che il contratto sia un'operazione in cui la somma dei vantaggi e delle perdite delle parti è pari a zero».

⁴⁴ In questo senso, mi limito a ricordare come l'ordinamento italiano conosca una specifica disciplina legislativa in tema di tutela contro l'abuso di posizione dominante: l'art. 9 della Legge 18 giugno 1998, n. 192 («Disciplina della subfornitura nelle attività produttive»), dispone: «1. È vietato l'abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi o nei loro riguardi, una impresa cliente o fornitrice. Si considera dipendenza economica la situazione in cui un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi. La dipendenza economica è valutata tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti. 2. L'abuso può anche consistere nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare, nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto. 3. Il patto attraverso il quale si realizzi l'abuso di dipendenza economica è nullo. Il giudice ordinario competente conosce delle azioni in materia di abuso di dipendenza economica, comprese quelle inibitorie e per il risarcimento dei danni».

In tema, cfr., PH. FABBIO, *Disparità di forza contrattuale e abuso di dipendenza economica*, in G. OLIVIERI e A. ZOPPINI (a cura di), *Contratto e antitrust*, Roma-Bari, Laterza, 2008, pp. 153-174, e, da ultimo, G. DI LORENZO, *Abuso di dipendenza economica e contratto nullo*, Padova, Cedam, 2009. Più in generale, si v. la puntuale analisi di A. ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in G. OLIVIERI e A. ZOPPINI (a cura di), *Contratto e antitrust*, Roma-Bari, Laterza, 2008, pp. 3-25; ID., *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in AA. VV., *Studi in onore di Nicolò Lipari*, Milano, Giuffrè, 2008, tomo II, pp. 3023-3058.

⁴⁵ Il riferimento è a: F.A. VON HAYEK, *Legge, legislazione e libertà – Critica dell'economia pianificata* (trad. it.), Milano, EST, 2000, *passim*, ma spec. p. 319: «Gran parte della conoscenza su cui ci si basa nel perseguire i nostri fini è rappresentata dal prodotto secondario e non intenzionale di altri che esplorano il mondo in direzioni diverse dalle nostre, stimolati da scopi diversi. Tale conoscenza non sarebbe a nostra disposizione se venissero perseguiti solamente i fini che riteniamo auspicabili»; e cfr. anche A. EBENSTEIN, *Friedrich von Hayek*, cit., p. 544: «[Hayek] avanzò l'idea che riteneva rispecchiasse in modo più preciso la realtà effettiva – che esiste cioè una divisione della conoscenza tra le menti di tutta l'umanità – e che la questione fondamentale della società non sia come radunare questa conoscenza in un unico luogo, ma come rendere efficienti gli ordini sociali, i quali fanno l'uso maggiore della conoscenza frammentaria e divisa e delle informazioni»; I.M. KIRZNER, *Concorrenza*, cit., spec. il Capitolo I («Il processo di mercato contro l'equilibrio», pp. 31-67), in particolare pp. 42-43: « [I] processo di mercato

che la conoscenza è diffusa tra gli individui e che nessun individuo può averne il monopolio –, una minoranza parlamentare rappresenta (nella fisiologia, non nella patologia, del meccanismo del mercato) idee che hanno avuto la peggio perché i «beni politici» (le idee guida dell'azione politica) offerti non sono stati acquistati in una misura sufficiente da diventare «maggioranza culturale».

Non mi sembra allora fuor di luogo rilevare come una preoccupazione di Leoni troppo marcata in questa direzione potrebbe addirittura far pensare ad un suo atteggiamento mentale favorevole più che alla tutela di un ordine spontaneo, in quanto ordine del mercato, in quanto ordine giuridico della libertà, alla tutela di un determinato ordine costruito, voluto (e forse imposto), assunto *ex ante* e *a-priori* come desiderabile per tutta la società e quindi riconducibile ad un'operazione di ingegneria sociale.

Ritorna quindi, mi pare, il problema della sovrapposizione di vari livelli di analisi, che invece dovrebbero restare distinti, quantomeno ai fini della trasparenza della discussione: i) il descrittivo/avalutativo; ii) il prescrittivo/valutativo.

Parte II – Diritto legislativo e diritto giurisprudenziale

7. Libertà negativa vs. libertà positiva

Proseguendo il discorso incentrato sul problema dell'inflazione del processo legislativo nella società contemporanea⁴⁶, Leoni enfatizza un aspetto: la legislazione va rifiutata: i) ogni volta che venga utilizzata «*come mezzo per sottomettere minoranze allo scopo di trattarle come perdenti sul campo*»⁴⁷, e ii) ogni volta che sia 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*»⁴⁸.

Alla base di tale inflazione legislativa, e più in generale alla base della progressiva riduzione degli spazi di libertà individuale – questione che certamente rimane centralissima anche nell'attuale rapporto Stato/Individuo/Società –, Leoni pone la costante violazione, nella società contemporanea, del «principio antichissimo, già enunciato dal Vangelo e, molto prima, dalla filosofia confuciana: “Non fare altri ciò che non vorresti fosse fatto a te”»⁴⁹:

viene messo in moto dai risultati prodotti dall'iniziale ignoranza dei partecipanti al mercato. Il processo consiste quindi dei cambiamenti sistematici dei progetti, cambiamenti generati dal flusso di informazioni che deriva dalla partecipazione al mercato stesso – cioè dal mettere alla prova nel mercato i propri piani. Potremmo analizzare, come problema di grande interesse teorico, la possibilità di uno stato di cose in cui non esiste ignoranza nel mercato. In questo caso avremmo un modello di decisioni che collimano perfettamente. Nessuna decisione risulterà inattuabile, e nessuna opportunità verrà persa. Ciascun partecipante al mercato avrà previsto correttamente tutte le decisioni rilevanti degli altri; avrà progettato i suoi piani nella piena consapevolezza di ciò che non può fare nel mercato, ma nello stesso tempo sarà pienamente consapevole di ciò che è in grado di fare nel mercato. Ovviamente in questo stato di cose il *processo* di mercato cesserà immediatamente. In assenza di variazioni autonome dei gusti, o delle possibilità tecnologiche, o della disponibilità di risorse, nessuno avrà interesse ad alterare i propri piani nei periodi successivi. Il mercato è in equilibrio; il modello dell'attività continuerà senza cambiamenti periodo dopo periodo» (corsivo dell'a.).

⁴⁶ B. LEONI, *La libertà*, cit., p. 17.

⁴⁷ Ivi (corsivo dell'a.).

⁴⁸ Ivi (corsivo dell'a.).

⁴⁹ Ivi.

«Non conosco nessun'altra affermazione della filosofia moderna della libertà così notevolmente concisa. Può sembrare fiacca se paragonata alle formule sofisticate, spesso vestite con oscuri simboli matematici, che sembrano così apprezzate oggi nella economia e nella scienza politica. Nondimeno, il principio confuciano sembrerebbe ancora applicabile per restaurare e conservare la libertà individuale nel nostro tempo»⁵⁰.

Leoni sottolinea in particolare come ciò che è dannoso individualmente, cioè diretto contro l'individuo, è ciò che ciascuno vorrebbe che non fosse fatto a sé:

«Certamente il compito di scoprire che cosa la gente non vorrebbe che altri le facesse non è facile. Tuttavia, sembra più facile di quello di determinare che cosa la gente vorrebbe fare da sé o in collaborazione con altri. La volontà comune, concepita come la volontà comune a tutti e a ciascun membro della società, si può accertare molto più facilmente, per quanto riguarda il suo contenuto, nella maniera "negativa" già esposta dal principio confuciano che in qualunque altra maniera positiva»⁵¹.

Se ora però colleghiamo questa idea con la teoria della pretesa, non dovrebbe sorprendere la possibilità (si badi: nello specifico ambito del ragionamento leoniano appena riferito) che, ad esempio, si affermino nella società idee solidaristiche, miranti ad assicurare la giustizia sociale del contratto e nel contratto⁵²; e ciò – notiamolo – sotto il profilo del contenuto negativo della libertà (come libertà dalla coercizione altrui, e in questo caso: della parte contrattuale più forte), sul presupposto della regola: *Io non voglio subire contratti ingiusti*.

Mi pare allora piuttosto difficile comprendere la distinzione che Leoni traccia, a proposito dell'attivismo legislativo, tra una legislazione che protegge le persone contro ciò che esse non vogliono sia fatto loro ed una legislazione che protegge le persone sulla base di ciò che esse vogliono sia fatto loro:

«[N]essuno storicismo e nessun relativismo potrebbero impedirci di riconoscere che in qualsiasi società i sentimenti e le convinzioni che si riferiscono alle azioni da non fare sono molto più omogenei e facilmente identificabili di ogni altri genere di sentimenti e di convinzioni. La legislazione che protegge le persone contro ciò che esse non

⁵⁰ Ivi.

⁵¹ B. LEONI, *La libertà*, cit., p. 18.

⁵² L'idea che il contratto possa essere utilizzato in funzione del perseguimento della giustizia sociale, nel senso di una restrizione della libertà contrattuale in favore della tutela delle parti deboli, è stata fatta propria, ad esempio, da TH. WILHELMSSON, *Social Contract Law and European Integration*, Aldershot-Brookfield (USA)-Singapore-Sidney, Dartmouth, 1995. Thomas Wilhelmsson è stato anche membro del «Gruppo di studio sulla giustizia sociale nel diritto privato europeo», che ha elaborato un «Manifesto»: cfr. AA.VV., *Giustizia sociale nel diritto contrattuale europeo* (trad. it.), in *Rivista critica del diritto privato*, 2005, pp. 99-133; in argomento, cfr. A. SOMMA, *Giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti!*, *ibidem*, pp. 75-97. In generale, cfr. anche: A. SOMMA, *Introduzione critica al diritto europeo dei contratti*, Milano, Giuffrè, 2007; M. BARCELLONA, *L'«idea sociale» nella teoria del diritto privato: il caso italiano (ma non solo)*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1997, pp. 717-733. In diversa prospettiva, cfr. gli approfonditi saggi di P. SIRENA, *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, in *Rivista di diritto civile*, 2004, I, pp. 787-823, che presta anche significativa attenzione al rapporto contratto/mercato, e di PH. FABBIO, *Disparità di forza contrattuale e abuso di dipendenza economica*, in G. OLIVIERI e A. ZOPPINI (a cura di), *Contratto e antitrust*, Roma-Bari, Laterza, 2008, pp. 153-174.

vogliono sia fatto loro da altri è più facilmente formulabile e ha più probabilità di successo di una legislazione basata su altri desideri positivi degli stessi individui. In effetti, tali desideri, di solito, sono non solo molto meno omogenei e reciprocamente compatibili di quelli negativi, ma spesso anche difficilissimi da accertare»⁵³.

Osservo che l'idea del non volere che una cosa capiti è strettamente collegata (o almeno: è probabile che lo sia) ad un'azione da intraprendere, o perché quel qualcosa appunto non capiti del tutto (misure preventive), o perché quel qualcosa è in effetti capitato e quindi occorre ragionare sulle modalità, sui rimedi da impiegare per limitarne gli effetti negativi.

8. *Libertà individuale vs. rappresentanza politica*

Leoni – sempre all'interno di questa prospettiva critica dell'inflazione legislativa – mette anche in guardia dall'assimilare i comportamenti effettivi degli individui alle opinioni che emergono dai sondaggi; egli quindi esclude che i sondaggi rappresentino la domanda effettiva del mercato elettorale:

«Nessun sondaggio, nessun *referendum*, nessuna elezione mettono davvero i legislatori nella posizione di determinare queste regole [le regole governanti il comportamento effettivo di tutti nelle loro complesse interrelazioni, ivi], più di quanto una procedura simile possa mettere i direttori di una economia pianificata in posizione di scoprire la domanda e l'offerta totale di beni e di servizi. Il comportamento effettivo delle persone si adatta continuamente a condizioni mutevoli. Inoltre, il comportamento effettivo non deve essere confuso con l'espressione di opinioni come quelle emergenti dai sondaggi e da indagini analoghe, più di quanto l'espressione di auspici e desideri sia da confondersi con la "domanda" effettiva del mercato»⁵⁴.

È certamente corretta la conclusione per cui i sondaggi non rappresentano la domanda sociale aggregata, cioè, potremmo dire, l'effettiva domanda presente sul mercato elettorale ed espressa dal mercato elettorale; e ciò, del resto, per una ragione auto-evidente: i sondaggi non sono voti; al più, sono manifestazioni di future intenzioni di voto. Ma allora perché Leoni non considera il voto come espressione autentica della domanda elettorale? Il voto politico è l'unità di misura della domanda e dell'offerta di beni politici (azione di governo) all'interno del mercato elettorale. In questa linea, sorprendentemente, Leoni assimila la legislazione (che è un prodotto di un particolare mercato qual è il mercato politico-elettorale) ad un sistema economico pianificato che invece è l'antitesi del mercato, perché vi è una compressione massima di domanda ed offerta, e quindi anche della possibilità di scelta – con l'aggravante che, in alcuni settori, la compressione è in realtà soppressione.

Neppure convincente mi pare il successivo ragionamento di Leoni impostato sull'assimilazione tra le minoranza parlamentari e le vittime di un sistema politico fondato sul meccanismo della rappresentanza parlamentare:

«È inevitabile concludere che, per restituire alla parola "rappresentanza" il suo significato originario e ragionevole ci deve essere una riduzione drastica o del numero

⁵³ B. LEONI, *La libertà*, cit., pp. 18-19.

⁵⁴ B. LEONI, *La libertà*, cit., pp. 22-23.

dei “rappresentati” o degli àmbiti in cui essi si presumono rappresentati. Tuttavia, è difficile ammettere che una riduzione del numero dei rappresentati sia compatibile con la libertà individuale, se assumiamo che essi hanno diritto ad esprimere la loro volontà almeno come elettori. D’altra parte, una riduzione del numero degli àmbiti per i quali le persone devono essere rappresentate si risolve, in definitiva, in un aumento delle sfere nelle quali la gente può decidere liberamente e individualmente senza essere affatto “rappresentata”. *Perciò, quest’ultima riduzione sembra essere la sola strada che la libertà individuale può imboccare nel nostro tempo.* Non nego che coloro che sono abituati a trar vantaggio dal processo di rappresentanza, o come rappresentanti o come membri di gruppi di rappresentati, perdano qualcosa in tale riduzione. Tuttavia è evidente che essi hanno qualcosa da guadagnare in tutti i casi in cui sarebbero stati le “vittime” designate di un processo legislativo privo di restrizioni»⁵⁵.

Se si ragiona in termini di individualismo metodologico, non si comprende perché Leoni non accetti il fatto che alcuni individui possano risultare culturalmente soccombenti rispetto ad altri – sia in quanto individui, sia in quanto membri di un gruppo; neppure si comprende perché, se si estende il ragionamento alla competizione politica, sia inaccettabile (dal peculiare punto di vista della difesa della libertà individuale) che la concorrenzialità del mercato dei beni politici abbia prodotto quel risultato.

Una siffatta conclusione non è soddisfacente anche per una differente ragione: da un lato, Leoni considera essere una finzione il meccanismo della rappresentanza politica⁵⁶ – finzione, rispetto alla volontà degli elettori rappresentati; da un altro lato, Leoni ammette però la (ben più grave) finzione per cui il diritto giudiziario è scoperto, non imposto, dal giudice, e perciò è preferibile al diritto legislativo, in quanto, evidentemente, il diritto scoperto è un diritto «migliore» perché conforme alla natura delle cose, alla tradizione⁵⁷: resta il fatto che natura nelle cose e tradizione, in quest’ottica, sono concetti statici, laddove la prospettiva austriaca è all’opposto dinamica⁵⁸.

9. Procedimento di formazione del diritto e procedimento di mercato

⁵⁵ B. LEONI, *La libertà*, cit., p. 23 (corsivo dell’a.).

⁵⁶ B. LEONI, *La libertà*, cit., p. 22, dove addirittura, pur con qualche cautela, arriva a parlare della democrazia rappresentativa come di un’impostura: «Questo [sicil. il fatto che alcune critiche – in particolare quelle provenienti da Savigny e da Ehrlich – alla legislazione non siano ancora state confutate] è certamente dovuto, fra l’altro, alla fede convenzionale del nostro tempo nelle virtù della democrazia “rappresentativa”, nonostante la “rappresentanza” sembri essere un processo molto dubbio, anche a quegli esperti di politica che non si spingono a dire, con Schumpeter, che la democrazia rappresentativa è un’“impostura”. Questa fede può impedirci di riconoscere che più sono numerose le persone che si cerca di “rappresentare” col processo legislativo, più sono numerosi gli àmbiti in cui si cerca di rappresentarli, meno la parola “rappresentanza” ha un significato riferibile alla effettiva volontà di persone diverse da quelle “loro rappresentanti”. Mi limito ad osservare che un conto è avversare la democrazia in quanto metodo di decisione collettiva; altro conto è sostenere la tesi dell’ampliamento o della riduzione degli àmbiti di decisione soggetti alle procedure della democrazia politica. Cfr. anche *ibidem*, p. 152, e *infra*, testo e nota 118.

⁵⁷ B. LEONI, *La libertà*, cit., *passim*, ma spec. p. 95, ove appunto l’affermazione che il diritto romano non era decretato ma descritto, o scoperto.

⁵⁸ In senso più ampio, cfr. l’analisi della teoria soggettiva del valore svolta da M. EABRASU, *An Assessment of Subjectivism. Its Meaning and Its Limits*, ICER Working Paper n. 1/2008, pp. 1-24: <http://www.icer.it/docs/wp2008/ICERwp01-08.pdf>.

A ben vedere la stessa frontale contrapposizione tra diritto legislativo e diritto giudiziario⁵⁹ suscita perplessità, a partire dalle caratteristiche strutturali dei due procedimenti di formazione del diritto: come infatti il processo è in una certa misura assimilabile al mercato, anche il parlamento lo è, perché entrambi i procedimenti sono caratterizzati dall'elemento competitivo e dall'elemento cooperativo.

Nel processo, il prezzo di mercato è la sentenza: e peraltro, se si porta l'analogia fino in fondo, la sentenza dovrebbe essere piuttosto intesa come un prezzo imposto da un regolatore centrale – il giudice –, che non il frutto dell'accordo tra le parti: dove vi è processo non vi è accordo ma conflitto⁶⁰.

In parlamento, il prezzo di mercato è la legislazione, che è il prodotto della competizione/cooperazione tra i soggetti del mercato politico-partitico e che ha il proprio fondamento di legittimità (naturalmente dal punto di vista leoniano dello scambio di mercato) nella forza politica dei gruppi parlamentari, da considerare in parallelo con la forza economica.

Si può dunque essere a favore di un diritto giudiziario e critici del diritto legislativo senza per questo doversi negare le analogie con il mercato che anche la competizione politico-partitica ha.

La stessa critica che Leoni rivolge al potere legislativo, incentrata sulla fallibilità della conoscenza dei parlamentari⁶¹ (in quanto individui), non è irresistibile, mi pare, proprio per il fatto che certe misure legislative sono adottate non perché chi le adotta si presenti (persona o gruppo politico che sia) come onnisciente, ma solo perché chi le adotta intende attuare un certo programma che ha avuto successo nel mercato politico, che in una società aperta è e resta l'unico metro di giudizio circa la legittimità della domanda e dell'offerta politica. Si può anzi aggiungere che in una società aperta, e come tale democratica, la teoria della pretesa individuale trova il proprio fondamento anche in tale legittimità.

Sotto questo profilo, non mi pare possa allora giocare alcun ruolo l'assioma della conoscenza limitata: la questione, differente, è quella della conquista del potere politico attraverso la competizione elettorale.

Del resto, Leoni neppure considera l'ipotesi che la legislazione possa essere un sostegno del mercato⁶², differenziandosi così da Hayek: evidentemente, il problema non è tanto quello della forma legislativa ma del contenuto della legislazione. Problema che, in

⁵⁹ B. LEONI, *La libertà*, p. 27: «Se non erro, c'è più di una analogia fra l'economia di mercato e il diritto giudiziario o dei giuristi, come c'è più di un'analogia fra l'economia pianificata e la legislazione».

⁶⁰ Ed infatti Leoni, nella «Conclusioni» del volume, scrive che il soccombente in una causa non può rifiutare la decisione finale: B. LEONI, *La libertà*, cit., p. 208.

⁶¹ B. LEONI, *La libertà*, cit., p. 26: «Nessun titolo pomposo, nessuna cerimonia, nessun entusiasmo di masse plaudenti possono celare il crudo fatto che sia i legislatori, sia i direttori di un'economia centralizzata ignorano il novantanove per cento di quel che succede attorno a loro, per quanto riguarda le transazioni, gli accordi, gli atteggiamenti, i sentimenti e le convinzioni reali delle persone».

⁶² A. EBENSTEIN, *Friedrich von Hayek*, cit., pp. 429-430: «Von Hayek favorì esplicitamente la creazione di leggi da parte del governo [...]. Egli era un radicale che cercava di cambiare le leggi e le istituzioni esistenti fintanto che esse avessero contribuito ad ampliare la concorrenza. Mentre infatti affermava che ci poteva essere grande saggezza contenuta nelle leggi ereditate e in altre regole delle generazioni passate, il suo impegno preciso era verso il cambiamento e non per la stasi. La sua filosofia era un credo dinamico e verso il progresso che sottolinea il desiderio di un grande cambiamento sociale. Chiaramente non era un conservatore. [...] Sebbene condannasse il "razionalismo costruttivista", von Hayek perseguiva un grande cambiamento nelle macro-istituzioni sociali»; e p. 432: «La libertà è libertà di azione dell'individuo e di associazione creata attraverso la legge».

prospettiva hayekiana, certo non può essere tenuto separato da quello della filosofia generale del diritto che permea una società in un determinato momento, perché può accadere che anche un diritto giudiziale sia ostile alla libertà individuale, se il contesto culturale della società è orientato in quella direzione⁶³.

Con riferimento, poi, al pericolo che il diritto giudiziario assuma le caratteristiche negative del diritto legislativo in conseguenza di un processo di «attrazione culturale» del legislativo sul giudiziario, può osservarsi quanto segue: ad avviso di Leoni, questo fenomeno ha ormai interessato le società contemporanee, ed esso si concretizza quando le corti di ultima istanza abbiano il potere (votando a maggioranza dei componenti) di imporre le opinioni personali della maggioranza sulla minoranza dissenziente⁶⁴, con l'effetto a catena per cui pochi giudici potranno imporre la loro opinione personale ai giudici di grado più basso e quindi alla società intera.

Orbene, un siffatto ragionamento tradisce una sfiducia prima di tutto culturale verso una concezione dinamica, evolucionista, del diritto: concezione, che invece dovrebbe stare a cuore agli studiosi di ispirazione liberale, perché è l'unica via di legittimazione, sul piano etico e teoretico, dell'azione dell'individuo, considerata come un valore in sé, quindi come un *a-priori*, indipendentemente dalle conseguenze (previste, non previste; prevedibili, non prevedibili; volute, non volute) da essa discendenti⁶⁵.

Concezione dinamica del diritto, che, così come è la cornice al centro della quale sta la teoria dell'ordine spontaneo di Hayek, per identiche ragioni (centralità della libertà dell'agire individuale) dovrebbe essere la cornice anche della teoria giuridica della pretesa individuale. Hayek e Leoni sono infatti pensatori che, se pure non interamente

⁶³ F.A. VON HAYEK, *Legge*, cit., pp. 86-87: «Ogni giurista [...] quando dovrà applicare o interpretare una regola che non è in accordo col resto del sistema si disporrà a tale impresa in modo da volgere quella regola in una forma che la renda compatibile con le altre. Se uniti, i giuristi di professione possono pertanto annullare talvolta l'intenzione del legislatore, non per dispregio del diritto, ma, al contrario, perché le loro tecniche li conducono a preferire quella che è ancora la parte predominante del diritto, e a collocarvi un elemento estraneo trasformandolo in modo da armonizzarlo con l'intero insieme. La situazione è comunque del tutto differente quando una filosofia generale del diritto non in accordo con la maggior parte del diritto esistente guadagna influenza. Gli stessi giuristi, mediante i medesimi abiti mentali, e le medesime tecniche, e in generale altrettanto inconsapevolmente, divengono una forza rivoluzionaria, la quale è efficace nel trasformare il diritto stabilito in ogni suo dettaglio quanto prima lo era nel preservarlo inalterato. Le stesse forze che nel primo caso impediscono ogni movimento, nel secondo tendono ad accelerare il mutamento fino a trasformare l'intero corpo del diritto molto più di quanto chiunque avesse previsto o desiderato. Se questo processo condurrà ad un nuovo equilibrio o ad una disgregazione dell'intero corpo del diritto nel senso in cui tuttora comprendiamo questo termine, dipenderà dal carattere della nuova filosofia».

⁶⁴ B. LEONI, *Libertà*, cit., p. 28, e cfr. pp. 203-204.

⁶⁵ Su tale questione, che è davvero decisiva, mi pare utile richiamare qui quanto affermato dal prof. Giovanni Giorgini, in chiusura della sua relazione cit. *supra*, nota 13: il compito di un pensatore liberale è quello di sottolineare come i liberali non siano affatto relativisti, perché credono in alcuni (pochi) valori fondamentali, tra cui quello dell'educazione liberale, nel senso di educazione alla capacità di pensiero critico e di educazione che consenta alle persone di diventare buoni padri di famiglia (concetto tecnico-giuridico, traducibile come individuo ragionevole) e buoni individui comuni. Si tratta, a mio avviso, del problema centrale di una teoria politico-giuridica come quella liberale, che è incentrata sull'esercizio critico e quindi sulla competizione tra le idee. Come rimanere fedeli a questo assioma pur quando esso abbia condotto a risultati opposti ai valori liberali professati? Come evitare che il rifiuto di una determinata concezione del mondo che si sia progressivamente affermata nella società grazie alla libertà di pensiero, di parola e di azione – cioè: grazie alla moderna società aperta e democratica – si traduca in rifiuto della stessa libertà, e quindi dello stesso carattere aperto e democratico della società?

sovrapponibili, come è facilmente rilevabile, hanno compiuto un cammino intellettuale competitivo ma non conflittuale.

La mia critica all'argomentazione di Leoni può essere allora in sintesi espressa dicendo che la teoria della pretesa non può condurre a negare la legittimità politico-sociale di certe soluzioni giuridiche, o perché non coincidenti con la presunta volontà generale (altra finzione) della società, oppure con l'opinione di alcuni giudici, pur se di ultima istanza (come se, da questo punto di vista, l'unanimità di consensi fosse garanzia della bontà della decisione: conclusione inaccettabile proprio dal punto di vista leoniano)⁶⁶.

Del resto, se «[l']opinione pubblica non è tutto, neppure in una società liberale, per quanto sia senza dubbio una cosa molto importante, soprattutto in una società liberale»⁶⁷, è però vero che il processo ha l'obiettivo di scoprire non la verità (il che, nella prospettiva leoniana, sorprende, se il presupposto teoretico da cui muove la prospettiva giuridica di Leoni è che il diritto giudiziale è diritto conforme al dover essere giuridico, che non può non coincidere con la verità del diritto), ma «qual è la volontà della gente»⁶⁸, di fronte alla controversia oggetto della causa.

A parte la contraddizione riscontrabile tra i due passaggi appena citati, si può qui sottolineare soprattutto che ciò che più meraviglia è la seguente convinzione di Leoni: il prodotto della dialettica processuale dovrà essere una determinata, specifica, regola giuridica, perché una sola regola, quella sola regola affermata dal giudice, potrà essere la regola corretta per la risoluzione del caso. Regola del caso, dunque, conforme all'idea generale di giustizia – regola esplicita o implicita, ma sicuramente esistente nell'ordine sociale (in quanto fondamento dell'ordine sociale e dell'ordine giuridico); dunque, e paradossalmente, l'esito di tale ragionamento non può che essere quello per cui la volontà generale non solo esiste, ma è il criterio di giudizio per valutare la conformità/non conformità al diritto delle condotte umane oggetto del processo. È una volontà generale soggetta, per così dire, ad una parcellizzazione, funzione degli n processi (civili e penali) in corso in quella collettività. Ci troviamo, in conclusione, di fronte ad una situazione nella quale la volontà generale ha comunque bisogno di una rappresentanza; non quella parlamentare, ma quella giudiziale. Il problema della finzione non mi pare allora felicemente risolto.

La concezione dinamica del diritto non può quindi essere concepita aprioristicamente come avversa al mutamento giuridico. In caso contrario, ricadremmo in ciò che potremmo chiamare «fallacia rothbardiana», per cui la libertà è un bene assoluto da difendere, purché e fin tanto che i suoi frutti non siano in contrasto con le premesse etico-filosofiche del libertarismo rothbardiano (che, se possibile, estremizza la visione assolutistica misesiana): forse, un mondo ricco e variegato; certamente, non il regno della libertà⁶⁹.

⁶⁶ Non va dimenticato che, nell'ordinamento italiano, una traccia della ancora attuale e visibile presenza del positivismo giuridico è l'impossibilità di rendere note, per i giudici collegiali (si pensi, in particolare, alla Suprema Corte di Cassazione, ma anche alla Corte Costituzionale), le eventuali opinioni dissenzienti rispetto all'opinione di maggioranza. Ciò altro non significa se non che il giudice, in quanto organo dello Stato, è la bocca della legge; con il corollario per cui, data una norma, una sola può essere l'interpretazione corretta. Il dissenso interpretativo è inteso come una minaccia alla compattezza del sistema: paradossalmente, la stessa logica di Leoni, pur mossa da intenzioni opposte e diretta ad obiettivi opposti.

⁶⁷ B. LEONI, *La libertà*, cit., p. 172.

⁶⁸ B. LEONI, *La libertà*, cit., p. 25.

⁶⁹ Il che può far riflettere se, a ben vedere, l'approccio rothbardiano sia, più che una filosofia politica, una religione civile; in senso più ampio, cfr. G. GIORGINI, *Laicità e liberalismo*, cit., p. 2 del testo

Parte III – Libertà e costrizione

10. La relazione tra libertà e costrizione

In un passaggio su cui è interessante soffermarsi, Leoni scrive che si è liberi solo se si è in grado di costringere gli altri ad astenersi dal costringere noi stessi:

«In questo senso, “libertà” e “costrizione” sono inevitabilmente connesse: questo si dimentica troppo spesso quando si parla di libertà. Ma la “libertà” in se stessa, nel linguaggio ordinario, non è mai “costrizione”, e la costrizione che è legata inevitabilmente con la libertà è solo una costrizione negativa: cioè, una costrizione imposta solo per far rinunciare altri a costringere a loro volta. E questo non è solo un gioco di parole: è una descrizione stringatissima del significato di parole del linguaggio ordinario di società politiche in cui gli individui abbiano un qualsiasi diritto che deve essere rispettato, o, per così dire, qualora abbiano un diritto negativo che dia loro titolo ad essere chiamati “liberi”»⁷⁰.

Leoni prosegue il discorso con l’affermazione per cui il mercato implica l’idea di costrizione, affinché sia garantita la sopravvivenza del mercato stesso: chi partecipa al mercato ha diritto di difendersi dai ladri che, con la loro azione, turbano il processo di allocazione della ricchezza chiamato appunto «mercato»; dunque, per assicurare l’esistenza del mercato, è necessario un determinato livello di coazione: non c’è mercato, se non c’è un potere di coazione al di sopra di esso (l’ordinamento giuridico) e che si indirizzi alla salvaguardia (dall’esterno) di esso; conseguentemente, ci può essere mercato solo fin tanto che ci sia un qualche potere che possa limitare l’azione dei nemici del libero mercato:

«Non c’è un “libero mercato” senza, al di sopra di esso, un qualche potere di coazione. Un mercato libero è radicato in una situazione in cui chi fa transazioni ha un qualche potere di limitare i nemici del libero mercato stesso. Questo aspetto non è messo sufficientemente in evidenza da quegli autori che, occupandosi del “libero mercato”, finiscono per trattarlo come la antitesi per eccellenza rispetto alla costrizione governativa»⁷¹.

È, questo, un punto decisivo, tanto più che Leoni rivolge la propria attenzione critica direttamente nei confronti di Mises, il quale ha il torto di non «precisare, come [...] sembrerebbe ragionevole dal punto di vista di un libero negoziatore, che la libertà significa anche restrizione imposta al potere di chiunque altro di interferire col libero mercato»⁷².

dattiloscritto: «[L]a politica è l’ambito dell’incertezza e della mediazione laddove la religione è quello dell’assoluto e della fede».

⁷⁰ B. LEONI, *La libertà*, cit., p. 56.

⁷¹ B. LEONI, *La libertà*, cit., p. 57.

⁷² Ivi; e Leoni continua: «Appena ammettiamo questo significato di libertà, il vincolo egemonico dello Stato non è solo qualcosa da imbrigliare, ma anche – e soprattutto – qualcosa di cui facciamo uso per imbrigliare l’azione di altre persone. Gli economisti non negano, ma neppure considerano debitamente il fatto [...] che ogni atto economico, di regola, è anche un fatto giuridico le cui conseguenze possono

Dunque, il nemico del mercato non è soltanto (e soprattutto, secondo la miope vulgata misesian-rothbardiana) lo Stato, ma anche il potere dell'individuo che interferisca con il libero mercato, cioè con la libertà di autodeterminazione individuale altrui.

Ora, se si riflette sul binomio libertà/costrizione all'interno di questa prospettiva, a me sembra piuttosto chiaro che la stabilità del libero mercato dipende alla fin fine dal giudizio di valore che sta alla base di parole come «libertà» e «coercizione»; il problema, dunque, è prettamente intellettuale e culturale (e in sintesi: morale), nel senso che il contenuto filosofico e normativo dei due termini non può essere mai assunto valido aprioristicamente; non sono concetti a-storici, o, peggio, pre-storici; in questo senso sono concetti intellettuali, prodotti della cultura umana⁷³.

Presupposto del mercato, allora – ribadiamolo –, è unicamente un giudizio di valore, che in quanto tale è un *a-priori*, ma in quanto regola di esistenza e di sussistenza del mercato è un giudizio *a-posteriori*, cioè necessariamente immerso nella storia dell'umanità: qui, potremmo dire, il giudizio morale è corroborato dal giudizio storico. Nel senso che l'immersione nella storia del giudizio di valore consente ad esso di assumere una rilevanza sociale che trascende la dimensione teoretica e di diventare strumento di comprensione, e non solo di descrizione, del mondo⁷⁴, assumendo così una portata prescrittiva all'interno dell'ordine giuridico-sociale: faccio riferimento alla dimensione prescrittiva del giudizio di valore storicizzato perché la non-falsificazione storica di esso è un elemento che rafforza la normatività del contenuto di valore di quel giudizio.

11. Per una antropologia della libertà

Vista in uno spettro più ampio, la questione è antropologica e storica, e pone il problema del passaggio dalla fase empirica (forse inconsapevole) in cui il mercato si è materialmente e storicamente affermato come processo di scoperta e di trasmissione di informazioni e di conoscenza (quindi di progresso e di sviluppo della società), alla fase teoretica in cui il mercato è stato de-storicizzato per poter essere assunto come paradigma antropologico – componente essenziale e a-temporale dell'antropologia umana –, e per poter essere conseguentemente difeso in quanto valore morale ed

essere fatte rispettare dalle autorità se, ad esempio, le parti non si comportano come ci si aspettava in base al loro accordo».

⁷³ Doveroso, il richiamo espresso di F.A. VON HAYEK, *Legge*, cit., p. 533: «L'evoluzione della società e del linguaggio, e quella della mente umana, sollevano a questo riguardo *§cil.* l'evoluzione di quelle norme di comportamento che governavano la struttura e il funzionamento dei vari gruppi di uomini in cui è andata sviluppandosi la razza umana, ivi] la stessa difficoltà: la parte più importante dell'evoluzione culturale, cioè addomesticare tutto ciò che era selvaggio, fu completata ben prima dell'inizio della storia scritta. È tale evoluzione culturale, di cui solo l'uomo è stato partecipe, che lo distingue ora dagli altri animali. [...] Per capire questo sviluppo si deve completamente scardinare la concezione secondo cui l'uomo è stato in grado di sviluppare una cultura perché era dotato di ragione»; cfr. anche il seguente rilievo di un illustre storico del diritto: «*Umanità* del diritto: è sicuramente questo il primo punto fermo su cui insistere. [I]n una natura fenomenica priva di uomini non c'è spazio per il diritto, il quale – come ci avverte con stringente efficacia già un antico giurista romano [Ermogeniano] – *hominum causa* si è originato, sviluppato, consolidato; il che vuol dire che è nato con l'uomo e per l'uomo, inscindibilmente collegato alla vicenda umana nello spazio e nel tempo» (P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2008 [XIII ed.], pp. 11-12; corsivo dell'a.).

⁷⁴ Mi limito qui a rinviare, senza poterle discutere, alle osservazioni molto interessanti contenute in: E. COLOMBATTO, *Social Contracts*, cit., spec. pp. 34-40, a proposito dell'insuccesso degli approcci contrattualista, istituzionalista ed evolutivista nella spiegazione dei contesti in cui si sviluppano ed operano le politiche del diritto (legislative o giudiziali).

intellettuale innato, indipendentemente dalla consapevolezza e dalla comprensione storica della rilevanza etico-sociale del mercato.

Tornando al nostro autore, se si condivide la definizione di libertà che Leoni propone, è corretto sostenere (nella duplice logica del giudizio di valore *a-priori* e della regola di azione *a-posteriori*) che io non sono libero se, nel momento in cui decido di concludere un contratto ed ho un potere contrattuale inferiore alla mia controparte, non posso fare altro che accettare le condizioni contrattuali che mi vengono proposte/imposte. Ma allora, se non sono libero o sufficientemente libero da incidere anche sulla determinazione del contenuto del contratto (e non solo sulla decisione se concludere o non concludere il contratto), cioè: se non ho un sufficiente potere economico, che cosa mi impedisce di invocare rimedi – rivolgendomi ad un giudice o appellandomi al legislatore – con i quali limitare il potere economico della mia controparte? Solo a queste condizioni io sarei effettivamente libero, perché solo allora io potrei essere in grado di costringere la mia controparte, più forte, ad astenersi dall'impormi certe condizioni per me intollerabilmente svantaggiose.

Del resto, Leoni nega apertamente⁷⁵ – e così molto opportunamente distanziandosi dalla teoria politico-giuridica del libertarismo rothbardiano – che il potere dello Stato sia il principale ostacolo al conseguimento dei frutti dell'autodeterminazione individuale: anche i poteri dei privati, cioè il potere economico dei privati, possono rappresentare un impaccio al funzionamento del mercato.

Si può allora e più in generale dire che l'approccio con cui Leoni, almeno qui, guarda alla libertà individuale ed alla sua tutela è (consapevolmente o inconsapevolmente) storicistico, o, se si preferisce, relativistico, perché non fondato sull'assunto per cui non solo esiste, ma è anche accertabile, un significato oggettivo ed assoluto – e quindi a-storico – di termini quali appunto quello di «libertà individuale», ma al contrario fondato sull'assunto per cui il termine «libertà» implica una continua ri-definizione concettuale in quanto concetto storico soggetto come tale ad una continua ri-definizione storica⁷⁶: ri-definizione concettuale, che naturalmente non è assiologicamente neutra, ma sarà condotta in vista di determinati obiettivi di politica diritto conformi a determinati giudizi di valore. In sintesi: la libertà come concetto antropologico⁷⁷.

L'atteggiamento intellettuale di Leoni è evidentemente molto più vicino ad Hayek che a Rothbard: «[U]n mercato non è più “naturale” del governo stesso, ed entrambi non sono più naturali, per esempio, dei ponti»⁷⁸.

Se la libertà è un concetto umano⁷⁹, bisogna allora concludere che essa è soggetta agli sviluppi della cultura umana, senza che possa neppure immaginarsi di preservare un'idea a-storica di libertà. È ben vero che può ammettersi una definizione *a-priori* di

⁷⁵ B. LEONI, *La libertà*, cit., pp. 57-58.

⁷⁶ Fanno riflettere, anche criticamente, le seguenti parole di Kojève: «La “verità” è nella storia (“storicismo”) e si rivela dallo studio della storia; è necessario organizzare la società (tolleranza, pace assicurata da un potere centrale autoritario; monarchia assoluta; assolutismo illuminato) per realizzare l'ideale esistenziale del particolare (fra gli altri [scopi]: per raggiungere la “verità”)» (M. FILONI, *Il filosofo della domenica. La vita e il pensiero di Alexandre Kojève*, Torino, Bollati Boringhieri, 2008, p. 222).

⁷⁷ A questo proposito, può essere utile notare che il prof. Giorello ha avuto modo di definire il liberalismo come un'antropologia negativa e non come un'ideologia, poiché esso cambia forma a seconda del dispotismo contro cui si oppone: le parole di Giulio Giorello sono state ricordate dalla prof. Stefania Fuscagni nel Convegno richiamato *supra*, nota 12.

⁷⁸ B. LEONI, *La libertà*, cit., p. 58.

⁷⁹ B. LEONI, *La libertà*, cit., p. 59, il quale richiama espressamente le parole di Mises.

libertà in quanto giudizio di valore de-storicizzato, ed è altrettanto vero che tale definizione può essere difesa sul piano della morale individuale, dell'etica sociale e dell'antropologia culturale; ma non è vero che da tali premesse teoretiche ne possa conseguire che la definizione di libertà (qualunque essa sia) – non in quanto concetto ma in quanto regola dell'azione e criterio di giudizio dell'azione – possa essere sottratta ai flussi culturali presenti nella società.

12. Libertà, e libertà dal bisogno

Leoni osserva altresì che la libertà dell'uomo non può essere pensata soltanto come libertà dal potere altrui:

«Un uomo può anche dirsi “libero” da una malattia, dalla paura, dal bisogno, come in effetti avviene nel linguaggio ordinario. Ciò ha incoraggiato alcuni a considerare la “libertà dalla costrizione da parte di altri uomini” alla pari, ad esempio, con la “libertà dal bisogno”, senza notare che il secondo tipo di libertà può non avere nulla a che fare col primo. Un esploratore può soffrire la fame nel deserto dove è voluto andare da solo senza essere costretto da nessuno. Non è “libero dalla fame”, ma è, come prima, completamente “libero dalla coazione o dalla costrizione” da parte di altri»⁸⁰.

Si può notare quanto segue: è vero che l'assenza di libertà in tanto in quanto libertà dal bisogno (cioè l'impossibilità di fare qualcosa non riconducibile ad una opposizione altrui) è una condizione differente dall'assenza di libertà in tanto in quanto coazione fisica da parte di individui singoli, o gruppi di individui; ma è altrettanto vero che vi sono situazioni in cui le due condizioni possono coincidere in ciò: che il soggetto non è in grado di effettuare una scelta, pur volendolo. Lo ammette del resto lo stesso Leoni, quando scrive che la libertà dal bisogno «può» non aver nulla a che fare con la libertà come assenza di costrizione derivante dal potere altrui.

È infatti evidente che, se guardiamo agli effetti della situazione di non-libertà, non è decisivo, *a parte subiecti*, che tale situazione derivi dall'esercizio di un potere altrui (violenza) oppure da uno stato di fatto (povertà); il risultato è che, in entrambe le situazioni, la persona non è in grado di autodeterminarsi: nell'un caso, si tratterà di autodeterminazione precipuamente fisica; nell'altro caso, precipuamente economica⁸¹.

È anche ovvio che l'esempio scelto da Leoni onde rafforzare il proprio ragionamento volto a distinguere le due situazioni, nel presupposto implicito che nella maggioranza dei casi tale distinzione sia empiricamente fondata (laddove la distinzione teoretica non appare però così netta, per ciò che afferma Leoni stesso), non è particolarmente indicativo: anzi, vorrei dire che esso può essere usato come prova contraria. L'esploratore che decida di recarsi nel deserto e colà soffra la fame, certamente non è un caso ben scelto di ciò che ordinariamente⁸² va sotto il nome di «libertà dal bisogno»:

⁸⁰ B. LEONI, *La libertà*, cit., pp. 59-60.

⁸¹ Ed allora non ci si può però non chiedere se non vi sia addirittura perfetta coincidenza tra libertà dal bisogno e libertà come assenza di coazione, in quanto in entrambi i casi ciò che viene vulnerato è il principio di autodeterminazione individuale: se così fosse, la mia stessa affermazione fatta poco sopra nel testo andrebbe corretta in senso estensivo: ogni situazione di mancanza di libertà dal bisogno è una situazione di mancanza di libertà, senza necessità di ulteriormente connotare questa «mancanza di libertà».

⁸² È lo stesso Leoni a sottolineare la centralità dell'uso ordinario (del linguaggio, e quindi del diritto): cfr. B. LEONI, *Lezioni di filosofia del diritto*, cit., pp. 185 e 187: «Anche il matematico, che più d'ogni altro

il bisogno che grava sull'esploratore, infatti, è l'effetto diretto di una sua libera scelta, che ben ha potuto compiere (e che infatti gli ha procurato quella condizione di difficoltà): è stato dunque fatto pieno esercizio del potere di autodeterminazione individuale. Qui, se mai, la questione più generale – che però mi limitino a richiamare – è se i restanti membri della collettività (nelle forme delle moderne «politiche sociali») abbiano un diritto/dovere di intervenire per sottrarre l'individuo a quella situazione pregiudizievole, pur deliberatamente e consapevolmente cagionata a se stesso.

Ma se ora facciamo il caso della persona nata in un contesto familiare e sociale di povertà, non ci sono dubbi che tale disagio non è causalmente riconducibile, né direttamente, né indirettamente, ad essa: e dunque la negazione, qui, di una «libertà dal bisogno» non può in alcun modo essere collegata ad un precedente atto di autodeterminazione del soggetto. L'unica via, da questo punto di vista, sarebbe quella, del tutto paradossale e perciò impercorribile almeno nella moderna società aperta – che tra i suoi caratteri essenziali e costitutivi ha l'inclusione e non l'esclusione –, di ritenere che il fatto della procreazione, in quanto atto volontario, sia da ritenersi la causa prima dello stato di bisogno in cui la persona nata si sia venuta a trovare, per poi concludere nel senso, del tutto aberrante, che la situazione di disagio sociale, imputabile quanto meno ai genitori, giustifica la non allocazione ad altri soggetti (meglio: alla società nel suo complesso, quale luogo appunto di inclusione sociale) della condizione di mancanza di mezzi economici idonei all'autodeterminazione.

Non si tratta, a ben vedere, dell'idea, che infatti è criticata da Leoni, per cui, «ogni qualvolta qualcuno manca di qualcosa di cui ha bisogno o che semplicemente desidera [la ragione è che] ne è stato ingiustamente “privato” da parte di chi possiede queste cose»⁸³. La situazione di mancanza di libertà dal bisogno in cui si trova il povero del nostro esempio, come non è tale perché imputabile al povero stesso, oppure a chi lo ha generato, neppure è tale (cioè: è situazione di non-libertà) perché altri hanno sottratto risorse economiche astrattamente spettanti a questa persona. Questa è una logica che inevitabilmente conduce alla teoria del conflitto sociale, nel presupposto che ciò che manca a Tizio rappresenti necessariamente un indebito *quid pluris* di Caio; conseguentemente, gli squilibri tra livelli di ricchezza individuali sono percepiti come il risultato di appropriazioni indebite a carattere seriale – senza però potersi allora distinguere tra appropriazioni economiche, politiche, sociali, culturali ecc., fino a coprire ogni settore della vita umana, nell'idea che laddove vi è un «più» di ricchezza, di cultura, di società ecc., vi debba essere anche un «meno» imputabile a individui o gruppi, appunto nella logica non della competizione virtuosa, che è il fondamento della cooperazione sociale, ma della rapina di massa, che è opposta tanto alla competizione quanto alla cooperazione.

Si tratta, però, di una antropologia pre-moderna, ed è irrilevante il fatto che essa sia ancor oggi proposta da taluni come schema di spiegazione della disuguaglianza; pre-

studioso sembrerebbe svincolato dall'uso linguistico comune, in realtà si trova, per così dire, immerso in un linguaggio che è quello dei matematici che sono venuti prima di lui. Quindi le possibilità di usare termini ad arbitrio sono molto più limitate di quanto non si creda, perché chi parla si inserisce, in definitiva, in un discorso che è già abbastanza noto. [...] Se vogliamo dare un senso alla definizione di un concetto e all'uso di un termine che sono adottati comunemente con un certo significato, allora il problema è di stabilire che cosa la gente intende con quel termine. [...] Se le cose stanno così, *non ha molto senso dire che il diritto è la norma, oppure che il diritto è il comportamento delle persone*. Il diritto [...] è anzitutto ciò che la gente pensa essere il diritto nel nostro ambito [...]» (corsivo dell'a.).

⁸³ B. LEONI, *La libertà*, cit., p. 60.

moderna, perché fa mostra di ignorare il prodotto sociale aggregato – cioè: la società aperta – cui il procedimento di competizione ha storicamente dato luogo.

Parte IV – La certezza del diritto

13. Libertà, certezza del diritto, mercato

Un buon numero di pagine del Capitolo IV⁸⁴ di *Freedom and the Law* sono dedicate all'analisi del concetto di certezza del diritto; qui Leoni scrisse quel famoso passaggio nel quale distingue tra «certezza del diritto» in Atene e «certezza del diritto» in Roma⁸⁵. In sintesi, tale distinzione consisterebbe in ciò: nel diritto greco, certezza del diritto significa esistenza di una regola scritta, laddove nel diritto romano significa assenza di mutamenti del diritto improvvisi ed imprevedibili:

«La concezione greca della certezza del diritto era quella di un diritto scritto. [...] La certezza del diritto, nel senso di formula scritta, si riferisce a uno stato di cose inevitabilmente condizionato dalla possibilità che la legge attuale possa essere sostituita ad ogni momento da una legge successiva. Più intenso e accelerato è il processo di legislazione, più incerta sarà la durata nel tempo delle leggi in vigore al momento. Inoltre, niente impedisce a un[a] legge, certa nel senso che abbiamo detto, di venir imprevedibilmente cambiata da un'altra legge non meno “certa” della precedente. Quindi, la certezza del diritto in questo senso potrebbe essere chiamata certezza del diritto *a breve termine*. [L]a certezza – a breve termine – era sconosciuta al diritto civile romano. Ciò non significa che i Romani non fossero in grado di fare progetti sulle conseguenze giuridiche future delle loro azioni. [I]l diritto romano, pur non essendo una serie di regole espresse con precisione paragonabil[e] a quelle di un codice scritto, aveva una certezza tale da mettere i cittadini in grado di fare liberamente e con fiducia progetti per il futuro. [I]l 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. [...] I Romani accettavano e applicavano un concetto di certezza del diritto il cui senso era che il diritto non doveva mai essere soggetto a cambiamenti improvvisi e imprevedibili. In più, il diritto non doveva mai essere subordinato alla volontà o al potere arbitrario di qualsiasi assemblea legislativa e di qualsiasi persona [...]. Questo è il concetto di certezza del diritto a lungo termine, o romano, se si preferisce»⁸⁶.

Leoni, inoltre, afferma sussistere un'analogia tra diritto romano e mercato: come non ci può essere un libero mercato se non c'è alle spalle un ordinamento giuridico che lo tuteli dalle interferenze arbitrarie provenienti dall'esterno e dall'interno, così non ci può essere diritto in senso proprio – diritto autentico – se la costruzione del diritto sia rimessa alla volontà, alla discrezionalità, all'arbitrio altrui: il diritto romano, in quanto diritto non imposto da un legislatore, ma scoperto, descritto, verbalizzato dal giurista,

⁸⁴ Intitolato appunto «Libertà e certezza del diritto», pp. 87-107.

⁸⁵ La posizione di Leoni è stata analizzata criticamente da G. GOMETZ, *La certezza giuridica come prevedibilità*, Torino, Giappichelli, 2005, in particolare pp. 138-157.

⁸⁶ B. LEONI, *La libertà*, cit., pp. 87, 91, 94, 95 (corsivo dell'a.).

assicurava la stabilità e l'uniformità dell'ordinamento giuridico nel corso del tempo, preservandolo così da interferenze arbitrarie dei terzi⁸⁷.

Lungo questa linea, Leoni difende la superiorità della *common law* rispetto alla *civil law*, proprio perché la prima non sarebbe il frutto della volontà arbitraria dei parlamenti, ma il frutto dell'attività di indagine, e di scoperta, delle corti, le quali, appunto, trovano il diritto e non lo creano:

«Secondo il principio inglese della *rule of law*, che è strettamente intrecciato con tutta la storia della *common law*, le norme non erano propriamente il risultato dell'esercizio della volontà arbitraria di uomini particolari. Esse sono oggetto di una indagine spassionata da parte delle corti di giustizia, proprio come le norme romane erano oggetto di una ricerca spassionata da parte dei giuristi romani cui le parti sottomettevano le loro cause»⁸⁸.

14. Diritto giurisprudenziale e mercato

A questo punto, Leoni ritorna sull'analogia diritto giurisprudenziale/mercato, affermando che il mercato è incompatibile con il diritto legislativo in quanto diritto emanato da un'autorità normativa centrale, e conclude nel senso che, in materia di diritto privato, la legislazione è incompatibile con la libertà individuale⁸⁹.

Io credo che sia chiarificatore innestare un collegamento tra le appena richiamate affermazioni di Leoni e quanto egli stesso scrisse successivamente in riferimento, ancora una volta, alla sua concezione teorico-generale del diritto come pretesa⁹⁰; a mio avviso, emergono alcune contraddizioni ed alcune questioni non risolte.

⁸⁷ B. LEONI, *La libertà*, cit., pp. 95-96: «Fino a un certo punto, esso [il concetto di certezza di diritto a lungo termine] metteva le relazioni giuridiche fra cittadini su un piano molto simile a quello su cui il mercato libero poneva le loro relazioni economiche. Il diritto, nel suo complesso, non era meno libero dalla costrizione del mercato stesso. Non posso, in effetti, concepire un mercato veramente libero se esso non è radicato a sua volta in un ordinamento giuridico libero dalle interferenze arbitrarie – cioè improvvise e imprevedibili – delle autorità o di qualsiasi altra persona».

⁸⁸ B. LEONI, *La libertà*, cit., p. 97. Leoni critica qui il movimento giusrealista nordamericano: «Oggi si considera antiquato dire che le corti di giustizia *descrivono* o *scoprono* la soluzione corretta di una vertenza [...]. La cosiddetta scuola realistica contemporanea, presumendo di rivelare tutti i tipi di difetti di questo processo di scoperta, è fin troppo compiaciuta di concludere che il lavoro dei giudici di *common law* non era e non è più obiettivo, ma solo meno evidente, di quello dei legislatori» (pp. 97-98; corsivo dell'a.). Sul giusrealismo, in lingua italiana, oltre al pionieristico ed ormai classico lavoro di G. TARELLO, *Il realismo giuridico americano*, Milano, Giuffrè, 1962, v. soprattutto: S. CASTIGNONE, C. FARALLI, M. RIPOLI (a cura di), *Il diritto come profezia – Il realismo americano: antologia di scritti*, Torino, Giappichelli, 2002.

⁸⁹ Idea che venne espressamente e fondatamente criticata da F.A. VON HAYEK, *Legge*, cit., p. 114: «Lo sviluppo del diritto giurisprudenziale è in certo modo una via a senso unico: quando si è già percorsa una considerevole distanza in una direzione, spesso non si può tornare sui propri passi accorgendosi che alcune conseguenze delle precedenti decisioni sono chiaramente indesiderabili. Il fatto che il diritto così evolventesi abbia certe proprietà desiderabili non prova che esso sarà sempre un buon diritto, o che qualche sua regola non possa rivelarsi molto inadeguata. Pertanto, non significa che si possa interamente fare a meno della legislazione». Cfr. anche, ivi, la nota 35, per una critica espressa a Leoni. Sul punto, cfr. C. LOTTIERI, *Le ragioni del diritto*, cit., Capitolo I («Bruno Leoni e l'ombra di Hayek», pp. 13-50), ad avviso del quale «[a]ppare insomma urgente liberare Bruno Leoni dall'ombra di Hayek, rendendo in tal modo possibile una più adeguata valutazione della sua filosofia del diritto e del suo originalissimo contributo all'elaborazione di una teoria davvero coerente con i principi del liberalismo classico e con i suoi stessi esiti libertari» (p. 50).

⁹⁰ Mi riferisco, in particolare, agli scritti leoniani raccolti in: B. LEONI, *Il diritto come pretesa*, cit.

Sottolineo qui due aspetti in particolare: i) se il giudice è il signore del diritto⁹¹ – o, per richiamare senza alcun paradosso una celeberrima definizione, bocca che pronuncia le parole del diritto⁹² –, non si vede quale sia la garanzia sostanziale per cui egli sarà un giudice rispettoso della tradizione, rispettoso di quell'ordine giuridico che – assume Leoni – il giudice dovrà limitarsi a riflettere nelle proprie decisioni: proprio perché ha sempre a che fare con casi concreti, è ragionevole piuttosto aspettarsi che il giudice utilizzi quel corpo di regole giuridiche affermate in precedenti decisioni e ricevute dalla tradizione per ricavare da esso nuove regole, più opportune nella decisione del caso specifico, a maggior ragione quando il caso è «nuovo»; in questo senso, allora, ci sono buone probabilità che il sistema dei precedenti, e quindi il sistema di *common law*, si riveli al limite più, e non meno, flessibile degli ordinamenti di diritto scritto, disponibile più al cambiamento che all'auto-conservazione; ii) alla base della staticità o della dinamicità di un sistema giuridico non è tanto la struttura di esso, ma la cultura della società. Se, sotto il profilo del valore, si è favorevoli al meccanismo del mercato, allora ciò non potrà non valere anche per quel particolare tipo di mercato che ha ad oggetto le idee, e più in generale ogni prodotto culturale; non ci si può dunque sorprendere, allora, che certe idee non solo si affermino nella società, ma conducano alla trasformazione del diritto⁹³.

La questione è certamente a più ampio spettro: Leoni si schiera recisamente per la *common law* perché essa esprime, nella sostanza, principî e regole che, storicamente, a suo avviso sono stati meglio garantiti dalla struttura dei sistemi giuridici a diritto non scritto.

15. Staticità dei valori e giuspositivismo

Ma allora, ed appunto sotto il profilo strutturale, non si vede perché (e non è un paradosso) Leoni non abbia allora abbracciato una visione positivista del diritto: se si tratta di salvaguardare certi valori contro altri, e soprattutto se ci si prefigge di affermare l'opportunità etico-sociale di una loro immutabilità, allora sarebbe assai più efficace (quantomeno in chiave di analisi teoretica della struttura dei sistemi giuridici) la via legislativa – o legolatrice, come efficacemente direbbe Paolo Grossi⁹⁴ –, attraverso cui consacrare nella parola immobilizzata in un testo scritto quelle regole giuridiche che fungano da cornice al, e scudo del, libero mercato; non è di certo, questa, una posizione reazionaria, ma una tradizionale e trasparente posizione liberal-conservatrice, che, e per limitarci a due illustri studiosi italiani del diritto civile, è stata ad esempio sostenuta da Filippo Vassalli e da Giuseppe Stolfi⁹⁵. È una via (legislativa) che si prefigge di

⁹¹ L'espressione rievoca il titolo di un libro ormai famoso tra i giuristi: R.C. VON CAENEGEM, *I signori del diritto – Giudici, legislatori e professori nella storia europea* (trad. it.), Milano, Giuffrè, 1991.

⁹² L'espressione montesquieuiana, all'opposto, enfatizzava la fedeltà del giudice alle parole della legge, cioè del diritto positivo vigente.

⁹³ E. COLOMBATTO, *It Was the Rule of Law. Will It Be the Rule of Judges?*, ICER Working Paper n. 41/2007, pp. 1-27: <http://www.icer.it/docs/wp2007/ICERwp41-07.pdf>, ha osservato che «the future of the rule of law depends on what has been labeled as the battle of ideas (creating opportunities for deep institutional changes)» (p. 20). Cfr. anche T.J. ZWICKI, *The Rule of Law, Freedom, and Prosperity*, ICER Working Paper n. 27/2002, pp. 1-27: http://www.icer.it/menu/f_papers.html.

⁹⁴ Cfr., ad esempio, P. GROSSI, *Il diritto civile tra le rigidità di ieri e le mobilità di oggi*, in M. LOBUONO (a cura di), *Scienza giuridica privatistica e fonti del diritto*, Bari, Cacucci, 2009, pp. 17-47, *passim*, ma in particolare p. 31, ove il riferimento alla legolatria di cui nel testo.

⁹⁵ Sul punto, per considerazioni e riferimenti, mi permetto di rinviare il lettore al mio *L'ordine giuridico dei privati*, cit., spec. pp. 138-142 e 189-229.

conciliare Stato e mercato: lo Stato-legislatore garantisce la sopravvivenza del mercato⁹⁶. In questo quadro, emerge chiarissimamente il problema della fedeltà del giudice alla legge scritta, appunto in vista della salvaguardia del libero mercato, e ritorna allora l'immagine del giudice bocca «della legge».

Si tratta di un altro punto sul quale il pensiero di Leoni presenta margini di ambiguità: per un verso, egli accetta il ruolo dello Stato (inteso come ordinamento a base giurisprudenziale) in tanto in quanto garante del mercato (posizione per alcuni tratti accostabile a quella ordoliberal, tra i giuristi italiani, espressa, oggi, ad esempio da Natalino Irti⁹⁷); per un altro verso, Leoni ritiene però Stato (inteso come Stato-legislatore) e mercato incompatibili (perché la legislazione è nemica della libertà individuale) e questa è la posizione del Leoni «libertario *in nuce*»⁹⁸.

È vero che a quanto ho appena scritto si potrebbe obiettare che, in realtà, Leoni non cade in alcuna contraddizione, perché egli – del tutto coerentemente – è avversario dello Stato-legislatore, ma è sostenitore della indispensabilità di un ordinamento giuridico statale: ordinamento, che trova però la propria fonte primaria⁹⁹ nella prassi giurisprudenziale, e non nell'attività legislativa.

Penso che a ciò possa però replicarsi che il nucleo non solo metodologico ma anche teorico-generale alla base dell'idea leoniana di diritto esprime unicamente un auspicio per un futuro dover essere giuridico, un giudizio di valore: Leoni ci spiega quali caratteristiche dovrebbe avere il diritto che sia conforme a giustizia, il diritto «giusto»; ma non ci spiega né perché, storicamente, questa mitologica fase dell'assoluto rispetto da parte dei giudici, del diritto scritto nella natura delle cose, ha subito delle trasformazioni, né perché, metodologicamente e teoreticamente, la visione leoniana del diritto è meglio attrezzata di altre per opporsi all'incalzare della storia umana, cioè per resistere alle mutazioni culturali.

⁹⁶ Il punto non può qui essere approfondito, ma cfr. almeno il seguente rilievo di E. COLOMBATTO, *Social Contracts*, cit., p. 5: «Following the Ordoliberal tradition, most economists tend to take it for granted that the recipes for economic prosperity and happiness are known: a mix of economic freedom (more or less rigorous enforcement of private property rights), redistribution for the sake of social fairness and tranquillity, plus variable amounts of regulation, in accordant with the proponents' convictions about the extent and the relevance of the so-called market failures. In particular, two possibilities are opened up. One is characterized by a neoclassical orientation. It focuses on the design and enforcement of the appropriate institutional context required to follow blueprints and to provide the necessary fine tuning. A second perspective is indebted to the classical-liberal tradition. Its supporters stop short of advocating extensive constructivist engagements. Instead, they tend to concentrate on the rule of law as the only relevant operational device and indentify spontaneous evolution as the engine leading to efficiency, fairness, and overall wealth. In particular, appropriate constitutional engineering is assumed to provide the meta-structure within which virtuous evolution unfolds and the rigor of the rule of law does not turn into abuse».

⁹⁷ In particolare, si v. il ben noto lavoro di N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, Laterza, 2009 (V ed.), spec. p. 54, testo e nota 68, ove un espresso riferimento a Wilhelm Röpke: «L'economia di mercato [...] non è assenza di norme, ma serietà e rigore di norme, che, componendosi nell'organicità di *statuti di mercato*, garantiscono la libera gara delle imprese, permettono calcoli sul futuro, assicurano la stabilità dei negozi» (corsivo dell'a.).

⁹⁸ Il tasso di libertarismo nel pensiero giuridico, economico, politico di Bruno Leoni è questione tuttora aperta; il più noto studioso italiano di Leoni ha affermato che «[i]n Leoni il diritto evolutivo viene ripetutamente giustificato non già in quanto *più efficiente* (come in Richard Posner), ma in quanto *più libertario*, e insomma meglio in grado di tutelare la libertà dei singoli e contenere il potere pubblico» (C. LOTTIERI, *Le ragioni del diritto*, cit., p. 374; corsivo dell'a.).

⁹⁹ Cfr. infatti quel passaggio, già richiamato *supra*, § 7, testo e note 47-48, nel quale Leoni individua i casi in cui il ricorso alla legislazione è inopportuno

16. Difesa etica del mercato e teoria della pretesa

Insistendo su di un punto che ho già precedentemente richiamato (*supra*, § 7), io credo che sia facilmente sostenibile la tesi per cui la difesa del mercato, da parte di Leoni, è una difesa impostata e svolta sotto il profilo etico, ed anche giustificata in base a considerazioni etiche¹⁰⁰, nel senso che, al primo posto nella scala dei valori che sostengono un ordine giuridico del mercato, vengono libertà e responsabilità individuali.

Ecco che allora, all'interno di tale quadro teorico-generale, deve rilevarsi una cesura con la centralità del concetto di pretesa individuale nella teoria generale leoniana del diritto e dello Stato, della politica e della società¹⁰¹: pretesa, che assume portata del tutto peculiare nel processo di trasformazione del diritto, soprattutto quando si tratti di pretesa nuova, cioè avanzata per la prima volta, o nei confronti di altri soggetti (dai quali, appunto, si pretende una determinata condotta, di azione o di astensione), oppure nei confronti della giurisdizione (alla quale si chiede un rimedio contro una condotta – commissiva od omissiva – altrui). L'idea più ampia che giustifica la centralità della pretesa individuale è quella per cui l'individuo, agendo, ha il potere di creare e di innovare l'ordine giuridico esistente, nel quale la propria condotta e la propria conseguente pretesa vanno inserite, posta la necessità di un ordine generale delle azioni che possa essere in concreto impiegato come criterio di giudizio delle *n* condotte/pretese tenute dai membri di quell'ordine sociale e (quindi) giuridico.

Il potere creativo, che innova (consapevolmente o non consapevolmente) l'esistente, comprende sia l'agire materiale che quello intellettuale, rispetto al quale il diritto, in quanto cornice generale dell'agire umano non può essere indifferente.

All'interno di questa visione – dinamica, non statica, del diritto – certamente si giustifica la centralità della figura del giudice (e però non soltanto nei sistemi di *common law*)¹⁰², ma non quale garante della tradizione, al contrario: quale motore dell'ordinamento giuridico, in quanto filtro delle pretese individuali, alla cui autorità viene rimesso il giudizio circa la «giuridicità» delle pretese fatta valere nel processo tra le parti.

¹⁰⁰ Ed infatti Leoni critica le soluzioni socialiste non solo perché non oggettivamente fondate, ma anche perché non giustificate sul piano etico e filosofico: cfr. B. LEONI, *La libertà*, cit., p. 185: «Pochi fautori delle soluzioni socialiste ammetterebbero che le loro teorie non si fondano sul ragionamento oggettivo. Ma è già sufficiente, nella maggior parte dei casi, rilevare che le loro obiezioni contro la massimizzazione dell'area delle scelte libere individuali si basano su postulati filosofici, o piuttosto etici, di dubbia validità e anche su argomenti economici ancor più dubbi». Del resto, poche pagine prima Leoni (*ibidem*, pp. 175-176) traccia una sintetica distinzione tra scienza e ideologia: «La scienza non deve essere confusa con l'ideologia, sebbene quest'ultima possa consistere in un complesso di scelte riferite a possibili ordinamenti politici ed economici, frutto della scienza politica ed economica concepite come attività "neutrali" o "avalutative", secondo la teoria weberiana delle scienze sociali. Penso che la distinzione di Weber tra attività "valutative" e ideologie come complessi di giudizi di valore sia ancora valida [...]» (corsivo dell'a.).

¹⁰¹ Cfr. soprattutto C. LOTTIERI, *Alle origini*, cit., p. 12 non numerata del testo dattiloscritto: «[Leoni] elabora una teoria della pretesa che è al tempo stesso una riflessione sulla società nel suo insieme: quale compresenza e intreccio di economia, diritto e politica».

¹⁰² Lo riconosce espressamente, pur in una prospettiva critica che si rifà all'impostazione di Robert Bork, E. COLOMBATTO, *It Was the Rule of Law*, cit., p. 20: «[As] the judges gradually extend their roles as enforcers and *de facto* become the makers of the law [,] [i]n this respect the difference between the common-law and the civil-law traditions is almost negligible».

Del resto, il fatto che la *common law* abbia subito e continui a subire profondi mutamenti in conseguenza della progressiva incidenza del diritto scritto è un elemento da leggersi nel senso che la struttura di un ordinamento, per dir così, è molto ma non è tutto, a meno che si faccia propria quella visione formalista che riduce il diritto ad una struttura, ad un sistema chiuso¹⁰³, il cui radicale superamento era però oggetto del complesso, affascinante ed ambiziosissimo programma di ricerca delineato ma non portato a compimento da Leoni¹⁰⁴.

17. Concezione statica e concezione dinamica del diritto

Certamente, nella linea liberale classica di opposizione al formalismo giuridico ed al positivismo giuridico¹⁰⁵, non può dirsi che il libertarismo misesian-rothbardiano abbia colto nel segno; anzi, esso è inesorabilmente caduto nelle tentazioni oggettivistiche del giuspositivismo; ma se il diritto è fatto per l'uomo e non viceversa (affermazione che dovrebbe raccogliere un consenso non ristretto); e se, dunque, l'idea di diritto, cioè il contenuto e lo scopo per cui un ordinamento giuridico-sociale esiste, dipende primariamente dalle pretese dei membri del corpo sociale, cioè dall'azione economica etica culturale degli individui – che è un procedimento di interazione reciproca –, allora la fonte prima del diritto non può essere una supposta e sacralizzata tradizione, o un supposto e cristallizzato diritto naturale oggettivo, fonti statiche, che se davvero potessero esistere sarebbero destinate ad esser confinate nella sfera del non-diritto, perché schemi ordinanti del tutto inadeguati a fornire risposte adeguate alle pretese degli individui, che mai sono statiche.

In questo specifico senso può davvero dirsi che l'uomo è misura di tutte le cose: ma allora, il mercato, la libertà individuale, l'ordine giuridico, in quanto cose umane, appartengono interamente e unicamente all'uomo, sulle quali egli può esercitare la propria sovranità etica, morale, culturale, intellettuale, economica, politica, giuridica: la sovranità di un essere dotato di ragione.

Sovranità, o, se si preferisce: potere di autodeterminazione, che non è in alcun modo in contrasto con il dato della conoscenza fallibile e disseminata all'interno della società: tale sovranità non si giustifica perché l'uomo è onnisciente (assunto falso); ma si giustifica perché attraverso di essa l'individuo può agire in vista di determinati obiettivi. In questo senso, autodeterminazione e fallibilità dell'individuo rappresentano un

¹⁰³ In chiave giuridica, cfr. soprattutto l'analisi condotta da M.G. LOSANO, *Appendice. Strutturalismo e scienze umane*, in R. BOUDON, *Strutturalismo e scienze umane*, Torino, Einaudi, 1970, pp. 183-197. Cfr. anche le appassionante e vivacissime pagine di M. CAPPELLETTI, *Contestazione della 'sistematica giuridica'*, in AA. VV., *La sistematica giuridica – Storia, teoria e problemi attuali*, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, 1991, pp. 369-378. Più in generale, ricordo che Sebastiano Timpanaro scrisse parole molto severe al riguardo dello strutturalismo: cfr. S. TIMPANARO, *Il materialismo*, Milano, Unicopli, 1997 (III ed. riv. e ampl.), p. 27: [L]o strutturalismo [fa] del "sistema" qualcosa di chiuso e di perfettamente coerente in sé, senza alcun interesse per la sua genesi "dal basso", per i rapporti tra le attività umane e i loro condizionamenti sia economico-sociali, sia fisico-biologici».

¹⁰⁴ Aggiungo che la teoria giuridico-politica che fa capo ad Hayek ed a Leoni è tuttora lungi dall'aver assunto un assetto soddisfacente – anche perché tuttora accolta o rigettata soprattutto in quanto mera ideologia, più che discussa come teoria sociale –, nonostante l'apporto dei loro epigoni e successori, ed è più che mai necessaria una intensa attività di revisione critica.

¹⁰⁵ Più in generale, cfr. i rilievi critici di P. GROSSI, *La legalità costituzionale nella storia del diritto moderno*, Accademia Nazionale dei Lincei – Cerimonia di chiusura dell'Anno Accademico 2008-2009. Discorso tenuto in data 11 giugno 2009, pp. 1-12 del testo dattiloscritto, e le considerazioni di X. MAGNON, *En quoi le positivisme – normativisme – est-il diabolique?*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2009, pp. 269-280.

concetto unitario e non i due estremi di una opposizione; proprio perché fallibile, cioè non onnisciente, l'individuo è libero: la libertà è la prova della sua fallibilità¹⁰⁶.

Nel leggere Leoni si avverte un certo disagio, verosimilmente provocato dal collocarsi egli a metà strada tra una concezione statica ed una concezione dinamica del diritto: ciò, mi pare piuttosto evidente in quel passaggio in cui si sofferma sulla mancanza di individualità dei giuristi romani, i quali avrebbero considerato i mutamenti giuridici come spontaneamente accaduti piuttosto che deliberatamente prodotti:

«Studiosi famosi hanno notato la mancanza di individualità dei giuristi romani. Savigny li ha chiamati “personalità fungibili”. Questa mancanza di individualità era un contraltare naturale della loro visione individualistica del diritto privato che studiavano. Il diritto privato era da loro concepito come eredità comune di tutti e di ciascun cittadino romano. Perciò nessuno si sentiva autorizzato a cambiarlo ad arbitrio. Quando avevano luogo cambiamenti, venivano riconosciuti dai giuristi come avvenuti nell'ambiente piuttosto che introdotti da loro stessi. Per la medesima ragione i giuristi romani e i giuristi inglesi, loro eredi, non si curavano affatto de principî astratti, ma si interessavano sempre di “casi particolari” [...]»¹⁰⁷.

Mi pare che questo brano presenti un alto rischio di banalizzazione del pensiero del suo autore: impostare la difesa del diritto giurisprudenziale nei confronti del diritto legislativo sul presupposto che il primo è preferibile al secondo in quando esente dal pericolo di un mutamento arbitrario, è argomentazione debolissima: è ovvio che nessun legislatore, come del resto nessun giudice, sarà disposto ad ammettere di aver introdotto una legge o di aver enunciato una determinata *ratio decidendi*, al fine di sovvertire l'ordine generale della società, cioè per compiere un atto di arbitrio. L'arbitrio cui fa qui riferimento Leoni è il mutamento giuridico indesiderato, cioè la trasformazione dell'ordine generale delle azioni, per richiamare la celebre locuzione hayekiana, fondata su un'etica individuale e collettiva differente da quella di Leoni, e dunque, più in generale, da quella propria del liberalismo classico.

Se il problema del mutamento del diritto fosse unicamente un problema di lotta contro l'arbitrio legislativo e contro l'arbitrio giudiziale è ovvio che sarebbe molto più facile trovare rimedi per contrastarlo; al contrario, il problema è quello di rendere ragione del mutamento del diritto in assenza di atti arbitrari (nel senso di: decisioni giudiziali o norme legislative che non possono trovare, sotto ogni profilo, un fondamento giuridico all'interno dell'ordinamento del quale entrano a far parte per il mero fatto della loro esistenza, e che dunque possono essere facilmente espunte dall'ordinamento medesimo), ma in presenza di un potere discrezionale di cui sia l'interprete (giudice o giurista) sia il legislatore fanno fisiologico esercizio nel momento in cui essi qualificano giuridicamente una situazione di fatto. È ovvio che tale potere

¹⁰⁶ In questo senso, assai significativa la posizione assunta da Kojève: cfr. M. FILONI, *Il filosofo della domenica*, cit., p. 194: «[L]’uomo è libero nella sua finitezza e finito nella propria libertà. Da qui il convincimento di Kojève, che rimarrà tale in tutto il suo percorso filosofico e in ogni sua opera, secondo il quale la libertà dell’uomo è un *fatto*, un dato incontestabile e intuitivo dal quale la filosofia *deve* partire senza poterne prescindere. La libertà non può esser dedotta da alcun preambolo antropologico, ontologico o scientifico: “La libertà è un fatto, e tale resta anche se di tale fatto non si può parlare (*Logos*), vale a dire se esso è irrazionale, se è un paradosso se non un iperparadosso”» (corsivo dell’a.)

¹⁰⁷ B. LEONI, *La libertà*, cit., pp. 105-106.

discrezionale è intimamente connesso con ogni attività di giudizio, in quanto attività intellettuale, e dunque anche con l'interpretazione.

Ma l'obiettivo della critica leoniana è proprio la discrezionalità giudiziale, e non l'arbitrio giudiziale, e la conseguenza (credo però non voluta dallo stesso Leoni, almeno negli effetti ultimi) non potrà che essere la svalutazione del ruolo del giudice in quanto potenziale sovvertitore dell'ordine giuridico esistente e l'esaltazione di ciò che potremmo chiamare lo spirito della società, anzi la mistica della società, in quanto depositaria privilegiata della tradizione, che però, come ogni prodotto dell'evoluzione culturale umana¹⁰⁸, non può avere un contenuto semantico stabile.

Parte V – Decisioni individuali e decisioni collettive

18. Libertà, decisione, coercizione

Sostiene Leoni che la differenza tra le decisioni individuali assunte sul mercato e i contributi individuali alle decisioni collettive sta in ciò, che all'interno del mercato l'individuo sa cosa egli potrà acquistare con il denaro di cui dispone, al contrario l'individuo membro di un gruppo parlamentare, se fa parte della minoranza, sa che il suo voto non servirà a nulla:

«La differenza principale fra le decisioni individuali nel mercato e i contributi individuali alle decisioni collettive sulla scena politica è che nel mercato, almeno in virtù della differenza fra beni e servizi in esso disponibili, l'individuo non solo può prevedere esattamente l'esito della sua decisione – per esempio quanti e che tipo di polli comprerà con una certa somma di denaro –, ma può anche mettere in una relazione definita ogni singolo soldo che spende con le corrispondenti cose che può acquistare. Le decisioni collettive, al contrario, sono del tipo “tutto-o-niente”: se si è dalla parte perdente, si perde il proprio voto. Non c'è alternativa, come non ce ne sarebbe se si andasse al mercato e non si trovassero, neppure parzialmente, beni e servizi acquisibili con il denaro a propria destinazione»¹⁰⁹.

Si può dubitare della persuasività di tale argomento. Intanto, anche nel mercato l'individuo può ben avere a che fare con dei concorrenti, e perdere il bene cui aspirava, dunque neppure la decisione nel mercato si sottrae a variabili esterne alla sfera di chi la compie (anzi, alcune di tali variabili impediscono *in radice* la decisione). Con specifico riferimento al gruppo parlamentare, la competizione di mercato non è assente, perché si è già svolta nelle urne, e il gruppo «di minoranza» è il gruppo che ha perso nella competizione elettorale. Tuttavia, il singolo parlamentare membro del gruppo di minoranza potrà comunque partecipare ad altre competizioni parlamentari, come sempre capita nel caso di emendamenti proposti dalla minoranza: essi altro non sono se non offerte, proposte, della minoranza rivolte alla maggioranza, sulle quali, e nella logica dinamica del mercato, è possibile trovare un accordo.

Conseguentemente, anche per la minoranza il voto in parlamento può non essere un gioco a somma zero, cioè può non essere una decisione, come la chiama Leoni, tutto-o-

¹⁰⁸ In tema, sono molto istruttive le considerazioni di R. CUBEDDU, *Tempo individuale e tempo delle regole – Su alcuni problemi ‘irrisolti’ della Scuola Austriaca*, in P. BARROTTA (a cura di), *Soggettivismo, tempo ed istituzioni a partire dalla Scuola Austriaca*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2005, pp. 63-97.

¹⁰⁹ B. LEONI, *La libertà*, cit., p. 121.

niente; del resto, è facile osservare che esistono anche scelte contrattuali riconducibili alla logica del tutto-o-niente: quelle in cui uno dei contraenti altro non può fare se non prendere o lasciare le condizioni contrattuali imposte dalla parte più forte¹¹⁰.

Il fatto, poi, che il voto dato dal gruppo di minoranza, in quanto voto di minoranza, sia tendenzialmente un voto inefficace, come afferma Leoni (assumendo evidentemente che la maggioranza sia sempre compatta e che rifiuti ogni offerta della minoranza), non fa sì che il meccanismo della domanda/offerta politica sia diverso dal meccanismo di mercato: se X partecipa ad un'asta e non si aggiudica il bene oggetto dell'asta, è ovvio che se egli insistesse nella reiterazione della propria offerta anche successivamente alla chiusura dell'asta, l'offerta risulterebbe inefficace, meramente simbolica.

La stessa cosa accade nelle competizioni elettorali, perché i beni politici offerti (i programmi elettorali) sono una variabile dipendente dal numero dei beni strumentali offerti dal mercato politico-elettorale (i seggi parlamentari): conseguentemente, il voto dei candidati che, una volta eletti (e quindi: potendo ora esercitare il voto parlamentare), appartengano al gruppo di minoranza, si rivelerà (tendenzialmente) inefficace non perché si verifichi una discriminazione, una prevaricazione orchestrata dalla maggioranza, ma semplicemente perché si tratta del voto dei parlamentari appunto «di minoranza». Utilizzando lo schema conoscitivo della pretesa individuale, possiamo dire che la pretesa partitico-parlamentare a che una determinata regola giuridica sia scritta in un determinato atto normativo, contrasta (ma senza, almeno al momento, poter incidere su di esso) con l'ordine del mercato partitico-parlamentare che è il prodotto delle elezioni.

Dunque, non è del tutto comprensibile la doglianza di Leoni, né mi pare condivisibile sostenere che l'individuo, al di fuori dell'ipotesi delle decisioni collettive, mai possa venire a trovarsi nella condizione di essere minoranza dissenziente: anche l'individuo che opera nel mercato può benissimo trovarsi in minoranza, quando ad esempio il prezzo troppo alto di un bene non gliene consente l'acquisto (è minoranza rispetto a chi, invece, acquista il bene), oppure quando non riesca ad aggiudicarsi i beni che desidera perché altri lo hanno preceduto (è minoranza rispetto ai soggetti che ne sono diventati proprietari).

Né sembra fondato l'argomento per cui nel mercato non vi sarebbe coercizione, mentre coercizione vi sarebbe nel procedimento del voto parlamentare. Io non parlerei di coercizione in nessuna delle due situazioni – a meno che si ipotizzi il caso (raro) in cui il prezzo o il voto siano estorti con violenza o con inganno – per evitare di ricadere in quella «fallacia definitoria della libertà», sulla quale mi sono già soffermato (*supra*, Parte III), e soprattutto per evitare che un termine polisemico quale quello di libertà possa essere anche utilizzato (e fondatamente: ricorrendo ad un'analisi storico-legislativa de-ideologizzata) per giungere a conclusioni opposte a quelle del liberalismo classico.

Chi perde in una competizione elettorale, così come chi perde nel mercato dei beni, non subisce alcuna coercizione, propriamente intesa (cioè, come specifica situazione di aggressione creata da un soggetto diverso da chi la subisce e volta ad influenzare

¹¹⁰ Si badi peraltro che «parte più forte» non necessariamente significa parte «economicamente» più forte, che usa la maggior forza economica per determinare un regolamento contrattuale comparativamente più vantaggioso; in generale, si fa riferimento a tutte quelle condizioni di fatto o di diritto che fanno sì che una delle parti si trovi in una condizione pre-contrattuale e post-contrattuale migliore dell'altra, ragionando in base alla funzione di utilità marginale di ciascuna di esse.

direttamente la condotta del soggetto nei confronti del quale è indirizzata)¹¹¹; dovrà semplicemente accettare un fatto, che, come tale, non è alterabile, a meno che lo sconfitto reagisca facendo esercizio di coercizione a danno di altri (qui, sì, alterando allora arbitrariamente l'ordine generale delle azioni, entro il quale la sua sconfitta va collocata): il fatto di non essersi aggiudicato il seggio, se non eletto; oppure, se eletto, di aver votato senza conseguire l'effetto sperato.

Allo stesso modo, chi perde nel mercato dovrà accettare il fatto di non essersi aggiudicato un bene, ovviamente nella sola ipotesi di bene infungibile: se il bene, viceversa, è fungibile neppure è configurabile una reale competizione tra acquirenti diversi di beni appartenenti allo stesso genere, fatte salve le ipotesi di contestualità di più domande, oppure di scarsità o di particolari condizioni dell'offerta, tali da farne venir meno, sotto questo specifico aspetto, il carattere della serialità (ad esempio, nel caso di campagne promozionali).

Leoni, al contrario, a sostegno della sua tesi ribadisce che la procedura del voto è una procedura coercitiva, ed afferma che il votante che ha perso deve (è costretto) ad accettare una decisione alla quale è contrario. Ma allora dovrebbe anche potersi dire che, se io non riesco ad acquistare un certo bene, devo (sono costretto) ad accettare l'esito della contrattazione che ha portato un'altra persona ad aggiudicarsi il bene:

«[N]el voto c'è una potenzialità di *coercizione* che non c'è nel mercato. Il votante sceglie solo tra alternative potenziali, può perdere il voto ed essere costretto ad accettare un risultato contrario alla preferenza da lui espressa, ove una simile coercizione non c'è mai nella scelta di mercato [...]. La scena politica che abbiamo concepito, almeno provvisoriamente, come luogo dei processi di voto, è paragonabile a un mercato in cui l'individuo deve spendere tutto il suo reddito in un bene, o deve impiegare tutto il suo lavoro e le sue risorse nella produzione di un bene o di un servizi. In altre parole, il votante è limitato da una procedura *coercitiva* nell'uso delle sue capacità di azione. Naturalmente, possiamo approvare o disapprovare questa coercizione, e possiamo occasionalmente discriminare fra ipotesi diverse per approvarla o disapprovarla. Ma il punto è che il voto implica una forma di coercizione e che la decisione politica si raggiunge con una procedura che implica la coercizione. Il votante che perde fa inizialmente una scelta, ma alla fine deve accettarne una da lui precedentemente rifiutata: il suo processo decisionale è stato rovesciato»¹¹².

Neppure mi pare vero che l'individuo che opera nel mercato dei beni possa «predire, con assoluta certezza, il risultato diretto e immediato della sua scelta»¹¹³: immaginiamo l'eventualità (assunta come giuridicamente lecita) che il venditore X rifiuti di vendere a Y un bene; si configura, qui, una coercizione? La risposta cambia a seconda della legittimità del rifiuto: se esso è legittimo, non vi sarà coercizione, ma nondimeno Y sarà «costretto» ad accettare la scelta sovrana di X; situazione non dissimile da quella nella quale la maggioranza rifiuta di acquistare un bene politico offertole dalla minoranza.

¹¹¹ Si può richiamare, qui, l'esempio di Leoni dell'esploratore nel deserto che soffre la fame, che io stesso ho più sopra riferito (testo e nota 80).

¹¹² B. LEONI, *La libertà*, cit., p. 122 (corsivo dell'a.).

¹¹³ B. LEONI, *La libertà*, cit., p. 123. A meno che, ma si tratterebbe di rilievo così banale da sorprendere, in un pensatore del calibro di Leoni, si intenda dire che se io mi accordo per vendere il bene X al prezzo x, io posso prevedere con assoluta certezza che la mia controparte sarà contrattualmente tenuta ad acquistare il bene X al prezzo x.

19. Libertà, e regola di maggioranza

Leoni enfatizza nei passaggi qui di seguito considerati¹¹⁴ il carattere coercitivo della regola di maggioranza, che egli ritiene incompatibile con la libertà individuale:

«[L]e decisioni di gruppo implicano procedure, come la regola di maggioranza, incompatibili con la libertà individuale di scelta, del tipo di cui gode un compratore o un venditore nel mercato, come in ogni altra scelta della sua vita privata»¹¹⁵.

Mi chiedo se la regola procedurale individuale fissata unilateralmente da chi prometta in vendita un bene (regola quindi incompatibile con la libertà altrui di scelta) per cui saranno prese in considerazione solo le offerte contenute in una busta azzurra sarebbe considerata da Leoni una regola procedurale coercitiva, al pari della regola di maggioranza.

Leoni torna altresì ad insistere sulla coazione subita dalla parte dell'elettorato sconfitta nella competizione elettorale:

«[N]essun sistema rappresentativo basato su elezioni può funzionare bene, ove le elezioni siano tenute allo scopo di raggiungere decisioni collettive tramite la regola il cui effetto è coercire la parte perdente dell'elettorato. Perciò, i sistemi "rappresentativi" come di solito sono concepiti, in cui elezione e rappresentanza sono connesse, risultano incompatibili con la libertà individuale, nel senso di libertà di scegliere, autorizzare e istruire un rappresentante»¹¹⁶.

In realtà, l'elettorato sconfitto subisce una coazione, se proprio si voglia utilizzare questo termine (di per sé molto ambiguo e in quest'ottica di certo improprio, come ho cercato di sottolineare più sopra), nel mercato dei seggi parlamentari, che sono necessariamente beni limitati; ma a vedere bene, si tratta della stessa coazione (*rectius*: lo stesso rischio) cui andrebbe soggetto un aspirante acquirente di un bene la cui produzione fosse temporalmente limitata: la coazione, il rischio di non ottenere il bene. Allo stesso modo, l'elettore sconfitto è l'elettore che ha subito il rischio di avere una rappresentanza parlamentare numericamente inferiore alle sue aspettative.

Perché esprimersi allora in termini di coazione?

La critica che Leoni reitera contro le procedure di decisione collettiva è una critica che, a ben vedere, attiene all'aspetto sostanziale e non procedurale di esse. Ed infatti Leoni considera soprattutto gli esiti di quelle decisioni, le quali hanno prodotto leggi limitative della libertà individuale; il che, va notato – almeno *prima facie* –, è un'impostazione assai differente da quella di chi critica le decisioni collettive in quanto tali (se non altro, perché può condurre al rifiuto della democrazia¹¹⁷).

Ad esempio, una legge che vieti o che ammetta la ricerca sulle cellule staminali embrionali può essere criticata in quanto scelta collettiva (concretata appunto da un atto

¹¹⁴ In questo paragrafo analizzo quanto Leoni scrisse nei Capitoli VI e VII di *La libertà*, cit., pp. 126-148 e 149-171.

¹¹⁵ B. LEONI, *La libertà*, cit., p. 137.

¹¹⁶ B. LEONI, *La libertà*, cit., pp. 138-139.

¹¹⁷ Cfr. soprattutto il libro di H.-H. HOPPE, *Democrazia: il dio che ha fallito* (trad. it.), Macerata, Liberilibri, 2005.

giuridico collettivo qual è la legge), oppure può essere criticata non in quanto legge, ma in quanto abbia adottato una determinata soluzione, cioè in quanto regola giuridica.

Se si critica la scelta collettiva in sé, gli obiettivi della critica possono essere molteplici: ad esempio, i) convincere le forze politiche a non legiferare in materia, in vista di un ampliamento della sfera di decisione individuale¹¹⁸; ii) convincere le forze politiche a non legiferare in materia, ritenendosi sufficienti ed adeguati i principî e le regole giurisprudenziali esistenti. Poiché il dibattito politico è configurabile soltanto all'interno di un contesto a carattere democratico, le modalità di esso sono tutte incentrate nell'argomentazione e nella persuasione che troveranno poi concretizzazione nel momento elettorale¹¹⁹.

Se invece si critica la soluzione specifica prodotta da quella scelta collettiva, allora la questione non è più quella della salvaguardia della libertà individuale contro l'oppressione derivante dalle decisioni collettive, ma quella della ricerca del cosiddetto bene comune. Si tratta di una nozione che può essere analizzata anche attraverso le lenti (non poco deformanti) della critica alla democrazia rappresentativa (assunta come di per sé inadeguata alla realizzazione del bene comune), ma non in quanto lesiva della libertà dell'individuo: in quanto cattiva regolatrice del vivere comune.

20. Rappresentanza politica e volontà comune

Leoni critica poi la possibilità dell'esistenza di un qualcosa che sia definibile in termini di «volontà comune» dei membri di un gruppo con funzione di legislatore¹²⁰, riproponendo quindi, pur da un'ottica differente, il tema della rappresentanza politica; le decisioni parlamentari non sono a suo avviso il frutto di alcuna volontà comune, «a meno che non si identifichi, semplicemente, la volontà comune con la volontà delle maggioranze a prescindere dalla libertà di chi appartiene alle minoranze»¹²¹; allo stesso modo per cui, si può però replicare, è una finzione parlare di volontà presunta dei, e comune ai, membri di una collettività, in riferimento a quelle regole di diritto non scritto ma pure esistenti, che il giudice non crea ma può (deve, nella prospettiva leoniana)

¹¹⁸ Cfr. le approfondite analisi condotte da: R. CUBEDDU, *Le istituzioni e la libertà*, Macerata, Liberilibri, 2006, e spec. le Parti I e II, pp. 21-193; E. COLOMBATTO, *Free-Market Economies, Rule of Law and Policy-Making*, ICER Working Paper n. 18/1997, pp. 1-16 del testo dattiloscritto, e spec. le conclusioni alle pp. 13-14, ove la seguente, pessimistica, affermazione: «[I]t is virtually impossible for an economy to be run according to free-market principles, once individuals decide to transfer some authority to government»; ID., *Social Contracts*, cit.

¹¹⁹ A veder bene, lo ammette lo stesso Leoni: «Naturalmente, in politica come in molte altre aree, se cerchiamo di realizzare i nostri fini in accordo con i principî liberali, non si può fare nulla senza il consenso dei nostri concittadini, e questo consenso dipende, a sua volta, da ciò a cui la gente crede. Ma è chiaro che è importante valutare, ove possibile, se la gente ha ragione o torto a sostenere una qualsiasi opinione. L'opinione pubblica non è tutto, neppure in una società liberale, per quanto sia senza dubbio una cosa molto importante, soprattutto in una società liberale» (B. LEONI, *La libertà*, cit., p. 172); e v. anche, a proposito della centralità della battaglia per l'affermazione di certe idee, *ibidem*, p. 195: «[S]ostengo che non solo l'opinione pubblica può sbagliare, ma che può anche essere corretta con un'argomentazione ragionevole. È vero che questo può essere un processo lungo. Ci volle più di un secolo perché la gente diventasse familiare con le idee socialiste; ci vorrà certo un tempo considerevole perché essa rigetti queste idee, ma ciò non è una ragione per rinunciare al tentativo».

¹²⁰ B. LEONI, *La libertà*, cit., pp. 150-151: «A questo proposito, Schumpeter aveva ragione di dire che la "volontà comune" è una finzione della comunità politica moderna. Dobbiamo essere d'accordo con lui [...]. Chi appartiene alla parte vincente del gruppo dice di decidere per l'interesse comune e secondo la "volontà comune"». Cfr. anche *supra*, testo e nota 56.

¹²¹ B. LEONI, *La libertà*, cit., p. 151.

applicare perché esistono di per sé, senza che nessun potere esecutivo, legislativo o giudiziario le abbia create, in quanto sono il prodotto di quell'ambiente sociale, dello spirito di quel popolo:

«[L]a “volontà comune” ha un significato molto più convincente di quello adottato dai fautori delle decisioni collettive. È *la volontà che emerge dalla collaborazione di tutte le persone interessate, senza ricorso alle decisioni di gruppo e ai gruppi di decisione*. Questa volontà comune crea e tiene viva le parole nel linguaggio ordinario, così come accordi e impegni fra varie parti, senza bisogno di coercizione nelle relazioni interpersonali, e così via; esalta artisti, scrittori, attori o atleti, e crea e mantiene in vita la moda, le regole di cortesia, le norme morali. Questa volontà è “comune”, nel senso che tutti gli individui che prendono parte alla sua manifestazione e al suo esercizio in una comunità sono liberi di farlo senza essere costretti da altri ad accettare le decisioni altrui. In tale sistema, tutti i membri della comunità sembrano d'accordo in linea di principio sul fatto che sentimenti, azioni, comportamenti e così via da parte dei membri della comunità, sono perfettamente ammissibili e permissibili senza disturbare nessuno, a prescindere dal numero di individui che ha voglia di comportarsi o agire in questi modi. Certo, questo è più un modello teorico della “volontà comune” che una situazione storicamente accertabile in tutti i particolari. Ma la storia offre una serie di esempi di società in cui è possibile dire che una “volontà comune”, nel senso descritto, è esistita. Anche oggi e anche in quei paesi ove sono largamente applicati metodi coercitivi, ci sono ancora molte situazioni in cui emerge una vera volontà comune, e nessuno contesterebbe seriamente la sua esistenza o desidererebbe un diverso stato di cose»¹²².

Anche qui, pare che il problema riguardi più la sostanza delle cose, cioè il contenuto normativo delle regole giurisprudenziali, che il procedimento che ha condotto a quelle regole: sotto questo, contenutistico, profilo, il problema è genuinamente di politica del diritto, cioè di scelta, di valore.

In tale prospettiva, Leoni sembra essere favorevole non tanto ad un determinato procedimento di formazione del diritto in quanto tale, cioè in quanto procedimento, ma a quel procedimento che, sotto il profilo del valore, del contenuto, appunto: della politica del diritto, assicuri, o garantisca meglio, risultati politicamente desiderabili¹²³:

«Un concetto aggressivo di legislazione al servizio di interessi di parte ha sovvertito l'ideale di società politica come entità omogenea, anzi, come società. Le minoranze costrette ad accettare i risultati della legislazione, cui non avrebbero mai consentito ad altre condizioni, si sentono trattate ingiustamente e accettano la loro situazione solo per evitare il peggio, o la considerano un pretesto per ottenere a proprio favore altre leggi che a loro volta danneggiano ancora altre persone»¹²⁴.

Ciò emerge, in particolare, quando Leoni distingue tra decisioni collettive buone e cattive, a seconda che siano condivise, o non lo siano, da tutti i membri del gruppo:

¹²² B. LEONI, *La libertà*, cit., pp. 151-152.

¹²³ Il che, non deve affatto stupire o lasciare insoddisfatti: è il paradosso del liberalismo democratico, cioè del liberalismo moderno e contemporaneo.

¹²⁴ B. LEONI, *La libertà*, cit., p. 155.

«C'è una differenza evidente fra l'oggetto di decisioni collettive connesse alla condanna di comportamenti come i delitti e i *torts* [*scil.* fatti illeciti, fonte di responsabilità civile] e le decisioni riferite ad altre forme di comportamento, come quelle imposte ai proprietari di immobili nelle leggi summenzionate [*scil.* legge italiana sull'equo canone, *ivi*, p. 150]. Nel primo caso, le sentenze sono pronunciate dal gruppo contro un individuo o una minoranza che abbiano commesso una rapina entro il gruppo stesso. Nel secondo caso, si prendono decisioni che consistono semplicemente in una rapina contro altri, cioè contro persone appartenenti a una minoranza del gruppo. Nel primo caso tutti, compreso ogni membro della minoranza condannata per rapina, approverebbero la condanna in ogni altro caso tranne il proprio, mentre nel secondo avviene esattamente il contrario: la decisione – ad esempio, di rapinare una minoranza entro un gruppo – non sarebbe approvata dagli stessi membri della maggioranza vincente nel caso in cui essi stessi ne fossero le vittime»¹²⁵.

Ma anche qui la presunzione della unanimità di vedute è una finzione. È infatti troppo facile dire che chiunque è a favore del risarcimento del danno ingiusto¹²⁶, perché la regola giuridica prende senso compiuto non quando sia enunciata in generale (declamazione), ma quando sia applicata ad una fattispecie (concretizzazione)¹²⁷; del resto, la discussione sul quando si abbia un danno ingiusto negli ordinamenti giuridici è in qualche misura sempre aperta, nel senso che è in continua evoluzione¹²⁸. Più in generale, afferma invece Leoni:

«[I]n realtà ci sono decisioni collettive che possono corrispondere a una “volontà comune” quando possiamo presumere che l'oggetto di quelle decisioni sarebbe approvato, in circostanze simili, da tutti i membri del gruppo, compresi i membri di minoranza che al momento ne sono vittime. D'altra parte, non possiamo considerare come corrispondenti alla “volontà comune” di un gruppo decisioni che in circostanze simili non sarebbero approvate da nessun membro del gruppo stesso, compresi quelli della maggioranza che ne sono al momento beneficiari»¹²⁹.

¹²⁵ B. LEONI, *La libertà*, cit., p. 153.

¹²⁶ L'art. 2043 cod. civ. it. dispone: «Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno».

¹²⁷ Mi pare significativo quanto affermato, pur ad altro riguardo, da I. MAGNANI, *L'economia di Luigi Einaudi: ovvero la virtù del buon senso* (Relazione presentata al Convegno «Luigi Einaudi: istituzioni, mercato e riforma sociale», Accademia Nazionale dei Lincei, Roma, 18-19 febbraio 2004), pp. 1-34 del testo dattiloscritto, a p. 11: «[N]el passare dall'astratto al concreto, anche gli errori, al pari delle verità proprie dell'analisi teorica, finiscono per stemperarsi e paradossalmente per perdere rilevanza a misura in cui si procede e a misura in cui, in questo modo, si stempera anche il significato dell'analisi teorica sottostante. D'altro canto, l'approdo delle approssimazioni successive verso un modo di fare economia sbilanciato verso il descrittivo consente ad Einaudi di sentirsi più libero rispetto agli ingombri di una teoria alla quale dover rimanere fedele, e di approdare su di un terreno che, dopo tutto, era quello che gli era più congeniale, quello di chi sa bene, troppo bene, quanto la realtà concreta delle cose sia ricca di infinite complicazioni, che vanno tenute in conto, considerate, apprezzate, valutate, soppesate, selezionate perché il legislatore sappia poi che cosa fare e quali siano i limiti della sua azione [...]».

¹²⁸ Cfr. il recente scritto prospettico di G. MARINI, *Gli anni settanta della responsabilità civile. Uno studio sulla relazione pubblico/privato*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2008, pp. (parte I), e pp. 229-261 (parte II).

¹²⁹ B. LEONI, *La libertà*, cit., p. 154.

A me non risulta dunque chiaro perché l'individuo sia *in thesi* considerato da Leoni in grado di assumere decisioni, ma poi, quando si giunge a parlare di decisioni collettive, il presupposto del ragionamento leoniano sia che l'individuo è incapace di scegliere, dato che, se ne fosse capace, non avrebbe usato così male il suo voto (che l'abbia usato male deriva naturalmente dalla politica del diritto espressa dalle maggioranze parlamentari): se esistono maggioranze e minoranze, non mi pare che la via migliore di impostare una critica (senza porsi al di fuori della democrazia, che è la fonte di legittimazione della modernità politica e giuridica) sia quella di immaginare il potere parlamentare quale frutto di un inganno di pochi ai danni di molti, come Leoni lascia chiaramente intendere; e ciò perché l'individuo ha compiuto una scelta ed ha assunto una decisione espresse attraverso il voto, che non è veicolo né di oppressione, né di coazione, ma di libertà.

La critica avente ad oggetto le decisioni collettive sarebbe allora più solida, a mio avviso, se fosse unicamente incentrata sulla difesa filosofica del valore della libertà e della responsabilità individuali, in tanto in quanto *a-priori* etico, nella linea misesiana, che però, all'interno della competizione democratica, può risultare valore minoritario.

Parte VI – Il giudice di fronte al diritto

21. Il processo giudiziale di scoperta del diritto

Anche in questa sede Leoni ritorna sulla questione del diritto come prodotto di scoperta del giudice e non di decretazione, cioè di imposizione, del legislatore:

«La parola tedesca *Rechtsfindung*, cioè l'operazione di *trovare* il diritto, sembra rendere bene l'idea centrale dello *Juristenrecht* e del complesso della attività del giurista dell'Europa continentale. Il diritto era concepito non come qualcosa di *decretato*, ma come qualcosa di *esistente*, che era necessario trovare, *scoprire*»¹³⁰.

Rilevato, in via generale, che ogni atto intellettuale è, almeno in certa misura, un atto creativo, la creatività dell'atto intellettuale consistente nel giudizio e nella conseguente risoluzione della controversia sulla base della *ratio decidendi* del caso concreto sta in ciò: che il principio o la regola più generale ai quali il fatto deve essere ricondotto (i giuristi parlano di sussunzione della fattispecie concreta, il fatto, nella fattispecie astratta, la norma)¹³¹ debbono essere adattati al fatto stesso oggetto di giudizio.

Ma qui tengo a sottolineare un altro aspetto: Leoni osserva che l'operazione di scoperta del diritto non si svolgeva – all'epoca (forse felice ma mitologica) dei giuristi romani – in riferimento ai fatti umani sui quali verteva la causa (e la conseguente decisione), ma in riferimento al *Corpus Juris*:

«Questa operazione [*scil.* la *Reschtsfindung*] non si doveva svolgere direttamente, valutando il significato degli impegni e dei sentimenti umani riferiti a diritti e doveri, ma, prima di tutto – almeno in apparenza – valutando il significato di un testo scritto vecchio di duemila anni, come la compilazione di Giustiniano»¹³².

¹³⁰ B. LEONI, *La libertà*, cit., p. 158 (corsivo dell'a.).

¹³¹ In tema, cfr. ora, per molti spunti, M. TARUFFO, *La semplice verità – Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari, Laterza, 2009.

¹³² Ivi.

È, questa, una posizione decisamente conservatrice, perché qui Leoni collega alla lettera della legge la saggezza e la giustizia di una soluzione, ancorandole all'autorità di una tradizione giuridica.

Su tale aspetto, se non sbaglio, Leoni mutò in seguito avviso: ed infatti, in un saggio del 1963, riferendosi in particolare al *modus operandi* dei giuristi romani (ma mi pare che egli ritenesse utilmente generalizzabile questo comportamento), affermò che la regola era trovata analizzando le ragioni del comportamento delle persone nelle loro reciproche relazioni, al fine di scoprirne la logica implicita – concetto che Leoni riconduce alla *naturalis ratio*.

Il passo è molto importante, e va citato nella sua interezza:

«Studi recenti ci autorizzano a concludere che essi [*scil.* i giuristi romani] non chiarirono mai del tutto il proprio metodo di lavoro. Tuttavia, possiamo concludere che i dati ultimi sui quali lavoravano fossero sempre i sentimenti e i comportamenti dei loro concittadini. [...] I giuristi romani includevano queste informazioni nel concetto di “natura delle cose”, e nel concetto non meno importante di “ciò che accade più frequentemente”. Il loro atteggiamento nei confronti di questi dati consisteva nel tentativo di interpretarli al fine di far emergere le loro regole implicite. Naturalmente in molti casi non si trattava di un compito semplice, soprattutto quando gli usi e costumi antichi cominciavano chiaramente a dissolversi, mentre se ne andavano affermando di nuovi e relativamente inediti. Il compito del giurista era quello di elaborare una regola che potesse essere considerata, per quanto possibile, un'estensione o un duplicato di una norma già rivelata, o almeno una nuova norma corrispondente alle precedenti e con esse coerentemente integrata. Questo tipo di interpretazione era ciò che i giuristi romani definivano la *ratio* di tali relazioni e delle loro regole implicite. Tale *ratio* veniva solitamente definita *naturalis*, dato che non dipendeva dalla volontà arbitraria di chi era coinvolto in tale processo, tanto meno dalla volontà arbitraria dei giuristi che cercavano di scoprirla. Solo se nel corso di questa procedura il giurista romano non fosse riuscito, se non a elaborare una norma giuridica, almeno a motivare le sue conclusioni su di essa, allora si invocava l'autorità di un altro giurista che lo aveva preceduto e che aveva raggiunto conclusioni su aspetti simili. [...] In altre parole, ciò che i giuristi romani pensavano del loro lavoro era che essi potevano sempre, o quasi, ricostruire per intero la logica del comportamento dei loro cittadini e quella delle relazioni contenute in quel comportamento. In modo del tutto simile, gli economisti moderni che studiano il cosiddetto agire economico presuppongono la possibilità di ricostruire sia la razionalità di tali azioni sia le loro relazioni con altre azioni di altri operatori»¹³³.

In questa prospettiva, la regola del caso emerge da una concezione storicista della natura delle cose: criterio che, sotto tale riguardo, ha portata decisiva, in quanto è un tecnicismo che consente il mutamento del diritto, che cioè consente al diritto, in quanto ordine giuridico, di adeguarsi ai fatti che accadono. Se quindi vi sono in Leoni dei segni di giusnaturalismo – e di certo ve ne sono –, si tratta, a mio avviso e tenuto conto dello

¹³³ B. LEONI, *L'evoluzione del diritto e dell'economia* (1963), in ID., *Il diritto come pretesa*, cit., pp. 69-87, alle pp. 78-80.

sviluppo complessivo del pensiero leoniano, di un giusnaturalismo laico, nel senso di: storicizzato¹³⁴.

È peraltro vero che lo stesso Leoni in *Freedom and the Law* scrive che il *Corpus Juris* era il tentativo di rendere il sistema del diritto un sistema chiuso, laddove i giuristi romani lo avevano sempre considerato un sistema aperto:

«In effetti, c'era una contraddizione nella compilazione di Giustiniano. L'imperatore aveva tentato di trasformare in un sistema *chiuso* e pianificato quello che i giuristi romani avevano sempre considerato come un sistema *aperto* e spontaneo, ma cercò di farlo facendo uso dell'opera di questi stessi giuristi. [...] La codificazione rappresentò un passo considerevole nella direzione dell'idea di Giustiniano che il diritto è un sistema chiuso, che deve essere pianificato da esperti sotto la direzione di autorità politiche, ma implicò anche che la pianificazione dovrebbe riferirsi più alla forma del diritto che al suo contenuto»¹³⁵.

L'idea che il diritto sia un sistema autosufficiente e chiuso è condivisa da qualunque giuspositivista, ma anche dai giusnaturalisti anti-storicisti (come ad esempio i libertari rothbardiani), per i quali esistono regole immutabili.

Però, quando Leoni parla di codificazione quale veste formale del diritto, che nel suo contenuto prescrittivo rimaneva però diritto storicamente determinato, cioè prodotto della storia sociale di una collettività, lascia in ombra (volutamente o meno) l'aspetto più problematico e delicato: è l'interpretazione, e in senso più ampio l'ermeneutica giuridica, lo strumento più formidabile per la trasformazione non rivoluzionaria del diritto, cioè senza che il diritto sia privato della sua primaria ed imprescindibile funzione ordinante¹³⁶.

Conseguentemente, l'idea dell'equivalenza oppositiva tra diritto storico come diritto stabile, in quanto diritto impregnante la natura delle cose, e diritto legislativo come diritto mutevole, in quanto sensibile ad ogni mutamento politico, non è certamente fondata, dato che il diritto è una «cosa vivente», che si usa, e che prima di essere

¹³⁴ Non necessariamente condivisibili, ma certamente assai significativi sono i seguenti rilievi di Kojève: «[C]on l'introduzione dell'economia di mercato [...] [,] l'uomo non è più sufficiente a se stesso, ma deve essere individuo di una società. In questo senso nasce l'uomo "sociale". [...] Così contestualmente cambia la nozione di verità: ['] La "verità" è nella storia ("storicismo") e si rivela dallo studio della storia; è necessario organizzare la società [...] per realizzare l'ideale del particolare [...] [']. Nascono dunque il relativismo, lo storicismo e lo scetticismo. La verità ormai non è più *la* verità, unica e immutabile: se è una ed eterna, in quanto tale essa risulta inconoscibile. [...] In questa ideologia di mercato la Fede diventa un'attitudine puramente soggettiva, interna e intima, senza alcun rapporto diretto con la realtà oggettiva [...]. La Ragione si configura allora come "orientamento nel mondo oggettivo", una scienza positiva dei fenomeni presi non più nella loro essenza ma nella loro interazione» (M. FILONI, *Il filosofo della domenica*, cit., pp. 103-104; corsivo dell'a.).

¹³⁵ B. LEONI, *La libertà*, cit., p. 160 (corsivo dell'a.).

¹³⁶ Cfr. soprattutto P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, cit., pp. 16-17: «Che l'essenza del diritto non sia in un comando ma nell'atto di *ordinare* opera un benefico spostamento dal soggetto produttore (o preteso) tale all'oggetto bisognoso di organizzazione. È, sotto parecchi aspetti, la dimensione oggettiva che emerge e addirittura la domina. Mettere ordine, infatti, significa fare i conti con i caratteri della realtà ordinanda, giacché unicamente presupponendo e considerando quei caratteri non le si farà violenza e la si ordinerà effettivamente. Ordinare significa sempre rispettare la complessità sociale, la quale costituirà un vero e proprio limite per la volontà ordinante impedendo che questa degeneri in valutazione meramente soggettiva e quindi in arbitrio» (corsivo dell'a.).

utilizzata deve essere compresa e quindi interpretata; ma l'atto interpretativo, in quanto atto intellettuale, è atto sempre (anche) creativo.

22. *Il diritto ed il ruolo dei giuristi*

Neppure è fondato dire che il diritto legislativo è diritto sottratto alla elaborazione dei giuristi: qui mi pare che Leoni, per amor di tesi, si ponga in una prospettiva (inconsapevolmente) giuspositivista, nel senso per cui la regola giuridica è unicamente ciò che il legislatore ha posto come norma giuridica, come testo normativo: in realtà – e l'osservazione è qui tanto necessaria quanto al contempo piuttosto ovvia¹³⁷ –, la storia del diritto mostra che ogni diritto scritto, ogni ordinamento giuridico a base legislativa ha sempre subito più o meno profonde revisioni da parte della giurisprudenza – basti richiamare l'esperienza e le vicende che hanno riguardato e tuttora riguardano il codice civile italiano vigente (1942), il codice civile francese (1804), il codice civile tedesco (1900). Tanto è vero che, nell'ambito della teoria delle fonti del diritto (problema tecnico, che però va visto in una prospettiva ben più ampia, e che sotto questo profilo incorpora quello del rapporto Stato/mercato/individuo nel processo di produzione del diritto – sempre inteso come ordine giuridico, come ordine generale delle azioni), si discute da tempo se la giurisprudenza possa o non possa considerarsi una fonte del diritto¹³⁸ (pur a-tecnica, posto il principio della divisione dei poteri¹³⁹) anche in quegli ordinamenti – come quelli di *civil law* – che non ammettono il principio del precedente vincolante.

Leoni, poche pagine più avanti, ritorna sul tema della formazione spontanea del diritto, sottolineando come all'interno di questo processo (direi, con Hayek: di evoluzione culturale) non vi siano decisioni collettive che il singolo deve subire, come invece accade nella prospettiva giuspositivista, che sottrae il diritto all'attività teoretica del giurista e del giudice perché lo qualifica come il prodotto di una volontà politico-legislativa¹⁴⁰:

¹³⁷ E tuttavia, ancora recentissimamente Paolo Grossi ha criticamente osservato come si continui «a misurare la giuridicità con un metro statualistico. Malgrado tutto ciò che ribolle intorno a noi, malgrado che ormai siamo avvolti da un pluralismo giuridico addirittura esasperato, noi restiamo monisti. Non si tratta di cambiare identità, ma piuttosto di attrezzarsi sul piano teorico. Un primo salvataggio può consistere in una visione schiettamente ordinamentale del diritto, anche perché, se non abbiamo mai avuto il coraggio di smentire le intuizioni di Santi Romano, non è abbiamo mai sostanzialmente assimilate, e le citazioni romane appaiono nelle pagine di molti civilisti come decorazioni vistose ma puramente appiccicate su un corpo estraneo»: P. GROSSI, *Il diritto civile*, cit., pp. 44-45.

¹³⁸ Cfr., da ultimo, il saggio di G. ZACCARIA, *La giurisprudenza come fonte del diritto – Un'evoluzione storica e teorica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007.

¹³⁹ In tema, v. però l'approccio critico di P. GROSSI, *Il diritto civile*, cit., pp. 21 e 31: «Si è sempre parlato – e con ragione – della sua [cil. il dogma della divisione dei poteri] valenza garantistica, che fu lucidamente presente nei primi grandi teorizzatori, ma si è parlato troppo poco di una sempre più scoperta valenza strategica: l'intento di modellare uno strumento preziosissimo per garantire al potere politico il monopolio della produzione del diritto. E lo si era fatto in modo altamente suadente, identificando la legge con la volontà generale della nazione e immedesimando nella sola legge il privilegio grande e solenne di esprimerla; operando per ciò stesso una trasfigurazione della legge, la quale – da semplice strumento ordinatore – si elevava a voce d'un intero popolo e si ammantava di rispettabilità e di venerabilità. [...] L'Europa giuridica, che si va – lentamente, faticosamente, ma progressivamente – costruendo a partire dai primi anni Cinquanta, dimostra di non essere più dominata dal puntiglioso assillo della divisione dei poteri omnipresenti dei paesi di *civil law* [...] e di essere immune da quel legalismo che, sul continente, si era tramutato in autentica legolatria».

¹⁴⁰ B. LEONI, *La libertà*, cit., p. 164.

«Il processo spontaneo di formazione del diritto prima della promulgazione dei codici e delle costituzioni del diciannovesimo secolo non fu affatto unico se considerato in relazione con altri processi spontanei come quello del linguaggio ordinario o delle transazioni economiche quotidiane o del mutare della moda. Un aspetto caratteristico di tutti questi processi è che si svolgono con la collaborazione volontaria di un enorme numero di individui, ciascuno dei quali ha una parte nel processo stesso secondo la sua volontà e la sua capacità di conservare o anche modificare le attuali condizioni degli affari economici, della lingua, della moda, etc. non ci sono decisioni collettive in questo processo, che costringano chiunque ad adottare una parola nuova invece di una vecchia, o ad indossare un nuovo abito invece di uno passato di moda, o a preferire il cinema al teatro»¹⁴¹.

È vero che in tale processo non ci sono decisioni collettive che l'individuo debba subire; ma è altrettanto vero che ci sono decisioni individuali che il singolo deve subire: ad esempio, il rifiuto della vendita di un bene; oppure, come capita quasi sempre, se l'individuo è libero di scegliere se vincolarsi o non, cioè se concludere il contratto o non concluderlo, non è altrettanto libero di (im)porre (tutte) le condizioni del suo impegno contrattuale, appunto perché le parti di un contratto sono (almeno) due, e l'obiettivo economico di entrambe è quello di massimizzare la propria utilità individuale; ma questa massimizzazione è funzione di una serie di fattori: il potere economico delle parti, la possibilità/probabilità di trovare altre contraenti che offrano di più, etc.

Lo stesso Leoni, del resto, ammette espressamente la difficoltà della definizione del concetto di coercizione, e quindi, specularmente, del concetto di libertà:

«L'azione diretta può essere concepita come un'azione fisica, e in tutti i casi in cui la coercizione è identificabile con l'azione fisica abbiamo un metodo semplice per definire che cosa sia la coercizione. Ma nella maggior parte dei casi la coercizione è esercitata con la minaccia di qualche tipo di azione fisica che in realtà non ha luogo. La coercizione è più una sensazione di intimidazione che un evento fisico, e l'identificazione della coercizione è più difficile di quanto si immagini a prima vista. Le minacce e i sentimenti loro collegati costituiscono una catena i cui nessi non sempre si possono rintracciare con facilità, né possono essere definiti da altri che non siano l'individuo interessato. In tutti questi casi, l'assunto che un comportamento sia coercitivo nei confronti di altri non è sufficientemente chiaro o oggettivo per essere alla base di una affermazione comprovabile empiricamente. Tutto ciò è imbarazzante per i sostenitori di un sistema di libertà individuale definita negativamente e quindi con riferimento alla coercizione. Se dobbiamo definire quale comportamento sia "libero" in un caso particolare, dobbiamo anche stabilire quale corrispondente comportamento sia coercitivo, cioè quale sia quello che in quel caso priva le persone della loro libertà»¹⁴².

Proprio per questa ragione Leoni non solo ammette la legittimità della coercizione, ma ammette anche che sia la regola di maggioranza a stabilire il concetto di libertà all'interno della società: e questo rilievo non solo mi sembra del tutto condivisibile, ma anche tale da contraddire molto di quanto sostenuto precedentemente dallo stesso Leoni.

¹⁴¹ B. LEONI, *La libertà*, cit., p. 165.

¹⁴² B. LEONI, *La libertà*, cit., p. 190.

La libertà individuale è un bene collocato sul mercato culturale, politico e giuridico, e come ogni altro bene può essere appetibile per molti o per pochi, e può assumere caratteristiche diverse, a seconda dei venditori e dei compratori; ed al mercato è anche rimessa la determinazione della quantità di libertà, di modo che questo bene potrà essere scarso o abbondante. Ora, a parte il caso della violenza fisica a danno degli individui, che corrisponde al colpo di Stato a danno del potere politico, il successo o il declino della libertà individuale, essendo rimessa al gioco dei mercati in cui l'uomo opera, è rimessa nelle mani dell'uomo, e l'uomo è notoriamente capace di tutto.

E d'altronde, per la prima volta in *Freedom and the Law*, Leoni espressamente scrive che anche nel mercato esistono minoranze, e quindi anche la partecipazione degli individui al mercato può essere insoddisfacente (sotto il profilo del grado di soddisfazione dei propri bisogni), quando sono troppo pochi perché i produttori abbiano interesse a produrre i beni da essi desiderati:

«[G]li ordinamenti basati sulla partecipazione spontanea di tutti e ciascun individuo non sono una panacea. Esistono minoranze nel mercato come in altri campi, e la loro partecipazione al processo non è sempre soddisfacente, almeno finché i loro membri non sono abbastanza numerosi da indurre i produttori a soddisfare le loro domande. Se voglio acquistare un libro o un disco raro in una piccola città, dopo qualche tentativo devo rinunciarci, perché nessun librario o venditore di dischi è in grado di soddisfare la mia richiesta. Ma questo non è affatto un difetto che un sistema coercitivo potrebbe eliminare, a meno che non pensiamo [a] quegli ordinamenti utopici espressi da riformatori e sognatori socialisti nel motto: “A ciascuno secondo i suoi bisogni”»¹⁴³.

Nella parte finale del Capitolo VII, Leoni raccoglie le fila del discorso, e in sintesi sostiene che la libertà individuale è compatibile con la volontà comune – il suo grande nemico – quando l'oggetto della volontà generale/volontà comune è compatibile con il motto: «Non fare agli altri ciò che non vorresti fosse fatto a te».

In questo caso le decisioni collettive sono compatibili con le decisioni individuali, e cioè con la libertà individuale, «nella misura in cui puniscono e spesso pongono rimedio a tipi di comportamento che tutti i membri del gruppo, compresi quelli che esibiscono tale comportamento, disapproverebbero se ne fossero vittime»¹⁴⁴: il problema, di nuovo, è che si tratta di capire cosa le persone non vorrebbero fosse loro fatto. Difficile trovare uniformità di vedute; pensiamo solo al problema dell'imposizione fiscale: ciascuno valuta il bene e il male di essa rispetto alla posizione in cui si trova, ed anche una volta raggiunta una visione comune sul principio di azione astratta (appunto, un principio), ci si potrà poi ben facilmente dividere circa le regole economico-giuridiche concrete con cui attuare quel principio. Qui Leoni pare eccessivamente fiducioso, forse perché unicamente guidato, nel ragionamento, dal suo individuale senso del bene e del giusto.

23. Giudici e diritto

¹⁴³ B. LEONI, *La libertà*, cit., pp. 169-170.

¹⁴⁴ B. LEONI, *La libertà*, cit., p. 170. E Leoni prosegue (*ibidem*, p. 171): «[L]a libertà individuale è perfettamente compatibile con tutti quei processi il cui esito è la formazione di una volontà comune senza ricorrere a gruppi di decisione e decisioni di gruppo. Il linguaggio ordinario, le transazioni economiche quotidiane, i costumi, le mode, i processi spontanei di formazione del diritto, e, soprattutto, la ricerca scientifica sono gli esempi più comuni e più convincenti di questa compatibilità – anzi, di questa intima connessione – fra la libertà individuale e la formazione spontanea di una volontà comune».

Leoni afferma conclusivamente che la legislazione non serve, ed anzi è dannosa, quando è usata come mezzo contro le minoranze, per sottometterle:

«[B]isognerebbe rifiutare la legislazione ogni volta che (a) è usata semplicemente come un mezzo per sottomettere le minoranze, allo scopo di trattarle come perdenti sul campo; e (b) è possibile per gli individui conseguire i propri obiettivi senza dipendere dalla decisione di un gruppo e senza costringere veramente nessun altro a far cose che non avrebbe mai fatto senza esservi [stato] costretto»¹⁴⁵.

È un argomento pericoloso, perché si presta ad essere utilizzato al di là e contro le intenzioni dell'autore, dato che anche la parte di un contratto potrebbe iniziare a pensare e sostenere poi in giudizio che, per il fatto di essere un soggetto economicamente meno forte dell'altra, è stata costretta a subire certe condizioni contrattuali; è esattamente il tema a cui precedentemente ho fatto ampio riferimento.

La minoranza in termini numerici può quindi avere aspetti in comune con la debolezza in termini economici.

Leoni, inoltre, identifica il secondo limite alla legislazione nell'ipotesi in cui l'individuo possa perseguire i propri scopi da solo e senza esercitare alcuna coazione su altri soggetti.

Anche qui, in primo luogo bisogna definire l'ambito del significato giuridico/economico/politico del termine coazione, e poi bisogna considerare che non può esistere alcun accorgimento per evitare che il significato, o comunque la percezione, di un termine cambi. In questo senso può anzi citarsi l'argomento addotto dallo stesso Leoni a proposito della lingua e della moda: anche il significato comune di molti termini politici e giuridici cambia nel tempo senza che nessuno possa autoritativamente (né per via giudiziale, cara a Leoni, né per via legislativa, cara ai giuspositivisti) impedirlo; poco importa che la causa sia imputabile a pseudo-intellettuali che propagano falsità mosse da scopi meramente ideologici, oppure ad altro: rimane il fatto che l'individuo pensa con riferimento a certi modelli culturali con i quali è indispensabile fare i conti.

E quindi, quando Leoni scrive che «[t]utto ciò che non è positivamente dimostrato come meritevole di legislazione deve essere lasciato all'area della *common law*»¹⁴⁶, intesa come diritto spontaneo, il problema dell'individuazione del criterio di giudizio resta, appunto perché il diritto, come ogni scienza¹⁴⁷, non può offrire soluzioni definitive (nel senso di: oggettive e non più rivedibili), se non altro perché il diritto segue e non precede le esigenze morali e materiali dell'uomo.

Altrimenti, ancora una volta per troppo amore di tesi, si dovrebbe concludere nel senso che, poiché il liberalismo è cosa buona, andrebbe vietata ogni azione (intellettuale e politica) i cui effetti potrebbero comportare lo sconvolgimento dell'ordine liberale di mercato; da cui, un'inevitabile (ri)caduta nel positivismo giuridico e nell'assolutismo politico.

Ciò, Leoni riconosce onestamente:

¹⁴⁵ B. LEONI, *La libertà*, cit., p. 201.

¹⁴⁶ Ivi.

¹⁴⁷ Lo stesso Leoni lo ha riconosciuto poco prima: B. LEONI, *La libertà*, cit., p. 183: «[A]ppena entriamo nel campo delle assunzioni empiriche, tutti i limiti dell'impostazione empiriche dell'economia emergeranno, col risultato che né l'impostazione empirica, né quella aprioristica sono pienamente soddisfacenti».

«[S]e fosse possibile delineare in anticipo tutte le applicazioni della “regola aurea” alla definizione delle frontiere fra l’area della *common law* e quella della legislazione e se, inoltre, queste applicazioni fossero incluse in questo libro, verrebbe meno il senso complessivo della mia tesi, perché le stesse applicazioni potrebbero essere considerate le clausole di un codice. Sarebbe assolutamente ridicolo attaccare la legislazione ed allo stesso tempo presentare il canovaccio di un codice di propria invenzione»¹⁴⁸.

Mi pare un punto centralissimo, anche se il tono scherzoso del discorso non giova probabilmente alla sottolineatura della particolare delicatezza della questione¹⁴⁹. E d’altronde, l’aspetto genuinamente dinamico del fenomeno giuridico visto in chiave liberale – cioè come ordine spontaneo – è recuperato da Leoni nel passaggio in cui scrive che l’applicazione delle norme è un processo senza soluzioni di continuità:

«Ciò che si dovrebbe sempre ricordare è che, dal punto di vista della *common law* o del diritto dei giuristi, l’applicazione delle norme è un processo che continua in perpetuo. Nessuno può concludere il processo da solo e nel suo tempo. Posso aggiungere che, secondo me, ciascuno dovrebbe impedire ad altri di tentare di fare proprio questo»¹⁵⁰.

Di talché, è legittimata, da un lato (profilo empirico), la continua trasformazione del diritto, e, dall’altro (profilo teoretico), la possibilità che il contenuto del diritto cambi, in ragione del cambiamento culturale della società, contro il quale si può combattere solo una battaglia di idee.

24. *Trasformazioni del diritto in senso antiliberali*

Ancora in riferimento al «criterio di riparto di competenze» tra diritto giurisprudenziale e legislazione, ciò che Leoni scrive a proposito della riserva di legge costituzionale ed a proposito dell’introduzione del meccanismo della maggioranza qualificata, sulla base di un suggerimento di James Buchanan¹⁵¹, non è certo un rimedio efficace ad impedire la trasformazione del diritto in un senso antiliberali; e ciò, perché l’applicazione del diritto presuppone la soluzione del problema della definizione del diritto, che è un problema genuinamente interpretativo, ermeneutico. Ma questa attenzione ai due meccanismi citati rivela, ancora una volta, la potenza delle suggestioni giuspositivistiche, tanto più ovvie in un uomo nato nel 1913, alla luce delle quali l’introduzione di un tecnicismo formale è garanzia di un risultato sostanziale; né stupisce che il suggerimento della maggioranza qualificata, quale rimedio contro il mutamento legislativo del diritto, sia

¹⁴⁸ B. LEONI, *La libertà*, cit., pp. 201-202.

¹⁴⁹ Di fronte allo stesso imbarazzo può essersi trovato un illustre civilista quale fu Filippo Vassalli, autore che Leoni, filosofo del diritto ma anche avvocato civilista, non poteva non conoscere, e non aver letto e meditato: or bene, Vassalli è stato, da un lato, uno dei padri del codice civile italiano del 1942, ma dall’altro, schietto sostenitore dell’idea della estrastatalità del diritto civile. Cfr., in tema, G.B. FERRI, *Filippo Vassalli o il diritto civile come opera d’arte*, Padova, Cedam, 2002, spec. pp. 1-140.

¹⁵⁰ B. LEONI, *La libertà*, cit., p. 202.

¹⁵¹ B. LEONI, *La libertà*, cit., p. 215, nota 5 alla «Conclusioni»: «Una maniera pratica di ridurre l’ambito della legislazione potrebbe essere quella di ricorrere ad essa – per esempio, introducendo una clausola, nella costruzione scritta del paese, che impedisca ai corpi legislativi di legiferare su certe materie e/o prescrivendo l’unanimità o maggioranze qualificate, in particolare, potrebbe impedire ai gruppi di un corpo legislativo di corromperne altri per sacrificare le minoranze dissidenti, rendendo il consenso di tali minoranze indispensabile per l’approvazione della legge».

inteso quale garanzia contro il mutamento giudiziale del diritto da un non giurista come Buchanan, a quanto riferisce Leoni, proprio perché Buchanan, economista, è abituato a considerare i problemi giuridici prevalentemente in chiave formale e formalizzata, da cui soluzioni formalistiche per risolvere problemi sostanziali, nel senso di: culturali. A proposito della nomina dei giudici, Leoni scrive che non si tratta di un problema particolare:

«[L]a nomina di giudici non è un problema particolare, come lo sarebbe, ad esempio, la nomina dei medici o di altre persone esperte ed istruite. L'emergere di buoni professionisti in una società è dovuto solo in apparenza a nomine ufficiali, se ce ne sono. In realtà, 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, la gente può sbagliare sul valore delle persone prescelte, ma questo è inevitabile in ogni genere di scelta. Dopo tutto, ciò che non conta non è chi nominerà i giudici, ma come il giudice lavorerà»¹⁵².

Si tratta di un'affermazione che sorprende non poco, tanto più in riferimento a quel passaggio in cui Leoni scrive che l'emergere di buoni professionisti nella società non dipende da nomine ufficiali ma dal consenso degli utenti del servizio giustizia, come oggi si direbbe.

In realtà, questo discorso può valere solo per una professione liberale, ma certo non vale per i giudici, che nel nostro ordinamento sono pubblici funzionari, dunque organi dello Stato; il problema delle regole di selezione della magistratura, quindi del reclutamento professionale dei magistrati, è di primaria importanza, quantomeno perché un modello burocratico qual è il nostro non consente affatto che siano le parti a poter scegliere il giudice, come invece avviene nel caso di arbitri, che sono appunto giudici privati, scelti dalle parti.

Ora, dato che non esiste un libero mercato dei magistrati, il problema della loro formazione culturale e poi del loro reclutamento è ineludibile, anche perché, come è ovvio, la formazione culturale e le modalità di reclutamento sono direttamente connesse con l'idea di diritto e di funzione giurisdizionale cui il magistrato sarà poi in certa misura sempre fedele nel corso della sua carriera professionale.

Invece, Leoni sembra maggiormente preoccupato delle tentazioni paralegislative del giudiziario, cioè dell'eventualità che l'ordinamento giudiziario di uno Stato assegni l'autorità dell'ultima parola a certi giudici, come da noi accade con la Corte di cassazione, che infatti è la suprema corte regolatrice, cui la legge assegna la funzione di assicurare la correttezza e l'uniformità dell'interpretazione del diritto¹⁵³: Leoni teme che una tale autorità delle corti supreme possa indurne i membri a comportarsi come componenti di maggioranze parlamentari, imponendo quindi la propria visione del diritto a tutti gli altri giudici¹⁵⁴, e poi all'intera società.

¹⁵² B. LEONI, *La libertà*, cit., pp. 202-203.

¹⁵³ Cfr. l'art. 65 dell'Ordinamento giudiziario italiano: «La corte suprema di cassazione assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni; regola i conflitti di competenza e di attribuzioni ed adempie gli altri compiti ad essa conferiti dalla legge».

¹⁵⁴ Nell'ordinamento italiano, non certo in virtù del meccanismo del precedente vincolante, ma, al più, attraverso ciò che è stato chiamato precedente persuasivo, da intendersi quale pronuncia della Corte di cassazione, che non può vincolare gli altri giudici ma che ha tuttavia una intrinseca forza persuasiva.

È un'idea in parte coincidente con quella che oggi è espressa dal giudice federale Antonin Scalia, il quale, come già notato, si preoccupa che la Corte non interpreti la Costituzione federale degli Stati Uniti in modo da imporre a tutta la società le arbitrarie opinioni della maggioranza dei suoi membri, disinteressandosi così dell'idea di diritto che è espressa dai parlamenti dei singoli Stati dell'Unione.

Leoni in realtà scrive che la sua è una preoccupazione temperata dal fatto che, comunque sia, i giudici sono chiamati ad interpretare il diritto, non a crearlo:

«Dopo tutto, non solo le corti inferiori, ma anche le corti supreme possono decidere solo se richieste dagli interessati, e sebbene le corti supreme siano in una posizione diversa da quella delle corti inferiori, esse sono sempre obbligate ad “interpretare” il diritto e non a decretarlo. Certo, l'interpretazione può avere come esito la legislazione, o, meglio, una legislazione camuffata, qualora i giudici estendano il senso di regole scritte per conseguirne uno del tutto nuovo, o rovescino all'improvviso i propri precedenti. Ma questo non autorizza certo a concludere che le corti supreme sono nella stessa posizione dei legislatori, che possono, come direbbe Allen [autore del celebre *Law in the Making*], “fare nuovo diritto in un senso del tutto precluso ai giudici”»¹⁵⁵.

Ora, una tale osservazione (anche lasciando da parte ogni considerazione a proposito del confine tra interpretazione e creazione del diritto, che tanto ha fatto e fa discutere i giuristi ed in particolare i teorici generali del diritto) mi pare in contrasto con quanto lo stesso Leoni ha precedentemente affermato a proposito della natura del diritto, quale sistema di regole aperto – aperto, nel senso che è ricettivo rispetto al contributo, cioè alla creatività, delle parti, intese come avvocati, nella loro attività professionale di assistenza tecnica, e dei giudici, nel ruolo di decisori.

Qui mi sembra che ritorni una (inconsapevole) tentazione positivistica, nel senso che il diritto è soltanto ciò che la legge scritta dice essere tale, a tutto favore non tanto della certezza del diritto – di breve o di lungo periodo –, ma della certezza dell'esistenza di una prescrizione legislativa nel momento in cui il giudice assume la decisione: quindi, una certezza del diritto non già a salvaguardia dell'individuo contro la mutevolezza delle maggioranze parlamentari, ma contro la discrezionalità giudiziale, cioè contro le trasformazioni del diritto.

Ecco, allora, che l'affermazione del giudice della Corte Suprema federale degli USA Felix Frankfurter, richiamata da Leoni, per cui «la protezione ultima deve essere trovata nel popolo stesso»¹⁵⁶, può essere utilizzata per assegnare portata centrale alla cultura politica – nel senso più ampio – della società, dalla quale provengono parti, giudici, avvocati, parlamentari, professori, funzionari e così via, cioè tutti quei soggetti cui è rimesso il compito di adeguare il diritto alle concrete esigenze degli individui.

Lo stesso Leoni, peraltro, riconosce come un dato di fatto che i giudici, appunto in quanto individui, non possono sottrarsi (quantomeno del tutto) alle tendenze culturali presenti nella società, ma, molto giustamente – e questo è un aspetto importantissimo della sua teoria giuridica –, rileva come i giudici abbiano la funzione di soppesare le argomentazioni che le parti sottopongono nel corso del processo:

¹⁵⁵ B. LEONI, *La libertà*, cit., p. 204.

¹⁵⁶ B. LEONI, *La libertà*, cit., p. 205.

«[A]nche se ammettiamo che i giudici non possono sottrarsi alla tendenza contemporanea ostile alla libertà individuale, dobbiamo riconoscere che è proprio della loro funzione soppesare le opposte argomentazioni delle parti in causa. Un rifiuto a priori di ammettere e di valutare argomentazioni, prove, etc. sarebbe inconcepibile per la procedura di tutte le corti, almeno nel mondo occidentale. Le parti sono *uguali* per quanto riguarda il giudice, nel senso che sono libere di produrre argomenti e prove. Esse non costituiscono un gruppo in cui le minoranze dissidenti cedono il passo alle maggioranze trionfanti; né si può dire che tutte le parti interessate in casi più o meno simili decisi in temi diversi e da giudici diversi costituiscano un gruppo in cui le maggioranze prevalgono e le minoranze devono cedere»¹⁵⁷.

Leoni scrive in sostanza, nella *Premessa*, che il giudice non è mai solo di fronte alla decisione da assumere¹⁵⁸, stante il carattere cooperativo della decisione processuale, della sentenza; un giurista francese ha recentemente così sintetizzato il problema che sta di fronte al giurista, ma che al tempo stesso è il criterio per superarlo: *bref, argumenter*¹⁵⁹.

Ritorna anche qui, peraltro, il riferimento di Leoni al problema della maggioranza e della minoranza, nel senso che nel processo non esistono maggioranze vittoriose e minoranze perdenti; ed egli aggiunge:

«Naturalmente, le argomentazioni possono essere più forti o più deboli, proprio come chi compra o chi vende può essere più forte o più debole, ma il fatto che ogni parte possa produrle è paragonabile al fatto che ciascuno può competere individualmente con ogni altro per vendere e comprare nel mercato. Tutto il processo comporta possibilità di un equilibrio in un senso molto simile a quello del mercato in cui i prezzi possono essere fissati da arbitri liberamente autorizzati a farlo dalle parti interessate. Certo, ci sono differenze fra questo tipo di mercato e quello ordinario. Poiché le parti hanno autorizzato l'arbitro a porre fine al negoziato fissando i prezzi, si sono impegnate in anticipo a comprare o vendere a quei prezzi, mentre nel mercato ordinario non c'è impegno finché i prezzi non sono stati concordati fra le parti in causa»¹⁶⁰.

25. Diritto ed argomentazione giuridica

Il fatto è, dunque, che ogni parte in giudizio è legittimata ad offrire al giudice quelle argomentazioni che essa stima maggiormente fondate e quindi più utili – competendo essa con le altre parti –, esattamente come quando vi siano più soggetti interessati ad acquistare un bene: ciascuno di essi sarà portato ad effettuare l'offerta migliore per aggiudicarselo.

Ma ancora una volta il riferimento alla maggioranza ed alla minoranza mi sembra molto problematico: se si assume che i gruppi politici di minoranza sono vittime di una coazione da parte della maggioranza, allora non vedo perché non si possa dire che la parte sconfitta in giudizio non possa ritenersi vittima di una coazione del giudice, almeno in tutti quei casi in cui il problema giuridico avrebbe potuto essere risolto in un

¹⁵⁷ B. LEONI, *La libertà*, cit., pp. 207-208 (corsivo dell'a.).

¹⁵⁸ B. LEONI, *La libertà*, cit., p. 25.

¹⁵⁹ D. GUTMANN, *La fonction sociale de la doctrine juridique – Brèves réflexions à partir d'un ouvrage collectif sur Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2002, pp. 455-461.

¹⁶⁰ B. LEONI, *La libertà*, cit., p. 208.

altro modo – come del resto quasi sempre è possibile (e forse è anche un bene: altrimenti la posizione giuspositivistica avrebbe un argomento innegabilmente di peso). L'obiezione per cui nel processo vi è un giudice a garanzia dell'interpretazione del diritto non è affatto risolutiva, proprio perché l'interpretazione del diritto è un procedimento dinamico, dipendente da molti fattori, in primo luogo culturali¹⁶¹; ed una garanzia è presente anche nel mercato elettorale: è il voto che gli elettori hanno espresso e che ha appunto consentito ad un certo raggruppamento politico di diventare maggioranza, esattamente come il prezzo assume il ruolo di garante della transazione nel mercato dei beni, fatti salvi i casi in cui il consenso non è stato libero, e quelli in cui – se si intende seguire Leoni fino in fondo nel parallelo mercati delle merci/mercato dei voti – una parte denunci di avere subito una coazione avendo essa accettato le condizioni poste dalla controparte, secondo la logica del «tutto-o-niente».

In questo senso, il tutto o niente delle decisioni collettive ha una rilevanza anche nelle decisioni individuali ed è sovrapponibile al classico prendere o lasciare, espressione che descrive tradizionalmente i contratti conclusi senza trattativa individuale, cioè i contratti di massa, rispetto ai quali il consumatore, per avere il bene, deve anche accettare le condizioni unilateralmente poste dall'impresa controparte.

L'analogia di cui discorre Leoni tra il mercato ed il processo può proseguirsi con l'osservazione per cui nel mercato dei beni il prezzo è fatto dalle parti, o dalla parte unilateralmente, quando manca la trattativa, mentre nel processo il prezzo è fatto dal giudice, che in questo senso svolge la stessa funzione di un legislatore che imponga il prezzo di vendita di certi beni o servizi: si potrebbe dire che, nel processo, la decisione corrisponde al punto di equilibrio (imposto alle parti) tra pretese in competizione: parlo di equilibrio nel senso di criterio di giudizio e di misura della fondatezza giuridica delle reciproche domande delle parti; certamente è un prezzo la cui determinazione è rimessa unilateralmente al giudice, ma la fase della trattativa non manca, ed è la fase istruttoria, nella quale le parti indicano al giudice fatti ed offrono valutazioni – cioè argomentano in fatto ed in diritto – nel tentativo di predisporre al giudice una base della decisione.

Tutto ciò, a garanzia della correttezza della decisione, intesa non solo come giustizia procedurale, ma anche (e forse soprattutto) come fondatezza intrinseca, cioè persuasività, efficacia argomentativa: con parola di sintesi, ragionevolezza argomentativa, individuazione delle migliori ragioni storico-giuridiche a fondamento della decisione. È ovvio che la politica del diritto (degli interpreti e del sistema giuridico) non potrà esser confinata in una zona d'ombra, come ancora oggi si tende a fare troppo spesso: nell'evidente illusione che non solo possa esistere un diritto a-politico, ma addirittura che ciò sia desiderabile.

¹⁶¹ P.G. MONATERI, *Conoscenza, mercato, pianificazione: a proposito di un libro di Friedric[h] von Hayek*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2005, pp. 777-780, ha notato che «per Hayek le regole giuridiche dell'ordine spontaneo fanno parte di quei meccanismi sociali che ci governano molto più che non dei meccanismi sociali espliciti di controllo dell'attività organizzata. Perciò il tentativo di esplicitare le norme giuridiche è sempre e solo un tentativo incompleto che dipende dalle attese (spesso inconscie) del giurista, onde si potrebbe agevolmente imprestare ad Hayek la frase di Esser [autore di: *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto – Fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice* (trad. it.), Napoli, ESI, 1983] secondo cui anche l'interpretazione dello *jus scriptum* avviene sempre in connessione con lo *jus non scriptum* che ci governa al di là della nostra consapevolezza» (p. 780).

Leoni ritorna in conclusione del lavoro ad insistere sul fatto che nel processo non si verifica, a danno delle parti, quella discriminazione che si ha invece nelle decisioni collettive a causa della regola di maggioranza; ma tuttavia osserva:

«[L]a posizione delle parti davanti a un giudice è simile, in qualche misura, a quella di individui appartenenti a un gruppo. Né il soccombente in una causa, né la minoranza dissidente di un gruppo è in posizione di rifiutare la decisione finale. [...] Nonostante tutte le formalità e le regole artificiose della procedura, il principio fondamentale di un giudizio è determinare quale delle parti ha ragione e quale ha torto, senza nessuna delle discriminazioni automatiche presenti nelle decisioni collettive come, per esempio, la regola della maggioranza»¹⁶².

Peraltro, può rilevarsi che il momento decisionale non è necessariamente sottratto alla regola della maggioranza, quando la causa sia portata alla cognizione di un giudice collegiale e quando vi sia dissenso sulla decisione: in questa ipotesi il conflitto tra giudici si risolve con il voto.

Infine, Leoni nota come la legislazione sia un processo teoretico e non un atto di volontà, nel senso per cui la regola dettata dal legislatore dovrebbe essere conforme alla giustizia, all'ordine naturale delle cose, e non espressione di un potere politico, quindi di una volontà politica, cioè di un interesse di gruppo sufficientemente organizzato da riuscire ad ottenere certe regole giuridiche non in quanto giuste ma in quanto meramente pretese:

«[L]a legislazione è un processo teoretico molto più che un atto di volontà, e come processo teoretico non può essere il risultato di decisioni emesse da gruppi di potere alle spese di minoranze dissidenti. Se ci renderà di nuovo conto, nel nostro tempo, della importanza fondamentale di questa idea, la funzione giudiziaria recupererà il suo vero significato e le assemblee legislative e le commissioni quasi-legislative perderanno il loro influsso sull'uomo della strada. D'altra parte, nessun singolo giudice sarebbe così potente da distorcere col suo atteggiamento personale il processo tramite il quale le argomentazioni di tutte le parti competono reciprocamente [...]»¹⁶³.

In questo senso ritorna ancora una volta il problema delle minoranze dissidenti come conflitto di potere tra interessi contrapposti; lasciando qui da parte ogni riflessione sulla natura dell'attività legislativa, mi pare che l'enfasi sull'aspetto teoretico di essa, e, quindi, più in generale, dell'attività di produzione del diritto – non a caso Leoni ha altrove espressamente evocato il concetto di *naturalis ratio* quale supremo criterio di decisione¹⁶⁴ –, non sia del tutto in linea con l'analogia tra processo e mercato che lo stesso Leoni propone, e che a questo riguardo mi sembra convincente: tanto nel mercato dei beni quando nel mercato delle pretese vi sono interessi individuali in contrasto cui corrisponde, nel mercato, il potere (economico) delle parti, e, nel processo, il potere (decisionale) del giudice; quindi, non può cancellarsi il momento volontaristico (mercato) e quello autoritativo (processo). Ma non basta: le parti ricorrono all'argomentazione giuridica a tutela dei propri interessi, cioè per uno scopo

¹⁶² B. LEONI, *La libertà*, cit., p. 208.

¹⁶³ B. LEONI, *La libertà*, cit., pp. 209-210 (corsivo dell'a.).

¹⁶⁴ V. *supra*, testo e nota 132.

eminentemente pratico, non teoretico, al fine di prevalere sulla posizione avversaria, non certo per contribuire alla spassionata conoscenza del diritto, men che meno per far emergere quel diritto che è già radicato nelle cose, e che quindi necessita soltanto di una verbalizzazione giudiziale. Lo riconosce del resto lo stesso Leoni, quando altrove afferma che gli avvocati e i professori non sono interessati ad un'analisi teorica della parola diritto, dato che il loro scopo professionale è pratico, e consiste nel convincere il giudice della bontà della propria tesi e di vincere la causa¹⁶⁵.

Peraltro, ben può essere che il cultore di una disciplina giuridica non positiva sia particolarmente interessato al significato della parola diritto; ed infatti Leoni, professore di dottrina dello Stato e di filosofia del diritto, ha questo interesse conoscitivo. Egli del resto svolgeva intensamente la professione forense, e già aveva infatti altrove insistito sul fine pratico del giurista¹⁶⁶, richiamando una frase di Windscheid – il padre della pandettistica germanica –, il quale ebbe ad affermare che il fine pratico costituisce l'onore dell'attività del giurista.

In *Freedom and the Law*, Leoni ha invece come obiettivo proprio quello di offrire una definizione del diritto, una definizione fondata sul piano teoretico¹⁶⁷: in altre parole, qui Leoni non si accosta al problema della norma quale dato ultimo da cui prendere le mosse per conseguire uno scopo pratico, poiché tale dato ultimo – come meglio argomentato in un lavoro successivo – è proprio la pretesa individuale¹⁶⁸.

BIBLIOGRAFIA

¹⁶⁵ B. LEONI, *Il diritto come pretesa*, cit., p. 120.

¹⁶⁶ B. LEONI, *Obbligo e pretesa*, cit., p. 32.

¹⁶⁷ B. LEONI, *Il diritto come pretesa*, cit., p. 121.

¹⁶⁸ *Ibidem*, pp. 122-123.

- AA. VV., *Giustizia sociale nel diritto contrattuale europeo* [Gruppo di studio sulla giustizia sociale nel diritto privato europeo], in *Rivista critica del diritto privato*, 2005, pp. 99-133.
- G. ALPA, *Autonomia delle parti e libertà contrattuale, oggi*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2008, pp. 571-603.
- E. BAFFI, *I limiti all'autonomia contrattuale nel pensiero economico e filosofico contemporaneo*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2004, pp. 631-672.
- M. BARBERIS, *L'evoluzione nel diritto*, Torino, Giappichelli, 1998.
- M. BARCELLONA, *L'«idea sociale» nella teoria del diritto privato: il caso italiano (ma non solo)*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1997, pp. 717-733.
- R.C. VON CAENEGEM, *I signori del diritto – Giudici, legislatori e professori nella storia europea* (trad. it.), Milano, Giuffrè, 1991.
- M. CAPPELLETTI, *Contestazione della 'sistematica giuridica'*, in AA. VV., *La sistematica giuridica – Storia, teoria e problemi attuali*, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, 1991, pp. 369-378.
- M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Milano, Giuffrè, 1984.
- S. CASTIGNONE, C. FARALLI, M. RIPOLI (a cura di), *Il diritto come profezia – Il realismo americano: antologia di scritti*, Torino, Giappichelli, 2002.
- E. COLOMBATTO, *Social Contract and Historical Rules*, ICER Working Paper n. 5/2009, pp. 1-45: <http://www.icer.it/docs/wp2009/ICERwp05-09.pdf>.
- E. COLOMBATTO, *It Was the Rule of Law. Will It Be the Rule of Judges?*, ICER Working Paper n. 41/2007, pp. 1-27: <http://www.icer.it/docs/wp2007/ICERwp41-07.pdf>, da cui le citazioni; poi in: *Revue Économique*, 58 (6), Novembre 2007, pp. 1163-1180.
- E. COLOMBATTO, *Law, Economics and the Institutional Approach to Development and Transition: Towards an Evolutionary Perspective*, ICER Working Paper n. 7/2006, pp. 1-30: <http://www.icer.it/docs/wp2006/ICERwp7-06.pdf>, da cui le citazioni; poi in: *Procesos de Mercado*, III (1), Primavera 2006, pp. 11-45.
- E. COLOMBATTO, *Hayek and the Economy Policy (The Austrian Road to the Third Way)*, ICER Working Paper n. 18/2004, pp. 1-26: <http://www.icer.it/docs/wp2004/Colombatto18-04.pdf>, da cui le citazioni; poi in: A. MARCIANO and J.-M. JOSSELIN (eds.), *Democracy, Freedom and Coercion: a Law and Economics Approach*, Cheltenham, Edward Elgar, 2007, pp. 46-66.
- E. COLOMBATTO, *Free-Market Economies, Rule of Law and Policy-Making*, ICER Working Paper n. 18/1997, pp. 1-16 del testo dattiloscritto, da cui le citazioni; poi in: S. PEJOVICH (ed.), *Economic Analysis of Institutions and Systems*, Kluwer Academic Publishers, 1998 (II ed.), Chapter 9.
- R. CUBEDDU, *Le istituzioni e la libertà*, Macerata, Liberilibri, 2006.
- R. CUBEDDU, *Tempo individuale e tempo delle regole – Su alcuni problemi 'irrisolti' della Scuola Austriaca*, in P. BARROTTA (a cura di), *Soggettivismo, tempo ed istituzioni a partire dalla Scuola Austriaca*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2005, pp. 63-97.
- G. DI LORENZO, *Abuso di dipendenza economica e contratto nullo*, Padova, Cedam, 2009.
- M. EABRASU, *An Assessment of Subjectivism. Its Meaning and Its Limits*, ICER Working Paper n. 1/2008, pp. 1-24: <http://www.icer.it/docs/wp2008/ICERwp01-08.pdf>.
- A. EBENSTEIN, *Friedrich von Hayek – Una biografia* (trad. it.), Soveria Mannelli, Rubbettino, 2009.

- PH. FABBIO, *Disparità di forza contrattuale e abuso di dipendenza economica*, in G. OLIVIERI e A. ZOPPINI (a cura di), *Contratto e antitrust*, Roma-Bari, Laterza, 2008, pp. 153-174.
- G.B. FERRI, *Filippo Vassalli o il diritto civile come opera d'arte*, Padova, Cedam, 2002.
- A. FESTRÉ, *Carl Menger and Friedrich von Wieser on the Role of Knowledge and beliefs in the Emergence and Evolution of Institutions*, ICER Working Paper n. 39/2007, pp. 1-29: <http://www.icer.it/docs/wp2007/ICERwp39-07.pdf>, da cui le citazioni; poi in: R. ARENA, A. FESTRÉ et N. LAZARIC (eds.), *Handbook of Knowledge and Economics*, Cheltenham, Edward Elgar.
- M. FILONI, *Il filosofo della domenica – La vita e il pensiero di Alexandre Kojève*, Torino, Bollati Boringhieri, 2008.
- G. GIORGINI, *Laicità e liberalismo*, in G. BONIOLO (a cura di), *Laicità – Una geografia delle nostre radici*, Torino, Einaudi, 2006, pp. 219-229.
- G. GOMETZ, *La certezza giuridica come prevedibilità*, Torino, Giappichelli, 2005.
- M. GRONDONA, *Il giudice e le regole nella teoria e nella politica del diritto di Friedrich August von Hayek*, in *Politica del diritto*, 2009, pp. 341-374.
- M. GRONDONA, *L'ordine giuridico dei privati – Premesse teorico-generalì per uno studio del diritto dispositivo in ambito contrattuale*, Soveria Mannelli-Treviglio, Rubbettino-Leonardo Facco, 2008.
- M. GRONDONA, *La pretesa individuale e l'evoluzione del diritto: a proposito del libertarismo di Bruno Leoni*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2007, pp. 703-712.
- M. GRONDONA, *Pena di morte e ritardo mentale di fronte alla Corte Suprema degli USA*, in ANT. D'ANGELO (a cura di), *Good Morning America*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 289-305.
- P. GROSSI, *La legalità costituzionale nella storia del diritto moderno*, Accademia Nazionale dei Lincei – Cerimonia di chiusura dell'Anno Accademico 2008-2009. Discorso tenuto in data 11 giugno 2009, pp. 1-12 del testo dattiloscritto.
- P. GROSSI, *Il diritto civile tra le rigidità di ieri e le mobilità di oggi*, in M. LOBUONO (a cura di), *Scienza giuridica privatistica e fonti del diritto*, Bari, Cacucci, 2009, pp. 17-47.
- P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2008 (XIII ed.).
- D. GUTMANN, *La fonction sociale de la doctrine juridique – Brèves réflexions à partir d'un ouvrage collectif sur Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2002, pp. 455-461.
- F.A. HAYEK, *La concorrenza come procedimento di scoperta* (1968), in ID., *Nuovi studi di filosofia, politica, economia e storia delle idee* (trad. it.), Roma, Armando, 1988, pp. 197-208.
- F.A. HAYEK, *Ordinamento giuridico e ordine sociale* (trad. it.), in *Il Politico*, 1968, pp. 693-723.
- F.A. VON HAYEK, *Legge, legislazione e libertà – Critica dell'economia pianificata* (trad. it.), Milano, EST, 2000.
- H.-H. HOPPE, *Democrazia: il dio che ha fallito* (trad. it.), Macerata, Liberilibri, 2005.
- N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, Laterza, 2009 (V ed.).
- I.M. KIRZNER, *Concorrenza e imprenditorialità*. Prefazione di L. Infantino (trad. it.), Soveria Mannelli, Rubbettino, 1997.
- B. LEONI, *Il problema della scienza del diritto*, Torino, Giappichelli, 1940.
- B. LEONI, *Per un teoria dell'irrazionale nel diritto*, Torino, Giappichelli (s.d., ma) 1943.
- B. LEONI, *Freedom and the Law*, Los Angeles, Nash Publishing, 1972.
- B. LEONI, *La libertà e la legge* (trad. it.), Macerata, Liberilibri, 1995.

- B. LEONI, *Le pretese e i poteri: le radici individuali del diritto e della politica*, a cura di M. Stoppino, Milano, Società Aperta, 1997.
- B. LEONI, *Lezioni di filosofia del diritto*. Prefazione di C. Lottieri, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2003.
- B. LEONI, *Il diritto come pretesa*, a cura di A. Masala. Introduzione di M. Barberis e Postfazione di A. Febbrajo, Macerata, Liberilibri, 2004.
- B. LEONI, *Lezioni di dottrina dello Stato*. Prefazione di R. De Mucci e L. Infantino, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2004.
- B. LEONI, *Il pensiero politico moderno e contemporaneo*, a cura di A. Masala. Introduzione di L.M. Bassani, Macerata, Liberilibri, 2008.
- B. LEONI, *Scritti di scienza politica e teoria del diritto*. Prefazione di G. Rebuffa, Soveria Mannelli-Treviglio, Rubbettino-Leonardo Facco, 2009.
- M.G. LOSANO, *Appendice. Strutturalismo e scienze umane*, in R. BOUDON, *Strutturalismo e scienze umane*, Torino, Einaudi, 1970, pp. 183-197.
- C. LOTTIERI, *Alle origini della teoria del diritto come pretesa individuale. Da Widar Cesarini Sforza a Bruno Leoni*, 2009, pp. 1-22 non numerate del testo dattiloscritto (di prossima pubblicazione).
- C. LOTTIERI, *Le ragioni del diritto – Libertà individuale e ordine giuridico nel pensiero di Bruno Leoni*, Soveria Mannelli-Treviglio, Rubbettino-Leonardo Facco, 2006.
- I. MAGNANI, *L'economia di Luigi Einaudi: ovvero la virtù del buon senso* (Relazione presentata al Convegno «Luigi Einaudi: istituzioni, mercato e riforma sociale», Accademia Nazionale dei Lincei, Roma, 18-19 febbraio 2004), pp. 1-34 del testo dattiloscritto.
- X. MAGNON, *En quoi le positivisme – normativisme – est-il diabolique?*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2009, pp. 269-280.
- A. MARCIANO, *Hayek's Theory of Social Evolution in the Light of Darwin's Descent of Man*, ICER Working Paper n. 4/2007, pp. 1-23: <http://www.icer.it/docs/wp2007/ICERwp04-07.pdf>.
- G. MARINI, *Gli anni settanta della responsabilità civile. Uno studio sulla relazione pubblico/privato*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2008, pp. (parte I), e pp. 229-261 (parte II).
- N. MATTEUCCI, *L'eredità di von Hayek*, Milano, Società Aperta, 1997.
- L. VON MISES, *Human Action – A Treatise on Economics*, San Francisco, Fox & Wilkes, 1996 (IV rev. ed.).
- P.G. MONATERI, *Conoscenza, mercato, pianificazione: a proposito di un libro di Friedrich[h] von Hayek*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2005, pp. 777-780.
- P.G. MONATERI, *Ripensare il contratto: verso una visione antagonista del contratto*, in *Rivista di diritto civile*, 2003, I, pp. 409-422.
- N. NENOVSKY, *The Economic Philosophy of Friedrich Hayek (The Centenary of His Birth)*, Bulgarian National Bank, Discussion Paper (DP/8/1999), pp. 1-23: http://www.bnb.bg/bnbweb/groups/public/documents/bnb_publication/discussion_1999_08_en.pdf
- G. OLIVIERI, *Interpretazione del contratto e tutela della concorrenza*, in G. OLIVIERI e A. ZOPPINI (a cura di), *Contratto e antitrust*, Roma-Bari, Laterza, 2008, pp. 71-88.
- G. PALERMO and S. GLORIA-PALERMO, *Austrian Economics and Value Judgements: A Critical Comparison with Neoclassical Economics*, ICER Working Paper n. 8/2003, pp. 1-26: <http://www.icer.it/docs/wp2003/Gloria-Palermo8-03.pdf>, da cui è citazioni; poi in: *Review of Political Economy*, vol. 17, n. 1, 2005, pp. 63-78.

- R. SACCO, *Antropologia giuridica – Contributo ad una macrostoria del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2008.
- R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, nel *Trattato di diritto civile* diretto da Rodolfo Sacco, Torino, Utet, 2004 (III ed.).
- P. SIRENA, *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, in *Rivista di diritto civile*, 2004, I, pp. 787-823.
- A. SOMMA, *Giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti!*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2005, pp. 75-97.
- A. SOMMA, *Introduzione critica al diritto europeo dei contratti*, Milano, Giuffrè, 2007.
- J.-F. SPITZ, «*Qui dit contractuel dit juste*»: *quelques remarques sur une formule d'Alfred Fouillé*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2007, pp. 281-286.
- G. TARELLO, *Il realismo giuridico americano*, Milano, Giuffrè, 1962.
- G. TARELLO, *Atteggiamenti culturali sulla funzione del giurista-interprete*, in ID., *Diritto, enunciati, usi – Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, il Mulino, 1974, pp. 475-521.
- M. TARUFFO, *La semplice verità – Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari, Laterza, 2009.
- S. TAMPANARO, *Il materialismo*, Milano, Unicopli, 1997 (III ed. riv. e ampl.).
- P. VALLENTYNE, *Libertarianism* (2002; 2009), in *Stanford Encyclopedia of Philosophy*: <http://plato.stanford.edu/entries/libertarianism/>.
- TH. WILHELMSSON, *Social Contract Law and European Integration*, Aldershot-Brookfield (USA)-Singapore-Sidney, Dartmouth, 1995.
- G. ZACCARIA, *La giurisprudenza come fonte del diritto – Un'evoluzione storica e teorica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007.
- A. ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in G. OLIVIERI e A. ZOPPINI (a cura di), *Contratto e antitrust*, Roma-Bari, Laterza, 2008, pp. 3-25.
- A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in AA. VV., *Studi in onore di Nicolò Lipari*, Milano, Giuffrè, 2008, tomo II, pp. 3023-3058.
- T.J. ZWICKI, *The Rule of Law, Freedom, and Prosperity*, ICER Working Paper n. 27/2002, pp. 1-27: http://www.icer.it/menu/f_papers.html, da cui le citazioni; poi in: *Supreme Court Economic Review*, 2003, vol. 10, pp. 1-26.