

***Francesco Maria Tedesco**

- Doutorando na Faculdade de Direito de Florença (sob orientação do Prof. Danilo Zolo)

1. L'individualismo metodologico e l'illusione sinottica: un problema epistemologico

Friedrich August von Hayek (Vienna, 1899-Friburgo, 1992) è considerato da molti uno dei maggiori pensatori liberali del secolo appena trascorso. Egli – premio Nobel per l'economia nel 1974 – si occupò anche, a partire già dagli anni '30 del novecento, di teoria giuridica: in questo saggio intendo illustrare tale teoria, esposta in modo completo nel suo volume *Legge, legislazione e libertà*¹.

Il punto di partenza della presente trattazione è il cosiddetto 'individualismo metodologico'², cioè la teoria della conoscenza su cui si fondano l'epistemologia hayekiana e la sua teoria del diritto.

Il fondamento dell'individualismo metodologico è la teoria economica dei valori soggettivi di Carl Menger – iniziatore dell'indirizzo definito Scuola marginalistica austriaca – : i beni non hanno valore *in sé*, ma la proiezione dei bisogni sui beni ne determina il valore (i beni vengono determinati nel loro valore in funzione dei nostri bisogni). L'approccio soggettivistico mengeriano non poteva non avere "dirompenti implicazioni"³ anche fuori dell'ambito della teoria economica. Se la conoscenza è necessariamente frammentaria, parziale, se gli oggetti non hanno qualità intrinseche, ma il loro valore è il risultato di una proiezione delle credenze umane su di essi, allora ogni teoria sociale che sostenga la possibilità di 'costruire' una società diretta dall'alto (pianificata), orientata al perseguimento di un fine dato, è destinata a fallire, perché ogni teoria sociale è (deve essere) riducibile ad una teoria dell'azione individuale. Da questa riconduzione dell'indagine sull'uomo deriva la tesi di Hayek, che le istituzioni sociali, le entità collettive altro non sono se non interpretazioni *a*

¹ F. A. von Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, Routledge & Kegan Paul, London 1973-1979; trad. it. *Legge, legislazione e libertà*, Il Saggiatore, Milano 1986.

² L'espressione 'individualismo metodologico' è di J. Schumpeter. Cfr. R. Cubeddu, *Il liberalismo della scuola austriaca: Menger, Mises, Hayek*, Morano, Napoli 1992., p. 209.

³ Cfr. Ivi, p. 173.

posteriori: ciò che esiste sono le scelte individuali, basate su conoscenze (individuali) frammentarie e sull'utilizzazione di conoscenze di altri individui. Come nella *Favola delle api*, ogni individuo agisce perseguendo i propri fini 'egoistici', ma, per una sorta di entelechia o eterogenesi dei fini, la combinazione casuale delle azioni di individui che agiscono per fini individuali antagonistici tra loro origina l'ordine sociali, senza che un'autorità superiore l'abbia costruito deliberatamente. Di conseguenza, secondo Hayek, le società civili sono tali in quanto consentono all'individuo di superare le limitazioni della conoscenza non attraverso l'accrescimento delle conoscenze individuali, ma fornendo la possibilità di utilizzare la conoscenza che è ampiamente dispersa tra i diversi individui. Il corollario è evidente: secondo Hayek nessuno (tanto meno chi governa) è in grado di compiere scelte totalmente 'razionali', ovvero basate sulla valutazione di tutti gli elementi rilevanti, proprio in quanto l'uomo è ontologicamente incapace di valutare tutte le circostanze⁴.

E' necessario ora tirare le fila del discorso epistemologico sin qui svolto: l'individualismo metodologico è una teoria della conoscenza che informa di sé le scienze sociali e che non può essere identificato *sic et simpliciter* con l'individualismo politico, anche se questo non vuol dire che non si possa definire l'individualismo metodologico come politicamente individualista⁵; dal punto di vista politico, la concezione secondo la quale le conoscenze sono disperse fra i membri della società, l'eterogenesi dei fini, non possono portare che ad una concezione evolutivista ('autopoietica'⁶) della società e dunque ad una critica (epistemologica prima che politica) alla presunzione costruttivista – incarnata dal socialismo reale – di poter dirigere dall'alto la società: la conoscenza non può essere 'un sistema integrato in una mente singola'. Ecco la critica dell'illusione sinottica: in realtà l'unica conoscenza che esiste è quella individuale, ed è una conoscenza frammentaria e parziale⁷, che non permette una visione d'insieme della realtà.

2. Naturale e artificiale: l'approccio evolutivista

Abbiamo detto che la teoria gnoseologica di Hayek non può che condurre

⁴ Cfr. F. A. von Hayek, *The Constitution of Liberty*, Routledge & Kegan Paul, London 1960; trad. it. *La società libera*, Vallecchi, Firenze 1969, pp. 41-58.

⁵ Per l'approfondimento di questo tema si vedano i paragrafi seguenti.

⁶ Ma il termine è estraneo al lessico hayekiano.

⁷ La teoria hayekiana della conoscenza è strettamente connessa al fallibilismo popperiano.

ad una spiegazione evolutzionistica: è necessario chiarire questa affermazione. L'individualismo metodologico, come abbiamo visto, postula l'impossibilità strutturale di una visione sinottica, impossibilità dovuta ad un *deficit* di conoscenza; inoltre la mente non può essere intesa come una guida dell'evoluzione sociale, in quanto la ragione umana è essa stessa un prodotto di quella evoluzione: dunque la pretesa di poter dirigere la società è illusoria.

Hayek si propone di chiarire la genesi di questa pretesa, e contestualmente di spiegare il concetto di evoluzione sociale. Secondo Hayek il problema nasce dall'accettazione acritica di una dicotomia esclusiva falsa, quella (introdotta dai greci) tra fenomeni sociali 'naturali' e 'artificiali'. Questa distinzione era fuorviante in quanto, essendo esclusiva (e dunque tesa a "dividere un universo in due sfere, congiuntamente esaustive"⁸), ammetteva l'esistenza di fenomeni o solo naturali – cioè frutto delle pulsioni istintuali – o solo artificiali – cioè frutto della progettazione umana –: *tertium non datur*. I termini greci della dicotomia, *physei* e *thesei*, vennero poi tradotti in latino da Aulo Gellio nel II secolo d. C. con *naturalis* e *positivus*.

Il problema venne discusso nel XII secolo dagli scolastici, che cominciarono ad intravedere l'insufficienza della dicotomia naturale-artificiale, in quanto si resero conto che esistevano fenomeni che rientravano sia nell'una che nell'altra categoria, cioè fenomeni 'intermedi', risultato dell'azione umana, ma non della progettazione. Nel XVI secolo i gesuiti spagnoli attribuirono al termine *naturalis* il significato di ciò che non è deliberatamente forgiato dalla volontà dell'uomo.

Tuttavia nel XVI e XVII secolo, con l'elaborazione giusnaturalistica del concetto di 'diritto naturale', si verificò la sovrapposizione dei termini 'natura' e 'ragione'. Fino ad allora, secondo Hayek, la ragione era stata intesa come quella facoltà dell'intelletto che consente non di stabilire o enunciare delle regole, quanto di ricercarle e scoprirle. Con la radicalizzazione della prospettiva giusnaturalistica, ovvero con la sclerosi del razionalismo illuministico come modello interpretativo (che in origine non negava l'importanza del ruolo della evoluzione spontanea⁹) invece la ragione "venne a

⁸ N. Bobbio, *Stato, governo, società: frammenti di un dizionario politico*, Einaudi, Torino 1995, pp. 3-4.

⁹ Il 'primo' giusnaturalismo ammetteva ancora la necessità di un rapporto di scambio fra l'attività di produzione normativa da un lato e la tradizione e la prassi dall'altro. Il 'secondo' giusnaturalismo fu invece strumento dei regimi assolutisti, che utilizzarono il concetto di diritto naturale - inteso stavolta come immutabile - al fine di impedire mutamenti dello *statu quo*. Per una analisi più approfondita di questo tema si vedano le pagine di F. Wieacker,

significare la capacità di costruire tali regole per via di deduzione da premesse esplicite”¹⁰, con l’importante conseguenza che “il concetto di ‘diritto naturale’ divenne quindi quello di un ‘diritto della ragione’, trasformandosi, pertanto, quasi nell’opposto di ciò che prima aveva significato”¹¹: non più fenomeno spontaneo, ma risultato della progettazione di un novello Prometeo. Questo determinò la nascita di quello che Hayek ha chiamato – attribuendone la paternità a Cartesio – ‘razionalismo costruttivista’ (contrapposto al ‘razionalismo evoluzionista’¹²), e che potremmo definire, in soldoni, come la sconfinata fiducia nella capacità della ragione di poter progettare e costruire le istituzioni sociali, anche perseguendo fini collettivi.

Il razionalismo costruttivista si muove sempre nell’ottica della dicotomia naturale-artificiale, e quindi le istituzioni, che sono il risultato dell’azione umana, non possono che essere ‘artificiali’, cioè espressamente progettate dall’uomo. Questo modo di pensare ha avuto una enorme influenza negli ultimi trecento anni, tanto da diventare un *topos* della cultura moderna. Appartengono alla tradizione costruttivista autori come Jean-Jacques Rousseau, Voltaire, Auguste Comte, Karl Marx, ma anche Jeremy Bentham, Thomas Hobbes¹³, i positivisti logici e giuridici. Alla stessa tradizione sono ricondotti il positivismo, il contrattualismo e il socialismo. Inoltre, anche l’individualismo politico secondo Hayek deriva dal razionalismo costruttivista, ed è quindi da distinguere dall’individualismo metodologico. Naturalmente questo non implica che Hayek non sia politicamente individualista, ma su basi epistemologiche (direi antropologiche) diverse.

Così Hayek sviluppa un razionalismo di marca evoluzionistica. Tra gli autori cui egli fa spesso riferimento in relazione a tale tema figurano Bernard Mandeville, David Hume, Adam Ferguson. Secondo Hayek è da attribuire a questi autori il superamento della falsa dicotomia naturale-artificiale: di fronte all’esistenza di fenomeni sociali che rientravano sia nell’una che nell’altra categoria, Hume e Mandeville ritennero insufficiente la dicotomia e indicarono

Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung, vol. II, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 1967; trad. it. *Storia del pensiero giuridico moderno con particolare riguardo alla Germania*, vol. II, Giuffrè, Milano 1980, pp. 3 ss.

¹⁰ F. A. von Hayek, *Legge, legislazione e libertà*, cit., p. 31.

¹¹ *Ibid.*

¹² Oppure, per usare la terminologia popperiana, ‘razionalismo ingenuo’ contrapposto al ‘razionalismo critico’.

¹³ Hayek lega la nascita del costruttivismo all’illuminismo continentale, pur individuando questo modo di pensare anche in autori anglosassoni.

una terza categoria, quella dei fenomeni che, come disse in seguito Adam Ferguson, sono ‘il risultato della azione umana, ma non della progettazione umana’. Mandeville aveva posto in rilievo che gli individui sono guidati, nelle loro scelte, da bisogni e fini egoistici, ma che la loro interazione genera fenomeni sociali non attesi: “vizi privati, pubbliche virtù”¹⁴. L’individuo svolge cioè un ruolo sociale positivo senza volerlo né saperlo, anzi, agendo egoisticamente e perseguendo fini individuali. Si tratta, secondo Hayek, di un lento processo (di adattamento a nuove circostanze) per tentativi ed errori, che seleziona le scelte vantaggiose, quelle che ottengono successo, facendone il paradigma della condotta vincente.

Questo è il concetto di evoluzione culturale di Hayek: le formazioni sociali spontanee sono ateleologiche, cioè prive di un fine dato (si è parlato di eterogenesi dei fini). I ‘fini sociali’ altro non sono se non il risultato della coincidenza di vari fini individuali, cioè “semplicemente fini identici di molti individui”¹⁵.

3. *Cosmos e Taxis*

La teoria dell’evoluzione culturale è legata a doppio filo al concetto di ordine inteso come strumento indispensabile per l’analisi dei fenomeni complessi¹⁶. Secondo Hayek l’ordine è “*uno stato di cose in cui una molteplicità di elementi di vario genere sono in relazione tale, gli uni rispetto agli altri, che si può imparare, dalla conoscenza di qualche partizione spaziale o temporale dell’intero insieme, a formarsi aspettative corrette sulle altre parti dell’insieme, o almeno, aspettative che hanno una buona possibilità di dimostrarsi corrette*”¹⁷. Dunque l’ordine è dato dal rapporto tra le nostre aspettative circa le azioni altrui e la realizzazione delle stesse.

Ma come si forma l’ordine? Secondo Hayek il nostro modo di pensare è minato da una fallacia antropomorfa, costruttivistica, per cui quando si parla di ordine si pensa al risultato della progettazione intenzionale dell’uomo: questo ha favorito l’affermarsi del concetto di ordine nella sua accezione

¹⁴ E’ il sottotitolo di *The Fable of the Bees, or Private Vices Public Benefits* di Mandeville.

¹⁵ F. A. von Hayek, *The Road to Serfdom*, Routledge & Sons, London 1944; trad. it. *La via della schiavitù*, Rusconi, Milano 1995, p. 110.

¹⁶ Sulla natura analitica o assiologica del concetto di ordine in Hayek torneremo più avanti.

¹⁷ F. A. von Hayek, *Legge, legislazione e libertà*, cit., p. 49 (il corsivo è nell’originale).

autoritaria. Tuttavia l'ordine può essere di due tipi: costruito, cioè risultato della progettazione umana, oppure spontaneo, cioè risultato della azione umana, ma non della progettazione. Hayek rende questa dicotomia (reciprocamente esclusiva ed esaustiva¹⁸) con due termini greci, *taxis* (l'ordine esogeno, artificiale) e *cosmos* (l'ordine endogeno, autogenerantesi, 'autopoietico').

L'ordine esogeno (*taxis*) è semplice, cioè caratterizzato da un moderato grado di complessità, imputabile - secondo i principi dell'individualismo metodologico - alla scarsità e frammentarietà delle conoscenze di chi lo ha deliberatamente creato; inoltre esso ha natura teleologica, nel senso che è diretto alla realizzazione di scopi specifici; infine, è concreto, cioè rilevabile attraverso l'osservazione.

L'ordine endogeno (*cosmos*) ha caratteristiche diametralmente opposte. Il suo grado di complessità è illimitato, cioè non dipendente dalle ristrette capacità conoscitive dei singoli individui: si tratta di un ordine che è la risultante (involontaria) della interazione di individui che agiscono per scopi individuali utilizzando conoscenze frammentarie e parziali¹⁹. E' astratto, nel senso che non è immediatamente rilevabile dai sensi, ma deve essere ricostruito attraverso l'analisi del comportamento dei suoi componenti. Infine, esso non persegue alcuno scopo particolare (è ateleologico).

Hayek si occupa soprattutto del secondo tipo di ordine, quello endogeno, l'unico possibile in una 'Grande società'²⁰, in una società libera. Abbiamo detto che l'ordine è dato dal rapporto tra le aspettative e la realizzazione di esse: quanto più le aspettative si realizzano (e quindi sono corrette), tanto maggiore è il grado di ordine di una società²¹. Ma per consentire la formazione di aspettative corrette è necessario che gli individui si comportino seguendo certe regole, che non devono essere necessariamente verbalizzate, esplicite, ma

¹⁸ In senso logico (ed anche, direi, ideal-tipico): ciò che è *taxis* non è *cosmos* e viceversa. Questo non significa che i due tipi di ordine non possano coesistere.

¹⁹ Si potrebbe dire che questa della eterogenesi dei fini, o 'astuzia evolutiva', sia una idea hegeliana. Si veda G. Marramao, *Introduzione* a N. Luhmann, *Come è possibile l'ordine sociale*, Laterza, Roma-Bari 1985, pp. XXIV-XXV.

²⁰ Hayek usa la locuzione smithiana (*Great Society*) in un senso corrispondente, grossomodo, alla popperiana 'società aperta'.

²¹ Sebbene l'ordine si basi su un principio che (usando una espressione della cibernetica) è detto di 'feed back negativo': la maggior parte delle aspettative sarà realizzata solo se una parte di esse viene disattesa. Dunque è impossibile la realizzazione di tutte le aspettative. Si veda F. A. von Hayek, *Ordinamento giuridico e ordine sociale*, "Il Politico", 4 (1968), p. 714.

che è sufficiente siano di fatto osservate. La percezione di questa regolarità nel comportamento degli individui consente la formazione di aspettative. Scrive Heritier: “nel momento in cui l’uomo individua una ripetizione di un comportamento sociale, tende ad adattarsi a tale regolarità, che diviene quindi una regola di percezione, di comportamento, di azione”²². Non tutte le regolarità però rendono possibile la formazione di un ordine: infatti gli individui potrebbero tenere comportamenti perfettamente regolari e uniformi, ma questo porterebbe al disordine²³. Dunque non è necessario che gli individui tengano comportamenti identici. Le regole dell’ordine spontaneo sono il risultato inintenzionale dell’evoluzione culturale²⁴. Naturalmente, ma *ça va sans dire*, Hayek dà al concetto di ordine spontaneo segno assiologicamente positivo: come scrive Mauro Barberis, la dicotomia spontaneo/costruito risulta “discutibile anche nei suoi usi meramente classificatori. Ma soprattutto, essa finisce per avere degli usi quasi esclusivamente assiologici. [...] Ammesso e non concesso che il mondo sociale possa dividersi tra spontaneità e costruzione, infatti, l’ascrizione di una istituzione all’uno o all’altro campo si risolve in un’opzione pro o contro la sua conservazione”²⁵.

Si può qui rilevare, contro Hayek, che ha ragione chi sostiene²⁶ non sussistere alcun legame necessario tra l’origine storica di una istituzione e i suoi attuali attributi di efficienza. Affermare che l’ordine sociale è (storicamente) il risultato dell’evoluzione spontanea, non significa necessariamente che quel tipo di ordine (*cosmos*) sia oggi migliore di un ordine costruito (*taxis*). Un marxista sosterebbe che la difesa, da parte di Hayek, dell’ordine spontaneo in quanto assiologicamente positivo si configura come difesa sovrastrutturale, ideologica (in senso marxiano) della proprietà,

²² P. Heritier, *Ordine spontaneo ed evoluzione nel pensiero di Hayek*, Jovene, Napoli 1997, p. 195.

²³ La seconda legge della termodinamica (o legge dell’entropia) afferma che il movimento a velocità costante ed in linea retta delle molecole di un gas produce uno stato di ‘disordine perfetto’.

²⁴ Ma un ordine spontaneo (teoricamente) potrebbe anche svilupparsi attraverso l’osservanza di regole deliberatamente formulate. Cfr. F. A. von Hayek, *Legge, legislazione e libertà*, cit., p. 61.

²⁵ M. Barberis, *Hayek e il diritto: precauzioni per l’uso*, “Rivista internazionale di filosofia del diritto”, (1987), p. 517.

²⁶ Come J. Buchanan o Barrington Moore jr. Per quest’ultimo si veda B. Moore jr., *Political Power and Social Theory*, Harvard University Press, Cambridge 1958; trad. it. *Potere politico e teoria sociale*, Comunità, Milano 1964, p. 151.

dei privilegi e dei soprusi delle classi abbienti. Ma anche un 'non-marxista' non può pensare all'ordine spontaneo come il risultato della interazione di individui liberi ed eguali: in realtà le regole dell'ordine spontaneo (idealizzato da Hayek) circa, ad esempio, l'istituto della proprietà privata, sono le regole dei proprietari, non dei nullatenenti. In altri termini, alla determinazione delle regole dell'ordine spontaneo non concorrono i soggetti socialmente (e contrattualmente) deboli.

Hayek quindi avrebbe fatto meglio a lasciare il concetto di ordine in uno stato di indeterminazione morale²⁷: sarebbe stato il naturale risultato di un approccio realistico.

4. Origine, sviluppo e funzione del diritto. *Nomos e Thesis*²⁸

L'ordine si fonda sulla regolarità, cioè sull'osservanza di regole: la percezione dell'esistenza di tale regolarità consente agli individui di formulare delle aspettative. Qui ci occupiamo di un particolare tipo di regole, le regole giuridiche. Secondo Hayek le regole giuridiche sono state investite dallo stesso pregiudizio costruttivistico che ha colpito il concetto di ordine: il diritto sarebbe il risultato della attività legislativa di organi *ad acta* (le assemblee legislative). Hayek si propone di dimostrare la falsità storica di questo assunto, che si scontra con la concezione evoluzionistica hayekiana e con il concetto di ordine spontaneo (*cosmos*). La tesi di Hayek è che il diritto preesiste non soltanto all'attività legislativa, ma anche al linguaggio, nel senso che le norme giuridiche non necessitano di essere verbalizzate per essere tali.

I primi tentativi di trascrivere le norme giuridiche 'consuetudinarie' (le Dodici Tavole, il codice di Hammurabi) secondo Hayek non furono il risultato della pretesa di creare nuovo diritto, ma di codificare²⁹ quello esistente. Il diritto antico per antonomasia, il diritto romano classico, era il risultato dell'attività "respondente e letteraria dei giuristi"³⁰, e non (se non in minima

²⁷ Come sostiene Zolo, ma con riferimento alla *catallaxy* (ma si veda la nota precedente). D. Zolo, *A proposito di Legge, legislazione e libertà di Friedrich A. von Hayek*, "Diritto privato", II (1996), p. 778.

²⁸ Naturalmente qui non si vuole ricostruire la storia del diritto, ma analizzare come Hayek interpreta la nascita e lo sviluppo del diritto. A tal fine il principale testo di riferimento è *Legge, legislazione e libertà*, che rappresenta la *summa* del pensiero filosofico-giuridico di Hayek.

²⁹ Non nel senso moderno del termine, ma il quello di 'raccolgere' 'catalogare'.

³⁰ A. Schiavone, *Linee di storia del pensiero giuridico romano*, Giappichelli,

parte) della volontà di un legislatore.

Lo *ius gentium*, il diritto dei mercanti e delle fiere, rappresentava il ‘luogo’ di evoluzione del diritto, dove si realizzavano i mutamenti e gli adattamenti alle nuove circostanze. Tuttavia dal III secolo d. C. il diritto romano cessò di essere il risultato dell’attività rispondente (e creativa) dei giureconsulti per diventare il diritto del principe legislatore; con Teodosio II (*Codex Theodosianus*, 438 d. C.) e soprattutto con Giustiniano I (*Corpus iuris civilis*, ma in particolare *Digesta*, 533 d. C.) i responsi, i pareri dei giuristi vennero manipolati, resi più agili, affinché l’antico pensiero giuridico romano fosse reso “in forma di diritto codificato”³¹.

Ma fino alla recezione dei *Digesta* di Giustiniano³² (e alla riscoperta della *Politica* di Aristotele), e alla loro elaborazione da parte dei dottori bolognesi, cioè per tutto l’alto medioevo, secondo Hayek “sembrava quasi sacrilegio concepire che il diritto potesse essere deliberatamente creato o alterato”³³. Al contrario, nel medioevo il diritto poteva solo venire ‘scoperto’, e ogni attività legislativa tendeva semplicemente alla restaurazione del buon diritto antico che fosse stato eventualmente violato.

Dal XIII secolo in poi, con la nascita della monarchia assoluta, il tradizionale potere di governare venne affiancato dal potere di emanare leggi, cioè di creare *ex novo* il diritto. Questa tendenza fu contrastata solo dal ‘primo’ giusnaturalismo, che intendeva il diritto naturale come il diritto che non si crea, ma che esiste e va scoperto. Tuttavia, quando del concetto di diritto naturale si impossessò la classe dirigente, questo divenne il diritto imm modificabile dedotto razionalmente da premesse esplicite.

L’unico paese nel quale la concezione medievale del diritto come risultato dell’attività dei giudici (o comunque non come risultato della deliberata volontà creatrice di un legislatore) resistette alla fallacia volontaristica fu l’Inghilterra. Secondo Hayek le ragioni di ciò sono molteplici: innanzitutto, il fatto che in Inghilterra la recezione del tardo diritto romano fu soltanto parziale, e questo impedì il diffondersi di una concezione costruttivistica del diritto; ma soprattutto, il fatto che i giudici di *common law* avevano sviluppato un concetto di diritto come strumento di difesa contro ogni abuso di qualsiasi potere, e non come il risultato della volontà di un legislatore. Quindi la tutela della libertà da parte degli inglesi non è da attribuire alla separazione dei

Torino 1994, p. 249.

³¹ A. Schiavone, *Linee di storia del pensiero giuridico romano*, cit., p. 262.

³² Di cui si era persa traccia, e che arrivarono in Italia seguendo lo strano e ancora indecifrato percorso della *littera Florentina*. Cfr., Ivi, p. 264.

³³ F. A. von Hayek, *Legge, legislazione e libertà*, cit., p. 108.

poteri, come invece Montesquieu fece intendere, bensì al fatto che i giudici giudicavano sulla base del *common law*, cioè di un diritto la cui esistenza era indipendente da qualsiasi potere e che veniva sviluppato da corti indipendenti, non da un legislatore. Scrive Hayek: “Si potrebbe persino dire che in Inghilterra si è sviluppata una sorta di separazione dei poteri non perché solo il ‘legislativo’ faceva la legge, ma perché *non* la faceva, dal momento che il diritto era determinato da corti indipendenti da quel potere che organizzava e dirigeva il governo, potere che ingannevolmente veniva chiamato ‘legislativo’”³⁴. Dunque il potere legislativo, almeno inizialmente, non era stato concepito come l’organo deputato alla produzione normativa. Le cose cambiarono con la nascita del costruttivismo razionalista, l’illuminismo continentale e il movimento per la codificazione: il potere legislativo (cioè le assemblee parlamentari) venne investito della funzione di emanare ‘leggi’, nel senso che, invece di limitarsi alla emanazione di norme di organizzazione (come le disposizioni in materia fiscale), cominciò a produrre norme di comportamento. Anche la figura del giudice mutava, per ragioni teoriche, ma anche socio-politiche: le grandi codificazioni sette-ottocentesche avrebbero dovuto azzerare la discrezionalità nell’esercizio del potere di *ius dicere*. Il giudice, *more geometrico*, avrebbe dovuto formulare un sillogismo perfetto: la premessa maggiore la legge, la minore l’azione, la conseguenza la sanzione³⁵. L’interpretazione era aborrita³⁶, in quanto possibile risultato di una “buona o cattiva logica di un giudice, di una facile o malsana digestione”³⁷ e di “tutte quelle minime forze che cangiano le apparenze di ogni oggetto nell’animo fluttuante dell’uomo”³⁸.

Un analogo *esprit de géométrie*, secondo Hayek, pervade la teoria del diritto di Bentham, John Austin, ma soprattutto di Hans Kelsen. Il diritto, che per secoli era stato pensato come il risultato di un lento processo di sedimentazione e stratificazione, di un’attività di ‘scoperta’, non di ‘invenzione’, da parte dei giudici, diviene il diritto del legislatore, l’espressione della volontà delle assemblee ‘legislative’, un sistema finito, chiuso, di norme codificate: il diritto ‘positivo’³⁹.

³⁴ Ivi, p. 110.

³⁵ Si veda C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, Mondadori, Milano 1991, pp. 37-39.

³⁶ Per Beccaria “l’interpretazione è un male”. *Ibid.*

³⁷ *Ibid.*

³⁸ *Ibid.*

³⁹ Cioè *positum*: posto, creato.

Dunque, come si evince da quanto finora detto, secondo Hayek esistono due categorie di norme: quelle che sono il risultato della evoluzione spontanea e della attività di *jurisdictio* dei giudici, da un lato, le norme che sono il risultato della attività legislativa di un legislatore (*gubernaculum*, in qualche modo), dall'altro. Si tratta, rispettivamente, di norme di giusto comportamento (o norme di condotta) e norme di organizzazione (o comandi). Hayek rende questa seconda dicotomia facendo ancora una volta ricorso a termini greci, e indicando con *nomos* le norme di giusto comportamento, con *thesis* i comandi. Questi termini corrispondono rispettivamente ai due tipi di ordine secondo Hayek: dunque vi sono due binomi, quello *Cosmos/Nomos* e quello *Taxis/Thesis*. Questi binomi sono stati indicati da Michael Oakeshott con i neologismi 'nomocrazia' e 'teleocrazia'⁴⁰.

Le norme di giusto comportamento (*nomos*⁴¹) sono il risultato dell'attività delle corti indipendenti, legate solo al rispetto del precedente (*stare decisis*) e tenute a garantire che le aspettative legittime⁴² si realizzino. Il compito del giudice è quello di stabilire se i comportamenti siano conformi o meno alle regole dell'ordine spontaneo, e sanzionare i comportamenti non conformi. Questa attività di *ius dicere*⁴³ tende alla preservazione dell'ordine⁴⁴, cioè tende a garantire che gli individui che agiscono formulando delle aspettative

⁴⁰ Secondo Matteucci si tratterebbe di due neologismi inventati proprio da Hayek: si veda N. Matteucci, *L'eredità di von Hayek*, Società aperta, Milano 1997, p. 51. In realtà Hayek stesso attribuisce esplicitamente la 'paternità' di questi termini a Oakeshott: cfr. F. A. von Hayek, *New Studies in Philosophy, Politics and the History of Ideas*, Routledge & Kegan Paul, London 1978; trad. it. *Nuovi studi di filosofia, politica, economia e storia delle idee*, Armando, Roma 1988, pp. 99-100.

⁴¹ *Nomos* corrisponde al latino *ius*, al francese *droit*, al tedesco *Recht*, e, in italiano, a 'diritto', e si contrappone a *thesis*, intesa come 'legge', *loi*, *Gesetz*. Dunque la traduzione del titolo *Law, Legislation and Liberty* è quantomeno infelice: avrebbe dovuto essere *Diritto, legislazione e libertà* (in francese il titolo è *Droit, législation et liberté*). Cfr. M. Barberis, *Hayek e il diritto: precauzioni per l'uso*, cit., p. 511, nota 1.

⁴² Spetta al giudice stabilire quali siano le aspettative legittime.

⁴³ Nel senso di 'dire il diritto', cioè rendere esplicite regole preesistenti e osservate. Cfr. M. Barberis, *Hayek e il diritto: precauzioni per l'uso*, cit., p. 523.

⁴⁴ Naturalmente questa affermazione è destinata a sollevare infinite perplessità: si tratta di una concessione che Hayek fa alla visione teleologica della società?

legittime in base alle regolarità osservate siano tutelati nei confronti di terzi che avanzino delle pretese. Per fare questo il giudice non fa riferimento ad un catalogo di norme scritte, ma si basa sulle “concezioni diffuse intorno a ciò che è giusto”⁴⁵. Le norme di giusto comportamento (*nomos*) sono negative, cioè prescrivono la condotta da non tenere, e non indicano ciò che si deve fare; quindi determinano automaticamente una sfera di dominio riservato entro la quale gli individui, servendosi delle conoscenze loro proprie e di quelle diffuse – che la società e il mercato (intesi come sistemi informativi) forniscono – possono liberamente perseguire i propri scopi. Questa sfera di dominio riservato è data dalla proprietà, intesa in senso lockeano come “vita, libertà e fortuna”⁴⁶. Scrive Hayek: “Legge, libertà, proprietà sono una *trinità inseparabile*. Non vi può essere alcuna legge, nel senso di regola universale di condotta, che non determini confini di aree d’azione, stabilendo regole che permettano a ciascuno di accertare fin dove egli è libero d’agire”⁴⁷.

Secondo Hayek, dunque, il diritto inteso come *nomos* è il risultato della evoluzione spontanea; non persegue scopi specifici (se non quello del mantenimento dell’ordine spontaneo); è astratto, cioè applicabile ad un numero indefinito di casi concreti; è certo, cioè consente la previsione delle decisioni dei giudici; è costituito da norme negative, cioè norme che contengono obblighi di non fare (norme di giusto comportamento); infine, le norme di giusto comportamento sono le norme del diritto privato, cioè (alla maniera anglosassone, sostiene Hayek) del diritto civile e del diritto penale.

Il diritto inteso come *thesis* possiede invece caratteristiche diametralmente opposte a quelle del *nomos*: si tratta di norme di organizzazione (o comandi), cioè di regole tipiche di ordini esogeni o costruiti (*taxis*), “progettate per raggiungere fini particolari”⁴⁸. Il potere legislativo (qui inteso come potere di emanare norme: è indifferente che si tratti del parlamento o del governo) compie una operazione di *law making*, mentre il diritto come *nomos* è il risultato dell’attività di scoperta (*law finding*) da parte delle corti. Le norme in questione sono specifiche e positive, cioè devono stabilire obblighi di fare, e assegnare a ciascun membro dell’organizzazione un ruolo prestabilito. Inoltre, il diritto come *thesis* si identifica col diritto pubblico.

Mentre il *nomos* (l’archetipo del diritto) consente agli individui di

⁴⁵ F. A. von Hayek, *Legge, legislazione e libertà*, cit., p. 146.

⁴⁶ J. Locke, *Two Treatise on Government*, London 1690; trad. it. *Due trattati sul governo*, Utet, Torino 1960, p. 304.

⁴⁷ F. A. von Hayek, *Legge, legislazione e libertà*, cit., p. 137 (il corsivo è mio).

⁴⁸ *Ivi*, p. 155.

utilizzare conoscenze proprie e saperi diffusi⁴⁹, e quindi rimette a questi il potere di decidere come agire, l'archetipo del comando "determina unicamente l'atto da compiere e a chi lo riceve non lascia la possibilità di giovare delle proprie cognizioni o di seguire le proprie simpatie"⁵⁰. Dunque la differenza tra *thesis* e *nomos* consiste nel fatto che, "quando ci portiamo dai comandi alle leggi, la fonte della decisione della particolare azione da prendere si sposta progressivamente da chi emette il comando o legge a chi agisce"⁵¹.

Nell'ambito di un ordine che si basi sul diritto come *thesis* anche la funzione del giudice cambia: egli dovrebbe operare utilizzando solo il catalogo di norme di organizzazione che l'autorità fornisce. Tuttavia, come scrive Hayek: "Che il giudice possa, o debba, giungere alle proprie decisioni 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»"⁵².

Ma torniamo alla definizione del concetto di *thesis*. Abbiamo detto che questo si identifica, secondo Hayek, con il diritto pubblico, cioè con le norme del diritto amministrativo, del diritto costituzionale e della legislazione finanziaria e 'sociale'. Hayek si preoccupa di definire anche questi concetti.

Mi pare che la tesi più interessante sia quella riguardante il diritto costituzionale. Infatti Hayek capovolge la prospettiva kelseniana: la costituzione non è un elemento di un processo discendente di legittimazione (dalla costituzione alle norme inferiori), ma di un processo ascendente⁵³, in cui la costituzione è una "superstruttura eretta sopra un sistema preesistente di norme e volta ad organizzare la sanzionabilità e l'implementazione di quelle norme medesime. Sebbene una volta statuita essa possa apparire 'primaria', nel senso logico per cui ora le altre norme derivano da essa la loro autorità, essa è intesa a rafforzare tali norme che le preesistono"⁵⁴. Una costituzione

⁴⁹ Hayek utilizza qui la distinzione tra *knowing how* e *knowing that* dovuta al filosofo analitico Gilbert Ryle.

⁵⁰ F. A. von Hayek, *La società libera*, cit., p. 177.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² Qui Hayek cita Roscoe Pound, *The Theory of Judicial Decision*. Si veda F. A. von Hayek, *Legge, legislazione e libertà*, cit., p. 146 (il corsivo è mio).

⁵³ Una sorta di *Stufenbau* rovesciato: dalle norme di giusto comportamento alla costituzione.

⁵⁴ F. A. von Hayek, *Legge, legislazione e libertà*, cit., pp. 168-169.

dunque è una norma ‘costruita’, non una regola di giusto comportamento, anche quando stabilisce le proprietà formali che una legge deve possedere per essere valida⁵⁵.

5. Hayek versus Kelsen: *rule of law* e *Rechtsstaat*

Hayek tenta una *Begriffsgeschichte* del concetto di ‘governo della legge’, dalle sue origini alla ‘degenerazione’ giuspositivistica.

Naturalmente, se sia migliore un governo degli uomini o un governo delle leggi è uno degli interrogativi fondamentali della filosofia politica classica⁵⁶. Hayek spiega che i greci usavano, per definire il concetto di governo della legge, il termine, probabilmente precedente a *demokratia* e a questo contrapposto, di ‘isonomia’ (uguaglianza di fronte alla legge). Anche nella Roma classica il tema fu ampiamente discusso: la distinzione tra governo degli uomini e governo delle leggi, secondo Hayek, si deve a Tito Livio. Ma più che a Livio, i maggiori contributi alla chiarificazione di questo concetto si devono a Tacito e, soprattutto, a Cicerone, il quale “divenne la maggiore autorità del liberalismo moderno, e a lui dobbiamo molte efficaci formulazioni della libertà secondo la legge”⁵⁷.

Nonostante questi illustri precedenti, secondo Hayek l’idea moderna di libertà individuale sotto la legge⁵⁸ non può farsi risalire oltre l’Inghilterra del XVII secolo. Qui, con il *case of monopolies*, la *Petition of Grievances*, l’abolizione delle corti speciali (soprattutto della *Star Chamber*), cominciò ad affermarsi l’idea che fossero necessarie leggi uguali per tutti per contrastare ogni forma di arbitrio. Ma, cosa ancora più importante, si riconobbe che il carattere arbitrario di un atto “non dipendeva dalla fonte del potere, ma dalla difformità rispetto ai preesistenti principi generali del diritto”⁵⁹: arbitrario avrebbe potuto essere un atto del governo, ma anche del parlamento. Le opere

⁵⁵ E’ quella che Hart definisce una ‘regola di riconoscimento’.

⁵⁶ Cfr. N. Bobbio, *Stato, governo, società: frammenti di un dizionario politico*, cit., pp. 86-88.

⁵⁷ F. A. von Hayek, *La società libera*, cit., p. 195.

⁵⁸ E’ bene sottolineare che qui si fa riferimento all’idea di libertà intesa come indissolubile dal concetto di *rule of law*. Si tratta di un concetto diverso da quello di libertà individuale che negli stessi anni andava diffondendosi sul continente.

⁵⁹ F. A. von Hayek, *La società libera*, cit., p. 197.

di Locke, Hume, Paley, sono paradigmi di questa tensione verso la limitazione del potere arbitrario.

Con lo sviluppo del nuovo liberalismo e il tramonto di quello classico (*whiggism*) si interrompono i contributi inglesi alla definizione del concetto di *rule of law*. L'introduzione, tra la fine del XVIII e l'inizio del XIX secolo, di una mentalità costruttivistica, il diffondersi della convinzione di poter rifare *ex novo* il diritto in base a principi razionali, determinarono lo spodestamento della libertà nel senso degli inglesi (libertà sotto la legge) a favore del concetto francese (e continentale) di libertà individuale⁶⁰.

L'eredità inglese fu raccolta dalle colonie americane, che tradussero i principi lockeani nelle costituzioni delle colonie e nei *bills of rights* prima, nella costituzione federale poi. Secondo Hayek, i concetti fondamentali contenuti in tali carte sono quelli della limitazione dei poteri mediante controlli e bilanciamenti, il riconoscimento di diritti inviolabili e la separazione dei poteri: in sostanza, la *rule of law*. Di tale valore si fecero garanti i giudici della Corte Suprema americana almeno dal 1803 in poi, cioè da quando il giudice Marshall, presidente della Corte, nella causa 'Marbury vs. Madison' affermò che "fa senz'altro parte delle competenze e dei doveri degli organi giurisdizionali dichiarare che cosa sia vera e propria legge"⁶¹, anche contro il legislativo stesso.

La Francia post-rivoluzionaria invece percorse altre vie. Il concetto di sovranità popolare determinò la convinzione che "l'aver affidato tutto il potere al popolo rendeva ormai inutili le garanzie contro gli abusi. Si pensò che l'avvento della democrazia, automaticamente, avrebbe impedito l'esercizio arbitrario del potere"⁶².

L'elefantiasi dell'apparato burocratico non fece che accrescere il potere dello Stato; anzi, "la draconiana interpretazione della separazione dei poteri accettata in Francia servì a rafforzare i poteri dell'amministrazione [...] e pertanto rafforzare, più che limitare, il potere dello stato"⁶³.

⁶⁰ Qualcuno ha parlato di libertà 'anglicana' contrapposta ad una libertà 'gallicana'. Si veda, inoltre, il saggio nel quale Pietro Costa delinea la differenza tra la libertà in senso lockeano e il concetto rousseauiano di libertà, tracciando i confini delle aree di influenza delle due idee. Si veda P. Costa, *La cittadinanza: un tentativo di ricostruzione 'archeologica'*, in D. Zolo (a cura di), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Laterza, Roma-Bari 1994.

⁶¹ Brano citato da Hayek. Cfr. F. A. von Hayek, *La società libera*, cit., p. 530-531, nota 48.

⁶² F. A. von Hayek, *La società libera*, cit., p. 226.

⁶³ *Ibid.*

L'affermazione sul continente europeo del concetto di 'governo della legge' sarebbe venuta, per quello strano gioco di relazioni e intrecci che costituisce la *koinè* culturale europea, dalla Prussia federiciana. Qui, grazie ai contributi di Kant e Humboldt e a quelli del 'movimento per la codificazione', prese forma la teoria dello Stato di diritto (*Rechtsstaat*). Il concetto di *Rechtsstaat* è, nell'interpretazione hayekiana, sostanzialmente analogo a quello anglosassone di *rule of law*⁶⁴, con la differenza che fine del primo era quello di controllare "un complesso apparato amministrativo invece che un monarca o un legislatore"⁶⁵.

Ma fu proprio in Germania, secondo Hayek, che iniziò il declino di quell'idea (e lo stravolgimento del senso di espressioni quali 'governo della legge' o *Rechtsstaat*). Benché i prodromi di questo fenomeno si trovino già nelle teorie di Hobbes, Bentham e Austin, nello storicismo, il 'movimento del diritto libero' e 'la giurisprudenza degli interessi', secondo Hayek il principale artefice della distruzione del liberalismo classico e del concetto del governo della legge fu Hans Kelsen⁶⁶.

Il positivismo giuridico si era già affermato grazie agli sforzi di Bergbohm, ma la sua fortuna è dovuta alla formulazione che ne fece Kelsen elaborando una *reine Rechtslehre* su basi filosofiche consistenti.

Il nucleo essenziale della teoria giuridica positivista è dato dal capovolgimento del fondamentale problema della legittimità. Se per secoli si erano cercate giustificazioni etiche, giuridiche (o metagiuridiche, come il concetto di *rule of law*) al potere (*ergo*, alla forza), "con le teorie positivistiche si va facendo strada la tesi che solo il potere effettivo è legittimo"⁶⁷.

A nulla valgono i tentativi di imbrigliare uno "Stato infinitamente molesto"⁶⁸ e tentacolare mediante il ricorso a principi metagiuridici: la legge è 'ciò che piace al principe'. Il diritto è solo quello posto dal legislatore, che promana dalla volontà umana. L'esistenza di una norma positiva è sinonimo,

⁶⁴ Sulla relazione tra l'Hannover, in cui sorse il movimento teoretico che portò all'idea di *Rechtsstaat*, e l'Inghilterra, si veda F. A. von Hayek, *La società libera*, cit., p. 537, nota 26.

⁶⁵ Ivi, p. 234.

⁶⁶ Su Kelsen si veda N. Bobbio, *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, E. S. I., Napoli 1992.

⁶⁷ N. Bobbio, *Stato, governo, società: frammenti di un dizionario politico*, cit., p. 82.

⁶⁸ L'espressione è di Jorge L. Borges. J. L. Borges, *Otras inquisiciones*, Emecé, Buenos Aires 1960; trad. it. *Altre inquisizioni*, Feltrinelli, Milano 1999, p. 41.

per Kelsen, della sua validità, e “un’ autorità di fatto costituita è il governo legittimo”⁶⁹: in questo modo per Hayek il positivismo kelseniano è diventato il supporto ideologico del socialismo, ma anche dei poteri illimitati della democrazia⁷⁰.

Secondo Kelsen, che ci piaccia o no, anche lo Stato sovietico o il *Reich* hitleriano sono, in quanto ordinamenti giuridici, ‘Stati di diritto’. E’ evidente la differenza tra questo concetto di *Rechtsstaat* e quello humboldtiano o ‘jeffersoniano’⁷¹ (analoghi, per Hayek) di ‘Stato di diritto’.

Secondo Hayek il positivismo giuridico è un’espressione della fallacia costruttivistica, in quanto afferma che l’ordinamento giuridico può essere modificato a piacimento del legislatore, utilizzando la coercizione senza limiti, per perseguire qualsiasi fine particolare. Contro la *fable convenue* di un diritto interamente creato dal legislatore, la cui legittimità poggia sulla fantomatica *Grundnorm*, Hayek ‘schiera’ una teoria del diritto⁷² e dello Stato secondo la quale il legislatore conferisce validità ad un diritto che non ha creato, e che si fonda su principi metagiuridici, primo fra tutti la libertà. Con una fondamentale conseguenza: tutte le volte che il legislatore vorrà modificare l’ordinamento giuridico egli “non potrà emanare le norme che preferisce, ma sarà vincolato dai requisiti di quella parte del sistema che gli è dato. In altri termini, *l’intero complesso di norme di fatto osservate in una società determina quale norma particolare sia razionale applicare o si dovrebbe applicare*”⁷³. Tutto questo al fine di far fronte a quello che un grande scrittore argentino ha definito “il più urgente dei problemi della nostra epoca”⁷⁴, la

⁶⁹ N. Bobbio, *Stato, governo, società: frammenti di un dizionario politico*, cit., p. 82.

⁷⁰ Naturalmente il dibattito sulla natura assiologica oppure realistica delle teorie kelseniane (e sulle responsabilità di Kelsen per le catastrofi di questo secolo: penso, per l’Italia, alla riflessione di Capograssi) è apertissimo. Si veda N. Bobbio, *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, cit.

⁷¹ Le parole di T. Jefferson citate da Hayek sono chiarissime nel definire il concetto di *rule of law*: “il governo libero è fondato sulla diffidenza, non sulla fiducia; ed è la prima, non la seconda a prescrivere costituzioni limitate per vincolare quelli a cui siamo obbligati ad affidare il potere”. Cfr. F. A. von Hayek, *La società libera*, cit., p. 280.

⁷² Che è sostanzialmente la teoria della *rule of law*, con la particolarità che la teoria di Hayek ha basi epistemologico-gnoseologiche.

⁷³ F. A. von Hayek, *Legge, legislazione e libertà*, cit., p. 248.

⁷⁴ J. L. Borges, *op. cit.*, p. 41.

graduale intromissione dello Stato negli atti dell'individuo: un male "i cui nomi sono comunismo e nazismo"⁷⁵.

⁷⁵ *Ibid.*