

**IURA ET LEGES.
PERCHÉ LA LEGGE NON ESISTE SENZA IL DIRITTO (*)**

di Massimo Donini

Lo studio illustra l'impossibilità della legge senza il diritto: la sua assenza di contenuto cognitivo senza l'interpretazione e il contesto ermeneutico, decisorio e istituzionale del diritto che fonda la razionalità della lex oltre il suo momento prescrittivo, soggetto al principio maggioritario o assembleare. Dalla fondazione romanistica del ius, e dalla compilazione giustiniana di iura et leges, la coppia concettuale legge e diritto, oltre quella di legge e diritti (law and rights), viene illustrata sia storicamente e sia teoricamente come un aspetto decisivo per comprendere il diritto dei giuristi, quello giurisprudenziale, quello comparato, quello applicato o semplicemente narrato. Ne emerge il superamento delle concezioni volontaristiche, ma anche linguistiche e analitiche del diritto, a favore di un realismo in cui il ius resta sempre il ius di una lex, positivo dunque, benché affrancato dal vincolo religioso o sacrale della lex. Il ius resta positum anche se riempito di contenuti che la lex non può interamente predefinire: la sua razionalità non è mai quella di una maggioranza votante ma non è tale da dissolvere la lex in un commento deformalizzato.

SOMMARIO: 1. La costituzione del binomio nella realtà attuale. Un decalogo. – 2. *Law* come legge e come diritto, eccedenti il significato di *rule* e *right*. – 3. Diritto greco antico e canone romanistico. Θεσμός, νόμος e *ius*. – 4. Principio maggioritario e ragione pubblica, tra *lex* e *ius*. – 5. Un'eredità dell'Otto-Novecento. Il bando della filosofia del diritto e il primato della scienza giuridica come illusoria valorizzazione del *ius*. – 6. L'Olocausto come *big bang*. Costituzionalismo, critica e politicizzazione del diritto. – 7. *Gesetz und Recht*, e l'idea di una superiorità del *ius* rispetto alla *lex* nel pensiero contemporaneo. – 8. Dal diritto ai diritti. Sulle differenze del diritto naturale classico dal *ius*. – 9. Quale ruolo per la comparazione tra *iura* e *leges*. – 10. Un *ius* senza padroni. La giurisprudenza come dottrina o come casistica, tra *ius* e diritto-fonte.

1. La costituzione del binomio nella realtà attuale. Un decalogo.

1.0. Enuncio di seguito come tesi di un decalogo una descrizione dei rapporti tra legge e diritto che la successiva illustrazione storica ha il compito di mostrare, più che di di-mostrare, in modo tanto chiaro, quanto celato sotto i veli delle ideologie giuspositivistiche ancora oggi dominanti. E lo faccio (ma molto discretamente) da

(*) Il saggio è destinato alla rivista *Il Pensiero. Rivista di filosofia*, n. 2/2019, in corso di pubblicazione, e anticipa parti dei primi due capitoli di una monografia sulla legalità. Gli *outputs* specificamente penalistici dell'analisi che segue saranno approfonditi in quella sede.

penalista, cioè dal punto di origine dello studioso più educato al primato della sola lex: uno sguardo fisso a cui si affianca la visione di un mondo irrimediabilmente diverso.

1.1. Esiste il diritto senza la legge¹, ma non la legge senza il diritto. Posta la legge, lex e ius sono dunque inseparabili. Essi rimangono, tuttavia, distinti².

1.2. Dovunque vi siano leggi, devono diventare diritto perché vanno interpretate, devono inserirsi in un ordine normativo di riferimento, e obbedire a principi superiori. Il diritto, rispetto alla singola lex, è legge motivata e ordinamento razionale della sua collocazione in un sistema. Ma è anche molto di più di questo.

1.3. Neanche in un sistema pensato come di soli comandi (ordini e *leges*) si riesce a fare a meno del ius, che le leggi presuppongono o producono. Il ius, infatti, non è mai mero comando. Il legislatore non può scrivere il ius, anche se ne produce una parte essenziale. E anche quando motiva le leggi non può farlo mai compiutamente.

1.4. Dove il sistema è fondato su leggi scritte, il diritto non esiste veramente senza le leggi (ordinarie o costituzionali), ma le leggi non cominciano a vivere senza il diritto³, e anzi spessissimo lo codificano senza esaurirlo. Un qualche deposito di ius – non meri imperativi di legge – preesiste sempre alla lex e l'impressione dell'interprete esperto di limitarsi ad applicare intuitivamente le nuove leggi dipende dal suo pesante bagaglio di conoscenza del ius, senza il quale sarebbe solo un lettore smarrito di novità.

1.5. La legislazione penale non fa eccezione: leggi penali senza diritto non hanno esistenza giuridico-sociale, sono parole scritte su carta, *paper rules*. La norma legislativa penale non è una proposizione 'chiusa' di logica formale isolata dall'ordinamento, dalla quale semplicemente dedurre o prevedere conseguenze a tavolino: vive la vita del diritto come un essere biologico.

¹ Situazione evidente in secoli di assenza di leggi o con lacune enormi di disciplina, o per la presenza di sole o prevalenti fonti consuetudinarie, common law, mancanza di codificazione etc. Cfr. per la realtà continentale europea, M. CARVALE, *Diritto senza legge. Lezioni di diritto comune*, Torino, Giappichelli, 2013.

² Il discorso qui condotto può suonare familiare allo storico (cfr. per es. P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2005, 4 ss., 15 ss.; M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne* (1975), tr. it. *La formazione del pensiero giuridico moderno*, Milano, Jaca Book, 1986, 582 ss.), al romanista (per es. A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, Einaudi, 2005, *passim*; L. VACCA, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*², Torino, Giappichelli, 2012, 21 ss., 183 ss.), al civilista formatosi sull'eredità della pandettistica e magari imbevuto di cultura ermeneutica post-esseriana (J. ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts* (1956, 1990⁴), Tübingen, Mohr, 1990, 18 ss., 24 ss., 132 ss., 267 ss., 289 ss. e *passim*), al filosofo del diritto realista (per tutti K. N. LEWELLYN, *Jurisprudence. Realism in Theory and Practice*, The Univ. of Chicago Press, 1962; A. ROSS, *On Law and Justice* (1958), tr. it. *Diritto e giustizia*, Torino, Einaudi, 1965, 1990, 62 ss., 98 ss.), al comparatista insofferente dei vincoli del giuspositivismo o studioso di formanti (A. SOMMA, *Introduzione al diritto comparato*², Roma-Bari, Laterza, 2019, 3 ss., 197 ss.; R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, Utet, 1992, rist. 1997, 44 ss.), al costituzionalista di civil law (per es. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Einaudi, Torino, 1992, 57 ss.), sia o meno sensibile alle distinzioni esplicite tra "Gesetz" e "Recht" (v. sulla legge fondamentale tedesca *infra*, § 7); oppure al filosofo giusnaturalista (ça va sans dire). Ma certo non è consueto né per lo studioso delle 'fonti' giuridiche – dove il ius non compare mai, anche per chi adotta la distinzione tra "disposizione" e "norma" – né per il penalista tradizionale, educato alla "Scuola dell'esegesi", e la cui episteme sembra (ma è una dissimulazione) conoscere solo la lex, riducendo il ius a mera interpretatio.

³ Fanno parte del ius (v. *infra*): interpretatio e suoi prodotti, casistica ordinata in regole, sistema normativo-ordinamentale, principi giuridici sovralegislativi.

1.6. I sillogismi, necessari per qualificare fatti del passato e anche per prevedere future responsabilità⁴, suppongono e non sostituiscono l'interpretazione, che è parte del ius. Non è vero dunque che *quod non est in lege non est in iure*⁵. L'interpretazione della legge non è mera analisi del linguaggio e il ius entra nella lex e co-determina il sillogismo.

1.7. Il ius positum si può contrapporre alla lex se superiore (per es. se riconducibile a una legge costituzionale), mentre se non è riconducibile a una specifica 'fonte', esso rappresenta la narrazione razionale del diritto, il consolidamento di istituti o principi, il tessuto normativo di una lex, ed esso integrerà necessariamente la lex: fuori da momenti di contrasto il ius (superiore o integratore) costituisce infatti un complemento della lex, ovvero un luogo di accoglienza e una condizione di legittimità.

1.8. Le stesse regole costituzionali sono lex o ius, ma a un livello superiore di fonti, a seconda che contengano più regole o più principi. I principi sono attratti nella dimensione del ius perché servono alla spiegazione e alla lettura delle leggi, le rendono comprensibili o legittime, orientandole verso contenuti non puramente prescrittivi di comandi, ma descrittivi di *rationes. Bestimmungsnormen e Bewertungsnormen*⁶.

1.9. Il ius, in ogni caso, non coincide con i diritti costituzionali superiori alla legge ordinaria. Tali diritti sono oggi parte del ius, che tuttavia è molto più ampio ed esiste, come forma originaria del discorso normativo, in parte da decenni, in parte da secoli, in parte da millenni precedenti i testi costituzionali.

1.10. Anche se il giusnaturalismo moderno, nelle sue diverse stagioni dopo Grozio e fino a tutto l'illuminismo e anche oltre, non riproduce(va) espressamente il ius positum come sua fonte⁷, tuttavia la lex ha sempre generato ermeneutiche produttive di

⁴ La prevedibilità del diritto che le future decisioni suppongono come dato di legittimazione applicativa delle norme è inimmaginabile al di fuori di un sillogismo. Chi nega il sillogismo (mentre intende ribadire la necessaria ermeneutica presupposta da ogni norma) come se fosse un sostitutivo dell'interpretazione, ha un obiettivo sbagliato (gli illuministi del Settecento) e si preclude la possibilità di spiegare il fenomeno della prevedibilità, oltre che dell'applicazione ai casi, del diritto.

⁵ Per la critica, ben prima di scomodare le letture degli ermeneutici post-heideggeriani, v. le classiche pagine di E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1990, 795 ss. Il tema si collega alla continua polemica di Betti contro la teoria kelseniana dell'interpretazione. Una illustrazione in F. RICCOBONO, *Emilio Betti e la "malattia kelseniana"*, in *L'ermeneutica giuridica di Emilio Betti*, a cura di V. FROSINI e F. RICCOBONO, Milano, Giuffrè, 1994, 159 ss.

⁶ Per la canonizzazione della coppia concettuale norme di determinazione (momento imperativo)/norme di valutazione (momento razionale-giustificativo), E. MEZGER, *Die subjektiven Unrechtselemente*, in *Gerichtssaal*, Bd. 89, 1924, 239 ss. E poi ID., *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, 2 ed., München und Leipzig, Duncker & Humblot, 1933, 163 ss. In seguito: W. MÜNZBERG, *Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung*, Frankfurt a.M., Klostermann, 1966, 7 ss., 49 ss., 62 ss.; J. WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, Berlin, Duncker & Humblot, 1981, 25 ss. Per altri richiami M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, Giuffrè, 1991, 49 ss.; H. KORIATH, *Grundlagen strafrechtlichen Zurechnung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1994, 289 ss.

⁷ Quando, tra Settecento e Ottocento, pullulavano cattedre di diritto naturale (cfr. J. SCHRÖDER, *Naturrecht als Lehrfach an den deutschen Universitäten des 18. und 19. Jahrhundert*, in ID., *Rechtswissenschaft in der Neuzeit. Ausgewählte Aufsätze*, Tübingen, Mohr, 2010, 297 ss.), non vi si insegnava certo il diritto positivo, che conteneva la maggior parte del ius. Le regole di diritto naturale, mai veramente identificate con certezza, sono sempre state tratte dal ius positum, generalizzandolo. L'ideologia sottostante, peraltro, era che il diritto

ius (non naturale), ma è anche sempre stata accolta – salvo la prima lex, la prima legge teoricamente emanata – in sistemi preesistenti al suo singolo testo che presentavano valore dichiarativo del diritto, ma in parte costitutivo delle regole nuove se riletto insieme alla legge. E il ius risultante dal deposito giuridico precedente le leges, sommato alle leggi stesse, conteneva una parte rilevante del diritto “naturale” descritto dalle cattedre che lo insegnavano⁸.

1.11. Il rapporto tra lex e ius si coglie con immediatezza raffrontando un testo legale, come un codice, col suo commentario e col complesso di principi e diritti fondamentali che contribuiscono a spiegare e costruire il contenuto e il significato degli articoli della legge. Chi applica le leggi deve prima conoscere il diritto. Ma l’applicazione della legge ai casi ne produce del nuovo.

1.12. Nessuno studia legislazione, tutti studiano diritto. Il ius, peraltro, non è un semplice *narrative chain*, un racconto che mette in coro le mille e contraddittorie voci della dottrina narrante. Esso è il contenuto ‘vigente’ della forma lex. A questo contenuto, peraltro, appartengono antinomie, contrasti tra principi e regole. Il ius non esprime la soluzione di ogni conflitto, ma offre la base per tale soluzione.

1.13. La prima dimensione del diritto è il sistema giuridico entro il quale la singola lex si inserisce. A tale sistema appartengono oggi ovviamente anche le regole costituzionali. La seconda è l’ermeneutica della legge, il prodotto normativo che consegue all’interpretazione della lex. La terza in ordine non di valore, ma di collaudo finale, è il rispetto di principi e diritti fondamentali, nazionali e sovranazionali. Il ius deriva da tutte e tre queste dimensioni o componenti. Sistema, ermeneutica, principi.

romano costituisca di per sé un deposito storico e paradigmatico del diritto naturale, ora aggiornato dopo Grozio, Pufendorf e Leibniz. Il paradigma era deduttivo: il diritto naturale era scientifico come la matematica, perché si poteva dedurre dalla ragione, non avendo bisogno di fonti positive dalle quali ricavare questi principi generali. Di fatto, si insegnava un misto di razionalizzazione del ius positum attraverso la filosofia morale tradizionale, di matrice cristiana e l’elaborazione di principi comuni di giurisprudenza pandettistica: interpretazione, giustizia, criteri di imputazione morale, errore di diritto, i doveri verso la divinità e i relativi peccati e reati contro la religione, i doveri dell’uomo verso se stesso, le cause di giustificazione (per es. necessità, legittima difesa); poi i doveri verso gli altri, cominciando dal *neminem laedere*, sino ai doveri positivi di beneficenza; poi la teoria della proprietà, la sua origine e il suo trasferimento, nelle più importanti forme obbligatorie e contrattuali. Dopo queste analisi sui doveri “naturalisti”, seguivano le trattazioni dello stato di natura via via sino ai doveri sociali, a cominciare da quelli matrimoniali e familiari, la potestà del padre e quella dominicale sui servi, fino alla società dei *cives*, la sua origine, gli iura maiestatis nelle diverse forme di governo, i fondamenti del diritto di punire, il diritto di guerra etc. Se ne veda un esempio inaugurale, a metà del Settecento, nella classica trattazione di Giovanni Teofilo Eneccio: J. G HEINECCIUS, *Elementa juris naturae et gentium*, 1744, da cui traggio l’elenco delle materie sopra descritto. Ancora a metà dell’Ottocento questo testo di Eneccio era un manuale obbligatorio alla facoltà di giurisprudenza di Palermo. Su Eneccio, idealmente allievo di Thomasius, cfr. R. STINTZING, E. LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, 3 Abt., vol. 1, München und Leipzig, Oldenbourg, 1898, 179 ss.

⁸ *Amplius infra*, §§ 7-8. Sulla funzione legittimante, e non solo critica, degli insegnamenti di diritto naturale di fronte alla realtà dello Stato moderno dopo il Seicento, cfr. M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. I, *Rechtspublizistik und Policywissenschaft 1600-1800* (1988), tr. it. *Storia del diritto pubblico in Germania. Vol. I. Pubblicistica dell’Impero e scienza di polizia 1600-1800*, Milano, Giuffrè, 2008, 336 ss.

1.14. La lex è sottoposta al principio maggioritario e di regola non è motivata. Il ius è la motivazione della legge e non si decide a maggioranza.

1.15. Tutti i manuali, le monografie, gli articoli e i commentari di giurisprudenza, del resto, non sono mere raccolte di leggi, ma hanno l'ambizione di rappresentare il ius delle leggi che commentano.

1.16. Il ius, e non la semplice lex, è il vero oggetto della comparazione giuridica.

2. Law come legge e come diritto, eccedenti il significato di rule e right.

2.1. La lingua inglese e comunque il common law non conoscono la distinzione terminologica tra lex e ius⁹. Tutto è "law". Sia esso legge statutaria, legge scritta (statutory law), sia il più tradizionale e oggi soppiantato diritto comune (common law), sono gli aggettivi a declinare i diversi concetti. Ciò costituisce una differenza e forse una carenza linguistica prima che culturale, perché occorre pensare a un misto di legge-diritto "creati dal giudice" (*judge-made law*) per restituire al ius una qualche concezione e identità, peraltro molto limitata, dato che il ius non è solo di creazione giudiziale¹⁰. Manca dunque un sostantivo per identificare veramente il ius, che è categoria complessa. Sottintendendo in esso «'rules' and 'rights'»¹¹, si introducono due sostantivi che possono essere entrambi sia lex e sia ius¹², e quindi non si risolve la mancanza della distinzione originaria.

Tuttavia questa impressione di "povertà" linguistica è almeno in parte ridimensionata se si considera che il termine diritto esprime indistintamente la law come il right (magari declinando quest'ultimo al plurale: i "diritti"), e che appunto il ius, dove esiste come distinto dalla lex, è a sua volta assai disomogeneo e vario al suo interno: anziché aggettivazioni di un sostantivo unitario comune, lo connotano identità diversificate dello stesso sostantivo.

2.2. C'è una grande differenza tra questa molteplice "law" e il pur molteplice "ius"¹³. Il ius pur non identificandosi né con la legge scritta né con la morale o il costume,

⁹ Cfr. R. C. VAN CAENEGEM, *Judges, Legislators and Professors. Chapter in European Legal History* (1987), tr. it. *I signori del diritto*, Milano, Giuffrè, 1991, 8 ss.; A.K.R. KIRALFY, *Law and Right in English Legal History*, in *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, vol. III, Firenze, Olschki, 1977, 1069 ss., 1082 ss.

¹⁰ Istruttivo sulle fonti normative inglesi il classico C.K. ALLEN, *Law in the Making*⁵, Oxford, Clarendon Press, 1956, 1 ss., 402 ss.

¹¹ Una illustrazione efficace in K. N. LEWELLYN, *Jurisprudence. Realism in Theory and Practice*, cit., 3 ss., 11 ss., 21 ss.

¹² Il ius comprende le regole delle leges, e anche i diritti, ma tutto ciò non lo esaurisce. La lex comprende le regole e i diritti disciplinati dalle sue disposizioni, ma tutto questo non è ancora ius.

¹³ Rammenta B. TIERNEY, *The Idea of Natural Rights. Studies on Natural Rights, Natural Law and Church Law* (1997), tr. it. *L'idea dei diritti naturali. Diritti naturali, legge naturale e diritto canonico*, Il Mulino, Bologna, 2002, 77 s., che secondo una classificazione di Eric WOLF (*Das Problem der Naturrechtslehre*, Karlsruhe, 1964) la parola "naturale" avrebbe 17 significati, mentre la parola "ius" 15. Invece, secondo Arthur Lovejoy si registrerebbero 66 significati di "naturale", mentre il canonista Giovanni Monaco (*Glossa Aurea*, Paris, 1535, *ad Sext.* 1.6.16, fol. xcir.) fornì oltre 20 definizioni di ius (*ivi cit.*, 78). Lamenta come questa polisemia sia all'origine di varie controversie sul diritto naturale F. OAKLEY, *Natural Law, Laws of Nature, Natural Rights:*

è però destinato a contenerli tutti, sia il diritto dei giudici e sia quello dottrinale, sia i principi superiori alla legge e sia quelli ad essa immanenti e ricavati da essa come strutture concettuali e dogmatiche, sia il diritto casistico e sia quello più concettuale-generalizzante che si affianca alla legge e la spiega: il *ius* esprime il commentario di ogni codice, ma anche il testo commentato ne fa parte e non è ad esso “esterno”. La *law* può essere una disposizione singola, che di per sé non è mai *ius*, e storicamente, quando è divenuta legge scritta, e cioè *statutory law*, si è contrapposta al *ius* sia come consuetudine e sia come ermeneutica giudiziale: essa continua a indicare una regola giuridica prescrittiva, quasi il nucleo logico di una *juridical rule*, laddove il *ius* è *ab origine* un complesso di regole, pieno di cultura giuridica, di una dimensione ordinamentale composita nella quale si iscrive qualunque regola giuridica.

3. Diritto greco antico e canone romanistico. Θεσμός, νόμος e *ius*.

3.1. Diversa da quella di common law, ma simile per l’insussistenza di due sostantivi per indicare la legge e il diritto, è la tradizione greca antica, dove le principali espressioni per esprimere la legge sono il più risalente θεσμός, significante o una statuizione di fonte divina, sacrale, o comunque una legge scritta. Invece, col termine νόμος, il *nomos* e i *nomoi*, la legge e le leggi hanno espresso per lungo tempo le norme consuetudinarie, o le leggi non scritte, magari geograficamente circoscritte¹⁴, oppure non poste autoritativamente dal di fuori del contesto di riferimento, perché invece immanenti, intrinseche, naturali¹⁵. Dal V secolo a.C. i *nomoi* hanno cominciato a essere usati come termine per indicare anche le leggi scritte, e allora essi esprimevano anche il contenuto vincolante, i *mores* dentro alla *lex*, l’etica pubblica che vive dentro al testo¹⁶. Ciò che esalta, almeno in alcune famosissime pagine di Platone, il legislatore come educatore¹⁷, la legge come fonte di valori o doveri da instillare anche per la prima volta

Continuity and Discontinuity in the History of Ideas, New York, London, Continuum, 2005 24 s. V. pure A. PASSERIN D’ENTREVES, *La dottrina del diritto naturale*, Milano, Ed. di Comunità, 1962, 26 ss.

¹⁴ Per questo uso frequente prima del V secolo v. M. POHLENZ, *Der hellenische Mensch* (1947), tr. it. *L’uomo greco*, Firenze, La Nuova Italia, 1976, 192 s., 220 ss. Sottolinea l’originario significato spaziale del *nomos* come regola che riguarda l’occupazione della terra, C. SCHMITT, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum* (1950), Berlin, Duncker & Humblot, 1974, tr. it. *Il nomos della terra*, Milano, Adelphi, 1991, 54 ss. e qui un interessante *excursus* semantico, ora oggetto di attenta revisione critica da parte del più completo e aggiornato studio sul tema: T. ZARTALOUDES, *The Birth of Nomos*, Edinburgh University Press, 2019, 117 ss.

¹⁵ Cfr. R. HIRZEL, *Themis, Dike und Verwandtes. Ein Beitrag zur Geschichte der Rechtsidee bei den Griechen*, Leipzig, Verlag von Hirzel, 1907, 320 ss., 359 ss.; parimenti, M. OSTWALD, *Nomos and the Beginnings of the athenian Democracy*, Oxford, Clarendon Press, 1969, 11 ss., 20 ss., 53 s. La grande polisemia dell’uso del termine *nomos* nella letteratura greca è oggetto di analitica ricostruzione da parte di T. ZARTALOUDES, *The Birth of Nomos*, passim.

¹⁶ Cfr. R. HIRZEL, *Themis, Dike und Verwandtes*, cit. 359 ss.; T. ZARTALOUDES, *The Birth of Nomos*, cit., 302 ss.

¹⁷ Cfr. l’illustrazione de *Le leggi platoniche* nelle pagine di W. JAEGER, *Paideia. Die Formung des griechischen Menschen*, Bd. III (1955²), tr. it. *Paideia. La formazione dell’uomo greco*, vol. III, La Nuova Italia, Firenze, 1963, 363 ss. Diversa e più tecnica la posizione aristotelica rispetto alla *lex*, dove peraltro legge e morale sono concetti simbiotici, mai separati, così come politica e morale. Cfr. G. BIEN, *Die Grundlegung der politischen Philosophie bei Aristoteles* (1973, 1980), tr. it. *La filosofia politica di Aristotele*, Bologna, Il Mulino, 1985, 201 ss.

nelle coscienze (ciò che i penalisti chiamano prevenzione generale positiva); di qui pertanto il possibile uso del nomos come nomós, come pascolo¹⁸, e la stessa inseparabilità di diritto e morale, illuminante di fronte alle leggi immorali (il diritto di ragione o quello di leggi superiori), ma poi costrittiva per una società pluralistica, complessa, interculturale, dove convivono molte morali confliggenti. Solo per i casi estremi, nella riflessione greca antica, si ravvisa un contrasto tra la legge e i nomoi non scritti, cioè quelle leggi divine o naturali che si tramandano in ἄγραφοι νόμοι. Questa tradizione antichissima, base del giusnaturalismo romano (in realtà più legittimista che non critico rispetto alla lex), medievale e moderno, ha conosciuto nel Novecento e anche in tempi recenti importanti approfondimenti sia filologici e sia concettuali, sui quali occorrerà ritornare.

3.2. È invece di maggior rilievo per il rapporto tra lex e ius la tematizzazione che è stata sviluppata di una sorta di dialettica fondamentale tra un modello greco e un modello romanistico di approccio alla legge. Il modello greco, è stato detto, vede la prevalenza comunque dei nomoi come prodotto di una consuetudine sociale o di una legge assembleare. È un concetto che potremmo definire pubblicistico. Il modello del diritto romano vede la prevalenza del diritto giurisprudenziale (*Juristenrecht*, giuristi e dottrina, in realtà, non solo giurisprudenza) sulla legge, sulla legge pubblica, politicamente deliberata in qualche forma assembleare, cioè del ius sulla lex¹⁹.

3.3. Nel canone romanistico, che codifica l'inizio (ma solo tardivamente) della dicotomia tra lex e ius, alle origini c'erano le XII Tavole, ma era tutto ius, perché la lex costituiva soltanto una delle sue fonti. La consuetudine e i mores, gli editti, i responsa, i negotia e l'interpretazione, tutto generava ius, e tra queste fonti c'era anche la lex, al di là delle XII Tavole delle origini²⁰.

È dunque fondamentale comprendere che la legge è inseparabile dal ius e in realtà nasce al suo interno: *iura legesque*²¹. Ma il ius diventa presto ben altro in un sistema che esalta l'oligarchia dei giuristi quali costruttori della scientia iuris. Il ius è anche il diritto dottrinale e giurisprudenziale insieme, è la scienza giuridica che nella cultura romana prevale sulle singole leggi²². Questo discorso, peraltro, resta interessante e vero

¹⁸ Su tale aspetto v. la recente analisi di T. ZARTALOUDIS, *The Birth of Nomos*, cit., di cui si cfr. tutta la *Preface* XIII-XLI.

¹⁹ È motivo centrale del libro di A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, cit., 92 ss. e *passim*.

²⁰ Sulla storia della lex nelle fonti romanistiche v. A. MAGDELAIN, *La loi a Rome. Histoire d'un concept*, Paris, Société d'édition les belles lettres, 1978, 9 ss., 25 ss.; J. BLEICKEN, *Lex publica. Gesetz und Rechts in der römischen Republik*, Berlin, New York, de Gruyter, 1975, 67 ss. Oltre all'enciclopedico L. WENGER, *Die Quellen des römischen Rechts*, Wien, Holzhausens, 1953, faccio riferimento per una più sintetica storia delle fonti a tutta la seconda parte del manuale di P. FREZZA, *Corso di storia del diritto romano*³, Studium, Roma, 1974, 361 ss. V. pure sull'originarietà del ius il cap. II del classico P. BONFANTE, *Diritto romano* (1900¹), ristampa Giuffrè, Milano, 1976, 89 ss. Sul ruolo delle XII Tavole in questo complesso normativo v. M. BRETONE, *Storia del diritto romano*⁹, Laterza, Roma-Bari, 2003, 71 ss., 86 ss. e sul rapporto tra lex e ius *ivi*, 81-85.

²¹ V. la dettagliata ricostruzione di G. BROGGINI, *Ius lexque esto*, in *Ius et Lex. Fest. Gutzwiller*, Basel, Helbing & Lichtenhahan, 1959, ristampa Topos, Vaduz, Lichtenstein, 1977, 23 ss., che sviluppa un'idea (dell'onnicomprendività del ius rispetto alle leges) che attribuisce già a Mommsen. Cfr. T. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, Bd. III, I Abt., Leipzig, Hirzel, 1887, 310.

²² A. SCHIAVONE, *Ius*, cit., 29 ss., 92 ss., 361 ss. e *passim*.

rispetto al *ius privatorum*, perché per quello pubblico l'equivalenza (e non la subordinazione) della *lex* al *ius* appare insuperabile dato che la legge copre materie non regolate dal diritto consolidato, ha una sua *sanctio* e a volte un apparato penale, almeno se si tratta di *lex sacrata* e di *lex perfecta*, secondo la classificazione di Ulpiano²³. Essi diventano insieme *ius proprium civitatis*²⁴. La *lex* comanda, *iubet*. Il *ius* ha sempre una *ratio* esplicita. Tutta la tradizione del diritto naturale/razionale, dalla definizione di Ulpiano in poi²⁵, ripercorre questo dualismo insito nel concetto di legge come regolarità naturale espressa all'indicativo, e dunque "immanente" nella struttura della realtà, o come ordine espresso all'imperativo, e dunque "imposto" ²⁶.

3.4. Il ceto dei giuristi ha peraltro reinterpretato tutte le *leges* e in tale contesto si può ricordare che anche in età imperiale vale il principio del giurista Paolo, per cui qualunque regola, e anche qualunque legge, va riletta, e in realtà ricostruita, nel contesto del sistema e del *ius* nel quale si inserisce: «Non ex regula *ius* sumatur, sed ex iure quod regula fiat». Si potrebbe dire che tutte le nostre riflessioni sul binomio *lex* e *ius* sono un commento al principio di Paolo²⁷.

3.5. Quando Giustiniano compila tutto il *ius* rendendolo *lex*, un corpo normativo da non commentare e interpretare più²⁸, può almeno inizialmente sognare di farlo perché nel suo *Corpus iuris civilis* ci sono già *lex* e *interpretatio* e dunque tutto è legge e diritto insieme. Secoli di ermeneutica diventano migliaia di frammenti con *inscriptio*, così livellati senza storia e senza contesto al rango di comandi coesistenti e coevi: come le raccolte di massime in un data base "atemporale"²⁹.

Codificare le leggi insieme al loro commento vietandone dei nuovi è un modello mai più veramente riprodotto nella storia, che attua il sogno non della legislazione completa e autosufficiente, ma della codificazione del *ius*: è il progetto non di

²³ All'inizio delle *Regulae* (I,1-2), Ulpiano definisce "perfetta" la legge che vieta che qualcosa sia fatto e, se viene fatto, lo annulla; "imperfetta" la legge che non applica né una sanzione né un effetto di annullamento per un atto ad essa contrario; "meno che perfetta" la legge che, vietando qualcosa, sanziona il comportamento che la trasgredisce, ma non annulla gli effetti dell'illecito.

²⁴ P. FREZZA, *Corso di storia del diritto romano*³, cit., 390 ss.

²⁵ ULPIANO, *Digesto* I, 1, § 3: "Jus naturale est, quod natura omnia animalia docuit; nam jus istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, qua in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est".

²⁶ V. ancora F. OAKLEY, *Natural Law, Laws of Nature, Natural Rights*, cit., 24, 27 ss., 39 s.

²⁷ Paulus, D. 50,17.1. Ricordo anche il *context principle* fissato da Gottlob Frege nella "famosa" sezione 60 dei suoi *Grundlagen der Arithmetik* (1884), dove si spiega che le parole hanno un significato solo all'interno di proposizioni complete. Ma Paolo l'aveva già scritto.

²⁸ In forza delle Costituzioni *Deo auctore* (par. 12) del 530 e *Tanta* (par. 21) del 533. Cfr. F. SCHULZ, *History of Roman Legal Science* (1953²), tr. it. *Storia della giurisprudenza romana*, Firenze, Sansoni, 1968, 588 ss.; M. BRETONI, *Storia del diritto romano*, cit., 399 ss.; G.G. ARCHI, *Giustiniano legislatore*, Bologna, Il Mulino, Bologna, 1970, 124 ss., 181 ss.

²⁹ Sul rapporto tra una concezione storicistica di codice (che tenga conto del dato temporale della nascita e dello sviluppo del *ius* che si sviluppa attorno alle *leges*) e una idea antistoricistica di assemblaggio informatizzato di testi normativi cfr. quanto osservato in DONINI, *La riserva di codice (art. 3-bis c.p.) tra democrazia normante e principi costituzionali. Apertura di un dibattito*, in *Legisl. Pen.*, 2018 (20.11.2018, approfondimenti), 1-28.

identificare la legge col diritto (progetto illuminista del divieto di interpretare le leggi, riducendo il *ius alle leges*), ma di unificare *leges et iura* in un atto legislativo unico.

3.6. Ciò considerato, può convenirsi nel giudizio che se la legge come veicolo di un'etica collettiva, e le leggi non scritte come categoria dialettica al diritto positivo sono un prodotto dello spirito greco, se le leggi pubbliche e penali conservano ovunque un vincolo autoritario (legittimo o meno che sia) sull'ermeneutica, l'invenzione del *ius*, in Occidente, è opera del genio romano.

3.7. La riflessione su questa autentica invenzione, che al tempo stesso è diventata una scoperta, capace di disvelare al mondo giuridico universale una realtà che andava al di là dell'esperienza romana, dovrà essere condotta differenziando tra diritto privato e diritto pubblico. Il *ius* come complesso di dottrine, principi e istituti di elaborazione da parte dei giuristi (diritto giurisprudenziale in accezione ampia, non giudiziaria) è sorto nel quadro primario del diritto dei privati.

La storia ha conosciuto famosi contrasti sulla necessità di codificare le leggi in presenza di un diritto consuetudinario, prima comune, poi nazionalizzato, per la ritenuta prevalenza della consuetudine, del diritto dei giuristi e della consuetudine sulle leggi. Contrasti che si sono giocati anch'essi sul diritto privato, non su quello pubblico o penale.

3.8. C'è una dimensione del *ius* che era, se non sconosciuta, comunque poco presente al tempo dell'età delle codificazioni e del diritto pubblico moderno, quando si stabilì una 'rottura' del modello antilegislativo di Savigny e della Scuola storica tedesca, che vantavano la superiorità della consuetudine e dell'ermeneutica sulla legislazione. Questa dimensione è data dalla universalizzazione attuale del *ius* anche nel diritto pubblico e penale.

Rileggere il diritto pubblico (e quello penale) secondo la dicotomia tra *lex* e *ius*, senza appiattare il discorso sulla tradizione civilistica, produce una conoscenza nuova, ma è un'impresa che attende ancora di essere realizzata, dato che apparentemente si colloca in antitesi al paradigma dell'illuminismo penale che, vietando l'interpretazione, intendeva legittimare l'esistenza della sola *lex*, subordinandole tutto.

Uno scopo del presente studio è di avviare non tanto la dimostrazione del fallimento di questo progetto – un dato di realtà indiscutibile – ma soprattutto l'infondatezza della stessa ideologia dalla quale era dominato, dato che le *preoccupazioni garantistiche* che sostengono il modello illuminista sono tradite oggi dalla sua conservazione: si può essere garantisti solo se si descrivono e rielaborano tutti i limiti del progetto dell'*Aufklärung*³⁰.

³⁰ Che ci troviamo in un contesto per molteplici aspetti "post"-illuministico, è illustrato (ma mi riservo di ritornare sul tema) in M. DONINI, *Populismo e ragione pubblica. Il post-illuminismo penale tra lex e ius*, Modena, Mucchi, 2019, 41 ss., 45 ss. L'esigenza di discutere del *ius* "da penalista" costituisce un momento decisivo per la 'tenuta' complessiva del discorso che gli storici, i civilisti, i pubblicisti, i filosofi del diritto non possono condurre generalizzando arbitrariamente le loro prospettive e limitandosi a dire che il penale «fa eccezione», quando le sue eccezioni sono oggi circoscritte solo ai profili "di garanzia", ma non di "essenza" della dialettica tra legge e diritto.

4. Principio maggioritario e ragione pubblica, tra *lex* e *ius*.

4.1. Anche se raccolto in fonti private (dottrina di singoli autori) come in fonti pubbliche (legislazione, dottrina giudiziaria e decisioni della magistratura), il *ius* ha una dimensione pubblica, è espressione della ragione pubblica, perché o si traduce in decisioni giudiziali, o ne trasforma il significato in un discorso non eludibile da parte della politica e del costume, ma non riconducibile a visioni “private” del mondo e della morale quali sono le ideologie, le religioni e le politiche di parte. Lo Stato di diritto, sottoposto al vincolo del pluralismo che impedisce a una qualche ideologia privata di diventare tiranna sulle altre, fa del diritto l’unica forma di etica pubblica³¹, eticamente neutrale rispetto a quelle della società civile che animano dal basso l’adesione dei consociati alle leggi³². Non sono le uniche ragioni pubbliche possibili quelle giuridiche, ma certo, se sono “ragioni”, sono pubbliche nel significato anzidetto³³.

4.2. Il *ius* da un lato non ha come propri attori-redattori-interpreti le sole giurisdizioni, che semplicemente ne promulgano una versione ufficiale. Il *ius*, infatti, non vive solo nelle forme, nelle Gazzette ufficiali (che quasi nessuno legge ormai), nei giudicati, nei cerimoniali e nelle parate dello Stato, perché la vita del diritto sorge plurale dalla comunità di esperti, studiosi e attori giuridici, dalle stesse motivazioni giurisdizionali che non vincolano ma integrano il processo democratico di formazione del *ius*: nella tradizione statunitense si trova meglio sviluppato il tema del rapporto tra democrazia e interpretazione giuridica³⁴, perché il *civil law* come il *common law* europeo hanno dovuto gestire una tradizione plurisecolare di letture elitarie, di interpreti autorizzati e autorevoli, di supremazia del sacerdozio ermeneutico di qualche congregazione superiore. I suoi interpreti sono stati visti come una classe, un ordine, una oligarchia: vuoi dottrinale, vuoi giurisprudenziale.

4.3. Siamo pertanto stati educati a leggere la storia e la filosofia del diritto acquisendo nozioni e concetti sul diritto “in generale” che furono elaborati in contesti sociali e statali spesso non democratici e non pluralistici. Questo dato, presente sia in *civil law* e sia in *common law*, non sempre, ma in molti casi, ha prodotto una differenza rimarchevole nella elaborazione delle concezioni del diritto. Ha creato la “dottrina”, dall’età romanistica in poi, quale corpo elitario produttore di *ius* assente nell’esperienza statunitense, ma anche inglese, dove la *legal doctrine* è una attività, una

³¹ M. DONINI, *Il diritto penale come etica pubblica*, Modena, Mucchi, 2014.

³² S. HUSTER, *Die ethische Neutralität des Staates. Eine liberale Interpretation der Verfassung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2002.

³³ Cfr. anche per ulteriori, diverse, ma utilissime analisi, K. GREENAWALT, *What are Public Reasons* (2007), in ID., *From the Bottom up. Selected Essays*, New York, Oxford Univ. Press, 2016, 15 ss.; ID., *Natural Law and Public Reasons* (2002), in ID., *From the Bottom*, cit., 83 ss., 92 s.

³⁴ Cfr. J. GOLDSWORTHY, T. CAMPBELL (eds.), *Legal Interpretation in Democratic States*, Aldershot, Ashgate-Dartmouth, 2002.

concettualizzazione di regole, contenuta ovunque, ma soprattutto nelle decisioni giudiziali: non il “prodotto” di un corpo accademico o di esperti di diritto³⁵.

4.4. La stessa scarsa problematizzazione dell’ermeneutica, prima del Settecento e dell’Ottocento³⁶, è il prodotto di una società scarsamente plurale e di stili autoritari di pensiero che si sono sedimentati dopo la nascita del giuspositivismo, dal Seicento, perpetuando usi teologici: l’intolleranza religiosa è stata sì abbandonata, ma a favore di una nuova intolleranza nella declinazione della legge del Leviatano, “dio mortale”, cioè della lex.

4.5. Per molto tempo si è pensato dunque di leggere il codice come un testo sacro: una Bibbia laica. Uno stile religioso di pensiero che aveva bisogno dei suoi sacerdoti e pontefici massimi, ripetendo dalla tradizione sacra rituali e stili di condotta.

Ciò è apparso evidente sempre nel diritto pubblico. In verità è accaduto anche nel diritto civile dopo la compilazione giustiniana e il divieto di interpretare il corpus iuris (*supra*, § 3). Ma la sacralizzazione di quel testo, che peraltro conteneva già *leges* e *iura*, ha avuto il singolare destino di promuovere il corpo giuridico più interpretato della storia, dopo la sua riscoperta e recezione medievale nel Sacro Romano Impero, nelle *Universitates* e negli *Studi* di glossatori e commentatori, fino all’uso moderno delle *Pandette* (dopo il Seicento) e alla *Pandettistica* dell’Ottocento tedesco³⁷.

³⁵ Cfr. per gli Stati Uniti e il criminal law, nel senso che non esiste una “criminal law doctrine” prodotta dai professori di common law (e corrispondente alla teoria generale del reato o alla dogmatica penale), mentre esiste una dottrina di common law prodotta da legislatore e giudici, M. DUBBER, *Die Anspruchslosigkeit des awissenschaftlichen Strafrechts*, in *ZStW*, 121, 2009, 977 ss., 984; sulla marginalità della scienza giuridica nella vita intellettuale americana, v. già M. TUSHNET, *Legal Scholarship: its Cause and Cure* (The Yale Law Journal, 1981, 1205 ss.) in ID., *Legal Scholarship and Education*, Aldershot, Ashgate, 2008, 95 ss. V. anche B. L. BARTELES, *The Constraining Capacity of legal Doctrine on the US. Supreme Court*, *Am. Pol. Science Rev.*, 2009, 474 ss. Sul rapporto tra legal Scholarship o Science come “comunità di studiosi” e come “pratica sociale” (o come attività), e il connesso problema ricorrente della distanza tra attività di ricerca e prassi applicativa, nonché della distanza fra l’enorme prestigio del sistema giudiziario rispetto a quello accademico – il law si impara solo “at the Bar” – sono istruttivi vari contributi raccolti in M. DEL MAR, W. TWINING, M. GIUDICE (Eds.), *Legal Theory and the legal Academy*, Vol. III, Farnham, Ashgate, 2010. V. pure l’ampia sezione dedicata al tema nell’annata 1987 della *Modern Law Review*, 673 ss., e qui i saggi di C. GLASSER, *Radicals and Refugees: the Foundation of the Modern Law Review and English Legal Scholarship*, 688 ss., e di G. WILSON, *English Legal Scholarship*, 818 ss., e spec. 829 ss., 839 ss. e sempre per l’area inglese il successivo scritto di D. FELDMAN, *The Nature of legal Scholarship*, in *MLR*, 1989, 489 ss.

³⁶ Quando l’illuminismo rende definitivamente possibile una interpretazione laica delle stesse sacre scritture (K. NEUMANN, *Die Geburt der Interpretation. Die hermeneutische Revolution des Historismus als Beginn der Postmoderne*, Stuttgart, Kohlhammer, 2002, 11 ss.) – il metodo “storico-critico” nella lettura della Bibbia – allora l’interpretazione biblica in generale e quella giuridica o letteraria si avviano ad assumere (anche se ci vorranno secoli per dispiegare il tutto) un identico *statuto epistemologico*. Da questo momento, idealmente, diventa possibile ricercare questo *statuto comune* (H. G. GADAMER, *Wahrheit und Methode*³, Tübingen, 1972, trad. it. *Verità e metodo*², Milano, Bompiani, 1983, 211-238), creandosi le premesse per costruire una teoria generale dell’interpretazione “libera da dogmi”, come scrisse Dilthey (W. DILTHEY, *Die Entstehung der Hermeneutik* (1806), in ID., *Gesammelte Schriften*, Bd. V, *Die geistige Welt. Einleitung in die Philosophie des Lebens*. Erste Hälfte, 2 Aufl. Stuttgart, Teubner, 1957, 326).

³⁷ Per tutti F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (1967²), tr. it. *Storia del diritto privato moderno*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1980.

Di queste vicende approfondiamo in altra sede alcuni momenti, che sembrano particolarmente decisivi nella storia concettuale di *iura et leges*. Qui, per brevità, possiamo partire da alcune eredità dell'Ottocento.

5. Un'eredità dell'Otto-Novecento. Il bando della filosofia del diritto e il primato della scienza giuridica come illusoria valorizzazione del *ius*.

5.1. Il diritto pubblico, prima di nascere (o qualificarsi) come scienza nel XIX secolo³⁸, era soprattutto legislazione e politica, e la storia delle dottrine politiche, e della ragion di Stato, costituisce la base filosofica e teorica che ha originato quella scienza, secondo un movimento storico che va appunto dalle dottrine politiche alla scienza del diritto pubblico³⁹, un po' come è successo per le dottrine su diritto penale e pena, che si sono emancipate dalle filosofie della morale e del diritto per diventare prima diritto naturale, poi teoria generale del reato e della pena nella autocomprensione "tecnicista" di fine '800, primi del '900.

5.2. Sul piano della storia delle idee la vicenda è iniziata prima. 1800 Germania. Paul Johann Anselm Feuerbach, nel fondare per riconoscimento comune la scienza penale tedesca moderna⁴⁰ si basa su alcuni presupposti centrali: il primato della legalità su ogni altra fonte, la punibilità per la commissione di un *fatto*, a prescindere dalla persona, la separazione del diritto dalla morale e dunque la giuridicità del punto di vista dell'analisi del reato. Un corollario di queste premesse è il riconoscimento che la filosofia può avere un ruolo residuale tra le fonti, in particolare nella parte generale (chiamata appunto "filosofica") solo là dove non vi sia una previsione di legge: la filosofia deve tacere dove si è espressa la legge⁴¹.

In Italia attribuiamo il tecnicismo penale, come metodo teorizzato, ad Arturo Rocco e Vincenzo Manzini, ma c'è una radice concettuale in Feuerbach che tuttavia ha

³⁸ Cfr. M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. II, *Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft 1800-1914*, tr. it. *Dottrina del diritto pubblico e scienza dell'amministrazione 1800-1914*, Milano, Giuffrè, 2014, 479 ss. (da Gerber in poi); M. FIORAVANTI, *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, tomo I, Milano, Giuffrè, 2001, 3 ss., 23 ss.

³⁹ V. sempre l'enciclopedico affresco storico di M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. I, tr. it. cit., spec. 273-435.

⁴⁰ Giudizio plurimo (richiami in M.A. CATTANEO, *Anselm Feuerbach, filosofo e giurista liberale*, Milano, Edizioni di Comunità, 1970, 275 ss.) dovuto alla sistematizzazione della materia penalistica consolidata soprattutto nel suo manuale *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts* (1801), preceduto dalla trattazione scientifica della "Revisione dei principi e dei concetti fondamentali del diritto penale positivo" (1799-1800): A. FEUERBACH, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, Bd. I, Erfurt, 1799; Bd. II, Chemnitz, 1800.

⁴¹ Già in A. FEUERBACH, *Philosophische-juridische Untersuchung über das Verbrechen des Hochverrats*, Erfurt, 1798, Prefazione, II-III, si diceva che "[la filosofia] può soltanto spiegare la giurisprudenza positiva, ma non può dominarla; non è il comandante di Themis, ma solo un'ancella che la illumina con la fiaccola". E poi nella Premessa alla "Revisione" il nuovo programma culturale proclama che occorre "lavorare contro il dominio di quella lunatica tiranna nel diritto positivo, e non lasciarle nella giurisprudenza nient'altro che il compito e l'onore di essere una serva sottomessa alle leggi": A. FEUERBACH, *Revision der Grundsätze*, Bd. I, cit., X.

una finalità più “garantista” in lui, penalista liberale, ciò che in seguito si perderà, per assumere tratti autoritari.

5.3. Il *ius publicum* diventa “scienza” sviluppandosi in parte in contrapposizione, ma anche in connessione, alla scuola storica, cioè all’idea che il diritto sia consuetudine e *ius*, prima che *lex*⁴². Ma se la scuola storica privilegiava modelli civilistici, esattamente lo stesso accade ai contemporanei che esaltano storia e consuetudine, istituzioni e prassi, rispetto alla legalità, nella storia del diritto⁴³. È un diritto poco autoritario e molto autopoietico. Ma è un *ius extralegale*, diverso da quello qui tratteggiato. La riflessione penalistica e anche pubblicistica ci consegna del resto tratti assai più *top-down* dell’incidenza dall’alto di leggi per nulla *friendly* nella regolazione dei rapporti⁴⁴.

5.4. In progressione cronologica, l’illuminismo aveva introdotto un diverso modo di dedurre il diritto, non dalle semplici e classiche “ragioni naturali”, magari ispirate a testi rivelati, ma anche da principi nuovi: si trattava tuttavia di un diverso modo di dedurre le norme, non di una episteme nuova che seguisse il modello baconiano-galileiano-newtoniano di scienza sperimentale o empiricamente collaudata⁴⁵, e la “Scuola dell’esegesi” costituirà il primo indirizzo nell’applicazione di testi nati dal movimento illuminista. Ci sarà una reazione romantico-storicistica a quel metodo, ma dopo la Scuola storica si afferma la giurisprudenza dei concetti e diviene assoluto il primato della legge, anche se è una legge dogmatizzata in *ius*, non ridotta a esegesi⁴⁶. In ogni modo, pandettistica o pubblicistica che fosse, la scientificizzazione del diritto è stata un’opera della cultura di lingua tedesca sorta come operazione di un’oligarchia di tecnici. Nella seconda metà dell’Ottocento è passata l’idea che il diritto dovesse essere “scienza” e il modello epistemologico principale per le scienze ermeneutiche e della cultura era quello kantiano della *scienza come sistema*⁴⁷, accanto all’ideale comune di un sapere certo, stabile e generale e si espresse nel giusnaturalismo “matematizzante-deduttivo” dopo Leibniz e sino a Wolff. Un metodo “sperimentale”, proprio di quelle

⁴² Sull’uso delle categorie di *Recht* (*ius*) e *Gesetz* (*lex*) in Savigny, cfr. D. STRAUCH, *Recht, Gesetz und Staat bei Friedrich Carl von Savigny*, Bonn, H. Bouvier u. Co., 1960, 31 ss., 55 ss., 67 ss., 94 ss., 121 ss. e amplius sul suo sistema delle fonti W.P. REUTTER, «Objektiv Wirkliches» in *Friedrich Carl von Savignys Rechtsdenken, Rechtsquellen-und Methodenlehre*, Savignyana, Bd. 10, Frankfurt a. M., Klostermann, 2011, 125 ss., 195 ss.

⁴³ È la nota posizione di Paolo GROSSI: *ex plurimis*, ID., *L’ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 1995, 18 ss.; ID., *Mitologie giuridiche della modernità*, cit.; ID., *Il diritto tra potere e ordinamento*, Napoli, Editoriale scientifica, 2005; ID., *Società, diritto Stato. Un recupero per il diritto*, Milano, Giuffrè, 2006, *passim*; e da ultimo ID., *L’invenzione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2017, 3 ss., 72 ss., 90 ss. e *passim*.

⁴⁴ Cfr. il modello di F.A. HAYEK, *Law, Legislation and Liberty*, vol. I, *Rules and Orders*, Chicago, 1973, Chapt. 2 sulle organizzazioni di tipo “cosmos” e “taxis”.

⁴⁵ Cfr. quanto osservato in M. DONINI, *Populismo e ragione pubblica*, cit., 91.

⁴⁶ W. WILHELM, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert* (1958), tr. it. *Metodologia giuridica nel secolo XIX*, Milano, Giuffrè, 1974, 86 ss., 97 ss., 148 ss., 168 ss.

⁴⁷ Il paradigma kantiano della scienza come complesso di conoscenze organizzato secondo principi ordinati in un sistema, sostiene *ab origine* l’episteme dei pandettisti: cfr. P. CAPPELLINI, *Systema iuris*, I, *Genesi del sistema e nascita della “scienza” delle Pandette*, Giuffrè, Milano, 1984, 145 ss. Sulla concezione della scienza come sistema nell’Ottocento tedesco v. pure J. RÜCKERT, *Thibaut-Savigny-Gans, der [sechsfache] Streit zwischen „historischer“ und „philosophischer“ Rechtsschule*, in ID., *Savigny-Studien*, Frankfurt a.M., Klostermann, 2011, 461 ss.; W. WILHELM, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert* (1958), tr. it. cit., 100 ss., 148 ss., 168 ss.; F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (1967²), tr. it., cit., vol. II, 32 ss., 122 ss.

che sarebbero divenute le scienze sociali, attecchì solo presso i criminologi e i positivisti, non nei rami classici del diritto, con la parentesi più tarda della “Scuola positiva” per i penalisti: il diritto, per lo più, non era affatto scienza sociale, ma ermeneutica e sistematica. Nel diritto privato, prima, con l’uso moderno delle Pandette e con la stessa “scienza costruttiva” presente nella scuola storica che pensava di poter sostituire consuetudine e costruzione ermeneutica a effimeri prodotti del tempo⁴⁸, e poi soprattutto in quello pubblico (Gerber, Laband, teoria generale del diritto) e penale (teoria generale del reato), ciò ha prodotto una serie di costruzioni teoriche adatte a un nuovo ruolo della dottrina e della giurisprudenza “staatsorientiert”. Nel diritto pubblico si è trattato parimenti di un “ius” basato sul concetto di costruzione sistematica chiusa, ma servente gli scopi dello Stato, logicamente compatta, capace di orientare una prassi secondo procedimenti deduttivi di sussunzione. Una cultura logico-sistematica e in parte autoritaria, comunque conservatrice, si è impadronita della scienza⁴⁹, ma essa aveva alla base anche la consapevolezza di una identità insopprimibile del ius rispetto alla lex che la Scuola storica aveva fondato su premesse non formalistiche e non legalistiche⁵⁰.

5.5. Nel 1885 a Modena, nel 1886 a Messina e poi nel 1889 a Palermo, Vittorio Emanuele Orlando legge famose proslusioni che compendiano una sorta di Manifesto del futuro indirizzo giuspositivistico in diritto pubblico⁵¹. Vi si dice che la perfezione raggiunta dal diritto privato come materia tecnica dipende dall’essersi appoggiato sul monumento scientifico del diritto romano, mentre in diritto pubblico (la prima cattedra del quale si inaugurò a Parigi nel 1834) troppa esegesi o troppa filosofia, politica, storia hanno sottratto alla disciplina una identità tecnico-scientifica. Si aggiunsero così approcci esegetici a eredità metafisiche e dispute eterne del diritto naturale che circolavano nei principali manuali francesi, e tedeschi, di diritto pubblico e amministrativo⁵². Fatto è, dichiara Orlando, che “l’esagerazione del metodo filosofico” produce una “degenerazione dell’elemento teorico nel diritto”, al pari dello stile meramente esegetico⁵³, che confonde la scienza del diritto con la scienza delle leggi⁵⁴,

⁴⁸ F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (1967²), tr. it., cit., vol. I, 305 ss.; nonché tutto il primo volume di P. CAPPELLINI, *Systema iuris*, I, cit.; sulla categoria e la storia della “costruzione” sistematica v. pure M. G. LOSANO, *Sistema e struttura nel diritto*. Vol. I, *Dalle origini alla Scuola storica*, Torino, Giappichelli, 1968, 171 ss., 201 ss.

⁴⁹ G. PUGLIESE, *I pandettisti fra tradizione romanistica e moderna scienza del diritto*, in *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, vol. I, Firenze, Olschki, 1977, 64 ss., 70 ss.

⁵⁰ In tal senso M. FIORAVANTI, *Il dibattito sul metodo e la costruzione della teoria giuridica dello Stato* (1982), in ID., *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra otto e Novecento*, Tomo I, Milano, Giuffrè, 2001, spec. 57 ss. Sul ruolo della scuola storica nel panorama scientifico di lingua tedesca, fino al Novecento, cfr. I. SCHRÖDER, *Recht als Wissenschaft*, cit. 193 ss.

⁵¹ V.E. ORLANDO, *Ordine giuridico e ordine politico* (Modena, 4 dicembre 1885); ID., *Sulla necessità di una ricostruzione giuridica del diritto costituzionale* (Messina, 12 dicembre 1886); ID., *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico* (Palermo, 8 gennaio 1889), in *Arch. Giur.*, 1889, poi in ID., *Diritto pubblico generale. Scritti varii (1881-1940), coordinati in sistema*, Milano, 1940, ristampa Milano, Giuffrè, 1954, 3 ss. da cui traggio le successive citazioni.

⁵² *Op. ult. cit.*, 4 ss.

⁵³ *Ivi*, 15.

⁵⁴ *Ivi*, 16.

ciò il ius con la lex. Contro questo duplice abuso, e l'utilizzo "a mosaico" di diversi saperi e discipline, il diritto pubblico doveva prendere a modello la pandettistica del diritto privato, considerando il diritto "come un complesso di principi giuridici sistematicamente coordinati"⁵⁵. Non essendoci nulla di superiore al diritto dei giuristi, tutto va ricondotto a un modello "romanistico" di scienza, dove il principio giuridico è "indipendente da qualsiasi legge positiva" e parimenti da analisi filosofiche o politiche.

5.6. Nel 1910, a Sassari, Arturo Rocco legge quello che sarà per tutti il Manifesto del tecnicismo giuridico penale⁵⁶, il documento metodologico più importante della penalistica italiana della prima metà del Novecento⁵⁷: citando più volte Orlando, Rocco assicura l'autonomia della scienza penale ancorando il suo oggetto alla legge positiva, cioè alla lex, al cui verbo occorre restare aderenti "religiosamente e scrupolosamente"⁵⁸. Rocco ha cultura storico-giuridica profonda, e nella sua mente c'è sempre il ius, ma con quelle premesse tiene la porta chiusa alla filosofia e con ciò alla critica del diritto dentro alla ricostruzione del ius: prima il sacerdote del diritto lo ricostruisce *iuxta propria principia*, e solo poi si può pensare di criticarlo⁵⁹. Per questo la filosofia e la politica devono stare 'fuori' dalla scienza del diritto. Infatti, chi si occupava di filosofia e di politica, anziché di diritto, cessava in quell'istante di essere un interprete e ovviamente uno scienziato della legge: "sì che il giurista penalista...in quel momento...fa getto della toga del giurista, per vestir l'abito, sia pure altrettanto severo, del filosofo e del cultore di scienza politica"⁶⁰.

5.7. La legge positiva come vero oggetto rende addirittura lo studio del diritto "sperimentale"⁶¹: *i fatti positivi sono ormai le 'norme'*. Vero prodotto ideologico in senso marxiano, sovrastruttura in senso paretiano, il diritto è solo norma. Staccato da un pensiero critico extragiuridico nella sua essenza originaria, esso proprio perché de-ideologicizzato diviene per l'appunto *soi-disant* scientifico.

⁵⁵ *Ivi*, 20. Su Orlando e la sua influenza (programma, allievi, rivista, manuali) v. ampiamente P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, Giuffrè, 2000, 28 ss.; M. FIORAVANTI, *Il dibattito sul metodo*, cit., 24 ss.

⁵⁶ Art. ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in *Riv. dir. e proc. pen.*, 1910, 497 ss., poi in ID., *Opere giuridiche*, vol. III, Roma, Ed. del Foro it., 1933, 273 ss.

⁵⁷ Rocco sarà molto discusso, ma non meno influente sarà Vincenzo Manzini (v. infra). Quando si parla del tecnicismo e dei suoi limiti, però, non si fa riferimento alle opere di Rocco e Manzini, ricche di comparazione o di storia, e anche di sociologia e statistica quanto a Manzini: è la prassi dei maggiori seguaci o epigoni di questo metodo durante il ventennio e oltre a costituire l'oggetto delle critiche maggiori sollevate soprattutto dagli anni Settanta del secolo scorso in avanti. Cfr. P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., 84 ss.; L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica del Novecento*, Laterza, Roma, Bari, 15 ss., 30 ss. M. SBRICCOLI, *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in ID., *Storia del diritto penale e della giustizia*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2009, 573 ss.; M. DONINI, *Tecnicismo giuridico e scienza penale cent'anni dopo. La Prolusione di Arturo Rocco (1910) nell'età dell'europeismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2010, 127 ss.; S. SEMINARA, *Sul metodo tecnico-giuridico e sull'evoluzione della penalistica italiana*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. I, Napoli, Jovene, 2011, 575 ss.

⁵⁸ Art. ROCCO, *Il problema e il metodo*, cit., 274.

⁵⁹ Art. ROCCO, *Il problema e il metodo*, cit., 311 ss.

⁶⁰ Art. ROCCO, *Il problema e il metodo*, cit., 293.

⁶¹ Art. ROCCO, *Il problema e il metodo*, cit., 290.

5.8. Nel 1917, a Roma, Pietro Bonfante, considerato in Italia il più grande romanista dell'età moderna⁶², nella sua prolusione sul metodo qualifica la filosofia del diritto come materia di insegnamento appartenente a «una fase prescientifica nello studio del diritto»⁶³.

“La stessa presenza di una cattedra col nome di filosofia del diritto è l'ammonimento della nostra inferiorità. Noi soli siamo ancora dentro alla nebulosa”⁶⁴ Noi soli giuristi, vuol dire, perché “ogni scienza è uscita dal grembo della filosofia. È sul perdurare di questa dipendenza significata dal titolo della cattedra che io richiamo l'attenzione. Esso è per me il simbolo di una fase prescientifica nello studio del diritto, e questo stato di cose non manca di esercitare la sua influenza”⁶⁵.

5.9. Va ammesso che quando Vittorio Emanuele Orlando scrisse per il diritto pubblico il citato manifesto paradigmatico di questo “nuovo metodo”, lo riprendeva in realtà dalla Scuola storica tedesca e dai Pandettisti, erano cose scritte decenni prima da Gerber, così cercandosi l'essenza degli istituti giuridici non nella filosofia, non nella mera esegesi, né nella politica contingente, ma in strutture normative preesistenti, e cioè nel *ius*⁶⁶. La forza politica di questo metodo prometteva dunque scienza giuridica sulle basi della tradizione romanistica, del diritto comune, della scuola storica e di un rinnovato stile costruttivo⁶⁷. Da allora il giurista non aveva più bisogno di una stampella filosofica *ab extra*, in quanto la stessa teoria del diritto era la sua filosofia, complementare al giuspositivismo.

5.10. Al punto ciò schiudeva un'età completamente nuova di scientificizzazione scarsamente critica, che Gustav Radbruch scriverà che la teoria generale del diritto (tra fine Ottocento e primi del Novecento) costituì una «eutanasia della filosofia del diritto»⁶⁸. È dentro alla teoria generale che si fa l'unica filosofia utile davvero al giurista. Già dai primi del Novecento Vincenzo Manzini, uno dei più influenti penalisti per oltre metà del secolo, aveva estromesso le discipline filosofiche come dannose, vera “cuscuma” di scuole settarie e rissose⁶⁹, dalla riserva tecnica del penalista, che poteva pascolare nella

⁶² “Senza ombra di dubbio”, secondo A. SCHIAVONE, *Un'identità perduta: la parabola del diritto romano in Italia*, in ID. (a cura di), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Laterza, Roma-Bari, 1990, 286.

⁶³ P. BONFANTE, *Il metodo naturalistico nella storia del diritto*, in *Rivista italiana di sociologia*, 1917, 67, in nota. Su questa prolusione e la successiva polemica con Gentile e soprattutto con Croce, per tutti F. ARCARIA, *Storia, diritto e filosofia: la polemica tra Pietro Bonfante e Benedetto Croce (e Giovanni Gentile)* in *Legal Roots*, 2017, 243-290, con ogni opportuno richiamo, e volendo anche M. DONINI, *Pagine penalistiche dimenticate di Croce e Gentile. Legacy & misfortune dell'idealismo tra diritto, etica e politica*, in *disCrimen*, 28.3.2019, 1 ss.; nonché in *Riv. it. per le scienze giuridiche*, 2019,

⁶⁴ P. BONFANTE, *Il metodo naturalistico nella storia del diritto*, cit., 67.

⁶⁵ *Ivi*, 67 in nota.

⁶⁶ V. E. ORLANDO, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico* cit., 16.

⁶⁷ Ampiamente M. FIORAVANTI, *Il dibattito sul metodo*, cit., 23 ss., oltre che negli altri scritti su Orlando contenuti nel medesimo volume.

⁶⁸ G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*⁸, Koehler, Stuttgart, 1973, 109 s. *Amplius* sul tema A. BROCKMÖLLER, *Die Entstehung der Rechtstheorie im 19. Jahrhundert in Deutschland*, Baden-Baden, Nomos, 1997, 183 ss.

⁶⁹ V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. I, Torino, F.lli Bocca, 1908, 4 ss. Il giudizio è testualmente ripreso e allargato nelle edizioni successive sotto il codice Rocco. Cfr. il *Trattato* del 1950, ed. Utet, vol. I, 7-12.

storia e con la dovuta misura nella sociologia e criminologia non positivista, ma non in quei territori proibiti⁷⁰.

5.11. Ebbene, le pagine assai differenti qui sopra raccolte hanno prodotto nell'immaginario operativo del giurista medio tra fine Ottocento e primi del Novecento, sotto l'illusione di una riconquista del ius, prospettive contrastanti: ora l'idea del primato del ius sulla lex come valore identitario di un diritto "tecnicamente emancipato da saperi non gestiti dai sacerdoti della legge"; ora, invece, la superiorità del comando sulle sue ragioni, la sua non criticabilità filosofico-politica, l'adesione all'autoritarismo della lex publica. Certo la legge continuò a non esistere anche allora senza il diritto, ma il padrone del diritto era il giurista tecnico, dentro al suo normativismo integrale che soprattutto in diritto pubblico, il più ideologico dei diritti, gli faceva vedere il ius solo attraverso le lenti della lex, anziché viceversa. E ciò proprio a seguito di quella estromissione della critica filosofica, ma anche politica, cioè l'espulsione dai testi scientifici, dalla cittadella fortificata dalla scienza giuridica, di opere di non addetti ai lavori e relativi 'saperi'.

6. L'Olocausto come *big bang*. Costituzionalismo, critica e politicizzazione del diritto.

6.1. La mitologia della scienza ha prodotto il tecnicismo, perché il modello di 'scienza' era quello del sistema, non quello della scienza sociale. Da quel momento, cioè dal tempo della "scientificizzazione" del diritto pubblico e poi di quello penale, accentuatasi con gli Stati nazionali unitari e le codificazioni, l'esigenza di riconquistare al ius publicum una razionalità non appiattita sulla lex, è stata raggiunta in Europa solo dopo le parentesi delle svolte autoritarie della prima metà del Novecento, con la crisi epistemica della lex e la rinascita delle carte dei diritti e delle Costituzioni nazionali come fonti giuridiche superiori.

6.2. Non è stato il contributo di qualche giurista il fattore scatenante, ma la vittimizzazione dell'umanità ad opera di se stessa. Dopo Norimberga, dopo la seconda guerra mondiale, nulla più è stato come prima: è crollato un universo di fede post-illuministica nella ragione⁷¹ e nel progresso, e di fede preilluministica in una provvidenza onnipotente e onnisciente insieme⁷². Ma ci si è resi conto solo più tardi di

⁷⁰ Per un inquadramento della stessa posizione di Manzini nel contesto più complessivo della scienza giuridica italiana del primo Novecento, v. P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., 84 ss.

⁷¹ T.W. ADORNO, *Negative Dialektik* (1966), tr. it. *Dialettica negativa*, Torino, Einaudi, 1970, 326 ss., 330 s. L'annientamento biologico del „popolo eletto“ non è un genocidio qualunque, ma il progetto di una biopolitica che convoglia la colpa collettiva di duemila anni di persecuzioni e discriminazioni, portandole a un compimento epocale. Esso esige un ripensamento di tutta la storia, e costituisce la base etico-epistemica del superamento del nichilismo, e anche del nichilismo giuridico.

⁷² H. JONAS, *Der Gottesbegriff nach Auschwitz. Eine jüdische Stimme* (1987), trad. it. *Il concetto di Dio dopo Auschwitz. Una voce ebraica*, Genova, Il Melangolo, 1990, 33-36; S. QUINZIO, *La sconfitta di Dio*, Milano, Adelphi, 1992, 75 ss. e *passim*. La lettura di G.W.F. HEGEL, *Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte* (1837, 1840), tr. it. *Lezioni sulla filosofia della storia*, vol. I, *La razionalità della storia*, Firenze, La Nuova Italia, 1963, 7 ss., è illuminante rispetto alla fiducia nella razionalità della storia, unitamente a quella nella provvidenza divina "nella storia", dello stesso Cristianesimo fatto storia – anziché semmai scandalo e segno di contraddizione per la storia – ancora possibile nell'Ottocento.

questi effetti. Lo sviluppo di un big bang originatosi dalle vicende travolgenti dell'Olocausto e di Hiroshima e Nagasaki⁷³, ha prodotto e comunque reso possibili una serie importantissima di istituti e principi di controllo sul potere pubblico, per la sua subordinazione al ius: dal diritto penale internazionale, ai crimini contro l'umanità, dal biodiritto alla rinascita di varie forme di diritto naturale⁷⁴, dalla costituzionalizzazione dei diritti alla responsabilità criminale dello Stato, alle politiche vittimo-centriche e sulla vulnerabilità. La lex publica, dopo questi eventi, doveva essere soggetta a controlli superiori di razionalità e garanzia, e non poteva affidarsi assolutamente alle regole ordinarie di qualsiasi Stato nazionale. È stato questo il momento più basso del sovranismo, coalizzatosi in "blocchi", anziché in espressioni nazionaliste di tipo statale.

Ed è stato all'origine di uno sviluppo del *rule of law*, a livello internazionale e nazionale, ancora oggi in evoluzione⁷⁵.

6.3. Molto più tardi, nella seconda metà del Novecento, in questo compito storico di ricostruzione della razionalità del diritto pubblico, il costituzionalismo ha recepito notoriamente motivi e ispirazioni giusnaturalistici riconvertendoli in un giuspositivismo superiore e critico, non più "staatsorientiert". La politica è entrata nel ius. Infatti, la sua base argomentativa è stata sempre meno la lettera di una lex, un verbo sacro, perché l'ermeneutica costituzionale ha sviluppato stili antitetici a quelli tecnico-giuridici di fine Ottocento e della prima metà del Novecento, orientati a una dogmatica fondata sull'esegesi, oppure a una "logica interna al sistema", per rivedere invece tutto il sistema attraverso valori e principi superiori.

6.4. Il ius dell'interpretazione conforme, di un'ermeneutica per valori e principi, anziché di regole, ha ingannato e superato il metodo dell'esegesi riconvertendolo nella riscrittura di un *open text*. C'è così tanto ius, che se si dovesse riscrivere onestamente la legge suprema, solo in qualche caso la si potrebbe conservare nel testo licenziato dai costituenti.

⁷³ Descrizione in M. DONINI, *Populismo e ragione pubblica*, cit., § 10; M. BARBERIS, *Una filosofia del diritto per lo Stato costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2017, 45 ss. V. anche D. LUBAN, *The Legacies of Nuremberg* (1987), in ID., *Legal Modernism*, The University of Michigan Press, 1994, 335 ss. E *amplius* Z. BAUMAN, *Modernity and the Holocaust* (1989), tr. it. *Modernità e Olocausto*, Bologna, Il Mulino, 2010, 125 ss., 131 ss.

⁷⁴ Una rinascita varie volte celebrata sino a tempi assai recenti: per tutti F. VIOLA, *Natural law Theories in the twentieth Century*, in E. PATTARO, C. ROVERSI (Eds.), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*. Vol. 12: *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World*, Dordrecht, Springer, 2016, 45 ss. (versione on-line); N. BIGGAR, R. BLACK (Eds.), *The Revival of Natural Law. Philosophical, theological and ethical responses to the Finnis-Grisez School*, London and New York, Routledge, 2000; v. pure T. SCANDROGLIO, *La teoria neoclassica sulla legge naturale di Germain Grisez e John Finnis*, Torino, Giappichelli, 2013; per il dibattito giuridico tedesco v. L. FOLJANTY, *Recht oder Gesetz. Juristische Identität und Autorität in den Naturrechtsdebatten der Nachkriegszeit*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013.

⁷⁵ Cfr. G. PALOMBELLA, *È possibile una legalità globale? Il Rule of law e la governance del mondo*, Bologna, Il Mulino, 2012.

7. *Gesetz und Recht*, e la superiorità del *ius* rispetto alla *lex* nel pensiero contemporaneo.

7.1. La superiorità del *ius* alla *lex* o la irriducibilità della legge a un principio maggioritario riemerge per altre vie. I sistemi di common law celebrano il *Rule of Law* (primato del diritto, principio di una normazione che non ha neppure bisogno di essere scritta) quale mitologia giuridica della legalità ordinatrice⁷⁶, della soggezione dello Stato (governo, regnante) alla “*law*”, e insieme a ciò il pensiero della creazione collettiva del *common law* come cuore pulsante della legalità originaria, sintesi “razionale” di tutte le *rationes decidendi*⁷⁷, le più razionali possibili (e dunque *ius*!) perché non rappresentano l’atto di un singolo giudice o di una parte politica; e si cita spesso, in area anglo-americana, il principio per cui il Governo, nella piena separazione dei poteri, deve essere “a government of laws and not of men”: un principio che invero risale a Platone e Aristotele⁷⁸, ma poi ripreso nella “storica” Costituzione del Massachusetts del 1780 (§ XXX) –. Tali sistemi tuttavia non hanno, come sappiamo, le parole per differenziare i due termini *lex* e *ius*: la norma decisa dal potere politico e quella controllata razionalmente. E il diritto consuetudinario (*common law*), che non è deciso dal potere politico, è appunto anch’esso “*law*”.

7.2. Invece, nell’ordinamento della Repubblica federale tedesca *Gesetz* e *Recht*, legge e diritto, non solo sono linguisticamente ben differenziati come in molte lingue europee⁷⁹, ma sono addirittura previsti nella legge fondamentale, all’art. 20 Abs. 3 del Grundgesetz, là dove si dice, sancendo la divisione dei poteri, che il potere esecutivo e la giurisprudenza sono vincolati alla legge e al diritto⁸⁰. Anche la giurisprudenza è vincolata al diritto, che non va letto come un suo esclusivo “prodotto”, e dunque non coincide col diritto giurisprudenziale. Questa previsione, che non ha eguali nelle altre costituzioni a noi note, risente storicamente del giudizio critico verso l’atteggiamento di supina obbedienza a leggi e ordini durante il nazionalsocialismo, ed è normalmente intesa esprimere un limite di giustizia al principio di legalità formale: la legge per essere

⁷⁶ Da una letteratura immensa rinvio qui specificamente, oltre che a R. HAZELL, J. MELTON (Eds.), *Magna Carta and its Modern Legacy*, Cambridge Univ. Press, 2015; A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*⁹, London, Macmillan and Co., 1956, 183 ss.; T. BINGHAM, *The Rule of Law*, London, Penguin, 2011, 8 ss.; cfr. G. PALOMBELLA, *È possibile una legalità globale? Il Rule of law e la governance del mondo*, cit., 32 ss., 195 ss. e passim; T.R.S. ALLEN, *The Sovereignty of Law*, Oxford Univ. Press, 2013, 88 ss.; P. R. WOOD, *The Fall of the Priests and the Rise of the Lawyers*, Oxford and Portland, Oregon, Hart. Publishing, 2016, 53 ss., nonché a G. PINO, V. VILLA, a cura di, *Rule of Law. L’ideale della legalità*, Bologna, Il Mulino, 2016.

⁷⁷ M. BARBERIS, *Possono governare le leggi? Il dilemma del rule of law*, in G. PINO, V. VILLA, a cura di, *Rule of Law. L’ideale della legalità*, cit., 13 ss., 16 s.; G. PALOMBELLA, *È possibile una legalità globale?*, cit., 35 ss.

⁷⁸ PLATONE, *Politico*, 294, 297 d-e, 300a-c; ARISTOTELE, *Politica*, III, 16, 1287 b.

⁷⁹ Per una rassegna cfr. C. STARCK, *Gesetz und Recht* (orig. 2012), in ID., *Woher kommt das Recht?*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015, 31.

⁸⁰ Cfr. per es. i commenti di M. SACHS, *Art. 20/103 ss.*, in ID. (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*⁷, München, Beck, 2014, 834 ss.; F. OSSENBÜHL, *Gesetz und Recht – Die Rechtsquellen in demokratischen Rechtsstaat*, in J. ISENSEE, P. KIRCHHOF (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. V, Heidelberg, Müller, 2007, 137 ss. (§ 100/ 4 ss., spec. 14-18) e di K.P. SOMMERMANN, *Art. 20, Abs. 3/265-266*, in MANGOLDT/KLEIN/STARCK/HUBER/VOßKUHLE (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*⁷, Band 2, München, Beck, 2018, 117 s.

diritto non deve risultare totalmente ingiusta. Il *ius/Recht* esprime questa istanza. La disposizione è stata infatti inserita sull'onda dell'influenza della *formula di Radbruch*⁸¹ e della radicale critica agli eccessi del giuspositivismo ivi contenuta, e da allora non si è più liberata di questa matrice primigenia. Un limite al giuspositivismo cieco è per Radbruch l'esistenza di un *ius* superiore che lo può correggere e integrare, e che può valere nei casi estremi quando l'ordinamento stia diventando uno Stato dell'ingiustizia o dell'illecito, un *Unrechtsstaat*⁸².

7.3. Tale eredità si registra nella successiva giurisprudenza della Corte costituzionale tedesca⁸³, dove peraltro è presente un secondo motivo importante: il "Recht" è anche un correttivo della legge scritta ("Gesetz") guadagnato attraverso quell'opera di perfezionamento giuridico che nella lingua tedesca si esprime col termine "Rechtsfortbildung", il quale è un prodotto virtuoso dell'ermeneutica⁸⁴. È una componente del *ius* nel significato composito che abbiamo illustrato (*supra*, § 1). Sennonché non c'è davvero bisogno di una previsione costituzionale per dar conto di questo aspetto dell'esperienza normativa: esso esiste a prescindere, e ogni giudice opera dentro a un *ius* preconstituito che lo deve condizionare. Se ci si limita invece al contenuto *davvero prescrittivo* dell'art. 20, comma 3, della legge fondamentale della Repubblica federale, va osservato che i giuristi tedeschi non hanno mai saputo riempire la loro norma costituzionale di un contenuto che non sia vago (indefinibile in positivo). Tale regola resta legata a un concetto giusnaturalistico di *ius* come diritto *superiore* alla legge o non scritto, che vale per i *casi estremi*, essendo questo diritto in linea di principio già contenuto e non contraddetto nelle stesse leggi ordinarie e costituzionali⁸⁵. Tra Cicerone e Sofocle: *ius naturae* legittimante e ἄγραφοι νόμοι delegittimanti⁸⁶.

7.4. Il pensiero che il *ius* debba sempre essere superiore alla *lex* è del resto messo in crisi dagli esempi di evoluzione autoritaria e illiberale di un ordinamento, che in tal caso produce sempre più un *ius* – non solo leggi – contrapposto a precedenti *leges* liberali, sostituendole progressivamente⁸⁷. L'ancoraggio del *ius* anche a principi

⁸¹ Sull'origine storica della norma costituzionale in oggetto cfr. B. HOFFMANN, *Das Verhältnis von Gesetz und Recht. Eine verfassungsrechtliche und verfassungstheoretische Untersuchung zu Art. 20 Abs. 3 GG*, Duncker & Humblot, Berlin, 2003, 32 ss., 51 ss.

⁸² G. RADBRUCH, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, in *Süddeutsche Juristenzeitung*, 1946, trad. it. in A.G. CONTE, P. DI LUCIA, L. FERRAJOLI, M. JORI, (a cura di), *Filosofia del diritto*, Milano, Cortina ed., 2002, 149 ss. Rinvio per tutti al libro di G. VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2001.

⁸³ B. HOFFMANN, *Das Verhältnis von Gesetz und Recht*, cit., 61 ss.

⁸⁴ B. HOFFMANN, *Das Verhältnis von Gesetz und Recht*, cit., 75 ss. Cfr. criticamente W. FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts*, Bd. IV, Tübingen, Mohr, 1977, 131 ss.

⁸⁵ Istruttive le due monografie di B. HOFFMANN, *Das Verhältnis von Gesetz und Recht*, cit., e di L. FOLJANTY, *Recht oder Gesetz*, cit.; v. pure C. STARCK, *Gesetz und Recht*, cit., 31 ss.

⁸⁶ Per questa lettura del giusnaturalismo "legittimista" di Cicerone, rispetto ai nomoi non scritti della tradizione ellenica, v. A. SCHIAVONE, *Ius*, cit., 249 ss., 256 s. D'altro canto, il modello ciceroniano era quello degli Stoici, e dunque si fondava sull'idea di un Logos universale, su una ragione universale che era legge in senso strutturale, sia fisiologico e sia deontologico: così perpetuando e anche fondando quella sorta di fatale "equivoco" di un concetto naturalistico (scientifico-nomologico) ed etico-giuridico *insieme* della "natura".

⁸⁷ Per simili esempi tratti dall'esperienza del nazismo, cfr. G. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Torino, Einaudi, 2009, 16 ss.

sovraordinati garantisce solo in parte da simili derive, perché ognuno sa che possono mutare le letture delle Carte fondamentali sino a trasformarle profondamente in guarentigie formali. L'esperienza ermeneutica insegna che quasi ogni regola, in un mutato contesto, può operare con effetti opposti a quelli che produceva nella situazione precedente.

7.5. In questo studio, peraltro, non viene utilizzato il termine *ius* come diritto superiore non codificato, essendo il *ius* un diritto pur sempre interno e immanente all'ordinamento positivo: ogni valutazione critica di tale ordinamento e ogni eventuale principio ritenuto superiore si esprimono dentro al *ius* che interpreta le *leges*, ma restano formalmente una lettura del *ius positum*.

Fuori di esso ci sono la politica e i diritti non (o non ancora) giuridicamente riconosciuti. Il *ius non scriptum* resta un capitolo fondamentale della storia del pensiero giuridico e delle sue fonti⁸⁸, ma non costituisce la base teorica della presente grammatica.

7.6. Ogni ulteriore idea di un *ius* superiore alla *lex*, diverso dal diritto contenuto in fonti giuridiche sovraordinate ma positive, corrisponde ancora oggi a premesse o postulati delle correnti neo-giusnaturalistiche. Non è ora possibile affrontare un commento di tali posizioni che riecheggiano peraltro nelle origini greco-romane dei *nomoi* e del *ius naturale* cui si farà cenno al § seg. Quest'eredità culturale non restituisce che un aspetto fra i tanti del rapporto dialettico ben più complesso tra *lex* e *ius*, e alla fine conserva oggi uno spazio operativo residuale⁸⁹ rispetto ai prodotti ormai pletorici, sovrabbondanti e inflazionati di tutte le regole e di tutti i principi presenti negli ordinamenti giuridici: perché 'dentro' a queste fonti sarà normalmente possibile valorizzare principi non scritti, impliciti, di razionalità etico-giuridica. Il problema è che si può ammettere che le 'vere radici' di principi e diritti non siano in un mero testo scritto; ma ancora non si è deciso quale sia il loro *ubi consistam*: se egualmente giuridico, e dunque *ius*, oppure extragiuridico.

8. Dal diritto ai diritti. Differenze del diritto naturale classico dal *ius*.

8.1. Il diritto naturale è sempre stato un *ius* non positivo ora (e soprattutto) sottinteso alle leggi come convergenza tra legge, ragione e/o natura, ora (più eccezionalmente e soprattutto modernamente) in vera dialettica con la *lex*⁹⁰. Dal Seicento

⁸⁸ S. MEDER, *Ius non scriptum. Tradizioni della produzione privata del diritto*, Napoli, Ed. Scientifica, 2011, 10 ss.

⁸⁹ Residuale è lo spazio "operativo". È tuttavia ancora vitale l'idea che il *ius positum* abbia un'anima non scritta in regole morali sottintese a molte sue significative regole portanti. È solo in virtù di queste regole non scritte che esso risulta vincolante in coscienza, come è necessario che avvenga perché "funzioni davvero". Non saranno i precetti legali a pretendere interiorità, ma questo esito (l'interiorizzazione) viene da essi dato per implicito, ammesso per il funzionamento del sistema: è uno degli aspetti del "paradosso di Böckenförde", cioè del fatto che lo Stato liberale secolarizzato vive di presupposti che non può garantire, perché ne contraddicono l'essenza.

⁹⁰ Utili descrizioni storiche che non si mescolano a costanti pre-giudiziali filosofiche, in H. WELZEL, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit* (1951, 1962), tr. it. *Diritto naturale e giustizia materiale*, Milano, Giuffrè, 1965, 55 ss., 71 ss., 163 ss.; A. PASSERIN D'ENTREVES, *La dottrina del diritto naturale*, cit., *passim*; da posizioni

in poi, peraltro, tanto i costruttori dello Stato assoluto, così come i suoi critici, si sono basati su fonti ed eredità giusnaturalistiche, perché solo quelle radici argomentate in chiave razionalistica assicuravano l'uscita dalle divisioni religiose e uno strumento riconosciuto di dialogo, una grammatica comune.

C'è poi stato un passaggio decisivo: dal diritto (naturale) ai diritti (naturali, poi umani, poi fondamentali)⁹¹.

8.2. I diritti fondamentali (a base costituzionale o sovralegislativa) non sono i diritti naturali. Essi presentano una struttura molto più fondante quali fonti di molti *altri* diritti, doveri, poteri, facoltà⁹², ma non hanno basamento nell'ordine del mondo: sono essi stessi i pilastri di un nuovo ordine⁹³. Essi hanno trasformato il diritto naturale, che era nella "natura delle cose", in affermazioni deontologiche apriori, che *non derivano* "dalla natura", o genericamente "dalla ragione", risultando adesso come fonti etico-giuridiche indipendenti di rango sovralegislativo e poi costituzionale, e che sono "realtà già normative" esse stesse: "i diritti", non la legge "di natura", o la *naturalis ratio* come basi argomentative⁹⁴.

8.3. Questo ha permesso illusoriamente di ritenere superata la grande divisione tra essere e dover essere, dato che il fondamento ultimo dei diritti fondamentali non è evidentemente "positum" finché non sono scritti in un testo costituzionale. Superamento illusorio, perché ogni volta che si cerca di "giustificare" un singolo diritto fondamentale il problema si ripresenta⁹⁵: però tali diritti possono essere giustificati sia su base intuitiva, sia emotiva, sia discorsiva, sia razionalistica, sia utilitaristica, sia giusnaturalistica, sia religiosa. Essi presentano tante chiavi di lettura da guadagnare margini del più ampio consenso. È un'offerta quasi da supermercato.

8.4. È stato detto che quando "nasce" la separazione del diritto dalla morale, con Cristiano Thomasius, e la morale si qualifica per una dimensione coscienziale che il

tutte paradigmaticamente diverse e ideologicamente più orientate, J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights* (2011²), cit., 36 ss., 198 ss.; N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, Edizioni di Comunità, 1972, 127 ss., 161 ss., 190 ss.; G. FASSÒ, *La legge della ragione*, Bologna, Il Mulino, 1966, 17 ss., 69 ss., 128 ss., 213 ss.; L. STRAUSS, *Natural Right and History* (1953), tr. it. *Diritto naturale e storia*, Venezia, Neri Pozza, 1957, 28 ss., 127 ss., 167 ss.

⁹¹ Sul passaggio storico-linguistico v. J. GRIFFIN, *On Human Rights*, New York, Oxford Univ. Press, 2008, 9 ss.; B. TIERNEY, *Origine del linguaggio dei diritti naturali: testi e contesti (1150-1250)*, in ID., *The Idea of Natural Rights*, tr. it. cit. 71 ss., 449 ss., 460 ss.; v. pure K. HAAKONSEN, *Natural Law and Moral Philosophy. From Grotius to the Scottish Enlightenment*, Cambridge University Press, 1996, 310 ss. F. OAKLEY, *Natural Law, Laws of Nature, Natural Rights: Continuity and Discontinuity in the History of Ideas*, cit., 89 ss. Preferisce usarli come sinonimi, in prospettiva neogiusnaturalistica, J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, cit., 198 s.

⁹² Illustrando Hohfeld e oltre, v. la disamina di G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2010, 77 ss. e passim.

⁹³ Sovrappone questi piani e riporta tutto a una presunta continuità col vecchio diritto naturale J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, cit., 198 ss.

⁹⁴ F. OAKLEY, *Natural Law, Laws of Nature, Natural Rights*, cit., 87 ss.

⁹⁵ Illustra il carattere esclusivamente morale dei diritti umani, appartenenti alla dimensione "ideale" del diritto prima che siano tradotti in norme costituzionali, entrando così nella dimensione "reale" del diritto, R. ALEXY, *The Ideal Dimension of Law*, in G. DUKE, R. P. GEORGE (Eds.), *The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence*, Cambridge Univ. Press, 2017, 337 s.; ID., *The Existence of Human Rights*, in *Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, 2013, supplement 136, 9 ss.

diritto, che regola rapporti esterni, non ha, si produce allora una componente giuridica essenziale al giuspositivismo: il *ius* è *positum*, è esterno, e il vecchio diritto naturale, che non era *positum* e in effetti vincolava in coscienza, non può più essere concepito come “diritto”⁹⁶. Se il vecchio *ius* naturale non è diritto, deve riconvertirsi in morale o in filosofia del diritto. E in effetti nel linguaggio filosofico dell’Ottocento tedesco *Naturrecht* e *Rechtsphilosophie* sono praticamente sinonimi. Anche i diritti possono ormai nascere da lì, in quel contesto, prima di diventare *ius*.

8.5. Tutto ciò considerato, il *ius* contiene oggi sia principi a priori (fondamentali, ma positivizzati), sia principi sistematici (a posteriori, empiricamente riscontrabili nel sistema vigente), sia prodotti dell’ermeneutica delle regole positive la cui interpretazione è diritto e non semplicemente legge. Nessuna di queste realtà è *lex*, anche se “conforme a” uno schema legislativo di rango superiore o ordinario.

8.6. Resta la domanda: le leggi Antigone che fine fanno in questa dicotomia? Sono già diritti fondamentali? Quelle “leggi”, cioè le leggi di ragione degli stoici, di Cicerone⁹⁷, le leggi che per gli antichi accomunavano uomini e dèi, il *nomos* di Platone, le norme che San Tommaso ripartiva tra legge divina, naturale e positiva, che Hobbes enumerava in un catalogo di diritti naturali, sono ovviamente ‘fonti’ disperse e immanenti sia nelle *leges* e sia nel *ius*: ma *lex* e *ius*, nel discorso qui svolto, sono tutte realtà giuridiche di *diritto positivo* o correlate a un diritto positivo. È sempre «il *ius* di una *lex*» quello di cui è discorso. Gli elementi di razionalità sia intrinseca e sia estrinseca al dato testuale o a quello ricostruttivo del *ius* vivono nella dimensione storica e sociale del diritto pensato e applicato. Non hanno bisogno di essere letti in qualche firmamento, in qualche luogo alieno, *in the backdoor of the Universe*. Senza quel pensiero e quella volontà che le rendono vive, infatti, le leggi non hanno mai avuto consistenza, ma dopo il giuspositivismo è stato ed è solo possibile ricondurre tutto a un testo, in modo diretto o indiretto, pur sapendo che non è da quel testo che si può “dedurre” o “inferire” il suo contenuto integrale.

8.7. L’ermeneutica moderna autorizza che nella gestione di un enunciato anche il lettore persegua obiettivi che non sono quelli dell’autore⁹⁸, purché si osservi la regola del gioco: nessun testo normativo nuovo viene scritto dall’interprete, che deve trovare o ricostruire significati potenzialmente precostituiti. Ma dopo l’interpretazione e le nuove “norme” che ne risultano per effetto di numerosi e impercettibili passaggi intermedi, potrebbe essere più onesta e chiara un’opera di riscrittura⁹⁹.

⁹⁶ H. WELZEL, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit* (1951, 1962), tr. it. cit., 248 ss.

⁹⁷ Cfr. M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne* (1975), tr. it. cit., 367 ss., 381 ss.; L. STRAUSS, *Natural Right and History* (1953), tr. it., cit., 150 ss., 157 ss.; H. WELZEL, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, tr. it. cit., 55 ss.

⁹⁸ Cfr. U. ECO, *I limiti dell’interpretazione*, Bompiani, Milano 1990, 22 ss., 325 ss., 323 ss.; ma soprattutto H. G. GADAMER, *Wahrheit und Methode*³, Tübingen, 1972, trad. it. *Verità e metodo*², cit., 211-238, 358 ss., 376 ss. e *passim*.

⁹⁹ Se la riscrittura (teorica o potenziale) riguarda la disposizione a seguito del formarsi di un deposito di casi aggiuntisi nel tempo, ciò sarà solo il prodotto di un’evoluzione ermeneutica di un ‘tipo’ legislativo. Se, invece, tale riscrittura dovesse imporsi per effetto dell’impiego della regola rispetto a un solo nuovo caso, questa revisione del ‘tipo’ sarà il test per scoprire la presenza di un procedimento per es. analogico, magari

In questo spazio che separa l'enunciato dal lettore, data l'enorme quantità di fonti esistenti, ci sono molte possibilità per l'uso argomentativo di diritti e di razionalità che l'autore del testo non ha voluto o potuto tenere presenti.

9. Quale ruolo per la comparazione tra *iura* e *leges*.

9.1. Quanto descritto dischiude anche un modo corretto di intendere la comparazione, il cui oggetto originario è il *ius*, anche se ora è divenuto fonte ispiratrice delle *leges*.

Al principio del Novecento la situazione venne impostata in modo accomodante per il nazionalismo "scientifico". Poiché comparare comportava il rischio di importare culture e politiche estere, occorreva assegnare al metodo comparato una *funzione meramente descrittivo-conoscitiva*: si permetteva così di sostenere che fosse una vera scienza in senso kelseniano¹⁰⁰, perché non comprometteva la politica. La successiva *funzione prescrittiva* doveva restare riservata alla dogmatica nazionale.

9.2. Questa operazione è realizzata per il diritto penale tedesco da Radbruch¹⁰¹, al tempo della più grandiosa opera di rappresentazione comparata del diritto penale del tempo, la *Vergleichende Darstellung* del diritto penale tedesco e di quello straniero¹⁰²: un'opera per la riforma, non per l'interpretazione. Un episodio davvero importante della storia del pensiero giuridico si registra al riguardo nella contrapposizione tra Franz von Liszt, il grande criminalista che credeva in una scienza (penale) di dimensione sovranazionale¹⁰³, e il suo allievo Gustav Radbruch, che ha conservato alla dogmatica

implicito. Per l'impiego di questo test dell'analogia v. M. DONINI, *Fattispecie o case law? La "prevedibilità del diritto" e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza*, in *Questione giustizia*, n. 4/2018, 92 ss.

¹⁰⁰ Per intenderci è il modello sacchiano della comparazione, neutrale e "scientificamente" descrittiva. Cfr. R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, cit., 5 ss. R. SACCO/A. GAMBARO/P.G. MONATERI, voce *Comparazione giuridica*, in *Dig. Disc. Priv. – sez. civ.*, vol. III, 1988, 48 ss. V. pure A. GAMBARO, *The Trento Thesis*, 2004, 1 ss. (formato elettronico); P.G. MONATERI, *Comparazione, critica e civilistica. Diritto e latenza normativa a dieci anni dalle Tesi di Trento*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, 453 ss. Ne abbiamo trattato criticamente in M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, Giuffrè, 2004, 188 ss. Per la giusta valorizzazione di una comparazione critica v. G. FRANKENBERG, *Comparative law as Critique*, Cheltenham (UK), Northampton (USA), Edward Elgar, 2016, 32 ss. e *passim*; A. SOMMA, *Introduzione al diritto comparato*, cit., 3 ss., 37 ss., 47 ss., 58 ss. e *passim*.

¹⁰¹ Nel senso che la dogmatica sia un'attività legata essenzialmente al diritto positivo nazionale, e la comparazione sia una disciplina autonoma, con finalità conoscitiva anziché applicativa: non quindi un metodo costitutivo della ricerca dogmatica v. G. RADBRUCH, *Über die Methode der Rechtsvergleichung*, in *MSchrKrim*, 1905/1906, 422 ss. Cfr. in merito quanto osservato in M. DONINI, voce *Teoria del reato*, in *Dig. Disc., pen.*, XIV, 1999, 241 nota 83; ID., *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto tra diritto penale e politica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 49-53.

¹⁰² K. BIRKMEYER E ALTRI (Hrsg.), *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allgemeiner und Besonderer Teil*. Vorarbeiten zur Deutschen Strafrechtsreform. Herausgegeben auf Anregung des Reichs-Justizamtes, Bd. I-IX, Otto Liebmann Berlin, 1908-1909.

¹⁰³ F. VON LISZT, *Das "richtige Recht" in der Strafgesetzgebung*, in *ZStW*, 26, 1906, 553, anche in K. ZWEIKERT/H. PUTTFARKEN (Hrsg.), *Rechtsvergleichung*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1978, 57 ss.; ID., *Zur Einführung*, in ID. (Hrsg.) *Das Strafrecht der Staaten Europas*, Berlin, Liebmann, 1894, XXIV s.

giuridica una funzione e un destino nazionalistici e alla comparazione un indirizzo puramente conoscitivo (degli ordinamenti stranieri), ma non dogmatico-ermeneutico¹⁰⁴. Questa precisa *actio finium regundorum* paralizzava l'uso ermeneutico della comparazione, escludendo la considerazione di testi o culture straniere dalle elaborazioni di "scienza giuridica positiva" nazionale. Nazionalismo e sovranismo del diritto penale si sono così perpetuati, nella tradizione penalistica tedesca, lungo tutto il Novecento. Ma non è stato diverso l'esito per la cultura francese o per quella dei vari paesi di *common law*.

9.3. Se si dice viceversa che la comparazione è «costitutiva per il metodo della dogmatica giuridica»¹⁰⁵, ciò rappresenta un attacco o un limite al nazionalismo dei precetti, alla loro politicità, alla stessa possibilità di pensare a un *crimen laesae maiestatis*, a delitti politici che siano nazionali per definizione¹⁰⁶. La dogmatica penale è sempre stata nazionale, e quando ha pensato di elevarsi a contenuti di razionalità sovranazionale o universale, solo eccezionalmente si è basata sulla comparazione, ma per tradizione sul giusrazionalismo. Gli esempi del diritto penale dei filosofi illuministi, quello del *Programma di diritto criminale* di Francesco Carrara nell'Ottocento, o del finalismo di Hans Welzel nel Novecento, sono del tutto paradigmatici¹⁰⁷.

9.4. Le cose non sono andate diversamente, quanto ad aperture comparatistiche dei commenti al *ius positum*, per il diritto penale francese e di *common law*, come detto. Solo i Paesi a più marcata influenza straniera si sono dimostrati aperti culturalmente ad ospitare linguaggi, categorie e tradizioni di diversa provenienza nazionale. Ciò significa che nella loro cultura di base le tradizioni penalistiche dei Paesi più forti sul piano politico-economico sono nazionaliste: sono "scienze nazionali". Al punto che la comparazione, se declinata in chiave più critico-costruttiva, è stata vista come una disciplina "sovversiva"¹⁰⁸.

9.5. Quali esiti implica questo dato per la comprensione del *ius* di fronte alla *lex*? Il discorso svolto sembra più offrire la base per una delegittimazione "scientifica" del diritto di quelle tradizioni nazionaliste, e del diritto penale in particolare. In parte è proprio così. Ma non del tutto. A dispetto di quelle tradizioni, esistono categorie comuni

¹⁰⁴ V. nota 101 *supra*.

¹⁰⁵ In termini M. DONINI, voce *Teoria del reato*, *loc. ult. cit.* Per altri richiami penalistici v. gli AA. cit. in ID., *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., cap. VI, nota 108.

¹⁰⁶ Sui delitti politici quale materia insuscettibile di un'analisi scientifica, cfr. il famoso rifiuto di Francesco Carrara di commentarli nel suo "Programma": F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, vol. VII, Tip. Canonetti, Lucca, 1870, § 3913 ss., 3939-3940. V. sul tema M. SBRICCOLI, *Dissenso politico e diritto penale in Italia tra Otto e Novecento. Il problema dei reati politici dal Programma di Carrara al Trattato di Manzini*, in *Quaderni fiorentini*, 1973, 607 ss., 638 ss.

¹⁰⁷ V. sul contributo del (o di argomenti di) diritto naturale (o giusrazionalistici) allo sviluppo della comparazione giuridica R. WILCOX, A. CARTY (Eds.), *Natural Law and Comparative Law*, London, Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2015.

¹⁰⁸ *Ex plurimis*, G. P. FLETCHER, *Comparative Law as Subversive Discipline*, in *Am. Journal of Comparative Law*, 1998, 683 ss.; H. MUIR WATT, *La fonction subversive du droit comparé*, in *Revue internationale de droit comparé*, 52, 2000, 503 ss.; A. SOMMA, *Introduzione al diritto comparato*, cit., 5 ss., 37 ss., 47 ss., 58 ss. e *passim*. V. pure G. FRANKENBERG, *Comparative law as Critique*, Cheltenham (UK), Northampton (USA), Edward Elgar, 2016, 21, 32 ss.

e principi comuni, che restano sovranazionali¹⁰⁹. Ma sul piano delle scelte politiche di fondo la limitazione alla sovranità degli Stati è dipesa non dalla persuasione dell'esistenza di "strutture ontologiche" (per es. Welzel) o di saperi di assoluta razionalità pre-positiva (per es. Carrara), ma soprattutto da vincoli istituzionali e politici di tipo internazionale o sovranazionale (per es. Delmas-Marty)¹¹⁰, quali contenuti ad esempio nei trattati europei, nelle Convenzioni e nella giurisprudenza delle Corti internazionali.

9.6. Il diritto europeo ha prodotto più internazionalizzazione che cent'anni di comparazione penalistica: una comparazione "descrittiva", quella di molti studiosi, che alla fin dei conti non ha abituato alla comparazione giuridica *dentro* ai diritti nazionali, cioè alla dogmatica comparata¹¹¹, perché i Paesi più forti hanno sempre fatto usare la comparazione agli altri per esportare i propri modelli, anziché cercare un vero dialogo tra non pari o in chiave intenzionalmente costruttiva di una tradizione comune.

9.7. Se il diritto europeo ha internazionalizzato e messo in dialogo modelli giuridici differenti, non sempre ha accresciuto una vera comparazione dentro alle tradizioni scientifiche nazionali di diritto positivo. Il diritto comparato è spesso posto in alternativa ai diritti "positivi", non avendo la funzione specifica di commentarne uno qualsiasi in chiave applicativa. Tuttavia, se l'angolo visuale è quello del dogmatico che fa comparazione, che la usa per scopi di ricostruzione anche nazionale del diritto e della sua applicazione, la funzione critico-costruttiva della comparazione ne risulta esaltata.

Anzi. La dogmatica comparata – metodo seguito da una minoranza di giuristi nel mondo, anche se ci onoriamo di far parte di questa minoranza – può esser vista come una indebita ibridazione, se non una contraddizione in termini, o un tradimento politico, al cospetto di una lettura tradizionale nazionalista o sovranista.

Ovviamente la dogmatica comparata va condotta sul *ius*, sugli istituti, sui formanti, non solo sulle *leges*. È un prodotto che a sua volta elabora *ius*, ma se diventa dogmatica di principi (anziché di categorie e di istituti), il suo tasso di incidenza politica cresce fortemente, moltiplicandosi a cascata nella lettura di molte disposizioni.

¹⁰⁹ *Amplius*, M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, Giuffrè, 2011, 173 ss., 178 ss.

¹¹⁰ M. DELMAS-MARTY, *Il diritto penale come etica della mondializzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 3 ss.; ID., *Chaire d'études juridique comparatives et internationalisation du droit*, Collège de France, Fayard, Paris, 2003; ID., *L'influence du droit pénal comparé sur l'activité des Tribunaux pénaux internationaux*, in AA.VV., *Crimes internationaux et juridictions internationales*, a cura di A. CASSESE/M. DELMAS-MARTY, Puf, Paris, 2002, 95 ss.

¹¹¹ Sulla dogmatica comparata quale tratto costitutivo del metodo scientifico, per il diritto penale, cfr. M. DONINI, voce *Teoria del reato*, cit., nonché gli AA. cit. in M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale*, cit., cap. IV, nota 14; v. pure ID., *An impossible Exchange? Prove di dialogo tra civil e common lawyers su legalità, morale e teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 14 ss.

10. Un *ius* senza padroni. La giurisprudenza come dottrina o come casistica, tra *ius* e diritto-fonte.

10.1. Attualmente l'unificazione del *ius* è opera delle grandi Corti, non meno che delle Carte dei diritti e delle leggi armonizzatrici transnazionali. Sennonché la sua produzione dipende dai processi, da diversi attori, ed è illusorio e sbagliato pensare che il divieto di citare la dottrina, operante in Italia, o la pratica di evitare di farlo, nei diversi ordinamenti, sia garanzia di indipendenza, o estromissione di "pensiero dottrinale". Infatti, non è per nulla chiaro se il potere degli studiosi, quando interpretano semplicemente, sia davvero uguale o diverso dal potere ermeneutico dei giudici ordinari, il cui *Richterrecht* vale come *Juristenrecht*.

10.2. Dottrina *vs.* giurisprudenza non equivale a interpretazione *vs.* diritto. La giurisprudenza fa dottrina e fa diritto, al pari dello studioso. Con una differenza principale: che produce in documenti pubblici un diritto casistico nel segno della divisione dei poteri, mentre il raccordo dei casi col *ius* non è opera solo giudiziale. Il vero potere giudiziale non è di costruire regole generali, ma regole concretizzate, adattando al caso regole rilette dentro e attraverso un *ius* che non appartiene a una singola istituzione.

10.3. Quando la giurisprudenza acquista di fatto o di diritto carattere vincolante, si trasforma in giurisprudenza-fonte, fonte di diritto, ciò che la dottrina (e la giurisprudenza che non sia vincolante) non è. Ma quando non è fonte – e normalmente non lo è – la giurisprudenza resta dottrina nell'attività ermeneutica in generale. Può solo convincere con argomenti. Del tutto illusoria appare quindi la sua "autorevolezza" solo perché depositata in decisioni autoritative: spessissimo, invece, non ha nessuna autorevolezza generale, ma solo sui singoli casi decisi, essendo compito primario del giudice risolvere una controversia tra parti determinate, non problemi generali, ermeneutici o meno che essi siano. Quando i romanisti parlano del *ius* civile come diritto giurisprudenziale, non distinguono tra diritto giurisprudenziale e diritto dottrinale. È così invalso un uso della categoria "diritto giurisprudenziale" inteso come *diritto dei giuristi* (*Juristenrecht*)¹¹², che si affianca in modo confuso all'impiego contemporaneo del termine inteso come *diritto dei giudici* (*Richterrecht*).

10.4. Qui intendiamo invece per diritto giurisprudenziale solo quello dei giudici, evitando che la *deminutio* del valore del diritto dottrinale nel sistema attuale delle istituzioni offuschi la comprensione del *ius* come categoria universale¹¹³. Per non appiattare il *ius* sulla legge, sulla natura o sul ruolo istituzionale dell'interprete, occorre che si chiarisca bene quanta parte ha l'ermeneutica della dottrina stessa per la

¹¹² Per es. L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1975, 468 ss. e *passim*; A. SCHIAVONE, *Ius*, cit., 92 ss. e *passim*.

¹¹³ Rinvio, per una ricostruzione in chiave penalistica, a M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in *DPC*, 6 giugno 2016, 1 ss., poi in *DPC- Riv. trim.*, n. 3/2016, 13-38, e anche in A. CADOPPI, a cura di, *Cassazione e legalità penale*, Dike, Roma, Dike, 2017, 77-122, e ora alla monografia di D. PERRONE, *Nullum crimen sine iure. Il diritto penale giurisprudenziale tra dinamiche interpretative e nuove istanze di garanzia*, Torino, Giappichelli, 2019.

formazione del ius. Le “massime” giudiziali non sono ius, ma solo suoi frammenti. Chi cita una massima non ha infatti ancora motivato una decisione.

10.5. La dottrina perciò, prima ancora di elevarsi a pensiero scientifico, o anche solo a “dogmatica”, non è mera “attività” privata di interpretazione o riorganizzazione intellettuale della legge (o del diritto già esistente), una “*opinio iuris*” immaginata capace di diventare “diritto” solo se accolta dai giudici. La legge, infatti, non esiste come *contenuto cognitivo* di una prescrizione, se non all’esito del processo interpretativo. La legge esiste *intellettualmente* solo come ius. Senza il ius ci sono gazzette ufficiali, ordini individuali, comandi, giudicati, massime, o precettistiche per la pubblica amministrazione o per gli ufficiali giudiziari, perché non appena le prescrizioni si generalizzano, esse esigono continui adattamenti e riequilibri. La dottrina, dunque, è deposito del ius. Il problema vero è identificarla, raccoglierla dalla polverizzazione delle opinioni dei singoli. Per questo esistono i commentari, i trattati, le enciclopedie, e non solo le Sezioni Unite. Chi scrive un commentario ha infatti un onere di ricostruzione del ius molto delicato e importante.

10.6. Quanto appena detto non è affatto scontato. Anzi. Ha un contenuto potenzialmente rivoluzionario. Tradizionalmente, infatti, la dottrina è vista come opinione: δόξα, dogma, *opinio iuris*, sono quasi sinonimi di dottrina. Ciò significa che non si è mai affermato davvero *il valore della dottrina come diritto*, come *Juristenrecht*, come ius, se non negli studi di storia del diritto romano, comune etc. Ma se la stessa “dottrina” (*opinio iuris*, interpretazione) si ritrova in una sentenza, secondo il lessico quotidiano essa improvvisamente diventa giurisprudenza, cioè qualcosa di maggiormente importante in apparenza, perché pubblico, recepito in un documento istituzionale.

Tuttavia il suo *contenuto* non cambia, e di regola è esposto in modo più succinto e meno documentato. Per un autore giuridico, trovarsi utilizzato o richiamato in una sentenza, anche solo implicitamente come accade in Italia dove vige il divieto per i giudici di citare la dottrina, non rende più “diritto” il contenuto ermeneutico prodotto, lo rende solo più riconosciuto. Del resto, esso vincola solo le parti, non altri giudici, in linea di principio e salvo eccezioni.

10.7. Nello stesso tempo, c’è un’esigenza d’identificazione del ius che superi le infinite dispute o declinazioni dottrinali o giurisprudenziali, le innumerevoli fonti multilivello del sistema giuridico odierno. Per questo occorre postulare, pur nel pluralismo legittimo, che esistano una soluzione corretta, una regola applicativa affidabile, un contesto giustificativo vigente, ovvero operare in tal senso: il fatto che il sistema sia oggi “evolutivo” o “in movimento”¹¹⁴ assicura contro ingessature autoritarie da “precedente vincolante” privo di *overruling*, che in un sistema di *civil law* o di leggi scritte non può funzionare, dato che in assenza di riforme legislative è il diritto a dovere adattare le disposizioni ai mutamenti in corso. Il ius è sempre collegato alla spiegazione di norme che si originano da, o si collegano a una *lex*. C’è una “perenne approssimazione” in quest’opera di penetrazione del “razionale” (“*das Vernünftige*”),

¹¹⁴ Di un „bewegliches System“ tratta T.M.J. MÖLLERS, *Juristische Methodenlehre*, 2 Aufl., München, Beck, 2019, 284 ss. (§ 8/1 ss.), che riconduce le origini della teorizzazione a Walter Wilburg (1950).

come scrisse Hegel, contrastando la “malattia tedesca” della completezza dei codici¹¹⁵. Ma una volta identificato nella sua piena legittimazione tecnica il ius come istituzione, principi, spiegazione e polo dialettico della *lex scripta*, non si tratta più di una approssimazione di complemento o meramente ancillare: il ius è un tratto identitario della norma, che la *lex* si limita a prescrivere senza giustificarla e senza identificarla compiutamente.

In ultima analisi, una volta interiorizzato il binomio *lex* e *ius*, la norma giuridica non è più identificabile soltanto con la *lex*, né con il risultato della sua interpretazione: il *ius* infatti contiene la dialettica tra disposizione e norma¹¹⁶, che codifica la differenza insuperabile tra l'*interpretatio* e i suoi prodotti, ma si estende oltre, a una serie di compresenze normative ordinamentali o di principi che ne illustrano il rationale senza identificarsi col risultato dell'ermeneutica di una singola disposizione di legge.

10.8. Siamo così giunti a una (prima) conclusione generale. Non è vero che il diritto abbia molti padroni, e tanto meno che esista solo “at the bar” o come *decisum* giudiziale. Il *ius* non ha padroni: il legislatore non lo domina veramente, perché il *ius* non è opera sua; il giudice fa dottrina prima che giurisprudenza, mentre se applica la legge ai casi la sua pronuncia, pur innovativa, non è concorrenziale ma integrativa rispetto alla *lex*; lo studioso non ha potere applicativo, però sul piano intellettuale produce le elaborazioni più generali e significative del *ius*. Chi avesse pensato di ridurre il diritto alla *lex scripta* e certa, si trova smarrito in una rete normativa ed extranormativa di ‘fonti’, di ‘cause’ e di ‘attori’ che lo chiama continuamente a una attività di lotta per il *ius*, anche per ricostruire il contenuto più tassativo e determinato della *lex*, là dove vige questo dovere ermeneutico. Un risultato mai fissato per sempre, dove tutti i protagonisti si illudono a turno di essere i signori del diritto. Oggi come un tempo¹¹⁷.

¹¹⁵ V. in trad. it. ora G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts. Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, Berlin, 1821, tr. it. *Lineamenti di filosofia del diritto*, a cura di V. Cicero, Milano, Bompiani, 2017, § 216, 374 s. V. *amplius* i §§ 3, 21 e 216 della *Rechtsphilosophie*, con le annotazioni dalle lezioni, nell'edizione di Iltting: G.W.F. HEGEL, *Die “Rechtsphilosophie” von 1820* in ID., *Vorlesungen über Rechtsphilosophie 1818-1831*, vol. 2, a cura di K-H. Iltting, Stuttgart, Bad Cannstatt, Frommann-Holzboog, 1974, 88-110, 150 ss., 662 ss.

¹¹⁶ Rinvio qui per ora alle riflessioni che, in campo penalistico, ma con visione più generale, ho svolto in M. DONINI, *Disposizione e norma nell'ermeneutica penale contemporanea*, in ID., *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, cap. II, 63 ss.; ID., *Fattispecie o case law? La “prevedibilità del diritto”*, cit., 79 ss. Si può pensare di sostituire la norma con la categoria tradizionale dell'interpretazione (cioè di non recepire affatto la differenza norma/disposizione!): ma l'interpretazione è un'attività, che produce “risultati”. Il termine *interpretatio* non può descrivere e definire sia l'attività e sia i suoi prodotti, che sono autonomo oggetto di diritti di garanzia, conoscibilità, irretroattività etc., mentre l'interpretazione è a sua volta oggetto di specifiche regole deontologiche differenti.

¹¹⁷ Dato l'allargamento della nozione di diritto, tra *lex* e *ius*, le acquisizioni raggiunte implicano la necessità di aggiornare l'oggetto delle definizioni del diritto – il diritto come complesso di norme giuridiche per es. – certamente non riducibile a una cultura circoscritta a paradigmi normativistici e analitici del linguaggio e ancorata a proposizioni prescrittive/deontiche, che possono adattarsi solo a una parte del fenomeno “normativo”, fatto di *rationes* e interessi, non solo di *iussa*. Per questo è sempre attuale la quasi disarmata constatazione di Kant, che non pensava possibile in materie non matematiche una definizione a priori, e dunque riteneva necessariamente approssimative le inevitabili definizioni a posteriori: “Noch suchen die Juristen eine Definition zu ihrem Begriffe vom Recht”: I. KANT, *Kritik der reinen Vernunft* (1787², 1781¹). *Transzendente Methodenlehre. 1. Hauptstück. Die Disziplin der reinen Vernunft im dogmatischen Gebrauche. I Die*

Definitionen, tr. it. *Critica della ragion pura*, vol. 2, Bari, Laterza, 1975, 563, nota.