

BRUNO LEONI E IL DIRITTO GIURISPRUDENZIALE

di Giuseppe Portonera

1. *Rileggere Freedom and the Law sullo sfondo della controversia sul metodo giuridico*

La cornice delle seguenti riflessioni è quella che segna una rilettura in esito della quale l'opera non appare solo come testimonianza della fase storica nella quale fu scritta, e che ben potrebbe ormai considerarsi conclusa, ma si proietta invece sulle questioni che pertengono il tempo del suo lettore. Nel caso di *Freedom and the Law*¹ di Bruno Leoni (1913-1967), ciò si spiega giacché l'argomento che ne è al centro – il rapporto tra legislazione e giurisdizione – è di interesse precipuo per il lettore giurista: quel rapporto è, infatti, oggi sottoposto a tensioni profonde, che conducono a interrogarsi sul ruolo dell'una e dell'altra funzione nell'organizzazione della società.

È ben noto, invero, che *Freedom and the Law* non è stato pensato per un pubblico italiano o anche solo europeo. Leoni lo scrisse, dopo il ciclo di conferenze californiano che ne rappresentò l'occasione, direttamente in inglese e, a quanto pare, non pensò nemmeno a una sua traduzione in italiano, “un po' per vezzosa anglofilia e un po' per pessimismo sulla possibilità che quel libro e quel messaggio venissero recepiti nel Belpaese”². Leoni era, però, un accademico di formazione

Dipartimento di Scienze Giuridiche. Università Cattolica del Sacro Cuore.

¹ Per la redazione di questo lavoro si è tenuta presente la più recente traduzione italiana di *Freedom and the Law*, pubblicato originariamente negli Stati Uniti nel 1961: B. LEONI, *La libertà e il diritto*, a cura di C. LOTTIERI e con un saggio introduttivo di R. CUBEDDU, Macerata, Liberilibri, 2024.

² A. MINGARDI, *Prefazione*, in R. CUBEDDU, *Scambio dei poteri e stato delle pretese*.

europea, e per di più immerso nella vita nazionale – e dunque nei suoi problemi – non solo come studioso, ma anche come professionista forense e come *public intellectual*. Risulta perciò difficile intendere *Freedom and the Law* come totalmente astratto dal retroterra culturale in senso ampio nel quale Leoni quotidianamente operava e, a monte, si era formato³. Per di più, nel momento in cui *Freedom and the Law* viene posto nel complesso della produzione di Bruno Leoni, si individuano più nitidamente le connessioni con le principali questioni che animavano il dibattito giuridico nazionale coevo alla pubblicazione del libro, ossia quello degli anni '50 e '60, e sulle quali, seppur non sempre esplicitamente, *Freedom and the Law* esprime una compiuta posizione.

La più importante di queste questioni è appunto rappresentata dalla controversia sul metodo giuridico, che la scienza giuridica europea (e privatistica in particolare) affronta, nel secondo dopoguerra, a partire da una presa di coscienza dell'unilateralità del metodo dogmatico tramandato dalla scuola pandettistica, del quale la teoria del diritto kelseniana – il grande bersaglio polemico di Leoni – è stata la continuazione sul piano della teoria generale del diritto⁴.

Scritti su Bruno Leoni, Torino, IBL Libri, 2021, p. 8. Nella letteratura civilistica italiana, lo studio più approfondito del pensiero di Bruno Leoni si deve a M. GRONDONA, *Perché non possiamo non dirci 'leoniani', I. Il diritto come pretesa individuale: frammenti per una teoria (con uno sguardo su Tullio Ascarelli)*, in "Le Corti salernitane", n. 1-2, 2017, p. 46 sgg. Accenni significativi si trovano anche in S. MAZZAMUTO, *Tullio Ascarelli e Piero Calamandrei. Contrappunto novecentesco*, in "Europa e diritto privato", n. 1, 2020, p. 76-77.

³ "[N]e *La libertà e il diritto* Leoni s'indirizza [...] a un uditorio americano di orientamento liberale e libertario, spesso composto da economisti, a cui fa presente alcune questioni più facilmente riconoscibili se si è un giurista e si proviene dall'Europa continentale": C. LOTTIERI, *Diritto, giustizia e società nella filosofia sociale di Bruno Leoni*, in B. LEONI, "La libertà e il diritto", Macerata, Liberilibri, 2024, p. LXII (corsivo aggiunto). Un'approfondita biografia intellettuale di Bruno Leoni si legge grazie ad A. MASALA, *Il liberalismo di Bruno Leoni*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2003.

⁴ Cfr. L. MENGONI, *Prefazione*, in L. MENGONI, "Diritto e valori", Bologna, il Mulino, 1985, p. 5. Scrive Leoni che "l'insufficienza della dottrina kelseniana come teoria generale del diritto, e l'origine prima di tutte le oscurità e incongruenze di essa, sembra risiedere proprio nell'incapacità, dimostrata dal suo autore, a trasformare in problemi, nell'ambito della teoria, i postulati della dogmatica" (B. LEONI, *Oscurità e incongruenze nella dottrina kelseniana*, in B. LEONI, "Scritti di scienza politica e teoria del diritto", Soveria Mannelli – Treviglio, Rubbettino, Leonardo Facco editore, 2009, p. 317. Il volume è una ristampa, integrata con una prefazione di Giorgio Rebuffa, della raccolta curata da Mario Stoppino per le edizioni Giuffrè nel 1980).

Il primo livello di confronto critico con il kelsenismo riguarda il metodo quale elemento che regge la stessa attività giuridica, all'interno di un percorso che conduce alla soluzione di un caso concreto attraverso regole comunicabili intersoggettivamente⁵. Questo profilo, invero, non è diffusamente trattato in *Freedom and the Law*, nel quale lo stesso nome di Kelsen, se non ci inganniamo, ricorre peraltro appena un paio di volte. Viene da pensare che c'entri il tipo di pubblico cui Leoni si era rivolto durante le sue conferenze, il quale era composto principalmente da economisti o scienziati politici che – con l'ovvia eccezione di Hayek – probabilmente avevano una conoscenza scarsa di ciò che il kelsenismo aveva significato sul piano di una tecnica giuridica che si voleva “pura” (*Reine*) in quanto astratta dal retroterra della giustificazione politica (e morale) delle decisioni.

La controversia novecentesca sul metodo è anche – in una certa misura può dirsi: soprattutto – una controversia sulle fonti del diritto e, dunque, sui modi della *creazione* del diritto, onde di essa si coglie un valore di attualità che trascende l'attenzione, pur dovuta, per la storia del pensiero giuridico. Questo profilo, al contrario del primo, è dominante in *Freedom and the Law*, e rende ragione dell'interesse che la sua (ri)lettura suscita, come si segnalava in principio di questo paragrafo. Nell'immediato dopoguerra, l'opposizione al riduzionismo concettuale del diritto alla legge positiva, peraltro messa al riparo da un sindacato di validità che non fosse puramente formale, è stata anzitutto sviluppata dagli ambienti cattolici, che hanno proposto una rivalutazione della tradizione del diritto naturale. Leoni prende nota di questa “notevole reazione contro la indifferenza, dimostrata dalla dottrina kelseniana, nei confronti dei contenuti delle norme” e del “nuovo desiderio di teorizzare qualche contenuto del diritto che non si identifichi semplicemente col comando del più forte in un determinato ambito storico”⁶. Non però a questo tipo di critica può essere associato: egli non è interessato al recupero di una comunicazione tra il mondo delle norme e quello dei valori; il filo conduttore della sua riflessione, come dipanata in *Freedom and the Law*, è invece rappresentato dalla difesa di quella “certezza” che costituisce “la specifica eticità” del diritto, come

⁵ Cfr., da ultimo, G. CHRISTANDL, *Percorsi metodologici della civilistica italiana. Una breve storia a partire dal XIX secolo*, in “Rivista di diritto civile”, n. 1, 2020, p. 43-44.

⁶ B. LEONI, *Oscurità e incongruenze nella dottrina kelseniana*, cit., p. 300.

è stato detto⁷, ma che egli ritiene illusoria in un sistema giuridico a trazione legislativa. “Mentre la legislazione è quasi sempre *certa*”, scrive Leoni, “cioè precisa e riconoscibile, finché è in vigore, non si può essere mai certi che la legislazione in vigore oggi sarà in vigore anche domani. Il sistema giuridico incentrato sulla legislazione, comportando che altri – i legislatori – interferiscano ogni giorno con le nostre azioni, comporta anche la possibilità che essi possano cambiare ogni giorno il loro modo di interferire. [...] La situazione paradossale del nostro tempo è che siamo governati da uomini non perché, come sosterebbe la classica teoria aristotelica, non siamo governati da leggi, ma perché *lo siamo*”⁸.

Leoni imposta pertanto la questione dei modi della *creazione* del diritto cercando riferimenti nella storia del diritto europeo (il ruolo dei giureconsulti nel diritto romano classico) e nella comparazione con il sistema giudiziale del *common law* inglese. Questo secondo riferimento è quello con il quale la proposta di Leoni (o, come egli stesso lo ha scherzosamente definito, il “modello Leoni”) viene comunemente identificata, ma – come si suggerirà di seguito – non per questo bisogna scendere in un’indebita riduzione: trascurare l’attenzione che Leoni riserva alla *scientia iuris* – e dunque appiattare il diritto giurisprudenziale in senso ampio sul solo diritto giudiziale – finisce infatti per impoverirne la riflessione e, soprattutto, per esporre quest’ultima alle stesse critiche che il suo autore ha rivolto al positivismo legislativo.

2. *Il diritto giurisprudenziale come diritto dei giuristi accademici e dei giudici nel discorso giuridico contemporaneo...*

Nel discorso giuridico foggiate dalla controversia novecentesca sul metodo, la qualifica del diritto come “giurisprudenziale” lo fa corri-

⁷ F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Milano, Giuffrè, 1968, p. 157 sgg. La questione è stata similmente posta da L. FULLER, *La moralità del diritto*, trad. it., Milano, Giuffrè, 1986, p. 106 sgg., ove appunto la certezza del diritto è assunta come componente necessaria di ciò che questo autore qualifica come *inner morality of law*. Su certi paralleli tra il pensiero di Fuller e quello di Leoni, v. A. PORCIELLO, *Principi dell’ordine sociale e libertà individuale. Saggio sulla giurisprudenza di Lon L. Fuller*, Pisa, Edizioni ETS, 2016, p. 89 sgg..

⁸ B. LEONI, *La libertà e il diritto*, cit., p. 11.

spondere all'insieme delle opinioni dei giuristi, onde al suo interno può farsi confluire sia il diritto cosiddetto giudiziale o giurisdizionale (la giurisprudenza in senso stretto), sia il diritto dottrinale o professorale, e cioè dei giuristi accademici⁹. Tale confluenza si giustifica per ciò che il diritto giudiziale e dottrinale hanno in comune in un ordinamento, come il nostro, di cosiddetta legge scritta: e cioè, anzitutto, per lo spiegarsi dell'uno e dell'altro mediante il riferimento a un dato positivo che è costituito dalla legge.

Così, la sentenza non ha valore di precedente nel senso forte della regola dello *stare decisis* tipico dei sistemi di *common law*: essa non spiega alcuna autorità decisoria nei confronti di casi diversi rispetto a quello che hanno formato oggetto della cognizione, giacché quell'autorità spetta solo alla norma generale e astratta posta dal legislatore¹⁰. Semmai, ove la sua argomentazione superi positivamente un vaglio di universalizzabilità, alla sentenza potrà riconoscersi “una *praesumptio hominis* di fondatezza (o giustezza)”¹¹, nel senso di seguirne l'interpretazione proposta per la soluzione di casi posteriori e analoghi, concorrendo così a promuovere il valore della certezza del diritto, che – leonianamente – può dirsi “di lungo termine”. Valore che, in maniera conseguente, suggerisce di attendersi il rovesciamento di tale interpretazione non già quando un successivo giudice ritenga *sic et simpliciter* di discostarsene – come pure sarebbe sua prerogativa, data l'esclusiva soggezione alla legge (art. 101 Cost.)¹² – ma perché questi ha potuto

⁹ Cfr. L. LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, Padova, CEDAM, 1981, p. 175. Sulle diverse accezioni del termine “giurisprudenza”, v. M. TARUFFO, *Giurisprudenza*, in “Enciclopedia delle scienze sociali”, Treccani, 1994, consultabile online: [https://www.treccani.it/enciclopedia/giurisprudenza_\(Enciclopedia-delle-scienze-sociali\)/](https://www.treccani.it/enciclopedia/giurisprudenza_(Enciclopedia-delle-scienze-sociali)/).

¹⁰ Cfr., tra i molti, N. IRTI, *Sulla relazione logica di con-formità (precedente e susseguente)*, in “Rivista di diritto processuale”, n. 6, 2017, p. 1544.

¹¹ L. MENGONI, *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, in L. MENGONI, “Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi”, Milano, Giuffrè, 1996, p. 104.

¹² Osserva infatti C. CASTRONOVO, *L'aporia tra ius dicere e ius facere*, in “Europa diritto privato”, n. 4, 2017, p. 986, che l'art. 101 Cost., “nel dichiarare il giudice soggetto soltanto alla legge, in negativo significa che esso non lo è ai precedenti”. Cfr. altresì R. SACCO, *Formante*, in “Digesto delle Discipline privatistiche”, Sezione Civile, VIII, Torino, UTET, 1992, p. 439: “qualora i precedenti giurisprudenziali riguardanti un problema dato si pongano in un contrasto visibile con il dettato legislativo, la loro solidità sarà minore, perché in qualunque momento si potrebbe profilare un ritorno alla lettera della legge”.

produrre motivi gravi e argomenti adeguati per il superamento del precedente. In quest'ottica, l'autorità "istituzionale"¹³ del precedente – fondata non sul fatto della decisione, ma sull'autorevolezza delle sue ragioni – si irradia nei confronti di tutto il sistema giuridico, sicché lo scarto che strutturalmente corre tra sistemi di *civil law* e di *common law* viene ad accorciarsi¹⁴.

Dal canto suo, la dottrina non è soggetta a un vincolo così stringente nei riguardi della legge come quello che si riscontra nei confronti dell'applicazione giudiziale della norma. Essa gode di una libertà di critica e di una capacità propositiva che non sono soltanto un risvolto della mancanza di autorità decisoria ma la cifra di un discorso autenticamente scientifico. Nondimeno, un fenomeno sociale diviene oggetto d'interesse del giurista – assume cioè la qualità di fatto giuridicamente rilevante – a partire dalle scelte che un dato ordinamento ha compiuto nei suoi riguardi, onde la dottrina, se non vuole scadere nel vizio dell'auto-referenzialità, è tenuta a misurare la propria elaborazione teorica proprio su quelle scelte¹⁵, che si identificheranno – in un ordinamento appunto di legge scritta – principalmente con i prodotti dell'attività legislativa.

¹³ G. GORLA, *Postilla su "l'uniforme interpretazione della legge e i tribunali supremi"*, in "Foro italiano", n. 5, 1976, V, c. 134 s., che riferisce invero tale qualità alla giurisprudenza interna alla Corte di cassazione, fondandola sull'art. 65 della legge sull'ordinamento giudiziario (r.d. 30 gennaio 1941, n. 12). Ma per l'estensione di tale portata anche nei confronti dei giudici di merito, v. ancora L. MENGONI, *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, cit., p. 104, nt. 34. Negli ultimi anni, il legislatore ha introdotto altre norme dalle quali si ricava una valorizzazione del "peso" del precedente, quali, ad esempio, l'art. 118 disp. att. c.p.c. e l'art. 360-bis c.p.c.

¹⁴ Diciamo "accorciato" perché, oltre all'ovvia constatazione per cui il nostro resta un sistema di cosiddetta legge scritta, mentre nel *common law* l'*overruling* può essere pronunciato solo dalla Corte cui può farsi risalire il precedente (e questa sarà tipicamente la Corte suprema), nell'ordinamento di *civil law* il giudizio di preferibilità circa il mantenimento del modello di decisione già sperimentato è decentralizzato o diffuso, spettando cioè a ciascun giudice che di volta in volta "maneggi" quel precedente. Cfr. U. MATTEI, *Precedente giudiziario e stare decisis*, in "Digesto delle Discipline privatistiche", Sezione Civile, XIV, Torino, UTET, 1996, p. 149. Sui criteri (e i problemi) dell'*overruling* nel sistema statunitense, in particolare, v. A. CONEY BARRETT, *Precedent and Jurisprudential Disagreement*, in "Texas Law Review", 2012-2013, p. 1711 s.

¹⁵ Sia consentito il rinvio alla nostra recensione a *Methodology in Private Law Theory. Between New Private Law and Rechtsdogmatik*, a cura di T. KUNTZ, P.B. MILLER, in "Jus", n. 1, 2024, p. 173, per un rilievo critico circa la tendenza, che si riscontra nella cultura specialmente statunitense, a concepire una divaricazione tra una teoria del diritto privato (e delle sue singole branche) e ciò che viene definita *doctrinal legal scholarship*.

Se le comunanze tra diritto giudiziale e diritto dottrinale fossero soltanto relative al loro modo di essere, e di porsi, rispetto alla legge, apparirebbe improprio – nel senso dell'eccessività – far confluire entrambi in un diritto giurisprudenziale che ne è, insieme, sintesi e superamento e, quindi, apertura verso qualcosa che sta oltre la sola applicazione della legge, come invece voleva l'idea classica che ci è stata tramandata dal pensiero illuministico. Tale idea non si può più proiettare sul tempo presente, nel quale il monopolio del legislatore sulla produzione del diritto, contro il quale si appuntavano le severe critiche di Leoni¹⁶, è ormai superato. Proprio perché nel discorso giuridico contemporaneo la rappresentazione dell'ordinamento non è più riducibile al solo dato legislativo, il diritto giurisprudenziale come insieme delle opinioni dei giuristi rende possibile quel processo di *Rechtsfortbildung* entro il quale si ammette anche l'introduzione nell'argomentazione di punti di vista diversi da quelli del legislatore storico e che vengono suggeriti da nuove premesse di decisione, socialmente più adeguate¹⁷.

Riconoscere questo innegabile dato di realtà non deve necessariamente tradursi in letture decostruzioniste dell'ordinamento, nelle quali cioè si ritenga di poter dispensare dal vincolo di soggezione alla legge che astringe, pur con differente intensità, dottrina e giurisprudenza (in senso stretto). E ciò perché legge e giurisprudenza (in senso ampio) restano ben differenti. Messe da un canto tutte le delicate questioni politiche e istituzionali che vengono in rilievo quando questa basilare differenza viene negata, resta il fatto che il giurista accademico non decide mai e il giudice decide soltanto il caso che ha davanti a sé, e nei limiti sostanziali e processuali con i quali si trova ad operare. Proprio in ciò si scorge l'ulteriore tratto che accomuna l'attività del giurista accademico e del giudice e che ne suggerisce, in modo più pregnante, l'unitaria comprensione nei termini di un diritto giurisprudenziale: questo è “un diritto a formazione dialogica”¹⁸, che non vale come puro atto di volontà ma come espressione di ragione giuridica.

¹⁶ Cfr. R. CUBEDDU, *Ripensare il diritto per tutelare la libertà*, in B. LEONI, *La libertà e il diritto*, Macerata, Liberilibri, 2024, p. XXVII-XXVIII.

¹⁷ Cfr. L. MENGONI, *Teoria generale dell'ermeneutica ed ermeneutica giuridica*, in “Ermeneutica e dogmatica giuridica”, cit., p. 20. Sulla *Rechtsfortbildung* si rinvia anche alle classiche pagine di K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin, Springer, 1983, p. 397 sgg.

¹⁸ L. LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, cit., p. 176.

Si pensi alla vicenda dell'art. 2059 c.c., che il legislatore storico aveva pensato, per un verso, come ripetizione dell'art. 185 c.p., e, per altro verso, come norma di chiusura del sistema di responsabilità civile, irrigidendo la "tipicità progressiva" dell'ingiustizia del danno nel senso della tassatività. Si deve proprio alla giurisprudenza in senso ampio la trasformazione di questa norma nel luogo nel quale la tutela ampia attribuita ai diritti della persona ci consente anzitutto di riconoscere questi ultimi e di valutarne l'eventuale conflitto con altrui diritti¹⁹.

Il diritto civile italiano offre un altro esempio indiscutibile del contributo che il diritto giurisprudenziale apporta alla costruzione dell'ordinamento: gli obblighi di protezione, ai quali è stata poi affiancata l'obbligazione senza prestazione o autonoma di protezione. Questa raffinata costruzione dottrinale, dialogicamente accolta dalla più avvertita giurisprudenza, ha consentito di assegnare una forma giuridica più adeguata rispetto all'indistinzione dell'illecito aquiliano a una serie di relazioni nelle quali, si potrebbe dire correggendo parzialmente il linguaggio metaforico di Leoni²⁰, si dà una *reciprocità* (più che uno *scambio* in senso proprio) di pretese individuali²¹ – che, nel caso di specie, si appuntano sull'evitare che la relazione divenga occasione di danno alle cose o alla persona²².

3. Segue. ... e nel pensiero di Bruno Leoni

Nel pensiero di Bruno Leoni, e in particolare nelle pagine di *Freedom and the Law*, la visione del diritto giurisprudenziale non è ancora

¹⁹ V., specificamente anche per le riflessioni in punto di metodo suggerite fin dal titolo dell'opera, C. CASTRONOVO, *Danno biologico. Un itinerario di diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1998, *passim*, ma spec. p. XI sgg., 56 sgg. Da ultimo, F. ZECCHIN, *Il danno non patrimoniale dal torto al contratto*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020, *passim*.

²⁰ C. LOTTIERI, *Alle origini della teoria del diritto come pretesa individuale. Da Widar Cesarini Sforza a Bruno Leoni*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", n. 1, 2011, p. 76.

²¹ Sulla teoria del diritto come scambio di pretese individuali, si rinvia allo stesso Leoni: *Il diritto come pretesa individuale*, in B. LEONI, "Il diritto come pretesa individuale", a cura di A. MASALA, Macerata, Liberilibri, 2004, p. 119 sgg.

²² Sul punto, anche per i riferimenti alla dottrina e alla giurisprudenza, A. NICOLUSSI, *Responsabilità da contatto sociale qualificato*, in "Enc. dir. – I tematici", VII, *Responsabilità civile*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2024, p. 1076 s.

filtrata dagli sviluppi della controversia sul metodo. Il libro è stato del resto pubblicato in un torno di tempo nel quale la riflessione metodologica che si è aperta con la crisi del positivismo legislativo aveva già espresso il suo attacco problematico, ma non aveva ancora raggiunto la composizione di un nuovo equilibrio. Peraltro, risulta che già sul finire degli anni '40 Leoni avesse coltivato l'idea di recuperare la tradizione del diritto giurisprudenziale premoderno, di derivazione romana e medievale²³, integrandola con il richiamo all'esperienza giudiziaria inglese di *common law*²⁴.

Per quel che più ci interessa, può sottolinearsi che in *Freedom and the Law* Leoni non ignora la questione dell'integrabilità della sua proposta in un quadro giuridico e culturale, come quello italiano ed europeo-continentale in generale, profondamente mutato rispetto al tempo romano e medievale o profondamente diverso dall'ordinamento inglese, lasciandola però in sospeso²⁵. Ciò si spiega, crediamo, per due motivi. Il primo è relativo all'impostazione scientifica: Leoni ripete, in più luoghi della sua produzione, che il filosofo del diritto è autorizzato a muoversi con maggiore libertà rispetto ai giuristi "positivi", i quali – afferma proprio Leoni citando Bacone – “parlano come se fossero vincolati”²⁶. Il secondo – ed è, riteniamo, il motivo di maggior peso specie in *Freedom and the Law* – è di tipo politico in senso ampio o meglio polemico: Leoni appare più interessato a proporre una dottrina normativa, che traduca cioè in termini giuridici una teoria politica spic-

²³ In quella tradizione l'autorità dei giuristi era considerata fonte del diritto in senso pieno, secondo l'insegnamento che può farsi risalire a Papiniano: *Ius autem civile est quod ex legibus, plebis scitis, senatus consultis, decretis principum, auctoritate prudentium venit.*

²⁴ Così si ricava dalla lettura della dispensa del corso di filosofia del diritto che egli tenne, nell'Università di Pavia, nell'A.A. 1948-1949, ora ripubblicata come B. LEONI, *Il pensiero antico. Lezioni di filosofia del diritto*, a cura di A. MASALA, Torino, IBL Libri, 2021, spec. p. 213 sgg.

²⁵ Cfr. B. LEONI, *La libertà e il diritto*, cit., p. 206-207.

²⁶ B. LEONI, *La libertà e il diritto*, cit., p. 3. La citazione è priva di riferimento bibliografico., per il quale si rinvia a F. Bacon, *De Dignitate et Augmentis Scientiarum*, in *The Works of Francis Bacon*, London, W. Pickering, 1819, vol. VII, lib. VIII, ch. III, 438–439: “Qui de legibus scripserunt, omnes, vel tamquam philosophi, vel tamquam jurisconsulti, argumentum illud tractaverunt. Atque philosophi proponunt multa, dictu pulchra, sed ab usu remota. Jurisconsulti autem, suae quisque patriae legum, vel etiam Romanarum, aut Pontificiarum, placitis obnoxii et addicti, iudicio sincero non utuntur, sed tamquam e vinculis sermocinantur” (corsivo aggiunto).

catamente libertaria²⁷, alla quale si attaglia, per riprendere l'osservazione dell'allievo Stoppino, la qualifica di "individualismo integrale"²⁸. Ciò che muove il nostro autore è cercare un modello di organizzazione dell'ordinamento giuridico che sia alternativo a quello corrente nell'Europa continentale, giacché quest'ultimo è reputato, quantomeno in linea di massima, incompatibile con la libertà individuale, anzitutto perché inidoneo ad assicurare la certezza del diritto e dunque, con Weber, la prevedibilità e calcolabilità giuridica delle condotte umane.

Il diritto giurisprudenziale di Leoni è, pertanto, un diritto sottratto a quel vincolo della legge, per tale intendendo la legge positiva, di cui si è detto. Esso assomiglia più a "una massa normativa *esterna* rispetto al diritto legale"²⁹, con il quale è persino posto in rapporto di alternatività: mentre nel discorso giuridico che abbiamo ereditato dal secondo novecento il diritto giurisprudenziale lavora con la legge positiva, interpretandola e perciò "perfezionandola", per Leoni questo diritto dovrebbe intervenire su terreni non ancora "colonizzati" dalla legislazione o da quest'ultima liberati, in un contesto di generale riduzione degli ambiti appunto fatti oggetto di una disciplina positiva. È interessante notare che questa visione del diritto giurisprudenziale è stata, negli anni più recenti, promossa anche da studiosi che, pur di cultura diversa da quella di Leoni, hanno manifestato una simile impronta critica nei confronti dei pilastri fondamentali del moderno Stato di diritto, a partire dalla separazione o divisione dei poteri e dal principio di legalità³⁰. L'idea di un diritto giurisprudenziale che si sviluppi indipendentemente dalla legge, quando non addirittura antagonisticamente nei suoi riguardi, sembra aver quindi guadagnato nuovo respiro.

Ora, non è dubbio che porre un freno all'inflazione legislativa sia

²⁷ Cfr. M. BARBERIS, *Introduzione*, in B. LEONI, "Il diritto come pretesa individuale", cit., p. XXXI-XXXII.

²⁸ M. STOPPINO, *L'individualismo integrale di Bruno Leoni*, in "Il Politico", n. 4, 1979, p. 589 sgg. Sempre Stoppino (*Potere e potere politico nel pensiero di Bruno Leoni*, in "Il Politico", n. 1, 1969, p. 66) ha sottolineato che anche nel Leoni scienziato politico la teoria della politica quale *dovrebbe essere* (concezione prescrittiva) tende a sovrapporsi con ciò che la politica è (concezione descrittiva).

²⁹ L. LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, cit., p. 177.

³⁰ V., su tutti, P. GROSSI, *A proposito de 'il diritto giurisprudenziale'*, in ID., "Oltre la legalità", Bari-Roma, Laterza, 2020, p. 111 sgg. Nella dottrina civilistica, si può richiamare, esemplarmente, N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, Giuffrè, 2017, *passim*.

un auspicio condivisibile, giacché – come ogni fenomeno inflattivo – anche questa finisce per danneggiare il valore del bene sulla quale insiste. Meno certo è, invece, che modalità alternative di risposta alla domanda di “giurificazione” dei rapporti sociali siano più idonee della legislazione a garantire certezza sul lungo periodo, quantomeno se si pone mente al loro inveramento storico. D’altronde, il modello che Leoni ipotizzava – una giurisdizione a base volontaria e decentralizzata, sostanzialmente assimilabile all’arbitrato³¹ – è rimasto privo di riscontri su larga scala³², sicché quella domanda di “giurificazione”, quando non soddisfatta dalla legge, è ancora soprattutto intercettata dal classico sistema di giustizia pubblica (peraltro nel frattempo ramificatosi a livello sovranazionale, come nel caso della Corte di giustizia europea, o addirittura strutturatosi in modo indipendente da un riconoscibile potere sovrano, come nel caso della Corte europea dei diritti dell’uomo).

Anche per questa consapevolezza storica, risulta più agevole seguire una declinazione dell’impostazione di Leoni che sia collocata sul piano della conoscenza, cioè – come è stato suggerito – di “una teoria evolucionistica del diritto e delle altre istituzioni sociali”³³. Sotto questa luce, viene anche a stemperarsi – senza per questo eliminarsi – la contrapposizione tra processi cosiddetti spontanei di formazione del diritto e processi invece sviluppati nelle forme politiche legittimate dalla rappresentanza democratica. Facendo ancora una volta riferimento alla storia del diritto europeo, Leoni ha valorizzato l’attività di *Rechtsfindung* che i giuristi hanno compiuto per secoli a partire dall’interpretazione del *Corpus iuris civilis*, il quale non poteva considerarsi fonte legislativa nel senso moderno del termine, se non per il tramite della mediazione giurisprudenziale³⁴. Per Leoni, tale attività provverebbe che “*la legge scritta in se stessa non è sempre necessariamente legislazione, e cioè legge decretata*”³⁵, giacché il *Corpus iuris* giustiniano, per effetto della lettura e dell’applicazione fattene dai giuristi, aveva

³¹ B. LEONI, *La libertà e il diritto*, cit., p. 202 sgg..

³² In Italia, per esempio, si è recentemente rilevata (A. ROMANO, *Diritto dell’arbitrato rituale*, Torino, Giappichelli, 2023, p. 33) un’ancora debole diffusione dell’arbitrato, spiegata – più che per inciampi, per così dire, normativi – con riferimento al contesto sociale e di mercato.

³³ Così M. BARBERIS, *Introduzione*, cit., p. XXXI.

³⁴ Cfr. C. CASTRONOVO, *L’aporia tra ius dicere e ius facere*, cit., p. 996-997.

³⁵ B. LEONI, *La libertà e il diritto*, cit., p. 162.

assunto contenuti indipendenti dalla volontà del legislatore storico e ritrovati – ecco appunto la *Rechtsfindung* – nelle circostanze di volta in volta sottoposte all’attenzione dello studioso o del giudice. Trasportata nella contemporaneità, e tenendo conto dell’istanza anti-legislativa di Leoni, questa affermazione potrebbe suonare opinabile, nella misura in cui sembra sanzionare un omaggio meramente formale alla lettera della legge scritta – al *significante*, cioè – lasciando che il suo *significato* sia liberamente, se non arbitrariamente, fissato da chi è chiamato ad applicare quella legge. Ma se essa viene letta nel contesto dei guadagni che dobbiamo ai migliori sviluppi della controversia novecentesca sul metodo giuridico, vi si può scorgere un’importante rivalutazione dell’attività giurisprudenziale in senso ampio, la quale si muove non soltanto tra il generale della norma astratta e il particolare del caso da decidere, ma anche tra il passato che è il momento nel quale quella norma è stata posta e il presente, con la sua eccedenza *problemica*, nel quale si spiega l’opera quotidiana del giurista.

4. *Per non scivolare dal positivismo legislativo in un positivismo giudiziario*

In conclusione, e ricollegandoci con ciò a quanto rilevato in apertura di questo scritto, è opportuno evidenziare che in *Freedom and the Law* Leoni non (si) nasconde la possibilità che una sostituzione *sic et simpliciter* della legislazione con la giurisdizione conduca alla “reintroduzione del processo legislativo sotto una veste giudiziaria”³⁶, senza però – aggiungiamo noi – quelle garanzie che circondano il primo, a partire dalla sottoposizione regolare al giudizio popolare. Leoni è, in particolare, sospettoso dell’autorità delle Corti supreme, i cui precedenti vincolanti assomigliano in una certa misura ai prodotti dell’attività legislativa, sicché se questi dovessero essere esposti a un *overruling* improvviso o continuo, si tornerebbe nuovamente a una certezza del diritto soltanto di “breve termine”. A tal proposito, egli fa anche riferimento alla possibilità di introdurre correttivi istituzionali, facendo l’esempio della richiesta dell’unanimità dei membri della corte

³⁶ B. LEONI, *La libertà e il diritto*, cit., p. 208.

posta al vertice del sistema giudiziario per rovesciare un precedente consolidato, anche in materia di interpretazione della costituzione³⁷. Invero, Leoni sembra ritenere che la migliore garanzia venga dalla natura tipicamente “secondaria” del diritto giudiziale come fonte del diritto. I giudici, scrive il nostro autore citando un passaggio da *Law in the Making* del giurista inglese Carleton Kemp Allen, ““fanno” il diritto solo in senso secondario, come un uomo che taglia un albero in ceppi ha in un certo senso “fatto” i ceppi””³⁸: mentre il potere legislativo può elaborare un materiale giuridico del tutto nuovo, il potere creativo delle corti sarebbe limitato da materiale esistente a loro disposizione. L’esperienza storica, come già osservato, ci mostra che le cose non stanno proprio così, al punto che viene da chiedersi se Leoni avrebbe apprezzato il diritto di origine giudiziaria che abbiamo imparato a conoscere³⁹.

Il vero è che ogni potere lasciato a se stesso degenera. Se non si vuole scivolare dal positivismo legislativo in un positivismo giudiziario, è perciò necessario tornare alla questione dei *checks and balances*. Con ciò non intendiamo tanto fare riferimento alla conservazione del tradizionale equilibrio tra poteri dello Stato, che è aspetto delicatissimo sul quale pesa molto anche il senso di responsabilità dei rappresentanti dei poteri medesimi, bensì insistere sull’importanza di non ridurre il diritto giurisprudenziale al suo solo momento giudiziale e, di conserva, sul ruolo della scienza giuridica come altro – e necessario – termine di quel diritto. La dottrina non è collocata soltanto tra il legislatore e la giurisdizione, ma anche tra quest’ultima e la realtà sociale, trovandosi così nella posizione per compiere una verifica di adeguatezza delle decisioni giudiziali rispetto al tutto dell’ordinamento, e perciò potendone denunciare l’eventuale straripamento. In questo modo, il sapere tecnico di cui è custode la dottrina si rigiustifica in senso politico-istituzionale, badando che la giurisprudenza in senso ampio “crei” diritto sempre in modo “secondario”, come opportunamente ammoniva Leoni.

³⁷ B. LEONI, *La libertà e il diritto*, cit., p. 211.

³⁸ B. LEONI, *La libertà e il diritto*, cit., p. 220.

³⁹ È la domanda che si pone anche N. ZANON, *Tra giurisdizione e legislazione. Leggendo La libertà e la legge di Bruno Leoni*, in “Quaderni costituzionali”, n. 1, 2018, p. 261-262.

Abstract - This paper reinterprets Freedom and the Law by Bruno Leoni within the framework of the 20th-century debate on legal methodology. It explores Leoni's critique of legislative positivism and his advocacy for jurisprudential law, emphasizing the tension between legislation and adjudication. The analysis delves into Leoni's nuanced understanding of jurisprudential law, which encompasses both judicial decisions and academic legal scholarship. Unlike the rigid structure of statutory law, jurisprudential law evolves dialogically, reflecting a continuous interaction

between *judges, scholars, and societal changes*. *This study also critically assesses the limitations of Leoni's model, particularly his skepticism towards judicial supremacy and his underestimation of the complexities involved in maintaining checks and balances within a jurisprudential system. By contextualizing Leoni's ideas in the broader methodological controversies of his time, this paper highlights their relevance to contemporary legal theory, especially in discussions about the sources of law and the role of legal scholarship in shaping judicial reasoning.*