

MAURO GRONDONA<sup>(\*)</sup>

*Il giudice nella teoria del diritto  
di Friedrich A. Hayek e Bruno Leoni  
Appunti per una ricerca.*

Sommario: 1. Ragioni e limiti dell'indagine – 2. Giudice e diritto nel pensiero di Hayek. Il giurista e l'evoluzione politica – 3. Il giurista e l'evoluzione sociale – 4. Verbalizzazione delle prassi e delle consuetudini – 5. Diritto e *common law* – 6. Giudice e legislatore – 7. La funzione del giudice – 8. Il compito del giudice – 9. Regole giurisprudenziali ed ordine esistente – 10. Regola giuridica e tutela delle aspettative legittime – 11. Sistema di regole e sistema di azioni – 12. Certezza del diritto e prevedibilità delle decisioni – 13. Il giudice di fronte all'ordine spontaneo – 14. Giudice e diritto nel pensiero di Leoni, ovvero: la fiducia nel giudice e la sfiducia nel legislatore – 15. Leoni e la fiducia nel giudice – Bibliografia

*1. Ragioni e limiti dell'indagine*

Le pagine che seguono si propongono di analizzare il ruolo e la funzione del giudice nell'ambito di una teoria generale del diritto che si presenta come autenticamente liberale. Tra i moderni teorici del *Classical Liberalism*, come noto, vanno infatti annoverati i nomi di Friedrich August von Hayek e di Bruno Leoni.

Siffatta indagine non richiederebbe particolari giustificazioni; accade però che chi scrive sia un cultore del diritto civile, un giurista positivo, come usa dirsi, non un filosofo del diritto, non uno scienziato della politica.

Tuttavia, mi pare – e tale rilievo dovrebbe legittimare la prospettiva del lavoro –, una riflessione sul ruolo e sulla funzione del giudice è veicolo di sicuro arricchimento intellettuale, non foss'altro perché l'ordinamento giuridico – ogni ordinamento giuridico – esiste non in quanto sistema perfetto ed immobile, da contemplare, ma in quanto rete di principi e regole il cui significato storico diviene comprensibile nel momento in cui essi sono attuati dal soggetto che è professionalmente deputato all'applicazione e, quindi e necessariamente, all'interpretazione del diritto.

Ancora. I problemi specifici di interpretazione e di applicazione che il giudice (civile, per l'esperienza, anche professionale, di chi scrive) si trova a dover affrontare sono agevolmente riconducibili a questioni più generali (cioè, di teoria generale del diritto), come quella, ad esempio ed in via meramente esemplificativa, del rapporto tra singolo giudice, e quindi tra singolo potere interpretativo – che si esercita nei confronti di un determinato caso concreto – e collettività, la quale non è al momento incisa da quella decisione, ma in futuro potrebbe trovarsi di fronte ad un analogo giudizio. Esistono garanzie formali e sostanziali perché il risultato interpretativo – cioè, la soluzione della specifica controversia – non muti con il mutare del giudice? E poi: è giusto, opportuno, desiderabile, che giudici diversi addivengano a soluzioni conformi rispetto a casi identici o analoghi? In altre parole, va posto come valore fondante lo Stato di diritto il principio di uniformità interpretativa? Il principio di uniformità

---

<sup>(\*)</sup> Dottore di ricerca in diritto privato dell'Università di Genova.

E-mail: [mauro.grondona@giuri.unige.it](mailto:mauro.grondona@giuri.unige.it).

interpretativa coincide con il principio di certezza del diritto? In che rapporto si pone la certezza del diritto con la dinamicità economica, politica, culturale (e quindi anche giuridica) della società? È ravvisabile una incongruenza tra dinamicità *lato sensu* culturale e staticità giuridica, intesa nel senso ristretto di uniformità interpretativa? Può sfociare – e se sì: quali sono i possibili rischi di un tale esito? –, questa uniformità interpretativa, in un conformismo interpretativo, che, più o meno implicitamente, si pone in contrasto con la varietà dei rapporti sociali, i quali costituiscono oggetto di interpretazione giuridica?

Le domande potrebbero certo continuare; in via di premessa, ciò che mi pare necessario sottolineare è che tali questioni non dovrebbero interessare soltanto la comunità degli specialisti (gli studiosi e gli operatori del diritto), ma dovrebbero anche trovare uno sbocco nella dialettica politica quotidiana. Ciò, ad avviso di chi scrive, potrebbe forse portare, almeno, due vantaggi: da un lato, la collettività sarebbe resa consapevole del fatto – fatto, e in quanto tale certamente criticabile – che il giudice, in ogni ordinamento moderno, non è, né può essere, un imperturbabile ripetitore della volontà del legislatore espressa nelle parole della legge; dall'altro, lo stesso dibattito politico potrebbe essere caratterizzato da maggiore conflittualità, ma da minore conflitto in senso stretto.

Si intenda: maggiore conflittualità, perché il dibattito sarebbe auspicabilmente più trasparente, e quindi le opzioni culturali (e in particolare di politica giudiziaria) dei soggetti politici potrebbero affrontarsi a viso aperto; dall'altro, minore conflittualità, perché i sostenitori delle diverse opzioni di politica giudiziaria sarebbero comunque uniti quanto meno nel momento descrittivo di ricognizione del ruolo, della funzione, dei poteri del giudice, e non contrapposti in base a concezioni meramente ideologiche<sup>1</sup>.

Quanto ai limiti, evidenti, del lavoro, va detto che in questo scritto non si intende certamente, né lo si potrebbe, ripercorrere le tappe – anche solo, e sommariamente, le più significative – della teoria generale dell'interpretazione, per poi valutare storicamente il contributo di Hayek e di Leoni; piuttosto, dopo avere offerto una sintesi del pensiero hayekiano e leoniano sul ruolo del giudice, si tenta di sviluppare alcune assunzioni teoriche e di individuare alcuni problemi non risolti.

## 2. Giudice e diritto nel pensiero di Hayek. Il giurista e l'evoluzione politica

Le riflessioni che Hayek dedica al giudice sono condensate soprattutto nel primo libro del suo *magnum opus* (*Legge, legislazione e libertà*), intitolato, appunto, «Regole e ordine».

In particolare, qui di seguito ci soffermeremo sui capitoli tre («Principi ed espedienti»), quattro («Mutamenti nella concezione del diritto») e cinque («Nomos: la

---

<sup>1</sup> Chi scrive non ritiene che il sostantivo “ideologia” assuma, di per sé, una connotazione negativa; al contrario, un contrasto culturale sarà tanto proficuo quanto più fondato su ideologie contrapposte, intese come insieme di principi e valori da porre a fondamento della propria azione, teorica e pratica. (Cfr. M. Freedon, *Ideologie e teorie politiche*, 9: «Il pensiero incapsulato nelle ideologie merita un esame in quanto tale e non soltanto per ciò che nasconde: è giunto il momento di smettere di considerarlo una versione indebolita, e pertanto inferiore, di teorie filosofiche analitiche o normative. Le ideologie sono invece forme di pensiero politico che consentono un accesso privilegiato alla comprensione dell'origine e della natura della teoria politica, mostrandone la ricchezza, la varietà e la sottigliezza».) Nel senso del testo, tuttavia, l'aggettivo ideologico ha una caratterizzazione negativa, quale ostacolo culturale alla discussione; direi, anzi, che si tratta di un ricorrente ostacolo cagionato da un atteggiamento intellettuale di ritualità culturale, da cui una ritualità argomentativa che danneggia seriamente l'esercizio del pensiero critico.

legge della libertà») – quest'ultimo interamente dedicato alla figura del giudice ed al suo ruolo in una società libera.

“Il principale strumento per attuare dei mutamenti deliberati nella società moderna è rappresentato dall'attività legislativa. Ma per quanto accuratamente si possa meditare ogni singolo atto di legislazione prima della sua emanazione, non si è mai in grado di ridisegnare completamente il sistema giuridico come un tutto, o di risistemarlo interamente secondo un progetto coerente. La legislazione è necessariamente un processo continuo in cui ogni fatto provoca conseguenze impreviste che provocano a loro volta la possibilità o la necessità di altri passi da farsi. Le parti di un sistema giuridico non sono state adattate le une alle altre in base ad una complessiva concezione generale, ma si sono adattate vicendevolmente e gradualmente mediante successive applicazioni di principi generali a problemi particolari – principi, cioè, che spesso non sono neanche conosciuti esplicitamente, ma soltanto implicitamente attraverso le particolari misure giuridiche che vengono attuate. [...] Ogni singolo avanzamento in tale processo è determinato dai problemi che sorgono quando i principi stabiliti dalle (o impliciti nelle) decisioni precedenti vengono applicati a circostanze che allora non erano state previste. Non vi è nulla di particolarmente misterioso in questa «dinamica interna del diritto» che produce dei mutamenti i quali, nella loro globalità, non sono voluti da nessuno.

In questo processo il singolo giurista è necessariamente più uno strumento inconsapevole, un anello in una catena di eventi che egli non vede interamente, che non un propulsore cosciente. Sia che egli agisca come giudice sia come estensore di una legge, egli ha davanti a sé come un dato il quadro di concezioni generali in cui deve inserire la sua decisione, e il suo compito è di applicare questi principi giuridici generali, non di metterli in questione. Per quanto egli possa essere interessato alle implicazioni future delle sue decisioni, può giudicarle solo nel contesto di tutti gli altri principi giuridici riconosciuti che gli sono dati. Questa è, naturalmente, una descrizione di ciò che dovrebbe accadere; fa parte dell'essenza del pensiero giuridico, e delle giuste decisioni in questo campo, che il giurista tenti di rendere coerente l'intero sistema del diritto.

Si è spesso detto che il giurista è conservatore per tendenza professionale. In certe condizioni, precisamente quando alcuni principi giuridici fondamentali vengono accettati per un lungo lasso di tempo, essi governeranno in effetti l'intero sistema del diritto, il suo spirito generale come ogni singola regola e minuta applicazione. In tali periodi un simile sistema possiederà una grande stabilità intrinseca. Ogni giurista, pertanto, 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”

(Hayek, *Legge, legislazione e libertà*, 85-87).

La constatazione di Hayek che l'attività legislativa – intesa in senso tecnico-formale – non è, di per sé, né sufficiente né idonea ad introdurre nell'ordinamento giuridico quelle modifiche resesi necessarie, in sostanza, dallo scorrere del tempo, e quindi dalle mutate esigenze della collettività, o meglio, secondo la concezione liberal-individualistica di Hayek, dei membri della collettività, che in quel dato ordinamento rinvencono le regole generali del proprio agire.

Questa costante – e in linea di tendenza armonica – evoluzione giuridica (si badi: tale espressione va intesa non come miglioramento, ma come mero mutamento; infatti, nel momento in cui scrive – siamo tra la seconda metà degli anni sessanta e la prima metà degli anni settanta –, Hayek è convinto, come nettamente dice alla fine del passo qui riportato, che, dal punto di vista di un liberale classico, i tempi siano di chiaro regresso; la «nuova filosofia del diritto» è di ispirazione solidarista, cioè collettivista) è resa possibile, tra le altre, da una circostanza: derivando l'ordinamento giuridico da principi generali (non impiego l'espressione «è costruito a partire da principi generali», perché, come noto, Hayek è un feroce anticostruttivista) espressi o impliciti (sul problema della verbalizzazione delle regole giuridiche, v. *infra*, par. 4), le specifiche norme volte a regolare le condotte individuali – norme da intendersi, evidentemente, sia come pronunce giurisprudenziali, sia come atti legislativi – altro non sono se non la concretizzazione di tali principi generali. Concretizzazione, ad avviso di Hayek, che può anche essere inconsapevole, quando il principio generale non è verbalizzato, ma la regola particolare è comunque in accordo con quel principio generale (in questa direzione opera la forza della tradizione giuridica, che Hayek considera più avanti a proposito del ruolo ineliminabile delle tradizioni culturali, cioè delle ideologie: v. *infra*, par. 3).

Vediamo più da vicino come, nella teoria di Hayek, si rende ragione del mutamento giuridico: il presupposto è una nuova situazione di fatto che invoca una regola; in altre parole, e l'idea sarà chiarita dallo stesso Hayek più avanti, accade che la condotta di un soggetto appartenente a quella collettività deluda le aspettative di altro soggetto; con linguaggio un po' diverso, potrebbe dirsi che la necessità della nuova regola nasce quando un soggetto, con la propria condotta, incide nella sfera giuridica altrui: come fare per decidere se quella condotta (nuova) debba essere sanzionata oppure no? Con linguaggio hayekiano: come fare per decidere quale delle due aspettative contrapposte meriti tutela? (Il riferimento alle aspettative contrapposte può spiegarsi in questo senso: la nuova condotta turba l'ordine delle cose esistente, perché è un elemento inaspettato che ha conseguenze ultra-individuali; ed infatti la condotta di A si traduce in una volontà di A di mutare uno stato di fatto di B; A ha interesse a che la sua condotta, cioè la sua azione, sia considerata legittima; B invece vuole contrastare la condotta di A).

Al momento Hayek non offre alcuna risposta, limitandosi a descrivere il procedimento in forza del quale avviene (ma non perché avvenga) quel mutamento giuridico: applicandosi i principi generali dell'ordinamento (nell'ipotesi di Hayek, si tratta di un ordinamento di una società libera; egli, in particolare, parla di ordine spontaneo) a situazioni nuove, e cioè ad azioni individuali diverse da quelle fino ad allora praticate.

Un altro aspetto, qui, va segnalato: ad avviso di Hayek, il mutamento giuridico per impulso consapevole del giurista – giudice o legislatore non importa – pertiene soltanto alla regola specifica introdotta, dedotta dai principi generali; così si innova il sistema di protezione (l'ordine generale delle azioni), rappresentabile come una rete di norme di azione, le quali, appunto regolando le aspettative individuali dei membri della società, selezionano quali pretese individuali siano conformi al diritto e possano quindi trovare tutela (l'idea del diritto come pretesa individuale è stata particolarmente sviluppata da Leoni<sup>2</sup>, ma non è improprio, mi pare, impiegarla qui).

Altro discorso vale per i principi generali: essi non possono mutare per impulso diretto dei giuristi, i quali devono accettare tali principi come premessa, esplicita od implicita (a seconda che i principi siano verbalizzati oppure no; ma in questo secondo caso, nell'ottica di Hayek, soccorre la tradizione giuridica, in forza della quale, sia il ceto dei giuristi sia la collettività, intuisce, pur senza conoscerlo, quale è il principio di riferimento, e quindi quali sono, o dovrebbero essere, le regole particolari che da quel principio derivano), del loro ragionamento.

L'esigenza di coerenza<sup>3</sup> dell'ordinamento, propria del giurista – che Hayek assume quasi a carattere culturale –, si realizza allora con riguardo al solo piano dei principi. Il giurista, infatti, preserva l'ordinamento coerente perché non ne mette in discussione i principi generali (valori fondamentali), a partire dai quali argomenta e motiva le proprie decisioni, giurisprudenziali o legislative.

Ci si imbatte, qui, in una prima difficoltà: come si concilia l'esigenza di coerenza del sistema, che Hayek postula non come valore in sé, ma in relazione alla stabilità dei principi generali (a garanzia dell'ordine liberale), con l'esigenza di mutamento giuridico, che Hayek espressamente non solo riconosce ma anzi ammette come carattere fondamentale dell'ordinamento? (E del resto non potrebbe essere diversamente: se il mutamento giuridico fosse negato *in radice*, ciò vorrebbe dire negare la possibilità per ogni individuo di agire in modo differenziato dagli, ed inaspettato agli, altri, a seconda delle proprie risorse; vorrebbe dire negare la varietà ed il soggettivismo dell'azione umana, inarrestabile e mutevole; vorrebbe dire, ancora, postulare una staticità sociale, inconciliabile con una visione autenticamente liberale)<sup>4</sup>.

In quest'ottica, la soluzione sembrerebbe quella per cui le nuove pretese, e quindi le nuove aspettative individuali, dovrebbero essere filtrate dai principi generali, immutabili o assunti come tali: accadrebbe allora che, tra le nuove pretese, non

<sup>2</sup> V. B. Leoni, *Lezioni di filosofia del diritto*, spec. i capp. 2,3 e 4. Per una definizione di «pretesa», si v. p. 61: «La pretesa è un fatto psicologico e, come tale, un dato della ricerca empirica. La pretesa non è tuttavia soltanto un fatto psicologico, ma può essere analizzata sotto il profilo della logica e della critica della conoscenza. [...] Nella pretesa è implicita la volontà, da parte di colui che pretende, di porre o di imporre una linea di condotta ad altri: l'idea della pretesa è quindi implicita nell'idea di diritto positivo, ossia “posto” o “imposto” da alcuni ad altri, o, nel caso limite, da tutti a tutti»; e v. ora Id., *Appunti di filosofia del diritto [1966]*, in Id., *Il diritto come pretesa*, 184 ss.

<sup>3</sup> In tema v., da ultimo e criticamente, M. Lupoi, *La coerenza di un comparatista negli ordinamenti incoerenti*, in V. Bertorello (a cura di), *Io comparo, tu compari, egli compara: che cosa, come, perché?*, Milano, 2003, 171, spec. 173 e 174: «La coerenza è un valore estetico, non giuridico. [...] “Incoerenza” significa che nulla può essere dato per scontato, che il procedere per ordinamenti non ha dunque senso né, tanto meno, per “grandi sistemi”. In quello che si usa chiamare un “ordinamento” coesistono sistemi diversi di valori: ecco un'altra faccia dell'incoerenza, forse la sua ultima ragione». E cfr. anche F.M. Nicosia, *Il sovrano occulto*, cap. 6, 220 ss.

<sup>4</sup> Uno studio dell'azione economica condotto alla luce dei principi dell'individualismo metodologico è quello di I.M. Kirzner, *Concorrenza e imprenditorialità* (trad. it.). Prefazione di L. Infantino, Soveria Mannelli, 1997.

potrebbero mai ricevere tutela giuridica quelle in contrasto con i principi fondanti. Se è così – e ciò non può stupire, posto che il liberalismo si connota come pensiero forte, che argomenta secondo una metodologia deduttiva ed aprioristica, muovendo da principi ben individuati ed indiscutibili (vita-libertà-proprietà); in particolare, la forza della teoria liberale sta nel fatto che essa postula valori da cui ricavare strumenti concreti per assicurare la sopravvivenza dell'ordinamento giuridico, contro ogni attacco ai suoi fondamenti: v. *infra*, par. 3) –, se è così, dicevo, il mutamento giuridico non può essere inteso come mutamento dei principi generali, da cui un mutamento delle regole specifiche, ma, da un lato, come la possibilità, per l'individuo, di attuare nuove condotte per realizzare bisogni ed esigenze nuovi; dall'altro, come la necessità che il giurista valuti quelle condotte alla luce di quei principi generali. E, in questo senso, la concezione del mutamento è necessariamente gradualistica, escludendosi necessariamente, pena lo sconvolgimento del sistema giuridico complessivo – rete di protezione degli individui – mutamenti rivoluzionari<sup>5</sup>.

All'interno di tale quadro, il ruolo sociale che il giurista – inteso soprattutto come studioso del diritto e come giudice – può e deve svolgere è decisivo: su di esso grava il compito di evitare l'incoerenza del sistema e di favorirne l'armonia; in sostanza, al giurista spetta il compito, di fronte ad una regola che egli avverte essere in contrasto con l'ordinamento, di utilizzare il proprio potere interpretativo (e lo potrà evidentemente fare tanto come studioso quanto come giudice) per rendere compatibile quella regola particolare con il principio generale cui può essere ricondotta.

Certo, si potrebbe chiedere: come è possibile che esistano regole specifiche contrastanti con i principi generali? La risposta è delle più semplici, posta la teoria dell'azione umana. Il rapporto regola-principio sarà problematico se, su una determinata questione<sup>6</sup>, le corti adottino una soluzione contrastante (o meglio, assunta come tale) con i principi giuridici fondamentali (per tornare all'esempio: la risarcibilità del danno esistenziale ha sollevato seri dubbi circa la compatibilità con il principio di risarcibilità del danno ingiusto *ex art. 2043 cod. civ.* e del danno morale *ex art. 2059 cod. civ.*), quando ritengano fondata l'aspettativa fatta valere in giudizio.

Lo stesso può accadere se il legislatore regoli una determinata materia in contrasto con un principio generale della materia medesima (peraltro, occorre precisare che dovrà

---

<sup>5</sup> Rappresentante illustre della teoria gradualista, come noto, è Karl Popper, del quale v., ad esempio, *La società aperta e i suoi nemici. Platone totalitario* (trad. it.), I, nuova ed. it. curata da D. Antiseri, Roma, 1996, 20, ove Popper chiarisce che il suo libro «[...] analizza i principi della ricostruzione sociale democratica, i principi di quella che amo chiamare “ingegneria sociale gradualistica” (*piecemeal social engineering*) in opposizione alla “ingegneria sociale utopica” [...]».

<sup>6</sup> Ragionando da civilista italiano, calza bene l'esempio della risarcibilità del danno esistenziale, a partire da un principio (clausola generale) come l'art. 2043 cod. civ., a sua volta derivato dal principio *alterum non laedere*; di fronte alla nuova pretesa, che un soggetto fa valere davanti ad una corte, alla risarcibilità di tale figura di danno – la quale colpisce (o colpirebbe) la serenità psicologica quotidiana delle persone –, come si pronuncerà il giudice? Occorre tenere in conto un ulteriore elemento: la psicologia attuale è molto attenta a riconoscere i perturbamenti della psiche del soggetto. Quindi, da questo punto di vista, la pretesa individuale al risarcimento non è fondata sul nulla, ma su una teoria che si presenta come scientifica. Faccio questo riferimento per sottolineare come lo stesso Hayek, caratterizzando il proprio *status* intellettuale di liberale come opposto a quello conservatore, scriva: «Il liberale non considera certo tutte le evoluzioni [della conoscenza scientifica] un progresso, ma ritiene il progresso della scienza uno dei principali fini dello sforzo umano e si aspetta da esso la graduale soluzione di quei problemi e difficoltà che possiamo sperare di risolvere. Pur non preferendo il nuovo solo perché tale, il liberale è consapevole del fatto che è proprio della essenza del successo umano il creare qualcosa di nuovo, ed è pronto a scendere a patti con le nuove conoscenze, gli piacciono o meno gli immediati effetti di queste» (F.A. Hayek, *La società libera*, 494).

trattarsi di una regolamentazione generale ed astratta, cioè, pur trattandosi di normativa di settore, dovrà comunque essere una normativa diretta a regolare condotte individuali; per usare la terminologia di Hayek, norme di azione e non di organizzazione): Hayek invoca l'unità (da intendersi culturale e scientifica) dei giuristi, i quali dovrebbero utilizzare la loro capacità tecnica per proporre interpretazioni di quella sentenza o di quella legge tali da ricondurle in armonia con i principi generali, da esse vulnerati. (Hayek ragiona con riferimento alla legge, non alla sentenza, in contrasto con i principi generali: ciò non stupisce, tenuto conto della elevata considerazione che egli ha sempre nutrito per i giudici di *common law*, e in particolare per i giudici inglesi<sup>7</sup>, quali seri custodi della migliore tradizione giuridica – migliore nel senso di: «a tutela della libertà individuale»; ed è naturale, da quest'ottica, che Hayek, per un esempio di regolamentazione contrastante con la tradizione, citi il legislatore, considerato sempre con un certo sospetto, quale antagonista del libero agire individuale).

Il ruolo del giurista teorico è quindi primario, nella sua veste di elaboratore di modelli di decisione proposti al giudice e di analista delle ragioni di *policy* (o di politica del diritto, se si preferisce): ragioni di *policy* (*policy considerations*) che dovrebbero persuadere il legislatore a non legiferare in contrasto con certi principi ed il giudice di non mutare il proprio orientamento consolidato, isolando le sentenze che si discostano dai precedenti.

Hayek fa espresso riferimento alla necessità di «annullare l'intenzione del legislatore»: quindi, utilizzare il tecnicismo giuridico, per vulnerare l'innovazione legislativa; lo stesso discorso vale anche per la sentenza eversiva. La legittimità – certo non tecnica, perché la tecnica giuridica ha in se stessa la propria legittimazione, evidentemente, ma politica, intesa quale relazione responsabile tra legislatore, giudici e collettività – di tale operazione, ad avviso di Hayek, sta in ciò: così operando, i giuristi mantengono la stabilità del sistema giuridico, opponendosi ad un cambiamento sovvertitore dei valori liberali.

Valori liberali che, secondo Hayek, nel momento in cui subiscono l'attacco legislativo o giurisprudenziale, rappresentano ancora il diritto così come percepito dalla collettività (anzi, dalla maggioranza della collettività). In questo senso, il mutamento pregiudicherebbe la possibilità di sopravvivenza dell'ordine liberale, contro la volontà della maggioranza dei propri membri (va da sé che l'argomentazione per cui una scelta è legittima se ed in quanto sostenuta da una maggioranza pone, proprio sul piano della teoria liberale, delicati problemi: non è certamente questa la sede per approfondire la questione, ma è noto come una delle ragioni che giustificano la critica alla «sovranità del legislatore» sia proprio quella di agire su mandato di una maggioranza che, oltre ad essere empiricamente inaccertabile, lede le singole, individuali aspettative delle minoranze. Questo rischio argomentativo non viene certo meno quando si dica che il mutamento giuridico non è legittimo perché la maggioranza della collettività non lo avverte come giusto. Considerando il valore individuale delle pretese, un ragionamento fondato sull'argomento maggioritario è difficilmente accettabile per un liberale. Tuttavia, ciò che rimane inespresso nel pensiero di Hayek, ma che deve essere

---

<sup>7</sup> Hayek ha sempre felicemente dichiarato il suo amore per l'Inghilterra: «Tranne che per le montagne tirolesi, tutto il mio legame affettivo va all'Inghilterra. Mi innamorai dell'Inghilterra quando mi recai a Cambridge per la prima volta nel 1931. Emotivamente e intellettualmente quello inglese era il mio ambiente e lo è tuttora», in J. Raybould, *Friedrich A. von Hayek. La vicenda intellettuale del più grande scienziato sociale del nostro secolo* (trad. it.), a cura di D. Antiseri e L. Infantino, 1999, Soveria Mannelli, 44.

sottolineato, è che la maggioranza che si oppone al mutamento è una maggioranza autenticamente liberale; difendendo la stabilità del sistema e la tradizione interpretativa difende la stessa possibilità dell'individuo di agire liberamente all'interno della società).

Il presupposto culturale della maggioranza – cosciente o meno non importa – è dunque quello di una filosofia liberale.

Il rischio della sovversione dei valori si ha invece quando una filosofia sociale diversa – Hayek parla di una «filosofia del diritto», ma può ben parlarsi una concezione del modo – si afferma scalzando quella liberale: la conseguenza è che mutano – ed il mutamento è peraltro legittimo, perché muta l'orientamento della collettività – i principi fondamentali del sistema giuridico; conseguentemente, il mutamento delle regole specifiche è avvertito come necessario e doveroso, di fronte ad una rinnovata sensibilità culturale. In questo clima, il giurista può assumere il ruolo del rivoluzionario o del conservatore (il giurista italiano può fare riferimento alla vicenda dell'uso alternativo del diritto: v. *infra*, par. 14). Ovviamente, l'esito della lotta è incerto.

### 3. *Il giurista e l'evoluzione sociale*

“Il giurista pratico in genere eseguirà benissimo il proprio compito se applicherà semplicemente i principi giuridici generali che ha imparato e che è suo dovere applicare coerentemente. È solo nella teoria del diritto, nell'elaborazione e formulazione di quei principi generali, che si solleva il problema fondamentale della loro relazione con un ordine di azioni vivo e funzionante. Per una tale formulazione ed elaborazione è assolutamente essenziale una comprensione della natura di questo ordine, se si vuole fare una scelta intelligente tra principi alternativi. [...].

Il ruolo del giurista nell'evoluzione sociale, e il modo in cui si determinano le sue azioni, sono in effetti il miglior esempio di una verità di fondamentale importanza: vale a dire che, lo si voglia o meno, i fattori decisivi che determinano quell'evoluzione saranno sempre idee altamente astratte e spesso inconsciamente accettate circa ciò che è giusto e appropriato, e non invece scopi particolari e desideri concreti. Non è tanto ciò a cui gli uomini consapevolmente tendono, quanto le loro opinioni sui metodi ammissibili, a determinare non solo ciò che verrà attuato ma anche se qualcuno avrà il potere di attuare qualcosa. [...]

Pochi assunti sono meno creduti dalla maggior parte degli uomini dotati di senso della concretezza e sono trascurati dalla scuola di pensiero attualmente dominante, come quello secondo cui ciò che è sprezzantemente classificato come ideologia ha il potere di dominare coloro che si credono liberi da essa persino più di coloro che la professano consapevolmente. Tuttavia poche cose dovranno impressionare lo studioso dell'evoluzione delle istituzioni sociali più del fatto che ciò che le determina in modo decisivo non sono tanto le opinioni favorevoli o meno sulle loro conseguenze immediate, bensì i preconcetti generali in base a cui si decidono i problemi particolari.

Il potere delle idee astratte si fonda ampiamente sul fatto che esse non sono consapevolmente sostenute come teorie, ma vengono trattate dalla maggioranza della gente quali verità autoevidenti che agiscono come premesse tacite”

(Hayek, *Legge, legislazione e libertà*, 87-90).

Il tema centrale della riflessione è ancora il rapporto tra principi e regole. Qui Hayek pare postulare la necessità della separazione tra giurista pratico (operatore giuridico in senso proprio: giudice, avvocato, notaio) e giurista teorico (studioso di scienze sociali); il giurista pratico, come compito professionale, ha quello di applicare il

diritto com'è; il giurista teorico, invece, ha il compito di riflettere sui principi generali del diritto, sensibile come dovrebbe essere alle conoscenze acquisite dalle altre scienze sociali (economia, sociologica, politologia). Ed infatti Hayek riconosce la legittimità di tale riflessione teorica, se condotta a partire dall'analisi dell'azione umana<sup>8</sup>; da qui deriva la necessità di individuare quelle regole (appunto, di azione) che governano le singole condotte (sul presupposto che lo studio dell'azione umana conduca alla dimostrazione della necessità di un ordine liberale; ma proprio in quegli anni accadeva che i fondamenti degli ordinamenti liberali venissero radicalmente contestati da una prospettiva collettivistica).

Sono affermazioni chiare, ma assai problematiche. Intanto, perché, in concreto, cioè nell'ordinaria attività giurisdizionale, non è affatto infrequente, anzi è fisiologico, che il ragionamento di un giudice e la *ratio decidendi* di una sentenza siano tali da aprire breccie nell'orientamento consolidato (tutto questo ammette lo stesso Hayek, quando riconosce al giudice la legittimità dell'interpretazione conformatrice della regola al principio).

Ma i problemi sono anche altri. Mi pare di poter ravvisare una contraddizione tra mutamento dei principi e mutamento delle regole.

Quanto al mutamento dei principi, Hayek è contrario, a tutela della società libera, a meno che una teoria generale anti-liberale sia subentrata ad una teoria generale liberale: in questo caso, il ritorno ad una teoria generale liberale si realizza necessariamente attraverso il mutamento dei principi.

Quanto al mutamento delle regole, Hayek non lo esclude affatto, anzi lo ritiene indispensabile affinché nuovi problemi trovino soluzione all'interno di quel dato sistema di valori. In questo senso allora, il riferimento al mutamento delle regole è forse improprio: con riguardo all'attività giurisprudenziale, si potrebbe parlare non di mutamento di regole, cioè di introduzione di nuove regole di decisione, ma di estensione delle regole esistenti alle nuove controversie, posta la stabilità dei principi giuridici generali. Con riguardo all'attività legislativa, invece, qui è chiaro che il ruolo del giurista, teorico, certo, ma anche e soprattutto pratico, è quello di contrastare la legislazione, quando essa si discosti dai principi della tradizione.

La contraddizione, sembra stare nel fatto che Hayek presuppone la fedeltà dell'operatore pratico ai valori della tradizione, perché la tradizione – o ideologia – permea ciascun membro della collettività. La forza della tradizione è quindi la garanzia dell'ordinamento liberale. Ma sarebbe allora necessario porre un'altra garanzia: l'impermeabilità del giurista pratico all'elaborazione teorica, di modo che il mutamento dei valori, posto come necessità, o prospettiva, teorica, non trovi poi pratica realizzazione. Non mi pare possa esistere una tale garanzia, se non, appunto, la stessa forza della tradizione, che può essere legittimamente messa in discussione dalla riflessione intellettuale e dall'attività di ricerca, tenute da Hayek in gran pregio, quali nobili esempi di dinamica sociale derivata dall'azione (intellettuale) umana<sup>9</sup>.

Da un lato, quindi, staticità giuridica, a garanzia della dinamicità dell'azione pratica; dall'altro, dinamicità intellettuale, che può travolgere proprio la staticità

---

<sup>8</sup> Lo studio di riferimento, in prospettiva austro-individualista, è il libro di L. von Mises, *Human Action: A Treatise on Economics*, San Francisco, 1996 (4th rev. ed.). La prima edizione inglese è del 1949; esiste una traduzione italiana pubblicata dalla Utet nel 1959.

<sup>9</sup> Per una recente messa a punto del significato culturale della ricerca giuridica, v. D. Gutmann, *La fonction sociale de la doctrine juridique*, spec. 459-461; sul rapporto dottrina-giurisprudenza, v. da ultimo P.-Y. Gautier, *L'influence de la doctrine sur la jurisprudence*.

giuridica. Il problema è fino che punto sia legittima la dinamicità intellettuale: evidentemente, fino a che essa non produca la distruzione del sistema liberale. A ben vedere, allora, la garanzia ultima è di tipo culturale ed intellettuale, cioè teorico<sup>10</sup>; la forza delle idee (liberali) dovrebbe garantire la stabilità del sistema (liberale); e la forza di tale idee dovrebbe essere fondata sull'analisi economica dell'azione umana. Hayek sottolinea infatti l'importanza delle «idee astratte» (liberali) come fonte di verità autoevidenti, riconosciute dalla collettività, ma che la ricerca teorica può legittimamente porre in discussione.

È quindi indispensabile che uno sforzo intellettuale sia sostenuto da quegli scienziati sociali convinti della giustezza dell'ordine liberale (nella terminologia di Hayek, l'ordine spontaneo, a garanzia dei tre diritti fondamentali: vita, libertà, proprietà). Nessuna pretesa neutralità del giurista teorico, ma, al contrario, l'esigenza di una profonda consapevolezza che gli consenta, da un lato, di aderire ad un sistema di valori liberali, e, dall'altro, di agire come guida intellettuale per il giurista pratico, del quale è invece ammessa pacificamente anche l'ignoranza delle giustificazioni teoriche che fondano l'ordine liberale (ordine che il giurista pratico non discute in forza dell'argomento della natura delle cose). L'indifferenza gnoseologica del giurista pratico è anzi funzionale alla conservazione dell'ordine liberale. Certo, ben può accadere che il giurista pratico partecipi con il teorico alla messa in discussione dell'assetto dell'ordinamento, espressamente contrastando quella tradizione giuridica e quei principi generali dell'ordinamento. La forza di reazione dell'ordinamento liberale è al suo interno: la lotta per l'idea di libertà, che impone un'alleanza tra studiosi di scienze sociali liberali volta all'affermazione del principio di libertà, il quale dovrà poi trovare pratiche concretizzazioni da parte della ordinaria attività giurisdizionale e legislativa.

#### 4. Verbalizzazione delle prassi e delle consuetudini

“Il processo di graduale articolazione verbale di ciò che da lungo tempo era una pratica consolidata deve essere stato lento e complesso. I primi, inadeguati tentativi di articolare verbalmente ciò che la maggior parte osservava in pratica, di solito non devono essere riusciti ad esprimere solo, e ad esaurire interamente, ciò che gli individui prendevano in considerazione nel determinare le loro azioni. Pertanto, le regole non articolate verbalmente contenevano sia di più, sia di meno, di ciò che la formula articolata riusciva ad esprimere. D'altro lato, l'articolazione divenne spesso necessaria in quanto la conoscenza «intuitiva» poteva non offrire risposte chiare a certi problemi particolari. Il processo di articolazione può allora in effetti produrre nuove regole, sebbene non intenzionalmente.

(Dovrebbe forse essere esplicitamente sottolineato che la distinzione tra norme verbalmente articolate e non articolate è diversa da quella, più familiare, tra legge scritta e legge non scritta – non è uguale né nel significato letterale di questi termini, e neppure nel senso in cui la legge del Parlamento è talvolta descritta come legge scritta in contrasto con il *common law*. La legge non scritta, che è tramandata oralmente, può ben essere pienamente articolata in questo senso – e spesso lo è stata. Un sistema come quello del *common law* permette di prendere in considerazione regole non ancora articolate, che spesso saranno enunciate per la prima volta da un giudice il quale esprime quel che egli giustamente considera una legge già esistente). [...]

<sup>10</sup> Che questa fosse una convinzione profonda di Hayek emerge anche dalle ragioni che lo spinsero a fondare, nel 1947, la Mont Pèlerin Society, un'accademia internazionale di filosofia politica: la battaglia delle idee e per le idee ne era (e ne è) l'asse portante. Per ampie informazioni, si v. R.M. Hartwell, *A History of the Mont Pèlerin Society*, Indianapolis, 1995.

Mentre il processo di articolazione di regole preesistenti condurrà allora spesso a modificazioni nel *corpus* delle regole medesime, ciò non muterà sostanzialmente la credenza secondo cui coloro che le formulano non fanno nulla di più, e non hanno alcun potere di fare nulla di più, che trovare ed esprimere regole già esistenti, impresa in cui i fallibili esseri umani spesso non riusciranno, ma nella cui realizzazione non hanno libera scelta. Si riterrà che tale compito è quello di scoprire qualcosa che esiste, non quello di creare qualcosa di nuovo, anche se il risultato di questi sforzi può essere la creazione di qualcosa che prima non esisteva.

Ciò rimane vero anche quando, come senza dubbio spesso avviene, coloro che sono chiamati a decidere sono condotti a formulare regole tali che nessuno ha mai prima agito in accordo con esse. Costoro hanno a che fare non solo con un corpo di regole, che gli individui realizzano mediante un processo continuo, e il cui mantenimento può richiedere regole particolari. Il mantenimento dell'ordine di azioni esistente, verso cui sono dirette tutte le regole riconosciute, può in effetti richiedere qualche altra regola per dirimere dispute riguardo cui quelle riconosciute non forniscono alcuna soluzione. In tal senso una regola, che ancora non è esistita, può tuttavia apparire «implicita» nel sistema delle regole esistenti, non nel senso di esserne logicamente derivabile, ma nel senso che se le altre regole debbono raggiungere il loro scopo, si rende necessaria la sua aggiunta”

(Hayek, *Legge, legislazione e libertà*, 101-102; il passo tra parentesi si legge in nota 16).

Al centro del brano riportato, sta il procedimento in forza del quale i giuristi pervengono alla verbalizzazione delle regole di condotta.

L'idea da cui Hayek muove (la medesima concezione era condivisa da Leoni, anzi è stato proprio quest'ultimo ad avere suscitato l'interesse di Hayek con la pubblicazione in inglese, nel 1961, del libro *Freedom and the Law*<sup>11</sup>: v. *infra*, par. 14) è che, alla base della società libera, sta un sistema spontaneo di regole, spontaneo perché non si tratta di regole costruite razionalmente ma piuttosto spontaneamente accettate dai membri della collettività, in quanto affermatesi, nel corso del normale processo evolutivo, come le migliori regole per garantire la tenuta della società; sui fili delle maglie (molto larghe) di tale rete di protezione stanno le libere condotte degli individui, che si intersecano le une con le altre secondo lo schema dello scambio di libero mercato.

Ogni attore sociale può benissimo non sapere perché agisce in un certo modo (si intenda: non sa perché lo scopo che liberamente decide di perseguire trovi tutela giuridica) e perché ha certe aspettative che gli altri soggetti non deluderanno (variante: sa che se quelle aspettative saranno deluse egli ha disposizione un rimedio che potrà far valere in giudizio). Pensiamo ad esempio al principio *pacta sunt servanda*. Anche se non verbalizzato, i contraenti sanno che saranno tenuti a rispettare quanto hanno pattuito. Nel momento in cui si pone un problema circa il rispetto della pattuizione contrattuale, e la controversia venga deferita ad un soggetto terzo che goda della fiducia dei litiganti, è necessario che tale soggetto terzo non solo risolva la controversia, ma anche dica perché la controversia ha avuto quella soluzione. Ecco la questione della verbalizzazione della regola. Con una complicazione, che Hayek non esplicita

---

<sup>11</sup> Hayek, in una lettera a Leoni del 4 aprile 1962, scrive, a proposito di *Freedom and the Law*: «[...] I not only greatly enjoyed it but it gave me new ideas. [...] If I can find the time I hope before long to do a little pamphlet on Law, Legislation and Liberty in which I want to deal with these problems and my idea of an “ideal constitution”» (la lettera, inedita, si legge ora in appendice al recente e pregevole lavoro di A. Masala, *Il pensiero di Bruno Leoni*, 241).

chiaramente. Nel procedimento intellettuale che ha condotto il terzo (giudice) alla enunciazione della regola del caso, è ben possibile – e ciò per diverse ragioni: o prevalentemente teoriche, se si ipotizzi nel giudice una capacità di riflessione autonoma; oppure prevalentemente pratiche, quando ad esempio uno dei litiganti individui circostanze di fatto che rendano impossibile l'osservanza dal principio –, è ben possibile, dicevo, che il giudice, più o meno consapevolmente, sia in grado di dedurre molteplici regole, da uno stesso principio. Ad esempio: se, con riferimento al principio *pacta sunt servanda*, la soluzione del caso è che il debitore sia condannato ad adempiere alla propria prestazione, nulla esclude che il giudice avverta istintivamente che quel principio può condurre ad una regola diversa quando il debitore sia in grado di giustificare il proprio inadempimento, ad esempio a causa di circostanze totalmente estranee alla propria sfera di controllo.

Questo procedimento di verbalizzazione del diritto, allora, può davvero portare alla creazione di regole nuove, che potranno trovare applicazione futura. La regola dedotta dal principio *pacta sunt servanda*, in forza della quale il giudice pronuncia la condanna del debitore inadempiente, può celare un'altra regola: esclusione della responsabilità in presenza di certe condizioni. Condizioni che saranno chiarite in un successivo (ed eventuale ma probabile) giudizio, quando appunto il giudice dovrà interrogarsi entro quali limiti il principio *pacta sunt servanda* possa operare.

Hayek insiste poi sul fatto che il giudice di *common law*, anche di fronte ad una regola apparentemente nuova, non crea mai nuovo diritto, ma si limita a dichiarare un diritto non ancora verbalizzato in termini di norma d'azione, ma implicito nei principi della tradizione di *common law*. Quest'aspetto è meno interessante, di per sé, per due motivi: intanto, è nota la polemica tra gli stessi studiosi di *common law* sulla creatività, o meno, del giudice, e oggi nessuno nega una consistente dose di discrezionalità creativa del giudice, la cui rappresentazione come *bouche de la loi* è decisamente screditata. Inoltre, nel sistema di Hayek, almeno così mi pare, anche se si riconosca una discrezionalità creativa giudiziale, non per questo si vulnera nelle fondamenta l'ordine liberale. (L'insistenza di Hayek sull'idea che il giudice scopre e non inventa le regole di condotta va letta nel senso della difesa dell'ordine spontaneo: l'ordine spontaneo è la risultante dell'evoluzione sociale; quindi, quelle regole sono le migliori regole possibili per la conservazione di una società libera; quindi, il giudice, che non è, né deve né può essere, un teorico sociale, si limiterà a riconoscere e dichiarare quelle regole). Vediamone brevemente le ragioni.

Hayek riconosce espressamente allo scienziato sociale la legittimità di un suo ruolo propositivo nella modifica anche radicale della concezione generale della società (si tratta di una battaglia di idee, come tale hayekianamente del tutto legittima); tanto che egli sottolinea come la filosofia politica, giuridica e sociale del novecento, e in particolare del secondo dopoguerra, sia stata caratterizzata da un tenace anti-individualismo. E tale corrente di pensiero avrebbe dovuto essere contrastata con un'arma intellettuale: l'esercizio di un razionalismo critico, che per le già dette ragioni sarebbe necessariamente sfociato nella difesa della società liberale.

È dunque opinabile affermare, con Hayek, che, di fronte ad un mutamento dei principi generali dell'ordinamento, nonostante tutto, non muterà la convinzione comune (della collettività) circa le regole generali di condotta. Perché, se si riflette sull'idea di mutamento, bisogna riconoscere: 1) che il mutamento giuridico è imposto dal mutamento sociale, e affonda le proprie basi nella riflessione critica su come far fronte, nel modo migliore (cioè, a tutela dell'ordine liberale), alle nuove esigenze; 2) che una filosofia politico-sociale diversa da, od opposta a, quella liberale può trovare, lungo la

via della sua progressiva affermazione, ostacoli meramente intellettuali: l'apriorismo (in senso tecnico) dell'identità liberale tra essere (descrizione delle regole proprie dell'ordine spontaneo) e dover essere (prescrizione delle regole proprie dell'ordine spontaneo) – argomentazione tradizionalmente respinta come fallacia naturalistica. Ebbene, la garanzia di conservazione dell'assetto spontaneo delle azioni umane, con valore normativo, per cui le regole generali di condotta devono tutelare i tre diritti fondamentali – vita-libertà-proprietà –, è, e resta, esterna al sistema delle regole, e non può certamente essere trasferita sul giudice, o solamente sul giudice. Tale garanzia va collocata al di fuori dell'ordinamento, sul piano della concezione politico-sociale della società, alla luce della quale muovere (da parte dei giuristi: giudici e legislatori) per individuare – ed anzi, costruire: senza che il verbo assuma a questo punto la connotazione negativa di stravolgimento – principi e regole in difesa di quell'ordine liberale assunto come valore aprioristico, cioè irrinunciabile.

Quindi, anche se Hayek ammettesse la discrezionalità creativa del giudice, ciò non andrebbe comunque a ledere la saldezza dell'ordine spontaneo, anzi, legittimerebbe (funzionalizzandola) tale discrezionalità creativa a tutela dell'ordine liberale, riconoscendola quale frutto concreto dell'alleanza intellettuale tra giurista teorico e giurista pratico. Peraltro, tutto questo è ciò che di fatto poi accade, essendosi dimostrata irrealizzabile quella rigida separazione di tali ruoli, non foss'altro perché il giurista pratico sensibile al fascino della teoria troverà sempre una opinione dissenziente dottrinale cui attingere, pervenendo ad elaborare decisioni (motivazioni) in opposizione al c.d. consolidato orientamento. Ma proprio in un'ottica hayekiana ben potrebbe essere apprezzabile questa creatività giudiziale, quando il consolidato orientamento esprima una filosofia sociale anti-liberale.

Ciò che rileva è, infatti, come già più volte sottolineato, il presupposto filosofico-politico, la premessa assiologica, da cui procedere nell'argomentazione, assunta la neutralità della tecnica giuridica, ma la non neutralità dell'interprete<sup>12</sup>.

Un teorico del pensiero liberale (nella sua corrente più radicale, quella anarcocapitalista), Murray Newton Rothbard (che ebbe parole severe anche nei confronti di Hayek, non avendo quest'ultimo del tutto ripudiato lo stato sociale ed essendosi in certa misura allontanato dal rigoroso apriorismo misesiano)<sup>13</sup> ha espresso con assoluta chiarezza l'esigenza teorico-argomentativa di individuare la premessa filosofico-politica da cui muovere, conciliando giusnaturalismo laico e apriorismo metodologico, per poi dedurne principi generali e regole particolari di condotta a difesa dell'ordine liberale, e quindi della libertà individuale:

“L'intenzione [di questo libro] è quella di proporre un'etica sociale della libertà, cioè elaborare il sottoinsieme del giusnaturalismo che sviluppa il concetto di diritti naturali e che tratta della sfera appropriata della “politica”, ossia della violenza e della non-violenza come modalità di relazione interpersonale. In breve, l'intenzione è quella di proporre una filosofia politica della libertà.

[...] Lo scienziato politico contemporaneo crede di poter evitare la necessità dei giudizi morali e di poter contribuire a dar forma alla politica pubblica senza impegnarsi in alcuna posizione etica definita. E tuttavia, ogni volta che viene avanzata una *qualsiasi* proposta politica, per quanto ristretta o limitata, allo stesso tempo, volenti o nolenti, si

<sup>12</sup> In tema, cfr. B. Leoni, *Giudizi di valore e scienza politica*, in Id., *Le pretese e i poteri: le radici individuali del diritto e della politica*, a cura di M. Stoppino, Milano, 1997, 187.

<sup>13</sup> M.N. Rothbard, *Ludwig von Mises: Scholar, Creator, Hero*, Auburn (Al.), 1988, 55: cito dalla versione *on line*, consultabile al sito <[www.mises.org](http://www.mises.org)>.

pone un giudizio etico più o meno valido. La differenza tra lo scienziato politico e il filosofo politico è che le valutazioni morali dello “scienziato” sono nascoste e implicite, pertanto non sono sottoposte a un esame dettagliato e quindi è più probabile che siano incoerenti. Inoltre, evitare di proporre esplicitamente giudizi etici porta gli scienziati politici ad un fondamentale giudizio di valore implicito: quello a favore dello *status quo* politico che prevale in una data società. Quanto meno, la mancanza di un’etica politica sistematica rende impossibile allo scienziato politico convincere chicchessia dell’importanza di un qualsiasi cambiamento dello *status quo*.

[...] Al fine di sostenere una politica pubblica, pertanto, si deve costruire un sistema di etica sociale o politica. Nei secoli passati questo era il compito decisivo della filosofia politica. [...] Ignorando le imperiose richieste di uno *status quo* arbitrario, elaboriamo, per quanto l’immagine sia stantia, una norma giusnaturalistica e di diritti naturali che possa attrarre i saggi e gli onesti. Più specificamente, cerchiamo di stabilire la filosofia politica della libertà e del giusto ruolo della legge, dei diritti di proprietà e dello Stato”

(Rothbard, *L’etica della libertà*, 41-42).

## 5. Diritto e common law

“Il diritto consiste in regole che prescindono da uno scopo, che governano la reciproca condotta degli individui, che sono intese ad applicarsi ad un numero ignoto di casi possibili, e che, definendo per ciascuno un dominio riservato, rendono possibile il formarsi d’un ordine delle azioni entro cui gli individui possono concepire dei piani realizzabili. Si è soliti riferirsi a tali regole come a regole astratte di condotta, e sebbene tale descrizione sia inadeguata, la utilizzeremo provvisoriamente per i nostri scopi attuali. Il punto particolare che vogliamo qui sviluppare è che un diritto, quale il *common law*, emergente da un processo di decisioni giudiziali, è di necessità astratto, mentre così non è per il diritto creato dai comandi di un legislatore.

La pretesa che il diritto basato sul precedente sia più astratto e non più concreto di uno espresso in regole verbali è così contraria ad una diffusissima opinione, forse più tra i giuristi continentali che tra quelli anglosassoni, che è necessario offrirne una più piena giustificazione. Il punto principale probabilmente non può essere meglio espresso di quanto lo sia in una famosa frase del grande giudice del XVIII secolo, Lord Mansfield, che sostenne che il *common law* «non consiste di casi particolari, ma di principi generali, i quali sono illustrati e spiegati in tali casi». Questo significa che fa parte della tecnica del giudice di *common law* il dover essere capace d’estrarre, dai precedenti che lo guidano, regole di significato universale applicabili a nuovi casi futuri.

Il primario interesse di un giudice di *common law* devono essere le aspettative che, in una certa situazione, le parti si sono ragionevolmente formate in base alle consuetudini generali sulle quali si fonda l’ordine complessivo delle azioni. Nel decidere quali aspettative sono ragionevoli in questo senso, egli può considerare solo quelle pratiche d’azione (costumi o regole) che di fatto potevano determinarle, e solo quei fatti che si può presumere fossero loro noti. E tali parti potevano formarsi delle aspettative comuni, in una situazione che in certi suoi aspetti era senz’altro peculiare, solo perché la interpretavano alla luce di quella che appariva loro essere la condotta appropriata, la quale non necessariamente doveva esser loro nota sotto la forma d’una regola articolata verbalmente.

[...] Quando il giudice viene chiamato a decidere il caso, le parti in disputa hanno già agito, per perseguire i propri fini, in circostanze per la maggior parte ignote a qualunque autorità; e le aspettative che le hanno guidate, una delle quali è stata disattesa, sono state basate su quelle che esse concepivano come consuetudini consolidate. Il compito del giudice è di dir loro ciò che avrebbe dovuto guidare le loro aspettative, non perché qualcuno avesse detto loro in anticipo di seguire quella regola,

ma perché tale era il costume che dovevano riconoscere come consolidato. Il problema del giudice non può mai qui essere quello di vedere se l'azione messa in atto era opportuna in base a qualche più elevato punto di vista, o serviva a raggiungere un particolare risultato desiderato dall'autorità, ma solo quello di decidere se la condotta in discussione si conformava o meno alle regole riconosciute. Il solo bene pubblico cui il giudice può essere interessato è l'osservanza di quelle regole su cui gli individui possono ragionevolmente contare. Egli non è interessato a nessun ulteriore scopo cui la norma dovrebbe tendere secondo le intenzioni di qualcuno, e di cui egli deve essere anzi in gran parte ignaro. Inoltre egli deve applicare le regole anche se le conseguenze nel caso particolare gli appaiono completamente indesiderabili. Nel suo compito il giudice non deve fare alcuna attenzione, come spesso è stato enfatizzato da alcuni giudici di *common law*, ai desideri d'un governo, o ad alcuna «ragion di stato». Ciò che deve guidare la sua decisione non è alcun tipo di conoscenza di quello che l'intera società richiede in quel particolare momento, ma solo ciò che è richiesto dai principi generali su cui si basa l'ordine complessivo della società»

(Hayek, *Legge, legislazione e libertà*, 111-113).

La tesi del passo qui sopra trascritto è la seguente: il diritto giurisprudenziale è superiore al diritto legislativo, perché il primo è scoperto dal giudice, e da questi dichiarato indipendentemente dalle conseguenze che l'applicazione di quelle regole comporterà, mentre il secondo è posto, con pretese di razionalità (fallacia costruttivistica), dal legislatore, per modificare uno stato di cose (regole di condotta) esistente, che non soddisfa le esigenze della collettività (filtrate ed espresse dal legislatore), e per conseguire determinati risultati che il legislatore ritiene invece desiderabili.

Il diritto giurisprudenziale, quindi, è di per sé in armonia con l'ordine spontaneo, perché altro non è se non una derivazione dall'ordine spontaneo<sup>14</sup>. L'aspettativa di Tizio a che Caio tenga quel comportamento, e quindi la corrispondente pretesa di Tizio perché Caio sia obbligato da un'autorità riconosciuta a tenere quel comportamento, è fondata in base al seguente argomento: *se* si è sempre fatto così, *allora* è giusto fare così. Qui, la consuetudine è fonte della regola. Il diritto – inteso quale complesso dei principi giuridici fondamentali dell'ordinamento – recepisce un fatto, che è fonte di diritto – inteso quale regola specifica che va ad arricchire l'ordine delle azioni, in armonia con i principi fondamentali, anzi, emanazione spontanea di quei principi.

Ma quando manchi il *tertium comparationis* (la condotta reiterata nel tempo), come valutare l'aspettativa e la corrispondente pretesa di un soggetto, di fronte all'altrui condotta nuova? Il giudice dovrà ricavare quella regola specifica attingendo ai principi della *common law*, i quali vivono all'ombra dei precedenti: in primo luogo, occorre individuare la regola applicata per risolvere quei casi; poi, occorre inferire il principio generale dalla regola; infine, occorre dedurre una regola diversa, adatta alle circostanze del nuovo caso, dal medesimo principio generale.

Ad avviso di Hayek, il diritto giurisprudenziale – la perfezione è raggiunta dalla *common law* inglese – è un insieme di regole «che prescindono da uno scopo», perché

---

<sup>14</sup> F. Viola (*Autorità e ordine nel diritto*, 182), a proposito del rapporto tra giudice ed ordine giuridico in Hayek, osserva: «Non si può [...] dire che i giudici ricevano autorità dall'ordine giuridico, ma si deve invece affermare che essi esercitano la *stessa* autorità di questo. L'ordine giuridico non sta *di fronte* al giudice come qualcosa da applicare alle situazioni concrete, né *al di sopra* del giudice come qualcosa da cui ricevere legittimazione, ma vive e opera *nel e attraverso* il giudice» (corsivo dell'a.).

queste regole sono ricavate da un complesso di principi. In altre parole, il sistema di *common law* è un ordinamento di principi.

Se il giurista continentale, e in particolare il civilista italiano, riflette sulla questione, non può non ripensare alla discussione che caratterizzò gli anni settanta circa l'opportunità, o pericolosità, di una legislazione per principi, demandando poi al giudice il ruolo di tramite tra il principio e la regola

In Italia, il fronte favorevole alla legislazione per principi era quello cosiddetto progressista, che intendeva proporre una lettura costituzionalmente orientata del codice civile e dei rapporti privati in genere, per affermare valori quali quelli della solidarietà o della uguaglianza in senso sostanziale.

Viceversa, i giuristi c.d. conservatori ritenevano che tale via avrebbe comportato il riconoscimento e l'attribuzione al giudice di un potere troppo ampio, con conseguente messa in pericolo della certezza del diritto (intesa anche come responsabilità interpretativa) e facili fughe, quindi, nell'arbitrio argomentativo (significativa, in questo senso, la teorizzazione circa l'uso alternativo del diritto: v. *infra*, par. 14).

Torniamo ad Hayek: mi pare di poter osservare che il procedimento attraverso cui egli descrive l'individuazione della regola da applicare al nuovo caso non sia diverso da quello seguito dal giudice in un ordinamento di *civil law*. Anche davanti ad un codice o ad una legge fondamentale scritta, infatti, il giudice ha a disposizione regole e principi, in rapporto di non contraddizione (postulato), che applicherà ai casi nuovi.

Svalutare poi il diritto legislativo in quanto funzionalmente orientato (costruttivismo), è rischioso: perché, se si vuol dire che il diritto, legislativo o giurisprudenziale che sia, deve essere solo un corpo di regole di azione e non di organizzazione, pena il subordinare all'azione individuale finalità collettive, l'affermazione è di per sé discutibile ma certamente sostenibile con note argomentazioni *policy-oriented*; se, invece, si intende affermare che il diritto legislativo va comunque screditato, perché soltanto il legislatore stabilisce regole dirette a incentivare, o disincentivare, determinate condotte, allora si cade in contraddizione. Per due ragioni: intanto, perché anche la specifica regola enunciata dal giudice, quando essa esprima un orientamento consolidato, adempie esattamente alla stessa funzione di incentivare/disincentivare determinate condotte; e poi, perché la tecnica legislativa va apprezzata congiuntamente alla politica legislativa. Come valuterebbe, Hayek, una disposizione normativa come il nostro art. 2043 cod. civ., il quale concretizza il principio *alterum non laedere*? La possibile obiezione: il testo della legge è sempre muto, sarà il giudice a farlo parlare, coglie solo parzialmente nel segno, perché anche il giudice di *common law*, di fronte al caso da risolvere, si trova tra le mani un precedente altrettanto muto, che spetterà a lui far parlare, adeguandolo al fatto sottoposto alla sua cognizione (il problema della discrezionalità creativa è evidentemente presente in entrambi i sistemi)<sup>15</sup>.

Inoltre, l'assunto di Hayek, secondo cui il giudice dovrebbe sempre e deliberatamente ignorare le conseguenze delle proprie decisioni mi pare potenzialmente in contrasto con l'altro assunto, per cui il teorico del diritto è il soggetto legittimato all'analisi della filosofia politica alle radici di un dato ordinamento. Ora, solo se si postulasse il divieto di relazione intellettuale tra teorici e pratici si potrebbe ammettere

---

<sup>15</sup> Per una casistica minima, analizzata alla luce del problema della discrezionalità giudiziale, mi permetto di rinviare al mio *Giudici taumaturghi? A proposito dell'arbitrio argomentativo giudiziale. Spunti per una ricerca*, in A. Braun (a cura di), *Dalla disgrazia al danno*, Milano, 2002, 489, spec. 513-521.

una tale visione delle cose; ma tutto ciò non avviene, né potrebbe avvenire, se si ragiona in prospettiva hayekiana, perché Hayek, come già ricordato, apprezza l'alleanza tra scienziati sociali; e non sussistono garanzie oggettive che quest'alleanza teorica non coinvolga anche gli operatori pratici, almeno in periodi di sommovimenti economico-sociali. Proprio da una relazione (di scambio) intellettuale tra giuristi ed economisti è nata, ad esempio, l'analisi economica del diritto. Lo studio delle conseguenze economiche delle decisioni ben potrà offrire al giudice ed al legislatore materia di ampia riflessione teorica; e la consapevolezza acquisita potrà essere concretamente impiegata nel momento della individuazione della regola di condotta più opportuna, tenuto conto della cornice di principi generali entro la quale quella nuova regola andrà a collocarsi.

Dire poi, come fa Hayek, che il giudice, ai fini del decidere, non deve conoscere ciò che la società richiede in quel particolare momento, ma deve solo applicare al caso specifico il principio generale di riferimento, mi pare criticabile. Intanto perché già in una prospettiva hayekiana è discutibile parlare di aspettative della società e non dei singoli. Ma se si tratta di aspettative dei singoli, lo stesso Hayek ammette che il giudice debba tenerne conto, purché queste aspettative siano in armonia con i principi generali; in secondo luogo, ed anche questo aspetto è già emerso, può accadere che intervenga un mutamento di principio, quando appunto muti la filosofia generale del diritto, per citare alla lettera l'espressione hayekiana. Quindi, l'argomento per cui il rispetto dei principi generali costituisce la garanzia principale (e forse l'unica) della sopravvivenza di un ordine liberale, mi pare piuttosto debole.

## 6. Giudice e legislatore

“Per varie ragioni i processi evolutivi spontanei possono condurre ad una *impasse* da cui non possono districarsi con le proprie forze, o, almeno, da cui non riescono a correggersi abbastanza velocemente. 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. (Gli argomenti in favore dell'affidarsi, anche in tempi moderni, al processo graduale del precedente giudiziario e all'interpretazione dottrinale, al fine di ottenere lo sviluppo del diritto, sono stati persuasivamente presentati da Bruno Leoni, *Liberty [sic] and the Law* [Princeton, 1961]. Nonostante la sua tesi costituisca un efficace antidoto contro l'ortodossia prevalente, la quale ritiene che le leggi si possano o si debbano cambiare soltanto attraverso un procedimento legislativo, non mi ha persuaso che si possa fare a meno della legislazione anche nell'ambito del diritto privato, che è il campo del quale egli in particolare di occupa)<sup>16</sup>.

<sup>16</sup> Alla commemorazione ufficiale di Bruno Leoni (precedente alla data di pubblicazione del primo volume [*Rules and Order*, 1973] di *Legge, legislazione e libertà*), Hayek aveva attenuato il proprio giudizio: «Sarebbe forse possibile distorcere lo spirito della sua [di Leoni] tesi principale nell'asserzione che l'invenzione della legislazione fu un errore e che il mondo farebbe meglio a rinunciare del tutto alla legislazione e a basarsi esclusivamente sulla formazione del diritto da parte dei giudici e dei giuristi, così come è avvenuto nella formazione dell'antico diritto romano e della *common law* dell'Inghilterra. Ma, anche se alcune affermazioni isolate del libro [*La libertà e la legge*] possono prestarsi ad una tale interpretazione, Bruno Leoni esplicitamente la respinge» (F.A. Hayek, *Bruno Leoni lo studioso*, 29).

Vi sono diverse altre ragioni a sostegno di questo. Una è che il processo di sviluppo del diritto è graduale, e può dimostrarsi troppo lento per pervenire a rapidi adattamenti, a circostanze interamente nuove. La più importante, forse, è che non è solo difficile, ma forse pure indesiderabile, che le decisioni giurisprudenziali invertano una tendenza che è ormai consolidata, e di cui ora si vede che ha cattive conseguenze ed è palesemente errata. Il giudice non adempie le sue funzioni se disattende le ragionevoli aspettative create dalle decisioni precedenti. Sebbene il giudice possa sviluppare il diritto decidendo casi che sono genuinamente dubbi, non può veramente modificarlo, o semmai lo può tutt'al più molto gradualmente, una volta che una regola si sia ben consolidata; sebbene chiaramente egli possa riconoscere che un'altra regola sarebbe migliore, o più giusta, sarebbe evidentemente ingiusto applicarla ad affari intercorsi quando si riteneva valida una regola differente. In tali situazioni, è auspicabile che la nuova regola divenga nota prima di essere sanzionata, e ciò può avvenire solo promulgando una nuova norma da applicarsi solo in futuro. Quando si richiede un vero cambiamento nel diritto, la nuova legge può svolgere adeguatamente la funzione propria d'ogni legge, quella di guidare le aspettative, solo se diviene nota prima d'essere applicata".

(Hayek, *Legge, legislazione e libertà*, 114-115; il passo tra parentesi si legge in nota 35).

Il problema delle conseguenze (indesiderabili) delle decisioni giurisprudenziali è qui affrontato direttamente. Un rilievo preliminare: ammettere la indesiderabilità di una regola affermata in precedenti decisioni pare una sconfessione del precedente assunto secondo cui il giudice deve disinteressarsi delle richieste della società.

Anche in questo caso, infatti, l'indesiderabilità – rispetto ad una regola che dovrà essere applicata a casi futuri, deludendosi così aspettative individuali – esprime il contrasto della regola posta con quella presupposta (da chi?), in quanto compatibile con l'ordine liberale. Si impone allora una correzione: tanto l'intervento del legislatore, che dovrà elaborare una regola sostitutiva, e che sarà indotto a farlo proprio in base alle complessive esigenze della società, quanto il possibile (ed auspicabile) contrasto giurisprudenziale (nell'ipotesi che sia verrà risolto da una corte superiore nel senso di tutelare l'aspettativa in armonia con l'ordine liberale) esprimeranno un univoco segnale di attenzione verso ciò che l'«intera società» richiede. (Una società, certo, nella quale è radicata l'istanza politica liberale.)

Il riferimento alla correzione legislativa del diritto giurisprudenziale porta Hayek a riflettere sull'opportunità dell'intervento del legislatore.

In particolare, due sono le ragioni a favore dell'intervento. In primo luogo, la gradualità del processo di evoluzione/mutamento del diritto, rispetto, evidentemente e ancora una volta, alle esigenze della società nel suo complesso, segnalate dalla reiterazione di determinate condotte individuali. Può essere il caso di una innovazione tecnologica (un nuovo prodotto) che necessiti di essere regolato quanto alle modalità d'uso, a tutela della incolumità del consumatore. Qui è lo stesso mercato che richiede un intervento del legislatore, a tutto vantaggio della diffusione commerciale del prodotto. In settori caratterizzati da forte innovazione tecnologica, è chiaro che il giudice, se l'innovazione coinvolge aspetti tecnici ed etici (pensiamo al settore biotecnologico), è incentivato ad attendere una decisione del legislatore, proprio per evitare di dover

pronunciarsi esprimendo una propria convinzione etica<sup>17</sup>. In secondo luogo, l'intervento legislativo si giustifica quando occorre introdurre una regola in contrasto con un determinato orientamento giurisprudenziale. Ovviamente, postulare la necessità di tale intervento significa, ancora una volta, ragionare *a parte societatis*. Hayek spiega che cagionerebbe incertezza nell'agire, l'improvviso abbandono, da parte di un giudice (anche se corte di ultima istanza), della regola fino a quel momento osservata, e quindi fonte di aspettativa per i membri di quella collettività.

La preoccupazione di Hayek è del tutto ragionevole; ma resta il fatto che, anche il legislatore, modificando per il futuro una regola giurisprudenziale delude le aspettative di qualcuno (di chi avrebbe fondato su quella regola la propria condotta o la propria azione giudiziale); non mi pare una situazione così diversa da quella in cui una corte di ultima istanza operi quello che si chiama un *revirement*; qui, certo, è l'aspettativa di una parte in giudizio ad essere frustrata; ma sono ben noti i tecnicismi attraverso i quali le corti di *common law* cercano di uscire da simile *impasse*: mi riferisco alla *doctrice of prospective overruling*, in forza della quale la corte decide il caso secondo i precedenti, ma dichiara che di lì in poi la regola applicabile sarà diversa.

Ancora. Se si pone mente alla *common law* inglese ed in particolare al *Practice Statement* del 1966 – in forza del quale la House of Lords stabiliva il principio dell'inosservanza dai propri precedenti «quando appaia giusto farlo»<sup>18</sup> – si vede che gli stessi giudici, con una formula tipicamente inglese, affermano, con la massima naturalezza, che rispettare i precedenti può essere ingiusto<sup>19</sup>.

Se mi si permette l'espressione, qui la House of Lords è stata più hayekiana di Hayek, perché ha ancora una volta dimostrato quella grande fiducia in se stessa, derivante dall'essere parte di una tradizione giuridica – quella di *common law* – che salvaguarda al meglio i diritti individuali perché è in grado di adeguarsi spontaneamente

<sup>17</sup> Sul punto, mi permetto di rinviare ancora al mio *Giudici taumaturghi?*, cit. *supra*, nota 15, spec. 495-502. Nel caso ivi esaminato (se fosse legittimo il ricovero coatto di una donna incinta tossicodipendente), la Corte suprema del Wisconsin, tenuto conto che il feto ha ricevuto una qualificazione giuridica non uniforme da parte della giurisprudenza nordamericana, decide che la libertà della madre non poteva essere limitata (nel frattempo il parto era avvenuto), ma invoca un intervento chiarificatore del legislatore: «A court is not an appropriate forum for making policies in such a sensitive area» (500).

<sup>18</sup> F. Moretti, *Il precedente giudiziario nel sistema inglese*, 5.

<sup>19</sup> Sul precedente nell'ordinamento inglese, v. in particolare la sintesi di Antonio Gambaro in A. Gambaro e R. Sacco, *Sistemi giuridici comparati*, spec. 121-125, ove l'affermazione che, in Inghilterra, a partire da XIX secolo, abbandonata l'idea per cui «[...] un giudice deve conoscere e tenere nel massimo conto le precedenti decisioni sue e di altri giudici in casi analoghi. Ciò per la buonissima ragione che se un giudice si discostasse immotivamente [sic] dalle decisioni precedenti non solo mostrerebbe disprezzo per i suoi predecessori, ma porrebbe in crisi il principio fondamentale della legalità, ossia il principio di eguaglianza di fronte alle regole di diritto, il quale esige che casi eguali ricevano soluzioni identiche indipendentemente dalle qualità personali delle parti» (121 s.), si affermò «una teoria secondo la quale il precedente giudiziale è giuridicamente vincolante in modo assoluto, in quanto ciò che è stato enunciato nella decisione precedente non è l'opinione legale di un giudice più antico o più anziano, ma la verbalizzazione di una regola di diritto consuetudinario positivo. Ne derivò la c.d. teoria dichiarativa del precedente giudiziario che è stata considerata come un principio del diritto di common law sino a quasi i nostri giorni. [...] Nel 1966 la House of Lords ha emanato un documento, chiamato Practice Statement, per annunciare che da allora in poi essa non si sarebbe più ritenuta strettamente vincolata ai propri precedenti, pur continuando a tenerli nel massimo conto al fine di preservare il principio della certezza del diritto. Questo annuncio da parte della massima autorità giudiziale inglese ha segnato la sepoltura ufficiale della teoria dichiarativa, con la quale la possibilità di operare un rovesciamento di giurisprudenza è logicamente incompatibile, ma in realtà tale teoria era ormai corrosa dalle critiche e circondata dall'incredulità generale» (122 e 125).

e gradualisticamente alle esigenze della società. Potremmo dire: *common law non facit saltus*. Quindi, in questa prospettiva, se la corte ritiene che sia giusto discostarsi da un proprio precedente, ciò significa che quella nuova regola sarà percepita come la più giusta nel momento in cui viene pronunciata. La House of Lords, nella solenne dichiarazione del 1966, si mostra sicura di non ledere né la certezza del diritto, né le legittime aspettative della collettività. Se si vuole, si può proseguire nel ragionamento, esplicitando certi passaggi del tutto naturali per il *common lawyer*. E così, considerando lo stile delle sentenze dei giudici di *common law*, e in particolare delle sentenze della House of Lords, si può affermare che, nella loro (per noi insolita) lunghezza, esse – ancora: quando è bene farlo – avvertono garbatamente il lettore (e in questo senso sono esplicitamente dirette non solo agli altri giudici, ma anche ai legali di futuri litiganti) come inizi ad emergere l'esigenza di un mutamento della regola; si tratta di motivazioni assai trasparenti, nelle quali il giudice non teme di argomentare sulla base di considerazioni di opportunità politica (*policy considerations*); motivazioni che il legale accorto saprà valutare per poi consigliare al meglio il proprio assistito, intuendo ad esempio se sia ormai troppo tardi per agire sulla base di un precedente destinato ad essere *overruled*.

### 7. La funzione del giudice

“Il carattere distintivo delle regole che il giudice deve applicare e deve cercare di formulare e sanzionare si comprende meglio se si ricorda che egli è chiamato a correggere i disguidi d'un ordine che nessuno ha mai creato, e che non si fonda sul fatto che agli individui è stato detto che cosa debbono fare. Nella maggior parte dei casi nessuna autorità sa nemmeno, quando si instaura un conflitto, che cosa le parti abbiano fatto e perché. In questo senso il giudice è un'istituzione di un ordine spontaneo. Egli troverà sempre esistente un tale ordine quale attributo d'un processo complessivo, in cui gli individui riescono a perseguire i loro piani perché possono formarsi aspettative sulle azioni altrui, aspettative aventi una buona possibilità di rivelarsi corrette.

[...] Non tutto il diritto [...] può essere il prodotto della legislazione, bensì il potere di legiferare presuppone il riconoscimento di alcune regole comuni; e tali regole, che sono alla base di quel potere, possono pure limitarlo. [...]

[N]oi siamo interessati a tutte le regole che sono osservate nell'agire, e non soltanto a quelle sanzionate da un'organizzazione creata allo scopo. È l'osservanza di fatto delle regole la condizione per il formarsi d'un ordine delle azioni; se è necessario sanzionarle, o come siano sanzionate, è di secondaria importanza. L'osservare di fatto delle regole senza dubbio precedette ogni deliberata sanzione di esse. La ragione per cui sorsero delle regole non deve pertanto esser confusa con quella per cui fu necessario sanzionarle. Coloro che decidettero di farlo possono non aver mai pienamente compreso quale fosse la loro funzione. Ma se la società vuole perdurare deve sviluppare dei metodi efficaci per insegnarle e spesso anche (sebbene possa essere la stessa cosa) per sanzionarle. [...] Quel che importa [...] è che è sempre in uno sforzo di assicurare e implementare un sistema di regole già osservate che ciò che conosciamo come l'apparato giuridico si è sviluppato.

Tale diritto può venire gradualmente formulato mediante i tentativi degli arbitri, o di persone simili, chiamate a risolvere le dispute ma prive del potere di comandare sulle azioni che debbono giudicare. I problemi su cui debbono decidere non riguarderanno il fatto se le parti si siano conformate alla volontà di qualcuno, ma se le loro azioni siano state conformi alle aspettative che potevano ragionevolmente formarsi in quanto corrispondevano alle consuetudini su cui si basa la condotta quotidiana dei membri del

gruppo. Qui il significato dei costumi è che essi fanno sorgere aspettative guidanti le azioni individuali, e ciò che verrà considerato vincolante, pertanto, saranno quei modi d'agire sulla cui osservanza ognuno fa affidamento, e che perciò sono divenuti la condizione per il successo di molte attività. Il soddisfacimento delle aspettative che questi costumi garantiscono non è, e non appare essere, un risultato derivante da qualche volontà umana, o dipendente dai desideri di alcuno, o dalle particolari identità delle parti coinvolte. Il bisogno d'un giudice imparziale sorge perché ci si aspetta che una tale persona decida le questioni indipendentemente dalle loro circostanze accidentali di tempo e di spazio, e pertanto in modo da soddisfare le aspettative di qualsiasi individuo sconosciuto si trovi nella medesima situazione”

(Hayek, *Legge, legislazione e libertà*, 121-123).

Hayek ritorna qui sulla tesi a lui maggiormente cara: la rete di regole di una società libera non è imposta, ma è il risultato di una selezione naturale (spontanea); le regole che hanno consentito agli individui di agire in vista dei propri scopi, in una condizione di pace sociale, sono le regole di azione maggiormente desiderabili. Ovviamente, quanto qui detto va attenuato, e lo stesso Hayek ne è consapevole, ammettendo egli (v. i riferimenti precedenti) il contributo creativo, consapevole o inconsapevole, del giurista e del legislatore. Hayek, come già sottolineato, accetta il rischio che si affermi, contro l'ordine spontaneo delle cose, una tendenza costruttivista, della quale il giuspositivismo è simbolo, volta ad alterare, per conseguire finalità collettive, o sociali, l'ordine liberale, fondato sulle azioni e sulle aspettative individuali. Questo inciso per ribadire perché Hayek, il quale non pensa che si possa fare a meno della legislazione, insista nel precisare che l'intervento legislativo (ma del resto anche quello giurisprudenziale) deve essere volto a risolvere uno specifico problema che la regola tradizionale (legislativa o giurisprudenziale) non è più in grado di soddisfare, e non ad alterare il complesso delle regole di condotta per finalità che allo stesso regolatore necessariamente sfuggono (rischio della eterogenesi dei fini, o, con linguaggio popperiano, delle conseguenze inintenzionali di azioni intenzionali).

Qualche perplessità suscita invece l'affermazione di Hayek per cui, quando si instaura un conflitto, nessuna autorità (si pensi al giudice, in particolare) sa che cosa le parti abbiano fatto e perché. Dire questo potrebbe sembrare riconoscere che la società davvero libera non è governata da alcun ordine spontaneo, ma da un completo disordine – disordine che però il liberale ripudia in quanto mina la certezza del diritto, intesa come riconoscimento dei diritti individuali. Lo stesso Hayek ha del resto spesso sottolineato che le azioni individuali non sono azioni capricciose, ma inconsciamente avvertite come giuste in base a consuetudini. E l'azione nuova, e quindi l'aspettativa che da quella azione sorge, dovrà essere valutata alla luce dell'ordine di cose esistente, cioè alla luce dei tre principi cardine di una società liberale: vita, libertà, proprietà.

È lo stesso ordine spontaneo, attraverso la struttura giudiziaria dello Stato, a svolgere la funzione di filtro. E il giudice, per potere accertare e dichiarare le regole dell'ordine liberale, dovrà considerare il fondamento politico di quell'ordine.

Mi pare, quindi, che ogni tentativo di Hayek volto a configurare il giudice come soggetto neutro, che si limita passivamente ad applicare prassi e consuetudini, sia destinato al fallimento, proprio perché lo stesso Hayek, come detto ormai più volte, immagina il giudice quale tramite tra i principi generali della società e le specifiche regole che governano le azioni degli individui appartenenti a quella società.

Discutibile mi pare anche la preferenza di Hayek per le regole non verbalizzate, come se fossero idealmente contrapposte a quelle dell'ordinamento giuridico.

Certamente potranno benissimo esserci regole di condotta non verbalizzate – e quindi indifferenti per l’ordinamento giuridico –, ma occorre domandarsi se il mancato riconoscimento giuridico sia un elemento a favore, oppure contro, la certezza, e la tutela, delle aspettative.

È più forte una regola di condotta consuetudinaria, utilizzata inconsapevolmente, oppure la stessa regola riconosciuta dall’ordinamento giuridico? D’altronde, la prassi consuetudinaria, di per sé, è segno di staticità, che al limite può recare pregiudizio all’ordine liberale, ad esempio impedendo la formazione di altre regole – deducibili dai principi liberali dell’ordinamento – di risoluzione della controversia.

E poi, il giudice (o altro soggetto), nel decidere, necessariamente deve verbalizzare la consuetudine, e non è affatto detto che l’aver agito (condotta pratica o azione in giudizio) in base ad una determinata consuetudine ne imponga al giudice un’interpretazione conforme al significato sostenuto dalla parte.

### 8. *Il compito del giudice*

“Anche quando il giudice deve trovare regole che non sono ancora mai state formulate, e in base alle quali forse non si è ancora mai agito, il suo compito differisce interamente da quello del capo di una organizzazione che deve decidere quale azione si deve intraprendere per raggiungere certi particolari risultati. Probabilmente non sarebbe mai accaduto a chi è solito organizzare gli uomini per azioni particolari di formulare i propri comandi in forma di regole ugualmente applicabili a tutti i membri del gruppo, senza riguardo ai compiti loro assegnati, se non avesse già avuto dinanzi l’esempio del giudice. [...] L’idea che l’intenzione umana debba interessarsi a statuire regole per un numero sconosciuto di casi futuri presuppone un atto di astrazione consapevole di cui ai primordi si è difficilmente capaci. Regole astratte indipendenti da ogni particolare risultato erano qualcosa che si doveva scoprire nei fatti, non qualcosa che la mente potesse deliberatamente creare. [...].

Il diverso carattere del giudice nasce allora dal fatto che egli non si interessa di ciò che qualche autorità vuole sia fatto in un dato caso, bensì di ciò che i privati hanno una «legittima» ragione di aspettarsi, laddove «legittima» si riferisce al tipo di aspettativa su cui generalmente si basano le loro azioni in quella società. Lo scopo delle regole dev’essere di facilitare l’accordo e la coincidenza delle aspettative da cui dipende il successo dei piani d’azione dei diversi individui.

Un legislatore che affidi al giudice il compito di mantenere la pace sociale non farà normalmente così per mantenere un ordine che lui stesso ha creato, o per vedere se i propri comandi sono stati adempiuti, bensì per mantenere un ordine il cui carattere gli può essere ignoto. A differenza d’un ispettore o d’un supervisore, un giudice non deve osservare se i comandi sono stati adempiuti o se ciascuno ha assolto ai doveri assegnati. Sebbene egli possa venire nominato da un’autorità più elevata, il suo dovere non è di sanzionare la volontà, ma di risolvere dispute che possono turbare l’ordine esistente. Egli tratta eventi particolari che l’autorità non conosce affatto, e azioni di individui che da parte loro non hanno nessuna conoscenza di alcun particolare comando dell’autorità riguardo a ciò che essi dovevano fare.

[...] Le regole sanzionate dal giudice interessano il governante che lo ha incaricato solo in quanto preservano la pace ed assicurano che gli sforzi dei privati continuino indisturbati. Esse non concernono ciò che agli individui è stato detto di fare, ma solo la loro astensione da certi tipi d’azione che a nessuno è permesso intraprendere. Esse concernono i presupposti del funzionamento d’un ordine complessivo che nessuno ha creato ma la cui esistenza è nondimeno percepibile”

(Hayek, *Legge, legislazione e libertà*, 123-125).

Qui Hayek insiste sull'idea che la verbalizzazione della regola consuetudinaria è da intendersi come un procedimento diretto a dare veste giuridica – cioè formalizzare in termini giuridicamente rilevanti – ad una condotta (Hayek allude agli sforzi di infinite generazioni di giudici volti a tradurre un comportamento in parole con le quali altre situazioni simili in futuro avrebbero potuto essere decise nello stesso modo).

Resta il fatto che in una controversia non vi è un'unica parte; il problema, quindi, non è solo quello di verbalizzare una condotta (per tornare all'esempio già richiamato più sopra: la consuetudine di rispettare la parola data comporta la verbalizzazione della regola giuridica per cui promettere vuol dire obbligarsi), perché, se il giudice si limitasse a tradurre in termini giuridici una pratica, non sarebbe un giudice. Il giudice deve decidere quale posizione soggettiva fatta valere dalle parti in lite debba essere tutelata in quanto giuridicamente fondata.

E se una controversia è portata di fronte ad un giudice, ciò necessariamente significa o che quella prassi è contestata – cioè non accettata come vincolante –, oppure che una delle parti ritiene quella prassi inapplicabile ad essa, per determinate ragioni che sottoporrà all'attenzione del giudice (sul punto, v. quanto afferma Leoni circa l'interpretazione quale attività di collaborazione tra parti e giudice: *infra*, par. 14).

Veniamo ancora una volta al principio per cui promettere vuol dire obbligarsi. È ben noto come questo principio, di per sé, non recepisca una prassi; al contrario, l'analisi storica dei precedenti mostra proprio che la stessa prassi impone una elaborazione di regole giuridiche diversificate: occorre cioè esplicitare quel principio in ragione della varietà delle condotte ad esso riferibili. E così, in via di mera esemplificazione: è necessario avere una ragione per obbligarsi, oppure la mera dichiarazione di impegno è sufficiente? È valido l'impegno unilaterale, oppure è giusto che l'impegno sia bilaterale? (Come è evidente, sono tutte questioni ricomprese nell'ambito della *doctrine of consideration*).

D'altronde, l'evoluzione giuridica proprio questo testimonia: non esistono principi o regole immutabili; al limite possono continuare ad esistere le verbalizzazioni, mutandone però il contenuto. (Pensiamo ad esempio alla vicenda del principio della forza di legge del contratto; dal principio per cui il contratto obbliga in quanto l'impegno è stato assunto liberamente – *qui dit contractuel dit juste* –, si è passati, o si vorrebbe passare, al principio per cui il contratto obbliga perché, e solo se, giusto – *qui dit juste dit contractuel*).

Hayek replicherebbe, forse (per le ragioni di tale cautela, v. *infra*, par. 12), che la giustizia contrattuale – come la giustizia sociale – è nozione non solo ambigua, ma scientificamente indeterminabile; e che un ordinamento che accolga il principio della giustizia contrattuale non è un ordinamento liberale. Tuttavia, non è affatto da escludersi – anche in assenza di una formalizzazione legislativa di tale regola di giustizia contrattuale – che gli stessi individui possano sollevare l'eccezione per cui l'impegno da essi assunto è legittimamente rifiutato perché ingiusto. Hayek potrebbe ancora replicare: il giudice rigetterà questa eccezione, conformando la regola di giudizio alla consuetudine. Potrà essere così, ma non c'è alcuna necessità logica che il giudice non possa persuadersi – a causa di specifiche circostanze di fatto – che l'impegno assunto a quelle condizioni sia da considerarsi ingiustamente gravoso. (Sempre per restare in terreno di *common law*, si pensi, con riguardo allo squilibrio contrattuale, alla complessa *doctrine of undue influence*).

La *common law*, infatti, al contrario di quanto sembra credere Hayek, ha saputo dare prova di sofisticato tecnicismo, sollevando spesso il rilievo critico di essere un

sistema eccessivamente formalistico; si vuol dire, in sostanza, che battaglie analoghe a quelle combattute contro la pandettistica germanica sono ben note anche in seno alla *common law*. Si può ad esempio riflettere sulla elaborazione elegante e talora cervellotica che ha conosciuto la *doctrine of binding precedent*, per far fronte ai problemi che, negli ordinamenti di *civil law*, pone il disposto normativo. Se poi il giudice di *common law*, per cultura e formazione, adotta, nelle proprie sentenze, uno stile brillante, connotato spesso da arguzia e cinismo intellettuale, non vuol dire certo che egli appartenga ad una tradizione giuridica culturalmente fragile, tutta appiattita sul senso comune.

### 9. Regole giurisprudenziali ed ordine esistente

“Sostenere che le regole che il giudice reperisce ed applica servono a mantenere un ordine esistente di azioni implica che sia possibile distinguere tra tali regole e l’ordine che ne risulta. Che lo si possa fare, segue dal fatto che solo alcune regole di condotta individuale producono un ordine complessivo, mentre altre lo rendono impossibile. Ciò che si richiede affinché le azioni separate degli uomini risultino formare un ordine complessivo è non solo che esse non interferiscano senza necessità le une con le altre, ma anche che, quando il loro successo dipende dal loro accordo, vi sia almeno una buona possibilità che esso si realizzi. Tuttavia tutto ciò che a tale fine possono fare le regole è di facilitare l’incontro delle azioni individuali; regole astratte non possono assicurare che di fatto questo si realizzi sempre.

[...] Finché gli individui agiscono in accordo con le regole non è necessario che siano consapevoli di esse. È sufficiente che *sappiano come* agire in accordo ad esse, pur senza *sapere* (in maniera verbalmente articolata) *che* sono fatte così e così. Ma il loro «sapere come» sarà guida sicura solo in situazioni spesso ricorrenti, mentre questa certezza intuitiva circa quali aspettative sono legittime sarà assente in quelle più insolite. È in queste occasioni che sarà necessario appellarsi ad uomini che si suppone conoscano meglio le regole consolidate, se si vuole preservare la pace e prevenire i conflitti. Costoro, chiamati a giudicare, spesso troveranno necessario articolare verbalmente e perciò rendere più precise quelle regole su cui vi sono differenti opinioni, e talvolta perfino forniranno nuove regole laddove non ne esiste alcuna generalmente riconosciuta.

Pertanto, lo scopo di formulare a parole le regole è innanzitutto di assicurarsi il consenso alla loro applicazione in un caso particolare. Perciò è spesso impossibile distinguere tra la semplice articolazione verbale di regole che sono a lungo esistite soltanto come prassi, e la formulazione di regole in base a cui non si è mai agito prima, ma che, una volta formulate, vengono dai più accettate come ragionevoli. In nessun caso tuttavia il giudice è libero di pronunciarsi come gli aggrada. La regola che egli formula deve riempire una lacuna definita all’interno del sistema di regole già riconosciute in un modo che serva a mantenere ed implementare quell’ordine di azioni che esse rendevano possibile.

Per capire il processo per cui, mediante l’opera dei giudici, un tale sistema di regole si sviluppa, è molto istruttivo considerare quando un giudice non deve solo formulare e applicare usi già frequentemente consolidati, ma esiste un dubbio genuino circa quel che questi richiedono, e pertanto le opinioni delle parti possono differire in buona fede. In tali casi, in cui esiste una vera lacuna nel diritto riconosciuto, è verosimile che una nuova regola venga a stabilirsi solo se qualcuno è incaricato di trovarne una che, una volta formulata, viene poi riconosciuta come appropriata.

Pertanto, sebbene le regole di mera condotta, così come l’ordine di azioni che esse rendono possibile, siano innanzitutto il prodotto di una evoluzione spontanea, il loro graduale perfezionamento richiede gli sforzi deliberati dei giudici (o di altri esperti del

diritto) che migliorino il sistema esistente statuendo nuove regole. In effetti, il diritto quale lo conosciamo non avrebbe mai potuto svilupparsi compiutamente senza tali tentativi dei giudici, o senza il saltuario intervento di un legislatore diretto a districarlo dai vicoli ciechi in cui l'evoluzione graduale poteva portarlo, o diretto ad affrontare problemi interamente nuovi. Tuttavia resta vero che il sistema delle norme nella sua interezza non deve la propria struttura al disegno intenzionale dei giudici o del legislatore. È il risultato di un processo di evoluzione nel corso del quale l'evoluzione spontanea dei costumi, e la deliberata implementazione di regole particolari all'interno d'un sistema già di per sé esistente, si sono continuamente intrecciate. Ciascuno di questi due fattori ha dovuto operare accanto all'altro per assicurare la formazione di un ordine efficace di azioni, il cui contenuto particolare dipende però sempre da altre circostanze, e non solo dalle norme giuridiche. Nessun sistema giuridico è mai stato progettato nella sua interezza, e persino i tentativi di codificazione non possono essere nulla più che una sistemazione di un corpo di norme esistenti, e semmai possono contenere delle integrazioni, o eliminare delle contraddizioni.

Può accadere che il giudice debba spesso risolvere problemi per cui può esservi più d'una soluzione, ma nella maggior parte dei casi è persino difficile trovare una soluzione in grado di soddisfare tutti i requisiti che da essa si richiedono. Il compito del giudice di giungere ad una decisione sarà allora intellettuale, non emotivo, o connesso con le sue preferenze personali, le sue simpatie verso la richiesta di una delle parti, o le sue opinioni sull'importanza di certi soggetti particolari. Gli è dato uno scopo definito, sebbene non concreto e particolare, cioè quello di migliorare un dato ordine di azioni stabilendo una regola che prevenga il nuovo sollevarsi di conflitti analoghi. Nel perseguire questo compito egli si deve sempre muovere all'interno di un dato cosmo di regole che deve accettare, e in cui deve inserire un nuovo elemento reso necessario dal fine cui tende l'intero sistema”

(Hayek, *Legge, legislazione e libertà*, 125-128).

L'elemento della conflittualità (cioè il contrasto tra condotte diverse in un momento in cui non si sa quale sia da preferirsi) come caratteristica necessaria del mutamento è qui ben avvertita da Hayek.

Ciò significa che non ogni pratica, uso, consuetudine, e non ogni regola giuridica verbalizzata è in armonia con l'ordine spontaneo.

Anzi, viene qui introdotto un elemento che mette in crisi la configurazione dell'ordine spontaneo come sistema chiuso.

Cerco di impostare così la questione. Hayek, in numerosissimi lavori, ha sempre sottolineato come varietà ed instabilità siano caratteristiche essenziali della società libera (da qui, la fisiologia di ogni asimmetria: informativa, economica, concorrenziale, e così via). La teoria dell'azione umana presuppone – tra i requisiti fondamentali perché l'azione possa definirsi tale – il mutamento di condotta a fronte di fatti nuovi (da qui, ancora, la ragione per cui gli economisti di scuola liberale classica attribuiscono rilevanza centrale alla dinamicità dell'azione umana, mentre guardano con sfavore alle situazioni di equilibrio)<sup>20</sup>.

In questo senso, ogni conflittualità produce stabilità: in un momento precedente alla verbalizzazione della regola (ad esempio, il furto è vietato) accade che la condotta in ipotesi conflittuale (furto) contribuisce alla verbalizzazione della regola di condotta a

---

<sup>20</sup> Tali problemi sono affrontati con chiarezza esemplare da G. Rampa, *Trovare in ordine, mettere in ordine: il difficile rapporto tra Hayek e gli economisti*.

garanzia della stabilità sociale (il furto è vietato), ma solo quando un soggetto terzo rispetto ai contendenti dichiarati in capo a chi è il diritto.

L'esigenza di introdurre non solo una verbalizzazione del divieto del furto (anche se la consuetudine sia nel senso che i beni possono essere scambiati ma non sottratti senza consenso del proprietario), ma anche una sanzione, nel caso in cui la regola sia violata, rafforza e non indebolisce il rispetto della consuetudine. E l'ordine spontaneo è così rafforzato dall'intervento del giudice. Hayek potrebbe obiettare: il giudice altro non fa se non formalizzare una regola presente (implicitamente) nella società. Questo è vero, ma si può agevolmente immaginare una fase storica nella quale la consuetudine contro il furto non si era ancora consolidata; qui, è l'intervento di un'autorità esterna a dare certezza ad una regola ancora *in nuce* (allo stesso modo, l'intervento dell'autorità può essere inteso come risposta spontanea della collettività ad una esigenza di certezza).

Il giudice che decida la lite affermando la regola che vieta il furto, avrà presupposto che, nel caso, la condotta delle parti non potesse essere qualificata come scambio consensuale, ma come sottrazione contro la volontà del proprietario.

È però chiaro che l'individuazione di quella regola (il furto è vietato) ha posto al giudice la necessità di analizzare astrattamente  $n$  azioni individuali, dalle quali avrebbero potuto (o in futuro potranno) derivare (oppure, se si preferisce: quelle  $n$  azioni individuali avrebbero potuto, o in futuro potranno, richiedere) regole diverse: così può immaginarsi essere sorta la distinzione tra appropriazione della cosa presso il proprietario ed appropriazione della cosa abbandonata.

Si dice questo per ribadire che non è facilmente sostenibile l'idea che ogni regola giuridica verbalizzata derivi dalla mera recezione della prassi consolidata.

Merita altresì una riflessione l'assunto di Hayek secondo cui gli individui, di fatto agendo in accordo con le regole, non debbono necessariamente esserne consapevoli: potrebbe obiettarsi che la consapevolezza circa il contenuto della regola sembra essere necessaria proprio per distinguere tra condotte compatibili con l'ordine liberale e quelle con esso in contrasto. Il soggetto che sia parte in giudizio dovrà necessariamente riflettere sulle ragioni tecnico-giuridiche (argomentazioni) che possono essere addotte a sostegno della propria tesi. Quindi, la conoscenza del contenuto della regola è funzionale all'assunto per cui quella determinata condotta è conforme a diritto. E la regola sarà la risultante della riflessione del giudice – cui la controversia è stata deferita – e dei litiganti.

Sarei anche più cauto di Hayek nel distinguere tra situazioni in cui si conosce come si deve agire (con altro linguaggio, casi facili) e situazioni insolite, nelle quali la certezza intuitiva su quale sia l'aspettativa legittima manca (casi difficili).

Questa distinzione può forse essere appropriata se si pensa ad una società estremamente semplice, in cui il numero di azioni individuali – quindi il tasso di creatività individuale – è basso. Ma poiché è un presupposto della teoria hayekiana che la società, proprio a causa della creatività individuale, sia destinata a trasformarsi, ecco che la distinzione tra casi facili e casi difficili diviene problematica (come da tempo, peraltro, sostengono i teorici generali): posto che la regola – conosciuta per intuizione o per accertamento giudiziale – deve essere applicata ad un fatto, è nel momento tecnico della qualificazione normativa del fatto, e quindi della sussunzione del fatto nell'ambito del significato della disposizione, che si pone il problema interpretativo autentico. Le reciproche influenze tra argomentazione in fatto ed in diritto sono molteplici, e, quanto più la soluzione è complessa, tanto più avvertita è l'esigenza di certezza circa il significato della regola di condotta.

Lo stesso Hayek ne è consapevole, quando scrive come le regole astratte non possano assicurare che le azioni separate degli individui formino un ordine complessivo: proprio per la ragione, su cui più volte mi sono soffermato, che la regola astratta – cioè l'enunciato prescrittivo (nel caso di regola verbalizzata) o l'intuizione della condotta imposta dalla regola (nel caso di regola non verbalizzata) – può operare solo se concretizzata, cioè se rapportata alla varietà dell'azione umana, da cui originano aspettative e pretese.

Quanto al rischio di arbitrio giudiziario, Hayek afferma in sostanza che il criterio di ragionevolezza fa sì che la nuova regola introdotta dal giudice appaia in armonia con il sistema di regole vigente, andandone solo a colmare una lacuna.

Da un lato, quindi, la coerenza della nuova regola con il sistema nel quale si inserisce assicura che essa non sovverta l'ordine liberale delle azioni; dall'altro, proprio la novità della regola, in relazione alla novità della condotta da regolare, dovrebbe garantire la preservazione dell'ordine esistente – per come è configurato sulla base delle regole già note. Ancora una volta, la stabilità generale del sistema deve conciliarsi con la varietà individuale dell'azione umana.

Occorre, inoltre, tenere distinto il problema dei valori politico-culturali da porre a fondamento dell'ordine spontaneo (liberale) da quello delle specifiche regole deducibili da quei principi.

Il riferimento di Hayek alla necessità che la nuova regola introdotta dal giudice in caso di lacuna sia riconosciuta come appropriata pone due problemi: 1) chi deve riconoscere l'appropriatezza? I singoli individui nel loro concreto operare. Ma ciò significa che l'apprezzamento della regola sarà direttamente proporzionale alla possibilità, per essi, di vedere tutelate le nuove aspettative (circolo vizioso); 2) il *tertium comparationis* è dato dai valori dell'ordinamento, cioè dai suoi principi generali. Ma ciò significa che, se mutano i principi, mutano anche le regole, mentre l'ipotesi di lavoro di Hayek è di assumere a costante l'ordine spontaneo (cioè, l'ordine liberale), al quale ancorare il giudizio di appropriatezza delle nuove regole introdotte.

### 10. Regola giuridica e tutela delle aspettative legittime

“Il diritto evidentemente non può proibire tutte le azioni che possono danneggiare gli altri, non solo perché non si possono prevedere tutti gli effetti di un'azione, ma anche perché la maggior parte dei cambiamenti dei piani individuali d'azione suggeriti da nuove circostanze tornano probabilmente a svantaggio di altri. La protezione contro la delusione delle aspettative che il diritto può fornire in una società in costante mutamento sarà sempre soltanto la protezione di alcune aspettative, ma non di tutte. E qualche danno consapevolmente causato ad altri è persino essenziale al mantenimento di un ordine spontaneo: il diritto non proibisce il sorgere di nuove imprese, anche se ci si può aspettare che ciò conduca al fallimento di altre. Il compito delle regole di giusta condotta può allora essere solo quello di dire agli individui su quali aspettative possono contare e su quali no.

Lo sviluppo di tali regole richiede evidentemente una continua interazione tra norme giuridiche e aspettative: nuove norme sono stabilite per proteggere aspettative esistenti, ma ogni nuova norma tende pure a creare nuove aspettative. Poiché talune aspettative saranno sempre in conflitto con altre, il giudice deve costantemente decidere quali devono venir considerate legittime, e nel farlo darà fondamento a nuove aspettative. In una certa misura si tratterà sempre di un processo sperimentale, poiché il giudice (e lo stesso si dica del legislatore) non sarà mai in grado di prevedere tutte le conseguenze delle regole che stabilisce, e spesso fallirà nella sua impresa di ridurre le fonti di

possibile conflitto tra diverse aspettative. Ogni nuova regola intesa a comporre un conflitto può far sorgere nuovi conflitti su altre questioni, dal momento che lo stabilire una nuova regola agisce sempre su un ordine di azioni che non è interamente determinato soltanto dalle norme giuridiche. Tuttavia è solo tramite i loro effetti su tale ordine, effetti che si scoprono soltanto mediante tentativi ed errori, che la loro adeguatezza o meno può venir giudicata”

(Hayek, *Legge, legislazione e libertà*, 129).

L’analisi del procedimento in forza del quale il giudice individua una nuova regola per una nuova condotta affronta la questione della varietà delle soluzioni interpretative. In particolare, la regolamentazione della condotta innovativa pone necessariamente il problema dell’origine e del contenuto di tale regolamentazione. Intanto, alla base della regola è un conflitto da comporre; conflitto tra aspettative, e quindi tra pretese, opposte; una di esse sarà quella fondata, e quindi tutelabile. All’interno del sistema di valori dato – che Hayek suppone essere quello di una società liberale –, il giudice valuterà le pretese delle parti non solo rispetto ad un principio astratto (quale ad esempio la tutela del diritto di proprietà), ma anche rispetto alla situazione di fatto a partire dalla quale è sorta la lite (richiamo qui le osservazioni svolte più sopra).

E la natura del contrasto tra aspettative va chiarita: se l’ordine delle azioni fosse statico, non si comprenderebbe la sussistenza di tale contrasto (per giustificarlo, si dovrebbe ammettere l’incoerenza del sistema, che valuterebbe legittime aspettative inconciliabili; quindi, Hayek, riconoscendo l’esistenza di conflitti tra aspettative, abbandona la presunzione di non contraddizione dell’ordinamento: non contraddizione tra regole in vigore e nuova regola diretta a regolare una nuova condotta). Ma più volte è emerso che un ordine autenticamente liberale non può fondarsi sul principio di non contraddizione (assumendo come non contraddittorio l’insieme delle regole di condotta), posto che la regola va dedotta dai principi generali dell’ordinamento; il rischio, già chiarito, è che mutino tali principi generali, affermandosi una diversa concezione filosofico-politica (da qui deriva la giusta esigenza di Rothbard, richiamata al par. 4, di rendere il più possibile trasparente la premessa filosofico-politica del discorso giuridico).

### *11. Sistema di regole e sistema di azioni*

“Una conseguenza importante di questa relazione tra sistema delle regole di condotta e ordine effettivo delle azioni è che non vi può mai essere una scienza del diritto che sia puramente scienza di norme, e che non prenda in considerazione l’ordine effettivo cui esse tendono. Se una nuova norma si inserisce in un sistema di norme esistenti non è un problema di sola logica, ma è di solito un problema di vedere se, nelle circostanze di fatto esistenti, la nuova norma conduce ad un ordine di azioni compatibili. Questo dipende dal fatto che regole astratte di condotta determinano azioni particolari solo con l’aggiunta di circostanze esterne. Il controllo sull’adeguatezza della nuova norma, rispetto al sistema già esistente, può nondimeno dimostrarsi in conflitto con esse, se in certe circostanze permette azioni in contrasto con quelle permesse dalle altre. Questa è la ragione per cui il trattamento cartesiano o «geometrico» del diritto come pura «scienza di norme» dove ogni regola è dedotta da premesse esplicite, si rivela tanto fuorviante. Vedremo come essa fallisca pure nel suo scopo di rendere le decisioni giudiziali più predicabili”

(Hayek, *Legge, legislazione e libertà*, 132-133).

Il riferimento alla questione dei valori è ben presente in questo passo di Hayek, il quale richiama la celebre affermazione del giudice Holmes secondo cui il diritto non è logica ma esperienza.

Perfettamente condivisibile è quanto scrive qui Hayek, nonostante sia in contraddizione con molto di quanto da egli affermato precedentemente.

Hayek sottolinea che: 1) è impossibile dedurre la regola specifica dal principio generale senza far riferimento alla controversia; 2) la concretizzazione del principio generale può portare ad esiti interpretativi diversi da quelli voluti, dando quindi origine ad una regola in relativo contrasto con quel principio (regola che magari resta *in mente iudicis*, o perché in assoluto contrasto con il principio, o perché inadeguata al caso di specie – ma utilizzabile in un caso diverso).

Un esempio: può essere che il giudice escluda di poter dedurre dal principio generale di tutela della proprietà privata la regola per cui è fatto divieto al proprietario di abusare del proprio diritto (ingiusta limitazione del diritto proprio); ma può anche essere che quella regola sull'abuso sia affermata in giudizio proprio a tutela del diritto di proprietà altrui (ingiusta limitazione del diritto altrui). È ben evidente che, in un esempio come questo, la deduzione dal principio generale può avere esiti differenti, e quindi il giudice può formulare regole differenti. Regole differenti possono essere legittimamente dedotte dallo stesso principio, purché il giudice chiarisca il proprio ragionamento sulla base delle circostanze di fatto: è il fatto che concretizza un principio di diritto astratto. (E l'analisi del ragionamento in fatto è indispensabile per valutare in termini di ragionevolezza la motivazione.)

## 12. *Certezza del diritto e prevedibilità delle decisioni*

“L'ordine che ci si deve aspettare sia mantenuto dal giudice non consiste in uno stato particolare di cose, ma nella regolarità di un processo, basato sulla circostanza che alcune delle aspettative degli agenti vengano protette dall'interferenza altrui. In generale, ciò che ci si aspetta dal giudice è che decida in un modo che corrisponda a quel che la gente ritiene giusto, ma egli può talvolta dover decidere che ciò che *prima facie* appare giusto non è in realtà tale, perché disattende alcune aspettative legittime. In questi casi egli dovrà tracciare le proprie conclusioni non partendo esclusivamente da premesse esplicitamente formulate, ma da una sorta di «logica della situazione», basata sui bisogni dell'ordine esistente delle azioni, la quale è allo stesso tempo il risultato inintenzionale e la *ratio* di tutte quelle regole che egli deve assumere come consolidate. Anche se il punto di partenza del giudice sono le aspettative fondate su regole già consolidate, spesso egli deve decidere quale delle aspettative in conflitto, tutte egualmente in buona fede e tutte egualmente sanzionate dalle regole riconosciute, deve essere ritenuta legittima. L'esperienza mostra come in nuove situazioni regole che sono già stata accettate conducono spesso a conflitti di aspettative. Ma anche se in queste situazioni non vi è alcuna regola nota che guidi la sua azione, il giudice non è tuttavia libero di decidere come gli aggrada. Se la decisione non può essere logicamente dedotta dalle regole riconosciute, deve tuttavia mostrarsi coerente col corpo già esistente di regole, nel senso che essa deve servire al medesimo ordine di azioni. Se il giudice trova che una regola, su cui uno dei litiganti si è basato nel formare le proprie aspettative, è falsa, anche se una volta formulata potrebbe essere largamente accettata o persino universalmente approvata, ciò avviene perché egli si accorge che in certe circostanze questa entra in conflitto con aspettative basate su altre regole. [...]

Se il giudice si dovesse limitare a decisioni che possono essere logicamente dedotte dal sistema delle regole già formulate, spesso non sarebbe in grado di risolvere il caso in

un modo appropriato alla funzione che l'intero sistema delle regole deve svolgere. Questo getta un'importante luce su un problema molto discusso: la supposta maggiore certezza del diritto che si ritroverebbe in un sistema in cui tutte le norme giuridiche sono state statuite in forma scritta o codificata, e in cui il giudice deve limitarsi ad applicare queste regole così come sono state scritte. L'intero movimento a sostegno della codificazione è stato sostenuto dalla credenza che essa aumentasse la predicibilità delle decisioni giurisprudenziali. [...] Sebbene l'attività legislativa possa senz'altro aumentare la certezza del diritto su certi punti particolari, sono ora persuaso che tale vantaggio sia più che compensato dal fatto negativo di richiedere che *solo* ciò che viene formulato in atti legislativi debba avere forza di legge. A me sembra che le decisioni giurisprudenziali possano di fatto essere maggiormente predicibili quando il giudice è pure vincolato dalle concezioni diffuse intorno a ciò che è giusto, anche quando esse non siano suffragate dalla lettera della legge, piuttosto che non quando egli deve limitarsi a derivare le proprie decisioni solamente da quelle, tra tutte le credenze accertate, che hanno trovato espressione nella legge scritta.

Che il giudice possa, o debba, giungere alle proprie decisioni esclusivamente in base ad un procedimento di inferenza logica da premesse esplicite, è sempre stata, e deve necessariamente essere, una finzione, poiché, di fatto, il giudice non procede mai in questo modo. Com'è stato giustamente detto: «L'allenata intuizione del giudice lo conduce continuamente a giusti risultati, ai quali deve scervellarsi di fornire impeccabili ragioni giuridiche» [R. Pound, *The Theory of Judicial Decision*, in *Harv. Law Rev.* (IX), 1936, 52]. [...]

[N]on vi sono molte ragioni a sostegno [dell'idea di vincolare il giudice all'applicazione della legge scritta] quando il giudice è impegnato ad applicare un'equa giustizia tra parti private in conflitto. In tale contesto, richiedere che il giudice debba giungere alle proprie conclusioni soltanto in base alla legge scritta, e tutt'al più colmarne le lacune, ovviamente esistenti, riesumando principi non scritti, sembrerebbe diminuire piuttosto che aumentare la certezza del diritto. A me pare che nella maggior parte dei casi in cui le decisioni dei giudici hanno sorpreso l'opinione pubblica, e sono andate contro le aspettative generali, ciò sia successo perché il giudice doveva esclusivamente attenersi alla legge scritta, e non osava scostarsi dal risultato di un sillogismo in cui comparivano solo premesse giuridiche esplicite. Una deduzione condotta in base ad un numero limitato di premesse articolate verbalmente conduce sempre a seguire la «lettera» piuttosto che «lo spirito» del diritto. Inoltre, la credenza secondo cui tutti devono essere in grado di prevedere le conseguenze che, in situazioni fattuali imprevedute, debbono seguire da una applicazione di principi di base già formulati in proposizioni, è chiaramente un'illusione. Probabilmente è ora universalmente ammesso che nessun codice può essere privo di lacune. La conclusione che sembra doversene trarre è non solo che il giudice deve colmare tali lacune facendo appello a principi ancora non articolati verbalmente; ma anche che, ancorquando quelle regole formulate nel codice giungano ad una soluzione non ambigua, ma tale soluzione sia in contrasto col sentimento generale di giustizia, il giudice debba essere libero di modificare le proprie conclusioni se trova qualche regola non scritta che lo giustifichi e che, una volta formulata, sia in grado di riscuotere l'assenso generale”

(Hayek, *Legge, legislazione e libertà*, 144-148).

L'esigenza che principi e regole di ogni ordinamento siano tra loro coerenti ha qui una funzione di garanzia contro il potenziale arbitrio del giudice: la presunzione di coerenza dell'ordinamento dovrebbe cioè impedire ogni interpretazione giurisprudenziale incoerente rispetto alle regole preesistenti. Mi riferisco alle regole, e non ai principi, perché, è più facile rilevare il contrasto tra regole, piuttosto che tra

regole e principi (richiamo ancora qui l'esempio del contrasto tra il principio di tutela del diritto di proprietà e la regola sull'abuso del diritto di proprietà: può ben essere che un ordinamento – a tutela della proprietà – sanzioni, attraverso il tecnicismo dell'abuso di diritto, una condotta lesiva del diritto di proprietà altrui).

Tuttavia, il principio di non contraddizione – lo si è visto fin qui molte volte – è difficilmente conciliabile con la proliferazione continua di condotte nuove, nella società liberale – ed infatti lo stesso Hayek ammette che una regola tralatizia può risultare inadeguata rispetto alle nuove aspettative.

Mi pare poi poco credibile che il giudice, quando enuncia una regola, sia in grado di apprezzare le conseguenze negative che deriverebbero dall'adozione di una regola diversa (pur trattandosi di una regola che, una volta in vigore, sarebbe largamente accettata).

Intanto, altrove Hayek esclude che il giudice debba occuparsi delle conseguenze delle proprie decisioni; e poi è impossibile, per il giudice, individuare quelle conseguenze. Il suo, cioè, è necessariamente un giudizio *ex ante*: il giudice non afferma certo una determinata regola per evitare determinate, ma future, conseguenze svantaggiose. Al contrario, il giudice risolve la controversia sulla base di quella regola che: 1) pare in armonia con i principi generali (o comunque, nella motivazione della sentenza, il giudice argomenta nel senso che tale contraddizione non sussiste); 2) si adatta ragionevolmente meglio di altre alle circostanze di fatto.

Hayek affronta poi una delle questioni centrali della teoria generale del diritto di ogni epoca: la certezza del diritto.

L'idea di Hayek – la certezza del diritto è maggiormente tutelata nei paesi di *common law* che in quelli di *civil law* – merita di essere brevemente discussa (in tema, richiamo qui le osservazioni svolte anche più sopra).

Due rilievi critici. Da un lato, la certezza del diritto è maggiore perché il giudice è più libero (cioè, non è legato al ragionamento logico-formale, come il suo collega continentale): più libero nel senso che il giudice di *common law* non ha a disposizione regole specifiche come il suo corrispettivo *civilian*, ma principi – espressi o latenti –, che egli, con abilità tecnica (*the art of distinguishing*) manipola per estrarne la regola che più si adatta al caso (e per la quale Hayek ha fiducia, perché in linea di tendenza quello che il riduce ritiene giusto è giusto anche per la gente). Dall'altro, la legge scritta e il criterio di interpretazione letterale (fondamento del positivismo giuridico) impedirebbero al giudice di individuare quella regola di equità, propria del giudice di *common law*, che meglio di ogni altra si adatta al fatto sottoposto alla sua cognizione. La conclusione, mi pare paradossale, è che la certezza del diritto è maggiore in un ordinamento (quello di *common law*) che Hayek afferma sorreggersi, almeno con riguardo ai rapporti tra privati, sul principio di equità (*equal justice*) – nozione invero tra le più incerte (il presupposto del complessivo ragionamento di Hayek è che la *common law* si fonda su una nozione unitaria di equità, cui il giudice si uniformerebbe; tuttavia, ciò mi pare in contrasto con l'assunto che l'ordine liberale richiede una continua evoluzione giuridica proprio perché è un ordine dinamico). È per questa ragione che il richiamo del sentimento generale di giustizia (clausola di chiusura dell'ordine liberale di azioni) non risolve il problema, posto che anche il sentimento generale di giustizia non è un concetto immutabile.

### 13. Il giudice di fronte all'ordine spontaneo

«[I]l giudice cerca di mantenere e rafforzare un ordine complessivo funzionante che nessuno ha deliberatamente progettato, un ordine che si è formato da sé, indipendentemente dalla conoscenza, e spesso contro la volontà stessa, dell'autorità; un ordine che estende il controllo individuale dei fatti al di là del campo dell'organizzazione deliberata, e che non si basa sul fatto che gli individui obbediscono ad una certa volontà, ma sul fatto che le loro aspettative si adattano vicendevolmente. La ragione che per cui si chiede al giudice di intervenire può essere il fatto che le regole che assicurano tale incontro delle aspettative non vengono sempre osservate, oppure può risiedere nel fatto che esse non sono abbastanza chiare o adeguate a prevenire il sorgere di conflitti anche se le parti le osservano. Poiché nascono continuamente nuove situazioni in cui le regole consolidate non si dimostrano adeguate, gli sforzi per prevenire conflitti e per aumentare la mutua compatibilità delle azioni, delimitando appropriatamente il campo delle azioni permesse, sono di necessità perenni e continui, e richiedono non solo l'applicazione delle regole già stabilite, ma anche la formulazione di nuove regole necessarie per il mantenimento dell'ordine di azioni. Nel loro tentativo di affrontare nuovi problemi mediante l'applicazione di «principi» che devono distillare dalla *ratio decidendi* delle decisioni precedenti, così da sviluppare questi abbozzi di regole necessarie (che sono i «principi») in modo che essi producano l'effetto desiderato nelle nuove situazioni, né i giudici, né le parti, hanno bisogno di sapere qualcosa sulla natura dell'ordine complessivo, o di conoscere un qualche «interesse della società» da servire, oltre al fatto che le regole debbono assistere gli individui nei loro tentativi di formarsi con successo aspettative corrette in un ampio campo di circostanze.

Gli sforzi del giudice fanno pertanto parte di quel processo di adattamento della società alle circostanze esterne mediante cui si sviluppa l'ordine spontaneo. Egli aiuta tale processo di selezione approvando quelle regole che, come quelle che hanno funzionato bene in passato, rendono l'incontro delle diverse aspettative più verosimile che non il loro conflitto. Egli diviene così uno strumento di quell'ordine. Persino quando egli, nell'adempimento di questa funzione, crea nuove regole, non diviene il creatore di un nuovo ordine, ma la sua opera resta al servizio del mantenimento e rafforzamento dell'ordine già esistente e funzionante. Ed il risultato dei suoi sforzi sarà un caratteristico esempio di quei «risultati dell'azione umana, ma non della progettazione umana» in cui l'esperienza raggiunta mediante i tentativi di numerose generazioni incorpora più conoscenza di quella che chiunque può cercare di possedere.

Il giudice può sbagliare. Può non riuscire a scoprire che cosa richiede la *ratio* del sistema di norme esistenti. O può farsi fuorviare dalla sua preferenza per un particolare risultato del caso in esame. Ma tutto ciò non muta il fatto che egli ha un problema da risolvere, per il quale, nella maggior parte dei casi, esisterà una sola soluzione giusta, e che questo è un compito nel quale non c'è posto per la sua «volontà», o la sua partecipazione emotiva. Se spesso sarà la sua «intuizione», piuttosto che il suo ragionamento strettamente logico, a guidarlo verso la giusta soluzione, ciò non significa che i fattori decisivi che determinano la decisione siano emotivi e non razionali, non diversamente da ciò che accade allo scienziato il quale pure è di norma guidato dall'intuizione verso l'ipotesi giusta che solo in seguito è in grado di sottoporre a controllo rigoroso. Come la maggior parte degli altri compiti intellettuali, quello del giudice non consiste in una deduzione logica da un numero limitato di premesse, ma consiste piuttosto in un controllo di ipotesi cui si giunge mediante un processo mentale solo in parte cosciente. Ma sebbene egli possa non sapere che cosa l'ha inizialmente condotto a pensare che una certa soluzione era giusta, egli può sostenerla solo se può difenderla razionalmente contro tutte le obiezioni che possono venir sollevate contro di essa.

Il fatto che il giudice debba mantenere e rafforzare l'ordine complessivo delle azioni, e debba prendere i propri parametri di giudizio da quello stesso ordine, non significa che il suo fine sia quello di preservare ogni tipo di *status quo* nelle relazioni tra i soggetti. Al contrario, è una caratteristica peculiare di tale ordine il fatto di poter essere mantenuto solo mediante costanti mutamenti particolari; ed il giudice tratta solo delle relazioni astratte, che devono mantenersi, mentre i particolari concreti cambiano. Un tale sistema di relazioni astratte non è un reticolato costante che mette in connessione elementi particolari, ma un sistema il cui contenuto particolare cambia continuamente. Sebbene la conformità allo *status quo* possa valere spesso per il giudice come una presunzione di ragione, il suo compito è sia di aiutare il cambiamento, sia di preservare la situazione preesistente. Egli ha a che fare con un ordine dinamico che verrà mantenuto solo mediante continui mutamenti nelle situazioni dei soggetti.

Tuttavia, sebbene compito del giudice non sia quello di sostenere un certo *status quo*, è suo compito quello di sostenere i principi su cui si fonda l'ordine esistente. In effetti il senso del suo compito si può ritrovare solo all'interno di un ordine spontaneo o astratto di azioni, del tipo dell'ordine prodotto dal mercato. Egli deve allora essere conservatore solo nel senso di non servire alcun ordine che non sia determinato dalle regole di condotta individuale ma dagli scopi particolari della autorità. Un giudice non può interessarsi dei bisogni di persone o gruppi particolari, o della «ragion di stato», o della «volontà del governo», o di alcun scopo particolare al cui servizio qualcuno possa aspettarsi che si trovi l'ordine delle azioni. Non vi è invece posto per il ruolo del giudice all'interno di un'organizzazione, in cui le azioni individuali devono essere giudicate in base alla loro utilità per il raggiungimento dello scopo particolare cui essa tende. [...]

La difficoltà che molti trovano nel concepire che il giudice sia al servizio di un ordine astratto, già esistente ma sempre imperfetto, il quale non tende a servire degli interessi particolari, si risolve quando si ricordi che sono le caratteristiche astratte di quest'ordine a poter servire da fondamento per le decisioni individuali da prendersi in condizioni future imprevedibili, e che, pertanto, solo esse possono dar luogo ad un ordine durevole. Per questa stessa ragione esse sole possono costruire il vero interesse *comune* dei membri di un Grande società, i quali non perseguono alcun particolare scopo comune, ma solo desiderano disporre di mezzi appropriati per perseguire i propri rispettivi scopi individuali. Per tanto, ciò cui è interessato il giudice nel creare il diritto, consiste solo nel rafforzamento di tali caratteristiche ultime e astratte di un ordine di azioni che gli è dato, e che si mantiene mediante mutamenti nelle relazioni tra i suoi elementi particolari, mentre certe relazioni che scorrono tra queste stesse relazioni (o relazioni di un rango ancora più elevato) rimangono costanti. In questo contesto, «astratto» e «ultimo» significano, più o meno, la stessa cosa, poiché, in base al punto di vista di lungo periodo che il giudice deve adottare, egli può prendere in considerazione solo l'effetto che le regole da lui stabilite avranno in un numero sconosciuto di casi futuri”

(Hayek, *Legge, legislazione e libertà*, 148-152).

Qui Hayek riprende e ribadisce convinzioni già espresse altrove, e che ho commentato più sopra.

Il punto centrale è questo: il giudice è in grado di individuare regole a tutela delle aspettative legittime; rimane però dubbio come possa il giudice decidere circa la legittimità (fondatezza) di tali aspettative; spesso il riferimento è al senso comune di giustizia (che però non può essere inteso astoricamente): in tal modo, Hayek nega che il giudice crei un nuovo ordine, perché anche le regole nuove sono implicite nell'ordine esistente.

Ancora, enfatizzando il carattere inconsapevole del decidere (affidandosi il giudice al generale senso di giustizia), Hayek enfatizza altresì il carattere razionale della decisione: il giudice intuisce la regola giusta, non ne è consapevole; tuttavia, la razionalità del giudice entra in gioco con riguardo all'argomentazione. Egli rende tecnicamente credibile una decisione intellettualmente e culturalmente inconsapevole<sup>21</sup>.

Questa ricostruzione del giudizio, ed in particolare del procedimento interpretativo, che oggi non sorprende, enfatizzando il momento tecnico e lasciando in ombra il riferimento ai valori fondamentali dell'ordinamento (a parte il troppo generico richiamo al sentimento generale di giustizia), rischia di giustificare ogni esito decisorio, valutato su un piano meramente tecnico.

Hayek riprende infine il tema del potenziale conservatorismo del giudice: egli non deve conservare un determinato *status quo*, ma deve tutelare i principi generali sui quali l'ordine esistente è fondato. Affermazione problematica, come già emerso, anche perché, secondo Hayek, il giudice deve essere conservatore dell'ordine determinato dalle regole di condotta individuali. Regole di condotta, però, che possono trovarsi in reciproco conflitto – ipotesi che Hayek certamente ammette, altrimenti concluderebbe nel senso che il giudice deve limitarsi a recepire la prassi; così non è, però, dovendo egli individuare, a partire dai principi dell'ordine liberale, quelle specifiche regole che riconoscono come fondate (alcune del)le nuove aspettative, sorte in relazione alle nuove condotte.

Quindi, scopo (o interesse) individuale e regola di condotta non sono da intendersi come l'uno il presupposto dell'altra: non è vero che ogni scopo individuale merita tutela, perché è la regola di condotta dedotta dal giudice a partire dal principio generale che tutela l'interesse individuale, espresso da una certa condotta.

#### 14. *Giudice e diritto nel pensiero di Leoni, ovvero: la fiducia nel giudice e la sfiducia nel legislatore.*

Bruno Leoni non ci ha lasciato una teoria, se non generale, quanto meno organica<sup>22</sup>, circa il ruolo ed i poteri del giudice in una società liberale. Tuttavia, in molte parti della sua opera, è possibile reperire tracce significative per tentare di ricondurre ad unità i singoli frammenti di pensiero leoniano. In questo affascinante procedimento di ricostruzione intellettuale, oggi ancora agli inizi<sup>23</sup>, particolare attenzione deve essere rivolta al famoso libro del 1961, *Freedom and the Law*, che in Italia solo da pochi anni è oggetto di seria attenzione.

In via di schematica premessa, può dirsi che Leoni diffida del legislatore ma ha fiducia nel giudice, e non è preoccupato da quella letteratura giusrealista che enfatizza l'elemento arbitrario insito nel giudizio. Con una formula di comodo ma non infedele, si potrebbe dire che Leoni ha fiducia nel giudice perché Leoni non crede alle «sentenze incredibili»; e questa convinzione, ci pare, nasce in Leoni non perché egli sia un ingenuo positivista devoto, se non al legislatore, al precedente giudiziale, ma perché egli

<sup>21</sup> Su alcuni aspetti problematici del razionalismo costruttivista non risolti da Hayek, v. ancora G. Rampa, *Trovare in ordine ecc.*, spec. 125-126.

<sup>22</sup> *Pour cause*, probabilmente: «Era sempre pregno di nuovi progetti, e la loro gestazione era rapida: se non si realizzavano immediatamente (ma per lo più si realizzavano) li dimenticava. I suoi scritti non facevano eccezione: dovevano nascere con rapidità, di getto». Così appare Leoni, nel vivace ricordo di S. Ricossa, *Prefazione* a B. Leoni, *La sovranità del consumatore*, 12.

<sup>23</sup> Al momento, il lavoro di maggior respiro, in lingua italiana, è quello di A. Masala, *Il liberalismo di Bruno Leoni*.

ritiene che, per quanto arbitrio giudiziale possa esistere, esso non potrà mai connotarsi come carattere proprio, cioè fisiologico, di un ordinamento giuridico: il giudice sa che ci sono limiti, nell'argomentazione, il cui superamento è considerato – da tutti, e quindi anche dal giudice –, prima che ingiusto ed irragionevole, statisticamente improbabile<sup>24</sup>:

“[I]l 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. Di frequente il giudice si forma un'idea propria della ragione o del torto delle parti, e poi utilizza la legge per poter dar forma a queste idee in una sentenza. Tuttavia sarebbe un grave fraintendimento del processo mentale del giudice pensare che il giudice invochi la legge solo per sostenere una sua convinzione. Ci può essere un certo processo di aggiustamento delle deduzioni nella sentenza, ci può essere indubbiamente un processo di apologetica per cui si pensa di avere la verità e si aggiustano i ragionamenti per poterla presentare. Il processo di aggiustamento delle circostanze alla tesi sostenuta dal giudice è in un certo senso inevitabile. Ma ciò non equivale certo a dire che il giudice faccia quello che vuole e che in realtà la sentenza non sia mai il frutto di una deduzione.

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]l processo del giudice è sempre un processo di deduzione, anche nel senso logico e non è solo la creazione *ex novo* di una norma”

(Leoni, *Lezioni di filosofia del diritto*, 242-244)<sup>25</sup>.

Ben diversa è l'idea di Leoni sul ruolo del legislatore e sull'efficacia della legislazione. In sostanza, la (gran parte della) legislazione non si sottrae ad una micidiale contraddizione: se da un lato essa è volta a porre regole generali ed astratte, le quali regolino *n* casi concreti futuri, dall'altro essa è il frutto di specifiche e particolari

<sup>24</sup> B. Leoni, *Lezioni di filosofia del diritto*, 73 s.: «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»; e 76: «La *pretesa illegittima* diviene la *pretesa avente a oggetto un comportamento che è considerato meno probabile*, mentre la *pretesa legittima* diviene la *pretesa relativa a un comportamento considerato più probabile in un certo ambito*»; e v. l'intero cap. 2; cfr. anche 236-238, sulla differenza tra i concetti di «generalizzazione» e di «assolutezza» e sulle implicazioni che essi involgono, e quanto scrive, in prospettiva più ampia, Carlo Lottieri nella sua *Prefazione alle Lezioni cit.*, 25-40.

<sup>25</sup> Queste *Lezioni*, è giusto rilevarlo, nonostante un periodare che a volte non è stilisticamente impeccabile – caratteristica invero costante degli scritti di Leoni –, dal punto di vista contenutistico sono eccellenti, e rappresentano anche un esempio di seria interdisciplinarietà.

esigenze che solitamente contrastano con l'iniziativa individuale (in questo senso, Leoni concorda con Hayek nel considerare con favore le sole norme di azione, non quelle di organizzazione: un problema specifico è dato da quelle norme di azione che in realtà, a causa del loro contenuto limitativo dell'iniziativa privata, risultano, se pure cripticamente, norme di organizzazione).

“Oggi la legislazione sembra un rimedio veloce, razionale e di ampia portata contro ogni genere di male e di inconvenienti, se paragonato, ad esempio, alle decisioni giudiziarie, alla soluzione di arbitri privati, alle convenzioni, ai costumi e ad altri tipi di sistemazioni spontanee da parte degli individui. Un fatto che non viene notato quasi mai è che il rimedio della legislazione può essere troppo veloce per essere efficace, troppo imprevedibilmente ampio per essere del tutto benefico, e connesso troppo direttamente con le opinioni e gli interessi contingenti di un manipolo di persone – i legislatori, chiunque essi siano – per essere un rimedio per tutti gli interessati. Anche quando si nota tutto questo, la critica è di solito diretta contro leggi particolari, piuttosto che in qualcosa di completamente diverso dalla legislazione”

(Leoni, *La libertà e la legge*, 7).

“La nostra nozione attuale di diritto è senza dubbio influenzata dalla troppa importanza che attribuiamo alla funzione della legislazione, cioè alla *volontà di altri* – chiunque essi siano – *riguardo al nostro comportamento quotidiano*. [...] Noi siamo veramente lontani dal realizzare con la legislazione la certezza ideale del diritto, nel senso pratico che questo ideale dovrebbe avere per chi fa progetti per il futuro e deve sapere, perciò, quali saranno le conseguenze giuridiche delle sue decisioni. Mentre la legislazione è quasi sempre *certa*, cioè precisa e riconoscibile, finché è “in vigore”, non si può mai essere certi che la legislazione in vigore oggi sarà in vigore domani. L'ordinamento giuridico incentrato sulla legislazione, comportando la possibilità che altri – i legislatori – interferiscano ogni giorno con le nostre azioni, implica anche la eventualità che essi cambino ogni giorno il loro modo di interferire”

(Leoni, *La libertà e la legge*, 11).

Di fronte alla irrazionalità legislativa, l'individuo trova una garanzia di certezza nell'operato del giudice, il quale – e questo è un punto che avrebbe meritato ulteriori approfondimenti – tutela le aspettative dei singoli richiamandosi, in sostanza, al diritto consuetudinario, oppure alla prassi giudiziale.

“Per fortuna non serve rifugiarsi in Utopia per trovare ordinamenti giuridici diversi da quelli attuali. Sia la storia romana sia quella inglese ci danno, per esempio, una lezione del tutto differente da quella dei sostenitori dell'inflazione legislativa. [...]

I Romani e gli Inglesi condividevano l'idea che il diritto è qualcosa da *scoprire* piuttosto che da *decretare* e che nessuno è così potente nella società da essere in posizione di identificare la sua propria volontà con la legge del paese. [...]

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 *sovertirlo* [...]

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*”

(Leoni, *La libertà e la legge*, 13, 158).

E ancora:

“Gli usi, le norme tacite, le convenzioni, i criteri generali applicati alla soluzione di problemi giuridici particolari anche in rapporto con la possibilità di mutamenti nelle opinioni e nel loro *background* – tutto ciò è ancora da scoprire. Si può ben dire che si tratta innegabilmente di un processo difficile, talvolta doloroso, e molto spesso lungo. Lo è sempre stato. 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 giudici. La stessa natura della loro attività e la estensione della loro iniziativa personale nel reperimento di soluzioni giuridiche sono ancora una questione aperta. 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* sembra essere, nella società contemporanea, priva di una effettiva sanzione quanto quella dei legislatori, per quanto riguarda l’interpretazione della volontà del popolo.

Tuttavia, 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, o altri in posizioni simili, 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, solo occasionalmente per i terzi, e praticamente mai per persone che non hanno nessun rapporto con le parti interessate. 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.

Tutto ciò significa che gli autori di queste decisioni non hanno nessun potere reale sugli altri cittadini oltre quello che i cittadini stessi sono disposti a dar loro quando richiedono una decisione in una vertenza particolare.

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”

(Leoni, *La libertà e la legge*, 24-25, 27).

La collaborazione, realizzata nel processo, tra parti e giudice richiama a Leoni l’idea dello scambio di mercato, almeno entro certi limiti: il punto di incontro tra pretese diverse può derivare da un contratto o da un accordo transattivo che ponga fine ad una lite (aspetto fisiologico, fondato sul mutuo consenso), ma può anche essere imposto alle parti dal giudice o dall’arbitro (aspetto patologico, fondato su di una volontà esterna che compone, autoritativamente, un contrasto).

“I think that my book [*La libertà e la legge*] is in a sense complementary to yours [ideas; originate in Hayek dalla lettura del libro di Leoni], 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 *honoratores* (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% of the “living law” is based on rules more or less spontaneously found out by the people. The *honoratores* [...] 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 *honoratores* 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 datata 7 aprile 1962, inedita ma riprodotta in appendice a A. Masala, *Il liberalismo di Bruno Leoni*, 242).

La questione, decisiva nell'impostazione leoniana, della collaborazione tra parti e giudici è enfatizzata nel brano seguente:

“[V]’è una ragione per cui si dovrebbe aver fiducia nei giudici, specialmente se colti ed esperti della propria professione, in quanto interpreti di ciò che possono sentire e volere gli individui concreti appartenenti alla loro società [...], quanto meno sotto molti importanti punti di vista. Un fatto che sembra sfuggire agli osservatori, quando questi non abbiano familiarità con la professione legale, è che in definitiva i giudici e gli avvocati in realtà non cercano mai tanto di interpretare i testi di legge quanto i convincimenti giuridici degli individui in gioco. Essi lo fanno mentre pretendono di interpretare semplicemente i testi giuridici e talvolta addirittura pensando di far così. Ma, ancora una volta, se vogliamo avere una comprensione effettiva del loro operare, le loro personali teorie circa il loro operato non sono così importanti come il loro effettivo operare. Ciò che i giudici hanno sempre in mente – anche quando non ne sono forse completamente consapevoli – non è la mera volontà di chi fece una legge, ma la volontà di chi accetterà quella legge come sua propria. Le ricerche storiche e psicologiche circa il significato attribuito dai legislatori alle parole di una legge hanno sempre avuto un relativamente scarso interesse per gli interpreti del diritto, semplicemente perché ciò che essi vogliono interpretare è l’effettivo atteggiamento di quegli individui *concreti* che si apprestano a recepire quella legge nei loro stessi tempi. [...] I giudici della *common law* in Inghilterra e negli Stati Uniti, anche quando non si trovavano vincolati al preciso testo di una norma giuridica, si sono comportati e si comportano in modo affatto simile a quello degli “interpreti” di un diritto scritto. [...]

Nonostante qualsiasi contrario avviso di osservatori superficiali, il giudice non è solo nella sua “interpretazione”. Egli è aiutato dalle 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 [sic] e in cui sono *realmente* impegnati [sic]. Ciascuno di loro [sic] è un individuo e il modo in cui quegli individui cooperano (anche se litigano e si azzuffano) tra di loro ed insieme con il giudice al fine di spianare la strada

all'“interpretazione” del diritto, 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. Ciascuna parte può competere di fronte al giudice con quant'altre parti si possano immaginare, senza essere per questo necessariamente costretta a soccombere, laddove sulla scena politica, vigente il principio maggioritario, le minoranze sono inesorabilmente *condannate a soccombere*.

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. Ma e nelle corti e sul mercato gli individui sono uguali nella misura in cui la loro volontà non è mai ignorata né sopraffatta (almeno per principio) anche se capitasse loro di non essere così numerosi come i loro avversari.

Così, è probabile che i giudici siano, in linea di principio, molto più qualificati dei “rappresentanti del popolo” a interpretare la volontà del popolo reale, per quanto, evidentemente, l'ambito della loro interpretazione sia inevitabilmente limitato alla loro personale esperienza di persone reali, e alla loro conoscenza dell'esperienza degli altri giudici”

(Leoni, *Una teoria “neo-jeffersoniana”*, 87-90).

E ritorna l'analogia processo-mercato:

“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 dissenzienti cedono il passo alle maggioranze trionfanti; né si può dire che tutte le parti interessate in casi più o meno simili decisi in tempi diversi e da giudici diversi costituiscano un gruppo in cui le maggioranze prevalgono e le minoranze devono cedere. 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 la possibilità fondamentale di un equilibrio in un senso molto simile a quello del mercato, e in particolare di un 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.

A questo riguardo, la 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 o accettare la decisione finale. D'altra parte, l'impegno delle parti davanti a un giudice ha dei limiti molto definiti, non solo per quanto riguarda la decisione finale, ma anche con riferimento al processo con il quale la si raggiunge. Nonostante tutte le formalità e le regole artificiali 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”

(Leoni, *La libertà e la legge*, 208).

Il rischio che il giudice si comporti come un legislatore, e faccia così uso della propria autorità statale per imporre una regola non tanto nuova quanto inattesa, invece di andare alla ricerca della regola che la collettività avrebbe avvertito come probabile, e quindi maggiormente desiderabile, è considerato da Leoni, il quale propone alcuni correttivi:

“D'altra parte, non si può negare che il diritto dei giuristi o quello giudiziario può tendere ad acquisire le caratteristiche della legislazione – comprese quelle indesiderabili – qualora i giuristi e i giudici abbiano facoltà di decidere una vertenza in modo definitivo. [...] Oggi, il meccanismo del potere giudiziario, in paesi ove esiste l'istituto delle corti supreme, ha come esito l'imposizione dei pareri personali dei membri di quelle corti, o della maggioranza di essi, su tutti gli altri, qualora ci sia un ampio disaccordo fra le opinioni dei primi e quelle dei secondi. [...] Ma questa deviazione può essere evitata ed è perciò un ostacolo non insormontabile allo svolgimento soddisfacente della funzione giudiziaria di determinare qual è la volontà della gente. Dopo tutto, si possono ben applicare controllo e contrappesi entro la sfera assegnata all'esercizio della funzione giudiziaria, cioè ai suoi gradi superiori, proprio come vengono applicati fra le varie funzioni e poteri delle nostre società politiche. [...]

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

Per fortuna, le corti supreme non sono nella medesima situazione dei legislatori. 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 conseguire 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, «fare nuovo diritto in un senso del tutto precluso ai giudici» [C.K. Allen, *Law in the Making*, 5a ed., Oxford, 1951, 288].

Se la posizione di una corte suprema come quella britannica – che è vincolata dai propri precedenti [Leoni scriveva precedentemente al 1962, data del citato *Practice Statement*] – sembra inadeguata per affrontare i mutamenti e le nuove esigenze, e se si assume, al contrario, che a una corte suprema deve essere permesso rovesciare i propri precedenti o cambiare la propria interpretazione del diritto scritto, cioè della costituzione scritta – com'è per la Corte Suprema degli Stati Uniti – si dovranno introdurre strumenti particolari per limitare il potere delle corti supreme riguardo al carattere vincolante delle loro decisioni. Per esempio, può essere richiesta l'unanimità

per le decisioni che rovesciano precedenti stabiliti da lungo tempo, o per cambiare sostanzialmente l'interpretazione della costituzione”

(Leoni, *La libertà e la legge*, 28, 203-206).

### 15. Leoni e la fiducia nel giudice.

Tre sono i temi di cui si occupa Leoni nei brani qui sopra riportati: la legislazione; l'analogia tra processo e mercato; il ruolo del giudice.

Quanto al primo, è ormai notissimo il giudizio profondamente critico dello studioso. In sintesi (è questione che esula dai limiti di queste pagine), il diritto legislativo – cioè il diritto decretato da un'assemblea di rappresentanti del popolo – stabilito su base maggioritaria, prevarica l'individuo: in primo luogo, posto che esisteranno sempre minoranze, la deliberazione a maggioranza è naturalmente discriminatoria di una parte dei membri della comunità; inoltre, una legislazione su base maggioritaria può subire facilmente le pressioni dei c.d. gruppi di potere. Da qui il rischio che le maggioranze parlamentari deludano aspettative che, fino a quel momento, erano ritenute legittime e, al contrario, creino nuove aspettative per favorire un determinato gruppo di potere.

Il potere legislativo statale è avvertito da Leoni e da Hayek come la vera minaccia alla libertà individuale: il legislatore, occupandosi sempre più intensamente di ogni ambito dell'azione umana ed aumentandone i limiti entro ciascun ambito, impedisce la libera iniziativa dell'individuo volta alla realizzazione del proprio interesse – nel rispetto di quelle regole generali di condotta (descritte analiticamente da Hayek) a tutela dei diritti fondamentali di ognuno (vita, libertà, proprietà).

Quanto al secondo tema, molto interessante mi pare l'accostamento proposto da Leoni tra il meccanismo del processo giudiziario ed il meccanismo del mercato. In breve, il ragionamento è il seguente: come, nel libero mercato, il contratto si conclude con l'accordo delle parti – e c'è accordo quando c'è intesa sul prezzo –, così, nel processo, le parti si accordano per delegare ad un terzo (giudice od arbitro) la risoluzione della controversia, cioè la determinazione della regola applicabile alla controversia – in altre parole, la regola (legislativa o giurisprudenziale) enunciata dal giudice nel processo, la quale pone fine alla controversia stabilendo quale è la pretesa fondata tra quelle in lite, sta al prezzo dello scambio di mercato, perché l'accordo sul prezzo pone fine alla trattativa, fissando le condizioni dello scambio. La differenza, invero, è significativa: nella contrattazione di mercato le parti non delegano ad alcuno la determinazione del prezzo; nel processo, invece, le parti in lite rimettono ad un terzo l'individuazione della regola; poiché Leoni sostiene un parallelismo tra regola (diritto) e prezzo di mercato, si può dire che il processo è, con linguaggio civilistico, una sorta di contratto imposto, dove il giudice fissa autoritativamente le condizioni dello scambio (cioè le condizioni alle quali la lite sarà risolta). È quindi chiaro, come del resto lo stesso Leoni sottolinea, che il processo è un meccanismo residuale per la determinazione dei termini dello scambio; nella normalità dei casi, le parti non hanno necessità di rivolgersi ad un'autorità esterna, perché raggiungono spontaneamente un accordo sul fondamento giuridico delle loro aspettative (ciò significa che le parti sono in accordo circa il significato delle regole di condotta, e sono quindi in accordo sulla c.d. *adjudication* delle aspettative).

Così tratteggiata la funzione del giudice, l'attenzione di Leoni si concentra sui poteri del giudice: quest'ultimo non può comportarsi come se fosse un legislatore, e quindi imporre alle parti una regola arbitraria – da intendersi come regola irragionevole

rispetto al conflitto da comporre. Al fondo di tale assunto, c'è l'idea che il giudice è il soggetto deputato a risolvere una controversia nell'interesse delle parti: la decisione, infatti, pone fine ad una disputa circa la legittimità giuridica di aspettative e pretese tra loro in conflitto. In questa prospettiva, ben si spiega quanto Leoni scrive a proposito della spontanea collaborazione tra parti e giudice nella ricerca della soluzione della controversia: parti e giudice collaborano nell'individuazione della regola del caso, cioè nella interpretazione del diritto (uso il termine diritto, e non legge, riferendomi così tanto alle regole giurisprudenziali quanto a quelle legislative). Ciascuna parte presenterà al giudice argomentazioni a favore della propria pretesa, ed il giudice dovrà decidere, appunto, quale delle due pretese sia fondata; ogni decisione giudiziale si basa sui fatti di causa, di modo che la regola enunciata non abbia quelle caratteristiche della generalità ed astrattezza della legge parlamentare, ma, al contrario, si connota come regola concreta, cioè attenta e rispettosa dei fatti (attenzione e rispetto che danno ragione della fiducia riposta dalle parti nel giudice: poiché infatti, secondo Leoni, ogni pretesa «è implicita una previsione relativa al comportamento più probabile di una o più persone [...]»<sup>26</sup>, ne consegue che, quanto maggiore sarà l'attenzione del giudice ai fatti di causa, tanto maggiore sarà la probabilità che la regola enunciata risulti accettabile da entrambe le parti, anche da quella soccombente).

Caratterizzato in questi termini il ruolo del giudice, non è difficile condividere quanto Leoni scrive circa l'analogia del procedimento interpretativo giudiziale, in *common law* come in *civil law*. La peculiarità che nell'un sistema giuridico il giudice si trovi ad operare con regole e principi non formalizzati, i quali egli deve inferire dai precedenti, e che nell'altro, invece, il giudice abbia di fronte a sé un testo di legge, non toglie che entrambi i giudici dovranno ricercare una regola ragionevolmente coerente con la situazione di fatto. (È opportuno qui chiarire che, nella teoria di Leoni, il collegamento tra fatto e diritto sta in questo: se la pretesa fatta valere in giudizio da una parte è riconosciuta fondata dal giudice, allora il fatto – la condotta, l'azione – che sostanzia la pretesa, contribuisce alla individuazione della regola giuridica più opportuna.)<sup>27</sup>

Vale la pena di sottolineare che questa idea della centralità del fatto è vicina – anche se, come ovvio, animata da opposte intenzioni – alle elaborazioni dei teorici dell'uso alternativo del diritto:

“La giurisprudenza alternativa risulta da un capovolgimento del rapporto tra norma e fatto istituito per via di sussunzione. Non è più la norma che è assunta quale dato naturale di cui è scontata, secondo le soluzioni giurisprudenziali canonizzate dalla tradizione, la capacità rappresentativa del fatto, ma è il fatto ad essere assunto a oggetto primario e privilegiato di conoscenza, non più in segmenti frazionati e avulsi dal contesto come il formalismo postula e impone attraverso il filtro della rilevanza giuridica, bensì nella totalità dei suoi nessi e delle sue complesse e singolari determinazioni economico-materiali. In forza di questo capovolgimento il giudizio non consisterà più nell'estrarre dal fatto gli elementi «giuridicamente rilevanti» rispetto alle norme da applicare dommaticamente assunte a schemi rigorosi e coerenti d'interpretazione del mondo, bensì, al contrario, nell'estrarre dalle norme, con procedimento inteso a riconoscere e a risolvere di volta in volta sulla base del caso

<sup>26</sup> B. Leoni, *Obbligo e pretesa nella dogmatica giuridica ecc.*, 559.

<sup>27</sup> B. Leoni, *Il diritto come pretesa individuale*, 132: «Alla fine, il processo giuridico risale sempre alla pretesa individuale. Gli individui creano il diritto, nella misura in cui avanzano pretese che hanno successo. Essi non si limitano soltanto a formulare previsioni e predizioni, ma cercano di far sì che queste predizioni abbiano successo intervenendo direttamente nel processo».

concreto le innumerevoli ambiguità e contraddizioni, i criteri di valutazione e di giudizio «fattualmente rilevanti», cioè volta a volta più adeguati al fatto considerato e appreso nella sua concreta interezza: sicché non sia il fatto a piegarsi alla norma ma la norma al fatto, non sia la realtà ad adattarsi al diritto ma sia il diritto ad adeguarsi alla realtà, e non sia il contenuto ad essere modellato sulla forma ma sia la forma a modellarsi sul contenuto”

(L. Ferrajoli, *Magistratura democratica e l'esercizio alternativo della funzione giudiziaria*, 117-118).

Se, come detto, l'ispirazione politica alla base di queste parole è opposta a quella di Leoni, tuttavia, la proposta tecnica è coincidente: abbandonare un'interpretazione formalistica della regola giuridica e muovere dal fatto per verificare la possibilità di tutela giuridica dell'interesse che quel fatto esprime. In questo senso, è chiarissimo il pensiero di Leoni, quando scrive che compito del giudice è capire come le parti hanno inteso la legge (in altre parole, il giudice deve cercare di comprendere qual era l'aspettativa delle parti quando hanno attuato quella condotta ora oggetto di giudizio; e l'attività forense ha proprio lo scopo di chiarire al giudice le ragioni di quella condotta, sicché egli possa decidere nel modo meno inaspettato possibile<sup>28</sup>); è un'ottica per cui il giudice, nel momento interpretativo, non assume tanto la veste autoritativa ed astatica di bocca della legge, quanto quella di colto e saggio<sup>29</sup> giurista pratico, il quale collabora con le parti affinché la regola di decisione sia la più adeguata possibile agli interessi in gioco.

La preoccupazione di Leoni affinché la regola enunciata dal giudice sia rispettosa del fatto, e quindi sia coerente con le legittime aspettative (extraprocessuali ed endoprocessuali) delle parti (anche, e non è un paradosso, di quella che avrà torto), introduce il tema dei limiti del potere delle corti di ultima istanza: il rischio è che questi organi giudiziari, ai quali in generale spetta il compito di assicurare l'uniformità dell'interpretazione del diritto, in quanto giudici collegiali, tendano a comportarsi come legislatori, indifferenti al caso specifico ma rispettosi unicamente della regola di decisione a maggioranza. (Si tratta di una questione a tutt'oggi dibattuta: si pensi alla discussione circa l'opportunità delle decisioni adottate a maggioranza dalla Corte Suprema nordamericana in tema di interpretazione della Costituzione, in relazione al rispetto dovuto alla volontà popolare, espressa dai legislatori statali)<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> Come noto, Bruno Leoni esercitava l'avvocatura; per un suo giudizio circa l'importanza dell'attività pratica, v. ancora il suo *Obbligo e pretesa nella dogmatica ecc.*, 545-546, ove il riferimento alle «utili ed anzi preziose attività pratiche quali sono quelle degli avvocati, dei giudici, o delle stesse cosiddette “parti”, quando esse debbono colloquiare tra loro e con gli avvocati ed i giudici per certi loro interessi e fini (ad esempio farsi dare ragione in un giudizio»; ivi, anche un cenno all'«attività dei professori di diritto, e in genere di coloro il cui discorso tende, direttamente o indirettamente, al fine pratico di giovare ad avvocati, giudici, e “parti” nel raggiungimento dei fini di cui sopra: quel fine pratico che, come diceva Windscheid (con parole altrettanto sagge quanto spesso obliate) costituisce appunto l'onore dell'attività del giurista».

<sup>29</sup> Sulla saggezza come contrapposta alla razionalità, v. ancora G. Rampa, *Trovare in ordine ecc.*, 108.

<sup>30</sup> Sul punto, mi permetto di rinviare al mio *Pena di morte e ritardo mentale di fronte alla Corte Suprema degli USA*, in Ant. D'Angelo (a cura di), *Good morning America*, Milano, 2003, 289, spec. 300. Il giudice della Corte Suprema Antonin Scalia, in una *dissenting opinion* pungente, denuncia che, secondo la Corte Suprema, interpretare la Costituzione non vuol dire nient'altro se non decidere a maggioranza, cioè ignorare il *national consensus*: la decisione a maggioranza impone alla società americana ciò che un frammento insignificante della stessa società (cioè, i giudici della Corte Suprema) ritiene giusto secondo il proprio personale (arbitrario) giudizio. Leoni, soffermandosi sul rischio di

Leoni si limita ad accennare possibili rimedi, tra cui quello di limitare al massimo il ricorso al *revirement* da parte delle magistrature superiori. Ciò che però emerge (ma la questione non è, purtroppo, espressamente trattata), e che qui sottolineo in chiusura, è la profonda fiducia che egli nutre nei confronti del giudice e del suo naturale atteggiamento di *self restraint*. È una fiducia che Leoni spiega con la considerazione che, di fronte al giudice, non ci sono maggioranze o minoranze ma soltanto individui intellettualmente liberi che, argomentando, difendono propri interessi.

---

un'eccessiva espansione dei poteri discrezionali della Corte Suprema, cita adesivamente l'opinione del giudice Felix Frankfurter: «[L]a protezione ultima deve essere trovata nel popolo stesso» (B. Leoni, *La libertà e la legge*, 205). Per un inquadramento della posizione teorica di Scalia, v. B. Casalini, *Sovranità popolare, governo della legge e governo dei giudici negli Stati Uniti d'America*, 237-240. Più in generale, per alcuni riferimenti storici, v. É. Zoller, *La justice comme contre-pouvoir ecc.*, spec. 562-564; per una recente critica al fenomeno del *judicial activism*, v. R.H. Bork, *Coercing Virtue: The Worldwide Rule of Judges*.

*Bibliografia:*

la presente bibliografia, sovrabbondante e lacunosa al tempo stesso, si limita ad individuare alcuni dei contributi scientifici che sono stati tenuti maggiormente presenti nella preparazione del presente studio.

Non sono qui indicati i lavori citati nelle note al testo in riferimento a specifiche questioni.

- Alpa, G., *L'arte di giudicare*, Roma-Bari, 1996.
- Ascarelli, T., *L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione*, in Id., *Saggi giuridici*, Milano, 1940, 41.
- Ascarelli, T., *Processo e democrazia* (1958), in Id., *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, 17.
- Barberis, M., *Hayek e il diritto: precauzioni per l'uso*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1987, 511.
- Barberis, M., *Il diritto come comportamento. Lezioni di filosofia del diritto*, Torino, Giappichelli, 1988.
- Barberis, M., *Diritto e legislazione. Rileggendo Leoni*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1996, 231.
- Barberis, M., *Introduzione a B. Leoni, Il diritto come pretesa*, IX.
- Barcellona, M., *Interpretazione e legittimazione del diritto*, in *Europa dir. priv.*, 1998, 1097.
- Barcellona, M., *La scienza giuridica italiana e il marxismo (prima e dopo l'«uso alternativo del diritto»)*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, 715.
- Barcellona, P. (a cura di), *L'uso alternativo del diritto*, Roma-Bari, 1973 (2 voll.).
- Belvedere, A., *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, in *Pol. dir.*, 1988, 631.
- Betti, E., *Ragione e azione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1932, 205.
- Betti, E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, a cura di G. Crifò, Milano, 1971 (2a ed. riveduta e ampliata).
- Bigiavi, W., *Appunti sul diritto giudiziario*. Con prefazione di M. Bin, Padova, 1989.
- Bork, R.H., *Coercing Virtue: The Worldwide Rule of Judges*, Washington, D.C., 2003.
- Brunialti, A., *La funzione politica del potere giudiziario*, in *Arch. giur. Filippo Serafini*, V, 1870, 27.
- Bürge, Al., *Le code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2000, 1.
- Calamandrei, P., *Il giudice e lo storico*, estratto dagli *Studi di storia e diritto in onore di Enrico Besta*, vol. II, Città di Castello, 1939.
- Casalini, B., *Sovranità popolare, governo della legge e governo dei giudici negli Stati Uniti d'America*, in Costa, P., e Zolo, D. (a cura di), *Lo Stato di diritto*, 224.
- Chiassoni, P., *La giurisprudenza civile – Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, Milano, 1999.
- Clerico, G., *Principio dello stare decisis ed evoluzione delle norme legali*, in Clerico, G., e Rizzello, S. (a cura di), *Il pensiero di Friedrich August von Hayek*, vol. II, 81.
- Clerico, G., e Rizzello, S., *Il pensiero di Friedrich August von Hayek – Società, Istituzioni e Stato*, Torino, 2000 (2 voll.).

- Cohen-Tanugi, L., *Le droit sans l'Etat. Sur la démocratie en France et en Amérique*. Préface de S. Hoffmann, Paris, 1985.
- Costa, P., e Zolo, D. (a cura di), con la collaborazione di E. Santoro, *Lo Stato di diritto – Storia, teoria, critica*, Milano, 2002.
- Cubeddu, R., *Leo Strauss e la filosofia politica moderna*, Napoli, 1983.
- Cubeddu, R., *Il liberalismo della Scuola austriaca – Menger, Mises, Hayek*, Napoli, 1992.
- Cubeddu, R., *Tra Scuola austriaca e Popper – Sulla filosofia delle scienze sociali*, Napoli, 1996.
- Cubeddu, R., *Von Hayek nella storia del liberalismo*, in Clerico, G. e Rizzello, S. (a cura di), *Il pensiero di Friedrich August von Hayek*, vol. II, 106.
- Cubeddu, R., *Politica e certezza*, Napoli, 2000.
- Cubeddu, R., *Margini del liberalismo*, Soveria Mannelli, 2003.
- David, R. (chief ed.), *The Different Conceptions of Law*, in *Int. Enc. Comp. Law*, vol. II, chpt. 1 [R. David et alii], The Hague-Tübingen, 1975.
- David, R. (chief ed.), *Structure and the Divisions of the Law*, in *Int. Enc. Comp. Law*, vol. II, chpt. 2 [R. David et alii], The Hague-Tübingen, 1974.
- David, R. (chief ed.), *Sources of Law*, in *Int. Enc. Comp. Law*, vol. II, chpt. 3 [R. David], Tübingen-The Hague-Boston-London, 1984.
- Denoza, F., *La struttura dell'interpretazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995, 1.
- Depambour-Taridde, L., *Le juge dans la longue durée*, in *Droits* (34), 2001, 41.
- Derrida, J., *Forza di legge. Il «fondamento mistico dell'autorità»* (trad. it.), a cura di F. Garritano, Torino, 2003.
- Deumier, P., *Le droit spontané*. Préface de J.-M. Jacquet, Paris, 2002.
- di Robilant, E., *Ordini statici e ordini dinamici nella società complessa*, in Clerico, G., e Rizzello S. (a cura di), *Il pensiero di Friedrich August von Hayek*, vol. II, 218.
- di Robilant, E., *La rilevanza degli ordini dinamici nella società complessa*, in *Il coraggio della libertà. Saggi in onore di Sergio Ricossa*, a cura di E. Colombatto e A. Mingardi, Soveria Mannelli, 2002, 217.
- Dogliani, M., *Appunti sul concetto di costituzione in von Hayek*, in Clerico, G., e Rizzello, S. (a cura di), *Il pensiero di Friedrich August von Hayek*, vol. II, 149.
- Feldman, J.-Ph., *Scholies sur l'interprétation du droit selon Hayek*, in *Droits* (33), 2001, 18.
- Ferrajoli, L., *Magistratura democratica e l'esercizio alternativo della funzione giudiziaria*, in Barcellona, P. (a cura di), *L'uso alternativo del diritto, I. Scienza giuridica e analisi marxista*, Roma-Bari, 1973, 103.
- Ferrara, F., *Potere del legislatore e funzione del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 1911, 490.
- Ferri, G.B., *Antiformalismo, democrazia, codice civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1968, I, 347.
- Ferri, G.B., *Filippo Vassalli o il diritto civile come opera d'arte*, Padova, 2002.
- Foner, E., *Storia della libertà americana* (trad. it.). Presentazione di A. Portelli, Roma, 2000.
- Freeden, M., *Ideologie e teoria politica* (trad. it.), Bologna, 2000.
- Friedman, L.M., *Diritto e società – I. Sociologia giuridica*, in *Enc. Scienze Sociali*, vol. 3, Roma, 1993, 119.

- Friedmann, W., *Legal Philosophy and Judicial Lawmaking*, in *Col. Law Rev.* (61), 1961, 821.
- Gambaro A., e Sacco, R., *Sistemi giuridici comparati*, nel *Trattato di diritto comparato* diretto da R. Sacco, Torino, 2000.
- García De Enterría, E., e Menéndez Menéndez, A., *Il diritto, la legge, il giudice* (trad. it.), a cura di L. Corsaro, Milano, 2001.
- Gautier, P.-Y., *L'influence de la doctrine sur la jurisprudence*, in *Rec. Dalloz, Chronique*, 2003, 2839.
- Gény, Fr., *La relativité de la technique juridique*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1935, 787.
- Gliozzi, E., *Postmodernismo giuridico e giuspositivismo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 801.
- Gottfried, P., *Liberalism vs. Democracy*, in *Journal of Lib. Stud.*, 1996, 233.
- Grimm, D., *Diritto e politica*, in *Enc. Scienze Sociali*, vol. 3, Roma, 1993, 113.
- Guarnieri, C., *Magistratura e politica in Italia. Pesi senza contrappesi*, Bologna, 1992.
- Guarnieri, C., *Senza fiducia non c'è giustizia*, <[www.lavoce.info](http://www.lavoce.info)> (consultato in data 29 settembre 2003).
- Gutmann, D., *La fonction sociale de la doctrine juridique*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2002, 455.
- Hayek [von], F.A., *Bruno Leoni lo studioso*, in *Il Politico*, 1969, 26.
- Hayek von, F.A., *Legge, legislazione e libertà* (trad. it.). Introduzione di A.M. Petroni e S. Monti Bragadin, Milano, 2000 (ed. orig. ingl. 1982).
- Hayek [von], F.A., *La società libera* (trad. it.). Introduzione di S. Ricossa, Roma, 1998 (rist. 1999).
- Hayek [von], F.A., *L'abuso della ragione* (trad. it.). Premessa di D. Antiseri, Roma, 1997.
- Heritier, P., *Ordine spontaneo ed evoluzione nel pensiero di Hayek*, Napoli, 1997.
- Holmes, O.W., *Opinioni dissenzienti* (trad. it.), a cura di C. Geraci, Milano, 1975.
- Horwitz, M.J., *La trasformazione del diritto americano – 1870-1960* (trad. it.), Bologna, 2004.
- Irti, N., *et alii, Diritto ed economia. Problemi e orientamenti teorici*, Padova, 1999.
- Irti, N., *Nichilismo e metodo giuridico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, 1159.
- Jhering von, R., *Lo scopo nel diritto* (trad. it.), a cura di M.G. Losano, Torino, 1972.
- Jhering von, R., *La lotta per il diritto e altri saggi* (trad. it.), a cura di R. Racinaro, Milano, 1989.
- Jori, M., *Definizioni giuridiche e pragmatica*, in *Analisi e diritto 1995. Ricerche di giurisprudenza analitica*, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, Torino, 1995, 109.
- Jossa, B., *Sul fondamento della critica di von Hayek all'intervento dello Stato nell'economia*, in Clerico, G., e Rizzello, S. (a cura di), *Il pensiero di Friedrich von Hayek*, vol. II, 28.
- Kelsen, H., *La dottrina pura del diritto* (trad. it.), a cura di M.G. Losano, Torino, 1990.
- Kelsen, H., *Il problema della giustizia* (trad. it.), a cura di M.G. Losano, Torino, 1998.
- Kennedy, D., *La distinzione tra giudice e legislatore*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, 383.
- La Torre, M., *Anarchismo e liberalismo – Individuo e ragione nel pensiero di William Godwin*, in *Riv. int. fil. dir.*, 2002, 209.

- Leoni, B., *Una replica a Carnelutti* (1956), in Id., *La sovranità del consumatore*. Prefazione di S. Ricossa, Roma, 1997, 65.
- Leoni, B., *Diritto e politica* (1961), in Id., *Scritti di scienza politica e teoria del diritto*. Introduzione di M. Stoppino, Milano, 1980, 203.
- Leoni, B., *Obbligo e pretesa nella dogmatica, nella teoria generale e nella filosofia del diritto*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, vol. I, Milano, 1962, 541.
- Leoni, B., *La libertà e la legge* (trad. it.). Introduzione di R. Cubeddu, Macerata, 1995.
- Leoni, B., *Una teoria "neo-jeffersoniana" della funzione del potere giudiziario in una società democratica* (1963; trad. it.), in Id., *Le pretese e i poteri: le radici individuali del diritto e della politica*, a cura di M. Stoppino, Milano, 1997, 73.
- Leoni, B., *Il diritto come pretesa individuale* (trad. it.), *ivi*, 119.
- Leoni, B., *A proposito della teoria del diritto e del positivismo giuridico*, *ivi*, 135.
- Leoni, B., *Lezioni di filosofia del diritto* raccolte da M.L. Bagni. Prefazione di C. Lottieri, Soveria Mannelli, 2003.
- Leoni, B., *Lezioni di dottrina dello Stato*, raccolte da F. Boschis e G. Spagna. Prefazione di R. De Mucci e L. Infantino, Soveria Mannelli, 2004.
- Leoni, B., *Il diritto come pretesa*, a cura di A. Masala. Con *Introduzione* di M. Barberis e *Postfazione* di A. Febbrajo, Macerata, 2004.
- Lipari, N., *Luigi Mengoni ovvero la dogmatica dei valori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, 1063.
- Lipari, N., *Valori costituzionali e procedimento interpretativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 865.
- Lottieri, C., *Prasseologia del giuridico e pretesa individuale. La lezione di Bruno Leoni*, in *Il coraggio della libertà. Saggi in onore di Sergio Ricossa*, a cura di E. Colombatto e A. Mingardi, Soveria Mannelli, 2002, 313.
- Lottieri, C., *Il pensiero libertario contemporaneo. Tesi e controversie sulla filosofia, sul diritto e sul mercato*, Macerata, 2001.
- Lupoi, M., *Pluralità di "rationes decidendi" e precedente giudiziale*, in *Quaderni Foro it.*, 1967, 203.
- Lupoi, M., *Valore dichiarativo della sentenza ed irretroattività del mutamento giurisprudenziale nel diritto statunitense*, in *Quaderni Foro it.*, 1969, 723.
- Machan, T.R. (ed.), *Liberty and Equality*, Stanford, 2002.
- Malarie, Ph., *La pensée juridique du droit civil au XXe siècle*, in *JCP – Sem. jur.*, 1-3 janvier 2001, 9.
- Mannoni, S., *Globalizzazione, diritto, Stato*, in Sbriccoli, M., *et alii*, *Ordo Iuris – Storia e forme dell'esperienza giuridica*, Milano, 2003, 357.
- Masala, A., *Il liberalismo di Bruno Leoni*, Soveria Mannelli, 2003.
- Mattei, U., *Stare decisis nel mondo degli Stati Uniti*, in *Atlante di diritto privato comparato*, a cura di F. Galgano, con l'assistenza di F. Ferrari, Bologna, 1993 (2a ed.), 14.
- Matteucci, N., *L'eredità di von Hayek*, Milano, 1997.
- Mazzone, S., *Stato e anarchia. Il pensiero politico del libertarismo americano: Murray Newton Rothbard*, Milano, 2000.
- Mendelson, W., *Judiciary: Judicial Discretion*, in *Int. Enc. of the Social Sciences*, vol. 8, s. I., 1968, 320.

- Mengoni, L., *Diritto e valori*, Bologna, 1985.
- Menocci, S., *L'antiformalismo di Bruno Leoni nei suoi rapporti con le correnti del realismo giuridico* (working paper 44), Università degli studi di Siena – Dipartimento di Scienze storiche, giuridiche, politiche e sociali, 2003.
- Merryman, J.H., *Lo «stile italiano»: la dottrina* (trad. it.), in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, 1169.
- Merryman, J.H., *Lo «stile italiano»: l'interpretazione* (trad. it.), in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1968, 373.
- Micheli, G.A., *Contributo allo studio della formazione giudiziale del diritto. «Case law» e «stare decisis»*, Pavia, 1938.
- Minda, G., *La teoria postmoderna del diritto*, in *I metodi della giustizia civile*, a cura di M. Bessone, E. Silvestri, M. Taruffo, Padova, 2000, 175.
- Monateri, P.G., *Interpretare la legge (I problemi del civilista e le analisi del diritto comparato)*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, 531.
- Monateri, P.G., *«Correct our watches by the public clocks» (Interpretazione del Diritto e Nihilismo Giuridico)*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, 403.
- Monateri, P.G., *“All this and so much more” (Intento originale, Antagonismo e Non Interpretivismo)*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, 207.
- Moretti, F., *Il precedente giudiziario nel sistema inglese*, in *Atlante di diritto privato comparato*, a cura di F. Galgano, con l'assistenza di F. Ferrari, Bologna, 1993 (2a ed.), 4.
- Murphy, W.F., *Judiciary: Judicial Values*, in *Int. Enc. of the Social Sciences*, vol. 8, s. I, 1968, 315.
- Nader, L., *Diritto e società – 2. Antropologia giuridica*, in *Enc. Scienze Sociali*, vol. 3, Roma, 1993, 133.
- Natoli, U., *Sul ruolo del giurista nel mondo contemporaneo* (1960), in *Diritti fondamentali e categoria generali. Scritti di Ugo Natoli*, Milano, 1993, 17.
- Nicosia, F.M., *«Giusnaturalisti» e «utilitaristi» nel Libertarianism contemporaneo: un contrasto insolubile?*, in *Mat. st. cult. giur.*, 1997, 191.
- Nicosia, F.M., *Il sovrano occulto. Lo «stato di diritto» tra governo dell'uomo e governo della legge*, Milano, 2000.
- Nicosia, F.M., *L'anarchismo giuridico di Bruno Leoni*, in *Mat. st. cult. giur.*, 2000, 153.
- Nicosia, F.M., *Beati possidentes*, Macerata, 2004.
- Nozick, R., *Anarchia, stato e utopia. Quanto stato ci serve?* (trad. it.). Presentazione di S. Maffettone, Milano, 2002.
- Ottonelli, V., *L'ordine senza volontà. Il liberalismo di Hayek*, Torino, 1995.
- Paoli, U.E., *Studi sul processo attico*. Con introduzione di P. Calamandrei, Padova, 1933.
- Passerin d'Entrèves, A., *La dottrina del diritto naturale*, Milano, 1962.
- Pecora, G., *Il liberalismo anomalo di Friedrich August von Hayek*, Soveria Mannelli, 2002.
- Pekelis, A., *Saggio sul rapporto tra diritto e morale*, Padova, 1932.
- Picard, Ed., *Les Constantes du Droit. Institutes juridiques modernes*, Paris, 1921.

- Pievatolo, M.C., *Rule of law e ordine spontaneo – La critica dello Stato di diritto eurocontinentale in Bruno Leoni e Friedrich von Hayek*, in Costa, P., e Zolo, D. (a cura di), *Lo Stato di diritto*, 460.
- Pizzorusso, A., *Clausole generali e controllo di costituzionalità delle leggi*, in *Pol. dir.*, 1988, 655.
- Portinaro, P.P., *Oltre lo Stato di diritto – Tirannia dei giudici o anarchia degli avvocati?*, in Costa, P., e Zolo, D. (a cura di), *Lo Stato di diritto*, 387.
- Pound, R., *Lo spirito della “Common Law”* (trad. it.). Presentazione di E. Paresce, Milano, 1970.
- Rampa, G., *Trovare in ordine, mettere in ordine: il difficile rapporto tra Hayek e gli economisti*, in *Mat. st. cult. giur.*, 1997, 105.
- Ripert, G., *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris, 1936.
- Ripert, G., *Les forces créatrices du droit*, Paris, 1955.
- Rodotà, S., *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, I, 83.
- Roselli, F., *Il sillogismo giudiziale nella giurisprudenza italiana dell’ottocento*, in *Pol. dir.*, 1980, 631.
- Roselli, F., *Clausole generali: l’uso giudiziario*, in *Pol. dir.*, 1988, 667.
- Rothbard, M.N., *L’etica della libertà* (trad. it.), a cura di L.M. Bassani, Macerata, 1996.
- Rothbard, M.N., *Per una nuova libertà. Il manifesto libertario* (trad. it.), Macerata, 1996.
- Sacco, R., *Il dovere del Giudice di far buon uso del potere discrezionale*, in *Giur. it.*, 1950, II, 22.
- Sacco, R., *Il diritto muto*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, 689.
- Salas, D., *Le juge aujourd’hui*, in *Droits* (34), 2001, 61.
- Salin, P., *Liberalismo* (trad. it.), a cura di G. Gianfreda, Soveria Mannelli, 2002.
- Salzeberger, E.M., *A Positive Analysis of the Doctrine of Separation of Powers, or: Why Do We Have an Independent Judiciary?*, in *Int. Rev. Law and Econ.* (13), 1993, 349.
- Satta, S., *I progetti di riforma del Consiglio superiore della magistratura* (1964), in Id., *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Padova, 1968, 271.
- Scaduto, G., *Sulla tecnica giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1927, 225.
- Shapiro, M., *Discrezionalità*, in *Enc. Scienze Sociali*, vol. 3, Roma, 1993, 150.
- Schneiber, H.N. (ed.), *The State and Freedom of Contract*, Stanford, 1998.
- Schubert, G., *Judicial Behavior*, in *Int. Enc. of the Social Sciences*, vol. 8, s.l., 1968, 307.
- Spagna Musso, E., *Giudice*, in *Enc. dir.*, vol. XVIII, Milano, 1969, 931.
- Stoppino, M., *L’individualismo intergale di Bruno Leoni* (si tratta dell’Introduzione a B. Leoni, *Scritti di scienza politica*, VII).
- Strauss, L., *Diritto naturale e storia* (trad. it.). Prefazione di G. Alpa, Genova, 1990.
- Tarello, G., *Il realismo giuridico americano*, Milano, 1962.
- Tarello, G., *L’interpretazione della legge*, nel *Tratt. dir. civ. e comm. Cicu-Messineo*, vol. I, t. 2, Milano, 1980.
- Tarello, G., *Recensione a M. Cappelletti, Giudici legislatori?*, in *Quadr.*, 1984, 379.

- Tarello, G., *L'autonomia dell'interprete* (1965), in Id., *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, 1988, 432.
- Taruffo, M., *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, Bologna, 1991.
- Taruffo, M., *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 11.
- Taruffo, M., *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 665.
- Tedesco, F., *Introduzione a Hayek*, Roma-Bari, 2004.
- Tedesco, F., *La teoria del diritto di F.A. von Hayek* (dattiloscritto che ho potuto leggere grazie alla cortesia dell'autore).
- Thibierge-Guelfucci, C., *Libres propos sur la transformation du droit des contrats*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1997, 357.
- Timsit, G., *La peur de l'impensable dans l'histoire des sciences: le cas de la science juridique*, in *Rev. eur. scien. soc.*, 2000, 79.
- Verardi, C.M., *L'insopprimibile politicità della giurisdizione e di quella civile in particolare*, in *Foro it.*, 2001, V, 360.
- Vernaglione, P., *Il libertarismo. La teoria, gli autori, le politiche*, Soveria Mannelli, 2003.
- Viehweg, Th., *Topica e giurisprudenza* (trad. it. parz.), a cura di G. Crifò, Milano, 1962.
- Vinogradoff, P., *Outlines of Historical Jurisprudence*, vol. I, Oxford, 1920.
- Viola, F., *Autorità e ordine nel diritto*, Torino, 1984.
- Wachsmann, P., *La volonté de l'interprète*, in *Droits* (28), 1999, 29.
- Zaccaria, G., *Per una metodologia «post-politica» della prassi giudiziale*, in *Pol. dir.*, 1984, 599.
- Zoller, É., *La justice comme contre-pouvoir: regards croisés sur les pratiques américaine et française*, in *Rev. int. dr. comp.*, 2001, 559.
- Zolo, D., *A proposito di Legge, legislazione e libertà di Friedrich A. von Hayek*, in *Diritto privato*, 1996, 767.