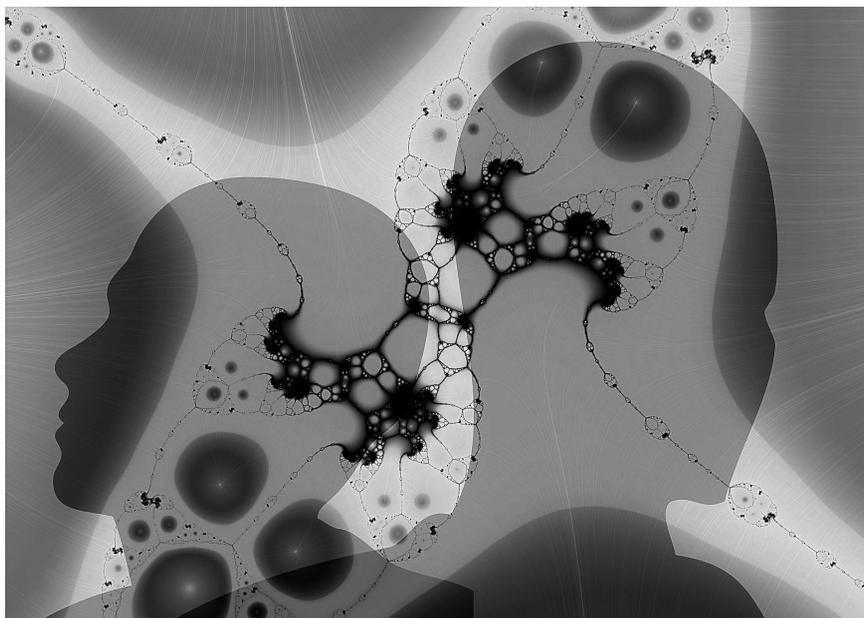


Diritto e sistema dromocratico

Hayek e Kelsen a confronto

Giovanna Petrocco



Collana Materiali e documenti 22

Diritto e sistema
dromocratico
Hayek e Kelsen a confronto

Giovanna Petrocco



SAPIENZA
UNIVERSITÀ EDITRICE

2017

Copyright © 2017

Sapienza Università Editrice

Piazzale Aldo Moro 5 – 00185 Roma

www.editricesapienza.it

editrice.sapienza@uniroma1.it

Iscrizione Registro Operatori Comunicazione n. 11420

ISBN 978-88-9377-031-6

Pubblicato a ottobre 2017



Quest'opera è distribuita con licenza Creative Commons 3.0
diffusa in modalità *open access*.

In copertina: *Connessione* (CC0 Public Domain, pixabay.com).

Indice

Introduzione	1
1. Accelerazione e diritto nella società dromocratica	11
1.1. Società dromocratica e organizzazione: quale diritto?	11
1.2. Dromocrazia e ordini spontanei di nuova generazione	15
1.3. La 'velocità' del diritto tra costruttivismo ed evoluzionismo	18
1.4. Dromocrazia e liberalismo giuridico	21
1.5. Metodo scientifico e metodo giuridico a partire dalla Scuola Austriaca	26
1.6. Diritto e statistica: quale rapporto?	30
1.7. Accelerazionismo e conoscenza del diritto	34
1.8. Scienza e diritto: quale idea di futuro?	40
1.9. Il diritto è una 'formula normativa'?	43
2. Matematica del diritto e principio di giustizia	49
2.1. Diritto, calcolo e purezza della forma	49
2.2. Individuo dromologico e individualismo metodologico nella prassi giuridica	52
2.3. La razionalità universale: 'sistemi biologici' e 'ordini spontanei'	56
2.4. Isomorfismi, <i>Grundnorm</i> e diritto spontaneo	60
2.5. Il sistema sociale: ordine economico e catallassi	63
2.6. «Il gioco della catallaxy» e Stufenbau: analisi critiche	70
2.7. È possibile un'alternativa alla Grundnorm? Prospettive	

(gius)filosofiche	75
2.8. Husserl e Kelsen: prospettive del diritto contemporaneo	78
2.9. Tempo, persona, diritti di libertà	84
3. Uomo dromologico e tempo del diritto	87
3.1. Il diritto: scelta creativa o appagamento biologico?	87
3.2. Hayek scienziato sociale? Il destino del diritto	90
3.3. La società come soggetto che parla	94
3.4. Una critica al formalismo giuridico	97
3.5. Sistemi giuridici e ordini sociali	104
3.6. Perché il diritto spontaneo non è una legge naturale	107
3.7. Un confronto tra sistemi: cognitivo e giuridico	112
4. Liberalismo giuridico e liberalismo economico: l'ordine sociale spontaneo della moneta e dei prezzi	117
4.1. Questioni critiche sulla prospettiva giuridico-liberale	117
4.2. Il governo delle leggi. Quale libertà?	122
4.3. Il ruolo del giurista nell'evoluzione spontanea del diritto	125
4.4. Lo spazio del terzo negli ordini spontanei e nell'attuale società dromocratica	129
4.5. Congenita ignoranza e sapere capitalista	137
4.6. Ordine spontaneo e diritto surmoderno	140
4.7. Giudice e diritto nel pensiero di von Hayek	149
4.8. Può il diritto spontaneo dirsi bene comune?	151
4.9. Topologia e dromocrazia. Hayek e Leoni. Un itinerario comune	155
5. Le degenerazioni dromocratiche della democrazia	165
5.1. Il diritto come esito di un 'giudizio di probabilità' e interpretazione nichilistica del giuridico	165
5.2. Il linguaggio dei prezzi nella moderna dromocrazia catalattica	169
5.3. La moneta come fenomeno sociale spontaneo	171
5.4. Mercato e diritto: fattualità dominante?	174
5.5. Diritto, libertà e dromocrazia	176

5.6. Il liberalismo contro lo statalismo. Profili di attualità	179
5.7. Il modello di Hayek nella post-globalizzazione	181
5.8. La privatizzazione del diritto e la deriva totalitaria	185
5.9. Diritto spontaneo e tecnoregolazione	190
Bibliografia	199

Introduzione

Questo lavoro intende analizzare criticamente il modello 'dromocratico'¹ attraverso un confronto originale a partire dalle differenti direzioni teoretiche che sottendono l'architettura dell'ordine spontaneo di Hayek e della dottrina pura del diritto di Kelsen a partire dalla discussione delle problematiche che emergono sulla persona e sul diritto².

¹ Il progresso tecnologico consente all'informazione di viaggiare velocemente, trasformando il modo di vivere la quotidianità, la produzione, il trasporto e, insieme, i processi decisionali che riguardano la politica e l'istituzione del diritto. Si tratta di una nuova 'strategia di controllo sociale' che trasforma la democrazia in una forma di dromocratica organizzazione del sociale, discussa da Virilio come modello annichilente l'esistenza umana: dalla temporalità fino al diritto, passando per il linguaggio, il pensiero e la volontà umana. Il paradosso della modernità consiste nella costruzione di tecnologie orientate a 'liberare tempo' che lasciano la sensazione di vivere senza tempo all'insegna di una velocità che incide sulla convivenza e la socialità secondo nuovi paradigmi di riferimento. Cfr. P. VIRILIO, *Vitesse et Politique. Essai de Dromologie*, Paris, 1977, tr. it. Milano, 1981; in ID., *L'Horizon négatif. Essai de dromoscopie*, Paris 1984, trad. it. Milano, 2000; si vedano anche le riflessioni sul controllo sociale, in ID., *Ville panique*, Paris 2004, trad. it. Milano, 2004.

² Si consideri, a questo proposito, la prospettiva kelseniana sulla 'persona' come una «costruzione dei giuristi» quando afferma: «a ha senso [dirr] che la legge impone doveri e conferisce diritti ad esseri umani. Ma non ha senso dire che la legge impone doveri e conferisce diritti a delle persone». Il passaggio dall'essere umano alla persona è legato all'appartenenza all'ordinamento giuridico che si adopera per il 'conferimento' suddetto. Non viene riconosciuto il diritto di essere uomo a prescindere da un consenso sociale di appartenenza, escludendo *a priori* la possibilità del nomade di essere persona. Si veda H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, 1952, p. 96. Nella catallassi di Hayek il riconoscimento come 'persona' non rinvia al possesso della cittadinanza quanto alla capacità di sapere-potere essere parte attiva di un processo concorrenziale di mercato in qualità di produttore o consumatore. È opportuno ricordare le parole di Weber, «quando il mercato è abbandonato alla sua auto-normatività, esso

Viene discussa la possibilità di individuare, nei due tipi di organizzazione sociale, un'anticipazione del più moderno sistema 'dromocratico', inaugurato da un progresso tecnologico che schiude nuovi itinerari speculativi nell'analisi sulla 'mistificazione' del giuridico nelle forme di una bio-legalità³. Lo studio su Kelsen e Hayek vuole sperimentare, a partire da orientamenti concettualmente distanti, l'esserci, nei rispettivi sistemi giuridici di riferimento, degli elementi costitutivi della più moderna dromocrazia attraverso un'indagine critica capace di evidenziare gli *a priori* di una normatività contro umana perché contro giuridica in cui *l'ansia di forma* non accede mai al *diritto alla forma*⁴. La riflessione sulla condizione di schiavitù dell'essere umano⁵ viene evidenziata in relazione agli effetti che derivano da politiche costruttiviste quanto evolucioniste nell'ambito di un contesto sociale che avalla relazioni interpresonali indifferenti al riconoscimento o all'esclusione dell'altro, orientate al successo delle aspettative attraverso l'anonima partecipazione ad un sistema di conoscenza rapido e virtuoso, vissuto come la panacea di tutti i mali. La questione si dipana dalla prassi dell'uomo dromologico di archiviare l'atto libero' e «imputabile, scelto con consapevole responsabilità e misurato dalla qualità della relazione ... con l'altro»⁶ nel nome di una tecnologia che spegne il pensiero e si sostituisce alla creatività umana anche nella ricerca e nella elezione delle informazioni, consumando la spiritualità dell'io nel flusso di accadimenti che evidenziano una continuità tra 'funzionalismo giuridico', 'ordine spontaneo' e 'dromocrazia'.

I cinque capitoli, che articolano questo itinerario, sono attraversati da un'indagine di stampo fenomenologico nel convincimento di poter meglio comprendere 'il manifesto' attraverso il coglimento del 'senso' e del 'fondamento' di «ciò che per lo più non si manifesta» rispetto al fenomeno storico delle degenerazioni for-

conosce soltanto la dignità della cosa non della persona». M. WEBER, *Economia e società*, Milano, 1968, p. 620.

³ Si veda per una critica alle degenerazioni biologistiche del diritto nella forma di una biolegalità le considerazioni di B. ROMANO, *Ricerca pura e ricerca applicata nella formazione del giurista. Diritto e bio-economia*, Torino, 2008.

⁴ ID., *Filosofia della forma. Relazioni e regole*, Torino, 2010, p. 109 ss.

⁵ Cfr. F. A. VON HAYEK, *La via della schiavitù*, Milano, 1995.

⁶ AA. VV., *Il diritto tra forma e formalismo*, a cura di Luisa Avitabile, Napoli, 2011, p. XI.

malistiche del diritto nella società globalizzata o post-panottica⁷, perennemente sospesa sull'asse di una 'normatività'⁸ che, pur sollecitando percorsi alternativi alle tradizionali tesi del positivismo giuridico, rimane estranea all'idea del *diritto* come fenomeno consapevolmente *con-diviso*. La discussione ruota intorno ad una genesi del diritto, radicata nel comando del potere più forte, indifferente verso la qualità dei contenuti normativi che, insieme alle problematiche concernenti il concetto di *terzietà*, suscita interesse verso quelle teorie che archiviano ogni interrogativo sul destino dell'uomo e sul diritto, ridotti nella forma inautentica della datità dal trionfo della tecnica-giuridica.

Il primo capitolo affronta le questioni preparatorie alla domanda più iniziale: quale diritto nella società dromocratica?, discutendo della celerità e dell'accelerazione come la genesi delle trasformazioni sociali, del linguaggio e del diritto e chiarificando, attraverso il rinvio alla struttura giuridica, elaborata da Kelsen, i prodromi problematici delle recenti manifestazioni del formalismo giuridico, sradicato da un sistema tradizionalmente costruito e collocato nell'ordine della spontaneità dei rapporti di forza. In particolare, il passaggio da una prospettiva antropocentrica verso un'architettura tecnocentrica, di tipo orizzontale, affidata alle veloci dinamiche del potere diffuso, viene trattata come il prodotto dell'insofferenza verso ogni modalità di produzione centralizzata del giuridico⁹, generato da maggioranze occasionali che si alternano nell'esercizio del potere, diventando lo spunto per una lettura sinottica degli effetti sul diritto che derivano dal-

⁷ Cfr. M. RAGNEDDA, *La società post-panottica. Controllo sociale e nuovi media*, Roma, 2008.

⁸ Il diritto discusso da Leoni viene criticamente definito 'normatività', intesa come negazione della giuridicità nell'ambito di un sistema di regolarità 'spontanee', a stampo biologico-naturalistico, funzionalmente estraneo ai principi generali del diritto che non entrano nei calcoli della statistica. La critica alla normatività, come una 'matematica del diritto', viene mossa da B. ROMANO, *Scienza giuridica senza giurista, il nichilismo 'perfetto'*, Torino, 2006. In una prospettiva opposta si colloca B. LEONI, *Probabilità e diritto nel pensiero di Leibniz*, ora in ID., *Scritti di scienza politica e teoria del diritto*, Soveria Mannelli, 2009, dove discute di una 'normatività' che scaturisce dalla «forza necessitante del calcolo» che trova concretizzazione nella giustizia aritmetica del magistrato/tecnico delle norme.

⁹ ID., *La sovranità del consumatore*, Roma, 1997, p. 116.

le dinamiche accentratrici del passato¹⁰ quanto dai nuovi processi generati da un «mercato politico senza governo e [da un] mercato giuridico senza legislatore»¹¹.

A questo proposito, il comun denominatore che avvicina gli ordini spontanei, radicalizzati nel 'saper-fare'¹² dromocratico, alla gerarchizzazione di Kelsen, è la minaccia alla genesi antropologica del giuridico, esplosa, nella post-globalizzazione, oltre i confini locali dove è assente una «camera dei bottoni»¹³ e, in generale, un centro decisionale terzo, garanzia contro ogni forma di 'manipolazione' del diritto al servizio del potere di turno. Le nuove regole del potere rispondono all'esigenza di flessibilità che esigono leggi *liquide*¹⁴, secondo il modello della *lex mercatoria*, adattabili alle variabili esigenze del mercato e prive di rinvii valoriali che, insieme al processo di 'simbolizzazione', rappresenta lo strumentario di cui l'uomo dispone nella inesauribile risignificazione del proprio dire dialogico e quindi giuridico. Si discute quindi della parola, non come semplice strumento, ma come impronta dello spirito¹⁵ quando non assume i tratti di un fardello surclassato dall'algoritmo delle ricerche statistiche di mercato e dal calcolo delle probabilità, genesi di una legalità orientata esclusivamente al servizio del proprio funzionamento¹⁶ che oscura la dignità umana e rafforza l'affermazione vincente di «forze incontrollate [che] prosperano sulla frammentazione dello scenario

¹⁰ La distinzione è tratta da A. ROSMINI, *Filosofia del diritto*, a cura di R. Orecchia, Padova, 1967-69.

¹¹ M. BARBERIS, *La teoria politica di Bruno Leoni*, Soveria Mannelli, 2006, p. 28.

¹² Si vd. B. ROMANO, *Filosofia del diritto*, Roma-Bari, 2002, p. 179 ss. In part. § *Istituire le leggi nel 'come fare per'* dove discute la distinzione tra diritto come 'opera' e diritto come 'mezzo'. Si veda anche M. HEIDEGGER, *Sentieri interrotti*, Firenze, 2000, p. 115.

¹³ Cfr. K. JOWITT, *New world disorder*, Berkeley, 1992.

¹⁴ Bauman discute di una liquidità che coinvolge ogni aspetto della realtà, anche il diritto: «la vita liquida, è una vita precaria, vissuta in una situazione di continua incertezza ... è una successione di nuovi inizi». Z. BAUMAN, *Vita liquida*, Roma, 2007, p. X. L'argomento viene ripreso in *Homo consumens: lo sciame inquieto dei consumatori e la miseria degli esclusi*, Roma, 2007. Per ulteriori approfondimenti sulla condizione attuale si vd. B. ROMANO, *Scienza giuridica senza giurista: il nichilismo 'perfetto'*, Torino, 2006, p. 213.

¹⁵ W. VON HUMBOLDT, *Scritti filosofici*, Torino, 2007, p. 793.

¹⁶ B. LEONI, *Probabilità e diritto nel pensiero di Leibniz*, cit., pp. 151-185. Cfr. anche in ID., *Norma, previsione e «speranza» nel mondo storico*, "Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto", pp. 145 ss.

politico»¹⁷. Si discute di una nuova forma di 'intelligenza giuridica', come gli algoritmi e i big data che disegnano una rinnovata geografia dei poteri, contribuendo alla crisi del primato della legge statale¹⁸ e svuotando, allo stesso tempo, la pienezza del diritto, esemplarmente espressa nell'opera del giurista quando si impegna nella ricerca del giusto nel legale, eccedendo il mero *sa-per-fare* macchinico¹⁹.

In questo quadro concettuale si inserisce il secondo capitolo, dedicato al rapporto tra organizzazione giuridica e sistema economico a partire dal calcolo costi-benefici come principio orientante anche la riflessione sul diritto, come emerge già in Aristotele²⁰, Leibniz, Pareto, Coase e Posner²¹ che anticipano le attuali considerazioni sul plesso tra diritto ed economia, leggi e prezzi²².

Proprio l'esigenza di funzionalità economica consuma il darsi di una 'normatività/regolarità' che spegne, nella dualità dei rapporti di forza, il questionare sul senso, orientandosi al successo del funzionale piuttosto che alla ricerca del giusto²³, circoscrivendo l'opera del giudice nella mera esecuzione di uno schema logico di precisione che non avvia la ricerca del giusto nel caso

¹⁷ Z. BAUMAN, *L'europa è un'avventura*, Roma, 2006; ID., *La società sotto assedio*, Roma, 2006, pp. 68-89.

¹⁸ Cfr. G. AZZARITI, *Contro il revisionismo costituzionale*, Roma, 2016.

¹⁹ F. NIETZSCHE, *Umano troppo umano*, Milano, 1994, discute di un modello di macchinabilità in cui gli uomini e le donne hanno un solo compito: 'ingrannarsi'. La meccanizzazione della società, come ricorda Nietzsche, insegna l'utilità della centralizzazione dove ogni individuo riceve comandi che provengono da un luogo, oggi i 'non luoghi' della dittatura finanziaria che, indirettamente, 'alleva' e 'addestra' ogni altra entità umana attraverso l'iniziazione a comportamenti destinati a degenerare nell'automatismo morale.

²⁰ Cfr. ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, Milano, 2009: «non possiamo decidere dei fini, bensì solamente dei mezzi attraverso i quali i fini possono essere raggiunti».

²¹ Cfr. R. H. COASE, *Impresa, mercato e diritto*, Bologna, 1995. Un esempio della validità del teorema di Coase si ricava dalla reciprocità che si instaura tra i produttori di mele e gli apicoltori: le api impollinano i meli ed i meli forniscono alle api il nettare necessario per la produzione di miele, consentendo ad entrambe le parti di trarre vantaggio dalla collaborazione.

²² Si vd. a questo proposito, F. A. VON HAYEK, *Prezzi e produzione. Il dibattito sulla moneta*, Napoli, 1990.

²³ Si tratta di una forma di determinazione in cui combinatorie estranee allo scegliersi del parlante, determinano le condotte dell'essere umano, privandolo del libero esercizio della soggettività, l'unica in grado di avviare il giudizio giuridico che presuppone la libera formazione e scelta dell'agire, giustiziabile nel processo.

concreto, orientandosi al solo funzionamento sistemico che oggi assume i tratti dell'accrescimento quantitativo del mercato. Il binomio 'matematica del diritto' e 'giustizia' rimane chiuso agli interrogativi sulla 'persona' e sulla ricerca del giusto nel 'regolare', estraneo alla discorsività dialogica per mezzo della quale ciascuno ha consapevolezza di esistere oltre ogni oggettivazione anti-personalistica e alienante che risponde agli schemi tipici del *Der Mann*²⁴ di Heidegger, l'essere 'medio', 'egualizzato'. Così come la soggettività anonima, oggetto delle attuali classificazioni di mercato, allo stesso modo, l'individuo che vive il *cosmos*, viene costantemente sollecitato a eseguire finalità e obiettivi imposti dall'esterno e non dal proprio esercizio intellettuale, da chi si impone, in uno spazio senza regole, istituzionalmente definite²⁵, secondo il modello proprio dell'ordine spontaneo, smarrendo la propria autenticità e anticipando le questioni problematiche che affliggono la «società tecnologica»²⁶ e, insieme, il nuovo prototipo di 'normatività' che ne edifica la struttura. Sebbene Hayek rimanga estraneo ad un'indagine del giuridico condotta attraverso l'incidere del metodo matematico/statistico, le questioni che attengono al diritto spontaneo rinviano ad una possibile, quanto necessaria, precalcolabilità delle regolarità, connesse alla capacità di accesso alle conoscenze che determinano le dinamiche del gioco economico, anticipando l'attuale uso di algoritmi, appositamente studiati da grandi aziende di informatica, che consentono di interpretare l'ordine spontaneo come l'antenato del più moderno sistema dromocratico.

Il terzo capitolo mostra le dinamiche che conducono, attraverso i nuovi canoni di riferimento dell'agire sociale dell'accelerazione e della velocità, alla degenerazione del sistema sociale in un ordine a stampo meramente biologico secondo la struttura propria di una 'biologia giuridica' che travolge l'essere umano e, non secondariamente, il *modus operandi* del giurista postmoderno, più attento al 'mormorio delle cose', «che il linguaggio non ha più che da far sorgere», che impegnato, nel dialogo con il tu, nella costruzione creativa di senso a

²⁴ *Ivi*, p. 633.

²⁵ AUGÈ M., *Non luoghi. Introduzione ad un'antropologia sulla surmodernità*, Milano, 2006;

²⁶ Cfr. E. DI ROBILANT, *Diritto e società tecnologica nel pensiero di Leoni*. Il Politico, anno XLVII, n. 1, 1982, pp. 147-154.

partire dalla «*struttura polisensa*» delle parole. Il mormorio è legato ai sensi, non alla sua capacità creativa, all'adattamento e alla mutazioni dell'ambiente piuttosto che alla progettualità, che apre il tempo del futuro. Nel diritto, questo atteggiamento prende forma nell'attività del magistrato quando assume le vesti del tecnico, impegnato dal contingente accadere di nuovi equilibri, destinati ad incidere su una giuridicità sempre più frammentata e puntistica, privata, funzionalmente di una durata che 'impegna' oltre un'interpretazione meramente funzionale nella ricerca della giustizia.

Quando il non umano diventa il paradigma di riferimento del sistema sociale, si annuncia un processo di spersonalizzazione che si avvia secondo il darsi di un'agire libero, vissuto come liberazione piuttosto che come opera creativa dell'ingegno in un quadro di riferimento insofferente verso le strette maglie di un diritto durevole, in luogo di una normatività destinata ad invecchiare, consumandosi, prima di ogni formalizzazione scritta in un contesto funzionalmente privo dei processi di verbalizzazione, sopperita da esigenze di conoscibilità rimesse alla prevedibilità delle decisioni dei giudici nel tentativo di garantire l'equilibrio dinamico che si consolida e si rinnova continuamente nel contesto sociale dromocratico.

La scelta di ovviare ad uno statalismo invadente ed oppressivo attraverso il liberalismo è il tema affrontato nel quarto capitolo in cui viene criticata un'idea di libertà connessa al liberismo politico e giuridico secondo un orientamento di tipo economicistico che sollecita la privatizzazione delle più importanti istituzioni sociali: la moneta e i prezzi. La prospettiva di competitività ed efficienza travolge il paradigma liberale inglese e si traduce nell'affermazione di un liberismo agnostico e livellatore che avalla l'emergere di una massa anonima, incontrata come un insieme meccanico nell'esecuzione di una funzione che svuota la specificità della persona nel nome di un presunto benessere generale. Il passaggio dai principi liberali a quelli liberisti sollecita l'attenzione del filosofo e del giurista sulla perdita di specificità del giuridico²⁷, strumentalizzato dall'incidere dell'interesse contingente all'accaparramento piuttosto che alla realizzazione del bene comune, attraverso la proliferazione di modelli di spropor-

²⁷ A. KOJÈVE, *Linee di una fenomenologia del diritto*, Milano, 1989, p. 26

zione che oscurano il principio di uguaglianza, sostituito dall'inquadramento in un format di variabilità che analizza il dato e la sua ripetibilità, mai la persona in carne ed ossa e i principi generali del diritto²⁸.

Queste considerazioni anticipano le argomentazioni discusse nel quinto capitolo che conclude il lavoro attraverso una riflessione che coinvolge la politica e i processi democratici attuali, messi a dura prova dai meccanismi di accelerazione secondo il profilarsi di una prassi, nota come 'scorciatoia informativa', contaminata dalla svolta 'estetica' della politica, più attenta alla forma che ai contenuti di qualità di proposte sempre meno differenziate. La tradizionale idea di guida del politico si adegua alle moderne dinamiche sociali, diventando uno strumento di dinamicizzazione che non esclude un processo di riduzione e sradicamento del ruolo stesso della politica attraverso misure di deregolamentazione, privatizzazione e giuridificazione²⁹.

Le tematiche affrontate, secondo un'*escalation* che si conclude con l'abbattimento dei tradizionali centri decisionali, sono orientate a chiarificare il ruolo costitutivo della relazione interpersonale come 'forma formante' le principali istituzioni sociali, dal dibattito parlamentare, prodromico all'istituzione del diritto, fino ai luoghi dell'amministrazione della giustizia, spazio della pubblica interpretazione e dimensione terza. La destituzione del *logos*, in luogo di un tecnicismo che burocratizza i testi e l'attività interpretativa, marca una direzione deterministica, orientata dal potere piuttosto che dalla ricerca condivisa del bene comune attraverso l'istituzione di un diritto giusto. Secondo prospettive e dinamiche differenti emerge e si consolida un orientamento teorico che tenta di sollecitare, nella dimensione giuridica, un interpretarsi dei parlanti che presiedono con libertà e creatività al processo dell'istituire secondo una partecipazione formante³⁰ la

²⁸ Cfr. G. Del VECCHIO, *Sui principi generali del diritto*, Roma, 2002.

²⁹ H. ROSA, *Accelerazione e alienazione. Per una teoria critica del tempo nella tardo modernità*, Torino, 2015.

³⁰ *Ibidem*. Discute della 'differenza formologica' dell'io custodita dall'incidere liberante del diritto. Rispetto al primo versante, 'forma formata', quello della 'forma in formazione' ha a che fare con l'impegno di ciascun io nella costruzione della propria personalità. Vd. ID., *Scienza giuridica senza giurista: il nichilismo 'perfetto'*, cit., p. 72.

storia oltre l'evoluzione³¹ che «accade ma non comporta una partecipazione piena e responsabile, un interpretarsi dei viventi nella prospettiva della ricerca-creazione di senso, nucleo, invece, delle formazioni storiche che ambientano le istituzioni giuridiche e le regole che incidono sull'uomo»³².

³¹ *Ivi*, p. 30.

³² *Ibidem*.

1. Accelerazione e diritto nella società dromocratica

«Dromologia deriva da dromos, corsa. Tratta insomma della logica della corsa. Con questa teoria sono entrato in quel mondo nel quale la velocità ... è diventata la norma»¹.

1.1. Società dromocratica e organizzazione: quale diritto?

Accelerazione e velocità sollecitano una rilettura della società in chiave dromologica, svelandone un'ossatura bipolare che coniuga elementi costitutivi sia degli ordini spontanei (Hayek) quanto dei sistemi giuridicizzati (Kelsen).

I riferimenti essenziali vanno alla rivoluzione tecnologica che schiude questioni connesse «a quel mondo nel quale la velocità ... è diventata la norma» rispetto alla protezione di nuove situazioni giuridiche, non secondariamente, all'interno dello spazio pubblico della rete: spontaneo, dromocratico e gerearchizzato da poteri contingenti.

In questo contesto, la velocità è 'il nuovo principio regolatore', capace di incidere sulla temporalità delle relazioni sociali, con particolare riferimento alla trasformazione delle dinamiche che sottendono il procedimento di formazione e di applicazione delle leggi, profilando l'esigenza di una 'alfabetizzazione informatica'², capace di rischiarare la consapevolezza del danno esistenziale, connesso all'assenza di una disciplina giuridica, capace di custodire, anche virtualmente, il diritto di essere uomo³.

¹ P. VIRILIO, S. LOTRINGER, *Pure war*, N. Y., 1983, p. 45.

² E. DE MARCO, *Accesso alla rete ed uguaglianza digitale*, Milano, 2008, p. 4.

³ M. BUBER, *Il principio dialogico e altri saggi*, Cinisello Balsamo, 1997, p. 207.

La discussione critica si avvia a partire dalle degenerazioni formalistiche del diritto continuamente sospeso sull'asse di una 'normatività'⁴ che, pur sollecitando percorsi alternativi alle tradizionali tesi del positivismo giuridico, non custodisce l'umanità nella sua autenticità ma si afferma, con forza, nell'indifferenza verso la qualità dei contenuti normativi. La principalità assunta dalle interazioni, a stampo economico, mistifica la specificità del diritto, terzo e imparziale⁵, e inaugura uno strumento funzionale alle dinamiche dromocratiche che archiviano ogni interrogativo sul destino dell'uomo e sul diritto, ridotti nella forma inautentica della datità dal trionfo della tecnica del diritto⁶.

Si tratta di un modello sociale e politico che sostituisce il tradizionale sistema democratico, archiviato dal turbo-capitalismo⁷, nell'annichilimento del segno-norma proprio della dromocrazia, recidendo ogni rinvio alla ricerca del giusto secondo una presunzione di sufficienza che ricorda le manifestazioni del positivismo giuridico. La forma vuota della norma, divenuta il simulacro di un sistema autoreferenziale, sostituisce la sostanza degli oggetti e il significato della dialettica a vantaggio di un tecnicismo esasperato, livellatore e mortificante, che avvia l'avanzare del dominio della 'semiocrazia' anche a livello giuridico.

Il progressivo avanzamento dell'immateriale scardina il complesso reticolo simbolico che lega la sostanza degli oggetti al valore e al loro significato, trasformando la realtà in una somma di avvenimenti e di fatti che si ripetono compulsivamente in un presente assoluto che assorbe il passato e il futuro.

⁴ Le regole dell'ordine spontaneo di Hayek vengono qui discusse criticamente come 'normatività' per indicare un processo evolutivo in cui la selezione dei contenuti del diritto non è affidata all'uomo ma al succedersi di fasi storiche che determinano l'affermarsi delle pratiche dimostratesi maggiormente vincenti rispetto ad altre. Il concetto di normatività viene discusso anche da Foucault come esito del potere 'normalizzante' su individui normalizzati. M. FOUCAULT, *Bisogna difendere la società*, Milano, 2009, pp. 38-40.

⁵ B. ROMANO, *Sulla trasformazione della terzietà giuridica*, Torino, 2006.

⁶ Si veda a proposito del rapporto tra tecnica e diritto L. AVITABILE, *La filosofia del diritto in Pierre Legendre*, cit., p. 198. A questo proposito Legendre discute di *management normativo*, *ivi*, p. 341. Nella globalizzazione dei mercati, non sono più gli Stati a produrre diritto ma soggetti privati, privi di conoscenze giuridiche che ne strumentalizzano i contenuti a seconda delle proprie esigenze. Legendre fa risalire questa *praxis* alle tattiche militari delle dittature del XX secolo che già agli inizi del novecento avevano dato luogo ad una progressione normativa ispirata alla contingenza dei fatti. Cfr. anche M. HEIDEGGER, *La questione della tecnica*, Milano, 1976.

⁷ Cfr. P. VIRILIO, *L'università del disastro*, Milano, 2008.

Proprio la questione della temporalità e, in particolare, il dominio del tempo reale, avallato dal principale sintetizzatore di informazioni, il computer, spegne il dirsi umano, nel dire delle macchine intelligenti che emettono segnali o bit secondo una digitalizzazione che aritmetizza parole, prive dello spessore proprio della comunicazione. Viene travolto il tradizionale modo di intendere la democrazia attraverso l'incidere di procedure che rispondono all'esigenza di immediatezza, preparatorie di una rinnovata forma di organizzazione del potere.

La perdita di centralità delle istituzioni a favore di una eterarchizzazione dei centri decisionali è funzionale allo spostamento, sempre più rapido, di persone e cose, unito allo sviluppo delle telecomunicazioni che consentono all'informazione di viaggiare in modo indipendente rispetto agli emittenti umani e agli stessi mezzi di trasporto dei corpi, capovolgendo il significato dei classici concetti di giustizia, uguaglianza e libertà. Una prospettiva così costituita, orientata alla celerità decisionale piuttosto che alla valorizzazione della specificità dell'essere umano, recinta l'io nel ruolo di un funzionario del sistema e rende la dromocrazia preda del suo stesso sviluppo in cui la politica e il diritto residuano come scarti dell'incapacità di governare l'escalation tecnologica che si presenta neutrale e universalmente accessibile, rendendo ciechi di fronte all'essenza di una tecnica⁸ settoriale e discriminante in cui il diritto di prendere-parte è riservato a coloro che decidono tempi e modalità di accesso.

La società dromocratica è una organizzazione fortemente selettiva che ammette le parti più efficienti perché più veloci nell'accaparramento e nella compravendita di informazioni, orientate, funzionalmente, al successo delle aspettative più forti. Si può discutere a questo proposito di una vera e propria architettura bellica: così come «la velocità è la cosa più importante in guerra»⁹, allo stesso modo, diventa una capacità discriminante tra i vincitori e i vinti dell'ordine spontaneo per eccellenza: la dimensione virtuale-dromocratica.

«La guerra è la continuazione della politica con altri mezzi» lì dove è funzionalmente assente una camera dei bottoni secondo un processo di smaterializzazione, discusso anche come 'estetica della sparizione' che coinvolge le persone, i luoghi e il diritto istituito¹⁰.

In questo contesto, il «giudizio primo» non è centrato sulla qualità-

⁸ M. HEIDEGGER, *La questione della tecnica*, Milano, 1980, p. 5.

⁹ P. VIRILIO, *Pure War*, New York, 1983, p. 45.

¹⁰ Cfr. ID., *Estetica della sparizione*, Napoli, 1992.

verità delle relazioni, prodromiche alla selezione qualitativamente giusta dei contenuti, ma ha a che fare con la preventiva normalizzazione-appiattimento delle divergenze sociali, culturali, psicologiche e della creatività sociale in una necessaria omologazione. La «dissuasione preventiva dei possibili» si dipana a partire da una meccanizzazione, funzionale alla dromocratica globalizzazione del sapere tecno-scientifico, attualmente qualificata dalla accresciuta velocità di mutamento-adequazione delle operazioni della conoscenza, trasmutate in trattamento informatizzato di dati, senza l'emergere di alcun interrogativo sul senso esistenziale.

La prospettiva dromocratica sintetizza i caratteri propri degli ordini spontanei e, allo stesso tempo, della struttura legale kelseniana secondo il darsi di una somma di avvenimenti o fatti che si ripetono in maniera parossistica come residui di una realtà contingentizzata dalle diverse forme del potere che oggi assume i tratti della tecnologia. In ogni caso, la formalizzazione dell'apparato giurisdizionale degenera nel formalismo giuridico o nella meccanizzazione della giustizia, passando attraverso il sentiero dell'alienazione del sé in cui le ipotesi di senso sono rese superflue dalla priorità accordata al funzionamento dei processi vitali¹¹: «La dromologia si può applicare alle epoche più diverse e persino al mondo animale ... la velocità con cui un animale cattura l'altro, costituisce il fulcro della società animale ed alla pari [la velocità] appartiene all'essenza della società umana»¹².

Quando la ragione, anche quella giuridica, viene asservita a scopi utilitaristici e contingenti, la quantità prende il posto della qualità che, nella dimensione giuridica, si traduce nella trasformazione del diritto in un mezzo immediatamente spendibile, nelle mani dei marchands de droit¹³, «capaci di mobilitare gli opportuni supporti politici, e vere e proprie multinazionali del diritto commerciale, [decidendo] nella realtà contemporanea le controversie giuridiche»¹⁴. Questa prassi mette in epochè la specificità del diritto, la terzietà, garante dell'imparzialità del giudizio e custode della distanza tra diritto e legalità per trasformare l'enunciato

¹¹ Cfr. B. ROMANO, *Terzietà del diritto e società complessa*, Roma, 1998.

¹² P. VIRILIO, *Velocità e politica*, *passim*.

¹³ Cfr. Y. DEZALAY, *Marchands de droit: la restructuration de l'ordre juridique international par les multinationales du droit*, Paris, 1992.

¹⁴ P. P. PORTINARO, *Oltre lo Stato di diritto. Tirannia dei giudici o anarchia degli avvocati?*, Milano, 2002, p. 398.

normativo nella formalizzazione di un istinto di autoconservazione.

In questa architettura, la sanzione è solo una reazione all'ordine violato che, nella prospettiva kelseniana, conferisce legalità all'enunciato normativo: «una regola è una regola giuridica perché dispone una sanzione»¹⁵. Quello di Kelsen è solo un esempio dell'omologazione culturale determinata dall'assenza di un sistema valoriale di riferimento e di rinvii ai principi generali del diritto secondo un progetto sociale dove «il fatto ... regola il comportamento umano per mezzo di una tecnica specifica. Se ignoriamo questo elemento del diritto, se non concepiamo il giuridico come una specifica tecnica sociale ... perdiamo allora la possibilità di differenziare il diritto dagli altri fenomeni sociali»¹⁶. Il diritto come tecnica e la velocità come 'regola di comportamento' non considera il rispetto dei diritti dell'uomo ma *processa* regolarità costanti, necessarie al perpetuarsi, di volta in volta, di un sistema segnico: spontaneo quanto legalizzato in una Stufenbau.

Entrambe le direzioni registrano lo «spostamento del sapere dai soggetti alle operazioni ... dalla intersoggettività [alla] comunicazione sistemica»¹⁷ attraverso procedimenti che avallano esigenze di velocità e profitto a fronte di una dimensione dialogica calpestata dalla proliferazione di giudizi tecnici in cui l'inessenzialità del dibattito è sostituita dall'incidere del quantum del compenso¹⁸. «Nel diritto penale ad esempio, una norma generale determina d'abitudine con grande accuratezza l'illecito a cui i tribunali, in un caso concreto, devono ricollegare una sanzione e determina pure con accuratezza tale sanzione; di modo che il contenuto della sentenza ... è in larga misura determinato da una norma generale»¹⁹.

1.2. Dromocrazia e ordini spontanei di nuova generazione

Gli interrogativi sollecitati dalle moderne trasformazioni sociali spingono anche il filosofo del diritto a discutere, con criticità, le nuo-

¹⁵ H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, 1984, p. 28.

¹⁶ *Ivi*, p. 26

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Cfr. C. PUNZI, *La funzione del giudice nell'attuale evoluzione del diritto privato*, Padova, 1967.

¹⁹ *Ivi*, p. 132.

ve modalità di formazione e attuazione delle regole sociali, muovendo da alcune possibili questioni problematiche: si può parlare di «un contrattualismo generalizzato»?²⁰ Di una tecnica capace di trasformare la giustizia in un bene privato? O ancora di una legalità surrogata dalla vendetta privata servita sulla falsariga del pretesto della riduzione dei tempi della controversia?

Le pagine di Hayek discutono le opportunità vincenti offerte dal sistema spontaneo rispetto ai modelli centralizzati attraverso una struttura orizzontale dell'organizzazione del potere che scardina le vecchie categorie legate alla verticalità dello Stato dove 'ciò che governa è una congerie di pratiche, di burocrazie [e] di attori'. L'attenzione verso la diffusione del potere va letta in relazione alla principalità assunta dagli attori, economici, protagonisti-responsabili delle proprie scelte più o meno vincenti (feedback positivo-negativo) che strutturano un governo 'dal basso', autoregolantesi e autoreferenziale, secondo le strategie proprie del sistema 'dromocratico' in cui le aspettative cognitive, emergono per maggiore conformità «alla accelerazione della velocità dei mutamenti del produrre-il-consumare, che rendono qualsiasi elemento del presente già deteriorato»²¹ rispetto al diritto positivo che, «nel suo presentarsi è, per struttura in ritardo rispetto ai contenuti delle aspettative cognitive, che scorrono nel flusso di un presente che assorbe sia il passato, sia il futuro, trasformato in un 'diverso' presente, non progettato ma continuamente accadente nell'ora-qui, nell'eseguire il potere della dromocrazia»²².

In una dimensione in cui il potere dromocratico rende flessibile e funzionale ogni elemento del sistema, la velocità si fa regola prima nella produzione del consumo secondo il grado di compatibilità «all'accelerazione delle condotte consumatorie»²³ le uniche ammesse nella costruzione di un mondo e di un io funzionale. Una architettura così costituita sollecita a ripensare che «non c'è realtà dove c'è auto-appropriazione»²⁴, intesa come chiusura narcisistica e insieme indifferenza verso gli altri in un mondo in cui: «per quanto possa appro-

²⁰ L. AVITABILE, *La filosofia del diritto in Pierre Legendre*, Torino, 2002, p. 117.

²¹ B. ROMANO, *Orientarsi nel pensiero - Kant - e nelle norme - Gadamer. Nomos e logos*, Torino, 2016, p. 68.

²² *Ibidem*.

²³ *Ibidem*.

²⁴ M. BUBER, *Io e Tu*, PAVia, 1991, p. 103

priarsi di molte cose ... rimane ... ciò che esperisce e utilizza»²⁵.

Paradossalmente, l'artefice del mondo della rete, degli scambi, del commercio ne è assorbito e annientato nella sua specificità e insieme nella sua creatività inventiva, determinato da un fare macchinico che spegne il pensiero, lasciando: «al posto del movimento sempre rinnovato dell'essere che si raccoglie e si stacca ... l'acquietarsi in un esso ... privo di consegna personale»²⁶. Queste sollecitazioni critiche mostrano le lacune del sistema spontaneo di Hayek che emergono, con vigore, nelle pagine di *La società libera* e successivamente ne *Il miraggio della giustizia sociale* svelando, dietro l'idea di una solidarietà spontanea, l'automatismo dell'esecuzione passiva di regolarità normative non scelte né selezionate dalla ragione. Se ci si affida solo alla *fides*, intesa come affidamento totale all'altro non misurato dall'incidere della ragione, si consolida una 'nomatività' costruita su certezze labili che la sedimentazione di altre norme più efficaci può modificare generando angoscia. Il diritto spontaneo diventa il pretesto per una lettura alternativa del mutamento antropologico dell'età moderna in cui l'assenza di vincoli e di legami, anche di tipo giuridico, è l'asse portante delle dinamiche libertarie e, allo stesso tempo, liberticide che sfruttano l'oblio del diritto, sollecitando l'identificazione del Bene con ... la costruzione di questa macchina infernale che procede con la collaborazione spontanea, se non gioiosa, delle sue vittime».

In questa direzione, è assente, come nella *Stufenbau* kelseniana, l'atto restauratore proprio dell'interpretazione che consente di discutere di una legalità giusta e del giudizio come un atto giuridico²⁷ nel coglimento dell'*invisibile* che non si lascia trattare dalla tecnica del computo perché non teme né esige completezza, rimanendo costantemente aperta alle istanze sociali emergenti che rendono il diritto formalizzato né l'unico né l'ultimo.

Che ne è del destino dell'uomo e del diritto? Dell'equità²⁸ «che

²⁵ Vd., ID., *Werke, Dritter Band, Schriften zum Chassidismus*, München-Heidelberg, 1963, p. 840.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Cfr. J. DERRIDA, *Pre-giudicati: davanti alla legge*, Catanzaro, 1996.

²⁸ Nella prospettiva di Aristotele «la natura dell'equo» è «quella di essere un correttivo della legge laddove sia difettosa a causa della sua universalità», ARISTOTELE, *Ethica Nicomachea*, Milano, 2009, 1137b 26-27, p. 223. Si veda anche in ID., *Della interpretazione*, Milano, 2006.

prende corpo nel giudizio»²⁹? O della giustizia, della libertà e della coscienza di sé come soggetto che pensa, parla e ipotizza?

Questi interrogativi rivelano la tensione comune di positivisti e liberisti verso la realizzazione di un sistema perfetto, privo di lacune, espressione di una staticità giuridica che postula l'esistenza di una fonte, legittimata da un potere occasionale e contingente da cui derivano tutte le leggi³⁰.

La *Grundnorm* di Kelsen e l'*opinio iuris ac necessitatis* rappresentano fenomeni sociali diversi che rivivono sotto nuove vesti nelle piattaforme digitali dove il veloce scambio di informazioni è mediato dall'incidere delle strumentazioni tecnologiche: «i principali oggetti al centro dell'attenzione ... non sono le persone in carne e ossa, bensì i loro 'doppi' elettronici, cioè i dati che li riguardano ... ciò che più dobbiamo temere non è la fine della privacy e dell'anonimato bensì l'inquadramento in categorie in grado di determinare apriori il nostro futuro di consumatori e cittadini»³¹.

Si tratta di un ordine scandito dal necessario adeguamento alle prassi che generano profitto in nome di un riconoscimento sociale circoscritto a chi ha la possibilità di esercitare un potere più forte che rimane costantemente estraneo allo spazio della libertà e al giuridico, ridimensionato in un «vuoto esercizio formale di deduzione logica da premesse costituite da definizioni del tutto arbitrarie»³².

1.3. La 'velocità' del diritto tra costruttivismo ed evolucionismo

Diversi modi di intendere il diritto presuppongono differenti procedure costitutive della genesi del fenomeno giuridico che scandisce,

²⁹ Cfr. G. M. CHIODI, *Equità. La regola costitutiva del diritto*, Torino, 2000, p. 18, approfondisce il tema dell'equità affermando che «la convinzione che la specificità e la vitalità del diritto devono essere affidate più alla formazione del giurista, come elaboratore del diritto vivo che non alla sostanza normativa ... Il giurista ha il difficilissimo compito di decifrare le situazioni conflittuali in tutte le loro componenti, relazioni, sfaccettature, sfumature, per trarne quelle soluzioni che siano in grado di attribuire a ciascuno il suo».

³⁰ *Ivi*, p. 41.

³¹ Z. BAUMAN, *Sesto potere. La sorveglianza nella modernità liquida*, *passim*.

³² *Ivi*, p. 245.

nelle sue molteplici sfaccettature, fasi storiche, politiche e sociali. L'attuale organizzazione dromocratica sembra decretare la 'fizzionalit  di ogni *status* e una precariet  strutturale dell'equilibrio, raggiungibile ma mai completamente statizzabile, nell'individuo quanto nella societ , che asseconda un procedere, simultaneamente affine al «costruttivismo»³³ quanto all'«evoluzionismo»³⁴. Le due gradi dicotomie del formalismo e dell'evoluzionismo giuridico vengono discusse in queste pagine attraverso i riferimenti al pensiero di Kelsen ed Hayek a partire dall'incidere di una modernit  che mostra il darsi di un nuovo progetto sociale, speculare ad entrambi in cui il potere diffuso e, allo stesso tempo, centralizzato nei colossi economici o manipolato dai tecnici dell'algoritmo digitale, lascia emergere il paradosso del potere radicalizzato in Kelsen e diffuso in Hayek, svelando la sua radice iniziante nel solipsismo personalistico e insieme nell'inessenzialit  della relazione dialogica.

Contrariamente all'orientamento di coloro che considerano le attuali dinamiche sociali efficaci «strategie per abolire l'ideologia del S  isolato»³⁵, i social network amplificano la diffusione di un «narcisismo di massa»³⁶ modellato sulla falsariga di un «attimo che rende felici (*κ ιτος*), facendo sparire per incanto la distanza spaziotemporale»³⁷ che soltanto in alcuni casi agevola la formazione di vere e proprie aggregazioni sociali. Ogni volta che l'uomo viene privato della specificit  del linguaggio si trasforma in una «entit  senziente»³⁸, confinata in uno stato «di solipsismo dell'io ... estraneo alla discorsivit  dialogica», disvelante, «per ogni parlante, la consapevolezza di essere soggetto delle ipotesi»³⁹.

Si tratta di quella dimensione sociale, oltre statale, in cui il collante

³³ Hayek discute di 'razionalismo costruttivista' nella lezione del 27 aprile del 1964 all'Universit  Rikkyo di Tokyo, pubblicata successivamente con il titolo di *Kinds of Rationalism* in cui rinvia al pensiero di Cartesio come momento prodromico alla diffusione di quella: «irragionevole et  della ragione» tipica dell'illuminismo e del positivismo che sottende le politiche totalitarie e ogni forma di pianificazione centralizzata. In questa direzione, tutte le istituzioni, lo Stato, il diritto e la moneta sono considerate l'esito di progetti elaborati da singoli o da gruppi di persone.

³⁴ F. A. VON HAYEK, *Individualismo: quello vero e quello falso*, Soveria Mannelli, 1997, p. 16.

³⁵ V. FLUSSER, *La cultura dei media*, Roma, 2004, p. 155.

³⁶ B. ROMANO, *Forma del senso. Legalit  e giustizia*, Torino, 2012, p. 85.

³⁷ BYUNG-CHUL HAN, *Nello sciame: visioni del digitale*, cit.

³⁸ B. ROMANO, *Diritti dell'uomo e diritti della senzienza*, Roma, 2003.

³⁹ Cfr. B. ROMANO, *La legge del testo. Coalescenza di logos e nomos*, Torino, 1999.

delle interazioni è garantito solo dall'interesse all'accaparramento, non mediato dall'incidere dalla gratuità del dialogo che libera da uno stato di solipsismo autodistruttivo, avallato dalla prospettiva di un probabile guadagno.

Il solipsismo dialogico avvia la mistificazione del diritto nelle forme della tecnoregolazione che oggi supporta le procedure 'dromocratiche', generando una fase di regresso del genere umano, recintato nella ricorsività del ragionamento logico-binario, capace del sì o del no che esclude la problematizzazione. Già Platone nel Filebo mette a nudo gli effetti che derivano dall'oscuramento dell'attività intellettuale-riflessiva a vantaggio di una assolutizzazione del dire illimitatamente fino alla degenerazione nell'informe privo di senso di certe dinamiche «più degne di un mollusco che di un essere umano».

Il tema interessa l'analisi sulla persona umana che il diritto istituisce ed applica⁴⁰ nel segno di un annullamento del movimento rotativo proprio dell'ortonomia, della ricerca del senso, per proiettarsi nella fuga inintenzionale della ripetizione lineare in cui ogni parola è l'esito di un processo etero-dromocratico. La semiocrazia è asignificante nella direzione di una possibile ricerca del giusto nel legale perché impone, eteronomamente, contenuti definiti, spegnendo il rinvio di senso della parola piena, plurivoca e polisensa, per la realizzazione di un successo sistemico, mai a misura d'uomo.

Le forme semiotiche del dire consolidano un'informazione funzionale al mercato, all'economia, e prodromica nell'uso di strumenti telematici non criticabili in sé ma in relazione alla proliferazione di condotte alimentate dalla sproporzione dei rapporti di forza. Questo fenomeno incide anche sull'esperienza del quotidiano, contribuendo a sostituire l'io in carne con un io virtuale che determina l'oscurarsi

⁴⁰ Sebbene sia possibile rintracciare alcuni elementi della prospettiva liberale già nel mondo antico, e più in particolare, nella Grecia e nella Roma classica, la definizione 'liberale', a proposito di un movimento politico, viene usata per la prima volta solo nel XIX secolo quando si afferma anche la declinazione più marcatamente economica del fenomeno, il liberismo. Mentre il liberalismo afferma l'esistenza di diritti fondamentali e inviolabili dell'individuo e, insieme, l'eguaglianza dei cittadini davanti alla legge, il liberismo è una teoria economica più orientata al sostegno della libera iniziativa economica anche attraverso la limitazione dell'intervento dello Stato nell'economia. Per queste ragioni il liberismo è considerato da molti come l'applicazione in ambito economico delle idee liberali. Alcuni filosofi del diritto, come Bruno Leoni, applicano le teorie liberiste anche alla dimensione giuridica, trasformando il diritto in uno strumento al servizio del mercato.

dello spazio del dire-altrimenti e quindi dell'uso della parola in luogo della rapidità e destrezza esecutiva della connessione. L'uso degli strumenti telematici diventa il motore dei processi evolutivisti che esigono la passiva ripetizione 'macchinica' degli input lanciati da chi decide modalità di accesso e contenuti della rete, determinando un'interazione fondata sul gioco delle immagini e dei suoni che si sostituisce al dibattito della piazza, basato sull'uso tanto dei sensi quanto del senso, in un confronto reale e un questionare che non si lascia 'contabilizzare' ma viene custodito nella sua valenza esistenziale dall'incidere della terzietà⁴¹.

1.4. Dromocrazia e liberalismo giuridico

All'interno delle diverse declinazioni del liberalismo giuridico quello economico, in particolare, può essere considerato la genesi dell'attuale 'dromocratica organizzazione sociale', costruita sulle basi di una dittatura della velocità che condiziona e coadiuva il successo del sistema economico. La diffusione della conoscenza, essenziale in un contesto sociale spontaneo quanto dromocratico è supportato da veloci mezzi tecnici che catturano la volontà e annichiliscono il pensiero, diventando inevitabili prolungamenti dell'agire umano al servizio di un progresso tecnologico che si introduce nel vivente, realizzando il sogno futurista di Marinetti: «l'uomo si alimenta di tecnica, non soltanto di chimica, come chimica degli alimenti, ma di tecnica delle micro-macchine». Questo orientamento del vivere in società mostra con chiarezza che: «non occorrono rivoluzioni cruente per eliminare la persona, l'individuo, il cittadino, l'uomo libero e avere al suo posto il suddito ubbidiente. La trasformazione può avvenire per gradi, attraverso il quotidiano abuso del legiferare, compreso il legiferare democratico... Il nostro comportamento viene allora sottoposto alla volontà di altri, che diventa con facilità l'arbitrio di altri... E alla fine lo schiavo non può nemmeno più pensare alle piacevolezze dell'esistenza: la sua massima ambizione si riduce a ricevere il trattamento dell'animale domestico sotto un buon padrone»⁴².

Che la dromocrazia sia l'evoluzione-involuzione del pensiero liberale e,

⁴¹ Cfr. ID., *Terzietà del diritto e società complessa*, Roma, 1998.

⁴² B. LEONI, *La sovranità del consumatore*, cit., p. 11.

insieme, della peculiarità esistenziale dell'essere umano?

È certo che il pensiero 'liberale-europeo-continentale' si afferma, con nuovo slancio, nella globalizzazione dei mercati, in particolare, con la Scuola Austriaca di Carl Menger, Ludwig von Mises, Bruno Leoni e Friedrich von Hayek più conosciuti per la critica ai poteri centralizzati: «i governanti ... passano, rappresentano una sovrastruttura» mentre il diritto resta «e costituisce l'ossatura, la struttura codificata del comune sentire di una società»⁴³. In questa direzione, si edifica l'idea di un diritto non deliberato⁴⁴ dal «genio di un solo uomo» ma dal risultato «di secoli e di molte generazioni umane»⁴⁵ che conferma la distanza speculativa verso pensatori come Rousseau,⁴⁶ Voltaire, Descartes e Hobbes e, in generale, dal «razionalismo costruttivista» o dall'«olismo» che identificano la realtà con una geometria priva delle 'sbavature' che implicherebbe l'esercizio della libertà.

Proprio l'atto libero specifica l'essere umano e il mondo rispetto all'ambiente a-storico delle differenti forme di determinismo che coinvolgono e manipolano l'individuo, oggi divenuto dromologico, artefice di una particolare forma di organizzazione sociale che valorizza gli aspetti inintenzionali e non programmati dalla ragione, mostrando, anche nella dimensione giuridica, come nel progresso tecnologico e nella ricerca scientifica, l'esser-

⁴³ P. ERCOLANI, *Il Novecento negato*, cit., p. 76.

⁴⁴ A tal proposito Hayek cita A. FERGUSON, *An Essay on the History of Civil Society*, Edinburg, 1767, p. 187 in F. A. von HAYEK, *La società libera*, cit., p. 155: «le ... istituzioni sociali ... sono il risultato dell'azione umana, ma non il risultato di un disegno umano».

⁴⁵ M. T. CICERONE, *De re publica*, II, pp. 1-2.

⁴⁶ Si veda J. J. ROUSSEAU, *Contratto sociale*, libro II, cap. VI, Brescia, 1997 dove discute dell'uscita degli individui dallo stato di natura attraverso un *pactum* capace di conservare tutti i diritti e afferma: «[è necessario] trovare una forma di associazione che difenda e protegga con tutta la forza comune la persona e i beni di ciascun associato». Il presupposto di un tipo di società così costituita risiede in un *contratto sociale*, fondato sul presupposto dell'alienazione di tutti i diritti. Per una disamina sul pensiero di Voltaire si veda P. ERCOLANI, *Il Novecento negato. Hayek filosofo politico*, Perugia, 2006, p. 137: «la legge non è mai in contraddizione con la consuetudine. Infatti se la consuetudine è buona, la legge non vale nulla». VOLTAIRE, *Dictionnaire philosophique*, Parigi, 1764, p. 244. Si veda Ivi, p. 134 le considerazioni sulla dimostrazione razionale del mondo di René Descartes, considerato il fondatore del «razionalismo costruttivistico»; cfr. R. CARTESIO, *Discorso sul metodo*, ripreso e discusso da F. A. von Hayek, *Nuovi studi di filosofia, politica, economia e storia delle idee*, Roma, 1988: «Sparta sembrava eccellere tra le nazioni greche poiché le sue leggi erano il prodotto del disegno di un singolo individuo, e, in quanto tali, tendevano tutte ad un unico fine». A completare il quadro di riferimento del costruttivismo va ricordato T. HOBBS, *Leviatano*, Roma, 2002.

ci di regole non sempre formulate né formulabili⁴⁷.

Proprio il modello liberale promuove una architettura del giuridico ispirata alla tesi del «respect to science»⁴⁸ che avalla una prospettiva imperniata sull'affidamento a tipologie di comportamento consolidati dall'esperienza che entrano «nel meccanismo mentale ... e rimangono lì ritenuti fino a riemergere nel momento opportuno»⁴⁹.

La dromocrazia è il risultato post-moderno di un liberalismo giuridico sempre più vicino, nelle dinamiche, al liberismo economico, critico verso ogni forma di «mentalità ingegneristica»⁵⁰, la stessa da cui prende distanza Hayek nel suo progetto sociale di «ordine spontaneo»⁵¹. I riferimenti essenziali vanno all'«ordine policentrico» di Polany⁵² che valorizza la ripetitività costante di alcune condotte, per ciò solo, ritenute un 'modello di comportamento' da seguire, giustificato dalla maschera dell'interesse generale e consolidato da un processo di registrazione sinaptico che viene spacciato per anti-razionalismo. Le premesse epistemologiche di questo approccio hanno a che fare con la convinzione che la ragione sia «limitata» e «imperfetta»⁵³, in continua tensione verso la combinazione di «frammenti di conoscenza di cui dispongono individui diversi ... che, se fossero ottenuti consapevolmente richiederebbero un grado di conoscenza che nessuna persona potrà mai possedere»⁵⁴.

Trova conferma, in queste considerazioni preliminari, la differenza dicotomica tra *nomos*, regole di condotta e *thesis*, sistema giuridico creato dalla legislazione e, quindi tra teleocrazia, indirizzata a fini particolari e democrazia, basata su norme generali e astratte: «se noi ammettessimo che il

⁴⁷ In questo senso rileva la posizione epistemologica ripresa nell'opera di Hayek di Michael Polanyi (1891-1976) secondo la quale ogni conoscenza non coincide, né si esaurisce, nell'ambito del concettuale, dell'esprimibile, del formalizzabile, del linguistico, potendo, l'essere umano conoscere più di ciò che esprime. Cfr. M. POLANYI, *La conoscenza inespressa*, Roma, 1979. Polanyi discute della comunicazione concettuale e linguistica come una realtà molto più ampia, di una «dimensione tacita» che precede e fonda tutta la conoscenza.

⁴⁸ S. JACOBS, *Polany and Spontaneous Order*, 1999, pp. 14-15

⁴⁹ Hayek sottolinea che per alcune regole esiste un passaggio dallo stato inconscio alla consapevolezza che lascia in sospenso la questione del riconoscimento del valore normativo delle regole stesse.

⁵⁰ F. A. VON HAYEK, *L'abuso della ragione*, Soveria Mannelli, 2008, p.127.

⁵¹ Si tratta di una impostazione concettuale successiva al libro *The pure Theory of Capital*, London 1976.

⁵² M. POLANYI, *La logica della libertà*, Soveria Mannelli, 2002, p. 159.

⁵³ P. ERCOLANI, *Il Novecento negato. Hayek filosofo politico*, cit., p. 9.

⁵⁴ G. DOSTALER, *Il liberalismo di Hayek*, cit., p. 46.

diritto è semplicemente un insieme di proposizioni giuridiche perfettamente individuate, per esempio quelle dell'ordinamento dei giuristi dogmatici, specialmente negli ordinamenti di tipo legalistico, in cui cioè il diritto si identifica con la legge, faremmo come chi volesse intendere con linguaggio solo quello corrispondente alle grammatiche e ai vocabolari ufficiali. Cioè dimenticheremmo che come c'è un uso del linguaggio c'è un uso del diritto e, più in generale, che il diritto è un fatto, o meglio un insieme di fatti o che le persone si comportano in un certo modo il quale può corrispondere o non corrispondere agli schemi rispecchiati nelle proposizioni linguistiche e che i giuristi dogmatici chiamano norme giuridiche».

Al contrario, Hayek muove dall'intenzione di applicare il principio evoluzionistico alla società e alle istituzioni giuridiche attraverso la produzione di modelli selezionati da una prassi che lasciano emergere alcuni istituti piuttosto che altri, promuovendo l'affermazione di una dimensione sociale, oltre statale, in cui il collante delle interazioni non sono i valori né i principi ma l'interesse all'accaparramento, non mediato dall'incidere dalla gratuità del dialogo che libera da uno stato di solipsismo autodistruttivo, avallato dalla prospettiva di un probabile guadagno.

È questa la nuova prospettiva degli ordini spontanei che oggi interessa il sistema dromocratico in cui i fini individuali sono assunti come 'dati' per arrivare, attraverso il 'metodo sintetico' alla struttura mentale, i moventi, che determinano la condotta. I dati oggi sono raggruppati nei database che analizzano le risposte degli individui alle sollecitazioni dell'ambiente, stemperando una conoscenza solo parziale, attraverso algoritmi e calcoli statistici a supporto di coloro che possono comprare informazioni ed avere per ciò solo il controllo della società.

Le teorie sulla diffusione della conoscenza⁵⁵ di Hayek e la capacità di acquisire quelle più efficienti al funzionamento dell'*ordo spontaneus* ricorda i tratti dell'attuale compravendita di informazioni, conservate e raffinate nei database, parallelamente affidate, in un contesto ancora estraneo alle nuove tecnologie, come il *cosmos* di Hayek, alla scaltrezza degli operatori economici più veloci, capaci di apprendere con maggiore rapidità quelle in grado di produrre il minor numero di conseguenze indesiderate e maggior possibilità di successo nelle transazioni del mercato.

Si comprende come la posizione degli evoluzionisti abbia rappresentato negli anni del progresso globale la spinta verso forme radicali di liberi-

⁵⁵ Cfr. T. H. DAVENPORT, L. PRUSAK, *Il sapere al lavoro, come le aziende possono generare, codificare e trasferire conoscenza*, Milano, 2002.

simo economico e politico rispetto alle più tradizionali posizioni costruttiviste che guardano all'«ordine ... come il risultato della costante vigilanza dell'autorità»⁵⁶ nel convincimento profetico che un sistema non giuridicizzato corre il rischio di diventare oggetto di nuove forme di contesa.

La guerra tecnologica lavora costantemente alla edificazione di un nuovo potere 'disciplinare di sorveglianza'⁵⁷ che innalza la tecnica a soggetto della storia e relega l'essere umano in un anello del suo funzionamento, inaugurando una governabilità tramite sorveglianza che cessa di essere, secondo il paradigma classico, un terreno di esclusivo dominio, e persino di caratterizzazione simbolica ed identitaria, del politico⁵⁸. Al contrario, essa diviene un terreno dove la politica è qualcosa di secondario rispetto alle evoluzioni della messa a valore dei dati⁵⁹.

Queste dinamiche schiudono un nuovo binomio, gerarchizzante quello legale-giusto, sostituito dal più funzionale potere-sapere, discusso da Foucault e rivitalizzato negli ordini spontanei di nuova generazione, la dromocrazia, in cui la diffusione della conoscenza diventa il principale strumento di successo nel soddisfacimento delle aspettative. Si configura l'esserci di un nuovo saper-fare estraneo alla scelta di un sistema giusto, proprio del come-fare-per, che identifica le potenzialità umane solo in base al grado di interiorizzazione delle capacità tecniche di sorveglianza.

Il commercio elettronico è un esempio paradigmatico del disciplinamento moderno della società discusso, tra gli altri da Ellul, come una forma di determinismo in cui, come nel sistema di sorveglianza di Foucault, la presenza di ispettori deputati al controllo diventa accessorio. Le recenti tecnologie elettroniche estranee al pensiero di Hayek, Kelsen e Foucault sembrano perfezionare l'architettura del Panopticon, fornendo la chiave di volta nella concretizzazione di un sistema spontaneo perfetto, anche senza Stato in cui un nuovo fattore, la velocità, è il sorvegliante principale nel regime di potenziamento della dromologia.

⁵⁶ F. A. VON HAYEK, *L'utopia liberale*, Roma, 2002, p. 101.

⁵⁷ M. FOUCAULT, *Bisogna difendere la società*, cit., p. 39. La questione relativa al controllo sociale ha avuto una delle sue prime formulazioni con E. A. ROSS, *Social Control: A Survey of the Foundations of Order*, The Press of Case Western Reserve University, 1969, con particolare riferimento ad un meccanismo esercitato dalla collettività sull'individuo allo scopo di indurlo alla conformità e mantenere l'ordine sociale.

⁵⁸ Corte di giustizia dell'Unione Europea, cause riunite C-293/2012 e C-594/12, Digital Rights Ireland Ltd, Seitlinger e altri, in GUUE, C 175, del 10 giugno 2014, 6 <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docId=150642&doclang=IT>).

⁵⁹ <http://ilmanifesto.info/insorgenti-dentro-i-big-data/>.

In questa architettura, le tecniche di sorveglianza puntano a scoraggiare e a prevenire ma anche guidare e sostenere determinati comportamenti, imponendo standard orientati verso una 'supernormalizzazione' attraverso «l'esplorazione di polverosi studi statistici sulla popolazione ... che fa del potere-sapere un agente di trasformazione della vita umana»⁶⁰.

1.5. Metodo scientifico e metodo giuridico a partire dalla Scuola Austriaca

Le questioni centrali dell'economia impegnano anche la riflessione filosofico-giuridica, tra le altre, della scuola Keynesiana, della Public Choice e della Scuola Austriaca di economia. In particolare, la prospettiva scientifica e realistica di Hayek scardina il probabilismo dei modelli matematici propri di altri orientamenti del pensiero e si affida, nell'edificazione della società e della dimensione giuridica, alla diffusione della conoscenza secondo un processo di scoperta graduale e necessaria che esige il dinamismo e la velocità della dromocrazia per sopperire alla scarsità e operare una valida selezione di scelte potenzialmente vincenti. Proprio la 'scarsità' e la 'scelta' sono i prodromi problematici della complessità del mercato in cui ogni azione implica la rinuncia a scelte alternative nell'ambito di un processo di graduale perfezionamento delle diverse forme di organizzazione delle risorse.

In questa direzione, la diffusione della conoscenza, discussa da Hayek, diventa, nella società dromocratica, il principale strumento di ricostruzione del 'potenziale informativo' ad opera degli strumenti messi a disposizione dalla tecnologia anche col rischio di un accumulo di dati, superficiali e approssimativi, che esigono la selezione ad opera di algoritmi sofisticati, capaci di selezionare quelle più utili.

L'idea di una cooperazione interdisciplinare tra matematici e tecnici specializzati e insieme di sociologi e umanisti, mediante un approccio qualificato, è una condizione necessaria all'acquisizione corretta di dati-informazioni che consentano di trovare risposte mirate alla riduzione dei costi e di tempo, nei processi di lavoro, per la nascita di nuovi prodotti e l'ottimizzazione dei servizi.

Attualmente i Big Data, sconosciuti alle teorizzazioni degli anni in

⁶⁰ M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino, 1977, p. 218.

cui vive Hayek, rappresentano un valido strumento di diffusione della conoscenza⁶¹ che permette di cogliere relazioni altrimenti non rilevabili, arrivando ad individuare gli 'umori' dei consumatori e a sfruttare i flussi di dati e informazioni che ogni giorno transitano all'interno dei canali virtuali. Si tratta di una versione moderna di quegli ordini spontanei teorizzati nel '900 che oggi assumono nuove prospettive di sviluppo e pianificazione, custodendo la centralità di un diritto non codificato, spontaneo, strutturalmente lontano da quello che edifica la *Stufenbau* kelseniana. La distanza tra pianificazione e spontaneità si assottiglia quando ci si spinge nell'analisi critica che distingue e separa scienza giuridica e metodo giuridico, considerando l'interdipendenza tra la prima e la *Dottrina pura del diritto* la seconda e i processi catallattici⁶². Sebbene Hayek mostri criticità verso la possibilità di estendere il metodo scientifico ai problemi sociali, come nel modello teorizzato da Kelsen⁶³, quando si oscura la dimensione logologica per fare spazio ai processi concorrenziali che mettono da parte il dia-logos, residua l'assolutizzazione di un approccio scientifico anche sulle modalità di istituzione e amministrazione della giustizia. Questa prassi, in particolare, viene elaborata dall'approccio speculativo del Circolo di Vienna, orientato verso una possibile concezione scientifica del mondo⁶⁴, discussa criticamente da Hayek come «scientismo» o «pregiudizio scienziata», espressione dello «spirito di-

⁶¹ I Big Data si differenziano dai 'semplici' dati per il volume, la velocità e la varietà. La prima definizione di Big Data in Europa è stata adottata dall'Articolo 29 Working Party (il cosiddetto WP29). Si tratta di un gruppo con funzioni consultive, formato dai rappresentanti delle Autorità Garanti in materia di protezione dei dati personali. Secondo il WP29 l'espressione 'Big Data' si riferisce «a gigantesche banche dati digitali conservate da aziende, governi e altre grandi organizzazioni che vengono analizzate in modo estensivo attraverso algoritmi elettronici». Con l'espressione Big Data ci si riferisce a trattamenti di dati di qualsiasi tipo: non solo a quelli personali, riferibili ad una persona fisica identificata o identificabile, ma anche a quelli di persone giuridiche e a dati anonimi. A. PESCHERA, *Dataismo verso i Big Data. Critica della morale anonima*, 2014.

⁶² Il termine 'catallassi' nella terminologia greca indica lo scambio e viene ripreso da Hayek in *Law, Legislation and Liberty* dove precisa la sostituzione del termine equilibrio con quello di ordine spontaneo e il termine economico con quello di catallassi, per indicare la stretta connessione tra i rapporti di scambio economico e i legami culturali, morali e giuridico-contrattuali che ruotano intorno alle relazioni economiche. Si vd. a questo proposito Cfr. P. HERITIER, *Ordine spontaneo ed evoluzione nel pensiero di Hayek*, Napoli, 1997.

⁶³ H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 1967, p. 48.

⁶⁴ I riferimenti essenziali vanno a Moritz Schlick, Rudolf Carnap e Otto Neurath.

sinteressato della ricerca scientifica in genere, ma piuttosto [come] ... imitazioni pedantesche del metodo e del linguaggio della scienza»⁶⁵.

Se si considera come pilastro dell'ordine spontaneo l'esigenza di diffusione della conoscenza per l'apprendimento di 'regolarità costanti' ne deriva una quasi conseguente quanto naturale necessità di ricorrere all'applicabilità del calcolo statistico rispetto all'analisi delle condotte più probabili⁶⁶. Il convincimento della provata efficacia, discussa non secondariamente da Bruno Leoni, oggi trova conferme, nel mercato, nell'uso di informazioni selezionate statisticamente a partire dai principali canali di informazione: «stante la mole gigantesca di dati, in molti casi le decisioni verranno prese non da persone ma da macchine ... La società ha accumulato millenni di esperienze nella comprensione e nello studio del comportamento umano. Ma come si fa a regolamentare un algoritmo?»⁶⁷.

Si tratta di un calcolo destinato a rimanere estraneo al dire dialogico: infatti tipizza la previsione di ciò che probabilmente faranno i nostri simili attraverso una selezione meccanica secondo *l'id quod pre-rumque accidit*, sopperendo all'esigenza principale di una comunità economica: la prevedibilità a scapito dell'incontro con l'originalità dell'altro.

Proprio in questa direzione lavorano gli attuali sistemi tecnologici, impiegati nella costruzione di un modello strutturale capace di svolgere con efficacia la funzione di agevolare l'accumulo e la sintetizzazione di grandi quantità di informazioni comunemente conosciuti come Big data: «I Big Data riguardano il cosa non il 'perché'. Non abbiamo sempre bisogno di conoscere la causa di un fenomeno: possiamo lasciare che siano i dati a parlare da sé ... quando invece lasciamo parlare i dati ... possiamo fare collegamenti di cui non avevamo neppure mai sospettato l'esistenza»⁶⁸.

Si profila una principalità riconosciuta a due categorie di uomini/ruoli: coloro che secernono dati e chi li raffina e studia a partire da una frammentazione funzionale dell'io necessaria alle classificazioni

⁶⁵ F.A. VON HAYEK, *L'abuso della ragione*, Firenze, 1997, p. 7.

⁶⁶ Tra i teorici degli ordini spontanei si veda B. LEONI, *Probabilità e diritto nel pensiero di Leibniz*, ora in ID., *Scritti di scienza politica e teoria del diritto*, Soveria Mannelli, 2009, pp. 151-185. Cfr. anche in ID., *Norma, previsione e «speranza» nel mondo storico*, pp. 133-150.

⁶⁷ V. MAYER-SCHÖNBERGER E K. CUKIER, *Big Data*, cit., p. 29.

⁶⁸ *Ivi*, p. 26.

e ai conteggi dell'aritmetica che mai incontra l'essere umano nella sua pienezza esistenziale ma, precipuamente, solo nella sua funzione/ruolo di produttore e consumatore di merci: «[viviamo] un'era tecnologica nella quale saremo capaci di interagire con la ricchezza dell'informazione viva ... come partecipanti attivi di un processo in fieri, portando qualcosa in esso attraverso la nostra interazione con esso... e non semplicemente ricevendone qualcosa»⁶⁹.

L'identità diventa 'situazionale', 'usa e getta', prendendo spunto da Simmel che pure si sofferma speculativamente sugli effetti dell'industrializzazione e sulle trasformazioni che hanno coinvolto le formazioni urbane: «al contrario di quanto avveniva in passato, molto di rado abbiamo a che fare con persone che sono state testimoni di tutto l'arco della nostra vita: una cosa, questa, che ha conseguenze anche sulle forme moderne di soggettività». Non sorprende allora che una delle risposte che gli individui danno a questa frammentazione e ingovernabilità dell'identità sia la ricerca della gratificazione istantanea attraverso i comportamenti di consumo «nella direzione di *un produrre destinato all'accrescimento accelerato dello stesso consumare*».

Se «il comportamento del singolo pone in essere alcune operazioni per raggiungere un risultato mercantile, estraneo alla gratuità dell'interagire nella creazione dialogica del senso, nella formazione dell'opera d'arte», l'uomo ideale o ideal tipo, che vive questa dimensione sociale, è essenzialmente colui che si adegua al ruolo, scandito dai repentini processi di conoscenza e di consumo, legati all'affermazione di nuove informazioni che esigono di essere consumate e dimenticate per fare posto ad altre⁷⁰: «chi non ha la possibilità di cambiare rotta (mezzi e strumenti di produzione) anche di fronte alla conoscenza del passaggio economico sociale si troverà tra 'gli scarti' della Grande società»⁷¹. L'esigenza di una diffusione capillare della conoscenza, teorizzata nell'ambito degli ordini spontanei all'inizio degli anni '40 coincide, nell'attuale, 'dromocratica globalizzazione del commercio'⁷², con l'uso di mezzi in grado di creare in modo sempre

⁶⁹ G. C. R., LICKLIDER E R. S. TEYLOR, *The Computer as a Communication Device*, in *Science and Technology*, n.76, 1968, p. 21.

⁷⁰ B. ROMANO, *Filosofia del diritto*, cit., p. 103.

⁷¹ Z. BAUMAN, *Vita liquida*, Roma, 2007, p. X.

⁷² B. ROMANO, *Orientarsi nel pensiero - Kant - e nelle norme - Gadamer. Nomos e logos. Schmitt, Heidegger, Lacan*, Torino, 2016.

più raffinato la ricostruzione e profilazione sia di interessi economici quanto di quelli politici: «attraverso l'analisi dei Big Data, la governabilità tramite sorveglianza cessa di essere, secondo il paradigma classico, un terreno di esclusivo dominio, e persino di caratterizzazione simbolica ed identitaria, del politico⁷³, ma al contrario diviene un terreno dove la politica è qualcosa di secondario e superato rispetto alle «evoluzioni della messa a valore dei dati»⁷⁴.

1.6. Diritto e statistica. Quale rapporto?

Sono proprio le indagini statistiche sui dati a favorire il riposizionamento del diritto e della politica⁷⁵ su un asse che entra nella disponibilità dei 'tecnocrati' e prima ancora degli economisti, sollecitando l'intervento della Corte di Strasburgo a tratteggiare, in alcune sentenze, i «nuovi confini della libertà» sempre più insidiata da forme di controllo⁷⁶, capaci di annullare, nell'essere umano, ogni possibilità di «costruirsi liberamente»⁷⁷.

La scienza mette tra parentesi⁷⁸ la relazione uomo-altro uomo, garantendo una oggettività che non ha a che fare con il sentire né con i moventi che giustificano l'azione, proponendo uno studio delle *res* indipendentemente da quanto gli uomini pensano⁷⁹.

L'inquadramento della Scuola Austriaca non rinvia *tout court* all'appiattimento su un modello quanto al riconoscimento del pluralismo metodologico che supera i confini delle scienze economiche fa-

⁷³ Corte di giustizia dell'Unione Europea, cause riunite C-293/2012 e C-594/12, Digital Rights Ireland Ltd, Seitlinger e altri, in GUUE, C 175, del 10 giugno 2014, 6 <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docId=150642&doclang=IT>).

⁷⁴ <http://ilmanifesto.info/insorgenti-dentro-i-big-data/>.

⁷⁵ E. GIOVANNINI, *Scegliere il futuro. Conoscenza e politica al tempo dei Big Data*, Bologna, 2014.

⁷⁶ V. TOMEIO, *Gli strumenti del sapere contemporaneo*, Torino, 1985.

⁷⁷ A. SORO, Intervento al convegno, *La società sorvegliata. I nuovi confini della libertà*, 28 gennaio 2016.

⁷⁸ B. ROMANO, *Due studi su forma e purezza del diritto*, Torino, 2008, *passim*, con particolare riferimento alla fenomenologia di Husserl.

⁷⁹ Hayek sottolinea come nell'ambito delle scienze sociali l'opposizione fra fatti oggettivi e opinioni soggettive non sia così ovvia come nell'ambito delle scienze naturali; le 'opinioni', sono oggetto di studio della scienza sociale; a questo proposito Hayek afferma: «i 'fatti' di cui si occupa lo scienziato sociale sono altrettanto poco 'soggettivi' che quelli della scienza della natura, perché anch'essi sono indipendenti dall'osservatore». F.A. VON HAYEK, *L'abuso della ragione*, cit., p. 26.

cendo della teoria del «comprendere e del capire» '*Begreifen und Verstehen*' il centro della ricerca teoretica dell'agire umano unito al metodo del calcolo economico individuale come base imprescindibile per la costruzione di un ordine basato sulla comprensione»⁸⁰.

Il significato del termine 'comprendere', sempre più frequentemente affidato all'uso di metodi analitici e superficiali, inintelligibili alla macchina calcolante, indica il grado di apprezzamento che, con Carl Menger, viene discusso relativamente alla capacità, solo umana, di ricondurre «i fatti più complessi agli elementi più semplici» attraverso il rigore della conoscenza. I fenomeni sociali sono, prima di tutto, eventi umani che sfuggono al controllo assoluto della 'conoscenza' a causa della peculiare disfunzionalità dell'uomo, l'unico ente capace di perseguire lo stesso risultato attraverso percorsi diversi, a prescindere da uno schema logico prestabilito. La necessità di comprendere i fenomeni più complessi come l'economia, spinge Hayek ad occuparsi di composti (la società) costituiti da elementi più semplici (individui), discusso anche da Aristotele con esplicito riferimento all'esserci di «insiemi o gruppi di elementi strutturalmente connessi» che impariamo ad isolare per accedere alle proprietà simili degli elementi stessi. In questa architettura, il valore attribuito ai fatti o le credenze consolidate sugli oggetti di indagine rilevano solo marginalmente rispetto alla principalità accordata alla ricostruzione delle strutture relazionali inter-individuali⁸¹. Le azioni sono quindi i dati necessari allo scienziato sociale per la ricostruzione dell'antefatto e dei risultati non previsti che ne scaturiscono, discussi anche come 'regolarità'. Ne deriva che «se i fenomeni sociali non manifestassero altro ordine all'infuori di quello conferito loro da una intenzionalità cosciente, non ci sarebbe posto per alcuna scienza teorica ... e tutto si ridurrebbe a problemi di psicologia»⁸². Le azioni individuali strutturano l'ordine complesso della società spontanea secondo l'assolutizzazione di un orientamento soggettivo, determinante nella scelta dei fini e dei mezzi. Le considerazioni sull'adeguatezza rinviano ad una valutazione tra singolo agente, processi cognitivi e dati acquisiti secondo un processo 'fisiologico' di inserimento del «dato o evento esterno» nel flusso di impulsi sensoriali attraverso una struttura genetica che li classi-

⁸⁰ *Ivi*, p. 20.

⁸¹ *Ivi*, p. 42.

⁸² *Ivi*, p. 43.

fica tenendo in considerazione che ogni nuovo elemento può mutare le precedenti a seconda delle condizioni ambientali e contingenti della decisione.

Si tratta di una prospettiva che studia l'azione umana come l'esito di un processo di interiorizzazione⁸³ comune ad ogni essere umano, assunto come elemento imprescindibile dallo scienziato sociale per la «comprensione dell'universale»⁸⁴. I riferimenti essenziali vanno alla 'prasseologia' di tipo soggettivo che muove dallo studio della condotta come espressione di «un atto volontario, ovvero [come] scelta tra differenti possibilità sulla base di una data conoscenza»⁸⁵.

L'incidenza della prasseologia misesiana sembra riportare, al centro delle riflessioni di Hayek e dell'ordine spontaneo, l'uomo e i processi decisionali, stante anche la rilevanza accordata ai mezzi accordati e i fini perseguiti nell'ambito dell'atto stesso dello scegliere. Le interazioni economiche, al contrario, che orientano un sistema così descritto, privilegiano un 'rispondere' contingente che, in virtù della particolare temporalizzazione, il presente, perde lo spessore della riflessione per farsi reazione agli 'stimoli' esterni⁸⁶, espressione esplicita del modo in cui la mente umana organizza i dati dell'esperienza⁸⁷. Si tratta di una 'visuale soggettiva' delle scienze sociali che valorizza l'assolutizzazione di una particolare soggettività, o di un élite che gerarchizza ogni altra e orienta le condotte sociali secondo criteri di utilità e interesse privato. Discutere di «rivoluzione copernicana» come

⁸³ La questione dell'interiorizzazione viene discussa ha una veste di stampo evoluzionista in Durkheim quando riferisce al progresso morale il passaggio dal controllo esterno al controllo interno, attraverso l'interiorizzazione della norma. La prospettiva di Durkheim conferma la imprescindibile la presenza di regole valoriali sufficientemente assimilate dai consociati come unico limite capace, in società, di limitare i desideri illimitati ed egoistici di ciascuno. Cfr. E. DURKHEIM, *Il suicidio*, Torino, 1969.

⁸⁴ R. CUBEDDU, *Il liberalismo della scuola austriaca Menger, Mises Hayek*, Napoli, 1992, p. 181.

⁸⁵ *Ivi*, p. 190.

⁸⁶ Pareto introduce all'interno delle scienze sociologiche la teoria dell'azione 'non logica': dalla distinzione/dicotomia tra azioni logiche (ogni qualvolta esiste una corrispondenza tra la relazione mezzi-fini nella realtà oggettiva e la stessa relazione nella coscienza di chi agisce) e azioni non logiche (tutte le azioni restanti) elabora una classificazione che investe la materia di indagine dell'economia, le azioni logiche (ossia le azioni dei soggetti nelle relazioni economiche) e della sociologia circa le azioni non logiche.

⁸⁷ *Ivi*, p. 178. Ogni azione umana è il risultato di giudizi di valore, di credenze e opinioni che differiscono dall'oggetto di indagine proprio delle scienze fisiche.

«la scoperta della teoria soggettivistica del valore che fa risalire i rapporti di scambio che si svolgono nel mercato alle valutazioni individuali dei consumatori»⁸⁸ scardina il valore e la specificità del singolo che decide e agisce liberamente, con l'altro, nell'ordine di una noità triale non univoca come quella «collettività astratta» che sostituisce l'autorità ipostatica di Kelsen e processa operazioni selettive tra le condotte più funzionali. Se la 'normatività' esclude ogni riflessione sulle «elaborazioni concettuali», discusse anche come «il modo migliore di utilizzare le conoscenze disperse tra le varie persone»⁸⁹, esprimendo ciò che per lo più non si manifesta, sotto forma di valori, opinioni e principi, importanti tanto quanto i dati fisici⁹⁰, il punto di partenza anche nell'ordine spontaneo non è mai la società intera ma un gruppo di fini individuali che vengono assunti come 'dati' per arrivare, attraverso il 'metodo sintetico' alla struttura mentale cioè i moventi che determinano la condotta. In questa direzione, la conoscenza parziale di alcuni coincide con il sapere tutto di altri che diffondono informazioni determinando la direzione del gruppo sociale.

I flussi di informazioni non rimangono estranei alla coscienza ma entrano nel vissuto, imponendosi al lavoro di appropriazione originale da parte di coloro che le utilizzeranno per costruire opportunità e fini più o meno coscienti (in-intenzionali) per diventare diktat da eseguire. In questa direzione si colloca anche la produzione e l'applicazione del diritto «risultato dell'azione umana, senza essere, il frutto di un disegno, dunque senza essere stato concepito, voluto, pianificato ... costruito per fini specifici»⁹¹. La questione che ne emerge è relativa alle possibili conseguenze che derivano da un sistema deputato funzionalmente a rimanere estraneo alla tradizionale fissazione del disposto normativo che certo, «presenta ogni volta un problema di legittimazione» ma rappresenta anche una garanzia di certezza e terzietà delle regole sociali.

Tutte le istituzioni spontanee, come il mercato, il linguaggio e il

⁸⁸ *Ivi*, p. 186.

⁸⁹ *Ivi*, p. 196.

⁹⁰ *Ivi*, p. 223. L'indagine viene affrontata attraverso il metodo tipico delle scienze sociali 'compositivo' o 'sintetico'. Opinioni e valori rappresentano l'in sé del diritto, il punto da cui partire per una piena comprensione dell'azione che ne deriva. La prasseologia, discussa da Hayek, riguarda ogni fenomeno culturale capace di incidere sulla condotta umana.

⁹¹ G. DOSTALER, *Il liberalismo di Hayek*, cit., p. 155.

diritto sono strumenti al servizio dell'informazione, mai identica a sé stessa né piegabile scientificamente da cui deriva il riconoscimento del carattere unico e singolare di ogni fenomeno storico, sottratto alla esatta previsione del «futuro destino del genere umano».

1.7. Accelerazionismo e conoscenza del diritto

L'architettura speculativa di Hayek muove dallo studio delle dinamiche che strutturano gli ordini spontanei a partire dall'analisi del principio di equilibrio, uguaglianza e giustizia sociale che, insieme al concetto di 'frammentazione della conoscenza'⁹², costituiscono l'ossatura del sistema 'catallattico'. La spinta verso l'economia ma anche verso il diritto e la politica trova conforto nelle motivazioni che sostengono le soluzioni avanzate nella costruzione dell'ordine di mercato, discusso come catallasia⁹³. Le sollecitazioni arrivano dall'*humus* intellettuale della «Grande Vienna» dove i contatti con Sigmund Freud, Robert Musil, Gustav Klimt e Richard Strauss, ai quali si aggiungono coloro che, negli anni successivi, avrebbero rappresentato, nello studio della filosofia, un punto di riferimento importante, diventa motivo di riflessione per la comprensione del concetto di equilibrio basato sull'interazione spontanea degli individui⁹⁴. Hayek affida questo compito all'economia, motore immobile della diffusione di una conoscenza frammentaria e costitutivamente parziale che spinge l'essere umano ad associarsi. Sebbene non trascuri il contributo delle scienze socia-

⁹² Afferma Hayek che «il complesso di conoscenze concrete che guida l'azione di ogni gruppo umano non esiste mai sotto la specie di un *corpus* di dottrina dotato di consistenza e di coerenza proprie. Queste conoscenze esistono soltanto nella forma parziale, diffusa e frammentaria in cui si manifestano nelle innumerevoli menti singole, e questa frammentazione e imperfezione di tutto il sapere è uno dei dati essenziali da cui le scienze sociali non possono prescindere». F. A. VON HAYEK, *L'abuso della ragione*, cit., 2008, p. 28.

⁹³ B. MUSCATELLO, *Friedric A. von Hayek: Capitale, giudizi di valore e principi di ordine: per una teoria dell'agire responsabile*, Milano, 2004, discute l'itinerario che porta alla sostituzione del termine 'equilibrio' con quello di 'catallassi' che rinvia sia il legame tra i rapporti di scambio economico e i rapporti culturali.

⁹⁴ Cfr. F. A. VON HAYEK, *Conoscenza, mercato, pianificazione*, cit., p. 443: «il problema fondamentale di tutta la teoria economica è ... chiarire il significato del concetto d'equilibrio e la sua rilevanza ai fini della spiegazione d'un processo che ha luogo nel tempo». Qualche anno dopo, nel 1941, ne *La teoria pura del capitale* rifiuta ogni tentativo di spiegare i fenomeni sociali, fino ad abbandonare lo studio dell'economia pura per aprire un nuovo un'indagine più mirata sul concetto di ordine sociale piuttosto che di equilibrio economico.

li per l'indagine sulle conseguenze 'non volontarie' di azioni umane 'volontarie'⁹⁵, si può discutere di questo processo come un tentativo di normalizzazione del campo sociale che coinvolge attivamente l'uomo moderno secondo l'affermazione di un vedere che si struttura secondo un continuo rivedere: «oggi non siamo più dei vedenti ma dei rivedenti, la ripetizione tautologia dello stesso oggetto in opera nel nostro modo di produzione ... passiamo il nostro tempo a contemplare quello che abbiamo già contemplato: questa è la nostra chiusura più insidiosa e sulla ridondanza è costruito il nostro habitat»⁹⁶.

In questa direzione, si colloca anche la diffusione della conoscenza nell'ordine spontaneo, secondo l'idea di neutralità scientifica, confermato dalla ripetizione di regolarità vincenti che persuade sull'esserci di un individuo marginalmente riposizionato nell'ordine di una mera funzionalità sociale, l'individuo dromologico. La ripetizione continua del sempre uguale oscura la potenzialità di divenire differente a partire da una preventiva 'privazione sensoriale' oggi tanto più forte all'interno di un sistema che tende funzionalmente a moltiplicare i centri di informazione in nome della libertà, creando una insicurezza permanente, prodromica ai processi di desertificazione culturale e giuridica. Il fissare una forma che si fa condotta sociale di riferimento diventa una nuova declinazione del nichilismo contemporaneo che nasconde il rifiuto di incontrare l'altro nella sua autenticità secondo un orientamento alternativo rispetto a quello di Hans Kelsen e in genere ad ogni modello centralizzato, proponendo una diversa interpretazione del meccanismo empirico di acquisizione e trasmissione della conoscenza⁹⁷ che non scongiura il rischio di una 'ripetizione' inco-sciente e inintenzionale che abitua che angoscia e reprime la progettualità.

L'essere umano è sempre meno orientato a vedere-rappresentarsi la possibilità di costruirsi liberamente nel futuro e sempre più 'accecato'⁹⁸ dalla «messa a morte del nostro stesso modo percettivo ... nel tentativo di realizzare visioni sempre più nette e veloci»⁹⁹. In questa direzione, la pro-

⁹⁵ Cfr. C. MENDER, *Sul metodo delle scienze sociali*, Macerata, 1996.

⁹⁶ P. VIRILIO, *L'orizzonte negativo. Saggio di dromoscopia*, Milano, 2005, p. 15.

⁹⁷ In questa prospettiva, sono centrali gli studi di Ludwig von Bertalanffy, Lorenz e degli esponenti della Scuola Austriaca di economia: Carl Menger, Friedrich von Wieser e Ludwig von Mises.

⁹⁸ P. VIRILIO, *L'arte dell'acceccamento, passim*.

⁹⁹ AA. VV., *Lessico Virilio, L'accelerazione della conoscenza*, Ghezzeno, 2012, p. 27.

spettiva liberale¹⁰⁰ evoluta nelle più moderne dinamiche e tecniche dromocratiche diventa sinonimo di 'liberazione' perché squalifica l'umano e le sue ragioni a vantaggio di un condizionamento strumentale della sua 'soggettività'.

Se Hayek sostituisce all'autorità ipostatica, territorializzata insieme alla *Grundnorm*, un ordine plurale, in continua formazione nella graduale quanto accelerato disegno di uno Stato-Mondo in cui, come afferma Wittgenstein «Die Welt ist alles, was der Fall ist» le analisi dromologiche mettono in luce la questione della soggettività con riferimento alla necessaria eliminazione di quelle problematicità che emergono con forza dall'esercizio del volere. Quando la volontà viene sostituita dal valore, in termini di efficienza delle scelte economiche, la soggettività si mistifica in soggezione ad un diritto espressione del caso-forza vincente né scelto né terzo. Il crimine perfetto discusso da Baudrillard indica proprio lo sterminio del reale secondo un processo che attraversa de fasi: l'affermazione di una bioeconomia che esige l'animalizzazione dell'uomo e un successivo processo di disanimalizzazione e dematerializzazione: «non solo l'animale ... scompare a beneficio della macchina ma il veicolo tecnico tende a sparire a sua volta in favore del messaggio emesso ... l'informazione si rivela come il prodotto finale di un tipo particolare di illuminazione del reale (velocità della luce e luce della velocità), come per l'illuminazione intensiva l'aumento della velocità di spostamento equivale all'oscuramento del senso»¹⁰¹.

L'eccesso di velocità provoca una perdita di 'contenuto informativo' nel processo di scoperta di dati e informazioni, anche di tipo strategico, al quale collabora chi dispone di 'forza sufficiente' (economica, politica, fisica, culturale) a prendere parte alla realizzazione di un progetto societario che vuole esaurire lo sforzo naturalmente conaturato all'uomo di entrare in relazione fisica con il prossimo in direzione di una ipertrofia dell'ego ad opera della graduale identificazione con uno schermo-mondo. Questo itinerario di 'graduale scoperta' sollecita una lettura critica dell'ordine spontaneo che stempera la distanza tra Hayek e Kelsen a partire dall'assenza del *logos*, oscurato in entrambi i sistemi, come criterio di selezione di contenuti qualitativamente giusti a favore della principalità attribuita al perpetuarsi sistemico. Quando manca una scelta consapevole del diritto istituito, determinato dall'oscurarsi della prospettiva logica, il *nomos*

¹⁰⁰ F. A. VON HAYEK, *La società libera*, cit. In ID., *Liberalismo*, Soveria Mannelli, 2012. Cfr. anche R. CUBEDDU, *Atlante del liberismo*, Roma, 1997.

¹⁰¹ P. VIRILIO, *L'orizzonte negativo. Saggio di dromoscopia*, cit., pp. 137-138.

assume i tratti di un prodotto scientifico, discusso anche da Kelsen nei *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica*¹⁰² dove avvia un itinerario che promuove l'investigazione del diritto a partire dai principi matematici di deduzione, induzione e lacunosità attraverso la struttura metaforica della meccanizzazione dell'uomo¹⁰³.

Se in Kelsen il diritto è solo un'informazione normalizzata secondo gli studi applicati di una scienza che «vuole conoscere esclusivamente ... il suo oggetto ... [che] cerca di rispondere alla domanda: che cosa e come è il diritto, non però alla domanda: come esso deve essere o deve essere costituito. Essa è scienza del diritto, non già politica del diritto»¹⁰⁴ che delimita il campo di indagine del teorico nei confini delle 'sole' norme scritte e, in quanto tali, giuridicamente valide.

Tutto questo concorre a definire una pericolosa deriva dell'azione traddotta in una forma di passività che agevola dinamiche di soggezione e contestuale perdita della sua principale attitudine a rifare il mondo oltre il mero saper fare macchinico funzionale che nomina l'ingiustizia, afferma Virilio a conferma del 'miraggio di una giustizia sociale di Hayek, che rinvia alla permanente privazione della libertà di scoprire e creare nuove forme, in primis giuridiche. Le procedure, più o meno istituzionalizzate, incatenano il diritto al sistema economia mediante una assolutizzazione delle forme che negano ogni rinvio alla ricerca del giusto che non sia 'utile' al corretto funzionamento delle strutture sociali di riferimento¹⁰⁵.

Sono questi i prodromi problematici che consentono di discutere del diritto come una 'tecnica di organizzazione'¹⁰⁶, chiusa alle domande sull'artefice-autore della struttura giuridica stessa e sugli scopi che intende

¹⁰² H. KELSEN *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica*, Napoli, 1991, p. 40. Il riferimento è alla prima teorizzazione del concetto di legge=diritto; in particolare, l'origine del diritto è individuata nella volontà del legislatore «la norma indubbiamente deriva da un potere che sta fin dal principio fuori dall'individuo, e a cui l'uomo è soggetto in virtù del dominio di fatto che tale potere esercita su di lui».

¹⁰³ H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 41.

¹⁰⁴ ID., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 47.

¹⁰⁵ N. LUHMANN, *Il diritto della società*, Torino, 2012, a cura di L. Avitabile, in ID., *Mercato e diritto*, cit.; in ID., *Stato di diritto e sistema sociale*, Torino, Napoli, 1978; B. ROMANO, *Sulla visione procedurale del diritto*, Torino, 2001; in ID., *Filosofia e diritto dopo Luhmann*, Roma, 1996; ID., *Terzietà del diritto e società complessa*, Roma, 1998.

¹⁰⁶ H. KELSEN, *Diritto e pace nelle relazioni internazionali, in part. Diritto come specifica tecnica sociale*, Torino, 2009.

realizzare che esigerebbero un'indagine sulla specificità dell'uomo e la sua capacità di eccedere la macchinalità propria dell'ingranaggio, tradotto in un 'vicario tecnologico'. Le procedure sono necessarie in ogni dimensione del vivere: nella biologia garantiscono il continuarsi senza interruzioni della vita, nell'economia la circolazione dei beni e dei servizi, attraverso il binomio venditore-compratore e nel diritto la certezza nel soddisfacimento della pretesa giuridica. È necessario considerare che l'aspetto propriamente tecnico non esaurisce gli ambiti descritti, che rimangono pur sempre un prodotto umano, esito di una ricerca che si concretizza, rispettivamente, nelle strutture del mercato e nella formazione originale delle diverse forme giuridiche e sociali. La priorità accordata alle procedure mette tra parentesi i tratti distintivi dell'uomo rispetto ogni altra specie, rinunciando a trattare quella parte di mondo che eccede l'ambientazione naturale perché impegna l'opera creativa del pensiero. Il tele-mondo, le tele-macchine intelligenti che catturano l'esistenza umana nella dimensione dromologica come il sistema di concorrenza economica nell'ordine spontaneo di Hayek al pari degli ordini biologici che pure appaiono superati per caratteri e dimensioni non sono criticabili, emendabili né condannabili neanche quando producono danni e morte perché non sono scelti né pensati o voluti da un progetto umano: l'uomo può solo limitarsi ad indagarne i meccanismi che, in quanto necessari, rimangono estranei ad ogni modifica creativa. I terremoti, le tempeste e la vegetazione non sono nella disponibilità dell'uomo come non lo sono tutti quei sistemi che cercano di escludere l'opera dell'individuo come quello kelseniano in cui il diritto non nasce dall'uomo ma dal Fatto Fondamentale¹⁰⁷, secondo un procedere che ricorda la sequenza biologica nascita-vita-morte.

Anche la società attuale, ad alta velocità è accelerata e gerarchica, imperniata su un funzionalismo sistemico che stravolge diritto e politica in cui «la riduzione delle aspettative storiche ... non genera coesione sociale, su un tempo condiviso, il presente, come immaginava Luhmann ... ma produce miriadi di dispositivi centrifughi del legame sociale»¹⁰⁸: la dromologia produce un tipo di differenziazione sociale e di specializzazione dei ruoli sconosciuta ai funzionalisti sistemici.

Questi itinerari fondano il proprio esserci sul connubio diritto=forza che diventa l'epicentro della convivenza ordinata, determinata dall'inci-

¹⁰⁷ L'interpretazione è di B. ROMANO, *Due studi su forma e purezza del diritto*, Torino, 2008.

¹⁰⁸ *Ivi*, p. 85.

denza di un sistema di regolarità/normatività funzionali, necessarie e contingenti, non lontane, concettualmente, dalle leggi degli ordini biologici che prescindono dall'apporto volitivo dell'uomo.

Si tratta di un tipo di organizzazione che esula dal radicamento valoriale, proprio della *communitas*, custodita da «un *habitat* normativo, composto da regole che tracciano una invisibile linea di confine entro la quale l'esistenza e l'agire di ciascuno [gode] di uno spazio libero e sicuro [e] la regola che fissa quel confine e determina questo spazio libero è il diritto ... questo non deve essere considerato il risultato della progettazione umana [perché] nasce senza una previa programmazione; ... è lo scambio intersoggettivo che secerne norme e istituzioni, indispensabili per co-adattare le azioni umane»¹⁰⁹.

L'idea di 'giustizia' che emerge dall'ordine spontaneo, così come viene discusso da Hayek, rinvia ad una relazionalità non dialogica ma strategica che ricorda nei suoi tratti essenziali l'agire di Habermas¹¹⁰.

Pur nella ambiguità dell'uso del concetto stesso di 'relazione' emerge il riconoscimento della principalità di un *modus operandi* che alimenta la necessità di fondare la convivenza sociale su basi teoriche diverse rispetto a quelle che sottendono la 'purezza' della persona, del diritto e del mercato. Ogni forma di organizzazione sociale che tende al giusto e all'efficienza riserva un posto non marginale al principio di cooperazione, nucleo essenziale dell'atteggiamento competitivo che genera ordine attraverso l'incontro con l'alterità¹¹¹.

Cooperazione e dialogo possono intrecciare le rispettive trame, ma non sempre l'una si accompagna all'altra, lasciando che l'effettiva percezione della reciproca diversità avvenga su un piano diverso rispetto al confronto dia-logico come quello economico che manca del *logos* e lascia spazio ad un'apertura meramente funzionale al mantenimento dell'ordine¹¹². La centralità riconosciuta da Hayek alla persona, come genesi di ogni formazione

¹⁰⁹ *Ivi*, p. 31.

¹¹⁰ *Id.*, *Legge, legislazione e libertà*, cit., pp. 263-264.

¹¹¹ Sul concetto di cooperazione si veda ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, Torino, 1996 per il quale la società e la collaborazione sono le condizioni di vita essenziali del vivere. J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, Milano, 1982; P. RICOEUR, *Sè come un altro*, Milano, 1993; M. AUGÈ, *Il senso degli altri. Attualità dell'antropologia*, Torino, 2000.

¹¹² Simmel afferma che proprio in quanto diverso, l'essere umano ha sempre bisogno dell'altro e di instaurare relazioni che strutturano la base della società. In questa direzione, l'ordine non è imposto dall'esterno, ma nasce spontaneamente dall'interno del contesto sociale.

sociale, non considera il riconoscimento della parola come carattere peculiare dell'uomo nella consapevolezza che un'esistenza priva della relazione e della comunicazione interpersonale implica la rinuncia alla possibilità stessa di 'comprendere' se stessi e di assumere i tratti distintivi della persona in senso pieno. La specificità dell'uomo, rispetto agli altri esseri viventi, è proprio quella di poter instaurare relazioni con i propri simili senza cedere a pulsioni vitalistiche che coesistono con la tendenza a cooperare alla realizzazione di un progetto comune. Cooperazione e competizione¹¹³ sono le interfacce della stessa medaglia che collaborano alla formazione dell'identità esistenziale se a ciascuno viene data la possibilità di prendere parte alla costruzione dell'ordine attraverso la realizzazione del proprio progetto esistenziale. È opportuno distinguere in modo attento «il caso in cui c'è un vero comportamento cooperativo con i casi in cui, per così dire, accidentalmente a due persone accade di scoprire che il loro comportamento è sincronizzato.

C'è una grande differenza tra due violinisti che suonano in un'orchestra, o lo scoprire che, mentre sto provando la mia parte, qualcuno nella stanza accanto sta provando la propria parte, e scoprire così che, per caso, stiamo suonando lo stesso pezzo in sincronia»¹¹⁴. Bisogna allora considerare fino a che punto l'ordine spontaneo di Hayek possa essere considerato una *communitas* in cui convivono pulsioni contrastanti che spingono l'uomo a scegliere continuamente tra il bene e il male, il riconoscimento e l'esclusione che concerne non solo la negazione dell'alterità ma anche, allo stesso tempo, il suo mero uso strumentale.

1.8. Scienza e diritto: quale idea di futuro?

L'idea di futuro che propongono i teorici dell'accelerazionismo è imperniata sulla sfida globale del capitalismo che esige nuove e diverse forme di produzione della ricchezza, mediate dall'incidere di un algoritmo capace di studiare con esattezza la corrispondenza costi-benefici delle scelte degli operatori del mercato. All'apice di questa nuova piramide sociale, che ristrutturata in termini diversi la *Stufenbau*, si colloca una nuova *Grundnorm*, gli algoritmi delle macchine

¹¹³ Cfr. F. A. VON HAYEK, *Conoscenza, competizione e libertà*, Soveria Mannelli, 1998.

¹¹⁴ J. SEARLE, *La costruzione della realtà sociale*, Torino 2006, pp. 34-35.

astratte che gestiscono l'informazione e trasformano la conoscenza in una forma di intelligenza macchinica. L'osservazione, la sperimentazione e la riproducibilità in laboratorio¹¹⁵ sono le fasi in cui si articola la ricerca scientifica, per antonomasia, anonima e impersonale come esige una conoscenza 'esatta' e certa, scevra dalle influenze proprie del contesto sociale in cui si svolge. Così come uno studioso di chimica potrà condurre la medesima sperimentazione in Italia quanto in Germania perché, quel che assume rilievo non è l'*humus* culturale, quanto la capacità tecnica (strumentario e fondi) necessaria ai fini del successo della ricerca, allo stesso modo l'impatto dell'algoritmo su scala mondiale trasforma le modalità di apprendimento della conoscenza in un lavoro sinaptico secondo la struttura tipica della catena di montaggio in cui ciascuno è partecipe impersonale del meccanicismo. L'algoritmo giuridico rappresenta la traduzione di un istituto o di una procedura in operazioni di calcolo coerenti e univoche che scartano, dal funzionamento, ogni intromissione soggettiva, prospettando la formazione di una biopolitica e di un biodiritto costitutivamente controumano perché controgiuridico. Questo accade quando il nuovo principio orientante l'istituzione del diritto e l'amministrazione della giustizia diventa l'efficienza economica che sostituisce e oscura la ricerca del giusto nel legale.

I prodromi problematici della questione, si profilano già nelle teorizzazioni del realismo giuridico americano che discutono il diritto come risultato delle politiche stabilite da chi decide le controversie. In questa direzione, il giurista è un ingegnere sociale¹¹⁶ impegnato nella ricerca di un punto di incontro tra interessi confliggenti e nella creazione di una cornice giuridica di riferimento che supera una tradizione giuridica testuale, efficacemente sostituita dallo studio delle interazioni sociali. Si tratta di un cambiamento che sviluppa nuovi paradigmi di pensiero non più legati al testo ma all'analisi scientifica degli economisti. Proprio l'economia è apparsa idonea a superare gli elementi testuali del diritto, fornendo una forte fonte di legittimità, basata sulle analisi scientifiche delle condotte politiche o teoria della scelta pubblica, prevedendo il contenuto della legislazione in base al legame tra legislatore e interessi particolari.

L'incidere dei processi e del ragionamento scientifico nel diritto con-

¹¹⁵ B. ROMANO, *Filosofia del diritto*, cit., p. 152.

¹¹⁶ R. POUND, *Lo spirito della "Common Law"*, Milano, 1970, p. 177.

duce verso una depoliticizzazione della dimensione giuridica, contribuendo a ribaltare il tradizionale rapporto tra diritto ed economia secondo l'idea che accorda principalit  all'economia nella scelta/selezione dei contenuti normativi rispetto ad una normativit  divenuta un mero mezzo di stimolo piuttosto che una disciplina delle transazioni.

L'idea che le forze del mercato producano regole giuridiche   pienamente accettata e, in una prospettiva che favorisce naturalmente gli interessi economici che investono nel regime di legalit , il diritto diventa un prodotto scientifico, risultato del nesso interesse-profitto che elide la distanza dai fatti biologici, sempre identici a se stessi nel riproporsi, necessario ed immutabile, delle eterne leggi della natura.

L'appiattimento biologico rappresenta il risultato dello scarso rilievo riconosciuto alla relazione uomo-altro-uomo e al *logos*, inizio creativo di ogni fenomeno umano e prioritariamente del diritto, in luogo del quale si affermano gli algoritmi del sapere tecnoscientifico al servizio contingente di un potere.

Si registra il darsi di una direzione 'formalistica' con deciso affidamento alla materialit  e all'oggettivit  in nome di un Desein dello sviluppo che sottovaluta elementi sociali e cooperativi e si circonda di un apparente orizzontalismo spacciato per imparzialit . In questo tipo di architettura sociale che genera nuove forme autoritarie di gerarchia emerge un forte determinismo tecno-politico che incide sul giuridico, secondo una meccanicizzazione che prescinde da un processo istitutivo proprio dell'essere umano. Viene a mancare la dimensione del trascendente e ogni possibilit  di futuro sembra sintetizzata nella composizione di un presente assoluto e privo di *humanitas*. Questa forma di immanentismo o di materialismo storico non ammette l'esserci di diritti universali e incondizionati da cui deriva la capacit , solo umana, di distanziarsi e non coincidere con i fatti che ambientano l'esistenza nell'istituzione della comunit  sociale nella valorizzazione dell'individuo in carne ed ossa, libero e cosciente, in luogo di un ente eterodeterminato nella direzione imposta alla propria condotta.

Queste caratteristiche rimangono intrinseche nel meccanismo sotteso all'emersione del sistema spontaneo descritto da Hayek che accenna mai al pensiero creativo dell'uomo ma rimane confinato nella trasmissione di informazioni funzionali al successo che strumentalizza

anche le relazioni umane, veloci e appaganti se garantiscono un 'passaggio' di conoscenze sufficiente a garantire l'acquisizione delle informazioni sull'innalzamento o abbassamento dei prezzi di mercato¹¹⁷. Nell'ordine di Hayek residua ben poco dell'idea di 'comunità sociale' che è prioritariamente *communio*, intesa non come 'destino naturalistico dell'uomo' ma in qualità di comunione-condivisione dei doni, primo tra tutti lo scambio dialogico¹¹⁸.

L'esercizio del *logos* rinvia proprio all'attività donativa che non attende un contraccambio così come non la attende l'istituzione delle regole che strutturano un ordine sociale giusto. Il contesto socio-catallattico-comunitario non ha attenzione all'esercizio del *logos* perché esprime pienamente l'essenza della sua libertà nell'interazione strategica uomo-merce-uomo, mediato dall'incidere della variabile prezzo.

La temporalità, lenta e riflettente, propria del rapporto dialogico, non entra nei contesti mercantili che lavorano per ottenere un equilibrio a-soggettivo e privo dell'inceppamento che deriverebbe dalla disfunzionalità della ricerca del senso, estranea all'*homo oeconomicus*, mero esecutore degli ordini mercantili che si collocano in un contesto sociale, come quello catallattico, casuale e spontaneo e, in quanto tale, né giusto né ingiusto. Giustizia e libera concorrenza diventano sinonimi del corretto funzionamento del sistema secondo un funzionalismo esasperato in cui la pienezza e l'integrità dell'io non trovano né tempo né luogo.

1.9. Il diritto è una formula normativa?

L'itinerario speculativo intorno alla formazione spontanea del diritto orienta Hayek verso la questione più iniziale della giuridicità con particolare attenzione agli aspetti irrazionali e non programmati dalla ragione. In particolare, l'influenza culturale della scuola del diritto libero sposta l'attenzione dell'economista verso l'elaborazione di una teoria dell'ordine sociale, incentrata sull'agire individuale come dimostra il concetto di 'fallibilità della co-

¹¹⁷ Cfr. F. A. VON HAYEK, *Prezzi e produzione. Il dibattito sulla moneta*, Napoli, 1988.

¹¹⁸ Si veda la relazione tra scambio dialogico e dono di senso Cfr. Aa. Vv., *Filosofia e Filosofia del diritto*, in part. G. PETROCCO, Sezione III, *Declinazioni della terzietà giuridica. Un itinerarium sull'in-differenza del diritto*, Torino, 2012.

noscenza e 'scambio informazionale', prodromi problematici intrinseci alla formazione del fenomeno giuridico.

La questione si inquadra nella critica alla rappresentanza e alla produzione legislativa del diritto a favore di una rivalutazione dell'ordine prodotto spontaneamente e 'scoperto' per via giurisprudenziale che non può essere indagato attraverso il metodo proprio delle scienze, accusato di arginare l'indagine sul diritto alle sole 'formule normative'.

Il compito del teorico del diritto è prioritariamente quello di problematizzare le norme vigenti, sollevando questioni che attengono al processo di formazione del diritto e ai modi, attraverso i quali, quel diritto viene amministrato rispetto al giurista puro che si appaga della conoscenza codicistica, restringendo il campo di indagine, come fa il normativismo kelseniano, alla sola esistenza normativa.

Se nella prospettiva del positivismo giuridico, il diritto è solo quello posto dall'autorità competente, nei modi e nelle forme stabilite dall'ordinamento giuridico, si devono considerare, nell'ambito dell'antiformalismo tutti quei movimenti, autori e scuole di pensiero che, partendo da una ferma opposizione al dogmatismo, tentano aperture alle scienze sociali, promuovendo l'indagine di un più articolato sistema delle fonti, a partire dalla realtà empirica e dalla concezione del diritto come fatto sociale¹¹⁹.

In questa prospettiva, il pensiero filosofico-giuridico di Hayek, caratterizzato dall'elaborazione di una teoria giuridica e politica attenta al comportamento dell'individuo nelle relazioni intersoggettive che si formano spontaneamente nella realtà sociale, occupa un posto a pieno titolo tra le numerose voci dell'antiformalismo giuridico, secondo la contrapposizione tra «positivismo giuridico» o «diritto positivo», «diritto naturale» e 'giusnaturalismo'.

L'attenzione tende a spostarsi dalla norma ai comportamenti e la teoria del diritto a diventare una teoria dei comportamenti giuridici che tenta di individuare quale sia la condotta giuridica per eccellenza, reinterpreta e, insieme, ampliando, i concetti discussi dal giurista pratico.

La critica di Hayek è rivolta ai normativisti in senso logico-linguistico che

¹¹⁹ Tra alcuni orientamenti antiformalistici va ricordata la Scuola storica tedesca nella prima metà dell'Ottocento, la concezione sociologica del diritto, il movimento del diritto libero, nato agli inizi del Novecento in Germania per opera di Hermann Kantorowicz e François Gény, i realisti americani e scandinavi e il realismo giuridico italiano di Francesco Carnelutti.

maggiormente risentono, nelle formulazioni, delle nozioni del giurista civilista nel concepire il diritto come una norma o come insieme ordinato di norme, intese come proposizioni linguistiche, formulate o formulabili, che presentano una certa struttura logica e certe caratteristiche che valgono a qualificarle come giuridiche.

Questa prospettiva non considera che le norme o proposizioni linguistiche hanno un senso quando orientano comportamenti effettivi che trovano riscontro in una serie di eventi psicologici dal momento che «proposizioni linguistiche che avessero la struttura logico indicata ma alle quali non rispondesse alcun comportamento effettivo non sarebbero norme giuridiche ma *flautus vocis*»¹²⁰.

La giuridicità non può essere rintracciata solo nella formulazione linguistica né le norme possono essere studiate indipendentemente dai comportamenti «come chi si accinge a studiare una nuova lingua non potrà tenere conto solo della grammatica ma anche del modo in cui le persone usano quel linguaggio cioè la lingua vivente. Allo stesso modo, chi vuole studiare il diritto non può limitarsi all'analisi delle sole norme giuridiche, ma deve rivolgersi ai comportamenti effettivi al diritto vivente».

Hayek è più vicino alle teorie normativistiche di tipo sociologico o 'teorie del comportamento giuridico' per le quali la norma non è solo una proposizione linguistica, che presenta una certa struttura logico-formale, quanto un criterio di comportamento e applica questo indirizzo sociologico al diritto, dando rilievo al comportamento effettivo degli individui, orientati secondo determinati schemi previsivi perché, momento formale e momento psicologico sono strettamente connessi.

All'assenza di rilievo per la formulazione linguistica del diritto di Hayek corrisponde l'indifferenza verso il momento sanzionatorio vero e proprio come elemento costitutivo della giuridicità. Rispetto a Jhering per il quale «come nel campo dell'economia il concetto centrale è il guadagno, nel diritto è la costrizione: la norma vale nella misura in cui il soggetto di diritto non vi si adegua e scatta la sanzione»¹²¹, Hayek è più vicino a Ehrlich quando afferma che in molti casi il comportamento giuridico non è determinato dalla coazione ma dall'esigenza morale di comportarsi in un certo modo. In parti-

¹²⁰ Cfr. M. POLANYI, *Personal Knowledge*, London, 1973.

¹²¹ Nell'opera *Der Zweck im Recht* Leipzig, 1987, Jhering distingue più classi di coazioni: una di natura fisica che costringe materialmente l'individuo a fare qualcosa e una di natura psicologica, vis animo illata, che determina l'individuo a un certo comportamento mediante una minaccia (se farai ciò sarai ucciso).

colare, se per i normativisti, la norma giuridica si distingue da altri tipi di norme per la «coercibilità» o meglio la «sanzione», Hayek non considera centralmente, nella trattazione sul diritto spontaneo, il momento coercitivo, lasciato ad un processo di disapprovazione, prioritariamente, anche se non esclusivamente, di tipo sociale. In questa direzione, la sanzione non rappresenta un elemento di 'qualificazione' della giuridicità quanto una possibilità di previsione sanzionatoria esterna così come la tradizione classica che usava affidare l'esecuzione della sentenza al senso religioso delle parti.

L'orientamento sanzionatorio si inquadra nell'ambito di un sistema 'diffuso', capace di far rispettare le regole di convivenza sociale rispetto alla costruzione kelseniana, centralizzata e rigida in cui il fondamento della validità ed efficacia di tutte le norme deriva dalla *Grundnorm* che conferisce loro un *imprinting* di derivazione non sillogistica ma mediante l'intermediazione di autorità¹²².

In questa direzione, una sentenza è una norma creata da un giudice, inteso come autorità normativa che ha la facoltà di pronunciarsi in base ad una norma superiore, ad esempio di diritto processuale, a sua volta, posta da un'altra autorità, il Parlamento, previsto dalla Costituzione attraverso un itinerario che procede dalla norma inferiore a quella superiore fino alla norma-base, la *Grundnorm* che ha il compito di giustificare non la giuridicità delle norme ma la rispettiva validità ed efficacia. Emerge la distanza tra l'economista austriaco e il giurista di Praga per il quale la validità consiste nella stessa «esistenza della norma» e rientra nel «*Sollen*» mentre l'efficacia coincide con la «conformità di un comportamento umano alla norma», rientrando nel mondo dei fatti e cioè del «*Sein*». Alla lettura attenta di Hayek, della dottrina pura del diritto, non sfugge che il significato letterale del termine «esi-

¹²² In questo ordinamento ogni norma è creata da un'autorità normativa che, a sua volta, è tale nella misura in cui viene riconosciuta da una norma superiore. Kelsen distingue tra ordinamento giuridico e morale: mentre nel primo caso una norma deriva da quella superiore mediante un processo di derivazione mediante intermediazione di autorità, nell'ordinamento morale la norma deriva da quella superiore mediante un processo di derivazione sillogistica ad esempio: ama il prossimo tuo come te stesso la norma particolare: ama tizio come te stesso è deducibile da essa mediante un sillogismo: tizio è il tuo prossimo quindi ama tizio. Al contrario nell'ordinamento giuridico le norme stanno tra di loro in una relazione che non è sillogistica ma di successive creazioni autoritative: esistono norme che prevedono determinate autorità alle quali affidano il compito di creare altre norme. Ma secondo Leoni non è un criterio valido di distinzione visto che già Beccaria diceva che la sentenza del giudice è frutto di un sillogismo perfetto 'chi commette un reato è condannato a tanti anni, tizio ha commesso un reato, è condannato a tanti anni'.

stenza» rientra nell'ambito dell'essere, quindi del «*Sein*», estraneo alla dimensione normativa positivista che, nella dimensione spontanea, diventa una qualificazione di diritto mnaturale, intesa come sinonimo di spontaneità. Anche l'espressione «forza vincolante» diventa un evento psicologico, quello proprio del 'sentirsi obbligati', escluso nell'ambito di una dottrina pura del diritto come elemento extragiuridico, destinato a rimanere estraneo all'istituzione del diritto e all'amministrazione della giustizia.

2. Matematica del diritto e principio di giustizia

«Nel calcolo che scandisce ed enumera, come pure nella brute force del calcolatore deputato a eseguire milioni di operazioni aritmetiche elementari, si rischia sempre di trovare ... la parte più arida, meccanica e meno creativa della ragione. Confinando i significati del logos a quello che sarebbe diventato il calcolo più meccanico, se ne tradirebbe la complessità di significati in ambito scientifico, filosofico, teologico o linguistico»¹.

2.1. Diritto, calcolo e purezza della forma

La procedimentalizzazione della dimensione giuridica trasforma la legge e l'uomo nel prodotto di una logica lineare: «vale come norma giuridica sempre e soltanto perché si è presentata in modo particolarmente stabilito, è stata prodotta secondo una regola del tutto determinata, è stata posta secondo un metodo specifico. Il diritto vale soltanto come diritto positivo, cioè come diritto posto»¹.

Si registra il darsi di una variazione di tendenza rispetto ai canoni kelseniani che collocano il diritto all'interno di una scala gerarchica in cui ogni norma è eterodeterminata nei contenuti da quella superiore in una architettura chiusa alla morale, alla psicologia, alla religione e a quanto, in generale, non sia immediatamente riconducibile ad un processo di sperimentazione nel laboratorio del Parlamento².

Con la dematerializzazione dei rapporti sociali, determinati dal

¹ H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 95.

² Cfr. ID., *La dottrina dei tre poteri o funzioni dello Stato in Il primato del Parlamento*, Milano, 1982.

successo delle strutture tecnologiche, anche la legge scritta perde spessore per diventare 'regolarità astratta' che opera nelle dinamiche veloci di un mercato a-politico e deterritorializzato. In entrambe le direzioni, scritta e orale, è assente la dimensione extra giuridica che evoca, tra le altre, il rinvio alla capacità umana di autotrascendere la propria onticità fattuale, accessibile attraverso l'esercizio della volontà che nomina la ragione³ e l'arte del dia-*logos*. Solo considerando la giuridicità nella sua genesi, impalpabile e umana, è possibile comprendere appieno l'impraticabilità del metodo scientifico per l'indagine di quei fenomeni sociali, che, per struttura, sono molto più di quel che sono così come il diritto è sempre più e qualcosa di diverso rispetto a quanto è scritto nei testi giuridici. Come l'uomo non si esaurisce nella biologia di un corpo ma è spirito formatore di mondo, allo stesso modo, il giurista, nell'istituzione delle norme e, nella relativa applicazione pratica, non può spogliarsi, se non snaturando la propria individualità, della sua specificità ipotizzante che lo distingue da qualsiasi altro ente. Il diritto è una dimensione che accompagna l'io nella quotidianità dei rapporti sociali e, sebbene abbia una propria differenziazione rispetto alle diverse epoche e Costituzioni locali, ha a che fare con il rinvio costante e peculiare all'esserci di principi universali e incondizionati, sovrastatali e sovratemporalmente che esulano dal tempo e dallo spazio, appartenendo a tutti indistintamente a cui il giurista fa rinvio quando si impegna nella ricerca del giusto.

La giustizia è immateriale e la presunzione di darne una spiegazione scientifica, come ogni altro tangibile, viene discussa da Hayek come una manifestazione dello 'scientismo' o 'pregiudizio scienziista'⁴, radicato nella convinzione erronea che la mente illuminata di un solo uomo sia capace di creare un diritto 'giusto' in uno stato di solipsismo dialogico: «Sebbene l'uomo [abbia] la tendenza ad attribuire quello che non ha creato egli stesso ad una ragione di cui sopravvaluta la capacità»⁵. Il diritto, invece, è il prodotto della *ratio* umana, limitata e fallibile ma, allo stesso tempo, 'predisposta all'apprendimento' e al riconoscimento dell'altro che implicitamente comporta il rispetto

³ S. COTTA, *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*, Milano, 1991, p. 90.

⁴ Si veda a questo proposito F. A. VON HAYEK, *Lo scientismo e lo studio della società*, cap. 1, pp. 98-136, 1988 in *Conoscenza, mercato e pianificazione*, cit.

⁵ ID., *Legge Legislazione e Libertà*, cit., p. 108.

delle regole che custodiscono l'ordine.

Accogliere l'alterità nella sua differenza ipotizzante implica il contestuale riconoscimento dei valori di giustizia, libertà e uguaglianza come condizioni essenziali alla ricerca del senso che non entra nella sperimentazione scientifica: la «scienza, non è in grado di pronunziare giudizi di valore: la scienza del diritto, anche se è considerata una scienza dei valori ... consiste nella conoscenza dei valori, ma non può produrre questi valori»⁶.

L'apertura al sistema valoriale comporterebbe l'incidenza di elementi di disfunzionalità che minano i processi lineari, basati sull'incidenza del rapporto causa=effetto, propria dei sistemi non umani che non prendono distanza rispetto ai fatti per riscriverli in modo diverso, originale e creativo ma si lasciano sistematizzare «in un insieme di proposizioni autoevidenti che, al pari della matematica o della geometria, non [sono soggetto] a nessun'altra prova se non a quella della coerenza interna»⁷.

Il rinvio implicito, quando si discute di *finitezza* e *compiutezza* di un sistema di leggi, va al canone della perfetta 'coerenza interna', unico principio valoriale ammesso insieme al plesso valoriale capace di collaborare 'funzionalmente' al mantenimento dell'ordine stesso.

Allo stesso modo, «le regole di un ordine spontaneo sono astratte in quanto non è necessario che i soggetti le conoscano esplicitamente ... La loro conoscenza può essere quindi tacita. Esse rappresentano mere regolarità di comportamento che si sono sviluppate nel tempo e sono state selezionate dal processo evolutivo perché garantivano la vita sociale meglio di altre regole»⁸.

L'interrogativo che emerge riguarda i contenuti di una nuova forma di legalità globale che colma le lacune di un ordine spontaneo sovranazionale in cui le regole vengono contingentemente elaborate a partire dagli accordi e dalle relazioni a stampo economico tra gli Sta-

⁶H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., p. 448.

⁷*Ivi*, p. 229.

⁸P. ERCOLANI, *Il Novecento negato. Hayek filosofo politico*, cit., p. 34. I riferimenti essenziali vanno al rapporto di discendenza tra il concetto di conoscenza «tacita» di Hayek rispetto a quello di Polanyi, filosofo anti-illuministico e anti-positivistico secondo il quale, come già ricordato, la conoscenza non si esaurisce nell'ambito dell'esprimibile attraverso il linguaggio

ti, mediate dall'incidere dell'attività giurisdizionale. Si tratta di una struttura perennemente *in fieri* che prescinde dalla testualità giuridica tradizionalmente intesa che si affida all'analisi delle necessità di mercato che si prospettano contingentemente, risolte da giudici/legislatori che sovente costruiscono ponti di legalità, a colpi di sentenze, permettendo la comunicazione tra ordinamenti diversi.

I contenuti normativi presiedono da una selezione che non sia precipuamente orientata alla continuazione sistemico-globale in cui mutano i paradigmi di riferimento: «Nell'attuale fase capitalista, [ad esempio], il premio della guerra non è necessariamente l'immediata appropriazione delle risorse locali di pregio, ma può consistere ... nell'introduzione di un regime di legalità che risponde alle esigenze delle corporation»⁹.

2.2. Individuo dromologico e individualismo metodologico nella prassi giuridica

Nella tradizione della Scuola Austriaca il metro di indagine del reale è rappresentato dallo studio dell'azione individuale finalizzata alla ricostruzione dell'universale concreto, comunemente discusso anche come 'individualismo metodologico'¹⁰. Se le diverse prospettive storico-sociali collocano l'essere umano in posizioni subalterne, l'io rimane il momento imprescindibile nell'organizzazione di ogni forma di istituzione: politica,

⁹ U. MATTEI, L. NADER, *Il saccheggio. Regime di legalità e trasformazioni globali*, Milano, 2010, p. 117.

¹⁰ I primi riferimenti all'individualismo metodologico sono presenti in J. A. SCHUMPE-TER, *L'essenza e i principi dell'economia teorica*, Roma, 1982; vd. anche K. R. POPPER, *Miseria dello storicismo*, Milano, 1993. La tesi di Popper in merito non si discosta da quella di Hayek. Cfr. F. A. VON HAYEK, *Individualismo metodologico: quello vero e quello falso*, Sov-eria Mannelli, 1997. L'individualismo metodologico affonda le proprie radici nella scuola marginalistica austriaca di Menger, dalla quale mutua il concetto di conoscenza frammentaria e giunge a negare ogni teoria che sostenga la possibilità di costruire una società diretta dall'alto. cfr. anche R. CUBEDDU, *Carl Menger e le origini dell'individualismo metodologico*, Roma, 1992; D. GORDON, *Individualismo metodologico: dalla scuola austriaca all'anarco-capitalismo*, Roma, 2001.

giuridica ed economica. Prima di Hayek e la Scuola di economia, anche Dilthey si sofferma sull'unicità di ogni evento storico, come Simmel, nei *Problemi della filosofia della storia* del 1892 con attenzione all'origine psichica dei fenomeni sociali, ma anche Weber, Schumpeter, Mises e Popper¹¹. Considerare il diritto e le istituzioni sociali a partire da chi le istituisce e ne amministra i contenuti scardina la prospettiva olistica che riduce la società in un intero, creando «pericolose finzioni e astrazioni»¹², scisse dall'esserci di una serie di azioni e di individui che cooperano e collaborano. Più recentemente, Virilio e i teorici della dromocrazia collocano l'agire individuale, o prasseologia, all'interno di un contesto mediato dall'incidere dei software che sostituiscono l'essere umano, «cambiando il modo in cui il potere viene acquistato, perduto, distribuito e difeso» fino all'elaborazione concettuale di un nuovo *tipus* sociale, l'individuo dromologico. Quando l'azione perde la sua specificità, surclassata da processi automatici che rendono l'individuo superfluo, si afferma una presenzialità che spezza la continuità progettuale e sostituisce al tempo storico e sociale quello individuale, confinando la ricerca del senso nell'ordine di un consumo, materiale quanto tecnico, delle informazioni, dei beni materiali e delle relazioni sociali. In questo contesto, l'agire umano, di weberiana memoria, appare sempre meno direzionato verso altri soggetti e sempre più confinato in una dimensione narcisistica ed autoreferenziale. Virilio afferma che: «non c'è alcuna rivoluzione industriale ... ma solo una rivoluzione dromocratica ... non c'è alcuna democrazia ma solo dromocrazia ... non c'è alcuna strategia ma solo dromologia»¹³ a partire da un *excursus* teorico-sociale che fotografa un individuo rapito dalla corsa dei processi decisionali, che continua a pensare, a scegliere e a volere velocemente e in modo predeterminato, nella corsa all'adeguamento del modello imposto dai rigidi schematismi della logica economica. L'aspetto individualistico e atomistico della società dromologica registra la centralità di un individuo alienato nella sua personalità dai processi di 'conservazione' e di 'mutamento'¹⁴ che nascondono la rinuncia al pensiero creativo, disfunzionale e mai inquadrabile in una direzione anticipabile.

¹¹ K. POPPER, *Miseria dello storicismo*, cit.

¹² A. GIULIANI, *Contributi ad una nuova teoria pura del diritto*, Milano, 1954, p. 12.

¹³ P. VIRILIO, *Velocità e politica. Saggio di dromologia*, parte I, pp. 9-29.

¹⁴ A. GIULIANI, *Contributi ad una nuova teoria pura del diritto*, cit., p. 13.

In un mondo in cui prende forma la metafisica della Silicon Valley quando: «Le piccole nuvole di polvere che vedi intorno a te [diventano] strumenti interattivi robotizzati sparsi nel mondo molto tempo fa dalle agenzie pubblicitarie. [Per cui] ... quando parli c'è sempre qualche macchina che ti ascolta»¹⁵ si profila un processo di macchinalizzazione che supera l'idea delle istituzioni sociali come un prodotto inintenzionale¹⁶ che rinviano ad un modello di «autoorganizzazione inconscia»¹⁷ e si fa strada un agire umano attraverso categorie¹⁸ e schemi mentali che: «rendono le predizioni possibili» attraverso la macchina o più banalmente una app in luogo di una mente umana in grado di selezionare luoghi, mezzi e offerte migliori, diventando il nuovo orizzonte della fondazione ontologica dell'uomo dromocratico.

Il superamento dell'arcana distinzione tra individualismo vero e falso, propria delle classificazioni dei pensatori inglesi del diciottesimo secolo¹⁹ e, insieme, della prospettiva individualista come metodologia sufficiente ad analizzare in modo critico l'operato di nuove entità onniscienti, è avallato da un mutamento valoriale che coinvolge l'esistenza umana nella sua globalità. Il ribaltamento prospettico riguarda centralmente la principalità dell'oggetto rispetto all'uomo in un processo di disumanizzazione che esige il dominio del tecnicismo.

Tecnicismo e individualismo diventano sinonimi di 'formalismo giuridico' anche in una società basata sulla cooperazione, intesa come «scambio di conoscenze»²⁰ diffuse nei canali del mercato a costo zero o in cambio di servizi di comunicazione. L'accumulo e la selezione di informazioni rappresenta il plus valore dei colossi economici che orientano, senza sbavature, le scelte sociali e, prioritariamente, le decisioni giuridiche secondo un operare concettualmente vicino a quello della scuola car-

¹⁵ J. LANIER, *La dignità ai tempi di internet*, Milano, 2014, p. 22.

¹⁶ A. FERGUSON, *Saggio sulla storia della società civile*, Firenze, 1973, p. 141, afferma che «le nazioni si reggono su istituzioni che certamente sono il risultato dell'azione umana, ma non del progetto umano»; la frase viene riportata da F. A. VON HAYEK, *Individualismo: quello vero e quello falso*, cit., p. 46.

¹⁷ ID., *La presunzione fatale*, cit., p. 37.

¹⁸ Nel 1920 Hayek lavora a Zurigo presso un laboratorio di anatomia dove ha modo di apprendere le nozioni fondamentali sul funzionamento delle fibre neurali.

¹⁹ John Locke, Bernard de Mandeville e David Hume. Ivi, p. 42.

²⁰ F.A. VON HAYEK, *La società libera*, cit., p. 61.

tesiana²¹ nella «presunzione [determinata dalla tecnologia] di [poter] conoscere» tutto.

In questa direzione, l'individualismo metodologico si mescola all'ideologia del consumismo che esige libere regole del mercato in nome di una efficienza che mostra una serie di limiti non solo oggettivi, dal punto di vista del funzionamento stesso del mercato e della sua struttura, ma anche soggettivi, dal lato della domanda, nel complesso e mai risolto rapporto tra preferenze individuali e bene comune. Proprio su questi temi emergono le contraddizioni di un sistema, *Great Society* o «Società Aperta»²², in cui conoscenza e informazione transitano per la edificazione di un regime di concorrenza che si declina in un saper fare costruttivista, affidandosi ad una mente intelligente, economicamente più forte, come motore immobile di un sentire necessariamente univoco e privo di rinvii disfunzionali.

Il paradosso della razionalità come sinonimo di efficienza degli ordini spontanei risiede nella mistificazione della libertà nei rapporti di mercato in nome della quale vengono calpestati tutti i diritti, anche quelli inviolabili e inalienabili. Con la trasformazione di ogni rapporto sociale in un rapporto economico la libertà di fare profitti aumenta in modo inversamente proporzionale a quella di chi perde la possibilità di esistere dignitosamente stante la graduale trasformazione della filosofia liberale in dottrina economica improntata al mercato che, innalzando la libertà economica a valore assoluto finisce per calpestare tutti gli altri diritti umani.

L'essenzialità del sapere parziale, discusso nell'Apologia di Socrate e condizione iniziante l'esercizio della libertà con l'altro²³: «siamo liberi perché ... fallibili»²⁴ diventa, negli ordini spontanei, un fattore di debolezza e di precarietà esistenziale: «il valore della libertà individuale, afferma Hayek, poggia soprattutto sul riconoscimento dell'inevitabile ignoranza di tutti noi nei confronti di un gran numero dei fattori da cui dipende la realizzazione dei nostri scopi e della nostra sicurezza»²⁵, il ri-

²¹ Gli Enciclopedisti, Rousseau e i Fisiocrati francesi del 1700. La sua consacrazione è da ravvisarsi nel positivismo e nell'ideologia socialista del XIX e XX secolo.

²² Cfr. K. POPPER, *La società aperta e i suoi nemici*, cit.

²³ J.-L. NANCY, *Essere singolare plurale*, Torino, 2001, p. 61.

²⁴ Questa affermazione è anche il titolo di un saggio di D. ANTISERI, *Liberi perché fallibili*, Soveria Mannelli, 1995.

²⁵ F.A. VON HAYEK, *La società libera*, cit., p. 60.

schio dell'insuccesso e l'incertezza nelle relazioni spinge verso l'esercizio di una libertà assoluta o negativa che prescinde dall'esercizio condiviso delle scelte e si affida all'autoreferenzialità degli attori economici, svelando l'ingiustizia che fonda ogni schema liberista, orientato fittiziamente alla realizzazione di un presunto bene comune. L'individualismo appare assumere, nella società dromocratica, l'*habitus* dell'arbitrio anche attraverso il nuovo sistema di sorveglianza incide pesantemente sui diritti di libertà. «Se quello che una persona fa o dice contribuisce anche solo in minima parte a un database che, per esempio, permetta il funzionamento di un algoritmo di traduzione, di un software per predire l'andamento dei mercati o di svolgere un qualsiasi compito, a quella persona sarà dovuto un micropagamento proporzionale ... al valore risultante»²⁶. Si delinea il nuovo fronte della cooperazione spontanea che non presuppone la presenza di un uomo solo o (solipsismo), ma di molti individui che collaborano inconsapevolmente al benessere sociale anche a scapito della propria infungibilità e originalità. In questa direzione, l'individualismo è ammesso nelle forme e nei limiti consentiti dal corretto funzionamento della tecnologia informatica, esigendo all'adeguamento verso il nuovo paradigma interpretativo, residuando, per chi prende distanza, il rischio di rimanere ai margini, tra gli scarti.

2.3. La razionalità universale: 'sistemi biologici' e 'ordini spontanei'

Il nesso che unisce e separa 'razionalità' e 'ordini spontanei' è connesso alla presunzione di efficienza di questo tipo di organizzazione sociale, apparentemente in grado di edificarsi sui valori della democrazia e sui principi del liberismo economico. Per chiarire se davvero possa essere considerato il più adeguato strumento di sviluppo, progresso e modernità è opportuno ripercorrere le tappe necessarie all'edificazione delle norme relazionali non codificate che strutturano il *cosmos*.

Se il carattere dell'astrattezza e della generalità delle regole di condotta sono elementi necessari alla diffusione della conoscenza e alla realizzazione della cooperazione involontaria²⁷, l'assenza dei tra-

²⁶ J. LANIER, *La dignità ai tempi di internet*, cit., p. 30.

²⁷ Il sistema di cooperazione involontaria è per antonomasia il mercato. *Ivi*, p. 316.

dizionali processi di scrittura²⁸, secondo procedure standardizzate, è funzionalmente orientata al successo del liberismo economico in cui lo Stato interviene a latere, al termine di un processo di sedimentazione senza alterare le regole autoreferenziali che l'ordine si è dato a prescindere dalla direzione giusta o ingiusta, equa o iniqua: l'obiettivo è il funzionamento del sistema di relazioni. L'accordo tacito dei consociati, sul reciproco rispetto e sul riconoscimento silente di regole pre-giuridiche non è sempre sinonimo del rispetto dei diritti dell'uomo²⁹ che, quando garantiscono il sentimento di giustizia, si concretizzano nell'esercizio di un *logos* non contemplato nella spontaneità degli ordini sociali a stampo evolutivo.

Spontaneità e scelta razionale non vanno di pari passo con la giusta selezione delle prassi più efficienti né convincono sulla qualità delle relazioni intersoggettive instaurate tra i membri di questo tipo di organizzazione sociale. Se è vero che il giuridico è un fenomeno intersoggettivo, selezionato dall'incontro tra le molte scelte possibili, a prescindere da un'autorità che lo istituisce, come teorizzato dai positivisti, o da una ragione astratta, come auspicato dai giusnaturalisti, il terzo genere proposto da Hayek pecca di ingenuità quando affida la pace sociale all'efficienza del metodo concorrenziale.

Questo tipo di processo, a stampo economico, si sostituisce all'ente pubblico, trasformando la società attraverso l'instaurazione di un tipo di regolamentazione alternativo all'apparato pubblico di produzione di beni e servizi: centralizzato, pianificatore, monopolistico e finanziato coattivamente, attraverso un sistema decentrato, spontaneo, concorrenziale e finanziato volontariamente, strutturato secondo il modello del 'libero mercato'. I rapporti economici occupano molti degli spazi di tradizionale pertinenza della politica³⁰, diventando la struttura stessa di una società in cui i soggetti interagiscono in modo diretto, in assenza di qualsiasi mediazione esterna, per il conseguimento di beni e servizi strumentali al perseguimento delle proprie specifiche finalità egoistiche. L'accelerazione del ritmo di vita e la conseguente percezione della scarsità del tempo disponibile sono il

²⁸ PLATONE, *Fedone*, 274 c-276 a.

²⁹ Cfr. V. DE NARDO, *La teoria dell'accordo nel diritto internazionale per governare la globalizzazione*, Roma, 2000.

³⁰ M. ROTHBARD, *Power and Market. Government and the Economy*, Kansas City, 1970, p. 7.

substrato antropologico di questo nuovo spazio sociale che, nel tempo, ha assunto la struttura di una società dromocratica oltre statale, più adatta, a rispondere alle esigenze di emergenza della contemporaneità, servendosi della flessibilità delle strutture del *cosmos* teorizzato da Hayek. Si tratta di un contesto depoliticizzato in cui è il mercato ad espletare le funzioni di tradizionale appannaggio statale anche attraverso la fornitura dei beni necessari alla convivenza sociale in modalità efficienti ma scarsamente rispettose dell'autonomia degli individui³¹, assumendo i tratti di un processo di selezione naturale non concettualmente lontano da quello teorizzato da Darwin.

Se la prospettiva liberista esalta il principio di concorrenza a fronte di interventi limitativi, orientati a regolamentare la spontanea evoluzione del mercato, mettendo a repentaglio la giustizia e l'efficienza del sistema³², l'equilibrio edificato senza interventi mina l'equilibrio di ogni società-mercato perché usa l'essere umano e strumentalizza la frammentazione della conoscenza, assunta come pretesto per la risoluzione di ogni questione problematica che emerge nel contesto sociale complesso³³.

L'ordine non costruito segue il modello dei sistemi biologici dove non entra il *logos* e ogni membro è costantemente esposto all'esecuzione del dire dell'altro senza la partecipazione che esige l'assunzione del rischio della scelta.

Il 'conflitto di senso', così come le scelte e l'ipotizzare diventano elementi di inceppamento, provocando una delusione delle aspettative, o *feedback* negativo, destinato a sedimentarsi sotto forma di nuove memorie storiche che rimangono costantemente estranee alla ricerca rinvio al senso di giustizia.

L'inizio di ogni nuova «regola di condotta» non risiede nell'esercizio del linguaggio ma emerge dall'omogeneità con cui il mondo viene percepito da coloro che appartengono all'ordine, da quelle leggi psicologiche fondamentali che esulano da uno spazio garantito dall'incidere della terzietà. Si tratta di regolarità vissute come prassi sociali «che prescindono da uno scopo [e] governano la reciproca

³¹ F. A. HAYEK, *La società libera*, cit., p. 121.

³² ID., *La via della schiavitù*, cit., pp. 84-85.

³³ AA. VV., *Il filosofo del diritto davanti alla crisi della complessità*, a cura di L. Avitabile, Cassino, 2010.

condotta degli individui, che sono intese applicarsi ad un numero ignoto di possibili casi futuri, e che, definendo per ognuno un dominio riservato, rendono possibile la formazione di un ordine di azioni entro il quale gli individui possono concepire dei piani realizzabili»³⁴. Emerge l'assenza di un 'dominio riservato' che è prioritariamente lo spazio pubblico della decisione condivisa in cui si alimenta l'esercizio della parola e l'essere umano si emancipa dal vivente qualitativamente affine agli animali e dall'appiattimento sullo *status* «senziente»³⁵, confinato in uno stato «di solipsismo dell'io ... estraneo alla discorsività dialogica», disvelante, «per ogni parlante, la consapevolezza di essere soggetto delle ipotesi»³⁶ per accendere la creatività che appartiene solo all'esercizio del senso.

I concetti di concorrenza, mercato, individuo e *feedback* si sostituiscono a quelli di comprensione, riconoscimento e dialogicità che rinviano alla centralità della relazione intersoggettiva/dialogica come momento prodromico alla riflessione critica su un prototipo di giuridicità affine alle formule dell'algebra.

Il diritto non è un 'ottimo paretiano' in cui tutti partecipano più o meno direttamente al suo processo di formazione non procurando vantaggio ad alcuni piuttosto che ad altri, né si lascia monetizzare o quantificare da un PIL secondo un approccio *scientista*³⁷, pregiudicato in partenza dalla pretesa di sapere quale sia il metodo più appropriato per una data ricerca prima ancora d'averne preso in esame il contenuto. Il 'giuridico', come l'io, nasce nella dimensione dello spirito³⁸, spazio dell'autocoscienza e genesi dell'imputabilità che si manifesta nella «contemporaneità doppia, in cui il soggetto è esposto alla scelta di dire la verità oppure di mentire, dunque di volere il bene oppure il

³⁴ F. A. VON HAYEK, *La via della schiavitù*, cit., pp. 85-86.

³⁵ B. ROMANO, *Diritti dell'uomo e diritti della senzienza. Postumanesimo e globalizzazione*, cit., p. 43 dove afferma che: «il concetto di senzienza nomina quell'ambito funzionale ove delle informazioni operano su altre informazioni vitali o macchinari, secondo il comporsi, di programmi in svolgimento nelle operazioni determinate dal successo bio-informatzionale».

³⁶ Si veda ID., *La legge del testo. Coalescenza di logos e nomos*, cit., p. 35.

³⁷ F. A. VON HAYEK, *L'abuso della ragione*, cit., p. 97.

³⁸ Cfr. G. W. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, Roma-Bari, 1987.

male»³⁹.

Quando lo spazio del dialogo si eclissa per lasciare posto al silenzio *omertoso*⁴⁰, come nel mercato globale, trova concretizzazione storica il *formalismo giuridico*⁴¹, discusso in queste pagine attraverso il sistema teorizzato da Kelsen, che, eliminando le domande sul senso, si presta ad una mera «sistemazione logico-formale»⁴² attraverso il calcolo aritmetico eseguito nella decisione dal magistrato⁴³ perché «un sistema logico, anche quello della logica giuridica, cura la coerenza formale del dire, ma non incontra l'esistenza del singolo, il suo dirsi, che non si lascia sistematizzare, perché è l'avvio di un futuro non anticipabile nel calcolo compiuto»⁴⁴.

2.4. Isomorfismi, *Grundnorm* e diritto spontaneo

La lettura critica del formalismo kelseniano, illuminata dal confronto con Hayek, trova conferma nelle argomentazioni che descrivono un individuo funzionale al mantenimento di un tipo di ordinamento che ha la stessa struttura dei sistemi biologici in cui l'uomo è precalcolabile con sufficiente grado di approssimazione attraverso un processo di determinazione che assicura l'equilibrio del sistema.

Si tratta di uno schema simile a quello elaborato nella TGS da Bertalanffy in cui episodi di *feedback* positivo (rispetto delle norme) o negativo (violazione delle norme), determinati dal bilanciamento o dall'aumento del flusso esterno al sistema generano, rispettivamente,

³⁹ B. ROMANO, *Male ed ingiusto. Riflessioni con Luhmann e Boncinelli*, cit., p. 180.

⁴⁰ ID., *Filosofia della forma. Relazioni e regole*, cit., p. 252.

⁴¹ Si veda sul punto B. LEONI, *La libertà e la legge*, Macerata, 1994; in ID., *La sovranità del consumatore*, cit.; ID., *Scritti di scienza politica e teoria del diritto*; C. LOTTIERI, *Le pretese e i poteri: le radici individuali del diritto e della politica*, Novara, 1997.

⁴² Si veda B. ROMANO, *Sistemi biologici e giustizia. Vita animus anima*, cit., p. 21.

⁴³ La giustizia aritmetica discussa da Aristotele tende, formalmente a ristabilire l'equivalenza che, come afferma Romano, «non è uguaglianza tra le parti, ma un concetto mercantile dove l'utile è misurato dall'utile e il terzo non compare mai». Il carattere formale della giustizia 'aritmetica' di Aristotele è stato evidenziato da E. J. WEINRIB, *The Idea of Private Law*, 1995.

⁴⁴ B. ROMANO, *Sistemi biologici e giustizia. Vita animus anima*, cit., p. 21.

equilibrio o nuove dimensioni di ordine a partire da insiemi di strutture, gli isomorfismi, che, nella prospettiva di Kelsen diventano i contenuti della *Grundnorm*. L'isomorfismo rappresenta in matematica una «corrispondenza biunivoca tra due insiemi, tale da conservare la struttura degli insiemi stessi» così come la Norma Fondante è 'l'insieme' Fondamentale della *Stufenbau* in cui ogni regola è collegata gerarchicamente a quella superiore. In entrambi i casi i contenuti sono il risultato di un fatto rispettivamente, di stampo numerico o di tipo rivoluzionario, fissati con un atto di forza senza una motivazione né discussa né selezionata a ragione della distinzione tra bene e male, giusto e ingiusto. «Il contenuto della norma fondamentale riposa sopra quegli elementi di fatto che hanno prodotto l'ordinamento a cui corrisponde, fino a un certo grado, il comportamento effettivo di quegli uomini ai quali si riferisce l'ordinamento stesso»⁴⁵. Quando i contenuti delle norme sono l'esito un atto di violenza che recide il rinvio alla parola non divergono nella sostanza da un'operazione algebrica né da una serie numerica che esige esecuzione. Questo accade per la *Grundnorm* e gli isomorfismi, concettualmente affini ad un tipo di ordine che recide il *logos*, animalizzando l'uomo in un contesto bio-sociale non interessato a custodire la specificità dell'essere umano.

Un contesto in cui il *diritto a prendere la parola* rischia di essere trasformato nell'obbligo ad eseguire le operazioni (proposizioni giuridiche), trasforma le regole in una formula vuota, «un guscio il cui contenuto è costituito dalle norme prodotte in un momento contingente, nella sola immanenza del presente»⁴⁶, avallando la proliferazione selvaggia di certi schemi di partecipazione al sociale, mutuati da un tipo di relazione che si fa interazione in cui l'io è solo una macchina che esegue impersonalmente input⁴⁷ e output, capaci di garantire l'equilibrio/funzionamento del sistema⁴⁸.

Il rinvio alle tesi di Bertalanffy è giustificato da una definizione di

⁴⁵ H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 100.

⁴⁶ L. AVITABILE, *La funzione del mercato nel diritto*, cit., p. 11.

⁴⁷ Cfr. U. PAGALLO, *Teoria giuridica della complessità*, Torino, 2006.

⁴⁸ Cfr. N. LUHMANN, *Mercato e diritto*, cit., p. 171. V. JANKELEVITCH, *L'ironia*, Genova, 2003, p. 37. Cfr. anche B. ROMANO, *Scienza giuridica senza giurista: il nichilismo 'perfetto'*, cit., p. 168, dove afferma che «l'intersecarsi dell'occasionalità dei casi (caos) con la regolarità delle cause (necessità) accade senza perché e senza scopi...».

sistema come «complesso di elementi che stanno in interazione»⁴⁹ affine a quello kelseniano in cui il nesso di consequenzialità che unisce e separa le norme oscura la scelta e la volontà umana⁵⁰, assorbita in un processo di *autopoiesis*, necessario alla riproduzione delle strutture di mantenimento dell'ordine. In questa architettura, lo scarno tessuto di regole presenti è orientato ad escludere il conflitto perché tutto venga correttamente incasellato negli schemi di riferimento⁵¹.

«La norma che determina la creazione di un'altra norma è la norma superiore, la norma creata secondo tale regolamentazione è quella inferiore ... L'unità di queste norme è costituita dal fatto che la creazione di una norma – quella inferiore – è determinata da un'altra – quella superiore, la cui creazione è determinata da una norma ancora superiore e che questo *regressus* ha termine con la norma più alta, quella fondamentale, la quale essendo il fondamento supremo della validità dell'intero ordinamento giuridico, ne costituisce l'unità»⁵². Sebbene rispetto alle tesi di Bertalanffy e Kelsen, la Scuola austriaca e Hayek si mantengano estranei al formalismo matematico, un'architettura sociale che non valorizza la personalità dei suoi membri né i diritti dell'io assume un orientamento inintenzionalmente funzionale avallata anche da una terzietà *superveniens*, formativa di un giudizio strutturato sulla *ratio* del potere vincente in un certo momento storico che, attraverso le operazioni del legislatore e del magistrato, assume l'*habitus* di regola giuridica. Questo tipo di architettura giuridica viene celato dietro il convincimento che la società libera sia: «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 che hanno una buona possibilità di dimostrarsi corrette»⁵³.

Ritornano gli schematismi e le articolazioni dei sistemi formalisti anche in un *cosmos* che focalizza l'attenzione sull'interazione umana ma rimane volutamente estraneo al dire dell'uomo nell'incontro in-

⁴⁹ L. VON BERTALANFFY, *Teoria generale dei sistemi: fondamenti, sviluppo, applicazioni*, Milano, 1983, p. 54.

⁵⁰ Cfr. B. ROMANO, *Globalizzazione del commercio e fenomenologia del diritto*, Torino, 2001.

⁵¹ T. HOBBS, *Leviatano*, Milano, 2001, p. 575.

⁵² H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 126.

⁵³ *Ivi*, p. 49.

tersoggettivo in cui ciascuno riconosce e accoglie la finitudine del proprio sapere⁵⁴ come momento essenziale nella costruzione della propria personalità. Il desiderio di conoscenza si fa appagamento della mancanza nell'ordine di *un do ut des* che non si apre alla disfunzionalità propria della triadicità del *logos*, specificazione in ambito giuridico della terziatà del *nomos* perchè non rinuncia *a priori* alla possibilità di un uso violento della relazione costruita non secondariamente del proprio se stesso [economico] all'altro.

2.5. Il sistema sociale: ordine economico e catallassi

La 'soluzione' catallattica rinvia ad un sistema di relazioni costanti che riguardano la cessione e l'acquisizione di beni o di servizi attraverso l'interazione spontanea tra coloro che partecipano allo scambio. È necessario cogliere la centralità dei processi economici come condizione per la costruzione della situazione ordinata del mercato, discusso da Hayek, al quale, *a contrario*, non prendono parte coloro che non possiedono sufficiente capacità di acquisto⁵⁵.

La possibilità di accesso non è né un diritto universale né incondizionato, come i diritti umani; dal momento che «un uomo può anche essere un *apolide* ed avere, in quanto uomo, dei diritti ... non condizionati da una definita cittadinanza»⁵⁶, rimangono una parte inalienabile di ogni ente dotato di pensiero⁵⁷.

Il modello giuridico, rispetto ad un sistema di legalità o impostato sullo scambio economico, non trova spazio in un ordine che sintetizza l'idea di una economia della legalità, qui discussa come regolarità, in cui l'uomo è una pedina, calcolata ed eterodeterminata, priva della possibilità di *poter decidere di se stesso* con originalità.

⁵⁴ La consapevolezza che ogni verità acquisita è provvisoria, né assoluta né definitiva, è legata all'idea di fallibilità della ragione e si iscrive nell'autentico spirito del liberalismo.

⁵⁵ Cfr. J. RIFKIN, *L'era dell'accesso*, Milano, 2000.

⁵⁶ B. ROMANO, *Principi generali del diritto. Principio di ragione e principio dialogico*, Torino, 2015, p. 150.

⁵⁷ ID., *Diritti dell'uomo e diritti fondamentali. Vie alternative: Buber e Sartre*, Torino, 2009.

La purezza dello scambio oscura la creatività del linguaggio⁵⁸, facendo del rapporto economico il momento centrale rispetto a qualsiasi altro tipo di contatto nella misura in cui è riconosciuto come il principale mezzo di superamento di una conoscenza sempre parziale e frammentaria.

In questa architettura, il processo di scoperta non si accompagna alla formazione di una comunità 'comunicante' ma al transito di informazioni, prive di un processo di appropriazione scelta che nomina la ricerca e la creatività del 'rinvio di senso' come esigono le mere procedure di scambio di beni e servizi, avviando un capovolgimento del plesso che distingue e separa l'uomo il diritto e la giustizia.

Lo snodo problematico di tutta l'argomentazione di Hayek riguarda una frammentazione che coinvolge la conoscenza e l'individuo stesso, scisso da esigenze diverse e settorializzato in base ad esse, stante una libertà nel ruolo che rappresenta la negazione stessa dell'agire libero.

In questo senso, è necessario definire se le molte libertà particolari devono o meno essere assecondate nell'ordine spontaneo, secondo il prevalere di un interesse di libertà sull'altro, aprendo la strada dell'arbitrio, oppure se siano presenti elementi 'equilibratori' che possano concorrere ad una distribuzione equa. La questione viene affidata da Hayek all'edificazione di un sistema di concorrenza perfetta che, allo stesso tempo, si presenta instabile e mutevole, fluttuante secondo i sempre nuovi paradigmi di riferimento imposti dal potere più forte, emerso nei vuoti di una decentralizzazione che indirettamente impone forme obbligatorie per tutti.

Residua il darsi di un individuo che vive il paradosso di appartenere ad una società e, contestualmente, ne viene allontanato quando perde la qualità di 'funzionario' che esige il lavoro macchinico di esecuzione di uno schema mentale, imposto senza alcuna partecipazione scelta e orientata ad un processo di riempimento che asseconda i repentini cambiamenti di un consesso sociale flessibile e mutevole. In questa architettura, ciascuno per una sorta di entelechia o eterogenesi dei fini, collabora inintenzionalmente⁵⁹ al mantenimento dell'ordine⁶⁰, inteso, in senso strutturale, come il lu-

⁵⁸ Cfr. W. VON HUMBOLDT, *Scritti sul linguaggio*, Napoli, 1989.

⁵⁹ L'opposizione tra organizzazione e mercato viene metaforicamente discussa da Coase: «[le imprese] in un'economia di mercato sembrano isole di potere consapevole in un oceano di cooperazione inconsapevole, come dei grumi di burro che si coagulano in un secchio di latticello». R. COASE, *La natura dell'impresa: la natura del costo sociale*, Trieste, 2001, p. 388.

go del sopra-vivere nel godimento dei servizi di un contesto sociale progredito in termini tecnologici ma mai interessato alla tutela dei diritti dell'uomo.

Che cosa sia un ordine e se la questione lascia spazio ad ambiguità è un tema non banale se si considera la distinzione tra ordine, economia e mercato, elaborata attraverso la sintesi terminologica del neologismo 'catallassi'. «Possiamo definire un ordine quello 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»⁶¹.

Hayek allude alle regolarità e ricorrenze costanti, elaborate attraverso predizioni e anticipazioni che coadiuvano un'esistenza plurale armonica e pacifica non per questo improntata al principio di uguaglianza e di proporzione. La prevaricazione dell'economicamente più debole non abbisogna delle dinamiche proprie dei sistemi biologici ma si avvia attraverso una mera gestualità interattiva, oggi rappresentata dalle modalità di contatto mediate dall'incidere degli strumenti telematici dove lo scambio viene suscitato dalla manipolazione della messaggistica e delle strategie di mercato che decidono per tutti una costruzione gerarchicamente orientata di interessi emergenti⁶².

⁶⁰ Nel quadro dei diversi tipi di ordine sociale, quello di Hobbes rappresenta una posizione antitetica rispetto alla spontaneità dell'ordine economico di Hayek. T. HOBBS *Leviatano*, cit., p. 575. Nella direzione di Hobbes un ordine sociale può essere perseguito soltanto attraverso l'istituzione di un'autorità che esercita un potere sovrano e coercitivo in grado di garantire la pace sociale. Più vicino a Hayek è Locke che invece discute di una società preesistente l'ordine costituito in cui ogni essere umano è libero e uguale all'altro di fronte alla legge. Si vd. J. LOCKE, *Il secondo trattato sul governo*, Milano, 2009.

⁶¹ F. A. VON HAYEK, *Legge, Legislazione e Libertà*, cit., p. 49.

⁶² Aristotele viene collocato da Hayek tra i costruttivisti dal momento che considera tutti gli ordini delle attività umane come organizzazioni dovute all'attività cosciente della mente, non considerando la spontaneità costitutiva di ogni economia di mercato. Cfr. ID., *La società libera*, 1982, Soveria Mannelli, 2007, pp. 51-52, nota 9 e in ID., *Conoscenza, mercato, pianificazione. Saggi di economia e di epistemologia*, Bologna, 1988, pp. 45-46.

Il rispetto delle regole nell'ordine spontaneo dà luogo alle condizioni necessarie per l'affermarsi di una comunità strutturata sull'incastro tra le molte aspettative economiche. Non si discute qui di uniformità dei comportamenti quanto della loro intrinseca 'complementarità', intesa come capacità di intersecarsi reciprocamente nel mantenimento di una vera e propria struttura sociale⁶³. È lontano un meccanismo puramente darwinistico⁶⁴, costituito da 'reazioni'⁶⁵ di stampo biologico dal momento che, nella prospettiva di Hayek, l'adattamento c'è, ma è permeato da tre ordini: 'natura', 'cultura' e 'convenzione' che trascendono la dimensione naturale, formando il substrato delle strategie comportamentali della catalassi, razionalmente orientate al perseguimento di un profitto economico e quindi 'costruito' e 'scelto'.

Questo tipo di ordine sintetizza elementi di economia quanto di mercato, transcendendo la banalità di uno scambio solo materiale per fare appello a quella sfera dei bisogni di tipo spirituale che riguarda i valori, i principi, le opinioni ma, prescindendo, allo stesso tempo, dall'orientamento qualitativo degli stessi. È assente, in Hayek, una discussione sui possibili contenuti delle 'norme di giusta condotta' e del sistema valoriale sotteso, indagato sotto forma di strumento idoneo al perpetuarsi del sistema stesso.

L'elemento spirituale e immateriale dell'ordine spontaneo non si identifica né con il mercato né con l'economia nella misura in cui la prima rinvia ad un rapporto meramente materiale, tra venditori e consumatori, ovvero tra persone fisiche o giuridiche, capaci di agire in un determinato spazio, mentre l'economia ha a che fare con l'insieme di valutazioni che operano i singoli sui beni oggetto di compravendita. Il valore di un bene diventa un

⁶³ La stretta relazione tra sistema giuridico e sociologico, nella prospettiva di Hayek, è testimoniata da numerosi riferimenti a M. WEBER, *Economia e società*, Milano, 1995; cfr. in ID., *Il metodo delle scienze storico sociali*, Torino, 2003; cfr. anche F. A. VON HAYEK, *Individualism and economic order*, Chicago, 1980. Anche Weber riconosce il suo debito verso la Scuola Austriaca quando cita i Grundsätze del 1871 di Menger che hanno rappresentato la scintilla per la stesura del Methodenstreit.

⁶⁴ Per una critica si veda B. ROMANO, *Forma del senso. Legalità e giustizia*, cit., p. 253, § *Dialogo e diritti incondizionati dei dialoganti: il darwinismo sociale*.

⁶⁵ ID., *Il dovere nel diritto. Giustizia, uguaglianza, interpretazione*, Torino, 2014, p. 258 dove discute la distinzione tra le inclinazioni-reazioni fisico-biologiche» rispetto all'intenzione degli atti.

principio orientante, determinante l'esserci o meno di uno stato di equilibrio in base alla diffusione della conoscenza relativa ad eventuali sue variazioni nel tempo. La scelta dell'utilità di un bene come pure di un servizio da cui l'aumento del prezzo per poterne usufruire è una costruzione tutta umana, legata inscindibilmente all'apprezzamento dell'io e utilmente consumata sia dal produttore che dal consumatore che cercando, rispettivamente prezzi più bassi e, d'altro canto, materie prime sempre più economiche, tentano di ottenere un vantaggio economico.

La catallasia è una sintesi di elementi che appartengono prioritariamente al mercato e all'economia, appiattita sulle dinamiche funzionali del *do ut des* o del conteggio economico che mostra l'esserci di un sapere funzionale oltre la struttura pensante dell'essere umano⁶⁶.

Proprio la mutevolezza e flessibilità dell'elemento normativo di riferimento piuttosto che l'imprevedibilità connessa alla creativa disfunzionalità dell'io, orienta Hayek verso l'esclusione del metodo scientifico laddove non appare dato riscontrare genuine evidenze soprattutto per quel che riguarda il tema delle 'previsioni'. L'impraticabilità di un'indagine su elementi indefiniti e non 'misurabili', come le opinioni, spinge Hayek verso la constatazione che una molteplicità di aspetti struttura la persona, rendendola inindagabile dalle operazioni esatte e certe dell'algebra.

Il 'fare mercato' o 'fare economia' rappresentano modi diversi di creare qualcosa che prima non c'era secondo una selezione di itinerari che rimane appannaggio di pochi. Se gli esseri viventi privi di linguaggio sono 'perfetti discepoli della natura', il 'ripetere senza partecipazione' percorsi prestabiliti, così l'ape costruisce l'alveare non aggiungendo nulla di originale al suo operato perché, ricorsivamente, ritorna a costruire⁶⁷, rende l'uomo di Hayek un individuo topologico: il risultato dei luoghi che abita in una condizione di 'contemporaneità semplice', ripetitiva e alienante.

Anche il mercato è un prodotto del genio umano che assume la forma di una realtà sistemica complessa, nata dalla collaborazione di molti nella elaborazione di risposte agli stimoli esterni che si riducono nella reazione

⁶⁶ Si veda per un approfondimento del rapporto tra diritto ed economia A. GIULIANI, *Positivismo logico e scienza politica*, Pavia, 1951; B. LEONI, *Il problema metodologico nelle scienze sociali*, Pavia, 1952.

⁶⁷ *Ivi*, p. 271. Gli animali seguono 'felicitemente' il proprio istinto mentre l'uomo ne prende distanza, facendosi artefice di un lavoro che lo emancipa da uno status prettamente naturalistico.

secondo l'*habitus* di un complesso di strategie comportamentali ragionate e selezionate in modo sempre più efficace che possono incontrare il fallimento ('feedback negativo'). Si tratta di un modello ibrido, costituito dall'integrazione tra elementi sociali e naturali in cui le regole sono un prodotto, allo stesso tempo, 'naturale', 'culturale' e 'convenzionale', 'regolarità' di comportamento, consolidate nel tempo assumendo i tratti della tradizione culturale consuetudinaria⁶⁸.

Le 'norme di giusta condotta' non sono oggetto di catalogazioni scritte nei codici ma è il sistema, attraverso la sua capacità auto-generativa, a contenere informazioni utili per l'interpretazione degli stimoli e la successiva formazione di strategie comportamentali conformi all'ordine spontaneo o *kosmos* in cui l'informazione è 'costitutivamente' frammentata e distribuita dal sistema attraverso la concorrenza⁶⁹.

L'impossibilità di etichettare questa architettura come meramente funzionalista o formalista deriva dall'incontro tra economia e uomo, in una prospettiva che si dipana dalla relazione alla formazione delle istituzioni giuridiche, vissute come il risultato di una interpretazione *a-posteriori*.

Un'indagine limitata al nesso società-diritto se considera l'importanza di una *dispersed knowledge*⁷⁰ dal momento che: «spesso ciò che attribuiamo al genio umano ... è in realtà dovuto alla lunghezza del tempo e all'esperienza accumulata attraverso molte generazioni»⁷¹, nella consapevolezza di possedere una ragione imperfetta, inizio della ricerca filosofico-giuridica, da Socrate in poi⁷², non si addentra nelle analisi sulla qualità della relazione che unisce e separa gli individui né il nesso tra società e diritto. Nessun cenno di Hayek rinvia all'apertura dialogante come momento disvelante la finitudine dell'uomo, compreso il legislatore, incapace di tenere

⁶⁸ Si vedano, a questo proposito, le considerazioni di Simmel e Weber che: «più di chiunque altro si sono accorti del pericolo rappresentato dalla trappola del realismo, contro la quale essi ribadiscono invece la necessità di distinguere accuratamente la realtà dagli schemi costruiti dal ricercatore». Cfr. R. BOUDON, *Il posto del disordine*, Bologna, 1985, p. 73.

⁶⁹ F. A. VON HAYEK, *La Concorrenza come Processo di Scoperta*, in *Nuovi Studi di Filosofia, Politica, Economia e Storia delle Idee*, 1988, p. 200.

⁷⁰ P. ERCOLANI, *Il novecento negato. Hayek filosofo politico*, Perugia, 2006 p. 39.

⁷¹ Il concetto viene ripreso da B. MANDEVILLE, *La favola delle api*, cit. Cfr. F. A. VON HAYEK, *Legge, Legislazione e Libertà*, cit., p. 142.

⁷² Cfr. PLATONE, *Apologia di Socrate*, cit.

conto di tutte le ipotesi possibili senza cadere negli esiti devastanti che registrano i più disumani regimi totalitari⁷³.

Le discussioni di Hayek sull'argomento testimoniano l'impraticabilità di una vita politica gestita dall'alto: «Non esiste alcuna mente individuale in grado di organizzare e pianificare razionalmente la società, così come tale obiettivo è precluso ad una classe sociale o ad una istituzione collettiva. Il concetto di pianificazione è in sé foriero di schiavitù e totalitarismo»⁷⁴ senza mai accedere alle forme che scongiurano questo tipo di costruzione in assenza di un'organizzazione statale, tradizionalmente intesa.

A questo proposito, contestualizzare il pensiero di Hayek, significa anche discutere la possibilità di «una moderna forma di schiavitù»⁷⁵ nella società dromocratica e globalizzata in cui si celano, dietro le vestigia del liberalismo finanziario, tutte quelle espressioni di razionalismo che fanno capo all'ideologia cartesiana secondo la quale «la pura ragione può direttamente servire i nostri desideri senza intermediazione alcuna, e può costruire da se stessa un nuovo mondo, una nuova morale, un nuovo diritto, e anche un nuovo linguaggio purificato»⁷⁶, oscurando il *logos*, fondamento ontologico del diritto e di ogni istituzione che possa definirsi 'giuridica'⁷⁷.

⁷³ Cfr. F. A. VON HAYEK, *La via della schiavitù*, Milano, 1995. Hayek discute di «razionalismo costruttivista» nella lezione tenuta il 27 aprile 1964 all'Università Rikkyo di Tokyo, pubblicata successivamente con il titolo di *Kinds of Rationalism* in cui fa risalire a Cartesio un'irragionevole fiducia nella ragione, convinzione tipica anche degli illuministi e, successivamente, del positivismo che ha supportato le politiche totalitarie e le economie a pianificazione centralizzata del XX secolo.

⁷⁴ P. ERCOLANI, *Il Novecento negato, Hayek filosofo politico*, cit., p. 92.

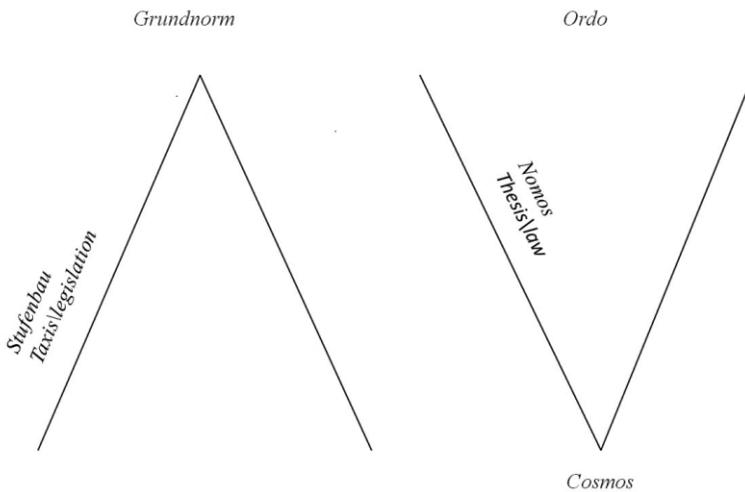
⁷⁵ F. A. VON HAYEK, *La via della schiavitù*, cit.

⁷⁶ G. DOSTALER, *Il liberalismo di Hayek*, Soveria Mannelli, 2008, p. 53.

⁷⁷ H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo*, Torino, 2008, p. 502.

2.6. «Il gioco della catallaxy»⁷⁸ e Stufenbau: analisi critiche

Un confronto critico tra ordine spontaneo e costruzione a gradi, o *Stufenbau*, mostra la possibilità di individuare una perfetta simmetria nel capovolgimento di entrambe, a partire dalle strutture, discusse da Hayek attraverso il ricorso ai termini greci: *cosmos* e *thesis*, *nomos* e *taxis*, *law* e *legislation*.



Il grafo ripropone i tratti essenziali della *Dottrina pura del diritto* e dell'*ordo spontaneus* di Hayek, rispettivamente, attraverso la descrizione della *Grundnorm*, posta al vertice della struttura piramidale -*Stufenbau*, sostituita nell'ordine spontaneo di Hayek dal *cosmos* in cui le 'regolarità spontanee', *nomos* e *thesis*, si sedimentano attraverso una selezione spontanea. Sebbene le regole della prima struttura, *taxis* e *legislation* indichino un sistema costruito arbitrariamente dall'alto, nel secondo caso l'ordine emerge dal basso, a partire dal *cosmos* (o mercato) attraverso modalità di selezione e di formazione del diritto che rispecchiano i rapporti di forza che sottendono la *Grundnorm* o Fatto Fondamentale.

⁷⁸ Il titolo è ripreso dal capitolo 10 p. 324 di *Legge, Legislazione e Libertà* dove Catallaxy è il termine inglese usato da Hayek per indicare un sistema auto-organizzativo in cui ciascuno persegue liberamente i propri fini e inconsapevolmente coopera al benessere generale. L'uso dei termini greci è certamente dovuto alla volontà di sfuggire alla banalità del linguaggio comune, ma anche al desiderio di non essere inserito in questa o in quella corrente, perdendo l'originalità della propria posizione.

Hayek ribalta la prospettiva kelseniana, impostata su una struttura di tipo discendente in cui le norme dipendono direttamente dalla conformità alla *Grundnorm*, proponendo un tipo di *status* normativo ascendente in cui codici e leggi scritte rappresentano una sovrastruttura finalizzata ad implementare le regole non scritte, il diritto vivente o *thesis*: «la legge non è il risultato di un processo discendente di legittimazione. L'ordine spontaneo è il risultato di un infinito numero di relazioni, tanto che suole parlarsi di un macro-ordine»⁷⁹. In questa prospettiva, l'*ordo* è un sistema auto-organizzato, basato su un equilibrio dinamico che concerne al suo interno un certo grado di disordine, determinato da cambiamenti imprevedibili che ne alimentano la complessità ed è proprio: «in situazioni di elevata complessità che il tempo diventa scarso»⁸⁰ così come nel tempo presente della dromocrazia in cui la velocità diventa il principio di riferimento nell'istituzione del diritto quanto nell'amministrazione della giustizia, sostituendosi al rinvio, lento e impegnativo, ai più tradizionali principi generali del diritto. Il *cosmos*, precisa Hayek: «risulterà dalle regolarità del comportamento degli elementi che esso comprende. Esso è, in questo senso, un sistema endogeno, intrinseco, oppure, come dicono i cibernetici, 'auto-regolato' oppure 'auto-organizzato'. Una *taxis*, invece, è determinata da un'azione che si trova al di fuori dell'ordine ed è nello stesso senso esogena o imposta»⁸¹.

I due ordini sociali si strutturano a partire da corrispondenti tipi di norme: il *nomos* è l'insieme di regole generali e astratte che formano l'ossatura del *cosmos*, a garanzia della spontaneità delle scelte individuali e dei fini da perseguire, mentre le *thesis* che disciplinano la *taxis*, vengono discusse come norme di organizzazione o una «qualsiasi norma ... applicabile solo a qualcuno in particolare o che serva ai fini di colui che [le ha formulate]». Si tratta di un tipo normativo 'creato' e, in quanto tale, vincolato nei contenuti alla volontà contingente del suo artefice rispetto alle norme spontanee che emergono dall'interazione uomo-altro-uomo a prescindere da una preventiva verbalizzazione in un testo normativo. La relazione è quella tra 'spontaneità' e 'statuizione', giustizia (o formula di contingenza) e legalità, regolarità e normatività sebbene da un'indagine attenta alla qualità dei due tipi emerga l'assenza della 'scelta libera', pensata e voluta, necessaria affinché l'*ordo* non sia un *ordo* ma un sistema improntato ai canoni ermeneutici es-

⁷⁹ F. A. VON HAYEK, *Legge, Legislazione e Libertà*, cit., p. 168-169.

⁸⁰ N. LUHMANN, *Die Knappheit der Zeit und die Vordringlichkeit des Befristeten*, p. 140.

⁸¹ F. A. VON HAYEK, *Nuovi studi di filosofia, politica, economia e storia delle idee*, cit., p. 86.

senziali nella selezione e nell'istituzione di regole improntate ai valori di giustizia e di solidarietà.

Il colorito grecizzante della terminologia non impedisce di cogliere la debolezza teorica di questa tesi che rinuncia alla necessità costitutiva delle norme nella presunzione di riuscire a garantire la collaborazione sociale e la cooperazione solo attraverso poche ed essenziali regole di comportamento. Il conflitto di preferenze tra le due classificazioni di norme e ordini sociali diventa, al di là di Hayek, uno scontro politico tra chi organizza il mercato, disciplinando mezzi e prescrivendo fini, e chi invece lo abbandona alla spontaneità dei suoi attori, o meglio, tra chi organizza nel dettaglio il vivere sociale e chi lascia alla discrezionalità dei singoli la possibilità di dare spazio alla creatività.

Hayek cerca di emanciparsi dalle maglie della politica, rimanendovi allo stesso tempo, imprigionato quando, prendendo distanza da ogni forma di volontà costruttiva, fa i conti con quella stessa volontà nel momento in cui seleziona alcune regole piuttosto che altre, determinando un tipo di ordine. Il processo continuo di autoregolazione e autoaggiustamento del *nomos* rimane appannaggio di pochi attori che, attraverso un movimento lento e silente, trasformano il già detto nel dire un altro futuro senza considerare che il vero conflitto teoretico non riguarda la scelta tra pianificazione o spontaneità quanto la capacità dei poteri invisibili, che abitano anche gli ordini non costruiti, di assumere le vesti del potere di turno a prescindere da ogni forma di legittimazione, dissimulando, dietro le vesti del potere economico, scelte tutt'altro che improntate al principio di terzietà.

La politica, osteggiata e criticata da Hayek, se da un lato rappresenta il potere centralizzato, dall'altra costituisce l'essenza del diritto e la sua genesi fenomenologica quando è alimentata dal *dia-logos* nel processo di selezione delle norme istituite nei codici. Il modello economico mostra, in apparenza, una libertà e un'autonomia del singolo che, ad un'attenta indagine, è orientata al profitto individuale e perseguimento di fini arbitrariamente scelti e perseguiti nell'egoismo dei rapporti di forza piuttosto che interessata alla realizzazione del bene comune. Se nella politica arde il conflitto tra visioni della vita, tra volontà costruttive e organizzatrici che coinvolgono la collettività, nell'economia, gli interessi individuali o si trovano in concorrenza o si placano nel contratto, duale per definizione.

Gli accordi bilaterali si svolgono secondo procedure che ricordano il fare tecnico proprio della «tecnica del produrre e dello scambiare», contrapposta al modello giuridico-politico del legiferare e del giudicare che, al contrario

implica un'opera di creazione del pensiero. Il punto critico risiede nella superficialità di coloro che non hanno colto nella supremazia dei meccanismi economici un depauperamento e insieme una manipolazione dell'esistenza umana, dalla lotta latente delle tecniche di successo. La tecnica economica è la forza in gioco a partire dalla quale è possibile ricomporre il quadro di un tempo in cui il corpo umano, così come le cose, sono il risultato di un sistema di produzione simile, prodotto secondo l'idea di garanzia e perpetuazione di un ordine funzionale.

Qual è la differenza sostanziale tra una legge non scritta che struttura l'ordine spontaneo e una norma di organizzazione se i processi di selezione di entrambi coincidono inevitabilmente con i poteri forti che contingentemente caratterizzano un tempo ed un luogo determinato?

Lo spazio internazionale quanto quello propriamente statale possono diventare teatro di scontri e di ingiustizie, assumendo i tratti della flessibilità e del dinamismo, come conferma, negli ordini istituiti, il ricorso alla decretazione d'urgenza che consente, in poche battute procedurali, repentini adattamenti ai nuovi interessi contingenti. Questa situazione contribuisce a rendere ancora più complesso il sistema sociale⁸² strutturato secondo sistemi di convivenza che non rimangono estranei alla diseguaglianza o all'assenza di libertà, custodite dall'incidere di un diritto che può dirsi giuridico se garantisce la specificità dell'esistenza umana.

I prodromi problematici della questione attengono alle modalità attraverso le quali la genesi del diritto trova svolgimento a prescindere dal sistema spontaneo o pianificato dove per 'pianificazione' è possibile intendere anche un ordinato svolgimento della relazione dialogica nel momento istitutivo, fermo restando l'esclusione delle forme di organizzazione propriamente dittatoriale. Si tratta allora di discutere criticamente il rapporto tra sistema spontaneo e regimi dittatoriali in cui l'assenza di *logos* diventa, come in molti sistemi spontanei, motivo di conflitti sanguinosi. Una «catalassia» non ha fini specifici, non sceglie al posto dell'uomo ma lascia che i molti fini, indeterminati *a-priori*, vengano selezionati da un regime di concorrenza⁸³. Hayek non nomina il *logos* al quale sostituisce la prassi del *do ut des* in cui ciascuno si serve strumentalmente dell'altro per ottenere risultati soddisfacenti, attraverso un «reciproco adeguarsi delle molte economie di mercato [in] un tipo

⁸² B. ROMANO, *Terzietà del diritto e società complessa*, Roma, 1998, p. 87; Cfr. N. LÜHMANN, *Teoria delle società*, Milano, 1994.

⁸³ F. A. VON HAYEK, *Conoscenza, mercato, pianificazione*, Bologna, 1988, p. 309.

speciale di sistema spontaneo prodotto dal mercato mediante individui che agiscono secondo le norme del diritto di proprietà, di responsabilità extracontrattuale e delle obbligazioni»⁸⁴.

Se i canoni principali a cui si appella sono quelli propri del diritto commerciale, credere che l'efficienza dell'ordinamento di mercato possa essere vagliata solo misurando il livello di offerta di beni e servizi, esclude la possibilità di considerare la qualità dell'esistenza a favore del PIL o prodotto interno lordo. In economia si procede per tentativi e le aspettative possono rimanere insoddisfatte nel rischio che genera l'apertura al futuro, proprio della dimensione umana. Non si nomina qui il simbolico⁸⁵ ma piuttosto un tipo di evoluzione dei modi di rispondere alle sollecitazioni tra le quali si affermeranno quelle più capaci di garantire il successo, diventando 'regola'. La scoperta che gli uomini possono vivere insieme pacificamente e arrecarsi reciprocamente benefici senza doversi accordare sugli scopi specifici, permette a ogni individuo di trarre vantaggi dalla capacità e dalle conoscenze di altri rende il modello della «catallassi ... un ordine globale superiore a ogni forma voluta di organizzazione proprio perché gli uomini, perseguendo i loro interessi, sia in modo completamente egoistico che altruistico, assecondano gli scopi di molti altri individui che rimarranno in gran parte sconosciuti»⁸⁶. *Catallaxy* deriva dal verbo greco *katallassein* che vuol dire «scambiare», «ammettere nella comunità», ma anche «diventare da nemici amici»⁸⁷; non si tratta di una «economia» in senso stretto, né il regime esteso del mercato globalizzato può essere ridotto alla gestione delle relazioni tipiche della sfera domestica, dell'*oikos*⁸⁸, custodendo i caratteri essenziali dell'i-

⁸⁴ ID., *Legge Legislazione e Libertà*, cit., p. 316.

⁸⁵ Il simbolico è il momento di incontro con l'altro riconosciuto come Tu e non più come un Esso e rappresenta l'apertura al futuro, originata dalla domanda di senso. Diversamente, il reale rappresenta il passato in cui l'altro viene percepito fattualmente, come nelle relazioni tra gli esseri viventi privi di linguaggio, mentre l'immaginario è il presente di una relazione che si è staticizzata così da poter essere ripresa successivamente in una memoria-esecuzione. B. ROMANO, *La legge del testo. Coalescenza tra logos e nomos*, cit., p. 132.

⁸⁶ F. A. VON HAYEK, *Legge, Legislazione e Libertà*, cit., p. 318.

⁸⁷ G. DOSTALER, *Il liberalismo di Hayek*, cit., p. 75.

⁸⁸ Nella prospettiva di N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi sulla teoria del diritto*, Milano, 1977, la dicotomia società/comunità teorizzata da F. TÖNNIES, *Comunità e società*, Milano, 1963 si avvicina concettualmente all'ordine spontaneo di Hayek seb-

dea di società mutuata da Mandeville, con particolare riferimento al paragrafo *Vizi privati, pubblici benefici*⁸⁹. L'egoismo, inteso anche come chiusura narcisistica, viene discusso come esercizio vizioso delle proprie condotte che, in questo tipo di *status* sociale, assumono connotati tutt'altro che negativi, producendo beneficio a vantaggio di tutti i consociati, eccedendo gli scopi individuali e consapevoli di ciascuno, generando una cooperazione spontanea che prescinde da una direzione centralizzata.

2.7. È possibile un'alternativa alla Grundnorm? Prospettive (gius)filosofiche

Le riflessioni sull'ordine spontaneo di Hayek e sul normativismo kelseniano sollecitano a ripensare l'essenzialità della forma delle leggi quanto del contenuto del diritto⁹⁰, discusso in queste pagine, attraverso il rinvio alla mediazione necessaria della norma originaria (*Urnorm*) di Edmund Husserl.

bene siano presenti alcune essenziali distinzioni. Per comunità Bobbio intende un insieme organico di individui legati: da rapporti di sangue, dall'appartenenza etnica, dalla prossimità locale e da valori comuni. In questa direzione la volontà del singolo è subordinata a quella del gruppo o classe sociale di riferimento. Diversamente, la struttura della società è costituita essenzialmente da rapporti di scambio in cui ciascuno è arbitro di se stesso. Con Tönnies, Hayek condivide l'importanza dei valori ma se il primo predilige il mondo organico delle istituzioni sociali, Hayek sottolinea la centralità delle interazioni a stampo economico.

⁸⁹ Scrive Mandeville: «un vasto alveare, ricco di api, che viveva nel lusso e nell'agio ..., era considerato la grande culla delle scienze e dell'industria. Le api non ebbero mai governo migliore, più volubilità o meno appagamento». Tale alveare era, pertanto, nell'insieme tanto potente quanto felice; vi erano sì api che conducevano una vita modesta e che erano praticamente sfruttate dalle api più abili, ma, in definitiva, anch'esse erano felici, in quanto si inserivano nel sistema da cui traevano benefici ... Nonostante ogni parte della società fosse dunque piena di vizi, «il tutto era un paradiso» e la nazione di per sé godeva di una felice prosperità e i vizi dei privati contribuivano al benessere pubblico: «il lusso dava lavoro a un milione di poveri, e l'odioso orgoglio a un altro milione. Perfino l'invidia e la vanità servivano l'industria. B. MANDEVILLE, *La favola delle api*, cit., parte I.

⁹⁰ Cfr. J. G. Fichte, *Sullo spirito e la lettera*, Torino, 1975.

Nella *Crisi delle scienze europee* si coglie una precisa direzione metodologica, avviata dalla teorizzazione di una «norma originaria»⁹¹, che sollecita ad interrogarsi sulla *Grundnorm* e le regolarità spontanee alla luce del principio di «inoggettività del soggetto» e «inviolabilità dei suoi diritti fondamentali»⁹².

I riferimenti essenziali ruotano intorno ai concetti di «umanità autentica»⁹³, di «enigma della soggettività» e di capacità di «rispecchiamento dell'*alter ego*», nell'affermazione di un orientamento che segna anche il distacco, logico e cronologico, tra Husserl, Hayek e Kelsen⁹⁴.

Sebbene la scuola di Brentano, alla quale appartiene anche Husserl, abbia influenzato il pensiero della Scuola Austriaca di economia, manca nelle riflessioni dell'economista austriaco la consapevolezza pratica degli effetti legati alla crisi dei saperi, determinata dall'attenzione alla forma piuttosto che alla qualità dei contenuti, «ai molteplici dati dell'empiria» che «ai principi razionali che li presiedono», rispetto ai quali Husserl propone la *Urnorm*. In questa direzione, alla valorizzazione della materia formale si contrappone l'essenzialità dei contenuti di senso: «L'organismo giuridico si rinnova, ossia vive ... per il fecondo contatto tra la generalità dei principi razionali e gl'innumerabili dati dell'empiria. Se quelli sarebbero vuoti senza di questi, all'incontro questi sarebbero ciechi senza di quelli; ed è perciò tanto dannoso alla teoria il disdegno della

⁹¹ Cfr. E. HUSSERL, *Meditazioni cartesiane*, Milano, 1994, p. 144.

⁹² *Ivi*, p. 355. La crisi delle scienze europee riguarda la caduta del senso che Husserl collega all'affermarsi del nazismo: «L'esclusività con cui, nella seconda metà del XIX secolo, la complessiva visione del mondo dell'uomo moderno accettò da un lato di venir determinata dalle scienze positive e si lasciò dall'altro abbagliare dalla prosperità che ne derivava, significò un allontanamento da quei problemi che sono decisivi per un'umanità autentica. Le mere scienze di fatti creano meri uomini di fatto». ID., *La crisi delle scienze europee e la fenomenologia trascendentale*, Milano, 1997, p. 35.

⁹³ Si veda la discussione di B. ROMANO, *Principi generali del diritto. Questiones. Norma originaria (Husserl) e Norma fondamentale (Kelsen) Situazione-limite (Jaspers): lotta, diritto, principi generali*, Torino, 2015, p. 4 a partire da E. Husserl, *La crisi delle scienze Europee e la fenomenologia trascendentale*, cit., p. 35. Il riferimento si inquadra nel discorso sul ruolo della filosofia nelle Facoltà di Giurisprudenza che ritorna nelle pagine di Husserl quando discute della vocazione filosofica come sapere 'rigoroso': «capace di indicare il cammino [dell'uomo nuovo] per una umanità autentica».

⁹⁴ B. ROMANO, *Due studi su forma e purezza del diritto*, cit., p. 55 e ss.

materia dell'esperienza, quanto alla pratica il disdegno di quei principi che, nonostante il loro carattere generale ... servono di scorta e di lume negli ambagi della molteplice realtà».

Neanche dopo la svolta degli anni '40 che sollecita Hayek ad abbandonare l'approccio matematico-scientifico per abbracciare il pensiero filosofico, emerge alcuna attenzione al lavoro creativo della mente che nomina il momento della 'meraviglia', discusso da Platone e Aristotele come inizio di ogni riflessione non circoscritta ad una mera 'conoscenza' del mondo. L'ordine di Hayek rinvia all'esserci di un io catturato nelle maglie di un sistema perfetto, come quello economico basato sulla domanda e l'offerta, che impone lo sguardo disinteressato del non prendere parte⁹⁵ creativamente secondo le istruzioni di una scienza dei fatti, a-personale e a-soggettiva. La frattura tra ragione e vita, tra spirito e materia verso l'assolutizzazione del secondo versante, oscura la specificità dell'uomo come unico ente capace di pensare, volere e agire, generando un significativo «allontanamento da quei problemi che sono decisivi per un'umanità autentica»⁹⁶ che mette in relazione necessaria il pensiero filosofico e il pensiero giuridico, persona e diritto.

Solo in questa prospettiva si può discutere pienamente il passaggio dall'astratta nudità del Fatto Fondamentale, prodotto della Norma Fondamentale (*Grundnorm*), alla norma originaria (*Urnorm*) che simboleggia la ricerca del sapere, inteso come senso del giusto dell'enunciato normativo nel passaggio dalle «ipotesi astratte [alla] concreta realtà dei casi umani»⁹⁷ che segna anche l'itinerario dal *quantum*, privo di selezione qualitativa, all'apertura della «condivisione *intersoggettiva del mondo ... unità armonica del bene individuale e del bene comune*»⁹⁸.

Il senso, plurale e non escludente, abbraccia l'essere umano nella sua singolarità ipotizzante, specificandone originalmente l'identità rispetto ogni altro ente nell'esercizio universale e incondizionato del *logos*. Non «come Cartesio e i suoi contemporanei, guidati dalle nuove scienze della natura ... come se ogni essere stesse all'unità di un calcolo, o come un sistema ... basato ... sull'autoriflessione universale» la «capacità di tematizzare» attraverso il rinvio all'universalità dei principi che eccedono la «i-

⁹⁵ E. HUSSERL, *La crisi delle scienze Europee e la fenomenologia trascendentale*, cit., p. 343.

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ P. CALAMANDREI, *Fede nel diritto*, Roma-Bari, 2014, p. 10.

⁹⁸ E. HUSSERL, *Meditazioni cartesiane*, cit., p. 29.

inevitabile particolarità e contingenza degli enunciati normativi» custodisce la riflessione filosofica nel costante rinvio ai diritti dell'uomo nella ripresa inesauribile della ricerca del giusto nel legale.

Da questa architettura emerge l'essenzialità delle «singole norme» quanto dello «spirito che le muove», dell'«universale» (*logos*) quanto del «particolare» (*nomos*), elementi costitutivi del 'diritto vivente' non sciolto, teoreticamente, dal cammino del giusto nel riconoscimento di una «umanità che, pur vivendo nella finitezza, vive protesa verso i poli dell'infinità» grazie ad un fondamento 'assunto' e mai definitivamente 'dato' che ricrea la possibilità della ripresa del senso nella comunione-condivisione dei doni del *logos*.

Se l'intera umanità si riconosce debitrice e creditrice di senso, cade il fondamento della *Grundnorm* kelseniana, estranea alla particolare fecondità del valore esperienziale, cominciamento dell'essere-uomo come co-esistente che abita il mondo condiviso e non si lascia sistematizzare in una struttura normativa logico-formale, modellata intorno alla fattualità, contingente in un momento storico e spazialmente determinato.

2.8. Husserl e Kelsen: prospettive del diritto contemporaneo

Il confronto critico tra *Urnorm* e *Grundnorm* nell'ambito del diritto spontaneo può essere assunto come paradigma di riferimento ai fini della distinzione tra fenomenologia del diritto e formalismo giuridico, evidenziando la peculiarità del *moodus operandi* dell'*homo juridicus* quando agisce secondo l'orientamento impresso al sistema dalla *Urnorm* «sottratta ad ogni padroneggiamento» e, allo stesso tempo, in grado di far convergere l'ordinamento verso una dimensione oltrelegalistica, illuminata dalla relazione 'giuridica'.

In una direzione opposta si colloca la *Grundnorm*, estranea alle questioni esistenziali che attingono dall'esperienza pratica, mettendo in questione la qualità dei contenuti oltre la correttezza dell'enunciazione. Le valutazioni sul giusto e sull'ingiusto non entrano nelle dinamiche del formalismo giuridico che produce l'idea del 'giusto' secondo procedure non dialogiche in grado di legittimare il darsi di uno Stato legale quanto di un'organizzazione criminale⁹⁹.

⁹⁹ H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 2002, p. 59: «[La dottrina pu-

Nella prospettiva normativa di Kelsen è un sistema autoorganizzato e autopoietico, chiuso nell'autoreferenzialità dell'autoaggiustamento che determina anche la completezza dell'ordine costituito (*Stufenbau*). Si tratta di un complesso immunizzato, al servizio del fondamentalismo funzionale che registra il darsi di una legalità modellata secondo la struttura monologica del linguaggio calcolante, strumentale alla validità e alla coerenza interna delle singole norme: «la validità è l'espressione formale dell'efficacia, e l'efficacia è la realtà sostanziale della validità»¹⁰⁰. Quello di Kelsen rappresenta il terreno di indagine proprio della 'scienza giuridica' e del 'tecnico delle norme', annunciato da Husserl e discusso da Romano come *homo oeconomicus* dotato di una *ratio*, intesa nel suo significato originale e profondo di *Grund* e precisamente nel duplice senso di 'ragione' e 'fondamento' come si deduce da un'analisi terminologica che rinvia al verbo *reor*, «ritenere qualcosa per qualcosa d'altro; ciò per cui qualcosa viene ritenuto è ciò che viene sottoposto ... In tale supporre, ciò di cui si suppone qualcosa, viene conformato e regolato su ciò che di esso è supposto»¹⁰¹. Si tratta dell'espressione latina del verbo tedesco *rechnen*, contare dove «tenere conto di qualcosa significa aspettarselo e, nel fare questo, aggiustarlo come ciò su cui si deve costruire»¹⁰² che ricorda il *modus operandi* del giurista kelseniano, esperto nel calcolo che, come afferma Leibniz, non è un *calculus*, una pietra per fare i conti ma «un contare che implica riflessione e ponderazione» che consente di svelare l'essenza dell'ente attraverso una estrapolazione, quella del «conto che va reso»¹⁰³ e, insieme, il 'rappresentare fondato'¹⁰⁴ (*Vorstellen*) in cui ciò che viene incontrato viene a stare ... (*Stand*), diventando oggetto (*Gegenstand*)¹⁰⁵. Quel *reddendum* che domina ogni rappresentare umano è l'opera del giurista quando, nella

ra del diritto] vuole rappresentare il diritto come è, senza legittimarlo come giusto o squalificarlo come ingiusto. A questo proposito si veda, per una critica, B. ROMANO, *Filosofia del diritto*, cit., pp. 38-41.

¹⁰⁰ G. CAPOGRASSI, *Impressioni su Kelsen tradotto*, Milano, 1952, p. 333.

¹⁰¹ M. HEIDEGGER, *Il principio di ragione*, Milano, 2004, § 12, p. 169.

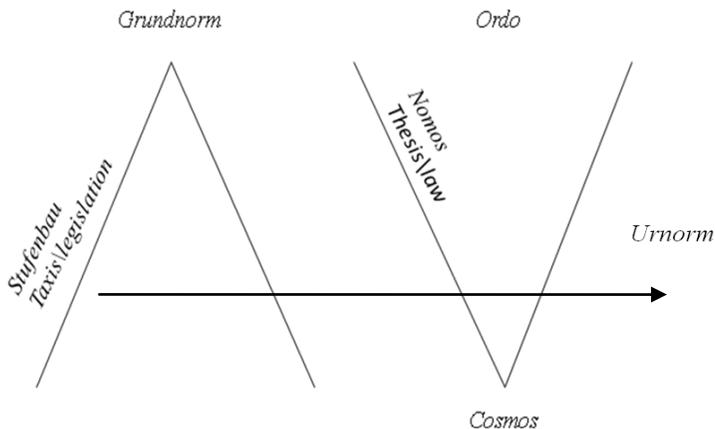
¹⁰² *Ivi*, p. 170.

¹⁰³ *Ivi*, 171.

¹⁰⁴ *Ivi*, p. 55.

¹⁰⁵ *Ivi*, p. 49.

massimizzazione dei profitti del proprio agire, calcola, nell'anticipazione, la condotta dei propri simili, riconosciuti 'costatativamente' come elementi di un conteggio meccanico, nella 'ferrea' applicazione delle norme secondo le procedure che presiedono la 'logica pura della scelta': «Il grande contributo della *Logica Pura della scelta* di Kelsen consiste proprio nell'aver dimostrato ... che perfino una mente singola ... potrebbe [costruire] continuamente saggi di equivalenza ... alla luce dell'intera struttura mezzi-fini»¹⁰⁶ senza aperture all'alterità che comporterebbe il movimento ortonomo di ragione e verità, norma originaria e principi generali nel riconoscimento dell'incondizionatezza dell'esistenza umana tanto discussa anche dalle moderne forme di produzione delle regole dal basso. Tanto un ordine costruito, come quello kelseniano, quanto le forme spontanee di comunità sociale sono, nella stessa misura, liberticidi e ingiusti quando non sono attraversati dal riconoscimento del rispetto dei diritti dell'uomo (*Urnorm*) che illuminano l'esistenza nella partecipazione attiva, attraverso l'esercizio del diritto a prendere la parola, all'istituzione di una legalità giusta. Un ordine spontaneamente costituito non è libero perché svincolato da un sistema di fonti accreditate nella produzione della normatività ma nella misura in cui si lascia attraversare dall'esercizio del dia-logos capace di arginare l'esercizio della forza per l'affermazione di pratiche che ledono la dignità umana.



¹⁰⁶ Cfr. F. A. VON HAYEK, *Conoscenza, mercato e pianificazione*, cit.

L'immagine rappresenta una variazione della precedente rappresentazione grafica, realizzata attraverso l'incidere di una retta orizzontale, o *Urnorm*, che taglia, rispettivamente, la struttura piramidale (*Stufenbau*) di Kelsen e l'ordine spontaneo, o (*cosmos*), di Hayek. Metaforicamente si vuole rappresentare l'incidenza del dia-logos, attuata mediante la 'norma originaria' che, in entrambi le direzioni sistemiche, ha il compito di spezzare la genesi fattuale del diritto, istituendo una giuridicità illuminata dalla partecipazione plurale alla formazione delle principali istituzioni sociali.

Quando lo spazio del dialogo si eclissa per lasciare posto al silenzio *omertoso*¹⁰⁷, si afferma il *formalismo giuridico*¹⁰⁸ che, eliminando le domande sul senso, si presta ad una mera «sistemazione logico-formale»¹⁰⁹, attraverso il calcolo aritmetico eseguito nella decisione dal magistrato¹¹⁰ perché «un sistema logico, anche quello della logica giuridica, cura la coerenza formale del dire, ma non incontra l'esistenza del singolo, il suo dirsi, che non si lascia sistematizzare, perché è l'avvio di un futuro non anticipabile nel calcolo compiuto»¹¹¹. In questo senso si colloca l'analisi empirica sulle modalità di diffusione della conoscenza, alle regole sovra-consce kantiane: astratte, inconsapevoli e inarticolate e, in quanto tali, non «scelte deliberatamente per un fine», ma risultanti da un processo di «evoluzione culturale», basato su un adattamento ambientale per tentativi ed errori a prescindere dalla relazione con l'altro, assumendo la qualificazione del fatto non scelto, pensato, voluto.

¹⁰⁷ ID., *Filosofia della forma. Relazioni e regole*, cit., p. 252.

¹⁰⁸ Si veda sul punto B. LEONI, *La libertà e la legge*, cit.; in ID., *La sovranità del consumatore*, cit.; ID., *Scritti di scienza politica e teoria del diritto*; C. LOTTIERI, *Le pretese e i poteri: le radici individuali del diritto e della politica*, Novara, 1997.

¹⁰⁹ Si veda B. ROMANO, *Sistemi biologici e giustizia. Vita animus anima*, cit., p. 21.

¹¹⁰ La giustizia aritmetica discussa da Aristotele tende, formalmente a ristabilire l'equivalenza che, come afferma Romano, «non è uguaglianza tra le parti, ma un concetto mercantile dove l'utile è misurato dall'utile e il terzo non compare mai». Il carattere formale della giustizia 'aritmetica' di Aristotele è stato evidenziato da E. J. WEINRIB, *The Idea of Private Law*, 1995.

¹¹¹ B. ROMANO, *Sistemi biologici e giustizia. Vita animus anima*, cit., p. 21.

Che ne è del desiderio di giustizia e dell'universale dell'uomo quando l'ordinamento giuridico si trasforma in una 'tecnica di organizzazione'¹¹², chiusa alle domande sull'artefice-autore della struttura giuridica e degli scopi che intende realizzare? Questi interrogativi esigono la 'comprensione' della specificità dell'io e della sua capacità di eccedere la macchinalità propria dell'ingranaggio; trascurare questo aspetto significa mettere tra parentesi la specificità dell'uomo, rinunciando all'io in carne ed ossa, artefice di un futuro scelto che eccede l'ambientazione naturale in cui i fatti nominano solo un diritto al passato.

Proprio nel 'passato' vige un modello di 'normatività' che trova i suoi prodromi nella *Grundnorm*, protesa a recidere il momento dell'alternativa e quindi della scelta, non anticipabile, tra la possibilità dell'adeguamento o l'emancipazione, la coincidenza o la distanza, discussa, attraverso il paradosso dell'insuperabilità, anche a partire dalle situazioni-limite di Jaspers¹¹³: «Il 'tragico' dell'umano consiste nell'avvertire l'impossibilità di superare la lotta e simultaneamente nel sentirsi impegnati nel suo superamento» che si ripropone «mediante i due poli della *fissità delle norme* e del *movimento di chiarificazione dialogica dei principi generali-universali del diritto*», esclusi da una scienza del diritto che vuole «conoscere esclusivamente il suo oggetto»¹¹⁴. La pretesa oggettività della scienza non è criticata in sé ma in relazione all'oscuramento della sfera del senso e, quindi, dell'autenticità dell'uomo nella sua struttura ec-statica che vive il presente, secondo regole istituite nel passato e, allo stesso tempo, è proteso verso il futuro della possibilità di tornare sul già dato. Solo se l'io viene custodito in questa struttura è possibile «fare giustizia secondo le leggi»¹¹⁵, oltre l'arbitrarietà di un diritto sciolto da qualsiasi *ratio* che non sia il funzionamento procedurale in cui tutto può diventare legale.

Se la legge scritta dei codici nomina il presente, l'esercizio della soggettività rinvia al futuro nella ripresa del diritto ineliminabile alla selezione discorsiva degli *atti*. La storia degli uomini è costituita dalla

¹¹² Cfr. H. KELSEN, *Diritto e pace nelle relazioni internazionali*, Torino, 2009.

¹¹³ Cfr. M. HEIDEGGER, *Oltre la linea*, Milano, 2010.

¹¹⁴ H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 1967, p. 48.

¹¹⁵ Si veda B. ROMANO, *Due studi su forma e purezza del diritto*, cit., p. 19 in commento alle pagine di PLATONE, *Apologia di Socrate*, cit.

scelta di un preciso orientamento esistenziale, scandito originalmente nella formazione della personalità di ciascuno, contenuto essenziale del principio fondante, la *Urnorm*.

«Nel principio» si rigenera, incessantemente, un movimento circolare che ritorna «al principio», garantendo che la relazione giuridica non si esaurisca in un detto, inteso come negazione della ripresa del dirsi nel dire che nasce dal 'pensiero' e dalla 'volontà', dalla testa (spirito) e dal cervello (substrato biologico)¹¹⁶.

La valorizzazione del momento dialogico offre molte sollecitazioni su un «diritto possibile», sottratto al principio di identità che esclude, con rigore scietifico¹¹⁷, il pensiero riflettente. $A=A$ è una forma di determinazione, sufficiente, secondo ragione, all'organizzazione della società nella direzione del sapere scientifico che procede «unicamente [attraverso] attività conoscitive [e] constatative di fatti»¹¹⁸. In questo senso, «ragione sufficiente» e «ragione dialogica» non si chiarificano reciprocamente nel plesso che unisce e separa norme e diritto, carne e osso, spirito e legge che, nella definizione husserliana, diventa il rapporto tra oggetti possibili (condotte) e le idee che li determinano (norme). Ogni teoria che tenti di assolutizzare la forma formata del diritto sollecita a considerare l'incompletezza dell'ordinamento giuridico, costitutivamente aperto all'attività interpretativa che, nel tempo, emenda le norme istituite dal giudizio/determinazione del legislatore, rendendo attuale il contenuto normativo, in relazione alle mutevoli e imprevedibili trasformazioni sociali nell'esercizio «dell'enigma della soggettività».

In questa direzione, ogni forma di sperimentazione è un tentativo di determinazione in una forma compiuta e quindi, trattabile scientificamente con l'utilizzo di una tecnica asoggettiva quanto impersonale che non tollera gli inceppamenti determinati dalla creatività propria della relazione uomo-altro-uomo. La scienza necessita di un materiale capace di conservarsi 'sempre uguale a se stesso' e dunque

¹¹⁶I. KANT, *Metafisica dei costumi*, Roma, 1998, Introduzione. Kant, riprendendo l'immagine già discussa da Fedro, definisce una testa senza cervello un *quid juris* senza un *quid justum*: «una dottrina del diritto puramente empirica è una testa che può essere bella, ma che, ahimé! non ha cervello».

¹¹⁷Cfr. ID., *La filosofia come scienza rigorosa*, Roma-Bari, 2010.

¹¹⁸ID., *La crisi delle scienze europee e la fenomenologia trascendentale*, cit., p. 33.

non considera l'essenzialità del pensiero che non si lascia formare e sformare in «una catena incessante di slanci illusori e di amare delusioni».

In questa direzione, il supporto essenziale della filosofia del diritto è orientato a riscoprire il giuridico nella valorizzazione della relazione di riconoscimento come momento prodromico all'istituzione del diritto e complementare all'amministrazione della giustizia.

La giustezza della pena implica l'impegno della ricerca del «senso della normatività positiva» nel «raffronto», afferma Romano, tra le «ipotesi astratte e la concreta realtà dei casi umani»¹¹⁹ attraverso il riconoscimento dei principi generali come 'valvole di sicurezza' che, davanti alla crisi delle istituzioni giuridiche, sono capaci di «ringiovanire ininterrottamente il diritto positivo e di mantenerlo, attraverso l'interpretazione ... in comunicazione colle esigenze della società a cui esso deve servire» nel riconoscimento del senso di giustizia come «idea illuminante e confortante»¹²⁰.

2.9. Tempo, persona, diritti di libertà

Nella società contemporanea la dimensione temporale diviene punto di osservazione non solo privilegiato ma anche irrinunciabile per comprendere il rapporto tra individuo e società. La partecipazione sociale stessa richiede tempo per essere costruita e per svolgersi mentre la velocità incide sulle condotte e le rende frammentarie, ridotte in spazi di tempo separati, distribuiti tra i vari 'sottosistemi' ai quali appartiene che polverizzano l'identità esistenziale. Alle molte classificazioni del tempo si può aggiungere un tempo funzionale che sacrifica la dimensione intersoggettiva e funge da ponte con la dimensione sociale. Se da un lato Hayek coglie che ciascun individuo orienta le proprie azioni in riferimento ai valori del proprio gruppo di appartenenza, dall'altro, il nuovo principio regolatore dei contesti sociali post-moderni, la velocità, si registrano reazioni e strategie differenti sebbene all'interno di un tempo sincronizzato a stampo matematico.

La questione problematica emerge se si considera la riconducibili-

¹¹⁹ P. CALAMANDREI, *Fede nel diritto*, Roma-Bari, 2014, p. 10.

¹²⁰ *Ivi*, p. 95.

tà del tempo in un algoritmo dell'aritmetica in relazione alla possibilità di pensare un futuro diverso dal futuris contingentibus di Luhmann. Proprio la variabile tecnologica diventa centrale per far luce sulla fame contemporanea di tempo, non della durata ma quello biologico, standardizzato, mai illuminato da una situazione di comunanza determinata dalla compresenza fisica, determinata da una prospettiva dell'economico che si consolida nella delocalizzazione e rivalorizzazione del tempo, ridotto nell'ordine di un istante. Nella prima dimensione il tempo non è più vissuto come il segno di un vissuto ma come un elemento che pone fuori e consegna il soggetto alla «ventura» di una circolazione. L'istante, e quindi il tempo dell'uomo viene rivalorizzato dalla perdita di motivazione che gli dà l'io, finendo per rimanere solo un elemento del gioco economico.

In questa direzione si può pensare il desiderio, come il segno del capriccio di un istante, espressione di una intenzionalità senza elevazione e senza quella dignità che la fa riconoscere solamente umana¹²¹: «nella guerra del tempo l'al-di-la sociale delle popolazioni è divenuto l'al-di-la dell'ora zero»¹²². La velocità appare dunque senza tempo, senza luogo e privo di autori: «la velocità in quanto idea pura e senza contenuto ... esclama che l'universo è arricchito di una nuova bellezza, la velocità» che realizza il desiderio di Marinetti di un tipo di uomo inumano, ridotto in un «principio conduttore» che sfrutta l'inerzia del pensiero, avallo di ogni formalismo giuridico. «La creazione della presenza nel mondo di corpi senza volontà ... è la preziosa lezione dei campi e dei gulag»¹²³. In questa direzione l'efficienza dinamica è la qualità principale della macchina statale supportata dal calcolatore strategico, il legislatore e il giudice, tappe necessarie del progresso dromologico, motore di una macchina da guerra in cui residua il 'corpo ormai senza più volontà del popolo'. La contrazione del tempo, la scomparsa dello spazio territoriale portano al superamento delle concezioni del prima e del dopo nel presente che pure tende a scomparire nell'istante della decisione. Il vero potere non è più quello politico o economico quanto quello capace di anticipare al punto che «governare non sarà altro che prevedere» attraverso l'isti-

¹²¹ J. DERRIDA, *Luoghi dell'indecidibile*, Soveria Mannelli, 2012, p. 176.

¹²² P. VIRILIO, *Velocità e politica*, cit., p. 147.

¹²³ J. LANIER, *La dignità ai tempi di internet*, cit., p. 70.

tuzione di un ministero del tempo nel più grande vettore Stato in un contesto in cui la velocità dei mezzi di comunicazione non verrà più vissuta come liberazione dall'asservimento politico quanto come sterminio dello spazio di libera discussione e critica politico-sociale.

3. Uomo dromologico e tempo del diritto

Il nichilismo della tecnica distrugge meno il mondo [e l'uomo] di quanto quello della velocità ne distrugga la verità»¹.

3.1. Il diritto: scelta creativa o appagamento biologico?

Negli anni successivi alla seconda guerra mondiale, quando si comincia a definire con maggiore chiarezza l'itinerario speculativo di Hayek, i successi ottenuti dalle discipline fisiche e biologiche iniziano ad esercitare un particolare fascino sugli studiosi di altre materie e molti – tra giuristi e sociologi – tentano di estendere il metodo scientifico anche allo studio dei fenomeni sociali e, in particolare, alle interazioni tra i diversi 'schemi mentali' di coloro che agiscono in società.

Si tratta di un approccio «scientista» al reale, pregiudicato dalla diversità del metodo quanto dall'oggetto di indagine: il mondo della scienza, rispetto alla sociologia, studia i dati immediati¹ e la sua oggettività risiede nella possibilità di pervenire a conclusioni certe mentre la dimensione legata alle opinioni o ad una specifica visione del mondo contribuisce a definire l'essere umano come «ente pensante»², costituendo un oggetto di studio non meno rilevante.

A questo proposito, Hayek si distingue per aver tentato un approccio al reale che tiene in considerazione il punto di vista «soggettivo», anche attraverso il ricorso alla «prasseologia» che nomina lo studio dell'azione umana per la «comprensione dell'universale»³, senza tralasciare il profilo scientifico, portato avanti a colpi di feedback sulle prassi oggettivate nella forma delle 'regolarità di comportamento' tradotte, dallo scorrere del tempo, in una 'normatività' che diventa l'esito di un percorso ibrido:

¹ J. LANIER, *La dignità ai tempi di internet*, cit., p. 19.

² *Ivi*, p. 20.

³ R. CUBEDDU, *Il liberalismo della scuola austriaca Menger, Mises Hayek*, cit., p. 181.

scientifico e sociologico insieme.

L'attenzione dell'economista austriaco si concentra sullo studio delle 'reazioni' dell'individuo di fronte agli stimoli esterni e, attraverso lo strumentario sociologico, coglie il rapporto tra mezzi usati e fini perseguiti, a partire dal punto di vista soggettivo, proprio delle scienze sociali, fino ad arrivare all'oggettivazione delle idee e opinioni che permettono ad un consesso sociale di edificarsi.

Le condotte in discussione rappresentano l'esito di «elaborazioni concettuali»⁴, «ciò che per lo più non si manifesta»⁵ ma, allo stesso tempo, sono «il senso e il fondamento del manifestarsi»: la 'normatività'.

In questa architettura, i fini individuali vengono assunti come 'dati', per arrivare, attraverso il metodo sintetico, alla struttura mentale che organizza i moventi, intesi come il risultato di un processo di ottimizzazione della conoscenza, parziale e frammentaria, che passa attraverso il transito di flussi informativi, trasformati in opportunità economiche.

Non diversamente, il diritto, come il linguaggio, è un fenomeno sociale spontaneo che risulta da un processo 'evolutivo' atto a 'determinare' l'istituzionalizzazione di alcune regole in luogo di altre attraverso l'incidere di un *modus operandi*, destinato a rimanere costantemente estraneo alla esecutività di un programma predefinito⁶.

L'assenza di Stato finisce per ridurre l'evoluzionismo culturale spontaneo in una sorta di evoluzionismo sociale di stampo naturalistico che lascia spazio all'uso arbitrario della forza di qualche forma autoritativa delegittimata.

Questo esito consegue all'assenza di riferimenti al *logos* come momento costitutivamente prodromico all'istituzione del *nomos*, o alla sua

⁴ *Ivi*, p. 208.

⁵ M. HEIDEGGER, *Essere e tempo*, cit., p. 99.

⁶ Lo *Historicism* è un movimento di pensiero che ritiene di conoscere le «ferree regole dello sviluppo storico e di saper trarre da ciò quanto necessario per rifare le istituzioni ai nostri tempi». R. CUBEDDU, *Il liberalismo della scuola austriaca Menger, Mises Hayek*, cit., p. 130. A questo proposito, Hayek discute di 'eterogenesi dei fini', rinviando a Giambattista Vico con particolare attenzione al percorso evolutivo dell'uomo secondo un itinerario 'non' lineare. Ogni attore sociale agisce per il perseguimento di un determinato risultato, perseguendo esiti imprevisti e inintenzionali che mostra la costitutiva scarsità di conoscenze relative al rapporto mezzi impiegati e fini perseguiti.

struttura peculiare, sottratta ad ogni forma di predeterminazione o di ripetizione ciclica, eccedente la casualità propria dei sistemi biologici che rimangono estranei alla formazione di un futuro scelto nell'esercizio della dialogicità⁷. Se le regole tipiche di un ordine spontaneo nascono come regolarità naturali e, in quanto tali, vengono osservate di fatto nella misura in cui si sente la necessità di correggere i comportamenti devianti in base ad esse, si può discutere di una società naturale di tipo evolutivo la cui vigenza è rimessa ad un esame *ex post* sull'efficienza delle regole che ne strutturano l'ossatura che, a tutti gli effetti, possono derivare dall'intuito di una mente illuminata quanto da un atto dispotico che, senza legittimazione alcuna, si è affermato 'spontaneamente' con l'uso della forza.

Il mercato selvaggio è un tipo di organizzazione sociale spontaneo in cui «campeggia solo una lotta tra forze vitali, come si osserva negli animali, che in nessun tempo hanno istituito dei tribunali con quei peculiari tratti procedurali e sostanziali che sono formativi della civiltà del diritto e della sua *storia*, irriducibile alle fasi di una *evoluzione* regolata dalla vita che ha più vita»⁸.

Dietro al gioco di una concorrenza costruita su questo prototipo giuridico si cela una libertà che si fa arbitrio di chi, ricorsivamente, riesce ad assumere il ruolo di *leader*, cambiando le aspettative iniziali e, attribuendo ai beni valori diversi in relazione al mutare dei bisogni⁹.

In questa direzione, le istituzioni sociali spontanee diventano, attraverso cambiamenti più o meno rapidi, la 'reazione' che 'appaga'¹⁰ per un certo tempo le esigenze dei gruppi al potere, assicurando il raggiungi-

⁷ L'evoluzione sociale non è il risultato di leggi che ciclicamente si ripetono proponendo le stesse circostanze, ma è legata al mutevole e complesso insieme di conoscenze oggettivate in 'simboli', le istituzioni, delle quali il metodo scientifico potrebbe offrire una spiegazione solo parziale.

⁸ B. ROMANO, *Sistemi biologici e giustizia. Vita, animus, anima*, cit., p. 147.

⁹ Il riferimento essenziale va ai nuovi diritti di 'terza generazione', come l'obiezione di coscienza, la *privacy*, e l'ambiente.

¹⁰ In questo itinerario, si discute di un individuo 'topologico' che, dimesse le vesti del *δείνων*, muta il 'desiderio di desiderare', propriamente giuridico, nell'appetire, saziabile nell'iper-produzione di leggi/merci che viziano il procedimento legislativo sebbene, paradossalmente, ne alimentino il funzionamento attraverso la 'distruzione creatrice' discussa da Z. BAUMAN, *Vita liquida*, cit., p. X.

mento dell'ottimo ordine, inteso come lo spazio in cui coincidono gli interessi di coloro che si sono liberati dalla responsabilità di costruire *un* ordine attraverso istituzioni sociali simboliche e di altri che hanno narcisisticamente approfittato del potere: economico, politico o culturale per imporre ai più le proprie regole.

3.2. Hayek scienziato sociale? Il destino del diritto¹¹

La questione relativa alla 'fallacia normativistica'¹² rappresenta l'indizio di una argomentazione capace di motivare il rapporto tra ordine spontaneo e ordine naturale, dimostrando come, con Hayek, si assista al ribaltamento della legge di Hume¹³, considerando la possibile identificazione tra ciò che è giusto e i fatti-normatività che emergono dal processo evolutivo. La riflessione esige preventivamente di individuare i valori che incorniciano questo tipo di organizzazione sociale, concettualmente distante dal normativismo kelseniano, strutturato formalmente secondo un ordine piramidale di riferimento, scardinando l'idea di un possibile funzionalismo valoriale che coinvolge l'intera dimensione spontanea. Normativismo e naturalismo hanno come minimo comun denominatore l'uso del metodo scientifico nello

¹¹ B. ROMANO, *Filosofia del diritto*, cit., p. 6 discute la differenza tra diritto come fenomeno e diritto come fatto. La descrizione fenomenologica del diritto non può prescindere dall'analisi della figura del 'terzo-Altro', luogo privilegiato in cui viene presentata la pretesa giuridica che, insieme alla relazione di riconoscimento, rappresenta la sua *genesi fenomenologica*. «La ragione-misura della vita del diritto consiste nell'istituirlo mediante la ripresa e la custodia della sua genesi fenomenologica, non negata dall'uso fattuale». Il diritto non è un fatto trovato, ma viene istituito attraverso il linguaggio discorso nella differenza nomologica tra norma e diritto. Così come nel linguaggio, anche nel diritto, è presente una dimensione che non può essere espressa in enunciati rispettivamente il 'significante' e la 'giustizia'. Queste due dimensioni trascendono la contingenza storica e non sono indagabili scientificamente secondo un approccio di tipo 'conoscitivo' che mai accede all'arte della 'comprensione'.

¹² F. A. VON HAYEK, *Legge, Legislazione e Libertà*, cit., p. 41.

¹³ G. CARCATERA, *La fallacia naturalistica*, Milano, 1969, pp. 207-407.

studio del diritto, previa rinuncia all'esercizio dell'arte di istituire la giuridicità nella parola ipotizzante insieme alla necessaria riduzione della legalità nella purezza di un fatto, confinato nella ripetizione-applicazione dell'istituto.

In questa direzione, la posizione di Hayek è chiara quando definisce «il positivismo ... la riduzione del diritto al fatto di essere posto, consistente nel porre il contenuto nelle norme secondo una ragione formale. Esso crea un sistema immunitario indifferente verso il relazionarsi intersoggettivo dei parlanti, soggetti di diritto»¹⁴.

In entrambi i casi la struttura giuridica appare lontana dall'idea di *cosmos*, costantemente alimentato dai processi di scambio e dalle interazioni tra i membri dell'ordine secondo lo svolgersi di un processo evolutivo e, in quanto tale, propriamente umano, mai storico: pensato, voluto e scelto con responsabilità. La selezione delle regolarità e delle condotte che strutturano l'ossatura del *cosmos* è determinata dall'efficienza del sistema stesso che avalla l'identificazione tra valore e giustizia del fatto-contratto-regola più efficiente secondo un'indagine che rimane di pertinenza del sociologo-giurista, sollecitato ad immergersi nello studio del contesto socio-culturale in cui la regola è inserita¹⁵.

La questione iniziale, individuata nella 'fallacia normativistica' non è sufficiente per screditare l'idea che libertà individuale e ordine spontaneo non cadano all'interno di quella 'fallacia naturalista' che vorrebbe identificare la giustizia con la fattualità secondo un procedere che rimane estraneo a qualsiasi apporto-scelta dell'essere umano.

Se è incontrovertibile che il contributo valoriale spetti esclusivamente all'essere umano è necessario considerare che la selezione dei contenuti normativi prescinde dalla scelta dell'io in carne ed ossa, rimanendo affidata ad un processo di selezione quasi macchinico nel quale ciascun membro si trova in uno stato di passiva ricezione.

Fatti e valori si identificano e, il sistema valoriale perde lo spessore esistenziale che lo custodisce garante dei diritti umani

¹⁴Ivi, p. 192 .

¹⁵H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, Torino, 1965, pp. 98-108.

così come accade alla giustizia, ridotta in una formula di contingenza nel sistema di Luhmann che pure è orientato alla principalità di un funzionalismo fine a se stesso.

Se si considera questa prospettiva, anche i canoni di riferimento del normativismo¹⁶ non appaiono concettualmente distanti da quelli imposti nell'ordine evolutivo in una direzione in cui il destino del diritto è essenzialmente quello di costruirsi spontaneamente, a prescindere dall'istituzione nella forma di un disposto normativo¹⁷ che esigerebbe di sottostare alle lungaggini proprie delle procedure di verbalizzazione.

La prassi di confondere piano descrittivo e livello normativo è una costante di tutti i rappresentanti della scuola austriaca che, sotto la bandiera della *Wertfreiheit*, hanno portato avanti la battaglia del liberalismo in politica e in economia, gettando le basi della società dromocratica in cui un 'frenetico sonnambulismo' impedisce all'essere umano di raccogliersi nel proprio 'foro interiore' e di non lasciarsi plasmare dagli accadimenti sociali esterni ed alienanti il proprio se stesso.

La metafora di Ortega y Gasset sulla personalità umana come 'sfera vuota' è l'emblema dell'uomo che abita l'ordine di Hayek e dell'individuo moderno: «la parte esterna della sfera, lo spirito sociale della persona, è più o meno spessa, ma alla fine c'è un vuoto centrale» che non viene riempito dalla società ma dalla persona stessa nell'ambito di un processo creativo. Per questo motivo, «nell'alterazione l'uomo perde il suo attributo più essen-

¹⁶ Quando si discute del diritto come atto normativo il riferimento essenziale va alle leggi prodotte dal parlamento che, in una prospettiva normativistica, attribuisce una valenza normantiva (cioè la capacità di essere considerata come una regola di comportamento obbligatoria x tutti i consociati) alle condotte umane o a fatti sociali non esplicitamente previsti siamo di fronte a fatti. Il semplice fatto che un comportamento venga tenuto dalla maggioranza o generalità degli individui, senza seguire delle regole predefinite, può costituire una fonte di produzione del diritto nell'ambito di un sistema spontaneo.

¹⁷ La giuridicità è conferita dal fatto che sia stata posta da chi ha le competenze per farlo, altrimenti può dirsi giusta ma non valida. G. CARCATERRA, *Corso di filosofia del diritto*, *passim*.

ziale, la possibilità di meditare, di raccogliersi in se stesso ... l'alterazione obnubila, acceca ... obbliga ad agire meccanicamente in un frenetico sonnambulismo»¹⁸.

In questa direzione, anche il giurista, con particolare attenzione alla figura del giudice, non è autore di una decisione creativa quanto di una scoperta che esplicita qualcosa di già dato secondo una procedura non logica perché 'costruttivista' ma che può diventare, tanto quanto quella, il risultato di una 'imposizione potestativa'¹⁹.

La tecnica del giurista che scopre ma non crea fa parte di uno strumentario orientato ad assecondare la velocità delle trasformazioni sociali in cui la prevedibilità delle decisioni risiede nel vincolo ad attenersi alle convinzioni diffuse su ciò che è giusto anche a prescindere dalla legge istituita, nel costante rinvio a paradigmi di riferimento valoriali intra-sistemici privi di una selezione qualitativamente giusta.

Il rischio dell'arbitrio è insito in una disciplina giuridica valutabile in termini di legittimità solo *ex post* a partire da una valutazione di conformità al concetto di ordine del consesso sociale che su quelle regole ha trovato edificazione²⁰.

Crederne che al diritto possa essere restituito il ruolo di garanzia, liberandolo dai mercanteggiamenti della politica attraverso un potere diffuso, non centralizzato e quindi solo allontanandolo dal potere dello Stato, non basta a svincolarlo dalla critica verso un modello di giustizia delle norme legato alla sua fondazione naturalistica, secondo una selezione darwiniana, liberale e imparziale, nella misura in cui si afferma come sovrapersonale.

La presunzione di Hayek risiede nella convinzione che liberare le regole dalle maglie della politica basti a renderlo un diritto di libertà privo di coercizioni. A scardinare questa impostazione concettuale concorre anche l'indifferenza del metodo verso la relazione uomo-altro-uomo, sostituita dalla dittatura di un coacer-

¹⁸ J. ORTEGA Y GASSET, *L'uomo e la gente*, Milano, 1978, p. 29.

¹⁹ AA. VV., *Lo Stato di diritto : storia, teoria, critica*, Milano, 2002, p. 472.

²⁰ Sebbene più volte Hayek ribadisca che la prassi consuetudinaria è di per sé segno di staticità la questione diventa problematica in contesti storici particolarmente improntati alla velocità del cambiamento.

vo di opinioni e principi che determinano i contenuti di questa legalità naturale e spontanea maneggiata da un giurista perennemente sospeso tra l'osservazione sociologica dell'opinione dominante e lo scienziato, che riduce l'agire umano all'interno di schemi logici, finalizzati al mero calcolo delle loro probabilità di verificaione.

3.3. La società come soggetto che parla

«Ad un esame critico il positivismo giuridico si dimostra interamente fondato su quella che abbiamo chiamato la 'fallacia costruttivista'. Il positivismo giuridico è infatti uno dei principali frutti di quel razionalismo costruttivista che, avendo preso alla lettera l'espressione per cui l'uomo 'ha creato' la propria cultura e le proprie istituzioni, è stato condotto ad accettare la finzione secondo cui ogni legge deriva dalla volontà di qualcuno»²¹.

Le questioni critiche discusse da Hayek, a partire da queste considerazioni, sul positivismo giuridico, rappresentano il motivo che centralmente consente, ad alcuni teorici, di inserire la teoria degli ordini spontanei nell'alveo della tradizione del diritto naturale sebbene sia assente, nelle pagine dell'economista austriaco, un esplicito rinvio al giusnaturalismo. I riferimenti essenziali vanno alla tradizione del *common law* che, meglio di quella occidentale, rappresenta un punto di riferimento essenziale nella trattazione di un diritto scoperto nei tribunali inglesi, così come le leggi naturali, piuttosto che costruito²² dal progetto di un autore particolare²³.

I rinvii al *common law* sono motivati dalla critica verso un ordinamento giuridico, inteso come sistema perfetto, espressione di una staticità che postula l'esistenza di una «fonte sovrana» da cui

²¹ F. A. VON HAYEK, *Legge, Legislazione e Libertà*, cit., p. 41.

²² *Ivi*, p. 39. Le teorie antropomorfe sollecitano una interpretazione dei fenomeni come fatti animati da una mente simile a quella propriamente umana, avviando una 'mistificazione degli atti nei fatti'. F. A. VON HAYEK, *L'abuso della ragione*, cit., p. 147.

²³ *Ibidem*.

derivano tutte le leggi²⁴ come quello kelseniano. «Il pianificatore, essendo affetto come tutti gli altri individui, da un'ignoranza congenita, ha tralasciato di considerare tutti quei fatti che non conosce»²⁵, rispetto al diritto spontaneo che implica un numero infinito di variabili e di relazioni fra gli uomini, alimentando una certa complessità ambientale assente nel primo tipo di ordine.

La semplificazione del diritto, delle istituzioni e dell'essere umano, determinato da un preventivo appiattimento del senso creativo e snaturato nella forma di una 'coscienza spettatrice'²⁶, passa attraverso il potere indiscusso dello Stato, all'insegna di una intangibilità e di una incomunicabilità che fa strada all'instaurazione di forme politiche totalitarie, determinando, già negli anni a cavallo del '900 il declino del *rule of law* nelle democrazie occidentali. Questo processo si avvia a partire da un appiattimento del linguaggio giuridico, discusso da Hayek anche come un «vuoto esercizio formale di deduzione logica da premesse costituite da definizioni del tutto arbitrarie»²⁷. Il linguaggio 'improprio' e 'sviante' del normativismo implica, afferma Hayek: «in primo luogo [la sostituzione di] «norma» [con] «regola»; [l'uso del] termine «ordine» per indicare uno stato di cose che consegue all'applicazione della norma; il termine «esistenza» ... come sinonimo di «validità» a sua volta derivabile da un atto di volontà di un autorità superiore, ovvero dalla «norma fondamentale». In quarto ed ultimo luogo ... il termine «creare», «statuire», [include] qualsiasi cosa costituita da atti umani, cosicché, non solo i prodotti della volontà umana, ma anche gli sviluppi spontanei, come le regole del linguaggio o la morale, devono essere considerati come norme stabilite, cioè positive»²⁸.

Il rovesciamento della prospettiva positivista prende le mosse proprio dalla prima distinzione tra 'regole' e 'comandi': se alle prime può essere riconosciuto il carattere di astrattezza e generalità, le seconde sono l'esito arbitrario di un atto di volontà e in

²⁴ *Ivi*, p. 41.

²⁵ *Ivi*, p. 22.

²⁶ B. ROMANO, *Sulla trasformazione della terzietà giuridica*, cit., p. 23.

²⁷ F. A. VON HAYEK, *L'abuso della ragione*, cit., p. 245.

²⁸ *Ibidem*.

quanto tale finalizzate alla concretizzazione di interessi particolaristici e privati.

A queste distinzioni terminologiche corrispondono diverse strutture sociali e differenti modalità organizzative con finalità paradossalmente univoche: il processo caotico dell'ordine spontaneo viene scongiurato da Kelsen attraverso l'edificazione di un sistema in cui *non veritas, sed auctoritas facit legem*, secondo l'incidere di un'autorità ipostatica che diventa negazione dell'ortonomia del diritto quando elide il momento del *dia-logos* come genesi del diritto istituito nei codici²⁹ secondo un interpretarsi dei parlanti che presiedono con libertà e creatività al processo dell'istituire³⁰.

La distanza tra Hayek e Kelsen si riduce considerando, rispettivamente, l'autorità ipostatica e la concorrenza sullo stesso piano concettuale. In entrambi i casi si discute dei momenti prodromici alla scelta dei contenuti delle aspettative normative a partire da canoni di riferimento simili. L'accostamento è sollecitato dalla comune assenza di rinvii al rispetto dei diritti dell'uomo in nome della purezza del diritto, nel primo caso, e della scelta autoreferenziale e controumana, proprio del secondo, di chi, in un sistema non giuridicizzato e incerto, ha più potere, economico, politico, religioso o culturale di orientare i contenuti del diritto. Solo se «La mise en scène de la parole è destinata a svolgere un ruolo successivo al verificarsi dei fatti stessi ... con ciò consentendo che sia il gioco a condizionare la regola e non viceversa»³¹ è possibile discutere di un diritto giusto che non si accontenta del riconoscimento formale né si appaga dell'esigenza di certezza³² ma si alimenta nella relazione di riconoscimento tra un Io e un Tu.

²⁹ B. ROMANO, *Filosofia del diritto*, cit., p. 159.

³⁰ *Ivi*, p. 48.

³¹ P. LEGENDRE, *Il giurista artista della ragione*, a cura di L. Avitabile, Torino, 2000, p. 22. Il riferimento va alla prassi degli ordinamenti extrastatali, privi di codificazioni vere e proprie, dove le regole possono più facilmente rinnovarsi, adattandosi alla mutevolezza delle esigenze. Il concetto appare integralmente trasferibile nel pensiero di Hayek per il quale l'ordine spontaneo perfetto è rappresentato dal mercato.

³² Nella prospettiva di Hayek, il rispetto reiterato delle regole spontanee nel momento precedente la verbalizzazione, è garanzia di stabilità delle relazioni sociali.

Chi garantisce nei casi discussi l'indipendenza logico-semanticamente, ovvero l'astrattezza del diritto? Se nell'ordine spontaneo il tempo della velocità diventa l'autorità che impone il rispetto delle regole al gruppo, trasformandole nelle norme astratte dell'operare, nella prospettiva di Kelsen la scissione della norma dalla *mens legis* risiede nel processo di verbalizzazione che trasforma il disposto normativo in una entità dotata di esistenza propria, al di là della soggettività empirica del suo autore secondo l'incidere comune di un 'formalismo giuridico', inteso come atteggiamento dell'uomo divenuto indifferente rispetto ai contenuti normativi.

La questione legata alla completezza dell'ordinamento giuridico, privo di lacune e di antinomie, essenziale nella dottrina pura del diritto, richiama l'affermazione contraria di Hayek quando, consapevole che il diritto nelle sue fonti sicure ((leggi, regolamenti, precedenti) si presenta, sempre più «scarso» della realtà sociale effettiva, sollecita l'interprete a procedere dal presente all'assente, ad una continua ricostruzione di un ordine di senso, paventando una incertezza sociale non misurata dall'incidere della creatività umana, intesa prioritariamente come ricerca del giusto nel lavoro di costruzione e di formazione delle istituzioni giuridiche.

Affidare l'esserci di un ordine giusto alle dinamiche invisibili e casuali dell'ordine spontaneo del mercato significa gettare la società nell'incertezza che angoschia in nome di una presunta valorizzazione dell'elemento umano, evocato dalla definizione di Hayek della 'società come soggetto che parla', svilita dalla negazione della progettualità di un futuro scelto oltre l'arbitrario esercizio delle proprie ragioni avallato dall'assenza di una disciplina giuridica istituita secondo giustizia.

3.4. Una critica al formalismo giuridico

Nell'ampio e difficilmente definibile ambito dell'antiformalismo giuridico trovano spazio, tra gli altri, movimenti filosofico-giuridici che modellano l'esercizio del potere a partire da meccanismi differenti rispetto all'attività propria dell'autorità ipostatica che, pur assumendo vesti diverse, costituisce la genesi di ogni governo totalitario.

All'inizio del Novecento e alla fine degli anni Quaranta, nella cultura americana, compare, per la prima volta, uno scritto su «la rivolta contro il formalismo»³³, esito di un sentimento sociale di insofferenza verso ogni forma di centralizzazione, politica e giuridica, che si fa sentire anche in Europa dopo la seconda guerra mondiale attraverso tesi che sostengono la possibilità di una «giurisdizione senza legislazione», degenerata, con il mercato globale, nella produzione non ragionata di una pluralità di regole, ordinanze e regolamenti, legislativi e non, causa della complessità del lavoro che oggi si trova ad affrontare l'interprete (giudice e legislatore).

Si tratta di una mascherata propensione per il principio di giustizia quanto della principalità del diritto sulla legge, soprattutto in Italia dove l'ideologia statualistica è stata la causa del discredito che ha colpito la legalità codicistica quando sembrava la causa dell'oscuramento dei principi cardini di una sana convivenza collettiva. I cultori di materie estranee al diritto, soprattutto sociologi, economisti e filosofi, in questa occasione, iniziano a guardare con favore indifferenziato e talvolta con incitamenti troppo acritici il modello statale ripensando la possibilità di uno stato minimo, o non paternalista, direbbe Hayek, non considerando la possibile proliferazione di nuovi centri di produzione normativa nonché il delirio verso una strumentalizzazione funzionale della giurisdizione fino a tradursi in una 'effettiva' quanto 'delegittimata' fonte di produzione del diritto.

Anche Hayek è tra coloro che sostengono lo spostamento dei centri di produzione normativa dal vertice al basso della struttura sociale, cercando di restituire centralità all'agire dell'uomo, parte essenziale degli ordini spontanei e propulsore di una rete di 'normatività' selezionate, dal tempo, come migliori: «tanto quanto quello del giurista è importante il punto di vista dell'uomo comune per il quale conta non tanto la norma come proposizione linguisticamente formulata

³³ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 2008: «Lo Stato-legislatore (ordinario o costituzionale), che per un secolo era stato considerato il depositario esclusivo di ogni potere in proposito, avrebbe visto ridimensionare il suo ruolo di 'padrone del diritto'. Da allora in poi si sarebbe dovuto dire: padrone della legge ma non del diritto. Un'esigenza di tipo giusnaturalistico si affacciava».

o formulabile ma in quanto rinvia ad un comportamento»³⁴.

Il quadro concettuale è orientato a favore di uno stemperamento del potere dello Stato attraverso pratiche principalmente di stampo economico-concorrenziale in cui l'attore principale diventa la concorrenza da cui deriverebbe la scelta della moneta, intesa come «un servizio utile come la produzione di qualsiasi altro bene», del diritto e del linguaggio. Abbandona dunque la gestione statale e demolisce preconetti che hanno accompagnato la società dalla nascita delle nazioni in poi, ragion per cui viene ancora oggi etichettato come un antiformalista, impegnato nella critica agli ordini giuridici di *civil law*, discussa anche attraverso la comparazione tra sistemi nel quadro di una filosofia di stampo economicistico contraria ad ogni forma di pianificazione.

Se consideriamo il formalismo come un atteggiamento dell'uomo indifferente ai contenuti normativi quando osserva, passivamente, il diritto unicamente in funzione della sua struttura formale, prescindendo dal contenuto i testi di Hayek offrono argomenti efficaci per la critica di questa definizione dal carattere generale incapace di inquadrare, in poche battute, quei sistemi giuridici che si ispirano, nella struttura, all'ordine giuridico kelseniano. In questa prospettiva, è possibile discutere di diritto come il prodotto, economico, politico, imposto dall'autorità competente, nei modi e nelle forme stabilite dall'ordinamento giuridico. La definizione è chiara, i presupposti sono certi come le strutture di potere che presiedono questa architettura concettuale. Ma è possibile affidarsi solo a certe classificazioni formali per definire come antiformalisti tutti quei movimenti, autori e scuole di pensiero che, partendo da una ferma opposizione al dogmatismo, promuovono solo un più articolato sistema delle fonti? O alla concezione del diritto come fatto sociale?³⁵ Oppure ci si nasconde dietro

³⁴ Si veda a questo proposito la vicinanza concettuale tra Leoni e Hayek. Cfr. B. LEONI, *Corso di Filosofia del diritto, passim*. Anche Weber discute la possibilità di comportamenti giuridici orientati da norme, intese come regole, eseguite a prescindere dalla loro eventuale formulazione linguistica.

³⁵ Tra alcuni orientamenti antiformalistici va ricordata la Scuola storica tedesca, il movimento del diritto libero, nato agli inizi del Novecento in Germania con Hermann Kan-

l'etichetta di una definizione per ricadere più o meno consciamente nelle stesse articolate maglie del potere forte che detta i termini di una legalità ingiusta?

Hayek può essere discusso proprio a partire dalle diverse letture del suo pensiero economico, soprattutto dei primi anni, e poi dalla teoresi filosofico-giuridica del secondo periodo in cui la posizione 'economicistica pura' si stempera, permanendo sempre sullo sfondo delle tematiche che attengono all'istituzione del fenomeno giuridico.

Se il formalista è impegnato nella tecnica di applicazione del diritto e di rispondere alla domanda *quid juris* in un ambito geograficamente e spazialmente determinato, il filosofo del diritto si impegna nella ricerca del *quid ius*, indipendentemente da un ambito spazio-temporale specifico», considerando il 'giuridico' un principio costitutivamente universale, eccedente la contingenza di tempo e di luogo.

Hayek sposta l'attenzione dalla norma alle condotte e trasforma il diritto in una teoria dei comportamenti giuridici, orientando, in modo nuovo e originale, i concetti del giurista pratico a partire dai contratti di compravendita, dalle obbligazioni o dall'*insider trading* senza tralasciare altri istituti del diritto positivo, necessari al mantenimento dell'ordine sociale. Se è vero che il formalismo giuridico limita il campo di indagine alla forma della legge senza considerare il rapporto tra diritto e società, il lavoro dell'economista austriaco ricorda, nei tratti essenziali, l'indagine fenomenologica quando si interroga (*logos*) intorno a ciò che appare (*phänomenon*)³⁶, spingendo il proprio campo di investigazione oltre il dato oggettivo della legalità. Le teorie di Hayek sugli ordini spontanei superano il classico dualismo tra sog-

torowicz e François Géný, i realisti americani e scandinavi il realismo giuridico italiano di Francesco Carnelutti.

³⁶ Si veda M. HEIDEGGER, *Essere e Tempo*, § 7, *Il metodo fenomenologico della ricerca*, Milano, 2003. Dopo aver distinto i vari e discordanti significati che hanno assunto nella discussione filosofica i termini «fenomeno» e «logos», e dopo aver definito il primo come «ciò che si manifesta in se stesso, il manifesto» e il secondo come «puro lasciar vedere qualcosa, lasciar percepire l'ente», Heidegger propone le seguenti definizioni di f.: «lasciar vedere da se stesso ciò che si manifesta, così come si manifesta da se stesso», che ha buon gioco a ritenere un'altra espressione della massima fenomenologica del ritorno «verso le cose stesse».

getto e oggetto, uomo e mondo, confortate dagli studi di economia che, insieme a quelli filosofici, hanno contribuito a sollecitare interesse verso il rapporto di inerenza reciproca tra individuale e universale, complessizzando un'indagine semplificata per anni dal plesso stato-potere. Comprendere l'uomo come autore di atti è il primo gradino per riconoscerlo 'formatore di mondo'³⁷, inteso come ente sovraordinato rispetto agli altri esseri viventi nella «capacità riflessiva di auto-comprendersi nel trascendimento della propria onticità fattuale»³⁸. Il concetto di trascendenza non entra nelle questioni che riguardano gli ordini spontanei neanche quando viene discusso il problema della conoscenza 'frammentata' attraverso argomentazioni tipiche di chi guarda con sospetto la presunzione del 'sapere totale'³⁹.

Bisogna considerare, tuttavia che da una angolazione antiformalista, come quella di Hayek, è facile passare sulla sponda del funzionalismo se si considera la conoscenza come un prodotto dell'economia e, in quanto tale, capace di procurare un profitto calcolabile al numero. Identificare la mente umana con i processi che la regolano, ha ben poco a che fare con il concetto di trascendenza, inteso come capacità di prendere distanza e non coincidere con le fasi meramente biologiche, regolate dalle 'leggi trovate' che determinano la vita dei viventi privi di linguaggio. Così accade quando l'istinto che vince su gli altri determina i contenuti del diritto, trasformato in un amorfo insieme di comandi formali, vicini concettualmente, alle modalità vitali che presiedono i rapporti di forza. Ciò che scongiura certi esiti è l'atteggiamento dell'uomo che per Hayek assume centralità ma solo nei limiti della strategia vincente: non c'è spazio per il logos né per i conflitti di senso che vengono a d essere classificati come eventi di feedback negativo, o insuccesso. Nulla osta che la forma della condotta vincente possa essere indagata scientificamente⁴⁰ e discussa come 'pratica giustificatrice' del potere contingentemente più forte.

³⁷ M. HEIDEGGER, *Concetti fondamentali della metafisica. Mondo, finitezza, solitudine*, Genova, 1983, p. 232, in cui afferma «la pietra ... è senza mondo (*weltlos*), l'animale è povero di mondo (*weltarm*), l'uomo è formatore di mondo (*weltbildend*)».

³⁸ S. COTTA, *Il diritto nell'esistenza, Linee di ontofenomenologia giuridica*, cit., p. 90.

³⁹ Cfr. F. A. VON HAYEK, *La presunzione fatale: gli errori del socialismo*, Milano, 1997.

⁴⁰ ID., *L'abuso della ragione*, cit., p. 139.

Anche in questo caso la produzione delle regole dal basso, in luogo di un sistema di fonti accreditate, non scongiura il pericolo di un formalismo minaccioso per il rispetto dei diritti dell'uomo: a partire dal diritto primo a prendere la parola che mai trova posto nei meccanismi del profitto economico. Oltre il produrre il consumo oggetto di una presa di possesso da parte di un io che si fa mio la gratuità del diritto e del linguaggio, estranei a questo meccanismo di appropriazione generata dalla forza si consolida nel carattere anonimo del linguaggio e del diritto che ne viene istituito: «Non ho che una lingua e non è la mia» «e mai questa lingua, la sola che io sia così votato a parlare, finché parlare mi sarà possibile, questa sola lingua, non sarà mai la mia» «Non lo fu mai in verità»⁴¹. Non si può negare che il diritto può assumere i tratti di un vuoto contenitore nelle mani del 'giurista' di turno, che spesso si trova a dover dare esecuzione a tecnicismi spersonalizzanti. Quando lo spazio del dialogo si eclissa per lasciare posto al silenzio *omertoso*⁴², si afferma il *formalismo giuridico*⁴³ che, eliminando le domande sul senso, si presta ad una mera «sistemazione logico-formale»⁴⁴ attraverso il calcolo aritmetico eseguito nella decisione dal magistrato⁴⁵ perché «un sistema logico, anche quello della logica giuridica, cura la coerenza formale del dire, ma non incontra l'esistenza del singolo, il suo dirsi, che non si lascia sistematizzare, perché è l'avvio di un futuro non anticipabile nel calcolo compiuto»⁴⁶.

Se alcuni credono che la concorrenza sia la genesi del pensiero autonomo e quindi un momento costitutivo dell'autodeterminazione,

⁴¹ J. DERRIDA, *Il monolinguisimo dell'altro o la protesi dell'origine*, Milano, 2004, p. 5.

⁴² ID., *Filosofia della forma. Relazioni e regole*, cit., p. 252.

⁴³ Si veda sul punto B. LEONI, *La libertà e la legge*, cit.; in ID., *La sovranità del consumatore*, cit.; ID., *Scritti di scienza politica e teoria del diritto*; C. LOTTIERI, *Le pretese e i poteri: le radici individuali del diritto e della politica*, Novara, 1997.

⁴⁴ Si veda B. ROMANO, *Sistemi biologici e giustizia. Vita animus anima*, cit., p. 21.

⁴⁵ La giustizia aritmetica discussa da Aristotele tende, formalmente, a ristabilire l'equivalenza che, come afferma Romano, «non è uguaglianza tra le parti, ma un concetto mercantile dove l'utile è misurato dall'utile e il terzo non compare mai». Il carattere formale della giustizia 'aritmetica' di Aristotele è stato evidenziato da E. J. WEINRIB, *The Idea of Private Law*, 1995.

⁴⁶ B. ROMANO, *Sistemi biologici e giustizia. Vita animus anima*, cit., p. 21.

non considera che le *elitès* economiche, o gruppi di potere, ricordano, nei tratti essenziali, il vecchio monarca, dispotico e accentratore. L'accostamento concettuale tra concorrenza e i sistemi totalitari è sollecitato da Hayek quando afferma che: «contrariamente a quanto si possa credere io sono a favore di uno stato minimo, ma anche a favore di uno stato che sia un despota, uno stato che imporrà le leggi eterne dell'ordine ad un popolo ignorante». L'ignoranza' deve intendersi come incapacità di mettersi al servizio del transito di 'informazioni' e di farne buon uso secondo un funzionalismo esasperato che segue i meccanismi della rapporto causa-effetto. Sebbene Hayek prenda distanza dal rapporto biologico di necessaria consequenzialità, non si può negare che l'agire strategico finalizzato al profitto dell'ordine spontaneo, segua degli schemi logici di esecuzione secondo un «meccanismo in base al quale il nostro sistema nervoso centrale raggruppa ciascuno degli stimoli *a,b,c, ...* ovvero *l, m, n, ...* ovvero *r, s, t, ...* in classi definite, costituite in base al criterio che ad ogni elemento di ciascuna classe reagiremo con uno degli elementi delle classi o reazioni corrispondenti $\alpha, \beta, \gamma, \dots$ oppure $\nu, \xi, \omicron, \dots$ nell'interpretare le azioni umane dovremmo ancora usare la classificazione secondo la quale questi fatti effettivamente si presentano nelle menti delle persone che agiscono»⁴⁷. Secondo questo schema basta raggruppare le varie tipologie situazionali del mondo economico per garantire un ottimo che certo implica la capacità di relazionarsi con l'alterità ma non il *diritto a prendere la parola* che sembra invece trasformato in un obbligo ad eseguire le operazioni contingenti⁴⁸. Questo sistema avalla la proliferazione selvaggia di certi schemi di partecipazione al sociale che meccanizza l'io, confinandolo nella binarietà di un codice⁴⁹ privo di argomentazioni che non siano strettamente funzionali alla loro capacità di garantire equilibrio.

Si tratta di un *homo œconomicus*, dotato di una *ratio*, intesa nel suo significato originale e profondo di *Grund* e precisamente nel duplice senso di 'ragione' e 'fondamento' come si deduce da un'analisi terminologica che rinvia al verbo *reor*, «ritenere qualcosa per qualcosa d'altro; ciò per cui qualcosa viene ritenuto è ciò che viene sottoposto

⁴⁷ F. A. VON HAYEK, *Conoscenza, mercato e pianificazione*, cit., pp. 144.

⁴⁸ L. AVITABILE, *La funzione del mercato nel diritto*, cit. p. 11.

⁴⁹ Cfr. U. PAGALLO, *Teoria giuridica della complessità*, Torino, 2006.

... In tale supporre, ciò di cui si suppone qualcosa, viene conformato e regolato su ciò che di esso è supposto»⁵⁰. Si tratta dell'espressione latina del verbo tedesco *rechnen*, contare dove «tenere conto di qualcosa significa aspettarselo e, nel fare questo, aggiustarlo come ciò su cui si deve costruire»⁵¹. Allo stesso modo, l'uomo politico è un economista, esperto nel calcolo che, come afferma Leibniz, non è un *calculus*, una pietruzza per fare i conti ma «un contare che implica riflessione e ponderazione» che consente di svelare l'essenza dell'ente attraverso una estrapolazione, quella del «conto che va reso»⁵² che ricorda il metodo attraverso il quale operavano i giureconsulti romani e, insieme, il 'rappresentare fondato'⁵³ (*Vorstellen*) in cui ciò che viene incontrato viene a stare ... (*Stand*), diventando oggetto (*Gegenstand*)⁵⁴. Quel *reddendum* che domina ogni rappresentare umano è l'opera che lo scienziato politico deve praticare quando tenta di massimizzare i profitti del proprio agire, calcolando, nell'anticipazione, la condotta dei propri simili.

3.5. Sistemi giuridici e ordini sociali

La critica alla struttura teoretica kelseniana non significa propensione per le 'regolarità' naturalistiche già date, il diritto spontaneo non si identifica né con le leggi trovate, proprie dei sistemi naturali, né con l'insieme di comandi tipici di un sistema giuridico autoreferenziale, in cui ogni norma è legittimata da quella gerarchicamente superiore: «l'approccio evoluzionista al diritto ... ha poco in comune con le teorie razionaliste del diritto naturale o del positivismo giuridico»⁵⁵ che riconosce in una norma fondante, o *Grundnorm*⁵⁶, la legit-

⁵⁰ M. HEIDEGGER, *Il principio di ragione*, Milano, 2004, § 12, p. 169.

⁵¹ *Ivi*, p. 170.

⁵² *Ivi*, 171.

⁵³ *Ivi*, p. 55.

⁵⁴ *Ivi*, p. 49.

⁵⁵ F. A. VON HAYEK, *La presunzione fatale*, cit., p. 259.

⁵⁶ La *Grundnorm* è collocata da Kelsen alla base dell'ordinamento giuridico. Dalla conformità alla norma fondamentale deriva la validità di tutte le altre norme collocate

timità dell'intero ordinamento giuridico⁵⁷. Non si tratta di un'architettura 'creata' dall'uomo per l'uomo quanto di un processo in cui l'individuo è parte inintenzionale per questo, non è né giusto né ingiusto: «quanto ha reso buono l'uomo non è né la natura né la ragione ma la tradizione ... le tradizionalmente ereditate sono quello che spesso è più benefico per il funzionamento della società»⁵⁸. In questa direzione, il concetto stesso di evoluzione diventa sinonimo di una selezione meramente funzionale: «non sostengo che i risultati della selezione di gruppo di tradizioni siano necessariamente buoni»⁵⁹ dal momento che le regole di condotta emergenti sono solo «un attributo di uno stato di fatto che nessuno ha deliberatamente creato»⁶⁰. Rispetto all'ordine chiuso di Kelsen, completamente scisso dalla realtà sociale, in cui il diritto vive nel momento in cui è violato attraverso l'applicazione della sanzione Hayek dimostra il rapporto osmotico tra diritto e realtà sociale sebbene anche in questa architettura il contenuto giuridico rappresenta il risultato di una forma di ingegneria⁶¹ sebbene non statale⁶². «La maggior parte delle norme di condotta non deriva quindi, tramite un processo intellettuale dalla conoscenza dei fatti dell'ambiente, ma costituisce soltanto un adattamento dell'uomo

all'interno di una struttura piramidale. In questa architettura è diritto quanto è stato inserito nelle norme di sistema: una condotta è illecita in quanto proibita dall'ordinamento giuridico, *mala quia prohibita*, mentre nella prospettiva spontanea di Hayek la violazione delle regole sociali è rimessa al sentimento di riprovevolezza, sono *mala in se*.

⁵⁷ A. CARRINO: *Autopoiesi dell'ordinamento dinamico. Diritto e sociologia in Kelsen*, p. 33.

⁵⁸ F. A. VON HAYEK, *Legge, Legislazione e Libertà*, cit., pp. 539, 541.

⁵⁹ ID., *La presunzione fatale*, cit., p. 64.

⁶⁰ *Ivi*, p. 132.

⁶¹ Per un approfondimento del concetto legato all'"ingegneria sociale" si veda K. POPPER, *La società aperta e i suoi nemici*, Roma, 1977; in ID., *Miseria dello storicismo*, Milano, 1993. L'abuso della ragione, che Hayek definisce razionalismo costruttivistico, deriva proprio dalla critica verso la centralità assunta dalle scienze naturali rispetto ad ogni altro settore nel convincimento che anche l'organizzazione della società possa derivare dalla pianificazione dell'ingegnere sociale. ID., *L'abuso della ragione*, cit., p. 127.

⁶² Sul particolare modo di intendere lo stato di diritto, come ente che non ha il monopolio della norma, solo dell'implementazione, si dirà nel prossimo capitolo.

a tali fatti»⁶³, più forti che, con le stesse modalità della *Grundnorm* si sono imposti contingentemente. Il diritto spontaneo è il risultato della formalizzazione/implementazione di queste regole 'fattuali', dunque non scelte, né pensate o volute ma invalse nella prassi prima della loro formulazione scritta. Sono queste le «regole di giusta condotta», non dissimili concettualmente da «quelle che si trovano anche presso gli animali» perché anche tra i vertebrati più evoluti, «l'apprendimento gioca un ruolo molto importante» con particolare riferimento al processo di interiorizzazione di un *set* di valori e di regole condivise⁶⁴, valide e legittime in quanto 'sentite' come giuste dal senso comune, riassumibili nella libertà dell'iniziativa individuale. In una direzione antitetica, anche Kant discute di un *sensus communis* quando rinvia alla capacità, tipicamente umana, di riflettere tenendo in considerazione il modo di rappresentare di ogni altro⁶⁵. Solo attraverso questo passaggio è possibile arrivare alla formazione di regole valide universalmente perché «pensare mettendosi al posto di ogni altro» non è prerogativa di un cittadino tedesco piuttosto che di un'altra nazionalità ma è la *condicio sine qua non* di ogni società in cui i conflitti ci sono ma vertono sul senso piuttosto che sull'uso della forza fisica, sull'incontro/scontro dialogico, che nomina il dissenso, piuttosto che sull'uso della violenza, a partire dal diritto stesso quando diventa 'strumento di controllo sociale'. È proprio in questa architettura che si colloca il sistema giurimetrico di Kelsen⁶⁶ improntato all'avalutatività e sul ruolo centrale della coercizione per garantire la legalità nell'ordine di un progetto razionale, ma anche l'ordine spontaneo di Hayek in cui il bene comune diventa «l'ordine astratto ... [e]

⁶³ *Ivi*, p. 208.

⁶⁴ T. PARSONS, *La struttura dell'azione sociale*, Bologna, 1962

⁶⁵ I. KANT, *Critica della ragion pratica*, Roma, 1989, p. 269.

⁶⁶ Per agnosticismo si intende l'inconoscibilità di tutto ciò che non è verificabile sperimentalmente. Sostiene infatti Kelsen che la giustizia è un ideale irrazionale: è impossibile rispondere alla domanda: che cosa essa sia, è un concetto privo di contenuto, fatto salvo il suo uso inteso come applicazione delle leggi ai casi concreti in conformità alle leggi scritte (giustizia formale): «essa non è in alcun modo determinabile dalla conoscenza razionale». H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, 1934, cap. II, § 8. La terminologia è stata mutuata da G. ANDERS, *L'uomo è antiquato*, Torino, 2003.

creare le condizioni che permettono alla società di evolversi»⁶⁷. Le conseguenze alle quali conducono simili impostazioni concettuali sul diritto, la libertà e la giustizia sono simili perché nell'ambito dei due sistemi/ordini sociali a confronto il processo di produzione normativa è sottratto all'incidere liberante del dia-*logos* sostituito da una genesi destinata a rimanere estranea al dirsi dell'uomo. Hayek discute di due tipi di norme e scava criticamente in certe forme organizzative: la *taxis*, distinta dal *cosmos* perché regolato da norme di organizzazione o *thesis*, a sua volta negazione del *nomos* o diritto in senso stretto: «La differenza di significato tra 'il diritto' nel senso di *nomos*, e 'il diritto' nel senso di insieme di leggi che costituiscono tutte le altre *thesis* che emergono dal processo di legislazione, si mostra più chiaramente se consideriamo le diverse relazioni che corrono tra il diritto e le sue applicazioni nei due diversi casi».

Quando l'uomo è privato della specificità del linguaggio, è solo un 'vivente' qualitativamente⁶⁸ affine agli animali, un'«entità senziente»⁶⁹, confinata in uno stato «di solipsismo dell'io ... estraneo alla discorsività dialogica», disvelante, «per ogni parlante, la consapevolezza di essere soggetto delle ipotesi»⁷⁰.

3.6. Perché il diritto spontaneo non è una legge naturale

«L'ordine spontaneo, presupposto di una società libera, ha bisogno di un *habitat* normativo, composto da regole che tracciano una invisibile linea di confine entro la quale l'esistenza e l'agire di ciascuno possa godere di uno spazio libero e sicuro. La regola che fissa quel

⁶⁷ F. A. VON HAYEK, *Legge, Legislazione e Libertà*, cit., pp. 323, 287.

⁶⁸ N. LUHMANN, *Organizzazione e decisione*, Milano, 2005, dove afferma che «le organizzazioni a differenza dei centri funzionali sono non calcolabili, imprevedibili ... ogni volta partono da un presente che esse stesse hanno costruito», p. 3.

⁶⁹ B. ROMANO, *Diritti dell'uomo e diritti della senzienza. Postumanesimo e globalizzazione*, cit., p. 43; «il concetto di senzienza nomina quell'ambito funzionale ove delle informazioni operano su altre informazioni vitali o macchinali, secondo il comporsi, di programmi in svolgimento nelle operazioni determinate dal successo bio-informazionale».

⁷⁰ Si veda B. ROMANO, *La legge del testo. Coalescenza di logos e nomos* cit., p. 35.

confine e determina questo spazio libero, è il diritto»⁷¹. «Questo non deve essere considerato il risultato della progettazione umana, ma nasce senza una previa programmazione; ... è lo scambio intersoggettivo che secerne norme e istituzioni, indispensabili per co-adattare le azioni umane»⁷².

La critica a volte velata, altrove più esplicita e pungente⁷³ a Kelsen⁷⁴ non trascura il momento dell'avalutatività del diritto che ne giustificerebbe anche il carattere asettico rispetto al bene e al giusto. Se «La dottrina pura del diritto, dice Kelsen, vuole rappresentare il diritto come è, senza legittimarlo come giusto o squalificarlo come ingiusto; si occupa del diritto reale e si rifiuta di procedere a qualsiasi valutazione»⁷⁵, il *nomos*, o regole di giusta condotta sono intrise di tutti quegli aspetti che gli sono apparentemente estranei: la psicologia, la sociologia, l'etica e la politica in quanto esito dell'operare umano e della sua creatività intellettuale. Il confronto dicotomico tra *nomos*⁷⁶ e *thesis*⁷⁷ schiude l'opportunità di argomentare la distanza tra la *teleocrazia*,⁷⁸ indirizzata a fini particolari e la *nomocrazia*, basata interamente su norme generali e astratte⁷⁹.

⁷¹ F. A. VON HAYEK, *La società libera*, p. 32. Il testo è tratto dall'autore dall'opera di F. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, Bologna, 1980, p. 184.

⁷² *Ivi*, p. 31.

⁷³ F. A. VON HAYEK, *Legge, Legislazione e Libertà*, p. 238, affronta il tema del diritto istituito deliberatamente da una mente umana.

⁷⁴ Come altri esponenti della scuola austriaca, anche Hayek, frequenta la facoltà di giurisprudenza dove insegna Kelsen dal 1917 al 1930.

⁷⁵ H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, 1934.

⁷⁶ Nella teoria di Hayek *common law* e *nomos* sono sinonimi. Il *nomos* è costituito dal diritto privato, civile e penale, mentre *thesis* è il diritto pubblico.

⁷⁷ F.A. VON HAYEK, *Nuovi Studi di filosofia, politica, economia e storia delle idee*, p. 88. Il concetto viene ripreso anche in *Legge Legislazione e Libertà*, p. 239, dove Hayek sottolinea che il termine positivismo deriva dal termine *positus*, traduzione dell'espressione greca *the-sey*, che descrive il prodotto della progettazione umana al contrario di *physei*, che sta ad indicare ciò che è sorto naturalmente.

⁷⁸ *Ivi*, p. 84.

⁷⁹ Hayek distingue la 'legge', generale e universale, dalla 'legislazione', insieme delle norme e dei comandi che perseguono fini specifici e interessi di gruppo. Un esempio di

La critica al positivismo giuridico non consente, da sola, di classificare tutte le correnti di pensiero che si muovono su prospettive contrapposte come giusnaturalistiche perchè non tutte riconoscono il primato del 'diritto naturale'⁸⁰. Solo da una analisi attenta del pensiero di Hayek è possibile cogliere le particolarità che connotano la sua idea di diritto e che consentono di renderlo peculiare, tanto da non poter essere collocato all'interno di una sola corrente di pensiero. Le regole di comportamento che sottendono gli ordini spontanei sono uno strumento di convivenza pacifica derivato da un processo storico e non solo evolutivo perchè ha a che fare con l'agire dell'uomo e con le opinioni, intese come espressione del senso di giustizia: «nel corso dell'evoluzione sociale, l'uso precede la legge così quando questa consuetudine si è ben affermata, diventa norma, ottenendo un riconoscimento e una formulazione definitiva da parte dell'autorità»⁸¹.

Ben lontano dal giusnaturalismo, le regole di giusta condotta non sono mai definite universali o necessarie come quelle di natura, né il loro carattere oggettivo può essere ricondotto all'immutabilità o ad una validità incondizionata: «non vi sono giustificazioni per considerare le regole di condotta come naturali nel senso di facenti parte di un ordine di cose esterno ed eterno o come fondate in una immutabile natura dell'uomo»⁸².

L'esito di un'evoluzione storico-culturale differisce dagli itinerari propri delle leggi di natura regole, sebbene in entrambi i casi possano essere improntate al sentimento di sopraffazione *homo homini lupus*, trasmesso geneticamente sebbene contrario ai sentimenti morali dell'uomo civilizzato, A questo proposito, l'affermazione di Ulpiano sul diritto naturale sembra appropriato al diritto spontaneo che se

legge generale è il divieto di uccidere un altro individuo, mentre il comando di non uccidere, in un determinato caso, ha a che fare con la legislazione di uno Stato.

⁸⁰ *Ivi*, p. 59. La confusione viene generata dai riferimenti alla questione relativa alla sussunzione. Hayek è interessato a ricercare una veste giuridica alle regolarità di comportamento, altri teorici, invece a riconoscere come giuridicamente vincolanti i diritti di natura.

⁸¹ P. ERCOLANI, *Il Novecento negato*, p. 74. La frase è tratta da Hayek da H. SPENCER, *Social Statics*, Londra, 1982, p. 292.

⁸² F. A. VON HAYEK, *Legge, Legislazione e Libertà*, p. 59.

differisce dal primo per le modalità di selezione può, attraverso i meccanismi concorrenziali, assumere i tratti dell'istinto di autoconservazione che accomuna gli uomini e gli animali.

Quelle di cui parla Hayek non sono leggi di natura, ma regole di civiltà, spontaneamente accettate a seguito di un processo di selezione che ha portato all'affermazione delle più efficienti, di quelle cioè che gli hanno consentito di «resistere a gruppi rivali che avevano già cominciato a espandersi»⁸³. L'autore torna con particolare insistenza sul carattere non intenzionale e oggettivo delle regole di condotta, sottolineando che ogni società può essere fondata su regolarità del tutto diverse da quelle adottate da altre, ma in nessun caso tali norme possono essere scelte arbitrariamente. Chi voglia ignorare quelle che stanno a fondamento dell'ordine spontaneo, distrugge l'ordine, sono quindi sotto tale profilo essenziali alla società stessa. In particolare il carattere oggettivo di esse si evince da un frammento in cui Hayek afferma: «le regole che determinano l'ordine nella società, non dipendono dalla decisione di nessuno in particolare e non sono alterabili con nessun atto di volontà concreto»⁸⁴ in questo senso devono

⁸³ ID., *La presunzione fatale. Gli errori del socialismo*, Milano 1997, p. 76 viene discussa la relazione tra concezione evoluzionistica delle istituzioni sociali alla tradizione razionalistico-costruttivistica.

⁸⁴ Sotto questo aspetto l'epistemologia del diritto di Hayek è molto lontana non solo dal normativismo, per il quale il diritto, che per secoli era stato pensato come il risultato di un lento processo di sedimentazione e stratificazione, diviene il diritto del legislatore, l'espressione della volontà delle assemblee 'legislative', un sistema finito, chiuso, di norme codificate. G. CARCATERRA, *Corso di filosofia del diritto*, p. 61. Hayek a tal proposito non nasconde l'interesse per il sistema di *common law*, nel quale i giudici sono chiamati a decidere non necessariamente sulla base di regole verbalizzate, ma si fanno garanti di quel senso di giustizia che li porta a statuire sulle varie situazioni loro prospettate sulla base dei principi vigenti in una data società, cercando di non deludere le aspettative dei ricorrenti. Scrive Hayek: «L'essenziale è che le decisioni dei tribunali possano essere previste, non che le norme che le determinano possano essere espresse in parole. L'esigere che gli atti dei tribunali siano conformi a norme, non implica che tutte queste norme debbano essere esplicite, che debbano essere messe per iscritto anticipatamente in un certo numero di parole. In realtà, pretenderlo vorrebbe dire lottare per un ideale irraggiungibile. Esistono "norme" che non potranno mai essere espresse

considerarsi come un fatto oggettivamente esistente»⁸⁵.

Il processo di stratificazione di prassi e principi morali richiede tempi lunghi di consolidamento, nessuno ha il potere di mutare lo stato di cose se non il tempo e la “cooperazione umana.”⁸⁶

Sotto questo aspetto la filosofia di Hayek presenta dei punti di contatto con quella filosofia dell’esperienza giuridica, che si fa portavoce della necessità di rintracciare nella realtà concreta “la presenza e la necessità del diritto”, dall’altra pone al centro della sua indagine l’uomo e la sua “ragion pratica”, caratterizzata dal relazionarsi intersoggettivo che si sostanzia nel reciproco adattamento: il diritto in questo senso non appare più come un accidente empirico nella vita del soggetto, come per i positivisti, ma è il “presupposto trascendentale”⁸⁷ che coadiuva ma non garantisce la soddisfazione delle aspettative. Infatti prima dell’atto finale di giuridicizzazione, è oggetto di un processo di metamorfosi, sia pure molto lento per cui un’abitudine può trasformarsi in regolarità di comportamento attraverso un procedimento radicalmente diverso da quello della mera riduzione formale del diritto ai ‘se – allora’ kelseniani.

esplicitamente. Molte di esse saranno riconoscibili solo perché portano a decisioni importanti e prevedibili e saranno conosciute da chi ne è guidato, al massimo, come manifestazione di “un senso di giustizia”». F.A. VON HAYEK, *La società libera*, cit., p. 452.

⁸⁵ *Ivi*, p. 60.

⁸⁶ F. A. VON HAYEK, *Il Novecento negato*, cit., p. 87.

⁸⁷ A tal proposito Cotta evidenzia come la persona sia fondamento ontologico della giuridicità: il diritto è infatti espressione dell’esigenza relazionale ed esistenziale, cioè coesistenziale dell’uomo nel riconoscimento dell’altro oltre il fatto che esclude. L’uomo infatti è sinolo della dualità: di finito, rappresentato dalla particolarità della contingenza nella quale si trova ad agire e, infinito, è esso stesso trascendimento ontologico, che conferisce al giuridico simile qualità e lo iscrive oltre la finitezza ontica. La normatività è iscritta infatti nella possibilità: partecipazione creatrice e finita all’infinità attraverso la capacità riflessiva che lo distingue dagli animali, legati nell’agire istintivamente e deterministicamente.

3.7. Un confronto tra sistemi: cognitivo e giuridico

Nell'itinerario speculativo sul confronto critico tra Hayek e Kelsen⁸⁸ il ruolo dell'essere umano e il riconoscimento della sua specificità esistenziale assume rilievo al fine di poter valutare il grado di *humanitas* intrinseco all'interno di un ordine di stampo vitalistico, orientato alla massima condivisione, dei suoi membri, delle regole sociali⁸⁹.

La definizione di 'società come soggetto che parla', nelle descrizioni di Hayek, colloca l'individuo al centro di un itinerario formativo delle principali istituzioni, insieme all'interesse verso i processi mentali di apprendimento e alle classificazioni che hanno a che fare con l'istinto e le esperienze sensoriali. L'attenzione verso il sistema mentale di classificazioni astratte e alle strutture fisiologiche, che permettono il transito di conoscenze, è orientata principalmente alla tecnica di apprendimento, ai

⁸⁸ Si vedano i riferimenti alla dottrina kelseniana, cfr. F. A. VON HAYEK, *La società libera*, Firenze, 1960, p. 267; ID., *Legge, Legislazione e Libertà*, cit., p. 238. M. HEIDEGGER, *Essere e tempo*, Milano, 2000. Afferma B. ROMANO, ne *La legge del testo, Coalescenza tra logos e nomos*, Torino, 1999, p. 142, *è l'esistere e il coesistere che segna la differenziazione tra l'uomo e gli altri esseri viventi*. Gli animali non sono infatti soggetti della creazione di senso e quindi non sono autori di un "testo" che custodisce la capacità di creazione dell'uomo. È attraverso l'istituzione di un testo *che gli individui non sono costretti a ricominciare ogni volta daccapo, all'essere cioè senza storia, anzi essendo il testo accessibile agli altri consente un'ulteriore attività di trasformazione creativa dovuta a quanti incontrano il testo e vi intervengono ratificandolo e compilandolo*. p. 97.

⁸⁸ *Ibidem*, la ricerca di senso, che è alla base del diritto e ne rappresenta la genesi, consiste nella formulazione di ipotesi di norme per ipotesi di condotte, che poi viene istituita in un testo. L'origine del filosofare sta nel farsi domande, ricercare il perché di tutto, risalire al principio, per quanto sia possibile visto la finitezza dell'uomo.

⁸⁹ M. HEIDEGGER, *Essere e tempo*, Milano, 2000. Afferma B. ROMANO, *La legge del testo, Coalescenza tra logos e nomos*, Torino, 1999, p. 142, *«è l'esistere e il coesistere che segna la differenziazione tra l'uomo e gli altri esseri viventi»*, Gli animali non sono soggetti della creazione di senso né autori di un 'testo' che custodisce la capacità di creazione dell'uomo. È attraverso l'istituzione di un testo *«che gli individui non sono costretti a ricominciare ogni volta daccapo, all'essere cioè senza storia, anzi essendo il testo accessibile agli altri consente un'ulteriore attività di trasformazione creativa dovuta a quanti incontrano il testo e vi intervengono ratificandolo e compilandolo»*, p. 97.

processi mentali e fisiologici che consentono di interagire modulando schemi di condotta a seconda delle circostanze: «benché il sistema delle qualità sensoriali sia 'soggettivo' nel senso che appartiene al soggetto percipiente in quanto distinto da ciò che è oggettivo ... è però interpersonale e non ... specifico dell'individuo»⁹⁰.

Hayek mostra interesse verso il coglimento di un universale, nell'uomo, che non appartiene alla dimensione dello spirito, inteso come luogo dell'interiorità indicibile e come spazio della decisione, ma ai processi impersonali e asoggettivi da cui si avvia una intersoggettività *sui generis* che ricorda la trassoggettività o 'doppia contingenza'⁹¹ in cui i versanti del soggettivo e dell'oggettivo garantiscono la nascita e il mantenimento di un consesso societario che mai accede alla dimensione propriamente comunitaria⁹².

Lo stare insieme è volto, funzionalmente, alla possibilità di sviluppare la capacità di attribuire significato alle informazioni che arrivano dall'ambiente, elaborate dalle strutture neurologiche, senza mai rinviare all'impegno di formare una personalità che eccede il darsi fisico biologico di processi mentali standardizzati.

In particolare, nel libro *The Sensory Order*, la mente viene discussa come un *framework* che ordina le percezioni attraverso atti interpretativi riducibili ad un processo fisiologico di meccanica classificazione, tramite processi di associazione tra stimoli e reazioni. La mente e le strutture sinaptiche diventano allora il vero protagonista artefice delle strutture dell'ordine spontaneo, entrando in interazione con l'ambiente circostante secondo schemi e interpretazioni di schemi entro i quali l'informazione trova sistemazione.

In questa direzione, l'evoluzione riguarda i circuiti nervosi del cervello, intesi come il risultato di processi di *feedback* tra risposte sensoriali e schemi mentali dove vengono inseriti gli stimoli provenienti dall'esterno proprio come in un'operazione ad incastro. Si può discutere di una vera e propria mappa in cui si incrociano relazioni tra sinapsi e sollecitazioni ambientali attraverso collegamenti determinati, inconsciamente e inin-

⁹⁰ F. A. VON HAYEK, *L'ordine sensoriale: i fondamenti della psicologia teorica*, Milano, 1990, p. 52

⁹¹ Per una critica a Luhmann si veda B. ROMANO, *Filosofia e diritto dopo Luhmann*, Roma, 1996.

⁹² F. TÖNNIES *Comunità e società*, cit.

tenzionalmente, dalla struttura fisiologica dell'uomo.

La valorizzazione dei processi di apprendimento evidenzia l'attenzione di Hayek verso un individuo, inteso come ente sociale isolato, confermando l'intuizione hegeliana sul problema centrale di ogni organizzazione capitalistica, di cui anche il sistema di Hayek rappresenta una variante, concernente la convinzione che i rapporti umani sussistano fra loro soltanto a partire dal proprio interesse egoistico, la propria particolarità e singolarità e non su un'idea di bene comune. Questo tipo di approccio incide anche sulla genesi del diritto, intesa un insieme di reazioni generate dallo stimolo proveniente dall'ambiente secondo un processo di cui l'uomo non è né parte né responsabile.

A partire da queste osservazioni, è possibile stemperare la distanza tra la posizione liberale e quella costruttivistica, tra ordine spontaneo e *Stufembau*⁹³ nella consapevolezza che all'impostazione antropomorfa di quest'ultima fa da contraltare un evolucionismo che assume, a seconda dei periodi storici, il volto del potere più forte. L'individuo di Hayek agisce tramite 'standardizzazioni' e 'prototipi' che diventano tipizzazioni normative, emergenti rispetto ad altre perché hanno maggiore capacità di imporsi. Questo *modus operandi* assume connotati biasimevoli quando si traduce, nella dimensione giuridica, nel giudizio del magistrato: inquadrare il caso concreto nella stretta e semplificante cornice di un prototipo può comportare il rischio di una sanzione ingiusta, basata su elementi marginali piuttosto che su un'analisi approfondita che esigerebbe l'impegno nella ricerca del giusto nel legale.

I modelli di comportamento e le standardizzazioni fanno parte di una modalità di semplificazione della complessità che opera meccanicamente, tramite quella che Hayek discute come 'conoscenza tacita'. Nella maggior parte delle scelte della vita quotidiana, dove è frequente la *routine*, la dimensione tacita diventa centrale, soprattutto nei processi decisionali dell'economia in cui la dimensione cosciente è minima, svolgendosi per lo più in modo automatico ed implicito. Allo stesso modo, essendo il diritto come i prezzi, la moneta e il linguaggio un sistema spontaneo, non si può trascurare che il meccanismo della conoscenza che

⁹³ La *Stufenbau* è la struttura piramidale che caratterizza l'ordinamento giuridico kelseniano in cui le norme sono concatenate l'una all'altra e la relativa validità dipende dal corretto inserimento all'interno di questo sistema. H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, cit., p. 123.

ne sottende l'istituzione in un ordine spontaneo, sia prevalentemente un atteggiamento meccanico che solo incidentalmente, registra l'intervento del legislatore, necessario laddove il flusso evolutivo segua itinerari non idonei al perpetuarsi del sistema stesso. L'individuo dell'ordine spontaneo è «L'uomo economico [che] guarda gli uomini, animali e cose, tutti come nient'altro che condizioni, vantaggiose o svantaggiose, del suo operare» manca l'emancipazione di questo *tipus* sociale nell'«uomo giuridico [che] considera gli altri uomini come persone, e riconosce in essi un secondo se stesso»⁹⁴.

⁹⁴ B. CROCE, *Riduzione della filosofia del diritto nella filosofia dell'economia*, Milano, 2016, p. 70.

4. Liberalismo giuridico e liberalismo economico: l'ordine sociale spontaneo della moneta e dei prezzi

«Possiamo definire un ordine [spontaneo] quello 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»¹.

4.1. Questioni critiche sulla prospettiva giuridico-liberale

La questione della libertà viene discussa da Hayek a partire dal complesso sistema delle relazioni sociali, superando la consuetudine di attribuirne il monopolio all'esercizio di un agire politico centralizzato. La riflessione profonda sul rapporto che intercorre fra la libertà individuale e quella collettiva si inquadra all'interno della teoria della conoscenza, sollecitando a ripensare il paradosso che deriva dalla negazione dell'agire libero nell'ambito di un governo ipertrofico quanto nei casi di vuoto normativo.

Il dilemma teorico viene sollevato dalle considerazioni che riconducono la sfera della libertà alla fallibilità e all'ignoranza, costitutiva di ogni atto cognitivo e, non secondariamente, presente nell'istituzione del diritto. L'attenzione si concentra sulle dinamiche, avallate dall'assenza di Stato o dalla presenza di un potere minimo, rispetto ad un agire libero, inteso come esercizio della 'libertà con l'altro' oltre il darsi di una 'libertà liberale' di stampo economico.

L'attenzione alla libertà viene discussa a partire dalla dispersione della conoscenza che, da Socrate in poi, diventa la spinta al riconoscimento

dell'essenzialità dell'altro nell'apertura ad un dirsi oltre il dire che, nell'ordine spontaneo, assume una formulazione funzionale, dettata dalla brama di informazioni, destinate al profitto. In questa direzione, nominare la finitudine e la parzialità del sapere non schiude itinerari connessi alla ricerca del senso, che opera nel presupposto imprescindibile dell'uguaglianza e della proporzione tra i dialoganti, né significa tendere verso il superamento di uno *status* predeterminato, correndo il rischio del dissenso e del non ascolto.

Quale accoglienza, rispetto e reciprocità può registrarsi in un ordine di mercato in cui la finitudine viene accolta solo come condizione di un sistema concorrenziale che non custodisce la libertà individuale?

Gli insuccessi, determinati dal mancato soddisfacimento-appagamento delle aspettative economiche, generano una condizione di marginalità che, protratta nel tempo, diventa motivo di esclusione dall'ambiente economico di riferimento. Parlare di *feedback* negativo significa allora focalizzare l'attenzione su una procedura che nega l'esercizio del *logos* e non trova spazio negli ambienti dell'economia, improntati ad un conteggio, escludente quando non si lascia sistematizzare nel calcolo del guadagno.

Hayek abbandona gli schemi rigidi quanto vuoti di certo statalismo senza sostituire altre valide modalità di produzione del diritto che, se lasciato alla spontaneità dei rapporti, anche di forza, si concretizza attraverso strutture simili a quelle di uno Stato ipertrofico e onnivoro che annienta la capacità creativa dell'uomo: «L'uomo si impegna soltanto quando è stimolato dai suoi desideri. Finché questi sono assopiti e non c'è nulla che li risvegli, la sua superiorità e le sue capacità restano ignote, e la sua macchina grande e grossa, senza l'influenza delle passioni, può essere opportunamente paragonata a un mulino a vento senza un alito d'aria»¹. Affinché la libertà non diventi puro arbitrio è necessario, oltre un mero codice di valori condivisi, rimessi caritatevolmente al loro rispetto, un sistema di leggi istituite secondo procedure giuste, partecipate mediante le modalità stabilite dalla legge.

In questa direzione, la legge scritta non è sinonimo di costrizione, né azzera le libertà individuali, diventando condizione limitante il rischio della progettualità che trova, nel diritto codificato, garanzia e certezza. Devolvere alla spontaneità dei rapporti sociali, l'istituzione delle regole di comportamento rappresenta un modo alternativo di spogliare l'uomo del-

¹ B. MENDEVILLE, *La favola delle api*, cit., p. 184.

la responsabilità della scelta individuale, formativa della storia delle istituzioni, oltre l'evoluzione, manipolando la questione della finitudine del sapere al solo scopo di avallare un vuoto che attende di essere colmato dai fatti contingentemente più forti. Il giudizio *en masse* che nomina l'accordo sulle singole fattispecie normative, consolidate dal tempo, è spersonalizzante, non ha autori né interpreti, è senza un volto e, in quanto tale, è minaccioso così come inquieta una mente onnisciente che detta regole, determinandone arbitrariamente contenuti non selezionati secondo giustizia.

Il ridimensionamento dello Stato, che non scompare dall'ordine di Hayek, rinvia implicitamente alla scarsa convinzione che un sistema completamente improntato alla spontaneità possa erigersi secondo giustizia. I riferimenti di Hayek ad una buona economia non esulano dai provvedimenti statali, orientati a garantire il libero svolgimento dell'iniziativa privata: «quei lavori pubblici che possono essere di grande vantaggio alla società, ma che sono di natura tale che i ricavi non potrebbero mai coprire i costi di un individuo o di piccoli gruppi di essi»².

Si chiarifica che lo Stato non è un *prius*, rispetto al diritto, ma un *posteriorius* così come nel *rule of law*, risalente all'Atene classica³ e nella Roma repubblicana⁴ come dimostrano alcuni celebri passi di Aristotele quando sottolinea: è «più giusto che governi la legge, piuttosto che un qualsiasi cittadino»⁵. È proprio nell'antica Grecia che Hayek trova conforto per discutere criticamente l'impostazione di Descartes e l'idea della legge come oggetto deliberato da chi è «titolare di attributi intellettuali e morali che gli [permettono] di modellare intenzionalmente la civiltà, rispetto agli evolucionisti per i quali la civiltà è il risultato cumulativo, è la somma dell'esperienza»⁶.

Discutere del *roule of law* significa nominare usi e consuetudini consoli-

² A. SMITH, *La ricchezza delle nazioni*, p. 214.

³ I riferimenti essenziali vanno all'età di Pericle e all'organizzazione della città di Atene, centro di intensi traffici commerciali. Anche Roma subisce l'influenza dell'ideale politico del governo della legge, come afferma anche Cicerone, ripreso da Hayek: «nessun altro autore dimostra più chiaramente che non c'è contrasto tra legge e libertà e che la libertà dipende da certi caratteri della legge, cioè dalla sua generalità e astrattezza e dai limiti che essa pone al potere dell'autorità». F. A. VON HAYEK, *La società libera*, cit., p. 225.

⁴ *Ibidem*.

⁵ ARISTOTELE, *Politica*, 1287.

⁶ F. A. VON HAYEK, *La società libera*, cit., p. 161.

dati che, nell'ordine catalattico e, in generale, in assenza di un potere istituito e centralizzato, diventano il collante del vivere societario li dove non si ricorra, come nelle teorizzazioni kelseniane⁷, al diritto come strumento di controllo sociale: «La dottrina pura del diritto vuole rappresentare il diritto come è, senza legittimarlo come giusto o squalificarlo come ingiusto; si occupa del diritto reale e si rifiuta di procedere a qualsiasi valutazione»⁸, proponendosi di liberare il giuridico da tutti quegli aspetti che gli sono estranei: la psicologia, la sociologia, l'etica e la politica e, riducendone l'essenza, nello *ius positum*, espressione del comando imposto dai poteri forti.

Al di là della diversificazione delle fonti di produzione del giuridico, la norma di Kelsen e le regole di Hayek sono, in entrambi i casi, strumenti di convivenza ordinata, non necessariamente illuminati dal rinvio al senso di giustizia: «nel corso dell'evoluzione sociale, l'uso precede la legge così quando questa consuetudine si è ben affermata, diventa norma, ottenendo un riconoscimento e una formulazione definitiva da parte dell'autorità»⁹ che non avvia un processo di selezione né di perfezionamento della stessa, limitandosi a ratificare senza complicare una regolarità già vigente ed efficace in termini di ordinata organizzazione del sociale.

In questa direzione, si chiarifica il rapporto tra Hayek e diritto naturale, stante la bipolarità di un diritto trovato, nel processo evolutivo e tradotto in un prodotto culturale dalle istanze del potere: «non vi sono giustificazioni, afferma Hayek, per considerare le regole di condotta come naturali nel senso di facenti parte di un ordine di cose esterno ed eterno o come fondate in una immutabile natura dell'uomo»¹⁰, sebbene rimanga l'esito di un procedere che in nessun caso esclude il sentimento di sopraffazione proprio delle società primitive. Non diverge il diritto spontaneo dalle de-

⁷ I contrasti tra il Parlamento inglese e il monarca provocano cambiamenti radicali tra cui l'ampliamento dei poteri del primo a scapito del secondo. A questa trasformazione contribuisce il *Bill of Rights*, attraverso il quale vengono messi per iscritto i diritti civili, ampliati i poteri del parlamento, stemperando quelli del monarca. Risale a questo periodo il divieto imposto al Re di sospendere o esentare dall'applicazione della legge a determinati gruppi di persone e l'*Act of Settlement* a garanzia dell'indipendenza dei giudici. *Ivi*, p. 373.

⁸ H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit.

⁹ P. ERCOLANI, *Il Novecento negato*, cit., p. 74. La frase è tratta da Hayek da H. SPENCER, *Social Statics*, Londra, 1982, p. 292.

¹⁰ F. A. VON HAYEK, *Legge, Legislazione e Libertà*, cit., p. 59.

scrizioni di Ulpiano quando discute del diritto naturale come l'insieme degli istinti di autoconservazione dell'uomini¹¹ che Hayek, più o meno consapevolmente, traduce nel complesso di principi spontaneamente accettati a seguito di un processo di selezione che porta all'affermazione di quelli più efficienti: «le regole che determinano l'ordine nella società, non dipendono dalla decisione di nessuno in particolare e non sono alterabili con nessun atto di volontà concreto;¹² in questo senso devono considerarsi come un fatto oggettivamente esistente»¹³. La giustificazione di Hayek più idonea a fronteggiare l'idea di una prassi ingiusta, parziale e discriminante risiede proprio nel tentativo di concentrarsi su un processo di stratificazione che esige tempi lunghi di consolidamento in cui nessuno ha il potere di mutare lo stato di cose se non il tempo¹⁴, mostrando punti di contatto con quella filosofia dell'esperienza giuridica, che rintraccia nella realtà concreta «la presenza e la necessità del diritto».

Confidare nella giustezza delle tradizioni e delle regole consolidate

¹¹ Kelsen a questo proposito prende le distanze dal giusnaturalismo, troppo intriso di valori, rispetto al positivismo giuridico essenzialmente conservatore che fa discutere Hayek di quello come un sistema finito e chiuso. Nella prospettiva di Romano questa chiusura diventa l'espressione di un sistema immunitario e di un apparato strumentale di garanzia'.

¹² In questa direzione, l'epistemologia del diritto di Hayek è molto lontana dal normativismo, che per secoli è considerato il risultato di un lento processo di sedimentazione e stratificazione del diritto legislativo e delle assemblee, edificato secondo la struttura di un sistema finito e chiuso, di norme codificate. G. CARCATERRA, *Corso di filosofia del diritto*, p. 61. In antitesi con questo modello, Hayek è attratto dal *common law* dove i giudici sono i garanti di un senso di giustizia diffuso che emerge dalla conoscenza delle aspettative più frequenti in un dato contesto sociale. «L'essenziale è che le decisioni dei tribunali possano essere previste, non che le norme che le determinano possano essere espresse in parole. L'esigere che gli atti dei tribunali siano conformi a norme, non implica che tutte queste norme debbano essere esplicite, che debbano essere messe per iscritto anticipatamente in un certo numero di parole. In realtà, pretenderlo vorrebbe dire lottare per un ideale irraggiungibile. Esistono 'norme' che non potranno mai essere espresse esplicitamente. Molte di esse saranno riconoscibili solo perché portano a decisioni importanti e prevedibili e saranno conosciute da chi ne è guidato, al massimo, come manifestazione di 'un senso di giustizia'». F.A. VON HAYEK, *La società libera*, cit., p. 452.

¹³ *Ivi*, p. 60.

¹⁴ P. ERCOLANI, *Il Novecento negato*, cit., p. 87.

dalla prassi non è l'obiettivo di Hayek: «non sostengo che i risultati della selezione di gruppo di 'tradizioni' siano necessariamente buoni, così come non sostengo che altre cose che sono sopravvissute per lungo tempo nel corso dell'evoluzione ... abbiano un valore morale»¹⁵, avallando una teorizzazione funzionalista e controumana in cui il diritto può assumere i tratti di un accidente empirico che incide sulle scelte individuali: «Anche supponendo che tali misure possano essere in un certo senso auspicabili, questa situazione è tale che, sebbene desiderabile per se stessa, non può essere raggiunta senza conferire un potere arbitrario e discrezionale a una qualche autorità»¹⁶.

4.2. Il governo delle leggi. Quale libertà?

La prima e più frequente definizione di libertà, discussa da Hayek, rinvia all'assenza di coercizione, intesa come l'espressione concreta di una volontà pianificatrice alla quale si sottraggono le norme di giusta condotta che emergono da un processo spontaneo e, per ciò solo, sono collocate nell'alveo degli strumenti di libertà: «nell'osservare tali regole, non si servono i fini di qualcun altro ... quando obbediamo alle leggi, intese come regole generali e astratte, formulate indipendentemente dalla loro applicazione alla nostra persona, non siamo soggetti alla volontà di un altro individuo e siamo perciò liberi»¹⁷.

La descrizione di Hayek evoca un evento sociale, quale è il diritto, che nasce dal nulla per rifluire nel nulla di senso, confermandosi una sporadica affermazione di aspettative sociali, affidate alla causalità: così come nel *clinamen* di Lucrezio si incastrano casi e cause, nell'ordine spontaneo, i rivolgimenti sociali creano la struttura di schemi comportamentali socialmente vincolanti.

L'accostamento critico tenta di scardinare la fiducia nella imparzialità del mercato attraverso l'incidere di una concorrenza perfetta, vissuta nella finzione di uno spazio libero e non padroneggiabile in

¹⁵ F. A. VON HAYEK, *La presunzione fatale*, cit., p. 64.

¹⁶ ID., *Legge, Legislazione e Libertà*, cit., p. 454.

¹⁷ ID., *La società libera*, cit., pp. 152-153.

cui opera una 'mano invisibile'¹⁸, equilibratrice e livellante, spinta da 'una meccanica egoistica' capace di collaborare all'accrescimento della ricchezza di tutti.

In questa architettura, la regola nascosta dell'inizio non ha a che fare con una disciplina extramercantile ovvero con una regola giuridica, ma 'il mercato diviene la regola del mercato' senza considerare che il successo mercantile di alcuni non costituisce necessariamente il rispetto della dignità di tutti.

Anche nell'ordine spontaneo, come nella moderna globalizzazione dromocratica del commercio, la struttura del 'sistema sociale economica' viene trasferita acriticamente in tutti gli altri sistemi sociali, anche nel 'sistema diritto', provocando esiti perniciosi e controumani tanto quanto le più consolidate teorie costruttiviste.

In quest'ultima direzione, si comprende che le leggi, emerse dalla spontaneità delle relazioni sociali, non sono terze né imparziali: la deriva di una manipolazione del diritto spontaneo è tanto più probabile quanto più solo alcuni gruppi possono determinare le condizioni che rendono possibile il mercato, generando una sproporzione tra persone e luoghi che «emargina la riaffermazione dei doveri verso gli altri e si chiude nei confini dei doveri verso se stessi, intesi come 'doveri' di accrescere il proprio avere-più, generando l'ingiustizia formativa delle esclusioni che discriminano»¹⁹.

La questione è parimenti sottesa alla predilezione verso un sistema di *rule of law* perché, non diversamente la ragione per cui si può parlare di governo delle leggi, anziché degli uomini riguarda l'ignoranza dei casi particolari ai quali si applicheranno le norme. La norma non è arbitraria perché formulata a prescindere dalla conoscenza del caso particolare, e perché la decisione di usare la coercizione al fine di farla rispettare, non dipende dalla volontà di nessun individuo in particolare.

La definizione di *rule of law* come «governo della legge» assume significato se per «legge» non si intende qualsiasi decisione dell'autorità, «se una legge desse alle pubbliche autorità l'illimitato

¹⁸ Si veda a questo proposito il riferimento di Hayek alla teoria della diffusione della conoscenza; in ID., *The Use of Knowledge in Society*, *The American Economic Review*, 1945.

¹⁹ B. ROMANO, *Il dovere nel diritto*, cit.

potere di agire a loro piacimento, tutti gli atti di queste sarebbero legali, ma non sarebbero certo sotto il governo della legge. Questo principio contiene qualcosa di più del semplice costituzionalismo, infatti esige che tutte le leggi si conformino a certi principi»²⁰ ma è intrinseca la superiorità di una legge, si accetta passivamente che il legislatore sia titolare di un potere illimitato che gli consente di emanare qualsiasi legge che al momento opportuno potrà sempre abrogare. Per Hayek il potere legislativo dovrebbe essere condizionato dalla comune opinione riguardo certi attributi che le leggi che egli produce devono possedere: fino a quando questi verranno rispettati il legislatore potrà considerarsi sovrano, nel momento in cui egli disattenderà certi principi la fedeltà del popolo verrà meno. Questo è il sistema sul quale è nato e si è sviluppato il *common law* dove l'autorità è la legge stessa, filtrata attraverso l'opera dei giudici, dove la comune opinione può rendere del tutto inefficace una determinata norma²¹, per cui tutte le volte che il legislatore vorrà modificare l'ordinamento giuridico infatti «L'intero complesso di norme di fatto osservate in una società determina quale si dovrebbe applicare»²².

²⁰ *Ivi*, p. 444.

²¹ Il principale interesse di un giudice di *common law* deve essere le aspettative che le parti si sono ragionevolmente formate in base alle consuetudini generali.

²² F. A. VON HAYEK, *Legge, Legislazione e Libertà*, p. 248. Una chiarificazione ulteriore rispetto a quanto detto viene fornita dalla classificazione della costituzione inglese tra quelle formalmente flessibili ma sostanzialmente rigide. La flessibilità deriverebbe dalla mancanza di un testo solenne e unitario nel senso canonico del termine, mentre la rigidità scaturisce dalla consapevolezza che per una eventuale revisione della costituzione di questo paese non siano sufficienti normali procedure aggravate ma occorre un largo consenso cioè che le nuove norme siano condivise dallo spirito nazionale. Se la costituzione e in genere tutte le leggi inglesi, sono il frutto di un lungo processo naturale di stratificazione, è evidente che per modificarla occorre seguire processi della stessa specie.

4.3. Il ruolo del giurista²³ nell'evoluzione spontanea del diritto

Generalmente il termine «legge» viene associato all'esercizio dell'attività legislativa «secondo una procedura appropriata»²⁴ mentre, nella prospettiva di Hayek, il riferimento essenziale va ai «provvedimenti a lungo termine relativi a casi ignoti e ancora e privi di riferimento a particolari persone, luoghi o oggetti, quanto alla loro efficacia, [che] riguarderebbero sempre il futuro non potendo mai essere retroattive»²⁵.

Rispetto ai due tipi normativi indicati, nella società post-moderna, si afferma un nuovo modo di 'fare legge', alimentato dal pretesto dell'emergenza che spinge alla decretazione, discussa da alcuni anche come una forma di 'paralegge' o di 'sottolegge' che invade quella sfera privata 'intangibile'²⁶ da parte dei pubblici poteri da cui un 'buon governo' dovrebbe astenersi: «ciò che distingue una società libera da una senza libertà è che nella prima ciascuno ha una sfera privata ben delimitata e distinta da quella pubblica»²⁷.

La legge di Hayek non rappresenta una forma di decretazione ma, con quella, condivide la flessibilità e il darsi dell'improvviso mutare, rimanendo nell'alveo dell'astrattezza l'idea, ipotizzata da Hayek, di una sedimentazione di regole, capace di garantire certezza nei rapporti sociali anche all'interno di una società economica, alimentata dal pro-

²³ Le riflessioni che Hayek dedica al giudice sono condensate soprattutto nel I libro della sua *magnum opus*, *Legge, Legislazione e Libertà*, intitolato *Regole e ordine*.

²⁴ F. A. VON HAYEK, *La società libera*, p. 207.

²⁵ *Ivi*, p. 450. Anche in Italia è prevista l'irretroattività della legge nell'art. 11 delle disposizioni preliminari al c.c. che richiama il principio di legalità rispondendo all'esigenza garantista di non punire un soggetto per un fatto che al momento della commissione non costituiva reato, art. 25. comma 2 della Cost. «nessuno può essere punito se non in forza di una legge entrata in vigore prima del fatto commesso».

²⁶ A questo proposito Hayek discute di una sfera privata all'interno della quale l'individuo è padrone delle proprie azioni e non deve subire alcuna interferenza da parte di terzi. «Sotto il governo della legge, la sfera della libertà individuale include tutte le azioni che non sono esplicitamente limitate da una legge generale». *Ivi*, p. 216.

²⁷ *Ivi*, p. 450.

gresso e dal cambiamento, non secondariamente giuridico²⁸.

L'esigenza di certezza e di prevedibilità nominano l'essenza stessa della libertà che non è espressione dell'agire arbitrario ma garanzia di poter «disporre e regolare la propria persona le proprie azioni e i propri possessi entro i limiti consentiti dalle leggi cui è soggetto e in cui non sottostà alla volontà arbitraria di un altro ma segue liberamente la propria»²⁹.

In questa direzione, l'idea di 'legge' assume la forma dell'astrattezza e di una genericità che avalla condotte imprevedibili. Affermare che le regole del governo della legge sono come i cartelli stradali che disciplinano le modalità di guida, senza imporre, come le leggi proprie di governo arbitrario, quale strada si è obbligati a prendere, esclude la fissità definitoria e le classificazioni del normativismo ma, allo stesso tempo, lo trasforma in uno strumento adattabile, secondo i punti di vista e di circostanza. «Le norme generali e astratte di cui parla Hayek forniscono semplicemente il quadro entro cui l'individuo deve muoversi con decisione autonoma»³⁰ ma anche, si può aggiungere, con una libertà che si fa arbitrio quando manipola l'altrui esistenza sociale.

Il quadro di riferimento, è arricchito dal rinvio all'assenza dei processi di verbalizzazione, sopperita da esigenze di conoscibilità rimesse alla prevedibilità delle decisioni dei giudici emesse in base all'equilibrio dinamico che si consolida e si rinnova continuamente nel contesto sociale spontaneo.

I tribunali occupano una posizione centrale sia nel contesto decisionale quanto in sulla formazione stessa del diritto, rappresentando la prima forma di esplicitazione di una norma efficace ma non codificata in alcun codice. Perché si possa parlare di norme non è necessario «che esse debbano essere esplicite, che debbano essere messe per scritto tramite un certo numero di parole, pretenderlo vorrebbe dire lottare per un ideale irraggiungibile. Esistono norme che non potranno mai essere espresse esplicitamente»³¹.

Il processo di graduale scoperta si intrecciano continuamente

²⁸ M. T. CICERONE, *Oratio pro Cluentio*, p. 53. Cfr. F. A. VON HAYEK, *Il novecento negato*, cit., p. 130.

²⁹ J. LOCKE, *Il secondo trattato sul governo*, cit., pp. 133-135.

³⁰ F. A. VON HAYEK, *La società libera*, cit., p. 323.

³¹ *Ivi*, p. 452.

l'evoluzione spontanea dei costumi «non avrebbe mai potuto svilupparsi compiutamente senza ... il saltuario intervento di un legislatore diretto a districarlo dai vicoli ciechi in cui l'evoluzione graduale poteva portarlo»³².

Questa affermazione decreta la distanza da Bruno Leoni che, in quegli stessi anni, sosteneva l'autosufficienza degli ordini formati interamente da regole spontanee, affermando l'esserci di una nuova categoria di norme giuridiche che, trovandosi in una posizione intermedia tra le norme positive di organizzazione e le norme consuetudinarie di condotta, hanno il compito di armonizzare il sistema giuridico a vantaggio del mantenimento di una società libera.

L'attività di mediazione viene affidata, in entrambi i casi, all'attività di *ius dicere*³³ del legislatore ma anche del giudice che implica l'accettazione del rischio che si possano affermare 'tendenze costruttiviste' di varia natura e, in quanto tale, non necessariamente di natura statale. In questa dimensione sociale, il giurista ha il compito di attingere alle regole di giusta condotta anche quando è assente una disciplina giuridica sul merito, senza alterare il complesso delle regole che strutturano ed edificano l'ordine spontaneo di riferimento. Il ruolo di preservare l'ordine esige una continua opera di implementazione³⁴ che, necessariamente, corrispondano alle aspettative legittime degli individui. Le semplici norme generali di condotta sebbene permettano la convivenza in quelle relazioni ordinate che costituiscono la società, non possono

³² *Ivi*, p. 127. L'importanza della legislazione si deve soprattutto al fatto che il processo di sviluppo giurisprudenziale del diritto, essendo graduale, in molte occasioni può dimostrarsi troppo lento per pervenire a quei rapidi adattamenti.

³³ Nel senso di 'dire il diritto', cioè rendere esplicite regole preesistenti e osservate. M. BARBERIS, *Hayek e il diritto: precauzione per l'uso*, "Rivista internazionale di filosofia del diritto", 1987, p. 523.

³⁴ Quella che Hayek discute come implementazione corrisponde, nella prospettiva di Kelsen, al 'principio di completezza' che prevede l'introduzione di norme all'interno dell'ordinamento, al fine di colmare le lacune. In questo senso, nel caso in cui un evento concreto non è regolato dall'ordinamento giuridico, è possibile ricorrere all'argomento *a-contrario*, (*a silentio*) con il quale si attribuisce al caso non contemplato la disciplina opposta rispetto a quello previsto oppure si può procedere per analogia, attribuendo al caso non contemplato la stessa disciplina prevista per casi simili. G. CARCATERRA, *Corso di filosofia del diritto*, cit., p. 167.

proteggere tutte le aspettative di ciascuno, esigendo la mediazione del giudice che non si interessa della volontà legislativa quanto delle aspettative che i privati hanno ragione di aspettarsi³⁵.

«Le norme di mera condotta, scrive Hayek, delimitano sfere private protette, non assegnando direttamente beni particolari a individui particolari, ma rendendo possibile derivare da fatti accertabili a chi appartengono questi beni ... Le norme servono unicamente a permettere a ognuno di dedurre da fatti accertabili i confini della sfera protetta che egli o gli altri sono riusciti a ritagliarsi»³⁶.

Il ruolo del giudice è quello di formulare, nel giudizio, regole astratte che gli individui già osservano nell'agire pratico, ma che hanno bisogno di essere perfezionate dall'intervento di un giudice-legislatore: «nessun sistema è mai stato progettato nella sua interezza e le codificazioni possono essere considerate una sistematizzazione di norme già esistenti, semmai possono prevedere delle integrazioni o eliminare delle contraddizioni»³⁷.

Spetta quindi al giudice risolvere le lacune e garantire la coerenza³⁸ del sistema senza creare nuovo diritto, coadiuvando il processo di se-

³⁵ Con questa impostazione contrasta la tesi kelseniana secondo la quale un giudice è obbligato ad infliggere una sanzione in base ad una norma istituita: «Devono esistere pertanto due norme distinte: una la quale disponga che un organo deve eseguire una sanzione contro un soggetto, ed un'altra la quale disponga che un altro organo deve eseguire una sanzione contro il primo organo, nel caso che la prima sanzione non sia eseguita». La norma fondante è la *Grundnorm*, fondamento della validità di tutte le norme costituenti un ordinamento giuridico. Non si tratta di una norma posta, ma *presupposta* che Kelsen individua nella *costituzione*: «l'individuo o l'assemblea degli individui che hanno approvato la costituzione su cui si basa l'ordinamento giuridico sono considerati un'autorità, produttrice di diritto».

³⁶ F.A. VON HAYEK, *Legge, Legislazione e Libertà*, pp. 229-230.

³⁷ *Ivi*, p. 127.

³⁸ Anche Kelsen discute di coerenza sistemica che, insieme al principio di completezza, rientra nella categoria della 'razionalità logica' orientato ad eliminare le antinomie e le contraddizioni tra norme in base al principio gerarchico: *lex superior derogat inferiori*. Nell'ordinamento giuridico italiano l'art. 136 della Costituzione prevede l'illegittimità delle leggi in contrasto con norme costituzionali. Altri criteri teorizzati da Kelsen sono: *lex posterior derogat priori*, che prevede l'invalidazione di norme precedenti ed infine, *lex specialis derogat generali*, (art. 15 cp.)

lezione e l'incontro delle aspettative³⁹, diventando il principale «strumento di conservazione dell'ordine già esistente»⁴⁰.

4.4. Lo spazio del terzo negli ordini spontanei e nell'attuale società dromocratica

Le considerazioni sulla particolare funzione del giudice sollecita un ripensamento sull'analisi dello 'spazio umano' nella globalizzazione dei mercati a partire da una riflessione sulla metamorfosi dell'io, quotidianamente impegnato nella fabbricazione fittizia di una '*maschera*' che risolve il se stesso nel tutto-apparire⁴¹ dell'*homo videns*⁴².

La questione evidenzia la priorità del dire sul *dirsi* e delle immagini sulla qualità dei contenuti, chiarendo le ragioni che determinano l'archiviazione dello spazio del dialogo a tutti i livelli: dal contratto alla relazione occasionale, dalla discussione parlamentare al dibattito processuale. Nella società dell'immagine, infatti, l'attività segnica individua nell'*avere più* la regola in grado di selezionare, rispettivamente, contenuti delle leggi e criteri di giustizia a prescindere dal rispetto dei diritti dell'uomo così come nel modello di ordine spontaneo di Hayek, affidato nelle mani di giudice esecutore di prassi anche di natura controumana e controgiuridica.

Si discute, a questo proposito, della successo del diritto naturale, avallato dai vuoti normativi dello spazio globale in cui, il potere economico produce rapporti funzionalmente orientati alla conservazione del sistema che aliena l'uomo perché ne archivia 'funzionalmente' il *senso*, disfunzionale e non precalcolabile, alla stregua di un'operazione mer-

³⁹ Nella prospettiva kelseniana il giudice applica meccanicamente le leggi mentre per un antiformalista come Hayek il giudice ha il compito di creare diritto.

⁴⁰ *Ivi*, p. 149.

⁴¹ B. ROMANO, *Assoggettamento diritto e condizione logotecnica*, lezioni, a.a., Roma, 1991-92, pp. 90 ss., si discute del tutto-sapere del servo, inteso non come sapere-tutto ma come un saper-eseguire il desiderio del padrone fino alla negazione di se. Si tratta di un processo di spersonalizzazione che coinvolge l'uomo moderno, sottoposto alla tirannia dei messaggi pubblicitari che esigono un 'uomo-funzionario', capace di stare al passo nell'esecuzione/soddisfacimento dell'offerta di mercato.

⁴² *Id.*, *Globalizzazione del commercio e fenomenologia del diritto*, Torino, 2001, p. 25.

cantile. La moderna economia prospera sulla *mcdonaldizzazione*⁴³, intesa come livellamento negli stili di vita, di pensiero e di azione, che sostituisce allo svolgimento creativo dell'incontro uomo-altro-uomo quello uomo-merce⁴⁴.

Si tratta di relazioni puntistiche, risolte nella durata di un clic nel fluire indistinto di situazioni da cui emergono leggi 'prodotte'⁴⁵ a colpi di contratto che, sostituiscono al *vitam instituere* e al principio di *filiazione*, una *pseudo-normatività*⁴⁶, esaurita in un *prima* e un *poi*, senza alcuna connessione. In questa architettura, si comprende il processo di trasformazione delle relazioni, del diritto e della persona⁴⁷ a partire dalla degenerazione del soggetto nell'individuo e dell'*αγορά* nella, più moderna, piattaforma virtuale.

Si tratta di fenomeni che hanno inciso anche sull'esperienza del quotidiano, contribuendo a sostituire la vicinanza dell'essere-già-dato, della 'società artigiana'⁴⁸, nell'assenza di un io in carne ed ossa dell'era 'tecnologica' dove lo spazio del dire-altrimenti, viene rimosso dall'interfaccia dello schermo e l'uomo è confinato in una immagine che

⁴³ Z. BAUMAN, *Dentro la globalizzazione. Le conseguenze sulle persone*, Roma-Bari, 2002, p. 62.

⁴⁴ Cfr. B. ROMANO, *Globalizzazione del commercio e fenomenologia del diritto*, passim.

⁴⁵ La critica alla normatività, come prodotto del calcolo matematico, viene mossa da B. ROMANO, *Scienza giuridica senza giurista, il nichilismo 'perfetto'*, Torino, 2005. In una prospettiva opposta si colloca B. LEONI, *Probabilità e diritto nel pensiero di Leibniz*, ora in *Scritti di Scienza Politica e Teoria del Diritto*, Soveria Mannelli, 2009, dove discute di una 'normatività' che scaturisce dalla «forza necessitante del calcolo» e trova concretizzazione nella giustizia aritmetica del magistrato/tecnico delle norme.

⁴⁶ L. AVITABILE, *La filosofia del diritto in Pierre Legendre*, Torino, 2004, p. 215.

⁴⁷ Per un confronto sul concetto di persona si veda ID., *Per una fenomenologia del diritto nell'opera di Edith Stein*, Roma, 2006, pp. 55 ss., in cui si afferma che «dire della persona significa esprimersi sulla personalità, sulla libertà, sulla responsabilità, sul diritto». Per un confronto critico si veda anche la definizione di soggetto di Luhmann quando discute della persona come un sistema autopoietico e operativo che trova conferma nell'espressione «l'uomo non può comunicare, solo la comunicazione comunica». Cfr. B. ROMANO, *Filosofia e diritto dopo Luhmann*, Roma, 1996, § Il moderno. Società e questione del soggetto, pp. 65-67.

⁴⁸ Il concetto è stato ripreso da B. LEONI, *La sovranità del consumatore*, Roma, 1997, § La sovranità del consumatore e la legge, pp. 114.

si alterna, puntisticamente, tra presenza e assenza, riproponendo gli schemi vitali degli 'esseri privi di linguaggio'⁴⁹. La progettualità, propria del soggetto, autore di un itinerario formativo della sua identità esistenziale, cede il passo al mutamento delle forme non umane quando l'uso della parola viene accantonato dalla rapidità e destrezza esecutiva della connessione che animalizza l'io perché ne oscura l'interiorità, consumandola nel disimpegno. L'uso degli strumenti telematici, infatti, richiede la passiva ripetizione 'macchinica' degli input lanciati da chi decide modalità di accesso e contenuti della rete, determinando un'interazione fondata sul gioco delle immagini e dei suoni che si sostituisce al dibattito della piazza, basato sull'uso dei sensi e del senso, in un confronto reale e un questionare che, invece, 'non conta' nell'immediatezza, priva di *pathos*, dei comandi imposti dal mercato. Quando la riflessione – intesa come il *distanziarsi* e non *coincidere* con il dato naturalistico – causa l'inzeppamento del produrre/consumare le merci, l'uomo è solo un sistema di controllo della devianza, capace di garantire funzionalmente le operazioni del mercato secondo una stabilità programmata.

In questa prospettiva, la filosofia del diritto rappresenta il tentativo, non banale, di riconoscere la centralità di uno spazio terzo, genesi di ogni dialogare che si svolga nell'ordine del reciproco e incondizionato rispetto del diritto a prendere la parola nella differenza delle forme ipotizzanti. Si tratta di riconsiderare la specificità dell'uomo a partire dal riconoscimento del dialogo come strumento idoneo a spezzare l'ordine necessario e razionale del sistema economico in cui le leggi sono l'esito dell'esercizio del «pensiero calcolante»⁵⁰ o *τέχνη*⁵¹ in un'articolazione che ricorda l'ordine geometrico dell'universo di Spinoza⁵².

Sono questi i prodromi problematici in cui prende forma il 'linguag-

⁴⁹ Cfr. B. ROMANO, *Diritti dell'uomo diritti fondamentali. Vie alternative: Buber e Sartre*, Torino, 2009.

⁵⁰ M. HEIDEGGER, *Il principio di ragione*, Milano, 1996, p. 44.

⁵¹ Cfr. B. ROMANO, *Filosofia e diritto dopo Luhmann*, cit., p. 66, dove discute criticamente la riduzione del senso nel calcolo di quelle «macchine triviali, ossia di quelle entità ove ad un determinato input corrisponde la produzione di indeterminato output, secondo un meccanismo prevedibile e atto a ripetersi...».

⁵² Cfr. B. SPINOZA, *Etica: dimostrata secondo l'ordine geometrico*, Torino, 1967.

gio logotecnico⁵³ proprio dell'ordine spontaneo di Hayek dove è assente l'intersecarsi del significante e del significato, che esige l'interpretazione delle parole nel dialogo (=linguaggio nomologico), costringendo l'io alla ripetizione di un sapere funzionale che congela l'agire umano nei ruoli topologici, determinati dalla combinazione di casi e di cause. La fissità nel ruolo, dell'uomo hayekiano, ricorda lo spazio dei 'Lego', 'imprigionati' tra il darsi di un momento dopo l'altro in un movimento che evoca quello dei robot, istruiti a perpetuare l'ordine, scelto da un *deus ex machina*. Si tratta di strutture/costruzioni in cui la ricerca del senso non compare mai se non nella forma del mero funzionamento, imposto arbitrariamente da un osservatore esterno attraverso un dire che rimane nel 'dominio dei nomi-numericì' e detta le condizioni e i termini di funzionamento. In questo senso, proliferano i 'discorsi senza parole' di un'entità desoggettivata, esaurita nel ruolo/funzione che garantisce, nei limiti di una libertà confinata nel grado⁵⁴, l'esserci di certe strutture del 'discorso' affinché lo spazio del dialogo, come gli «spazi pubblici, non si qualificano come luoghi del 'divergere' ma come percorsi per accrescere l'assoggettamento... misurabile dalla velocità del 'convergere' nell'accadere...»⁵⁵.

Affermare che «le modalità di accesso a facebook non sono quelle dell'ingresso nell'*αγορά* di Atene»⁵⁶ significa riconoscere il consolidarsi di nuove forme relazionali che, solo nella struttura, rievocano quelle tra dominanti e dominati perché, la figura del despota politico, viene sostituita da chi ha un potere economicamente più forte rispetto ad altri, da coloro che determinano le condizioni e i percorsi di accesso al potere e chi rimane costretto in situazioni di marginalità, chi localizza e delocalizza attività economiche, con una velocità che richiama i tratti della società

⁵³ ID., *Assoggettamento, diritto, condizione logotecnica*, cit., p. 127 ss. «Il sapere della logotecnica coincide con un sapere saputo ossia con una memoria che ripete il presente e si consolida nella sua efficacia, permanendo nel suo isolamento rispetto al passato, il chi e il luogo dove si è formato, e rispetto al futuro della domanda di senso. Si tratta del dominio dei nomi numerici in cui l'altro diventa inessenziale».

⁵⁴ N. LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt an Main, 1995, cfr. cap. 7, La posizione dei tribunali nel sistema giuridico.

⁵⁵ B. ROMANO, *Assoggettamento diritto condizione logotecnica*, cit., p. 195.

⁵⁶ ID., *Dono del senso e commercio dell'utile. Diritti dell'io e leggi dei mercanti*, Torino, 2011, p. 7.

liquida⁵⁷ e chi paga i danni di una *glocalizzazione*⁵⁸ selvaggia che viola la dignità umana. L'assenza di un diritto terzo, o surrettizialmente tale, come afferma Hayek nella discussione sul diritto prodotto spontaneamente, è la causa della proliferazione dei 'discorsi senza parole' discussi da Lacan⁵⁹ che prendono forma negli 'spazi senza volto' delle città moderne dove, le nuove tecniche di costruzione, metaforicamente, rispecchiano l'esigenza di cambiamento, sostituendo, alle vecchie strutture monumentali, edifici più duttili, in vetro e acciaio, paradigma delle nuove forme di comunicazione perché, in entrambi i casi, si persegue una snellezza e una funzionalità che conferma l'inessenzialità della durata. Le lastre in vetro dei nuovi edifici, così come lo schermo del computer, evocano l'idea di una precarietà che tratta l'uomo come un oggetto, esposto nelle vetrine dei *market* e di un ordine in cui il diritto è solo il sintomo 'momentaneo' dei processi bio-economici. Si discute, in tal senso, di una *scienza giuridica senza giurista*⁶⁰ in cui la parola diventa 'superflua', nel circuito dei flussi in transito e la selezione dei contenuti del dialogo è operata dal 'sapere capitalistico' che esige di permanere identico a se stesso.

Un tipo di società senza centro, come la catallasia, presenta i tratti propri del sistema luhmanniano⁶¹ in cui la funzione consuma l'io, riducendo la distanza qualitativa tra l'uomo e gli altri enti, il diritto e ogni altro fenomeno che si lasci sperimentare in laboratorio nell'«orizzonte unico della strumentalità»⁶², fino a registrare una forma di parossismo che esige una norma per ogni caso, una legge per ogni emergenza⁶³, nel processo di «distruzione creatrice» che coinvolge gli equilibri mercantili quanto quelli giuridici. La reciproca compenetrazione tra economia e diritto è determinata dalla trasformazione della ragione giuridica nella ragione procedurale che trasforma la giuridicità in una «biologia giuridi-

⁵⁷ Cfr. Z. BAUMAN, *Globalizzazione e Glocalizzazione*, Roma, 2004

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ Cfr. per un'interpretazione approfondita B. ROMANO, *Assoggettamento diritto condizione logotecnica*, in part. Cap. IV, cit., pp. 67-107.

⁶⁰ Cfr. B. ROMANO, *Scienza giuridica senza giurista: il nichilismo 'perfetto'*, Troino, 2005 e F. NIETZSCHE, *La volontà di potenza*, Milano, 2001, p. 388.

⁶¹ Cfr. N. LUHMANN, *Sistemi sociali*, Bologna, 1990.

⁶² Cfr. B. ROMANO, *Dono del senso e commercio dell'utile. Diritti dell'io e leggi dei mercanti*.

⁶³ P. BARCELLONA, *Diritto senza società. Dal disincanto all'indifferenza*, Bari, 2003, p. 127.

ca»⁶⁴ a partire dalla preventiva «dissoluzione del concetto di persona... trasformata in un artificio del pensiero...»⁶⁵.

Se le forme storiche della terzietà – legislatore, giudice e magistrato –, trattano la scienza giuridica alla stregua di una disciplina esatta, il rischio di un diritto che emerge dal fatto, espressione «di quella prima violenza che ebbe fortuna»⁶⁶ è concreta quando, come afferma Romano, la genesi del fenomeno giuridico si risolve nella «combinatoria di casi e cause»⁶⁷, riordinata dal giudice secondo la logica dell'equivalenza, A=B. Il diritto, in questa prospettiva, conserva ancora la struttura del linguaggio, nella misura in cui è solo ciò che è, come quello dei numeri, delle macchine triviali o dei viventi non umani che non scelgono, non esercitano la possibilità, né istituiscono le norme giuridiche che garantiscono la libera interpretazione dei soggetti nel selezionare i contenuti delle 'aspettative normative'. La dualità dei rapporti di forza, infatti, spegne il senso evocante delle parole nei suoni che compaiono e scompaiono nel buio del non senso, in una combinatoria topologica simile alle catene dell'algebra dove ciascun termine risignifica se stesso, confermando l'affermazione di principio: «gli uomini non comunicano, solo le comunicazioni comunicano»⁶⁸. Si delinea, in questo modo, una legalità contingente all'emergere del potere vincente in un dato momento storico che, attraverso le operazioni delle legislature e del magistrato, assume l'*habitus* di regola giuridica, *superveniens*, non costitutiva.

Si può discutere – con Romano – dello «spostamento del sapere dai soggetti alle operazioni... dalla intersoggettività [alla] comunicazione sistemica»⁶⁹ che trova, nel *medium* simbolicamente generalizzato del denaro⁷⁰, lo strumento di selezione dei contenuti di una normatività che non incontra mai l'uomo, ma l'incidere del 'sapere capitalista' nella defi-

⁶⁴ ID., *Filosofia del diritto*, Roma-Bari, 2002, p. 21.

⁶⁵ H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Milano, 2001, p. 87.

⁶⁶ Cfr. B. ROMANO, *Scienza giuridica senza giurista: il nichilismo 'perfetto'*, *passim*.

⁶⁷V. JANKELEVITCH, *L'ironia*, Genova, 2003, p. 37. Cfr. anche B. ROMANO, *Scienza giuridica senza giurista: il nichilismo 'perfetto'*, cit., p. 168, dove afferma che «l'intersecarsi dell'occasionalità dei *casi* (*caos*) con la regolarità delle *cause* (necessità) accade senza perché e senza scopi...».

⁶⁸ ID., *Filosofia e diritto dopo Luhmann*, cit., p. 129.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ L. AVITABILE, lezioni di *Teoria dell'interpretazione e informatica giuridica*, a.a. 2010-2011.

nizione di qualsiasi altro sapere.

È lontana, dall'architettura sociale discussa, l'apertura all'altro in quanto persona, degna di essere riconosciuta⁷¹, nell'ascolto rispettoso che appartiene all'incondizionato ri-trovarsi uguali nella differenza in uno spazio terzo, libero dal padroneggiamento di una delle parti che esaurirebbe il discorrere nella mera esecuzione, direzionata ed efficace⁷², del detto.

Si tratta di un *modus facendi* che ripropone le stesse dinamiche della coppia servo/padrone, metafora del processo di determinazione dell'uomo in un ruolo imposto dai meccanismi sociali dove il Nessuno invisibile, opera Ovunque, progettando strategie operative⁷³ che «servono l'essere più dell'accadere, il dominio della fattualità escludente, come è proprio di ogni interpretazione funzionale del linguaggio discorso, destinata a configurare la coscienza come spettatrice impotente»⁷⁴.

In questo senso, trova concretizzazione la prospettiva scienziata⁷⁵ che pretende di applicare il metodo e il linguaggio della scienza ai fenomeni umani, archiviando gli *a priori* dell'essere uomo che non si lasciano manipolare nei laboratori della fisica perché si sottraggono a qualsiasi costruzione *geometrica del potere*⁷⁶. Tuttavia, l'uso di categorie mutuate dalla scienza economica, come il calcolo delle probabilità⁷⁷, prospettano una semplificazione della complessità sociale a discapito della qualità della

⁷¹ B. ROMANO, *Filosofia e diritto dopo Luhmann*, cit., p. 193.

⁷² J. HABERMAS, *Etica del discorso*, Bari, 1985, p. 190

⁷³ Cfr. anche per un'analisi approfondita B. ROMANO, *La legge del testo. Coalescenza di logos e nomos*, cit., pp. 192 ss.

⁷⁴ *Ivi*, p. 54.

⁷⁵ Secondo la definizione di F. A. VON HAYEK, *L'abuso della ragione*, Torino, 2008, p. 7, si tratta non dello «spirito disinteressato della ricerca scientifica in genere, ma piuttosto delle imitazioni pedantesche del metodo e del linguaggio della scienza» relativamente ad ambiti ad essa estranei come le scienze sociali.

⁷⁶ U. PAGALLO, *Teoria giuridica della complessità*, pp. 143 ss., discute del passaggio da forme di geometrie del potere di tipo statale a quelle attuali, di tipo cibernetico che, pur essendo un prodotto umano come il sistema del mercato nessuno ha mai programmato cfr. L. LESSIG, *The future of Ideas*, N.Y., 2002, p. 36.

⁷⁷ Cfr. B. LEONI, *Probabilità e diritto nel pensiero di Leibniz*, ora in *Scritti di Scienza Politica e Teoria del Diritto*.

relazione in cui l'uomo diventa uomo con gli altri uomini⁷⁸ e il diritto emerge da un progetto condiviso.

La società complessa, infatti, «tesse insieme eventi, azioni, interazioni, retroazioni, determinazioni, rischi, che costituiscono il nostro mondo fenomenico...»⁷⁹ ma che, diversamente dall'accezione in cui questa metafora veniva usata dallo straniero del *Politico*, non indica l'intreccio di elementi differenti capaci di proteggere l'uomo dalla natura, ma è l'arte di trasformare il *bios* nei contenuti del *logos* fino all'edificazione di una bioeconomia che, nel giudizio giuridico, assume i tratti del 'giusto per natura'. Scrive Romano, a questo proposito, che «nella situazione contemporanea, qualificata dalla complessità, non agevolmente trattabile dai processi di semplificazione, ci si distanzia da quell'itinerario della modernità, che vede nel pensiero... come annota Arendt, l'ancella della scienza, della conoscenza organizzata»⁸⁰. In questo nuovo ordine scientifico, il giurista si fa artefice di una giuridicità liquida, sintomo dei processi vitali, misurati dall'emergere di un'unica legge: l'essere-più (ordine biologico) di una forza che vince ed assume i tratti del funzionare-più (ordine bio-informazionale)⁸¹. Infatti, quando la parola è solo ciò che è e il *dire* incide come i numeri, la verità diventa «una rappresentazione di oggetti... una memoria⁸² che comanda di essere eseguita dall'operatore-idraulico-delle-tecno-norme⁸³ in quanto terzo-finanziario nell'esecuzione passiva di una decisione già risolta dal sistema che, se da un lato, libera funzionalmente dallo spreco di risorse e di energie⁸⁴, dall'altro, individua la genesi del diritto in un io frammentato tra le diverse funzioni che lo impegnano⁸⁵.

⁷⁸ J. FICHTE, *Diritto naturale*, Roma-Bari, 1994.

⁷⁹ E. MORIN, *Introduzione al pensiero complesso*, Milano, 1993, p. 32.

⁸⁰ Cfr. B. ROMANO, *Diritti dell'uomo e diritti fondamentali. Vie alternative: Buber e Sartre*, cit., p. 15.

⁸¹ ID., *Scienza giuridica senza giurista: il nichilismo 'perfetto'*, cit. p. 200.

⁸² ID., *Filosofia e diritto dopo Luhmann*, cit., p. 271.

⁸³ ID., *Scienza giuridica senza giurista: il nichilismo perfetto*, cit., p. 213.

⁸⁴ Cfr. B. LEONI, *Lezioni di filosofia del diritto*, Pavia, 1959.

⁸⁵ B. ROMANO, *Filosofia e diritto dopo Luhmann*, cit., p. 278-279.

4.5. Congenita ignoranza e sapere capitalista

Le dinamiche che tessono la trama della società complessa riguardano, centralmente, le funzioni orientate alla cristallizzazione di una normatività che si fa verità assoluta quando non garantisce il cammino della ricerca, ma un «tener per vero 'finzionale'» che mette tra parentesi l'io⁸⁶, conservandolo in vita solo in quanto strumento del (plus)godimento dell'agente. Nella dialettica degli ordini spontanei si ripresenta continuamente il rapporto tra congenita ignoranza e sapere capitalista nell'ambito del rapporto servo/padrone, secondo una binarietà – per usare il linguaggio di Luhmann –, estranea all'esercizio della terzietà perché il giudice viene ad inserirsi, come l'anello di una catena, all'interno di una proceduralizzazione nella reiterazione di fasi, che ricorda la cosiddetta 'comunicazione autoreferenziale', necessaria all'elaborazione dei dati acquisiti⁸⁷ e la 'comunicazione eteroreferenziale' che riceve i contenuti dall'ambiente. Nello stesso modo, il 'sapere capitalista' dirige e orienta il 'sapere funzionale' attraverso la verità=accrescimento della volontà di potenza che garantisce la conservazione dell'ordine sociale così come l'apparato immunitario difende l'organismo dalle disfunzioni patologiche.

La dialettica servo/padrone riproduce, nel sociale, gli stessi meccanismi degli organismi biologici in una prospettiva che colloca, sullo stesso piano, riproduzione cellulare e 'mimesi' della normatività. Questo accade quando cellule=normatività rappresentano l'esito del medesimo processo di formazione che non considera l'uomo in quanto soggetto ipotizzante né riconosce la possibilità, nel dialogo, di istituire un diritto che custodisca la specificità dell'io, autore di 'atti' pensati, voluti e scelti che esulano da un mero processo di autoconservazione⁸⁸ siste-

⁸⁶ ID., *Dono del senso e commercio dell'utile*, cit., p. 5.

⁸⁷ AA., VV., *Interpretazioni del funzionalismo giuridico*, Napoli, 2010, p. 144.

⁸⁸ Il sistema di Luhmann è concepito alla stregua di un organismo biologico o autopoietico che riproduce i suoi elementi costitutivi attraverso un processo di continuo scambio con l'ambiente. Allo stesso modo, la società è una stratificazione di sistemi, tra cui il diritto, in cui ciascuno si trova, rispetto agli altri, in un rapporto di reciproca 'apertura informativa', e 'chiusura operativa'. Si tratta di operazioni che consentono, a ciascun sistema, di filtrare i materiali acquisiti dall'esterno in base al proprio codice di funzio-

mica. Il diritto, in quanto fatto, come le leggi biologiche, non si lascia interpretare con gli strumenti del dialogo perché ha la sua genesi nell'uso violento della parola che registra la caduta dell'uomo in una condizione di assoggettamento da cui emerge una normatività aritmetica. In questo senso, il momento giurisdizionale diventa lo strumento di concretizzazione delle spinte opportunistiche da parte di chi ha la forza economico/politica per imporsi, trasformando il momento centrale della giuridicità nell'esecuzione di un 'calcolo utilitaristico' in cui la norma-sentenza è solo «un atto disincarnato, depurato dall'azione dialogica e nutrito dalla violenza che vince che sorge, nella purezza della fattualità ma [poi] la tradisce, fissandola in una norma che... si svela essere contro fattuale»⁸⁹.

Si discute, anche nella prospettiva di Hayek, di un *diritto-mezzo* che emerge dal processo di privatizzazione, avviato dal tecnico delle norme quando assume le vesti del funzionario di funzioni⁹⁰ nell'esecuzione di una bio-legalità.

In questa direzione, si afferma «un contrattualismo generalizzato»⁹¹ in cui il processo terzo, imparziale e disinteressato, viene sostituito dalle tecniche monetizzanti del mercato che trovano conferma nel successo delle diverse forme di mediazione. Quando la giustizia privata prende il posto del giudizio ordinario, lo spazio tra legalità e violenza si riduce pericolosamente fino ad una *reductio ad unum*, servita sulla falsariga del pretesto della drastica riduzione dei tempi della controversia. Si tratta di procedimenti che rispecchiano in pieno i caratteri tipici dell'età moderna che vanno dalla velocità dei rapporti all'oscurarsi della dimensione dialogica, palesata nel giudizio arbitrale nell'inessenzialità del dibattito, sostituito dall'incidere del *quantum* del compenso⁹².

Il processo di trasformazione della terzietà giuridica, nella dualità

namento. Nel sistema diritto il codice legale/non legale a selezionare le condotte (materia), riducendo la scelta dei contenuti giuridici in un'operazione meccanicistica.

⁸⁹ B. ROMANO, *Sue studi su forma e purezza del diritto*, Torino, 2008, p. 110.

⁹⁰ Cfr. N. LUHMANN, *Mercato e diritto*; ID., *Sistemi sociali*, Bologna, 1990; ID., *Das Recht der Gesellschaft*.

⁹¹ L. AVITABILE, *La filosofia del diritto in Pierre Legendre*, cit., p. 117.

⁹² Cfr. C. PUNZI, *La funzione del giudice nell'attuale evoluzione del diritto privato*, Padova, 1967.

dei rapporti di forza, diventa la metafora di una società parcellizzata da quelle pratiche sociali che concorrono alla frammentazione del *dia-logos*⁹³ in cui, la dimensione 'trinitaria del *nomos*'⁹⁴, slitta nel nomadismo giuridico⁹⁵ e, lo stemperamento del potere statale, confina lo 'spazio costituzionale'⁹⁶ nei limiti, sempre più ristretti, dell'*animus*'⁹⁷.

In questa architettura, lo 'spazio umano' si oscura dietro nuove forme relazionali che negano il 'diritto primo' a prendere la parola attraverso il quale ciascuno ha la possibilità di intervenire creativamente sul dire dell'altro nella reciproca *presentazione/comparazione*⁹⁸ delle proprie, originali ipotesi di senso. Solo l'incidere del diritto garantisce la pienezza del dialogo in uno spazio terzo che non appartiene né all'Io né al Tu⁹⁹ in cui ciascuno può squarciare il velo del presente, contin-

⁹³ Per una disamina sul tema si veda AA. VV., *Perché la filosofia del diritto oggi*, a cura di L. Avitabile, Napoli, 2011, (in corso di pubblicazione). Il *dia-logos* è tale perché mediato dall'incidere della parola dell'altro nel rispetto delle regole del linguaggio – silenzio/parola – perché il senso nasce dall'attesa che riorienta i contenuti del linguaggio, nella reciprocità dell'opera creativa affidata ai dialoganti, nel riconoscimento della parità ontologica di ciascuno, oltre ogni egolatria. Si veda anche B. ROMANO, *Ortonomia della relazione giuridica*, Roma, 1997.

⁹⁴ L'affermazione è stata oggetto di discussione nel Corso *Lo spazio umano e le culture mediterranee*. Il concetto di 'trinità' rinvia a quello, propriamente giuridico di 'terzietà', «figura inaugurale della giuridicità e spazio dell'istituire, amministrare il diritto, destinato a custodire il compito di differenziazione esistenziale dei singoli». B. ROMANO, *Filosofia del diritto*, cit., p. 120.

⁹⁵ C. SCHMITT, *Il Nomos della terra nel diritto internazionale dello "jus publicum europaeum"*, Milano, 1991.

⁹⁶ Il sentimento di appartenenza nelle leggi di un tempo e di uno spazio storico definito, si eclissa con l'avvento della globalizzazione che ha avviato la costituzione di una società mondiale priva di confini territoriali in cui, concetti come 'centro' e 'periferia', non hanno senso: prioritario diventa il possesso dei beni di consumo e dei mezzi necessari al loro acquisto. Questo comporta un continuo spostamento del centro da un posto all'altro a partire dalle concentrazioni economiche del potere che, oggi, gestisce nel mercato globale, il potere finanziario. Cfr. B. ROMANO, *Filosofia della forma. Relazioni e regole*, cap. 7.

⁹⁷ Cfr. ID., *Sistemi biologici e giustizia. Vita animus anima*, Torino, 2008.

⁹⁸ ID., *Filosofia della forma. Relazioni e regole*, cit., p. 7.

⁹⁹ M. BUBER, *L'Io e il Tu*, Pavia, 1991.

gente e assoluto, avviando il dirsi «nascosto dietro al si dice in ciò che si intende»¹⁰⁰. L'interfaccia dello schermo, nell'interazione telematica, nega la possibilità di inscrivere un senso perché non incontra mai l'interessato dell'altro, ma un'entità virtuale, non esige l'opera creativa del *sensu* ma si lascia gestire dall'uso dei *sensi*¹⁰¹, generando un processo di degradazione dell'io che parte da certi modelli di comportamento, sollecitati dal processo di privatizzazione della sfera pubblica in cui l'agorà «[perde] quella capacità di illuminazione che faceva parte della sua natura originaria, lasciando il posto all'oscurità, scesa quando questa luce è stata eclissata da un governo invisibile»¹⁰².

4.6. Ordine spontaneo e diritto surmoderno

L'attuale società dromocratica è un tipo di organizzazione surmoderna¹⁰³, diretta evoluzione dell'ordine spontaneo di Hayek in cui gli spazi, adibiti alla circolazione di persone, beni e servizi, diventano i paradigmi di riferimento di una precarietà che riguarda il lavoro, il rapporto umano e l'istituzione del diritto, fagocitati dai meccanismi delle piattaforme virtuali che generano, soprattutto nei nativi digitali, l'allontanamento dalla sfera pubblica e una scarsa partecipazione alla politica. I «tempi oscuri» della Arendt acquistano sfaccettature nuove in un contesto in cui lo Stato diventa una funzione al servizio del mercato e la comunità di popolo, stanziato su un territorio e organizzato intorno ad un potere centrale, si eclissa nella continuità di non-luoghi. Anche la relazione intersoggettiva viene vissuta come una funzione al servizio del sistema che assorbe e trasforma l'eros del mondo in una strategia dell'anima ripiegata su se stessa¹⁰⁴, chiusa nel solipsismo di una funzionalità senza scopo; si tratta di una «un'economia libidica che presenta lo scontro tra pulsione vitale e pulsione aggressi-

¹⁰⁰ J. LACAN, *Il seminario. Libro VII. L'etica della psicoanalisi*, Torino, 2008.

¹⁰¹ B. ROMANO, *Filosofia della forma. Relazioni e regole*, cap. IV.

¹⁰² H. ARENDT, *Men in Dark Time*, N. Y., 1983, discussa da Z. BAUMAN, *Vita liquida*, Roan-Bari, 2006, p. 147.

¹⁰³ AUGÈ M., *Non luoghi. Introduzione ad un'antropologia sulla surmodernità*, Milano, 2006;

¹⁰⁴ ID., *La strategia dell'anima*, Troina, 2003.

va, tra eros e morte, ma non contempla alcuna domanda sulla selezione dei contenuti dell'attività legislativa e giurisdizionale. Non vi è nessun riferimento alla qualità delle relazioni personali»¹⁰⁵.

Quando l'esercizio della soggettività «che si sottrae ad ogni definito presentarsi»¹⁰⁶, diventa un ostacolo da superare, per garantire la piena funzionalità dei rapporti di forza, la selezione degli elementi formativi delle norme è operata dal successo del fattuale che prescinde da una selezione 'qualitativa' dei contenuti. Si avvia, allora, la degenerazione del diritto nel formalismo giuridico come pretende la conservazione di un sistema di delocalizzazione del mercato e, in generale, quel processo di glocalizzazione che svuota la parola e trasforma i legami sociali in un ingranaggio puntistico, «chiuso agli effetti dissaldanti del linguaggio», confidando il diritto, l'uomo, le relazioni e la stessa humanitas, in una contingenza senza durata che oscura lo spazio del Terzo-Altro e inaugura i *non lieux* di Augè¹⁰⁷.

L'assenza di regole e di una «camera dei bottoni»¹⁰⁸ diventa lo snodo di una società senza centro, come quella globale, in cui operano gli attori della clandestinità, i delegittimati, alla ricerca di forme di avallo politico e giuridico diverso dal consenso popolare. Si tratta di una politicizzazione per mezzo della depoliticizzazione degli Stati in cui il fenomeno giuridico, non compare mai per garantire l'ec-staticità dell'io, intesa come apertura al dirsi delle parti nella relazione, ma per operare al servizio del potere di turno: politico, economico o culturale che sanziona il dire altrimenti in cui ciascuno può 'metterci del suo' oltre ogni sistemazione che pretenda di trattare il diritto secondo un processo logico-formale. Si tratta dei meccanismi che muovono ogni ideologia che pretenda di imporre un sistema di valorizzazione dall'alto come se il fenomeno giuridico non fosse intrinsecamente 'parola' che attende di essere risignificata costantemente dall'io in un processo di simbolizzazione che evoca la presenza di un'assenza e rigetta ogni fonda-

¹⁰⁵ Cfr. AA. VV., *Perché la filosofia del diritto oggi*, a cura di L. Avitabile, Napoli, 2011, in part. B. ROMANO, *Economia libidica e ragione giuridica*.

¹⁰⁶ ID., *Sulla trasformazione della terzietà giuridica*, Torino, 2006, p. 79.

¹⁰⁷ Cfr. M. AUGÈ, *Non luoghi. Introduzione ad un'antropologia sulla surmodernità*.

¹⁰⁸ K. JOWITT, *New world disorder*, Berkeley, 1992.

mentalismo che imponga la forma di una legalità fine a se stessa.

Quando ogni spazio diventa una terra di frontiera, priva di tutela giuridica, è lecito discutere di un *far west* in cui «forze incontrollate prosperano sulla frammentazione dello scenario politico»¹⁰⁹, forme di 'intelligenza giuridica' che, se per un verso contribuiscono alla crisi del primato della legge statale e della supremazia della legislazione, dall'altro, svuotano la pienezza del diritto, esemplarmente espressa nell'opera del giurista quando si impegna nella ricerca del giusto nel legale e non si lascia manipolare alla stregua di una macchina intelligente, deputata solo ad un accrescimento quantitativo. La deterritorializzazione del giuridico esige, infatti, la 'produzione' di tecno-norme prive di confini territoriali e una continua ibridazione dell'intelligenza umana e artificiale attraverso un processo in cui il terzo opera solo come un'entità differenziale nel conservare distinti il *nomos* e il *logos*¹¹⁰.

In questo senso, il diritto continua a regolare il mercato attraverso la manipolazione delle forme storiche della terzietà che, operando per il '*potenziamento del vitale*' e del '*macchinale*', spengono nella dualità, il questionare sul senso nel *contunuum* della fattualità sistemica, costitutiva delle leggi del non-umano, come nei processi arbitrari, dove una parte vince sull'altra, imponendo la funzionalità più efficace. Si tratta di una forma di determinazione in cui combinatorie estranee allo scegliersi del parlante, causano le condotte dell'uomo, privandolo del libero esercizio della soggettività, l'unica in grado di avviare il giudizio giuridico che presuppone la libera formazione e scelta delle condotte, giustiziabili nel processo.

Gli omini 'Lego' che, esemplarmente, rispecchiano l'uomo post-moderno sono entità non avvicinabili dal magistrato, perché si collocano nella prospettiva del pre-formato che non lascia spazio all'interpretazione, né all'argomentazione che giustifica i tre gradi di giudizio. Qualsiasi immagine/soggettività statica è espressione della rinuncia dell'uomo alla formazione di un futuro originale attraverso il proprio infungibile ipotizzare, garantito dal-

¹⁰⁹ Z. BAUMAN, *L'europa è un'avventura*, ROMA, 2006, ID., *La società sotto assedio*, Roma, 2006, pp. 68-89.

¹¹⁰ B. ROMANO, *Filosofia del diritto*, cit., p. 204.

lo spazio terzo della triadicità discorsiva che libera dalla presunzione di possedere un sapere compiuto e spegne il desiderio della ricerca della verità. Il giudizio giuridico acquista la struttura della terzietà, imparziale e disinteressata, quando «il giudice non fa regalo di giustizia ma fa giustizia secondo le leggi», operando secondo la differenza nomologica che conferma la centralità del legame tra la questione della giustizia e la ricerca della verità. Un giudizio che limiti le proprie competenze all'applicazione degli enunciati normativi è un processo ingiusto perché concretizza un sapere chiuso che ripete mnemonicamente il successo funzionale del sistema normativo, ma rimane estraneo alla qualità del relazionarsi degli uomini. Solo lo spazio del Terzo svela che il 'parlante' può avviare una comunicazione creativa con l'altro oltre ogni forma di identificazione in uno spazio neutro dove ciascuno può avviare un questionare, superando un presente 'determinato'¹¹¹. Quando la risposta dell'altro è qualificata dal 'reagire biologico-naturalistico', «l'azione legislativa» è nella disponibilità di un manipolo di persone che trasformano il diritto in una «pratica scienziata, un giudizio sintetico *a-priori*¹¹² nell'esercizio della tecnica applicata che prescinde dall'esperienza umana»¹¹³. Si tratta di una forma di *management* «manipolatore del principio normativo, motivato dalla circostanza che facendo passare per diritto prassi che non sono di diritto, si finisce con il renderle più forti»¹¹⁴. Il self-service normativo, come lo definisce Legendre, non garantisce certezza nei rapporti economico-sociali perché sono il riflesso dell'utile biologico che «privilegia il fluire senza interventi che può mettere a rischio la continuità stessa», improntata sull'esercizio violento delle ragioni non misurate dalla relazionali-

¹¹¹ *Ivi*, p. 59.

¹¹² L. AVITABILE, *La filosofia del diritto in Pierre Legendre*, cit., p. 198.

¹¹³ A tal proposito Legendre discute di *management normativo*, *ivi*, p. 341. Nella globalizzazione dei mercati, non sono più gli Stati a produrre diritto ma soggetti privati, privi di conoscenze giuridiche che ne strumentalizzano i contenuti a seconda delle proprie esigenze. Legendre fa risalire questa *praxis* alle tattiche militari delle dittature del XX secolo che già agli inizi del novecento avevano dato luogo ad una progressione normativa ispirata alla contingenza dei fatti.

¹¹⁴ *Ivi*, p. 228.

tà discorsiva che esporrebbe al rischio legato alla non ripetizione «nel medio della creazione di senso»¹¹⁵.

Solo l'universalità e l'incondizionatezza dei diritti dell'uomo che nascono con l'io, travalicando la contingenza storica e geografica dei confini di uno Stato, sono capaci di garantire, in un sistema come quello globale, il rispetto delle minoranze nella consapevolezza che il diritto dei deboli non è un debole diritto¹¹⁶. Quando il diritto alla parola non è garantito trova compimento il nichilismo annunciato da Nietzsche che sostituisce al processo di valorizzazione attraverso l'uomo quello di significazione del superuomo che oggi assume i tratti dell'accadere oltresoggettivo senza né volto né memoria.

La graduale trasformazione della *forza-più* nel *funzionare-più* trova compimento in quelle modalità operative che ricordano il Callicle del Gorgia¹¹⁷, promotore di un sistema che funziona attraverso «informazioni [più forti] che operano su altre informazioni [più deboli]» come nel clinamen¹¹⁸ di Lucrezio, sintesi di *caos* e *necessità*, oggi, esemplarmente rappresentato dalle regole imposte dal potere finanziario. Si tratta di leggi che garantiscono la funzionalità delle relazioni attraverso l'applicazione di norme-fatto, «custodi di una verità, divenuta oggetto di un sapere dichiarativo che pronuncia statuti di corrispondenza immediati tra parola e cosa, perdendo ogni dimensione di tensione interrogante e di mistero inspiegabile»¹¹⁹.

In questo senso, il terzo giudice si fa promotore di un diritto che «evoca la semplicità intelligibile della drittura o «rettezza»¹²⁰, cioè la conformità a «regole» dettate dalle aspettative economiche del mercato che non hanno i caratteri della controfattuali-

¹¹⁵ B. ROMANO, *La legge del testo. Coalescenza di logos e nomos*, Torino, 1999, p. 118.

¹¹⁶ ID., *Diritti dell'uomo diritti fondamentali, passim*.

¹¹⁷ PLATONE, *Gorgia*, Bari, 1964.

¹¹⁸ ID., *Scienza giuridica senza giurista: il nichilismo 'perfetto', passim*.

¹¹⁹ P. BARCELLONA, *Elogio del discorso inutile*, Bari, 2006, p. 104.

¹²⁰ Cfr. V. JANKELEVITCH, *Trattato delle virtù*, Milano, 1996, cap. XI.

tà¹²¹, istituita, eccedendo il semplice 'continuare la vita' senza interventi, perché vengono selezionate nel rispetto di un'«uguaglianza [solo] geometrica»¹²² che forgia le nuove costruzioni *geometriche* del potere¹²³, genesi della «mistificazione degli atti nei fatti».

Infatti, lì dove conta chi dispone di danaro, solo alcuni hanno diritto di parola, confermando il successo della *physis* sul *nomos* come dimostra l'affermarsi di un diritto-strumento¹²⁴ al servizio del potere finanziario che diventa l'emblema dell'uomo-leone, descritto da Platone, capace di elevarsi sopra la morale comune e di affermare la propria superiorità.

In queste dinamiche sociali è possibile individuare una continua minaccia alla genesi antropologica del diritto che trova nel dialogo la sua origine fenomenologica, oscurata, nel sistema senza uomini, della nuova *civitas* globale, dall'assenza di uno spazio terzo che avvia l'intervallo-di-senso¹²⁵ in cui ciascuno può riorientare i contenuti del discorso attraverso il passaggio dallo stimolo ambientale all'elaborazione di una risposta. Infatti, mentre gli animali, non essendo dotati di linguaggio, rimangono sottoposti alla tirannia del fattuale, rispondendo istintivamente agli stimoli

¹²¹ B. ROMANO, *Filosofia del diritto*, cit., p. 4, afferma che il diritto è controfattuale perché "confina/vieta" l'accadere dei fatti vincenti, conferendo "durata ad una direzione giuridizzata del coesistere" al di là di quanto si afferma fattualmente, cit., p. 171.

¹²² Cfr. V. JANKELEVITCH, cap. XI.

¹²³ Cfr. *supra*, nota 37.

¹²⁴ ID., *Diritto assoggettamento condizione logotecnica*, cit., p. 140.

¹²⁵ B. ROMANO, *Fondamentalismo funzionale e nichilismo giuridico*, Torino, 2004, p. 263. Di questo aspetto parla S. KIERKEGAARD, *Briciole di filosofia e postilla non scientifica*, Bologna, 1962, I, p. 323. L'intervallo-di-senso determina il passaggio alla contemporaneità doppia esclusiva dell'uomo, capace di trascendere i fatti che lo ambientano distanziandosene, prendendo posizione rispetto a quanto incontra, scegliendo con responsabilità il suo poter essere nel futuro. "L'intervallo, non è una fase di stasi, ma è la condizione esistenziale del se stesso che prende distanza nel poter scegliere e decidere, esistendo tra le cose ma non essendo una cosa". B. ROMANO, *Sistemi biologici e giustizia. Vita animus anima*, cit., p. 62.

esterni, l'uomo è dotato della «capacità di trascendimento»¹²⁶ che gli consente di distanziarsi e interrogarsi sul senso del funzionamento del diritto, non rimanendo confinato/chiuso nello stare a vedere passivamente quanto si afferma con forza. Tuttavia, dissolto il rapporto fra città e campagna, centro e periferia, viene a mancare anche il ri-trovare di fronte all'altro e nell'altro, insieme al nesso strutturale fra detto e non detto, interpretazione ed esecuzione, assorbita nella ripetizione funzionale di una legalità che non nasce con l'uomo ma da un processo di determinazione in cui l'io e il diritto diventano entità 'causate' e la *ratio*¹²⁷, intesa come calcolo delle possibilità, lo strumento più idoneo ad assicurare il soddisfacimento di alcune aspettative¹²⁸ attraverso il computo del magistrato.

È necessario chiarire che, l'esattezza del giudizio è realizzabile solo se destinatario della sentenza è la 'coscienza pura' di un 'io puro'¹²⁹ in grado di pronosticare, con matematica certezza, calcola-

¹²⁶ S. COTTA, *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*, cit., p. 90. Cfr., L. AVITABILE, G. BARTOLI, D. M. CANANZI, A. PUNZI, *Percorsi di fenomenologia del diritto*, Torino, 2007, p. 136 in cui si discute dell'uomo come 'individuo' detentore in potenza di possibilità e libertà e 'persona' impegnata nell'esercizio concreto di queste qualità.

¹²⁷ M. HEIDEGGER, *Il principio di ragione*, Milano, 2004. L'autore attribuisce al termine *ratio* il significato di 'calcolo' che riduce l'Essere all'ente, inaugurando quella fase della cultura occidentale che Heidegger definisce 'pensiero calcolante' secondo la quale la verità è qualcosa di certo e prevedibile. Per una impostazione antitetica si veda B. ROMANO, *Due studi su forma e purezza del diritto*, § Socrate: 'fare giustizia secondo le leggi' Verità e forma nella relazione giuridica: la differenza nomologica, pp. 15 ss.

¹²⁸ L'espressione è ripresa da B. LEONI, *Norma, previsione e speranza nel mondo storico*, cit., pp. 145, dove afferma: «Nella vita ordinaria ci troviamo continuamente di fronte, osserva Leoni, a beni suscettibili di calcolo matematico e quindi sembrano mancare regole stabili di previsione. Infatti, la stabilità di queste regole dovrebbe ... in primo luogo dipendere dalla stabilità dei dati che riguardano... le azioni degli uomini». L'uso del condizionale circa l'applicabilità del metodo statistico all'agire viene facilmente superato dall'autore ricorrendo al calcolo delle probabilità attraverso un processo di estrapolazione statistica di fatti realmente accaduti, espressione della prassi consolidata.

¹²⁹ I rinvii impliciti alla speculazione di Husserl sono molteplici come rileva anche C. LOTTIERI, *Le ragioni del diritto. Libertà individuali e ordine giuridico nel pensiero di Bruno Leoni*, Catanzaro, 2006, dettate dalla necessità di depurare il diritto da qual-

ta e pianificata a priori, che l'evento si realizzi. In questo caso, si può discutere della normatività come una «generale previsione normativa»¹³⁰, scaturente da un processo di estrapolazione statistica, indifferente alla «qualità del relazionarsi»¹³¹, in una evoluzione «asoggettivamente trasformativa in cui non si osserva un diritto istituito, ma la fattualità dei diritti della senziienza»¹³².

Negli spazi deregolamentati della globalizzazione, infatti, il diritto e l'uomo sono determinati dal trovarsi in una precisa combinatoria/situazione in luogo di un'altra che indica a ciascuno quel che è attraverso l'incidere imperativo di un'autorità pianificatrice, *legibus solutus*, nell'esercizio di una «scienza applicata»¹³³ che avvia il darsi di un sistema autoreferenziale, frutto dell'ingegneria¹³⁴ di alcuni, i più forti, che sostituiscono la propria volontà alla ragion di Stato.

Solo attraverso un'analisi approfondita dei meccanismi che determinano le dinamiche, in uno spazio deregolamentato, come quello economico, è possibile discutere di una 'giustizia' funzionale/finzionale, deputata al mantenimento del sistema stesso, in cui le norme diventano la proiezione dell'esserci di certi rapporti di forza in luogo di altri che consentono all'individuo, con «cono-

siasi forma di intrusione che, sebbene in più occasioni venga criticata da Leoni, diventa il metodo principale per garantirne la certezza e la prevedibilità p. 297. Infatti afferma «dinanzi a questa logica (del probabile) la psicologia e l'autorità delle persone svaniscono: non rimane che il calcolo», p. 295.

¹³⁰ B. LEONI, *Norma, previsione e 'speranza' nel mondo storico*, cit., p. 236.

¹³¹ B. ROMANO, *Filosofia della forma. Relazioni e regole*, cit., p. 35, la qualità della relazione è positiva quando è alimentata dall'accoglienza dell'altro riconosciuto nella sua unicità nella selezione dei contenuti del dialogo.

¹³² ID., *Diritti dell'uomo e diritti della senziienza. Postumanesimo e globalizzazione*, Roma, 2002-2003, p. 43.

¹³³ *Ivi*, p. 139.

¹³⁴ L'abuso della ragione, che Hayek definisce 'razionalismo costruttivistico', deriva proprio da questa sudditanza delle scienze morali alle scienze naturali: lo sviluppo di queste ultime, ha portato a credere che la società potesse essere organizzata dall'alto, pianificata da una nuova figura professionale, l'ingegnere sociale. F. A. VON HAYEK, *L'abuso della ragione*, cit., p. 127.

scenza pratica»¹³⁵, di scegliere sulla base del calcolo, costi-benefici, l'alternativa in grado di procurargli maggiore soddisfazione, tenuto conto della scarsità di risorse a disposizione. L'insieme dei processi di trasformazione del nostro modo di vivere, coinvolge l'interesse dell'uomo e ogni progetto razionale, capace di distanziarsi da una mera *adeguatio intellectus ad rem*¹³⁶, che costringe tutti, a partire dal filosofo del diritto, a porsi interrogativi sul destino dell'io.

È necessario che l'uomo riacquisti la sua identità esistenziale attraverso una presa di coscienza sull'essenzialità dello 'spazio della terzietà' che è, prima di tutto, 'lo spazio della comunicazione' quotidiana dove ciascuno vive nell'ascolto rispettoso dell'altro, a prescindere dalla razza o dallo status, anche attraverso l'incidere delle forme storiche della terzietà, rispettivamente, nell'istituzione ed applicazione delle norme giuridiche al caso concreto.

Eliminare lo Stato, piegare le decisioni politiche agli interessi del mercato, significa costringere chi meno vive a rimanere estraneo all'azione legislatrice attraverso la quale tutti possono determinare i contenuti giuridici, oltre ogni modalità violenta che privi la persona¹³⁷ del diritto primo a 'prendere la parola per destinarla all'altro'.

Quando il sistema economico gerarchizza quello giuridico, imponendo i suoi contenuti, il diritto dei deboli diventa un debole diritto e la regola di giustizia degrada nella formula vuota dell'equivalenza in cui l'utile è misurato dall'utile e il terzo, mo-

¹³⁵ *Ivi*, p. 326.

¹³⁶ B. ROMANO, *Terzietà del diritto e società complessa*, cit., p. 187.

¹³⁷ La reificazione è un termine ampiamente usato da quanti portano avanti una critica che si propone di scardinare il collettivismo metodologico dove si trasformano in *res* concetti come Stato, partito, classe o popolo con l'inevitabile conseguenza di politiche liberticide. Questo processo, oggi, si ripropone nel mercato dove l'uomo è privato della possibilità di scegliere, trasformando, luhmannianamente, nella 'funzione della funzione', in un meccanismo dell'ingranaggio volto al funzionamento e all'efficienza del mercato dove *il prendersi tempo e il darsi spazio* diventa una patologia disfunzionale che determina l'inceppamento del sistema. Cfr. N. LUHMANN, *Mercato e diritto*, a cura di L. Avitabile, Torino, 2007; Cfr. B. ROMANO, *Terzietà del diritto e società complessa*, Roma, 1998.

mento centrale della giuridicità, scompare nella finzione del processo arbitrale¹³⁸.

Riconoscere l'affermazione di un nuovo rapporto che privilegia i contenuti dell'economia su quelli giuridici, della velocità sulla durata, dell'homo faber sull'homo sapiens, è il primo passo per prendere coscienza di se stessi e non rassegnarsi all'adeguazione passiva di qualsiasi fenomeno sociale in grado di produrre uno stato di captazione, nella forma di un'immagine pubblicitaria, di un pensiero politico o di un fondamentalismo religioso. Ogni modalità idolatrica, infatti, trasforma il soggetto in un'entità innocente e, il potere, nella sue diverse manifestazioni, nella genesi di una giustizia meramente funzionale, che asseconda le istanze sociali economicamente più forti. Solo queste hanno accesso alle diverse forme di giustizia privata dove la decisione non nasce dalla gratuità del dono di senso, ma dalla funzionalità del «compromesso economico», senza alcuna mediazione, selezione o garanzia di reciprocità, garantita solo dall'incontro in un luogo terzo, non padroneggiato da chi, togliendo la parola all'altro, si fa artefice di una «inumana [quanto] esatta giustizia che calcola la simmetria al millimetro e la concordanza al comma»¹³⁹.

4.7. Giudice e diritto nel pensiero di von Hayek

Il sistema giuridico teorizzato da Hayek suggerisce una riforma degli ordinamenti giuridici che riduce al minimo l'intervento del sistema di produzione legislativa, in favore di un processo di formazione giudiziaria. Il diritto come prodotto spontaneo è l'esito dell'incontro tra pretese avanzate da ciascun individuo all'interno di una data comunità dove il compito dei giudici è, prioritariamente, quello di scoprire le regole, ricavandole dalla realtà dei rapporti interindividuali, così come si manifestano spontaneamente nella società.

L'obiezione più frequente verso questa proposta di riforma è il rischio di una condotta giudiziaria arbitraria così come accade nelle

¹³⁸ Cfr. la relazione tenuta dal prof. B. ROMANO, *Economia funzionale e ragione giuridica*.

¹³⁹ V. JANKELEVITCH, *Trattato delle virtù*, Milano, 1996, cap. XI.

criticate modalità di istituzione del diritto attraverso l'assemblea legislativa. La questione lascia emergere il problema relativo alla nomina dei giudici, rimessa al principio concorrenziale: l'attività dei giuristi «si basa su un consenso diffuso da parte di clienti, colleghi, e del pubblico in generale, un consenso senza il quale nessuna nomina è veramente efficace. Naturalmente, la gente può sbagliare sul valore delle persone prescelte, ma questo è inevitabile in ogni genere di scelta. Dopo tutto, ciò che conta non è chi nominerà i giudici, ma come il giudice lavorerà».

L'assenza di un giudice naturale preconstituito per legge, avalla il ricorso ai giudizi arbitrali per mezzo dei quali le parti si sottraggono alla giustizia ordinaria, affidandosi ad una sorta di privatizzazione del procedimento che si sottrae alle maglie della legalità e, non secondariamente, della ricerca del giusto.

Si tratta di un patto attraverso il quale le parti conferiscono a giudici privati il compito di risolvere le controversie, scegliendo, con discrezionalità, le regole di riferimento che il giudice-arbitro è tenuto ad osservare nel corso del procedimento. Si tratta di una impostazione teorica di stampo realista¹⁴⁰, radicata nella valorizzazione della realtà empirica e, insieme, orientata alla critica verso ogni dimensione astratta o metafisica¹⁴¹.

L'affinità teorica emerge, con particolare evidenza, rispetto alla

¹⁴⁰ Il «realismo giuridico americano» nasce negli anni intorno al 1930, come movimento di un gruppo di giuristi particolarmente occupati a sottoporre sia dottrine, sia norme tradizionalmente accettate ad una critica dal punto di vista del loro «realismo», cioè della loro capacità descrittiva. Per questo motivo loro stessi si definiscono «realisti» e dagli interlocutori vengono designati come «realisti», cosicché una semplice locuzione del linguaggio ordinario assunse un significato tecnico volto ad indicare un movimento di pensiero giuridico che tra i suoi massimi esponenti annovera K. N. Llewellyn, Jerome Frank, Max Radin, H. Oliphant e Abram Hewitt⁹⁸. Essi non costituiscono una scuola, ma un movimento, come Llewellyn puntualizza nel 1931: «Una cosa è chiara: i realisti non formano una scuola. E non vi è nessuna probabilità che tale scuola si formi. Non vi è neppure un gruppo con un credo ufficiale o accettato e nemmeno in via di formazione. La ricerca indipendente non viene sacrificata all'unità di una scuola e speriamo che non lo sia mai. Le nuove reclute acquisiscono soltanto strumenti e stimoli, non maestri o idee dominanti. I vecchi rappresentanti seguono interessi molto diversi tra loro. Come dice Frank, essi sono legati soltanto dalla loro contestazione, dal loro scetticismo e dalla loro curiosità».

¹⁴¹ Il «realismo giuridico scandinavo» annovera tra i suoi massimi esponenti Axel Hagerstrom, Vilhelm Lundstedt e Karl Olivecrona in Svezia e, in Danimarca, Alf Ross.

funzione del giudice e del legislatore e, insieme, con riferimento al rifiuto del mondo astratto e sofisticato delle concettualizzazioni giuridiche sul diritto, inteso come «fatto» sociale. Viene assunto come punto di partenza della ricerca non un sistema di norme, ma una serie di fatti; in questa direzione, il «dover essere» non si riferisce alla natura dell'oggetto della conoscenza giuridica, ma alla valutazione della realtà nella rigida distinzione tra precetti, pratiche e «proposizioni prescrittive (contenute nelle leggi e nelle decisioni giudiziarie), studiate come fatti storici e formulazioni, intese a giustificare, a provvedere o ad influenzare i comportamenti degli operatori giuridici. Il compito di indagare la correlazione tra precetti e pratiche, teoria e prassi, in continua formazione, sollecita il giurista ad un continuo adattamento nell'opera di formazione del diritto, «*judge made-law*», mediante una ricerca delle regole giuridiche negli usi, nelle norme tacite e nei principi generali che esige una collaborazione ampia tra le parti.

4.8. Può il diritto spontaneo dirsi 'bene comune'?

«L'indifferenza tra i modelli delle relazioni di reciproco riconoscimento (bene-giusto) oppure di unilaterale esclusione (male-ingiusto) può essere superata ... impegnandosi per riportare il mercato alla sua base giuridica avendo consapevolezza che la libera circolazione delle merci e dei capitali non è un obiettivo in sé. Essa ha valore solo se serve a migliorare il destino degli uomini»¹⁴² e ancora «Coloro che ... prescissero ai loro popoli ordini dannosi ed ingiusti ... promulgarono qualsivoglia cosa, ma non delle leggi, sicché è chiaro che nella stessa interpretazione del nome di legge è insita la sostanza e il concetto della scelta del giusto e del vero»¹⁴³.

Queste considerazioni consentono di avviare un discorso intorno al diritto spontaneo come 'bene comune' oppure come 'strumento dei privati', al servizio dei fenomeni che, nella globalizzazione¹⁴⁴, oscura-

¹⁴² B. ROMANO, *Male ed ingiusto. Riflessioni con Luhmann e Boncinelli*, cit., p. 78.

¹⁴³ CICERONE, *Le leggi*, cit., p. 477.

¹⁴⁴ Cfr. B. ROMANO, *Globalizzazione del commercio e fenomenologia del diritto*, Torino, 2001; cfr. in ID., *Fondamentalismo funzionale e nichilismo giuridico*, Torino, 2004; cfr. in ID., *Scien-*

no la 'genesi fenomenologica' del diritto¹⁴⁵, radicata 'nel darsi del senso oltre lo scorrere della vita'¹⁴⁶, usurata nel vortice nichilistico del consumo.

Se si considera la dimensione giuridica come una datità perennemente sospesa tra due opposte qualificazioni: 'fatto chiuso' nella forma della propria vigenza o 'fenomeno aperto' all'opera ermeneu-

za giuridica senza giurista: il nichilismo 'perfetto', cit.; cfr. in ID, *Sistemi biologici e giustizia. Vita animus anima*, cit. Cfr. L. AVITABILE, *La filosofia del diritto in Pierre Legendre*, cit.; cfr. N. LUHMANN, *Mercato e diritto*, cit; cfr. L. AVITABILE, *Forme del terzo nel diritto*, cit. Cfr. U. BECK, *Che cos è la globalizzazione*, Roma, 2002; cfr. Z. BAUMAN, *La società dell'incertezza*, Bologna, 2006; cfr. ID., *Globalizzazione e Glocalizzazione*, Roma, 2004; cfr. B. LEONI, *La libertà e la legge*, cit.; cfr. M. R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, cit. Con il termine globalizzazione si intende la standardizzazione di tutti i mercati globali rispetto ad un modello unico dominante in cui è possibile la circolazione di capitali finanziari, commerciali e produttivi indipendentemente dai singoli governi politici. Sebbene questo processo abbia determinato la crescita progressiva delle relazioni tra gli Stati, imprimendo un dinamismo senza precedenti al sistema economico giuridico, non ha eliminato le differenze ricco/povero ma ha accentuato un modello *standard* quello capitalistico occidentale. Il concetto di globalizzazione non attiene alla fine della politica e del diritto ma ad una collocazione del 'politico' e del 'giuridico' fuori dallo Stato che ha prestato il fianco ad un crescente «nomadismo del diritto». Se il *nomos*, nell'antica greca era l'espressione dell'attaccamento al territorio, luogo di creazione e di sviluppo delle norme, oggi assistiamo ad una vera e propria deterritorializzazione del giuridico, infatti il mercato globale si è sviluppato grazie all'abbattimento dei confini statali, i quali non segnano più le frontiere dei traffici, che a loro volta si svolgono, come sostiene Augé, nei «non luoghi» dove proliferano nuove fonti di normazione, soggetti pubblici e privati che detengono le redini del mercato globale.

¹⁴⁵ Si presenta centrale, nell'ambito di questo studio sull'analisi del 'bene comune' all'interno della dimensione giuridica, la 'relazione di riconoscimento' come una delle possibili declinazioni del 'bene'. È necessaria in questo senso un'indagine sugli elementi che differenziano il diritto, fenomenologicamente inteso, dal fatto trovato, esprimibile nel dire-eseguire quanto si afferma fattualmente nell'indifferenza verso i contenuti non misurati dalla verità-qualità del relazionarsi. In questa dimensione, l'uomo rimane confinato 'nell'apprendere, ratificare ed eseguire' ciò che si impone perché ha successo e vince, assumendo la forma del diritto. B. ROMANO, *Filosofia del diritto*, cit., p. 175.

¹⁴⁶ A questo proposito Romano afferma che «l'omertà sul diritto ... è l'omertà sull'uomo», ID., *Filosofia della forma. Relazioni e regole*, cit., p. 126.

tica del giurista, costantemente impegnato ad interpretare l'inesauribile pluralità del senso¹⁴⁷, si comprendono le criticità di un diritto, come quello spontaneo, chiuso nella propria autoreferenzialità, determinata dall'unidirezionalità degli scopi: l'equilibrio dell'ordine stesso.

Che cosa sia il bene giuridico è una delle *questiones* più iniziali del pensiero giuridico alle quali si può rispondere attraverso un'indagine di tipo non tecnico né dogmatica, orientata a sistematizzare i concetti, tanto più quelli sono posti nella dimensione ermeneutica che dice l'essere dell'uomo, svelando il nesso che lega la storia dell'*io* – inteso quale *umanità* – e del diritto, messo a dura prova, nella società postmoderna, dalla *reificazione* della persona¹⁴⁸.

Il filosofo del diritto, contribuendo ad affrancare questa disciplina dal limbo degli insegnamenti astratti, non rimane estraneo al processo di degradazione che coinvolge – tra l'altro – la politica e il diritto, mera 'registrazione di interessi'¹⁴⁹, asservito alle mutevoli esigenze del mercato in cui l'utile diventa la matrice ('forma-sformante')¹⁵⁰ di una legalità strumentalizzata dal potere di turno.

L'incapacità organizzativa degli Stati viene sopperita, nella teoria di Hayek, dalla concorrenza e dalle dinamiche del mercato che sollecitano la proliferazione di forze difficilmente individuabili (monarchie mediatiche) e controllabili, espressione di un formalismo che investe anche il giuridico e mette a dura prova la 'genesi fenomenologica' del diritto, degradato nella forma marcata dall'utile

¹⁴⁷ Cfr. ID., *Senso e differenza nomologica*, Roma, 1993.

¹⁴⁸ La reificazione è un termine ampiamente usato da quanti portano avanti una critica che si propone di scardinare il collettivismo metodologico dove si trasformano in *res* concetti collettivi come lo Stato, il partito, la classe e il popolo con l'inevitabile conseguenza di politiche liberticide. Questo processo, oggi, si ripropone nel mercato dove l'uomo è privato della possibilità di scegliere, trasformato, luhmannianamente, nella 'funzione della funzione', in un meccanismo dell'ingranaggio volto al funzionamento e all'efficienza del mercato dove il prendersi tempo e il darsi spazio diventa una patologia disfunzionale che determina l'inceppamento del sistema. Cfr. N. LUHMANN, *Mercato e diritto*, cit.; Cfr. B. ROMANO, *Terzietà del diritto e società complessa*, cit. N. LUHMANN, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, cit., p. 1125.

¹⁴⁹ L. AVITABILE, *Forme del terzo nel diritto*, cit., p. 156.

¹⁵⁰ B. ROMANO, *Scienza giuridica senza giurista: il nichilismo 'perfetto'*, cit., p. 72.

di una legalità fine a se stessa che nega la relazione interpersonale come forma di riconoscimento, strumento attraverso il quale ciascuno, nella costruzione della propria identità, prende parte, attraverso la partecipazione democratica, al dibattito parlamentare.

Solo in questo caso nominare il diritto è dire dell'uomo, formatività formante¹⁵¹ della storia oltre l'evoluzione a-soggettiva¹⁵² che «accade ma non comporta una partecipazione piena e responsabile, un interpretarsi dei viventi nella prospettiva della ricerca-creazione di senso, nucleo, invece, delle formazioni storiche che ambientano le istituzioni giuridiche e le regole che incidono sull'uomo»¹⁵³.

In un'architettura così concepita, il bene e il male sono intrinsecamente connessi con l'agire umano: una cosa inanimata, una catastrofe ambientale, non possono essere qualificati in termini positivi o negativi perché solo l'uomo ha la possibilità di scegliere, indirizzando la propria condotta e conferendo ai suoi atti un senso *pensato e voluto*¹⁵⁴, emancipandosi dalla condizione biologica della nascita, rischiando, in questo modo, se stesso oltre ogni determinazione sistemico funzionale¹⁵⁵.

Quando ciascuno ha la 'possibilità' di elevarsi¹⁵⁶ e intraprendere una lotta per il giusto, oltre ogni individualismo di matrice liberale o

¹⁵¹ Romano discute nell'ultimo libro *Filosofia della forma. Relazioni e regole*, Roma, 2010, della 'differenza formologica' dell'io grazie all'incidere del diritto quando garantisce la reciprocità tra le parti. All'intangibilità della 'forma formata' infatti, fa riscontro il versante della 'forma in formazione' dell'uomo impegnato nel dialogo nella costruzione della sua personalità, eccedente il semplice darsi naturalistico della persona. Anche in ID., *Scienza giuridica senza giurista: il nichilismo 'perfetto'*, cit., p. 72.

¹⁵² Ivi, p. 30.

¹⁵³ *Ibidem*.

¹⁵⁴ Si tratta degli aggettivi utilizzati da Romano nella descrizione degli atti scaturenti dall'agire degli uomini allo scopo di sottolineare la centralità del momento volitivo, cioè della scelta, ai fini dell'imputazione, momento centrale del sistema giuridico. ID., *Filosofia della forma. Relazioni e regole*, cit., p. 265, afferma «nell'uomo la causa finale ha la forma dello scopo pensato voluto e scelto ed imputabile, nella non coincidenza della regola con il regolato. Nel non umano la causa finale ha la forma del fini già presente, non scelto secondo la ricerca della forma immateriale del senso e dunque non imputabile, poiché la regola e il regolato coincidono».

¹⁵⁵ ID., *Filosofia del diritto*, cit., pp. 48 ss.

¹⁵⁶ M. HEIDEGGER, *Essere e tempo*, cit., § 31.

collettivismo marxista¹⁵⁷, può dirsi raggiunto, in parte, il ‘Sommo Bene’¹⁵⁸ che, come insegna Platone, è possibilità di conoscenza mentre in Hegel coincide con ‘la realtà effettuale’¹⁵⁹, la ‘libertà realizzata’¹⁶⁰ attraverso l’opera inesauribile ‘dello spirito’ che, sfuggendo ogni tentativo di quantificazione, determinata dalla capacità pervasiva del denaro, costituisce la possibilità di ogni uomo come identità in formazione lungo il progetto esistenziale.

Solo in questa dimensione è possibile cominciare a discutere del diritto come fenomeno istituito che è, innanzitutto, rinvio a ‘ciò che si annuncia’¹⁶¹, quel *transcendens puro e semplice*¹⁶² che in una fenomenologia-realistica (esistenziale) è il non manifestarsi, mero indizio di ciò che appare fenomenicamente e onticamente¹⁶³.

4.9. Topologia e dromocrazia: Hayek e Leoni. Un itinerario comune

Se il giuridico è propriamente tale quando *verum, bonum e iustum convertuntur*¹⁶⁴, nella società post-moderna, caratterizzata dalla proliferazione di nuove forme di normazione, produttrici di una legalità¹⁶⁵ strategicamente orientata al funzionamento del mercato in ‘un tener per vero’, anche la dimensione del bene trasmuta nella finzione di ‘un tener per giusto’ dei diritti meramente biologici che trasformano il giuridico in

¹⁵⁷ B. ROMANO, *Filosofia del diritto*, cit., pp. 110 ss. Cfr. anche M. STIRNER, *L'unico e la sua proprietà*, Milano, 1986; C. MARX, *Differenza tra la filosofia della natura di Democrito e quella di Epicureo*, in *Opere*, vol. II, Roma, 1980, pp. 23 ss.

¹⁵⁸ PLATONE, *Repubblica*, VI, cit., 508 e-509.

¹⁵⁹ G. W. HEGEL, *Filosofia propedeutica*, Milano, 1971, III, § 83.

¹⁶⁰ ID., *Filosofia del diritto*, § 129.

¹⁶¹ B. ROMANO, *Filosofia del diritto*, cit., p. 148.

¹⁶² M. HEIDEGGER, *Essere e tempo*, cit., p. 99.

¹⁶³ Il termine è stato introdotto da Heidegger e si riferisce all’essere esistente nella sua concretezza e singolarità, diverso dal concetto di ontologia che si riferisce a quella parte della filosofia che studia il concetto e la struttura dell’essere in generale e non i fenomeni in cui si concretizza.

¹⁶⁴ B. ROMANO, *Due studi su forma e purezza del diritto*, cit., p. 109.

¹⁶⁵ Cfr. ID., *Terzietà del diritto e società complessa*, *passim*.

una formula vuota, estranea allo scegliersi dell'io, catturato in un processo di generico mutamento, tra una formazione presente ed una successiva che mai accede al darsi di un progetto scelto.

Solo nella dimensione dell'ortonomia è possibile il darsi stesso della soggettività mediata dall'incidere dell'apertura al *tra-dire* discontinuante del linguaggio esercitato nel 'prenderci tempo e darsi spazio' che apre alla *non coincidenza con se stessi e all'esistere questa non coincidenza*¹⁶⁶, nel medio di una dimensione terza, garanzia dell'apertura integrale dell'io (uomo) all'utile e al giusto, uniti, mediante l'anello del bene, al vero e al bello¹⁶⁷.

In questo itinerario, si discute di un individuo topologico che, dimesse le vesti del *δείνων*, muta il 'desiderio di desiderare', propriamente giuridico, nell'appetire, saziabile nell'iper-produzione di leggi/merci che vizioano il procedimento legislativo sebbene, paradossalmente, ne alimentino il funzionamento attraverso la 'distruzione creatrice' discussa da Bauman¹⁶⁸ secondo un fare dromologico orientato al veloce successo delle proprie aspettative.

Se alla *noità*, che nomina il senso esistenziale del diritto e il darsi della terzietà, si sostituisce la dualità dei rapporti di forza, il giuridico perde la sua specificità fenomenologica, lasciandosi modellare dalla fattualità mutevole che genera angoscia¹⁶⁹, stante l'imprevedibilità degli effetti del proprio agire sul palcoscenico giuridico¹⁷⁰. Se, da una parte, le relazioni economiche, chiuse agli 'effetti dissaldanti del linguaggio' e centrate sul momento del saldo, sono il risultato dell'interazione delle forze spontanee che operano nel mercato, dall'altra, diventano, facilmente, una barriera che ostacola il rispetto dei diritti dell'uomo, genesi del riconoscimento pieno e incondizionato grazie all'incidere essenziale del diritto, garanzia del *convenire funzionale* misurato dal *convenire essenziale*¹⁷¹.

¹⁶⁶ ID., *La legge del testo, Coalescenza tra logos e nomos*, cit., p. 245.

¹⁶⁷ ID., *Lezioni di filosofia del diritto*, cit., p. 43.

¹⁶⁸ Z. BAUMAN, *Vita liquida*, Roma, 2007, p. X.

¹⁶⁹S. KIERKEGAARD. *Il concetto dell'angoscia. La malattia mortale*, Firenze, 1966, p. 215 ss.

¹⁷⁰ JOANNES PP. XXIII, Litt. Enc. *Pacem in terris de pace omnium gentium in veritate, iustitia, caritate, libertate constituenda*, 11 aprilis 1963, si fa riferimento alla 'certezza' come l'essenza stessa del 'bene comune'. Anche cfr., Enc. *Divini Redemptoris*, Pio XI.

¹⁷¹ B. ROMANO, *Scienza giuridica senza giurista: il nichilismo 'perfetto'*, cit., p. 338.

La critica non si rivolge al mercato in sé¹⁷², quanto alla proliferazione dei rapporti di forza generati dalla 'privatizzazione della sfera del senso' che avvia la transizione verso il post-umanesimo¹⁷³ e trasforma l'io nell'uno, nessuno e centomila pirandelliano¹⁷⁴, in un mezzo, per dirla con Kant: «l'uomo è l'ente la cui esistenza non deriva dalla nostra volontà [mentre] le realtà prive di ragione hanno valore di mezzi e si chiamano cose. Per contro gli essere razionali sono chiamati persone perché la loro natura li designa come fini in sé cioè come qualcosa che non può venire adoperato solo come mezzo»¹⁷⁵ alla stregua dell'io puro husserliano, un 'centro funzionale', usato dal potere finanziario¹⁷⁶ che, servendosi dello sviluppo tecnologico, manipola le risorse messe a disposizione dal progresso 'per rendere più deboli gli oppressi e più forte chi più vive'¹⁷⁷, avviando, insieme, la privatizzazione della sfera giuridica, *coalescenza di logos e nomos*¹⁷⁸ e sostituendo all'io il consumatore anonimo.

L'esigenza di continuare a guardare al diritto come strumento in grado di realizzare il 'bene comune' presuppone il riconoscimento del 'bene giuridico' autentico che, se Romano identifica nel reciproco dovere di giustizia, inteso come debito di ciascuno verso tutti gli uomini, garanzia di certezza e durata rispetto all'arbitrarietà di regole sciolte da qualsiasi *ratio*, in Kant assume la forma del comando «agisci in modo da con-

¹⁷² Il concetto è ripreso dalle lezioni del seminario su "Forma del diritto e formalismo giuridico" tenuto dalla Prof. Luisa Avitabile nell'a.a. 2009-2010 presso l'Università di Roma «Sapienza».

¹⁷³ Nella prospettiva di Romano «il postumanesimo si afferma modellandosi sul consolidarsi dell'ingegnerizzazione sia dei sistemi biologici, sia del pensiero umano, ritenuto solo una loro manifestazione, un sintomo», B. ROMANO, *Diritti dell'uomo e diritti della scienza. Postumanesimo e globalizzazione*, cit., p. 93.

¹⁷⁴ Cfr. L. PIRANDELLO, *Uno nessuno e centomila*, Torino, 1994.

¹⁷⁵ I. KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi*, Milano, 2003, p. 142-143.

¹⁷⁶ B. ROMANO, *Filosofia delle forme. Relazioni e regole*, cit., cap. VII, Torino, 2010. Oggi la scissione tra economia reale e potere finanziario, la sproporzione fattuale tra i popoli che oscura l'universalità del *principio di uguaglianza* e del *principio dialogico*, ha indotto filosofi del diritto come Romano a discutere di formalismo giuridico sradicato dalla differenza formologica dell'uomo in cui la forza dell'avere-più si impone come regola selettiva delle norme.

¹⁷⁷ ID., *La legge del testo, Coalescenza tra logos e nomos*, cit., p. 24.

¹⁷⁸ *Ibidem*.

siderare l'umanità sia nella tua persona, sia nella persona di ogni altro, sempre al tempo stesso come scopo e mai come semplice mezzo»¹⁷⁹ che giuridicamente si traduce in un diritto universalmente valido, ispirato alla 'determinazione pratica del rispetto' come disposizione determinante l'esistenza dell'altro¹⁸⁰ e in quanto tale, antecedente e prioritario, come afferma Ricoeur interpretando Kant, al riconoscimento dell'alterità come autorità legislatrice, al tempo stesso¹⁸¹, sottoposta alla legge. Quando, come nella prospettiva di un diritto spontaneo, si sostituisce alla relazione dialogica¹⁸² un'autorità *legibus solutus* che detta le regole, così come accade nel mercato, padroneggiato dai signori della finanza, si offusca la 'differenza nomologica'¹⁸³ tra leggi poste, che determinano la ripetizione del detto e diritto aperto alla ripresa del se stesso nella formazione di senso¹⁸⁴ mai esaurito nella ripetizione di altri saperi che, messi in parole e destinati all'altro, attendono una risposta nuova contenente un *plus* di senso rispetto a quello prima enunciato¹⁸⁵, «il diritto non può essere ... immediatamente e completamente identificato con le leggi e i decreti emanati di volta in volta da coloro che detengono il potere politico ... il diritto è qualcosa che ognuno crea ogni giorno con il proprio comportamento, la propria spontanea accettazione e il rispetto delle regole che

¹⁷⁹ I. KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi*, cit., p. 145.

¹⁸⁰ P. RICOEUR, *Studi di Fenomenologia*, Torino, 2009, § Kant e Husserl, p. 187.

¹⁸¹ Kant usa questa locuzione per descrivere la dimensione dell'autonomia non intesa come espressione dell'arbitrio individuale quanto come rinvio a criteri oggettivi di giudizio, universalmente validi. I. KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi*, cit., p. 149: «il terzo principio pratico è l'idea della volontà di ogni essere razionale come di una volontà universalmente legislatrice».

¹⁸² B. ROMANO, *Tecnica e giustizia nel pensiero di Martin Heidegger*, Milano, 1969, *passim*.

¹⁸³ ID., *Filosofia del diritto*, cit., pp. 85 e ss.

¹⁸⁴ *Ivi*, p. 86.

¹⁸⁵ In questo senso rileva la posizione epistemologica ripresa nell'opera di Hayek di Michael Polanyi (1891-1976) secondo la quale ogni conoscenza non coincide, né si esaurisce, nell'ambito del concettuale, dell'esprimibile, del formalizzabile, del linguistico. Potendo conoscere più di quello che possiamo esprimere. Come M. POLANYI afferma ne *La conoscenza inespresa*, Roma, 1979, ogni nostro atto di comunicazione concettuale e linguistica esprime una parte, minima, di quello che effettivamente conosciamo, il momento esplicito di una realtà molto più ampia, di una «dimensione tacita» che precede e fonda tutta la conoscenza.

ciascuno contribuisce ad istituire ... attraverso le stesse controversie che eventualmente sorgano tra i vari individui in relazione all'osservanza di quelle regole»¹⁸⁶.

L'ipertrofia legislativa determinata dall'incapacità di gestire in modo alternativo le problematiche sociali, è centrale nella critica di Hayek che, nel primo dopoguerra, precorrendo i tempi, coglie i prodromi problematici di una legislazione trasformata in un rimedio veloce contro ogni genere di male, generato dalle maggioranze occasionali che si alternano nell'esercizio del potere rimanendo sempre estranee al dialogo misurato dal *nomos*.

Il diritto può essere concepito come un 'bene comune' solo quando è accessibile a tutti in egual misura, supportato da un uso corretto della politica che, pur rimanendo arte del compromesso, rimane la 'forma più alta di carità ... il maggior bene che si possa realizzare concretamente *hic et nunc*'¹⁸⁷, attraverso la quale l'io può prendere parte alla gestione della cosa pubblica¹⁸⁸ ed essere pienamente uomo, soggetto libero nella ricerca della verità (*homo agens*) oltre l'esclusione determinata da un agire meramente muscolare, specificamente animale.

La soluzione proposta da Hayek, critico nei confronti della degenerazione della forma di governo democratica, trasformata in un'organizzazione oligarchica, conserva ancora oggi molto del suo fascino sebbene l'avvento della globalizzazione e del post-umanesimo abbiano dimostrato come quel 'mercato politico senza governo e giuridico senza legislatore'¹⁸⁹ teorizzato dall'autore, presti il fianco a dinamiche dispotiche di tipo 'popolare' simili nei tratti a quelle 'monarchie' del pas-

¹⁸⁶ B. LEONI, *La sovranità del consumatore*, cit., p. 120.

¹⁸⁷ Cfr. A. SEN, *Globalizzazione e libertà*, Milano, 2002.

¹⁸⁸ In questo senso la principale conseguenza delle privatizzazioni è l'abbandono della funzione della sfera pubblica che 'consiste nel far luce sugli affari umani, offrendo uno spazio in cui gli uomini possono discutere sul da farsi. La sfera pubblica ha perso quella capacità di illuminazione che faceva parte della sua natura originaria, lasciando il posto all'oscurità scesa quando questa luce è stata eclissata da un governo invisibile". Z. BAUMAN, *Vita liquida*, p. 147. Cfr. anche H. ARENDT, *L'uomo nei tempi oscuri*, New York, 1983.

¹⁸⁹ M. BARBERIS, *La teoria politica di Bruno Leoni*, Napoli, 2005, p. 28.

sato¹⁹⁰. In entrambi i casi si registra lo spegnimento del senso dovuto all'affermazione di un *legalità 'pre-fabbricata'* che nega il diritto di essere persona¹⁹¹, infatti, quando l'*io* è privato del libero esercizio della soggettività dal *diktat* di maggioranze occasionali o dalle prevaricazioni di un potere economico deregolamentato che si sottrae facilmente alle larghe maglie delle regole statali, diventa un oggetto manipolabile che rinuncia a decidere e a progettare, contribuendo incessantemente alla ristrutturazione del fenomeno giuridico e trasformando il diritto, istituito dall'uomo per l'uomo¹⁹², in un vuoto esercizio normativo che sostituisce all'*Io* e al *Tu*, il servo e il padrone. L'oblio della persona che, è autenticamente tale quando non rinuncia ad elevarsi dalla legalità ad una '*lotta per il giusto*'¹⁹³, presta il fianco alla radicalizzazione dei '*diritti fondamentali*'¹⁹⁴, espressione più compiuta della tecnica, pura forma dai contenuti storicamente casuali e arbitrari in cui, la persona scompare, diventando una funzione strumentale al successo delle operazioni dei diversi sistemi sociali. La questione problematica si dipana, infatti, a partire da quella che Romano chiama la perdita della *forma immateriale del senso*¹⁹⁵

¹⁹⁰ La distinzione è tratta da A. ROSMINI, *Filosofia del diritto*, a cura di R. Orecchia, Padova 1967-69.

¹⁹¹ Cfr. S. COTTA, *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontogenomologia giuridica*, cit., p. 90. L. AVITABILE, G. BARTOLI, D. M. CANANZI, A. PUNZI, *Percorsi di fenomenologia del diritto*, Torino, 2007, p. 136 in cui si discute dell'uomo come '*individuo*' detentore in potenza di possibilità e libertà e '*persona*' impegnata nell'esercizio concreto di queste qualità.

¹⁹² Il concetto è ripreso dalle lezioni del seminario su "*Forma del diritto e formalismo giuridico*" tenuto dalla Prof. Luisa Avitabile nell'a.a. 2009-2010 presso l'Università di Roma «Sapienza».

¹⁹³ Cfr. K. JASPERS, *Filosofia*, II, Torino, 1978; L. AVITABILE, *Per una fenomenologia del diritto nell'opera di Edith Stein*, Roma, 2006, p. 54.

¹⁹⁴ Il concetto è espresso compiutamente in B. ROMANO, *Diritti dell'uomo diritti fondamentali*, Torino, 2009, *passim*, dove si afferma che mentre i diritti fondamentali sono connotati dalla transitorietà e dalla contingenza, il tratto distintivo dell'universalità e dell'incondizionatezza appartiene esclusivamente ai diritti dell'uomo, che, essendo per struttura sopra nazionali, si sottraggono facilmente alle manipolazioni del potere finanziario e a qualsiasi processo di privatizzazione che possa degradarli alla stregua di merci di mercato.

¹⁹⁵ In Romano la '*forma immateriale del senso*' *istituisce e qualifica la forma delle regole giuridiche che disciplinano le relazioni interpersonali* ad opera dello spirito che consente agli

nella quale è ravvisabile quel tratto distintivo della universalità e dell'incondizionatezza che Cicerone collega alle 'vere grandi virtù', quelle volontarie, «... come l'assennatezza, la temperanza, la giustizia e le altre dello stesso genere' [infatti] ciò che nell'uomo vi è di più eccelso e di migliore, [la natura] lo abbandonò a se stesso ... la virtù stessa l'abbozzò soltanto, e nulla più»¹⁹⁶ lasciando all'io la possibilità di scegliere di fronte a diverse alternative possibili indirizzando la volontà al *male della violenza* o al *bene del rispetto*¹⁹⁷. In questa prospettiva, va collocata la perdita di specificità del giuridico, strumentalizzato da una parte che assorbe l'altra negandole la possibilità di essere autenticamente persona determinando una qualità 'negativa' del rapportarsi, estranea al *donare per nulla*, tipica delle relazioni a stampo economico in cui facilmente proliferano rapporti di sproporzione e il principio di uguaglianza viene sostituito dall'utile che utilizza il giusto come sua forma legale. Nel suo itinerario di ricerca, Hayek contesta lo scivolamento verso il nichilismo giuridico, contribuendo a chiarire l'essenzialità della questione del senso e della persona, l'unica capace di prendere le distanze dai fatti attraverso l'*intervallo di senso*¹⁹⁸ che segna il passaggio dallo stimolo ambientale all'elaborazione di una risposta, tra società e ordini naturali, leggi degli uomini istituite e regole degli altri esseri viventi, infatti «la maggior parte delle istituzioni sociali come il linguaggio, il diritto, l'etica, lo Stato, il mercato, i prezzi ... sono il risultato non intenzionale di azioni umane che, nel loro tendere al conseguimento di fini soggettivi, si incontrano con altre azioni umane dotate delle medesime caratteristiche dando vita a situazioni nuove e

esseri umani di distanziarsi dalla materia scegliendosi, B. ROMANO, *Filosofia della forma. Relazioni e regole*, p. 53-57.

¹⁹⁶ CICERONE, *I termini estremi del bene e del male*, in *Opere politiche e filosofiche*, II, Torino, 2005, p. 419-42-399.

¹⁹⁷ B. ROMANO, *Il male e l'ingiusto. Riflessioni con Luhmann e Boncinelli*, cit., p. 121.

¹⁹⁸ ID., *Fondamentalismo funzionale e nichilismo giuridico*, Torino, 2004, p. 263. Di questo aspetto discute S. KIERKEGAARD, *Briciole di filosofia e postilla non scientifica*, I, p. 323. L'intervallo-di-senso determina il passaggio alla contemporaneità doppia propria dell'uomo, capace di trascendere i fatti che lo ambientano distanziandosene, prendendo posizione rispetto a quanto incontra, scegliendo con responsabilità il suo poter essere nel futuro. «L'intervallo, non è una fase di stasi, ma è la condizione esistenziale del se stesso che prende distanza nel poter scegliere e decidere, esistendo tra le cose ma non essendo una cosa». B. ROMANO, *Sistemi biologici e giustizia vita animus anima*, cit., p. 62.

impreviste che finiscono per configurarsi come punti di riferimento per quanti si propongono il conseguimento di finalità analoghe»¹⁹⁹. In questa prospettiva assume rilievo la diffusione del 'potere', garanzia della libertà individuale e mezzo di discussione e, dello Stato, trasformato da produttore esclusivo di ordine tramite la legislazione, in una 'situazione di potere' in cui i singoli individui «si scambiano il potere di farsi rispettare, e in particolare di far rispettare alcuni beni considerati fondamentali, senza i quali ... non potrebbero raggiungere alcuno dei loro scopi e neppure sopravvivere»²⁰⁰.

Hayek avvia le sue riflessioni a partire dagli individui, portatori di azioni e critica quelle teorie organicistiche che trattano le entità collettive come soggetti capaci di proprie 'volizioni sentimenti e azioni' negando l'esserci di fenomeni sociali non riconducibili ai singoli membri poiché «concetti come Stato, associazione ... sono categorie di determinate forme di agire umano in società» che vanno ricondotte ai veri autori, gli uomini²⁰¹, liberi di scegliere scegliendosi emancipandosi da qualsiasi forma di schiavitù. Anche il signore, infatti, osserva Platone, non è libero poiché, l'asservimento dell'altro è, allo stesso tempo, asservimento di se²⁰², la volontà di potenza è sempre volontà serva e negazione della libertà come ricerca della verità nella libertà: «la figura dell'uomo che vuole padroneggiare un altro uomo si sforma nel suo formarsi, perché la sua intenzione è contraddittoria, autodistruttiva: avere la padronanza dell'altro conservandolo però nella sua differenza formologica, nella libertà del suo io. Se l'altro diviene una cosa, il padrone non ha uno schiavo, bensì un oggetto, con una sua forma, ma privo di una sua, pensata e voluta, forma in formazione. Il padrone vuole disporre del desiderio dell'altro, ma questi, se potesse essere costruito come una entità padroneggiata, non avrebbe suoi desideri, non sarebbe *autore di atti*, bensì *luogo impersonale di fatti*. Schiavo può essere solo un uomo, non un oggetto, che rimane estraneo alla nascita o all'estinzione del potere di un padrone.

Gli oggetti ed i viventi non-umani non si impegnano per liberarsi

¹⁹⁹ B. LEONI, *La libertà e la legge*, cit., p. 27.

²⁰⁰ ID., *Diritto e politica*, in *Scritti di scienza politica e teoria del diritto*, cit., p. 217.

²⁰¹ ID., *Lezioni di filosofia del diritto*, cit., p. 311.

²⁰² Il signore e lo schiavo, infatti, sono collegati poiché «la coscienza del signore è coscienza dell'esistenza dell'altro per se, la coscienza dello schiavo è la coscienza di se per l'altro» mentre l'uomo libero è per se stesso e per l'uscita da se verso tutti.

dall'essere padroneggiati, non hanno martiri ed eroi, non progettano le lotte per la loro liberazione. Il padrone desidera quella formazione del desiderio dello schiavo che sia solo il continuarsi ed il concretizzarsi del desiderio che egli gli impone costringendolo nella condizione servile, vissuta però essendo sempre un *io*, non trasmutato in una *cosa*»²⁰³.

²⁰³ B. ROMANO, *Filosofia della forma. Relazioni e regole*, cit., p. 51.

5. Le degenerazioni dromocratiche della democrazia

«Viviamo in un mondo post-panottico ... la costruzione di questa macchina infernale procede con la collaborazione spontanea, se non gioiosa, delle sue vittime»¹.

5.1. Il diritto come esito di un 'giudizio di probabilità' e interpretazione nichilistica del giuridico

La deriva totalitaria si nasconde dietro le recenti trasformazioni del sistema democratico che, nell'assolutizzazione delle sue procedure, burocratizza la ricerca della verità, trasformandola nel dogma chiuso di una legalità, indifferente al rispetto dei diritti dell'uomo. Quando la struttura sociale non è orientata alla ricerca della «forma immateriale del senso»¹, assume i tratti di una funzione sistemica al servizio della politica e, non secondariamente, dell'economia, avviando un processo degenerativo che coinvolge il diritto la politica e l'essere umano.

In questa direzione anche l'uomo viene privato del diritto-dovere di essere 'persona' che, realizzandosi, trascende², mediante

¹ B. ROMANO, *Forma del senso, passim*.

²A questo proposito Cotta discute della persona come 'fondamento ontologico della giuridicità' e del diritto come espressione dell'esigenza relazionale ed esistenziale, o coesistenziale dell'uomo nel riconoscimento dell'altro oltre il fatto che esclude. In questa direzione, l'essere umano è 'sinolo della dualità': di finito, rappresentato dalla particolarità della contingenza nella quale si trova ad agire e, infinito, è esso stesso

il *transoggettivo*, inteso anche come rapporto tra essenze³.

Si tratta di un processo attivo e dinamico che presuppone «la vittoria dello spirito sulla natura, della libertà sulla necessità»⁴, come nel *regno dei fini*⁵ dove si ripropone l'essenzialità dell'altro nella realizzazione concreta di una dignità vissuta come *verità=qualità delle relazioni*⁶.

In modo analogo, Rosmini afferma «se dunque la persona è attività suprema per natura sua, è manifesto che si deve trovare nell'altra persona il dovere morale corrispondente di non lederla, di non fare pure un pensiero, un tentativo volto ad offenderla o sottometterla, spogliandola della sua supremazia naturale, come si scorge applicando il principio morale da noi stabilito 'di riconoscere praticamente le cose per quello che sono'»⁷.

Valorizzare la dimensione umana significa prioritariamente restituire al diritto la sua essenza più autentica⁸ che non impone l'alienazione attraverso forme obbligatorie per tutti né sostituisce all'autocoscienza dell'uomo l'autoosservazione per la continuazione della vita del sistema⁹ ma custodisce 'la forma terrena della verità'¹⁰, come qualità del rapporto umano, scongiurando meccanismi tipicamente controggiuridici in cui il diritto diventa sinonimo di sopraffazione quanto di autoconservazione¹¹.

trascendimento ontologico, che conferisce al giuridico simile qualità e lo iscrive oltre la finitezza ontica.

³ N. A. BERDJAEV, *Schiavitù e libertà dell'uomo*, Milano, 2010, p. 115.

⁴ *Ivi*, cit., p. 127.

⁵ KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi*, cit., p. 167.

⁶ Cfr. B. ROMANO, *Filosofia del diritto e questione dello spirito*, Torino, 2007, p. 47.

⁷ A. ROSMINI, *Filosofia del diritto*, Padova, 1967-1969, p. 192.

⁸ A. ROSMINI, *Filosofia del diritto*, vol. I, cit., p. 191, cfr. anche AA.VV., *Il filosofo del diritto davanti alla crisi della complessità*, (a cura di L. Avitabile), p. 73.

⁹ Cfr. B. ROMANO, *Terzietà del diritto e società complessa*, passim.

¹⁰ *Id.*, *Filosofia del diritto e questione dello spirito*, cit., p. 47.

¹¹ Nella prospettiva di Kelsen il giusnaturalismo è una teoria intrisa di valori extragiuridici rispetto al positivismo giuridico, essenzialmente conservatore e fedele allo *status quo*. A questo proposito Hayek discute di un sistema finito e chiuso. F. A. VON HAYEK, *Legge, Legislazione e Libertà*, cit., pp. 13-47.

La distanza tra mercato e sistema sociale, di stampo hobbesiano¹², si assottiglia secondo l'affermazione delle dinamiche che escludono ogni rinvio al giuridico, inteso come garanzia della 'reciprocità nel darsi rispetto'¹³ nel riconoscimento dell'altro 'uguale nella differenza'. Se la reciprocità implica una partecipazione attiva, personale ed originale, costitutivamente plurale e non escludente, i rapporti di sproporzione, non custoditi dal diritto, rafforzano la differenza tra chi è confinato in uno 'stare a vedere', privo di partecipazione, per non 'ritrovarsi tra gli scarti'¹⁴, e chi decide, secondo un processo di assolutizzazione, le proprie condotte e le proprie scelte.

In questa direzione, il diritto si radica sull'*id quod praeumque accidit*¹⁵, né può essere discusso come *regula* di riferimento quando diventa l'esito di un calcolo che «tipizza ... la previsione di ciò che probabilmente faranno i nostri simili»¹⁶ non considerando che l'*homo bonus*, quello più comune, all'interno di un certo contesto sociale, può assumere i tratti del buon padre di famiglia quanto del più abile dei rapinatori.

¹² Per T. HOBBS *Leviatano*, Milano 2001, p. 575, l'ordine sociale può essere perseguito soltanto attraverso l'istituzione di un'autorità che esercita un potere sovrano e coercitivo in grado di garantire la pace sociale. Hobbes nel *Leviatano* discute di uno stato di natura in cui ciascuno è in guerra con tutti gli altri e può emanciparsi conferendo a un sovrano il monopolio dell'uso della forza. Il *Leviatano*, è sostanzialmente il detentore del monopolio della forza legittima, fondata sul consenso dei cittadini. Locke, al contrario, discute di una società precedente l'ordine costituito, in cui gli uomini sono liberi e uguali di fronte alla legge e uniti da un unico fine comune, il rispetto dei diritti reciproci. Nello stato di natura gli individui, diversamente dalla descrizione di Hobbes, sono pacifici e si danno un'autorità sovrana e giudici *super partes* per evitare di essere giudici essi stessi delle loro questioni.

¹³ Cfr. B. ROMANO, *Globalizzazione del commercio e fenomenologia del diritto*, Torino, 2001.

¹⁴ Z. BAUMAN, *Vita liquida*, cit., p. X.

¹⁵ Sebbene Hayek non ricorra alla statistica, il processo di formazione delle norme dell'ordine spontaneo ricorda il movimento di estrapolazione statistica, discusso da Leoni, rispetto a fatti regolarmente accaduti, «capaci di resistere a delusioni e come tali non correggibili in seguito a fatti discordanti» che ripropongono lo schema tipico dell'incontro delle domande e delle offerte.

¹⁶ B. LEONI, *Norma previsione e «speranza» nel mondo storico*, cit., p. 150.

Nello stesso modo, alcune tipologie di condotte, reiterate nel tempo, così come nella prospettiva di Hayek, non sono, per ciò solo, omogenee alla forma dell'io, rappresentando, più spesso, la mera esecuzione di un programma utile a mantenere l'ordine, indifferente alla qualità dei contenuti 'normalizzabili'¹⁷.

Concepire il diritto come l'esito di un 'giudizio di opportunità sociale' avvalta un'interpretazione nichilistica del giuridico, determinato da un'evoluzione «soggettivamente trasformativa in cui non si osservano leggi istituite, ma la fattualità dei diritti della *senzienza*»¹⁸ funzionali al mantenimento dell'ordine attraverso l'uso di quegli schemi selezionati, anche attraverso modalità controgiuridiche della forza-più.

Un diritto vissuto come un ottimo paretiano diventa uno strumento al servizio della dromocratica globalizzazione del commercio, monetizzabile e quantificabile secondo un approccio scienziato, pregiudicato in partenza dalla pretesa di sapere quale sia il metodo più appropriato per una data ricerca prima ancora d'averne preso in esame il contenuto. La pienezza del diritto come 'bene giuridico' invece passa attraverso la preventiva valorizzazione della dimensione dello spirito¹⁹, spazio dell'autocoscienza e genesi dell'imputabilità che si manifesta nella «contemporaneità doppia, in cui il soggetto è esposto alla scelta di dire la verità oppure di mentire, dunque di volere il bene oppure il male»²⁰.

Il riconoscimento della principalità dell'elemento umano e, insieme, della sua specificità, esige di considerare l'uomo nella sua interezza come condizione necessaria all'edificazione di un contesto sociale orientato al 'bene comune'. Solo in questa prospettiva, il significato intersoggettivo del fenomeno giuridico è chiarificato da un

¹⁷ B. ROMANO, *Il riconoscimento come relazione giuridica fondamentale*, cit., p. 142.

¹⁸ ID., *Diritti dell'uomo e diritti della senzienza. Postumanesimo e globalizzazione*, Roma, 2002-2003, p. 43 dove afferma che: «il concetto di senzienza nomina quell'ambito funzionale ove delle informazioni operano su altre informazioni vitali o macchinali, secondo il comporsi, costantemente flessibile e asoggettivo, di programmi in svolgimento nelle operazioni determinate dal successo bio-informazionale».

¹⁹ Cfr. G. W. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, Roma-Bari, 1987.

²⁰ B. ROMANO, *Male ed ingiusto. Riflessioni con Luhmann e Boncinelli*, cit., p. 180.

preventivo processo di umanizzazione oltre il mero uso macchinico²¹ che rinvia al necessario apporto dell'umano²² nella realizzazione della giustizia nel diritto attraverso l'esercizio del diritto di essere uomo.

5.2. Il linguaggio dei prezzi nella moderna dromocrazia catallattica

Il processo di spersonalizzazione, determinato dalle dinamiche del sistema spontaneo, esige l'individuazione di una nuova fonte direttiva, identificata da Hayek nel sistema dei prezzi di mercato, indici di riferimento, nel gioco della domanda e dell'offerta e, insieme, sintesi del *quantum* necessario al soddisfacimento dei bisogni²³.

La diffusione di una conoscenza numerica, attraverso il prezzo, diventa una operazione economica che comunica, senza uomini e senza mente, secondo i parametri propri di un'architettura sistemica: «il sistema dei prezzi è lo strumento attraverso il quale vengono trasmesse le conoscenze rilevanti, la spia che fa intravedere quali potrebbero essere le opportunità di investimenti migliori e quelle da ridimensionare»²⁴.

Si tratta di un metodo di conoscenza e di scoperta che coadiuva il

²¹ Romano discute di uno stato di 'captazione'; si veda a questo proposito J. LACAN, *Amleto*, ne «La psicoanalisi», 1989, p. 11. In questa direzione, così come nei regimi totalitari il partito unico nega il dissenso punendolo, nei rapporti economici chi dispone del potere detta arbitrariamente tutte le regole secondo un procedere macchinale, senza intervalli o buchi del discorso, che verrebbero qualificati come guasti nel sistema.

²² Cfr. A. ROSMINI, *Filosofia del diritto*, *passim*.

²³ Nella *new economy*, ovvero nell'economia globale, che rappresenta il sistema catallattico per eccellenza, si «registra l'affermarsi di un linguaggio numerico dei prezzi, senza luogo, che domina attualmente gli altri linguaggi e genera una condizione contraddittoria dove, il diritto produce effetti al servizio della fattualità, continuando a doversi presentare nella dimensione della controfattualità». B. ROMANO, *Filosofia del diritto*, cit., p. 6.

²⁴ B. MOSCATELLO, F. A. von Hayek, *Capitale, giudizi di valore e principi di ordine*, p. 198.

meccanismo concorrenziale²⁵, sollecitando l'apprendimento di nuovi equilibri e prospettive del sapere secondo il principio orientante l'attività e le scelte degli operatori economici, nella produzione di beni e servizi. Conservare la propria competitività ed efficienza è lo scopo al quale tende la collaborazione spontanea secondo un coordinamento degli interessi²⁶ che coadiuva gli operatori economici nei complessi reticoli di un mercato fortemente ancorato alla «doppia contingenza» di Luhmann, formale e priva di aperture dialogiche.

Dinamiche di successo o di perdita si svolgono nell'ambito di una costruzione interindividuale non mediata dall'incidere dei diritti dell'uomo che inficierebbero il meccanismo di formazione e perfezionamento personale di un sapere che si traduce nella forma delle schematizzazioni mentali, luogo privilegiato nella edificazione di un sistema di regole dell'agire che presentano la struttura di un sintomo biologico. La risposta è un prodotto creativo che implica una preventiva interiorizzazione del contesto di riferimento rispetto allo stimolo: veloce, sintetico e automatico, animato da una interpretazione vitalistica, causa effetto, conforme alle esigenze, veloci e funzionali, dell'ordine spontaneo.

La velocità dromocratica, propria del procedere fluttuante del mercato, nel nome di una presunta libertà economica, registra la moltiplicazione di insuccessi secondo il principio cibernetico del *feed-back* negativo²⁷, sollecitando l'adattamento ad una varietà di fatti prima sconosciuti: «La posizione precedente che alcuni sono obbligati ad abbandonare era stata determinata dallo stesso processo che ora favorisce altri. Il funzionamento dell'ordine di mercato considera soltanto le condizioni conosciute in quel momento ... senza considerare il passato»²⁸.

La condizione esistenziale dell'essere umano è fortemente condizio-

²⁵La concorrenza è un metodo di scoperta che sollecita i produttori di beni e servizi a ricercare e sperimentare nuove aree di domanda in un contesto in cui operano molti potenziali concorrenti che si muovono con rapidità.

²⁶F.A. VON HAYEK, *Legge, Legislazione e Libertà*, a pp. 336-337 afferma: «in un ordine spontaneo le delusioni immeritate non possono essere evitate. [...] Tutti hanno il reddito che hanno proprio perché le aspettative ragionevoli di altre persone sono costantemente deluse».

²⁷*Ivi*, p. 199.

²⁸F.A. VON HAYEK, *Legge, Legislazione e Libertà*, p. 330.

nata dai mezzi e dal ruolo nell'ambito di un riconoscimento costatativo, limitato ai membri della stessa classe di appartenenza, che avalla una libertà e una giustizia nel ruolo, condizionata ed escludente. Gli esiti perniciosi di un sistema alimentato dalla concorrenza piuttosto che dalla valorizzazione dell'elemento umano ricordano il «razionalismo totalitario»²⁹ tradotto in termini privatistici da una mente *libertarian* selettiva e discriminante³⁰.

5.3. La moneta come fenomeno sociale spontaneo

Una riflessione illuminata da profili di attualità riguarda l'attenzione di Hayek verso il liberalismo monetario, la privatizzazione delle banche centrali e la «denazionalizzazione della moneta»³¹. La questione ha a che fare con la possibilità di trattare il denaro come qualsiasi altro prodotto di consumo, assoggettandolo al 'gioco' della domanda e dell'offerta, all'interno di un processo concorrenziale, capace di selezionare la moneta più efficiente³². La diffusione di una moneta non ufficiale, sciolta dal controllo statale e giustificata dalla propria efficienza operativa, rappresenta il progetto di Hayek, prodromico all'esigenza di diffusione di un unico tipo di valuta a livello mondiale «Non c'è modo migliore di curare i propri interessi economici che osservare i successi di coloro che impiegano i mezzi giusti per conseguire i loro fini»³³.

La 'denazionalizzazione della moneta' è orientata a scardinare il ruolo dello Stato nella politica monetaria e ogni intervento atto ad incidere sul suo valore, alterandone la capacità di garantire una diffu-

²⁹P. ERCOLANI, *Il Novecento negato, Hayek filosofo politico*, Perugia, 2006, pp. 124-125.

Hayek nega qualsiasi intervento politico finalizzato a garantire 'parità di condizioni' e la possibilità ai cosiddetti 'capaci ma privi di mezzi' di sfruttare al meglio le loro capacità. La radicalità della posizione, sollecita Hayek a sacrificare l'individualismo per l'efficienza dell'ordine spontaneo.

³⁰ *Ivi*, p. 46.

³¹ Cfr. F. A. VON HAYEK, *La denazionalizzazione della moneta*, Milano, 2001.

³² *Ivi*, p. 163.

³³ C. MENGER, *Principi fondamentali di economia politica*, Roma-Bari, 1925, p. 261.

sione della conoscenza non fittizia nell'ambito della costitutiva incompletezza e asimmetria del mercato. L'aumento dell'offerta da parte della Banca Centrale, abbassa i tassi di interesse e rende il prezzo del credito artificialmente troppo esiguo secondo un intervento che spinge, chi opera nel settore creditizio, a impiegare capitale lì dove non avrebbe investito se non avesse avuto un segnale distorto. In questa direzione, i tassi d'interesse artificialmente bassi, causano non solo investimenti particolarmente profittevoli, ma spingono anche verso quelli di lungo periodo creando 'bolle finanziarie'.

La questione viene discussa criticamente da Hayek che chiarifica le conseguenze connesse all'incidere arbitrario di una mente onnisciente in grado di alterare valori e principi di riferimento nella presunzione di possedere una conoscenza più mirata e diretta rispetto alla molteplicità di informazioni che emergono dalle interazioni sociali. Sono questi i prodromi problematici che sollecitano all'abbandono di una autorità centrale, come lo Stato, solo parzialmente in grado di fornire una moneta ottimale: «Il sistema di emissione statale ha infatti i difetti di tutti i monopoli si deve usare il prodotto anche se è insoddisfacente»³⁴.

Se una impostazione centralizzata e formale è l'itinerario tradizionale in un contesto primitivo, dove la valuta unica ha il compito di facilitare il calcolo e il confronto tra i prezzi, in un'economia avanzata, di tipo dromocratico, questa esigenza appare superata così come il controllo sotteso al monopolio della moneta, mostrandosi: «il diritto di conio come una delle più importanti ed essenziali di essa»³⁵.

L'orientamento di Hayek, sulla privatizzazione della moneta, segna il passaggio, nell'epoca post-moderna, dalla «superstizione medievale»³⁶, che considera lo Stato una dimensione mistica in grado di conferire alla moneta un valore che altrimenti non avrebbe³⁷, alla sua smaterializzazione per mezzo degli strumenti elettronici. In questa direzione, Hayek può essere considerato il pioniere dei moderni sistemi privatizzati che presuppongono la formazione di 'banche di

³⁴ *Ivi*, p. 16.

³⁵ J. BODIN, *Vivere l'economia*, 1576, Londra, p. 176.

³⁶ F. A. VON HAYEK, *La denazionalizzazione della moneta*, cit., p. 30.

³⁷ Si veda C. MENGER, *Principi fondamentali di economia politica*, Bari, 1925.

emissione'³⁸, strutturate secondo il modello dei produttori di un marchio commerciale³⁹, orientate a sollecitare l'iniziativa economica privata e, insieme un concorrenza più responsabile; «la buona moneta può venire solo dall'interesse personale e non dalla benevolenza dello Stato. Il governo, con il suo monopolio, ha impedito che l'impresa privata producesse profitto per sé e arrecato benefici a tutti»⁴⁰.

Il progetto di Hayek si è realizzato, in parte, nel tentativo di liberare la moneta e restituirla alla sovranità popolare con l'avvento dei bitcoin che oggi alimentano il fare dromocratico degli operatori della finanza sulle piattaforme telematiche. Trattare la moneta come un prodotto del mercato, capace di diventare un mezzo di diffusione della conoscenza in base al valore acquisito nelle transazioni, è un progetto cosmologico ideale in cui il maggior successo spetterà a quella valuta che «ha la capacità di mantenere costante il suo valore, fine che deve essere perseguito dall' istituto di emissione regolando adeguatamente la quantità di denaro emesso»⁴¹.

La Scuola Austriaca ed Hayek, in particolare, non sarebbero rimasti indifferenti rispetto all'attuale diffusione di moneta virtuale o Bitcoin che risponde alle caratteristiche descrizioni di privatizzazione della moneta proposte in un passato recente. Così come il mondo virtuale ha le sue identità, le sue piazze e i suoi mercati, si afferma una moneta virtuale, priva dell'intermediazione di banche o istituti centrali, determinata, nel suo valore intrinseco, non secondariamente, dallo scambio di servizi virtuali.

Si tratta di un sistema di produzione informale, sottoposto, come qualsiasi altra merce di mercato, ad una concorrenza selettiva che asseconda un processo di crescita e decrescita che coinvolge l'intera dimensione umana. La produzione e l'uso di questo nuovo mezzo di pagamento e, direbbe Hayek, di efficace diffusione della conoscenza, rappresenta l'inizio di una sfida contemporanea in cui una banconota non è vigilata da un'autorità terza, ma dagli utenti stessi riuniti in network in cui ciascuno diventa il controllore-sorvegliante dell'altro.

In queste considerazioni, scompare l'uomo e si afferma il matema-

³⁸ *Ivi*, p. 40.

³⁹ In questa architettura sociale il denaro viene trattato come una merce tra le altre.

⁴⁰ *Ivi*, p. 153.

⁴¹ *Ivi*, p. 47.

tico, l'ingegnere, il logico, l'esperto settoriale di una specifica branca del sapere che oscura, rendendo futile, disfunzionale e antiquata, ogni altra, nel continuo tentativo di afferrare con un algoritmo, come i Bitcoin, l'intero reale umano. Ogni operazione, ogni modalità di calcolo, traducibile in un algoritmo, domina più o meno consapevolmente il vivere quotidiano, condizionandolo nelle scelte, nel pensiero e negli effetti, drenando i dati più utili, soccorrendo in aiuto a cominciare dalla fatica di scegliere correttamente e in tempi ragionevoli per ottenere *performance* più efficienti. Ma la semplificazione della scelta è anche e, non secondariamente, una forma di disumanizzazione del capitale umano, sostituito dal transito di numeri, calcoli, crittografie, serie numeriche identificative di un io sempre più smaterializzato e, allo stesso tempo, sempre più sorvegliato e abituato a delegare, a farsi fluido, poco problematizzante e per questo di successo, motore immobile di un 'mercato senza attriti' che è prima di tutto un mercato senza uomini in carne ed ossa.

5.4. Mercato e diritto: fattualità dominante?

La prassi di affrontare la crisi stato centrica in relazione alla *debâcle del diritto* e, insieme, al suo processo di trasformazione in uno strumento al servizio del potere, viene ribaltato dalla prospettiva spontanea che affida l'edificazione della società ad un *prius logico*, precedente l'attività legislativa e lo Stato in un itinerario che affonda nelle relazioni sociali.

In questa direzione, il problema aperto dalla globalizzazione non riguarda lo stemperamento della sovranità degli Stati, quanto la condivisione dei valori che, se nel piccolo gruppo garantiscono coesione e pace sociale, in un contesto più esteso diventano 'acqua stagna' in luogo della principalità assunta dalla capacità di adattamento.

Il successo nella grande società è subordinato all'apertura, intesa come abbandono del sentimento di *xenofobia* e al contestuale distacco dai principi e scopi particolari, legati alle esigenze del piccolo gruppo⁴², nel riconoscimento che tutti gli individui sono uguali e hanno

⁴² *Ivi*, p. 359.

gli stessi diritti: una società aperta è possibile solo se si abdica ai principi per fare posto ad un diritto tecnico inteso come mezzo diretto ad uno scopo, il guadagno. Il passaggio è reso possibile dalla riduzione del codice morale dei valori, necessario per fare posto, nella grande società, a pochi principi condivisi universalmente e al diritto come tecnica, che trova la sua massima rappresentazione nel linguaggio dei prezzi, «il meraviglioso sistema dei prezzi è un meccanismo perfetto per comunicare informazioni con la velocità del vento anche nelle regioni più remote».

Sul linguaggio evocante e plurisenso, prevale quello numerico, veloce e chiaro dei prezzi⁴³, punti di riferimento essenziali nelle scelte economiche ma anche politiche e giuridiche quando il mercato entra nel diritto secondo il progetto di una economia del diritto che asseconda il darsi di un linguaggio fattuale e contingente, chiuso nel rapporto duale produttore consumatore. Si tratta di un diritto confinato nel suo accadere funzionale, estraneo alle domande sul senso e privo di interventi modificanti che consentono di discutere di una forma di 'società automatica' affidata nelle mani delle tecnocrazie.

La società globale di Hayek è immunizzata dal sopruso degli organi pubblici ma rimane costantemente esposta alle grandi concentrazioni di poteri privati i cosiddetti *marchands de droit*⁴⁴ che, in assenza di giudici terzi e imparziali, sostituiti «da grandi studi organizzati di avvocati, capaci di mobilitare gli opportuni supporti politici, e vere e proprie multinazionali del diritto commerciale, decidono gli esiti delle controversie giuridiche»⁴⁵, avallando una privatizzazione del diritto controumana e controggiuridica.

Un diritto manipolato dalle forze dell'economia diventa uno strumento privato, una *pratica scienziata*, un giudizio sintetico *a-priori* ovvero una mera tecnica applicata che prescinde dall'esperienza umana⁴⁶, discusso anche da Legendre come un *self-service normativo*.

⁴³ B. ROMANO, *Filosofia del diritto*, p. 199

⁴⁴ Y. DEZALAY, *Marchands de droit: la restructuration de l'ordre juridique international par les multinationales du droits*, Paris, 1992.

⁴⁵ P. P. PORTINARO, *Oltre lo Stato di diritto. Tirannia dei giudici o anarchia degli avvocati?* cit., p. 398.

⁴⁶ A tal proposito Legendre, *La filosofia del diritto in Pierre Legendre*, L. Avitabile, discute di *management normativo* a p. 341 ss. Non sono più gli Stati a produrre diritto ma i

Nella società aperta, globale, escluso il potere dello Stato, orientato a garantire, a colpi di legislazione, certezza e pace sociale, residuano principi economici e, in quanto tali, intrasistemici e, insieme, valori contingentizzati dagli interessi economici che si affermano nel fluttuante movimento del mercato in cui una guerra senza armi è tanto più escludente e discriminante quanto più è orientato al solo scopo del profitto economico⁴⁷.

5.5. Diritto, libertà e dromocrazia

L'eclitticismo di Hayek emerge, con particolare evidenza, nell'ambito di una teoria politica che può essere discussa come liberale e conservatrice insieme⁴⁸, rendendo l'economista austriaco difficilmente collocabile all'interno di una specifica corrente di pensiero. «Hayek lungi dall'essere un pensatore che sostiene la presunta tradizione del liberalismo inglese, rifiuta molte delle conquiste che caratterizzano la società e il liberalismo stesso»⁴⁹.

In particolare, Hayek si introduce in quella direzione del liberalismo che si afferma dopo le guerre mondiali quando gli eventi storici rendono necessario l'intervento dello Stato nelle questioni economiche, fino a renderlo una presenza irrinunciabile in seguito alla crisi del 1929 quando molti Stati iniziano ad assumere politiche protezionistiche.

Ne deriva un patto politico tra «liberismo economico e socialdemocrazia»⁵⁰ che apre un itinerario capace di sintetizzare le esigenze

soggetti privati, privi di conoscenze giuridiche che lo strumentalizzano a seconda delle proprie esigenze, riducendolo a mera tecnica o tattica di comportamento. Legendre fa risalire questa *praxis* alle tattiche militari delle dittature del XX secolo che già agli inizi del novecento avevano dato luogo ad una progressione normativa ispirata alla contingenza dei fatti a p. 344;

⁴⁷ S. COTTA, *Il diritto nell'esistenza, Linee di ontogenomenologia giuridica*, cit., p. 90.

⁴⁸ P. ERCOLANI, *Il novecento negato*, cit., 173.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ *Ivi*, p. 168.

della collettività senza escludere gli interessi particolaristici⁵¹, mettendo al centro l'individuo in luogo dell'interesse generale.

L'iniziale avversione per l'«odiato Stato»⁵² si stempera a favore del ruolo di salvaguardia dei diritti dell'uomo e di garanzia di libertà e giustizia secondo un itinerario discusso anche come liberalismo «avanzato», estraneo al principio classico del *laissez faire*.

Coniugare interventi protettivi da parte dello Stato e, allo stesso tempo, assicurare il dinamismo della società, lasciando ampia discrezionalità nelle scelte, è un compito arduo che finisce per consolidare modalità diverse di fare politica, mostrando, nella prassi, che l'esistenza di potere, centrale o diffuso, rappresenta «un male inevitabile»⁵³.

Hayek è teoreticamente vicino a Mill, secondo il quale «Lo stato deve fornire tutto il suo aiuto attivo tale da incoraggiare la libera in-

⁵¹ Hayek distingue il liberalismo anglosassone, che si colloca alla fine del XVII secolo e rappresentato in Inghilterra da Hume, Smith, Burke, e quello continentale di Voltaire e Rousseau. Le due forme di liberalismo si fondano secondo Hayek su due concezioni filosofiche diverse: mentre la prima poggia su un'interpretazione evoluzionistica di tutti i fenomeni sociali ed è consapevole dei limiti della ragione umana. La libertà rivendicata dal liberalismo inglese è negativa perché richiede la rimozione di tutti i gli ostacoli di natura sociale che contrastino con gli sforzi individuali, ma non richiede che lo Stato fornisca beni particolari, si fonda sul non interventismo. La seconda si basa su ciò che viene definito "razionalismo costruttivistico, una concezione che tende a considerare tutti i fenomeni culturali come il prodotto di un preciso disegno, secondo cui la società civile è stata costruita da un saggio legislatore o da un contratto sociale, che ha trovato la sua più perfetta espressione nelle parole dell'abate Seyès principale teorico della rivoluzione francese "quando ha esortato i francesi ad agire come uomini che emergono dallo stato di natura e si associano per firmare un contratto sociale." La prima forma (quella inglese), di conseguenza rispetta la tradizione e riconosce che ogni conoscenza e ogni civiltà ha dietro di sé una tradizione, mentre il secondo tipo la disprezza. Un risultato di questa differenza è che il liberalismo della prima non è incompatibile con le credenze religiose, mentre il liberalismo di tipo continentale è stato spesso contrario a tutte le religioni.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ *Ivi*, p. 160.

trapresa»⁵⁴ mentre con i liberali più estremisti, come i libertari⁵⁵, non condivide l'utilitarismo particolaristico o 'degli atti'⁵⁶ nella misura in cui classificano ogni azione individuale secondo l'utilità degli effetti nella presunzione di conoscere tutte le conseguenze particolari che ne derivano⁵⁷.

Il presupposto critico non ha quindi a che fare con l'assolutizzazione dei fini particolari, che rimane un fattore ammesso in un ordine di stampo fortemente economico, ma rinvia alla questione dell'onniscienza che appare superata in un contesto come quello attuale dove molte menti manipolano, attraverso la digitalizzazione delle relazioni, ogni frammento dell'esistenza umana.

In questa direzione, si chiarifica l'assenza di riferimenti al tema del conflitto⁵⁸ in luogo dell'attenzione riservata a quella fetta di principi e di valori idonei a fondare e giustificare un sistema; «la dimensione conflittuale è negata, postulando la cittadinanza alle sole opinioni conformi al sistema liberale dato»⁵⁹.

In questo *habitat* l'individuo non vive isolato ma appare «socialmente determinato», «l'individuo non è inteso come a-sociale o pre-

⁵⁴ *Ivi*, p. 161.

⁵⁵ Il libertarismo è stato storicamente sinonimo di anarchismo e professa l'idea di un mercato completamente sottratto ad ogni tutela statale. Da alcuni decenni questo termine è usato soprattutto per definire quelle teorie che danno preminenza alla scelta individuale davanti alle pretese di qualunque potere politico. Hayek può essere definito tale solo relativamente al valore che questa dottrina riconosce alle scelte individuali, in quanto quest'autore si fa portavoce dell'importanza dell'intervento sociale dello Stato.

⁵⁶ L'utilitarismo è una dottrina filosofica che identifica il 'bene' e il 'giusto' con l'utile senza alcuna apertura ai valori. In questa direzione, l'omicidio può essere considerato giusto se il sacrificio di uno comporta come conseguenza una utilità per gli altri membri della comunità

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ Per i liberali la libertà è non-impedimento rispetto ai comandi e ai divieti del potere pubblico; per i democratici, essere liberi significa essere autonomi, cioè sottoposti ai comandi e ai divieti che essi stessi si sono dati.

⁵⁹ G. PECORA, *Il liberalismo anomalo di Friedrich August von Hayek*, Soneria, 2002.

sociale, piuttosto si riconosce che è la società a definire l'individuo»⁶⁰ nell'ambito dei processi concorrenziali che diventano lo strumento di conservazione di un sistema di relazioni, determinate dalla simbiosi antagonistica tra cultura e mente.

Emerge un individuo autodeterminato che vive l'ordine policentrico della Società Aperta⁶¹ potendo, solo marginalmente esercitare una libertà forte⁶² nelle falle lasciate aperte dalla pluralità di centri decisionali che si sono consolidati dimostrando la propria capacità di affermazione su altri tipi di forze⁶³: «Le prassi più anticamente rispettate, sono anche quelle più buone, poiché il tempo e l'esperienza mostrano all'uomo quanto vi è di imperfetto».

5.6. Il liberalismo contro lo statalismo. Profili di attualità

«Sarebbe opportuno disporre conservatori, socialisti e liberali in un diagramma i conservatori andrebbero messi in un angolo insieme ai socialisti e i liberali in quello opposto ... Il conservatore si sente sicuro e soddisfatto solo se è certo che una saggezza superiore vigili sui cambiamenti. L'ordine gli appare come il risultato della costante vigilanza dell'autorità ... La più grande speranza del conservatore è che governino i saggi e i buoni ... come il socialista egli si considera autorizzato a imporre agli altri quel che per lui ha valore»⁶⁴.

Il liberalismo di Hayek si avvia a partire dal riconoscimento dei limiti della conoscenza umana, scardinando il convincimento che qualcuno sia custode di un punto di vista privilegiato e, per ciò solo, sia immune da quel processo di scoperta plurale che seleziona punti di vi-

⁶⁰ *Ibidem.*

⁶¹ F. A. VON HAYEK, *La società libera*, p. 337.

⁶² La categoria della libertà forte rappresenta insieme un comportamento permesso e facoltativo in senso forte. G. CARCATERA, *Corso di filosofia del diritto*, p. 154.

⁶³ «Il poderoso tentativo di Hayek di riformulare la teoria liberale delle regole di comportamento e delle istituzioni all'interno di una teoria evolutivista»⁶³ non è riuscito, in quanto «il concetto esplicitamente ed ideologicamente primario non è più quello di individuo ma quello di ordine.

⁶⁴ F. A. VON HAYEK, *La società libera*, cit.

sta diversi e alternativi. La posizione politica di Hayek scardina lo stalinismo di coloro che si affidano all'onnipotenza della ragione e «inseguendo il paradiso in terra si sono ritrovati all'inferno» nell'affermazione di una 'presunzione fatale' tipica del socialismo e, in generale, di ogni ideologia che afferma la superiorità di una economia pianificata, diretta centralisticamente attraverso regole predeterminate: «Le persone intelligenti tendono a sopravvalutare l'intelligenza e a supporre che noi dobbiamo tutti i vantaggi che la nostra civiltà offre a un disegno deliberato piuttosto che al rispetto di regole tradizionali».

Questa direzione speculativa non esclude *a priori* l'intervento dello Stato, deputato a garantire il libero svolgimento dell'attività economica privata attraverso infrastrutture orientate a questo scopo: «quei lavori pubblici che possono essere di grande vantaggio alla società, ma che sono di natura tale che i ricavi non potrebbero mai coprire i costi di un individuo o di piccoli gruppi di essi»⁶⁵. La critica non si rivolge all'impresa di Stato «non ho mai inteso dire che lo Stato debba disinteressarsi delle questioni economiche»⁶⁶ ma alla minaccia che deriva dalle maglie di una legislazione che impone vincoli arbitrari all'iniziativa economica privata.

I riferimenti essenziali vanno ad Aristotele⁶⁷ e all'antica Grecia, con particolare attenzione all'Atene classica⁶⁸ e alla Roma repubblicana⁶⁹, percorrendo le tappe fondamentali attraverso le quali sono emersi i principi fondamentali del *rule of law* e l'idea della legge come il *posterius*

⁶⁵ A. SMITH, *La ricchezza delle nazioni*, cit., p. 214.

⁶⁶ F. A. VON HAYEK, *La società libera*, cit., p. 472.

⁶⁷ Hayek sostiene che quest'autore sebbene avesse coniato il termine *oikonomia*, di questa materia si intendeva ben poco. Infatti, nonostante nell'Atene del tempo fiorivano commerci internazionali, il suo ideale politico rimaneva un ordine regolato dall'alto.

⁶⁸ Ci si riferisce all'età di Pericle, quando Atene era al centro di intensi traffici commerciali. Anche Roma ha subito l'influenza dell'ideale politico del governo della legge, come ci è testimoniato soprattutto da Cicerone dal II secolo a. C., come ricorda Hayek, "nessun altro autore dimostra più chiaramente che non c'è contrasto tra legge e libertà e che la libertà dipende da certi caratteri della legge, cioè dalla sua generalità e astrattezza e dai limiti che essa pone al potere dell'autorità". *Ivi*, p. 225.

⁶⁹ *Ibidem*.

del dinamismo evolutivo.

L'esempio politico di Sparta invece diventa l'emblema dei razionalisti come Descartes dove le leggi sono una deliberazione del potere «titolare di attributi intellettuali e morali che gli [permettono] di modellare intenzionalmente la civiltà, rispetto agli evoluzionisti per i quali la civiltà è il risultato cumulativo, è la somma dell'esperienza»⁷⁰.

Il liberalismo di Hayek è esclusivamente quello inglese dove il recupero della storia gloriosa della madrepatria sollecita un particolare rispetto per la tradizione⁷¹, emblema dell'anti-razionalismo che coniuga istituzioni e processo di selezione spontanea⁷².

5.7. Il 'modello di Hayek' nella post-globalizzazione

Se la critica di Hayek è rivolta agli amministratori locali, nell'attuale società dromocratica, si potrebbe, attraverso una *traslatio* concettuale, discutere nello stesso modo degli operatori economici 'delocalizzati' e 'informali' che, insieme a quelli cosiddetti 'formali'⁷³, partecipano attivamente alla produzione di una consistente varietà di

⁷⁰ *Ivi*, p. 161.

⁷¹ *Ivi*, p. 154.

⁷² Come nota Hayek l'eredità inglese del «governo della legge» non è andata completamente persa. La limitazione dei poteri mediante controlli e bilanciamenti, il riconoscimento di diritti inviolabili e la separazione dei poteri sono i concetti fondamentali, ereditati dai principi lockiani, dalle costituzioni degli stati nord americani e dal *bill of rights*. L'affermazione sul continente europeo del concetto di «governo della legge», dopo la tendenza contraria della Francia post-rivoluzionaria in cui il concetto di «sovranità popolare» ha determinato la convinzione che l'avvento della democrazia avrebbe impedito l'esercizio arbitrario del potere, è dovuta, invece, alla Prussia federiciana. Qui, grazie ai contributi di Kant e Humboldt, ha preso infatti forma la teoria dello Stato di diritto (*Rechtsstaat*), il cui concetto è, nell'interpretazione hayekiana, sostanzialmente analogo a quello anglosassone di *rule of law*, con la differenza che fine del primo era quello di controllare «un complesso apparato amministrativo invece che un monarca o un legislatore». *Ivi*, p. 266.

⁷³ Tra gli operatori 'formali' si possono citare alcune importanti istituzioni sovranazionali come il WTO.

regole, contribuendo ad accrescere la complessità del sistema sociale.

L'ipertrofia legislativa, determinata dall'incapacità di gestire in modo alternativo le problematiche sociali, è centrale nella critica di un Hayek tanto lungimirante quanto sconosciuto quando, precorrendo i tempi, criticava coraggiosamente una legislazione trasformata in un rimedio veloce contro ogni genere di male ed espressione di un insieme di leggi particolari e specifiche, legate agli interessi contingenti di maggioranze occasionali⁷⁴.

L'economista austriaco non nasconde l'approvazione per quegli 'ordini spontanei'⁷⁵, espressione dell'insieme di decisioni giudiziarie, di arbitri privati e del costume che trovano concretizzazione attraverso un processo secolare e in-intenzionale nelle, cosiddette, 'norme di condotta'⁷⁶, esito di una deliberazione ma al contempo espressione codificata di valori e principi che presuppongono uno studio costante, sempre più sacrificato da una politica impegnata nella rapidità di decisioni urgenti quanto contingenti. Le 'norme di organizzazione' sono antiquate rispetto alle moderne esigenze di un diritto orale, flessibile, più conforme alla realtà mutevole, ispirato al modello proprio della *lex mercatoria* in cui, gli attori (economisti e finanziari) come all'interno delle tribù primitive, adattano regole 'liquide'⁷⁷ alle varia-

⁷⁴ B. LEONI, *La sovranità del consumatore*, cit., Leoni con Platone critica la tendenza ad attribuire ad alcuni individui, come piloti o medici che 'tagliano e bruciano senza curarsi delle urla del paziente', «un potere di controllo e di decisione su tutti i loro simili». In ID., *Il problema metodologico delle scienze sociali*, cit., p. 161.

⁷⁵ L'espressione è stata usata per la prima volta da Leoni nel 1958 in occasione di una serie di seminari tenutisi in California ai quali ha partecipato insieme ad Hayek e Friedman affrontando il tema concernente l'identificazione tra pianificazione e legislazione, mercato e *rule of law* e il processo di evoluzione spontanea che include la religione, il diritto il linguaggio e il mercato.

⁷⁶ Le norme di condotta si differenziano dai comandi perché non prescrivono un comportamento commissivo, ma omissivo o negativo, infatti non conferiscono diritti e servono unicamente ad evitare i conflitti e a facilitare la cooperazione, senza garantire il successo, che dipende sempre da circostanze fattuali.

⁷⁷ Bauman discute di una liquidità che coinvolge ogni aspetto della realtà, anche il diritto. «la vita liquida, è una vita precaria, vissuta in una situazione di continua incertezza (...) è una successione di nuovi inizi». Z. BAUMAN, *Vita liquida*, cit., p. X.

bili esigenze del mercato. L'ordinamento giuridico, statale o sovrastatale dei delegittimati, in questa prospettiva, diventa espressione di una staticità che postula l'esistenza di una 'fonte sovrana', appannaggio di un presunto sapere totale che non si impegna nella relazione dialogica, finalizzata alla ricostruzione di un'identità che è pienamente tale quando è 'relazionale'. Se con i classici Hayek richiama l'idea della possibilità dell'uomo di poter accedere solo ad esercitare un sapere parziale, inteso come continua ricerca-desiderio di verità, tuttavia, un'investigazione puramente scientifica⁷⁸, come quella prospettata sin dai primi scritti del 1943 nega dignità all'io e avvalle dinamiche sociali che assumono i tratti di una continua minaccia alla genesi antropologica del diritto, esplosa oltre i confini locali nella post-globalizzazione.

La moderna economia globale, sollecita più di una riflessione sul pensiero di Hayek dal momento che la frattura tra il *nomos* della terra, di shmittiana memoria, e il crescente «nomadismo del diritto»⁷⁹, allontanano l'uomo della strada quanto il giurista dall'indagine sui contenuti 'giuridici' del disposto normativo. Il *nomos* greco, espressione delle tradizioni, della cultura e dell'attaccamento al territorio, cede il passo a quello che i greci definivano *a-nomos* l'empio, il precluso alla con-vivenza, un diritto a-statuale, oggi, determinato dalla deterritorializzazione del giuridico, provocata dalla globalizzazione dei mercati.

Si tratta di un esito che avalla un processo alternativo allo Stato nella formazione del diritto che privilegia «la convergenza di azioni e decisioni spontanee da parte di un grande numero di individui»⁸⁰ fino all'adozione di quelle che selettivamente possono essere conside-

L'argomento viene ripreso *Homo consumens*, Roma, 2007. Il riferimento alla 'liquidità' come condizione che caratterizza attualmente le relazioni umane è ripreso da Romano per descrivere una giuridicità sintomo di processi vitali che l'operatore idraulico delle tecno-norme è chiamato ad applicare ed eseguire. B. ROMANO, *Scienza giuridica senza giurista: il nichilismo perfetto*, cit., p. 213.

⁷⁸ K. JASPERS, *La filosofia dell'esistenza*, Roma-Bari, 1998, p. 9.

⁷⁹ C. SCHMITT, *Il Nomos della terra nel diritto internazionale dello "jus publicum europaeum"*, Milano, 1991.

⁸⁰ Cfr. B. LEONI, *La libertà e la legge*, cit.

rate migliori.

Ma chi seleziona i contenuti delle pretese giuridiche nel libero mercato?

Se è vero che l'economia di mercato ha usufruito dell'abbattimento dei confini statali, che non segnano più le frontiere dei traffici, allo stesso tempo, è sorta la necessità di assecondare nuove fonti di normazione, che in gran parte non coincidono con le sovranità nazionale né hanno necessariamente carattere 'pubblico'. Si può insomma discutere di nuove forme di 'intelligenza giuridica', prodotte da vari soggetti pubblici e privati, che regolano il mercato globale e contribuiscono alla crisi dell'ideologia positivista del primato della legge statale e della supremazia della legislazione, determinando il successo del diritto giurisprudenziale tipico del sistema anglosassone. Il sistema inglese diventa il modello giuridico della *new economy* in cui sono le parti private a collaborare alla produzione delle leggi che poi si autoapplicano, contribuendo alla rinnovazione incessante delle condizioni di scambio, contribuendo all'affermarsi di una politica liberale che riconosce rilevanti competenze ai privati nell'elaborazione e creazione del diritto.

In questo senso, la tendenza all'oralità si identifica con la voce di soggetti privati, non ufficiali che si improvvisano 'imprenditori del diritto'⁸¹, contribuendo al processo di privatizzazione del giuridico da cui emergono norme ad *hoc*.

Proprio questa architettura sociale suggerisce il superamento del modello kelseniano che, nella *Dottrina pura del diritto*⁸², configura un

⁸¹ M.R. FERRARESE *Diritto americano e imprenditorialità dei privati*, cit., evidenzia la resistenza sempre dimostrata dagli americani nei confronti della codificazione. Gli stessi *restatements* o *l'Uniform Commercial Code*, sono una mera ratifica di quanto costruito dalle pratiche giuridiche del mercato piuttosto che un coerente progetto di unificazione giuridica.

⁸² Il soggetto kelseniano è dotato di una razionalità parametrica, infatti si interroga sulle conseguenze del non rispetto della norma data, non la mette in discussione, Luhmann la chiama osservanza/inosservanza. Invece gli operatori economici dell'età moderna sono dotati esclusivamente di razionalità strategica, non hanno come punto di riferimento una norma, intesa come rispetto della legalità, né un'idea di giustizia da rispettare, sono in una situazione di totale interdipendenza dagli altri operatori e

ideale di 'oggettività' e di 'totalità' del giuridico, trasponibile nella realtà concreta solo mediante l'interpretazione di tecnici esperti.

Nella società dromocratica, cambiano i centri di riferimento: al sovrano o despota si sostituiscono i mercanti, autori di un diritto orale, flessibile e più conforme alla realtà mutevole che affonda le proprie radici nella *lex mercatoria*⁸³ secondo una forma di normazione non verbalizzata capace di edificare l'ordine spontaneo. «Dalla *lex mercatoria*, nasce il diritto nei primordi della storia umana: non da un testo scritto ... bensì da un fatto che si ripete, da una durata che si distende nel tempo, da una osservanza collettiva che non è obbedienza passiva ma piuttosto adesione»⁸⁴. Si tratta della manifestazione di capacità degli stessi soggetti privati di creare istituti e regole per i propri scambi dove la complessità, deriva in primo luogo, dall'accresciuto numero di soggetti produttori di diritto, spesso rappresentato da operatori economici, 'informali', che insieme agli operatori cosiddetti 'formali'⁸⁵, contribuiscono alla produzione di una consistente varietà di regole.

5.8. La privatizzazione del diritto e la deriva totalitaria

Trascurato nei paesi anglosassoni ed elogiato in quelli di *civil*

tenendo conto soltanto delle risposte degli altri alle proprie scelte, «vanificando così l'idea di un ordine normativo *a priori*». ID., *Le istituzioni della globalizzazione*, Diritto e diritti nella società transnazionale, 2000 p. 30.

⁸³ La *lex mercatoria* è una fonte normativa che ben si adatta alle mutevoli esigenze dei traffici globali. Essa fonda principi di *common law* e di *civil law* e trova legittimazione nelle linee di tendenza emerse tra gli operatori economici in ambito transnazionale. Si sostanzia in nuove tecniche e modalità di comportamento che decretano la fine del diritto statale.

⁸⁴ P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, 2003, p. 100.

⁸⁵ Tra gli operatori 'formali' si possono citare alcune importanti istituzioni sovranazionali come il WTO.

*law*⁸⁶, il maggior esponente del normativismo, ha contribuito a determinare, nell'ideale comune, l'identificazione tra il diritto e la legge, il trionfo di Creonte su Antigone⁸⁷ e un accostamento positivo tra etica e Stato⁸⁸.

Sono questi gli argomenti discussi criticamente da Hayek, che ha fatto, della difesa intransigente della libertà individuale, il *leit motiv* del suo itinerario speculativo, non disdegnando questioni che evidenziassero le debolezze di quelle teorie che considerano la legislazione la «massima manifestazione della giuridicità»⁸⁹. I continui rinvii al *rule of law*⁹⁰ rappresentano un'implicita denuncia al mito del monopolio, economico e giuridico dello Stato, responsabile della deriva in un diritto identificato in un complesso di direttive finalizzate a raggiungere gli obiettivi che una maggioranza politica ritiene giusti.

Si avvia, con Hayek, l'accostamento tra 'democrazia' e 'totalitarismo', un ossimoro solo apparente, uno spazio concettuale tutt'altro che vuoto, se si considera la facilità con la quale i meccanismi dell'una possono trasmutarsi nei capisaldi dell'altra, supportati e strumentalizzati da un'ideologia 'costruttivista'⁹¹ e anti-liberale. Il

⁸⁶ Il nostro sistema giuridico, infatti, così come gli altri di *civil law*, ha consentito la proliferazione di regimi autoritari mentre quelli di *common law* non hanno mai portato alla deriva totalitaria, ma sono stati la base delle più antiche democrazie.

⁸⁷ B. ROMANO, *Sistemi biologici e giustizia. Vita animus anima*, cit., p. 23.

⁸⁸ B. LEONI, *Lezioni di filosofia del diritto*, afferma, attraverso il rinvio all'*Etica Nicomachea* di ARISTOTELE, che la legislazione come un mezzo necessario per determinare i mezzi con i quali conseguire il fine etico degli individui.

⁸⁹ IL POLITICO, *Rivista italiana di scienze politiche*, 1982, anno XLVII, n. 1, pp. 115-130, *La grande dicotomia diritto privato - diritto pubblico e il pensiero di Bruno Leoni*, a cura di M. Stoppino.

⁹⁰ La speculazione di Leoni, si dipana a partire da una serie di principi che aprioristicamente condizionano il processo legislativo, sottoponendo lo Stato stesso al rispetto delle norme di diritto.

⁹¹ Leoni come Hayek definisce 'costruttivistiche' tutte quelle correnti di pensiero che, come il positivismo, attribuiscono l'ordine interno della società al progetto di qualche autore:⁹¹ Questa concezione postula che ci sia sempre un'ultima «fonte sovrana» da cui derivano tutte le leggi. F. A. VON HAYEK, *L'abuso della ragione*, cit., p. 147. In *Storia*

problema delle moderne democrazie è rappresentato dalle distorsioni che il sistema può generare attraverso l'agire di coloro che, «senza nulla conoscere di politica, immaginano di possedere questa scienza in tutti suoi particolari ...»⁹² e, servendosi della posizione di privilegio che occasionalmente detengono, perseguono arbitrariamente il soddisfacimento dei propri interessi, strumentalizzando le procedure che ne garantiscono il funzionamento. Dal momento che, «la nozione attuale di diritto è senza dubbio influenzata dalla troppa importanza che attribuiamo alla funzione della legislazione, cioè alla volontà di altri ...»⁹³ la questione, prospettata da Hayek, relativa ad una deriva totalitaria non è un'utopia.

L'istituto della rappresentanza, alimentata dal dialogo tra le parti, si snatura quando la verità diventa un dogma che non necessita l'impegno della ricerca attraverso la quale ciascuno si fa persona nella costruzione della propria identità esistenziale⁹⁴. È proprio la libertà a garantire la ricerca della «forma immateriale del senso» di ciascun *io* e l'insostituibilità del contributo di ogni opinione nella conquista della verità, negata in quei sistemi chiusi in cui «il dissenso diventa non senso»⁹⁵. Di fronte alle strumentalizzazioni del potere, interessato esclusivamente al funzionamento del meccanismo sociale, Hayek discute criticamente di un diritto che serve supinamente una politica garante degli interessi della parte più forte, privando i più della possibilità di indirizzare l'azione di governo. Quando la giuridicità viene privata della sua specificità, la terzietà, diventa il risultato di un compromesso politico che avvia

del pensiero politico dell'Ottocento e del Novecento, è incentrato sulla distinzione hayekiana, a quei tempi ignota in Italia, tra individualismo puro (buono) e individualismo spurio, costruttivista (cattivo) e in particolare dalla trattazione dell'utilitarismo, che pur con alcune riserve, Leoni riconduceva, molto prima di Alain Caillé e del Mauss, nell'ambito di un pericolosa visione politica, pronta, per la felicità di 'molti' a sacrificare i 'pochi', le minoranze.

⁹² B. LEONI, *La libertà e la legge*, cit., p. 11.

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ B. ROMANO, *La filosofia della forma. Relazioni e regole*, cit., p. 84.

⁹⁵ *Ivi*, p. 55.

l'inversione dei valori teorizzata profeticamente da Nietzsche⁹⁶ dovuta all'affermarsi di un nuovo rapporto in cui l'organizzazione dei partiti determina il fluire dell'opinione e non viceversa⁹⁷. In una dimensione in cui la «volontà di senso»⁹⁸, insita strutturalmente in ogni uomo, non matura in una effettiva «volontà di forma»⁹⁹, il diritto viene privato della sua 'genesi' antropologica e dell'estensione temporale che specifica il soggetto nel suo continuo sottrarsi alla coincidenza con le fasi delle operazioni biologiche in cui, le relazioni si aprono e chiudono nel veloce svolgimento delle operazioni vitali impersonali¹⁰⁰.

La polemica di Hayek si fa aspra quando discute delle nuove esigenze della 'società tecnologica', che, mal sopportando una regolamentazione minuziosa, sollecita un cambio di prospettiva, rispetto all'opinione tradizionale che concepisce il diritto *positum* come la soluzione ad ogni malessere sociale.

La critica è rivolta a quei poteri che manipolano arbitrariamente il diritto, trasformando la legislazione, posta in atto per evitare 'la guerra di tutti contro tutti'¹⁰¹, in uno strumento di oppressione e di disuguaglianza. La questione, svela la necessità di una disciplina giuridica flessibile, in grado di adattarsi alle mutevoli esigenze del mercato, cogliendo l'inadeguatezza di qualsiasi legislazione che

⁹⁶ M. HEIDEGGER, *Sentieri interrotti*, cit., p. 233.

⁹⁷ Romano discute a questo proposito, riprendendo Nietzsche, dell'inversione dei valori a partire dalla perfetta coincidenza del diritto con i fatti vincenti: infatti non sono più i valori (il diritto) ad orientare il volere, ma il volere stesso con i propri mezzi. B. ROMANO, *Scienza giuridica: senza giurista, il nichilismo 'perfetto'*, cit., pp. 271-275.

⁹⁸ ID., *Filosofia della forme. Relazioni e regole*, cit., p. 209.

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ ID., *Scienza giuridica senza giurista, il nichilismo 'perfetto'*, cit., p. 89: «il nichilismo giuridico perfetto consiste nel trattare le norme mediante altre norme, non pensando il diritto come ragione e senso di ogni norma».

¹⁰¹ T. HOBBS discute nel Leviatano dello stato di natura come una condizione di guerra, *bellum omnium contra omnes*, in cui ciascuno mira alla propria autoconservazione a discapito degli altri dal quale l'uomo può emanciparsi attraverso un *pactum unionis*, attraverso il quale, nel medesimo istante, si costituisce un popolo associato e un governo autoritario legittimato all'esercizio del potere.

pretenda di coordinare le scelte verso obiettivi predeterminati; «se l'economia di mercato ha avuto successo nei paesi anglosassoni e a Roma, dove c'era il diritto dei giuristi e giudiziario, non è una coincidenza»¹⁰². L'evoluzione del diritto romano rispecchia l'idea di una giuridicità prodotta da un potere diffuso»¹⁰³ che sostituisce alle assemblee legislative l'individuo economico: paradossalmente, così come in un sistema centralizzato la giuridicità può assumere i tratti di una legge decretata da maggioranze occasionali diventando, per dirla con Leoni, un «prodotto pre-fabbricato», «qualcosa da produrre con il minimo impegno [...] in base a piani prestabiliti, dalle persone adatte ... da offrire a quelli che devono obbedire alle leggi»¹⁰⁴, allo stesso modo, in un ambiente eterarchico e privo di centro, i consumatori nel mercato diventano attori del processo legislativo secondo una architettura che trova riscontro nell'espressione «un dollaro un voto esprime bene la natura di quel processo continuo, con il quale il consumatore dirige e domina il comportamento dei produttori del libero mercato»¹⁰⁵.

La possibilità che l'essere umano venga trasformato in uno «schiavo sotto un buon padrone»¹⁰⁶ è un rischio che può arrivare tanto da un'organizzazione politicizzata quanto dai poteri del mercato che impongono la formazione e l'esecuzione di desideri definiti: in questa direzione ciascun individuo «non (desidera) il desiderio dell'altro, ma (costruisce) una definita forma già formata, che l'altro (lo schiavo) pur sempre come un io e non come una cosa, deve eseguire, senza impegnarsi nel secondo polo della sua differenza formologica»¹⁰⁷.

La questione problematica viene implicitamente ripresa da Hayek con riferimento all'idea di una rappresentanza universale irrealizzabile. L'incapacità della politica di essere terza e, in quanto tale, orientata incondizionatamente al soddisfacimento del bene comune

¹⁰² *Ibidem*.

¹⁰³ C. LOTTIERI, *Le ragioni del diritto. Individui e ordine giuridico nel pensiero di Bruno Leoni*, cit., p. 224. Cfr., ID., *Lezioni di filosofia del diritto*, cit., p. 77.

¹⁰⁴ ID., *La sovranità del consumatore*, cit., p. 116.

¹⁰⁵ *Ivi*, cit., p. 27.

¹⁰⁶ *Ivi*, p. 20

¹⁰⁷ B. ROMANO, *Filosofia della forma. Relazioni e regole*, cit., p. 21

piuttosto che alle istanze sociali emergenti perché più forti lascia emergere il problema degli inclusi e degli esclusi, anche all'interno di un sistema democratico dove, i non rappresentati dalla politica vivono il potere di turno come il prodotto di un disegno tirannico.

5.9. Diritto spontaneo e tecnoregolazione

L'illimitato senza 'misura', senza 'regole' e senza 'diritti', fortemente auspicato nelle teorizzazioni del diritto spontaneo, diventa la cornice delle più recenti relazioni telematiche che, rispetto ad altri ambiti del vivere sociale, più si avvicina al progetto spontaneo di ordine in cui l'essere umano è ambientato in una infinita casualità che è, prima di tutto, afferma Buber, «abdicazione dell'uomo al mondo esorbitante dell'Esso ... è la fatalità senza destinazione ... una oggettività rassicurante che altro non è se non sollecitudine spettrale per numeri senza volto»¹⁰⁸.

Una riflessione sull'epoca attuale, sollecita a ripensare che «non c'è realtà dove c'è autoappropriazione»¹⁰⁹, intesa come chiusura narcisistica e insieme indifferenza verso gli altri: «per quanto possa appropriarsi di molte cose ... rimane ... ciò che esperisce e utilizza»¹¹⁰.

Paradossalmente, l'artefice del sistema della rete, degli scambi, del commercio ne è assorbito e annientato nella sua specificità e insieme nella sua creatività inventiva, determinato da un fare macchinico che spegne il pensiero, lasciando: «al posto del movimento sempre rinnovato dell'essere che si raccoglie e si stacca ... l'acquietarsi in un esso»¹¹¹. Ritrovare il limite, inteso come rispetto dell'altro e strumento che apre all'illimitatezza della ricerca del senso, è la grande sfida dell'uomo nuovo, catturato in una condizione di inadeguatezza che lo espone continuamente all'alternativa tra rimanere connesso o conservare la sua specificità, prendendo distanza da una tecnologia che perde la caratteristica di strumento al servizio dell'uomo, diventando un mezzo di alienazione dell'io.

¹⁰⁸ *Ivi*, p. 305.

¹⁰⁹ M. BUBER, *L'io e il Tu*, Pavia, 1991, p. 103

¹¹⁰ *Ivi*, p. 105.

¹¹¹ *Ivi*, p. 142.

Il rischio della mercificazione dei dati sensibili, nelle classificazioni statistiche di mercato, sono solo un esempio della principalit  assunta dal nuovo potere 'disciplinare di sorveglianza'¹¹² che innalza la tecnologia a soggetto della storia e relega l'essere umano in un anello del suo funzionamento. Il recupero dei tradizionali concetti classici, a partire dal significato stesso del termine *τέχνη*, sono il pretesto per una lettura alternativa del mutamento antropologico dell'et  moderna in cui la tecnica diventa l'asse portante delle dinamiche libertarie e, allo stesso tempo, liberticide che sfruttano l'oblio del diritto, sollecitando l'identificazione del Bene con l'accaparramento dei beni materiali.

In questa direzione, la lettura post-moderna dell'ordine spontaneo di Hayek svela la questione problematica relativa alla perdita del senso¹¹³, inteso, non secondariamente, come bisogno di coniugare libert  e responsabilit , mostrando la fecondit  del rinvio ai principi generali del diritto, distanti dal sistema valoriale di Hayek, contingentizzato in un ambiente storico particolare rispetto all'universalit  e all'incondizionatezza dei primi. Un'esistenza libera e dignitosa va al di l  della mutevolezza dei piaceri materiali, connessi al bisogno e al desiderio in un continuo fluire che consuma l'esistenza in una vita simile a quella di una 'voliera di caradri'.

Non si tratta solo di principi astratti ma anche di praxis che entrano quotidianamente nelle relazioni sociali e sollecitano a ripensare al 'Bene' come ricerca del giusto in ogni dimensione: dalla politica fino al diritto, nonostante le spinte opportunistiche verso contenuti maggiormente spendibili. A questo proposito, si comprende come la riflessione filosofico-giuridica diventi arte della prudenza che indica come unica possibilit  di uscire dai complessi reticoli di una contingenza improntata al fare e all'avere, la libert  interiore che non   solo assenza di coercizione ma   innanzitutto governo di s , 'sottraendosi all'accettazione adeguata di essere di un'altra persona'.

¹¹²M. FOUCAULT, *Bisogna difendere la societ *, Milano, 2009, p. 39.

¹¹³ Si veda PLATONE, *Filebo*, «Dunque, se non possiamo cogliere il Bene in una sola Idea, dopo averlo colto con tre, ossia bellezza, proporzione e verit , diciamo che attribuiamo giustamente a questo, preso come un uno, la causa delle realt  che sono nella mescolanza, e che la bont  della mescolanza deriva da questo, in quanto esso   Bene». *Ivi*, p. 227,

Tentare di scardinare l'orientamento disumano e controgiuridico della società post-moderna, significa sollecitare il recupero del 'diritto di essere uomo' attraverso il ritorno al pensiero classico sulla giusta 'mescolanza', discussa con profondità di intenti nel Filebo, tra piacere ed intelletto tra i beni e il Bene: «Filebo dice che il piacere rappresenta il giusto fine per tutti gli esseri viventi, che tutti devono mirare a quello, che esso è un bene per tutti, e che è possibile attribuire correttamente due nomi, ovvero quello di 'bene' e 'piacevole' a una sola entità e a una sola natura. Socrate invece sostiene che questo non sia una sola entità, ma due come i nomi, e ciò che è 'bene' e cioè che abbiano una natura differente fra loro, e che l'intelligenza partecipi maggiormente della parte assegnata al bene che non il piacere»¹¹⁴.

La necessaria scissione, discussa da Socrate, avvalorata lo scadimento di un contesto sociale progredito in termini di mezzi ma non nel rispetto dei diritti umani quando tenta, unidirezionalmente, di assolutizzare uno dei due versanti, generando l'oscuramento della ricerca del senso che nomina il 'perché' e quindi la motivazione, solo umana, nella selezione scelta dei propri atti. A questo proposito, il pensiero di Socrate e di Protagora diventa il simbolo dell'uomo moderno, scisso tra la scelta dei vantaggi immediati, che derivano dai beni, dall'adattamento all'ideologia dominante o dall'esecuzione di prassi, oppure nell'assunzione del compito di rispettare se stesso, custodendo l'esercizio del pensiero e della riflessione che nomina il limite e la misura, prima di tutto, nel dire delle parole, nelle scelte della progettualità, nel godimento dei piaceri e in ogni modalità di incontro dell'alterità: «ogni fusione, quale che sia e comunque avvenga, se non possiede la natura di ciò che è misura e di ciò che è proporzione distrugge di necessità gli elementi che vi sono mescolati e se stessa prima di tutto: e non si tratta di fusione, ma di una congerie non veramente mescolata tale da diventare ogni volta una vera e propria sventura per coloro che la posseggono»¹¹⁵.

La mescolanza tra piaceri e doveri può essere interpretata come l'antidoto per affrontare i limiti del diritto laddove appare inadeguato, per struttura, rispetto ai nuovi contesti in cui deve trovare

¹¹⁴ *Ivi*, p. 211, B.

¹¹⁵ *Ivi*, p. 227.

applicazione: né strutturati politicamente, né localizzabili spazialmente, stante una impalpabilità delle relazioni e una liquidità negli spostamenti di coloro che operano virtualmente che rende ancora più complessa la sagomatura di una disciplina giuridica adeguata.

I limiti del diritto derivano dalla destrutturazione dei tradizionali modi di intendere e concepire l'articolazione stessa del giuridico che oggi esige di coinvolgere istituzioni sovranazionali capaci di ricevere consenso se sapranno spendersi nella ricerca del senso del giusto piuttosto che nella formalizzazione sterile dei contenuti di una legalità servile agli interessi contingenti della massa.

La fenomenologia, in questo contesto storico-sociale, diventa un valido strumento metodologico nelle mani del giurista-filosofo che ha il compito di restituire credibilità ai principi universali e incondizionati, illuminando la coscienza comune alla consapevolezza che il recupero dell'universale-concreto: il giusto possa costituire un valido mezzo contro la tendenza a sopperire l'assenza di regole giuridiche con l'omologazione culturale, imposta dalla tecnoregolazione.

Promuovere elementi di interdipendenza significa scavare oltre ogni frammentazione sociale, culturale, razziale o religiosa per individuare quell'universale-comune, discusso da Platone come mescolanza e, interpretata in queste pagine, in qualità di 'misura' e 'proporzione' nelle relazioni sociali quanto in quelle virtuali.

Solo l'incidere di una regola giuridica universalmente riconosciuta come giusta può arginare l'impunità e la deresponsabilizzazione delle relazioni telematiche dove, in assenza di regole, proliferano condotte unidirezionali, alimentate dall'incondizionatezza del piacere, nella continua tensione verso desideri puntistici e frugali, destinati a permanere in una forma scelta di inappagamento e a generare nuove forme di desiderio e quindi di scambio.

In questa prospettiva, l'illimitatezza del piacere alimenta la sregolatezza delle relazioni sociali che hanno sostituito quelle sociali in cui la corsa frenetica all'uso e al consumo conferisce una forma labile ai rapporti umani, vestendoli di prassi dal sapore macchinico.

La mescolanza, interpretata in chiave moderna, diventa la condizione necessaria nella selezione delle regole giuridiche quando si lasciano attraversare dall'astratto e dal concreto, dalle esigenze emergenti e dai valori, universali e incondizionati, dal piacere e dai principi generali secondo un itinerario che spezza la presunzione,

dell'uomo nuovo, di non avere limiti.

L'essere umano invece, si conserva tale se rispetta l'essenzialità del limite come condizione necessaria per accedere all'illimitato nell'ambito di un movimento ortonomo in cui ciascuno incontra se stesso e l'altro in una relazione autentica capace di aprirsi all'illimitato contenuto della creazione del senso, genesi della ricerca scientifica, delle scoperte fisiche, chimiche e dell'innovazione tecnologica e, allo stesso tempo, di affermare l'essenzialità del limite, inteso come rispetto dell'altro nella sua differenza ipotizzante.

Solo in questa direzione, il dissenso è una modalità d'essere del senso che non relega tra gli scarti né esclude la diversità: culturale, religiosa, politica, ma si nutre della differenza per schiudersi nuovamente verso l'illimitato che genera fattispecie sempre nuove: la «vita dialogica non è quella in cui si ha a che fare con molti uomini, ma quella in cui si ha davvero a che fare con gli uomini con cui si ha a che fare»¹¹⁶.

Queste riflessioni sulle nuove forme dell'agire sociale rischiarano la consapevolezza che la tecnoregolazione esige, per tornare alla dignità del giuridico, una sintesi tra limite e illimitato, una sorta di dialettica dinamica in cui l'illimitato (il senso) tenta continuamente di dissolvere il limite (le regole della relazione) che si ricostituisce assumendo nuove forme. Il continuo oltrepassamento del limite è l'inizio della formazione della storia delle istituzioni sociali¹¹⁷ che non si identifica con l'evoluzione impersonale e a tratti macchinico-funzionale, senza scopi e senza uomini, ma è un orientamento scelto e selezionato tra i molti possibili nella consapevolezza della propria finitudine. L'abitudine al 'potere-tutto' sollecita l'uomo comune a credere che anche il diritto possa entrare nella propria disponibilità privata, decidendo puntisticamente la 'regolarità' più adatta al caso concreto, facendosi legislatore di se stesso, funzionalmente all'esecuzione di pulsazioni che ricordano, nella loro puntuale ricorsività, 'l'eterno ritorno dell'uguale'.

Il solipsismo personalistico degenera nella mistificazione del diritto nelle forme della tecnoregolazione, supportata anche dalle procedure 'dromocratiche' che inaugurano una fase di regresso del

¹¹⁶ *Ivi*, p. 206.

¹¹⁷ Cfr. P. ZELLINI, *Breve storia dell'infinito*, Milano, 2011.

genere umano, recintato nella ricorsività del ragionamento logico-binario, capace del sì o del no che esclude la problematizzazione, motivante gli atti scelti che distingue l'uomo dall'animale. Platone nel *Filebo* mette a nudo gli effetti che derivano dall'oscuramento dell'attività intellettuale-riflessiva a vantaggio di una assolutizzazione del dire illimitatamente fino alla degenerazione nell'informe privo di senso di certe dinamiche più degne di un mollusco che di un essere umano: «senza il possesso della memoria, spiega Socrate a Protarco, di necessità non ti ricorderesti neanche che una volta hai goduto, né rimarrebbe un qualche ricordo del piacere che provi nel presente; senza il possesso dell'opinione vera, non potresti credere di godere mentre godi, e non potresti neppure prevedere, essendo privo della specifica capacità, di godere nel futuro»¹¹⁸.

Le argomentazioni di Socrate sul rapporto tra piacere ed intelletto entrano nella discussione sulle transazioni telematiche e, in ogni dinamica in cui si percepisca la necessità di un limite all'arbitrio umano che separa l'uomo dalla passiva esecuzione dei fatti, nella presunzione che l'appiattimento verso la ragione delle macchine (o automatismo) sia capace di superare i limiti della natura umana, strumentale alla velocizzazione delle dinamiche sociali, tra cui, in primis, la produzione giuridica: «L'uomo che vive nell'arbitrio non crede e non incontra. Non conosce la solidarietà, conosce soltanto il mondo febbrile là fuori e il suo febbrile desiderio di utilizzarlo». Questo ambiente soffoca il soggetto perché reprime prima di tutto il pensiero creativo stante anche le nuove modalità istituenti il diritto che, esigono, per stare al passo, un sapere capace di «lasciar sorgere altri tipi di saperi», contingentemente più funzionali e vincenti.

In queste veloci dinamiche, la qualità del sapere giuridico non rinvia più all'appropriazione originale di un sapere che dura, custodendo la sicurezza delle relazioni, ma ha a che fare con la sua capacità di lasciarsi usurare nell'amministrazione procedurale che arbitra le dinamiche commerciali e le relazioni virtuali «attenta a conformare le procedure del diritto al procedere della fattualità delle operazioni sistemiche vincenti»¹¹⁹ in luogo di una ragione giuridica vissuta come una 'creatura mal riuscita' nella sua costitutiva ten-

¹¹⁸ PLATONE, *Filebo*, 21c, p. 73.

¹¹⁹ B. ROMANO, *Filosofia del diritto*, cit., p. 30.

sione verso la ricerca del senso del giusto. Se la qualità è sostituita dalla quantità e la ricerca del senso dalla funzionalità dell'uso, qual è il contenuto del Bene, discusso da Platone, nella società complessa: della rivoluzione tecnologica, dell'accesso alla rete e della produzione di nuovi parametri giuridici di riferimento?

Le pagine del Filebo di Platone diventano la sollecitazione per discutere l'esigenza dell'uomo di ogni tempo di bilanciare l'interesse alla costruzione originale del se stesso e l'obiettivo di supportare le virtù di un progresso economico 'umanamente sostenibile': «L'attività dell'intelligenza, della mente, e della memoria, e altre cose affini, come l'opinione giusta e i veritieri ragionamenti, [sono] migliori e preferibili al piacere per tutti quanti hanno la possibilità di prenderne parte: ed è proprio questa possibilità che rappresenta ... il vantaggio senz'altro più significativo» dell'uomo rispetto ad ogni altro vivente non umano.

Se si smarrisce il contenuto del limite che nomina la distanza tra l'Io e il Tu, nel confine necessario in cui ciascuno custodisce la propria specificità, rimane la corsa all'accaparramento del mio e del tuo in un far west condannato alla propria autodistruzione.

L'illimitato contenuto del limite discusso da Buber deve diventare l'orientamento dominante nell'uso di Internet, della rete e, in generale dei nuovi mezzi di circolazione di beni e servizi, scongiurando il riposizionamento del diritto e della politica su un asse che entra nella disponibilità dei tecnocrati della politica e prima ancora dell'economia, diventando l'unica possibilità di incoraggiare un progresso umanamente sostenibile.

Una tutela non solo legale ma anche giusta, sta nel corretto bilanciamento tra la necessità di non soffocare lo sviluppo tecnologico e l'esigenza di continuità, certezza e stabilità delle regole istituite secondo una giusta miscela tra piacere e intelligenza, direbbe Platone, oggi di liquidità e razionalizzazione dei principi istituenti la legalità in senso stretto.

Questo progetto sociologico, giuridico ed esistenziale insieme esige di recintare la possibilità latente di una esistenza umana condannata alla frammentazione del proprio io dalle molte proiezioni elettroniche che incidono sul pensiero unitario e conducono al convincimento della superiorità della macchina, prospettando una pericolosità sociale superiore ai più spietati sistemi politici liberticidi.

La prassi accreditata è quella sottesa al fare puro, disimpegnato e deresponsabilizzato, simile, nei suoi tratti essenziali, a quello dei generali nazisti della seconda guerra mondiale: estranei e irresponsabili secondo la prospettiva schiusa da fare che pericolosamente oggi si fa strada nella società della tecnica, al servizio di un pensiero calcolante o «Denken als Rechnen» in grado di rispondere solo al richiamo dell'utile e del vantaggioso mai della responsabilità e dell'imputabilità giuridica.

Allo stesso modo, la rete distrae e disperde l'essere umano nel mare magnum di sconosciute comunità comunicative prive dello spazio proprio della comunicazione che esige il collante, integrativo e includente, di un limite all'illimitatezza della velocità, dei contenuti e delle relazioni per lasciare spazio ad un altro tipo di illimitato che non ha a che fare con le merci, le transazioni né con i calcoli statistici ma con l'inesauribile possibilità dell'io del diritto di essere uomo nell'esercizio della propria libertà, che è autodomínio, e della giustizia come partecipazione scelta alla storia delle istituzioni nell'ambito di un «ordinamento cosmopolitico, che sia la matrice, nella quale vengono a svilupparsi tutte le originarie disposizioni della specie umana»¹²⁰.

¹²⁰ I. KANT, *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, in E. Cassirer, *L'idea di costituzione repubblicana*, Brescia, 2013, p. 50.

Bibliografia

- AA. VV., *Lo Stato di diritto: storia, teoria, critica*, Milano, 2002.
- AA. VV., *Filosofia e Filosofia del diritto*, Torino, 2012.
- AA. VV., *Il diritto tra forma e formalismo*, Napoli, 2011.
- AA. VV., *Il filosofo del diritto davanti alla crisi della complessità*, Cassino, 2010.
- AA. VV., *Lessico Virilio, L'accelerazione della conoscenza*, Ghezzeno, 2012.
- AA. VV., *Perché la filosofia del diritto oggi*, Napoli, 2011.
- ANDERS G., *L'uomo è antiquato*, Torino, 2003.
- ANTISERI D., *Liberi perché fallibili*, Soveria Mannelli, 1995.
- ARENDT H., *L'uomo nei tempi oscuri*, New York, 1983.
- ARENDT H., *Le origini del totalitarismo*, Torino, 2008.
- ARENDT H., *Men in Dark Time*, New York, 1983.
- ARISTOTELE, *Della interpretazione*, Milano, 2006.
- ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, Milano, 2009.
- AUGÈ M., *Il senso degli altri. Attualità dell'antropologia*, Torino, 2000.
- AUGÈ M., *Non luoghi. Introduzione ad un'antropologia sulla surmodernità*, Milano, 2006.
- AVITABILE L., BARTOLI G., CANANZI D. M., PUNZI A., *Percorsi di fenomenologia del diritto*, Torino, 2007.
- AVITABILE L., *La filosofia del diritto in Pierre Legendre*, Torino, 2002.
- AVITABILE L., *La funzione del mercato nel diritto*, Torino, 1999.
- AVITABILE L., *Per una fenomenologia del diritto nell'opera di Edith Stein*, Roma, 2006.
- AZZARITI G., *Contro il revisionismo costituzionale*, Roma, 2016.
- BARBERIS M., *Hayek e il diritto: precauzione per l'uso*, "Rivista internazionale di filosofia del diritto", 1987.

- BARBERIS M., *La teoria politica di Bruno Leoni*, Soveria Mannelli, 2006.
- BARCELLONA P., *Diritto senza società. Dal disincanto all'indifferenza*, Bari, 2003.
- BARCELLONA P., *Elogio del discorso inutile*, Bari, 2006.
- BARCELLONA P., *La parola perduta. Tra polis greca e cyberspazio*, Bari, 2007.
- BARCELLONA P., *La strategia dell'anima*, Troina, 2003.
- BAUMAN Z., *Dentro la globalizzazione. Le conseguenze sulle persone*, Roma-Bari.
- BAUMAN Z., *Globalizzazione e Glocalizzazione*, Roma, 2005.
- BAUMAN Z., *L'europa è un'avventura*, Roma, 2006.
- BAUMAN Z., *La società dell'incertezza*, Bologna, 2006.
- BAUMAN Z., *La società sotto assedio*, Roma, 2006.
- BAUMAN Z., LYON D., *Il sesto potere. La sorveglianza nella modernità liquida*, Roma-Bari, 2014.
- BAUMAN Z., *Vita liquida*, Roma, 2007.
- BECK U., *Che cos'è la globalizzazione*, Roma, 2002.
- BERDJAEV N. A., *Schiavitù e libertà dell'uomo*, Milano, 2010.
- BERTALANFFY L., *Teoria generale dei sistemi: fondamenti, sviluppo, applicazioni*, Milano, 1983.
- BOBBIO N., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi sulla teoria del diritto*, Milano, 1977.
- BOUDON R., *Il posto del disordine*, Bologna, 1985.
- BUBER M., *Il principio dialogico e altri saggi*, Cinisello Balsamo, 1997.
- BUBER M., *L'io e il Tu*, Pavia, 1991.
- BUBER M., *Werke, Dritter Band, Schriften zum Chassidismus*, München-Heidelberg, 1963.
- BYUNG-CHUL HAN, *Nello sciame: visioni del digitale*, Roma, 2015.
- CALAMANDREI P., *Fede nel diritto*, Roma-Bari, 2014.
- CAPOGRASSI G., *Impressioni su Kelsen tradotto*, Milano, 1952.
- CAPOGRASSI G., *La nuova democrazia diretta*, Roma, 1922.
- CARCATERRA G., *Corso di filosofia del diritto*, Roma, 1996.
- CARCATERRA G., *La fallacia naturalistica*, Milano, 1969.
- CARRINO A., *Autoipotesi dell'ordinamento dinamico. Diritto e sociologia in Kelsen*, rivista di "Sociologia del diritto", 1991.
- CARTESIO R., *Discorso sul metodo*, Brescia, 1991.
- CASSIRER E. *L'idea di costituzione repubblicana*, Brescia, 2013.
- CHIODI M., *Equità. La regola costitutiva del diritto*, Torino, 2000.

- CICERONE M. T., *De re publica*, Milano.
- CICERONE M. T., *I termini estremi del bene e del male*, in *Opere politiche e filosofiche*, Torino, 2005.
- CICERONE M. T., *Oratio pro Cluentio*, Milano, 1991.
- CICERONE M. T., *Delle leggi*, Bologna, 1985.
- CICERONE M. T., *Il sommo bene e il sommo male*, Milano, 2004.
- COASE R. H., *Impresa, mercato e diritto*, Bologna, 1995.
- COASE R., *La natura dell'impresa: la natura del costo sociale*, Trieste, 2001.
- COTTA S., *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*, Milano, 1991.
- CROCE B., *Riduzione della filosofia del diritto nella filosofia dell'economia*, Milano, 2016.
- CUBEDDU R., *Atlante del liberismo*, Roma, 1997.
- CUBEDDU R., *Carl Menger e le origini dell'individualismo metodologico*, Roma, 1992.
- CUBEDDU R., *Il liberalismo della scuola austriaca Menger, Mises Hayek*, Napoli, 1992.
- DAVENPORT T. H., PRUSAK L., *Il sapere al lavoro, come le aziende possono generare, codificare e trasferire conoscenza*, Milano, 2002.
- DE MARCO E., *Accesso alla rete ed uguaglianza digitale*, Milano, 2008.
- DE NARDO V., *La teoria dell'accordo nel diritto internazionale per governare la globalizzazione*, Roma, 2000.
- DEL VECCHIO G., *Sui principi generali del diritto*, Roma, 2002.
- DERRIDA J., *Il monolinguisimo dell'altro o la protesi dell'origine*, Milano, 2004.
- DERRIDA J., *Luoghi dell'indecidibile*, Soveria Mannelli, 2012.
- DERRIDA J., *Pre-giudicati: davanti alla legge*, Catanzaro, 1996.
- DEZALAY Y., *Marchands de droit: la restructuration de l'ordre juridique international par les multinationales du droits*, Paris, 1992.
- DI ROBILANT E., *Diritto e società tecnologica nel pensiero di Leoni*. Il Politico, anno XLVII, n. 1, 1982, pp. 147-154.
- DOSTALER G., *Il liberalismo di Hayek*, Soveria Mannelli, 2008.
- DURKHEIM E., *Il suicidio*, Torino, 1969.
- E. A., ROSS, *Social Control: A Survey of the Foundations of Order*, Honolulu, 2002.
- ERCOLANI P., *Il Novecento negato. Hayek filosofo politico*, Perugia, 2006.
- FERGUSON A., *An Essay on the History of Civil Society*, Edinburg, 1767.
- FERGUSON A., *Saggio sulla storia della società civile*, Firenze, 1973.
- FERRARESE M. R., *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna, 2000.
- FICHTE J. G., *Sullo spirito e la lettera*, Torino, 1975.

- FICHTE J., *Diritto naturale*, Roma-Bari, 1994.
- FLUSSER V., *La cultura dei media*, Roma, 2004.
- FOUCAULT M., *Bisogna difendere la società*, Milano, 2009.
- FOUCAULT M., *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino, 1977.
- GIOVANNINI E., *Scegliere il futuro. Conoscenza e politica al tempo dei Big Data*, Bologna, 2014.
- GIULIANI A., *Contributi ad una nuova teoria pura del diritto*, Milano, 1954.
- GIULIANI A., *Positivismo logico e scienza politica*, Pavia, 1951.
- GORDON D., *Individualismo metodologico: dalla scuola austriaca all'anarco-capitalismo*, Roma, 2001.
- GROSSI P., *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, 2003.
- HABERMAS J., *Etica del discorso*, Bari, 1985.
- HABERMAS J., *Fatti e norme*, Roma, 2013.
- HAIDEGGER M., *La questione della tecnica*, Milano, 1980.
- HART H. L. A., *Il concetto di diritto*, Torino, 1974.
- HAYEK F. A., *Conoscenza, competizione e libertà*, Soveria Mannelli, 1998.
- HAYEK F. A., *Conoscenza, mercato, pianificazione. Saggi di economia e di epistemologia*, Bologna, 1988.
- HAYEK F. A., *Individualism and economic order*, Chicago, 1980.
- HAYEK F. A., *Individualismo metodologico: quello vero e quello falso*, Soveria Mannelli, 1997.
- HAYEK F. A., *L'ordine sensoriale: i fondamenti della psicologia teorica*, Milano, 1990.
- HAYEK F. A., *L'abuso della ragione*, Soveria Mannelli, 2008.
- HAYEK F. A., *La denazionalizzazione della moneta*, Milano, 2001.
- HAYEK F. A., *La presunzione fatale: gli errori del socialismo*, Milano, 1997.
- HAYEK F. A., *La società libera*, Soveria Mannelli, 2007.
- HAYEK F. A., *La via della schiavitù*, Milano, 1995.
- HAYEK F. A., *L'abuso della ragione*, Soveria Mannelli, 2008.
- HAYEK F. A., *Legge, Legislazione e Libertà*, Milano, 2010.
- HAYEK F. A., *Liberalismo*, Soveria Mannelli, 2012.
- HAYEK F. A., *Libertà e coercizione. Alcuni commenti sulla critica di Mr Ronald Harmony*, New Individualist Review, 1961.
- HAYEK F. A., *L'utopia liberale*, Roma, 2002.
- HAYEK F. A., *Nuovi Studi di Filosofia, Politica, Economia e Storia delle Idee*, Roma, 1988.
- HAYEK F. A., *Prezzi e produzione. Il dibattito sulla moneta*, Napoli, 1990.

- HAYEK F. A., *The pure Theory of Capital*, London 1976.
- HAYEK F. A., *The Use of Knowledge in Society*, *The American Economic Review*, 1945.
- HEGEL G. W., *Filosofia propedeutica*, Milano, 1971.
- HEGEL G. W., *Lineamenti di filosofia del diritto*, Roma-Bari, 1987.
- HEIDEGGER H., *Oltre la linea*, Milano, 2010.
- HEIDEGGER M., *Essere e tempo*, Milano, 2000.
- HEIDEGGER M., *Il principio di ragione*, Milano, 2004.
- HEIDEGGER M., *Sentieri interrotti*, Firenze, 1977.
- HEIDEGGER M., *Concetti fondamentali della metafisica. Mondo, finitezza, solitudine*, Genova, 1983.
- HERITIER P., *Ordine spontaneo ed evoluzione nel pensiero di Hayek*, Napoli, 1997.
- HOBBS T., *Leviatano*, Milano, 2001.
- HUMBOLDT W., *Scritti filosofici*, Torino, 2007, p. 793.
- HUMBOLDT W., *Scritti sul linguaggio*, Napoli, 1989.
- HUSSERL E., *La crisi delle scienze europee e la fenomenologia trascendentale*, Milano, 1997.
- HUSSERL E., *La filosofia come scienza rigorosa*, Roma-Bari, 2010.
- HUSSERL E., *Meditazioni cartesiane*, Milano, 1994.
- JACOBS S., *Polany and Spontaneous Order*, 1999.
- JANKELEVITCH V., *L'ironia*, Genova, 2003.
- JANKELEVITCH V., *Trattato delle virtù*, Milano, 1996.
- JASPERS K., *Filosofia, II*, Torino, 1978.
- JASPERS K., *La filosofia dell'esistenza*, Roma-Bari, 1998.
- JHERING R., *Der Zweck im Recht*, Leipzig, 1987,
- JOANNES PP. XXIII, Litt. Enc. *Pacem in terris de pace omnium gentium in veritate, iustitia, caritate, libertate constituenda*, 11 aprilis 1963.
- JOWITT K., *New world disorder*, Berkeley, 1992.
- KANT I., *Critica della ragion pratica*, Roma, 1989.
- KANT I., *Fondazione della metafisica dei costumi*, Milano, 2003
- KANT I., *Metafisica dei costumi*, ROMA, 1998.
- KELSEN H., *Che cos'è la giustizia*, California, 1957.
- KELSEN H., *Diritto e pace nelle relazioni internazionali*, Torino, 2009.
- KELSEN H., *Dottrina generale dello Stato*, Milano, 2013.
- KELSEN H., *Il primato del Parlamento*, Milano, 1982.
- KELSEN H., *Il problema della giustizia*, Torino, 2000.
- KELSEN H., *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1990.

- KELSEN H., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 1999.
- KELSEN H., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 2002.
- KELSEN H., *Lo stato come integrazione*, Milano, 2001.
- KELSEN H., *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica*, Napoli, 1991.
- KELSEN H., *Scienza giuridica e sociologia del diritto*, "Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik", 1915.
- KELSEN H., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, 1984.
- KIERKEGAARD S., *Briciole di filosofia e postilla non scientifica*, Bologna, 1962.
- KIERKEGAARD S., *Il concetto dell'angoscia. La malattia mortale*, Firenze, 1966.
- KOJÈVE A., *Linee di una fenomenologia del diritto*, Milano, 1989.
- LACAN J., *Amleto*, ne «La psicoanalisi», 1989.
- LACAN J., *Il seminario. Libro VII. L'etica della psicoanalisi*, Torino, 2008.
- LANIER J., *La dignità ai tempi di internet*, Milano, 2014.
- LATOUCHE S., *L'altra africa. Tra dono e mercato*, Torino, 2000.
- LEGENDRE P., *Il giurista artista della ragione*, Torino, 2000.
- LEONI B., *Il problema metodologico nelle scienze sociali*, Pavia, 1952.
- LEONI B., *La libertà e la legge*, Macerata, 1994.
- LEONI B., *La sovranità del consumatore*, Roma, 1997.
- LEONI B., *Norma, previsione e «speranza» nel mondo storico*, "Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto", pp. 145 ss.
- LEONI B., *Probabilità e diritto nel pensiero di Leibniz*, ora in ID., *Scritti di scienza politica e teoria del diritto*, Soveria Mannelli, 2009.
- LEONI B., *Scritti di scienza politica e teoria del diritto*, Soveria Mannelli, 2009.
- LESSIG L., *The future of Ideas*, N.Y., 2002.
- LICKLIDER G. C. R., TEYLOR R. S., *The Computer as a Communication Device*, "Science and Technology", n. 76, 1968.
- LOCKE J., *Il secondo trattato sul governo*, Milano, 2009.
- LOTTIERI C., *Le pretese e i poteri: le radici individuali del diritto e della politica*, Novara, 1997.
- LUHMANN N., *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt an Main, 1995.
- LUHMANN N., *Die Knappheit der Zeit und die Vordringlichkeit des Befristeten*.
- LUHMANN N., *Il diritto della società*, Torino, 2012.
- LUHMANN N., *Mercato e diritto*, Torino, 2007.
- LUHMANN N., *Organizzazione e decisione*, Milano, 2005.

- LUHMANN N., *Sistemi sociali*, Bologna, 1990.
- LUHMANN N., *Stato di diritto e sistema sociale*, Torino, Napoli, 1978.
- LUHMANN N., *Teorie della società*, Milano, 1994.
- MANDEVILLE B., *La favola delle api*, Bari, 2002.
- MARCONI P., *Economie della giustizia penale*, Venezia, 1984.
- MARX C., *Differenza tra la filosofia della natura di Democrito e quella di Epicureo*, in *Opere*, vol. II, Roma, 1980.
- MATTEI U., NADER L., *Il saccheggio. Regime di legalità e trasformazioni globali*, Milano, 2010.
- MAYER-SCHÖNBERGER V. CUKIER K., *Big Data*, Milano, 2013.
- MC CANN, F.A. *Hayek: The Liberal as Communitarian*, in «The Review of Austrian Economics», 2002.
- MENGER C., *Principi fondamentali di economia politica*, Roma-Bari, 1925.
- MENGER C., *Sul metodo delle scienze sociali*, Macerata, 1996.
- MISES R., *Manuale di critica scientifica e filosofia*, Milano, 1950.
- MORIN E., *Introduzione al pensiero complesso*, Milano, 1993.
- MUSCATELLO B., *Friedric A. von Hayek: Capitale, giudizi di valore e principi di ordine: per una teoria dell'agire responsabile*, Milano, 2004,
- NANCY J-L., *Essere singolare plurale*, Torino, 2001.
- NIETZSCHE F., *La volontà di potenza*, Milano, 2001.
- NIETZSCHE F., *Umano troppo umano*, Milano, 1994
- ORTEGA Y GASSET J., *L'uomo e la gente*, Milano, 1978.
- PAGALLO U., *Teoria giuridica della complessità*, Torino, 2006.
- PARSONS T., *La struttura dell'azione sociale*, Bologna, 1962
- PECORA G., *Il liberalismo anomalo di Friedrich August von Hayek*, Soneria, 2002.
- PESCHERA A., *Dataismo verso i Big Data. Critica della morale anonima*, 2014.
- PIRANDELLO L., *Uno nessuno e centomila*, Torino, 1994.
- PLATONE, *Apologia di Socrate*, Milano, 1993.
- PLATONE, *Fedone*, Milano, 1997.
- PLATONE, *Filebo*, Torino, 1975.
- PLATONE, *Gorgia*, Bari, 1964.
- PLATONE, *Repubblica*, Bari, 1982.
- POLANY M., *La logica della libertà*, Soveria Mannelli, 2002.
- POLANYI M., *La conoscenza inespressa*, Roma, 1979.
- POLANYI M., *Personal Knowledge*, London, 1973.

- POPPER K., *La società aperta e i suoi nemici*, Roma, 1977.
- POPPER K., *Miseria dello storicismo*, Milano, 1993.
- PORTINARO P. P., *Oltre lo Stato di diritto. Tirannia dei giudici o anarchia degli avvocati?*, Milano, 2002.
- POUND R., *Lo spirito della "Common Law"*, Milano, 1970.
- PUNZI C., *La funzione del giudice nell'attuale evoluzione del diritto privato*, Padova, 1967.
- RAGNEDDA M., *La società post-panottica. Controllo sociale e nuovi media*, Roma, 2008.
- RAWLS J., *Una teoria della giustizia*, Milano, 1982.
- RICOEUR P., *Sè come un altro*, Milano, 1993.
- RICOEUR P., *Studi di Fenomenologia*, Torino, 2009.
- RIFKIN J., *L'era dell'accesso*, Milano, 2000.
- ROMANO B., *Assoggettamento diritto condizione logotecnica*, Roma, 1992.
- ROMANO B., *Diritti dell'uomo diritti fondamentali. Vie alternative: Buber e Sartre*, Torino, 2009.
- ROMANO B., *Diritti dell'uomo e diritti della senziienza*, Roma, 2003.
- ROMANO B., *Dono del senso e commercio dell'utile. Diritti dell'io e leggi dei mercanti*, Torino, 2011.
- ROMANO B., *Due studi su forma e purezza del diritto*, Torino, 2008.
- ROMANO B., *Filosofia del diritto*, Roma-Bari, 2002.
- ROMANO B., *Filosofia della forma. Relazioni e regole*, Torino, 2010.
- ROMANO B., *Filosofia e diritto dopo Luhmann*, Roma, 1996.
- ROMANO B., *Fondamentalismo funzionale e nichilismo giuridico*, Torino, 2004.
- ROMANO B., *Forma del senso. Legalità e giustizia*, Torino, 2012.
- ROMANO B., *Globalizzazione del commercio e fenomenologia del diritto*, Torino, 2001.
- ROMANO B., *Il dovere nel diritto. Giustizia, uguaglianza, interpretazione*, Torino, 2014.
- ROMANO B., *La legge del testo. Coalescenza di logos e nomos*, Torino, 1999.
- ROMANO B., *Orientarsi nel pensiero - Kant - e nelle norme - Gadamer. Nomos e logos. Schmitt, Heidegger, Lacan*, Torino, 2016.
- ROMANO B., *Ortonomia della relazione giuridica*, Roma, 1997.
- ROMANO B., *Principi generali del diritto. Principio di ragione e principio dialogico*, Torino, 2015.
- ROMANO B., *Principi generali del diritto. Questiones. Norma originaria (Husserl) e Norma fondamentale (Kelsen) Situazione-limite (Jaspers): lotta, diritto, principi generali*, Torino, 2015.

- ROMANO B., *Ricerca pura e ricerca applicata nella formazione del giurista. Diritto e bio-economia*, Torino, 2008.
- ROMANO B., *Scienza giuridica senza giurista, il nichilismo 'perfetto'*, Torino, 2006.
- ROMANO B., *Senso e differenza nomologica*, Roma, 1993.
- ROMANO B., *Sistemi biologici e giustizia. Vita animus anima*, Torino, 2009.
- ROMANO B., *Sulla trasformazione della terzietà giuridica*, Torino, 2006.
- ROMANO B., *Sulla visione procedurale del diritto*, Torino, 2001.
- ROMANO B., *Terzietà del diritto e società complessa*, Roma, 1998.
- ROSA H., *Accelerazione e alienazione. Per una teoria critica del tempo nella tardo modernità*, Torino, 2015.
- ROSMINI A., *Filosofia del diritto*, a cura di R. Orecchia, Padova 1967-69.
- ROTHBARD M., *Power and Market. Government and the Economy*, Kansas City, 1970.
- ROUSSEAU J. J., *Contratto sociale*, Brescia, 1997.
- ROUSSEAU J. J., *The political writings of J. J. Rousseau*, Cambridge, 1915.
- SAVIGNY F., *Sistema del diritto romano attuale*, Bologna, 1980.
- SCHMITT C., *Il Nomos della terra nel diritto internazionale dello "jus publicum europaeum"*, Milano, 1991.
- SCHUMPETER J. A., *L'essenza e i principi dell'economia teorica*, Roma, 1982.
- SEARLE J., *La costruzione della realtà sociale*, Torino 2006.
- SEN A., *Globalizzazione e libertà*, Milano, 2002.
- SEN A., *Lo sviluppo è libertà*, Milano, 2000.
- SMITH A., *La ricchezza delle nazioni*, Torino, 1975.
- SORO A., *La società sorvegliata. I nuovi confini della libertà*, 2016.
- SPENCER H., *Social Statics*, Londra, 1982.
- SPINOZA B., *Etica: dimostrata secondo l'ordine geometrico*, Torino, 1967.
- STIRNER M., *L'unico e la sua proprietà*, Milano, 1986.
- SUPIOT A., *Homo Juridicus. Saggio sulla funzione antropologica del diritto*, Milano, 2006.
- TOMEIO V., *Gli strumenti del sapere contemporaneo*, Torino, 1985.
- TÖNNIES F., *Comunità e società*, Milano, 1963.
- VIRILIO P., *L'orizzonte negativo. Saggio di dromoscopia*, Milano, 2005.
- VIRILIO P., *Estetica della sparizione*, Napoli, 1992.
- VIRILIO P., *L'Horizon négatif. Essai de dromoscopie*, Paris 1984, trad. it. Milano, 2000.
- VIRILIO P., *L'arte dell'accecamento*, Milano, 2007.
- VIRILIO P., LOTRINGER S., *Pure war*, N. Y., 1983.
- VIRILIO P., *L'università del disastro*, Milano, 2008.

- VIRILIO P., *Pure War*, New York, 1983.
- VIRILIO P., *Velocità e politica. Saggio di dromologia*, Milano, 1982.
- VIRILIO P., *Ville panique*, Paris, 2004.
- VIRILIO P., *Vitesse et Politique. Essai de Dromologie*, Paris, 1977, tr. it. Milano, 1981.
- VOLTAIRE, *Dictionnaire philosophique*, Parigi, 1764.
- WEBER M., *Economia e società*, Milano, 1995.
- WEBER M., *Il metodo delle scienze storico sociali*, Torino, 2003.
- WEINRIB E. J., *The Idea of Private Law*, Cambridge, 1995.
- ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite*, Torino, 2008.
- ZELLINI P., *Il logos della scienza*, Parma, 2007.
- ZELLINI P., *Breve storia dell'infinito*, Milano, 2011.

COLLANA MATERIALI E DOCUMENTI

1. La plastica nell'arte e per l'arte. I polimeri come materiali di base e di restauro per i beni culturali
a cura di Luigi Campanella, Alice Hansen, Ezio Martuscelli, Antonella Russo
2. Museo di Merceologia, Sapienza Università di Roma. Catalogo ragionato degli strumenti scientifici / Museum of Commodity Science, Sapienza University of Rome. Catalogue Raisonné of scientific instruments
Małgorzata Biniecka, Patrizia Falconi, Raffaella Preti
3. Video didattico sull'uso interattivo del TAM-2
Federica Micale, Irene Bracone, Maria Antonietta Pinto
4. Video didattico sull'uso interattivo del TAM-3
Federica Micale e Maria Antonietta Pinto
5. Utilización interactiva del THAM-2
Pilar Núñez Delgado y María Santamarina Sancho
6. Utilización interactiva del THAM-3
Vídeo didáctico sobre un grupo de discusión
Jon Ander Merino y David Lasagabaster
7. Utilisation interactive du THAM-3
Vidéo didactique à partir d'items du THAM-3
Isabelle Monette & Sonia El Euch
8. Tham-2 test de habilidades metalingüísticas nº 2 (9-14 años)
Pilar Núñez Delgado y Maria Antonietta Pinto
9. The "MATEL" Project: Research Results
edited by Maria Antonietta Pinto
10. Metalinguistic Exercises as Classroom Activities
edited by Maria Antonietta Pinto
11. Turismo poliedrico
Un brainstorming sulle nuove opportunità di sviluppo turistico
a cura di Marco Brogna
12. I Teatri Antichi del Mediterraneo come esperienza di rilievo integrato
The Ancient Theatres of the Mediterranean as integrated survey experience
Carlo Bianchini, Carlo Inglese, Alfonso Ippolito
13. Impostare e gestire in salute e sicurezza le attività di un laboratorio chimico
Quaderno informativo N. 03
Leandro Casini, Roberta Curini, Emiliano Rapiti, Emanuela Petruccelli

14. La gestione delle emergenze in un laboratorio chimico
Quaderno informativo N. 19
Leandro Casini, Roberta Curini, Emiliano Rapiti, Emanuela Petruccelli
15. I Maestri del Bisso, della Seta, del Lino / The Masters of Byssus, Silk and Linen
a cura di Małgorzata Biniecka
16. Tecniche di massimazione delle sentenze
Loredana Nazzicone
17. Tenebra luminosissima
Sant'Ivo alla sapienza tra fede e ragione
Riflessioni su una ipotesi generativa
Luca Ribichini
18. Laura Gori
L'opera scientifica
a cura di Laura Pezza, Francesca Pitolli, Elisabetta Santi
19. Proposte per l'attuazione della delega penitenziaria
a cura di Glauco Giostra e Pasquale Bronzo
20. Riflessioni sulla crisi libica del 2011
Guerra, economia e migrazioni
a cura di Luca Micheletta
21. Fondamenti della geografia economica
Basi teoriche e metodologiche per lo studio dei sistemi territoriali
Attilio Celant
22. Diritto e sistema dromocratico
Hayek e Kelsen a confronto
Giovanna Petrocco

Accelerazione e velocità sollecitano una lettura della società attuale in chiave dromologica, svelando un'ossatura bipolare che coniuga elementi costitutivi degli ordini spontanei e dei sistemi giuridicizzati. La dicotomia formalismo ed evoluzionismo giuridico viene discussa attraverso i riferimenti al pensiero di Hayek e Kelsen, a partire dall'incidenza di un progetto sociale che, nel confronto critico, svela la comune radice nell'inessenzialità della relazione dialogica.

L'architettura delle loro teorizzazioni schiude possibili interpretazioni sulla 'mistificazione' del giuridico nelle forme di una bio-legalità più attenta alla forma che ai contenuti qualitativi di proposte giuridiche uniformi e indifferenti. Una prospettiva estremizzata nelle fasi biotecnologiche, scandita dagli algoritmi e priva di una riflessione critica, rischia di svuotare la ricerca del giusto, esemplarmente espressa nell'opera del giurista, confinando l'essere umano nel ruolo di un funzionario del sistema dromocratico in cui il giuridico è sempre meno capace di governare l'*escalation* tecno-settoriale.

Giovanna Petrocco è dottore di ricerca, collabora alle attività didattiche della cattedra di Filoofia del diritto presso il Dipartimento di Studi filosofici, giuridici ed economici – Università degli Studi di Roma "La Sapienza".

ISBN 978-88-9377-031-6



9 788893 770316

