

QUEL CHE LA LIBERTÀ E IL DIRITTO DI BRUNO LEONI PUÒ (ANCORA) INSEGNARE AL COSTITUZIONALISTA

di Giovanni Boggero

Che cosa può ancora insegnare al costituzionalista contemporaneo, italiano ed europeo, *Freedom and the Law*, un'opera della maturità di Bruno Leoni, concepita per un pubblico di formazione anglosassone, senz'altro diverso da quello italiano o continentale?

Se si sta alle critiche più diffuse all'evoluzione dello Stato costituzionale di diritto nell'ultimo quarantennio, ossia che a concetti quali rappresentanza politica e legislazione dei Parlamenti si siano ormai da tempo sostituiti quelli di “disintermediazione” politica, “governo dei giudici”¹ o, ancora, delle autorità amministrative indipendenti, l'opera di Leoni sembra poter insegnare ben poco e andrebbe trattata al più come un *pamphlet* figlio del suo tempo, rivelatore di tendenze che, allora *in nuce*, si sono poi chiaramente manifestate nei decenni a seguire e alle quali oggi, visti i crescenti problemi di legittimazione delle democrazie costituzionali posti da un tale stato di cose, dovrebbe far seguito un'operazione di segno inverso per rimettere “ogni cosa al suo posto”².

Dipartimento di Giurisprudenza. Università di Torino.

¹ R. HIRSCHL, *Towards juristocracy*, Harvard, Harvard University Press, 2004. Del resto, il tema del governo dei giudici è ben più risalente e affonda le proprie radici nell'attribuzione ad essi del potere di sindacare le leggi. Cfr. ad esempio già E. LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis: L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Parigi, Giard, 1921.

² M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, Milano, Giuffrè, 2023.

1. La resistenza allo Stato legislatore fondato sul “mito” della rappresentanza

A ben vedere, tuttavia, la fine della legislazione e l'estinzione del modello del governo rappresentativo sembrano, proprio come i tanti discorsi sulla “fine dello Stato”³, ampiamente esagerati o, quantomeno, frutto di contingenze poco meditate. Lo Stato del XXI secolo continua, infatti, a prosperare, non da ultimo fondando l'esercizio della propria sovranità sulla legislazione. Essa costituisce il perno dei programmi di costituzionalismo trasformativo⁴ che hanno ormai ampiamente soppiantato i confini, asseritamente angusti, dello Stato liberale di diritto, il cui principale scopo era, invece, la separazione tra ordine sociale e ordine politico⁵. Poco importa che, in questa evoluzione della forma di Stato, vi sia stato anche un diffuso slittamento delle forme di governo parlamentari verso forme razionalizzate o, financo, di tipo presidenziale⁶, con inevitabili effetti anche sul piano dell'esercizio dei poteri normativi: con “legislazione”, del resto, Leoni intende inequivocabilmente tutto il *diritto decretato*, che è tanto quello dei Parlamenti quanto quello dei Governi e delle loro burocrazie e oggi anche quello delle organizzazioni internazionali o sovranazionali, in una parola, per dirla con Matteucci, il *diritto positivo come volontà dello Stato-sovrano*⁷ o di chi “condivide sovranità”, pur non disponendo della *Kompetenz-Kompetenz*⁸.

Anzi, lo slittamento progressivo verso il presidenzialismo e il fede-

³ Si veda: K. OHMAE, *La fine dello Stato-nazione. L'emergere delle economie regionali*, Milano, Dalai Editore, 1997.

⁴ K. KLARE, *Legal Culture and Transformative Constitutionalism*, in “South African Journal on Human Rights”, n. 1, 1998, pp. 146-188.

⁵ R. BIN, *Critica alla teoria delle fonti*, Milano, Franco Angeli, 2021, p. 44.

⁶ Su tutti si veda: T. POGUNTKE, P. WEBB, *The Presidentialization of Politics*, Oxford, Oxford University Press, 2005; R. ELGIE, G. PASSARELLI, *Presidentialisation: One Term, Two Uses – Between Deductive Exercise and Grand Historical Narrative*, Oxford, Oxford Handbook, pp. 369-381.

⁷ N. MATTEUCCI, *Positivismo giuridico e Costituzionalismo*, Brescia, Scholé, 2021, pp. 111-117.

⁸ Stando alla lettura del Tribunale costituzionale federale tedesco, nei rapporti tra Stati membri e Unione europea, i primi, in quanto “signori dei Trattati”, avrebbero trattenuto la *Kompetenz-Kompetenz*, la “competenza di decidere sulle competenze”. Cfr. R. BIFULCO, A. NATO (a cura), *The concept of sovereignty in the EU: past, present and the future*, in “www.reconnect-europe.eu”, n. 4.3, 2020, pp. 85-86.

ralismo esecutivo (*Exekutivföderalismus*) e la crisi, invero perenne⁹, di un certo tipo di parlamentarismo di stampo compromissorio in Italia e in Europa¹⁰, è spiegabile sulla base di un approccio realista alla vita dello Stato che Leoni non esplicita, ma lascia intuire a partire da una considerazione, invero alquanto *tranchant*; quella cioè per cui la rappresentanza politica non è nient'altro che una "mitologia giuridica della modernità"¹¹, una teoria della legittimazione del potere che si fonda su "definizioni persuasive"¹², un istituto in base al quale è impossibile mantenere davvero in equilibrio *popolo* e *Stato* attraverso la mediazione dei partiti, come pure vorrebbero ancora oggi i suoi più entusiasti sostenitori perché, in ultima istanza, è il rappresentante - le minoranze dominanti, per gli elitisti¹³ - a prevalere sempre sul rappresentato, lo Stato sul popolo ovvero, ancora, a seconda dei casi, il popolo sullo Stato, mentre i partiti sono destinati irrimediabilmente a soccombere, rispettivamente, o nello Stato o nel popolo. Sul punto, al pensiero appena abbozzato di Leoni verrebbe allora da accompagnare quello di Nicola Matteucci, quando scrisse che la sovranità popolare è una finzione giuridica cui è sottesa una concezione paleo-democratica che "o si capovolge in quella autoritaria della sovranità dello Stato o favorisce quel legame carismatico fra

⁹ Già nel 1954, in un'epoca considerata d'oro per il parlamentarismo italiano, Vezio Crisafulli ammoniva come il centro del sistema fosse il Governo e non il Parlamento. Cfr. V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana*, in AA.VV. (a cura), *Scritti giuridici in memoria di Vittorio Emanuele Orlando*, Padova, CEDAM, 1957, pp. 408-463. Del resto, è noto che quello della cd. crisi del parlamentarismo sia un *topos* ricorrente fin da quando, a metà Ottocento, divenne forma di governo dominante in Europa. Cfr. K.D. BRACHER, *Problems of Parliamentary Democracy in Europe*, in S.R. GRAUBARD (a cura), *A New Europe?*, Boston, Houghton Mifflin, 1945, p. 245.

¹⁰ Cfr. C. FUSARO, *The End of Parliamentary Government in Europe*, in "VerfBlog", 13 novembre 2019, <https://verfassungsblog.de/the-end-of-parliamentary-government-in-europe> e F. FABRIZZI, *Il Parlamento nella democrazia decidente. Il Ruolo delle Camere oggi*, Bologna, Il Mulino, 2024. In passato: A. Di Giovine, A. Mastromarino (a cura), *La presidenzializzazione degli esecutivi nelle democrazie contemporanee*, Torino, 2007.

¹¹ Cfr. P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 205-208.

¹² B. LEONI, *La libertà e il diritto*, Macerata, Liberilibri, 2024, p. 51.

¹³ Le *minoranze dominanti* di cui parlano (i da Leoni citatissimi) Mosca e Pareto. Cfr. B. LEONI, *La libertà e il diritto*, cit., pp. 116-117. Così già anche B. CONSTANT, *Principes de politique*, in "Cours de politique constitutionnelle", Guillaumin, Paris, 1872, pp. 10-11, ove sottolinea come "non appena la sovranità deve far uso del potere detenuto (...), l'azione posta in essere nel nome di tutti è necessariamente, ci piaccia o no, l'azione di un singolo individuo o di pochi individui".

popolo e governo che consente a chi comanda di ignorare ogni limite e di fabbricare liberamente costituzioni su costituzioni”¹⁴. Difficile dire in quale dei due orizzonti culturali ci collochiamo oggi, ma forse, a seconda delle contingenze politiche, dovremmo ammettere di essere indistintamente nell’uno e nell’altro.

Stante l’irrimediabile debolezza del paradigma della rappresentanza politica e vista l’intrinseca incapacità della legge di costruire l’unità politica¹⁵, non può che aver trovato progressiva espansione il ruolo di mediatore dei conflitti svolto da giudici, arbitri o, più di recente, dalle *authorities*, mentre alle forme di crescente integrazione politica di livello sovranazionale si sono preferite quelle radicate su basi prevalentemente funzionali (tra tutte l’UE). Ciò, tuttavia, non sembra aver scalfito la “fame insaziabile di norme”¹⁶ e l’idea del legislatore - o di un qualche legislatore - come centro di gravità dell’ordinamento democratico, la cui ipertrofia, incoerenza o financo oscurità¹⁷ è il *prius* rispetto al *posterius* dell’attività ermeneutica del giudice, chiamato sussidiariamente e con i limitati strumenti che gli sono propri a riordinare per quanto possibile il “libro delle leggi strapazzato”¹⁸. Che il legislatore rimanga il demiurgo cui ordinariamente ci si volge per l’individuazione di soluzioni definitive (che mai restano tali) agli asseriti problemi della comunità è vero, innanzitutto, sotto il profilo teorico-culturale del concetto di diritto sotteso a queste aspettative. La gerarchia delle fonti era e resta stabilmente uno dei temi oggetto della formazione del giurista, quantomeno in Italia, oltretutto “verità” incontrovertibile non solo per il giurista

¹⁴ N. MATTEUCCI, *Positivism giuridico e Costituzionalismo*, cit., p. 99.

¹⁵ Sui limiti della capacità politica di pianificare il bene comune si veda anche il pensiero “antiperfettista” di Antonio Rosmini per il quale è il naturale porsi in relazione degli uomini che costituisce il diritto e non l’ipotetica volontà astratta del legislatore. Cfr. G. CAMPANINI, *Politica e società in Antonio Rosmini*, Roma, AVE, 1997, pp. 79-81. Cfr. anche C. LIERMANN, *Concorrenza e mercato nella filosofia politica di Antonio Rosmini*, in F. GHIA, P. MARANGON (a cura), “Rosmini e l’economia”, Trento, Temi, 2015, pp. 174-175.

¹⁶ Qui il riferimento è a: A. RUGGERI, *Stato e tendenze della legislazione (tra molte ombre e qualche luce)*, in A. RUGGERI, *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti*, Torino, Giappichelli, 1999, p. 419.

¹⁷ Si veda, ad esempio, Corte Cost. 5 giugno 2023, n. 110, con nota di T. F. GIUPPONI, *La legge “chiaramente oscura” e il giudizio di legittimità costituzionale tra ragionevolezza e certezza del diritto*, in “Giurisprudenza costituzionale”, n. 3, 2023, pp. 1232-1241.

¹⁸ Qui il riferimento è a un fortunato volume: M. DOGLIANI, *Il libro delle leggi strapazzato e la sua manutenzione*, Torino, Giappichelli, 2012.

accademico che rincorre le ultime novità legislative, ma anche nell'immaginario collettivo dell'uomo della strada che immagina di risolvere ogni suo affanno non con la giurisdizione o con l'amministrazione, né tantomeno rifiutando l'intermediazione pubblica, come auspicava Leoni, bensì con l'approvazione di nuove leggi o regolamenti che vincolino la collettività ai suoi desiderata.

Del resto, la legislazione, nel senso ampio anzi ricordato e pur nella progressiva disarticolazione del "sistema delle fonti"¹⁹, resta assai vibrante e inflazionata anche nell'universo giuridico contemporaneo, dominato dalla moltiplicazione subnazionale e sovranazionale dei centri di produzione del diritto: i legislatori di ogni Stato membro UE, "signori dei Trattati" (*Herren der Verträge*) in un condominio che scimmietta apertamente le categorie dello Stato sovrano e che utilizza a sua volta copiosamente *diritto decretato*, continuano a intermediare con le proprie leggi di bilancio una grande quantità di risorse pubbliche (in Italia metà del PIL). È proprio in quest'ultimo ambito, economico e fiscale, che si realizza ancora oggi plasticamente quella che Leoni, nel citare Frédéric Bastiat, chiamava *guerra legale di tutti contro tutti*²⁰, ossia l'aspirazione a utilizzare strumentalmente il suffragio universale per fabbricare leggi a sé favorevoli a discapito degli avversari politici o di classe. Si pensi, in Italia, alle dinamiche di esercizio del cd. *Golden Power* che autorizza lo Stato a ricorrere a nuove forme di eccezionalismo per bloccare acquisizioni di mercato sgradite²¹ o, per altro verso, al cd. *Superbonus* che ha redistribuito risorse dai poveri ai ricchi, allo stesso tempo gravando le generazioni future di nuovo debito pubblico²². Entrambi sono solo gli ultimi di una serie di fenomeni di depredazione (resi possibili da quel "nudo positivismo", come lo avrebbe definito Otto von Gierke)²³ che, lungi dal presentarsi solo in un ipotetico stato di natura, si perpetuano, seppur in

¹⁹ Vedi da ultimo A. ARCURI, *La forma delle fonti. La problematica del potere normativo nello Stato membro dell'Unione europea*, Bologna, Bologna University Press, 2024.

²⁰ Il riferimento è a F. BASTIAT, *La Legge*, Treviglio, Facco Editore, 2017.

²¹ Cfr. L. PICOTTI, *La legge del più forte. Il diritto come strumento di competizione tra Stati*, Roma, Luiss University Press, 2023.

²² C. STAGNARO, L. CAPONE, *Superbonus: Come fallisce una nazione*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2024.

²³ O. VON GIERKE, *Naturrecht und deutsches Recht. Rede zum Antritt des Rektorats der Universität Breslau am 15. Oktober 1882*, Literarische Anstalt Rütten & Loening, Frankfurt am Main, 1883, p. 11.

forme nuove, soltanto apparentemente “invisibili”, anche dopo il *pactum unionis e subiectionis*.

2. Una certa idea di “rule of law” nell’ordine spontaneo

Al proposito, ancora estremamente attuale è, allora, il tentativo leoniano di distinguere la *rule of law* di matrice britannica dagli analoghi, ma non coincidenti, concetti continentali che pure della *rule of law*, anche per via di una certa circolazione dei modelli favorita dalle corti sovranazionali, sono nel frattempo diventati debitori. Per Leoni c’è un’intima connessione tra libertà, certezza del diritto e *rule of law*, istituto che consiste nella “possibilità di realizzare progetti a lungo termine da parte degli individui, in riferimento alla loro vita privata e ai loro affari”²⁴. E questa definizione, del resto, coincide con la stessa idea di diritto di Leoni ben colta dalla nuova traduzione del titolo dell’opera: la *pretesa* individuale da cui il diritto nasce si fonda sempre su una previsione di un probabile comportamento dell’altro, su una ragionevole aspettativa²⁵. Di fondo c’è un’idea di libertà pre-politica, non necessariamente naturale,²⁶ oggi bi-strattata, specie dai “sacerdoti della Costituzione”, una libertà tale per cui il patto sociale (e la poca legislazione che ne deve conseguire) è sì lo strumento per darne a tutti “il sicuro possesso”, ma esso non può inquadarsi come costitutivo di tale libertà che è e deve restare un diritto anteriore all’edificazione della società in senso politico e che non potrà mai essere inclusa nel dominio, né potrà mai trasformarsi in obbedienza²⁷.

Al contrario, la certezza del diritto che viene oggi a dover essere garantita nei nostri ordinamenti statualistici continentali non consiste più soltanto nell’affidamento soggettivo di stampo ottocentesco, ma è relativa alla stabilità e coerenza del *diritto decretato* e, come tale, sarebbe idonea a realizzarsi mediante formule espresse chiaramente in un testo scritto: per il positivista à la Massimo Luciani²⁸, del resto, meglio che i

²⁴ B. LEONI, *La libertà e il diritto*, cit., p. 111.

²⁵ Coglie il parallelismo con Luhmann anche Bobbio in N. BOBBIO, *Bruno Leoni di fronte a Weber e a Kelsen*, in “Il Politico”, n. 1, 1982, p. 134.

²⁶ Si pensi alle tesi di Benjamin Constant, così come esposte in L. INFANTINO, *Cercatori di libertà*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2019, 70-71.

²⁷ *Contra* vedi: I. MASSA PINTO, *Volete la libertà? Eccola*, in “Questione Giustizia”, 3 agosto 2021, pp. 7-8.

²⁸ M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, cit., p. 257.

giudici producano esiti sub-ottimali attraverso le loro sentenze perché la certezza che si deve garantire è un'esigenza sociale che riguarda l'ordinamento, il diritto oggettivo nel suo insieme. Eppure anche questa certezza, negli ordinamenti del *diritto decretato*, pare di difficile realizzazione, soggetta com'è la legge scritta alla mutevole volontà del legislatore (e talora connessa alla discrezionalità dell'Amministrazione) e perciò inevitabilmente certa soltanto per un periodo alquanto breve, sicché la nota massima di Julius von Kirchmann²⁹ secondo cui basta "un tratto di penna del legislatore e intere biblioteche vanno al macero" è tutto fuorché passata di moda. È del resto anche Norberto Bobbio a chiarire che, con l'ascesa dello Stato interventista, l'ordinamento non ha più di mira soltanto la sicurezza e la pace dei consociati, ma anche il loro benessere, sicché la certezza - che pure egli mai aveva considerato un "mito" - non è più al vertice della piramide dei valori dell'ordinamento contemporaneo e, talora, può ben soccombere in nome di altri e superiori interessi collettivi³⁰. Al pari di quanto sosterrà poi anche Friedrich August von Hayek³¹ o di quanto avevano già sostenuto in vario modo Adam Smith e David Hume,³² Leoni pensa, invece, che, per recuperare al diritto quella ineliminabile dimensione di certezza che le è propria, sia preferibile abbandonare un ordine di produzione del diritto unico centralizzato, che individua soluzioni uniformi per problemi complessi e tra loro diversi (*one size fits all*), soffre di una endemica carenza di conoscenza dei problemi che intende risolvere e trascura gli effetti inintenzionali di iniziative intenzionali³³ e sia, invece, meglio abilitare un ordine policentrico e spontaneo³⁴ nell'ambito del quale l'affermazione di certe regole non corri-

²⁹ J. VON KIRCHMANN, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, Berlin, Springer, 1848.

³⁰ N. BOBBIO, *Sulla funzione promozionale del diritto*, in "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", n. 23, 1969, pp. 1313-1329.

³¹ F.A. VON HAYEK, *Law, Legislation and Liberty*, Chicago, The University of Chicago Press, 2021, ma soprattutto ID., *The Counter-Revolution of Science: Studies on the Abuse of Reason*, Glencoe, Illinois, The Free Press, 1952.

³² Il riferimento è a A. SMITH, *Indagine sulla natura e cause della ricchezza delle Nazioni*, Milano, Mondadori, 1977, e a D. HUME, *Trattato sulla natura umana*, Roma-Bari, Laterza, 1982, 504-515, circa la consapevolezza del reciproco interesse umano a cooperare per raggiungere i propri obiettivi.

³³ Cfr. H. SPENCER, *Overlegislation*, in H. SPENCER, "Essays: Moral, political and aesthetic" (New and Enlarged Edition), New York, D. Appleton & Company, 1878.

³⁴ Pur non parlando espressamente di "policentrismo" è difficile non accorgersi della

sponde a un preciso atto di volontà del legislatore o di gruppi organizzati da esso delegati, ma, al pari di quelle linguistiche e scientifiche, è graduale ed evolutiva, trattandosi di un processo epistemologico altamente complesso, come tale soggetto a relativa instabilità, ma non a mutevolezza repentina e inspiegabile, esattamente l'opposto di quello che ha sostenuto di recente anche Luciani³⁵, per il quale la presunta autoregolazione dell'ordine spontaneo sarebbe il risultato di complessi processi collettivi in cui la volontà dell'individuo sarebbe in ultima analisi annullata. Al contrario, ci ricorda Leoni, facendo uso di un chiaro "individualismo metodologico", la *transsubiettività* si palesa dopo, ma il punto di partenza sono pur sempre le interazioni tra pretese individuali, contro la cui frequente rivendicazione, del resto, si scagliano proprio coloro che criticano questo modo di concepire il diritto³⁶.

Le affermazioni di Luciani sono curiose e anche qui l'opera di Leoni pare più attuale che mai per ristabilire un minimo di chiarezza sul fatto che l'origine delle regole giuridiche nel *common law* e prima ancora nel diritto romano³⁷ non risiede in atti di autorità, ma in atti di interazione competitiva o cooperativa³⁸, in ultima istanza voluti e ricercati da individui in maniera non pianificata. Nonostante qualsiasi contrario "avviso di osservatori superficiali, il giudice non è solo nella sua interpretazione", soggiunge Leoni in un altro testo del 1963³⁹. Egli è aiutato dalle parti in causa. Sono, del resto, loro ad attivare il giudice e a consentire che trovi il diritto. Riecheggiano, in maniera senz'altro embrionale, le notazioni di Ronald Dworkin in *L'impero del diritto*⁴⁰, per cui ai fini della compren-

sintonia con il pensiero e le teorizzazioni di Michael Polanyi. Cfr. M. POLANYI, *La logica della libertà*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2002.

³⁵ M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, cit., pp. 60-62.

³⁶ I. MASSA PINTO, *Rappresentanza*, in "Rivista AIC", n. 3, 2017, p. 31; G. ZAGREBELSKY, *Diritti per forza*, Torino, Einaudi, 2017.

³⁷ Sul punto identiche osservazioni si ritrovano in N. MATTEUCCI, *Positivismo giuridico e Costituzionalismo*, cit., p. 107.

³⁸ M. GRONDONA, *L'ordine giuridico dei privati*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2008, p. 42.

³⁹ B. LEONI, *Potere giudiziario e società democratica*, in B. LEONI, "Il diritto come pretesa", Macerata, Liberilibri, 2004, pp. 89-119.

⁴⁰ R. DWORKIN, *Law's Empire*, London, Fontana Press, 1986, p. 18. La visione del diritto come pratica sociale e argomentativa è del resto elemento tipico del neo-costituzionalismo. Cfr. G. PINO, A. SCHIAVELLO, V. VILLA (a cura), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Torino, Giappichelli, 2013, pp. 73-74.

sione del diritto il punto di vista concreto del partecipante alla “pratica giuridica” ha il primato. Sono, insomma, i cittadini a governarsi da soli *by their own judgments*⁴¹ tramite l’intermediazione delle corti, nessuna delle quali deve avere mai la parola definitiva. Diversamente da quanto scrive Nicolò Zanon, ossia che l’atteggiamento di Leoni, indubbiamente influenzato dallo storicismo giuridico di Friedrich von Savigny⁴², così come, del resto, al “giusliberismo” della *Freirechtsbewegung*⁴³, sarebbe autenticamente conservatore perché per lui il diritto non verrebbe creato dai giudici ma soltanto scoperto⁴⁴, ben sappiamo che nel *common law* la distinzione tra “scoperta” e “creazione” è molto labile. Essa è, senz’altro, bilanciata dal precedente vincolante (*stare decisis*), ma non è per nulla netta, tanto che Leoni ne predica la bontà proprio per la “mite”⁴⁵, ma certo sempre discutibile, capacità di adattare progressivamente il diritto al contesto sociale e storico⁴⁶ e non mostra alcun imbarazzo nei confronti dell’affievolimento della garanzia della separazione dei poteri, che concepisce in termini assai meno rigidamente continentali, convinto com’è, al pari di Benjamin Constant⁴⁷, che la presenza di contropoteri precostituiti non fosse di per sé un “gioco a somma a zero”, ma potesse alimentare o generare più potere e meno libertà individuale; le medesime osservazioni, del resto, Leoni le svolge in altra sede anche con riguardo

⁴¹ L’espressione è usata da J. WALDRON, *Law and Disagreement*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 264 per sostenere la tesi opposta per cui solo la democrazia (e non l’esercizio della giurisdizione) consente l’autogoverno.

⁴² Per i riferimenti a Friedrich von Savigny in B. LEONI, *La libertà e il diritto*, cit., pp. 21-22; N. ZANON, *Tra giurisdizione e legislazione. Leggendo “La libertà e la legge” di Bruno Leoni*, in “Quaderni costituzionali”, n. 1, 2018, pp. 253-266.

⁴³ Sul “giusliberismo” v. L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967, p. 201 sgg. Sulla consonanza di vedute tra il Leoni e i teorici del “diritto libero” v. anche A. FEBBRAJO, *Il problema della scienza giuridica nelle opere giovanili di Bruno Leoni*, in “Il Politico”, Vol. 33, 1968, p. 624.

⁴⁴ Cfr. J. WALDRON, *The Dignity of Legislation*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p. 12.

⁴⁵ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti e giustizia*, Torino, Einaudi, 1990.

⁴⁶ In questo cita spesso Dicey e in particolare A. DICEY, *Introduzione allo studio del diritto costituzionale: le basi del costituzionalismo inglese*, a cura di A. TORRE, Bologna, il Mulino, 2003, p. 168 sgg., che certo enfatizzava la natura dei diritti costituzionali come prodotto di un processo jusgenerativo. Sul punto conferme si ritrovano anche in: R. BIN, *Critica alla teoria delle fonti*, cit., p. 45.

⁴⁷ B. CONSTANT, *Principes de politique*, in *Écrits politiques*, Paris, Gallimard, 1997, p. 320.

alla separazione verticale dei poteri, ritenendo che l'autogoverno locale, ancora oggi concepito come istituto volto a contenere gli abusi di uno Stato accentratore, non sia di per sé garanzia contro le restrizioni della libertà, ma possa trasformarsi in un elemento corporativo, idoneo, se del caso, a moltiplicare i vincoli gravanti sugli individui⁴⁸.

Senonché, la fiducia nell'ordine spontaneo che deriva dal diritto di origine giurisprudenziale ci dice qualcosa anche sull'idea di Costituzione e di costituzionalismo di Leoni (invero mai teorizzata)⁴⁹, idea che è assai più affine a quella "aperta" di matrice inglese⁵⁰ che non a quella delle Costituzioni codificate di *civil law* che, come avrebbe detto Anthony De Jasay, sono poco più che "cinture di castità per lo Stato, che però ne detiene la chiave"⁵¹. Anziché come atti di volontà di matrice rivoluzionaria, Leoni pare assai più propenso a inquadrare storicamente le Costituzioni come gli "abiti cangianti" di una società, secondo il motto attribuito anche a Walter Bagehot per cui *Constitutions are not made, they grow*⁵². Di qui, l'estrema attenzione per le caratteristiche della *unwritten Constitution* anche negli ordinamenti di *civil law*. Per i kelseniani più convinti, invece, "un trasferimento (quasi) diretto tra "modo d'essere" della società e diritto è pensabile solo in situazioni stabili, in cui l'effettività delle norme appare come un dato (quasi) spontaneo"⁵³, quasi che adattamento, accomodamento, evoluzione non potessero darsi se non attraverso il conflitto mediato dai partiti, nella loro versione democratica idealizzata. D'altro canto, però, Leoni rifugge l'idea del controllo accentrato di costituzionalità che dà troppo potere a una Corte "aristocratica" e produce spesso effetti se-

⁴⁸ Il riferimento si ritrova in A. MASALA, *Il liberalismo di Bruno Leoni*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2003, p. 128.

⁴⁹ Su cui si veda il tentativo abbozzato da T.E. FROSINI, *Il costituzionalismo di Bruno Leoni*, in "Rivista AIC", n. 1, 2014, pp. 1-9.

⁵⁰ Che si sovrappone ancora una volta a quella di A. DICEY, *Introduzione allo studio del diritto costituzionale: le basi del costituzionalismo inglese*, cit., per il quale "la nostra Costituzione è una costituzione fatta dal giudice e porta sul suo volto tutti i caratteri buoni e cattivi della legge fatta dal giudice".

⁵¹ A. DE JASAY, *Lo Stato*, Torino, IBL Libri, 2017, p. 235 e p. 382 sgg.

⁵² Sulla questione del rapporto tra "fissità" e "mutamento" delle Costituzioni v. G. ZAGREBELSKY, *Storia e Costituzione*, in G. ZAGREBELSKY, P. PORTINARO, J. LUTHER (a cura), "Il futuro della costituzione", Torino, Einaudi, 1996, pp. 35-82.

⁵³ I. MASSA PINTO, *Principio di solidarietà, abuso del diritto e indefettibile necessità di un ordinamento coercitivo: appunti per una riconsiderazione della dottrina pura del diritto al tempo dell'anomia*, in "Costituzionalismo.it", n. 1, 2016, p. 93.

condo il modello “tutto e niente” tipici della legislazione di matrice kelseniana⁵⁴; al contrario, non mostra alcuna tema di prediligere un controllo diffuso come quello sostenuto da Carl Schmitt, ma non per le stesse ragioni di quest’ultimo che, al posto della Corte, al vertice dell’ordinamento, poneva pur sempre il Presidente del Reich. Assai problematico è, infatti, quando la Corte costituzionale diventa *prestatrice di legislazione di ultima istanza* nella forma additiva (che capita assai più frequentemente di quanto la Corte ritenga che l’intervento legislativo non sia “necessario”, stante una discrezionalità politica che oggi è ancora la regola e non certo l’eccezione) o impiega schemi di ragionevolezza che vorrebbero rappresentare la parola fine su questioni che devono, invece, rimanere aperte nella comunità dello Stato e quindi anche nelle istituzioni giudiziarie comuni, vere e proprie istituzioni sociali alla stregua dei Parlamenti. Al riguardo, del resto, il nostro Autore era perfettamente consapevole dei rischi di un giudizio accentrato, specie a fronte di un testo come quello della Costituzione italiana che, al pari di Giovanni Tarello⁵⁵, anche Leoni irrideva come intimamente ambiguo e per il quale riteneva alla fine inevitabile che la Corte esercitasse una funzione “oracolare”⁵⁶.

3. *I nodi irrisolti del rapporto tra spontaneismo ed esercizio del potere*

Ma l’opera di Leoni è attuale anche per ciò che non spiega e che richiede ancora oggi di essere meglio concettualmente definito. L’Autore, infatti, non scioglie del tutto il nodo gordiano con la legislazione e, anzi, ritiene che essa possa talora rispecchiare un processo spontaneo di formazione del diritto⁵⁷ o comunque essere utile (e vada soltanto ridotta di pari passo con gli spazi di rappresentanza) secondo criteri che però nem-

⁵⁴ B. LEONI, *La libertà e il diritto*, cit., p. 28.

⁵⁵ M. GRONDONA, *Giovanni Tarello cacciatore di ideologie*, in G. TARELLO, “La disciplina costituzionale della proprietà”, Roma, RomaTTE-Press, 2023, p. 45.

⁵⁶ Il termine è ripreso da: J.P. DAWSON, *The Oracles of the Law*, Thomas M. Cooley Lectures. Ann Arbor: University of Michigan Law School, 1968.

⁵⁷ B. LEONI, *La libertà e il diritto*, cit., p. 162. Salvo poi osservare come il processo delle codificazioni di norme spontanee abbia preparato la strada per una riscrittura del diritto e per la sua completa sostituzione con la legislazione. Come ricorda anche G. ZAGREBELSKY, *Storia e Costituzione*, cit., pp. 60-61, “lo storicismo non è necessariamente contrario alla legge, purché sia una legge dichiarativa, non costitutiva del diritto”.

meno nelle conclusioni del volume⁵⁸ riescono a essere messi completamente a fuoco. Del resto, a un certo punto⁵⁹, Leoni riconosce che, così come non c'è diritto senza un po' di legislazione, così non c'è libero mercato senza un qualche potere di coazione sopra di esso e corregge Ludwig von Mises quando aveva definito la libertà come restrizione imposta all'esercizio del potere di polizia, perché essa è restrizione imposta al potere di chiunque altro, anche di un altro privato, di interferire con il mercato: lo stato va imbrigliato, ma serve anche per imbrigliare, dice Leoni ricordando così la doppia funzione delle Costituzioni di "legittimare e limitare il potere"; il mercato, insomma, finisce per essere percepito secondo una sua oggettività di funzionamento che va mantenuta e alimentata in base a una *Ordnungspolitik*, al pari probabilmente di quanto avrebbe suggerito un esponente della scuola ordoliberal di Friburgo che pure, come emerge da altre significative opere di Leoni⁶⁰, non era certo tra i suoi principali riferimenti intellettuali. Questa apparente indecisione, che pare tradire l'idea (persuasiva!) che possa in fin dei conti esistere un interesse generale da realizzare attraverso l'esercizio dell'indirizzo politico e, quindi, per mezzo della legislazione, ricorda per certi versi la postura di Santi Romano in altri anni. In un suo scritto del 1971, Sabino Cassese ha messo in luce proprio il delicato compromesso che Romano aveva cercato di intessere tra l'esigenza pluralistica posta dai fatti e l'ideologia autoritaria della scuola giuspubblicistica italiana⁶¹. Se di Leoni non possiamo certo dire che sia stato *teoricamente un pluralista ma ideologicamente un monista* (come disse Bobbio sempre di Romano), possiamo tuttavia dire che in lui, specie ne *La Libertà e il Diritto*, abbiano convissuto anime conflittuali e che, in particolare, egli abbia squadernato il problema del rapporto tra evoluzione spontanea dell'ordine giuridico ed esercizio del potere, rapporto, tuttavia, irrisolto che ancora oggi dovrebbe interrogare il costituzionalista di estrazione liberale per suggerire risposte nuove ai problemi del presente.

⁵⁸ B. LEONI, *La libertà e il diritto*, cit., pp. 202-207.

⁵⁹ B. LEONI, *La libertà e il diritto*, cit., p. 58.

⁶⁰ Su tutti si veda: B. LEONI, *Mito e realtà dei monopoli*, in "Il Politico", n. 4, 1965. Per un tentativo di accostare l'opera di Leoni a quella dei pensatori della Scuola di Friburgo v. invece C. ATZENI, *Bruno Leoni, la libertà e il diritto: tra critica alla democrazia rappresentativa e difesa dell'ordine di mercato*, in "Il Politico", in questo numero, 2025.

⁶¹ Citato in M. FIORAVANTI, *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 282-286.

Abstract - This article examines Bruno Leoni's *Freedom and the Law* and its relevance for contemporary constitutionalism. It highlights Leoni's critique of legislative positivism, his defense of spontaneous legal order, and his skepticism toward political representation. The analysis explores tensions in

his thought, such as the role of legislation and state power in maintaining market stability. Engaging with the thought-provoking ideas of scholars like Bobbio and Luciani, the paper underscores Leoni's enduring insights into judicial power, liberty, and the limits of state intervention.