

BRUNO LEONI: L'ORDINE SPONTANEO E IL PROBLEMA DEL POTERE

di Nicola Rizzo

La tesi

Questo breve intervento si propone di esaminare criticamente la filosofia del diritto di Bruno Leoni con particolare riguardo a tre dimensioni interconnesse: la formazione della regola giuridica attraverso la pretesa; la rappresentazione delle fonti del diritto come ordine spontaneo emergente dal contraddittorio processuale; la concezione di liberalismo politico sottesa a questa costruzione teorica¹.

La tesi che intendo sostenere è duplice, prendendo in esame sia la struttura dell'ordine giuridico che emerge dalle pagine di Leoni, sia la sua efficacia in un rapporto mezzo a fine con gli obiettivi che si prefigge o, se si preferisce, con i valori che assume. Quindi, in primo luogo, la teoria leoniana del diritto come pretesa, pur cogliendo in modo convincente nella dimensione giurisdizionale la trama di un ordine spontaneo del giuridico, risulta descrittivamente incompleta ed epistemicamente inadeguata poiché oblitera, sistematicamente, la dimensione politico-costitutiva del diritto. Il secondo punto della tesi guarda, invece, all'attuale contesto tecnologico e ambientale, caratterizzato da poteri infrastrutturali privati ed esternalità sistemiche. In tale contesto, la realizzazione della libertà individuale – valore fondamentale per Leoni – richiede proprio la regolazione, quindi quelle fonti di diritto positivo che la sua teoria intendeva, invece, minimizzare.

Dipartimento di Giurisprudenza. Università degli Studi di Pavia.

¹ V., in particolare, B. LEONI, *Freedom and the Law*, Princeton, 1961, trad. it. di M.C. Pievatolo, *La libertà e la legge*, Macerata, Liberilibri, 1994, con *Introduzione* di R. CUBEDDU, p. IX sgg. Cfr., anche, la più recente trad. it. di C. Lottieri, *La libertà e il diritto*, Liberilibri, 2024, con un *Saggio introduttivo* di R. CUBEDDU, p. IX sgg..

1. *La pretesa dell'ordine spontaneo: una trama della formazione del diritto*

Assumendo la libertà individuale quale valore fondamentale da perseguire e mantenere, Leoni identifica nella regola che si forma nel processo – quindi nel contraddittorio delle parti e all'esito dello stesso – la forma giuridica più congeniale alla realizzazione di tale postulato assiologico². In questa prospettiva, dunque, la “norma”, associata nella cultura giuridica continentale agli attributi della generalità e dell'astrattezza, deve cedere il passo alla “regola”, termine più adatto a qualificare il comando che promana dalla giurisdizione e si rivolge, in prima battuta, alle parti del processo. La forma giuridica più congeniale alla libertà non presenta, dunque, né il carattere della generalità né quello dell'astrattezza, attributi considerati non come garanzia di eguaglianza bensì quali espressioni di una pianificazione centrale, in quanto tale liberticida e costitutivamente incapace di cogliere la complessità del reale, quindi inefficiente.

Così, il diritto della libertà è la regola di formazione giurisprudenziale che risolve il conflitto tra privati o, in ogni caso, tra parti poste in posizione di parità. Coerente con questa premessa, è la formulazione, da parte di Leoni, di una teoria del diritto come pretesa³.

L'identificazione della pretesa come motore del diritto non può che trovare, *prima facie*, il favore del civilista: quando per la prima volta viene riconosciuto il risarcimento del danno da lesione del credito da parte di terzi, o il diritto all'interruzione di cure vitali, un'adozione in casi particolari – ma anche una garanzia per la difesa nel processo penale – l'impulso alla produzione del “nuovo” diritto è, senza dubbio, la pretesa, a prescindere dal fatto che tra gli argomenti che costruiscono la so-

² Cfr. LEONI, *La libertà e la legge*, cit., p. 67 ss. Spiega LEONI, *op. ult. cit.*, p. 118: “L'aspetto della legislazione afferrato subito dai teorici non meno che dalla gente comune è il fatto che le norme sono imposte a tutti, anche a coloro che non hanno mai partecipato alla loro formazione e che possono non averne mai avuto notizia. Questo aspetto distingue la legge da una decisione pronunciata da un giudice in un caso sottopostogli dalle parti. La decisione può essere imposta, ma non automaticamente, cioè senza la collaborazione delle parti interessate o almeno di una di esse”.

³ B. LEONI, *Obbligo e pretesa nella dogmatica, nella teoria generale e nella filosofia del diritto*, in B. LEONI, “Scritti di scienza politica e teoria del diritto”, Soveria Mannelli, Treviglio, Rubbettino, Leonardo Facco Editore, 2009, p. 339 sgg..

luzione raggiunta via sia, o meno, l'interpretazione di una disposizione di legge scritta⁴.

Merita sottolineare, inoltre, che la costruzione dell'ordinamento giuridico a partire dalla pretesa ne descrive e preconizza una struttura decentralizzata, sostanzialmente corrispondente – secondo un'analogia basilare per Leoni e per Hayek – alla formazione dei prezzi nel mercato concorrenziale. Si tratta di un meccanismo spontaneo, quindi, in cui la pretesa a un certo riconoscimento giuridico riflette quello stesso tipo di conoscenza diffusa che esprime il sistema dei prezzi⁵. Del resto, procedendo dalla teoria generale al particolare della micro-osservazione della storia di una determinata pretesa, si può obiettivamente conoscere diacronicamente il percorso di mentalità, credenze, preferenze diffuse nella società, fino alla sanzione della loro giuridica rilevanza nell'accoglimento della domanda giudiziale che se ne fa portatrice. Il diritto appare, così, come sedimentazione storica di sapienza pratica, che emerge dal basso dell'interazione ripetuta di attori privati. Di conseguenza, il processo diviene il luogo privilegiato di emersione del diritto, non come mera applicazione di norme preesistenti, ma come scoperta progressiva di soluzioni giuridiche attraverso il confronto dialettico delle pretese contrapposte.

Del tutto coerente con queste premesse risulta, pertanto, la critica di Leoni a Kelsen⁶, tutta centrata sulla mancanza di fondamento della *Grundnorm* kelseniana, sospesa in un vuoto che il nostro autore ritiene di poter colmare con il diritto giurisdizionale e sapienziale, sedimentatosi storicamente nel contraddittorio sul fatto di parti poste in posizione di parità. A ben vedere, una critica della teoria di Leoni dall'interno, che si muova cioè nella sua stessa logica condividendone i presupposti, dovrebbe sfidare l'ordine spontaneo delle pretese con un positivismo di matrice dif-

⁴ Cfr. M. GRONDONA, *Perché è non possiamo non dirci 'leoniani'. Il diritto come pretesa individuale: frammenti per una teoria (con uno sguardo su Tullio Ascarelli)*, in "Le corti salernitane", 2017, p. 46 sgg.

⁵ Cfr. C. LOTTIERI, *Le ragioni del diritto. Libertà individuale e ordine giuridico nel pensiero di Bruno Leoni*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2006, in particolare p. 13 sgg., p. 100 sgg., p. 273 sgg..

⁶ B. LEONI, *Oscurità e incongruenze nella dottrina kelseniana del diritto*, in B. LEONI, *Scritti di scienza politica e teoria del diritto*, cit., p. 299 sgg.; H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Wien, Mohr Siebeck, 1960, trad. it. a cura di M.G. Losano, *La dottrina pura del diritto*², Torino, Einaudi, 1990.

ferente da quello di Kelsen, ordinato dalla *rule of recognition* di Hart⁷, inserendo, così, quelle pretese in un tessuto istituzionale preesistente che ne condiziona l'elaborazione e l'eventuale accoglimento⁸.

La teoria di Leoni presenta una lacuna fondamentale di natura costitutiva: l'incapacità di distinguere analiticamente tra pretese che operano entro un quadro giuridico dato e pretese che ridefiniscono quello stesso quadro. Quando la pretesa portata in giudizio non corrisponde alla consolidata costruzione della fattispecie, ma implica l'inedito riconoscimento di un diritto o di un interesse meritevole di protezione, con effetti inevitabilmente *erga omnes*, la forma giurisdizionale può farsi portatrice di una decisione politica.

In altre parole, il diritto delle corti non esprime, soltanto, l'esito della stratificazione concettuale sedimentatasi su una determinata questione in sede teorica e pratica; ma può anche rappresentare una decisione che si ponga come il precipitato di un conflitto tra valori o interessi contrapposti: basti pensare, per fare soltanto alcuni esempi, al riconoscimento della facoltà di interrompere la gravidanza o del diritto di prelazione legale sulle terre coltivate, intervenendo in un caso su una questione di principio e nell'altro in materia di *policy*.

Decisioni di questo tipo, a seconda delle circostanze storiche e del tipo di ordinamento giuridico in cui si collocano, sono state assunte tanto in sede giurisdizionale quanto in sede legislativa, senza, peraltro, che si possa associare meccanicamente la prima forma di decisione agli ordinamenti di *common law* e il secondo tipo ai sistemi di legge scritta.

La notazione assume rilievo in relazione al pensiero di Leoni sotto due profili.

Considerato come questi metta in dubbio la coerenza del principio di maggioranza con l'imperativo della tutela della libertà individuale⁹; e considerato inoltre come, proprio nel contestato principio di maggioranza, si rinvenga – tanto nell'assemblea parlamentare quanto in quella di una società per azioni – il presupposto legittimante della decisione nei

⁷ H.L.A. HART, *The Concept of Law*³, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 100 sgg..

⁸ Su questi temi sia consentito rinviare, anche per maggiori riferimenti bibliografici a N. RIZZO, *Note minime sull'uso dei principi costituzionali nel diritto dei contratti, rileggendo Dworkin e Hart*, in "Rivista di diritto civile", 2019, p. 912 sgg..

⁹ B. LEONI, *Decisioni politiche e regola di maggioranza*, in B. LEONI, "Scritti di scienza politica e teoria del diritto", cit., p. 123 sgg..

confronti dei dissenzienti; ci si chiede, muovendosi in questa stessa logica, quale legittimità abbia per la parte soccombente un provvedimento giurisdizionale che risolva, a suo sfavore, un conflitto sorto tra valori o interessi divergenti, ergendosi neppure sul contestato principio di maggioranza ma, semplicemente, su un dispositivo giuridico di attribuzione di potere alla corte¹⁰.

Il secondo profilo riguarda il valore euristico della pretesa come categoria ordinante del sistema giuridico: se la decisione risolve una questione che è al centro di un conflitto sociale, la pretesa appartiene al dominio della politica, non a quello del diritto. Così è quando l'attribuzione del diritto avviene per via legislativa, trasformando il consenso sociale coagulatosi attorno a una determinata domanda in un diritto sanzionato dalla legge; così è, parimenti, nell'ipotesi del riconoscimento per via giudiziale di una pretesa, la cui politicità – nella chiave del conflitto e del potere di decidere su di esso – non può essere obliterata.

Il ragionamento sulla pretesa giuridica, se condotto in astratto, si ri-

¹⁰ Cfr. R. DWORKIN, *Taking rights seriously*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1977, trad. it. *I diritti presi sul serio*, Bologna, il Mulino, 2010, pp. 133-134: “La nota idea in base alla quale la funzione giudiziaria deve essere subordinata alla legislazione è sorretta da due obiezioni contro la creatività giudiziale. La prima sostiene che una comunità dovrebbe essere governata da persone elette da una maggioranza e responsabili nei confronti di essa. [...] La seconda obiezione sostiene che se un giudice crea nuovo diritto e lo applica retroattivamente al caso che ha di fronte, allora la parte soccombente sarà punita non perché abbia violato un proprio dovere preesistente, ma perché ha infranto un dovere nuovo creato *ex post facto*. Questi due argomenti si combinano per sostenere l'ideale tradizionale secondo cui la funzione giudiziaria dovrebbe essere il meno innovativa possibile. Tuttavia essi offrono obiezioni più efficaci contro le decisioni giudiziali prodotte attraverso considerazioni di *policy* che contro quelle generate da un principio. La prima obiezione, secondo la quale il diritto dovrebbe essere prodotto da funzionari eletti e responsabili, sembra ineccepibile se pensiamo al diritto come a una politica, cioè come a un compromesso tra i diversi scopi e obiettivi degli individui nella ricerca del benessere della comunità nel suo insieme. Non è affatto chiaro in che modo i confronti interpersonali di preferenze e utilità attraverso i quali si dovrebbe poter arrivare in modo oggettivo a tali compromessi abbiano anche solo un significato nella teoria, ma di certo nessun calcolo simile è possibile nella pratica. Le decisioni politiche devono perciò essere prese attraverso qualche processo politico progettato per produrre un'accurata formulazione dei differenti interessi che dovrebbero essere presi in considerazione. Il sistema politico della democrazia rappresentativa può funzionare solo in parte a questo scopo, ma funziona comunque meglio di un sistema che permette a giudici non eletti, che non rispondono né a lobbisti né a gruppi di pressione e sembrano separati dal resto della comunità, di trovare in camera di consiglio un compromesso tra gli interessi concorrenti [...]”.

vela semplicistico, poiché non coglie la discontinuità tra le pretese, data dal conflitto sociale sotteso ad alcune di esse ma non ad altre. In termini di equilibri istituzionali e politici, si deve, invece, distinguere il provvedimento giurisdizionale che decide su una materia che è al centro di quel conflitto, dalla sentenza che, al contrario, culmina un percorso di sedimentazione storica della sapienza giuridica sviluppatasi su una determinata questione. In altre parole, la teoria del diritto come pretesa rivela una capacità descrittiva, ancor prima che euristica, limitata, mancando fondamentalmente di considerare la dimensione giuridica come veste della decisione politica, e la decisione politica quale esito della lotta per il potere e della sua conquista.

Non sovrapponibile ma vicina a quella di Leoni è l'impostazione di Hayek, con la sua distinzione tra *cosmos* e *taxis*, cioè tra un ordine spontaneo – che nasce dal moto di ciascun centro di interessi su una traiettoria che è individuale, in sé razionale ed epistemicamente significativa poiché elabora, pragmaticamente, le informazioni sui fatti che ritrova sul suo percorso – e un ordinamento frutto di una pianificazione centralizzata¹¹. La pretesa di Leoni si colloca, senza dubbio, al centro del *cosmos* hayekiano, nel quale il diritto si mostra, a un tempo, come esito e scienza della composizione del conflitto di interessi privati: il mimetismo del diritto con il fatto produce un ordine giuridico spontaneo quando l'esperienza del molteplice riflettendo su se stessa si fa diritto. Basti il riferimento alla *lex mercatoria* per rendersi conto di come la rappresentazione hayekiana colga una trama di sviluppo reale dell'ordinamento giuridico¹².

2. *La decisione del diritto*

Di contro, però, l'altro polo di questa coppia di opposti – la *taxis* – rimane, invece, incagliato nella contrapposizione ideologica tra libero

¹¹ F.A. VON HAYEK, *Law, Legislation and Liberty*, Chicago, University of Chicago Press, 1973, ed. it. a cura di A. Petroni e S. Monti Bragadin, *Legge, legislazione e libertà. Una nuova enunciazione dei principi liberali della giustizia e della economia politica*, Milano, il Saggiatore, 1986, in particolare p. 48 sgg.. Si veda dalla prospettiva del cultore del diritto civile, M. GRONDONA, *L'ordine giuridico dei privati. Premesse teorico-generalì per uno studio sul diritto dispositivo in ambito contrattuale*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2008.

¹² Cfr., tra i tanti, F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, il Mulino, 2016.

mercato e pianificazione economica dei c.d. trenta gloriosi¹³. Infatti, la raffigurazione di un diritto pianificato centralmente contrapposto a un ordine spontaneo – che già nasce inadeguata sul piano epistemico – finisce con l'apparire, oggi, semplicemente datata al tempo in cui venne elaborata¹⁴.

La scarsa portata conoscitiva della *taxis* si deve, sostanzialmente, all'incapacità di descrivere il diritto (anche) come *vestmentum* della decisione politica.

La politicità del diritto si riscontra nello stesso processo di sedimentazione sapienziale della soluzione di un determinato conflitto di interessi, che necessariamente risente del mutare degli orientamenti etico politici della società: la politica non è, quindi, affatto estranea al *cosmos*.

Nella sua massima portata, la decisione politica coincide proprio con una rottura tra il prima e il dopo, e si impone quale atto di creazione dell'ordine giuridico. Quindi, se la *Grundnorm* manca di fondamento non sarà la teoria della pretesa di Leoni a poterla né confutare né sorreggere, peccando essa – in un certo senso e paradossalmente – del medesimo difetto, la completa obliterazione della dimensione politica del conflitto. Se si conviene che questa è la lacuna della teoria (e delle teorie), allora il ferro di lancia di un'efficace critica a Kelsen (e a Leoni) si ritrova nel diritto come decisione di Schmitt¹⁵ e la ricomposizione del quadro può realizzarsi proprio – a dispetto dell'opinione degli stessi autori¹⁶ – attraverso l'integrazione delle teorie di Schmitt di Leoni e di Kelsen, come rappresentazioni, rispettivamente, del momento fondativo (Schmitt, Leoni) e di quello realizzativo (Kelsen) dell'ordine giuridico.

In sintesi, la critica che si muove alla teoria del diritto come pretesa di Leoni – ma non ci si allontana di molto rivolgendo le stesse contestazioni alla *summa divisio* hayekiana tra *cosmos* e *taxis* – ne mette in dubbio l'adeguatezza epistemica interna ed esterna: internamente, per una

¹³ Cfr. T. JUDT, *Postwar. La nostra storia 1945-2005*, Roma-Bari, Laterza, 2005, soprattutto p. 297 sgg.

¹⁴ Cfr. anche la critica che muove ad Hayek N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, Laterza, 2004, p. 8 sgg.

¹⁵ C. SCHMITT, *Le categorie del 'politico'. Saggi di teoria politica*, a cura di G. MIGLIO e P. SCHIERA, Bologna, il Mulino, 1972, in particolare p. 33 sgg.

¹⁶ V., di recente, J. DE MIGUEL BÁRCENA e J. TAJADURA TEJADA, *Kelsen versus Schmitt. Politica e diritto nella crisi del costituzionalismo*, Milano, Wolters Kluwer Cedam, 2022, p. 56 sgg.

rappresentazione della realtà giuridica inidonea a coglierne la complessità, dunque irrealistica; esternamente, per l'esibita inconsapevolezza delle forze che muovono la società nella storia, quindi inevitabilmente anche il diritto.

Giova, ora, analizzare il passo in cui Hayek si dà come obiettivo quello di dimostrare che gli ordini complessi sono più leggibili e più realizzabili a partire da un insieme decentrato di forze, ciascuna delle quali e tutte insieme perseguendo i propri fini, con un movimento causalmente regolare, danno vita a un ordine complesso più favorevole alla libertà – il che, sul piano economico, equivale a dire che la conoscenza decentralizzata riflessa nel sistema dei prezzi (in un regime di concorrenza perfetta) è superiore a quella su cui possa mai contare un pianificatore politico. Il presupposto di questa superiorità è chiaramente indicato: “Una delle principali tesi che cercheremo di dimostrare sarà che gli ordini molto complessi, che comprendono più fatti particolari di quelli che qualunque cervello è in grado di accertare e manipolare, possono essere raggiunti solo mediante il gioco delle forze che portano alla formazione degli ordini spontanei”¹⁷.

Dunque, la superiorità dell'ordine spontaneo si dà per contrasto con la costitutiva finitezza della conoscenza umana, incapace di farsi artefice di un sistema in grado di ordinare la complessità. Collocata nell'oggi, quest'assunzione si rivela falsa proprio dal punto di vista fattuale, considerato che la mente umana non è più sola nell'accumulare e sistematizzare l'informazione, potendo integrare l'intelletto con le capacità computazionali delle macchine, che non solo raccolgono ed elaborano la conoscenza sparsa nella società ma sono in grado di influenzare se non proprio di determinare l'orientamento¹⁸, non più così spontaneo, di quelle forze atomizzate sulle quali tanta fiducia riponevano Leoni e Hayek. Quest'assunzione – risultando falsa – si rovescia nel suo contra-

¹⁷ F.A. VON HAYEK, *Legge, legislazione e libertà. Una nuova enunciazione dei principi liberali della giustizia e della economia politica*, Milano, il Saggiatore, 1986, p. 53.

¹⁸ Cfr. L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Milano, Raffaello Cortina Editore, 2017, soprattutto p. 99 sgg.; D. ACEMOGLU, S. JOHNSON, *Potere e progresso. La nostra lotta millenaria per la tecnologia e la prosperità*, Milano, il Saggiatore, 2023, p. 387 sgg..

¹⁹ Cfr. L. MESINI, *Stato forte ed economia ordinata. Storia dell'ordoliberalismo (1929-1950)*, Bologna, il Mulino, 2023. Si veda inoltre, M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979)*, Milano, Feltrinelli, 2012, p. 113 sgg..

rio, quindi nella necessità di un ordine giuridico positivo che mantenga e promuova la libertà.

Il punto era già stato colto dagli ordoliberali nel riconoscimento della tendenza delle forze spontanee di un mercato non regolato a costituirsi in concentrazioni e monopoli, e nella conseguente indicazione della necessità della costruzione di una costituzione economica, di marca schiettamente regolatoria, che si ponesse e risolvesse il problema della divisione del potere, creando il mercato concorrenziale come campo d'azione artificiale – perché istituito dal diritto – in cui le forze spontanee della società, nel rispetto delle regole e dei limiti alla propria capacità d'agire, possano concretamente trovare esplicazione: non c'è *cosmos* senza *taxis*¹⁹.

3. *Decidere per la libertà e la giustizia*

Prendendo sul serio la teoria di Leoni, nel suo significato prescrittivo di promozione della libertà individuale, essa ammutolisce di fronte ai grandi problemi del nostro tempo. A riprova, basti considerare le questioni poste dalla capillare diffusione delle piattaforme digitali, da un lato, e dal mantenimento delle condizioni di una vita sana dell'uomo nell'ecosistema, dall'altro.

Il problema non è solo rappresentato dalla capacità delle piattaforme digitali determinanti di alterare la concorrenza nel mercato, abusando della propria posizione dominante e dell'altrui dipendenza economica. Ben più pericolosamente, le piattaforme incidono nella stessa sfera soggettiva degli individui determinandone gusti, preferenze di mercato²⁰ e, soprattutto, formandone l'opinione, quindi intaccando il presupposto stesso della deliberazione democratica, la conoscenza²¹. Di fronte al controllo, da parte delle piattaforme digitali, delle infrastrutture di accesso all'infosfera (*app stores*, motori di ricerca, *social network*); al potere di determinare effetti di rete e c.d. *lock in*, che impediscono la contendibilità

²⁰ Cfr. B. PARENZO, *La profilazione algoritmica nel prisma dell'autonomia privata*, Napoli, ESI, 2024; E. TUCCARI, *Neuromarketing: un'asistemica disciplina...oltre il consenso?*, in "Persona e Mercato", 2024, p. 511 sgg..

²¹ Cfr. G. RESTA, *Poteri privati e regolazione*, in "Potere e Costituzione", *Enc. dir., I Tematici*, V, M. CARTABIA e M. RUOTOLO (a cura), 2023, p. 1008 sgg.; O. POLLICINO, *Potere digitale*, in "Potere e Costituzione", cit., p. 410 sgg..

del mercato; alle asimmetrie informative sistemiche tra piattaforme e utenti (raccolta di dati, profilazione, opacità degli algoritmi utilizzati); alla capacità di orientamento delle preferenze individuali e collettive; cosa può la pretesa e cosa rimane della spontaneità dell'ordine?

La necessità delle regole si fa ulteriormente stringente se prende in esame il problema dello sfruttamento dei beni comuni della terra, dell'acqua e dell'aria. Può essere interessante sviluppare il discorso a partire da una disposizione del codice civile, l'art. 844 in tema di immissioni, norma che si muove in una logica classicamente proprietaria regolando un conflitto il cui oggetto sostanziale sono le esternalità negative che l'esercizio del diritto (di proprietà) provoca nei confronti di quel particolare terzo che è il proprietario confinante. Il parametro di bilanciamento che il legislatore individua è la normale tollerabilità dell'immissione, superata la quale al vicino è dovuto un indennizzo. Questa norma si pone, pertanto, il problema del limite all'utilizzo delle risorse proprie e naturali, declinandolo, però, nella logica bilaterale della pari titolarità del diritto al loro utilizzo, e risolvendo l'interferenza tra le sfere di libertà di agire attraverso una commutazione correttiva. Già nell'istituzione di un mercato dei diritti di inquinamento, disciplinata dal c.d. protocollo di Kyoto, che pure non risolve il problema in modo molto differente, cambia il presupposto della regolazione, non più rappresentato dal pari diritto di sfruttamento delle risorse del proprietario confinante, ma dalla scarsità stessa di quelle risorse, o meglio – con un'inversione quasi paradossale – dalla penuria del bene inquinamento considerate le esternalità negative che l'uso dei beni ambientali produce.

Quando l'osservazione delle scienze naturali sposta il punto focale dell'attenzione collettiva dalle conseguenze dell'uso delle risorse naturali al loro esaurimento, il diritto in maniera ben più incisiva deve corrispondere alla decisione politica di regolare, ad ampio spettro, lo sfruttamento dei beni ambientali nelle attività personali, professionali e, soprattutto, industriali, ridefinendo di conseguenza le stesse pratiche di consumo e, quindi, il mercato²².

Di quale diritto si sta parlando?

Un diritto che è pubblico per finalità, ma privato in quanto capace di incidere sulle relazioni interindividuali attraverso gli strumenti tecnici e

²² Cfr. L. FERRAJOLI, *Progettare il futuro. Per un costituzionalismo globale*, Milano, Feltrinelli, 2025, in particolare p. 33 sgg..

le categorie del diritto privato. Già oggi, del resto, la bipartizione del dominio giuridico in pubblico e privato non esprime più un'adeguata conoscenza della realtà del diritto, se si considera che, in prevalenza, la produzione di nuovo diritto dei privati non rivela più i caratteri che, nella storia di quella bipartizione, hanno definito il diritto privato come tale, cioè, sostanzialmente, la parità fra le parti e la creazione di modelli normativi di relazione attraverso l'adattamento della prassi²³.

Dunque – tornando a Leoni – se la struttura dell'attuale regola di diritto privato è costruita, tutt'al contrario, sulla disparità di potere contrattuale fra le parti e improntata al conseguimento di una finalità che trascende la relazione fra le stesse, l'elaborazione di una teoria giuridica che mette al centro la tradizionale struttura della norma di diritto privato risulta superata dai fatti e proprio per questo costretta a rifugiarsi nei diritti dell'antichità, cercando un'affermazione nella contrapposizione vittoriosa del mondo giuridico romano al diritto greco²⁴. Mentre quanto i diritti dell'antichità ci offrono sono degli archetipi giuridici in cui la regola – e il ragionamento che la determina – è scolpita come lo è la soluzione che si dà per la prima volta a un problema che si presenta con la consistenza dei suoi elementi fondamentali. Sennonché la scala dei fenomeni è intimamente connessa al diritto, così ciò che l'antichità ci lascia è la purezza di quegli archetipi e un'esperienza esemplare.

Leoni assume quale fondamento assiologico della sua teoria la libertà individuale, trascurando il fatto che – come si è cercato di argomentare – gli stessi diritti individuali implicano, per la propria attuazione, il compimento di azioni positive che non si riducano all'amministrazione della giustizia e alla difesa dell'integrità della persona e della proprietà. In altre parole, la teoria del diritto come pretesa si rivela parziale – quando esaurisce la sua analisi mettendo al centro soltanto una trama dell'ordine giuridico e, quindi, un solo corno del problema sociale, la libertà di iniziativa

²³ Cfr. B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, il Mulino, 2020, in particolare p. 211 sgg.; A. ZOPPINI, *Il diritto privato e i suoi confini*, Bologna, il Mulino, 2020, *passim*; F. DENOZZA, *Il mercato, e la sua tutela, tra diritto privato "relazionale" e diritto privato "regolatorio"*, in "Diritto civile e tutela del mercato", a cura di A. ARGENTATI, in *Collana dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, 16, dicembre 2024, p. 219 sgg.; F. DENOZZA, *Mercato, razionalità degli agenti e disciplina della concorrenza*, in "Osservatorio del diritto civile e commerciale", 2012, p. 5 sgg.

²⁴ B. LEONI, *Il pensiero antico. Lezioni di filosofia del diritto*, A. MASALA (a cura), in particolare p. 75 sgg. e 179 sgg..

economica – e integralista quando costruisce questa libertà come un valore senza limiti. In una parola, si tratta di una teoria antilluminista, se si identifica l'illuminismo con la ragione che pondera e contempera tutti i fattori in gioco nel campo dell'azione umana²⁵.

Leoni decide, quindi, di non indossare il velo d'ignoranza sul presupposto che non vi sia nulla da coprire²⁶, giacché tutto il reale è esaurito dalle teorie marginaliste e dallo stratificarsi delle pretese.

In chiusura di queste brevi considerazioni, è interessante riandare alla polemica tra Croce ed Einaudi su liberalismo e liberismo²⁷, non per sottolineare di nuovo ciò che li divide – fondamentalmente il peso e il ruolo da attribuire, nella costruzione di un sistema sociale pienamente liberale, alla proprietà privata e alla libera concorrenza – ma per rimarcare, invece, quanto li unisce e separa da Leoni. Tanto Croce quanto Einaudi, infatti, riconoscono che l'economia è subordinata alla politica ed entrambi – seppure con differente intensità – ammettono l'intervento regolatore dello stato.

Abstract - This essay offers a critical examination of Bruno Leoni's philosophy of law, focusing on three interconnected dimensions: the formation of legal rules through individual claims, the representation of legal sources as a spontaneous order emerging from adjudication, and the liberal political theory underlying this framework. The paper advances a twofold argument. First, while Leoni's conception of law as an order arising from jurisdictional practice convincingly captures an important strand of legal spontaneity, it remains descriptively incomplete and epistemically inadequate insofar as it systematically obscures the political and constitutive dimension of law. In particular, it fails to distinguish between claims operating within an

established legal framework and claims that redefine that framework by resolving conflicts over values and power. Second, the article argues that in contemporary contexts marked by private infrastructural powers, digital platforms, and systemic environmental externalities, the realization of individual freedom – central to Leoni's normative project – requires precisely those forms of positive and regulatory law that his theory sought to marginalize. Reconsidering Leoni in light of Hayek, Schmitt, and ordoliberal thought, the essay concludes that no genuine spontaneous legal order can exist without a complementary decisional and regulatory dimension capable of addressing structural power and safeguarding both freedom and justice.

²⁵ Cfr. I. KANT, M. FOUCAULT, J. HABERMAS, *Che cos'è l'illuminismo*, Milano, Mimesis, 2021; J. STAROBINSKI, *Montesquieu. Il coraggio della moderazione*, Torino, Einaudi, 2025.

²⁶ J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, Milano, Feltrinelli, 2017, in particolare p. 144 sgg..

²⁷ V. N. IRTI, *Dialogo sul liberalismo tra Benedetto Croce e Luigi Einaudi*, Bologna, il Mulino, 2012; L. EINAUDI, *Liberismo e liberalismo*, in L. EINAUDI, "Il buongoverno", Roma-Bari, Laterza, 2004, p. 192 sgg..