

# FILOSOFIA DEL DIRITTO E TEORIA DEL PROCESSO IN GUSTAV RADBRUCH

CARLO VITTORIO **GIABARDO**



Filosofia del diritto e teoria del processo in Gustav Radbruch

Gustav Radbruch's Legal Philosophy and Theory of Legal Process

CARLO VITTORIO GIABARDO

Professore “tenure-track” a tempo pieno dell’area “sistemi di giustizia”, Facoltà di Diritto, Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima).

E-mail: [cgiabardo@pucp.edu.pe](mailto:cgiabardo@pucp.edu.pe).

#### ABSTRACT

In questo contributo viene presa in considerazione la recente stampa della prima traduzione italiana della *Filosofia del diritto* di Radbruch (a cura di Gaetano Carlizzi e Vincenzo Omaggio), illustrando e discutendo i principali presupposti filosofici dell’opera. Infine, ci si concentrerà su un aspetto poco trattato del lavoro di Radbruch, e cioè la sua visione del processo in quanto istituzione, inquadrandola nelle coordinate generali dell’opera ed esaminando in particolar modo la problematica del cd. giudicato ingiusto.

In this contribution I consider the recent, first publication of the Italian translation of Radbruch’s *Philosophy of Law* (edited by G. Carlizzi and V. Omaggio), by illustrating and debating its key philosophical underpinnings. Besides, I will focus on an under-investigated part of Radbruch’s *oeuvre*, that is his view of the legal process, framing it in the general coordinates of the work and examining specifically the problem of the “unjust” *res judicata*.

#### KEYWORDS

Filosofia del Diritto, Gustav Radbruch, Ermeneutica Giuridica, Diritto Processuale, giudicato ingiusto

Philosophy of Law, Gustav Radbruch, Legal Hermeneutics, Procedural Law, Unjust “Res Judicata”

# Filosofia del diritto e teoria del processo in Gustav Radbruch

(a proposito di Gustav Radbruch, *Filosofia del diritto*, a cura di G. Carlizzi & V. Omaggio)

CARLO VITTORIO GIABARDO

1. *Introduzione* – 2. *I presupposti filosofici della Filosofia del diritto* – 2.1. (Segue). *Il “relativismo metodologico” di G. Radbruch* – 3. *Struttura dell’opera* – 4. *Note su alcune questioni della teoria del processo di G. Radbruch* – 4.1. (Segue). *Il problema del giudicato ingiusto*.

## 1. *Introduzione*

Va salutata con grande favore e genuino entusiasmo la recente, prima traduzione dal tedesco all’italiano della *Filosofia del diritto* (*Rechtsphilosophie*, 1932) di Gustav Radbruch (Lubecca 1878 – Heidelberg 1949) per opera di Gaetano Carlizzi e Vincenzo Omaggio, pubblicata nel 2021 nella storica collana *Per la storia del pensiero giuridico moderno* (Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Firenze) dalla casa editrice Giuffrè (il volume è, per la precisione, il numero 128).

I due traduttori sono grandi conoscitori del pensiero giusfilosofico tedesco (e in particolare dell’ermeneutica giuridica) e tra i pochi specialisti di lungo corso, in Italia, di Gustav Radbruch, filosofo del diritto (e penalista) tedesco di straordinaria importanza globale, il quale però non ha ricevuto nel nostro paese, a differenza di altri – per es., quelli dell’area anglosassone o iberoamericana – l’attenzione che merita. La notorietà di Radbruch, presso coloro che non sono specifici cultori della sua opera, è spesso infatti limitata alla giustamente celeberrima “*duplice* formula di Radbruch” (coniata dall’A. successivamente, nel 1946, una volta chiusosi il processo di Norimberga dopo gli orrori della Seconda Guerra mondiale), per la quale, da un lato, il diritto *intollerabilmente* ingiusto *non è valido* mentre, dall’altro, il diritto che nega *volutamente* la giustizia non è nemmeno diritto, è *Un-recht* (lo studio di Gaetano Carlizzi che introduce il libro si sofferma puntualmente anche su questa ardua questione, v. *infra*).

In realtà, il contributo che Radbruch con questo lavoro ha offerto al pensiero giuridico novecentesco è immenso. Con la sua *Filosofia del diritto*, egli intendeva mettere a punto un accurato sistema, una costruzione – un *Duomo gotico*, secondo la metafora che Radbruch stesso impiega – articolata e *complessa*, in grado di abbracciare l’intera esperienza giuridica, nessuna parte esclusa. Egli vuole *comprendere* (*prendere assieme*) il fenomeno del diritto nella sua totalità, sia dal punto di vista dei concetti generali sia da quello dei principali istituti particolari e dei vari rami che lo compongono. Per questa ragione sottolineiamo che è opera “*complessa*” nel significato pregnante della parola, cioè che risulta dall’unione di più parti, le quali tutte si tengono insieme armoniosamente e coerentemente – che è poi la caratteristica di molti dei grandi lavori (giuridici, ma non solo) del pensiero tedesco.

Per questa sua vocazione sistematica, lo stile delle pagine della *Filosofia del diritto* è privo di ridondanze, rigoroso. Il linguaggio è asciutto e *fulmineo*, eppure caratterizzato da un lirismo, pur essenziale, non privo qua e là di slanci poetici. Comunque si scorge, in filigrana, una *consapevolezza artistica* (un Capitolo, il quattordicesimo della parte generale, è persino dedicato all’estetica del diritto, al diritto come materiale artistico). I capitoli, concentrati, densi, sono ricchissimi di intuizioni, spesso solo adombrate, spesso solo accennate: sta al lettore ricavarne tutte le implicazioni. Molte, nel testo, sono le rapide citazioni, di frequente in forma di aforismi, che spaziano da Marx al Vangelo, da Shakespeare ad Aristotele, da Tolstoj a Hegel.

La versione che viene tradotta è la terza, del 1932, ampliata rispetto alle precedenti («più un nuovo libro che una nuova edizione» confessa l’A., nella *Premessa*)<sup>1</sup> e l’ultima interamente attribuita a Radbruch. Le successive, fino all’ottava, del 1973, saranno curate in seguito da due suoi allievi. La *Filosofia del diritto* occupa quindi un posto assolutamente centrale nell’evoluzione del pensiero dell’A., tanto che egli – che seppur affinò nel corso degli anni il suo pensiero e ne enfatizzò certi accenti invece che altri (v. *infra*, quanto detto da Carlizzi a proposito della presunta svolta giusnaturalistica) – non ne mise mai in discussione gli aspetti cruciali.

## 2. I presupposti giusfilosofici della “Filosofia del diritto”

Precedono la traduzione del testo due saggi dei curatori: scelta assai opportuna, perché la lettura e la comprensione delle pagine della *Filosofia del diritto*, soprattutto quelle relative alla Parte Generale, richiedono, pur nel loro rigore terminologico, la chiarificazione di tutta una serie di premesse filosofiche che non possono esser date per scontato.

Il primo saggio, dalla penna di Gaetano Carlizzi, si intitola *Un sistema filosofico deve somigliare a un duomo gotico. Introduzione alla filosofia del diritto di Gustav Radbruch* ed è una presentazione tanto delle matrici filosofiche presupposte dall’opera quanto dei concetti fondamentali ivi espressi. Lascio alla lettura dell’articolo l’approfondimento di tutti i punti che vengono lì toccati. Mi limito qui a sorvolare tre, quelli che mi paiono più centrali per il pieno intendimento delle pagine della *Filosofia*.

(1) Il primo è l’illustrazione della triade costituita da “giustizia (*Gerechtigkeit*), utilità (*Zweckmäßigkeit*) e certezza giuridica (*Rechtssicherheit*)”, i tre elementi che vanno a comporre l’idea di diritto. Triade importantissima nell’architettura radbruchiana, esposta nel corposo Cap. 9 della Parte generale, e che informa di sé lo studio degli istituti nella parte speciale. Questi tre concetti intrattengono tra di loro intricatissime relazioni (definite di “implicazione reciproca” e di “tensione”) che danno poi luogo a vere e proprie antinomie, *dilemmi*, in cui ciascuno di essi si pone in contrasto con l’altro in una lotta che non sembra trovare né riposo né conciliazione. A dire il vero, pur con qualche ambiguità, Radbruch sembra assegnare un ruolo prioritario alla certezza del diritto, senza la quale non può nemmeno parlarsi di ordine giuridico, prima ancora di chiedersi se questo sia utile o giusto.

«Che si ponga termine alla contesa tra le visioni giuridiche è più importante del fatto che questo termine sia giusto e utile; l’esistenza di un ordinamento giuridico è più importante della sua giustizia e della sua utilità... il primo compito del diritto è la certezza giuridica, ossia l’ordine, la pace»<sup>2</sup>.

E poco oltre, con affermazioni che lasciano poco spazio a dubbi:

«la giustizia è il secondo [*zweite*] grande compito del diritto, ma il primo [*nächste*] è la certezza giuridica. “Preferisco commettere un’ingiustizia, piuttosto che sopportare il disordine” ha detto Goethe, e ancora “è meglio che ti accada un’ingiustizia, anziché il mondo sia senza legge”»<sup>3</sup>.

(2) Il secondo aspetto è il chiarimento dell’espressione “giuspositivismo ermeneutico” – coniata da Gaetano Carlizzi e già oggetto di precedenti studi di quest’ultimo – per descrivere l’atteggiamento generale di Radbruch<sup>4</sup>. Questa locuzione, a prima vista, può apparire quasi un ossimoro, e in un certo senso lo è. Positivismo ed ermeneutica giuridica danno infatti luogo a visioni

<sup>1</sup> RADBRUCH 1932 [2021], 3.

<sup>2</sup> RADBRUCH 1932 [2021], 83.

<sup>3</sup> RADBRUCH 1932 [2021], 94.

<sup>4</sup> Cfr. CARLIZZI, 2011, 83 ss.; da ultimo, ampi cenni in CARLIZZI, 2022, 15 ss., *passim*.

del fenomeno giuridico contrastanti: l'uno enfatizza il ruolo di colui che *pone* il diritto (il legislatore), colui anzi che non solo lo *dis*-pone, ma lo *im*-pone<sup>5</sup>; l'altra, al contrario, pone l'accento sul ruolo dell'interprete, nella sua funzione (non già di conoscere ma) di individuare e quindi *comprendere* il diritto. In Radbruch i due accenti si tengono, in quanto egli sì riconosce, positivamente, che il diritto valido è unicamente quello posto dall'autorità, ma dall'altro ammette che il diritto va pur sempre *individuato* dall'interprete del caso singolo e concreto (da cui il dualismo "giuspositivismo ermeneutico"). Radbruch parlerà infatti della scienza giuridica come di una *scienza individualizzante*<sup>6</sup>. Ben si capisce, allora, la potente affermazione che egli proferisce, per la quale «il diritto non è la totalità delle norme, bensì è la totalità delle decisioni»<sup>7</sup>. Una vera e propria tesi ontologica, diremmo, sulle componenti ultime ("atomiche") dell'ordinamento giuridico e sull'oggetto autentico della scienza giuridica.

(3) Carlizzi si sofferma infine, opportunamente, sull'ardua questione della presunta svolta giusnaturalista di Radbruch; svolta che, a parere di Carlizzi, non c'è stata, o comunque, qualora la si voglia cogliere, va ridimensionata di molto e letta alla luce di una generale continuità del pensiero dell'A. È pur vero che dopo gli immondi orrori causati dal nazismo in Germania, Radbruch sente il bisogno di prendere chiare distanze dal positivismo inteso come sottomissione cieca alla legge purchessia, da quel positivismo della *dura lex sed lex* o *Gesetz ist Gesetz* (cioè il *positivismo ideologico radicale*, per usare le categorie di Bobbio). Nel celeberrimo articolo del 1946 dal titolo *Gesetzliches Unrecht und ubergesetzliches Recht* – che Carlizzi traduceva, in un suo antecedente lavoro, meditando l'aspetto linguistico, con *Negazione legale del diritto e diritto sovraleale*<sup>8</sup> – Radbruch infatti argomenta che, da un lato, la legge *intollerabilmente* ingiusta non ha validità giuridica (è cioè *diritto invalido*), mentre la legge *volutamente* ingiusta non è nemmeno diritto, non può cioè nemmeno dirsi avere natura giuridica. Non è possibile addentrarci qui nel tema. Quello che va, però, rilevato è che – come lo studio di Carlizzi qui evidenzia – già nella *Filosofia del diritto* (di dodici anni precedente l'articolo appena ricordato), Radbruch assumeva un atteggiamento più sfumato rispetto al positivismo ideologico. Nel Cap. 10, rubricato *La validità del diritto*, egli introduce infatti la figura delle *leggi vergognose* (*Schandgesetze*), alle quali *la coscienza del singolo può rifiutare obbedienza*. La coscienza (razionale) del singolo ha per Radbruch un ruolo fondamentale nella possibilità dell'insorgenza di un dovere che possa dirsi autentico<sup>9</sup>. Nel caso delle leggi vergognose, quelle cioè che turbano la coscienza, la trasgressione da parte del cittadino è autorizzata (salvo però pagarne le conseguenze, in quanto questa ribellione è ammessa

<sup>5</sup> Come riconosce lo stesso RADBRUCH 1932 [2021], 82. V. anche più avanti (p. 93): «Chi è in grado di imporre [durchzusetzen] il diritto dimostra per ciò stesso che è chiamato a porre [setzen] il diritto».

<sup>6</sup> RADBRUCH 1932 [2021], 134.

<sup>7</sup> RADBRUCH 1932 [2021], 135.

<sup>8</sup> CARLIZZI 2016-2018, 51 ss. V. anche, più di recente, CARLIZZI 2022b, 275.

<sup>9</sup> Questo è un punto che va enfatizzato, in quanto mi pare cruciale per un intendimento più preciso del pensiero di Radbruch (v. lo stesso CARLIZZI 2021, XX, XXI). È solo la coscienza – nel pensiero di Radbruch – che autenticamente obbliga. La coscienza (razionale) deve quindi prima accettare una norma, affinché possa sorgere un genuino dovere (e non semplicemente una *convenienza* dovuta alla costrizione esterna). «Un'obbligazione da parte di una volontà estranea è una contraddizione in sé. Una volontà, quando è accompagnata dal potere di costringere, può creare una necessità [Müssen], giammai un dovere essere [Sollen] – non può farlo la volontà estranea... » (così, con chiarezza, RADBRUCH 1932 [2021], 51, Cap. *Diritto e morale*). E poco oltre (p. 52): «Soltanto la morale è in grado di fondare [begründen] la forza obbligatoria del diritto. ... Di norme giuridiche, dover essere giuridico, validità giuridica, obblighi giuridici si può parlare solo quando la coscienza singola dota l'imperativo giuridico di forza morale obbligatoria». Questa differenza cruciale tra necessità e quindi convenienza (dovuta a una spinta operante dal di fuori) e insorgenza di autentico dovere normativo (necessariamente interno) è poi riproposta, come ricordato nel testo, anche nel Cap. 10, *La validità del diritto* (uno dei più importanti di tutta l'opera): «Come può una norma scaturire da un fatto, un dover essere giuridico dalla volontà di diritto dello Stato o della società, posto che, a quanto pare, *un volere, quando è accompagnato dal potere, può certo produrre una necessità, ma mai un dover essere?*» (*Filosofia del diritto*, 87, enfasi nostra); e ancora: «prescrizione e potere significano soltanto un volere e una possibilità, sono dunque in grado di produrre, dal lato dei destinatari, al massimo una necessità, non certo un dover essere, *forse obbedienza, ma mai un obbligo di obbedienza*» (*op. cit.*, 90, enfasi sempre nostra). Il lettore scuserà le ampie citazioni dal testo originale, giustificate dalla significatività delle affermazioni di Radbruch.

esclusivamente per la persona comune, ma non per il giudice, che è figura, nelle pagine della *Filosofia del diritto*, del tutto sottomessa alla legge)<sup>10</sup>. La certezza giuridica, allora, pur avendo un ruolo primario, non ha un ruolo assoluto; vi sono casi in cui questa può cedere, almeno per il *civis*. Sottolineo questa sfumatura perché giocherà un ruolo anche nell'esposizione del problema del giudicato gravemente ingiusto, nella parte che Radbruch dedicherà al processo (sulla quale ci soffermeremo *infra*). Ora, è vero che nel decimo Capitolo non v'è più che un accenno a tutto questo grave problema, ma tanto basta per argomentare che è possibile leggere il "secondo" Radbruch (quello del *Gesetzliches Unrecht*) all'insegna di una continuità del suo pensiero.

Così, alla fine, Carlizzi compendia la tesi generale del Radbruch della *Filosofia*, tesi che egli propone di chiamare "positivismo teleologico-relativistico": «la legge è legge solo se tende alla giustizia, e obbliga solo se la coscienza razionale assegna il primato all'idea di certezza giuridica»<sup>11</sup>.

### 2.1. (Segue). Il "relativismo metodologico" di G. Radbruch

Il secondo saggio, dalla mano di Vincenzo Omaggio, si intitola *Il relativismo di Gustav Radbruch* ed è una approfondita delucidazione di quello che è forse il caposaldo per eccellenza della cattedrale filosofica di Radbruch; ci riferiamo al *non cognitivismo etico*, ossia quella posizione secondo la quale non vi è un *criterio di correzione* tra principi etici contrastanti, tra diverse concezioni morali, tra ciò che è giusto e ciò che non lo è, *tra visioni del mondo*. Valga già solo questo punto, quindi, per rifiutare l'etichetta di giusnaturalista a Radbruch (il giusnaturalista è cognitivista in etica; vi è, per il giusnaturalista, oggettività nella morale). La questione è oggi più che mai in auge. Nei dibattiti metaetici contemporanei è frequente il riferimento ai *genuini disaccordi irrisolvibili profondi* (*deep disagreements*). Tra due parlanti razionali – si dice – vi è un momento in cui l'argomentare mediante ragioni si ferma, si interrompe, non può proseguire oltre. Ci si deve arrestare. Oltre un certo punto non è più possibile convincere razionalmente il proprio interlocutore della bontà, o no, di un valore; quello che si può solo fare è *testimoniarlo*. È esattamente quello che già constatava Radbruch: «... gli enunciati deontici ultimi non sono dimostrabili, sono assiomatici, possono essere professati (*Bekanntnisse*) ma non conosciuti (*Erkenntnis*)»<sup>12</sup>. Secondo questo *relativismo metodologico*, i valori non sono razionalmente dimostrabili né scientificamente fondabili; possono essere solo personalmente vissuti fino in fondo, senza che ci sia bisogno d'altro («quando si sa da quale parte si sta, si è già fatto abbastanza»)<sup>13</sup>.

Nel saggio ne viene messa in luce la derivazione dal pensiero kantiano (e, aggiungerei, anche humiano e poi anche kelseniano), che vuole l'impossibilità di dedurre la normatività in quanto tale (*il come le cose devono stare*) dall'essere (*il come le cose stanno*). Le cose, per Radbruch, non sono autonome portatrici di valori. I fini sono nell'occhio di chi guarda:

«Facciamo esperienza di uomini e cose rivestiti di valore o disvalore, senza esser consapevoli che questo valore o disvalore proviene da noi, dagli osservatori, non dalle cose ... Dai rami di una vecchia quercia ci scuote un fremito di sacralità. Crediamo di osservare la tossicità della pianta velenosa e la consideriamo come una sua tara morale»<sup>14</sup>.

Il puro fatto è *wertblindes*, cieco al valore.

<sup>10</sup> RADBRUCH 1932 [2021], 95.

<sup>11</sup> CARLIZZI 2021, XXXVI.

<sup>12</sup> RADBRUCH 1932 [2021], 16.

<sup>13</sup> RADBRUCH 1932 [2021], 20.

<sup>14</sup> RADBRUCH 1932 [2021], 13.

Questo relativismo fu assai criticato dai contemporanei di Radbruch, e anche dopo, per la sua malintesa debolezza, come Vincenzo Omaggio ricorda<sup>15</sup>. In realtà, va messo in chiaro che il relativismo di Radbruch, in quanto posizione metaetica, non ha nulla a che vedere con l'indifferentismo. Non è né «rifiuto scettico dei valori» né «nichilismo decadente»<sup>16</sup>, bensì rinuncia alla loro fondazione ultima teorico-scientifica; il che non impedisce, e anzi persino richiede, che questi vengano ordinati gerarchicamente da un punto di vista pratico. Il relativismo di Radbruch è piuttosto la professione che il tal valore è “giusto-per-me” (e quindi non semplicemente uno tra i molti, la cui scelta è rimessa al caso), ma non “giusto-in-assoluto”. In definitiva, la posizione metaetica di Radbruch non sottrae la possibilità – anzi, il dovere – della scelta etica e morale che ispira l'azione.

### 3. *Struttura dell'opera*

L'opera di Radbruch si divide in una Parte generale e in una Parte speciale. La Parte generale ha lo scopo di presentare l'apparato teorico che reggerà poi le idee esposte nella Parte speciale dedicata agli istituti concreti e ai singoli rami del diritto.

Non è possibile dar conto delle infinite idee espresse tanto nell'una quanto nell'altra. Menzioniamo, tra le molte, quelle contenute nel Cap. V (*Diritto e morale*), una originale ricostruzione del rapporto tra diritto e morale (la quale non è niente affatto estranea al diritto, il quale, anzi, nel distribuire i diritti soggettivi, ha proprio la funzione di render possibile l'agire morale)<sup>17</sup>.

Rammarica, per ragioni di spazio, non poterci addentrare anche nelle bellissime pagine dedicate all'interpretazione (Cap. 15, *La logica della scienza giuridica*), ove si espone l'idea tipicamente ermeneutica (ripresa indipendentemente poi da Gadamer, tra gli altri) per la quale l'autore di un testo, o più in generale di un'opera dello spirito, non può vantare *nessun diritto* sull'interpretazione dello stesso: né Mozart né Manzoni potrebbero dirci, se anche mai potessero, qual è la interpretazione corretta delle loro creazioni, che sono invece *gettate* alla storia (più prosaicamente, in Radbruch: «L'interprete può comprendere la legge meglio di quanto hanno fatto i suoi creatori, la legge può essere più saggia dei suoi autori – anzi, deve necessariamente esserlo»)<sup>18</sup>.

La parte speciale è invece applicazione della cornice teorica agli istituti particolari: si tratta della persona, della proprietà, del contratto, del matrimonio, delle successioni, del diritto penale, della pena di morte, della grazia, e del processo. Al processo Radbruch dedica (Cap. 25) non più di tre pagine, ma assai fitte di idee e questioni, appena accennate. È su questo punto che vorrei esprimere qualche riflessione conclusiva.

### 4. *Note su alcune questioni della teoria del processo di G. Radbruch*

Secondo Radbruch, il diritto processuale ha, nei confronti del diritto sostanziale, la stessa tendenza che il diritto in generale ha nei confronti del fine per il quale è stato posto: *si ribella*. Entrambi hanno la capacità di, o la predisposizione a, valere di per sé. Come il diritto in genere, anche il diritto processuale è strumentale: il primo lo è nei confronti dell'interesse politico che lo ha creato, il secondo lo è nei confronti del diritto materiale. Ma ambedue, da strumenti, si tramutano in fini. *Da servi si tramutano in padroni*.

<sup>15</sup> OMAGGIO 2021, LV, LVI (che ricorda le posizioni, tra gli altri, di Julius Binder e persino dell'esistenzialista Karl Jaspers).

<sup>16</sup> OMAGGIO 2021, VI.

<sup>17</sup> RADBRUCH 1932 [2021], 53 ss.

<sup>18</sup> RADBRUCH 1932 [2021], 125.

«Il fine, secondo Jhering, è creatore di tutto il diritto. Ma questo, appena creato, comincia a negare il proprio creatore; sorto da un fine, immediatamente pretende di valere per il fatto stesso della sua esistenza, indipendentemente dal conseguimento del fine, cioè intende vivere come un fine a sé»<sup>19</sup>.

E poco oltre:

«La relazione qui descritta tra il diritto e il suo fine... si riproduce nella relazione tra il diritto sostanziale e formale. Il diritto processuale ha il fine di aiutare la realizzazione del diritto sostanziale, ma esso ha valore in sé in modo assoluto, non solo cioè per il caso in cui non servisse a tale scopo, ma finanche nel caso in cui ne costituisse un impedimento»<sup>20</sup>.

È questo il prezzo da pagare in quel cammino di progressiva autonomizzazione del processo dal diritto materiale, cammino che ha consentito il formarsi e il consolidarsi di concetti e categorie propri della scienza del diritto processuale, e che tanto deve alla grande dottrina processuale classica germanica, che evidentemente Radbruch ha ben presente (ci riferiamo, soprattutto, a Von Bülow, il grande teorico del rapporto giuridico processuale e dell'autonomia di questo)<sup>21</sup>. Valga, fra tanti, l'esempio delle *forme* nel giudizio. Non è infrequente osservare che queste ultime, *astraendosi*, tendano a vivere di vita propria, ad acquisire autonomia rispetto al fine che dovrebbero servire, anche quando quel fine scompare. Lo notava già benissimo Chiovenda nel suo studio su *le forme nella difesa giudiziale del diritto* (la prolusione all'Università di Roma del 1901)<sup>22</sup>. E corre alla mente qui anche quell'episodio raccontato da Satta, di quegli antichi giudici che si premuravano di specificare che l'"ufficiale ministeriale" deve scrivere il nome di colui al quale consegna la copia dell'atto di citazione di seguito alla dicitura "parlando a" e non andando a capo, pena l'inefficacia dell'atto.

Quei bravi giudici che non erano certamente degli sciocchi ... potevano con tanto minor fatica affidarsi al buon senso ... E invece no: tirano fuori il centimetro, misurano le righe... Si deve concludere che c'è nel giurista un istintivo orrore ad accettare la semplicità della vita?<sup>23</sup>.

Radbruch fa due esempi concreti di questa astrazione del rito dalla materia.

(i) Il primo è la netta distinzione tra rapporto giuridico processuale (*Prozessrechtsverhältnisse*) e sostanziale. Il rapporto processuale è di carattere pubblico (intercorre tra le parti e il giudice) e dinamico, quello sostanziale è di carattere privato e statico, secondo l'insegnamento classico. È in virtù di questa separazione – scrive Radbruch – che si ritiene che «un difensore possa chiedere l'assoluzione di un imputato di cui conosce personalmente la colpevolezza»<sup>24</sup>. Esempio curioso, ma che dimostra concretamente come vi sia una duplicità di esigenze, ognuna corrispondente ai due distinti rapporti sottostanti, che possono entrare in conflitto. Da un lato quella sostanziale che esige la punizione dei colpevoli e dall'altro quella processuale che esige che si condanni solo coloro per i quali è stata raggiunta la prova della colpevolezza. Cosicché «il difensore che chiede

<sup>19</sup> RADBRUCH 1932 [2021], 197.

<sup>20</sup> RADBRUCH 1932 [2021], 198.

<sup>21</sup> Cfr. VON BÜLOW 1868.

<sup>22</sup> CHIOVENDA 1930, 353 ss. (a proposito delle cd. "forme residuali", spec. 361 ss.: «forme residuali sono quelle che nate dai bisogni, dall'indole, dalle leggi d'un tempo, sopravvivono, non ostante il trasformarsi dei bisogni, il mutarsi dell'indole, il cader delle leggi, nel tempo che segue. Restano, quasi corpi senz'anima... le forme residuali sopravvissero... come entità per sé stanti e aventi in sé stesse una ragion d'essere. L'arte giuridica amò la forma per la forma: le solennità furon mantenute senza alcun sostrato nel sentimento comune...»).

<sup>23</sup> SATTA 1949 [1994], il quale riporta l'episodio citato da G. MOSCA, *Commentario su le leggi di procedura*, III, Napoli, 1840.

<sup>24</sup> RADBRUCH 1932 [2021], 198-199.

l'assoluzione del colpevole di cui non è stata provata la responsabilità resta perciò un difensore del diritto, sebbene non di quello sostanziale, quanto di quello processuale»<sup>25</sup>. Conseguenza correttissima sul piano processuale, anche civile, ma che solleva, invece, qualche riflessione sul piano etico e deontologico. Nell'accennare al tema, Radbruch fa riferimento alla "nota polemica" sul punto, senza dare ulteriori indicazioni; e in effetti, ricercando un poco, apprendiamo che il problema della difesa della *causa ingiusta* (e in particolare della causa penale che l'avvocato sa essere falsa) ha ricevuto una attenzione finissima già a partire dal Medioevo, grazie all'apporto del diritto canonico e della teologia morale<sup>26</sup>. Senza poter indugiare sul dibattito, è comunque ragionevole dedurre che Radbruch ne fosse a piena conoscenza.

Mi preme sottolineare come nell'esempio appena fatto, lo scollamento, la divaricazione tra diritto e processo non è assunto come un dato di fatto, ma come un dato normativo; è il diritto stesso che prevede che ciò accada, è un risultato *accettato* e giustificato. Come mai? Radbruch dice, con una mossa rapida e forse anche un po' oscura, che *l'idea di valore* che soggiace a questa scelta – cioè a quella di tener ferma la regola di diritto processuale anche quando contraddica il diritto materiale – è la *certezza giuridica*. L'oscurità però si dirada se teniamo a mente che, nel disegno radbruchiano, la certezza giuridica occupa un posto privilegiato rispetto alle sorelle "giustizia" e "utilità", perché, come abbiamo detto *supra*, è solo la certezza che consente, innanzitutto, a un ordine giuridico di esistere. Abbiamo già accennato, però, a proposito delle "leggi vergogna", al fatto che questo atteggiamento che a prima vista sembra essere positivista nel senso più radicale e ideologico del termine vada reso più sfumato; e proprio il secondo esempio, come ora vedremo, rende palese questa sfumatura.

#### 4.1. (Segue). Radbruch e il problema del giudicato ingiusto

(2) Il secondo momento di scissione tra diritto e processo, di scarto ammesso e accettato, riguarda la forza della cosa giudicata (la sua *Rechtskraft*, la sua "forza del diritto") e, in particolare, quella di *giudicato ingiusto*. «La sentenza che deve garantire la situazione giuridica sostanziale ... ottiene la forza di cosa giudicata indipendentemente dal fatto di garantire il diritto materiale»<sup>27</sup>. Parimenti, anche in questo caso è la certezza a fondare l'istituto, la certezza, evidentemente, dell'esistenza o meno di una situazione giuridica. Da qui il bisogno dell'incontrovertibilità, della indiscutibilità dell'accertamento giudiziale.

Ora, il processualista più rigoroso potrebbe specificare che il giudicato non è *mai* ingiusto, *agli occhi dell'ordinamento*. Predicare l'ingiustizia di una sentenza, infatti, significa null'altro che avere a disposizione un mezzo giuridico attraverso il quale far valere la doglianza, ottenere l'accertamento *istituzionale* dell'ingiustizia e quindi la sua rimozione. È necessario, in altre parole, non solo che ci sia qualcuno che affermi l'ingiustizia, ma anche che questi sia dotato del potere di affermarla. Se questo mezzo manca (come manca per definizione nei confronti del giudicato), l'ingiustizia rimane confinata all'ambito soggettivo ed è quindi irrilevante dal punto di vista dell'ordinamento. Potrà certo essere ingiusto agli occhi della parte, ma non a quelli del diritto. Quello del giudicato ingiusto è quindi, giuridicamente parlando, un *non-problema*<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> RADBRUCH 1932 [2021], 199.

<sup>26</sup> Si vedano, sul punto, ad es., gli approfonditissimi studi da parte della studiosa di storia del diritto BIANCHI RIVA 2012 e BIANCHI RIVA 2015.

<sup>27</sup> RADBRUCH 1932 [2021], 199.

<sup>28</sup> «[L]'eventuale divergenza tra la situazione sostanziale esistente in precedenza e quella accertata dalla sentenza passata in giudicato – scrive CAPONI 1991, 63 e 64 – è dunque un fenomeno privo di rilevanza giuridica», specificando che «[L]a negazione della rilevanza giuridica della sentenza ingiusta è un dato dogmatico fondamentale della teoria del giudicato». È vero che, nell'ordinamento italiano, vi sono mezzi di impugnazione *straordinari*, la cui proposizione, cioè, non è impedita dal passaggio in giudicato della sentenza (v. la revocazione straordinaria di cui all'art. 395 c.p.c., n. 1, 2, 3, 6 c.p.c. e l'opposizione di terzo ex art. 404 c.p.c., comma 1 e 2); ma – come è stato corretta-

La specificazione fatta non sembra inutile considerando ciò che Radbruch dice in seguito.

In coerenza con quanto accennato a proposito del diritto gravemente ingiusto (le “leggi-vergogna”) – la cui forte «scorrettezza del contenuto, la sua ingiustizia, o la sua disutilità» non impegna la coscienza individuale – Radbruch predica l’«assoluta nullità (*absoluter Nichtigkeit*) della cosa giudicata nelle sentenze viziate da gravi difetti sia di ordine sostanziale che di ordine formale»<sup>29</sup>. Dato che, però, la cosa giudicata è espressione dell’esigenza della certezza del diritto, nel caso appena esposto «si sviluppa un conflitto all’interno della stessa certezza giuridica»<sup>30</sup>. Ha luogo così, per Radbruch, uno scontro tra la certezza della cosa giudicata e la certezza del diritto: e in caso di *grave* scorrettezza della prima, a prevalere deve però essere quest’ultimo.

Resta il problema di chi e come è legittimato ad affermare (agli occhi dell’ordinamento, s’intende) una tale ingiustizia del giudicato: e non vale affermare – ma il discorso ci sta portando ben oltre l’orizzonte di Radbruch – che ci si potrebbe immaginare l’ammissibilità di un apposito secondo giudizio di merito volto a denunciare l’ingiustizia del precedente; il problema così sarebbe solo spostato, e non risolto, giacché non vi sarebbe nessuna garanzia che il nuovo giudicato sia corretto, di modo che potrebbe riproporsi lo stesso conflitto in seno al nuovo giudizio, e così all’infinito<sup>31</sup>. Bisogna quindi arrendersi all’idea che il giudicato (anche *gravemente*) ingiusto sia un fenomeno ineliminabile, nel senso che la grave ingiustizia, esaurite le impugnazioni, è destinata per forza di cose a perdere rilevanza giuridica (a meno di non lasciare il giudizio sempre aperto, indefinitamente rivedibile, sacrificando però così totalmente la certezza del diritto; conclusione alla quale Radbruch si sarebbe certamente opposto).

mente sottolineato – questi mezzi straordinari «se accolti, hanno per effetto quello di cancellare [il giudicato] dal mondo giuridico. Ciò conferma quindi che «il giudicato, *finché e nei limiti entro i quali sussiste*, non può essere contrapposto alla situazione o al rapporto realmente esistente» (così, ancora, R. CAPONI, 1991, 64 in nt. 12, che cita il virgolettato da PUGLIESE 1969, 786 ss. e 827). Per ampi ragguagli sul dibattito, specie con riferimento alla dottrina tedesca, che per prima indagò il tema, v. anche il fondamentale lavoro di ATTARDI (un Autore che, più di altri, ha approfondito il tema del giudicato ingiusto) 1961, 1 e ss., ma spec. 43 ss. Va infine rilevato, per amor di verità, che nell’ordinamento italiano vi è, però, un solo caso al quale possiamo dare vera rilevanza al giudicato ingiusto, in via eccezionale, ed è quello di cui all’ipotesi prevista dall’art. 2738 c.c. che riconosce la possibilità al soccombente di chiedere il risarcimento del danno derivante della sentenza basata su giuramento riconosciuto falso.

<sup>29</sup> Qui Radbruch pare accomunare sotto un medesimo ombrello i due fenomeni concettualmente distinti del giudicato *ingiusto* e del giudicato *illegale*: il primo è quello che dichiara «fondata o ammissibile una domanda che sia, invece, infondata o inammissibile»; il secondo, invece, è quello che risulta, o meno «dall’osservanza delle norme che regolano l’attività in genere, quella di decisione in particolare del giudice» (così, con grande spirito analitico, ATTARDI 1961, 39). Ne risulta, quindi, che «una decisione può essere legale ma ingiusta oppure illegale ma giusta: la prima ipotesi si presenta quando, ad esempio, risulti sulla base di nuovi elementi una divergenza tra il giudizio di fatto e la realtà che abbia anche determinato un contenuto della decisione diverso da quello che sarebbe stato se quella divergenza non si fosse verificata; la seconda si ha se, ad esempio, la valutazione degli elementi a disposizione del giudice sia erronea e nondimeno una retta applicazione delle norme di diritto alla reale situazione di fatto avrebbe determinato una decisione identica a quella emanata» (ancora ATTARDI 1961, 41-42).

<sup>30</sup> RADBRUCH 1932 [2021], 199.

<sup>31</sup> «Nulla può assicurarci che il giudizio che la sentenza sia ingiusta non sia a sua volta ingiusto»: così ATTARDI 1961, 4, nt. 7 *bis*, in fine. A questo stesso proposito, riporta CAPONI (1991, 65, nt. 13) l’acuta affermazione di BERNATZIK 1886, 116: «Ich weiss dann zwar, dass ein Urteil die Wahrheit nicht enthielt, aber ich weiss nie, ob ein Urteil die Unwahrheit enthält» («posso sapere se una sentenza non conteneva la verità, ma non so mai se contiene una falsità»).

*Riferimenti bibliografici*

- ATTARDI A. 1961. *La cosa giudicata, I, L'accertamento giudiziale*, in «Jus», 1 ss.
- BERNATZIK E. 1886. *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft. Verwaltungsrechtliche Studien*, Wien.
- BIANCHI RIVA R. 2012. *L'avvocato non difenda cause ingiuste. Ricerche sulla deontologia forense in età medievale e moderna. Parte prima. Il medioevo*, Giuffrè.
- BIANCHI RIVA R. 2015. *La coscienza dell'avvocato. La deontologia forense fra diritto e etica in età moderna*, Giuffrè.
- CAPONI R. 1991. *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, Giuffrè.
- CARLIZZI G. 2011. *Gustav Radbruch e le origini dell'ermeneutica giuridica contemporanea*, in «Persona y derecho», 83 ss. (nonché in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2011, 389 ss.).
- CARLIZZI G. 2018. *I fondamenti giusfilosofici della “Duplice formula di Radbruch”*, in «Annali dell'Università degli Studi Suor Orsola Benincasa 2016-2018», 51 ss.
- CARLIZZI G. 2021. *“Un sistema filosofico deve somigliare a un duomo gotico”. Introduzione alla filosofia del diritto di Gustav Radbruch*, in G. Radbruch, *Filosofia del diritto* (a cura di G. Carlizzi e V. Omaggio), Giuffrè, V ss.
- CARLIZZI G. 2022a. *Per una storia dell'ermeneutica giuridica*, in «Diacronia», 15 ss.
- CARLIZZI G. 2022b. *Continuità o discontinuità nella filosofia del diritto di Radbruch? La tesi del “giusnaturalismo ermeneutico”*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 275 ss.
- CHIOVENDA G. 1930. *Le forme nella difesa giudiziale del diritto*, in ID., *Saggi di diritto processuale civile*, I, 353 ss.
- OMAGGIO V. 2021. *Il relativismo di Gustav Radbruch*, in G. Radbruch, *Filosofia del diritto* (a cura di G. Carlizzi e V. Omaggio), Giuffrè, XLI ss.
- PUGLIESE G. 1969. voce *Giudicato civile*, in *Enc. Dir.*, XVITI, Milano.
- RADBRUCH G. [1932] 2021. *Filosofia del diritto*, a cura di G. Carlizzi, V. Omaggio, Giuffrè.
- SATTA S. [1949] 1994. *Il formalismo nel processo*, in ID., *Il mistero del processo*, Adelphi, 81 ss.
- VON BÜLOW, O. 1868. *Die Lehre von den Processeinreden und die Processvoraussetzungen*, Giessen.