

Cultura, valore, giustizia. Alcuni concetti fondamentali della filosofia del diritto di Radbruch

Culture, Value, Justice. Some Fundamental Concepts in Radbruch's Philosophy of Law

VINCENZO OMAGGIO

Professore ordinario di filosofia del diritto, Dipartimento di Scienze Giuridiche ed Economiche, Università degli studi Suor Orsola Benincasa, Napoli.

E-mail: vincenzo.omaggio@unisob.na.it

ABSTRACT

L'autore esplora gli elementi essenziali della filosofia del diritto di Gustav Radbruch, a partire dalla sua opera fondamentale del 1932, ponendo in luce il concetto di diritto come fenomeno culturale. Radbruch definisce il diritto non come un mero fatto (cieco ai valori) né come un valore puro (come la morale), ma come un "fatto riferito a un valore" (*wertbezogene Tatsache*). Questa impostazione metodologica, che assegna alla "cultura" un posto intermedio tra "essere" e "dover essere", è definita da Radbruch come un trialismo metodico (realità, valore e riferimento al valore). Il saggio mette in risalto il confronto critico con Hans Kelsen, il quale respinge l'idea di Radbruch di un "terzo regno" della cultura, sostenendo che essa porta alla contraddizione di derivare un concetto normativo del diritto (dover essere) dalla realtà fattuale (essere). Il valore fondamentale a cui il diritto si riferisce è l'idea di giustizia, intesa come l'idea specifica che il diritto tenta di realizzare. La seconda parte del saggio è dedicata alle nozioni di "natura della cosa" in relazione al diritto naturale, da cui si distingue significativamente. Mentre il diritto naturale rimanda a una visione razionalistica, la natura del fatto invece rimanda a una visione in senso lato storico-storistica. Da questa analisi emergono tratti caratteristici della visione di Radbruch, collegati alla sua rivalutazione dello "spirito del diritto inglese".

The author explores the essential elements of Gustav Radbruch's philosophy of law, starting from his fundamental work of 1932, highlighting the concept of law as a cultural phenomenon. Radbruch defines law not as a mere fact (blind to values) nor as a pure value (like morality), but as a "fact related to a value" (*wertbezogene Tatsache*). This methodological approach, which assigns "culture" an intermediate place between "being" and "ought to be", is defined by Radbruch as a methodological trialism (reality, value, and relation to value). The essay emphasizes the critical comparison with Hans Kelsen, who rejects Radbruch's idea of a "third realm" of culture, arguing that it leads to the contradiction of deriving a normative concept of law (ought to be) from factual reality (being). The fundamental value to which law relates is the idea of justice, understood as the specific idea that law attempts to realize. The second part of the essay is dedicated to the notions of "nature of the thing" (*Natur der Sache*) in relation to natural law, from which it significantly differs. While natural law refers back to a rationalistic view, the nature of the fact instead refers to a broadly historicist view. From this analysis emerge characteristic features of Radbruch's vision, linked to his re-evaluation of the "spirit of English law".

KEYWORDS

cultura, valore, giustizia, natura del fatto (o della cosa), diritto naturale

culture, value, justice, natur der sache, natural law

Cultura, valore, giustizia. Alcuni concetti fondamentali della filosofia del diritto di Radbruch

VINCENZO OMAGGIO

1. *Il diritto come fenomeno culturale* – 1.1 *Cultura e Wertbeziehung: il confronto con Hans Kelsen* – 1.2 *Scienza del diritto come scienza culturale* – 1.3 *Idea e materia del diritto* – 2. *La giustizia* – 2.1 *L'idea specifica del diritto* – 2.2 *Giustizia, utilità, certezza* – 3. *La natura del fatto e il diritto di natura*.

1. *Il diritto come fenomeno culturale*

1.1 *Cultura e Wertbeziehung: il confronto con Hans Kelsen*

È largamente condivisa l'idea che la *Filosofia del diritto* del 1932¹ sia il libro fondamentale di Gustav Radbruch, perché vi ritroviamo gli elementi essenziali della sua concezione del diritto. A partire da quest'opera proverò a mettere a fuoco qualche definizione che giudico molto rilevante nell'economia del discorso radbruchiano. Scelgo di cominciare dal concetto del diritto, delineato in quei passi dei capitoli 1 e 4 in cui Radbruch sostiene due tesi fondamentali, cioè che il diritto è un concetto culturale, vale a dire riferito ai valori, e che il suo valore giuridico di riferimento è l'idea della giustizia.

Sono noti i presupposti di queste tesi: il diritto non è immediatamente un valore, ma neppure un fatto. Se fosse un semplice fatto, sarebbe cieco ai valori (*wertblind*), in quanto la natura non fa altro che rispecchiare il caos di ciò che è dato, senza alcun discernimento concettuale. Se fosse un valore in sé, si confonderebbe con la morale, che è l'attitudine a conferire valore alle cose in modo incondizionato. Il diritto è un fatto riferito a un valore (*wertbezogene Tatsache*) e in quanto tale è distinto dalla morale, ma con il valore tende a stabilire una relazione. Come è noto, per Radbruch ci sono quattro atteggiamenti possibili: un atteggiamento cieco al valore, uno valutativo, uno riferito al valore e infine un atteggiamento trascendente il valore, quello religioso². L'atteggiamento riferito al valore è l'atteggiamento metodico delle scienze della cultura.

Dunque, nel capitolo 1 si legge: «Il diritto è un fenomeno culturale, ossia un fatto riferito al valore. Il concetto di diritto non può essere definito altrimenti che come la datità che ha il senso di realizzare la giustizia»³. Questa tesi ora esposta in una forma piana rappresenta in realtà un nodo teorico molto importante nell'ambito della riflessione neokantiana, a cui Radbruch appartiene, come egli stesso riconosce, facendo esplicito riferimento al dualismo metodologico di Rickert e di Lask nella prima nota del libro⁴, quando deve «mostrare i presupposti filosofici generali della filosofia del diritto». Nel riferirsi a queste posizioni Radbruch ha avuto cura di precisare che per lui deve parlarsi di dualismo solo in quanto è in opposizione al monismo metodico (quello che stabilisce un legame diretto tra essere e dovere), perché in realtà dovrebbe parlarsi più propriamente di trialismo metodico⁵. Non si dà una mera antitesi tra essere e dover essere, tra realtà e valore, ma tra questi due ambiti bisogna riservare un posto al “riferimento al

¹ RADBRUCH 2021a. Un dibattito su quest'opera in prima edizione italiana è stato pubblicato in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2/2022 con contributi di M. Lalatta Costerbosa, P. Portinaro, G. Carlizzi, V. Omaggio e G. Bisogni.

² RADBRUCH 2021a, 7 ss.

³ RADBRUCH 2021a, 10.

⁴ RADBRUCH 2021a, 7.

⁵ RADBRUCH 2021a, 14 nt. 2.

valore”, tra natura e ideale va assicurato un posto alla cultura⁶. L’idea del diritto è il valore, mentre il concetto del diritto è realtà riferita al valore. Quest’orientamento, fondato da Lask, aveva già richiamato l’attenzione di Hans Kelsen. Kelsen nel 1916 pubblica un articolo sugli «Schmollers Jahrbuch» dal titolo *Die Rechtswissenschaft als Norm-oder Kulturwissenschaft*⁷, nel quale sottopone a una critica serrata le tesi del libro di Radbruch del 1914, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*. E la sua critica muove esattamente da questa nozione ambigua e spuria di “cultura”. Kelsen sostiene che in base al dualismo neocriticista a rigore la classificazione in essere e dovere, realtà e valore, natura e scopo, è esaustiva, è una suddivisione di tutto il pensabile. Un terzo regno è impensabile. Ebbene questo terzo regno è proprio quanto Radbruch tenta di costruire, mediante la cultura⁸. Kelsen si domanda: «come può una realtà essere sussunta sotto un concetto di valore se le categorie del valore e della realtà – secondo il dualismo metodico accettato da Radbruch – ricadono in regni separati?»⁹. Di conseguenza, come è possibile ricavare il concetto del diritto dalla giustizia quando Radbruch riconosce che i due concetti sono rigorosamente separati l’uno dall’altro? Tutte queste contraddizioni derivano secondo Kelsen precisamente dal concetto di cultura¹⁰; derivano cioè dall’idea di un sostrato della valutazione, per la quale il concetto di diritto sta a quello di giustizia come il sostrato sta al valore. Ciò comporta anche dover derivare il diritto dalla sua giustizia, cioè derivare un essere da un dover essere. Cosicché si determinano due incongruenze dal punto di vista di Kelsen: in primo luogo, ciò comporta che il diritto deve essere pensato come un essere, una realtà, perché solo la realtà effettiva può presentarsi come sostrato del valore; tuttavia Radbruch nel suo capitolo sulla validità del diritto ha sostenuto correttamente che la scienza giuridica si occupa di norme giuridiche, non di fatti, e che il giurista ha a che fare con il dovere e non con l’effettività dell’ordinamento. In secondo luogo, il presupposto della posizione, accettata anche da Radbruch, secondo cui il diritto resta diritto anche se ingiusto, è dato proprio dal fatto che si prescinda dall’applicare al diritto positivo un criterio extragiuridico come quello della giustizia. Secondo Kelsen la posizione relativista o, se vogliamo, “positivista”, sostenuta da Radbruch, dovrebbe pertanto reggersi sul presupposto di considerare irrilevante la qualità della giustizia per il diritto positivo¹¹. Pur essendo Radbruch convintamente relativista e pur avendo correttamente fondato il suo relativismo nella parte sostanziale della sua teoria, «nel punto decisivo gli è venuta meno la nozione del carattere puramente formale del concetto di dovere o valore, ed è stato spinto a raffigurare il diritto come fatto dell’essere»¹².

Dobbiamo dedurne che la posizione di Radbruch ha una sua originalità, è più complessa e articolata rispetto ai canoni rigorosi di Kelsen, col quale pur condivide l’orientamento neocriticista. Egli ci mostra una compresenza di realtà e valore, di essere e dovere. Prendere sul serio le scienze culturali significa andare alla ricerca delle connessioni tra fatti e valori. La filosofia del diritto è un tipo di indagine che guarda alla realtà, in sé irrazionale, dal punto di

⁶ RADBRUCH 2021a, 33. Contro Stammler, Radbruch supera il dualismo in nome di un trialismo di visioni (a prescindere dalla visione religiosa). «Questo trialismo trasforma la filosofia del diritto in una *filosofia culturale del diritto*» (RADBRUCH 2021, 33).

⁷ KELSEN 1988, 73-136. Nella *Filosofia del diritto* Radbruch segnala questa critica tagliente di Kelsen alla *filosofia culturale del diritto* alla nt. 13 del capitolo 3, *Gli indirizzi della filosofia del diritto*.

⁸ KELSEN 1988, 123-124.

⁹ KELSEN 1988, 125.

¹⁰ KELSEN 1988, 127.

¹¹ KELSEN 1988, 128: «[...] di un diritto positivo si può parlare soltanto in quanto si prescinde dall’applicare il criterio di misura extra-giuridico della giustizia, perché proprio nella eliminazione del problema della giustizia dell’ordinamento giuridico consiste la positività del diritto. È questo il senso del presupposto, accettato anche da Radbruch, che resta diritto anche un diritto ingiusto, che per il diritto positivo la qualità della giustizia è irrilevante!».

¹² KELSEN 1988, 129.

vista di valori assoluti; riflette sul significato metempirico del diritto alla luce di un valore tipico, ossia dell'idea di giustizia.

1.2 Scienza del diritto come scienza culturale

Nell'ambito delle scienze del diritto in generale (*Wissenschaften vom Rechte*) la scienza giuridica in senso stretto (*Rechtswissenschaft*) si distingue dalle altre (teoria sociale del diritto, filosofia del diritto, politica del diritto) perché studia gli ordinamenti giuridici positivi, è scienza del diritto valido, scienza del senso oggettivo del diritto. Essa è a sua volta una scienza culturale. In particolare, presenta tre caratteri: è (a) *comprendente*, (b) *individualizzante* e (c) *riferita al valore*¹³. Su questi aspetti è opportuno qui soffermarsi.

(a) Comprendente vuol dire per Radbruch che non è rivolta all'effettività, ma «al significato oggettivamente valido delle disposizioni giuridiche, alla loro validità»¹⁴.

Indubbiamente le norme sono imperativi e quindi espressioni di un volere; ma il senso oggettivo di un volere è un dover essere, perché una volta depurato del significato psicologico, legato al contenuto dei comandi, non può essere altro che un dovere¹⁵. L'oggetto della scienza giuridica sono i fatti, gli imperativi; ma la scienza non li considera come tali, li considera invece come enunciati deontici, come norme. Egli conclude allora che la scienza giuridica, pur restando in definitiva scienza empirica in quanto scienza culturale, «ha l'oggetto di una scienza empirica e il metodo di una scienza normativa», provocando così l'irritazione di Kelsen, che vi scorgeva una clamorosa contraddizione. Secondo Kelsen si trattava di un errore, in quanto non si può separare l'oggetto dal metodo e costruire una scienza che per un verso è empirica e per altro verso è normativa. L'oggetto è determinato esattamente dal metodo che si adopera¹⁶. Radbruch cade in contraddizione perché da un lato è spinto a intendere il diritto come fatto reale, come fatto culturale, e dall'altro deve riconoscere lo specifico carattere normativo della scienza giuridica.

Siamo intorno al medesimo snodo di questioni a cui anche Kelsen si era applicato nel suo *Problemi fondamentali della dottrina del diritto statuale* (*esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica*) del 1911¹⁷, il libro germinale della sua dottrina pura del diritto, l'opera che ne contiene tutte le radici metodologiche e che, nel contempo, mostra i fondamenti filosofici del suo pensiero con una chiarezza che non sarà più dato di riscontrare nelle opere più mature¹⁸.

Il problema del metodo è tema della massima importanza: «difficilmente si potrà fare a meno della sicura bussola di un metodo scientifico senza correre il rischio di abbandonare il campo della propria disciplina per ritrovarsi in un campo limitrofo», come accade per la giurisprudenza, che «ha la peculiare qualità di imbattersi, ad ogni piè sospinto, in tali ambiti di confine, come la sociologia e la psicologia»¹⁹. Le soluzioni dei concreti problemi di dottrina dello Stato per Kelsen sono il terreno di verifica dei suoi assunti metodologici, mediante i quali sottopone a critica le dottrine dominanti. Tali dottrine sono viziose dal sincretismo e dalla confusione originati dalla comunanza di oggetto delle diverse scienze sociali, che impedisce di individuare i diversi metodi necessari a stabilire il confine tra le discipline. In mancanza di un solido criterio metodologico la penetrazione delle discipline diviene inestricabile e il diritto viene assoggettato ai metodi della psicologia e della sociologia. La trattazione della volontà nel diritto, pertanto, rientra pienamente nel perimetro dell'indagine filosofica del libro, intesa come *un'actio finium regundorum*, con

¹³ RADBRUCH 2021a, 133.

¹⁴ RADBRUCH 2021a, 134.

¹⁵ RADBRUCH 2021a, 87.

¹⁶ KELSEN 1988, 134 ss.

¹⁷ KELSEN 2022.

¹⁸ Si veda l'*Introduzione* di CARRINO in KELSEN 2022, IX-X.

¹⁹ KELSEN 2022, 4-5.

l'eliminazione delle impurità di metodo che impediscono di guardare al diritto come a una scienza autonoma. Nel solco della tradizione neokantiana comune a Radbruch, Kelsen sostiene che, colto il dovere in un senso rigorosamente logico, cioè in opposizione all'essere

«non lo si può identificare con nessuno dei suoi contenuti; non può darsi nessun essere, di nessun tipo, come dovere. In particolare non si può, cosa che per la verità accade frequentemente, considerare il dovere come una volontà, cioè come un evento psichico-reale. La volontà appartiene al mondo dell'essere, è un evento psichico e, perciò, qualcosa di essenzialmente diverso dal dovere»²⁰.

La volontà che opera nel campo dell'etica e della giurisprudenza è radicalmente diversa dalla volontà com'è intesa dalla psicologia, che è «un fatto empiricamente accertabile con l'auto-osservazione, un fatto appartenente al mondo dell'essere»²¹. La volontà dell'etica e della giurisprudenza è «una costruzione fatta dal punto di vista della norma, del dovere, una costruzione cui nella vita psichica reale dell'individuo non corrisponde alcun evento concreto»²². Il disconoscimento di tale distinzione rappresenta uno degli errori più gravi della giurisprudenza e contraddice l'essenza intima della scienza moderna, il cui percorso conduce alla fine alla conclusione che diritto è soltanto ciò che viene sancito come tale secondo il diritto positivo²³ senza riferimento a postulati della morale, della religione o della cultura.

Tale obiettivo teorico kelseniano è identificato da Radbruch quando definisce in termini di «eutanasia della filosofia del diritto»²⁴ quell'ascesa della teoria generale del diritto che, scalzando la filosofia, era andata a occupare «il piano mansardato della scienza giuridica positiva»²⁵. Prefiggersi lo scopo di una scienza autonoma fondata sul dover essere kelseniano vuol dire fare un'analisi tutta interna al diritto positivo, usando concetti che «non possono mai fuoriuscire dai suoi binari e condurre a una valutazione del diritto positivo stesso»²⁶. C'è dunque un dover essere, una considerazione del valore, ma il suo «oggetto non è il diritto, bensì la conoscenza del diritto»²⁷. Acutamente Radbruch osserva che la domanda a cui si offre risposta non è «quando un diritto è corretto, ma come un diritto possa essere compreso in maniera corretta»²⁸. È un tentativo che si muove nell'ambito della teoria della conoscenza giuridica, ossia della filosofia teoretica, non della filosofia del diritto, che è un ramo della filosofia pratica²⁹. Opera soltanto su un ambiente formalizzato di norme, non è perciò un sapere pratico come la filosofia del diritto, che invece mette in relazione la realtà dei fatti con i valori.

Con la consueta schiettezza Hans Kelsen aveva scritto: «Le mie ricerche presuppongono due contrasti fondamentali: quello che separa essere e dovere e quello che separa contenuto e forma [...]»³⁰. Il concetto di *Sollen* garantisce la validità della conoscenza prescindendo dal dato reale. Il diritto è il mondo del *Sollen*, la natura il mondo del *Sein*; il diritto possiede la propria struttura

²⁰ KELSEN 2022, 22. Qui ancora: «Come l'agire, anche il dovere può essere contenuto del dovere, ma non può mai essere quello stesso dovere».

²¹ KELSEN 2022, 155.

²² KELSEN 2022.

²³ KELSEN 2022, 337.

²⁴ RADBRUCH 2021a, 29.

²⁵ RADBRUCH 2021a, 28.

²⁶ RADBRUCH 2021a.

²⁷ RADBRUCH 2021a.

²⁸ RADBRUCH 2021a.

²⁹ RADBRUCH 2021a.

³⁰ KELSEN 2022, 5: «Sono del tutto consapevole del fatto che una concezione del mondo monista non riconosce, e non può riconoscere, come un dualismo definitivo, né il dualismo di essere e dovere, né quello di contenuto e forma. [...] ma io non sono monista. Per quanto anche io *percepisca* come insoddisfacente una costruzione dualistica dell'immagine del mondo, nel mio *pensiero* non vedo alcuna via che superi il conflitto insopportabile tra io e mondo, anima e corpo, soggetto e oggetto, forma e contenuto – o in quali altre parole l'eterno dualismo alternativamente possa celarsi».

relazionale, le proprie leggi di collegamento. L'importanza della proposizione giuridica si riverbera anche sulla questione fondamentale dell'obbligo giuridico, che Kelsen legge come forma fenomenica soggettiva della proposizione giuridica. Il significato essenziale della proposizione rispetto ai soggetti giuridici consiste nel fatto di obbligarli: la distinzione fra proposizione e obbligo scaturisce da quella che si dà tra una considerazione oggettiva e una soggettiva. Tutto questo risulterà chiaro una volta depurato il concetto di obbligo giuridico dal carattere distintivo dell'obbligo morale, consistente in uno *status interiore* del soggetto, in una condizione psichico-reale tale da esercitare coazione sulla volontà. L'analogia con la struttura dell'obbligo morale spinge nella rete giusnaturalistica, poiché, legando la pretesa giuridica all'obbedienza, alla capacità di obbligare, deve collegare l'obbligo all'esistenza di una norma cui il potere stesso dello Stato deve sottostare. Questa norma non può essere giuridica, per non dare luogo a una *petitio principii*, e dunque, la norma secondo la quale lo Stato può obbligare può essere solo una norma morale. In definitiva solo la morale può obbligare.

Anche Radbruch professa un dualismo, seppur complicato dal “terzo elemento”. Tra i modi fondamentali di posizione dei valori non c'è alcun ordine gerarchico, per la semplice ragione che i valori non possono essere fatti oggetto di conoscenza scientifica ma solo di *Bekenntnis*. Possono essere soltanto professati. «La filosofia kantiana ci ha insegnato – scrive Radbruch - che è impossibile desumere ciò che dotato di valore (*wertvoll*), ciò che è corretto, ciò che deve essere da ciò che è»³¹ E qui ancora:

«Gli enunciati deontici possono essere giustificati e dimostrati soltanto attraverso altri enunciati deontici. Proprio perciò gli enunciati deontici ultimi non sono dimostrabili, sono assiomatici, possono essere professati, ma non conosciuti. Dunque, là dove vi è una disputa tra affermazioni sugli enunciati deontici ultimi, tra visioni del valore e del mondo contrapposte, non vi è più la possibilità di decidere tra esse con rigore scientifico»³².

Già nei *Grundzüge* egli condanna in effetti le teorie giuspositivistiche proprio in quanto naturalistiche (o fattualistiche) e ne rigetta la riconduzione delle norme a situazioni di fatto³³. Per Bierling, ad esempio, il diritto è valido, in quanto è riconosciuto. Il concetto di riconoscimento psicologico è inteso come un atteggiamento di rispetto continuo, ininterrotto, abituale, come un sentirsi legato e sottoposto in relazione a un certo oggetto. Manca la distinzione tra essere e dovere.

Bene, ma questa distinzione si articola in due versioni³⁴. Nella prima versione l'essere si riferisce ai fatti e alla realtà, mentre il dovere si riferisce ai valori e corrisponde alla distinzione tra realtà e valore dei neokantiani del Baden o al dualismo metodologico. L'inosservanza di questa distinzione porta alla fallacia naturalistica, criticata da Radbruch. Nella seconda versione, quella della separazione di diritto e morale, l'essere si riferisce al diritto positivo vigente, mentre il dovere si riferisce alla morale. Radbruch dunque aderisce alla prima distinzione e critica il giuspositivismo fattualistico, ma non si pronuncia sulla seconda distinzione, neanche quando fa la critica di Kelsen, in quanto include il pensiero di quest'ultimo nel primo ambito, cioè nel giuspositivismo fattualistico.

Nonostante le comuni radici neokantiane e le analogie fra le loro posizioni dualistiche, i due non si intendono. Radbruch rifiuta la variante kelseniana del giuspositivismo, come Kelsen rigetta la variante radbruchiana del dualismo metodologico. Nella *Filosofia del diritto*³⁵ Radbruch definisce quella di Kelsen come una singolare combinazione del positivismo con l'apparentemente contrapposta “teoria normologica” del dovere che punta ad “un'alta polizia della conoscenza”, con

³¹ RADBRUCH 2021a, 13.

³² RADBRUCH 2021a, 16.

³³ PAULSON 2023.

³⁴ PAULSON 2023, 176, nt. 49.

³⁵ RADBRUCH 2021, 34-35.

la quale egli tenterebbe di eliminare tutte le ipostasi e le funzioni nel campo giuridico, finendo così per “annientare sé stessa”. In qualche modo riconosce in Kelsen un’istanza normologica, tuttavia critica la sua posizione come se fosse una forma di naturalismo. Perché?

La spiegazione sta nel fatto che per Radbruch la proposizione giuridica di Kelsen ha un contenuto normativo, ma non è una norma, è un imperativo, ma non un dovere, semmai è un volere; non è un valore, ma è realtà. Vale a dire che Kelsen si troverebbe «dal lato sbagliato della distinzione tra essere e dovere»³⁶. Finché la norma si riferisce all’imperativo, può al più imporre una volontà, ma mai fondare un dovere; non può trovare il suo fondamento se non nella morale. Questa interpretazione radbruchiana di Kelsen è condizionata dal ruolo che nel giurista pragheste gioca la *Grundnorm* quale dispositivo atto a realizzare la “trasformazione della forza in diritto”. Poiché per Kelsen è sufficiente che le norme di un ordinamento giuridico, che si suppone fondato sulla *Grundnorm*, siano “obbedite in generale”, la sua posizione resta confinata all’ambito dell’essere, dal momento che l’efficacia è una mera espressione della forza e quindi non può mai trasformare la forza in diritto. La teoria della *Grundnorm* cade nella fallacia di tutti i giuspositivismi.

La separazione tra diritto e morale dettata dalla “seconda versione” in effetti non è neppure presa in considerazione da Radbruch. Non perché diritto e morale vadano confusi, ma perché nel concetto di diritto è insita la prospettiva della giustizia e il concetto di diritto, come sappiamo, ha senso in quanto tenta di realizzarla. È vero che Radbruch formula un relativismo convinto, non solo metodologico ma strutturale³⁷, basato sui limiti della conoscenza: proprio perché lo scopo del diritto e i mezzi necessari al suo raggiungimento non sono riconoscibili in termini scientifici, in quanto la ragione e la scienza sono inadeguate a questo compito, «è necessario che questo sia svolto dalla volontà e dal potere. È necessario che la produzione del diritto spetti a una volontà che abbia anche la possibilità di imporsi a qualunque visione giuridica riottosa»³⁸. Ciò tuttavia non autorizza ad accogliere una “teoria sociologica della validità”, secondo cui il diritto vale solo perché è prescritto da un potere capace di imporlo. Le prescrizioni e il potere possono al più produrre «una necessità ma non un dover essere, forse obbedienza, ma mai un obbligo di obbedienza»³⁹. In definitiva per Radbruch il diritto vale «non perché, bensì se è in grado di imporsi in maniera efficace», perché la certezza è uno degli elementi dell’idea del diritto, non è quello assorbente, non vuol dire che «debba essere preferita in maniera incondizionata alle pretese di giustizia e di utilità»⁴⁰.

È altrettanto vero che Radbruch sostiene una dottrina della soggezione del giudice alla legge. Difatti afferma che, per quanto possa essere ingiusto, il contenuto del diritto soddisfa sempre uno scopo attraverso la sua vigenza, quello della certezza. Con grande chiarezza:

«Noi disprezziamo il pastore che predica contro la sua fede, ma onoriamo il giudice che non consente al proprio riluttante senso giuridico di farlo vacillare nella propria fedeltà: difatti mentre il dogma ha valore solo come espressione di fede, la legge ha valore non solo come riflesso della giustizia, ma anche come garante della certezza, ed è soprattutto in questa forma che essa è affidata nelle mani del giudice»⁴¹.

³⁶ PAULSON 2023, 179.

³⁷ PAULSON 2023, 92.

³⁸ PAULSON 2023.

³⁹ PAULSON 2023, 90. La medesima tesi è esposta nel noto saggio postbellico RADBRUCH 2021, 136: «[...] il positivismo non è nella condizione di fondare con le proprie forze la validità delle leggi. Esso ritiene che la validità di una legge sia già dimostrata dal fatto che essa abbia il potere di farsi ubbidire. Ma sul potere forse si può fondare un dovere (*Müssen*), mai un dovere morale (*Sollen*) e la validità (*Gelten*). Ciò lo si può fondare solo sul valore che inerisce alla legge».

⁴⁰ RADBRUCH 2021b, 94.

⁴¹ RADBRUCH 2021b. Al ruolo del giudice nel pensiero di Radbruch e alle sue qualità intellettuali e morali ha dedicato pagine importanti: LALATTA COSTERBOSA 2024.

Tuttavia di per sé la dottrina della soggezione giudiziale non implica un giuspositivismo legalistico. Si può sostenere che il giudice sia vincolato dal diritto legislativo, e, nello stesso tempo, rigettare l'idea che il diritto non sia nient'altro se non diritto legislativo⁴². Per Radbruch la legge rappresenta una parte del diritto, la sua componente politica, il giuspositivismo invece trasforma la parte nel tutto, fa della certezza l'unico elemento del diritto.

(b) Il secondo carattere della scienza giuridica, anche se essa si occupa di leggi generali, è di essere una scienza individualizzante, una scienza idiografica (non "nomotetica"), in quanto oggetto della scienza giuridica non sono le singole leggi, ma l'intero ordinamento che rappresenta un'esperienza individuale nel suo rapportarsi al valore della giustizia. In fondo ogni ordinamento rappresenta propriamente questo sforzo di tendere alla giustizia ed è perciò individuale. La scienza del diritto è sempre scienza di un certo diritto, di un certo ordinamento giuridico vigente o estinto che sia, sul quale la filosofia del diritto esercita la sua valutazione alla luce dei tratti irrinunciabili di ogni diritto, delle pretese di correttezza che il diritto avanza sotto forma di giustizia formale. Come tutti i processi culturali, ai quali ineriscono senso e valore, stimola il nostro interesse al particolare e all'individuale, al suo irripetibile svolgimento⁴³. In base alla distinzione tra scienza della natura e scienza della cultura il significato culturale di un oggetto non si basa su ciò che esso ha in comune con le altre realtà, ma proprio su ciò che lo distingue dalle altre. Guardato nel suo rapporto con i valori culturali deve essere visto "anche in riferimento al particolare e all'individuale", in quanto «visto come natura, cioè ridotto a concetti generali e leggi, diventerebbe un esemplare di genere indifferente, al posto del quale potrebbe benissimo subentrare un altro genere uguale»⁴⁴.

c) Il riferimento al valore è il terzo elemento definitorio della scienza giuridica e senza tale richiamo alla giustizia la scienza non saprebbe comprendere gli ordinamenti giuridici nella loro individualità e la filosofia del diritto non potrebbe valutarli. Difatti le scienze individualizzanti anegherebbero nella massa dei fatti senza disporre di un criterio per distinguere tra i fatti essenziali e quelli inessenziali. Questo criterio è il riferimento al valore, cioè il criterio che seleziona i fatti favorevoli oppure sfavorevoli al perseguimento del valore cui la scienza si orienta, ma sempre ad esso non indifferenti⁴⁵. Quindi il suo oggetto può mutare col mutare delle epoche, che modifica la distinzione tra fatti essenziali e inessenziali. «Ogni epoca scrive la storia daccapo»⁴⁶ distinguendo daccapo i fatti "storici" da quelli meramente "antiquari".

1.3 Idea e materia del diritto

Va sottolineato che in questo sistema sia le norme che i fatti giuridici hanno un riferimento al valore: le prime sono concetti immediatamente riferibili al valore della giustizia, hanno il senso di stare al servizio del valore; i secondi sono concetti mediamente riferibili al valore, datità che hanno il senso di dover corrispondere a quelle norme dell'ordinamento giuridico che, a loro volta, sono orientate all'idea di giustizia⁴⁷. In particolare, se guardiamo bene, è qui implicata anche quella tesi radbruchiana della *Natur der Sache*, intesa come la soluzione proposta «da tutti coloro che si sforzano di mitigare il rigido dualismo tra essere e dover essere, tra realtà e valore, che cercano la ragione nelle cose stesse»⁴⁸. Tesi che egli era andato sviluppando progressivamente negli anni non

⁴² PAULSON 2023, 156.

⁴³ RICKERT 1979, 125.

⁴⁴ RICKERT 1979.

⁴⁵ RADBRUCH 2021a, 135.

⁴⁶ RADBRUCH 2021a.

⁴⁷ RADBRUCH 2021a, 124.

⁴⁸ «*Natur der Sache ist die Lösung aller derer, welche den schroffen Dualismus von Sein und Sollen, von Wirklichkeit und Wert zu mildern bemüht sind, welche die Vernunft in den Dingen auchen», RADBRUCH 1947. Questo articolo, che va*

senza oscillazioni nel giudizio e nella prospettiva, a cominciare dall'importante saggio degli anni '20 *Idea e materia del diritto*⁴⁹. La natura del fatto è «il senso di un rapporto di vita riferito a un'idea»⁵⁰, scrive Radbruch nel saggio del '47 *Die Natur der Sache als juristische Denkform* e aggiunge che «il senso di un fatto (*Sinngehalt*) può essere elaborato solo nella relazione con un'idea»⁵¹.

Il riferimento alle tesi rickertiane e weberiane ci permette di interpretare nella loro giusta portata talune affermazioni dell'autore che altrimenti potrebbero essere fraintese come una presenza ontologica del senso o del dover essere nel fatto stesso, quando scrive ad esempio che “il senso è dover essere realizzato nell’essere, è il valore che si manifesta nella realtà”. Tuttavia non bisogna intendere il senso come un elemento della struttura del fatto, ma come il risultato di un’operazione del pensiero (*Denkform*): l’operazione è la messa in relazione con l’idea (*Wertbeziehung*). Cosicché “il senso di un fatto può essere elaborato solo nella relazione con una idea”, come abbiamo letto. Ma poiché la teoria del diritto non ha ancora chiarito l’essenza logica della natura della cosa, la singolare connessione tra accertamento dell’essere e valutazione del valore, Radbruch tenta questo chiarimento seguendo il filo conduttore di tre domande⁵²: che significa “cosa”? cosa vuol dire “natura”? da dove deriva la vincolatività della natura della cosa? La “cosa” a cui si riferisce è il sostrato, il materiale, la materia che il diritto deve plasmare. È indifferente se come materia di valutazione giuridica un caso singolo si presenta al giudice o se al legislatore e al giurista si presenta un intero complesso di casi singoli connessi: il procedimento per l'accertamento della natura della cosa è in entrambi i casi lo stesso. Materia del diritto è la convivenza degli uomini, la totalità dei rapporti di vita e degli ordinamenti di vita all'interno della società, nonché i fatti della vita che sono componenti di quei rapporti e ordinamenti. La nozione di “natura” non va intesa in senso naturalistico o come se fosse un ente. Natura della cosa è la sua essenza, il suo senso, ma non un senso realmente pensato da qualcuno, bensì il senso oggettivo da ricavare unicamente dalla costituzione stessa dei rapporti di vita. Si cerca così il senso giuridico e l'idea di diritto che in esso si realizza. Come aveva sostenuto una volta Savigny, il diritto è “la vita degli uomini stessi, considerata da un punto di vista particolare”; il senso giuridico di una cosa significa quindi la selezione di determinati tratti dalla totalità di un rapporto di vita sotto un determinato aspetto. Ciò che Anselm Feuerbach (il pittore) disse a proposito dello stile, che è la corretta omissione dell'inessenziale, avrebbe potuto impararlo da suo nonno (il giurista): infatti anche lo stile giuridico è la corretta omissione dell'inessenziale⁵³. I tratti giuridici così ottenuti vengono riassunti sotto il dominio di un'idea di diritto in una struttura di senso unitaria, che per lo più, ma non sempre, sarà una struttura teleologica, una struttura di scopi e mezzi giuridici. Così il rapporto di vita viene trasformato in un istituto giuridico nella forma di un tipo ideale mediante il procedimento della costruzione giuridica.

Come si è detto, la convinzione della correttezza metodologica della costruzione giuridica è l'esito maturo di una lunga riflessione iniziata con il conio della nozione di “determinatezza materiale dell'idea”, così come consegnata nel lavoro *Idea e materia del diritto*. L'idea vale per una determinata materia, è rivolta a una certa materia ed è dunque determinata dalla materia che vuole dominare. Come l'idea artistica si adatta al materiale, si trasforma a seconda che debba incorporarsi nel bronzo oppure nel marmo, così ogni idea è congenitamente corrispondente alla materia⁵⁴. Sicché in questa fase Radbruch abbozza un primo concetto di natura della cosa sulla

considerato molto più di un ampliamento del testo del 1941 recante il medesimo titolo (*La natura della cosa come forma giuridica di pensiero*), rappresenta l'approdo conclusivo della sua riflessione.

⁴⁹ RADBRUCH 2016.

⁵⁰ RADBRUCH 1947, 162.

⁵¹ RADBRUCH 1947, 172.

⁵² RADBRUCH 1947, 159 ss.

⁵³ RADBRUCH 1947, 162.

⁵⁴ RADBRUCH 2016, 31.

base del rapporto tra forma e materia dell'idea del diritto. La materia dell'idea del diritto (o la materia del diritto) è «il dato preformato per mezzo di concetti sociali»⁵⁵, non il dato immediato quindi, inutilizzabile in quanto non sussumibile in concetti, ma solo il dato formato concettualmente, l'unico applicabile in termini giuridici. Una decisione giuridica tratta in base alla natura della cosa richiede la materia di un fatto sociale di tipo giuridico⁵⁶.

Nella *Filosofia del diritto* il tema viene ripreso da Radbruch che sostiene che, se è vero che si è tentato di equiparare la determinatezza materiale dell'idea a una preformazione dell'idea nella materia, non può parlarsi però che di «una possibilità psicologica di intuire l'idea nella e fuori dalla materia»⁵⁷. Così come Michelangelo può aver visto in anticipo la figura del David nel blocco di marmo che stava lavorando, lo stesso può accadere al giurista che decide secondo la natura della cosa⁵⁸. Ma si tratta di un “colpo di fortuna dell'intuizione”, non di un metodo della conoscenza⁵⁹. Radbruch difende con decisione l'indeducibilità del valore dalla realtà. Sul piano logico naturalmente, non sul piano causale. Il dualismo non esclude affatto che le valutazioni siano influenzate dai fatti reali. I giudizi di valore possono essere causati dai fatti empirici, ma non giustificati da essi⁶⁰. Ma proprio questo passaggio sul “colpo di fortuna” viene fatto oggetto di puntuale revisione nel saggio del 1947, *Die Natur der Sache als juristische Denkform*. Il percorso di questo procedimento che conduce dai rapporti di vita e dalle loro singole regole di comportamento, attraverso la loro interpretazione del senso riferita all'idea, fino al tipo ideale dell'istituto giuridico è giudicato adesso come una costruzione giuridica. Così, scrive Radbruch, «la natura della cosa è il risultato di un metodo rigorosamente razionale, non già un colpo di fortuna dell'intuizione»⁶¹.

In conclusione la natura della cosa, sottolinea Radbruch, non è qualcosa che vale di per sé, non è una fonte del diritto; ha valore solo nella misura in cui una fonte del diritto le concede spazio espressamente o tacitamente. Essa è un mezzo di interpretazione e di riempimento delle lacune, nella misura in cui il senso del rapporto di vita da essa accertato e l'idea su cui si fonda non sono in contraddizione con lo spirito della legge. È l'ultima *ratio* dell'interpretazione e del completamento della legge, che entra in applicazione solo quando per la regolamentazione di un rapporto di vita non si può dimostrare un'idea intesa dal legislatore concreto, ma si è costretti a fare appello al “legislatore in generale”, al legislatore *in abstracto*.

Come è noto, il procedimento da cui sorge la natura del fatto è da Radbruch descritto mediante il ricorso al concetto weberiano di tipo ideale⁶², quindi non mediante un processo di generalizzazione dell'individuale, ma di tipizzazione dell'individualità del rapporto di vita considerato. Il tipo ideale è qui ricostruito come tipo giuridico. La natura del fatto è il risultato di questo processo di costruzione giuridica dei rapporti di vita. Weber l'aveva applicato ai fatti storici di cui intendeva procurare un'immagine razionalizzata e concettualizzata attraverso la messa in evidenza di ciò che in essi era rilevante o tipico alla stregua di un particolare interesse conoscitivo. Il tipo è così lo strumento euristico fondamentale della conoscenza storica. Applicando il procedimento weberiano Radbruch eleva la *Rechtsidee* a criterio selettivo delle caratteristiche essenziali del fatto secondo il principio della relazione dei fatti al valore o alle idee.

⁵⁵ RADBRUCH 2016, 36.

⁵⁶ RADBRUCH 2016, 37.

⁵⁷ RADBRUCH 2021a, 14.

⁵⁸ RADBRUCH 2021a.

⁵⁹ RADBRUCH 2021a, 15.

⁶⁰ RADBRUCH 2021a.

⁶¹ RADBRUCH 1947, 162: «Somit ist die N.d S. das Ergebnis einer streng rationalen Methode, nicht etwa ein 'Glücksfall der Intuition'». In nota l'autore aggiunge “wie ich früher meinte” ricordando il suo punto di vista contrario precedentemente espresso nella *Rechtsphilosophie*.

⁶² RADBRUCH 1947, 172.

2. La giustizia

2.1 L'idea specifica del diritto

Il secondo passaggio della definizione riguarda il rapporto con la giustizia. Il diritto è un “concetto culturale riferito al valore”: il valore giuridico di riferimento è l’idea di giustizia⁶³. Nella *Filosofia del diritto* il diritto ha il senso di servire la giustizia. Essa rappresenta un valore assoluto, «in quanto la giustizia è come il bene, il vero, il bello, è un valore assoluto, ossia non deducibile da alcun altro»⁶⁴.

Per capire in che modo si realizzi questo servizio occorre tornare alla *Wertbeziehung* (al riferimento al valore); possiamo pensare ad esempio alla relazione tra scienza e verità. Anche la scienza ha il senso di servire la verità, indipendentemente dal fatto che abbia o meno successo, che scopra la verità oppure non la scopra e si limiti a fare solo un tentativo⁶⁵. Ciò che conta è la pretesa di verità. Allo stesso modo il diritto tende per sua natura verso la giustizia. Ciò consente a Radbruch di sostenere che diritto è dunque tutto ciò che può essere fatto oggetto di un giudizio di giustizia, ma anche di un giudizio di ingiustizia; diritto è ciò che deve essere giusto, anche se in realtà non lo è. Diritto è ciò che persegue lo scopo del diritto ma ciò non comporta che lo scopo debba essere raggiunto; diritto è il tentativo riuscito, ma anche quello fallito, di essere diritto giusto⁶⁶. «Il diritto può essere ingiusto (*summum ius - summa iniuria*), ma è diritto soltanto perché ha il senso di essere giusto»⁶⁷. A ben vedere, il concetto di cultura in generale «non è affatto puro valore, è piuttosto un misto di umanità e barbarie, gusto e mancanza di gusto, verità ed errore; eppure, in tutte queste manifestazioni, [...] essa non è mai priva di riferimento al valore»⁶⁸. Non è la realizzazione del valore, ma esprime l’aspirazione a realizzarlo, e con tale riferimento al valore incarna propriamente l’atteggiamento metodico della scienza della cultura. Secondo il lessico del neokantismo del Baden, Radbruch sostiene che il diritto è quella struttura della realtà, dell’essere, che serve da sostrato o da teatro al valore giuridico, all’idea del diritto. In conclusione ne discende che il concetto di diritto è in pari tempo astrattamente distinto dal diritto giusto, ma è anche qualcosa di determinabile solo a partire da esso. Al fatto corrisponde la realtà del diritto, data dalle norme positive imposte dall’autorità, al valore corrisponde l’idea del diritto (la giustizia), alla cultura corrisponde il concetto di diritto, che ha il suo senso nel servire l’idea del diritto. Il suo concetto è pregiudicato dal problema dello scopo senza coincidere con esso.

Se per Kelsen la giustizia è irrilevante perché è un ideale irrazionale, per Radbruch non lo è; anzi è intimamente razionale, in quanto è un valore e i valori hanno un rilevante ruolo conoscitivo. Dire che il diritto dev’essere giusto, o meglio corretto, come diceva Stammler, vuol dire che deve corrispondere alle pretese normative specifiche del proprio valore di riferimento. Il valore di riferimento non è un bene in sé, è un criterio selettivo per rendere possibile la conoscenza di qualcosa. Come avevano spiegato Rickert e Weber, la valutazione è una forma necessaria a comprendere la realtà. L’atto conoscitivo si identifica con il giudizio di negazione o di affermazione. Conoscere è riconoscere un valore. Altrimenti la realtà rimane un caos, una moltitudine indeterminata, indescrivibile. In altri termini qui Radbruch sta affrontando il problema epistemologico della costituzione della giurisprudenza in scienza del diritto all’interno del tema più generale delle condizioni mediante le quali un determinato sapere si costituisce in

⁶³ «Il diritto è la realtà il cui senso è stare al servizio del valore del diritto, dell’idea del diritto. Il concetto di diritto è dunque rivolto all’idea del diritto. Ora, l’idea del diritto non può che essere la giustizia», RADBRUCH 2021a, 37-38.

⁶⁴ RADBRUCH 2021a, 38.

⁶⁵ RADBRUCH 2021a, 8.

⁶⁶ RADBRUCH 1914, 29 ss ma v. anche RADBRUCH 1989, 89-97.

⁶⁷ RADBRUCH 1914, 10.

⁶⁸ RADBRUCH 1914, 8.

scienza propriamente detta. Nell'ambito della scuola neokantiana sudoccidentale, come sappiamo, la filosofia si attribuisce esattamente questo compito di classificare i saperi, di operare una suddivisione disciplinare nel cui ambito il diritto deve trovare una sua collocazione. Il metodo adatto a tale scopo richiede l'individuazione di un riferimento selettivo che permette la delimitazione di un campo di ricerca. Le realtà, guardate come storia e non come natura, si dividono in elementi essenziali e inessenziali sulla base del "fatto" che uomini di cultura riconoscano alcuni valori⁶⁹. Questo criterio di selezione è chiamato da Rickert "valore": il valore ci consente di selezionare dentro l'esperienza alcuni campi che delimitano l'oggetto di saperi specifici, di cui la filosofia può rendere ragione. Il bene, il vero, il bello, il giusto sono valori, in senso neokantiano, cioè criteri selettivi rispetto al *continuum* indifferenziato dell'esperienza⁷⁰. Il giusto è il riferimento trascendentale del diritto. Il giudizio può essere considerato perciò come "risposta a una domanda": giudicare significa «prendere posizione di fronte a un valore»⁷¹, che può essere visto come indipendente rispetto al soggetto. La conoscenza non riguarda i dati, ma la loro relazione con determinati valori⁷². Cosa interessa di più a noi in questo quadro? Il seguente aspetto: la validità determina le caratteristiche del mondo dei valori ed esprime l'indipendenza della sfera ideale dalle sue realizzazioni concrete, cioè la sua atemporaliità. Una sorta di irreale realtà dei valori⁷³, che è la radice del dualismo tra essere e dover essere. I valori non esistono come esiste la realtà (al modo platonico), ma valgono in una dimensione distinta dalla realtà che coincide con il dover essere⁷⁴, con la loro validità. Si stabilisce un rapporto teleologico tra i valori e le prese di posizione verso di essi, che non confonde la relazione al valore con la valutazione pratica. La relazione al valore appartiene alla constatazione dei fatti, dice che alcuni oggetti sono indicati di fatto come beni, mentre la valutazione pratica no⁷⁵. La valutazione comporta lode o biasimo, la relazione ai valori no⁷⁶. Questo metodo prepara le premesse di una concezione del diritto come fenomeno della cultura.

2.2 Giustizia, utilità, certezza

«La giustizia è la specifica idea del diritto, sufficiente per sviluppare il concetto di diritto» scrive Radbruch, per poi aggiungere: «ma anche l'idea del diritto non si esaurisce nella giustizia»⁷⁷. Cosa ci chiede in sostanza la giustizia? L'essenza della giustizia è l'egualianza: eguale trattamento per tutti gli esseri umani in eguali condizioni. Questo elemento, come si vede, non è sufficiente, perché non dice nulla sul punto di vista dal quale uno può essere considerato uguale o diverso dagli altri. Per questo serve un secondo elemento: l'utilità, (*Zweckmässigkeit*) il perseguimento di uno scopo politico. Neppure questo elemento però vanta una definizione univoca,

⁶⁹ RICKERT 1979, 132.

⁷⁰ «Agli oggetti culturali sono sempre inerenti dei valori e noi vogliamo perciò chiamarli beni (*Güter*), per distinguerli così nello stesso tempo, in quanto realtà fornite di valore, dai valori stessi, che considerati in sé, non sono realtà, e dai quali si può anche prescindere. La scienza non pensa gli oggetti naturali come beni, bensì liberi da qualsiasi connessione con i valori, per cui separando nel pensiero ogni valore da un oggetto culturale, si può dire che esso diventa così mera natura o si lascia manipolare scientificamente come un oggetto di natura. Mediante la relazione ai valori (*Wertbeziehung*), che c'è o non c'è, possiamo allora distinguere con sicurezza due tipi di oggetti delle scienze [...]:»: RICKERT 1979, 69.

⁷¹ RICKERT, 1904, 95. In tema cfr. BONGIOVANNI 2016, 157.

⁷² BONGIOVANNI 2016, 159.

⁷³ BONGIOVANNI 2016, 161.

⁷⁴ «I valori non sono realtà, né fisiche né psichiche. La loro essenza consiste nella loro validità (*Geltung*) non nella loro realtà (*Tatsächlichkeit*). Ma i valori sono legati con le realtà [...]. Un valore può essere così "inerente" a un oggetto da renderlo un bene [...]», RICKERT 1979, 131.

⁷⁵ RICKERT 1979, 132.

⁷⁶ RICKERT 1979, 134.

⁷⁷ RADBRUCH 2021a, 61.

perché l'utile si mostra in forme diverse secondo le differenti concezioni del diritto e dello Stato promosse delle diverse ideologie politiche. Questo relativismo degli scopi, a sua volta, sarebbe in effetti molto pericoloso, se fosse “l'ultima parola della filosofia del diritto”, poiché il diritto ha bisogno di stabilità⁷⁸. Soccorre allora un terzo pilastro, la certezza del diritto: il diritto è certezza, per la sua istanza normativa non può essere lasciato in balia delle diverse opinioni degli individui. «Se non può esser disvelato cosa è giusto, allora è necessario che sia disposto cosa rileva secondo diritto, più precisamente, è necessario che ciò avvenga da un punto che, oltre a disporre qualcosa, è anche in condizione di imporla»⁷⁹.

Questa è la nota tesi radbruchiana.

Ecco quindi il quadro degli elementi: la giustizia e l'utilità costituiscono la dimensione ideale del diritto; la certezza è la sua dimensione reale o fattuale. La dimensione ideale ha un elemento assoluto (la giustizia) e un elemento relativo (utilità). Anche le relazioni gerarchiche tra gli elementi dell'idea di diritto sono relative, nel senso che possono subire modificazioni in base ai tempi e ai luoghi.

Dalla sua *Filosofia del diritto* emerge nel complesso un primato dell'elemento fattuale. La certezza ha la precedenza sulla dimensione ideale. Il diritto deve servire la giustizia, ma l'esistenza di un ordinamento positivo non può dipendere dalla conformità a un ordine dato, perché la sua determinazione non può avvenire in modo univoco e assoluto. In altri termini l'esistenza di un ordine giuridico è più importante della sua giustizia o della sua utilità. Va ricordato però che esistono applicazioni dirette della giustizia, non mediate dall'utilità, come l'uguaglianza di fronte alla legge e il divieto di tribunali speciali⁸⁰; come ci sono casi di leggi scandalose (*Schandgesetze*), ad esempio quelle promulgate da Bismarck con intenti persecutori nei confronti degli esponenti politici socialisti.

Dunque, la relazione tra diritto e morale, che esiste, non ha effetti sulla validità giuridica, tranne i casi rari nei quali talune “leggi vergognose” non possono pretendere di essere vincolanti per i cittadini, e che restano però vincolanti per i giudici che devono applicarle. Come Kant, Radbruch ritiene che l'ingiustizia morale non fa venire meno la validità giuridica: diritto e morale sono connessi ma distinti, in quanto la validità giuridica ha una propria autonomia. Anche Kant, come è noto, ammette il diritto naturale. Ammette il diritto naturale e quello positivo, ma non fonda sul diritto naturale il contenuto del diritto positivo. Così per Radbruch la morale è lo scopo del diritto e proprio perciò è fondamento della sua validità obbligatoria. Nel capitolo *Diritto e morale* della *Filosofia del diritto* scrive che solo la morale è in grado di fondare la forza obbligatoria del diritto⁸¹; gli imperativi giuridici in sé possono dare luogo a una necessità, ma non a un “dover essere”. Ciò non comporta affatto però che il diritto venga incorporato nella morale «come un suo semplice sottoambito», né che «la norma giuridica si trasformi in una norma morale di contenuto determinato»⁸², ma si spiega semplicemente come uno di quei casi in cui «lo stesso materiale viene rivestito di un duplice carattere assiologico»⁸³. Qui Radbruch cita il Kant della *Metafisica dei costumi*: «tutti i doveri appartengono all'etica per il solo fatto di essere doveri; ma ciò non comporta che la loro legislazione sia contenuta una volta per tutte nell'etica, piuttosto per molti di essi si trova all'esterno di quest'ultima»⁸⁴. La morale, dopo aver fondato il diritto come compito morale, si rimette alla sua legislazione. Il diritto è al servizio della morale non attraverso i doveri

⁷⁸ RADBRUCH 2021a, 81.

⁷⁹ RADBRUCH 2021a, 81-82.

⁸⁰ RADBRUCH 2021a, 85.

⁸¹ RADBRUCH 2021a, 52.

⁸² RADBRUCH 2021a, 53.

⁸³ RADBRUCH 2021a.

⁸⁴ RADBRUCH 2021a, 53. Il passo kantiano è in KANT 1989, 20. Su questi aspetti mi sono soffermato più diffusamente in *Idea e realtà del diritto*. OMAGGIO 2022, 360 ss.

che impone, bensì «attraverso i diritti che concede»⁸⁵, dal lato dei diritti dunque non da quello dei doveri. Cosicché il diritto non si fonda sulla morale nel senso che positivizza alcuni doveri provenienti da una determinata morale, ma nel senso che deve lasciarci la libertà, e quindi il diritto, di fare il nostro dovere. “Il mio diritto” è in sostanza “il diritto di fare il mio dovere”, ma per questo serve la libertà. Quindi il suo ideale è la libertà. In definitiva Radbruch conclude che il diritto è la possibilità della morale e proprio perciò anche la possibilità dell’immorale; può rendere possibile ma non imporre la morale, che può derivare solo dalla libertà. Se può rendere possibile la morale, inevitabilmente può rendere possibile anche l’immorale.

Dopo il ’45 gli elementi fondamentali del quadro rimangono fondamentalmente inalterati: giustizia, utilità e certezza. Nella *Propedeutica alla filosofia del diritto* del ’47 Radbruch ribadisce che la giustizia in quanto egualianza rappresenta il primo elemento, ma è indeterminata e necessita di essere completata mediante la decisione politica circa lo scopo (l’utilità)⁸⁶. Il terzo elemento, la certezza, conferma la sua posizione preminente: si ribadisce cioè che, poiché non è possibile identificare con sicurezza ciò che è giusto, è necessario stabilirlo mediante la certezza. I primi due elementi conservano la loro natura ideale e l’ultimo la sua natura fattuale. La giustizia ha ancora il suo carattere assoluto e l’utilità il suo carattere relativo; nel complesso la dimensione ideale ha conservato il suo carattere relativo e la certezza il carattere assoluto. Ma il carattere relativo della dimensione ideale non è più relativo nella stessa misura di prima, in quanto si è evidenziato storicamente un suo nucleo non relativistico, quello dei diritti umani. Si resta nell’alveo della *Filosofia del diritto* del ’32, che l’autore non ha mai sconfessato. In via generale sono propenso a credere che le leggi di Norimberga del ’35 siano incompatibili anche con il sistema radbruchiano del ’32 in virtù della sua etica della libertà, ma non esiste una risposta esplicita, testuale a questa domanda. Una risposta esplicita arriva con gli scritti del dopoguerra, che reagiscono alla sollecitazione teorica con una messa a punto del sistema.

La giustizia, dicevo, presenta adesso un nucleo non relativistico, che è emerso storicamente, rendendosi evidente. In particolare la certezza del diritto, prima assoluta o quasi, adesso ammette alcune eccezioni che vincolano anche il giurista e il giudice e non sono più affidate al giudizio della coscienza individuale, com’era nel sistema della *Rechtsphilosophie*: l’ingiustizia estrema fa venire meno la validità giuridica, l’ingiustizia estrema consapevole e deliberata, che disconosce i fondamentali diritti umani, fa venire meno la stessa natura giuridica delle leggi: la certezza ceda alla giustizia. Ecco il senso della formula di Radbruch, o delle formule di Radbruch, come sarebbe meglio dire. Se si rimane nell’ambito del principio per cui “la legge è legge”, una negazione legale del diritto (o legalità senza diritto) non può mai darsi e neppure un diritto sovralegale: sono espressioni in sé contraddittorie. Questo principio annulla il conflitto tra la giustizia e la certezza. Il conflitto invece

«potrebbe essere risolto – cito Radbruch – dando la precedenza al diritto positivo assicurato da statuizione e potere, anche se contenutisticamente ingiusto e disutile, a meno che il conflitto della legge positiva con la giustizia non raggiunga una misura così intollerabile che la legge in quanto “diritto ingiusto” debba cedere il passo alla giustizia»⁸⁷.

In *Cinque minuti di filosofia del diritto*⁸⁸ (1945) e nel più noto *Legalità senza diritto e diritto sovralegale* (1946) si rende più chiaro che i diritti umani sono divenuti parte integrante del sistema di

⁸⁵ RADBRUCH 2021a, 54.

⁸⁶ RADBRUCH 1959.

⁸⁷ RADBRUCH 1946, 137. Il titolo originale *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht* ha avuto diverse traduzioni. Controverso è soprattutto il concetto di “Unrecht”, reso in molti modi: “torto legale”, “ingiustizia legale”, “illecito legale”, “non-diritto legale”, “negazione legale del diritto”. Rinvio sul punto a CARLIZZI 2021, XXIX, n. 41.

⁸⁸ RADBRUCH 1945 (RADBRUCH 2021b); RADBRUCH 2021b, 117-121.

Radbruch, sono divenuti elementi necessari di concretizzazione della giustizia, in quanto, anche se il loro contenuto in generale può rimanere indeterminato dal punto di vista conoscitivo, tuttavia “il lavoro dei secoli” ha fissato un nucleo di principi che vantano un consenso così ampio che solo uno scettico intenzionale, deliberato, e in mala fede dunque, potrebbe ancora coltivare dubbi in proposito. Questo consenso supera il dubbio epistemico sui contenuti che aveva indotto sempre Radbruch a dare della giustizia una definizione formale. Il che non vuol dire che la giustizia abbia perduto il suo tratto caratteristico formale, quando non si tratta di casi, quali quelli riguardanti la violazione dei diritti umani, che rappresentano esempi evidenti di violazione della giustizia. A veder bene, una legge non è priva di natura giuridica per il fatto di disconoscere i diritti umani, ma perché, disconoscendo i diritti umani, mostra con la massima evidenza di non tendere all’idea di giustizia. E la legge è legge quando tende alla giustizia, come Radbruch aveva sempre sostenuto fin dalla *Filosofia del diritto*.

3. La natura del fatto e il diritto di natura

Vorrei segnalare un aspetto che raramente è messo nella giusta evidenza. Non c’è nessun entusiasmo teorico da parte di Radbruch per questa “vittoria” della giustizia. Questo prevalere della giustizia sulla certezza del diritto denuncia sempre una crisi profonda del diritto positivo, dell’ordinamento giuridico e della certezza del diritto, che deve stare in equilibrio con la giustizia, nel senso che deve riconoscere il principio di positività delle leggi e anche i suoi limiti. Non è questa, a suo giudizio, la modalità fisiologica dell’emersione del diritto naturale, se così vogliamo dire. In *Lo spirito del diritto inglese*⁸⁹ scrive: «La natura delle cose deve essere ricavata dagli ordinamenti costituiti, nei quali il diritto ha trovato forma in una società. Essa è appunto il senso che abita dentro gli istituti giuridici». La natura delle cose non fa violenza ai fatti con la ragione, ma cerca la ragione nelle cose. La ragione è la natura dei fatti⁹⁰.

La natura della cosa (*Natur der Sache*) non è esattamente il diritto naturale. Non si deve frantumare la natura della cosa come una forma di pensiero giusnaturalista. Natura della cosa e diritto naturale sono piuttosto nozioni opposte. Il diritto naturale, derivato dalla natura dell’uomo, dalla ragione, pretende di fondare un diritto uguale per tutti i tempi e tutti i popoli; dalla natura della cosa deriva invece la molteplicità delle formazioni giuridiche storiche e nazionali. Presentano un profondo legame antisoggettivistico ma anche un differente programma, come scrisse Alessandro Baratta⁹¹, nella temperie storica e culturale della Germania del dopoguerra. Le teorie del diritto naturale si distinguono per il loro riferimento a un principio superiore ai fatti dell’umana convivenza e della storia, le teorie della natura del fatto invece indicano un principio inherente agli stessi rapporti di vita. La norma che si ricava dalla natura del fatto non è eterna e immutabile come il diritto naturale, posto al di sopra della storia, ma ha invece un contenuto mutevole, intrinseco alle stesse determinazioni storiche della convivenza. Mentre il diritto naturale rimanda a una visione razionalistica, la natura del fatto invece rimanda a una visione in senso lato storicistica⁹². La norma del diritto naturale è universale e conoscibile dalla ragione; quella della natura del fatto è invece individuale, sempre limitata e riferita a un rapporto di vita o a una istituzione concreta.

Per queste ragioni il diritto naturale ha nei confronti dell’ordinamento giuridico positivo un atteggiamento generalmente polemico, se non rivoluzionario⁹³. Il suo appello a un ordine

⁸⁹ RADBRUCH 1962, 35.

⁹⁰ RADBRUCH 1962, 8.

⁹¹ BARATTA 1959, 182.

⁹² BARATTA 1959, 185.

⁹³ BARATTA 1959, 188.

superiore, a un principio eterno di giustizia, che pone un modello ideale al diritto positivo, svaluta, mina la realtà stessa di questo diritto positivo. Cosicché, nei momenti di crisi e di trasformazione degli ordinamenti, come quello attraversato nel dopoguerra, i diritti naturali e i diritti dell'uomo diventano la bandiera con la quale gli instauratori del nuovo ordine irrompono nella storia. Quando un intero ordinamento appare pervertito e le leggi appaiono ingiuste al punto da essere giudicate prive dello stesso carattere della giuridicità, quando i principi di giustizia vengono contrapposti e sostituiti al diritto positivo, minacciando la sua validità, non è un bel momento per la vita del diritto. È un momento necessario, ma non un bel momento.

Ho ricordato il testo del 1946 *Lo spirito del diritto inglese* e bisognerebbe menzionare anche gli studi preparatori condotti durante il soggiorno inglese⁹⁴. Radbruch trova nello spirito del diritto inglese il superamento del contrasto tra positività e giustizia, che nel sistema giuridico continentale formavano un'antinomia insuperabile. Ammira in Blackstone il "paradosso" di un giuspositivista assertore del diritto naturale e ammira la presenza in Coke di due proposizioni apparentemente contraddittorie: *nihil quod est contra rationem est licitum* ("nulla può andare contro la ragione"), ma anche *neminem oportet esse sapientiorem legibus* ("nessuno può mettersi al di sopra della legge"). La positività e la certezza del diritto non vanno mai disgiunte dalla sua eticità, dalla sua aderenza ai valori più radicati nella coscienza popolare e non sono affatto minacciate, semmai rafforzate e rinsaldate, dal lavoro di un ceto di giudici e di giuristi indipendenti e prestigiosi, che animano la *common law*, intesa come *judge made law*. Il pensiero inglese ha ricercato sempre la ragione dentro le cose, nella natura dei fatti, a cui la ragione non può fare violenza. Il progresso consiste nel sapersi ogni volta correggere di fronte ai fatti nuovi piuttosto che nell'ideare il migliore dei mondi possibili. Come Radbruch ha spiegato, la natura delle cose deve essere ricavata dagli ordinamenti costituiti, nei quali il diritto ha trovato forma in una società. Essa è appunto il senso che abita dentro gli istituti giuridici, poiché il diritto non vuole fare violenza ai fatti. La peculiarità del rapporto tra il fatto e la norma informa anche il tradizionale vincolo del precedente. A questo diritto difatti «ripugna fondare conclusioni sull'aspettativa dei fatti che si devono ancora verificare; esso aspetta che questi sopraggiungano per giudicare solo quando si sono verificati; aspetta [...] che la situazione stessa porti con sé la decisione e costringa ad essa»⁹⁵.

La più profonda ragione della particolarità del diritto inglese sta nel suo senso giuridico, che vuol dire fiducia nell'autonomia delle categorie giuridiche e quindi rifiuto di orientarsi verso un diritto ideale, sovrapositivo, ma piuttosto scelta del diritto inglese vivente con le sue caratteristiche storiche (*laws of the land*). Anche a scapito dell'indagine filosofica. In fondo si riferiva proprio al sistema inglese Radbruch quando scriveva che il positivismo, «per il quale il diritto positivo vigente è l'ultima parola, esclude l'esistenza di una filosofia del diritto»⁹⁶. Egli sosteneva che si possono dividere i pensatori inglesi in due scuole: quelli che credono nella ragione o nella natura e quelli che credono nell'autorità. Alla prima appartengono Coke e Blackstone, alla seconda Hobbes, Bentham e Austin. Ma tutti sono alla stessa maniera dominati dall'idea concretissima della certezza del diritto, dall'affermazione incondizionata del diritto positivo. Anche i giusrationalisti, che nel continente sono i rivoluzionari, gli eversori del diritto positivo, ne sono in Inghilterra gli ossequiosi conservatori. Il giusnaturalista Coke diceva che nulla che sia contro ragione può essere permesso, come abbiamo visto; ma la ragione si trova nel diritto positivo, nella *common law*. Anche Blackstone usa il diritto naturale come strumento per giustificare, conservare e difendere il diritto inglese del suo tempo, in quanto lo considera incorporato nel diritto inglese. *Verum et factum convertuntur*, avrebbe detto Vico. Il vero è una parte del certo.

Sul continente invece il richiamo al diritto naturale si è presentato nella sua forma razionalistica, come fede nella ragione universale e astratta e come accentuazione del motivo dei diritti

⁹⁴ RADBRUCH 1936a; RADBRUCH 1936b; RADBRUCH 1936c.

⁹⁵ RADBRUCH 1962, 8.

⁹⁶ RADBRUCH 1962, 50.

naturali in senso soggettivo in opposizione alla legge naturale della tradizione prima di Hobbes. Sul continente la bandiera del giuspositivismo sarà sventolata contro gli ideali illuministici dai conservatori della Scuola Storica. In Inghilterra proprio in virtù della congenita avversione alla speculazione razionalistica, il diritto naturale prese a significare la difesa della tradizione e dell'ordine esistente. Hobbes ha una grande fortuna in continente ma non in Inghilterra.

Detto questo, si comprende quanto sia difficile applicare a Radbruch le tradizionali etichette di giuspositivismo e giusnaturalismo. Lo aveva scritto Arthur Kaufmann nella sua biografia di Radbruch: se non scorporiamo singoli brani, ma leggiamo tutto insieme, «Radbruch non è né positivista né giusnaturalista, ma si situa al di là del positivismo e del giusnaturalismo»⁹⁷. Pertanto se giuspositivismo vuol dire sostenere che l'unico diritto valido è quello positivo, posto dall'autorità titolare del potere di produzione normativa, e non ve n'è un altro, allora quest'idea è condivisa da Radbruch. Se vuol dire invece che ogni legge è vincolante per il solo fatto di provenire dal potere costituito a prescindere dal suo contenuto e senza riferimento all'idea del diritto, (la tesi di Kelsen secondo cui il diritto può avere qualunque contenuto) allora no, questo giuspositivismo non può essere accolto da Radbruch. Per quanto riguarda il giusnaturalismo, se esso vuol dire che c'è un diritto fondato sulla natura razionale dell'uomo o sulla natura del diritto stesso e che ha valore incondizionatamente, eternamente e dappertutto, allora questa idea è inaccettabile. Ma se vuol dire invece che il concetto di diritto richiama la giustizia in quanto idea del diritto, che si basa a sua volta sull'idea dell'egualanza, allora sì, questo giusnaturalismo è accolto Radbruch. Questa in effetti è la vera formula di Radbruch, la formula fondamentale («il diritto ha il senso di servire la giustizia», come ha scritto S. Paulson⁹⁸), che rappresenta il nucleo essenziale della formula, anzi delle formule⁹⁹, del '46, quelle del diritto ingiusto.

Certamente alla base dell'idea del *gesetzliches Unrecht* contenuta in queste formule c'è un forte sentimento di indignazione morale, ma da solo esso non fonda ancora una dottrina della validità etico-giuridica. La sua base teorica consistente risiede nel concetto di diritto di Radbruch, quello che subordina al valore della giustizia il fatto culturale del diritto, definisce la giustizia come idea del diritto e guarda al diritto come a quella realtà che ha il senso di servire la giustizia. E che si ritrova nelle formule del '46. Se nel tempo ci sia stata una correzione della sua teoria, come sostengono alcuni, o una integrazione o una semplice precisazione dopo l'esperienza del dominio nazionalsocialista, non può essere chiarito adesso¹⁰⁰. Certamente era qualcosa che andava detto da parte di Radbruch dopo l'esperienza nazista, se non voleva apparire come un apologeta dell'ingiustizia¹⁰¹. Infatti, l'implicazione più importante del suo concetto di diritto è nel fatto che include anche una pretesa di obbedienza da parte dei cittadini e di applicazione da parte degli organi pubblici. Se le leggi non violano, come scrive Radbruch, principi elementari di giustizia, quindi se non scendono al di sotto di un certo standard etico minimo, appartengono alla sfera delle norme giuridiche valide, e sono quindi da obbedire e da applicare. Questa conseguenza è però vincolante solo se la designazione di determinate norme come diritto valido comporta più di una mera qualificazione tecnico-giuridica, cioè se per validità si intende anche obbligatorietà. Se si nega una connessione tra la validità delle norme giuridiche e la loro pretesa di obbedienza morale, allora diventa pensabile qualificare come diritto anche leggi immorali, senza con ciò designarle come norme giuste o degne di essere obbedite. Su queste premesse si fonda ad esempio la dottrina pura del diritto di Hans Kelsen.

⁹⁷ KAUFMANN 1987, 84-85.

⁹⁸ PAULSON 2023, 133-134: «Tuttavia, il nucleo della celebre formula che introdurrà dopo la seconda guerra mondiale compare già nella sua opera del 1914 – *Lineamenti di filosofia del diritto* – nonché nella *Filosofia del diritto* del 1932. Da allora, si potrebbe parlare di una “Formula fondamentale di Radbruch” [...]».

⁹⁹ CARLIZZI 2016-2018, 51-70.

¹⁰⁰ Ampi ragguagli bibliografici sono rintracciabili nelle introduzioni di G. Carlizzi e V. Omaggio alla *Filosofia del diritto*.

¹⁰¹ DREIER 2015, 1-22.

L’“impenitenza” di Kelsen (la *Kelsens Unbußfertigkeit*)¹⁰² dopo le esperienze del Terzo Reich o la sua coerenza, il suo attaccamento a una descrizione del diritto del tutto neutrale sono giustificate dall'esigenze più ridotte della sua dottrina pura del diritto, che non comporta l'idea del riferimento al valore del diritto in quanto tale. L'affermazione che una determinata norma appartiene all'ordinamento giuridico per Kelsen significa semplicemente che essa si inserisce nel contesto di un ordinamento coercitivo statale nel complesso efficace e di solito obbedito. La validità coincide con la semplice esistenza della norma. Tanto meno si afferma una pretesa oggettiva di obbedienza e – di conseguenza – un dovere di obbedienza al diritto da parte dei soggetti dell'ordinamento. Se si debba obbedire all'ordinamento o se ci si debba ribellare ad esso Kelsen lo rimette di conseguenza al giudizio autonomo di ciascuno. Un dovere oggettivo di obbedienza alla legge semplicemente non esiste. Ciò spiega sufficientemente perché Kelsen non dovette sottoporre la sua teoria a una revisione dopo la Seconda Guerra Mondiale. Non aveva nulla da cambiare nelle sue dottrine, a differenza di Gustav Radbruch, che invece doveva costantemente sorvegliare la tenuta delle sue posizioni, che erano più esigenti, segnate da una obbligatorietà del diritto oggettivamente fondabile e che lui aveva fondato nel proprio sistema¹⁰³. Cosicché nell'articolo *Cinque minuti di filosofia del diritto* Radbruch è condotto ad affermare: «Se le leggi negano consapevolmente la volontà di giustizia, per esempio i diritti umani, allora il popolo non deve loro alcuna obbedienza, allora anche i giuristi devono trovare il coraggio di negare loro il carattere della giuridicità»¹⁰⁴.

È in questo spirito quindi che vanno intesi, a mio avviso, i frequenti richiami di Radbruch a un diritto “naturale”, “razionale” o “superante la legge” presenti negli scritti degli ultimi anni. Nella *Propedeutica alla filosofia del diritto* afferma che «dopo un secolo di positivismo giuridico, è potentemente rinata l'idea di un diritto al di sopra della legge, commisurato al quale anche leggi positive possono rappresentarsi come torto legale»¹⁰⁵. In *Cinque minuti di filosofia del diritto* scrive: «Vi sono principi giuridici che sono più forti di ogni situazione giuridica, per cui una legge che li contraddica è priva di validità. Questi principi sono chiamati diritto naturale o diritto di ragione»¹⁰⁶.

In *Die Erneuerung des Rechts* riconosce la sussistenza di «un diritto sovralegale sulla base del quale il non diritto rimane non diritto anche quando venga veicolato in forma di legge»¹⁰⁷. In *Neue Probleme in der Rechtswissenschaft* sostiene che in questo diritto sovralegale la vecchia idea del “diritto naturale” dopo una morte apparente durata cento anni ha vissuto la propria resurrezione; tuttavia esso non può essere identificato con il diritto naturale precedente, giacché «non condivide l'immutabilità sovranazionale e atemporale del diritto naturale del passato; è un diritto naturale a contenuto variabile, mutevole in base all'epoca e al popolo»¹⁰⁸. Come aveva sostenuto coerentemente dalla *Filosofia del diritto* alla *Propedeutica alla filosofia del diritto*, suo ultimo lavoro sistematico, per Radbruch dopo Kant non c'è nessun diritto corrispondente alla filosofia del diritto naturale.

¹⁰² DREIER 2015, 15.

¹⁰³ DREIER 2015, 16-17.

¹⁰⁴ RADBRUCH 2021b, 119. Come è noto, un dibattito Kelsen – Radbruch sulle leggi naziste non ha mai avuto luogo. HALDEMANN 2005, 162-178, descrive quello che sarebbe stato «the imaginary Radbruch-Kelsen debate on Nazi law» (vedi p. 163). Se avesse avuto luogo probabilmente si sarebbe sviluppato lungo la linea di quello svolto tra Hart e Fuller. Kelsen avrebbe difeso una concezione della validità neutrale rispetto ai contenuti, ma avrebbe riconosciuto la possibilità di una critica morale delle leggi; senza dubbio avrebbe rigettato le implicazioni giusnaturalistiche del post-nazismo e avrebbe ritenuto che il modo migliore per punire i crimini perpetrati sotto il regime sarebbe stata una legislazione retroattiva. Radbruch dal canto suo avrebbe sostenuto che leggi intollerabilmente ingiuste del regime non potevano essere considerate che perversioni della legge (p. 172).

¹⁰⁵ RADBRUCH 1959, 233.

¹⁰⁶ RADBRUCH 1945, 120.

¹⁰⁷ RADBRUCH 1947, 108.

¹⁰⁸ RADBRUCH 2002, 234.

Riferimenti bibliografici

- BARATTA A. 1959. *Natura del fatto e diritto naturale* in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 1959, 177 ss.
- BONGIOVANNI G. 2016. *Il diritto come dover essere (Sollen)* in Hans Kelsen, in BONGIOVANNI G., PINO G., ROVERSI C. (eds.), *Che cosa è il diritto. Ontologie e concezioni del giuridico*, Giappichelli, 157 ss.
- CARLIZZI G. 2016-2018. *I fondamenti filosofici della “Duplice formula di Radbruch”*, in «Annali dell’Università 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 RADBRUCH G., *Filosofia del diritto*, Giuffrè, V ss.
- DREIER H. 2015. *Die Radbruchsche Formel, Erkenntnis oder Bekenntnis*, in BOROWSKI M., PAULSON S.L. (eds.), *Die Natur des Rechts bei Gustav Radbruch*, Mohr, 2015, 1 ss.
- HALDEMANN F. 2005. *Gustav Radbruch vs Hans Kelsen: A Debate on Nazi Law*, in «Ratio Juris», 8(2), 2005, 162 ss.
- LALATTA COSTERBOSA M. 2024. *Il diritto in una formula. Saggio su Gustav Radbruch*, Derive Approdi.
- KANT I. 1989. *Metafisica dei costumi*, Laterza (trad. it. G. Vidari).
- KAUFMANN A. 1987. *Gustav Radbruch – Leben und Werk*, Rechtsphilosophie, I,1, Muller, 7 ss.
- KELSEN H. 1911. *Problemi fondamentali della dottrina del diritto statuale esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica*, ESI (trad. it. A. Carrino; ed. or. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Mohr, 1923).
- KELSEN H. 1916. *La giurisprudenza come scienza normativa o culturale. Studio di critica metodologica*, in ID., *Dio e Stato. La giurisprudenza come scienza dello spirito*, ESI, 1988 (trad. it. di A. Carrino).
- OMAGGIO V. 2022. *La Rechtsphilosophie di Gustav Radbruch*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2, 2022, 357 ss.
- PAULSON S.L. 2023. *La filosofia del diritto di Gustav Radbruch*, in PAULSON S.L., BERSIER LADAVAC N., CHIASSONI P., SARDO A. (eds.), *La filosofia del diritto di Gustav Radbruch*, Mimesis, 171 ss.
- RADBACH G. 1914. *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Quelle & Meyer.
- RADBACH G. 1923-1924. *Idea e materia del diritto. Uno schizzo*, in CARLIZZI G., OMAGGIO V. (eds.), *L’ermeneutica giuridica tedesca contemporanea*, ETS, 2016, 31 ss.
- RADBACH G. 1936a. *Anglo-American Jurisprudence through Continental Eyes* in «Law Quarterly Review», 52, 1936, 530 ss. (trad. ingl. A.H. Campbell, W. Friedmann; ed. or. *La theorie anglo-americaine du droit vue par un juriste du continent*, in «Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique», 1-2, 1936, 29 ss.).
- RADBACH G. 1936b. *La Sécurité en Droit d’après la Théorie Anglais*, in «Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique», 3/4, 1936, 86 ss.
- RADBACH G. 1936c. *Jurisprudence in the Criminal Law*, in «The Journal of Comparative Legislation and International Law», 18, 1936, 1941, 212 ss.
- RADBACH G. 1941. *La natura della cosa come forma giuridica di pensiero* in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», XXI, 1941, 141 ss. (trad. it di B. Leoni; ed. ted. *Die Natur der Sache als juristische Denkform*, Darmstadt, 1948).
- RADBACH G. 1945. *Cinque minuti di filosofia del diritto* in ID. *Diritto e no. Tre scritti*, Mimesis, 2021, 123 ss.

- RADBACH G. 1946. *Legalità senza diritto e diritto sovralegale*, in ID. *Diritto e no. Tre scritti*, Mimesis, 2021, 123 ss.
- RADBACH G. 1947. *Die Erneuerung des Rechts*, in ID. *Rechtsphilosophie*, III, Müller, 1990, 107 ss.
- RADBACH G. 1949. *Neue Probleme in der Rechtswissenschaft*, in ID. *Kulturphilosophie und Kulturhistorische Schriften*, Müller, 2002, 232 ss.
- RADBACH G. 1959. *Propedeutica alla filosofia del diritto*, Giappichelli (trad. it. di D. Pasini, ed. or. *Vorschule der Rechtsphilosophie*, Ziehank, 1947).
- RADBACH G. 1962. *Lo spirito del diritto inglese*, Giuffrè (trad. it. A. Baratta; ed. or. *Der Geist des englischen Rechts*, Rausch, 1946).
- RADBACH G. 1989. *Il concetto di diritto*, in CARRINO A. (ed.), *Metodologia della scienza giuridica*, ESI, 89 ss.
- RADBACH G. 2021a. *Filosofia del diritto*, Giuffrè (trad. it. di G. Carlizzi, V. Omaggio; ed. or. *Rechtsphilosophie*, 1932).
- RADBACH G. 2021b. *Diritto e no. Tre scritti*, Mimesis.
- RICKERT H. 1904. *Der Gegenstand der Erkenntnis. Einführung in die Transzentalphilosophie* (1892), Mohr.
- RICKERT H. 1979. *Il fondamento delle scienze della cultura*, Longo Angelo (trad. it. L. Rossetti, M. Signore; ed. or. *Die Grundlagen der Kulturwissenschaften*, 1926).