

Andrea Favaro

L'autorità del giudizio.

*Annotazioni critiche sul ruolo maieutico della giurisprudenza
come mediazione*

The nature of the “authority” is one of the main problems of juridical philosophy. Within the problem of “judgment”, the key is how to explain that an external command turns into an internal principle of action. Modern jurisprudence has given two great opposite lines of answers: law is external constriction, reducing law to force; or else, law is a decision of a will that has been artificially identified with the will of the state. Both answers have proved to be insufficient.

The thesis of this paper is that the answer of a classical realistic philosophy consists in a voluntary identity of the practical reason of the justice made possible by the authority of particular decisions. This means that the positive law is (only) a formal model, like paradigm, of the order of justice in all its levels, and that the real authority of the ius is the practical decision like a product of autonomy of the person.

1. Premessa di contesto

Da qualche tempo ormai le istituzioni (economiche, politiche, sociali in genere) paiono “giocare” anche sul banco dei temi eticamente sensibili, scaraventando sul tavolo dell’azzardo il dado del diritto.

Talune lo assoldano quale bastione di difesa di una loro identità spesso alla ricerca di una autorità perduta, talaltre lo avvinghiano quale sempiterna testa d’ariete per abbattere quanto nella società viene ritenuto statico, se non stantio.

D’altronde, come tentò di spiegarci già Norberto Bobbio, viviamo nella “età dei diritti”; e non v’è chi, nel lavoro, in famiglia, in qualunque comunità o relazione si trovi a partecipare, non rivendichi, sinceramente convinto delle (solamente proprie) ragioni, la titolarità (e quindi la tutela) dei diritti (comunque propri e, eventualmente, pure di altri).

Questo ragionamento porta con sé una dose di illogicità/irrazionalità che non è casuale, ma che alcuni hanno già provato ad esplicare attraverso la storia della modernità occidentale, a partire dall’illuminismo¹. Allora vi era l’esigenza di costruire

¹ Stimolanti paiono gli spunti offerti dalla disamina di C. Taylor, *L’età secolare*, tr.it., Feltrinelli, Milano 2009, *passim* e specie alle pp. 285-345 (“Il deismo provvivenzialista”); pp. 595-634 (“L’epoca dell’autenticità”) e pp. 913-966 (“Conversioni”).

un nuovo sistema di potere nel quale non vi fossero più i privilegi di pochi e fosse permesso a tutti, a prescindere dal ceto, di possedere con la qualifica di proprietario i “beni della vita” a cominciare dalla proprietà delle cose per giungere, come si legge nella Dichiarazione della Virginia del 1776, alla “felicità”.

Proprio su questi diritti di “avere” si è fondata una società rinnovata e fondata sulla libertà di qualunque uomo nessuno escluso e, quindi, sull'eguaglianza di tutti. La radice dei diritti sarebbe così divenuta la pretesa del singolo, uguale a tutti gli altri singoli. La realtà quotidiana ci permette di sperimentare che le rivendicazioni non si esauriscono e che l'uomo esige sempre più dagli altri, in generale, e in particolare dal soggetto a cui, per contratto, ci saremmo tutti assoggettati: lo stato.

Sull'identità e sul contenuto dei “diritti” che è oggi in grado di riconoscere alla persona lo stato, anche tramite la sua autorità, senza annullare se stesso come istituzione rappresentativa, pare interessante il parallelo tra due concrete situazioni che hanno occupato qualche spazio nei dibattiti dottrinali degli ultimi tempi, poiché dal pulsare dell'esperienza è possibile riconoscere sia la realtà dell'esistenza come pure le aporie degli schemi astratti².

Col rigetto della eccezione di incostituzionalità delle norme civili che vietano il matrimonio tra omosessuali, la Corte Costituzionale italiana ha ancora una volta affermato che l'art. 3 Cost., sull'egida del magistero di Livio Paladin, da un lato prescrive la parità di tutela tra situazioni eguali, dall'altro riconosce la differenza di trattamento tra situazioni diseguali. Proseguendo la Corte ha diffidato da qualsiasi giustificazione evolutiva del testo costituzionale quando questa modifica la norma “*in modo tale da includere fenomeni [...] non considerati quando fu emanata*”.

In una sintonia curiosa per quanto casuale, il giudice Scalia, da 25 anni membro della Corte Suprema Statunitense, in una recente intervista³ ha richiamato l'attenzione sul pericolo che si corre nel dar seguito a una interpretazione “evoluzionista” della Costituzione Statunitense anche per il solo fatto che potrebbero esserci delle difficoltà serie nel riconoscere dei limiti a questa stessa “evoluzione”, magari pretesa da piccole (ma non per questo meno influenti) minoranze, novelli numi tutelari di “*quel che la società già sente, già vive*”.

Quale strumento, difatti, potrebbe veicolare in termini democratici la pretesa di alcuni se non vi è una effettiva prova dell'esistenza della autorità ovvero della volontà (almeno) della maggioranza?

La via pare chiara: l'autorità di una Costituzione (così come la autorevolezza finanche formale di una Corte Costituzionale) non è autorizzata a rendere legale ciò che la legge valida vieta, salvo negare sé stessa. Tale “autorizzazione” parrebbe essere invece fornita dalla legge, qualora con contrasti proprio con la Costituzione medesima. Si rinnova anche in questi due semplici e recenti esempi lo schema proprio degli ordinamenti giuridici di matrice liberal-democratica ove la separazione dei poteri preserva alla norma (scritta) un significativo ruolo di autorità nel definire

2 Cfr. la breve e pur feconda disamina sul punto offerta di recente anche in traduzione italiana di P.A. Florenskij, *Stupore e dialettica*, a cura di N. Valentini, Quodlibet, Macerata 2011.

3 Reperibile al sito www.callawyer.com.

i contorni del legale e, per una sorta di costruzione superficiale ma non meno metonimica, del giusto. Difatti, una Costituzione tratteggia le coordinate del “giusto” all’interno di un singolo ordinamento fondandosi su valori che presuppone e che non è in grado di auto-justificare, ma che non può tradire senza divenire di per sé inutile. Ecco perché se i valori sono mutati nella società, come molti dati paiono riportare, le nuove coordinate per la comunità politica non possono non essere veicolate tramite la procedura democratica.

Sull’autorità di tale procedura vorrebbe soffermarsi la presente disamina. Per verificarne la consistenza, ma soprattutto riconoscerne la adeguatezza nella società odierna.

La relazione tra legge e sentenza che pare oggi prevalere è la seguente. La legge determina ciò che è “giusto” mentre alla sentenza spetta, solo, il riconoscimento del rispetto della legge nel caso concreto. Epperò la riflessione ancora una volta abbisogna di un approfondimento se si prende atto che l’autorità della norma (scritta come non) oggi percepita dai membri di un ordinamento giuridico di matrice liberal-democratica è di molto inferiore rispetto a quello che viene attribuito dagli stessi membri agli arresti giurisprudenziali.

In questa sede non è concessa una disamina sul ruolo della giurisprudenza. Ci si limiterà ad alcune annotazioni critiche circa talune specifiche affermazioni teoretiche. Le questioni peraltro circolano tutte attorno al nucleo nevralgico del soggetto “stato”, inteso in particolar modo quale detentore (monopolista) dei poteri legislativo e giudiziario e visto nella sua odierna capacità maieutica di mettere in evidenza lo spirito della società che è chiamato a servire.

2. Il diritto nel giudizio: l’autorità del *particulare*

Nell’elaborare qualche breve considerazione faremo riferimento al percorso teorico sviluppato sul ruolo del giudice da parte di un filosofo del diritto, Bruno Leoni, e di un economista, Friedrich von Hayek. L’elezione è evidentemente parziale e così inevitabilmente limitata. Quel che più rileva però nella presente sede di un saggio è che tutt’oggi tale scelta pare “di minoranza”, ma riteniamo che non per questo possa essere ritenuta minorata nei confronti delle letture “classiche” sulla giustizia e sul ruolo della giurisprudenza che la natura del saggio presente in certi aspetti non può non dare per scontate al Lettore.

Innanzitutto, il giurista torinese ha sempre avversato il normativismo e tentato di offrire spunti per il riconoscimento di un reale “aggiustamento spontaneo”⁴,

4 Interessante l’ampiamente positivo giudizio espresso da Buchanan in ordine al concetto di “aggiustamento spontaneo” espresso da Leoni e da Hayek. Riferendosi soprattutto al secondo, così si esprime «Egli mette l’accento sul *nomos*, ovvero quel tipo di diritto che emerge dalle decisioni separate dei giudici in un processo di “aggiustamento spontaneo”» (J.M. Buchanan, *Freedom in Constitutional Contract: Perspectives of a Political Economist*, [1977], tr. it., Il Saggiatore, Milano 1990, p. 41, dove in nota 11 il riferimento esplicito è a Bruno Leoni che «ha analizzato anche il diritto creato dal giudice in un modello di aggiustamento, analogo a quello esistente nel funzionamento di un ordine di mercato competitivo»).

sempre avendo quali elementi fondativi gli arresti giurisprudenziali, i quali, pur nel loro essere espressione di un riconoscimento umano e quindi imperfetto del "giusto", hanno lo sguardo imperituramente rivolto all'esperienza concreta, piuttosto che alla generalità astratta degli eventi e quindi sono maggiormente vincolati alla giustificazione razionale del loro apporto, cosicché a detta del Leoni la natura irrazionale delle sentenze, in un ordinamento spontaneo, si configura come statisticamente improbabile⁵ poiché il «giudice crea quella norma particolare che è la sentenza, ma in realtà questa creazione della norma-sentenza è sempre un processo che avviene attraverso una deduzione: la regola generale è questa, la fattispecie giuridica è questa, applico la regola e ottengo la sentenza in questo processo. [...] Si è molto polemizzato sull'effettiva natura del procedimento del giudice, cioè si è detto: il giudice finge molto spesso di ricavare la sua sentenza da una premessa generale, mentre in realtà, in molti casi, emana sentenze che esprimono il suo convincimento personale, e molte volte passa sopra anche a quella che sarebbe la deduzione rigorosa della regola»⁶.

Inserita in tale orizzonte, la critica del Leoni pare giustificata: da una parte, evidenza come nell'epoca odierna la legislazione venga considerata il mezzo più

5 Anche in questa analisi della figura del diritto spontaneo nascente dall'operare concreto del giudice, estrema rilevanza opera la nozione di probabilità, per la quale rimandiamo al Capitolo II. Nello specifico del tema trattato vedansi: B. Leoni, *Lezioni di filosofia del diritto. Il pensiero antico con appendice sul pensiero cristiano*, Ed. Viscontea, Pavia-Milano 1957, pp. 73 s. dove l'A. afferma «Ciò che mi consente di fare previsioni sul pagamento di un debito da parte di un debitore non è l'unicità di quel caso, bensì il fatto che io, in fondo, cerco di ridurre questo caso unico a un anello in una catena di casi simili, cioè lo metto in relazione con tutte le altre scadenze in cui il debitore mi ha pagato, ovvero con tutti gli altri casi analoghi in cui gli altri debitori hanno pagato me o altri creditori».

6 B. Leoni, *Lezioni di filosofia del diritto*, cit., pp. 242-244. Queste *Lezioni*, pare corretto ora rilevarlo, costituiscono un vero esempio di magistero interdisciplinare, che forse è la dimensione accademica peculiare del Leoni e che in questa opera ci proponiamo di testimoniare. Il giusfilosofo prosegue con la sua analisi asserendo: «Esiste attualmente una scuola moderna, specialmente nei paesi anglosassoni, il cosiddetto *realismo*, che considera il diritto giudiziario come qualcosa che è creato continuamente dal giudice, quasi a dispetto di quelle che potrebbero essere le regole generali. Secondo questa scuola, il giudice fingerebbe di ricavare una regola ovunque ciò gli faccia comodo, ma applicherebbe in realtà una sua propria convinzione sulla ragione e sul torto delle parti, senza necessario riguardo a quella regola. Questa idea può essere giusta nei dettagli, ma sostanzialmente non è giusta. [...] [I] processo del giudice è sempre un processo di deduzione, anche nel senso logico e non è solo la creazione *ex novo* di una norma» (B. Leoni, *op.cit.*, p. 244). In merito al diritto giurisprudenziale e ancor più specificatamente circa la giurisprudenza quale fonte del diritto, vedasi la disamina svolta, con peculiare attenzione per i sistemi di *civil law*, in U. Pagallo, *Alle fonti del diritto. Mito, scienza, filosofia*, Giappichelli, Torino 2002, pp. 166-176, soprattutto a p. 167, nota 68, dove oltre a illustrare al lettore la dottrina che, in uno o in altro senso, ammetterebbe la giurisprudenza come fonte dell'ordinamento (cfr. C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Cedam, Padova 1991, vol. I; A.M. Sandulli, *Natura, funzioni ed effetto delle pronunce della Corte Costituzionale sulla legittimità delle leggi*, in «Riv. trim. di dir. pubblico», 1959, IX, p. 24; A. Pizzorusso, *Lezioni di diritto costituzionale*, Ed. de Il Foro italiano, Roma 1984, pp. 581 e 682) ritiene opportuno sottolineare come la problematica sia stata spesso avvertita sotto il profilo *operativo* e non *teoretico*, cosa che invece tende a proporre il Leoni.

efficace per risolvere i conflitti intersoggettivi⁷; dall'altra, mette in luce tutti i limiti e la totale a-problematicità di questa concezione, in particolar modo circa la sua descrizione per mezzo del *linguaggio*. Di fronte a quella che potrebbe essere definita come la *irrazionalità* del monopolio legislativo dello stato, l'individuo troverebbe una garanzia di autorità (pure a lungo termine) nell'operato del giudice, il quale tutela le aspettative dei singoli richiamandosi, in sostanza, al diritto consuetudinario, oppure alla prassi giudiziale e questa a sua volta al pulsare concreto dell'esperienza giuridica. In verità l'espressione sopra riportata, preserva il sunto dell'intera teoresi leoniana sul tema dell'importanza della giurisprudenza all'interno di un ordinamento giuridico⁸.

7 Utile per approfondire questo tema è la ricerca svolta da di Robilant, che ha adeguatamente illustrato come la critica del Leoni valga soprattutto in una società "tecnologica" come quella attuale (cfr. E. di Robilant, *Diritto e società tecnologica nel pensiero di Leoni*, in AA.VV., *Il pensiero politico e giuridico di Bruno Leoni*, in «Il Politico», XLVII, n. 1 con interventi di N. Bobbio, A. Febbrajo, G. Gavazzi, E. di Robilant, U. Scarpelli, G. Urbani, M. Stoppino).

8 Cfr. C. Lottieri, *Le ragioni del diritto. Libertà individuale e ordine giuridico nel pensiero di Bruno Leoni*, Rubbettino – Leonardo Facco, Soveria Mannelli 2006, pp. 19-20. Il Lottieri stesso giustifica, dal punto di vista cronologico, questa sua affermazione che potrebbe lasciare perplessi, dato che le lezioni di Leoni che costituiranno l'ossatura della monografia *Freedom and the Law* si tennero in California due anni prima della pubblicazione del testo hayekiano. Difatti, con la sua nota davvero curata per i particolari, il Lottieri informa che «lo studioso italiano aveva ben presenti alcuni scritti di Hayek degli anni cinquanta e riuniti in *The Political Ideal of the Rule of Law* (National Bank of Egypt, Il Cairo 1955). Quando pubblicò il proprio volume, nel 1961, Leoni aveva inoltre già avuto modo di leggere *The Constitution of Liberty*: in una nota al testo egli sottolinea pure come "praticamente l'intera sostanza" delle lezioni egiziane fosse stata riproposta nell'opera successiva» (Id., *Op. cit.*, p. 20 nota 17). In effetti la posizione circa il *rule of law* di Hayek non era proprio paragonabile a quella del Nostro, sol ci si renda edotti che il premio Nobel in più riprese identifica il diritto con l'ordine giuridico imposto dallo stato democratico; esempio evidente di questa sua posizione che sarà utile a Hoppe per poterlo classificare "estraneo" alla Scuola Austriaca ovvero autore di un deviazionismo "di sinistra" rispetto alla impostazione di Mises (cfr. H.-H. Hoppe, *F.A. Hayek on Government and Social Evolution: A Critique*, in «Review of Austrian Economics», vol. 7, n. 1; ma cfr. pure Id., *Democracy: The God That Failed* (2001), tr. it., Liberilibri, Macerata 2005, p. 336 nota 27 dove Hoppe afferma che se è vero che Mises ebbe come migliori allievi Hayek e Rothbard, solo quest'ultimo poteva dirsi in totale affinità col maestro. Tornando alla concezione hayekiana del *rule of law*, lo studioso austriaco giungerà perfino a concordare con Gustav Radbruch sull'importanza del *Rechtsstaat* e sul concetto che «se non conserveremo il governo della legge, la democrazia non vivrà a lungo» (cfr. F.A. von Hayek, *The Fatal Conceit The Errors of Socialism*, The University of Chicago Press, Chicago 1991, p. 34) apparentemente non rendendosi conto che le garanzie di libertà soggettiva cui si riferisce il giurista tedesco (di impostazione socialista) sono del tutto differenti rispetto alla tradizione liberale del *rule of law* (proprio in tal senso, colpiscono nel segno le critiche espresse in B. Leoni, *Freedom and the Law*, tr. it., liberilibri, Macerata 1995, pp. 85-86). A ben vedere, pare davvero sorprendente come Hayek abbia spesso associato *rule of law* e "stato di diritto". Il primo, difatti, si innerva solo a condizione che sussistano talune premesse, tra loro collegate: non vi è un apparato amministrativo centralizzato (burocrazia), non ha mai priorità assoluta il mito della sovranità statale, il diritto comune non è stato soppiantato completamente dal diritto romano-germanico, i giudici non sono completamente separati dal ceto dei legislatori (cfr. A. Panebianco, *Il potere, lo stato, la libertà*, Il Mulino, Bologna 2004, pp. 141-154, dove troviamo ulteriore conferma che nell'europa continentale, «solo in rarissimi casi, gli aspetti più illiberali

Tesi che poi punta l'attenzione soprattutto sull'aspetto formale della "regola"⁹. La semplice "alternativa" solo abbozzata assume contorni sempre più definiti: «Naturalmente, una mera riduzione dell'area della legislazione non potrebbe risolvere completamente il problema dell'organizzazione giuridica della nostra società a tutela della libertà individuale, ma lo farebbe più di quanto non faccia ora la legislazione [...]. Secondo l'esperienza dei nostri antenati, il modo consueto di affrontare questa difficoltà, non solo nei paesi anglosassoni, ma nell'intero Occidente, era [...] quello di affidare il processo a persone con uno speciale addestramento, come avvocati e giudici¹⁰. [...] Non si può negare che avvocati e giudici siano uomini come tutti gli altri, con risorse limitate; né si può negare che possono andar soggetti alla tentazione di sostituire il loro arbitrio personale all'atteggiamento imparziale dello scienziato, qualora il caso sia oscuro e siano coinvolte le loro convinzioni profonde. Inoltre, si potrebbe sostenere che l'attività di tali *honoratiores*¹¹ sembra

dello "stato di diritto" sono stati riconosciuti come tali alla luce di una prospettiva coerente con i principi della tradizione di *common law*»); il noto politologo, inoltre, ricorda che in Italia, studiosi con tale impostazione sono Nicola Matteucci, Bruno Leoni e l'ultimo Luigi Sturzo, «in virtù della conoscenza che egli aveva acquisito del mondo anglosassone» (pp. 141-142). In riferimento all'intero "apparato" dei miti della odierna teoria giuridica, si rimanda all'acuto saggio di P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano 2001; nonché a U. Vincenti, *L'universo di giuristi, legislatori, giudici. Contro la mitologia giuridica*, Cedam, Padova 2003.

9 Opportuna in tal senso l'avvertenza critica del Menger, vero fondamento teorico di Hayek, «Il diritto come risultato riflesso della volontà di una comunità popolare organizzata o dei suoi potenti è un fenomeno che non stimola l'acume dello studioso né in rapporto alla sua essenza, né in rapporto alla sua origine. Altrimenti stanno le cose quando il diritto non si manifesta come risultato di legislazione positiva (ossia della volontà comune *riflessa*), ma di un "processo organico"» (C. Menger, *Untersuchungen über die Methode der Socialwissenschaften, und der politischen ...konomie insbesondere*, [1883], tr. it., liberilibri, Macerata 1997, p. 252). Il tema dell'origine del diritto era già stato peraltro affrontato dallo stesso Menger nei precedenti C. Menger, *Grundsätze der Volkswirtschaftslehre*, Wilhelm Braumüller, Wien 1871, p. 56, dove il diritto viene inteso come "tutela del possesso".

10 Stesse categorie di giuristi che sono state di recente prese in considerazione da F. Gentile, *Legalità giustizia giustificazione. Sul ruolo della filosofia del diritto nella formazione del giurista*, Napoli, ESI, 2008, pp. 72-78 sotto l'indicazione di *advocatus* e di *iuratus* entrambi concorrenti nel determinare il diritto e financo la "legge" (cfr. pp. 78-82), ma comunque «con più credibile fondamento, i giuristi "*cuius merito quis [...] sacerdotes appellet*" (D. 1, 1, 1), potranno rispondere alla domanda che loro rivolgono gli uomini di mettere ordine nelle loro relazioni rappresentando il suo di ciascuno» (p. 82).

11 In merito alla figura degli *honoratiores* vedasi quanto comunica lo stesso Leoni a Hayek: «I think that my book is in a sense complementary to yours, and I guess from your letter that your theory of general rules can coincide with my theory of law as of rules found out by some *honoratiores* (to use this obsolete word used by Max Weber), and *not* imposed upon other people by a handful of legislators. I think that the underlying idea of such a theory is that there is a market of the law as well as there is a market of goods. The rules correspond to the prices: they are the expression of the conditions requested for the exchange of actions and behaviours, just as the prices are the expression of certain conditions requested for the exchange of the goods. And rules, as well as the prices are not imposed, but found out. I said before that the rules are found out by special kind of people. But even this is true only partially. Everybody can find out a rule under given circumstances; this happens whenever people exchange their actions, their behaviours etc. at certain conditions without being compelled to consult anybody for that 90%

essere, nella società contemporanea, priva di una effettiva sanzione quanto quella dei legislatori, per quanto riguarda l'interpretazione della volontà del popolo»¹². Interessante, a ben vedere, la peculiare attenzione che il Leoni rivolge non solo ai giudici, ma pure agli avvocati, e quindi ai periti del diritto "quotidiano" che hanno il compito precipuo di scoprire le regole ricavandole dalla realtà dei rapporti interindividuali, così come si manifestano (spontaneamente) nella società civile.

3. Pretesa autorità dei "pratici" nel riconoscimento del "giusto"

In quest'ottica, per Leoni le regole al centro del diritto sono «*regole di comportamento*» ed in quanto tali non possono essere decretate da alcun organo legislativo, ma devono essere appunto individuate dai giudici traendole dai rapporti e dai comportamenti reali dei cittadini. L'obiezione più frequentemente avanzata nei confronti di una simile proposta di riforma, incentrata nell'attribuzione ai giudici di un ruolo così preminente nella produzione del diritto, è che anch'essi, come i legislatori, potrebbero essere tentati di imporre il loro arbitrio, al punto che le loro decisioni potrebbero finire per coincidere con le statuizioni delle assemblee legislative in quanto a irragionevolezza o mancanza di autorevolezza (e autorità) nel riconoscimento del "giusto". In sostanza, mediante le sentenze i giudici potrebbero esercitare una forma di «coercizione» nei riguardi della nostra libertà individuale del tutto analoga a quella esercitata dai legislatori. Nasce quindi il problema relativo alla nomina dei giudici e dei giuristi da cui deriva la domanda: chi nominerà i giudici, i giuristi o gli altri *honoratiores* per svolgere il compito di definire il diritto?

Di fronte a tale quesito, la reazione di Leoni pare quanto mai stimolante per l'oggi come pure lucidamente ricognitiva del primevo, dal momento che egli ritiene del tutto irrilevante stabilire *a priori* quale sia l'autorità che debba nominare i giudici: «tutti lo potrebbero fare, come accade in certa misura quando la gente ricorre ad arbitri privati per dirimere le proprie liti. La nomina di giudici da parte delle autorità avviene, in generale, secondo i medesimi criteri che sarebbero usati dall'uomo della strada»¹³. Infatti, i professionisti di qualità "emergono" nella società in cui prestano la loro opera intellettuale grazie alle loro capacità e la nomina

of the "living law" is based on rules more or less spontaneously found out by the people. The *honoratiores* [...] are concerned with the marginal fringe of the cases in which the conditions for the exchange of the actions are not clear, or not settled, or not agreed upon ex post facto, etc. In dealing with these cases the *honoratiores* have to compare them with the rest of the cases, that is with the usual and almost automatic development of the living law. It is from that comparison that they are able to derive ultimately the *ratio decidendi*, regardless of the fact that they seem to discover it only in the precedents» (*Lettera di Bruno Leoni a Friedrich Hayek*, 7 aprile 1962 in appendice a A. Masala, *Il liberalismo di Bruno Leoni*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2003, p. 242 dove interessante, anche per comprendere il carattere e lo spirito di amicizia – non solo intellettuale – che lo legava al premio Nobel austriaco è la chiosa finale della lettera, dove si legge «Well, I stop this argument now, otherwise I become a bore, or...I write another book»).

12 B. Leoni, *Freedom and the Law*, cit., p. 24 (*corsivo nostro*).

13 B. Leoni, *Freedom and the Law*, cit., p. 202.

ufficiale risulta avere una funzione più apparente che reale, *rectius* più di riconoscimento che di costituzione della loro autorità nell'ambito specifico di interesse. In effetti, il loro successo professionale «si basa su un consenso diffuso da parte di clienti, colleghi, e del pubblico in generale – un consenso senza il quale nessuna nomina è veramente efficace. *Naturalmente*, la gente può sbagliare sul valore delle persone prescelte, ma questo è inevitabile in ogni genere di scelta. Dopo tutto, ciò che conta non è *chi* nominerà i giudici, ma *come* il giudice lavorerà»¹⁴. Alla radice di queste affermazioni, vi è il rifiuto da parte di Leoni di qualsiasi sistema giuridico in cui il diritto non provenga dalla realtà dei rapporti anche di mediazione tra gli individui¹⁵, ma sia il risultato dell'imposizione della volontà di alcuni sulle scelte degli altri membri della società. Quindi, non ha alcuna effettiva importanza, all'interno della teoresi leoniana, se coloro che esercitano una forma di «coercizione» nei confronti della libertà dell'individuo si chiamino «giudici» o «legislatori». Per Leoni, l'attuale nozione del diritto è esageratamente influenzata dalla eccessiva importanza che viene attribuita alla funzione della «volontà di altri – chiunque essi siano – riguardo al nostro comportamento quotidiano»¹⁶ e dimentica che il diritto è innanzitutto un fenomeno sociale e, come tale, ha le sue radici nella realtà dei rapporti spontanei tra gli individui e dei loro comportamenti effettivi.

Rispetto a Hayek, Leoni non avrebbe remore nell'asserire che i soggetti deputati a decidere quale aspettativa/pretesa sia meritevole di tutela, non sono in alcun modo i legislatori ma unicamente «*avvocati e giudici*»¹⁷.

14 B. Leoni, *Freedom and the Law*, cit., pp. 202-203 (*corsivo nostro*).

15 Correttamente la Pievatolo evidenzia come Hayek e Leoni «pur utilizzando argomenti largamente riconducibili a un medesimo clima storico e teorico, dissentono istituzionalmente sulla necessità dell'intervento della legislazione a correzione del diritto giurisprudenziale [...]». Leoni, [...], è convinto che uno Stato di diritto legislativo trasformi il diritto stesso, da vincolo e limitazione del potere, a strumento di potere, asservito agli interessi particolaristici ed episodici delle maggioranze» (M.C. Pievatolo, *Rule of law e ordine spontaneo. La critica dello Stato di diritto eurocontinentale in Bruno Leoni e Friedrich von Hayek*, in P. Costa – D. Zolo, *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milano 2002, p. 475, dove alla nota 37 – p. 481 – l'autrice rinvia a R. Cubeddu, *Sul concetto di Stato nella scuola austriaca*, in «Diritto e Cultura», 1998, pp. 3-35). Poco oltre la critica all'impostazione leoniana di palesa più esplicita: «ma perché dovremmo credere che il potere dei giureconsulti e degli amministratori delegati sia meno arbitrario di quello dei legislatori?». Forse però il bersaglio è frainteso, poiché il rilievo che Leoni offre ai posteri è dato dal fatto che pure il potere dei legislatori, delle democrazie, dei parlamenti, dei governi è (del tutto) arbitrario. Quella che da Leoni possiamo di certo cogliere, difatti, è una «operazione di verità»: l'illusione della rappresentanza (politica) rimane solo in termini di convenzione; la realtà è delegata al (gioco di) potere di pochi.

16 B. Leoni, *Freedom and the Law*, cit., p. 10.

17 Per una disamina circa il valore dell'essere *advocatus* (che è lo stesso di παράκλητος) prima e ben oltre l'essere giudici, *rectius* l'essere (riconosciuti) bravi avvocati per poter rivestire l'incarico di giudice, vedasi U. Vincenti, *L'universo dei giuristi, legislatori, giudici. Contro la mitologia giuridica*, cit., in specie pp. 20-24, nonché pp. 128-129 circa un caso di sentenza «contro natura», a guisa di controprova fattuale del rischio (inevitabile d'altronde) che anche il giudice (come pure l'avvocato) è fallibile in potenza, come pure il Leoni ha confessato sin dall'inizio. Sul tema delle funzioni, ma ancor più del valore rivestito dalla professione di avvocato-giudice, pare opportuno rimandare alle annotazioni svolte in F. Gentile, *Filosofia del diritto*, Cedam, Padova

Questi sono i soli soggetti, per il Nostro, che posseggono la consapevolezza di non potersi mai ergere quali *dei ex machina*. Difatti, «la posizione degli avvocati e dei giudici nei paesi occidentali, come quella degli altri *honoratiores*, in società simili del passato, è fondamentalmente diversa da quella dei legislatori, almeno in tre punti molto importanti. In primo luogo, i giudici, o gli avvocati, [...], possono intervenire *solo quando ne sono richiesti dagli interessati*, e la loro decisione è raggiunta e resa efficace, almeno nelle questioni civili, *solo con una continua collaborazione delle parti stesse ed entro i suoi limiti*. In secondo luogo, la decisione del giudice può essere *efficace principalmente nei confronti delle parti in causa* [...]. In terzo luogo, tali decisioni da parte di giudici e avvocati si raggiungono molto raramente senza *riferimento alle decisioni di altri giudici e avvocati in casi simili*, e perciò vengono prese con la collaborazione indiretta di tutte le parti in causa, sia passate sia presenti. [...]. Significa anche che questo stesso potere è ulteriormente limitato dall'inevitabile riferimento di ogni decisione alle decisioni prodotte in casi simili da altri giudici. Infine, significa che tutto il processo può essere descritto come una specie di collaborazione ampia, continua e per lo più spontanea fra giudici e giudicati allo scopo di scoprire qual è la volontà della gente in una serie di esempi definiti – una collaborazione che può essere paragonata, per molti aspetti, a quella che esiste fra tutti i partecipanti ad un mercato libero. [...] 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*»¹⁸. Una analogia, quella richiamata, che non può non tener conto del paradigma dello scambio¹⁹

2006, specie p. 7 dove si legge: «Non si può certo dire che la professione del giurista si esaurisca nell'attività dell'avvocato, ma bisogna riconoscere che l'attività dell'avvocato è certamente l'attività cardine dell'esperienza giuridica, molto più di quella del giudice. Il giudice, in molte tradizioni, prima di essere giudice deve essere avvocato; noi che viviamo una fase di corruzione generalizzata vediamo dei giudici che gettano la toga e si mettono a fare gli avvocati, mentre, laddove c'è la grande tradizione giuridica, sin dal tempo dei romani, quando ci si trovava di fronte ad un grande avvocato la comunità premeva perché costui diventasse giudice, posto che costui aveva dimostrato di essere così pienamente sacerdote dell'arte del buono e dell'equo, del giusto e dell'ingiusto, che era bene che lui si mettesse alla disposizione della comunità intera e quindi diventasse magistrato»

18 B. Leoni, *Freedom and the Law*, cit., pp. 24-25 e p. 27 (*corsivo nostro il primo e dell'Autore il secondo*)

19 Circa il concetto di "scambio", il Nostro pare piuttosto reciso nel qualificarlo come una interazione che avvantaggia quanti vi partecipano, i quali comprano o vendono perché ritengono di migliorare la loro situazione in tal modo. Per questo motivo un bene/servizio ceduto vale certamente meno del denaro ottenuto e viceversa. Per questa ragione, il Leoni riteneva del tutto errate talune considerazioni differenti proprie dei non economisti. In questo senso mutuiamo dal Lottieri una significativa testimonianza in tal senso. Nella copia che il giurista possedeva di C.B. Macpherson, *The Political Theory of Possessive Individualism: Hobbes to Locke*, Clarendon Press, Oxford 1964) troviamo appuntato l'epiteto più che esplicito "fesso!" a lato del passo che affermava «poiché non vi è altra misura del valore che il prezzo di mercato, ogni scambio tra persone che contrattano liberamente è per definizione uno scambio di valori uguali» (p. 63). Cfr. C. Lottieri, *Le ragioni del diritto*, cit., pp. 190-191 (ma già rinvenibile in C. Lottieri, *Introduzione*, in B. Leoni, *La libertà del lavoro. Scritti su concorrenza, sciopero e serrata*, Rubbettino – Leonardo Facco, Soveria Mannelli – Treviglio 2004, p. 22, nota 23).

purtroppo, si ritiene rappresentato come se fosse inevitabilmente fondato su un rapporto di “parità” tra i soggetti che scambiano, quando invece proprio la realtà, richiamata spesso anche da Leoni quale prioritario parametro di valutazione delle teoresi, testimonia il contrario.

La *ratio* per la quale si dovrebbe affidare maggiore autorità all’operato dei giudici nel riconoscimento del “giusto” delle relazioni intersoggettive è facilmente rinvenibile in una “nota”, tra gli ultimi scritti vergati dal Nostro, utilizzata per commentare «un interessante e vario libretto»²⁰. Così, proprio prendendo in considerazione «le affermazioni del professor Hook a proposito dei giudici, in rapporto coi legislatori delle “democrazie” moderne»²¹, il giurista torinese non ha problemi a confessare che i giudici non sono “rappresentanti del popolo” dato che nel medesimo scritto in termini icastici, ma non per questo meno efficaci, aveva già denunciato le aporie del “mito della rappresentanza”²². Così se «è vero che i giudici non sono “rappresentanti del popolo” [...] non avrebbe molto senso rimproverare» ciò ai giudici, poiché «nessuno lo è quanto meno al di là della vita privata e del mondo degli affari, ed anche lì entro certi limiti e a certe condizioni»²³.

Rileggere queste righe oggi e richiamare il fatto che sono state scritte negli anni sessanta del secolo scorso impone una riflessione attenta e critica sul perché i “giudici” possano realmente rispetto ai “legislatori” godere di una maggiore autorità all’interno dell’ordinamento giuridico, come abbiamo suggerito in premessa. La “ragione” di Leoni non attende a palesarsi: «specialmente se colti ed esperti della propria professione, [...] interpreti di ciò che possono sentire e volere gli individui concreti appartenenti alla loro società» non possono non godere di reale fiducia. «Un fatto che sembra sfuggire agli osservatori, quando questi non abbiano familiarità con la professione legale, *che in definitiva i giudici e gli avvocati in realtà non*

20 B. Leoni, *Una teoria «neo-Jeffersoniana» della funzione del potere giudiziario in una società democratica*, in «Il Politico», 1964, p. 357 dove il richiamo esplicitato in nota è a «Sidney Hook, *The paradoxes of Freedom*, Berkeley, University of California Press, 1962».

21 *Idem*, p. 368

22 *Ibidem*, ove si legge appunto «L’opinione dei “rappresentati” d’altro canto non è neppure molto rilevante. Gli elettori contemporanei che accettano le teorie neo-Jeffersoniane della “democrazia” possono illudersi di avere effettivamente la possibilità di dimettere i propri “rappresentanti” qualora essi facciano leggi “non gradite”, ma ciò non cambia di molto il quadro. I “rappresentati” non sono rappresentati semplicemente per il fatto che sono convinti di esserlo, non più di quanto i “rappresentanti” rappresentino la volontà di altre persone semplicemente per il fatto di esser convinti di “rappresentare” quella volontà». L’Autore prosegue con un attestato di onestà intellettuale che molto aggiunge alla sua cifra teorica «Si potrebbe obiettare che sarebbe mera utopia una società in cui i “rappresentanti” rappresentassero tutti nel senso fatto sopra presente. Ma ciò, ancora una volta, non cambia il quadro. Un mito come quello della “rappresentanza” politica nelle democrazie moderne rimane un mito anche se non siamo in grado di sostituirlo con una corrispondente realtà». Espressioni dirette non per questo superficiali e che meritano un approfondimento specifico sul versante del principio maggioritario. Per ora si richiama un confronto con F. Mercadante, *Suffragio universale e doppia rappresentanza*, Giuffrè, Milano 1971.

23 *Ibidem*, (corsivo nostro).

cercano mai tanto di interpretare i testi di legge quanto i convincimenti giuridici degli individui in gioco»²⁴.

Proprio in questo “procedimento nel processo” il giudice abbisogna dell’ausilio delle parti in causa: «le parti sono persone che esprimono o ricostruiscono i loro propri *reali* sentimenti e volontà circa *reali* questioni di cui sono *realmente* informati e in cui sono *realmente* impegnati²⁵. Ciascuno di loro è un individuo e il modo in cui quegli individui cooperano, [...] non è certo il modo in cui decide un corpo politico quando formula delle leggi. La principale differenza consiste nel fatto che vi possono ben essere minoranze e maggioranze fra i giudici, ma non vi sono mai maggioranze che decidono e minoranze che soccombono tra le parti in quanto tali. [...] In questo senso il processo di formazione del diritto per la via di “interpretazione” giudiziale ha più d’una somiglianza con la vita del mercato, dove per principio nessuna minoranza è destinata in quanto minoranza a soccombere e dove ciascun individuo può esprimere e soddisfare i propri desideri secondo il detto popolare “un dollaro-un voto”. Naturalmente ciò non vuol dire che le parti siano “uguali” di fronte al giudice nel senso che esse abbiano pari titoli per vincere la loro contesa indipendentemente dagli elementi che potranno invocare a proprio favore. Allo stesso modo sul mercato [...] nessuno è uguale a nessun altro nel senso che ciascuno possa comprare ciò che desidera indipendentemente dal denaro che ha»²⁶.

Nell’ipotesi per la quale il diritto costituisce un’esperienza autentica dal punto di vista antropologico ed esistenziale, anche la questione della autorità si pone in modo del tutto originale; tale, cioè, da ritenere compatibile l’esperienza del diritto con l’affermazione di valori riconducibili ad una prospettiva antropologica, almeno in una certa misura²⁷. Se facciamo riferimento all’antropologia sottesa a tale prospettiva sul diritto, infatti, è possibile trovare in essa alcune indicazioni per la

24 *Ibidem*, (corsivo nostro). In queste espressioni si nota l’esperienza concreta di Leoni che non trova mezzi termini per spiegare la “comodità”, noi diremmo la “operatività”, della legge «Sui fatti – nel nostro orizzonte culturale – prevalgono le norme: il diritto scritto passa in primo piano dinanzi al diritto vivente e vissuto: il testo della legge nasconde la realtà dei comportamenti. Tutto ciò non corrisponde soltanto alla classica concezione legalistica del diritto [...], ma è anche... comodo» e il giurista non ingenuo prosegue: «il testo della legge è più certo dei fatti sfuggibili con cui la legge viene all’esistenza o si osserva dagli uomini singoli» e non mostra remore nell’asserire che «l’analisi del testo è più semplice di quella dei motivi, complessi ed oscuri che hanno determinato l’affermarsi di quel testo e la sua osservanza nella condotta abituale» (B. Leoni, *Conversazione del Prof. Leoni sulla Facoltà di Scienze politiche*, in «Il Politico», 1956, pp. 425-426).

25 Ciò che potrebbe lasciare qualche perplessità anche al più ingenuo dei lettori sono gli attributi “reali” e gli avverbi “realmente”, volutamente trascritti in *corsivo*. Difatti, quanto e quando la parti possono dirsi forieri di istanze “reali”, sarebbe una ardua questione da affrontare a partire dal concetto stesso di “realtà”, in sé anodino.

26 *Idem*, p. 370.

27 In materia il rinvio è a: A. Supiot, *Homo juridicus. Saggio sulla funzione antropologica del Diritto*, tr.it., Bruno Mondadori, Milano 2006, specie pp. 103-120 e pp. 179-216; P. Legendre, *Della società come testo. Lineamenti di un’Antropologia dogmatica*, tr.it., Giappichelli, Torino 2005, specie pp. 61-63 e pp. 75-83 (cui molto deve, riteniamo, il testo di Supiot citato); nonché, da ultimo, O. De Bertolis, *Elementi di antropologia giuridica*, ESI, Napoli 2010.

comprensione del problema in esame; in altre parole, le indicazioni antropologiche dalle quali è possibile inferire il carattere di fondamentale autenticità del diritto (o, ancora, la sua trascendentalità) permettono allo stesso tempo di determinare un concetto di “norma” del tutto difforme da quello inteso dal normativismo.

4. Annotazioni critiche di autorità

Dal nucleo di quanto sinora sviluppato la critica è già troppo evidente per poter essere taciuta.

Se al legislatore sostituiamo il giudice, *pace Leoni*, non può essere eluso il semipiterno problema del riconoscimento del ruolo (non solo operativo e così strumentale) del giurista. Difatti, verificata l'aporia della natura sedicente scientifica di “programmare”, per mezzo della norma, l'esperienza dell'ordinamento, al giurista, nel suo essere interprete e classificatore, non rimane alternativa valida che volgere lo sguardo all'essenza problematicamente dialettica della filosofia, se non vuole stendere la propria attività nel letto di Procuste delle mere forme e così ridurre il concetto di “regola” a quello di norma positiva, sia essa tornita nelle aule parlamentari o sugli scranni giudiziali. Ritornando ai classici, «un conto è la facoltà del parlare e un altro le cose dette; un conto è la vista e un altro le realtà viste; un conto l'udito e un altro quel che si ode e, infine, una cosa è la legge e un'altra le norme stabilite [...] dunque la legge non coincide con le norme sancite per legge»²⁸; il diritto *tout court*, quindi, non è quello positivo, anzi, spetta al pratico del diritto, sempre munito di incedere filosoficamente problematico, riconoscere il *suum cuique tribuere*, ossia ciò che il singolo in comunità *desidera* dagli altri anche tramite la scienza del diritto, senza per questo cedere alle derive anarchiche, perché consapevoli che la regola (sia essa legge, consuetudine, uso) non deve essere “(im)posta”, ma appunto riconosciuta.

La difficoltà odierna è quella manifestata anche di recente da Federico Casa, ossia di non riuscire a comprendere pienamente che in sé «la scienza *non può* e non deve pronunciarsi, perché non ha nessun diritto, non possiede e non può possedere nessun criterio valido per approvare o riprovare una presa di posizione; non deve dire niente, in quanto non ha niente da dire, perché la *scelta* precede, non segue, la fatica scientifica»²⁹. La scienza “non può”, ma spesso “vuole” e così ogni giurista che abbia il minimo desiderio di interrogarsi sul proprio *facere* «ripete a se stesso il dubbio demolitivo di von Kirchmann sulla non scientificità della *iurisprudenzia*»³⁰.

28 Platone, *Minosse*, 313c-314b.

29 F. Casa, *Sulla giurisprudenza come scienza*, Cedam, Padova 2005, p. 394 (corsivo nostro).

30 P. Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Giuffrè, Milano 2000, pp. 276-277. Non è facile uscirne perché, come Grossi descrive con la prosa efficacemente colorita che lo distingue, «il sapere giuridico è avvertito come sapere dalla grande capacità ordinante a condizione che riesca a depurarsi di scorie contingenti e particolari e a sovrastare la incandescenza e mobilità della realtà fattuale con i propri schemi categoriali astratti» (*Idem*, p. 281).

Non ci sarebbe poi di che meravigliarsi se tra “libertà” e “ordinamento”, “processo” e “mercato”, la filosofia, intesa come “amore per il sapere”, fosse chiamata in prima linea nell’affrontare questa sfida dove il sapere non è limitato dalla aporeticità di una scienza isolata, ma si nutre dell’intersecarsi continuamente necessario di più conoscenze (finanche scientifiche), al fine di rendere agevole, perché maggiormente autentico, il ruolo del giurista che rimane tale solo e soltanto se avrà a cuore l’essenziale problema «della rappresentazione e [...] del rapporto tra essa e ciò di cui è rappresentazione, che [...] non potrà dirsi propria di un giurista [...] se non possederà anche la capacità d’intendere “realmente” l’esperienza che è chiamato quotidianamente a comprendere e regolare»³¹. Capacità che lo renderà in grado di qualificare la regola particolare per il singolo caso concreto³² col riconoscimento del principio generale che l’ha giustificata.

In effetti, riesce arduo non essere concordi con Leoni nel confessare che ciascun soggetto non viene più considerato come persona libera nel momento in cui qualcun altro, *rectius* qualcos’altro, decide al posto suo. D’altra parte, la realtà virtuale, se può costituire “uno spazio senza legge”, senza limiti né confini, può anche fornire l’*input* per una rinnovata ricerca del diritto, fondata sul *principio di autonomia*³³. In tutti questi contrasti, l’opzione per l’autonomia è forse una strada

31 F. Casa, *Sulla giurisprudenza come scienza*, cit., p. 413.

32 È tutta insita in questo dilemma la struttura medesima dell’ordinamento, finanche inteso come “gioco” dove l’elemento della *regola* (generale o particolare che sia) riveste un ruolo essenziale: senza regola non vi sarebbe gioco. Parafrasando potremmo dire che senza regola, non vi sarebbe ordinamento e quindi, di conseguenza, *ordine*, perché «la fedeltà alla regola, come lealtà, si rivela a ben vedere come condizione non convenzionale per poter realmente giocare secondo le regole per convenzione assunte come proprie nei vari giochi» (F. Gentile, *Politica aut/et statistica. Prolegomeni per una teoria generale dell’ordinamento politico*, Giuffrè, Milano 2003, p. 153). Vedasi pure Id., *Filosofia del diritto*, cit., pp. 105-108.

33 Interessante potrebbe essere una analisi del “giudizio” alla luce del paradigma non solo della “autorità” ma pure della “autonomia”. La sede non permette una disamina ma per un primo approfondimento si rinvia a F. Gentile, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, III ed., Cedam, Padova 2005, *passim* pp. 1-65 dove il giusfilosofo patavino, onde evitare fraintendimenti con individualismi diremmo assiologicamente svuotati, asserisce che «l’autonomia [...] prima di un modo di fare un modo di essere del soggetto umano; ciò che ne fa una persona, designandone l’intelligenza di ciò che, che reale, che veramente, e per ciò naturalmente capace di comunicare, ciascuno con gli altri, condividendola [...]. L’autonomia dunque all’origine anche dell’ordinamento giuridico delle relazioni intersoggettive inteso come modalità della comunicazione interpersonale, attuantesi attraverso l’obbedienza delle leggi variamente poste nella comunità politica». Per una analisi del compiuto senso di “autonomia” così esposto vedasi l’implicazione che la suddetta “comunicazione interpersonale” possiede nella teoresi dell’«ordinamento reticolare» basato sul c.d. “nodo del riconoscimento”, dal momento che «Riconoscere, in effetti, non significa soltanto approvare, accettare o ammettere alcunché, che non dipende da coloro che approvano, accettano o ammettono qualche cosa. [...] Riconoscere vuol dire soprattutto conoscere “nuovamente” il nuovo nella radicale problematicità dell’esperienza», che altro non investe se non la comunicante relazione intersoggettiva (U. Pagallo, *Alle fonti del diritto*, cit., pp. 3 e 254). Per un ulteriore approfondimento di matrice comparativa si potrebbe investigare la relazione dialettica di identità e differenze tra la succitata definizione e quella propria del Cotta, il quale principiando dal paradigmatico «Riconosci l’essere qual nel suo ordine» (cfr. A. Rosmini, *Sistema filosofico*, n. 217, Paravia, Torino 1924 sul quale vedasi I. Petrone, *L’ideologia del Rosmini e quella degli altri*,

per il recupero del senso originario del diritto, l'autorità nell'intelligenza della giusta misura, «l'intelligenza di ciò che conviene, che è opportuno, che è necessario alla convivenza umana»³⁴: in una parola, (ancora) il *giudizio*.

In verità, anche per una maggiore comprensione di una teoresi a tratti fin troppo acerba e adagiata su fondamenta non sempre solide, si potrebbe sollevare un interrogativo su tale rappresentazione dell'origine, ma soprattutto dell'esperienza, del diritto. Difatti, se alla base dell'universo "giuridico" in Leoni abbiamo compreso esserci la "spontaneità" associata alla "prevedibilità", e nient'altro che si ponga come "regola aurea", viene da dedurre che il presupposto "scambio di pretese", pure nel processo dinanzi a un soggetto "terzo" qual è il giudice, funziona se tutti i consociati, *rectius* gli individui, sono soggetti «alle medesime e note regole e se a nessuno è dato il potere di mutarle senza il consenso di altri»³⁵. In queste stesse regole generali, quindi, si concretizza una parte non influente del "bene comune"³⁶ di cui partecipano i singoli individui. È però proprio quella necessità di "consenso di altri" che innerva il problema di (mancanza di) coerenza in Leoni. In effetti, il giusfilosofo se da un lato si mostra critico nei confronti di una evidente ipertrofia delle leggi (statali), dall'altro pare non cogliere il valore, finanche limitato (e limitante), di *fissità interlocutoria* che, comunque, possiede la legge. Questa, difatti, anche all'interno dell'intersecarsi di interessi-pretese, «esercita la funzione di modello per l'azione umana, nel senso che l'uomo trova nella legge [o meglio dovrebbe trovare] [...] le indicazioni utili per disporsi concretamente ad una relazione nuova con gli altri»³⁷.

Individui, autorità, interessi-pretese e "svelamento" del diritto. Tutti concetti "forti" che abilitano a interrogare gli studiosi contemporanei su un altro campo di ricerca: individuare (quantomeno sotto la prospettiva teorica) la forma di stato

(1897) in Id., *Filosofia del diritto*, Giuffrè, Milano 1950, pp. 189-201) e premettendo che tale imperativo «"riconosci" ha un suo statuto semantico preciso, evidente fin dal suo morfema» afferma che «Riconoscere infatti un procedimento cognitivo, noetico, rivolto a qualcosa che c'è e che in sé non può non venir conosciuta: fuori dall'essere c'è il nulla» (cfr. S. Cotta, *Soggetto Umano – Soggetto Giuridico*, Giuffrè, Milano 1997, pp. 113-114).

34 F. Gentile, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, cit., p. 65.

35 R. Cubeddu, *Friedrich A. von Hayek e Bruno Leoni*, in «Journal des Economistes ed des Etudes Humaines», vol. IX, n. 2-3, p. 415.

36 Stesso concetto, che qualificheremmo procedurale, di "bene comune" che illustra anche M. Oakeshott, *On Human Conduct*, Clarendon Press, Oxford 1975.

37 F. Gentile, *Filosofia del diritto*, cit., p. 218. Lo studioso patavino prosegue l'analisi assicurando che il suo non è un tentativo di eludere il magistero di Platone, davvero interessante per il tema del presente capitolo, per il quale «se invece delle leggi, avessimo dei buoni magistrati, i quali, avendo l'arte del governo, potrebbero risolvere facilmente, e meglio, i casi concreti, il ripristino delle lacerazioni prodotte dalle liti si produrrebbe in modo più semplice e migliore; senonché, proprio per il fatto che l'uomo può attingere alla prudenza regia, come ad ogni altra arte, solo per il mezzo di mediazioni successive [...], è chiaro che si manifesta come assolutamente necessario il ruolo dell'interpretazione [...]; ma oggetto di essa è sempre la fissità, la positività della legge, che somiglia, nella sua fissità, ad un uomo prepotente ed ignorante, ma è pur sempre strumento degli uomini per recuperare, in maniera sempre precaria e nondimeno reale, l'equilibrio, l'ordine della convivenza» (*Op. cit.*, pp. 218-219).

(e di governo) che riesca meglio a garantire la propria autorità nel rispetto della libertà del soggetto umano. Difatti, tra *individui* e *interessi* si inserisce a ragione la forza vitale, ma non per questo non violenta, del “potere”. Tra i poteri vecchi e nuovi, quelli che oggi si palesano alquanto problematici sono quelli relativi all’ordinamento giuridico, ovvero quei poteri deputati a mettere ordine in una comunità, senza per questo essere autorizzati a trasformarsi in regime³⁸.

Andrea Favaro
Studium Generale Marcianum Venezia
direttore@lircocervo.it

Andrea Favaro insegna Filosofia del diritto presso la Facoltà di Diritto Canonico dello *Studium Generale Marcianum* di Venezia ed è avvocato e Direttore della Rivista “*L'Ircocervo. Rivista elettronica italiana di metodologia giuridica, teoria generale del diritto e dottrina dello stato*” (www.filosofiadeldiritto.it – www.lircocervo.it). Membro di vari comitati scientifici per Fondazioni, Istituti e Riviste ha svolto studi e ricerche presso l’Università di Padova, l’Università di Torino, la Pontificia Università Gregoriana, la Pontificia Università della Santa Croce, la Grand State Valley University, l’Université Paris 1 Panthéon – Sorbonne e la Katholieke Universiteit Leuven.

Le sue ricerche si muovono negli ambiti della epistemologia giuridica, della teoria generale del diritto e del diritto canonico con particolare attenzione alle questioni teorico-pratiche legate alla crisi della sovranità e della democrazia e ai paradigmi della razionalità e della autonomia.

³⁸ Si tratta del problema (o del “*dilemma*” come preferisce affermare, parlando proprio della democrazia, R.A. Dahl, *Politica e virt. La teoria democratica nel nuovo secolo*, tr.it., Laterza, Roma-Bari 2001, pp. 106 ss.) che è rinvenibile già nel pensiero di Aristotele, secondo le cinque distinte accezioni di πολιτεία (cfr. Aristotele, *Politica*, III 6), per il quale si rinvia a F. Gentile, *Intelligenza politica e ragion di stato*, Giuffrè, Milano 1983, pp. 140-144, che fa emergere l’aporia geometrica inerente al rapporto tra “comunità” (πολιτεία) e “regime” (πολιτεία).