



ANNALI 2013 – ANNO I

(ESTRATTO)
ANTONIO DANZA

CIVITAS SIBI PRINCEPS. SUSSIDIARIETÀ IN FRIEDRICH A. VON HAYEK

DIRETTORE DEL DIPARTIMENTO

BRUNO NOTARNICOLA

COORDINATORE DELLA COLLANA

FRANCESCO MASTROBERTI

COMMISSIONE PER GLI ANNALI DEL DIPARTIMENTO JONICO

BRUNO NOTARNICOLA, DOMENICO GAROFALO, RICCARDO PAGANO, GIUSEPPE LABANCA,
FRANCESCO MASTROBERTI, AURELIO ARNESE, GIUSEPPE SANSEVERINO, STEFANO VINCI

COMITATO SCIENTIFICO

DOMENICO GAROFALO, BRUNO NOTARNICOLA, RICCARDO PAGANO, ANTONIO FELICE
URICCHIO, MARIA TERESA PAOLA CAPUTI JAMBRENGHI, DANIELA CATERINO, MARIA LUISA DE
FILIPPI, ARCANGELO FORNARO, IVAN INGRAVALLO, GIUSEPPE LABANCA, TOMMASO LOSACCO,
GIUSEPPE LOSAPPIO, FRANCESCO MASTROBERTI, FRANCESCO MOLITERNI, CONCETTA MARIA
NANNA, FABRIZIO PANZA, PAOLO PARDOLESI, FERDINANDO PARENTE, GIOVANNA REALI,
LAURA TAFARO, SEBASTIANO TAFARO, NICOLA TRIGGIANI

COMITATO REDAZIONALE

AURELIO ARNESE, GIUSEPPE SANSEVERINO, STEFANO VINCI

REDAZIONE:

PROF. FRANCESCO MASTROBERTI
DIPARTIMENTO JONICO IN SISTEMI ECONOMICI E GIURIDICI DEL MEDITERRANEO:
SOCIETÀ, AMBIENTE, CULTURE
VIA DUOMO, 259 C/O EX CASERMA ROSSAROLL
74123 - TARANTO
ITALY
E-MAIL: FMASTROBERTI@FASTWEBNET.IT
TELEFONO: + 39 099 372382
FAX: + 39 099 7340595
HTTP://WWW.ANNALIDIPARTIMENTOJONICO.ORG

Antonio Danza

CIVITAS SIBI PRINCEPS. SUSSIDIARIETÀ IN FRIEDRICH A. VON HAYEK

ABSTRACT	
<p>La Costituzione italiana adopera il sintagma 'principio di sussidiarietà' nell'art. 118. Il diritto costituzionale e il diritto amministrativo lo concepiscono secondo un duplice modo di manifestarsi: secondo un criterio orizzontale, quando i consociati sostituiscono lo stato; secondo un criterio verticale, quando le funzioni pubbliche sono distribuite dal basso verso l'alto. Ma le radici teoretiche del principio di sussidiarietà vanno ricercate nelle dottrine giuridiche e politiche liberali. Particolarmente significativa appare, a questo proposito, la riflessione di Friedrich A. von Hayek sull'ordine spontaneo.</p>	<p>The Italian Constitution uses the term 'principio di sussidiarietà' (principle of subsidiaries) in art.118. The constitutional law and the administrative law are conceived according to a dual mode of occurrence: on a horizontal criteria, when the subsidiaries (associates, citizens) replace the state, on a vertical criteria, when the public functions are distributed from the bottom to the top. But the theoretical roots of the principle of subsidiarity must be sought in legal doctrines and political liberal doctrines. Particularly significant is, in this respect, Friedrich A. von Hayek's reflection on the spontaneous order.</p>
<p>Spodestamento della politica, ordine spontaneo, ordine deliberato</p>	<p>Dethronement of politics, Cósmos [κόσμος], Táxis [τάξις]</p>

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Ordine – 3. Cósmos [κόσμος] e táxis [τάξις] – 4. Diritto e democrazia – 5. Individualismo metodologico – 6. Civitas sibi princeps: la sussidiarietà – 7. Conclusione.

1. - «Society is a network of voluntary relationships between individuals and organized groups, and strictly speaking there is hardly ever merely one society to which any person exclusively belongs»¹. Così Friedrich August von Hayek descrive l'essenza di quel principio che le scienze del diritto amministrativo e del diritto costituzionale qualificano come «principio di sussidiarietà»². La citazione è tratta dal saggio intitolato *The Political Order of a Free People* (1979), terzo volume di *Law, Legislation and Liberty* (1982), l'opera che potrebbe essere considerata la summa

¹ F.A. VON HAYEK, *The Political Order of a Free People*, University of Chicago Press, Chicago 1979, 140.

² Si veda per gli altri: L. FRANZESE: *Percorsi della sussidiarietà*, CEDAM, Padova 2010.

della riflessione di von Hayek sul diritto e sulla società. Per condurre un'indagine filosoficamente proficua sull'elaborazione hayekiana del principio di sussidiarietà, sembra opportuno percorrere un preciso itinerario teoretico:

i. Occorre innanzitutto chiarire cosa intenda von Hayek quando scrive che il diritto è coevo alla società³. Nel sorgere contestuale di società e diritto risiede, secondo von Hayek, il carattere spontaneo del primo e dell'ordine sociale che ne discende. Al contrario, un'autorità che trascende il consorzio sociale e gli individui e impartisce comandi teleologicamente orientati, un'autorità che pianifica i fini sociali e individuali da conseguire, è ciò che von Hayek definisce «organization»⁴, denunciandone la vocazione intrinsecamente totalitaria⁵.

ii. La legislazione è l'oggetto pertinente alla seconda direzione teoretica della ricerca hayekiana. La fiducia che von Hayek ripone nella spontaneità del processo di formazione dell'ordine non va intesa come incondizionata, perché a volte l'ordine, a causa della sua natura di prodotto biologico-evolutivo⁶, necessita di essere corretto tramite la legislazione⁷.

iii. La filosofia del diritto e la filosofia politica di von Hayek sono quindi caratterizzate dall'intento e dall'esigenza di definire, nel modo più puntuale, i limiti del potere politico. Gli strumenti di difesa contro l'ingerenza del potere politico in quell'ordine sociale garantito dal rispetto di regole generali di condotta che spontaneamente si formano e vengono rispettate sono la menzionata legislazione correttiva e lo «spodestamento della politica»⁸ [dethronement of politics].

2. Von Hayek concepisce l'ordine sociale⁹ come un insieme composto da una molteplicità di elementi organicamente, ma spontaneamente, disposti e distribuiti.

³ F.A. VON HAYEK, *Rules and order*, University of Chicago Press, Chicago 1973, 72. «Law in the sense of enforced rules of conduct is undoubtedly coeval with society».

⁴ Cfr. M. POLANYI, *La logica della libertà*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2002, 75: «Allora, nella rivendicazione del primato dell'individuo e delle sue iniziative anche pubbliche, non coartate da autorità esterne, come molti hanno sottolineato, la «Great Society» di von Hayek è molto simile davvero alla «Free Society» di Polanyi, il che sottintende un'identità di vedute sulla posizione epistemologica generale a proposito della «presunzione fatale» di uno stato che voglia configurarsi come mente onnisciente e capacità assoluta di pianificazione. È, in realtà, il contesto antropologico entro cui si collocano le dottrine politiche di Polanyi e von Hayek ad essere lo stesso: l'uomo non è in possesso di una mente «laplaceana» capace di uno sguardo sovrano sull'universo, e il suo, anche a livello politico, si presenta come «viaggio esplorativo nell'ignoto», un viaggio verso un futuro «imprevedibile» e «imprevedibile»».

⁵ R. CUBEDDU, *Friedrich A. von Hayek*, Borla, Roma 1995, 112 ss.

⁶ Ivi, 132 ss.

⁷ F.A. VON HAYEK, *Legge, legislazione e libertà*, Il Saggiatore, Milano 2010, 130 ss.

⁸ Ivi, 523 ss.

⁹ Interessante risulta l'analisi sul rapporto tra ordine sociale spontaneo e possibilità della giustizia sociale in von Hayek. Al riguardo, von Hayek sembra aderire ad una visione pessimistica, congiungendo la possibilità del perseguimento della giustizia sociale o distributiva alla dipendenza da operazioni di ingegneria costituzionale concretamente condotte da autorità politiche centrali totalitarie.

Egli pone dunque l'accento sulle parti, sugli elementi che costituiscono l'insieme denominato «ordine». Ecco allora un primo punto di partenza. L'ordine sociale spontaneo è da von Hayek concepito e immaginato come un insieme. Un insieme costituito da una molteplicità di elementi. Non un insieme vuoto, dunque. Il secondo passaggio è incentrato proprio su questi elementi, considerati non staticamente ma dinamicamente, perché gli elementi di cui von Hayek parla interagiscono, sono in relazione gli uni con gli altri. E dalla loro interazione discende quello «stato di cose» che l'autore chiama «ordine»¹⁰. L'interazione, l'essere in contatto degli elementi costituenti (e costitutivi) dell'ordine sociale - individui e gruppi sociali - è inoltre in un rapporto di necessità con l'esistenza stessa dell'ordine. Infatti:

Living as member of society and dependent for the satisfaction of most of our needs on various forms of co-operation with others, we depend for the effective pursuit of our aims clearly on the correspondence of the expectations concerning the actions of others on which our plans are based with what they will really do. This matching of the intentions and expectations that determine the actions of different individuals is the form in which the order manifests itself in social life [...]¹¹.

Vivendo come membri di una società, e dipendendo per la soddisfazione della maggior parte dei nostri bisogni da qualche forma di cooperazione con gli altri, noi dipendiamo chiaramente, per l'efficace perseguimento dei nostri desideri, dalla corrispondenza tra ciò che effettivamente accadrà e le nostre aspettative circa le azioni altrui – aspettative sulle quali si fondano i nostri piani. Questa favorevole corrispondenza tra aspettative e intenzioni che determinano le azioni dei diversi individui, è una delle forme in cui l'ordine si manifesta nella vita sociale [...]¹².

Non ci sarebbe nessun ordine se i suoi elementi costitutivi non fossero in relazione tra loro, se non comunicassero. Infatti, dal comportamento degli elementi, individualmente, singolarmente considerati, dipende la possibilità di un giudizio sul comportamento degli altri elementi. Che tipo di giudizio? Si potrebbe dire un giudizio prognostico, probabilistico, fondato sulle aspettative circa il comportamento degli elementi – che si potrebbero identificare, giova ripeterlo, negli individui e nei gruppi: nelle forze sociali in senso lato – dell'insieme-ordine: un giudizio ex ante. Leggiamo le parole di von Hayek:

Cfr. VON HAYEK, *Legge, legislazione e libertà*, cit., 270: «Quanto più coloro che governano cercano di realizzare modelli predeterminati di distribuzione auspicabile, tanto più essi devono assoggettare al proprio controllo la posizione dei vari individui o gruppi. Fin tanto che il credo nella «giustizia sociale» governerà l'azione politica, questo processo dovrà progressivamente condurre sempre più vicino ad un sistema totalitario».

¹⁰ Ivi, 49.

¹¹ ID., *Law, Legislation and Liberty*, Routledge, London 2013, 35.

¹² ID., *Legge, legislazione e libertà*, cit., 49-50.

By «order» we shall throughout describe a state of affairs in which a multiplicity of elements of various kinds are so related to each other that we may learn from our acquaintance with some spatial or temporal part of the whole to form correct expectations concerning the rest, or at least expectations which have a good chance of proving correct¹³.

Mediante il termine «ordine» noi descriveremo uno stato di cose in cui una molteplicità di elementi di vario genere sono in relazione tale, gli uni rispetto agli altri, che si può imparare, dalla conoscenza di qualche partizione spaziale o temporale dell'intero insieme, a formarsi aspettative corrette sulle altre parti di quell'insieme, o, almeno, aspettative che hanno una buona possibilità di dimostrarsi corrette¹⁴.

3. - Esaurite le premesse, un primo, anzi il primo problema teoretico che si affaccia potrebbe essere scandito da una serie di interrogativi. Innanzitutto: come nasce un ordine? È una domanda che si presenta e si annuncia stimolante e proficua perché si preoccupa di iniziare l'indagine dal momento genetico dell'ordine. Ed è una domanda che ne implica un'altra: quanti tipi di ordine esistono? Fino a questo momento si è parlato di ordine utilizzando il singolare. Se è lecito chiedersi come nasca un ordine in seno alla società, non sarà logicamente contraddittorio porsi l'ulteriore domanda circa la possibile esistenza di una molteplicità di ordini. Sono due domande, quelle sul momento genetico dell'ordine, intimamente intrecciate. Non si può rispondere all'una ignorando l'altra. La domanda sul come nasca un ordine implica necessariamente quella sulla possibile molteplicità di ordini esistenti. Von Hayek risponde distinguendo un ordine spontaneo [κόσμος *cósmos*¹⁵], che scaturisce

¹³ ID., *Law, Legislation and Liberty*, cit., 35.

¹⁴ ID., 49.

¹⁵ Sui concetti di «κόσμος» e «τάξις» in Hayek, cfr.: L. PELLICANI, *Dalla società chiusa alla società aperta*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2002, 88 ss. Scrive Pellicani: «Dalla fondamentale distinzione fra *Cósmos* e *Táxis* deriva una concezione del mutamento storico-sociale che ridimensiona drasticamente i fattori politici, o, più precisamente, il ruolo positivo dei fattori politici, poiché Hayek non si stanca di reiterare che gran parte degli interventi dello Stato volti a dirigere in una determinata direzione le forze sociali hanno conseguenze affatto negative e che la creatività di una società dipende soprattutto dallo spazio che in essa ha la spontaneità, vale a dire da *Cósmos*. Breve: un eccesso di *Táxis* porta, di regola, alla pietrificazione delle forme di vita di una società in quanto la spontaneità, fonte primaria della creatività in tutti i campi, viene sacrificata sull'altare dell'ordine»; D. ANTISERI, M. NOVAK, R. SIRICO, *Cattolicesimo, Liberalismo, Globalizzazione*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2002, 20 ss.: «Hayek ha dedicato gran parte della sua vita allo studio del concetto di ordine; egli ha fatto di tale nozione un punto cardine del suo pensiero, dal momento che lo applica sia per dare un fondamento teoretico alla psicologia sia per cogliere le strutture del libero mercato sia in sede di filosofia politica, per indicare la natura dell'ordine politico adatto alla natura della persona. Egli ritiene che vi sia una netta contrapposizione tra due concetti di ordine: *cósmos* e *táxis*, il primo caratterizzato dal *nomos* ed il secondo dalla *thesis* [...] Una simile contrapposizione pone da un lato un ordine spontaneo che non ha un proprio fine e consente per questo il perseguimento di più finalità (*nomocracy* o *cósmos*) ed un ordine organizzato e imposto in vista di un ben preciso fine (*teleocracy* o *táxis*). Il primo tipo di ordine, detto anche *catallaxy*, si fonda su norme giuridiche generali ed astratte, ossia sulla *ratio*, mentre il

dal libero e armonico combinarsi dei suoi elementi, ossia delle forze presenti in seno alla società¹⁶; e un ordine costruito deliberatamente [τάξις τάξις¹⁷], progettato, e quindi attuato da chi detiene ed esercita il potere, ossia da chi governa¹⁸. Ma è possibile ragionare asetticamente su una tale classificazione degli ordini esistenti? In altre parole: sono i due tipi di ordine, quello spontaneo e quello deliberato, politicamente e socialmente neutrali? Sono cioè essi privi di conseguenze sull'assetto sociale, politico e giuridico? O non conviene invece interrogarsi se essi siano intimamente collegati e forse addirittura dipendenti da determinate concezioni della società e della politica, e quindi del diritto? Secondo von Hayek, l'opzione per l'uno o per l'altro tipo di ordine non è socialmente, politicamente e giuridicamente indifferente. Dal momento che l'opzione compiuta dice della preferenza per un particolare modello sociale, politico e giuridico. Rivela la preferenza per un particolare regime sociale, politico e giuridico. Gli ordini spontanei sono propri delle società libere. Quelli deliberati¹⁹ sono invece peculiari dei regimi autoritari²⁰, perché fondati su una minuziosa attività di pianificazione che pretende di conoscere e prevedere in anticipo – e quindi di fissarli in rigidi schemi, dai quali non possono deviare – i comportamenti degli attori sociali²¹, in vista di uno scopo²²:

secondo poggia su norme organizzative dipendenti e subordinate alla voluntas di chi governa e decide i fini».

¹⁶ L. MORRI, *Etica e società nel mondo contemporaneo. Principi di giustizia per l'agire economico e sociale*, Franco Angeli, Milano 2004, 126 e ss.

¹⁷ E. MORINI, in *La Chiesa ortodossa: storia, disciplina, culto*, Edizioni Studio Domenicano, Bologna 1996, 348, scrive che, in epoca bizantina, la τάξις era considerata immodificabile in quanto: «[...] fondata sulla volontà divina e riflesso terreno [...] della gerarchia celeste [...] Di conseguenza ogni turbamento in quest'ordine non è solo un disordine sociale, ma una ribellione al volere divino».

¹⁸ F.A. VON HAYEK, *Nuovi studi di filosofia, politica, economia e storia delle idee*, Armando Editore, Roma 1988, 86: «Un Cósmos risulterà dalla regolarità del comportamento degli elementi che esso comprende. Esso è, in questo senso, un sistema endogeno, intrinseco o, come dicono i cibernetici, «auto-regolato» o «auto-organizzato». Una τάξις, invece, è determinata da un'azione che si trova al di fuori dell'ordine ed è nello stesso senso esogena o imposta».

¹⁹ Cfr. F. PIZZOLATO, *Finalismo dello Stato e sistema dei diritti nella Costituzione italiana*, Vita e pensiero, Milano 1999.

²⁰ Cfr. BENEDETTO XVI, *Deus caritas est*, par. 28: «Lo Stato che vuole provvedere a tutto, che assorbe tutto in sé, diventa in definitiva un'istanza burocratica che non può assicurare l'essenziale di cui l'uomo sofferente - ogni uomo - ha bisogno: l'amorevole dedizione personale. Non uno Stato che regoli e domini tutto è ciò che ci occorre, ma invece uno Stato che generosamente riconosca e sostenga, nella linea del principio di sussidiarietà, le iniziative che sorgono dalle diverse forze sociali e uniscono spontaneità e vicinanza agli uomini bisognosi di aiuto».

²¹ Sulla connessione tra pretesa azione pubblica pianificatrice e scomparsa, dall'attuale orizzonte della riflessione e della pratica politiche e giuridiche, dell'idea di «fine» e, conseguentemente, di «bene comune», cfr. F. PIZZOLATO, *La sussidiarietà nell'eclisse del bene comune: la mediazione costituzionale*, in F. PIZZOLATO, P. COSTA, *Il lato oscuro della sussidiarietà*, Giuffrè, Milano 2013, 124 e ss.

²² VON HAYEK, *Legge, legislazione e libertà*, cit., 53-54. A proposito degli ordini deliberatamente creati: «[...] essendo stati deliberatamente creati, essi servono [...] gli scopi di colui che li ha creati». Invece: «Più importante [...] è il rapporto che intercorre tra un ordine spontaneo e il concetto di scopo. Poiché un tale ordine non è stato creato da un ente esterno, l'ordine come tale può anche non avere

The first answer to which our anthropomorphic habits of thought almost inevitably lead us is that it must be due to the design of some thinking mind. And because order has been generally interpreted as such a deliberate arrangement by somebody, the concept has become unpopular among most friends of liberty and has been favoured mainly by authoritarians. According to this interpretation order in society must rest on a relation of command and obedience, or a hierarchical structure of the whole of society in which the will of superiors, and ultimately of some single supreme authority, determines what each individual must do. This authoritarian connotation of the concept of order derives, however, entirely from the belief that order can be created only by forces outside the system (or «exogenously»). It does not apply to an equilibrium set up from within (or «endogenously») [...] ²³.

La prima risposta a cui quasi inevitabilmente ci conduce il nostro consueto modo antropomorfo di pensare è che esso deve essere il risultato della progettazione intenzionale di una qualche mente pensante. E poiché l'ordine è stato generalmente interpretato come una tale sistemazione deliberatamente attuata da qualcuno, questo concetto è divenuto poco popolare tra la maggior parte dei sostenitori della libertà, mentre ha trovato maggior favore principalmente tra coloro che sostengono delle concezioni autoritarie. Secondo tale fraintendimento l'ordine della società deve basarsi sul comando e sulla obbedienza, ovvero su una struttura gerarchica dell'intera società, in cui le volontà dei superiori, e in ultima istanza di qualche singola suprema autorità, determinano ciò che ciascun individuo deve fare. Questa accezione autoritaria del concetto di ordine deriva interamente dalla credenza secondo cui l'ordine può essere creato solo da forze che si trovano all'esterno del sistema da ordinare (ovvero «esogenamente»). Essa non si applica ad un equilibrio che si forma all'interno stesso del sistema (ovvero «endogenamente») [...] ²⁴.

alcuno scopo, sebbene la sua esistenza possa tornare molto utile agli individui che agiscono al suo interno. Ma, in senso differente, si può ben dire che l'ordine si basa su azioni dei suoi elementi che sono dotate di uno scopo, dove «scopo» vuole, naturalmente, non significare nulla di più se non che le loro azioni tendono ad assicurare il mantenimento o il ripristino di quell'ordine. L'uso della locuzione «dotate di uno scopo» [...] non implica una coscienza dello scopo da parte degli elementi, ma significa soltanto che gli elementi hanno acquisito regolarità di comportamento che conducono al mantenimento dell'ordine – presumibilmente perché coloro che all'interno dell'ordine risultante agivano in un certo modo avevano migliori possibilità di sopravvivenza rispetto a coloro che agivano in un modo differente. In genere, comunque, in tale contesto è preferibile evitare il termine «scopo» e parlare piuttosto di «funzione». Sul rapporto tra ordine, spontaneo o deliberato, e fine, cfr. inoltre VON HAYEK, *Nuovi studi di filosofia, politica, economia e storia delle idee*, cit., 86: «Mentre un *cósmos*, o ordine spontaneo non ha quindi un fine, ogni *táxis* (ordinamento, organizzazione) presuppone un fine particolare, e gli uomini che formano questa organizzazione devono servire gli stessi fini».

²³ VON HAYEK, *Law, Legislation and Liberty*, cit., 35.

²⁴ VON HAYEK, *Legge, legislazione e libertà*, cit., 50.

4. – Si perviene così ad un ulteriore passaggio cruciale, che muove dall'analisi delle accuse rivolte da von Hayek alla teoria democratica – almeno nella sua formulazione positivista e costruttivista. Il cuore della critica hayekiana è da individuarsi nella funzione legislativa esercitata dai moderni parlamenti nazionali e nel ruolo delle maggioranze parlamentari. La domanda che costituisce il fondamento teoretico della speculazione giusfilosofica hayekiana è: che cos'è il diritto? Von Hayek contesta alla radice la concezione giuspositivistica secondo la quale è diritto soltanto ciò che viene statuito, nell'osservanza di precise e predeterminate regole procedurali, dagli organi deputati alla funzione legislativa. Una concezione, secondo von Hayek, gravida di contenuti e conseguenze totalitarie. Se è diritto quello e soltanto quello che la maggioranza parlamentare delibera, ne consegue che lo stato, le sue istituzioni, si trasformano in strumenti passivi al servizio del gruppo rappresentativo di interessi organizzati al potere in una determinata contingenza storico-politica. Un simile gruppo di potere opererà orientando la sua azione politica in vista di finalità che esso stesso ha individuato. Agirà imprimendo alle azioni individuali e collettive una ben evidente direzione affinché tali azioni siano teleologicamente orientate, ossia conformi e preordinate al raggiungimento dei fini specifici determinati dalle autorità politico-rappresentativo-deliberative²⁵. In un simile esito della democrazia (rectius: del metodo democratico) si manifesta per von Hayek il culmine e la vocazione totalitaria delle pretese, informate a concezioni costruttivistico-positivistiche, che sottraggono l'attività di produzione del diritto a quelle formazioni sociali viventi e operanti all'interno degli ordini spontanei per consegnarla ai centri apicali di imputazione del processo decisionale politico-amministrativo: i parlamenti e i governi. Ma il diritto, per von Hayek, è il risultato di un processo biologico-evolutivo²⁶. Esso nasce nella società e non è identificabile con le decisioni maggioritarie dei parlamenti o con i decreti governativi. *Law is older than legislation:*

Legislation, the deliberate making of law, has justly been described as among all inventions of man the one fraught with the gravest consequences, more far-reaching in its effects even than fire and gun-powder. Unlike law itself, which has never been «invented» in the same sense, the invention of legislation came relatively late in the history of mankind [...]. It opened to man wholly new possibilities and gave him a new sense of power over his fate. The discussion about who should possess this new power

²⁵ CUBEDDU, *Friedrich A. von Hayek*, cit., 118-119. Tuttavia, diversamente da quanto si potrebbe essere indotti a ritenere, la fiducia di Hayek nel corretto funzionamento dell'ordine spontaneo – corretto proprio perché spontaneo – non è incondizionata né illimitata: cfr., a questo proposito, le pagine dedicate alla funzione correttiva del diritto spontaneo esercitata dalla legislazione in F.A. VON HAYEK, *Legge, legislazione e libertà*, cit., 130 ss.

²⁶ Cfr. VON HAYEK, *Legge, legislazione e libertà*, cit., 550 ss.; CUBEDDU, *Friedrich A. von Hayek*, cit., 158 ss.

has, however, unduly overshadowed the much more fundamental question of how far this power should extend [...].

Law in the sense of enforced rules of conduct is undoubtedly coeval with society; only the observance of common rules makes the peaceful existence of individuals in society possible²⁷.

L'attività legislativa, la deliberata creazione delle norme, è stata giustamente descritta come l'invenzione umana più gravida di importanti conseguenze e vasti effetti, ancor più di quanto lo siano state la scoperta del fuoco e della polvere da sparo. A differenza dello stesso diritto, che in questo senso non è mai stato «inventato», l'invenzione dell'attività legislativa è avvenuta relativamente tardi nella storia dell'umanità [...]. Essa ha aperto all'uomo un campo interamente nuovo di possibilità, e gli ha dato un nuovo senso di potere sul proprio destino. La discussione su chi dovesse esercitare questo potere ha, comunque, eccessivamente messo in ombra il problema molto più fondamentale concernente i limiti e l'estensione di un tale potere [...].

Il diritto, nel senso di insieme di regole di condotta sanzionabili, è senz'altro antico quanto la società stessa; solo l'osservanza di regole comuni rende possibile la coesistenza pacifica degli individui nella società²⁸.

5. - La filosofia giuridica e politica di von Hayek può essere dunque compresa a partire dall'assunto tipico della concezione liberale del potere, concezione che investe primariamente la problematica riguardante la posizione dell'individuo nei confronti della società e dello stato. L'individuo precede entrambi, società e stato, intendendo quest'ultimo come la forma organizzata del potere politico²⁹. L'individuo, nel liberalismo hayekiano, è la cellula prima e irriducibile del complessivo ordine sociale, anche quando si associa agli altri individui suoi pari per perseguire e conseguire i propri fini, cercando, nella adesione e nella partecipazione alle numerose formazioni sociali intermedie, la sua piena realizzazione in quanto uomo, il suo sviluppo integrale³⁰. Da qui il primato dell'individuo sul potere politico organizzato. Un primato, di ordine principalmente naturalistico e quindi sociale, che von Hayek mutua dalle concezioni liberali classiche, valido ed empiricamente verificabile nell'indagine giusfilosofica e filosofico-politica. In un tale assunto risiede il nucleo della ricerca hayekiana sull'ordine spontaneo. Scrive Bobbio: «[...] il pensiero di Hayek, esposto in numerose opere che possono bene essere considerate la summa della dottrina liberale

²⁷ VON HAYEK, *Rules and Order*, cit., 72.

²⁸ ID., *Legge, legislazione e libertà*, cit., 93-94.

²⁹ G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, Volume I, Settima edizione, Cedam, Padova 2007, 79: «Oggi il concetto di stato è pacificamente accettato come coincidente con quello di società politica organizzata e viene utilizzato in modo indiscriminato e indipendentemente dalle profonde differenze che caratterizzano i vari ordinamenti statali».

³⁰ L. GRION, *Divisi dal bene comune*, in F. PIZZOLATO, P. COSTA, *Il lato oscuro della sussidiarietà*, cit, 3-4.

contemporanea, rappresenta un'autorevole conferma di quello che è stato il nucleo originario del liberalismo classico: una teoria dei limiti del potere dello stato, derivati dalla presupposizione di diritti o interessi dell'individuo, precedenti alla formazione del potere politico»³¹. Sottesa a questa concezione dell'individuo considerato nel suo vivere ed esser-ci socialmente, ossia del soggetto immerso nella rete delle relazioni che costituiscono essenzialmente e concretamente il suo agire e inter-agire all'interno della società – nella quale egli, l'individuo, agisce e inter-agisce con altri individui caratterizzati dalla medesima struttura ontologica³², e, dunque, pari tra loro –, è l'adesione di von Hayek a quel canone epistemologico riassumibile nella locuzione «individualismo metodologico»³³, secondo il quale «ad agire non sono lo Stato, la nazione, la classe o il partito ma sempre e soltanto individui»³⁴.

6³⁵ - Se l'individuo, allora, non agisce mai solo ma sempre entro la rete delle relazioni sociali, ossia all'interno di quella società che egli forma insieme agli altri individui a lui ontologicamente pari, sorge l'esigenza di pervenire ad una sistemazione, sia teorica sia pratica, della problematica inerente al rapporto tra l'individuo e lo stato. Ed occorre che una tale sistemazione sia coerente con i presupposti epistemologici assunti da von Hayek a fondamento della sua dottrina dell'ordine spontaneo, ossia con l'insieme delle concezioni liberali classiche³⁶, che postulano il primato dell'individuo – dell'uomo, per usare le parole della Costituzione italiana – «sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità»³⁷. Poste tali premesse, viene dunque illuminato il nucleo di senso più

³¹ N. BOBBIO, *Liberalismo e democrazia*, Simonelli, Milano 1986, 63.

³² S. COTTA, *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*, Giuffrè, Milano 1991, 16: «Il diritto, infatti, è un fenomeno specificamente umano che, pur vario per forme e contenuti, costituisce tuttavia una modalità del vivere presente in tutto il percorso della storia umana. Come ha scritto Capogrossi con sintetica lucidità, esso è «un modo dell'esperienza» umana. Il più semplice rilevamento empirico è sufficiente a mostrare che codesta «forma di vita» è quella del coordinamento dei liberi comportamenti umani nel modo della loro compatibilità».

³³ Cfr. L. GRION, *Divisi dal bene comune*, in F. PIZZOLATO, P. COSTA, *Il lato oscuro della sussidiarietà*, cit., I e ss.

³⁴ D. ANTISERI, *Ragioni della razionalità*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2004, 450. Sull'*individualismo metodologico* di Hayek, cfr. anche CUBEDDU, *Friedrich A. von Hayek*, cit., 89 ss.

³⁵ Va rilevato come il sintagma «principio di sussidiarietà» sia frutto del dibattito costituzionalistico e amministrativistico, dibattito dal quale non si possono disgiungere i profili dottrinali e critici che pertengono alla recezione, nell'ordinamento dell'Unione Europea, del medesimo principio. Sull'argomento: F. IPPOLITO, *Fondamento, attuazione e controllo del principio di sussidiarietà nel diritto della Comunità e dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano 2007; G. ARRIGO, A. D'ANDREA, B. SITZIA, T. TREU, *Principio di sussidiarietà. Europa, Stato sociale*, Vita e Pensiero, Milano 2003.

³⁶ VON HAYEK, *The Political Order of a Free People*, cit., utilizza l'espressione «dethronement of politics», tradotta con «spodestamento della politica»; è un'espressione concettualmente equivalente a «sussidiarietà», dal momento che implica l'idea di «contenimento del potere» [containment of power] e l'attribuzione alla libera, spontanea e creativa iniziativa privata di funzioni tradizionalmente riservate agli organi pubblici. Per i concetti di containment of power e di dethronement of politics.

³⁷ Costituzione della Repubblica italiana, art. 2.

profondo della riflessione di von Hayek circa l'ordine spontaneo della società. Tutta la riflessione di von Hayek, infatti, è pervasa dalla preoccupazione di stabilire, di fissare i limiti dell'intervento dello stato, la cui azione viene teorizzata come «negativa»³⁸:

If democracy is to maintain a society of free men, the majority of a political body must certainly not have the power to «shape» a society, or make its members serve particular ends – i.e. ends other than the abstract order which it can secure only by enforcing equally abstract rules of conduct. The task of government is to create a framework within which individuals and groups can successfully pursue their respective aims³⁹ [...].

Se la democrazia deve mantenere una società di uomini liberi, la maggioranza di un organo politico non deve certamente avere il potere di «modellare» la società o far servire ai suoi membri fini particolari, cioè fini diversi dall'ordine astratto che può venire assicurato solo facendo osservare norme di comportamento egualmente astratte. Il compito del governo è di creare un quadro di riferimento entro cui gli individui e i gruppi possano perseguire con successo i loro rispettivi fini⁴⁰ [...].

Von Hayek distingue così stato e società. Lo stato, che in una società libera è soltanto una delle organizzazioni possibili, non ha altro compito se non quello di elaborare e fornire agli attori sociali, individui e gruppi, una cornice di regole di riferimento e di farle rispettare mediante l'esercizio di poteri di coercizione. Una sorta di garante dei processi sociali, che interviene solo per vietare alcuni comportamenti pericolosi o lesivi dell'ordine complessivo generato dal libero inter-agire degli individui e dei gruppi. Uno stato che travalicasse tali limiti sarebbe dispotico e manifesterebbe la vocazione totalitaria intrinseca nelle organizzazioni deliberatamente costruite. La società, inoltre, non si identifica con lo stato, poiché lo stato non risulta dalla somma aritmetica delle individualità (i cittadini o gli abitanti di un territorio retto da una particolare formula di governo e membri della corrispondente entità politica). «Società» è invece l'organismo spontaneo che ingloba diverse e ulteriori sotto-società, le quali costituiscono altrettanti centri di aggregazione nell'ambito dei quali gli individui svolgono liberamente tutte quelle attività che non invadono e quindi non ledono l'altrui sfera individuale protetta; e, a volte, esercitano una funzione sussidiaria rispetto a quella statale. Nel carattere associativo risiedono il senso ultimo e le essenziali linee definitorie del concetto e del principio di «sussidiarietà orizzontale» nell'attuale ordine costituzionale:

³⁸ Cfr. CUBEDDU, *Friedrich A. von Hayek*, cit., 182, n. 237, a proposito dell'associazione, operata da N. MacCormick, delle teorie di Hayek sui limiti dell'azione statale alla nozione di «stato minimo» elaborata da Robert Nozick.

³⁹ VON HAYEK, *The Political Order of a Free People*, cit., 139.

⁴⁰ VON HAYEK, *Legge, legislazione e libertà*, cit., 513.

It is in fact very misleading to single out the inhabitants or citizens of a particular political unit as the prototype of a society. There exists, under modern conditions, no single society to which an individual normally belongs, and it is highly desirable that this should not be so. Each of us is fortunately a member of many different overlapping and interlacing societies to which he may belong more or less strongly or lastingly. Society is a network of voluntary relationships between individuals and organized groups, and strictly speaking there is hardly ever merely one society to which any person exclusively belongs⁴¹.

È molto sviante assumere a prototipo della società l'insieme degli abitanti o cittadini di una particolare entità politica. Non esiste, nelle condizioni attuali, nessuna singola società cui un individuo possa normalmente appartenere, ed è molto giusto che sia così. Ognuno è fortunatamente membro di molte società sovrapposte e collegate, cui appartiene più o meno intensamente e per un periodo più o meno lungo. La società è una rete di relazioni volontarie tra individui e gruppi organizzati e, strettamente parlando, non vi è più una società cui taluno appartiene in modo esclusivo⁴².

Ma si intravede anche l'idea di una «sussidiarietà verticale». Essa concerne, invece, non i rapporti tra gli individui e lo stato ma quelli tra entità amministrative, e teorizza l'esercizio delle relative funzioni a partire dal livello istituzionale più vicino ai cittadini⁴³. Con il principio di «sussidiarietà orizzontale» ha in comune un dato strutturale e insieme funzionale, poiché sia la sussidiarietà orizzontale sia la sussidiarietà verticale producono l'effetto di sottrarre, nella misura in cui ciò si rende possibile, attività e funzioni allo stato. Diversi sono però gli esiti e le modalità attraverso i quali tale sottrazione si realizza operativamente e concretamente. Dall'elemento associativo peculiare della organizzazione sussidiaria, in senso orizzontale, dell'ordine sociale, si passa a quello che si potrebbe definire «distributivo» della organizzazione sussidiaria, questa volta in senso verticale, dell'apparato istituzionale pubblico. Ed è «distributivo» perché il potere e le funzioni politico-amministrative sono appunto distribuite tra i diversi livelli istituzionali secondo una gerarchia «rovesciata», che cioè individua il proprio vertice non nell'istituzione apicale ma in quella, invece, più bassa. L'ordinamento degli enti locali, con i suoi istituti di partecipazione, ne è una limpida testimonianza. In particolare, von Hayek connette tale soluzione a motivazioni ideali, che affondano il proprio senso ultimo nel valore e nel significato del coinvolgimento degli individui – che ora

⁴¹ VON HAYEK, *The Political Order of a Free People*, cit., 140.

⁴² VON HAYEK, *Legge, legislazione e libertà*, cit., 514.

⁴³ Si legga l'art. 118, primo comma, così come riformato dall'art. 4 della legge costituzionale n. 3 del 2001, della Costituzione italiana: «Le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario, siano conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza».

sarà consentito chiamare «cittadini» – negli affari della res publica. La soluzione prospettata da von Hayek va letta indubbiamente come la conseguenza della spersonalizzazione dello stato. La spersonalizzazione delle istituzioni è il fenomeno e il dato strutturale e intrinseco alla formazione dello stato moderno, coevo ad essa⁴⁴. Lo stato moderno non si identifica più con una persona ma con ciò che von Hayek chiamerebbe «organization», ossia con l'organizzazione burocratico-amministrativa⁴⁵. Sembra persino superfluo rilevare quanto le osservazioni di von Hayek possano costituire ancora e soprattutto oggi un valido contributo ai fini della ricerca di nuove risposte alla crescente domanda di partecipazione alla res publica. Inoltre il principio e il concetto di «sussidiarietà verticale», per l'idea, che implicano, di distribuzione delle tradizionali funzioni sovrane tra molteplici livelli istituzionali, aprono e si legano ad interessanti orizzonti tematici connessi al fenomeno contemporaneo rappresentato dall'erosione della sovranità statale nel contesto della globalizzazione. Nel contemporaneo mondo globalizzato, sembra quasi dissolversi la concezione fondativa della riflessione filosofico-giuridica e politica moderna, la cui matrice è possibile qualificare come «statuale-sovranicistica». Tratto peculiare di una simile trasformazione, che investe l'ambito giuridico come l'economico, il sociale e naturalmente il politico, sta per alcuni determinando il rovesciamento, l'inversione della organizzazione, della sistemazione gerarchico-piramidale delle fonti della produzione giuridica, la quale è oggi imputabile in misura rilevante a pratiche sociali

⁴⁴ G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, vol. I, Settima edizione, 81: «Nella dottrina il concetto di stato viene utilizzato per qualificare complessi istituzionali fra loro profondamente diversi quanto ai principi fondamentali che li ispirano, come pure, ma in modo non pacifico, per definire retroattivamente organizzazioni politiche del passato, quali quella gentilizia e quella patrimoniale-feudale, che in realtà costituivano forme di organizzazione del potere radicalmente distinte, in quanto non conoscevano il principio di territorialità in senso simile a quello poi affermato col sorgere dello stato moderno, né avevano operato il trasferimento della titolarità del potere dalle persone dei governanti alla istituzione statale. L'origine dello stato viene infatti riconosciuta soltanto nel momento in cui risulta operata una spersonalizzazione del potere che passa dal singolo governante (storicamente il sovrano assoluto del tempo) a una entità organizzativa impersonale incaricata di garantirne la continuità al di là del succedersi dei singoli soggetti destinati ad esercitare il potere. Alla istituzionalizzazione del potere segue anche il passaggio definitivo da una concezione privatistica a una concezione pubblicistica del medesimo».

⁴⁵ VON HAYEK, *Legge, legislazione e libertà*, cit., 521: «Per un individuo comune è molto più importante prendere parte alla direzione dei suoi affari locali – che ora son per lo più tolti dalle mani di persone che conosce e di cui può imparare a fidarsi, e sono trasferiti ad una burocrazia lontana che per lui è un meccanismo inumano. E mentre entro la sfera conosciuta dall'individuo può essere soltanto benefico suscitare il suo interesse, e indurlo a portare il suo contributo di conoscenze ed opinioni, il fatto di essere chiamato ad esprimere opinioni su argomenti che non lo concernono in modo evidente – come oggi per lo più capita –, può produrre in lui soltanto un generale disprezzo verso la politica».

diffuse⁴⁶ e non più esclusivamente agli organi e ai soggetti apicali dell'organizzazione politico-amministrativa statale⁴⁷.

7. - Se il principio di sussidiarietà appare un'acquisizione oramai irrinunciabile per la costruzione degli ordinamenti costituzionali - in una prospettiva non soltanto statale bensì anche sovranazionale -, non può tacersi l'indefettibilità, nei processi decisionali, di un «elemento di garanzia sintetica del bene comune»⁴⁸. Elemento al quale si attribuisce il ruolo di centro di imputazione del processo decisionale politico⁴⁹.

⁴⁶ Per una definizione di soft law: B. PASTORE, *Il soft law nella teoria delle fonti*, in A. SOMMA, *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Giappichelli, Torino 2009, 117: «[...] una serie di atti, non omogenei quanto ad origine e natura, che, benché privi di effetti giuridici vincolanti, risultano comunque, in vario modo, giuridicamente rilevanti».

⁴⁷ Su questi temi: V. GIORDANO, A. TUCCI, *Razionalità del diritto e poteri emergenti*, Giappichelli, Torino 2013.

⁴⁸ PIZZOLATO, *La sussidiarietà nell'eclisse del bene comune*, cit., 134.

⁴⁹ Ivi, 134-135.

