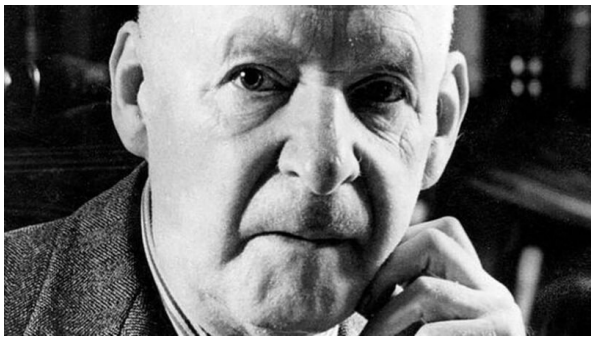

RADBRUCH E LA SUA CATTEDRALE DEL DIRITTO

Posted on 9 December 2022 by Lorenzo Vittorio Petrosillo

Category: Pensare il diritto

Recensione a: G. Radbruch, *Filosofia del diritto*, Giuffrè, Milano 2021, pp. LXX + 233, € 30,00

Gustav Radbruch (1878-1949), poco noto in Italia, è considerato uno dei più grandi filosofi del diritto tedeschi del XX secolo. Ministro della giustizia nel 1922-23, escluso dall'insegnamento universitario durante il regime nazista, subito dopo la guerra elaborò profonde riflessioni circa i rapporti tra legalità positiva e diritto.

Oggi Gaetano Garlizzi propone l'integrale traduzione italiana della principale opera di Radbruch, *Filosofia del diritto* (*Rechtsphilosophie*) nella versione ultima del 1932 e corredata da due saggi introduttivi, uno dello stesso Garlizzi e l'altro di V. Omaggio. La *Rechtsphilosophie,* frutto maturo del pensiero di Radbruch, è lavoro complesso, ricco di concetti e di idee e che non ha minimamente perduto il fascino originario. Si divide in una parte generale (capp. I-XV) e in una speciale (capp. XVI-XXIX), dove i concetti teorici esposti nella prima parte vengono applicati «ai problemi chiave dei singoli ambiti giuridici» (p. 136). In questa sede, data l'esiguità dello spazio, ci proponiamo di offrire criticamente al lettore il succo della concezione giusfilosofica di Radbruch, ruotante attorno agli elementi costitutivi del diritto.

Radbruch distingue il diritto filosoficamente inteso come valore in sé (valore non deducibile dalla realtà ma aprioristico), e che per lui è dato dalla giustizia, dal diritto inteso come «fenomeno culturale». Orbene il diritto valoriale

contiene in sé la *giustizia*, il diritto come cultura si colloca a livello intermedio tra l'idea del diritto (il valore) e la realtà empirica: è una realtà orientata alla giustizia, una realtà «che ha il senso di stare al servizio della giustizia» (p. 40). La giustizia cui qui ci si riferisce è, aristotelicamente, la giustizia distributiva formale, ossia il trattamento eguale degli eguali e diseguale dei diseguali e che quindi presuppone due soggetti uguali ma anche un terzo soggetto, sovraordinato, che stabilisce chi debba essere trattato da eguale e in quali ambiti.

Se il diritto in quanto fenomeno culturale si riferisce a un valore (la giustizia distributiva), resta da compiere il passaggio successivo. E si capisce; se ci si fermasse al dato della giustizia distributiva formale che impone eguale trattamento agli eguali e diseguale trattamento ai diseguali, resterebbe insoluto il problema di determinare chi vada considerato uguale (o diseguale) e perché. Qui entra in gioco il secondo elemento del diritto, l'*utilità* o scopo. La giustizia distributiva è un recipiente vuoto che va riempito di scopi, a seconda delle utilità finalistiche perseguite da un dato corpo sociale. Se, come ritiene Radbruch, l'elemento volontaristico del diritto coincide con lo scopo/elemento volontaristico di un apparato di potere chiamato convenzionalmente "Stato", ne consegue che scopo del diritto e scopo dello Stato coincidono («il diritto è essenzialmente volontà dello Stato», p. 61). Qui si vede chiaramente la diffidenza verso il diritto extra-statuale: disancorando il diritto dallo Stato Radbruch temeva di ricadere tra le insidie del giusnaturalismo o di smarrirsi tra concezioni giuridiche dal sapore medievale incentrate sulle consuetudini spontanee. Ma al netto di questo "scotto" che Radbruch paga al *Geist* della sua epoca, il ragionamento del Nostro conserva un intatto interesse.

Interrogarsi infatti sullo scopo del diritto significa interrogarsi sui diversificati valori aventi ad oggetto i tre dati incontrovertibili dell'esperienza: «personalità umane singole, personalità collettive, opere umane». I valori correlati ai tre dati sono dunque i valori individuali, i valori collettivi e i valori d'opera. Per uno Stato che si ispiri ai valori individuali (storicamente: lo Stato

liberale) la tutela del singolo individuo costituirà lo scopo delle leggi positive. La giustizia distributiva formale verrà orientata in funzione dell'individuo astratto. Ma se i valori ispiratori prevalenti fossero collettivistici o d'opera, si imporrebbero scopi "sovraindividualistici" e "transpersonalistici". Il perseguimento di uno scopo sovraindividualista comporta la subordinazione del singolo a una collettività di eguali o a un corpo sociale organicisticamente concepito, dove ogni individuo o gruppo di individui vive in funzione del tutto (Nazione o Collettività). Insomma, una *Gesamtheit* (come la definiva Ferdinand Tönnies): formazione plurisoggettiva concepita sovraindividualisticamente. La finalità "transpersonalistica", concetto più sottile, presuppone una *Gemeinschaft* secondo l'accezione di Tönnies (un autore nei cui confronti Radbruch ammette i propri debiti): una comunità in cui i rapporti umani si basano sui valori d'opera e di cultura, cioè dove quel che conta davvero è la realizzazione non del singolo o della collettività ma della personalità che si rivela nelle opere (artistiche, scientifiche etc.). La tripartizione degli scopi del diritto (scopi individualistici, sovraindividualistici, transpersonalistici) non va recepita con troppa rigidità perché se è vero che le loro «incarnazioni empiriche» (p. 68) ossia i partiti politici (cui Radbruch dedica il lungo capitolo VIII) confliggono nell'agone elettorale (le formazioni liberaldemocratiche per gli scopi giuridici individualistici; le formazioni di sinistra per quelli sovraindividualistici di taglio collettivistico; le formazioni cattoliche e conservatrici per quelli transpersonalistici; la Nsdap in equivoca posizione tra sovraindividualismo e transpersonalismo), è altrettanto vero che la triade personalità singola-personalità collettiva-cultura d'opera costituisce nella realtà un circuito: accentuazioni mutevoli «di tre diversi elementi di un intero invisibile» (p. 68).

Le utilità del diritto restano molteplici e differenziate, risolvibili soltanto in termini relativi: non esiste il "diritto all'ultima parola" e ogni opinione è legittima. Radbruch non si discosta dal relativismo dei fini ma il diritto «come ordinamento … non può restare abbandonato alla diversità delle opinioni dei singoli» (p. 81). Interviene il terzo elemento qualificante del diritto: la *certezza*

giuridica. È diritto l'insieme di norme esistente, posto nella realtà con la certezza della regola vincolante. Certezza giuridica: ossia ordine e pace tra i consociati. Un diritto incapace di assicurare ai consociati pace e ordine, ossia un diritto privo di certezza, può ancora definirsi diritto? Un simile diritto sarebbe ancora in grado di realizzare la giustizia e di perseguire le utilità finalistiche? Evidentemente no, quindi non è diritto.

Nell'edificare la propria costruzione concettuale Radbruch non si nasconde le inevitabili antinomie (e intitola proprio *Antinomie dell'idea del diritto* uno dei capitoli più belli della *Rechtsphilosophie*). Infatti un sistema giuridico totalmente votato all'idea astratta e generale di giustizia prescinde dagli scopi particolaristici; gli scopi particolaristici a loro volta, immersi nella loro dimensione relativistica colorata di concretezza, contraddicono la giustizia generale; ma anche la certezza giuridica cerca di imporsi a prescindere tanto dalla giustizia quanto dalle utilità.

I tre elementi che compongono il diritto – *giustizia*, *utilità*, *certezza* – si pongono in parziale contraddizione gli uni con gli altri eppure si richiamano a vicenda. Nella storia giuridica assistiamo a epoche in cui prevalse tendenzialmente l'uno elemento sugli altri (nello Stato Camerale l'utilità; nell'epoca del giusnaturalismo la giustizia astratta; nell'Ottocento positivista la certezza). E tuttavia secondo Radbruch l'unilateralità delle varie epoche giuridiche conferma la sostanziale poliedricità «ricca di contraddizioni» dell'idea di diritto. Problematico, dunque, il diritto. E problematica la filosofia che elabora e spiega il diritto. D'altronde, intimo convincimento di Radbruch, un autentico sistema filosofico «deve somigliare a un duomo gotico, i cui blocchi si sostengono a vicenda opponendosi l'uno all'altro» (p. 86).

Un momento particolarmente elevato della filosofia del diritto di Radbruch, e che conserva un intatto interesse per il giurista (e il cittadino) del XXI secolo, attiene alla problematica della *validità* del diritto: una problematica tutta interna all'elemento della certezza giuridica ma che presenta suggestivi addentellati anche con gli altri due elementi del diritto, soprattutto con la

giustizia. Nell'ambito di un ordinamento giuridico dato, la scienza giuridica ricerca la validità suprema della norma e la trova «in un volere autoritario non ulteriormente deducibile» (p. 88), per esempio nella suprema norma costituzionale. Ci si muove all'interno del sistema; la stessa scienza giuridica resta nell'immanenza di un dato sistema, non ne può uscire. Quindi, dalla prospettiva degli scienziati del diritto la validità del diritto è spiegabile e rintracciabile nella gerarchia delle fonti giuridiche. Spostandosi al di fuori del sistema giuridico, approdiamo alla validità sociologica di un dato sistema di norme e regole. Le dottrine sociologiche, calate nello studio empirico, trovano la validità del diritto nel fatto stesso della prescrizione posta da un potere che è in grado di imporre tale prescrizione. Sociologicamente, la norma imposta dal potere è efficace (e quindi valida) nella misura in cui riesce effettivamente a essere tale: una tautologia, che però viene meno quando il potere smarrisce la forza coercitiva oppure perde il riconoscimento dei sottoposti. Ma quel che più importa è la ricerca della validità del diritto dal punto di vista filosofico. Diritto valido dovrebbe coincidere con diritto giusto, cioè col diritto naturale. Ma storicamente non si dà consenso su cosa debba intendersi per tale diritto; le opinioni discordanti che da secoli dilaniano la riflessione giusfilosofica ci ributtano in una dimensione relativistica all'interno della quale nessuno può pretendere di avere il diritto all'ultima parola; «ma se nessuno è in grado di disvelare cosa è giusto, è necessario che qualcuno disponga cosa deve rilevare secondo diritto» (p. 92). Questo qualcuno è quel potere che, proprio perché in grado di imporre il diritto, «dimostra per ciò stesso che è chiamato a porre il diritto» (p. 93). Qui ci muoviamo diversamente dall'ambito sociologico: per le dottrine sociologiche il diritto vale *perché* è in grado di imporsi; per il fondamento filosofico della validità il diritto vale *se* è in grado di imporsi. Differenza sottile, ma filosoficamente essenziale e che allontana Radbruch, già nel 1932, dalle forme più grevi – sociologiche, appunto – di positivismo giuridico. La conseguenza diretta della validità del diritto è la manifestazione della certezza giuridica, cioè l'ordine e la pace.

La certezza giuridica, elemento essenziale del diritto, forma un valore a sé,

al punto che Radbruch – ricordiamoci che scriveva prima che il nazionalsocialismo conquistasse il potere – ritiene che un diritto certo e garante dell'ordine soddisfi esigenze superiori persino a quelle della giustizia e dell'utilità, ossia egli giustificherebbe la validità (che dà certezza) del diritto persino se quest'ultimo fosse ingiusto e dis-utile. Se il cittadino, nel sacrario della sua coscienza, può rifiutare leggi ingiuste (Radbruch pensava alle c.d. "leggi vergognose" di epoca bismarckiana che colpivano i socialisti), il giudice invece si pone per statuto professionale al servizio della legge, ossia della certezza giuridica. Al giudice è richiesta l'applicazione della legge, ancorché ingiusta, perché applicandola si garantisce (e si serve) la certezza giuridica, la quale è valore di fondamentale importanza, coincidente con la pace e l'ordine.

Alla luce di ciò sembra che la *Rechtsphilosophie* del 1932 non fuoriesca dai limiti del positivismo, ancorché "moderato". Si fa fatica, nonostante le opposte opinioni di Carlizzi, a non scorgere una rimarchevole soluzione di continuità tra il Radbruch del 1932 e il Radbruch del celebre *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht* del 1946[i] . Tra le due date si interpone il dominio nazionalsocialista. Radbruch da giuspositivista a neo-giusnaturalista? Carlizzi lo nega e sostiene anzi che il grande giurista sia rimasto coerente con sé stesso in quello che il Curatore definisce "giuspositivismo ermeneutico" (cfr. pp. XXII e ss.). Non è questa la sede per esaminare più da vicino le tesi di Carlizzi ma ci pare che a Radbruch, già prima del 1945, l'etichetta di positivista non si addica molto. Pagine dense e illuminanti della *Rechtsphilosophie* (ci riferiamo al capitolo XX, "La logica della scienza giuridica") delineano un giurista tutto proteso oltre la norma positiva per il tramite dell'interpretazione che oggi definiremmo "creativa" del dato testuale, volta a ricercare nella legge non, filologicamente, il senso storico soggettivo (ciò che in un preciso momento storico volle il legislatore), ma un senso sempre nuovo, sintesi dei molteplici sensi soggettivi che dalla medesima norma possono trarsi nella mutevolezze delle vicende reali e dal loro incastrarsi con altri sensi soggettivi di norme con le quali la singola legge entra in rapporto. Il giudice traduce la norma in sentenza, dopo aver debitamente interpretato la legge in relazione al caso

concreto. E se è vero, come è vero, che la legge generale esiste in funzione del caso concreto e non viceversa, ecco che il diritto non è più, secondo il dogma del positivismo ideologico, «la totalità delle norme» bensì «la totalità delle decisioni» (p. 135), risultato a loro volta degli incastri dei sensi soggettivi nel quadro di una superiore logica razionale oggettiva.

Il diritto come raffinata, cangiante e razionale ermeneutica, dunque. Se sia corretto definire tale ermeneutica "giuspositivista" (come suggerisce Carlizzi) oppure già *in nuce* metapositivista, come parrebbe a noi, lasciamo scegliere al lettore, invitandolo ad avventurarsi da sé tra le irte guglie gotiche di quella meravigliosa cattedrale del pensiero giuridico che è la *Rechtsphilosophie* di Gustav Radbruch.

NOTE

[i] L'articolo, tradotto come *Legalità senza diritto e diritto sovralegale*, è stato recentemente ripubblicato in italiano a cura di M. L. Costerbosa in G. Radbruch, *Diritti e no. Tre scritti*, Sesto San Giovanni 2021, pp, 123-148. Ce ne siamo già occupati: L. Petrosillo, *"Diritto e no": Gustav Radbruch giurista e politico*, in "Oikos. Centro Studi sul Noi politico", 16 febbraio 2022 (sito on line purtroppo non più attivo).