

## Il costituzionalismo di Bruno Leoni

Di Tommaso Edoardo Frosini

### 1. Leoni e il costituzionalismo come liberalismo

Se il costituzionalismo è la “tecnica della libertà” – come sostiene Boris Mirkiné Guetzévitch<sup>1</sup> – allora tutta la produzione scientifica di Bruno Leoni è intrisa di costituzionalismo. Voglio dire che nelle opere di Leoni, e soprattutto in *Freedom and the Law*, il ragionamento si sviluppa sempre come tecnica della libertà, e quindi come una continua ricerca sul come affermare e garantire il diritto di libertà individuale. Allora, il costituzionalismo di Bruno Leoni non è diritto costituzionale,<sup>2</sup> ma piuttosto dottrina politica e metodo giuridico. Non è, quindi, esegesi di norme e istituti costituzionali, che si intrecciano entro la letteralità o la materialità della costituzione. È un percorso attraverso il quale si delinea l’assetto del convivere civile, dove si costruisce un sistema ordinamentale che si fonda sulla libertà dell’individuo. Come afferma Leoni: «chi apprezza la libertà individuale rivaluti il ruolo dell’individuo entro l’ordinamento giuridico nel suo complesso».<sup>3</sup> E l’ordinamento giuridico, ovvero il diritto vivente, è il risultato effettivo dei comportamenti e dell’incontro spontaneo delle “pretese” di innumerevoli individui, ciascuno dei quali persegue i propri scopi sotto l’usbergo del valore della libertà come fine e l’ordine sociale spontaneo come mezzo.

Leoni non si confronta con le costituzioni ma con le idee costituzionali, e lo fa secondo un approccio storico e comparato. E allora, per Leoni, la costituzione

1 B. Mirkiné Guetzévitch, *Droit Constitutionnel International*, Paris, 1933. Sul modello del costituzionalismo di derivazione liberale, v. le chiare pagine di G. de Vergottini, *Le transizioni costituzionali*, Bologna 1998, 63 ss.

2 «Non sono un costituzionalista nel senso tecnico del termine [...] sono inoltre incline a considerare la Costituzione assai meno sotto un profilo di uno stretto tecnicismo da specialisti che sotto quello del comune buon senso di ogni persona adulta dotata di media cultura [...]. La nostra Costituzione è ambigua come l’oracolo di Delfi. Noi, cittadini qualunque, non siamo mai in grado di sapere che cosa essa realmente dice. I sacerdoti soltanto (intendo: i sacerdoti dell’oracolo, ossia i giudici della Corte Costituzionale) potranno informarcene, se e quando noi cittadini riusciremo indirettamente ad investirli della questione»: così B. Leoni, “Attività economiche, partecipazioni statali, Costituzione e trattati internazionali” (1958), ora in Id., *La sovranità del consumatore*, intr. di S. Ricossa, Roma 1997, 82, 88.

3 B. Leoni, *Freedom and the Law* [1961], tr.it. *La libertà e la legge*, intr. di R. Cubeddu, IV rist., Macerata 2000, 12 (c.vo nel testo). È all’edizione italiana che qui si farà riferimento.

*Tommaso Edoardo Frosini è ordinario di diritto pubblico comparato presso l’Istituto Universitario Suor Orsola Benincasa di Napoli.*

Relazione tenuta al Convegno internazionale “Libertas, Libertates. Bruno Leoni nel Centenario della nascita”, Università della Calabria, 30-31 ottobre 2013, e destinata agli “Studi in onore di Giuseppe de Vergottini”

è insieme un sistema e una storia:<sup>4</sup> non c'è un potere costituente che fissa e regola, c'è piuttosto un processo graduale, continuo, coordinato alle istituzioni fondamentali e incentrato sulla libertà dell'individuo. È il costituzionalismo anglosassone, privato di una costituzione scritta ma fortemente saldo nelle radici del *common law*. È il costituzionalismo della separazione dei poteri e dei limiti all'attività dello Stato. È il liberalismo che si fa tutt'uno con il costituzionalismo.

Ecco, qui credo che si possa già provare a fissare un primo punto sul costituzionalismo di Bruno Leoni: liberalismo è costituzionalismo, e così viceversa. Provo a chiarire meglio questa affermazione indagando il pensiero di Leoni.

## 2. Libertà economica e libertà giuridica

Assumo come parametro per l'indagine il libro *Freedom and the Law*. Certo, farò anche riferimenti ad altri scritti, ma *Freedom and the Law* rappresenta davvero la sintesi di quello che possiamo definire il costituzionalismo di Bruno Leoni, nei termini prima accennati.

È noto come il volumetto di Leoni si sviluppi soprattutto come una critica al metodo della legislazione, che tutto vuole e tutto intende regolare, perché va a incidere, per limitare e soffocare, la libertà personale: che è il vero parametro di valutazione dell'ordine giuridico. In tal senso, assai significativi sono già i titoli dei paragrafi che compongono il volume: libertà e costrizione, libertà e *Rule of Law*, libertà e certezza del diritto e così via: tutto è declinato nel rapporto con la libertà. Meglio: tutto è declinato come tecnica della libertà. E verrebbe quasi da dire, crocianamente, come “religione della libertà”.

Due precisazioni, prima di andare avanti nel discorso: la prima, si riferisce al periodo in cui venne scritto e pubblicato *Freedom and the Law*: ovvero la fine degli anni Cinquanta, in quanto preparato per i seminari californiani del 1958 e poi pubblicato negli Stati Uniti nel 1961. È chiaro che per quanto sia un'opera che sconfini lo *Zeitgeist* (spirito del tempo) non può non risentire anche della situazione dell'epoca. La seconda precisazione, riguarda vuoi i destinatari di quei seminari e poi i lettori, pertanto un pubblico tendenzialmente ignaro di alcune vicende italiane alle quali Leoni fa di volta in volta riferimento, vuoi il contesto entro il quale si svolsero i seminari di Leoni, che vanno associati con quelli che si svolgevano in contemporanea.<sup>5</sup> E cioè quelli di Milton Friedman e di Friedrich von Hayek, i cui risultati furono il libro del primo *Capitalism and Freedom* e *The Constitution of Liberty* del secondo.<sup>6</sup> Con questo non voglio dire che *Freedom and the Law* è un volume di un'unica opera, come una sorta di trilogia, che comprende quella di Friedman e di Hayek; però non si può non tenere conto di questo contesto scientifico e culturale se si vuole capire fino a fondo il libro di Leoni, come ha chiarito molto bene Raimondo Cubeddu.<sup>7</sup>

4 La definizione, bellissima, è presa in prestito da G. Arcoleo, *Opere*, vol. III, *Diritto costituzionale*, Milano 1929, 1; su cui v. T.E. Frosini, “Giorgio Arcoleo, un costituzionalista in Parlamento”, ora in Id., *Teoremi e problemi di diritto costituzionale*, Milano 2008, 391 ss.

5 Per un inquadramento generale, v. A. Masala, *Il liberalismo di Bruno Leoni*, Soveria Mannelli 2003.

6 Vedile in tr. it.: M. Friedman, *Capitalismo e libertà*, Torino 2010 e F.A. von Hayek, *La società libera*, Firenze 1969.

7 R. Cubeddu, “Friedrich A. von Hayek e Bruno Leoni”, in *Il Politico*, n. 3, 1992; poi ripubblicato come “Introduzione” a B. Leoni, *op. ult. cit.* V. altresì, A. Masala, “Bruno Leoni e l'Austro-liberalismo” e C. Lottieri, “Bruno Leoni e l'ombra di Hayek. Libertà individuale, Common Law e Stato moderno”, entrambi nel vol. *La teoria politica di Bruno Leoni*, a cura di A. Masala, intr.

Allora, e chiudo con queste precisazioni, il libro di Leoni, insieme a quello di Friedman e di Hayek, rappresentano il tentativo di mettere al riparo l'individuo da un potere legislativo senza limiti costituzionali, e così concepire una rinnovata idea del costituzionalismo fondata sulla libertà individuale. Che si afferma come libertà economica e quindi come libertà di impresa e di iniziativa privata, e soprattutto come libertà giuridica, ovvero come freno alla regolazione legislativa che invade la sfera privata. «In effetti – scrive Leoni – la libertà non è solo un concetto economico o politico, ma anche, e forse soprattutto, un concetto giuridico, in quanto comprende necessariamente un intero complesso di conseguenze giuridiche».<sup>8</sup> Quindi l'ordine giuridico corrisponde all'ordine economico: pertanto il mercato, come incontro di scelte, non è concepibile senza il diritto, come incontro di pretese.<sup>9</sup> Certo, mette in guardia Leoni: «nessun libero mercato è veramente compatibile con un processo di legislazione centralizzato da parte di autorità».<sup>10</sup>

Poi, sulla libertà come concetto giuridico, e non solo, merita di essere ricordato il saggio di Nicola Matteucci, “Positivismo giuridico e Costituzionalismo”: un'opera e un autore che potrebbe senz'altro formare un bel poker di costituzionalismo come liberalismo con i tre studiosi prima ricordati. Vale la pena citare almeno un passo di Matteucci: «liberatosi da quella sudditanza, che è poi una complicità, con lo Stato legiferante, in cui l'aveva costretto la scuola del diritto pubblico tedesco, dal Laband in poi, l'interprete deve mirare a difendere, non lo Stato, ma i diritti dei singoli individui, i soli in definitiva a esistere veramente».<sup>11</sup>

### 3. Iperlegislazione vs. costituzionalismo

Voglio subito chiarire un punto, anche per non incorrere in un equivoco interpretativo. Il costituzionalismo di Leoni non è tanto e solo perché fa della libertà il punto archimedeo della sua dottrina. Se così fosse non ci sarebbe un'originalità tale da essere evidenziata, studiata e celebrata. Ci mancherebbe altro se il costituzionalismo non assumesse come suo punto di partenza e di sviluppo l'idea di libertà. Quantomeno il costituzionalismo che è liberalismo, cioè quello del cd. “sentiero statunitense”, che si fonda (in prevalenza) sui diritti di libertà e sulla legittimazione diretta delle istituzioni. L'opposto sentiero, quello francese, è costituzionalismo democratico, certo non meno importante ma che si fonda (in prevalenza) sull'eguaglianza e sulla rappresentanza.<sup>12</sup>

Sulla questione, voglio aggiungere una breve considerazione. Certo, è vero che vi è stato un “dialogo sui diritti” fra l'America e la Francia: infatti, i modelli a cui si rifà la *Dichiarazione* francese del 1789 sono le Dichiarazioni americane dei diritti antecedenti,

---

di A. Panebianco, Soveria Mannelli 2005, 113 ss. e 133 ss.

8 B. Leoni, *op.cit.*, 4.

9 Sul rapporto fra diritto e mercato, in cui il primo indirizza il secondo, ponendosi, da liberale, in posizione critica rispetto alla tesi dell'ordine spontaneo di Hayek e di Leoni, N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari 1998; ne è seguito anche un intenso dibattito con diversi interventi: AA.VV., *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari 1999.

10 B. Leoni, *La libertà e la legge*, cit., 99.

11 N. Matteucci, “Positivismo giuridico e costituzionalismo”, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1963, 105 (dell'estr.; c.vo mio); ma v. altresì dello stesso A. il formidabile libretto (del 1964) *Breve storia del costituzionalismo*, intr. di C. Galli, Brescia 2010.

12 Per un inquadramento della questione, v. L. Compagna, *Gli opposti sentieri del costituzionalismo*, Bologna 1998; ma v. altresì, T.E. Frosini, *La lotta per i diritti. Le ragioni del costituzionalismo*, Napoli 2011, 15 ss.

in particolare il Virginia Bill of Rights del 1776.<sup>13</sup> Con una specificazione: le Dichiarazioni, americane e francese, concordano fra di loro senz'altro nei presupposti centrali, per così dire; ma differiscono significativamente nel loro più intimo contenuto. Infatti, le Dichiarazioni americane oppongono con decisione lo Stato e l'individuo: i diritti individuali sono autonomi dallo Stato, il quale li trova di fronte a sé già perfetti, completi e giuridicamente validi. La Dichiarazione dei diritti americana, quindi, più che fissare determinati diritti segna i limiti in cui l'azione dello Stato può svolgersi. In Francia, invece, i diritti del cittadino sono soltanto quelli riconosciuti espressamente dalle leggi statali: è la legge che ne fissa i contorni e ne precisa i limiti. I diritti costituiscono lo scopo, il fine dell'associazione politica, la direttiva ideale a cui lo Stato deve conformare la sua azione se vuole veramente essere Stato.<sup>14</sup> Da qui il paradosso della Dichiarazione francese: invece di decretare la sovranità dei diritti si affermò la sovranità della legge, e quindi il "legicentrismo".

Torno a Leoni e il "suo" costituzionalismo. Dove la libertà, meglio il diritto di libertà, è il metodo giuridico attraverso il quale porre soluzione ad alcuni aspetti degenerativi del funzionamento costituzionale degli Stati occidentali. Per esempio, il federalismo come sistema di articolazione del potere che valorizza oltremodo la libertà del cittadino. E quindi, federalismo come costituzionalismo: anche con riferimento alla separazione "spaziale" del potere fra centro e periferia.<sup>15</sup>

Alla attualità del Federalismo, come Leoni titola un suo saggio,<sup>16</sup> sono dedicate pagine interessanti e piene di speranza, specie laddove viene affermato che si tratta di «una teoria politica che, sebbene ci si presenti con alcune inevitabili rughe segnate dai suoi 170 anni di vita, mostra ancora un volto gradevole, e potrebbe essere probabilmente utilizzata in larga misura proprio dagli Europei»,<sup>17</sup> e individua nell'allora C.E.C.A., nel Mercato comune e nell'Euratom «indizi preziosi del manifestarsi di uno spirito europeo». Per poi spingersi nell'auspicio della nascita degli Stati Uniti d'Europa, con un suo Presidente per un buongoverno dell'Europa e per gli europei.

Quindi nel costituzionalismo di Leoni c'è anche il buongoverno (sul punto, dirò qualche cosa alla fine), che si declina nella razionalizzazione del potere, ovvero nella riduzione del potere politico statale che schiude nuovi orizzonti alla libertà individuale. Le critiche alla legislazione dilagante e alla rappresentanza esasperata si inscrivono anche in quella certa idea di buongoverno di Bruno Leoni. Così come «quando la regola di maggioranza sostituisce senza necessità la scelta individuale, la democrazia confligge con la libertà individuale. È questo particolare tipo di democrazia che dovrebbe essere tenuto al minimo allo scopo di conservare un massimo di democrazia compatibile con la libertà individuale».<sup>18</sup>

13 Sul punto, v. G. Jellinek, *La Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* [1895] tr. it., a cura di D. Nocilla, Milano 2002. V. ora l'ampio affresco di G.F. Ferrari, *Le libertà. Profili comparatistici*, Torino 2011, spec. 69 ss.

14 M. Galizia, *La teoria della sovranità dal Medioevo alla Rivoluzione francese*, Milano 1951, 453 ss.

15 Sul punto, cfr. G. de Vergottini, "Stato federale", in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLIII, Milano 1990, 831 ss.

16 V. B. Leoni, "Attualità del federalismo", in *Il Politico*, n. 1, 1958: ora in Id., *Scritti di scienza politica e teoria del diritto*, intr. di M. Stoppino, Milano 1980, 105-119

17 B. Leoni, *op. ult. cit.*, 111.

18 B. Leoni, *La libertà e la legge, cit.*, 147.

Sulla, anzi contro la legislazione tracimante, Leoni muove delle critiche affilate: «il peso crescente della legislazione in quasi tutti gli ordinamenti giuridici del mondo è probabilmente il carattere più impressionante della nostra epoca [...] nei paesi continentali il diritto civile sta subendo un parallelo processo di sommersione per le migliaia di leggi che riempiono i codici ogni anno». Ancora: «la nostra nozione attuale di diritto è senza dubbio influenzata dalla troppa importanza che attribuiamo alla funzione della legislazione, cioè alla volontà di altri – chiunque essi siano – riguardo al nostro comportamento quotidiano».<sup>19</sup>

Questo è il punto, dalla parte del costituzionalismo. Il nostro comportamento quotidiano, la nostra libertà, è rimessa alla volontà di altri, che la determinano attraverso un profluvio di leggi. Per il tramite della legislazione si impongono regole con le quali si riduce la sfera dell'autonomia del privato, si annullano le convenzioni e gli accordi già prevalenti in una società data. Certo, la legislazione è necessaria ma non deve essere invasiva; si dovrebbe limitare a regolamentare questioni generali del convivere civile, senza pretendere di entrare nel dettaglio del comportamento umano. In un ordinamento stracolmo di norme annegano i cittadini, gli operatori economici e le loro libertà. È tempo, allora, di fare «le pulizie di primavera del diritto», per usare un'espressione della dottrina americana, rimuovendo la legislazione obsoleta e provare a introdurre clausole di scadenza delle nuove leggi (*Sunset Law*). Così come è tempo di convincere i legislatori che il loro ruolo non è quello di essere regolatori di tutto e su tutto, e nemmeno di pretendere di volere scrivere una sorta di manuale di istruzioni per l'economia, che copra tutte le eventualità possibili, fino al rischio più remoto per la nostra libertà.

Sostiene Constant, ed è opinione di liberalismo: «Non c'è dubbio che manchi la libertà quando la gente non può fare tutto quello che le leggi le permettono di fare; ma le leggi potrebbero proibire tante cose, da eliminare del tutto la libertà».<sup>20</sup>

C'è un altro aspetto che non deve essere trascurato: l'eccesso di legislazione pone il problema della sua conoscibilità. L'ignoranza del contenuto di moltissime leggi così come della loro stessa esistenza, che determina una negligenza nell'obbedire al diritto da parte del cittadino, dovrebbe indurre, secondo Leoni, a evidenziarne i limiti della legislazione, che è ufficialmente in vigore ma in molti casi non è efficace. Qui va richiamata la regola espressa con massima latina: *ignorantia legis non excusat* (sebbene temperata, nell'ordinamento italiano, dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 364 del 1988), che può essere però intesa che l'ignoranza di chi è tenuto a osservare le leggi non lo esime dalla applicazione delle conseguenze di legge a suo carico da parte del magistrato, che conosce la legge. Ovvero la conoscenza della legge si rivolge soprattutto ai suoi interpreti ed esecutori, e poi a coloro che devono osservarla come generalità dei cittadini. Così può essere intesa la certezza del diritto come fatto e non come forma, e come pretesa per dirla con Leoni.

L'applicazione della legge e la sua conoscibilità si riflette altresì in un'altra questione, che qui solo si accenna. È quella del rapporto “circolare”, per così dire, tra la legislazione e l'interpretazione: i “due volti del diritto”, come ebbe a definirli Adolf Merkl.<sup>21</sup> Sul punto, mi sia consentita una citazione che chiarisce la questione e svela il problema: «La legge, questa realtà rocciosa, dura ed a sé stante, è unitaria, è statica, è identica a se stessa nella sua enunciazione e nella sua applicazione – ma soltanto in apparen-

19 B. Leoni, *op. cit.*, 7 e 10 (c.vo nel testo).

20 Cfr. B. Constant, *Cours de politique constitutionnelle*, vol. I, Bruxelles 1851, 178.

21 A. Merkl, *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*, tr.it., a cura di C. Geraci e pres. di M. Patrono, Milano 1987.

za. La sua vera natura è dialettica, giacché il testo normativo trascorre fra il legislatore che lo ha emanato e l'interprete che lo applicherà; quel testo stabilisce una tensione fra due polarità, delle quali ognuna non può fare a meno dell'altra». <sup>22</sup>

L'interpretazione, e in particolare quella giurisprudenziale, quindi, come altro volto del diritto rispetto alla legislazione: da qui ne consegue la dottrina di Leoni del diritto come pretesa, *the law as claim of the individual*. Sostiene Leoni: «Mentre l'opera del legislatore è considerata, almeno per definizione, priva di condizionamenti, il lavoro di un giudice o di un giureconsulto è, per sua stessa definizione, condizionato dai precedenti, dalle leggi, e dalle concrete pretese delle parti interessate. Ancor più che nel caso del legislatore, giudici e giureconsulti si confrontano col peso marginale della coercizione e di altri mezzi nell'influenzare le probabilità che le esistenti pretese siano soddisfatte dalle persone interessate». <sup>23</sup> Una filosofia del diritto declinata attraverso teoremi e problemi in cui i comportamenti giuridici implicano le pretese e le pretese le previsioni, che implicano interventi. Sul punto, non mi posso dilungare e quindi tronco qui ogni ulteriore sviluppo teoretico, avvalendomi di un'ulteriore citazione di Leoni, in cui si afferma che sono gli individui i soggetti che «creano il diritto, nella misura in cui avanzano pretese che hanno successo. Essi non si limitano soltanto a formulare previsioni e predizioni, ma cercano di far sì che queste predizioni abbiano successo intervenendo direttamente nel processo [giuridico]». <sup>24</sup>

#### 4. Esasperazione rappresentativa vs. costituzionalismo

La legislazione, chiarisce Leoni, è un effetto della rappresentanza: perché più numerose sono le persone che si cerca di rappresentare col processo legislativo, più sono numerosi gli ambiti in cui si cerca di rappresentarli. Questa è la «fede convenzionale del nostro tempo nelle virtù della democrazia rappresentativa», che ci conduce «a una potenziale guerra giuridica di tutti contro tutti, condotta per mezzo della legislazione e della rappresentanza». <sup>25</sup> Posto che difficilmente si può ridurre il numero dei rappresentati, anche perché in tal modo si verrebbe a comprimere la libertà dell'elettore, allora, si dovrebbe procedere a una riduzione del numero degli ambiti per i quali le persone devono essere rappresentate, e consentire loro di decidere liberamente e individualmente senza essere affatto rappresentate. La riduzione degli ambiti da volere rappresentare, conclude Leoni, «sembra essere la sola strada che la libertà individuale può imboccare nel nostro tempo». <sup>26</sup>

22 Così, V. Frosini, *La lettera e lo spirito della legge*, 3° ed., Milano 1998, 44.

23 B. Leoni, *Il diritto come pretesa*, a cura di A. Masala, intr. di M. Barberis, postfaz. di A. Febbraro, Macerata 2004, 135.

24 Cfr. B. Leoni, *op. ult. cit.*, 132; ma v. altresì B. Leoni, *Lezioni di filosofia del diritto*, prefaz. di C. Lottieri, Soveria Mannelli 2003, *passim*.

25 B. Leoni, *op.cit.*, 22 e 23 (c.vo nel testo).

26 *Ibidem*, 23 (c.vo nel testo). V. altresì B. Leoni, "Decisioni politiche e regola di maggioranza", in *Il Politico*, n. 4, 1960, ora in *Id.*, *Scritti di scienza politica e teoria del diritto*, cit., 52, dove si afferma che «vi è poco senso nel celebrare la regola di maggioranza semplice come la miglior regola possibile per il gioco politico; vi è molto di più nell'adottare parecchie specie di regole in relazione ai fini che si vogliono raggiungere, e cioè nell'adottare regole di maggioranza qualificata quando le questioni in gioco sono piuttosto importanti per ciascun membro della comunità, o anche la regola della unanimità quando la questione è semplicemente vitale per ognuno di essi e non vi è altra ragione a consigliare un diverso comportamento. Io penso che quasi tutti questi punti siano stati messi brillantemente in luce nelle recenti analisi basate sull'*approach* economico alla politica».

La critica di Leoni all'eccesso della legislazione e all'esasperazione rappresentativa coglie nel punto. E si manifesta in tutta la sua attualità.

Che le leggi siano oscure, troppe e vane è una denuncia costituzionale che ormai giace da diversi anni sul tavolo della politica, e non solo italiana.<sup>27</sup> Qualche cosa è stato fatto ma siamo ancora lontani da una soluzione definitiva. Non voglio ripetere qui quelli che sono i problemi dell'inflazione legislativa, di come attenta alla certezza del diritto (a lungo termine), di quanto soffoca l'autonomia dell'individuo e la sua libertà. I rimedi affidati alla tecnica legislativa, ovvero alla "legistica", possono valere sul piano della chiarezza e della coerenza del linguaggio legislativo e della corretta redazione delle norme.<sup>28</sup> Il diluvio di leggi è frutto dell'agire parlamentare influenzato dalla volontà partitica e dagli interessi politici. Oggi trasferito anche negli ambiti territoriali con la legislazione periferica.

Bisognerebbe, seguendo Leoni, rimodulare l'assetto delle fonti del diritto valorizzando quelle del tipo "fatto" piuttosto che quelle del tipo "atto"; lasciare cioè maggiore margine di intervento alle convenzioni, consuetudini, prassi, alle norme non scritte, riducendo la portata di regolazione delle norme atto scritte. Una torsione verso il sistema giuridico di *common law*, che dovrebbe così ridimensionare il metodo della codificazione di stampo romano germanico del *civil law*. Una rivoluzione liberale, certo. Finalizzata a espandere la libertà dell'individuo, a privilegiare il costituzionalismo dei diritti rispetto a quello dei poteri.

«In tutti gli ordinamenti politici contemporanei – scrive Leoni – ci sono assai più legislazione, assai più decisioni collettive, assai più scelte rigide, e assai meno "leggi scritte su tavole viventi", assai meno decisioni individuali, assai meno scelte libere di quanto sarebbe necessario per conservare la libertà individuale di scelta. [...] Ma sono convinto – afferma ancora Leoni – che più riusciamo a ridurre la vasta area attualmente occupata dalle decisioni collettive nella politica e nel diritto, con tutti i parafernali delle elezioni, della legislazione e così via, più riusciremo a stabilire uno stato di cose simile a quello che prevale nell'ambito del linguaggio, della *common law*, del libero mercato, della moda, del costume, etc., ove tutte le scelte individuali si adattano reciprocamente e nessuna è mai messa in minoranza».<sup>29</sup>

C'è un altro dato che occorre sottolineare, che Leoni ha presente ed evidenza ma sul quale non insiste, almeno non tanto quanto ci si aspetterebbe che facesse. E cioè che l'eccesso di legislazione svisciva e rattrappisce la crescita economica, perché frena la produttività e la capacità di impresa e di investimento. Troppe leggi, troppe norme, rendono complesso l'avvio di un'attività commerciale o di un'impresa. Diversi studi empirici hanno dimostrato che il sistema di *common law*, invece, è più efficace nel proteggere gli investitori e i creditori. La *common law* è a favore della strategia del controllo sociale, che cerca di sostenere gli esiti del mercato privato, mentre la *civil law* cerca di sostituire tali esiti con allocazioni rispondenti ai desideri dello Stato: la *civil law* è implementatrice di politiche, mentre la *common law* è risoltrice di conflitti.<sup>30</sup> Quindi, la critica di Leoni all'eccesso di codificazione e di normazione deve essere letta, altresì, come critica allo sviluppo economico, come limite alla libertà di iniziativa economica privata. Per la ragione che le troppe e vane leggi castrano l'attività di impresa, soffo-

27 Il rinvio è M. Ainis, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Roma-Bari 1997.

28 Cfr. R. Pagano, *Introduzione alla legistica. L'arte di preparare le leggi*, 3° ed., Milano 2004.

29 B. Leoni, *La libertà e la legge*, cit., 145.

30 Così R. La Porta, F. Lopez-de-Silanes, A. Shleifer, "The Economic Consequences of Legal Origins", in *Journal of Economic Literature*, 46, 2008, 285 ss.

cano il libero dispiegarsi del mercato come ordine spontaneo delle cose. Sparigliano il concetto di costituzionalismo come tecnica della libertà. Il problema, allora, sta nel far sì che lo Stato non abusi del suo potere: ecco perché è necessario controllarlo. O si scrivono poche ed essenziali norme, o si creano le condizioni per far valere pretese, che impongano allo Stato di usare il proprio potere di coercizione, in modo tale che siano rispettati i diritti di proprietà privata. È questa la funzione decisiva della *Rule of Law* in economia: sono i diritti di proprietà, ancor più che i diritti umani, a essere fondamentali.

Sostiene Leoni: «Noi, uomini liberi, abbiamo dunque oggi almeno una certezza. Possiamo dubitare del mercato, criticarlo, cercare di rimpiazzarlo con qualcosa che dovrebbe essere migliore del mercato, ma non potremo mai veramente sostituire al mercato questa famosa pianificazione socialista, che non funziona». <sup>31</sup> Siamo nel 1965: parole profetiche, verrebbe da dire...

### 5. La “rivoluzione silenziosa” della *Rule of Law*

Occorre altresì dare brevemente conto della questione concernente il cd. “regime amministrativo”, come lo chiama Albert V. Dicey, dalla cui posizione prende le mosse Leoni. Il tema e il problema è: libertà e *Rule of Law*. Siamo dinanzi a una «specie di rivoluzione silenziosa nell’uso dell’espressione *Rule of Law*», <sup>32</sup> scrive Leoni; ma il mutamento continuo e strisciante nel significato di *Rule of Law* non è frutto di una “rivoluzione amministrativa”, promossa solo o principalmente da tecnici come avvocati, o i funzionari dei ministeri o dei dipartimenti di Stato. L’errore, ragiona Leoni (da comparatista), è stato commesso dagli studiosi e dalla gente comune che hanno cercato di adottare, sul continente europeo, la *Rule of Law* britannica, immaginando così che l’imitazione del sistema britannico – dal *Rechtsstaat* tedesco, l’*État de droit* francese e lo Stato di diritto italiano – fosse qualche cosa effettivamente di molto simile alla *Rule of Law* inglese. E che il perno su cui si regge la *Rule of Law* fosse la *supremacy of the law*, quale principio che si connette a tre significati distinti e nel contempo affini, tutti riconducibili alla *Living English Constitution*: «nessuno è punibile o può essere legittimamente colpito nella persona o nei beni se non in virtù di una precisa figura di reato che si faccia valere secondo le ordinarie modalità di legge innanzi alle corti ordinarie del paese [...]. Nessuno è al di sopra della legge, ma anche (il che è cosa ben diversa) che ogni persona, quale che sia il suo rango o condizione sociale, è soggetta al diritto ordinario del regno e sottoponibile alla giurisdizione dei tribunali ordinari [...]. Presso di noi i principi generali della costituzione (come per esempio il diritto alla libertà personale o il diritto di riunione) sono il risultato di decisioni giurisprudenziali che hanno definito i diritti dei privati in particolari casi che sono stati portati alla cognizione delle corti di giustizia». <sup>33</sup> A questa idea e a questa concezione della *Rule of Law* secondo Dicey si rifà in larga parte anche Friedrich von Hayek: «differiscono solo lievemente nella loro interpretazione dell’uguaglianza come caratteristica della *Rule of Law* [...] mentre Dicey non ammette l’esistenza di due diversi ordini giudiziari, uno per risolvere le dispute fra cittadini ordinari, e uno per risolvere le vertenze fra i funzionari di Stato e i cittadini ordinari, Ha-

<sup>31</sup> Cfr. B. Leoni, “Gli uomini liberi ed il futuro dell’economia di mercato” (1965), in Id., *La sovranità del consumatore*, cit., 172.

<sup>32</sup> Così B. Leoni, *La libertà e la legge*, cit., 68.

<sup>33</sup> Così, A.V. Dicey, *Introduzione allo studio del diritto costituzionale. Le basi del costituzionalismo inglese* [1885], tr.it e intr. di A. Torre, Bologna 2003, 162 ss.



«... Hayek pensa che l'esistenza di due diversi ordini giudiziari non sia in se stessa discutibile, purché entrambi gli ordini siano veramente indipendenti dall'esecutivo».<sup>34</sup>

Certo, la tesi di Hayek è molto più articolata, come espressa nella sua trilogia *Law, Legislation and Liberty*; ma una sua intuizione teorica la si può provare a sintetizzare: il diritto giurisprudenziale è superiore al diritto legislativo, anche perché è un derivato dell'ordine spontaneo; sono un insieme di regole, quelle giurisprudenziali, che prescindono da uno scopo, in quanto ricavate da un complesso di principi. Sostiene Hayek: «Ciò che deve guidare la sua decisione [del giudice] non è alcun tipo di conoscenza di quello che l'intera società richiede in quel particolare momento, ma solo ciò che è richiesto dai principi generali su cui si basa l'ordine complessivo della società».<sup>35</sup> Ovvero, il principio della certezza della legge, che si produce di più per il tramite della legislazione di origine giudiziaria anziché di origine parlamentare. In quanto il giudice procede attraverso la scoperta e la conservazione del diritto e pertanto può assicurare una certezza a lungo termine, che soddisfa l'ideale della massimizzazione della soddisfazione delle aspettative quale requisito essenziale del *Rule of Law*. Tale concezione di Hayek è debitrice, come noto, delle critiche che inizialmente aveva mosso Leoni rispetto all'originaria interpretazione, esposta in *The Constitution of Liberty*, critica con riferimento all'attività del giudice quale fonte del diritto al pari di quella del legislatore, perché «tende a mettere in ombra la distinzione fra creazione e applicazione del diritto».<sup>36</sup>

Altro tema, poi, è quello del doppio giudice, per così dire: con Hayek favorevole a una giurisdizione separata e indipendente dall'esecutivo per il contenzioso tra lo Stato e il cittadino, e quindi la giustizia amministrativa, mentre Dicey prima e Leoni poi convinti della opportunità di una sola giurisdizione, ovvero della unità della stessa, e quindi della necessità della soggezione universale di tutte le classi a una sola legge: «altrimenti si dovrebbe concludere che, mentre tutti gli uomini sono uguali davanti alla legge, alcuni "sono più uguali degli altri"».<sup>37</sup> E questo sarebbe in contrasto con quella certa idea di *Rule of Law*, la quale implica anche l'uguaglianza di fronte alla legge. Tema complesso quello della *Rule of Law*, comunque suscettibile di evoluzione a seguito di trasformazione della società e delle pretese degli individui. Una recente dottrina ha individuato e indicato sette criteri in base ai quali valutare un sistema giuridico per ritenerlo *Rule of Law* oppure no. Vale la pena elencarli: 1. La legge deve essere accessibile e il più possibile chiara e prevedibile; 2. Le questioni di diritto legale devono essere risolte con l'applicazione della legge e non con l'esercizio della discrezione; 3. Le leggi del paese devono applicarsi ugualmente a tutti, tranne nei casi in cui differenze oggettive giustificano la differenziazione; 4. I funzionari pubblici a tutti i livelli devono esercitare i poteri a essi conferiti in buona fede, con equità e per lo scopo per cui quei poteri sono stati loro conferiti, senza eccedere i limiti di tali poteri; 5. La legge deve offrire, senza costi e ritardi, un'adeguata protezione dei diritti umani fondamentali; 6. Devono essere forniti i mezzi per dirimere le dispute civili in buona fede che le parti stesse

34 B. Leoni, *op. ult. cit.*, 74.

35 Cfr. F.A. von Hayek, *Legge, legislazione e libertà*, tr.it., Milano 2000, 90; sulla questione, v. l'accurato studio di M. Grondona, "Il giudice e le regole nella teoria e nella politica del diritto di Friedrich August von Hayek", in *Politica del diritto*, n. 3, 2009, 341 ss.

36 Riprende ora questi temi, prendendo spunto dalle tesi di Bruno Leoni, A. Scalia, "Democracy, judicial activism and free market", in *Percorsi Costituzionali*, n. 2-3, 2013, 221 ss.

37 Così B. Leoni, *La libertà e la legge*, cit., 77.

sono incapaci di risolvere; 7. Le procedure aggiudicative fornite dallo Stato devono essere eque.<sup>38</sup>

## 6. Rappresentanza e rappresentatività partitica

Sul tema della rappresentanza Leoni dava un ulteriore contributo: stavolta però non incardinando il problema con quello della legislazione ma piuttosto con la rappresentatività dei partiti. Si tratta della relazione che tenne a Trieste nel 1966 in occasione del I convegno nazionale di Dottrina dello Stato.<sup>39</sup> È un testo nel quale vengono approfondite diverse questioni, sulla base di una ricostruzione storico-politica del concetto di rappresentanza, e viene fatto uso di numerose citazioni dottrinarie, da Burke fino ai contemporanei Duverger e Maranini. È un testo che, specialmente nella sua seconda parte per così dire, indugia sull'attualità delle problematiche relative al declinarsi delle forme di rappresentanza politica, filtrate attraverso le varie formule elettorali, e sul ruolo dei partiti politici e la loro capacità rappresentativa.

La posizione che assume Leoni va contestualizzata all'interno di quel "mitico" Convegno triestino. Ricordo che le relazioni furono svolte da Balladore Pallieri, Miglio, Crisafulli e Leoni.<sup>40</sup> Si svolse poi un vivacissimo dibattito, con confronti dialettici intensi e pungenti degni del mondo accademico di ieri...<sup>41</sup> Ebbene, la relazione di Leoni prova a tracciare un perimetro entro il quale svolgere temi e problemi non trattati dagli altri relatori. Da qui, l'esigenza di dilungarsi troppo, come ammette lo stesso Leoni, sulle esigenze tecniche del rapporto di mandato, e quindi «sulla natura comune dei problemi prasseologici, ossia interni alla logica dell'azione in base al mandato, che sempre troviamo e che dobbiamo sempre risolvere: sul piano cosiddetto politico, non più che su ogni altro piano. Ciò induce a ritenere che – sostiene Leoni – almeno in linea di massima, la rappresentanza politica o il mandato parlamentare, se liberati da una certa carica misteriosa e mistica di cui vengono spesso dotati, non implicino difficoltà diverse da quelle di tutti gli altri casi in cui si riscontrano combinazioni di più mandati-rappresentati da un lato e di più mandatarii-rappresentanti dall'altro».<sup>42</sup>

Quando poi Leoni affronta il tema di come si seleziona la rappresentanza, e quindi la questione del sistema elettorale, prende posizione a favore della proporzionale criticando il metodo maggioritario. E lo fa anche in maniera severa, come quando paventa «il rischio che l'adozione del sistema maggioritario-bipartitico conduca all'annientamento della rappresentanza organizzata di determinate minoranze, colla conseguente distruzione dei partiti minori [e che] diventa addirittura rischio di distruzione dell'inte-

38 Cfr. T. Bingham, *The Rule of Law*, London 2010.

39 Cfr. B. Leoni, "Rappresentanza politica e rappresentatività dei partiti", nel vol. *La funzionalità dei partiti nello Stato democratico. Atti del I convegno di Dottrina dello Stato*, a cura di P.L. Zampetti, Milano 1967; ora in Id., *Scritti di scienza politica e teoria del diritto*, cit., 81-103.

40 Nell'ordine: G. Balladore Pallieri, "Il ruolo dei partiti nell'ordinamento democratico dello Stato contemporaneo"; G. Miglio, "Il ruolo del partito nella trasformazione del tipo di ordinamento politico vigente (Il punto di vista della scienza politica)"; B. Leoni, *op.cit.*; V. Crisafulli, "Partiti, Parlamento, Governo", nel vol. *La funzionalità dei partiti nello Stato democratico. Atti del I convegno di Dottrina dello Stato*, a cura di P.L. Zampetti, cit., 19-122.

41 Ci si riferisce, in particolare, al gustoso duetto tra Vittorio Frosini e Gianfranco Miglio e tra quest'ultimo e Leopoldo Elia: cfr. *La funzionalità dei partiti nello Stato democratico*, etc., cit., 181-188, 197-200, 201-208.

42 B. Leoni, *op. ult. cit.*, 90; v. altresì, per un ragionamento più ampio, B. Leoni, *Lezioni di dottrina dello stato* (1957), Soveria Mannelli 2004.

ro sistema che chiamiamo democratico-parlamentare, nel caso, ormai tipico, di società politiche eterogenee come la nostra [...]».<sup>43</sup> Lo scrutinio proporzionalistico, dice Leoni citando Stuart Mill, «ha l'indubbio pregio di rimanere “un sostegno sociale per la resistenza individuale” e “punto di collegamento” per opinioni e interessi che la pubblica opinione vede con sfavore: punto di collegamento, aggiungerei io, tanto meno sostituibile quanto meno la società considerata è omogenea, e quanto più esiste, quindi, il pericolo non solo che determinate minoranze vengano sacrificate, ma che l'intero sistema, se mancasse la rappresentanza organizzata di quelle minoranze, venga sovvertito».<sup>44</sup>

Anche l'ipotesi del rafforzamento del governo per il tramite di una legittimazione diretta, per così dire, è sottoposta a critica e riserva da parte di Leoni, confortato anche dalle opinioni di Sartori, e nella convinzione che in una società politica come la nostra, questo metodo di investitura dell'esecutivo finirebbe con l'accelerare l'esito delle crisi governative, ma non ridurrebbe presumibilmente il numero delle stesse.

Posizione quella di Leoni direi tendenzialmente omogenea alle idee del periodo, che erano sul punto prudenziali.<sup>45</sup> Anche se, con la sottrazione del governo al giudizio popolare, e quindi una privazione del principio di responsabilità, viene meno la raccomandazione di McIlwain: «I due elementi fondamentali correlativi del costituzionalismo, per i quali tutti coloro che amano la libertà devono ancora battersi, sono i limiti giuridici al potere arbitrario e una completa responsabilità politica del potere esecutivo innanzi al popolo».<sup>46</sup>

## 7. Dalla parte del costituzionalismo

Questo è il punto, dalla parte del costituzionalismo: una completa responsabilità politica del potere esecutivo innanzi al popolo, nella sua declinazione del buongoverno. Nello sviluppo della teoria costituzionale, infatti, il buongoverno ha un significato empirico. Che si può così sintetizzare: un governo scelto liberamente dal corpo elettorale e responsabile di fronte ad esso; un governo soggetto al giudizio degli elettori, che possano agire su di esso per il tramite del voto come “atto costituzionale”, che può essere di premio o di sanzione, ovvero di rinnovo o di negazione della fiducia. Si manifesta così una nuova forma di costituzionalismo dei poteri, sorretta da una combinazione istituzionale, che è quella della “leale collaborazione”, per così dire, fra la componente rappresentativa e quella plebiscitaria negli Stati di democrazia costituzionale.<sup>47</sup> Le due componenti si sono venute ad integrare negli Stati costituzionali democratici contemporanei, perché rispondono a una doppia esigenza oggi particolarmente avvertita dai cittadini-elettori: quella di vedersi, e vorrei dire di sentirsi rappresentati, e quella di partecipare alle scelte di indirizzo politico per il tramite dell'investitura dei governan-

43 *op.cit.*, 98.

44 *op.cit.*, 99.

45 Ricordo però che proprio al convegno di dottrina dello stato che si tenne a Trieste, Serio Galeotti svolgeva un appassionato e lucido intervento prefigurando l'ipotesi del governo di legislatura scelto dal popolo: un'ipotesi di riforma costituzionale che affinerà nel corso degli anni e che troverà poi concreta attuazione almeno per quanto riguarda la forma di governo delle autonomie territoriali a tutti i livelli: cfr., quantomeno, S. Galeotti, *Un governo scelto dal Popolo: “il governo di legislatura”*, Milano 1984.

46 Così si chiude il volume di C.H. McIlwain, *Costituzionalismo antico e moderno* [1947], a cura di N. Matteucci, Bologna 1990, 167.

47 Il richiamo è a E. Fraenkel, *La componente rappresentativa e plebiscitaria nello Stato costituzionale democratico* [1958], ed. it. a cura di L. Ciaurro e C. Forte, Torino 1994.

ti.<sup>48</sup> È questa anche una nuova forma di libertà, dalla parte del costituzionalismo: ovvero la libertà di essere associati nell'elaborazione delle decisioni; la libertà di partecipare direttamente e attivamente al formarsi della politica nazionale, attraverso la scelta "immediata" del titolare dell'indirizzo politico e, parimenti, la libertà di cambiare i governanti qualora abbiano demeritato.

Qui si aprono scenari di forma di governo e "modellini" di riferimento. Qui si chiudono teoremi e problemi riferibili alla dottrina di Leoni. Con un'avvertenza finale: al di là delle ipotesi di organizzazione e razionalizzazione del potere, rimane forte, chiaro e duraturo il messaggio del costituzionalismo di Bruno Leoni: il diritto di libertà dell'individuo, prima di tutto e sopra di tutto. Questa è la vera pretesa giuridica.



### *CHI SIAMO*

L'Istituto Bruno Leoni (IBL), intitolato al grande giurista e filosofo torinese, nasce con l'ambizione di stimolare il dibattito pubblico, in Italia, promuovendo in modo puntuale e rigoroso un punto di vista autenticamente liberale. L'IBL intende studiare, promuovere e diffondere gli ideali del mercato, della proprietà privata, e della libertà di scambio. Attraverso la pubblicazione di libri (sia di taglio accademico, sia divulgativi), l'organizzazione di convegni, la diffusione di articoli sulla stampa nazionale e internazionale, l'elaborazione di brevi studi e briefing papers, l'IBL mira ad orientare il processo decisionale, ad informare al meglio la pubblica opinione, a crescere una nuova generazione di intellettuali e studiosi sensibili alle ragioni della libertà.

### *COSA VOGLIAMO*

La nostra filosofia è conosciuta sotto molte etichette: "liberale", "liberista", "individualista", "libertaria". I nomi non contano. Ciò che importa è che a orientare la nostra azione è la fedeltà a quello che Lord Acton ha definito "il fine politico supremo": la libertà individuale. In un'epoca nella quale i nemici della libertà sembrano acquistare nuovo vigore, l'IBL vuole promuovere le ragioni della libertà attraverso studi e ricerche puntuali e rigorosi, ma al contempo scevri da ogni tecnicismo.