

Il liberalismo è il più nobile appello che sia risuonato sul pianeta

José Ortega y Gasset

Certi liberali di ringhiera e di piazza, illiberalmente professano la libertà

Niccolò Tommaseo

Non è la prima volta che la libertà è stata mezzana dei partiti che la combattono

Francesco de Sanctis

Pietro Di Muccio de Quattro

ILLIBERALISMO*

(estratto da “*nuova Storia Contemporanea*”, n. 3/2023)

I

L’onnipotenza parlamentare, il positivismo giuridico, l’interventismo pubblico hanno inculcato nella testa degl’Italiani il convincimento che, quanto più lo Stato fa, tanto più li cura. Sono ormai assuefatti all’idea. Se il livello degli oceani aumenta, la terra emersa diminuisce. Se ne preoccupano tutti. Se l’autorità estende le intrusioni nell’esistenza umana, non cresce la libertà degl’individui. Se ne preoccupano pochi. Sono due evidenze logicamente uguali, eppure diversamente considerate in geografia e in politica. La gente crede all’una, meno all’altra.

Le intrusioni che pervadono la vita degli individui, condizionandola e comprimendola, sono tuttavia percepite come benefiche o malefiche non già di per sé stesse ma in funzione dell’occasionale vantaggio o svantaggio che arrecano alle persone e ai settori d’intrusione. Il problema dei problemi del liberalismo nel Bel Paese consiste nella difficoltà di rendere alla portata di tutti la verità che ai liberali risulta di per sé evidente e i pensatori liberali hanno dimostrato oltre ogni dubbio. Verità e difficoltà hanno in comune il fatto che la libertà è compiutamente comprensibile e apprezzabile solo pensando “*in negativo*”, ciò che d’istinto urta contro la mentalità comune, confidete invece nell’attivismo dei corpi politici nel favoreggiare specifici interessi “*in affermativo*”, assimilandone il risultato ad un fantomatico “bene comune” che invece, sia come “bene” sia come “di tutti”, consiste soltanto nella generale condizione giuridica in cui ciascuno goda dell’uguale libertà degli altri. L’idea che il bene debba definirsi con il negativo risale almeno ad Epicuro. L’epicureismo infatti poggia la sua concezione della felicità interamente su definizioni in negativo: *aponia* ‘assenza di dolore’, *ataraxia* ‘assenza di turbamento’, imperturbabilità. Epicuro contrappone la felicità *catastematica* ‘statica’ alla felicità *cinetica* ‘dinamica’.

*Noterà il Lettore che il sostantivo *illiberalismo* era ignoto al vocabolario italiano, il quale conosceva soltanto l’aggettivo *illiberale*. Non senza perché.

La prima è durevole perché conseguita con prudenza, temperanza, giustizia: “E’ necessario far calcolo del fine a noi immediatamente dato e di tutta intera l’evidenza, alla quale riportiamo i nostri giudizi” (Epicuro, Massime capitali, XXII, *Scritti Morali*, Rizzoli, Milano 2021, pag. 85). “Calcolo” e “giudizi” che sono il solido ed equilibrato bene della vita individuale e della convivenza civile. La seconda è transeunte perché non procura il bene della prima, ma benefici occasionali, parziali, esteriori, mutevoli, non senza “confusione” e “turbamento”.

La trama delle azioni pubbliche dà l’impressione che esista una particolare libertà per ciascuna di esse. Ma le libertà particolari, pur sommate o assemblate, non equivalgono affatto alla vera e propria libertà, che è diversa per natura. Le libertà particolari non sono tessere formanti il mosaico della libertà, che resta indecifrabile dalla maggioranza indifferente di suo alla rappresentazione compiuta. Nei fatti impera il *dirittismo*, come ho definito la teoria e la pratica contemporanee in base alle quali *ogni pretesto legittima la pretesa di un diritto* (Pietro Di Muccio de Quattro, *L’ideologia italiana*, Liberilibri, Macerata 2016, pag. 109). Il *dirittismo* contribuisce a formare l’ordinamento giuridico dove predominano *leges singulares* o *privilegia*, che in verità, anche con differenti nomi, sono una peculiarità italiana fin dal Basso Medioevo, secondo la folgorante ricostruzione del Tommaseo, che anticipa di un secolo i grandi pensatori liberali del Novecento: “Certe franchigie de’ Comuni, a chiamarle libertà, sarebbe un ammiserire questo nome; e pur troppo le due cose confusersi dalla credula boria de’ piccoli, e dalla insidiosa ambizione de’ grandi; per l’esca delle franchigie si lasciò ire la libertà; per le franchigie del proprio guscio, la comune libertà fu venduta. Ognuno sente di qui distinzione che è a farsi tra *le libertà* e *la libertà* (corsivo del testo, n.d.r.); vocabolo che non dovrebbe aver plurale; e il darglielo tagliuzza l’unico corpo vivente, cioè lo uccide” (Niccolò Tommaseo, *Dizionario dei sinonimi della lingua italiana*, Vallecchi, Firenze 1973, pag. 1022)

Un sentimento diffuso in Italia poggia sull’illusione che affidarsi all’interposizione dell’autorità pubblica negli ambiti dell’esistenza umana costituisca un miglioramento delle condizioni generali. Questa illusione, sebbene tale, è nondimeno un subdolo quanto forte stimolo dell’*illiberalismo* perché inganna la società circa l’essenza della libertà. Posso cercare di spiegarlo con due citazioni, l’una del più grande pensatore liberale del XX Secolo, l’altra di un noto cantautore italiano dello stesso periodo. E non sembri sproporzionato l’accostamento dei due, invece molto istruttivo. L’uno pressoché sconosciuto agli Italiani e in genere mal considerato, l’altro invece apprezzato perché esprime in forma popolare il sentimento comune. Le citazioni sintetizzano in modo semplice, ma esatto ed esplicativo, la contrapposizione tra liberalismo e *illiberalismo*.

Friedrich A. von Hayek scrisse che “La concezione liberale della libertà è stata spesso, e con ragione, definita come una concezione puramente negativa. Come la pace e la

giustizia, essa fa riferimento all'assenza di un male, cioè ad una condizione che offre delle possibilità senza tuttavia fornire vantaggi precisi...Il declino della dottrina liberale, iniziato dopo il 1870, è strettamente connesso a una reinterpretazione della libertà come disponibilità, da ottenere attraverso l'azione dello Stato, dei mezzi necessari al raggiungimento di una vasta gamma di fini particolari” (Friedrich A. von Hayek, *Liberalismo*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2012, pag. 43). Nelle parole del prefatore Lorenzo Infantino, “La limitazione della sfera d'intervento dei pubblici poteri è contestuale al ‘recupero’ di un estesissimo territorio, su cui è reso possibile l'esercizio dell'autonomia decisionale dei cittadini” (*Ibidem*, “Prefazione”, pag. 6).

Giorgio Gaber scrisse la canzone “La Libertà” nel biennio 1972/73, quando il mito celebrato nel testo gonfiò impetuoso la contestazione del sistema occidentale, che quegli ingenui (la *credula boria de' piccoli* e la *insidiosa ambizione de' grandi!*) erano pronti a scambiare con il collettivismo e la cosiddetta democrazia progressiva. La canzone fu quasi l'inno di una certa Italia dell'epoca. Cantava dunque Gaber che “La libertà non è star sopra un albero, non è neanche il volo di un moscone. La libertà non è uno spazio libero. Libertà è partecipazione. Libertà non è neanche avere un'opinione. Non è neanche un gesto o un'invenzione” (www.giorgiogaber.it).

La concezione “*negativa*” della libertà sembra un ossimoro. Può indurre gli sprovveduti a vedervi la conferma dei loro pregiudizi contro la libertà. Inoltre impone un chiarimento linguistico perché l'aggettivo “*negativo*” ha soltanto sinonimi peggiorativi del sostantivo. La concezione liberale della libertà, definita da Hayek, equivale a rovesciare in “*positivo*” la definizione di Gaber: la libertà è uno spazio libero, la libertà è manifestare un'opinione, la libertà è pensare, inventare, fare. La libertà è persino starsene sul ramo di un albero a proprio rischio e pericolo. Eppure, a me non basta la concezione liberale così definita (con tutta la devozione per Hayek), sia perché dà adito alla taccia di inerzia, apatia, indifferenza, astensione che perseguita la società libera nelle maldicenze dei suoi nemici, sia perché risulta scarsamente attrattiva per le menti dei semplici, sempre bisognosi di idealità. L'*illiberalismo*, infatti, ha avuto campo facile nel propinare alle masse la credenza che il socialismo, compassionevole, scientifico, pragmatico, assistenziale, fosse il sole nascente mentre il liberalismo tramontava definitivamente nella notte della storia. “Tali sono segnatamente le concezioni variamente ‘socialistiche’, che pongono come ideale il paradiso sulla terra, un paradiso perduto e da riacquistare (‘ritorno al comunismo primitivo’) o un paradiso da conquistare (‘abolizione delle lotte di classe’ e ‘passaggio dal regno della Necessità nel regno della Libertà’, secondo la metafora marxistica del Paradiso), un paradiso sotto nome di ordinamento razionale o di giustizia. Ideale che non si può cercar di tradurre in atto se non in quanto si voglia imporlo bello e fatto; che ha a proprio fondamento l'idea di ‘eguaglianza’, cioè non punto l'eguaglianza intesa come coscienza di comune umanità, la quale è nel fondo dello stesso liberalismo e di ogni vera etica, ma l'eguaglianza matematicamente e meccanicamente costruita; e che,

tuttavia, sotto queste forme brutali e materialistiche, cela la perdurante efficacia dell'idea di un regno di perfezione senza contrasti, composto di esseri tutti pari innanzi a Dio; e veramente, tolto questo sottinteso e inconsapevole riferimento, si dimostrerebbe presto vacuo e insulso” (Benedetto Croce, *La concezione liberale come concezione della vita*, in *Etica e politica*, Adelphi, Milano, 1994, pag. 334). I socialisti hanno potuto prevalere nella battaglia contro la “libertà dei liberali”, come non mi stanco di chiamarla, additando l'insoddisfacente condizione economica e sociale, come se ne fosse responsabile, e sottacendone le incommensurabili benemerienze in ogni campo. “La concezione autoritaria...vede la sua diretta nemica nella concezione liberale, contro cui (senza parlare degli espressi e solenni cartelli di guerra o ‘sillabi’) è sempre convulsa di odio e di paura, e procura sempre d'infliggerle tutto il danno che può, non cessando di avventarle strali avvelenati e di chiamare a raccolta in sua offesa i malcontenti della più diversa sorte, profittando di ogni difficoltà nella quale la scorga impigliata” (Benedetto Croce, *La concezione liberale come concezione della vita*, in *Etica e politica*, Adelphi, Milano, 1994, pag. 333). I mali presenti erano colpa del liberalismo, i beni futuri sarebbero stati merito del socialismo, immancabilmente. Anche quando il socialismo ha trovato realizzazione nel comunismo sovietico o cinese e una forte aliquota di socialismo è stata inglobata nella teoria e nella pratica dal nazismo e dal fascismo, non hanno smesso di credere e predicare che il socialismo è giusto e moderno mentre il liberalismo è ingiusto e antiquato. Perciò vorrei riassumere la concezione liberale della libertà in una mia definizione che indulgo a ritenere più appropriata ed espressiva: “*La vera libertà ha un contenuto negativo che non costituisce un disvalore, bensì un valore rappresentato dall'assenza del suo opposto.*” Per questa definizione sul valore positivo costituito dalla mancanza del contrario fui suggestionato anche dal ruminare una pratica descritta nel *Libro dei morti* dell'antico Egitto. Gli Egizi, ossessionati dalla vita ultraterrena, sottoponevano il defunto alla *psicostasia*. Pesavano l'anima con la bilancia, ponendo sull'un piatto il cuore e sull'altro una piuma. L'aspetto sorprendente della pesatura consisteva nel fatto che il giudizio per l'aldilà avveniva in sostanza considerando *i peccati non commessi* che, compensando a iosa i peccati commessi, comprovavano quasi sempre una vita meritevole. Se riflettiamo che, millenni dopo, l'Inquisizione, un'istituzione emblematica dell'*illiberalismo* sinistramente famosa, metteva a morte un disgraziato per un'opinione magari confessata come colpa sotto tortura, comprendiamo appieno il profondo senso liberale dei sacerdoti egizi, che aiuta a capire la definizione.

Non basta quindi affermare, con Hayek e contro Gaber, che la libertà è uno spazio libero. La misura (ampiezza, profondità, qualità) dello spazio libero risulta decisiva per la vita del liberalismo quanto per la dimensione dell'*illiberalismo* che la minaccia, ostacola, comprime, mettendola a repentaglio. Detto altrimenti, la libertà è lo spazio che separa l'individuo dalle possibilità dello Stato di mettergli le mani addosso, metaforicamente parlando e non solo. Questo spazio comprende la libertà di fatto e la

libertà di diritto: la prima è uno spazio vuoto, indifferente allo Stato e agli individui, perché ciascuno può godersela come vuole; la seconda è uno spazio pieno di rapporti giuridici pubblici e privati, che costituiscono l'interesse fondamentale dello Stato e degli individui e, qualificando la natura dell'ordinamento politico e giuridico, coinvolgono tutti. Il grado di liberalismo e il grado dell'*illiberalismo* di una società devono essere valutati e misurati appaiando la libertà di fatto e la libertà di diritto.

La libertà di fatto viene esercitata al di fuori delle norme giuridiche. Gli esseri umani sono vissuti per millenni in una condizione di libertà di fatto nel corso della loro evoluzione da animale primitivo a *homo sapiens*, finché hanno formato l'embrione della società come abbiamo imparato a conoscerla, nella quale e con la quale è sorta "la legge". *Ubi societas ibi ius* e *Ubi ius ibi societas*: la vita sociale ha creato il diritto che la crea, "la secrezione spontanea" evocata da Ortega y Gasset. E questo processo evolutivo ha dato origine senza intenzione di alcuno, lo sappiamo bene, a tutte le creazioni che oggi riconosciamo e chiamiamo liberali, mentre gli intenzionali atti sovversivi e i fatti interruttivi di tale evoluzione naturale sono classificabili e definibili *illiberalismo*, tra i quali disgraziatamente la stessa "legge", intesa come atto politico *deliberato*, nel duplice senso di *deciso* e *voluta*, ha finito per occupare un posto notevole.

Sulla natura dell'*ordine inintenzionale*, l'incommensurabile tesoro gnoseologico che il liberalismo classico ha consegnato all'umanità, vengono sempre riportate magnifiche citazioni dei grandi pensatori, nazionali e stranieri, filosofi ed economisti, che ne furono padri. Ad esse voglio qui aggiungere una non meno splendida, per profondità e sintesi, di un italiano dimenticato.

"Stato democratico ed intraprendenza creatrice fecero tutt'uno, come era, del resto, affatto inevitabile. Perché la libertà politica non è un'accessione che sopraggiunga dall'esterno alla vita sociale, come una qualche cosa che può essere data e può essere tolta; essa è piuttosto un elemento intimo alla vita sociale, ed essa si afferma o manca, esiste o non esiste, unicamente in quanto sia o non sia prodotta come una necessaria consecuzione della vita sociale sottostante. Un ordinamento liberale è sempre il compagno inseparabile di una società energica e ricca, e si impone ogni volta che in una società sono moltiplicate le fonti individuali di iniziativa e di creazione. Esso è l'equivalente politico necessario di ogni organismo sano e rigoglioso, dove la vita si manifesta non già come una propulsione isolata dal centro sugli organi inerti della periferia, ma come un ritmo circolare, per il quale gli organi periferici si subordinano al centro solo per il ritorno delle propulsioni da essi medesimi inviate. Vi è sempre tanto di libertà quanto vi è di capacità nei membri del corpo sociale di sollevarsi ognuno a fonte produttiva di azione e di storia. Ed è tanto assurdo voler concedere per atto di donazione graziosa una libertà politica ad un organismo che non la reclama e non la genera da sé medesimo, quanto è assurdo volerla ritirare per atto violento ad un

organismo che sia in condizione di generarla” (Panfilo Gentile, *Il genio della Grecia*, Sansoni, Firenze 1958, pag. 191).

Parimenti esemplare per profondità e sintesi un pensiero di Churchill, mai forse citato a riguardo: “Gli esseri umani e le società umane non sono strutture che vengano costruite o macchine che siano fabbricate. Sono piante che crescono e devono essere curate come tali. La vita è un test e questo mondo un banco di prova” (“*Human beings and human societies are not structures that are built or machines that are forged. They are plants that grow and must be tended as such. Life is a test and this world a place of trial*”). Winston Churchill at MIT, 1949, *Mid-Century Convocation Speech*, www.winstonchurchill.org).

La “libertà di fatto” è andata scemando con il consolidarsi della civilizzazione umana, che via via ne ha ridotto l’estensione fin quasi ad azzerarla e ne ha assoggettato l’esercizio bensì a regole, ma non giuridiche. Togliersi il cappello in segno di rispetto e salute non è un obbligo soggetto né a una legge perfetta né a una legge imperfetta, ma ai dettami del costume che non possiamo sanzionare con la forza dell’autorità pubblica né chiamare il trasgressore a risponderne, salvo ricambiarlo alla pari con la stessa cortesia o scortesia. La libertà di fatto fa pensare a quella “libertà d’indifferenza” che Voltaire spiegava così: “Intendo la libertà di sputare a destra o a sinistra, di dormire sul fianco destro o sul sinistro, di fare quattro giri a passeggio o cinque” (Voltaire, *Dizionario filosofico*, Mondadori, Milano 1969, pag. 421). La libertà di fatto ha pure assunto i connotati della libertà di diritto senza che possa dirsi che la libertà *tout court* ne abbia sempre guadagnato. Persino passeggiare nei boschi comuni non è più assimilabile a una libertà di fatto, quale dev’essere stata anticamente. La conservazione della primigenia libertà di fatto è avvenuta in diretta connessione con i diritti assoluti, mentre il diritto soggettivo ha dato forma moderna alla libertà di diritto. I diritti assoluti comprendono libertà di fatto chiamate facoltà che però non sono autonome. Per esempio, la proprietà fondiaria dà la libertà di recintare e chiudere il terreno come pure di apporvi i termini di confine. I diritti facoltativi sembrano dunque conservare la memoria della libertà di fatto.

Il carattere della libertà sta in ciò, che essa, non essendo un frutto naturale ma la conseguenza inintenzionale dell’evoluzione umana, nasce e si sviluppa in simbiosi con il diritto, un fenomeno difficile da definire in modo semplice perché a sua volta deriva da un concetto complesso e complicato, pure evolutosi con l’uomo. Libertà e diritto dovrebbero voler dire la stessa cosa. Sono una dittologia. Di più, *libertà* e *diritto* sono intrinseci a “giustizia”, sicché la figura retorica appropriata ad esprimere la loro coesistente natura è la trittologia.

“*Utrum autem ius a iustitia dictum sit, an e contrario iustitia a iure*” (Luis de Molina, *De Justitia*, 1611, 7/C). L’affermazione “si chiama diritto perché deriva da giustizia, non il contrario” è stata per secoli incontestata dalla giurisprudenza, finché non è

prevalsa l'opposta idea, coltivata con superbia e prepotenza dall'*illiberalismo*, che la giustizia dovesse derivare invece dalla politica. Il guaio nasce dalla lingua. In italiano il corrispondente di *ius* è *diritto*, due etimologie estranee. Perciò se ne perde il significato congenito, intimo, profondo. *Ius a iustitia*, non *iustitia a iure*. Si chiama diritto non perché viene dalle leggi ma, al contrario, perché viene dalla giustizia. E dall'equivoco troppi guai derivano agl'Italiani, che ne cercano la causa in posti sbagliati.

Ius e *iustitia* indicavano la pronuncia del diritto spettante agli individui liberi e uguali che lo reclamavano. In questo modo l'evoluzione ha fatto germogliare la convivenza civile miracolandola con la triade del liberalismo: *Libertà, Diritto, Giustizia*.

Tra l'ordine naturale, al quale appartengono la rotazione terrestre e il codice genetico, e l'ordine artificiale, che annovera il motore a scoppio e il computer, esiste un terzo ordine né naturale né artificiale che comprende le istituzioni culturali generate dalla civilizzazione, non progettate a tavolino né dalla conoscenza né dalla scienza né dalla sapienza umane. Per comprendere bene questo terzo genere di ordine devo rifarmi ad Hayek, il Maestro indiscusso che ha saputo esplorare appieno l'universo della libertà. Sergio Ricossa disse che Hayek aveva pulito "il diamante grezzo della libertà dalla crosta di troppe manipolazioni" e, tagliandone la pietra dura, lo aveva fatto risplendere di una luce che sorprende gli stessi più convinti e più saputi liberali. Nell'esaminare la libertà sotto la legge e il diritto come scienza della libertà (la *iusti et iniusti scientia* dei giureconsulti romani), Hayek nelle sue opere ricorre a due parole del greco antico, *kosmos* e *taxis*, che a suo giudizio esprimono al meglio ciò che intende spiegare: *kosmos* è l'ordine *spontaneo* formato dalla cooperazione umana sedimentatosi inintenzionalmente nel *diritto*; *taxis* è l'ordine *costruito* con atti autoritativi intenzionali, la *legiferazione* innanzitutto.

Il diritto è costituito dalle *regole di giusta condotta*; la legislazione dalle *regole di organizzazione*. La differenza risulta evidentissima considerando due capisaldi della vita sociale: il codice civile e il codice stradale.

L'articolo 2043 del codice civile stabilisce: "Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno." Così, con una *formulazione esemplare*, viene sancito il fondamentale principio di diritto della responsabilità civile dei soggetti giuridici: generalità, astrattezza, uguaglianza, infinità di destinatari sconosciuti, presenti e futuri, sono *le qualità imprescindibili della norma giuridica*, della "legge" propriamente detta e soltanto sue.

Il codice della strada ha la stessa natura e gli stessi caratteri. La legge stradale è utilizzabile da tutti a ciascun fine per qualsivoglia motivo. Il codice della strada regola la condotta viaria, non riguarda né gl'individui viaggianti né gli scopi del viaggio né le destinazioni dei viaggiatori. Indirettamente, serve la società nell'insieme; direttamente, gl'interessi degli utenti.

Per rimarcare la differenza tra i due tipi di regole, mostrando come le seconde possano anche assumere le sembianze delle prime, può servire la “*clausola della vacca pezzata*”, la formulazione, esemplare in senso opposto, di una norma pseudo generale che Hayek riporta così: “Un buon esempio di come sia possibile evitare una norma antidiscriminatoria attraverso provvedimenti formulati in termini generali è la tariffa doganale tedesca del 1902 (ancora in vigore nel 1936); in essa, per eludere un obbligo internazionale contratto con la clausola della ‘nazione più favorita’, si stabiliva un dazio doganale specifico sulle ‘vacche marroni o pezzate allevate a un’altitudine di almeno 300 metri sopra il livello del mare e che ogni estate avessero trascorso almeno un mese a un’altitudine minima di 800 metri s/m” (Friedrich A. von Hayek, *La società libera*, Soveria Mannelli, Rubbettino 2011, pag.391). Risulta che l’*illiberalismo* riesce a devastare la legislazione italiana anche adoperando ordinariamente la “*clausola della vacca pezzata*” come schema analogico per violare od eludere l’uguaglianza legale.

In effetti, se scorriamo un vocabolario greco (Franco Montanari, *Vocabolario della lingua greca*, Loescher, Torino 2016), alla parola *kosmos* sono collegati moltissimi significati, a cominciare dai nostri attuali equivalenti cosmo, cielo, firmamento, mondo. Ma il significato più profondo e affascinante di *kosmos* rimanda a concetti come buon ordine, regola, norma, misura, modo di prendersi cura di sé, ornamento, governo nel senso di ordinamento politico, bel discorso, gloria, onore, credito, vanto, ed infine antica umanità, *archaios kosmos*.

Anche la parola *taxis* esprime il concetto di ordine. Però, quanto diverso! Nel complesso indica costrizioni, restrizioni, imposizioni, classificazioni: schieramento dell’esercito, formazione di battaglia, linea di soldati, reparto di fanteria, squadra navale, posto di combattimento, ordinanza, prescrizione, limite, posto, posizione, ruolo, classe sociale, ceto. Tant’è che nel vocabolo indicante un ordine dovuto alla legge veniva aggiunto a *taxis* il prefisso *eu* (bene) che ne volgeva in positivo il senso: *eutaxia*, buon ordinamento.

Mentre del vocabolo *taxis* si è perso il ricordo ma conservato il significato nella parola *tassinomia*, un sinonimo di *sistematica*, cioè scienza dei metodi di classificazione degli elementi, il vocabolo *kosmos* possiede ancora oggi il significato originario di universo armonico e ordinato, contrapposto naturalisticamente al precedente disordine del caos e culturalmente all’ordine politico imposto dagli esseri umani in società.

È significativo che nel VII secolo a.C. a Creta il sommo magistrato fosse chiamato *Kosmos*. Lo sappiamo con certezza dalla famosa “Iscrizione di Dreros”, che riguarda la piccola *polis* cretese e costituisce la prima legge scritta del mondo greco. All’inizio dell’epigrafe l’iscrizione “la *polis* ha deciso” ci dice inequivocabilmente che la legge era stata deliberata o approvata dalla comunità. Poiché, all’evidenza, la legge ha natura costituzionale, essa è altrettanto inequivocabilmente destinata a proteggere la libertà

dei “dreresi” istituendovi la giustizia e ponendo limiti all’autorità del *Kosmos* che pertanto, nonostante il nome evocante colui che governa e regola l’ordine civico, è in realtà soggetto ad una legge immutabile da lui stesso. Infatti la *Legge di Dreros* prescriveva, prima di tutto, che il *Kosmos* non poteva insediarsi nella carica una seconda volta se non fossero trascorsi dieci anni dalla fine della prima. Il che, considerando la durata della vita umana, di fatto poteva significare mai più. Inoltre l’eventuale trasgressore avrebbe pagato un’ammenda pari al doppio di quelle inflitte durante l’abuso. Poi, avrebbe perso tutti i diritti di cittadino. Infine, i suoi atti sarebbero stati nulli. La *Legge di Dreros* era sancita dal giuramento del *Kosmos* (Giorgio Camassa, *Scrittura e mutamento delle leggi nel mondo antico*, L’Erma di Bretschneider, Roma 2011, pag. 83).

Questa epigrafe, considerata la più antica “legge” greca, dovrebbe esserne considerata altresì la più antica “costituzione” in senso proprio (considerazione trascurata!) perché fissa, anticipandoli, molti istituti fondamentali di altre costituzioni arcaiche ed antiche, i quali saranno poi, in epoca moderna, parte integrante del costituzionalismo liberale ovvero del liberalismo, perché costituzionalismo e liberalismo sono a loro volta l’endiadi della “libertà dei liberali”. Innanzitutto, la temporaneità della carica: niente origine o diritto divino della stessa. Inoltre, la punizione di chi usurpa la carica o la esercita illecitamente: un vero e proprio “impeachment” *ante litteram*. Infine, la nullità *ope legis* degli atti compiuti dal governante illegittimo.

Esistono diverse spiegazioni del perché gli antichi greci presero a mettere per iscritto le leggi. Ma una sembra a me la premessa delle altre. L’alfabetizzazione, l’uso dell’alfabeto per leggere e scrivere, che fece loro apprezzare l’*utilità generale* della certezza della legge. La *certezza del diritto* in senso formale di conoscenza della fonte viene quindi *dopo* la nascita dei primi sistemi giuridici sviluppati dal corso dell’evoluzione.

La *Legge di Dreros* contiene anche un’altra novità. In quanto legge scritta, epigrafica, apporta alla giurisprudenza l’embrione del positivismo giuridico, inteso non tanto come *ius iussum* ma semplicemente *positum* dai legittimati e, pertanto, anche *iustum* perché legittimo.

Il liberalismo, cioè la triade *Libertà, Diritto, Giustizia*, non è dunque un’invenzione individuale, neppure dei mitici e degli storici “Re Legislatori”, in realtà più compilatori che artefici di leggi, ma una scoperta graduale, collettiva e casuale, della specie umana. Nessuno può vantarne la creazione. Se la prima legge scritta della nostra civiltà risale

al VII secolo a.C., la prima forma scritta conosciuta della parola libertà è molto, molto più antica. È stata rinvenuta nella città-stato sumera di Lagash, impressa a caratteri cuneiformi su una tavoletta d'argilla datata 2.300 a.C. Colpisce l'immagine grafica dei cunei formanti la parola *ama-gi*, libertà: un quadrato di cunei contiene all'interno come un asterisco con le teste dei cunei disposte a raggiera; fuori ma accanto altri cunei disegnano quasi l'ideogramma della freccia; l'insieme sembra indicare che la libertà è un dardo che prorompe. Non può non meravigliare che nell'alfabeto cuneiforme la scrittura abbia rappresentato la parola *libertà* anche in immagine: un effetto forse voluto, forse casuale, comunque sorprendente.

Non diversamente dal liberalismo propriamente detto, cioè il *kosmos* della *polis*, altre fondamentali acquisizioni culturali dell'umanità provengono da quel terzo ordine né naturale né artificiale che ha selezionato ciò che è buono ed utile per la società, come il diritto, la morale, il linguaggio, la proprietà, la moneta, la cooperazione volontaria (cioè la *catallassi*: *katallasso* in greco equivale significativamente a *riconciare* e *scambiare*!), che non sono un "prodotto" pensato dalla nostra ragione ma il naturale portato spontaneo del processo di civilizzazione, *il precipitato dell'interazione millenaria di esseri umani che hanno collaborato volontariamente al riparo dalle restrizioni e costrizioni ingiuste dell'ordine imposto, taxis*.

Il diritto e la giustizia sono fondati sull'*utilità generale*, da Epicuro a Hume, per citare due Grandi nell'arco di duemila anni. Furono il diritto e la giustizia a trarre gli esseri umani dall'età ferina e renderne possibile la convivenza civile. "L'utilità è madre del giusto e fondamento del diritto" sentenziò Epicuro, che distinse *giusto* da *equo*, oggi purtroppo confusi come sinonimi, con aberranti conseguenze nella teoria giuridica e nella pratica politica. Ciò che è conforme allo *ius* (il diritto) è *giusto*. Ciò che è lineare, diritto, uniforme è *equo*. Sicché giustizia equivale a diritto od anche a legge, benintesa però. Equità equivale ad uguaglianza (*aequitas* e *aequus*= *piattezza* e *piano*, *uniformità*). Nella definizione di Niccolò Tommaseo l'equità è "l'idea di uguaglianza applicata alle cose". Mentre l'utile e il dannoso appartengono all'ordine naturale, che insegna a distinguerli, il giusto e l'ingiusto attengono all'ordine inintenzionale nel quale per comune interesse sgorga il diritto. Questa fondamentale linea del pensiero liberale, che secondo il grande latinista Antonio La Penna troverebbe uno spunto anteriore all'epicureismo in Aristippo di Cirene, fu tracciata da Epicuro (*Massime capitali*, XXXI-XXXVIII), poi sviluppata da Lucrezio (*De rerum natura*, Libro V), condivisa da Orazio (*Satire*, I, 3), abbracciata da Vico (*Scienza nuova*), portata a

compimento sistematico nelle opere di Mandeville, Hume, Smith. Il millenario sviluppo teorico ne dimostra l'aderenza all'evoluzione delle costanti universali della natura umana e comprova il radicamento della dottrina nella realtà fattuale.

Il linguaggio, la lingua che parliamo anche quando non sappiamo scriverla, non è stato mai inventato da nessuno perché nessuno è capace d'inventare un linguaggio, le cui regole i linguisti ricavano dopo averlo studiato, non prima. Il fallimento dell'esperanto, lingua artificiale rimasta ausiliaria per gli appassionati, lo dimostra. Tra le accuse al liberalismo c'è anche il finto elogio di ritenerlo adatto soltanto a cittadini politicamente consapevoli dell'etica della libertà. Sia come accusa sia come elogio la proposizione non regge. Lo prova proprio il linguaggio. Anche la persona più modesta, alla soglia dell'intelligenza, parla. Il bambino parla ignorando quasi tutto. Persino l'analfabeta parla! Nel campo delle creazioni umane dell'ordine spontaneo usare una struttura complessa non comporta minimamente un'intelligenza elevata quanto la complessità della struttura. In libertà gli individui riescono ad esprimere ed utilizzare istituzioni infinitamente articolate senza doverle conoscere completamente nei dettagli, ma solo nella parte e ai fini che interessano. Possono profittare con minimo sforzo e limitate informazioni o capacità personali di tutte le potenzialità dell'istituzione e dell'intera "conoscenza" incorporata e diffusa nella struttura mentale o fattuale. Il mercato e la formazione dei prezzi, cioè l'economia libera, ne sono la prova di per sé evidente.

La società libera è anche superiore per "rendimento" in quanto sfrutta al meglio e al massimo le capacità di tutti secondo una scala d'impiego che va dalle più modeste alle più elevate: l'incolto e il genio, senza accorgersene, cooperano a propiziare l'accrescimento morale e materiale della società. La convinzione che la società dove impera la libertà è altresì più "produttiva", nel senso più ampio, entra con difficoltà in testa all'*illiberalismo*, appagato di raggiungere scopi specifici con sistemi di coercizione mirata, dall'idea alla realizzazione. Ma conseguire *contemporaneamente* tutti i risultati morali e materiali di una società libera è sempre impossibile con metodi illiberali. Questi metodi, infatti, hanno una "bassa potenza", esigono nel complesso un impiego spropositato di energie. Comportano nel settore di applicazione uno spreco di risorse necessariamente sottratte ai settori trascurati. L'esempio del linguaggio dimostra i vantaggi, tanto incalcolabili quanto indeterminati, apportati inconsapevolmente alla diffusione generale della conoscenza da utilizzatori inconsapevoli del risultato complessivo. La *mano invisibile* è indefessamente al lavoro nei campi della società libera, che non coincidono con *il mercato*, come riduttivamente

confondono gli avversari dalla vista corta, bensì costituiscono *un mercato di mercati* inseparabili se non a costo di danneggiarli tutti. Nel sistema liberale la cooperazione volontaria va riguardata come una competizione pacifica esplicita non solo mediante la concorrenza economica.

La proprietà privata è nata dal fatto che il primo proprietario non era cosciente di esserlo. Trascurando di considerarne tale origine, la Costituzione italiana ha affermato, indulgendo al collettivismo, che “La proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti *allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti*” (art. 42.II). Vero è il contrario. La proprietà *non ha*, ma è una funzione sociale, per cui non c’è alcun bisogno di assicurarle una funzione inesistente quanto deleteria. Quanto più il potere pubblico interviene, con le migliori intenzioni seppure esistano, per assicurare alla proprietà la funzione sociale che in quel momento hanno in mente i governanti e le maggioranze parlamentari, tanto meno la proprietà diventa accessibile a tutti, perché ne viene bloccata o deviata la naturale funzione sociale in favore della funzione sociale artificiosa.

Quel “primo proprietario” era sicuramente un proprietario terriero perché l’abitazione, a partire dalla capanna del paleolitico, era un bene naturale dell’occupante e della sua famiglia o gente. La coabitazione sotto lo stesso “tetto” era riservata ai consanguinei tribali. L’essenza della proprietà, consistendo nello *ius excludendi alios*, sebbene in embrione, era stabilita sulla “casa” e il diritto del “proprietario” veniva esercitato facilmente con la clava. Invece la terra era infinita e, finché gli esseri primitivi non divennero “coltivatori stanziali” da “cacciatori-raccoglitori migranti” che furono per millenni, il problema della proprietà terriera, cioè della proprietà vera e propria, non sorse. Ma con l’agricoltura la terra coltivata pose il problema dell’appartenenza dei raccolti, che all’inizio dovettero essere prodotti e divisi in forma collettiva. Furono gl’Illuministi scozzesi a notare che i selvaggi non riconoscono la proprietà privata. In altri termini, il collettivismo è un atavismo. Fomenta la discordia e il sospetto, come attesta Epicuro che rifiutava la comunanza dei beni predicata dai Pitagorici perché la riteneva causa ed effetto della diffidenza. Per preservare e proteggere il “suo” raccolto, dunque, il primo proprietario dovette delimitare il terreno, apporvi dei manufatti a confine o indicarne i termini geografici, notificandoli di fatto alla comunità.

Fu in quel momento che la proprietà e la legge fondarono la civiltà. Lo riconosce, sebbene per trarne conseguenze aberranti, lo stesso Jean-Jacques Rousseau nel celebre

Discorso: “Il primo uomo che, avendo recinto un terreno, ebbe l'idea di proclamare questo è mio, e trovò altri così ingenui da credergli, costui è stato il vero fondatore della società civile.”

Sì, la proprietà e la legge sono nate assieme, legate alla nascita come gemelle siamesi. Ancora oggi chiamiamo *norme* le regole giuridiche. Anche questo nome ci viene direttamente dall'antica Grecia. Deriva infatti da *nemein*, un verbo che ha molteplici significati tutti incentrati sulla terra: in primo luogo, tracciare un confine, dividere, ripartire; poi, avere padronanza, possedere, vivere in, occupare, abitare, aver potere su. Da *nemein* derivano *nomòs* (pascolo, abitazione, sede, regione, terra) e *nòmos* (usanza, legge, norma legale, regola, prescrizione). Già, ma come ha avuto origine lì? Quel primo proprietario, che aveva confinato il suo terreno, lo coltivava, incamerava il raccolto, aveva dei vicini che facevano lo stesso, i quali avevano altri vicini a loro volta. L'aratro qualche volta avrà sconfinato. Qualche volta uno avrà preso a confine, per errore oppure no, il raccolto di un altro. Altre volte un erede avrà rivendicato dal vicino una spanna di terra appartenuta al padre. Delle volte il latifondo gentilizio avrà dovuto essere frazionato. Da qui, per uso, nacque la norma.

II

Libertà, diritto, giustizia sono coevi e coessenziali dunque alla proprietà, misura del liberalismo e dell'*illiberalismo*, perché la proprietà regolata da *norme giuridiche* generali ed astratte, uguali per tutti, è il plinto che sorregge l'edificio del diritto privato e presidia la libertà come spazio nel quale le posizioni individuali sono determinate dall'autonomia privata, non dalle leggi o dai provvedimenti delle autorità. Tutto il diritto privato, il codice civile, a parte le norme sulla famiglia, disciplina sostanzialmente tre istituti: la proprietà, il contratto, il risarcimento del danno. A misura che il diritto privato viene “pubblicizzato” mediante la riduzione dell'autonomia individuale oppure rendendola difficoltosa oppure manipolando la capacità giuridica, l'*illiberalismo* spande la sua ombra nera sulla libertà individuale sotto la spinta di una “giustizia sociale” che, in barba al suo stesso accattivante ma falso nome ed all'uguaglianza giuridica, introduce e sancisce il principio, antiggiuridico perché soltanto politico, della discriminazione a fin di bene come lo concepiscono al momento i benintenzionati “giustizieri”. Però un atto non cessa d'essere anche moralmente riprovevole quando viene compiuto da legislatori e governanti che lo chiamano

“giustizia sociale”, una fallace etica basata sul capriccio di chi la decreta e sull’invidia di chi l’agogna: voglio quel che hai tu perché tu hai quel che io non ho.

Lo spazio libero destinato alla cooperazione volontaria serve alla libertà d’azione, nella quale consiste in buona sostanza il vituperato liberismo, che non è parte della libertà ma la libertà stessa. Dovrebbero mettersi d’accordo con sé stessi i caldi amanti della libertà intellettuale eppure tiepidi o freddi, se non odiatori addirittura della libertà di fare, mercè la quale chi l’apprezza e pratica rischiando del suo fornisce all’intelligenza i mezzi per manifestarsi, esprimersi, emergere, e campare alla fin fine.

La limitazione dell’intervento pubblico, che dovrebbe avere lo scopo di conservare e ampliare lo spazio autonomo dell’esistenza umana, non ha funzionato. L’*estesissimo territorio* evocato da Infantino non è più quello spazio, non solo perché ridotto di ampiezza ma anche perché infiltrato dal reticolo fitto di norme (leggi, regolamenti, provvedimenti, prescrizioni, divieti, autorizzazioni, licenze) che restringono l’autonomia privata e ostacolano l’intraprendenza individuale. Per il cittadino onesto, indipendente, operoso, l’iniziativa viene scoraggiata dalle difficoltà estrinseche. Gli diventa oneroso senza colpa ordinare la vita e i beni a causa delle minuziose norme emanate, paradossalmente, con l’intenzione di rendergliela migliore e preservarglieli sicuri, anche per un presunto interesse generale. L’involutione del liberalismo e l’evoluzione dell’*illiberalismo* hanno comportato il passaggio dallo *Stato guardiano notturno* allo *Stato guardiano di tutto*, ad opera dei troppi illiberali e con la compiacenza dei liberali che Francesco De Sanctis definì “riveduti e corretti”.

L’*illiberalismo* è eccezionalmente spudorato a questo specifico riguardo. Mette al cavallo le pastoie e poi lo frusta perché non corre. Inganna i cittadini e sé stesso chiamando *burocrazia* le pastoie strette con le sue mani. Ne incolpa imprecisate entità: persone, cose, pensieri, l’altro da sé. La *burocrazia* è capro espiatorio ed alibi dell’*illiberalismo* politico suo unico responsabile. Essa infatti è una malapianta che i governanti illiberali coltivano senza avvedersi della sua natura velenosa finché non abbia invaso lo spazio dei cittadini e ridotto la libertà d’azione, via via scoraggiando e ostacolando l’intraprendenza privata, soffocandola, costringendola all’espatrio, complicando inutilmente l’esistenza quotidiana della gente comune. Di cosa è fatta la *burocrazia*? Incontestabilmente di quattro elementi essenziali: una norma (legge, regolamento, provvedimento) che la istituisce; uno stanziamento per finanziarla; un impiegato che la incarna; una struttura materiale. Questi quattro elementi sono decisi tutti, tutti, dal potere pubblico. Sono completamente nelle mani degli uomini politici. Con che faccia, dunque, criticano e rinnegano la (loro) burocrazia? Somigliano a

genitori che dileggiano i figli disabili. La burocrazia, pur quando istituita con le migliori intenzioni e per reali motivi, ha vita propria perché la sua natura creata non ha più nulla a che vedere con la natura creante. La burocrazia, il potere degli uffici, funziona come funziona perché non può proprio funzionare diversamente. Infatti opera in regime di monopolio. Non può essere vivificata dalla concorrenza. Perciò, ristagna come l'acqua senza ricambio. L'unico antidoto contro la burocrazia consiste nell'istituirne il meno possibile, lo stretto indispensabile. Invece accade il contrario. Gli altri rimedi sono palliativi. Gli uffici pubblici giovano più agli impiegati che alle funzioni. I ministeri contro la siccità non generano pioggia. Sburocratizzare la pubblica amministrazione equivale a sgrassare il colesterolo.

La Costituzione stessa ha a che fare con l'origine del diritto dalla terra. In essenza evoca l'*actio finium regundorum* che dall'antichità conferisce al proprietario il diritto di rivendicare dai vicini la revisione dei confini in conformità agli atti privati e alle risultanze pubbliche. La Costituzione benintesa deve essere considerata alla stregua di un'ingiunzione del cittadino ai poteri pubblici di tenersi entro i limiti assegnati, di non occupare o usurpare il suo spazio libero. Poiché egli ne è il *dominus* in virtù dell'autonomia privata, negoziale, la Costituzione dovrebbe preservarla in assoluto, dopo aver lasciato al legislatore la potestà di stabilire esclusivamente le norme generali ed astratte sulla liceità del negoziare e dell'agire. Quanto a questo, purtroppo, la Costituzione italiana come tante altre è figlia dell'*illiberalismo* teorico e pratico prosperato nel XX secolo e del pregiudizio antiproprietario che ne ha innervato il corpo. Ed è stato avallato persino da certa religiosità più dottrinarica che evangelica.

Solo la Costituzione degli Stati Uniti, unica al mondo, ha anche questo immenso pregio tra i tanti altri. Contiene cioè una disposizione che vieta formalmente, espressamente, direttamente agli Stati federati di approvare leggi che disconoscano, compromettano, pregiudichino le obbligazioni contrattuali. "*No State shall pass Law impairing the Obligation of Contracts*" (*Article I, Section X*): *Nessuno Stato potrà approvare leggi che comportino deroga alle obbligazioni derivanti da contratti*" (*Articolo I, Sezione X*). Nel classico commento di Edward Corwin, "*Una legge che pregiudichi gli obblighi derivanti da contratto è una legge che effettivamente indebolisce gli obblighi assunti da una delle parti, o rende il loro adempimento indebitamente difficile*" (Edward S. Corwin, *La Costituzione degli Stati Uniti nella realtà odierna*, Nistri-Lischi, Pisa 1958, pag. 106). Esattamente questo è ciò che capita tanto spesso in Italia con leggi, regolamenti, provvedimenti che legislatori, governanti, amministrazioni adottano nell'interesse del contraente che li reclama arbitrariamente dal potere pubblico, non già dal giudice, pretestando un "diritto all'inadempimento" con appigli politicamente accattivanti.

Aspirando a metter fine a tale stato di cose e appoggiandomi al monumentale esempio americano, presentai al Parlamento una proposta di legge costituzionale che mirava a

risolvere la fondamentale questione, restituendo al cittadino lo spazio libero sottrattogli dall'*illiberalismo* che la Costituzione non riesce ad imbrigliare. Fu, invano, la prima ed unica volta nella storia italiana ed europea.

L'esperienza infatti impone di adottare una prescrizione inviolabile sull'autonomia personale. In tutta la Costituzione è introvabile il riconoscimento esplicito e incontrovertibile della potestà negoziale individuale, il diritto di plasmare la propria vita e di disporre dei propri beni secondo negozi giuridici. La lacuna è sorprendente per una Costituzione che aspiri a preservare e accrescere la libertà individuale e il benessere generale. La libertà d'iniziativa economica privata è certamente importantissima e implica l'autonomia negoziale. Possiamo immaginare che l'autonomia negoziale, essendovi dedicato il codice civile anteriore alla Costituzione, fosse un presupposto scontato nella mente dei Costituenti. Sappiamo che alcune disposizioni dei codici sanciscono veri e propri principi costituzionali non scritti nella Carta. Cosa è accaduto nel frattempo? Perché è indispensabile una clausola costituzionale che garantisca l'autonomia negoziale ai maggiorenni e anche ai minorenni in certe condizioni? È accaduto che, attraverso la macroscopica trasformazione della natura e dei compiti della legislazione, il potere politico è entrato sempre più nella vita quotidiana e trova comodo usare la legge per modificare le convenzioni stipulate dai privati. Gli antichi principi del negozio giuridico sono pervertiti. Il contratto non ha più valore di legge tra le parti, ma con la legge le parti compiono negozi giuridici o se li fanno modificare dai loro improvvidi quanto scodinzolanti parlamentari. L'aver consentito alla legge, cioè, nell'ipotesi migliore, alla volontà delle maggioranze, di annullare e sostituire d'imperio le libere stipulazioni tra individui maggiorenni perfettamente capaci d'intendere e di volere, addirittura sospendendo in diritto, con norme *ad hoc*, e in fatto, con provvedimenti *ad hoc*, le sentenze della magistratura, ha introdotto nell'ordinamento italiano un certo qual sistema di schiavitù, poiché n'è derivata l'inabilitazione indiretta di intere categorie d'individui. Forse non vengono così violati i diritti fondamentali della persona umana? Non è violato pure l'articolo 22 della Costituzione ("nessuno può essere privato, per motivi politici, della capacità giuridica...") dal momento che s'intacca la capacità giuridica di gruppi di cittadini proprio per motivi politici? Una legge non può togliere o ridurre la capacità giuridica delle persone, non può interdire o inabilitare gl'individui, privandoli della soggettività e degradandoli al livello di pupilli bisognosi di tutore. Con quanta coerenza un qualsiasi Parlamento (un Parlamento qualsiasi!) può concedere la maggiore età ai diciottenni mentre annulla i contratti che avessero stipulato? Anche

un sordo sente lo stridore della contraddizione. Un parlamentare dovrebbe sentirsi imbarazzato ad essere eletto e scelto da cittadini che lui stesso, in certe circostanze e per determinati atti, considera alla stregua di incapaci di intendere e di volere. Ciò è aberrante e deve essere impedito. Così non vengono conservati affatto i diritti fondamentali che la saggezza dei Costituenti proclamò inviolabili. La capacità di compiere atti giuridici per scopi particolari nel rispetto di norme astratte prefissate non è qualità voluttuaria, elemento accidentale e superfluo della persona, bensì lo strumento con cui forgia liberamente la sua vita e costruisce un posto nella società. Senza l'autonomia negoziale l'uomo può essere oggetto di specifici comandi superiori, giammai soggetto di eguali diritti generali. E quando viene tolta all'uomo, in certi casi, la potestà di costituire e trasferire diritti, evidentemente resta menomato, come se gli strappassero le braccia, e assimilato al minorenni disgraziato da commiserare piuttosto che all'adulto consapevole da rispettare.

Le intenzioni erano buone. L'intervenire viene dettato quasi sempre dal desiderio di sanare particolari situazioni sgradevoli. Però il diritto è la regola astratta per infiniti casi imprevedibili. Quindi non deve essere sovvertito per qualche caso spiacevole. La norma generale non può tener conto di eventi speciali. Se le norme generali vengono abbandonate, la vita delle persone deve essere, necessariamente, disciplinata da minuziose regole organizzative pseudogiuridiche. Allora la giustizia viene polverizzata in una miriade di micro ingiustizie e l'uguaglianza di fronte alla legge si infrange in una infinità di assurde discriminazioni. Le vere leggi, invece, stabiliscono le forme lecite, non i contenuti concreti delle azioni umane. Esse sono avallate dall'esperienza, che qualcuno chiama terapia della realtà.

Il diritto è l'ordine della società libera. Lo sappiamo bene. Può essere semplicemente ritoccato e modificato gradualmente verificando di continuo la compatibilità tra nuovo e vecchio. Diversamente il meccanismo prodigioso che ha consentito la civilizzazione umana attraverso due ininterrotti passaggi dal semplice al complesso e dal concreto all'astratto, si incepperà fino ad arrestarsi. Seppure riuscissimo a risolvere piccoli problemi con comandi specifici mascherati da leggi, stravolgeremmo il diritto complessivo con conseguenze opposte a quelle stesse che pur desidereremmo, forse o talvolta.

Dunque abbiamo bisogno di una disposizione che iscriva nella Costituzione l'autonomia negoziale, la protegga tassativamente affinché gli uomini possano dare certezza giuridica alle loro pattuizioni. Solo l'autonomia negoziale dà agli uomini la flessibilità indispensabile per utilizzare con vantaggio i segnali dei prezzi e indirizzarsi verso gli impieghi più remunerativi ovvero, ugualmente appaganti, verso i risultati che intendano cogliere per soddisfazioni extraeconomiche, generalmente parlando. La libertà contrattuale non è, come pensa qualche mente gretta, un lusso degli abbienti, ma una necessità profonda e universale che attiene alla struttura della società libera, poiché stipulare un contratto costituisce lo stadio finale della complessa attività, morale

ed economica, nella quale l'uomo si esprime come persona indipendente. L'autonomia negoziale attua il policentrismo decisionale della società libera, specialmente del mercato di concorrenza. Manifesta, appunto, il rifiuto dell'unidirezionalità e della pianificazione. L'autonomia negoziale è la potestà di autodeterminarsi al riparo dalle mene altrui. La libertà infatti consiste nell'assenza di restrizioni ingiuste e costrizioni discriminatorie, non nelle facoltà concesse. Non è mai esistita una dittatura dove i cittadini non avessero delle possibilità di azione. Gli individui non possono essere imbalsamati vivi. Ma solo nello spazio affrancato dalle imposizioni e presidiato dall'autonomia negoziale l'uomo costruisce in libertà, perseguendo scopi personali mediante strumenti giuridici comuni: un'interazione possibile perché i primi sono concreti e i secondi astratti.

La Costituzione, dunque, deve sancire l'autonomia negoziale e l'intangibilità dei patti tra adulti consapevoli. Un gran giorno sarà quando leggeremo nella Costituzione che nessuna legge potrà menomare l'autonomia negoziale degli individui e derogare alle obbligazioni derivanti da contratti tra maggiorenni consenzienti. Bisogna troncare alla radice l'abuso di sovvertire con pseudo leggi le prestazioni contrattuali, modificandole a favore di una parte, umanamente simpatica o socialmente rumorosa o elettoralmente vantaggiosa.

Questa modifica d'autorità delle convenzioni è ingiusta e immorale, ancor peggio se perpetrata dalla rappresentanza parlamentare che quelle convenzioni dovrebbe preservarle, essendo giuridicamente lecite e dunque intangibili. È possibile credere che il potere pubblico rispetterà ogni altro patto, persino i trattati internazionali, quando calpesta gli accordi privati dei suoi cittadini?

Quale patto è stabile se un terzo, si chiami pure Parlamento, può violarlo a discrezione e la parte incolpevole non ha azioni da esperire? Tutti i contratti sono diventati aleatori, ma non per volontà di contraenti consapevoli di firmarne quello specifico contratto tipico. Contengono sempre una clausola non scritta, una condizione inespressa: "se la legge..."

Non ricorderemo certe leggi sulle locazioni urbane e sugli affitti agrari, che hanno abolito e sostituito clausole essenziali dei contratti privati, dando sfogo pseudogiuridico al livore sociale e alla prodigalità politica. In campi fondamentali non possiamo più stipulare contratti, transigere liti, ordinare beni, senza interventi sindacali, provvedimenti amministrativi, autorità intermedie. Poiché talvolta è lecito derogare convenzionalmente alla legge vincolistica speciale, purché firmi anche un sindacato o un'amministrazione, è logicamente sostenibile che le parti di un contratto, incapaci *ope legis*, divengano improvvisamente capaci mediante l'assistenza obbligatoria di tutori imposti dai pubblici poteri? Affrancati dai genitori, emancipati dall'età ma pupilli di sindacalisti e funzionari: una vergogna.

Non ricorderemo nemmeno i controlli sui prezzi, modo obliquo di stravolgere l'autonomia privata. In Italia esistono molti equi prezzi, determinati da leggi e

provvedimenti, non dal mercato. L'averli così fissati, non rende i prezzi più giusti di quanto sarebbero per effetto della concorrenza o per l'accordo delle parti. Giustizia e ingiustizia sono concetti incongruenti con il prezzo. Legislatori e governanti manipolano i prezzi di mercato non perché siano ingiusti ma perché superiori a quelli che reputano appropriati a certi elettori per acquisirne e conservarne il consenso oppure perché superiori ai prezzi fissati dal fantasma della socialità in testa a loro. È un'amenità considerare iniquo ciò che spiace ad un partito, ad un sindacato, ad una parrocchia.

Il prezzo cosiddetto equo esprime la differenza tra prezzo di mercato o prezzo pattizio e prezzo imperativo. Per esempio, nel caso di affitto di poderi e appartamenti, il prezzo imperativo funziona come una sorta d'imposta patrimoniale occulta, prelevata ai proprietari e versata agli affittuari, non all'erario. Insomma, il regalo politico di una fazione all'altra. Per secoli menti brillantissime hanno cercato un metro oggettivo di equità per l'economia. Ma invano, semplicemente perché il metro non esiste. Equo prezzo, equo canone, equo salario, equo interesse, sono astuzie da ciarlatani. Già i gesuiti spagnoli all'inizio del Seicento avevano ammesso l'incapacità umana di definire il giusto prezzo, che solo l'infinita sapienza di Dio può conoscere e misurare.

L'uomo politico tende a credersi onnipotente e onnisciente come padreterno. Qui è la radice del male. Eppure, quant'è umoristica la giustizia che invece della bilancia e della spada brandisce l'indice statistico o il quorum parlamentare. Nessun soffio celeste ispira i voti dei rappresentanti politici.

La legislazione, che tende a realizzare giustizia sociale, eguaglianza di posizioni, equità distributiva, costituisce un ritorno agli istinti atavici dell'uomo e svela un'eroica superbia. L'inclinazione al primordiale collettivismo perequativo è così profonda e radicata che l'essere umano non riesce ancora a liberarsene del tutto.

Le regole di giusta condotta come le regole morali che, insegna il filosofo, sono prodotti dell'azione umana ma non di un disegno umano, poi convenzioni accettate per l'*utilità generale* dimostrata nel tempo da una consolidata esperienza, subiscono continui attacchi scatenati dagli impulsi ancestrali a sottomettere l'azione personale alla responsabilità collettiva, mentre nella società libera l'autonomia è causa ed effetto dell'indipendenza personale. Proprio la paura della responsabilità individuale innesca formidabili freni psicologici e politici all'affermazione di regole che fanno progredire a patto di affrontarne i rischi impliciti, sopportando le conseguenze di decisioni accettate, errori inevitabili e possibili sconfitte.

Il rispetto dell'autonomia negoziale ha importanza diretta e indiretta. Consente la massima esplicazione della libertà individuale e contribuisce a sottrarre l'economia alla politica, perché ne ostacola la manipolazione di contratti e prezzi che distorce il mercato con rischio di contrazione, inflazione, disoccupazione.

Se le autorità legislative e amministrative vengono private degli strumenti per alterare i prezzi relativi e non riescono a mettere i bastoni tra le ruote del mercato, la

concorrenza funziona al meglio. Inorridiscano pure i cervelli imbevuti della mistica del “governo dell’economia”. La storia ha mostrato a sufficienza che, al contrario, il vero problema è sottoporre il governo a verifiche economiche. Questo genere di abusi deve cessare anche perché modifica in peggio la condotta umana. La società libera, l’ordine spontaneo, il *kosmos* del diritto si basano su lealtà e fiducia. La consapevolezza che le obbligazioni assunte e le prestazioni promesse dai privati possono essere derogate dall’autorità pubblica, demandata a garantirle per la certezza del diritto, impianta nel cuore umano il tarlo della sfiducia ed eccita l’animo alla ricerca di espedienti per sottrarsi ai patti e rifiutare il dovuto, quando fa comodo. Viene scoraggiata la condotta morale dei singoli e l’etica pubblica della comunità. Lealtà e fiducia scemano dove è sempre possibile organizzare un gruppo, una fazione, allo scopo di premere sui governanti per annullare accordi regolarmente sottoscritti.

Ogni cittadino formato all’etica della libertà deve chiedere rispettosamente ma fermamente ai legislatori: “Quando smetterete di stipulare contratti al posto nostro? Quando lascerete a noi stessi la cura dei nostri affari?”

Gli Italiani non dovrebbero più vivere nell’ansia perenne che la spada di Damocle di una legge disfi quanto hanno costruito con personale sacrificio e libera determinazione. La libertà di fare, cioè l’iniziativa economica, esige il complemento necessario del potere giuridico di organizzare i mezzi. È diseducativo deprimere negli individui la disposizione ad accettare le conseguenze dei propri atti. Se, sostituendoci ai contraenti, lasciassimo intravedere loro la possibilità di scrollarsi dalle spalle i pesi sgraditi, favoriremmo l’inclinazione a cercare protettori che li cavino dai guai, a ricorrere al più forte quando le cose s’ingarbugliano e onorare gli impegni costa più di quanto si aspettassero. Senza considerare che l’esplosione del positivismo giuridico, alimentato dall’onnipotenza parlamentare e dalle compiacenze costituzionali, ha reso oltremodo facile sovvertire un’intera tradizione giuridica con l’approvazione di una singola legge. Restaurare appieno, dunque, l’autonomia privata, il rispetto dei contratti, la garanzia degli obblighi pattuiti riporterebbe in auge il liberalismo italiano. Già un secolo fa (!) Luigi Einaudi disse che il ritorno dal contratto libero alla norma coattiva non era né un progresso né una conquista e si domandò se non fosse già stato sorpassato il punto critico al di là del quale c’è l’irrigidimento e la stasi.

Non abbiamo altra via che l’innovazione costituzionale per raggiungere il nostro scopo. La trasformazione del concetto di Costituzione da invincibile *limite*, che garantisce la protezione sostanziale ed assoluta degli individui e delle proprietà, a fragile *condizione* o *modo* per ottenere qualunque risultato, prescrivendo le procedure dell’azione pubblica piuttosto che la salvaguardia di persone e beni; insomma la mutazione essenziale da *limes* a *onus* rappresenta l’errore fatale del costituzionalismo contemporaneo, commesso da politici e giuristi spesso inconsapevoli di contribuire all’alterazione della morale ricevuta, allo snaturamento del diritto, alla crescita della ipertrofia legislativa e amministrativa, cioè di contribuire all’*illiberalismo*.

Sappiamo bene che non solo politici beoti, ma anche fragili letterati e persino pseudo giuristi, hanno proclamato la fine dell'età costituzionale con l'avvento dell'era dell'inutilità delle Costituzioni. Ma è gente da evitare come la peste. Vuole semplicemente spalancare l'ovile al lupo. Al contrario, per proteggere davvero la libertà negoziale dobbiamo togliere al legislatore la facoltà di modificare le prestazioni pattuite ed inibirgli di dettare norme che rendano inefficaci gli accordi presi nelle forme lecite prestabilite. Nella Carta del 1948 manca una disposizione esemplare, una barriera tra la potestà legislativa e l'autonomia privata. Perciò ho proposto di sancire nella Costituzione non un'altra *inutile riserva di legge*, bensì un *inviolabile divieto alla legge*, aggiungendo l'art. 13-*bis* così formulato: “Nessuna legge può modificare le obbligazioni derivanti da contratti tra adulti consapevoli. Nessuna legge può rendere inefficaci i contratti e modificare anche transitoriamente le prestazioni contrattuali in corso. Nessuna legge può avere lo scopo o l'effetto di sopprimere o limitare il diritto dei privati di costituire, regolare, estinguere, nelle forme lecite, rapporti giuridici patrimoniali e di demandarne in tutto o in parte l'esercizio alla legge e alla pubblica amministrazione” (Atti Camera, XII Legislatura, *Proposta di legge n.2070*, presentata il 21 febbraio 1995).

L'Italia, due secoli dopo gli Stati Uniti, riuscirà a convincersi che le norme sui confini (*nemein!*) tra pubblico e privato affidate alla Costituzione devono essere chiare e precise come nell'agrimensura e dividere i due campi con un confine netto, inequivocabile, insuperabile? La divisione dei poteri tra il pubblico e il privato è un cardine del costituzionalismo, che ingloba parimenti la separazione e la limitazione dei poteri pubblici. Separazione, divisione, limitazione sono diventate confuse ed insicure mentre il potere pubblico adopera sempre più istituti privatistici per eludere i limiti, i controlli, i bilanciamenti a cui la Costituzione lo sottopone, *pro forma* se non altro. Così, per gigantesco paradosso, l'autorità pubblica concede a sé in modo obliquo quella libertà che sottrae all'autonomia privata.

III

L'*illiberalismo* concepisce la società come una torta da spartire. Assimila il profitto ad un furto dell'imprenditore, considerando il valore del prodotto equivalente al lavoro impiegato. La storia insegna che la torta ora è grande, ora è piccola, e il profitto rivela se il dolce cresce oppure no. L'avvento della democrazia ha comportato uno stravolgimento del concetto di giustizia, sorto, con la libertà e il diritto, dalla proprietà che li ha fatti germogliare inestricabilmente nella triade fortunata. Le dispute sulla giustizia risentono, ovvio, dell'incertezza del significato. Anche qui il liberalismo e l'*illiberalismo* si dividono. La giustizia fu intesa come conformità/diformità alla norma di diritto. Rompere un contratto è ingiustizia “privata”. Rubare è ingiustizia “pubblica”. Causare un danno senza risarcirlo è ingiustizia, “privata” o “pubblica”. Ma

non sono ingiustizia (se non in letteratura, religione, commiserazione) la miseria o una malattia, il difetto o un lutto. L'aver scambiato la *sfortuna* con l'*ingiustizia* ha conferito all'*illiberalismo* uno sconfinato campo d'azione, senza bisogno e senza ragione. L'*illiberalismo* ha potuto così rompere completamente gli argini. All'interventismo è stato conferito pure il crisma della doverosità, viepiù legittimato dalla patina di moralità e socialità. Il *disagio* di individui e gruppi diventò la bussola dell'illiberale potere pubblico verso il nuovo mondo della società. Il piagnisteo generale dei disagiati fu la dottrina politica senza costrutto che governanti e governati abbracciarono un po' credendoci e un po' no. Non era del tutto una novità, a guardar bene.

Per chi comanda, è una cuccagna che il popolo creda davvero che la miseria, la malattia, il difetto, il lutto, la disgrazia siano ingiustizie invece di sfortune. Così può, a comodo suo ed arbitrario giudizio, spendere denaro pubblico per alleviare, guarire, correggere, consolare, confortare, ricevendone ringraziamenti per l'interessamento dimostrato e lodi per la virtù esibita. La veste del benefattore soprattutto ama indossare il politico, perché ne appaga la vanità e lo accredita presso i votanti. Gesù nel Vangelo di Luca (22,25) l'ha detto da Dio: "Coloro che hanno il potere sulle nazioni si fanno chiamare benefattori."

La giustizia, strappata ai tribunali, impiantata nelle aule parlamentari, ha smesso d'essere l'equanime giudizio della legge: una pronuncia giuridica. Ormai la politica fa giustizia dando e togliendo: un'azione distributiva. I Greci adoperavano una sola parola, *isonomia*, che ha tre significati coessenziali: *stessa legge*, *stessa giustizia*, *stessa uguaglianza*. Non viene mai sottolineato abbastanza che l'*isonomia* ha preceduto e generato la democrazia, non viceversa: una parola e un sistema che, senza l'*isonomia*, sono la maschera dell'*illiberalismo*. Il liberalismo dice alla *Giustizia*: "Assegna a ciascuno la sua fetta." E subito aggiunge: "Purché tu non abbia diviso la torta." L'*illiberalismo* dice alla *Politica*. "Spartisci la torta e assegna le porzioni. Uguaglianza e giustizia non vanno d'accordo." Il liberalismo è convinto che la *Giustizia* imponga di misurare tutte le gambe con lo stesso metro. L'*illiberalismo* crede che la *Giustizia* debba allungare ed accorciare le gambe per pareggiarle. E misurarle soltanto, non le fa sanguinare.

Anche per la *Giustizia* il "valore negativo" è fondamentale. Del vecchio Trasimaco viene spesso forzato il detto "la giustizia è l'utile del più forte", mentre egli pensava in realtà che "la giustizia è il bene di tutti". David Hume, un pilastro del liberalismo, ha affermato che "la giustizia è utile alla società"; che "la proprietà è l'oggetto della giustizia"; che la giustizia consiste in "una situazione sociale in cui è generale il rifiuto di impossessarsi dei beni altrui". Viene ribadita in diversa formulazione la triade Libertà, Diritto, Giustizia. La successiva espansione dell'*illiberalismo* ha determinato la predominante concezione giuridica che inverte l'etica tradizionale. Quando la proprietà è un furto, la legge prescrive di rubare ai ladri.

I guai del liberalismo e i successi dell'*illiberalismo* sono connessi alla democrazia, ma non alla democrazia degli antichi, all'ideale della *polis* greca e della *res publica* romana. Sono andati di pari passo con l'affermarsi della democrazia moderna, un ideale che ha finito per assumere contorni mitologici ed essere interpretato e distorto, anche perciò, in diverse varianti fantasiose.

A parte la "*Politica*" di Aristotele, la quale dovrebbe costituire l'insegnamento fondamentale dell'educazione civica fin dalle scuole medie, delle tante definizioni del vocabolo 'democrazia', tre sembrano qui appropriate ed utili.

La prima fu espressa in modo mirabile nel 1863 da Abramo Lincoln nella celebre orazione funebre di Gettysburg: "*Government of the people, by the people, for the people*", "il governo del popolo, attraverso il popolo, per il popolo" (Garry Wills, *Lincoln a Gettysburg*, Il Saggiatore, Milano 2005, pag. 237). Questa definizione prescrive che il governo sia eletto dal popolo; sia sempre in consonanza con la sua volontà; sia durevolmente proteso a farne gl'interessi. È una concezione formale e sostanziale della democrazia, alla quale non basta una corretta procedura legale di elezione del governo, ma richiede anche un esecutivo collimante con le aspettative concrete del popolo. Questa visione insiste sulla selezione e sull'azione dei governanti, verificate dalla soddisfazione dei governati.

La seconda appartiene a Karl Popper. Nel secolo scorso il Filosofo ha sostenuto che "la democrazia non può compiutamente caratterizzarsi solo come governo della maggioranza, benché l'istituzione delle elezioni generali sia della massima importanza. Infatti una maggioranza può governare in maniera tirannica (la maggioranza composta da coloro che hanno una statura inferiore a 6 piedi può decidere che sia la minoranza formata da coloro che hanno statura superiore a 6 piedi a pagare tutte le tasse). In una democrazia i poteri dei governanti devono essere limitati e il criterio di una democrazia è questo: i governanti possono essere licenziati dai governati senza spargimenti di sangue" (Karl R. Popper, *Il pensiero politico*, Firenze 1981, pag. 241). Insomma la democrazia consiste nel diritto del popolo di deporre pacificamente i governanti sgraditi. È la stessa concezione di Lincoln, quanto al potere del popolo sul governo. Ma ne differisce perché Popper giudica decisiva non l'investitura, ma la rimozione dei governanti. Inoltre, non carica la definizione con elementi contenutistici. Anzi, chi ama la libertà deve essere a favore del governo minimo "e quindi avvicinarsi alla mancanza di governo, all'anarchismo, che è un'esagerazione dell'idea di libertà" (Karl R. Popper, *Società aperta, Universo aperto*, Roma 1984, pag. 26).

La terza, che risale al V Secolo a.C., si trova nel libello di Pseudo Senofonte intitolato "*Athenaion Politeia*", traducibile con 'sistema politico ateniese'. In questa operetta la parola democrazia non significa soltanto che il popolo comanda e dunque "governo del popolo", ma anche, alla lettera, "violenza popolare". Infatti, afferma Pseudo Senofonte, nella democrazia gli onesti sono umiliati, depredati, esiliati, uccisi, mentre le canaglie la fanno da padrone. Ma sbaglierebbe chi pensasse che cose simili capitino nella democrazia malata. Al contrario, proprio questa è l'essenza della democrazia. Nella democrazia le cose devono andare così. Ogni tentativo di cambiarle non migliora il

sistema. L'Autore vuole dirci che il sistema democratico è inemendabile dei maggiori difetti che gli vengono imputati. Sono possibili soltanto piccoli ritocchi e miglioramenti di dettaglio. La democrazia senza popolo non è possibile. Però nel popolo prevalgono gl'individui disonesti, brutali, cattivi, ignoranti, che si servono del sistema in cui comandano per infliggere alla brava gente, con la violenza del potere e con il potere della violenza, ogni genere di angherie e spoliazioni. La posizione dello Pseudo Senofonte porta a questo apparente paradosso. La democrazia esiste solo in simbiosi con il malgoverno, perché il buongoverno implica la soggezione del popolo. In democrazia, il popolo gode della libertà politica di comandare, ma tale preziosa libertà è purtroppo inscindibile dal malgoverno che lo stesso popolo, per sua natura, è ineluttabilmente portato ad infliggersi: "Il popolo non vuole essere schiavo in una città retta dal buongoverno, ma essere libero e comandare. Del malgoverno non gliene importa nulla" (Anonimo ateniese, *La democrazia come violenza*, Sellerio, Palermo 1982, pag. 17).

Alla Lincoln, alla Popper, alla Pseudo Senofonte, la democrazia resta pur sempre auspicabile nel senso precisato da Churchill: "Nessuno pretende che la democrazia sia perfetta o assoluta. In effetti è stato detto che la democrazia è la peggiore forma di governo eccettuate tutte quelle altre che sono state provate di tempo in tempo." (Winston Churchill, *Il sorriso del bulldog*, Liberilibri, Macerata 2006, pag.13).

Finché pensiamo al sostantivo, il vocabolo "democrazia" evoca in genere un complesso di istituzioni e situazioni, di diritti e di doveri, che costituiscono una sorta di mescolanza delle tre versioni, con accentuazione ora dell'una, ora dell'altra, a seconda dei contesti sociali e dei periodi storici. Invece, appena consideriamo l'aggettivo corrispondente, le degenerazioni del concetto di democrazia appaiono in tutta la loro ridicola insulsaggine. I partiti illiberali, che hanno coltivato a lungo una democrazia pseudosenofontea teorizzante e praticante pure la violenza di classe (per inciso, la violenza di classe d'impronta marxista collima con la "violenza popolare" dell'*Athenaion Politeia*), hanno propagato una superestensione dell'aggettivo "democratico" fino ad utilizzarlo come una bacchetta magica che renda buone le persone, le cose, i mezzi, gli scopi. Insomma con un significato tanto positivo quanto vago. Per esempio, quel Tizio è democratico: non vuol dire sostenitore della democrazia, bensì individuo politicamente raccomandabile; oppure, magistratura democratica: non designa giudici e procuratori elettivi, bensì magistrati progressisti imbelliti da strabismo giuridico; ancora, scuola democratica: non quella governata dagli alunni, ma quella dove l'insegnamento e i programmi realizzano una pedagogia egualitaria, conformista ed uniformatrice; inoltre, genitori democratici: non quelli eletti dai figli, ma padri e madri amici della prole, piuttosto compagni e complici dei figli che loro educatori; infine, incredibile a dirsi, la matematica democratica: quella alla portata di tutti, un'opinione da pazzi.

Nel corso dei decenni la classe politica, servendosi della macchina di condizionamento culturale e mediatica e degli apparati di propaganda, è riuscita a rendere ovvia nell'opinione comune la proposizione falsa secondo cui *la Costituzione, in quanto nata dalla Resistenza, è democratica perché antifascista*. Mentre, al contrario, è vera la

proposizione opposta secondo cui *la Costituzione è antifascista perché democratica*. Sebbene di per sé evidente, la negletta verità di questa proposizione non risulta soltanto ai fanatici.

L'Italia, avendo inventato il Fascismo, soffre di una confusione aggravata, per così dire, rispetto a quella normale ingenerata nei candidi dallo scambio dei significati tra *democrazia* e *liberalismo*. Il pasticcio logico e politico consiste in questo, che gl'Italiani in genere sono stati portati a credere che *antifascismo* significasse al tempo stesso *democrazia* e *liberalismo*: un'endiadi, un *unicum*; mentre semplicemente significa avversione al fascismo e dittature consimili. Se in negativo il significato di *antifascismo* è chiaro, in positivo non lo è affatto, con la conseguenza dell'equivoco circa la natura del nostro sistema politico.

Per effetto della “falsa verità” così inculcata, nelle celebrazioni del 25 Aprile viene onorato un antifascismo generico oltre che la specifica liberazione del suolo patrio. La dimostrazione della falsità della proposizione che vuole derivare la democrazia italiana dall'antifascismo resistenziale è tanto facile quanto evidente. Troppi esponenti dell'antifascismo, italiani e stranieri, sono stati bensì antifascisti eppure antidemocratici e illiberali. Il campione assoluto è Stalin che li riassume tutti. Il tiranno comunista, a parte l'occasionale sodalizio e la formale alleanza con Hitler e la Germania nazista per spartirsi la Polonia, fu un irreconciliabile nemico del nazifascismo ma mai, né prima né dopo, un politico ascrivibile a forme di governi anche lontanamente democratici. Egli, i suoi imitatori ed estimatori, sono prototipi dell'*illiberalismo*.

Accettando per vera la proposizione falsa, cade il castello illusorio della “Costituzione più bella del mondo”, una vanteria che vi si ricollega in rapporto di causa ed effetto. Benché sia ovvio, anzi per me doveroso, riconoscere che la libertà e la democrazia furono ripristinate anche con il concorso resistenziale di combattenti che le avversavano, quella proposizione porta a concludere che non una libertà e una democrazia compiute e piene avremmo conquistato il 25 Aprile, bensì manchevoli e incomplete. Le avremmo carenti se credessimo davvero che basti l'antifascismo a consegnarcele integre.

La democrazia vuole che tutto il popolo governi eleggendo i governanti oppure i rappresentanti che li scelgono. Nella democrazia ateniese il popolo partecipava direttamente al governo in modi e forme affatto diversi dai nostri. La democrazia partecipativa appartiene al passato, non al presente. Per un ateniese la libertà politica coincideva, in effetti, con la partecipazione immediata e personale al governo della *polis*. La democrazia diretta, impossibile oggi in generale, utilizzata eccezionalmente nei referendum, non interessa lo sviluppo dell'*illiberalismo*, figlio legittimo ma degenerare della democrazia rappresentativa che, sebbene raffrenata formalmente dalla

Costituzione, nella teoria e nella realtà è venuta a collocarsi in una posizione eccentrica rispetto al classico *governo rappresentativo*. La democrazia odierna è illiberale perché illimitata. Nel '700 Jean-Louis de Lolme affermò che il Parlamento era divenuto così potente da poter far tutto fuorché mutare un uomo in donna e viceversa. Oggi pare che il Parlamento abbia colmato la lacuna.

L'onnipotenza parlamentare è divenuta piena e incontenibile. Neppure la Corte costituzionale vuole o può contrastarla, pur essendo un'istituzione pensata e istituita a custodia dell'inviolabilità della Costituzione, segnatamente da parte del Parlamento e delle leggi. E da chi, se no? Prevedo che nei prossimi decenni il liberalismo chiederà all'*illiberalismo* il conto dei due fallimenti, cioè della democrazia illimitata e del costituzionalismo all'italiana, mentre dovrebbe invitare fin d'ora l'*illiberalismo* a pensare chi debba controllare la Consulta così tiepida nell'assolvere i compiti istituzionali. Niente di nuovo sotto il sole, è vero. Infatti, già agli albori dell'era volgare, Giovenale domandava "Chi custodirà gli stessi custodi?". E, quattro secoli ancora prima, Platone nientemeno giudicava ridicolo che un custode avesse bisogno di un altro custode. Tuttavia, a quanto pare, i custodi non bastano mai.

La Corte costituzionale, un nome eccessivo stando ai fatti, non ha salvaguardato neppure le tre fondamentali libertà individuali al cui presidio tutte le vere Costituzioni furono adottate: la libertà dai tributi, dagli arresti, dai debiti. Nessun limite è posto alla finanza pubblica né in qualità né in quantità. L'autorità governante, il complesso Parlamento-Governo, statuisce tanto l'entrata quanto la spesa! Le spese sono sempre finanziabili a debito, perché il pareggio del bilancio è un fantasma che non spaventa la prodigalità pubblica. Le spese pluriennali basta addirittura coprirle soltanto il primo anno. La libertà personale degli accusati, presunti colpevoli ma ancora innocenti, è rimessa all'arbitrio della legge e della magistratura: la prima ha potuto estendere la custodia cautelare oltre dieci anni, la seconda può arrestare sulla base di condizioni così stringenti da essere legittimata ad incarcerare chi si costituisce. L'Italia è l'unico Paese nel quale Tizio/a, avendo ammazzato il coniuge Caio/a e immediatamente consegnatosi all'autorità da reo confesso magari pentito, viene subito arrestato in barba alle tre leggendarie clausole contro gli arresti arbitrari: pericolo di fuga, inquinamento delle prove, reiterazione del reato!

Nel corso del processo storico che ha portato la democrazia a prevaricare sulla libertà, la legge, bandiera del liberalismo, è diventata il cavallo di Troia dell'*illiberalismo*: una trasformazione radicale che ne fa un caso esemplare di eterogenesi dei fini. Nella concezione classica, dunque, "Per quanto lo si possa fraintendere, il fine della legge non è di precludere o reprimere la libertà, ma di conservarla e ampliarla, perché in tutti gli Stati di creature capaci di leggi dove non c'è legge non c'è libertà. Libertà significa infatti essere esenti dall'altrui oppressione e violenza, ciò che non può darsi ove non vi

sia legge, ma non libertà per ciascuno di fare ciò che vuole (chi potrebbe esser libero, se chiunque potesse esercitare il suo capriccio su di lui?), bensì libertà di disporre e usare della sua persona, delle sue azioni, dei suoi beni e di tutte le sue proprietà entro i confini delle leggi cui è soggetto ed in cui non sottostà all'altrui arbitrio ma è libero di seguire la volontà propria" (John Locke, *Trattato sul governo*, Editori Riuniti, Roma 1984, pag. 92). L'ideale professato da Locke nel 1680 appare ormai sdrucito. La celebre esortazione di Eraclito, secondo cui "Il popolo deve combattere per la legge come per le mura della città", suona ormai esagerata e controfattuale. La funzione della legge non sembrerebbe cambiata in apparenza. Di fatto la quantità e la qualità della legislazione sono invece mutate al punto che pesanti, pericolosi, subdoli attacchi alla libertà individuale provengono proprio dalle leggi e dagli atti così denominati o assimilati senza portarne il nome, anche per la coerenza del cretino espressa dall'aspirazione politica più diffusa: più leggi di miglior qualità in minor tempo! Al presente, la legge limita e conculca la libertà, che prima preservava e rafforzava. I diritti di libertà, nella pratica, sono ridotti di tanto quanto proliferano leggi e leggine talvolta promulgate persino con l'intento di proteggerli, se non addirittura di accrescerli. In ciò consiste il paradosso della legge, che ha decretato il successo dell'*illiberalismo*.

È di moda riferirsi alle norme legislative con il nome di "regole", ma sbagliando. Solo la legge è una regola normativa cogente. L'eufemismo insito nello scambio dei termini spiega il successo della sostituzione lessicale caldeggiata dall'*illiberalismo*. Per i Romani *régula* significa regolo, riga, squadra, asticella. Ma nel senso di norma giuridica era *régula iuris*. Per Cicerone *lex est iuris atque iniuriae regula*: la legge è la regola del giusto e dell'ingiusto. Tolte dal loro rapporto con il diritto, con la giustizia e l'ingiustizia, le regole perdono la loro anima di ferro e si stemperano in obblighi della convivenza civile. Anche perciò l'Italia sembra vivere in una permanente condizione di *semilegalità*, sia nel senso di conformità alle prescrizioni della legge sia di coerenza ai principi del diritto, e vanta d'essere uno *Stato di diritto* nonostante lo *Stato di diritto* sia cambiato col mutare della natura della legge e abbia finito per confondersi, anzi coincidere, con *Stato di leggi* o *Stato di legislazione*, un ordinamento bensì legale ma non propriamente giuridico nel senso implicato dal *governo della legge*, espressione che impropriamente viene considerata sempre equivalente a *Stato di diritto* a causa dello stesso equivoco tra *diritto* e *legge*. Il significato di *Stato di diritto* non è ben determinato, ma suggerisce un fatto importante.

In una prima accezione, designa uno Stato in cui esiste un'avanzata civiltà giuridica. In una seconda accezione, sintetizza ed evidenzia un ordinamento nel quale il complesso delle situazioni giuridiche soggettive, pubbliche e private, attive e passive, risulta da norme obiettivamente stabilite (*certezza del diritto*), valide e uguali per tutti i soggetti e per tutti i casi presenti e futuri (*generalità e astrattezza del diritto*), emanate

da un potere a ciò delegato (*sovranità della legge*). In una terza accezione, può considerarsi quell'ordinamento nel quale si realizza una soddisfacente bilancia dei poteri, per cui "il potere frena il potere e la libertà è salva".

In nessuna delle tre accezioni l'ordinamento italiano può assimilarsi pienamente all'ideale *Stato di diritto*.

Quanto alla *civiltà giuridica*, la mancanza dell'*habeas corpus* con la libertà su cauzione; la detenzione comune dei colpevoli condannati con gli incolpati non giudicati, magari nella stessa stia; il rimborso totale delle spese di giustizia negato agli assolti, bastano come esempi a seminare più di un dubbio, non meno dell'evidente sudditanza generalizzata del cittadino davanti alle amministrazioni pubbliche, che lo considerano un importuno, se non un suddito.

Quanto alla *certezza del diritto*, è esperienza comune che regna l'incertezza in quasi tutti i campi giuridici, essendo la legge né generale né astratta né univoca né stabile ma troppo spesso un mascheramento, occasionale e cangiante, di provvedimenti senza rispetto della chiarezza e della coerenza, a tacere della giungla di norme giuridiche regolamentari e amministrative praticamente sconosciute. Del resto la Costituzione stessa con il secondo comma dell'articolo 3 autorizza il potere normativo a violare obliquamente l'uguaglianza legale sancita con il primo comma, l'*isonomia*, pilastro della democrazia retta intesa!

Quanto alla *sovranità della legge*, appare evidente che una qualità si è pervertita nel peggior difetto perché con il nome di legge passano atti delle autorità legislative che leggi non sono perché non contengono norme qualificabili giuridiche in senso stretto. Il paradosso della legge spiega il declino del liberalismo con svilimento dello *Stato di diritto* e l'apprezzamento dell'*illiberalismo*: discesa e ascesa, alle quali giuristi e politici hanno gareggiato nel contribuire.

Quanto alla divisione e limitazione dei poteri evocata dalla terza accezione, la Costituzione a molti sembra aver stabilito un appropriato sistema di *checks and balances*, generalmente mal tradotto con *pesi e contrappesi* mentre amo renderlo con la formula *controlli e bilanciamenti*, esattamente espressiva del genuino pensiero dei Costituenti americani. Alcuni giungono a sostenere che il sistema italiano sia addirittura troppo imbrigliato dalla bilancia dei poteri. Al contrario, è la separazione delle persone preposte all'esercizio dei poteri costituzionali che risulta imperfetta. Infatti, nel rapporto tra legislatori e governanti, e specialmente nei rapporti degli uni e degli altri con la magistratura, l'indirizzo costituzionale e legislativo dovrebbe attenersi al principio che ho formulato così: "*Non esiste separazione dei poteri senza separazione degli uomini di potere*" (*L'ideologia italiana*, op.cit., pag. 74), indispensabile esplicitazione e completamento dell'articolo XVI della "Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino" del 1789: "Le società nelle quali non è assicurata la garanzia dei diritti né determinata la separazione dei poteri, non possiedono affatto una Costituzione". Il 1789 gli Italiani lo stanno forse ancora aspettando?

Dalla notte dei tempi i pensatori che hanno riflettuto sulla libertà ne hanno evidenziato bensì i pregi ma pure le implicazioni spiacevoli ai demagoghi. Finché, tra il Seicento e

il Settecento, alcuni popoli hanno scelto di correre i rischi dell'autogoverno, gettando alle ortiche gli assolutismi di troni ed altari, mentre salivano alla ribalta del sapere filosofi ed economisti i quali mostravano come i pericoli della libertà fossero parte integrante dei suoi pregi e non potessero essere eliminati del tutto volendo conservarla cara come il più prezioso bene dell'individuo e della società. Sulle differenze tra la libertà e la democrazia, a parte quella essenziale definitivamente dimostrata inoppugnabile, viene poco o punto ricordato che la democrazia come sistema politico ha già dato all'umanità tutto quello che poteva dare. Possiamo inventare mille modi d'insediare e deporre i governanti come per tradurre i voti popolari in seggi parlamentari, ma la democrazia quella è e quella resta, al postutto: partecipativa alla maniera antica; rappresentativa all'uso moderno. Come istituzione politica è basata su un'idea tanto semplice quanto rozza. Sembra una trovata come l'uovo di Colombo. La democrazia ha un significato definito e definitivo. La libertà, invece, *che non costituisce un disvalore, bensì un valore rappresentato dall'assenza del suo opposto*, conserva intatte le infinite potenzialità indefinibili di ogni individuo singolo o associato. Il segreto del successo è sempre un mistero. Possiamo riconoscere ed apprezzare il successo solo a cose fatte, quando *a posteriori* scopriamo che chi l'ha conseguito per merito o fortuna sa offrire beni e servizi, spirituali o reali, utili ad altri e apprezzati in generale.

Il valore della "*libertà dei liberali*" è incomparabile e inconoscibile. Essa non è parziale, cioè limitata ad un campo determinato; non è metafisica, perché la libertà interiore riguarda la coscienza; non è funzionale, come la facoltà di agire in vista degli scopi assegnati dallo Stato; non è condizionata, cioè soggetta al capriccioso arbitrio dell'autorità che può concederla o negarla a discrezione; non è metaforica, come le artificiose libertà dal bisogno o dalla paura. Il liberalismo giudica insuperabili i nostri limiti conoscitivi, mentali e pratici, circa il mondo fisico e spirituale. Perciò considera la libertà alla stregua di una finestra aperta sul futuro sconosciuto. L'*illiberalismo*, al contrario, considera la democrazia come uno strumento per modellare l'avvenire e asservirlo ai disegni dei progettisti politici. Edmund Burke, scrivendo nel 1790 a caldo le sue *Riflessioni sulla Rivoluzione francese* indicò subito nella *democrazia dispotica* la conseguenza diretta della libertà francese, che egli chiamò vezzosamente *libertà parigina*, mentre per lui la *libertà inglese* era tutt'altra cosa. Quasi contemporaneamente in America, nel periodo costituente degli Stati Uniti, James Madison nel *Federalista* scrisse che un'assemblea rappresentativa non è meno opprimente di un singolo uomo e la bollò come *dispotismo elettivo*. Sta di fatto che l'*illiberalismo* cerca di mascherare le tare della democrazia qualificandola *liberale*, sebbene da ultimo in diversi Paesi l'abbellimento ipocrita e posticcio sia caduto mostrando il sincero volto di teorizzatori ed estimatori della *democrazia illiberale*, che, dice Aristotele nella *Politica*, rassomiglia alla tirannide fra le monarchie. La *democrazia sfrenata* è come la *tirannide oppressiva* perché le deliberazioni della democrazia equivalgono alle ingiunzioni del tiranno. Nella democrazia sfrenata e nella tirannide oppressiva il *demagogo* e l'*adulatore* si somigliano alla perfezione, godendo di credito presso i tiranni adulati e la moltitudine imbonita. *Populismo ante litteram!*

V

Nel mondo civile la giustizia quasi mai viene messa in discussione come sistema generale. Quasi sempre per casi singoli soltanto. Nel Bel Paese con brutti mali l'*illiberalismo* possiede una nociva virulenza proprio nell'amministrazione della giustizia, che la società accusa insoddisfatta e la magistratura difende come cosa sua. La magistratura trae dalla Costituzione e dalle leggi un grado d'indipendenza senza pari al mondo, ma non la qualità indispensabile: "Non si dimentichi la virtù non prescritta dalla legge né dalla Corte costituzionale e neppure dal catechismo, ma fondamentale per l'attuazione della giustizia, virtù cardinale: l'umiltà. L'esercizio della magistratura è e deve essere scuola di umiltà" (Sofio Borghese, procuratore generale della Cassazione, *Relazione sulla giustizia nel 1981*, pag. 13).

La magistratura presidia l'indifendibile giustizia per autoassolversi, quasi ignara che, senza giustizia, la libertà e il diritto pericolano, perché la triade viene separata. Sebbene il magistrato pronunci la sentenza sul caso sottopostogli, la giustizia investe tutti, come precedente giudiziario e ammonimento sociale. La massima giurisprudenziale di ogni sentenza possiede un intrinseco valore civico che fa del magistrato un referente del popolo nel cui nome amministra la giustizia, non il rappresentante politico.

La giustizia civile rapida ed efficace costituisce il potente catalizzatore giuridico della cooperazione volontaria e dello sviluppo economico, perché stabilizza i diritti e i possessi, appaga il bisogno umano di sicurezza nei rapporti proprietari e di ragionevole prevedibilità dei loro sviluppi, conferisce affidabilità alle promesse, agli obblighi, alle prestazioni. Nondimeno, all'*illiberalismo* la giustizia civile non interessa quanto dovrebbe perché riguarda tutto ciò verso cui gli illiberali non nutrono soverchia simpatia, a meno che non vi sia implicato direttamente il loro specifico interesse personale o un più largo tornaconto.

La giustizia penale, implicando il bene supremo della libertà personale, possiede invece una valenza politica assoluta. È il campo di battaglia dove si fronteggiano il liberalismo e l'*illiberalismo* sulla linea del *giustizialismo* e del *garantismo*. Le schiere dell'uno e dell'altro fronte sono infiltrate da quinte colonne, mentre la magistratura opera *pro domo sua*. La guerra giudiziaria non solo è specifica dell'Italia ma anche speciale perché all'italiana. *Giustizialismo* e *garantismo* sono come uniformi di combattenti, ma non distinguono appieno gli ideali di chi le indossa. Talvolta li nascondono persino.

Giustizialismo, una voce sconosciuta persino all'*Enciclopedia italiana*, è sulle labbra dei tanti che, bava alla bocca, roteano la giustizia come una clava. Alla dea della giustizia lasciano la benda e la spada per meglio colpire alla cieca, non sapendo che farsene della bilancia. Per costoro il *giustizialismo* equivale alle esecuzioni dei giustizieri e alla giustizia sommaria. Mentre il *Vocabolario della lingua italiana* (Treccani, 1987) associa alla voce *giustizialismo* esclusivamente il peronismo, il *Vocabolario Treccani on line* vi aggiunge: "Con significato diverso, il termine è stato adottato nel linguaggio giornalistico per definire l'atteggiamento di chi, per convinzione personale o come interprete della pubblica opinione, proclama la necessità

che venga fatta severa giustizia (magari rapida e sommaria) a carico di chi si è reso colpevole di determinati reati, specie quelli di natura politica, di criminalità organizzata, di amministrazione pubblica disonesta, in opposizione ai cosiddetti *garantisti* e a quanti si mostrano favorevoli a sanatorie e ‘colpi di spugna’ generalizzati”. Un significato, questo, che definisce più un reativo partito che una filosofia morale o una teoria politica o un indirizzo giurisprudenziale, assimilando i *garantisti* a gattaglia senza legge proclive a beffarsene.

Garantismo è una voce anch’essa sconosciuta all’*Enciclopedia italiana*, mentre il *Vocabolario della lingua italiana* (Treccani, 1987) e il *Vocabolario Treccani on line* definiscono il *garantismo* “Dottrina politica e correlativo movimento d’opinione che si sono sviluppati nel corso dell’Ottocento liberale in favore del necessario rispetto dei diritti individuali e delle garanzie costituzionali poste a loro tutela contro le interferenze e gli eccessi dei pubblici poteri. Il termine ha anche assunto il significato più ristretto di richiamo a una maggiore osservanza delle garanzie giuridiche nello svolgimento delle indagini e dei processi penali, al fine di tutelare adeguatamente il diritto di difesa e di libertà dell’imputato in ogni stato e grado del procedimento. Altre volte è usato con connotazione negativa per denunciare pretese esagerazioni che certe leggi o interpretazioni giuridiche determinerebbero.” Sia in senso ampio, sia in senso parziale, questa definizione del *garantismo* rende l’idea. Invece, in senso negativo, non pare proprio calzante. Anzi, risulta un’antifrasi bell’e buona.

Nelle definizioni Treccani, il *garantismo* e il *giustizialismo* conservano l’indeterminatezza che rende difficile contrapporli *sic et simpliciter* e non servono a sfrondarli dall’allusività che mantengono a dispetto delle definizioni. Non è sicuro che chi li pronuncia voglia dire le stesse cose di chi li ascolta, in tutto o in parte. Del resto, come ricorda Ortega y Gasset, “*Duo si idem dicunt, non est idem*”.

Usare i due nomi con riguardo a casi concreti, come accade ogni giorno ai combattenti la giustizia piuttosto che per la giustizia, costituisce una truffa semantica, evitabile sostituendoli in modo appropriato con *colpevolismo* e *innocentismo*. Proclamarsi “*garantisti*” dopo una sentenza di condanna pare stravagante, non meno che “*giustizialisti*” dopo l’assoluzione. O viceversa.

Sembra più esatto dire che il *garantista* è un *innocentista* in servizio permanente *fino* alla sentenza di condanna (definitiva); il *giustizialista* è un *colpevolista* in servizio permanente *prima* della sentenza di condanna (definitiva).

Il concetto opposto del *garantismo* non è, dunque, il *giustizialismo*, ma lo *Stato di storto* ovvero lo *Stato distorto*, cioè quello *Stato di diritto* che, tale di nome, non lo è di fatto. La contrapposizione, pertanto, è tra *garantismo naturale dello Stato liberale* e *giustizialismo connaturato allo Stato illiberale*.

Sicché l’alternativa *garantista* o *giustizialista* non appartiene allo *Stato di diritto*.

Mentre non esiste il *falso giustizialismo*, esiste invece il *falso garantismo*. *Garantismo* non può voler dire che l’imputato possiede il *diritto di cavillo*, con cui impedire la conclusione del processo e l’emanazione della sentenza definitiva, nel qual caso

sarebbe pur sempre, ed a rovescio, denegata giustizia. La presunzione d'innocenza viene assimilata, dai falsi garantisti, ad uno scudo contro il processo, ad un'assoluzione preventiva, ad un pregiudizio favorevole, ad un improprio *favor rei*, mentre significa al contrario che *l'accusa è sempre aleatoria prima del giudicato*. Il *garantismo*, per nome e sostanza, consiste in *equo* (uguale) *processo secondo giusta* (conforme al diritto) *legge*.

E non è equo il processo in cui l'accusa goda di privilegi negati alla difesa, che sottostà all'accusa in posizione subordinata per rango e ruolo. La più perversa componente dell'ideologia giudiziaria coltivata dall'*illiberalismo giustizialista* consiste nell'assoluta convinzione che la pretesa punitiva dello Stato, volta ad assicurare l'ordine legale, sia *qualitativamente* superiore alla presunzione d'innocenza, posta a garanzia della libertà personale. La legalità perseguita e attuata a scapito della colpevolezza inverte e perverte la natura dello *Stato di diritto* in *potere dello Stato* ovvero *Stato di potere*.

Né è giusto il processo che non procede. La durata del processo è parte integrante della perfezione dell'ingranaggio. I risultati giudiziari, i punti fermi del processo, appartengono al tempo non meno che alla procedura. L'*illiberalismo giustizialista* è odioso non solo perché pretende di accollare all'incolpato l'inefficienza giudiziaria, esclusiva colpa inespiata dello Stato, ma anche perché coltiva l'aberrazione che la durata debba essere una variabile indipendente del processo proprio per il perseguimento della giustizia.

Per converso, quando una pena è stata irrogata, dev'essere scontata, perché *la certezza del diritto è parte integrante del garantismo*, allo stesso modo che *la certezza delle conseguenze legali della condanna è parte integrante della certezza del diritto*. E, se le leggi non garantiscono né quella certezza né queste conseguenze, il *garantismo* prende altri significati.

Infine, proprio perché, secondo la mia suddetta definizione, "il garantista è un innocentista in servizio permanente *fino* alla sentenza di condanna (definitiva)", *l'habeas corpus* e la *libertà su cauzione*, consustanziali al vero *Stato di diritto*, sono imprescindibili per il garantismo e spregiati dal giustizialismo. Nello *Stato di diritto*, il cui primo fondamento è la libertà personale, *l'arresto è di per sé illegale e l'accusa deve provarne la stretta necessità, che è eccezionale*. Nello *Stato di storto* o *distorto* l'accusato è alla mercè dell'azione penale che, seppure esercitata da un magistrato, presuppone la legalità dell'arresto e, invertendo l'onere della prova, sottopone la privazione della libertà personale dell'accusato a condizioni tassative nelle fattispecie astratte del codice ma così labili nelle fattispecie concrete della pratica giudiziaria da sembrare discrezionali.

Anche *l'umanità della pena è parte integrante del garantismo, che non confonde l'effettività con la disumanità della punizione*. La pietà verso il colpevole condannato non dovrebbe disdegnare le lacrime della vittima che possa ancora piangere.

L'Italia è l'unico Paese dove, per indicare l'aspirazione ad una giustizia degna del nome, bisogna rafforzare il sostantivo con l'aggettivo: *giustizia giusta*. L'art. 111 della Costituzione, introdotto soltanto nel 1999 (!), addirittura lo stabilisce con sfumature di compiaciuta concessione e involontaria ironia: “La giurisdizione si attua mediante giusto processo regolato dalla legge”. Insediatosi il Governo sul finire del 2022, l'Associazione nazionale magistrati, parlando per bocca del segretario generale, sebbene non ne abbia contestato, ovviamente, la legittima potestà di riformare la giustizia, però ha manifestato preoccupazione per talune delle riforme preannunciate dal neoministro Carlo Nordio, un ex magistrato. L'Associazione nazionale magistrati, che ha un qualificato diritto di parola sull'argomento, ha espresso un giudizio più che opinabile allorché, nell'auspicare che non venga toccata, ha parlato di “architettura costituzionale del *potere giudiziario*”. Orbene, per la Carta costituzionale “la magistratura costituisce un *ordine autonomo*” (art.104), quindi non un potere né un organo di potere, neppure come Consiglio superiore della magistratura. Inoltre, più che opinabile risulta l'affermazione secondo cui “l'obbligatorietà dell'azione penale e l'unità delle carriere sono i due pilastri di questa architettura”. Epperò i due “*pilastri*” possono sembrarlo se la magistratura viene male intesa come “*potere*” anziché bene intesa come “*ordine*”. Che i due “*pilastri*” non lo siano è dimostrato dal fatto che rappresentano una specialità italiana piuttosto che un imprescindibile carattere connaturato alla vera giurisdizione in quanto tale. Tanto è vero che gli Stati dove impera per Costituzione l'*habeas corpus*, esempi terreni di giustizia liberale che in passato l'Italia tentò invano di imitare con il codice Vassalli del 1989 e la riforma costituzionale del 1999, *non conoscono né l'uno né l'altro “pilastro”*.

Piuttosto che realizzarla, la guerra tra garantisti e giustizialisti distrae dalla giustizia, a cui va la devozione del liberalismo, non dell'*illiberalismo* che scambia la fiammeggiante dea benefica dello *Stato di diritto* con l'ottenebrata dea malefica dello *Stato di-storto*, accidiosa e inefficace, con la bilancia sbilenca e la spada smussata, nonostante i suoi martiri.

VI

Dante, il padre della nostra lingua, ha insegnato che *nomina sunt consequentia rerum*. La frase solo all'apparenza risale alle *Istituzioni* di Giustiniano del 533 d.C. non solo perché le *Istituzioni* sono una compilazione di precedenti opere di giureconsulti romani ma anche perché esprime una profonda verità insita nell'origine del linguaggio e nel rapporto tra la mente e la realtà. In latino, *nominare* significa assegnare il nome,

chiamare per nome le cose materiali e immateriali. I *Nominali* erano la festa dell'imposizione dei nomi ai bambini. Dunque nominare vuol dire individuare.

Benché Cicerone ci ricordi che “tutti i nomi sono greci”, tanto *libertà* e *liberale* quanto *illiberale* sono latini: *libertas*, *liberalis*, *illiberalis*, che in greco suonano *eleutheria*, *eleutherios*, *aneleutheros*. Sia in greco che in latino i nomi traggono il significato dalla radice che, pur espressa in due lingue, è tuttavia identica. *Liberalis* o *eleutherios* è l'uomo libero, indipendente, fiero, generoso. *Illiberalis* o *aneleutheros* significa non libero, indegno di persona libera, servile, rozzo, meschino.

Per i Romani, *liberalis* in senso stretto indicava prima di tutto la condizione giuridica. Nell'uso originario *liberalis* era attinente all'uomo libero cioè rivestito di tale status, mentre in senso più largo designava varie condizioni di vita, comportamenti, costumi e simili, così spiega il più classico repertorio lessicologico latino (*Thesaurus Linguae Latinae*, voce *Liberalis*, colonna 1290, rigo 40; colonna 1291, rigo 5). *Illiberalis* in senso politico indicava i contrari alla libertà mentre in senso morale indicava la persona ignobile, ma in generale indicava “ciò che è indegno di un uomo libero ed onesto” (*Thesaurus Linguae Latinae*, voce *Illiberalis*, colonna 369, rigo 50).

Mentre *liberale* nel senso di generoso è attestato in italiano dal Duecento, solo nell'Ottocento il nome prende a designare precisamente i sostenitori del liberalismo e gli aderenti al partito liberale, come *illiberale* individua i contrari ai principi liberali (Manlio Cortelazzo-Paolo Zolli, *Dizionario etimologico della lingua italiana*, Bologna, 1988, pag. 544 e 668). *Illiberale* è “il contrario di quel che si conviene a uomo libero”, sebbene “certi liberali di ringhiera e di piazza, illiberalmente professano la libertà” (Niccolò Tommaseo, *Dizionario della lingua italiana*, vol. 9, pag. 676).

Nella Camera dei deputi postunitaria la situazione politica e parlamentare portò alla separazione ideale tra *partito conservatore liberale* e *partito liberale*, teorizzata nel celebre discorso pronunciato da Francesco de Sanctis nella seduta dell'8 luglio 1867 (Francesco de Sanctis, *Opere*, volume XV, *Il Mezzogiorno e lo Stato unitario*, Torino, 1960, pag. 238-263). Secondo de Sanctis il *partito conservatore liberale*, nel quale annoverò personalità quali Cesare Balbo, Massimo d'Azeglio, Gino Capponi, Niccolò Tommaseo, “aveva per motto *La libertà della Chiesa*”. Vi si opponeva “un partito non di demagoghi, non di razionalisti, non d'atei, ma un partito di tutte le più chiare intelligenze d'allora, che prese il nome di *partito liberale* e scrisse sulla sua bandiera *Limiti alla libertà della Chiesa*”. Contro la “politica conservatrice” vi era dunque “una seconda politica”, quella del *partito liberale*, “ma oggi sono talmente intervertite le parti, che la politica conservatrice è chiamata *liberale* e la politica del partito liberale è chiamata *politica illiberale*”. E, con estrema acutezza, profeticamente aggiunse: “Non è la prima volta che la libertà è stata mezzana dei partiti che la combattono.” De Sanctis distinse poi “due specie di libertà”. La prima è una “libertà vuota”, che “non è importazione americana, non è importazione inglese, è importazione francese che si

vuole imitare col nome di *Libertà della Chiesa*". La seconda libertà "ha il suo contenuto, un programma, certi fini e certi scopi, ed è questa libertà che costituisce il *partito liberale*, che è comparso per la prima volta in Europa per combattere la libertà della Chiesa. Si può dire che la nascita del *partito liberale* è contemporanea alla lotta di esso contro la libertà della Chiesa."

La conclusione del de Sanctis, prescindendo dalla "questione romana" che di lì a poco sarebbe scoppiata con la presa di Roma, fu ammirevole in termini moderni di liberalismo e *illiberalismo*: "Signori, bisogna intendersi; noi abbiamo due ordini di cittadini: i cittadini che amministrano ed i cittadini che sono amministrati. Quelli che domandano la libertà di coloro che amministrano, la libertà delle amministrazioni, non sono i liberali, sono gli assolutisti contro i quali noi abbiamo combattuto. Quelli che sostengono la libertà degli amministrati ed il diritto di avere guarentigie contro la libera azione delle amministrazioni, quelli si chiamano il partito liberale. Voi dunque vedete che oggi noi intervertiamo i termini, e che chiamiamo 'liberali' quelli che vogliono la libertà per l'amministrazione, e 'illiberali' quelli che vogliono la libertà per gli amministrati."

Se al dunque è vero che "i nomi sono conseguenti alle cose", non è meno vero che anche le cose conseguono ai nomi. Non può essere definito liberale un sistema politico semplicemente qualificabile democrazia, che tende a scivolare nell'*illiberalismo* più che a rafforzare la libertà. Né può essere definito liberale quel sistema che sfavorisce l'indipendenza individuale e la responsabilità personale promuovendo l'abalità come valore sociale. Non può essere definito liberale quel sistema che svilisce la legge producendola in quantità industriali per ogni ambito della vita e froda il diritto con norme pseudo giuridiche e "paraleggi". Non può essere definito liberale quel sistema che affida la libertà all'onnipotenza parlamentare nell'illusione che la preservi. Non può essere definito liberale quel sistema dove la magistratura serve la giurisdizione meno di quanto se ne serva. Dall'*illiberalismo* conseguono realizzazioni coerenti che liberali pertanto non sono come pretenziosamente vengono spacciate.

VII

Il liberalismo ha ricavato dall'osservazione dello sviluppo della civiltà umana che fu la mano a plasmare il cervello che le insegnò a fare. L'*illiberalismo* ne ha dedotto che la mente progettò la società e comandò alla mano di costruirla. Non c'è ponte.