



TEORIA E STORIA DEL DIRITTO PRIVATO

RIVISTA INTERNAZIONALE ONLINE - PEER REVIEWED JOURNAL
ISSN: 2036-2528

Gaetano Carlizzi

**Profili della filosofia del diritto
di Gustav Radbruch**

Numero Speciale Anno 2022

Ombre del diritto

(a cura di F. Mancuso e V. Giordano)

Materiali dai seminari del PRIN 2017

‘The Dark Side of Law’

www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com

Proprietario e Direttore responsabile
Laura Solidoro

Comitato Scientifico

A. Amendola (Univ. Salerno), E. Autorino (Univ. Salerno), C. Corbo (Univ. Napoli Federico II), J.P. Coriat (Univ. Paris II), J.J. de Los Mozos (Univ. Valladolid), L. Garofalo (Univ. Padova), P. Giunti (Univ. Firenze), L. Loschiavo (Univ. Teramo), A. Petrucci (Univ. Pisa), P. Pichonnaz (Univ. Fribourg), J.M. Rainer (Univ. Salzburg), S. Randazzo (Univ. LUM Bari), L. Solidoro (Univ. Salerno), J.F. Stagl (Univ. de Chile), E. Stolfi (Univ. Siena), V. Zambrano (Univ. Salerno)

Comitato Editoriale

A. Bottiglieri (Univ. Salerno), M. d'Orta (Univ. Salerno), F. Fasolino (Univ. Salerno), L. Gutiérrez Massón (Univ. Complutense de Madrid), L. Monaco (Univ. Campania L. Vanvitelli), M. Scognamiglio (Univ. Salerno), A. Trisciunglio (Univ. Torino)

Redazione

M. Beghini (Univ. Verona), M. Bramante (Univ. Telematica Pegaso), P. Capone (Univ. Napoli Federico II), S. Cherti (Univ. Cassino), C. De Cristofaro (Univ. Roma La Sapienza), N. Donadio (Univ. Milano), A. Guasco (Univ. Giustino Fortunato) P. Pasquino (Univ. Salerno)

Segreteria di Redazione

C. Cascone, G. Durante, M.S. Papillo

Sede della Redazione della rivista:

Prof. Laura Solidoro
Via R. Morghen, 181
80129 Napoli, Italia
Tel. +39 333 4846311

Aut. Tr. Napoli n. 78 del 03.10.2007

Provider Aruba S.p.A
Piazza Garibaldi, 8
52010 Soci AR
Iscr. Cam. Comm. N° 04552920482
P.I 01573850616 – C.F. 04552920482.

Con il patrocinio di:



Ordine degli Avvocati di Salerno



Dipartimento di Scienze Giuridiche
(Scuola di Giurisprudenza)
Università degli Studi di Salerno

I saggi che compongono questo numero speciale di Teoria e Storia del Diritto Privato sono stati sottoposti al giudizio di due Referees con il sistema del 'double blind'.

In Redazione per questo numero speciale: M. Luciano (Univ. Salerno), P. Pasquino (Univ. Salerno).

Profili della filosofia del diritto di Gustav Radbruch

SOMMARIO: 1. Sfondo e panoramica dell'opera – 2. Il compito principale della filosofia del diritto e i suoi principi-guida – 3. Le articolazioni dell'idea del diritto: problemi di riferimento e rapporti reciproci – 3.1 L'idea di giustizia e la definizione del concetto di 'diritto' – 3.2 L'idea di utilità e la scelta dello scopo del singolo ordinamento giuridico – 3.3 L'idea di certezza giuridica e la giustificazione dell'obbligatorietà del diritto – 3.4 La perenne antinomia tra le tre componenti dell'idea del diritto

1. Sfondo e panoramica dell'opera

Fino a un recente passato l'attenzione che la cultura giuridica italiana ha dedicato a Gustav Radbruch è stata abbastanza modesta, comunque sproporzionata per difetto alla sua grandezza. Dopo le traduzioni di alcuni importanti volumi a cavallo tra gli anni 50 e 60 del secolo scorso¹, l'illuminante filosofo del diritto e penalista di Lubeca è retrocesso in secondo piano nel dibattito specialistico, rimanendovi per diversi decenni. A partire dall'inizio di questo secolo, la situazione è mutata radicalmente e lascia sperare una vera e propria inversione di rotta, che potrà dirsi compiuta solo con la comparsa di approfonditi studi complessivi. A cominciare dal noto libro di Giuliano Vassalli sull'ultimo Radbruch², passando per alcuni articoli vertenti su aspetti

¹ G. RADBRUCH, *Propedeutica alla filosofia del diritto* (1947), trad. it. di D. Pasini, Torino, 1961; ID, *Introduzione alla scienza del diritto* (1958, 1910), trad. it. di D. Pasini, Torino, 1961; ID, *Lo spirito del diritto inglese* (1947), trad. it. di A. Baratta, Milano, 1962.

² V. GIULIANO, *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei "delitti di Stato" nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, Milano, 2001.

centrali del suo sistema³ e per la raccolta delle traduzioni di tre suoi saggi significativi⁴, fino ad arrivare all'edizione italiana del suo *opus magnum*⁵, è stato tutto un fiorire di iniziative volte a riaprire il dialogo con un vero e proprio gigante del pensiero.

Riprendendo da nuovi punti di vista riflessioni già svolte in una delle due introduzioni alla citata edizione italiana della *Filosofia del diritto*⁶, vorrei qui tracciare le grandi linee di quest'ultima opera, nella ferma convinzione che essa offra una lezione ancora formativa e costituisca l'orizzonte dei successivi mutamenti intervenuti nella visione del nostro Autore. Partiamo dalla sua 'funzione', che ne determina anche l'organizzazione interna. Essa si propone, con gli strumenti tipici della filosofia neokantiana sudoccidentale, di stabilire e svolgere il compito principale della filosofia del diritto, anche attraverso un confronto con altri modi di considerare quest'ultimo fenomeno. Ne deriva una peculiare 'struttura', simile a quella di un manuale. L'opera si articola, infatti, in due parti, una generale, l'altra speciale. La prima parte (§§ 1-15), da un lato, stabilisce il compito principale della filosofia del diritto (considerazione valutativa del diritto) e ne approfondisce i principi-guida (dualismo metodico e relativismo). Dall'altro lato e soprattutto, risale all'idea che costituisce il diritto quale oggetto della disciplina, e ne individua l'una a partire dall'altra le tre articolazioni, mostrando che esse consentono di affrontare i problemi, giusfilosoficamente altrettanto cruciali, della

³ G. CARLIZZI, *Gustav Radbruch e le origini dell'ermeneutica giuridica contemporanea*, in *Persona y Derecho*, 64.1, 2011, 81-119; ID., *I fondamenti giusfilosofici della "Duplice formula di Radbruch"*, in *Annali dell'Università Suor Orsola Benincasa di Napoli. 2016-2018*, 2018, 51-70 (trad. ted. di T. VORMBAUM, *Die rechtsphilosophischen Grundlagen der „Doppelten Radbruch-Formel“*, in *Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte*, 19.1, 2018, 255-273).

⁴ G. RADBRUCH, *Diritto e no. Tre scritti*, trad. it. di M. Lalatta Costerbosa, Milano-Udine, 2021, che raccoglie le seguenti traduzioni: *L'uomo nel diritto* (1927), *Cinque minuti di filosofia del diritto* (1945) e *Legalità senza diritto e diritto sovralegale* (1946).

⁵ G. RADBRUCH, *Filosofia del diritto* (1932), trad. it. di G. Carlizzi-V. Omaggio, Milano, 2021.

⁶ G. CARLIZZI, "Un sistema filosofico deve somigliare a un duomo gotico". *Introduzione alla Filosofia del diritto di Gustav Radbruch*, V-XL; l'altra introduzione è di V. OMAGGIO, *Il relativismo di Gustav Radbruch*, XLI-LXIV.

definizione (idea di giustizia), degli scopi immediati (idea di utilità) e della obbligatorietà (idea di certezza) del diritto. La parte speciale (§§ 15-29), invece, svolge finalmente il compito valutativo assegnato alla filosofia del diritto, esponendo e criticando le principali concezioni maturate su temi decisivi quali la persona, il diritto penale, la pena di morte, il processo, lo stato di diritto, la guerra e altri ancora (§§ 16-29).

Nel prosieguo, dato il suo carattere fondativo, mi concentrerò sulla parte generale, cercando di sviscerare i principali elementi che la compongono e che sopra ho sommariamente presentato.

2. Il compito principale della filosofia del diritto e i suoi principi-guida

La filosofia del diritto è chiamata essenzialmente a prendere posizione sui giudizi di valore adottati o adottabili nel campo (ancora da delimitare) del diritto (per fare qualche esempio: ‘è sbagliato rubare’, ‘è giusto comminare la pena di morte per i casi di omicidio’, ‘è giusto consentire l’aborto terapeutico’ e così via). Essa si contraddistingue dalle altre forme di considerazione del diritto, in particolare dalla scienza del diritto⁷, perché non si limita ad assumere i suddetti giudizi come dati (effettivi – nel caso di ordinamenti invalsi nel passato o nel presente – o possibili – nel caso di ordinamenti solo immaginati –), ma li mette in discussione ed è in questo senso «*la considerazione valutativa del diritto*»⁸. L’assegnazione di tale compito alla filosofia del diritto riflette l’impronta ‘neokantiano-sudoccidentale’ del pensiero di Radbruch, che egli esibisce sin dall’inizio, dichiarando il proprio debito nei confronti di Wilhelm Windelband, Heinrich Rickert e, soprattutto, Emil Lask⁹ (a questi va aggiunto, come vedremo tra poco, quello nei confronti di Max Weber). Tale indirizzo si concentra, infatti, sulla sfera dei valori, che distingue da quella della realtà, eppure ritiene determinante per quest’ultima: la prima, infatti, contiene le idee che consentono di costituire gli ambiti culturali che (insieme all’ambito naturale)

⁷ G. RADBRUCH, *Filosofia*, cit., 11

⁸ G. RADBRUCH, *Filosofia*, cit., 13 (corsivi aggiunti).

⁹ G. RADBRUCH, *Filosofia*, cit., 7.

compongono la seconda (in particolare: scienza, morale, arte e diritto). Ciascuno di questi ambiti, infatti, si costituisce perché cerca di realizzare uno specifico valore, una distinta idea assiologica (verità, bene, bellezza, giustizia), e come tale forma oggetto di una altrettanto determinata filosofia¹⁰.

L'ispirazione neokantiana non opera solo nell'individuazione del compito principale della filosofia del diritto, ma anche dei suoi principi-guida, che per Radbruch sono due: 'dualismo metodico' e relativismo. Il primo, mutuato da Lask, stabilisce, per elementari ragioni logiche, che le valutazioni giuridiche effettive o possibili, rimandando alla sfera del dover essere, non sono ricavabili dalla realtà, cioè dalla sfera dell'essere. Proprio perciò non possono condividersi le concezioni del diritto che, in un modo o nell'altro, credono di poter ricavare il dover essere dall'essere (positivismo, storicismo ed evolucionismo). Insomma, nessuna valutazione, ivi compresa quella del filosofo del diritto, può pretendere di fondarsi sul fatto che ciò che essa esige si dà, si è dato o si darà con una certa regolarità¹¹.

Ogni valutazione va tratta, piuttosto, da una valutazione di più largo respiro, più comprensiva, che a sua volta rimanda a una ancora più ampia, e così via. Sennonché, così procedendo, si incorre in un regresso all'infinito che rende impossibile giustificare qualunque valutazione. Ecco perché a un certo punto la catena deve interrompersi, riconoscendo la sua origine in valutazioni ultime, che, in quanto tali, non possono né debbono essere motivate ulteriormente, e che, dal punto di vista teoretico, sono equivalenti tra loro. Il riconoscimento di tale equivalenza, in cui si compendia il suddetto «principio del relativismo», mutuato da Max Weber, non chiude però il discorso, altrimenti alquanto sterile e desolante. Anzi, esso consente di precisare finalmente il compito valutativo della filosofia del diritto: non potendo esprimere preferenze tra i giudizi giuridici di valore che sono stati o potrebbero essere formulati, essa è in grado di fare 'soltanto' tre cose. Può cioè guidare il giurista che abbia compiuto o intenda

¹⁰ G. RADBRUCH, *Filosofia*, cit., 8.

¹¹ G. RADBRUCH, *Filosofia*, cit., 13.

compiere un certo giudizio di valore nell'individuazione: 'dei mezzi' necessari per il conseguimento dello scopo assunto come doveroso, 'dei presupposti ultimi' di tale giudizio e 'delle altre concezioni fondamentali' che possono essere coltivate nell'ambito del diritto. Per quanto non risolutive, queste tre prestazioni sono nondimeno di grande importanza, perché consentono di compiere quelle scelte di valore che, per quanto detto, sono rimesse alla coscienza individuale. Mettendo in luce quel che si deve fare per raggiungere un certo fine giuridico, l'idea fondamentale di cui esso è espressione e le concezioni a questa alternative, la filosofia del diritto permette di andare oltre il giudizio di valore di turno e di avere un quadro chiaro di tutte le preferenze e le conseguenze ad esso circostanti. Così, in definitiva, essa permette di adottare tale giudizio con piena consapevolezza, compiendo una scelta che esula dalla sfera teoretica e rientra piuttosto in quella sfera pratica dove il giusto e l'ingiusto possono formare oggetto soltanto di 'professione' («Bekanntnis») e mai di 'conoscenza' («Erkenntnis»)¹².

3. Le articolazioni dell'idea del diritto: problemi di riferimento e rapporti reciproci

3.1. L'idea di giustizia e la definizione del concetto di 'diritto'

Individuare, come si è appena fatto, il compito principale della filosofia del diritto nella considerazione valutativa, ossia nella critica razionale dei giudizi giuridici di valore, non è sufficiente. Con ciò, infatti, viene delimitata la prospettiva entro cui deve muoversi lo sguardo del filosofo del diritto, mentre non viene chiarita la natura e l'estensione della realtà che ne forma oggetto. In breve: la suddetta individuazione serve a stabilire il 'come' della filosofia del diritto, ma non il suo 'che cosa', che è parimenti determinante per l'identità della disciplina.

Che cos'è dunque il diritto? Preliminarmente va messa in luce la singolarità (spesso trascurata) della domanda: essa è costitutiva della

¹² G. RADBRUCH, *Filosofia*, cit., 16-18.

filosofia del diritto, nel senso appena chiarito, ma è anche attribuita in via esclusiva alla sua indagine, dato che la scienza giuridica, legata com'è a un singolo ordinamento positivo, non è in grado di fornire risposte valide per ogni tipo di esperienza giuridica¹³. In questa sede non mi è concesso di approfondire la descritta singolarità, che potrebbe essere letta, a seconda dei punti di vista, come espressiva della circolarità fallace, dell'arbitrarietà originaria oppure della dialettica tipica di ogni filosofia del diritto. Mi preme piuttosto approfondire la risposta fornita da Radbruch alla suddetta domanda 'definitoria', che rivela nuovamente una netta intonazione neokantiana: «*il diritto è la realtà il cui senso è di stare al servizio del valore del diritto, dell'idea del diritto*»¹⁴. Più precisamente, posta la complessità dell'idea del diritto, ossia la sua suddivisione in idee più specifiche (per ragioni che risulteranno chiare nello sviluppo di seguito illustrato), l'articolazione di essa che interessa per ora è l'idea di giustizia, da intendere in senso distributivo («*Est autem ius a iustitia, sicut a matre sua, ergo prius fuit iustitia quam ius*»)¹⁵, ricorda Radbruch citando la glossa (anonima e preaccursiana¹⁶) al frammento del Digesto giustiniano Ulp. 1 *inst.* D. 1.1.1 pr.¹⁷. In questo senso, il diritto è quella realtà culturale che si caratterizza per la tensione alla giustizia. Esso si distingue, cioè, dalle altre realtà culturali (in particolare: dalla morale) perché mira a trattare i fatti umani nello stesso modo se sono eguali e in modo diverso se sono diseguali.

Si faccia attenzione: questa tensione, costitutiva della giuridicità in quanto riflettente dal lato della materia del diritto (la convivenza

¹³ G. RADBRUCH, *Filosofia*, cit., 37.

¹⁴ G. RADBRUCH, *Filosofia*, cit., 37 (corsivi nell'orig.).

¹⁵ G. RADBRUCH, *Filosofia*, cit., 38.

¹⁶ Sul punto, cfr. E. Cortese, *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico* (1964), Senato della Repubblica, Roma, 2020, 26, nt. 60.

¹⁷ Questo passo del Digesto, a sua volta, nella traduzione italiana reperibile sul sito del CNR (<http://dbtvm1.ilc.cnr.it/digesto/>), recita: «ULPIANO, nel libro primo delle istituzioni. Chi sta per dedicarsi al diritto, occorre in primo luogo che conosca da dove deriva il nome del diritto (*ius*). Orbene, <il diritto> è chiamato <con tale nome poiché deriva> dalla giustizia: infatti, come elegantemente Celso definisce, il diritto è l'arte del buono e dell'equo».

umana) la pretesa avanzata dalla relativa idea (l'idea di giustizia), può essere di volta in volta più o meno intensa e più o meno riuscita, ma non può mai mancare del tutto. Pertanto, un atto che ne fosse sprovvisto, sebbene dotato di natura giuridica in apparenza (perché promanante dall'autorità titolare del potere normativo), ne sarebbe in realtà privo, come avviene, ad esempio, nel caso delle leggi-provvedimento (o *ad hoc*)¹⁸.

Fatta questa precisazione, fondamentale per comprendere la continuità esistente tra le visioni giusfilosofiche coltivate da Radbruch prima e dopo la Seconda guerra mondiale, è possibile finalmente rispondere alla domanda di partenza. Se «*il diritto è la realtà il cui senso è di stare al servizio della giustizia*», allora di esso si può dare la seguente definizione *a priori* (in quanto fondata sulla semplice analisi del rapporto tra la sua idea e la sua materia): «*insieme delle prescrizioni generali per la convivenza umana*»¹⁹. Definizione, questa, dalla quale sono ricavabili ulteriori concetti della stessa natura, che è compito della teoria generale analizzare (disposizione, fattispecie, conseguenza, fonte del diritto, liceità, illiceità, dovere giuridico, diritto soggettivo, soggetto e oggetto giuridico e così via)¹⁹.

3.2. *L'idea di utilità e la scelta dello scopo del singolo ordinamento giuridico*

La prima articolazione dell'idea del diritto, l'idea di giustizia, permette di stabilire che cos'è il diritto, ed è perciò che Radbruch la considera «la specifica idea del diritto»²⁰. Essa, tuttavia, non è sufficiente per realizzare il diritto, a causa di una manchevolezza connaturale. Infatti, l'idea di giustizia pretende, sì, che i fatti umani siano trattati in modo eguale se eguali e in modo diseguale se diseguali, ma non fornisce alcun criterio per stabilire se tale eguaglianza sussiste. Il punto è che «l'eguaglianza non è una datità, le cose e gli uomini sono così diversi 'come un uovo dall'altro', l'eguaglianza è sempre soltanto

¹⁸ G. RADBRUCH, *Filosofia*, cit., 41.

¹⁹ G. RADBRUCH, *Filosofia*, cit., 41-43 (tutti i corsivi nell'orig.).

²⁰ G. RADBRUCH, *Filosofia*, cit., 61.

astrazione di una certa disegualianza da un determinato punto di vista»²¹.

Per stabilire se due fatti sono eguali o diseguali e decidere di risulta il trattamento giuridico cui è corretto sottoporli, occorre dunque compiere una scelta tra i punti di vista dai quali è possibile considerarli. Tale scelta fa venire in luce la seconda articolazione dell'idea del diritto, l'idea di utilità, secondo la quale ogni ordinamento giuridico serve a uno scopo particolare che, specificando la sua tensione alla giustizia nel senso indicato, vale a contraddistinguere rispetto agli altri. Secondo Radbruch, vi possono essere tre tipi di punti di vista, dunque scopi e, in definitiva, ordinamenti: individualistici, sovraindividualistici e transpersonalistici²².

Così, gli ordinamenti 'individualistici', per i quali il diritto è funzionale al benessere dei 'singoli' membri della 'società', dunque presuppone la conclusione iniziale di un ideale 'contratto' tra loro, privilegeranno il punto di vista della 'libertà' personale (*lato sensu*). Pertanto, i fatti umani verranno considerati eguali o diseguali a seconda della loro pari o impari influenza (positiva o negativa) sull'autodeterminazione individuale. Gli ordinamenti 'sovraindividualistici', secondo cui il diritto serve alla continuità della 'collettività' statale, dunque assume quest'ultima come 'organismo' originario dipendente dal buon funzionamento delle proprie componenti, favoriranno il punto di vista della prosperità della 'nazione' (o del popolo come intero). Pertanto, i fatti umani verranno considerati eguali o diseguali in ragione della loro pari o impari influenza sul progetto politico nazionale. Gli ordinamenti 'transpersonalistici', per i quali il diritto è al servizio dell'integrità delle produzioni spirituali, in particolare 'artistiche', dunque poggia su una 'costruzione' alla quale collaborano i partecipi di una 'comunità', accentueranno il punto di vista della 'cultura'. Pertanto, i fatti umani verranno considerati eguali o diseguali in ragione della loro pari o impari influenza sulle 'creazioni' del genio umano.

²¹ G. RADBRUCH, *Filosofia*, cit., 40.

²² G. RADBRUCH, *Filosofia*, cit., 61-63.

Una tripartizione così netta come questa potrebbe far pensare a una certa rigidità e astrattezza dell'analisi filosofico-giuridico-politica di Radbruch. In realtà, egli è ben consapevole non solo della flessibilità dei confini tra i tre tipi di concezioni e di ordinamenti giuridici, ma anche del rapporto dialettico che li lega, dunque del fatto che i vari ordinamenti storici finiscono per essere improntati dall'uno o dall'altro motivo solo in via prevalente: «quando si indica ora la personalità singola, ora la personalità collettiva, ora la cultura d'opera come scopo ultimo della vita individuale e collettiva, non si fa altro che accentuare una parte di un circolo chiuso, non lo si interrompe certo. Queste tre possibili concezioni del diritto e dello Stato risultano dall'accentuazione di diversi elementi di un intero indivisibile»²³.

3.3. *L'idea di certezza giuridica e la giustificazione dell'obbligatorietà del diritto*

Per poter fondare un ordinamento giuridico, gli esseri umani devono dunque tendere alla parità e alla disparità di trattamento dei fatti che considerano eguali e, rispettivamente, diseguali da un punto di vista prestabilito. A tal riguardo, si è appena visto che non esiste un unico punto di vista, bensì molteplici, ognuno dei quali ispira il programma di un determinato partito politico (liberale, socialista ecc.)²⁴. In tal modo, tuttavia, il problema dei contenuti da dare all'ordinamento giuridico è stato solo trasformato, ma non risolto. Se nella prospettiva dell'idea di giustizia dipendeva dal fatto che non vi erano indicazioni materiali, in quella dell'idea di utilità dipende dal fatto che ve ne sono troppe in competizione reciproca.

Tale competizione deve dunque essere superata, perché fonte di una instabilità e conflittualità continua, che nega in radice l'idea del diritto. In via puramente teorica, ciò può avvenire in due modi alternativi. Il primo consiste nello stabilire per mezzo della ragione il punto di vista e, con ciò, lo scopo che l'ordinamento deve assumere a preferenza

²³ G. RADBRUCH, *Filosofia*, cit., 67 s.

²⁴ La «dottrina giusfilosofica dei partiti» è illustrata in G. RADBRUCH, *Filosofia*, cit., 69-80.

degli altri. Sennonché, il relativismo professato da Radbruch rende impossibile seguire questa via e impone di seguire l'altra, consistente nell'affidare a chi detiene il potere il compito di prendere per tutti la decisione sul punto di vista e lo scopo prevalente dell'ordinamento di turno. È qui che entra in gioco la terza e ultima componente dell'idea del diritto, l'idea della certezza giuridica, che, proprio in quanto chiude il cerchio della realizzazione del diritto, costituisce anche la giustificazione della sua validità, da intendere come obbligatorietà. Tale idea permette di rispondere alla domanda-chiave, che solo uno spirito semplicistico può ritenere superflua: 'perché le norme giuridiche obbligano i loro destinatari?'

Le soluzioni fornite in passato sono infatti ritenute tutte in qualche misura insoddisfacenti da Radbruch. Sia la dottrina 'giuridica', che giustifica la validità di ogni norma con la validità di una norma di rango superiore, ma al prezzo di arrivare a una norma ultima che, essendo valida di per sé, non è in grado di fondare la prevalenza del relativo ordinamento rispetto ad altri ordinamenti. Sia la teoria 'storico-sociologica del potere', la quale, adducendo a sostegno della obbligatorietà del diritto la supremazia di chi comanda, sconta il limite di voler fondare una qualità deontica su un semplice fatto. Sia la teoria 'storico-sociologica del riconoscimento', che valorizza giustamente la posizione dei sottoposti al diritto, ma commette l'errore di assumere quest'ultima o come mero fatto oppure come semplice finzione²⁵.

A tutti questi limiti sfugge la dottrina 'filosofica' della validità professata da Radbruch, secondo cui «il diritto vale, non *perché*, bensì *se* è in grado di imporsi in maniera efficace, *perché* solo allora è in grado di garantire certezza giuridica»²⁶. Ciò che dunque fa sì che il contenuto di ogni disposizione acquisti carattere vincolante non è la volontà del suo autore, né l'adesione dei suoi destinatari, che costituiscono, appunto, meri fatti, bensì l'interesse che questi ultimi hanno 'razionalmente' a porre fine alla contesa tra le varie opinioni politiche e all'instabilità che vi si accompagna: «la giustizia è il secondo grande compito del diritto,

²⁵ G. RADBRUCH, *Filosofia*, cit., 88-91.

²⁶ G. RADBRUCH, *Filosofia*, cit., 93 (corsivi nell'orig.).

ma il primo è la certezza giuridica, la pace, l'ordine»²⁷. Sennonché, il relativismo che è alla base del pensiero di Radbruch lascia aperta la possibilità che questa fondazione fallisca occasionalmente: una possibilità di cui pure bisogna tener conto quando si affronta la questione, menzionata in precedenza, del rapporto tra la prima e la seconda fase del pensiero del nostro Autore. La dottrina filosofica della validità, infatti, si incentra sulla ragione, che può solo mostrare presupposti e conseguenze di certi giudizi, non certo decidere della plausibilità dei loro fondamenti, che sono piuttosto rimessi alla coscienza individuale. Così, se quest'ultima è convinta che certe norme poste creino disparità sproporzionate o vanifichino scopi politici ritenuti capitali, essa non soggiace al vincolo di tali norme, che pure dovranno essere applicate dal giudice. Il caso più eclatante al riguardo è quello del «delinquente convinto», nel quale «il dovere pretendeva il delitto dal suo autore, il dovere pretende la punizione dal giudice»²⁸.

3.4. *La perenne antinomia tra le tre componenti dell'idea del diritto*

Il caso appena esaminato del delinquente convinto, tragico perché dilemmatico, costituisce uno dei tanti luoghi di emersione della incessante tensione tra le tre articolazioni dell'idea del diritto. Che questo fenomeno occupi il posto d'onore nella visione giusfilosofica di Radbruch, è confermato non solo dal fatto che a esso è dedicato un capitolo densissimo e cruciale dell'opera in commento, il nono, ma anche dal fatto che è proprio sulla variabilità della geometria di tale rapporto che Radbruch farà leva nell'immediato secondo dopoguerra per giustificare alcune prese di posizione (solo) apparentemente rivoluzionarie.

Anche il senso della perenne antinomia in esame è compendiato dal nostro Autore in modo folgorante: «elementi di validità universale dell'idea del diritto sono la giustizia e la certezza giuridica, elemento relativistico è invece non solo l'utilità, ma anche il rapporto gerarchico

²⁷ G. RADBRUCH, *Filosofia*, cit., 94.

²⁸ G. RADBRUCH, *Filosofia*, cit., 95.

che lega tra loro i tre elementi»²⁹. In effetti, se consideriamo isolatamente i tre poli, è chiaro che tutti gli uomini aspirano a un ordinamento paritario e sicuro della vita associata, mentre non tutti sono d'accordo sui suoi scopi materiali determinanti. D'altro canto, se consideriamo i tre poli a due a due, possiamo osservare la suddetta perenne antinomia in tutte le sue forme di manifestazione. Così, innanzitutto, la giustizia è in tensione con l'utilità, dato che la prima richiede che i fatti umani siano trattati il più possibile nello stesso modo, mentre la seconda impone di valorizzare la loro differente incidenza sullo scopo preferito dall'ordinamento di turno. In secondo luogo, giustizia e utilità sono in tensione con la certezza giuridica, dato che quest'ultima richiede che la legge valga solo perché posta, mentre le prime due esigono altresì che essa sia paritaria e funzionale a certi obiettivi³⁰.

Né questi conflitti possono essere risolti collegando rigidamente ciascuna articolazione a un unico compito e separandola così dalle altre. Per quanto in questa sede abbia seguito un modello simile, l'ho fatto non solo per fini puramente didascalici, ma soprattutto senza mai istituire rigide separazioni. Una competenza – per dir così – esclusiva può attribuirsi solo all'idea di 'giustizia', che in effetti costituisce il criterio esclusivo per stabilire se un certo atto ha 'natura giuridica', anziché essere un mero esercizio di potere o di violenza. Lo stesso non vale per l'idea di 'utilità' e per quella di certezza giuridica. Infatti, la prima serve a determinare i 'contenuti del diritto' solo in linea di massima, dato che vi sono disposizioni ispirate principalmente all'esigenza di parità di trattamento, fatta valere dall'idea di giustizia (es.: divieto di tribunali speciali), oppure all'esigenza di una qualsivoglia disciplina in un certo settore, fatta valere dall'idea di certezza giuridica (es.: obbligo di marciare a destra, dotato di una capacità ordinatrice perfettamente equivalente a quello di marciare a sinistra)³¹. Infine, l'idea di 'certezza giuridica' consente anch'essa di giustificare solo in linea di

²⁹ G. RADBRUCH, *Filosofia*, cit., 83.

³⁰ G. RADBRUCH, *Filosofia*, cit., 83 s.

³¹ G. RADBRUCH, *Filosofia*, cit., 84 s.

massima l'obbligatorietà del diritto: come visto, se il diritto posto nega radicalmente l'istanza di parità di trattamento oppure quella di realizzazione di un certo scopo politico e la coscienza singola ritiene imprescindibile l'una o l'altra, quello non è in grado di obbligare questa.

Il punto nodale è lucidamente colto da Radbruch in conclusione, quasi presagendo gli sviluppi che le esigenze giuridiche e, di conseguenza, le sue riflessioni giusfilosofiche avrebbero avuto dopo la nefasta esperienza del nazismo. Il rapporto tra le tre componenti dell'idea del diritto non ha una configurazione prefissabile una volta per sempre, ma dipende come tutto il resto dall'azione della storia, cioè dell'opera umana. Esso è dunque destinato a essere ristabilito sempre di nuovo, a tradursi in assetti continuamente mutevoli, caratterizzati dalla prevalenza di una delle suddette componenti sulle altre, senza che ciò legittimi la conclusione che la filosofia che aiuta a comprenderli singolarmente e nei loro rapporti reciproci crolli sotto il peso delle loro interne tensioni. Che la filosofia quale esercizio della ragione, cioè quale istituzione di un ordine compiuta sciogliendo il groviglio delle forze operanti nella realtà e riconoscendo la loro rispettiva posizione ed efficacia, restituisca quadri contraddittori, è semplicemente un riflesso della contraddittorietà della stessa realtà su cui posa il proprio sguardo. Essa può solo riconoscere e mostrare le manifestazioni di questa contraddittorietà, mentre il loro superamento, richiedendo una presa di posizione, non può competere alla filosofia, ma solo alla coscienza individuale, che in ciò finisce per ritrovare sé stessa e il proprio senso: «quanto inutile sarebbe un'esistenza se il mondo non fosse in definitiva contraddizione, e la vita decisione!»³².

ABSTRACT

L'articolo fornisce una breve introduzione alla *Rechtsphilosophie* di Gustav Radbruch, il suo *opus magnum*, appena tradotto in italiano. Il libro è diviso in due parti, una generale e una speciale. L'articolo si

³² G. RADBRUCH, *Filosofia*, cit., 85 s. (citazione a p. 86).

concentra sulla parte generale, di carattere fondamentale e chiaramente ispirata dalla filosofia neokantiana sudoccidentale. Qui Radbruch si propone soprattutto due obiettivi. Da un lato, stabilire il compito della filosofia del diritto e i principi che guidano il suo svolgimento, dall'altro lato, chiarire il ruolo della idea del diritto. Sotto il primo profilo, la filosofia del diritto è chiamata a vagliare i giudizi giuridici di valore nei limiti segnati dai principi del dualismo metodico e del relativismo. Sotto il secondo profilo, l'idea del diritto si compone di tre idee, giustizia, utilità e certezza giuridica, che sono in tensione perenne tra loro e consentono di stabilire se un certo fenomeno ha natura giuridica, qual è lo scopo prevalente dell'ordinamento in cui si inserisce e, rispettivamente, per quale ragione il diritto vincola in suoi destinatari.

The paper provides a brief introduction to Gustav Radbruch's *Rechtsphilosophie* (Philosophy of law), his *opus magnum*, which has just been translated into Italian. The book is divided into two parts, a general and a special one. The article focuses on the general part, which is fundamental and clearly inspired by southwestern neo-Kantian philosophy. Here Radbruch aims both to establish the task of philosophy of law and of the principles of its development, and to clarify the role of the idea of law. In the first respect, the philosophy of law has to examine the juridical value judgments within the limits marked by the principles of methodical dualism and relativism. In the second respect, the idea of law is made up of three ideas, justice, utility and legal certainty, which are in perennial tension between them and allow us to establish whether a certain phenomenon has a legal nature, what is the prevailing purpose of the legal system in which it fits and, respectively, for what reason the law binds its recipients.

PAROLE CHIAVE

Filosofia del diritto, principio del dualismo metodico, principio del relativismo, giustizia, scopi del diritto, obbligatorietà del diritto.

Philosophy of law, principle of methodical dualism, principle of relativism, justice, goals of law, binding force of law.

GAETANO CARLIZZI

Email: gaetano_carlizzi@libero.it

