Marina Lalatta Costerbosa
Il diritto in una formula
Saggio su Gustav Radbruch

Direzione scientifica a cura di:
Alberto Burgio, Bruno Cartosio,
Marina Lalatta Costerbosa, Alfio Mastropaolo,
Dario Melossi, Devi Sacchetto, Paolo Virno,
Adriano Zamperini

◆ ◆ ◆

I volumi della collana sono soggetti a referaggio
anonimo

labirinti

Della stessa autrice

Nella collana «Labirinti»:

La democrazia assediata. Saggio sui principi e sulla loro violazione (2014)

Il silenzio della tortura. Contro un crimine estremo (2016)

Orgoglio e pregiudizio. L'etica dello sterminio nella Germania nazista (con Alberto Burgio, 2016)

Il bambino come nemico. L'eccezione humboldtiana (2019)

◆ ◆ ◆

In altre collane di DeriveApprodi:

Günther Anders. Atomica | Vergogna | Totalitarismo tecnologico | Discrepanza | Mostruoso (2023)

Marina Lalatta Costerbosa

Il diritto in una formula

Saggio su Gustav Radbruch

◆ ◆ ◆

I edizione: gennaio 2024

DeriveApprodi srl
via Andrea Costa 202, 40134 Bologna
info@deriveapprodi.org, deriveapprodi.com

Per questo volume si ringrazia il Dipartimento di Filosofia dell'Università Alma Mater Studiorum di Bologna per averne cofinanziato la pubblicazione nell'ambio del Progetto di Sviluppo Strategico dipartimentale.

Progetto grafico: Andrea Wöhr
In copertina: immagine di Roberto Gelini.
Per le immagini dell'interno l'editore resta a disposizione per gli eventuali aventi diritti.

ISBN 978-88-6548-520-0

Al mio Alberto

Non biasimatemi se ritorno per una volta agli anni leggendari in cui la speranza sventolava ancora su di noi come una bandiera e noi credevamo in cose sospette come umanità, giustizia, tolleranza e pure che una guerra mondiale dovesse essere un insegnamento sufficiente per una generazione.

Erich Maria Remarque, *Der schwarze Obelisk*, 1956

Premessa

Questo libro nasce dal desiderio di offrire un'immagine d'insieme del pensiero di Gustav Radbruch, andando oltre rappresentazioni settoriali ed esteriori, che farebbero torto alla modalità del suo interrogarsi, sempre strettamente intrecciato con il succedersi degli eventi.

Radbruch fu testimone di tragici accadimenti di portata epocale e, negli anni dell'attività politica, protagonista di devastanti fatti della vita privata e pubblica: difficilmente la comprensione dei suoi testi teorici potrebbe prescindere da questa intensa esperienza di vita e di impegno civile.

Nostro intento è approdare alla fine a un ritratto complessivo, il più possibile tracciato «dall'interno», cercando di raggiungere quel grado minimo ma sufficiente di immedesimazione, che consenta di cogliere le ragioni della sua critica tenace, pur nel tratto talvolta camaleontico in cui ha potuto manifestarsi soprattutto sotto la dominazione hitleriana, dell'incessante verifica delle acquisizioni maturate via via nel tempo, del riprendere in mano negli ultimi anni di vita snodi centrali della sua filosofia, dell'importanza attribuita ad alcuni elementi cruciali, eppure talvolta lasciati dalla storiografia sotto traccia.

Pensiamo innanzitutto, come è prevedibile, all'interpretazione del concetto di diritto nel secondo dopoguerra, alla famosa cosiddetta «formula di Radbruch», che tenteremo però di leggere insieme a numerosi altri elementi non marginali, rinvenibili non solo negli scritti di quest'ultima fase della sua produzione. Ma pensiamo anche alla virtù del coraggio e alla volontà di giustizia che giudici e legislatori dovrebbero rispettivamente possedere per essere all'altezza del loro ruolo. O ancora, a quel suo relativismo che vuol dire pluralismo, e non certo destabilizzazione della pretesa normativa rivolta al diritto e allo Stato.

Non a corollario, ma parte integrante dello sforzo di leggere il pensiero di Radbruch come un tutto unitario ma non statico, coe-

rente ma non rigido, sono le pagine dedicate alla ricostruzione della sua posizione in merito alla pena di morte e all'emancipazione sociale delle donne.

Nel periodo weimariano, Gustav Radbruch accanto alla docenza accademica svolge anche attività politica al massimo livello. Con una sensibilità e idee social-democratiche si spende per il rispetto dei diritti dei lavoratori e il miglioramento delle condizioni del lavoro, ed è fortemente impegnato in due battaglie ulteriori, che si intesta e sulle quali insiste negli anni. L'una riguarda la condanna della pena di morte: lotterà per la sua abolizione e si pronuncerà con brevi testi e interventi, densi sul piano anche argomentativo oltre che politico. La seconda causa che lo vedrà attivo, e autore di passaggi splendidi, concerne il riconoscimento del valore delle donne in società e in particolare nell'ambito giuridico, a cominciare dalla magistratura.

Daremo conto anche di questo, perché ci paiono non solo temi della massima importanza, trattati da Radbruch con tutta la profondità e l'intelligenza che lo contraddistinguono, ma anche perché ci paiono indicativi di quel sentimento di giustizia autentico che ha accompagnato come un basso continuo lo svolgersi, e l'evolversi sino agli ultimi giorni di vita, del suo pensiero e della sua attività.

È un libro questo che unisce parti inedite, frutto di una ricerca e di una passione che ormai perdurano da molto tempo, a parti recuperate e rivedute di saggi apparsi in sedi diverse: segnatamente in «Materiali per una storia della cultura giuridica» (LII, II, 2022) e in «Dianoia. Rivista di filosofia» (XX, 20, 2015), oltre che (come suo saggio introduttivo) nel volume Gustav Radbruch, *Diritto e no. Tre scritti*, Mimesis, Milano-Udine 2021. Desidero qui ringraziare i direttori delle due riviste citate per la cortese autorizzazione a riprendere queste pagine.

Stazzana di Pistoia, 27 dicembre 2023

Un giurista
tra teoria e prassi

1. Il politico, il filosofo

L'immagine più autentica di Gustav Lambert Radbruch affiora dalle pagine del lungo scritto autobiografico apparso solo postumo nel 1951 a cura della moglie Lydia, *Der innere Weg. Aufriß meines Lebens* [La via interiore. Uno schizzo della mia vita]. In queste nostre pagine cercheremo di trasmettere, a distanza di settantacinque anni, da un altro mondo quindi, in un certo senso, e per quello che possiamo, qualche aspetto della sua vita, della sua personalità, del suo magistero giuridico, della sua opera teorica e politico-sociale.

Figlio terzogenito di Heinrich Georg Bernhard, un commerciante, e di Emma Prahl, il 21 novembre 1878 nacque a Lubecca, dove visse un'infanzia definita da lui stesso, con un'espressione mesta e al tempo stesso eloquente, per tutte le implicazioni che può portare con sé, una «unkindliche Kindheit»[1], un'infanzia non infantile.

Studiò al Progymnasium del dottor Otto Bussenius, uno dei licei più prestigiosi, ma in negativo noto per il modello educativo autoritario, in un'epoca in cui quella che verrà poi definita *schwarze Pädagogik* era al suo culmine. In quell'istituto non si era alieni dal far ricorso persino a punizioni corporali e alla costruzione di un clima plumbeo e opprimente. Del resto si era nel pieno del realizzarsi storico di quel modello educativo vessatorio che si diffuse progressivamente tra Otto e Novecento in tutta Europa.

Gustav non solo ottenne tuttavia la licenza, ma venne insignito persino del riconoscimento di *Primus Omnium* nel 1898. Suo compagno di scuola e amico di una vita, per il tempo che il destino concesse loro, fu Erich Mühsam, il poeta ebreo anarchico oppositore del regime nazionalsocialista, ucciso nel 1934 a Oranienburg, l'ultimo tra i campi di concentramento in cui venne rinchiuso e

1/ Gustav Radbruch, *Der innere Weg. Aufriß meines Lebens*, in Id., *Gesamtausgabe*, Bd. 16: «Biographische Schriften», a cura di Günter Spendel, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1987, pp. 167-297: 173, ma anche 177.

torturato. Per Radbruch Mühsam era davvero una persona cara, ed era un autentico «Edelanarchist» [nobile anarchico][2]. Sincera era la loro amicizia, pur nella diversità profonda dei caratteri, pacato e pensoso, il primo, esuberante e istintivo, il secondo; nonché nella differente fede politica: social-democratico Gustav, anarchico Erich. Nelle pagine autobiografiche già richiamate in apertura, Radbruch racconta che nel periodo berlinese condiviso da entrambi, Mühsam all'alba, alle sei, dopo la notte trascorsa in giro per la città, era solito bussare alla porta di Gustav, e lì, in quella casa, trovava ogni volta accoglienza e un luogo finalmente tranquillo per dormire[3].

Con i suoi soggiorni nelle città di Monaco, Lipsia e Berlino, tra il 1895 e il 1900, Radbruch completò la sua formazione giuridica universitaria, che tuttavia scelse solo per assecondare la volontà del padre, non avendo per essa nessuna «innere Neigung»[4], nessuna inclinazione genuina: non sapremo mai cosa di diverso avrebbe saputo fare e con quale successo.

È a Berlino che conseguì nel 1902 il dottorato di ricerca con una tesi dal titolo «Die Lehre von der adäquaten Verursachung» [La dottrina della causalità adeguata], sotto la supervisione di Franz von Liszt (cugino dell'omonimo compositore), suo *Doktorvater* ed esperto di diritto internazionale e di diritto penale, convinto assertore dell'importanza della prevenzione del crimine perseguita attraverso politiche di equità sociale; una posizione che ricorda gli assunti di fondo del capolavoro dell'illuminista milanese Cesare Beccaria, fonte principale del garantismo penale e tra gli autori di riferimento – come vedremo – dello stesso Radbruch. Di soli due anni dopo è l'abilitazione, ottenuta presso l'università di Heidelberg con una dissertazione intitolata «Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem» [Il concetto d'azione nel suo significato per il sistema del diritto penale], per la guida di Karl Ludwig Julius von Lilienthal, professore di diritto penale dall'animo dichiaratamente progressista, sostenitore dell'apertura

2/ Ivi, p. 199.

3/ Ivi, pp. 199-200. Cfr. anche Gustav Radbruch, *Erich Mühsam. Zum 50. Geburtstag*, in «Volkische Zeitung» del 5 aprile 1928; ora in Id., *Gesamtausgabe*, Bd. 5: «Literatur und kunsthistorische Schriften», a cura di Hermann Klenner, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1997, p. 337 e ivi, *Erich Mühsam Erinnerungen* (p. 336) oltre a *Annotation zu: «Sammlung 1898-1928». Erich Mühsams Gedichte* (p. 338)».

4/ Gustav Radbruch, *Der innere Weg. Aufriß meines Lebens*, in Id., *Gesamtausgabe*, Bd. 16: «Biographische Schriften», a cura di Günter Spendel, cit., p. 177.

all'interdisciplinarità nell'ambito delle scienze giuridiche e, già nel 1925, della depenalizzazione dell'aborto e dell'omosessualità.

Esercitò per diversi anni l'attività di *Privatdozent* sempre a Heidelberg, e pubblicò la prima edizione (ne seguiranno molte altre) della *Einführung in die Rechtswissenschaft* [Introduzione alla scienza del diritto] nel 1910. Passò poi a Königsberg nel 1914, l'anno dell'uscita di *Grundzüge der Rechtsphilosophie* [Fondamenti di filosofia del diritto], la cui terza edizione del 1932, la famosa *Rechtsphilosophie* [Filosofia del diritto], rivista e ampliata rispetto alle due precedenti, rappresenterà la sua opera fondamentale; il testo che non a caso nella seconda metà degli anni Quaranta progettò di rivedere e ripubblicare; come viene attestato nella bozza di una postfazione all'opera, preparata nel 1947 in duplice versione, manoscritta e dattiloscritta, e rintracciata nel *Nachlaß*. Purtroppo la vita non gli permise di condurre a termine il suo programma.

Nell'autunno del 1919 ottenne la cattedra all'Università di Kiel, dividendosi tra diritto penale e filosofia del diritto, o forse sarebbe più giusto dire contemperando i fondamenti del diritto penale con una riflessione filosofico-critica costante, libera, progressista. Radbruch diede inoltre alle stampe *Religionsphilosophie der Kultur. Zwei Entwürfe* [Filosofia della religione e cultura. Due abbozzi], insieme al teologo protestante Paul Tillich, il quale fu costretto poi a emigrare negli Stati Uniti per aver difeso degli studenti ebrei all'Università di Francoforte. Di Radbruch è il primo dei due contributi di cui si compone l'opera, suo titolo: *Religionsphilosophie des Rechts* [Filosofia della religione e diritto], di fatto la rielaborazione della conferenza tenuta presso la sede berlinese della «Kant-Gesellschaft» il 20 marzo di quello stesso anno.

Il primo periodo vissuto a Heidelberg fu ricco di intensi scambi intellettuali con figure eminenti della cultura europea: Max Weber, Emil Lask, Karl Jaspers, Hermann Kantorowicz arricchivano il suo sguardo acuto sul diritto, sulla politica, sulla società; attraverso i suoi contatti con lo psichiatra Arthur Kronfeld e il biochimico Otto Meyerhof si avvicinò inoltre alla cerchia filosofica di ispirazione neokantiana che ruotava a Göttingen intorno alla figura di Leonard Nelson.

Nel 1915 si sposò in seconde nozze con Lydia Schenk. Erano già gli anni della Grande guerra. Tra il 1916 e il 1918 Radbruch volle dare il suo contributo in prima persona, partendo come infermiere volontario della Croce Rossa e poi arruolandosi nel Landwehr-Infanterie-Regiment Nr. 111, di stanza sul fronte occidentale.

Nonostante il conflitto mondiale in corso, manifestò già la sua propensione per la militanza politica socialdemocratica nell'Spd. Nel 1918 compose il pamphlet *Ihr jungen Juristen!* [Voi giovani giuristi] per la promozione appassionata di una repubblica che divenisse realmente, concretamente democratica. «La giustizia si poneva originariamente come un ideale di un tipo particolare e indipendente accanto alla moralità, come una relazione di valore fattuale, accanto al valore morale della persona»[5]. L'epoca presente invece, secondo Radbruch – ma si era ancora all'inizio della parabola weimariana – pareva mostrare opportunità di progresso morale e sociale decisive.

La nozione stessa di democrazia come nozione meramente metodologica, riferibile alla modalità di esercizio di un potere che delibera seguendo le indicazioni della maggioranza, gli appariva del tutto insufficiente. E segnali di ottimismo credette di poterli ravvisare, ignaro evidentemente delle pulsioni e delle forzature che tra breve avrebbero preso il sopravvento in direzione uguale e contraria. E così il ruolo e la responsabilità dei giovani giuristi – continua Radbruch sempre in quelle pagine di esortazione – sono di primaria rilevanza per un cambiamento davvero democratico. «Già oggi il diritto pubblico corregge in gran parte la giustizia formale del diritto privato per mezzo di un welfare sociale di varia natura, non più assoggettato al criterio della mera fattualità: "salario secondo le prestazioni", bensì a quello personale: "sostegno secondo il bisogno" – si pensi soprattutto all'indennità di disoccupazione»[6].

Questo è lo sguardo di Radbruch, e queste le speranze da lui riposte nella neonata Repubblica sorta nel 1919 e nella sua Costituzione scritta, alla redazione della quale egli prese parte in modo significativo.

Tra il 1920 e il 1924 venne eletto prima al *Reichstag* e successivamente nominato ministro della giustizia della Repubblica di Weimar per ben due volte: per un anno, tra il 1921 e il 1922, con il gabinetto di Joseph Wirth, poi per soli quattro mesi nel 1923 sotto il governo di Gustav Stresemann. La sua attività di riformatore in quel periodo si rivolse soprattutto al Codice penale tedesco (del 1922 è l'*Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuch*) [Bozza di un codice penale tedesco generale] e a questioni di giu-

5/ Gustav Radbruch, *Ihr jungen Juristen!*, in Id., *Gesamtausgabe*, Bd. 13: «Politische Schriften aus der Weimarer Zeit -. II. Justiz, Bildungs- und Religionspolitik», a cura di Alessandro Baratta, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1993, pp. 23-38: 27.
6/ *Ibidem*.

stizia sociale, nei confronti delle quali tentò una convinta opera di sensibilizzazione dell'opinione pubblica; sempre nel '22 pubblicò *Kulturlehre des Sozialismus* [Dottrina culturale del socialismo] e *Rechtsphilosophische Parteienlehre* [Dottrina giusfilosofica dei partiti]. Da ricordare a tale proposito l'impegno in alcune specifiche battaglie per l'introduzione di riforme volte al rafforzamento di istanze riconducibili ai principi di uno stato di diritto: dalla riforma della giustizia alla riforma dell'istruzione, dalla riforma del lavoro al riforma del codice penale in materia di maltrattamento dei bambini[7].

Per la promozione delle idee socialdemocratiche prestò la sua opera anche come condirettore delle riviste politiche «Schriften zur Zeit» e «Neue Blätter für den Sozialismus».

Nel 1926 fece ritorno all'Università di Heidelberg sulla cattedra di diritto penale. *Der Mensch im Recht* [L'uomo nel diritto] è il testo dell'importante prolusione tenuta al momento del suo insediamento.

Si tratta di un intervento importante in cui ancora si mantiene aggrappato a una visione ottimistica del presente, nella speranza di tenuta, e anzi di rafforzamento, delle istanze democratiche nel paese. Ad animare il suo discorso di insediamento è il convincimento che la cultura di un'epoca, di ogni epoca, corrisponda alla sua metamorfosi nel tempo e al suo riverberarsi nella concezione del diritto, a sua volta in risonanza con una determinata immagine dell'uomo. Proprio questa sua tesi degli anni Venti sarà confermata nel modo più drammatico, in negativo, al termine della parabola compiuta dal diritto in Germania da Weimar al Terzo Reich.

Il concetto di diritto nel suo punto di massima depressione, anzi, il concetto di «non-diritto» [*Unrecht*], di un diritto che nega se stesso, corrisponde a una certa immagine dell'uomo. All'opera era infatti negli anni della dominazione nazista iun'idea dell'uomo così bassa da affermare la propria identità attraverso la categoria, famigerata invenzione, degli *Untermenschen* [sottouomini]. Nella

7/ Sull'attività politica di Radbruch si vedano i volumi che raccolgono le sue proposte di riforma e gli scritti politici dell'epoca di Weimar, quindi rispettivamente: Id., *Gesamtausgabe*, Bd. 9: «Strafrechtsreform», a cura di Rudolf Wassermann, C.F. Müller Juristicher Verlag, Heidelberg 1992; Bd. 12: «Politische Schriften aus der Weimarer Zeit – I. Demokratie, Sozialdemokratie, Justiz», a cura di Alessandro Baratta, Heidelberg 1992; Bd. 13: «Politische Schriften aus der Weimarer Zeit-. II. Justiz, Bildungs- und Religionspolitik», a cura di Alessandro Baratta, cit. Sul tema, inoltre, cfr. *Gustav Radbruch als Reichsjustizminister (1921-1923)*, Konferenz der Friedrich-Ebert-Stiftung, Forum Berlin. Dokumentation, Friedrich-Ebert-Stiftung, Forum Berlin 2004.

visione coerente di Radbruch, il «non-diritto» nazista guarda a una rappresentazione dell'uomo disumana. Se il diritto nazista è l'opposto dell'essenza del diritto, l'immagine dell'uomo nazista è l'opposto dell'essenza dell'uomo, ne nega senza residui la dignità.

Poco dopo il suo ritorno a Heidelberg, il vento prese purtroppo a cambiare con inquietante rapidità e a portare alla diffusione di gravi discriminazioni antisemite e vessazioni a sfondo politico ogni giorno più preoccupanti. Con questa consapevolezza Radbruch obiettò a scienziati e colleghi del calibro di Max Planck che «l'imparzialità» in un contesto autoritario è «una menzogna esistenziale»[8]. Un'ipocrisia per buone coscienze in cerca di alibi morali.

Con l'avvento al potere di Adolf Hitler e la promulgazione della «Gesetz über die Wiedererstellung des Berufsbeamtentum» [Legge sul ripristino dei funzionari del lavoro] nell'aprile del 1933, proprio il nostro fu uno dei primi professori universitari a essere licenziato; poté riprendere la sua cattedra solo una volta conclusa la guerra e sconfitto il nazismo.

Sono anni atroci per lui, perde i suoi due figli: Renate Maria in un incidente sciistico provocato da una slavina nel 1939 e Anselm per embolia, seguita a un grave ferimento subito nella battaglia di Stalingrado del 1942.

Nel 1941 pubblicherà il saggio *Der Deutsche Bauernstand zwischen Mittelalter und Neuzeit* [La condizione contadina tra Medioevo e Modernità], a firma anche della figlia. Ma è proprio a questo punto della linea della sua vita, del racconto della sua vita, che la sua autobiografia si arresta, sicuramente, pensiamo, qualcosa era morto dentro di lui, si era spezzato per sempre: *das innere Weg* [la via interiore] si interrompe, si tronca improvvisamente; sarà l'amica di famiglia Marie Baum a completare quelle pagine autobiografiche.

Continuò nonostante tutto lo studio e la scrittura anche nei dodici anni del regime, riuscendo a pubblicare già all'estero alcuni lavori che ne mostravano l'ampiezza di pensiero e la grande cultura letteraria e artistica. Con la sola interruzione del soggiorno all'University College di Oxford tra il 1935 e il 1936, missione ispiratrice dell'opera: *Der Geist des englischen Rechts* [Lo spirito del diritto inglese], Radbruch rimase a vivere a Heidelberg, segnando una differenza rispetto ad altri intellettuali, oppositori del regime,

8/ Fritz Stern, *Einstein's German World*, Allen Lane – The Penguin Press, London 2000, p. 44.

come Thomas Mann, al quale riconobbe non solo il grande valore artistico, ma persino la fondamentale funzione di simbolo che la stessa vita di Mann rivestì[9].

Ricordiamo almeno tra gli altri scritti di questa fase di ritiro forzato dall'attività universitaria il ritratto *Paul Johann Anselm Feuerbach. Ein Juristenleben* (1934), il saggio sulle immagini di streghe di Hans Baldung: *Hans Baldungs Hexenbilder* (1938), la monografia *Theodor Fontane oder Skepsis und Glaube* (1945); nonché la raccolta di otto scritti su arte e letteratura *Gestalten und Gedanken. Acht Studien,* oltre a numerosi lavori di materia giuridica come, tra i più rilevanti, *Elegantiae Iuris Criminalis* (1938).

Come emerge anche da questi davvero parziali riferimenti alla sua opera, Radbruch è un autore assai prolifico, colto, curioso, profondo e impegnato. I suoi scritti contano nella raccolta completa (in verità non esaustiva) 20 volumi, apparsi tra il 1987 e il 2003 sotto la direzione di Arthur Kaufmann.

Gli ultimi anni della sua vita, Radbruch li dedicò alla revisione del proprio pensiero, urgente, dolorosa e indignata, all'insegna di una ridefinizione del diritto caratterizzata dal recupero di costitutive istanze normative universalistiche. Si affrettò a pubblicare *Fünf Minuten Rechtsphilosophie* [Cinque minuti di filosofia del diritto] già nel settembre del 1945, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht* [Legalità senza diritto e diritto sovralegale] l'anno seguente, *Karikaturen der Justiz. Lithographien von Honoré Daumier* [Caricature della giustizia. Litografie di Honoré Daumier], *Vorschule der Rechtsphilosophie* [Propedeutica della filosofia del diritto] nel 1947, infine *Die Natur der Sache als juristische Denkform* [La natura della cosa come forma giuridica del pensiero] nel 1948.

La morte lo colse prematuramente per un arresto cardiaco all'età di settantuno anni, il 23 novembre del 1949.

9/ Così si esprime Radbruch in una lettera inviata a Thomas Mann in occasione del compleanno di quest'ultimo: cfr. Gustav Radbruch, *An Thomas Mann*, Oxford, 29 giugno 1935, in Id., *Gesamtausgabe*. Bd. 18: «Briefe II», a cura di Günter Spendel, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1995, p. 120.

2. Due battaglie di civiltà: contro la pena di morte, a favore della parità sociale delle donne

Tra le battaglie riformiste più sentite e tenacemente promosse da Radbruch nel periodo di attività politica della stagione weimariana, meritano un'attenzione speciale l'impegno per l'abolizione della pena di morte e quello per l'emancipazione sociale e professionale delle donne.

Fondamentale per Radbruch è riuscire innanzitutto a promuovere una riforma del diritto penale che giunga all'abolizione della pena di morte, considerata la legalizzazione di un assassinio incompatibile con la *ratio* preventiva e volta alla *Resozialisierung*[1] della pena.

Per la ricostruzione della posizione di Radbruch in ambito giuspenalistico, con particolare in riferimento alla pena di morte, di grande importanza è il § 23 «Die Todesstrafe» della sua *Filosofia del diritto*, le pagine in cui si sofferma sulla questione nella VII/VIII edizione della *Introduzione alla scienza del diritto* del 1929, ma anche i diversi interventi, apparsi su quotidiani e riviste mensili, che nel corso della sua attività politica ha dedicato all'argomento. Per una efficace sintesi della sua posizione, egli sceglie come epigrafe del paragrafo ora ricordato, un luogo letterario della tragedia goethiana Gretchen, la frase emblematica: «Wer hat dir, Henker, diese Macht über mich gegeben?» [Chi ti ha dato, boia, questo potere su di me?][2].

Si tratta di una posizione abolizionista così riassunta al termine del paragrafo 23: «Gli argomenti decisivi contro la pena di morte vanno ricercati su di un piano più alto e più profondo di quello della filosofia del diritto: da una parte, in argomenti etici e religiosi contro la sua ammissibilità, dall'altra, in evidenze empiriche sta-

1/ Gustav Radbruch, *Das Ende der Todesstrafe*, in Id., *Gesamtausgabe*, Bd. 9: «Strafrechtsreform», a cura di Rudolf Wassermann, cit., pp. 339-342: 340.

2/ Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie*, in Id., *Gesamtausgabe*. Bd. 2: «Rechtsphilosophie II», a cura di Arthur Kaufmann, C.F.Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1993, pp. 206-450: 404.

tistiche e psicologiche contro la sua necessità»[3]. Sullo stesso tema interviene in *Zur Todesstrafe* (1928)[4], in *Abschaffung der Todesstrafe als Symbol der Strafrechtssreform* (1931)[5], sempre nello stesso anno, in *Von Cesare Beccaria zu Alfredo Rocco*[6]; vi ritorna infine in *Das Ende der Todesstrafe*, poco prima di morire, nel 1949[7].

Per Radbruch la pena di morte è un corpo arcaico[8] estraneo che in una società civile non dovrebbe aver spazio. Contro di essa parlano ragioni «davvero forti legate al sentire e alla comprensione di ogni essere umano senziente e dal pensiero lucido»[9], per questo nella *Einführung in die Rechtswissenschaft*, si concentra sulle ragioni eminentemente giuridiche[10]. Le motivazioni generali e universalizzabili per una condanna senza riserve della pena di morte le riassume evocando «la disumanità [*die Unmenschlichkeit*]»[11] che la caratterizza, e prosegue riferendosi anche al «pericolo della irreversibilità delle esecuzioni giudiziarie»[12], oltre «alla necessità di ricorrere a una figura così indegna come quella del boia»[13].

Al di là di queste ragioni, tuttavia, decisiva è per lui la semplice considerazione del fatto che la pena di morte avvelenerebbe l'intero sistema penale. «Infatti, in un ordinamento giuridico che prevede la pena di morte, inevitabilmente tutte le altre pene assorbono un

---

3/ Ivi, p. 408.

4/ Cfr. Gustav Radbruch, *Gesamtausgabe*, Bd. 9: «Strafrechtsreform», a cura di Rudolf Wassermann, cit., pp. 302-303.

5/ Cfr. Gustav Radbruch, *Gesamtausgabe*, Bd. 9: «Strafrechtsreform», a cura di Rudolf Wassermann, cit., pp. 321-322.

6/ Cfr. Gustav Radbruch, *Gesamtausgabe*, Bd. 10: «Strafvollzug», a cura di Heinz Müller-Dietz, C.F. Müller Juristicher Verlag, Heidelberg 1994, pp. 69-70.

7/ Cfr. Gustav Radbruch, *Gesamtausgabe*, Bd. 9: «Strafrechtsreform», a cura di Rudolf Wassermann, cit., pp. 339-342. Sulla concezione del diritto penale nel pensiero di Radbruch si può vedere la dissertazione dottorale di Hermann Kramer, *Strafe und Strafrecht im Denken des Kriminalpolitikers Gustav Radbruch*, Sieg-Post Druckerei, Wissen 1956; inoltre, più di recente, *Strafvollzug und Menschenwurde. Gustav Radbruch: Wegbereiter des Strafvollzugs des Grundgesetzes*, a cura di Karl Heinrich Schafer, Ulrich O. Sievering, Haag und Herchen, Frankfurt am Main 2001.

8/ Gustav Radbruch, *Das Ende der Todesstrafe*, in Id., *Gesamtausgabe*, Bd. 9: «Strafrechtsreform», a cura di Rudolf Wassermann, cit., p. 340.

9/ Gustav Radbruch, *Einführung in die Rechtswissenschaft* (1929, 7/8. ed.), in Id., *Gesamtausgabe*. Bd. 1: «Rechtsphilosophie I», a cura di Arthur Kaufmann, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1987, pp. 211-405: 307-308.

10/ *Ibidem*.

11/ Cfr. Gustav Radbruch, *Das Ende der Todesstrafe*, in Id., *Gesamtausgabe*, Bd. 9: «Strafrechtsreform», a cura di Rudolf Wassermann, cit., p. 340.

12/ *Ibidem*.

13/ *Ibidem*.

po' del suo odore di sangue, del suo crudo istinto di vendetta»[14]. Essa, in sintesi, «determina la cifra dell'intero sistema penale»[15].

A questi aspetti che concernono in generale il profilo di ingiustizia della pena capitale, si aggiunge nella pagina radbruchiana la messa in discussione della eventuale utilità della pena estrema. Adottando una strategia argomentativa che riporta alla mente Cesare Beccaria, Radbruch evidenzia come all'ingiustizia si sommi l'inutilità, di più il paradosso del ricorso a essa. E del resto proprio le due presunte eccezioni che Beccaria nomina nel paragrafo 28 del suo capolavoro *Dei delitti e delle pene*, vengono riprese da Radbruch, e non certo per incrinare l'opzione abolizionista beccariana. Tutto al contrario, egli le rievoca e le cita interpretandole, giustamente, come la conferma del rifiuto della legittimità della pena di morte. Nelle due «eccezioni» *prima facie* evocate dall'illuminista lombardo, lo scenario rappresentato è prestatuale in un caso e privo di legislazione, nell'altro. Si tratta dunque di ipotesi che collocano la situazione eccezionale immaginata fuori dallo Stato; è mero potere [*Macht*], non diritto.

Nel criticare il gesto regressivo della riforma penale italiana voluta da Alfredo Rocco e destinata a reintrodurre la pena capitale già abolita nel 1889 con il Codice Zanardelli, Radbruch manifesta di nuovo la propria preoccupazione e smaschera la natura di una pena tanto brutale e irrazionale[16].

Critico nei confronti delle argomentazioni di Jean-Jacques Rousseau che nel *Contratto sociale* offre una spiegazione della presunta razionalità della pena capitale, Radbruch non crede che il consenso a essa da parte dell'assassino vada immaginata in un momento che precede il suo diventare tale. E critico lo è pure nei riguardi della versione trascendentale di questa giustificazione, riconducibile alla kantiana *Metafisica dei costumi*. A essere rilevante è per Kant la ragione pratica incondizionata e legislatrice, la quale induce a volere la pena di morte per se stessa, ove ci si trovasse nella condizione dell'assassino[17]. Per Radbruch al contrario «non si può in alcun modo dimostrare neppure che la pena di morte serva

14/ *Ibidem*.

15/ Gustav Radbruch, *Abschaffung der Todesstrafe als Symbol der Strafrechtsreform*, in Id., *Gesamtausgabe*, Bd. 9: «Strafrechtsreform», a cura di Rudolf Wassermann, cit., p. 321.

16/ Gustav Radbruch, *Von Cesare Beccaria zu Alfredo Rocco*, in Id., *Gesamtausgabe*, Bd. 10: «Strafvollzug», a cura di Heinz Müller-Dietz, cit., pp. 69-70.

17/ Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie*, in Id., *Gesamtausgabe*, Bd. 2: «Rechtsphilosophie II», a cura di Arthur Kaufmann, cit., § 23.

all'interesse personale del criminale, poiché essa annienta proprio il soggetto di questo interesse»[18].

Respinta è inoltre l'argomentazione, molto efficace solo sul piano intuitivo, che esibisce un'analogia tra la pena di morte e l'autodifesa. «Dal punto di vista della persona uccisa per via della legittima difesa e di quella uccisa dalla pena di morte, questa differenza concettuale – osserva Radbruch – si manifesta nel fatto psicologico assai concreto per cui quella ha creduto sino all'ultimo istante nella possibilità di fuga, questa invece ha dovuto soffrire a causa del sentimento terribile di ineluttabilità di una morte determinata con precisione nel tempo»[19].

Le pulsioni più oscure che spingono l'animo umano a delinquere traggono stimoli dall'impressione generata dall'esecuzione della pena di morte, per cui a essere sollecitate sono le forze che costituiscono la fonte degli stessi crimini che la pena di morte vorrebbe combattere[20]. Sensibile alla rilevanza del punto di vista sociale, dello sguardo esterno sul diritto, e in questo caso, nello specifico, della percezione della pena sotto il profilo psicologico-sociale, Radbruch smaschera l'irrazionalità della pena di morte proprio rispetto allo scopo che i suoi sostenitori le attribuiscono. E così conclude il breve intervento del 1928, *Zur Todesstrafe*, con queste parole: «Non è la cattiveria la fonte ultima della crudeltà penale, ma la mancanza di psicologia: anche la pena di morte trova il suo solido fondamento nella stupidità psicologica rispetto all'empatia [*Einfühlungsdummheit*]»[21]. Argomenti morali: la sua disumanità, argomenti psicologici: la sua azione controproducente, sono per lui «gli argomenti decisivi contro la pena di morte»[22].

Di grande rilievo è pure la battaglia politica e giuridica di Radbruch per l'inclusione delle donne in magistratura, più in generale nell'amministrazione della giustizia: una lotta che condusse dall'interno delle istituzioni e propugnò con la forza dell'argomento della coerenza dell'ordinamento, una rivendicazione che trovava chiaro conforto nell'articolo 109 della Costituzione weimariana in cui si legge: «Tutti i Tedeschi sono uguali davanti alla legge. Uomini e donne hanno di principio gli stessi diritti e doveri di cittadi-

18/ Ivi, p. 407.
19/ Ivi, p. 408.
20/ Cfr. Gustav Radbruch, *Gesamtausgabe*, Bd. 9: «Strafrechtsreform», a cura di Rudolf Wassermann, cit., pp. 302-303: 302.
21/ Ivi, p. 303.
22/ Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie*, in Id., *Gesamtausgabe*, Bd. 2: «Rechtsphilosophie II», a cura di Arthur Kaufmann, cit., § 23, p. 408.

nanza [...]». Questo impegno sortì l'effetto sperato, almeno in parte: decisivo fu il supporto di Radbruch nella promulgazione, nel luglio del 1922, della travagliata e fortemente osteggiata «Gesetz über die Zulassung der Frauen zu den Ämtern und Berufen der Rechtspflege» [Legge sull'ammissione delle donne nelle cariche e nelle professioni giuridiche].

Per Radbruch «il nostro diritto è un diritto maschile [*ein Männerrecht*], condizionato intimamente dall'interesse maschile e dal sentire maschile (in particolare nel diritto di famiglia), ed è maschile soprattutto nella sua interpretazione e applicazione, nella gestione obiettiva meramente astratta di rigidi principi generali, rispetto ai quali non vale il singolo e il suo sentire»[23]. «La partecipazione della donna nella giustizia destabilizzerà completamente l'autocomprensione della sensibilità giuridica maschile, renderà consapevoli della sua condizionatezza e del bisogno di una sua verifica, condurrà inoltre per questa via alla sostituzione del dittatoriale diritto maschile [*diktatorischen Männerrechts*] con un vero diritto umano [*wahres Menschenrecht*]»[24].

Non poteva essere più chiaro, Radbruch, nella sua arringa a favore del riconoscimento sociale delle donne, in questo caso riferito all'ambito delle professioni giuridiche. Non si tratta per lui né di una concessione, né dell'auspicio di una collaborazione; bensì del fermo convincimento che una riforma volta all'inclusione piena delle donne nell'universo del diritto e della giurisprudenza costituisca un gesto dovuto e necessario per il progresso di questa sfera di attività, peraltro così decisiva per la collettività e la costruzione di un buon ordine sociale. Con le sue parole: «L'ammissione della donna nell'amministrazione della giustizia era perciò più che il compimento necessario di una promessa costituzionale; essa rappresenta un progresso della nostra amministrazione della giustizia»[25].

Sicuramente alcune figure femminili di giuriste attive in epoca weimariana possono costituire una bella conferma del punto di vista radbruchiano. Su tutte Marie Juchacz (1879-1956), la prima donna a pronunciare un discorso davanti alla *Weimarer Nationalversammlung* a favore dell'estensione del diritto di voto alle donne, una parlamentare con la quale Radbruch condivise in aula

23/ Gustav Radbruch, *Das Ende der Todesstrafe*, in Id., *Gesamtausgabe*, Bd. 9: «Strafrechtsreform», a cura di Rudolf Wassermann, cit., p. 335.
24/ *Ibidem*.
25/ Ivi, p. 336.

interrogazioni e singole battaglie, come ad esempio la richiesta rivolta al governo di porre le premesse per rendere effettivo il dettato del secondo comma dell'articolo costituzionale 109, già ricordato. Da ricordare è inoltre almeno un'autorevole giurista tedesca impegnata nelle battaglie sociali per l'emancipazione femminile, Frieda Duensing (1864-1921).

In generale, al di là comunque degli esempi fortunati che possiamo rievocare, l'inclusione delle donne «nell'amministrazione della giustizia, nell'avvocatura, nell'avvocatura di Stato, nella cancelleria del tribunale e nella camera di commercio»[26], costituisce – Radbruch ne è fermamente convinto – un passo nella direzione dell'auspicabile e doverosa «sostituzione di un puro *diritto maschile* con un *diritto umano*»[27].

26/ Dall'intervento parlamentare di Radbruch del 25 gennaio 1921, in *Gesamtausgabe*, Bd. 19: «Reichstagsreden», a cura di Volkmar Schöneburg, C.F. Müller, Heidelberg 1998, pp. 46-63: 58.

27/ Dall'intervento parlamentare di Radbruch del 6 aprile 1922, in *Gesamtausgabe*, Bd. 19: «Reichstagsreden», a cura di Volkmar Schöneburg, cit., pp. 107-108: 108.

Il concetto di diritto

3. L'idea di diritto

«Quella scartoffia informe, con la quale Hitler con l'imposizione del segreto rigoroso avviò lo sterminio istituzionalizzato, ha anche per noi ancora il significato di una legge?»[1].

Questa è solo una delle tante domande che Gustav Radbruch pone nero su bianco nel suo scritto più corposo, apparso a due anni dalla fine del regime nazista, la *Vorschule der Rechtsphilosophie*. Possiamo considerarlo un interrogativo esemplare nel sollecitare sempre di nuovo una riflessione su quella che per un filosofo come lui è la questione delle questioni: il diritto e la sua natura. E quest'interrogazione ci appare il segno esteriore del suo bisogno urgente e dolente di chiedersi ancora di nuovo: che cosa sia il diritto; cosa possa essere considerato diritto.

Lo scrittore israeliano Amos Oz in una delle lezioni tenute a Tübingen, poco dopo l'attentato terroristico dell'11 settembre 2001[2], invitava a riflettere sul fanatismo, sostenendo che ciascuno di noi assomiglia in fondo a una matriosca[3]. Nessuno è nato davvero nel giorno indicato sul suo documento di identità. Siamo nati

1/ Gustav Radbruch, *Vorschule der Rechtsphilosophie* (1948), in Id., *Gesamtausgabe*. Bd. 3: «Rechtsphilosophie III», a cura di Winfried Hassemer, C.F.Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1990, pp. 121-228.

2/ Amos Oz, *Come guarire un fanatico. L'oltranzista è un punto esclamativo ambulante*, in Id., *Contro il fanatismo*, Feltrinelli, Milano 2002.

3/ Per un approfondimento del fenomeno del fanatismo, cfr. George Santayana, *The Life of Reason: or, the Phases of Human Progress. Five Books*, Charles Scribner's Son e London, Constable, New York 1905-1906; Josef Rudin, *Fanaticism. A psychological Analysis*, University of Notre Dame Press, Notre Dame/IN-London 1969; André Haynal, Miklos Molnar, Gérard de Puymege, *Fanaticism. A Historical and Psychoanalytical Study*, Schoken Books, New York 1987; Dominique Colas, *Civil Society and Fanaticism: Conjoined Histories*, Stanford University Press, Stanford/CA 1997; Laurie Calhoun, *An Anatomy of Fanaticism*, in «Peace Review», vol. 16, n. 3, 2004, pp. 349-356; Matthiew Hughes, Gaynor Johnson, a cura di, *Fanaticism and Conflict in the Modern Age*, Frank Cass, London-New York 2005; Donald G. Dutton, *The Psychology of Genocide, Massacres, and Extreme Violence. Why «Normal» People Come to Commit Atrocities*, Praeger Security International, Westport/CO 2007; Marimaa Kalmer, *The Many Faces of Fanaticism*, in «ENDC Proceedings», vol. 14, 2011, pp. 29-55 (http://www.ksk.edu.ee/toimetised).

molto prima. Siamo penisole. Questa per lui la chiave per ritrovare dentro di noi gli anticorpi contro il fanatismo.

Gustav Radbruch questi anticorpi li aveva senz'altro dentro di lui, quando terminata la guerra, in un certo senso (tutto da definire) cambia idea sulla natura del diritto e sul rapporto tra giustizia e legge, tra diritto e legalità. E lo fa come le penisole possono farlo, restando in parte se stesso, ma precipitandosi a pubblicare già il 12 settembre 1945, sulle pagine della «Rhein-Necker-Zeitung» di Heidelberg, un brevissimo scritto, poco più che un abbozzo stilisticamente essenziale e schematico, della sua «nuova» idea di diritto.

Mostrando il proprio tratto non ideologico nei confronti di qualsivoglia appartenenza teorica, Radbruch si presenta a noi oggi come una penisola. Egli non tradisce se stesso, ma non blocca il pensiero arroccandosi sulle posizioni passate, e neppure si consegna alla rassegnazione. Guarda avanti, guarda a ciò che di terribile è accaduto, mantenendosi legato al lembo di terra che corrisponde alla sua storia, alla sua provenienza, alla propria radice di giurista, di filosofo, di uomo del suo tempo, vicino a una dottrina giuspositivistica moderata o forse oggi diremmo «inclusiva».

Sempre nella sua lezione Oz, nel definire il fanatico, lo contrappone a quel genere di persona che dal punto di vista dello stesso fanatico può essere qualificata come «traditore». Eppoi però chiarisce che cosa significhi qui «tradimento» e «traditore». «Il tradimento non è il contrario dell'amore, è una delle sue tante opzioni. Traditore è colui che cambia agli occhi di coloro che non possono cambiare e non cambierebbero mai e odiano cambiare e non lo concepiscono, a parte il fatto che vogliono continuamente cambiare te [...]. In altre parole agli occhi del fanatico il traditore è chiunque cambi»[4].

Ebbene Radbruch può essere considerato – seguendo queste categorie prese a prestito dalle lezioni di Oz (di questo intellettuale e grande scrittore, oggi più che mai rimpianto) – una specie di traditore, per il semplice fatto che non è un fanatico, per il semplice fatto di avere avuto il coraggio e l'onestà intellettuale di cambiare, non partito, non schieramento, ma idea, pensiero. Si è arrivati a dichiararsi sorpresi, a manifestare il proprio biasimo nei suoi riguardi, perché Radbruch «in quindici anni, ha [avrebbe] risposto in maniera assolutamente differente al problema cardine della fi-

4/ Amos Oz, *Contro il fanatismo*, cit., p. 40.

losofia del diritto, ovvero al problema del rapporto tra validità giuridica e giustizia»[5]. E «per un filosofo del diritto – si è aggiunto – ciò è sorprendente: la veridicità di asserzioni filosofiche sul diritto, a differenza di quelle sociologico-giuridiche, non dipende da una verifica empirica e, pertanto, nemmeno può essere falsificata da eventi storici, come il dominio del nazionalsocialismo»[6].

Per noi è proprio questa, invece, una presa di posizione sconcertante; come se la filosofia del diritto fosse più rigida e immutabile delle leggi della fisica, in fondo esposte anch'esse alla falsificabilità; come se il pensiero filosofico non fosse per sua stessa natura in evoluzione, mai dogmatico, mai una volta per sempre; e mai confermato con ottusa ostinazione. Come se i campi di concentramento fossero circostanze esterne di occasione che non possono avere effetti sulle idee; come se la pianificazione dello sterminio genocidario potesse scivolare via, per dirla con Hannah Arendt, inducendoci a pattinare «sulla superficie degli eventi»[7].

Radbruch, visto da questa prospettiva, è stato un traditore, per fortuna. Carl Schmitt no – purtroppo, aggiungiamo noi -; e infatti ancora negli anni Settanta questi non ritrattava il passato sostegno e attivo contributo, anche teorico, all'antisemitismo e all'ideologia sterminatrice nazionalsocialista[8].

C'è chi, nonostante tutte le evidenze, ridimensiona la rilevanza della cosiddetta «seconda fase» del pensiero di Radbruch, declassandola sul terreno della prassi giudiziaria a mero insieme di prescrizioni per il giudice[9]. C'è chi comprendendone lo spessore teorico ne contesta la legittimità, perché fatti empirici (appunto l'assassinio inaudito di sei milioni di ebrei, di centinaia di migliaia di rom, sinti, omosessuali, disabili e dissidenti politici) non dovrebbero – così si sostiene[10] – condizionare il pensiero filosofico.

5/ Bernd Schünemann, *Per una critica della cosiddetta Formula di Radbruch. Note su un concetto di diritto culturalmente e comunicativamente orientato*, in «i-lex», nn. 13-14, 2011, pp. 109-120: 109 (www.i-lex.it).

6/ *Ibidem*.

7/ Hannah Arendt, *Some Questions of Moral Philosophy* (1965-1966), in Id., *Responsibility and Judgement* (2003); trad. it. *Alcune questioni di filosofia morale*, in Id., *Responsabilità e giudizio*, a cura di Jerome Kohn, Einaudi, Torino 2004, pp. 41-126: 86.

8/ Carl Schmitt, *Un giurista davanti a se stesso. Saggi e interviste*, a cura di Giorgio Agamben, Neri Pozza, Milano 2005.

9/ Brian H. Bix, *Radbruch's Formula and Conceptual Analysis*, in «The American Journal of Jurisprudence», vol. 56, 2011, pp. 45-57.

10/ Bernd Schünemann, *Per una critica della cosiddetta Formula di Radbruch. Note su un concetto di diritto culturalmente e comunicativamente orientato*, cit., p. 109. In senso fortemente polemico si muove anche Douglas G. Morris, *Accommodating Nazi*

A noi pare che ciò che molti non perdonano a Radbruch non sia tanto il suo aver preso le distanze dal giuspositivismo formalistico, da un concetto di diritto *in toto* riconducibile al diritto posto dall'autorità costituita, nel quale per altro, pagine alla mano della *Rechtsphilosophie*[11] – inteso in questi termini – non si era mai davvero riconosciuto. Ciò che risulta disturbante e respingente a molti è quella che è stata definita addirittura un «conversione», una «Kehre»[12]. Una sorta di abiura, moralisticamente condannata, e dogmaticamente registrata, tanto più se si considera con Dreier e Paulson che lo stesso giuspositivismo di Radbruch sin dall'inizio non era sfociato in mero legalismo e sempre aveva mantenuto il proprio ancoraggio a standard minimi di moralità, su tutti quello di eco kantiana della doverosità morale di una condotta d'azione conforme alla legge[13].

Non ci pare inoltre neppure che al centro del curioso risentimento (astio persino) verso Radbruch vi sia tanto meno il suo rifiuto per un concetto di diritto fondato sull'efficacia del comando, quindi per un concetto decisionistico o giuspositivistico autoritario[14], quanto il suo aver cambiato idea, il suo aver scartato dal giuspositivismo, da giuspositivista quale era, e il suo aver avuto

---

Tyranny? The Wrong Turn of the Social Democratic Legal Philosopher Gustav Radbruch After the War, in «Law and History Review», vol. 34, n. 3, 2016, pp. 649-688.

11/ La *Rechtsphilosophie* uscì in prima edizione nel 1914 e, dopo la seconda del 1924, sostanzialmente invariata, in una terza edizione, profondamente ampliata e rivista, nel 1932.

12/ Thomas Mertens, *But Was it Law?*, in «German Law Journal», vol. 7, n. 2, 2006, pp. 191-197: 192. Si veda anche Zong Uk Tjong, *Über die Wendung zum Naturrecht bei Gustav Radbruch*, in «ARSP: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», vol. 56, n. 2, 1970, pp. 245-264.

13/ Aspetti questi ben evidenziati da Ralf Dreier e Stanley Paulson in *Einführung in die Rechtsphilosophie Radbruchs*, in Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie. Studienasugabe*, a cura di Ralf Dreier, Stanley L. Paulson, C.F. Müller, Heidelberg 1999, pp. 235-250: 247-250. In questa linea interpretativa si pone anche Robert Alexy nel testo dell'intervento al 350 anniversario della Christian-Albrechts-Universität di Kiel intitolato *Gustav Radbruchs Rechtsbegriff* (pp. 1-15: 3) (https://www.upjs.sk/public/media/16913/Gustav%20Radbruchs%20Rechtsbegriff.pdf). Si veda inoltre il testo risalente di Erik Wolf, *Umbruch oder Entwicklung in Gustav Radbruchs Rechtsphilosophie?*, in «ARSP: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», vol. 45, n. 4, 1959, pp. 481-503.

14/ Da un lato, si fa riferimento a un giuspositivismo che prevede l'ubbidienza incondizionata del giudice a ogni legge promulgata da un legislatore sufficientemente forte per emanarla, dall'altro, un giuspositivismo che riconosce tale dovere solo a fronte di leggi approvate da un legislatore formalmente corretto. Su questa distinzione cfr. Klaus Füβer, *Rechtspositivismus und «gesetzliches Unrecht». Zur Destruktion einer verbreitetenLegende*, in «ARSP: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», vol. 78, n. 3, 1992, pp. 301-331: 316.

la forza e la lucidità di aprire un dibattito scomodo, ancora non riassorbitosi, sulla «Wehrlosigkeit des Positivismus» [sull'indifendibilità del positivismo][15]: una discussione di tale pervasività argomentativa da rendere ardua ancora oggi l'insistita opera di *Rehabilitation des Rechtspositivismus*[16] sempre di nuovo da taluni intentata.

Il nazismo ha creato una voragine, ha dischiuso lo sguardo sull'abisso, ed è per questo che per reazione l'ordine giuridico-morale del mondo è cambiato. Gustav Radbruch è, da filosofo del diritto, protagonista di questo gesto epocale di discontinuità normativa.

15/ Ivi, p. 301.
16/ Ivi, p. 302.

4. Il diritto naturale è storico

Radbruch è stato sicuramente tra gli intellettuali pronti, appena possibile, a denunciare la violenza del potere politico, quando essa ha nella storia raggiunto l'acme più abominevole, esibendo il coraggio della critica più radicale, quella di un teorico del diritto che riconosce i limiti più gravi del giuspositivismo, della sua stessa prospettiva filosofica, o quanto meno di un certo modo di intenderla. Tanto che arrivò ad affermare che esso «con il suo assunto "una legge è una legge" ha di fatto reso la posizione dei giuristi tedeschi indifesa nei confronti di leggi dal contenuto arbitrario e criminale»[1].

Ancora aperta è la questione se vi sia continuità o una precisa cesura nella sua riflessione giusfilosofica, proprio alla luce del suo concetto di diritto[2].

Se è vero che anche dopo la Seconda guerra mondiale egli espresse la convinzione che il positivismo rimanesse la parola definitiva per definire il diritto, e che la sua proposta normativa non potesse risolversi nel recupero della nozione classica di diritto naturale[3], non è meno vero che, concludendo il suo scritto *Vorschule*

1/ Gustav Radbruch, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzlisches Recht* (1947), in Id., *Gesamtausgabe*. Bd. 3: «Rechtsphilosophie III», a cura di Winfried Hassemer, cit.; trad. it. *Legalità senza diritto e diritto sovralegale*, in Id., *Diritto e no. Tra scritti*, a cura di Marina Lalatta Costerbosa, Mimesis, Milano-Udine 2021, pp. 123-148: 136. Come testi biografici su Radbruch ricordiamo tra gli altri: Fritz von Hippel, *Gustav Radbruch als rechtphilosophischer Denker*, Lambert Schneider, Heidelberg 1951; Günter Spendel, *Jurist in einer Zeitenwende. Gustav Radbruch zum 100. Geburtstag*, C.F. Müller, Heidelberg-Karlsruhe 1979 («Heidelberger Forum», Bd. 5); Arthur Kaufmann, *Gustav Radbruch. Rechtsdenker, Philosoph, Sozialdemokrat*, Piper, München-Zürich 1987; Virginia Martínez Bretones, *Gustav Radbruch. Vida y obra*, Universidad Nacional Autonoma de Mexico, Città del Messico 1989.

2/ Giuliano Vassalli, *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei «delitti di Stato» nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, Giuffrè, Milano 2001, pp. 29 ss. Ma si può vedere anche il saggio di Thomas Mertens, *Radbruch and Hart on the Grudge Informer. A Reconsideration*, in «Ratio Juris», vol. 15, n. 2, 2002, pp. 186-205.

3/ Giuliano Vassalli, *Formula di Radbruch e diritto penale*, cit., p. 22.

der Rechtsphilosophie, egli fosse giunto ad affermare che «il crollo dello Stato di non-diritto [*Unrechtsstaat*] nazionalsocialista pone la giurisdizione tedesca sempre di nuovo di fronte a questioni che l'ormai datato positivismo non riesce a risolvere»[4]. Eloquente in tal senso anche il passaggio di uno scritto di poco successivo, *Die Erneurung des Rechts* [Il rinnovamento del diritto] nel quale in breve 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»[5]. E continua con un passaggio decisivo nel brevissimo testo apparso postumo *Neue Probleme in der Rechtswissenschaft* [Nuovi problemi nella scienza del diritto]: «Nella forma di questo diritto sovralegale la vecchia idea del "diritto naturale" dopo una morte apparente durata cento anni ha vissuto la propria resurrezione; tuttavia noi dovremo stare attenti a identificare il diritto sovralegale di oggi con il diritto naturale precedente: esso 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»[6].

Sancita ora, e poi nel tempo ribadita, è dunque la natura culturale e storica del diritto, anche del cosiddetto diritto naturale.

Radbruch si mostra penisola nel guardare avanti a sé il mare aperto, innovando senza recidere il legame con la storia giuspositivistica; che è stata anche la sua storia. Condividendo in fondo questa ardua sfida con giuristi e politologi come Franz Neumann, l'autore dell'importante testo sulla dominazione nazista, *Behemoth. Structure and Practice of National Socialism*, pubblicato nel 1942 a New York (dove era riuscito a riparare fuggendo dalla persecuzione tedesca) o Fritz Bauer, il coraggioso e abile pubblico ministero dei processi di Francoforte degli anni 1963-1965, denominati

---

4/ Gustav Radbruch, *Vorschule der Rechtsphilosophie*, in Id., *Gesamtausgabe*. Bd. 3: «Rechtsphilosophie III», a cura di Winfried Hassemer, cit., § 36, p. 226.

5/ Gustav Radbruch, *Die Erneuerung des Rechts*, in Id., *Gesamtausgabe*. Bd. 3: «Rechtsphilosophie III», a cura di Winfried Hassemer, cit., pp. 107-114: 108.

6/ Gustav Radbruch, *Neue Probleme in der Rechtswissenschaft*, in *Eine Feuerbach-Gedenkrede sowie drei Aufsätze aus dem wissenschaftlichen Nachlaß*. a cura di Eberhard Schmidt, Mohr, Tübingen 1952 (nella raccolta: «Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart: eine Sammlung von Vorträgen und Schriften aus dem Gebiet der gesamten Staatswissenschaften», Bd. 172); ora in Id., *Gesamtausgabe*, Bd. 4: «Kulturphilosophie und kulturhistorische Schriften», a cura di Günter Spendel, C.F. Müller Verlag, Heidelberg 2002, pp. 232-235: 234. Radbruch riprende da Rudolf Stammler l'idea di un diritto naturale a contenuto variabile anche in *Vorschule der Rechtsphilosophie*, in Id., *Gesamtausgabe*. Bd. 3: «Rechtsphilosophie III», a cura di Winfried Hassemer, cit., § 6.III.

anche «Processo Auschwitz», intentati contro membri delle SS operativi nel campo di sterminio di Auschwitz. Fritz Bauer già magistrato dal 1928, con l'avvento al potere di Hitler venne licenziato, per motivi politici e per l'origine ebraica della sua famiglia, e poi deportato in un campo di concentramento. Emigrato in Danimarca e successivamente in Svezia, rientrò in Germania alla fine degli anni Quaranta ove riprese la sua attività in magistratura divenendo Procuratore generale a Francoforte, e contribuendo, tra le altre cose, alla cattura del gerarca nazista Adolf Eichmann, fuggito nel frattempo sotto falsa identità con la moglie e i figli a Buenos Aires. Ma Bauer fu anche un importante giuspenalista e filosofo del diritto la cui opera teorica annovera saggi di altissimo valore ed efficacia, sia sul terreno strettamente teorico generale, sia su un piano più specifico relativo ad alcune questioni di giustizia civile imprescindibili. Pensiamo ad esempio al testo fondamentale del 1966, *Auf der Suche nach dem Recht* [Alla ricerca del diritto] una raccolta di saggi con la quale Bauer intese offrire la propria definizione del concetto di diritto, presentandola tramite la rilettura dei processi più celebri della storia: il processo a Socrate, il processo a Gesù, ma anche i processi alle streghe che per tre secoli sparsero orrore in Europa. O ancora gli scritti *Widerstand gegen die Staatsgewalt* [Resistenza alla violenza di Stato] del 1965, e la proposta di riforma penale, uscita soltanto postuma nel 1969: *Vom kommenden Strafrecht* [Sul futuro diritto penale].

Contro ogni forma di moralismo giuridico, non poteva certo sfuggire a un fine osservatore del fenomeno giuridico quale fu anche Gustav Radbruch come l'occultamento di una moderata relativizzazione dell'ideale di giustizia avesse prestato il fianco alla strategia anche ideologica di rafforzamento del regime nazionalsocialista. Il nazismo era stato sostenuto da un'imponente produzione teorica giusmoralistica, atta a fornire il dispositivo di giustificazione più efficace all'operato criminale del *Führer*. Si trattò di un ideale distopico di giustizia, utile a coagulare il consenso sociale, a favorire la sospensione del giudizio critico nelle persone, a rendere disponibile un potente alibi autoassolutorio. Pensiamo a tale proposito ad esempio alle opere di Carl Schmitt della fine degli anni Trenta o a quelle di Karl Larenz, giuristi accomunati non solo dall'adesione al nazionalsocialismo, ma dalla volontà di produrre un'elaborazione teorica utile per la sua legittimazione, attraverso una trattazione con al centro concetti quali *Volksgemeinschaft*

[comunità di popolo], *Führerprinzip* [principio del capo] o ancora *Volksgeist* [spirito del popolo][7].

Risultò sempre evidente agli occhi di Radbruch il tratto fortemente insidioso del moralismo giuridico-politico, da Schmitt e Larenz rappresentato perdipiù nella sua versione «estrema» (per impiegare la distinzione hartiana tra un moralismo giuridico «moderato» *a là* Patrick Devlin e un moralismo giuridico «estremo», appunto, come quello dell'aspro critico del saggio milliano *On Liberty*, il giudice James Fitzjames Stephen[8]). Con angosciante consapevolezza nel cuore, Radbruch anche per questo mai rinnegò il relativismo moderato degli anni di Weimar, né il valore imprescindibile della forma giuridica, condizione necessaria sebbene non sufficiente di imparzialità e certezza del diritto. Come spiegherà in modo esemplare Robert Alexy[9] in anni assai più vicini a noi, sussiste una contraddizione performativa irricevibile nel sostenere la consistenza di una norma, senza associarle un pretesa di correttezza, la quale tuttavia non implica un recupero del moralismo giuridico, neppure in formulazioni moderate. «In order to obtain a necessary relation between law and morality one does not need an objective morality – come vorrebbe il perfezionismo giuridico – actually shared by all law-makers. The idea of a correct morality, the practice of rational argumentation about what is morally correct, and the possibility of constructing, on the basis, practical rationality suffice» [10].

Non si può, in definitiva, emanare una legge e aggiungere che tale legge è ingiusta; in altri termini, una rappresentazione formalistica del diritto non può bastare a descriverne il concetto. Allo stesso tempo però, dall'altra parte, sussiste una plasticità e una va-

---

7/ Si vedano di Karl Larenz, *Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart* (1931), Junker & Dünnhaupt, Berlin 19352, e *Sittlichkeit und Recht*, Kohlhammer, Stuttgart 1943; sulla sua dottrina etica e giuridica rinviamo al libro di Massimo La Torre, *La «lotta contro il diritto soggettivo». Karl Larenz e la dottrina giuridica nazionalsocialista*, Giuffrè, Milano 1988. Per quanto riguarda Carl Schmitt, ricordiamo, tra gli altri, *Staat, Bewegung, Volk. Die Dreigliederung der politischen Einheit (*1933) e *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens* (1934).

8/ H.L.A. Hart, *Law, Liberty, and Morality* (1963, 1969); trad. it. *Diritto, libertà e moralità*, a cura di Marina Lalatta Costerbosa, Mimesis, Milano-Udine 2024, pp. 94-100.

9/ Cfr. Robert Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts* (1992); trad. it. *Concetto e validità del diritto*, Einaudi, Torino 1997, pp. 36 ss., inoltre pp. 39-64. Si veda anche Robert Alexy, *A Defence of Radbruch's Formula*, in *Recrafting the Rule of Law. The Limits of Legal Order*, a cura di David Dyzenhaus, Hart Publishing, Oxford 1999, pp. 15-39.

10/ Robert Alexy, *On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality: Bulygin's Critique*, in «Ratio Juris», vol. 13, n. 2, 2000, pp. 138-147.

riabilità che rendono il diritto comunque anche espressione dell'evoluzione storica e culturale.

5. Una pretesa di equità

Il nocciolo problematico della filosofia del diritto di Radbruch diventa per questa via, alla fine degli anni Quaranta, alla fine della sua vita, proprio la nozione di equità e il ripensamento di quella di legalità.

Equità significa giustizia essenziale, il requisito minimo di moralità che una norma, una legge, un istituto, una sentenza devono esibire per potersi dire tali. Essa corrisponde al principio di legalità che comporta non solo la conformità alla legge, la correttezza formale delle norme e della procedura della loro emanazione, ma primariamente la giustizia.

Equità e legalità si stringono in un nesso biunivoco che non è possibile sciogliere senza che l'una e l'altra insieme svaniscano.

Equità è un criterio di giudizio sostanziale e universale; non introduce al moralismo e risulta da una reinterpretazione delle istanze della matrice neokantiana che rivivono nel pensiero giusfilosofico di Radbruch[1]. Tocca il contenuto delle norme eppure non difende un modello normativo tra gli altri. Funziona al negativo: tutto rientra nella sfera scarna ma costitutiva dell'equità, salvo ciò che manifesta un grado di ingiustizia, appunto di iniquità, non sopportabile, palese, al di là di ogni ragionevole dubbio, con ogni evidenza, secondo ogni intuizione razionale.

Il contenuto delle norme è variabile, eppure deve rientrare in una griglia lasca ed estesa di espressioni. È per questa via, induttiva, ma non per questo alla fine meno solida, che egli promuove una ridefinizione dell'idea di diritto.

Da questa premessa occorre partire per porre in luce il concetto di diritto al quale approdò Radbruch una volta conclusasi la tragedia nazista: dodici lunghi anni all'inizio dei quali per ragioni poli-

1/ Cfr. tra gli altri la contestualizzazione offerta da Dino Pasini nel lungo saggio introduttivo incluso nella versione italiana dell'opera di *Vorschule der Rechtsphilosophie*, *Propedeutica alla filosofia del diritto*, trad. it. di Dino Pasini e Carlo A. Agnesotti, Giappichelli, Torino 1958, pp. 11-79: 25.

tiche venne subito rimosso dalla docenza universitaria. All'epoca, dopo essere stato – come abbiamo già raccontato – professore di diritto penale a Königsberg e a Kiel, ricoprì la cattedra di filosofia del diritto a Heidelberg, insegnamento che riprese nel '45 dopo il ritiro forzato trascorso a scrivere, tra le altre cose, la biografia della dinastia Feuerbach, con particolare attenzione ovviamente al giurista, a Paul Anselm Johann Feuerbach, altri saggi su classici della letteratura e delle arti, nonché a comporre numerosi contributi su Cicerone, Michelangelo, Goethe, Shakespeare, Daumier[2], oltre a testi di storia e teoria del diritto.

Un periodo triste e feroce questo per lui – lo sappiamo -, per la durezza della condizione familiare, investita dalla doppia disgrazia che lo rese orfano di entrambi i suoi giovani figli; e delle circostanze politiche sempre più coinvolte in dinamiche psicologico-sociali e psicologiche individuali rischiosissime. Diffusa era la percezione di spaesamento, di umiliazione, di risentimento e contestualmente radicato il bisogno di riscatto, di ritrovare una propria identità condivisa, di comunità, a cui sentirsi nuovamente di appartenere. Un quadro d'insieme che progressivamente si trasformò in una società resa o resasi «complice» nell'offrire il proprio largo e troppo spesso vibrante consenso al regime hitleriano[3].

La teoria del diritto alla quale Radbruch perviene la troviamo condensata già in poche pagine, in quelle due pagine dei *Fünf Minuten Rechtsphilosophie* (1945) e nel famoso breve saggio del 1946 dal titolo *Gesetzliches Unrecht und übergesetzlisches Recht*, già più volte richiamati.

Con maggiore precisione si può sostenere che per ricostruire l'idea radbruchiana di diritto è utile partire dal concetto di «Unrecht», felicemente ambiguo sotto il profilo semantico. Nella lingua tedesca il prefisso «un» nega il sostantivo seguente; potremmo tradurlo in italiano con *non* o *in-* privativo. In questo caso, se non ci precipitiamo a tradurre, «Unrecht» – che normalmente vale «torto» o «illecito» – starebbe a significare letteralmente «non»

2/ Questi scritti si trovano ora in Id., *Gesamtausgabe*. Bd. 5: «Literatur- und kunsthistorische Schriften», C.F. Müller, Heidelberg 1997. Si segnala in particolare, tra gli altri, l'interessante *Das Strafrecht der Zauberflöte* (1946), in Id., *Gesamtausgabe*. Bd. 4: «Kulturphilosophische und -historische Schriften», C.F. Müller, Heidelberg 2002, pp. 283-297.

3/ Sulla questione mai definitivamente chiusa del consenso di massa al regime nazista ci permettiamo di rinviare a Alberto Burgio, Marina Lalatta Costerbosa, *Orgoglio e genocidio. L'etica dello sterminio della Germania nazista*, DeriveApprodi, Roma 2016.

«Recht»[4]. L'ambiguità più suggestiva però non risiede tanto nel prefisso quanto nel sostantivo che viene da esso negato, «Recht» appunto. Cosa possiamo intendere con «Recht»? «Recht» sta per «diritto», ma anche, se impiegato come aggettivo, per «giusto», «corretto». E Radbruch sembra proprio giocare con questa seconda ambivalenza.

Certa è la negazione segnalata da «un»; ma negazione di che cosa? Da qui la suggestione che si ritrovi in un guscio di noce tutto il suo pensiero: *Unrecht* simboleggia l'idea che ciò che si manifesta come l'opposto di ciò che è giusto [*recht*], appunto per questa stessa ragione può cessare di essere anche diritto [*das Recht*]. Occorre però capire meglio e provare a leggere questa ambiguità, addentrandoci progressivamente nel pensiero radbruchiano.

Uno dei tanti dilemmi che i giuristi tedeschi dovettero sciogliere, nei decenni di ricostruzione della normalità civile, della cosiddetta denazificazione, alla fine del regime nazista, fu senza dubbio la questione del riconoscimento o meno degli effetti giuridici della legislazione nazionalsocialista, in particolare di quelle norme che maggiormente ne contenevano il portato liberticida, razzista e criminale. Dovevano essere confermati da uno Stato finalmente civile i rapporti sociali generati dall'applicazione di normative violentemente discriminatorie e persino genocidarie?

Si trattava, come è facile intuire, di una questione pratica urgente di grande rilievo, come pure di una problematica sottesa alla quale si celava un tema teorico fondamentale, quello della definizione del diritto, di ciò che possa dirsi tale.

Il riconoscimento della giuridicità dei provvedimenti del regime hitleriano assume come criterio di legittimazione il valore della validità formale delle norme, emanate dall'autorità costituita. La sua negazione invece si regge sull'idea della rilevanza del contenuto della norma, che diventa inaccettabile persino in quanto norma se portatrice di ingiustizie estreme. In questo secondo caso si avrebbe una visione del diritto rappresentabile, in senso metaforico, come una sorta di contenitore che può accogliere tanti materiali diversi, ma non materiali di ogni genere: alcuni di essi, troppo pesanti, taglienti, corrosivi, lo romperebbero, lo distruggerebbero.

Comunque si decida, il dilemma sussiste e impone una scelta teorica.

4/ Sulla mancanza di un termine univoco e generalmente accettato per negare *das Recht* [il diritto] insiste anche Hermann Klenner, *Recht und Unrecht*, transcript Verlag, Bielefeld 2004, p. 6, ma anche p. 46.

Le autorità tedesche democratiche (la Corte federale e il Parlamento, *in primis*) scelsero allora una transizione attraverso la seconda via, in armonia con le indicazioni di giuristi che auspicarono la possibilità di revocare la legittimità di leggi naziste da parte di Corti di rango elevato. È così che negli anni Sessanta la Corte costituzionale sancì ad esempio la decadenza *ex tunc* della legge nazista sulla cittadinanza del 1935, una delle tre famigerate leggi di Norimberga [*Nürnberger Gesetze*] definite da Radbruch più precisamente «Nürnberger Rassengesetze» e «Schandgesetze» [Leggi razziste o Leggi vergognose di Norimberga][5].

Come è noto, corrispondono a tre norme emanate dal legislatore nazionalsocialista il 15 settembre 1935; esse rappresentano il gesto istituzionale compiuto dal regime per dare formalmente avvio alla propria politica razzista e persecutoria nei confronti degli ebrei. La prima, la legge sulla bandiera del Reich [*Reichsflaggengesetz*] stabilì che la bandiera nazionale avrebbe avuto una croce uncinata nera inserita in un cerchio bianco su sfondo rosso. La seconda, la legge sulla cittadinanza [*Reichbürgergesetz*], introdusse la distinzione gerarchica della popolazione in razze e stabilì le diverse violente strategie di «arianizzazione» del Reich. La terza, la legge per la protezione del sangue e dell'onore tedesco [*Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre*], già nel titolo sintetizza la natura dei provvedimenti che intese prescrivere e attuare.

Nella stagione postbellica di costruzione di una società finalmente repubblicana, la soluzione dell'invalidazione *ex tunc* di leggi estremamente inique, con tutta la sua problematicità politica, ma anche, e forse innanzitutto, giuridica, pure Radbruch l'aveva non solo intuita, ma espressamente auspicata e teorizzata a caldo, evidenziandone il valore, sia per il futuro democratico del paese sia per la necessaria resa dei conti con un passato così insopportabile e scandaloso per la nascente società tedesca post-nazista.

Nel famoso libro che raccoglie e rielabora i rapporti stesi da Hannah Arendt durante i lavori del processo di Gerusalemme ad Adolf Eichmann, l'alto gerarca nazista a capo della *Zentralstelle für jüdische Auswanderung* [Ufficio centrale per l'emigrazione ebraica], accusato e condannato per il suo ruolo di zelante coordinatore e cinico responsabile, prima a Vienna e poi a Berlino, della deporta-

5/ Cfr. Gustav Radbruch, *Neue Probleme in der Rechtswissenschaft*, in Id., *Gesamtausgabe*, Bd. 4: «Kulturphilosophie und kulturhistorische Schriften», a cura di Günter Spendel, cit., p. 233. Sul tema pagine fondamentali sono state scritte da Robert Alexy in *Begriff und Geltung des Rechts* (trad. it. *Concetto e validità del diritto*, cit.).

zione di milioni di ebrei verso i ghetti e successivamente i campi di concentramento e di sterminio. In *Eichmann in Jerusalem. A Report on the Banality of Evil* [La banalità del male. Eichmann a Gerusalemme] (1963), tra i capitoli più significativi, anche da una punto di vista teorico, precisamente per la questione che stiamo considerando, è particolarmente eloquente il capitolo dal titolo «I doveri di un cittadino ligio alla legge». In queste pagine Arendt individua le due vie maestre scelte dai carnefici nazisti per giocare la carta della propria innocenza personale, vie rintracciabili appunto anche nella deposizione dell'imputato Eichmann.

La prima chiama in causa il potere assoluto del *Führer*, un potere non soggetto a limitazioni di sorta, tanto meno quelle riferibili al contenuto dei suoi comandi. È il teorema della *Kadavergehorsam*, di un'obbedienza che non può non essere cieca, perché gli ordini sono ordini e a essi si ubbidisce senza riserve[6]. Come osserva giustamente la filosofa nell'appendice dedicata a «Le polemiche sul caso Eichmann», «dietro il concetto dell'"azione di Stato" si cela la teoria della "ragione di Stato" [...]. La ragion di Stato si appella [...] alla *necessità*, e i crimini di Stato commessi in nome della necessità (crimini che sono tali anche secondo le leggi del paese in cui si verificano) sono considerati misure d'emergenza, concessioni fatte alla *Realpolitik* al fine di conservare il potere e assicurare così la sopravvivenza dell'ordine legale vigente»[7].

Proprio a questo punto si impone l'interrogativo dirimente: «che sovranità ha uno Stato di questo genere? [...] Possiamo noi applicare a un regime in cui il crimine è legale ed anzi è la regola i principî che valgono per i regimi in cui il crimine e la violenza sono eccezioni e casi-limite?»[8]. La questione diventa quella della tenuta del concetto di sovranità e ancora più in radice della sua essenza. Che cosa rende il dominio un dominio sovrano?

Se seguiamo la prospettiva del giurista nazista Carl Schmitt, secondo la quale sovrano è colui che può riportare ordine, che può stabilire e sa sciogliere lo stato di eccezione, la domanda sull'essenza della sovranità è persino futile e ovvia la risposta. La possibilità di decidere della sussistenza di una situazione di eccezione e, al tempo stesso, la possibilità di risolverla, quindi di ristabilire un

6/ Hannah Arendt, *Eichmann in Jerusalem. A Report on the Banality of Evil* (1963); trad. it. *La banalità del male. Eichmann a Gerusalemme*, Feltrinelli, Milano 1993[4], p. 142.
7/ Ivi, p. 293.
8/ *Ibidem*.

ordine credibile tramite la propria decisione, descrivono l'essenza del potere sovrano. Le distinzioni tra diritto e non diritto, tra potere sovrano e puro comando arbitrario qui si perdono, a dominare è la mera forza, con il solo vincolo dell'efficacia. E a tornare alla mente è così quella pagina di Jacques Derrida presente nel primo seminario sulla *Pena di morte*, dato di recente alle stampe ma tenuto dal filosofo francese all'École des Hautes Études en Sciences Sociales di Parigi tra il 1999 e il 2000. Nel testo, a proposito dello stato di eccezione e della sua definizione in rapporto alla nozione i sovranità, si legge: «Schmitt scrive (la frase è celebre): "Sovrano è chi decide sullo stato d'eccezione", traduzione di "Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet" Lo *über* – continua Derrida – è parso, ad alcuni, celare un'ambiguità (questo vuol dire: colui che decide de lo stato d'eccezione, di ciò che è uno stato d'eccezione e deve essere considerato tale, oppure colui che decide, che assume decisioni in uno stato d'eccezione?)»[9]. Questa ambiguità Derrida preferisce – giustamente – risolverla enfatizzando il tratto arbitrario della decisione, ossia intendendo per sovrano «colui che decide ciò che è uno stato d'eccezione e che afferma e prova con ciò di essere il sovrano»[10].

Scostiamoci però adesso da questo concetto-limite del fenomeno politico, che, come tutti i concetti di questa natura, tende a smarrire il senso di distinzioni rilevantissime ulteriori, uniformando ed equiparando tesi e realtà non sovrapponibili, e finisce per giungere a quella notte in cui tutte le vacche sono nere e a contare è solo il possesso della forza. Riprendiamo cioè il filo della più raffinata riflessione arendtiana e riformuliamo la domanda sullo statuto della legge e della sovranità in questo contesto.

Veniamo, detto altrimenti, al secondo alibi, alla seconda strategia autoassolutoria adottata dal gerarca Eichmann, e prima di lui da molti altri imputati di analoghi crimini contro l'umanità.

La legge è legge, ricorda egli alla Corte israeliana. Siamo al cospetto dello stesso tema, un tema sul quale Radbruch si era soffermato pubblicamente sin dal 1945: l'irrilevanza del contenuto del comando nel rintracciare l'essenza dell'obbedienza. Questa volta il nostro sguardo non proviene più però dall'angolo visuale della fonte del comando, bensì da quella della sua natura. Il comando è

9/ Jacques Derrida, *Séminaire La peine de mort. Volume I (1999-2000)*; trad. it. a cura di Gianfranco Dalmasso, Silvano Facioni, *La pena di morte. Volume I (1999-2000)*, Jaca Book, Milano 2014, pp. 114 ss.
10/ *Ibidem*.

la legge, ovvero ha forza di legge, si presenta *come se* fosse legge, e per questo ha lo stesso valore della legge, segue lo stesso principio di validità. È un'idea «strana»[11] – osserva Arendt – ma assai diffusa in Germania: «essere ligi alla legge non significa semplicemente obbedire, ma anche agire come se si fosse il legislatore che ha stilato la legge a cui si obbedisce»[12].

Eichmann dichiarò di ritenere decisivo non solo l'aver assecondato gli ordini impartiti, ma anche che tali ordini fossero la legge[13]. I crimini nazisti per questo poterono essere «commessi nell'ambito di un ordine "legale"»; ponendo seriamente in discussione l'idea stessa di legalità, uccidendo insieme a milioni di persone inermi anche il diritto, inducendo il diritto stesso al suicidio.

Ma allora cosa vuol dire a questo punto legalità? Ogni comando dell'autorità politica costituita può assurgere al rango di legge dello Stato? Sono sufficienti le caratteristiche relative alla sorgente del comando e alla sua struttura formale? L'idea della legge può sopportare ogni contenuto? Può disporre, ordinare, vietare qualunque cosa? Questi alcuni dei rovelli che animeranno i pensieri di Radbruch sino alla fine dei suoi giorni.

11/ Hannah Arendt, *La banalità del male. Eichmann a Gerusalemme*, cit., p. 144.
12/ *Ibidem*.
13/ Ivi, p. 142. Sul concetto di legalità nella Germania nazista e weimariana rimandiamo alle considerazioni già svolte in Alberto Burgio, Marina Lalatta Costerbosa, *Orgoglio e genocidio. L'etica dello sterminio nella Germania nazista*, cit., pp. 111-156.

6. L'irragionevole scommessa del legalismo

Legalità può voler dire legalismo, ovvero rispetto della forma della legge da parte dell'autorità, nel convogliare in strumenti accettabili i propri comandi, e rispetto della regola da parte dei singoli e delle istituzioni, disciplinati nel loro agire da un sistema di norme. Legalità significa in questa chiave valore assoluto della forma, primato dell'involucro della norma, indipendenza dal suo contenuto, emancipazione da ogni pretesa finalità morale del sistema.

È questo il concetto di legalità peculiare della tradizione giuspositivistica che si affermò in modo prevalente nel corso dell'Ottocento europeo. Essa persistette indomita fino al secolo successivo, tanto che – nello specifico contesto tedesco – sopravvisse anche nel dettato della Costituzione di Weimar del 1919, Costituzione che tuttavia accoglieva, come è noto, pure un alternativo concetto di legalità.

In questa seconda accezione l'idea di legalità al contrario non trascura il contenuto della norma, la quale regala legittimità attraverso le vesti autorevoli della legge. In tale ambito, legalità vuole significare anche pretesa di correttezza, se non addirittura di giustizia. Schmitt aveva parlato, a proposito di questa estensione semantica, di un conflitto tra istanze di fondo: tra «un'ampia neutralità nei confronti dei più diversi contenuti» e «determinate qualità (di formazione generale, di individuabilità del contenuto, di durata)»[1]. Il nazionalsocialismo sfruttò questa ambivalenza del concet-

1/ Carl Schmitt, *Legalität und Legitimität* (1932); trad. it. *Legalità e Legittimità*, in Id., *Le categorie del 'politico'*, a cura di Gianfranco Miglio, Pierangelo Schiera, il Mulino, Bologna 1972, p. 234. Sulle ambivalenze della «rivoluzione» weimariana, del suo approdo costituzionale e del progetto del suo superamento nel segno di un'idea conservatrice di rivoluzione gli studi critici sono numerosi. Si rimanda almeno a Detlev J.K. Peukert, *Die Weimarer Republik. Krisenjahre der Klassischen Moderne* (1987); trad. it. *La Repubblica di Weimar*, Bollati Boringhieri, Torino 1996; Heinrich A. Winkler, *Weimar 1918-1933. Die Geschichte der ersten deutschen Demokratie*, (1998); trad. it. *La Repubblica di Weimar: 1918-1933. Storia della prima democrazia tedesca*, Donzelli, Roma 1998; Stefano G. Azzarà, *Pensare la rivoluzione conservatrice. Critica della democrazia e «grande politica» nella Repubblica di Weimar*, La città del sole, Napoli 2000; la

to (esemplarmente condensata nel testo costituzionale weimariano) per fare propria la forza assoluta del legalismo, di un'idea della legge che non ammette eccezioni, *distinguo*, contestazioni riconducibili ad aspettative prescrittive. E insieme per contrabbandare, in queste vesti così corazzate e impermeabili alla critica, istanze di una concezione perversa e paradossale di giustizia, quali sono quelle dell'ideologia nazista. La nuova morale razzista, nazionalista e imperialista, divenne principio di legittimità e si radicò nella società politica tedesca, grazie anche al potere della legalità e del sentimento del suo rispetto.

Se il concetto non formalistico di legalità veicola la tutela dei diritti soggettivi, in questo contesto esso viene strumentalizzato per sostenere e potenziare una lotta sanguinaria e furiosa contro i diritti soggettivi[2]. Il nazionalsocialismo fagocitò, piegandole per i propri scopi tanto la sordità al contenuto della norma quanto la pretesa di giustizia della norma. La componente di matrice giuspositivistica servì all'esercizio del potere per ammantarlo di normalità e di rispettabilità.

L'altra componente, quella di natura costituzionalistica, servì per aprire una breccia a ideali normativi in generale, nel caso nazista, vergognosi ideali irrazionali e immorali, inoculati nei vuoti e porosi contenitori delle norme. Con l'idea di legalità formale poté convivere un'idea di legalità ideologicamente connotata che mirò, nelle mani dei suoi teorici, dei politici e degli operatori del diritto, a conferire credibilità e un'immagine il meno deforme possibile all'azione del regime.

È nostra convinzione che vi possa essere un sentimento di rispetto nei confronti della legalità da parte di taluni funzionari e burocrati indipendente da ogni altra considerazione, ma pure che il regime, con consapevolezza, diede valore alle forme legali in quanto armi potenti, capaci di rendere efficaci e rapide le politiche «rivoluzionarie» (telluriche) del Partito, strumenti preziosi, per compattare la società nell'adesione a tali politiche.

Dalla prospettiva dei perpetratori, la legalità è utile per il re-

---

rassegna storiografica di area tedesca a cura di Enzo Collotti, *La Repubblica di Weimar*, in «Passato e presente», a. XXI, vol. 60, 2003, pp. 101-116; Ulderico Pomarici, *Il costituzionalismo tedesco da Weimar al nazionalsocialismo. Figure e problemi*, in «Diacronìa. Rivista di storia delle filosofia del diritto», vol. 2, 2019, pp. 209-272; da ultimo, Agostino Carrino, *Weimar. Critica di una Costituzione. Diritti, politica e filosofia*, Mimesis, Milano-Udine 2020.

2/ Marina Lalatta Costerbosa, *Diritto e consenso nella Germania nazista. La prospettiva dei perpetratori*, in «Psicoterapia e Scienze Umane», vol. XLVII, n. 2, 2013.

gime in un duplice senso. Da un lato, essa possiede una forza di trazione che facilita il funzionamento dell'apparato burocratico, mantiene oliata la macchina statale, rende efficiente un insieme di ordini grazie alla forza (di legge) che a essi si trasmette. Dall'altro, la legalità determina per la sua stessa natura una spinta e una accelerazione significative nel processo di affermazione del nuovo ordine della comunità. Essa consente un dominio senza limiti in virtù anche della sola sua presenza, dell'esibita struttura legale; cioè permette di travalicare i limiti del diritto paradossalmente tramite le sue qualità costitutive: il suo essere per eccellenza limite in se stesso.

Tutto questo rappresentò un epifenomeno di un assetto socio-culturale nel quale l'interesse collettivo, il sentimento di appartenenza e la radicata accettazione delle regole ne costituiscono l'ossatura giuridico-istituzionale, e fu allo stesso tempo una risposta strategica all'esplicita richiesta di ordine, legalità e delega, proveniente da una società civile prostrata dagli esiti disastrosi della Grande guerra, dalla crisi economica, dall'incalzante inflazione e dalla crescente disoccupazione.

Illuminante qui l'analisi del giurista Rudolf Smend, figlio dell'omonimo teologo, docente all'Università di Berlino sino all'avvento del nazismo, quando dovette trasferirsi all'Ateneo di Göttingen per lasciare la cattedra berlinese al giurista, membro delle SS, Reinhard Höhn[3]. Una figura quest'ultima che insieme, tra gli altri, ai più volte nominati, Carl Schmitt e a Karl Larenz, faceva parte dell'intellettualità impegnata a offrire prontamente argomentazioni teorico-giuridiche volte alla giustificazione dei più respingenti provvedimenti normativi del regime.

Per Smend, all'epoca, i tedeschi avevano «un commovente bisogno» di legalità, accanto a un profondo bisogno di comunità. Mentre per Thomas Mann la cultura tedesca – così nel suo intenso e dolente discorso pronunciato alla Library of Congress a poche settimane dalla resa della Germania nazista – da un punto di vista politico si caratterizza per la disponibilità all'ubbidienza. «La sua subordinazione politica, questo prodotto di interiorità musi-

3/ Cfr. Anna-Maria Gräfin von Lösch, *Der nackte Geist. Die Juristische Fakultät der Berliner Univeristät im Umbruch von* 1933, Mohr Siebeck, Tübingen 1999, pp. 394-403. Testo assai interessante, nel quale, con riferimento agli anni della prese del potere nazionalsocialista, un capitolo intitolato «Ungewollte neue Lehrstühle und keinesfalls Gustav Radbruch» [Nuove cattedre non volute e in nessun caso Gustav Radrbuch] (!) viene dedicato specificamente alle ragione «politiche» sottese al veto posto nei confronti di Radbruch; cfr. ivi, pp. 100-106.

cale-tedesca e di ignoranza del mondo, non ha soltanto plasmato per secoli l'atteggiamento servile dei Tedeschi di fronte ai prìncipi e a tutte le autorità statali, non ha soltanto favorito e in parte creato il dualismo tedesco di audacissima speculazione e di minorità politica. Essa è anzitutto rappresentativa, e in modo violento e monumentale, per la scissura prettamente tedesca fra l'impulso *nazionale* e l'ideale della *libertà* politica»[4].

Si tratta di un'ambivalenza che certo Mann accentua nella sua analisi, quasi a individuare i due volti della stessa medaglia: l'uno rivolto all'interno, relativo al valore attribuito all'appartenenza alla nazione, e l'altro diretto verso l'esterno, quasi a definire la propria identità per contrapposizione.

Anche senza aderire alle tesi manniane, resta significativo il fatto che legalità e comunità, nella cultura weimariana, si intrecciarono generando un dispositivo potentissimo che coniugava due sentimenti profondi.

Il senso di appartenenza alla comunità si saldò con la forza di un sistema di leggi che conferiva alla comunità un perimetro giuridico-politico e una valenza cogente. Queste due esigenze vennero intuite e perseguite dal regime che assunse a proprio perno ideologico il magnete della comunità di popolo, della *Volksgemeinschaft*. La forma stessa della legalità contribuì poi ad appagare il desiderio di appartenenza alla comunità, ne rafforzò sentimento e la rese tangibile e riconoscibile.

In fondo, il tessuto giuridico crea una fisionomia istituzionale, la rende reale; esso è capace persino di inventarla là dove essa

---

4/ Thomas Mann, *Germany and the Germans*, trad. it. *La Germania e i Tedeschi*, in Id., *Moniti all'Europa* (1947), a cura di Lavinia Mazzucchetti, Mondadori, Milano 2017, pp. 315-336: 324. Per cogliere il clima culturale dell'epoca, la sua storia, le sue caratteristiche portanti rimane, al di là delle interpretazioni del suo pensiero, certo complesso e non privo di ambivalenze, se assunto nel suo insieme e quindi evolutosi nel tempo, una fonte fondamentale rimane sempre lo stesso Thomas Mann, in particolare il suo *Betrachtungen eines Unpolitischen* (1918); trad. it. *Considerazioni di un impolitico*, a cura di Marianello Marianelli, Marlis Ingenmey, Adelphi, Milano 1997 e soprattutto alcuni interventi radiofonici, saggi su rivista e conferenze tenute in numerose città statunitensi; tra gli altri, ricordiamo: *Avertissement à l'Europe* del 1935, *The Coming Victory of Democracy* del 1938 e il già segnalato *Germany and the Germans* del giugno del 1945, tutti raccolti ora anche in traduzione italiana con i titoli: *Attenzione, Europa!*; *La certa vittoria delle democrazia*; *La Germania e i Tedeschi* in Id., *Moniti all'Europa*, a cura di Lavinia Mazzucchetti, cit., pp. 83-96, 125-154, 315-336. Su Mann nella prospettiva qui trattata si veda il lungo saggio di Alberto Burgio, *Lo spazio della politica nell'opera di Thomas Mann. Appunti per una ricerca*, in «Dianoia. Rivista di filosofia», vol. 20, 2015, pp. 65-116; ma anche Terence J. Reed, *Thomas Mann. The Use of Tradition*, Clarendon, Oxford 1996, in part. pp. 275-316.

non si dia, o non si dia ancora in modo compiuto e solo col tempo sedimentabile.

«Comunità» diventa così «una delle parole magiche del periodo di Weimar»[5]: l'idea di comunità già negli anni Venti ricorreva in pubblicazioni innumerevoli di natura eterogenea, in chiave etno-nazionalistica oppure filosofico-religiosa. Radbruch colse appieno il ruolo e la suggestione che questa parola prese ad avere declinandosi in senso antirazionalistico e antidemocratico. Inevitabile il suo divenire influente nel lessico giuridico nazionalsocialista a partire dal 1933[6]. Come asserì in chiave apologetica il giurista nazista Otto Koellreutter: «L'idea di comunità, l'idea del "Noi" come totalità di un popolo, ha già implicita in sé quella del potere politico di un Führer-Stato»[7]. Mentre Hans Frank, ministro della Giustizia in Baviera, famigerato governatore di Polonia durante l'occupazione, responsabile della distruzione del ghetto di Varsavia, nonché, all'epoca, Presidente dell'Accademia del diritto tedesco dichiarò con un intento d'indirizzo e programmatico, poi successivamente confermato da numerosi articoli apparsi sulle principali riviste giuridiche, che «noi partiamo dal diritto della comunità, e questo diritto della comunità è il risvolto interno reale del nostro punto di vista giuridico e del nostro sistema giuridico»[8].

Con evidenza siamo al cospetto di un'idea di legalità che, sfruttando il proprio potenziale di credibilità e autorevolezza morale, trasferisce legittimità ai provvedimenti dell'autorità politica, a prescindere da considerazioni critiche riferibili al loro contenuto, indipendentemente pure dalla soglia di problematicità che esso può presentare in termini di iniquità. La legalità. che sa veicolare principi legittimanti, trasmette nel caso specifico della Germania del primo Novecento l'ideale che per eccellenza ne qualifica l'i-

5/ Kurt Sontheimer, *Antidemokratisches Denken in der Weimarer Republik. Die politischen Ideen des deutschen Nationalismus zwischen 1918 und 1933*. Studienausgabe, Nymphenburger Verlagshandlung, München 1968, p. 251.

6/ Cfr. Michael Stolleis, *Studien zur Rechtsgeschichte des Nationalsozialismus* (1994); trad. ing. *The Law under the Swastika*, The Chicago University Press, New York 1998, p. 66.

7/ Hubert Schron, *Der Richter im Dritten Reich. Geschichte und Dokumente*, Klostermann, Frankfurt am Main 1959, p. 81. Sul contributo di Otto Koellreutter e sulla sua posizione nel panorama nazionalsocialista si veda sempre Stolleis, *The Law under the Swastika*, cit., pp. 74-77; ma anche Gàbor Hamza, *Die idee des „Dritten Reichs» im deutschen philosophischen und politischen Denken im 20. Jahrhundert*, in «Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte», Germ. Abt. 118, pp. 321-336.

8/ Michael Stolleis, *Studien zur Rechtsgeschichte des Nationalsozialismus* (1994); trad. ing. *The Law under the Swastika*, cit., p. 67 e p. 212 n.17.

dentità nazionale: la comunità e i valori nei quali essa si specifica e propaga.

Legalità come rassicurazione al cospetto della drammatica richiesta di giustizia sociale. Legalità come armatura per la comunità, la cui identificazione, difesa e promozione senza condizioni e vincoli morali – perché principio morale fondamentale essa stessa – venivano sentite e giudicate dalle persone comuni indispensabili per dare nutrimento a un intimo sentimento di appartenenza. Legalità come volano per un alleggerimento degli imperativi morali prima e un capovolgimento di ciò che deve intendersi per dovere morale poi.

La legalità dal punto di vista morale significò moralizzazione per il regime e indifferenza nella gente comune; consentì una sorta di lascia passare basato sulla sospensione artificiosa del senso di responsabilità, sentimento indispensabile per l'attivazione di ogni condotta d'azione giusta e di ogni gesto di condanna morale. Contribuì in altri termini a sgretolare la struttura della società, le sue coordinate di riferimento, consentendo l'irruzione del nuovo destabilizzante e travolgente. In un panorama di diffusa indifferenza si ebbero anche comportamenti dissonanti ma imputabili perlopiù ai singoli, non generalizzabili.

«Sostenere la tesi dell'ignoranza non era possibile, dal momento che a partire dal 1942 tutti avevano visto passare sotto le proprie finestre le colonne dei prigionieri oppure li avevano incontrati in fabbrica. Sarebbe stato più verosimile invocare – azzarda con sarcasmo Pierre Ayçoberry – l'onnipresenza della Gestapo per giustificare la passività generale davanti alle brutalità ed esaltare con maggiore vigore i pochi gesti di solidarietà. L'altro sguardo retrospettivo, quello dei deportati stessi, conferma pressappoco questo quadro: è impossibile definire un comportamento tipo dei cittadini tedeschi»[9].

Ciò trova conferma nella vita sociale vicina ai lager propria di «una popolazione generalmente ostile, in casi isolati compassionevole, spesso indifferente; alcuni parteciparono alla caccia agli evasi mentre i loro vicini lasciavano con discrezione piccole porzioni di cibo sul passaggio degli affamati»[10]. In sostanza, il prospettato miglioramento delle condizioni di vita economico-sociali e la

9/ Pierre Ayçoberry, *La société allemande sous le IIIe Reich: 1933-1945* (1998); trad. it. *La società tedesca sotto il Terzo Reich 1933-1945*, Lindau, Torino 2008, p. 330, ma anche pp. 328 ss. e 406.

10/ *Ibidem*. Cfr. inoltre Gordon J. Horwitz, *In the Shadow of Death. Living Outside the*

così guadagnata apatia morale generarono un intreccio perverso, come ricorda Thomas Mann nelle sofferte parole pronunciate in occasione di un'altra conferenza dal titolo *The War and the Future*, sempre tenuta presso il Coolidge Auditorium della Library of Congress nell'ottobre del 1943. Da denunciare con forza è per Mann il relativismo radicale e la svalutazione degli «imponderabili morali», perché «vi è differenza se i dieci comandamenti non vengono osservati, come avviene ovunque nel mondo, oppure se vengono negati ufficialmente e solennemente»[11]; se li si viola o invece li si mette al bando «istituzionalmente».

L'esigenza di legalità e una sua implicita e ambivalente ridefinizione hanno in fondo prestato il loro servizio alla causa nazionalsocialista in una duplice direzione.

La considerazione nella quale era tenuto il principio di legalità, da parte dei funzionari e dei più alti vertici del regime, favorì l'affermarsi di uno degli alibi più efficaci per ottenere da loro cieca ubbidienza e offrì un utile strumento per aumentare l'efficienza nell'esecuzione dei loro ordini e piani. Ma non trascurabile risultò anche l'influenza che il bisogno così soddisfatto di legalità e la forza della rassicurazione morale a esso connessa esercitarono sulla gente comune. Questo volto del consenso al nazismo, in un certo senso ben più inquietante, il consenso cioè della massa dei tedeschi, trova nella legalità una parziale risposta. È tale consapevolezza che spinse Gustav Radbruch a interrogarsi sulla sua natura, sulla sua ambiguità, sulle sue complicità e sulla sua capacità di rassicurazione.

La legalità operò nel rendere credibile e concreto il tentato riscatto della Germania dalle ceneri della Prima guerra mondiale e da una crisi economico-sociale devastante; in sostanza poté rendere più convincenti e solidi all'apparenza quelle riforme sociali tanto declamate e propagandate. A ciò si aggiunse la fecondità (negativa) del nesso legalità-comunità, per cui la nostalgia per la comunità, il sentirsi parte di un tutto dotato di senso e di un destino di nuovo glorioso trovarono nella forza della legge e nella sua valenza coercitiva e costruttiva un sostegno determinante. Il comunitarismo infatti non solo rappresenta una forma di moralismo politico, ma

---

Gates of Mauthausen (1990); trad. it. *All'ombra della morte. La vita quotidiana attorno al campo di Mauthausen*, Marsilio, Venezia 2004.

11/ Thomas Mann, *The War and the Future*, The Library of Congress, Washington 1944, pp. 1-23: 13 (https://en.wikisource.org/wiki/The_War_and_the_Future_Mann).

anche di concezione dello Stato, spinge alla coincidenza di Stato e comunità, con tutto ciò che questo in termini di autoritarismo e di marginalizzazione sociale potenzialmente comporta o quantomeno non esclude.

A questi due volti della legalità se ne aggiunse poi un terzo che pure, dal punto di vista psicologico e soggettivo, riduce almeno in piccola parte l'enigmaticità del consenso delle persone.

Come è possibile che cittadini per bene di una società culturalmente avanzata abbiano assistito troppo spesso impassibili al darsi di eventi terrificanti? Da cosa è scaturita tanta indifferenza? Cosa ha saputo innalzare sino a tal punto la loro soglia di sopportazione dell'aberrazione morale? La risposta è complessa e dalle molteplici facce, ci limitiamo però a illuminare quel segmento che ci riporta alla riflessione radbruchiana sul principio di legalità.

La legalità sollevò almeno in parte e quotidianamente da un peso morale insopportabile. La delega di responsabilità svolse un'azione vicaria nei confronti delle coscienze morali dei singoli, consentendo di sospendere il tormento di un lacerante conflitto interiore tra una morale universalista e la nuova morale propagandata dal *Führer*. E sebbene questa fu un'azione solo lenitiva, in sinergia con gli altri vettori attivati dal Terzo Reich, ebbe un successo sufficientemente ampio da contribuire alla consegna di una società intera al programma imperialista e genocidario dei nazisti. Si pensi anche soltanto agli sforzi compiuti negli anni dal regime per rendere compatibile, al prezzo di grandi forzature, almeno per ciò che concerne le apparenze, le oscene procedure di attuazione del programma «eutanasico» ed eugenetico nazista[12].

12/ Sull'argomento rinviamo al recente fascicolo monografico della rivista «Minority Reports» dal titolo «Vite inutili. Il programma "eutanasico" nazista» a cura di Marina Lalatta Costerbosa, vol. 12, n. 1, 2021. Il volume raccoglie i contributi di alcuni dei maggiori specialisti dell'argomento (Thomas Beddies, Ernst Berger, Michael Bryant, Alberto Burgio, Herwig Czech, Dimitri d'Andrea, Ernesto De Cristofaro, Philipp Rauh, Florian Schwanninger, Mauro Simonazzi).

7. La resistenza del diritto

«Grazie a due principi il nazionalsocialismo seppe assicurarsi il suo seguito, da una parte i soldati, dall'altra i giuristi: "un ordine è un ordine" e "una legge è una legge"»[1]. Così inizia il saggio *Legalità senza diritto e diritto sovralegale*.

Il primo dei due principi ha sempre dovuto fare i conti con un limite di ordine normativo, perché la finalità criminale di un comando sospende il dovere dell'obbedienza a esso dovuta. Esisteva in ambito militare già allora – evidenza che non può non suonare paradossale, mentre fu purtroppo «normale» in quel mondo capovolto – una soglia, che chiamava in causa il giudizio del subordinato, oltre la quale la responsabilità di ruolo cedeva il passo alla morale personale, trasformandosi in una pretesa indebita, rispetto alla quale si era sciolti dai vincoli dell'obbedienza.

Rispondeva certamente a questa *ratio* l'articolo 47 del Codice penale militare tedesco, in vigore anche durante il secondo conflitto mondiale, in base al quale era da intendersi nullo il dovere di obbedire a «ordini superiori riguardanti una condotta nota per essere diretta a un crimine o a un reato generale o militare»; questo il dettato della norma stabilita nel 1872 e confermata nel 1940. Tutt'altro che meccanica o cieca doveva ritenersi l'obbedienza agli ordini militari, sulla carta pure sotto il regime hitleriano.

Il vero problema nasceva, paradossalmente, dal secondo principio che «non conosceva invece alcuna limitazione»[2]. «Legalità senza diritto [*gesetzliches Unrecht*] era perciò una contraddizione in sé tanto quanto il diritto sovralegale [*übergesetzliches Recht*]»[3]. Nello scenario al quale ci stiamo riferendo, la legge corrisponde come tale e senza residui al diritto. Mentre un comando deve superare il vaglio della morale, la legge, in virtù della garanzia intrinseca di accettabilità etica che essa implica, è dispensata da tale onere. La

1/ Gustav Radbruch, *Legalità senza diritto e diritto sovralegale*, cit., p. 123.
2/ Ivi, pp. 123-124.
3/ Ivi, p. 124.

legge diviene dunque la via di accesso maestra per la progettazione anche di una dominazione criminale. Sottesa è una concezione legalistica del diritto la quale presuppone che nulla sopravanzi e sovradetermini necessariamente il diritto; ogni comando dell'autorità legittimata a emetterlo acquisisce forza legale. Ne segue che non è possibile un'ingiustizia legale: se una norma è legale allora non è ingiusta, poiché il criterio per distinguere il giusto dall'ingiusto è riconducibile alla lettera della norma stessa. Analogamente, non è possibile che vi sia un diritto al di sopra della legge: diritto e legge appaiono coestensivi e paritetici.

In modo dirompente, l'avvento, i crimini e la caduta del nazismo hanno scoperchiato il vaso del giuspositivismo nella sua versione formalistica e legalistica. Dal '45 in poi questa circostanza rappresentò un problema con il quale esso non poté non confrontarsi incessantemente, per ragioni teoriche come pure, nell'immediato, per ragioni pratiche. Se si rimette in discussione questo sguardo neutrale sul diritto, occorre rispondere alla questione che subito ne discende. Se non basta che una legge sia formalmente valida perché lo sia *tout court* giuridicamente, ovvero sia di per sé diritto; se essa dev'essere anche almeno in modo basico giusta, allora le leggi naziste non possono essere considerate diritto: non erano leggi, ma solo il loro simulacro, apparenza, mera sembianza. Ma se non erano leggi, a decadere dovevano essere anche gli effetti giuridici da esse generati; sebbene al momento della loro emanazione esse fossero considerate leggi, secondo il regime e secondo la dottrina giuridica coeva.

Come uscire da questa *impasse*?

I primi casi difficili di tale natura si imposero ben presto all'attenzione delle Corti e dei giuristi tedeschi. È così lo stesso Radbruch a rompere gli indugi. Al suo studio sono quattro casi giudiziari, giunti alla ribalta dell'opinione pubblica nel 1946; oltre al provvedimento della Procura di Wiesbaden la quale dichiarò nulle sin dall'istante della loro promulgazione le leggi naziste che avevano predisposto la confisca da parte dello Stato delle proprietà degli ebrei. Tale sentenza venne motivata dal Tribunale tramite l'appello al diritto naturale, ossia a un'istanza di giustizia al di sopra del diritto positivo.

I casi trattati da Radbruch concernono fattispecie diverse e paradigmatiche: la figura del delatore, il ruolo del boia e il segno capovolto che acquisisce l'immagine del disertore in uno scenario distopico quale fu quello hitleriano.

Nel 1946 la Corte d'Assise di Nordhausen condannò all'ergastolo un funzionario giudiziario che sotto il regime nazista, attraverso delazione, aveva fatto condannare per alto tradimento un commerciante, di nome Göttig, per aver scritto in un bagno pubblico: «Hitler è un carnefice responsabile della guerra». A seguito della denuncia, come era assolutamente prevedibile, il commerciante venne giustiziato. La motivazione della sentenza della Corte di Nordhausen poggiava sulla constatazione che l'ideale della giustizia e la certezza del diritto sono i requisiti essenziali dell'amministrazione della giustizia. Tutti e due mancavano alla magistratura penale hitleriana, a venir meno era dunque il riconoscimento del suo *status* giuridico e con esso il dovere della denuncia. Il funzionario giudiziario non avrebbe dovuto segnalare Göttig alle autorità poiché sapeva come essa veniva amministrata, ovvero, che la giustizia non veniva amministrata affatto nel nazionalsocialismo, che si era di fronte piuttosto alla copertura formale di procedimenti criminali. Non si trattava di assicurare alla giustizia un cittadino reo, ma di condannarlo, indipendentemente dalle sue responsabilità penali, a una fine sicuramente iniqua e violenta. Tale circostanza faceva decadere, già allora, le caratteristiche della giuridicità del sistema normativo di riferimento.

Il secondo caso vide all'opera il Procuratore generale della Sassonia, il quale sostenne la necessità giuridica di porre sotto accusa i giudici che nel periodo nazista avessero emesso e dato corso a sentenze per il regime hitleriano «legali», ma illegali per un migliore concetto di diritto. La violazione dei diritti umani contenuta in quelle decisioni giudiziarie ne comprometteva *in toto* la giuridicità. Sempre la stessa Procura dispose l'archiviazione del caso di un soldato sassone che aveva disertato sottraendosi al compito di sorveglianza dei prigionieri di guerra assegnatogli, con la motivazione che era «disgustato per il trattamento disumano sui prigionieri, forse anche stanco di prestare servizio nelle truppe di Hitler»[4].

A Halle, sempre nel 1946, vennero condannati a morte Johannes Kleine e Andreas Rose, due collaboratori attivi, nella terribile veste di boia, in numerose esecuzioni sommarie, «legali» per i nazisti, illegali per la Corte di Halle che recepì la nuova fattispecie dei crimini contro l'umanità, secondo il dettato della Legge 10

4/ Gustav Radbruch, *Legalità senza diritto e diritto sovralegale*, cit., p. 134.

voluta dal Consiglio di Controllo Alleato: il primo riconoscimento giuridico dei crimini contro l'umanità.

Infine, di nuovo in Sassonia si ebbe il caso di un soldato che disertò per sottrarsi al servizio hitleriano e nella fuga uccise il funzionario intenzionato ad arrestarlo. Nel '45 venne però assolto per non colpevolezza dato lo stato di necessità in cui si era venuto a trovare.

A fronte di queste prime evidenze giudiziarie così raccolte, la questione della definizione della legalità e della possibilità di definire «illegale» quanto giudicato «legale» dalle autorità costituite di un regime liberticida si impose all'attenzione del nostro giurista di Lubecca. Ed è così che egli nel rispondervi offrì uno schizzo del concetto di diritto, talmente efficace e «vero» sul piano del sentimento e della percezione diffusa, da avere la forza di candidarsi a matrice di una pluralità di concezioni del diritto affermatesi nel secondo Novecento, riconducibili in varie declinazioni al cosiddetto neogiusnaturalismo o giuspositivismo inclusivo, incline a prevedere un contenuto minimo di moralità per il concetto stesso di diritto.

Il presupposto della polemica di Radbruch contro il volto giustificazionista del positivismo giuridico formalistico che «indebolì qualunque capacità di resistenza contro l'abuso della legislazione nazionalsocialista»[5] è rappresentato dalla confutazione del principio stesso di validità del diritto. Esso crede di aver dimostrato la validità della legge in base al fatto che essa abbia avuto la forza di imporsi. Tuttavia, in base alla forza si può forse fondare un dovere per necessità, mai un dovere morale o la validità[6]. La validità della norma è questione più complessa: la sua sussistenza formale esprime certamente un valore, ma non lo esaurisce. Alla consistenza formale della norma corrisponde il valore della certezza, che tuttavia «non è l'unico valore e non il valore decisivo che il diritto deve realizzare»[7]. Il principio di validità della legge si configura così secondo la griglia delineata dall'articolarsi di tre valori distinti a essa attribuibili, la famosa triade del diritto radbruchiano.

La *certezza* del diritto è il primo valore, accanto al quale si pongono il valore dell'*utilità* e il valore della *giustizia*. Utile è la legge rispetto al «bene comune» e al «benessere del popolo», che dovrebbe esprimere la *ratio* generale. Giusta è la legge che, certa, sancisce

5/ Ivi, p. 141.
6/ Cfr. ivi, p. 136.
7/ *Ibidem*.

l'uguaglianza tra le persone entro la comunità umana. A partire da questa assunzione preliminare, però, occorre verificare quale relazione debba sussistere tra questi tre valori affinché vi sia un'adeguata definizione di validità delle norme.

Una rigorosa gerarchia scandisce per Radbruch questo intreccio di rapporti. Al primo posto la giustizia, la *Gerechtigkeit*, al secondo la certezza del diritto, la *Rechtssicherheit*, e al terzo e ultimo l'utilità, la *Zweckmäßigkeit* (letteralmente: conformità allo scopo). In caso di conflitto però l'applicazione di questa tipologia seriale non può essere automatica; perché occorre resistere alla tentazione, che nasce dalla reazione all'abbruttimento nazista, di gettare con il formalismo giuridico anche quanto in esso vi è di positivo[8]. E in questo errore, Radbruch non intese cadere.

Sotto una certa soglia di ingiustizia, il primato spetta alla certezza, nonostante essa rivesta il ruolo mediano. La certezza del diritto guadagna pieno riconoscimento per lui, essendo, «sino alle soglie del possibile e del sopportabile, un bene a cui non è dato rinunciare»[9].

Sopra a una certa soglia di ingiustizia, se l'ingiustizia cioè raggiunge livelli molto alti, allora trova conferma la primazia del valore della *Gerechtigkeit* su ogni altro. Vi possono essere pertanto leggi valide ingiuste, ma entro certi parametri di tollerabilità dell'iniquità. Vi sono poi leggi invalide per il loro contenuto di ingiustizia. Vi sono infine comandi talmente ingiusti e con ogni evidenza così inaccettabili da superare la soglia di sopportabilità che il diritto può avere senza dissolversi, potremmo dire anche, da travalicare il coefficiente di resistenza del giuridico.

Il conflitto fra la giustizia e la certezza del diritto potrebbe dunque dover essere risolto in un senso tale per cui il diritto positivo, assicurato dalla promulgazione e dalla sanzione, abbia la precedenza anche quando è, nel suo contenuto, ingiusto e inadatto allo scopo, a meno che il contrasto fra la legge positiva e la giustizia giunga a un grado tale di intollerabilità che la legge, in quanto «diritto ingiusto» [*unrichtiges Recht*], debba arretrare di fronte alla giustizia[10].

8/ Cfr. ivi, pp. 136-138.

9/ Così, Giuliano Vassalli, *Formula di Radbruch e diritto penale*, cit., p. 35. Sull'importanza del requisito della certezza del diritto nel pensiero di Radbruch cfr. Ricardo García Manrique, *Radbruch y el valor de la seguridad jurídica*, in «Anuario de Filosofía del derecho», vol. XXI, 2004, pp. 262-286.

10/ Gustav Radbruch, *Legalità senza diritto e diritto sovralegale*, cit., p. 137.

Sicuramente di questo avviso sarebbe stata negli anni Sessanta Arendt che nel fondamentale saggio *Personal Responsibility under Dictatorship*, con riferimento al dominio nazista, precisa che di fronte al «sovvertimento totale della legalità»[11], «[i]n termini giuridici, gli ordini cui bisogna disobbedire sono ordini "palesemente illegali"; e sull'illegalità "dovrebbe sempre sventolare una bandiera nera su cui sta scritto *Vietato*". In altre parole, il singolo individuo ha diritto di disobbedire all'ordine ricevuto, se quest'ordine si segnala con chiarezza per la sua eccezionalità. Ma il problema con i regimi totalitari, e soprattutto con il regime hitleriano degli ultimi anni, è che questo marchio di eccezionalità pesava semmai sugli ordini che non erano criminali»[12].

11/ Hannah Arendt, *Personal Responsibility und Dictatorship* (1964); trad. it. *La responsabilità personale sotto la dittatura*, in Id., *Responsabilità e giudizio*, a cura di Jerome Kohn, cit., pp. 15-40: 33.
12/ *Ibidem*.

8. Il diritto in una formula

Come è possibile però rendere questa soglia di iniquità meno generica e dunque non arbitraria e non soggetta a facili strumentalizzazioni? La precisione decontestualizzata e gli automatismi non sono compatibili con la materia; ciononostante Radbruch si sente di poter asserire che il criterio distintivo dell'equità rinvia al principio di uguaglianza: «là dove l'uguaglianza, che costituisce il nucleo della giustizia, viene consapevolmente rinnegata nella statuizione del diritto positivo, qui la legge non è solo "diritto ingiusto" [*unrichtiges Recht*], ma piuttosto esso è priva assolutamente di natura giuridica [*Rechtsnatur*]»[1]. Più nello specifico, il principio di uguaglianza prescrive che si tratti il simile in modo simile, che mai alcune persone vengano considerate esseri inferiori, ai quali negare i diritti umani; inoltre che si puniscano i reati in modo diverso, moderato, proporzionato alla gravità del crimine commesso, senza mai raggiungere – come abbiamo già visto – l'esasperata crudeltà della pena capitale[2].

Il concetto di diritto che emerge dalle tante pagine di Radbruch indentifica il destino ultimo del fenomeno giuridico, la sua ragion d'essere, nell'affermazione del senso di giustizia e del senso di verità. Due elementi normativi negati totalmente dal presunto «diritto» hitleriano: «poiché gli mancava qualsivoglia senso della verità, egli poté dare a qualsivoglia efficacia oratoria senza vergogna e scrupolo il tono della verità; poiché era privo di qualsivoglia senso del diritto, egli poteva senza pensarci elevare a legge l'arbitrio più inaudito»[3].

Questa assenza si sommò tragicamente nel «diritto» nazionalsocialista alla negazione della stessa certezza del diritto. Lo «Stato» nazista era uno Stato non solo illiberale, negazione assoluta dello

1/ Gustav Radbruch, *Legalità senza diritto e diritto sovralegale*, cit., p. 138.
2/ *Ibidem*.
3/ *Ibidem*.

Stato di diritto, ma, di più, uno Stato di non-diritto, un *Unrechtsstaat*.

Nella linearità *prima facie* dell'argomentazione notiamo a questo punto della riflessione che la critica al diritto nazista schiude a Radbruch la possibilità di decretarne l'invalidità [*Unerträglichkeit*] e quindi sancire l'inesistenza dell'obbligo, oppure, con ancora maggiore severità, la sua non-giuridicità [*Verleugnung*]. Un'ambiguità può sembrare così che scorra nelle arterie di tutta l'ultima produzione radbruchiana, tanto da portare spesso gli interpreti a distillare il suo pensiero in due formule separate.

Se consideriamo la *Vorschule*, ritroviamo affermazioni come questa: «la completa negazione dei diritti dell'uomo dal punto di vista sovraindividualistico («tu sei niente, il tuo popolo è tutto») o dal punto di vista transpersonale («una statua di Fidia compensa tutta la miseria di milioni di antichi schiavi», Treitschke) è però assolutamente diritto ingiusto»[4]. Dalla quale si evince, pur non senza qualche incertezza, che anche una norma che neghi completamente l'istanza di giustizia fondamentale rappresentata dai diritti umani resti «diritto», benché «ingiusto».

Tale lettura si alterna però ad altre che suggeriscono una linea interpretativa più radicale. Pensiamo ad esempio alla nota domanda, sempre consegnata alla *Vorschule*, già ricordata ed efficacemente eloquente, nella sua amara retoricità, per cogliere la tesi di fondo propugnata da Radbruch negli anni Quaranta: «Quella scartoffia informe, con la quale Hitler con l'imposizione del segreto rigoroso avviò lo sterminio istituzionalizzato, ha anche per noi ancora il significato di una legge?»[5].

4/ Gustav Radbruch, *Vorschule der Rechtsphilosophie*, in Id., *Gesamtausgabe*. Bd. 3: «Rechtsphilosophie III», a cura di Winfried Hassemer, cit., § 8, p. 147.

5/ *Supra*, capitolo: «L'idea di diritto». Sull'interpretazione delle «due formule di Radbruch» rimandiamo a Giuliano Vassalli, *Formula di Radbruch e diritto penale*, cit., pp. 283 ss., ma già in apertura, a p. 9 n. 5, ove si dà conto della visione tratteggiata da Frank Salinger nel suo *Radbruchsche Formel und Rechtsstaat*, C.F. Müller, Heidelberg 1995 («Heidelberger Forum», Bd. 92); come pure a quella dell'allievo di Radbruch, Arthur Kaufmann, autore di un saggio dedicato all'argomento dal titolo *Die Radbruchsche Formel vom gesetzlichen Unrecht und vom übergesetzlichen Recht in der Diskussion um das im Namen der DDR begangene Unrecht*, in «Neue Juristische Wochenschrift», vol. 48, 1995, pp. 81-86. Si possono inoltre, nel vastissimo dibattito sul tema, Walter Ott, *Die Radbruchsche Formel. Pro und Contra*, in «Zeitschrift für Schweizerisches Recht», n. 107, 1988, pp. 335-357; Horst Dreier, *Die Radbruchsche Formel – Erkenntnis oder Bekenntnis*, in *Staatsrecht in Theorie und Praxis. Festschrift für Robert Walter zum 60. Geburtstag*, a cura di Hans Mayer, Clemens Jabloner, Gabriele Kuesko-Stadlmayer, Manz, Wien 1991, pp. 117-135; Klaus Füßer, *Rechtspositivismus und «gesetzliches Unrecht»: Zur Destruktion einer verbreiteten Legende*, cit.; Ro-

Qui un contenuto della norma così iniquo da raggiungere la vetta della massima ingiustizia immaginabile: la pianificazione dello sterminio, la persecuzione razzista, le deportazioni, l'»eutanasia» di persone con disabilità o la sperimentazione disumana su bambini, espunge quel comando dalla sfera stessa del diritto.

Alcuni interpreti hanno ricondotto il messaggio normativo di Radbruch a una delle due formulazioni, risolvendo quindi il significato della cosiddetta «formula di Radbruch» in una semplice formula di invalidamento delle norme oppure, in alternativa, nella mera formula della compromissione dello *status* stesso di norma *giuridica*, senza possibili gradazioni[6]. Altri interpreti, pure autorevoli, non hanno mantenuto distinti i due profili, quello della non validità della norma, a fronte di una sua palese e grossolana ingiustizia, e quello della sua non giuridicità *tout court*, ritenendo

---

bert Alexy, *Concetto e validità del diritto*, cit., cap. 2; Gerhard Sprenger, *50. Jahre Radbruchsche Formel oder: Von der Sprachnot der Juristen*, in «Neue Justiz», vol. 51, n. 1, 1997, pp. 3-7; Robert Alexy, *A Defence of Radbruch's Formula*, cit.; Julian Rivers, *The Interpretation and Invalidity of Unjust Laws*, in *Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order*, a cura di David Dyzenhaus, Hart Publishing, Oxford 1999, pp. 15-39 e 40-65; Ralf Dreier, Stanley L. Paulson, *Einführung in die Rechtsphilosophie Radbruchs*, in Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie*. Studienasugabe, a cura di Ralf Dreier, Stanley L. Paulson, cit., pp. 235-250; Heinrich Scholler, *Die Rechtsvergleichung bei Gustav Radbruch und seine Lehre vom überpositiven Recht*, Duncker & Humblot, Berlin 2002; Andreas Funke, *Überlegungen zu Gustav Radbruchs «Verleugnungsformel». Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsbegriff*, in «ARSP: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», vol. 89, 2003, pp. 1-16; Hidehiko Adachi, *Die Radbruchsche Formel. Eine Untersuchung der Rechtsphilosophie Gustav Radbruchs*, Nomos, Baden-Baden 2005; Hubertus-Emmanuel Dieckmann, *Überpositives Recht als Prüfungsmassstab im Geltungsbereich des Grundgesetzes? Eine kritische Würdigung der Rezeption der Radbruchschen Formel und des Naturrechtsgedankens in der Rechtsprechung*, Duncker & Humblot, Berlin 2006; Stanley L. Paulson, *On the Background and Significance of Gustav Radbruchs Postwar Papers*, in «Oxford Journal of Legal Studies», vol. 26, n. 1, 2006, pp. 17-40; Brian H. Bix, *Radbruch's Formula and Conceptual Analysis*, cit., pp. 45-57; Ralf Dreier, *Gustav Radbruchs Rechtsbegriss*, in *Gesellschaft und Gerechtigkeit. Liber amicorum für Hubert Rottleuthner*, a cura di Matthias Mahlmann, Nomos, Baden-Baden 2011, pp. 17-44; Bernd Schünemann, *Per una critica della cosiddetta formula di Radbruch. Note su un concetto di diritto culturalmente e comunicativamente orientato*, cit., pp. 109-120; Horst Dreier, *Die Radbruchsche Formel – Erkenntnis oder Bekenntnis?*, in *Die Natur des Rechts bei Gustav Radbruch*, a cura di Martin Borowski, Stanley L. Paulson, Mohr Siebeck, Tübingen 2015, cap. 1; Robert Alexy, *Gustav Radbruchs Rechtsbegriff*, Graz Jurisprudence Lecture 2016 (https://www.upjs.sk/public/media/16913/Gustav%20Radbruchs%20Rechtsbegriff.pdf); Gaetano Carlizzi, *I fondamenti giusfilosofici della «Duplice formula di Radbruch»*, in *Limiti del diritto. Prospettive di riflessione e analisi*, a cura di Raffaele De Giorgi, Pensa MultiMedia, Lecce 2018, pp. 105-118.

6/ Così ad esempio nelle pagine introduttive alla traduzione di Gustav Radbruch, *Ingiustizia legale e diritto sovralegale*, in *Filosofia del diritto*, a cura di Paolo Di Lucia, Raffaello Cortina, Milano 2002, pp. 149-164: 150.

insoddisfacente il gesto interpretativo di Radbruch volto a riferirli al regime di terrore e di *Unrecht* nazista[7].

A noi pare possa essere praticabile piuttosto una lettura più generosa e più elastica del testo. Condividiamo cioè la posizione di coloro che ritengono di poter rintracciare nei testi radbruchiani entrambi i momenti, tra loro distinti da porre in sequenza logica, in una successione ragionevole[8].

Il passaggio per noi decisivo è consegnato da Radbruch all'attenzione del lettore nei *Cinque minuti di filosofia del diritto*. Ci riferiamo in particolare al «terzo minuto» nel quale si legge, poco dopo l'inizio (a dir poco emblematico: «Recht ist *Wille* zur Gerechtigkeit»: diritto è *volontà* di giustizia)[9], che «se le leggi negano consapevolmente la volontà di giustizia, per esempio i diritti umani, lasciano gli uomini all'arbitrio e falliscono, allora a queste leggi manca validità, allora il popolo non deve loro alcuna ubbidienza, allora anche i giuristi devono trovare il coraggio di negare loro il carattere della giuridicità [*Rechtscharakter*]»[10].

L'intenzionale allontanamento dal giusto compromette la stessa *ratio iuris*, conducendo su di un terreno extragiuridico, nello spazio della mera forza, del mero potere.

Il coraggio – tema sul quale torneremo trattando della figura e del ruolo del giudice – diventa la virtù fondamentale: in un cer-

---

7/ Si veda in tale prospettiva Michael Stolleis, il quale contesta a Radbruch l'aver assunto una posizione che non consente di fronteggiare il problema giuridico di fondo: le metamorfosi del diritto al di là della sua forma. Il venir meno della giuridicità lascia la nuda violenza a se stessa, e la complessità del fenomeno giuridico si perde: *Recht im Unrecht. Studien zur Rechtsgeschichte des Nationalsozialismus*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1994, p. 239.

8/ Cfr. Ralf Dreier, Stanley L. Paulson, *Einführung in die Rechtsphilosophie Radbruchs*, in Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie*. Studienausgabe, a cura di Ralf Dreier, Stanley L. Paulson, cit., p. 245.

9/ Gustav Radbruch, *Fünf Minuten Rechtsphilosophie* (1945), in Id., *Gesamtausgabe*. Bd. 3: «Rechtsphilosophie III», a cura di Winfried Hassemer, cit., pp. 78-79: 78. Corsivo nostro.

10/ Gustav Radbruch, *Fünf Minuten Rechtsphilosophie* (1945), in Id., *Gesamtausgabe*. Bd. 3: «Rechtsphilosophie III», , a cura di Winfried Hassemer, cit., pp. 78-79; trad. it. *Cinque minuti di filosofia del diritto*, in Id., *Diritto e no. Tre scritti*, a cura di Marina Lalatta Costerbosa, cit., pp. 117-122: 119. Sulle modalità di coinvolgimento di una magistratura in larga parte «nazificatasi» cfr. Pierre Ayçoberry, *La società tedesca sotto il Terzo Reich 1933-1945*, cit., pp. 146, 289-290; ma anche Heinz Boberach, *Einleitung*, in *Richterbriefe. Dokumente zur Beeinflußung der deutschen Rechtssprechung 1942-1944*, Boldt, Boppard am Rhein 1975; Lothar Gruchmann, *Justiz im 3. Reich. Anpassung und Unterwerfung in der Ära Gürtner*, Oldenbourg, München 1987, pp. 207-216, 263-270, 497-534, 645, 675, 704; Konrad H. Jarausch, *The Unfree Professions. German Lawyers, Teachers and Engineers 1900-1950*, Oxford University Press, New York-Oxford 1990, pp. 170-200.

to senso, la via per immaginare le presunte due formule di Radbruch – quella riconducibile alla negazione della validità, e quella traducibile come negazione della giuridicità – come due volti della stessa medaglia, il secondo dei quali prevede il contributo attivo da parte dei giuristi in un duplice senso.

Il giurista deve, innanzitutto, saper leggere bene l'intenzione dell'autorità che emana la legge. Se tale intenzione è non di fare giustizia ma di affermare il puro arbitrio, la propria potenza, allora egli deve, secondariamente, sapersi caricare con coraggio della responsabilità non solo di invalidarla, ma anche di squalificarla in quanto non giuridica. Al venir meno della validità può seguire, se si ha la forza della coerenza, il venir meno anche della giuridicità; i due momenti non coincidono necessariamente e non vi sono automatismi.

È un richiamo implicito questo alla responsabilità morale del giurista, all'esercizio della sua capacità di giudizio; un richiamo basato sulla consapevolezza che la «zona grigia», pure la «zona grigia» nella comunità dei giuristi, è corresponsabile collettivamente della devastazione a cui poté giungere la brutalità del nazismo o, in positivo, degli elementi di rettitudine manifestatisi nonostante la sua dominazione.

Vi furono casi di esplicito e fattivo dissenso e rifiuto ad adeguarsi alle direttive del regime[11], come anche allineamenti più o meno zelanti, vere proprie complicità, mascherati opportunismi, come quello di coloro che si intestarono la paternità di libri, studi, commentari, direzione di collane e riviste di giuristi ebrei. Eclatante ad esempio il caso dell'editore Otto Liebemann, ideatore della «Kurzkommentare-Reihe», costretto nel 1933 a vendere la propria casa editrice specializzata in materie giuridiche alla C.H. Beck e a subire il furto dell'attribuzione della curatela della sua collana di commentari da parte di Adolf Baumbach, poi passata al funzionario nazista Otto Palandt (almeno il prenome era rimasto lo stesso!). Otto Liebemann era stato anche il fondatore nel 1896 della «Deutsche Juristen-Zeitung»: ma anche in questo caso, sulla

11/ Per una ricostruzione puntuale del ruolo di giudici non allineati alle politiche del Terzo Reich, rinviamo all'interessante saggio di Hans Petter Graver, nel quale vengono illustrate le vicissitudini di diversi magistrati indisponibili alla collaborazione con il regime, quali ad esempio Friedrich Bräuninger, Lothar Kreyssig, Willi Seidel, Alfred Weiler (*Why Adolf Hitler Spared the Judges: Judicial Opposition against the Nazi State*, in «German Law Journal», vol. 19, n. 4, 2018, pp. 845-877). Su alcune figure di giudici dissenzienti si veda anche Heiko Maas, *Furchtlose Juristen. Richter und Staatsanwälte gegen das NS-Unrecht*, Beck C.H., München 2017.

base di motivazioni che rientravano nella politica di persecuzione antisemita in corso e di «arianizzazione» sociale di cariche e ruoli, la direzione gli venne sottratta, passando nelle mani del pronto Carl Schmitt[12].

Nell'abbozzo della postfazione di una nuova progettata edizione della *Rechtsphilosophie* (trascritta dal *Nachlaß* conservato nella sezione manoscritti della Biblioteca universitaria di Heidelberg) rintracciamo un passaggio ulteriore, per questo tema davvero illuminante: «i detentori del potere nazionalsocialisti non hanno solo qualcosa di cinico [...], essi hanno trasformato in virtù quanto vi è di peggio, il fardello più pesante, ad esempio, il fanatismo, la brutalità e la violenza. Nell'ambito del diritto la perversione del non-diritto [*Unrecht*] elevato a diritto [*Recht*] sarà per sempre identificata attraverso questi tre nomi: Frank, Freisler e Thierack. I molti singoli giudici che hanno resistito contro siffatta vergogna della giustizia devono purtroppo rimanere ignoti»[13].

Il riferimento è qui a soltanto tre figure terribili fra le tante, le troppe, che il regime poté annoverare tra le sue fila, personaggi volenterosi ed efficienti. Oltre a Frank, di cui già qualcosa abbiamo detto, incontriamo Roland Freisler, tra il 1942 e il 1945 Presidente del *Volksgerichtshof*, la corte del popolo per i processi politici di Berlino. Rammentiamo almeno la data del 22 febbraio del 1943, quando Freisler si rese responsabile del «processo», della condanna e, sempre nella stessa giornata (per la precisione sette ore dopo l'inizio di quell'«iter giudiziario»), dell'esecuzione con ghigliottina

12/ Su questo rimandiamo alla storia dell'editore Bech C.H., ricostruita, anche dietro sollecitazione di studenti e alumni, per il 250. anniversario della sua fondazione e consegnata poi alle stampe in due distinte pubblicazioni. L'una affidata dal fratello maggiore Hans Dieter Beck allo storico Uwe Wesel, l'altra dal fratello minore Wolfgang Beck allo storico più giovane Stefen Rebenich. Si è parlato al riguardo di una sorta di *Historikerstreit* interna alla casa editrice Beck, e questo per l'opposta interpretazione del caso qui da noi considerato. Per Rebenich l'acquisizione della casa editrice di Liebemann è stato un esempio di «Arisierung» [arianizzazione], per Wesel una normale compravendita. Cfr. Stefen Rebenich, *C.H. BECK 1763-2013. Der kulturwissenschaftliche Verlag und seine Geschichte*, Beck C.H., München 2013; Uwe Wesel, *250 Jahre rechtswissenschaftlicher Verlag C.H.Beck. 1763-2013*, Beck C.H., München 2013.

13/ Gustav Radbruch, *Nachwort-Entwurf zur «Rechtsphilosophie»*, in *Rechtsphilosophie*. Studienausgabe, a cura di Ralf Dreier, Stanley L. Paulson, cit., pp. 193-208: 199. (Helmut Ortner, *Der Hinrichter Roland Freisler. Mörder im Dienste Hitlers* (2010); trad. it. *Il giudice boia al servizio di Hitler. La sanguinaria carriera di Roland Freisler*, Zambon, Venezia 2011, p. 87). Radbruch nomina poi un terzo giurista, Otto Georg Thierack, già predecessore di Freisler alla Presidenza del *Volksgerichtshof* tra il 1936 e il 1942, poi Ministro della giustizia sino alla fine del dominio hitleriano.

dei fratelli Hans e Sophie Scholl, giovanissimi studenti antinazisti non violenti, attivisti del gruppo della *Weiße Rose* [Rosa bianca][14].

Il Tribunale sotto la guida di Roland Freisler raggiunse una media di dieci condanne a morte al giorno; sentenze di morte emesse sulla base di accertamenti pretestuosi e fittizi dei fatti e di fonti testimoniali mendaci o dalla natura delatoria. Del resto già come segretario di Stato dell'allora Ministro della giustizia, Franz Gürtner, tra il 1932 e il 1941, Fresler aveva mostrato di possedere una considerazione del ruolo del giudice e un'idea di legalità valide come premessa per il suo successivo zelo da giustiziere; anzi, per usare l'espressione che egli stesso scelse al termine del proprio mandato, da «soldato politico» del *Führer*[15]. Per il futuro Presidente del *Volksgerichtshof* «è possibile in effetti che una sentenza del giudice con le stesse lettere della legge, le stesse parole della legge e le stesse frasi della legge, sostenuta dall'oggettività tipica del periodo neutrale, sia diversa da una sentenza del giudice sostenuta dall'esercizio della libertà di giudizio nello spirito del nazionalsocialismo»[16].

Sia su coloro che hanno cercato di opporre resistenza, sia su coloro che si sono proposti come più o meno vigorosi collaboratori, a calare è un velo di ignoranza, che concerne la loro identità, non certo le loro individuali responsabilità, nei confronti delle quali vi sarebbe il dovere politico e morale del ricordo[17].

Questa contiguità tra *Unerträglichkeit* [invalidità] e *Verleugnung* [non-giuridicità], coerente anche con l'intero tessuto argomentativo del saggio *Legalità senza diritto e diritto sovralegale*, non entra tuttavia in contraddizione con la certezza del diritto, poiché la validità viene meno solo in casi di estrema e consapevole violazione della giustizia, per esempio quelli di patente lesione dei diritti umani. Così, se la nostra interpretazione della formula di Radbruch coglie

---

14/ Sulla triste storia dei due ragazzi rinviamo almeno a Hans Scholl, Sophie Scholl, *Briefe und Aufzeichnungen*, a cura di Inge Jens, S. Fischer Verlag, Frankfurt am Main 1984; Wolfgang Benz, *Die Weiße Rose*, Reclam, Ditzingen 2017 e, da ultimo, Robert M. Zoske, *Die Weiße Rose. Geschichte, Menschen, Vermächtnis*. C.H. Beck, München 2023.

15/ Helmut Ortner, *Il giudice boia al servizio di Hitler. La sanguinaria carriera di Roland Freisler*, cit., p. 113.

16/ Ivi, p. 87.

17/ Tema rappresentato da Hannah Arendt in tutta la sua rilevanza, anche nel segno della prevenzione della violenza sociale e del dovere dell'assunzione di una «responsabilità storica», nel saggio del 1963 *Collective Responsibility*, trad. it. *Responsabilità collettiva*, in Id., *Responsabilità e giudizio*, cit., pp. 127-136.

nel segno, a costituirsi è una tipologia quadripartita dei casi storicamente verificabili.

Vi può essere un *diritto giusto* (ad esempio la norma che prescrive il suffragio universale); un *diritto ingiusto* (quale quello di una norma che, in ipotesi, neghi il diritto di voto agli stranieri residenti da molto tempo in un determinato paese); un diritto così ingiusto da raggiungere la soglia dell'invalidità (così nella circostanza in cui una norma neghi i diritti di cittadinanza agli ebrei in quanto ebrei), potremmo dire: un *diritto invalido*; e un ordine non giuridico che corrisponde al caso appena definito, al quale si accompagni però il riconoscimento dell'ingiustizia estrema da parte del giurista, giungendo allo stadio del *non-diritto*.

Il giudice ideale

9. Con spirito feuerbachiano

Iniziamo questo capitolo rievocando un dramma, *Juristen,* scritto dal drammaturgo tedesco Rolf Hochhut nel 1979. L'opera, molto bella, da leggere d'un fiato, narra di un alto funzionario di Stato, il Ministro Heilmayer (probabilmente il riferimento sotto mutato nome è al magistrato nazista Hans Filbinger, poi reintegratosi nella Germania postbellica), posto inaspettatamente di fronte ai molteplici crimini di cui si macchiò più di trent'anni prima, nella sua attività di giudice militare sotto il dominio di Hitler. Egli scelse di tenerli nascosti (anche alla moglie e ai figli) per tutta la sua vita e pe la sua intera carriera politica nella Repubblica federale tedesca. La figlia, Christiane (Tina) e il fidanzato, Dieter, neolaureata in giurisprudenza lei, alla fine degli studi di diritto lui, sono ragazzi politicamente impegnati, radicali e anarchici. Un loro amico medico scopre la verità sul passato del padre di Christiane e per diverse ragioni, anche contingenti (che non occorre qui raccontare), rivela la verità a lui nota e da lui documentata, nel corso di una giornata interminabile, trascorsa da tutti i personaggi della storia nel monolocale mansardato, affascinante e fatiscente al tempo stesso, di Schöngarten, località vicino a Stoccarda, in cui vive la giovane coppia (Tina e Dieter) in attesa in un bambino. La data è simbolica: il giorno del ritrovamento a Roma del corpo senza vita di Aldo Moro.

Il tema centrale, come si può ben intuire, è la tragica tensione interiore di una figlia che scopre come il padre fosse stato, nella sua funzione di giudice supremo, un criminale. Quel suo genitore, tutto sommato amato e stimato, non solo aveva ubbidito alla legge del *Führer,* ma lo aveva fatto volontariamente e persino con zelo, scegliendo di riaprire processi, risoltisi in prima istanza con assoluzioni o miti sentenze, per formulare più aspre condanne seguendo le strategie di un regime che auspicava e promuoveva forme pervasive e infiltranti di terrore nella società. Egli intese convertire le accuse, ad esempio, di aborto in capi d'imputazione della massima gravità come «attentato al popolo tedesco», commu-

tando le sentenze di grado inferiore in definitive condanne a morte. In veste di giudice militare egli fece giustiziare per diserzione numerosi soldati della *Wehrmacht*, macchiatisi della sola colpa di non voler più combattere per Hitler. Fulcro del libro è in sintesi il conflitto tra legge e giustizia, portato sino al parossismo, e visto da una prospettiva intima, lacerante perché intrafamiliare.

Non è soltanto questo tuttavia il motivo per il quale abbiamo voluto cominciare con il dramma dell'autore del più famoso: *Il vicario*. C'è qualcosa di più del comune interesse per il tema attorno al quale ruota la narrazione. Verso la fine della vicenda, infatti, Hochhuth cita espressamente Gustav Radbruch. Più volte i personaggi, tutti uomini o donne di legge, riflettono sul suo magistero, al centro di ben due pagine è la sua dottrina del diritto, e questo in un modo e per ragioni anche teoriche che sono al centro di questo nostro saggio.

Radbruch viene nominato una prima volta dal padre di Tina, dalla figura posta sotto accusa, Heilmayer, il quale adduce come argomentazione a discolpa del proprio operato il fatto (a suo dire) di non aver mai «violato il Credo del grande antifascista e ministro della Repubblica di Weimar, Gustav Radbruch, ai piedi del quale», si era seduto anche lui – narra – «nel 1932 a Heidelberg»[1]. E continua riportando quello che viene da lui indicato come l'insegnamento (radbruchiano) che dovevano imparare a memoria tutti gli studenti di legge tedeschi dell'epoca. Da esso si ricava l'immagine di un Radbruch paladino rigoroso del principio della certezza del diritto. Interrotta da Dieter l'arringa (a proprio favore) del giudice Heilmayer, lo scontro verbale tra i due prosegue precisamente sull'interpretazione della figura di Radbruch.

Il (forse) futuro genero osserva che quanto Heilmayer afferma è vero, ma «ciò nonostante Radbruch venne immediatamente licenziato dai nazisti – e la prima cosa che scrisse dopo la morte di Hitler era la revisione di queste terribili effusioni ignoranti di un tempo in cui perfino un tedesco poteva stringere la mano a un giudice senza dover temere che quella mano avesse appena decapitato un innocente!»[2]. Ancora più suggestiva per noi è però la frase che segue, il passaggio in cui Dieter esibisce le proprie perplessità, dubbi nei confronti di un pensiero, quello di Radbruch, che, per sua stessa ammissione, in parte gli era sempre sfuggito. Il ragazzo

1/ Rolf Hochhuth, *Juristen (*1979); trad. it. di Loni Sandermann *Uomini di legge*, Rizzoli, Milano 1981, p. 135.
2/ Ivi, p. 136.

intuisce che dietro alla secca e semplicistica sintesi del Ministro (Heilmayer) qualcosa di importante manca. A fronte di una postura teorica giuspositivistica, qui rappresentata come una meccanica e rigida assolutizzazione del valore della certezza del diritto, non era stato però mai del tutto «comprensibile perché come biografo di Anselm Feuerbach egli stesso [avesse riportato] alla luce il Credo di Feuerbach prima delle esperienze del periodo di Hitler»[3].

In effetti, Radbruch dedicò tempo ed energie al giurista Feuerbach. Questi è il pensatore al quale egli dedica costante attenzione e un'intera monografia, *Paul Johann Anselm Feuerbach – Ein Juristenleben*, uscita nel 1934 a Vienna[4] (sebbene i gesti iniziali della sua stesura, e quindi un vivo interesse per lui, risalissero al 1904)[5].

Anselm Feuerbach, padre del più noto Ludwig filosofo, è l'artefice del Codice penale bavarese del 1813; un codice teso a innovare il diritto e la procedura del diritto penale nel segno della certezza della legge penale, della riduzione del moralismo giuridico e di una maggiore moderazione, con l'abolizione di pene e di mezzi giudiziari estremamente crudeli, quali ad esempio la tortura. Feuerbach è consapevole del duplice rischio al quale è esposto il giudice: una estrema rigidità che diventa persino automatismo e una elasticità massima che si trasforma nel dominio dell'arbitrio. Prodromico alla teoria radbruchiana, egli si fece promotore di un'idea di ragionevolezza giudiziaria che implica «lasciare spazio entro determinati limiti alla dovuta libertà»[6]. Questa la frase simbolo della lezione di Feuerbach, alla quale Radbruch intese dare nuovo vigore: «La disubbidienza è un sacro dovere del giudice, dove l'ubbidienza sarebbe tradimento della giustizia, la sola che egli deve servire»[7]. Il commento alla prolusione feuerbachiana: *Die hohe*

3/ *Ibidem*.

4/ Nel 1934 la scelta di Vienna per la pubblicazione di un testo dedicato al simbolo del *Rechtsstaat* in terra tedesca non pare di scarso momento, come è stato giustamente notato da Mario A. Cattaneo in *Anselmo Feuerbach. Filosofo e giurista liberale*, Milano, Edizioni di Comunità 1970, p. 566.

5/ Gustav Radbruch, *Paul Johann Anselm Feuerbach – Ein Juristenleben* (1934), in Id., *Gesamtausgabe*. Bd. 6: «Feuerbach», a cura di Gerhard Haney, C.F. Müller Verlag, Heidelberg 1997, pp. 27-276. Il volume raccoglie inoltre altri scritti brevi e recensioni dedicati al giurista penalista e alla sua famiglia.

6/ Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach's, *Geist des Strafgesetzbuchs von 1813. Aus dem Vortrage im Plenum des königl. Geheimen Raths*, in *Biographischer Nachlaß*, a cura di Ludwig Feuerbach, J.J. Weber, Leipzig 1853 (II ed. ampliata), vol. I, pp. 212-219: 215. Questa tesi viene evidenziata da Mario A. Cattaneo, *Anselmo Feuerbach. Filosofo e giurista liberale*, cit., p. 377.

7/ Rolf Hochhuth, *Uomini di legge*, cit., p. 136 (traduzione lievemente modificata). Si

Würde des Richteramtes [L'alta dignità della magistratura], nella quale compare il passaggio ricordato, non lascia dubbi. Per Radbruch, «[m]ai spirito e indipendenza dell'amministrazione della giustizia vennero celebrate con parole più toccanti nello spirito di una concezione liberale dello Stato»[8]. Non possiamo quindi che condividere la scelta di Mario Cattaneo di terminare il proprio «lavoro sul pensiero di Feuerbach nel nome di Radbruch, visto quale rappresentante ideale dell'opposizione tedesca al nazionalsocialismo, a un regime distruttore dello Stato di diritto e dell'umanesimo politico e giuridico»[9].

Non va trascurato al termine di queste brevi annotazioni preliminari che il testo teatrale (corretto nel riferimento alle sue fonti) riporta una dedica alla memoria di Fritz Bauer, il Procuratore generale dello Stato dell'Assia, al quale – come abbiamo già ricordato – dobbiamo, tra il 1963 e il 1965, il primo processo celebrato in Germania, a Francoforte sul Meno, contro crimini compiuti da SS, medici, farmacisti, Kapo, a vario titolo responsabili di diversi reparti del campo di Auschwitz[10]; esito giudiziario concretizzatosi per ferma volontà di Bauer, nonostante le numerose e persino grottesche difficoltà frapposte dall'*establishment* ufficiale dell'epoca. Hochhuth rinnova così, e questo è per più aspetti pertinente e significativo, il ricordo di un magistrato che seppe agire con coraggio contro le correnti; un giudice che di certo avrebbe ricevuto il sincero plauso anche di Gustav Radbruch.

Diventa allora rilevante soffermarci un poco su uno degli aspetti fondamentali per ogni filosofia del diritto. Rivolgeremo il

---

tratta di uno stralcio del discorso *Die hohe Würde des Richteramtes*, tenuto da Anselm Feuerbach in occasione del suo insediamento all'ufficio della Presidenza del Tribunale d'Appello di Ansbach nel 1817. Lo scritto è ora disponibile alle pp. 226-233 in *Naturrecht und positives Rechts Ausgewählte Texte von Paul Johann Anselm Feuerbach*, a cura di Gerhard Haney, Rudolf Haufe Verlag, Freiburg-Berlin 1993, contiene anche il contributo contro la tortura e per la sua abolizione: *Die Aufhebung der Folter in Bayern* alle pp. 110-135. Sul giurista Anselm Feuerbach si rinvia a Mario A. Cattaneo, *Anselmo Feuerbach. Filosofo e giurista liberale*, cit. In questo libro Cattaneo offre un approfondito ritratto del pensiero feuerbachiano che ripercorre ricostruendone il concetto di diritto naturale, di Stato limitato e di pena; inoltre, è di grande rilievo e colpisce la scelta dell'autore di dedicare la conclusione, l'ultimissimo paragrafo, proprio a Radbruch, quale «estremo difensore prima della grande crisi» di quello stato di diritto di cui «Feuerbach era stato il fondatore» (p. 568).

8/ Gustav Radbruch, *Paul Johann Anselm Feuerbach – Ein Juristenleben* (1934), in Id., *Gesamtausgabe*. Bd. 6: «Feuerbach», a cura di Gerhard Haney, cit., p. 175.

9/ Mario A. Cattaneo, *Anselmo Feuerbach. Filosofo e giurista liberale*, cit., p. 568.

10/ Sulla complessa figura di Fritz Bauer, si veda Pier Paolo Portinaro, *Fritz Bauer, un giurista critico*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», vol. 48, n. 1, 2019, pp. 471-513.

nostro sguardo proprio alla figura del giurista, del giudice più in particolare. Nostro intento è verificare quale idea di magistratura Radbruch elabori e quale collocazione essa abbia nell'ambito più generale della sua rappresentazione ideale del diritto, del diritto quale potrebbe e dunque nei suoi auspici dovrebbe essere. La nostra tesi – lo anticipiamo – è che nella riflessione filosofica radbruchiana l'immagine del giudice non muti negli anni, anzi, semmai, si rafforzi nel segno della sua valenza controfattuale e ideale. Essa costituisce la spia di un giuspositivismo *sui generis* o critico, perché tale fu fin dall'inizio della sua attività di filosofo, docente e uomo politico; un giuspositivismo in evoluzione, col tempo e con l'avvicinarsi della rovina morale e umanitaria dell'Europa, sempre più chiaramente aperto a istanze riconducibili a un'articolata nozione di diritto naturale[11].

Gustav Radbruch sa della perdita dell'illusione rappresentata da un'idea del diritto naturale fuori dal tempo e da ogni luogo, eppure sa al tempo stesso che l'idea di giustizia, la sua ricerca e la tensione verso la sua concretizzazione, è colma di valore per l'essere umano. In questo consiste la complessità del suo pensiero, la difficoltà di offrirne una lettura coesa, la sua ambivalenza. Ma sempre da qui scaturisce il suo valore per noi oggi, insieme alla convinzione che questo sforzo gli sia dovuto, che spetti a noi il tentativo di trovare coerenza nello sviluppo di un pensiero non dogmatico, tragicamente sfidato dal totalitarismo tedesco.

11/ Come abbiamo già rilevato, taluni studiosi hanno a questo proposito parlato di una conversione occorsa nel pensiero radbruchiano; in questa prospettiva si pongono, ad esempio, Thomas Mertens, *But Was it Law?*, cit., p. 192, ma già Zong Uk Tjong, *Über die Wendung zum Naturrecht bei Gustav Radbruch*, cit. Opposta la lettura di alcuni dei massimi interpreti di Radbruch, tra gli altri: Robert Alexy, *Gustav Radbruchs Rechtsbegriff*, cit.; Stanley L. Paulson, *Ein ewiger Mythos: Gustav Radbruch als Rechtspositivist* – Teil I, in «Juristische Zeitung», vol. 63, n. 3, 2008, pp. 105-115; Ralf Dreier, Stanley L. Paulson in *Einführung in die Rechtsphilosophie Radbruchs*, in Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie*. Studienausgabe, a cura di Ralf Dreier, Stanley L. Paulson, cit., pp. 247-250.

10. Il carattere del buon giudice

Nelle prossime pagine tratteremo della ricerca della giustizia attraverso il diritto nella sua veste giudiziaria. Ci concentreremo, come abbiamo già accennato, su un tema che spesso non viene posto al centro degli studi sul pensiero di Radbruch: il giudice, in quanto giurista e in quanto magistrato. Proveremo a far emerge l'importanza decisiva che il filosofo di Lubecca attribuisce all'attività del giudice, alle sue doti, alla sua saggezza pratica. Ci chiederemo quale sia la rappresentazione del giudice nel suo pensiero e quale ruolo gli venga conferito sullo sfondo più ampio della sua filosofia pratica. Questo è quanto cercheremo di ricostruire, passando attraverso la rilettura selettiva di opere tra loro eterogenee; alcune precedenti l'avvento del nazismo, altre successive, alcune sistematiche, altre quasi di occasione, più politiche o letterarie, comunque di una certa immediatezza.

Per inquadrare la figura ideale del giudice, per definirne la funzione, entro il sistema giuridico e nella prospettiva di un impegno politico-morale quale parte integrante dello scopo del diritto, per individuare le principali insidie alle quali il giudice è esposto, per tratteggiarne la personalità e le virtù, alcuni scritti di Radbruch sono di specifico interesse. In taluni casi si tratta di brevi contributi come *Vorwort zu: J.H. v. Kirchmann «Über die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, 1847»*[1] [Premessa a: J.H. v. Kirchmann «Sull'irrilevanza della giurisprudenza come scienza»], o di riflessioni sparse sulla categoria dei giuristi, a partire, ad esempio, dal commento di allegorie, rappresentazioni simboliche e caricature tratte da opere artistiche. Da segnalare sono le diverse pagine sull'argomento presenti nella *Vorschule der Rechtsphilosophie*, il conciso manuale (il cui sottotitolo eloquente immaginato

1/ Gustav Radbruch, *Vorwort zu: J.H. v. Kirchmann «Über die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, 1847»* (post. 1952), in Id., *Gesamtausgabe*. Bd. 4: «Kulturphilosophische und kulturhistorische Schriften», a cura di Günter Spendel, cit., pp. 223-227.

in un primo momento era stato: *Diritto naturale*) che Radbruch diede alle stampe – come sappiamo – l'anno prima della sua scomparsa; oltre alla raccolta di immagini dedicata a colui che più di altri in pieno Ottocento ha saputo dare con rara *vis* polemica un volto, anzi, molti volti alla giustizia; il riferimento è ovviamente a Honoré Duamier: *Karikaturen der Justiz* [Caricature della giustizia] (volumetto dato alle stampe nel '47). Ma soprattutto fonti decisive sono per noi la *Einführung in die Rechtswissenschaft*, che considereremo nella versione notevolmente ampliata del 1929, la *Rechtsphilosophie*, che seguiremo nella terza e ultima edizione, quella del 1932, infine, tra i testi degli anni del secondo dopoguerra, telegrafico, ma fondamentale proprio per il nostro argomento, *Fünf Minuten Rechtsphilosophie*.

Va rilevato già in premessa che la posizione di Radbruch sui giuristi, e in particolare sulla figura del giudice, non esibisce variazioni negli anni, piuttosto arricchimenti, maggiore nitidezza e una netta conferma del suo ruolo strategico sotto il profilo normativo. La concezione radbruchiana della funzione del giudice possiamo inserirla tra quelle posizioni teoriche che, pur mantenendosi ancorate agli approdi razionalistici della riforma giuridica dei Lumi, contestano l'adeguatezza della visione montesquieuiana – largamente condivisa da molti intellettuali illuministi – del giudice come *bouche de la loi*.

La riforma dei Lumi – come è ben noto – costituisce la matrice dell'odierno modello democratico del diritto e del diritto penale in particolare. Il superamento del legame tra reato e peccato, la secolarizzazione della fonte del giusto, la centralità della legge, la denuncia della discrezionalità del giudice e dell'iniquità grave di un processo, quello penale, ancora di stampo inquisitorio, una funzione della pena non più retributiva, il principio della presunzione d'innocenza rappresentano nel loro complesso, un passaggio cruciale e strutturale per l'affermazione del diritto moderno, di un diritto che nasce sulle spoglie di una cultura giuridica caratterizzata da privilegio, crudeltà, discrezionalità e disuguaglianza[2]. «Spetta a' teologi – risuona così la famosissima frase di Cesare

2/ A titolo esemplificativo nominiamo almeno i §§ 20 e 41 dell'opera *Dei delitti e delle pene* di Cesare Beccaria. Sull'illuminismo giuridico in generale si possono vedere, tra gli altri: Luigi Ferrajoli, *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, Editoriale scientifica, Napoli 2016; Dario Ippolito, a cura di, *La libertà attraverso il diritto. Illuminismo giuridico e questione penale*, Editoriale scientifica, Napoli 2014; Massimo La Torre, *Il giudice, l'avvocato e il concetto di diritto*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2002.

Beccaria – lo stabilire i confini del giusto e dell'ingiusto, per ciò che riguarda l'intrinseca malizia o bontà dell'atto; lo stabilire i rapporti del giusto e dell'ingiusto politico, cioè dell'utile o del danno della società, spetta al pubblicista; né un oggetto può mai pregiudicare all'altro»[3], nella consapevolezza che «le leggi, che pur sono o dovrebbon esser patti di uomini liberi, non sono state per lo piú che lo stromento delle passioni di alcuni pochi, o nate da una fortuita e passeggiera necessità»[4]. «Bisogna guardarsi – continua al § 2 – di non attaccare a questa parola giustizia l'idea di qualche cosa di reale, come di una forza fisica, o di un essere esistente; ella è una semplice maniera di concepire degli uomini, maniera che influisce infinitamente sulla felicità di ciascuno; nemmeno intendo quell'altra sorta di giustizia che è emanata da Dio e che ha i suoi immediati rapporti colle pene e ricompense della vita avvenire»[5]. Stabiliti dunque i confini netti di competenza tra i diversi ambiti, quello politico e quello teologico, e collocata la giustizia sul versante terreno e fallibile della ragione umana, Beccaria aggiunge un'ulteriore tessera per comporre il mosaico generale sul quale fondare un'illuminata riforma giuridica, conferendo un ruolo non marginale proprio alla rivisitazione della figura del giudice.

Per l'illuminista milanese, «[i]n ogni delitto si deve fare dal giudice un sillogismo perfetto: la maggiore dev'essere la legge generale, la minore l'azione conforme o no alla legge, la conseguenza la libertà o la pena. Quando il giudice sia costretto, o voglia fare anche soli due sillogismi, si apre la porta all'incertezza»[6]. Alla base vi è il convincimento che non vi sia «cosa più pericolosa di quell'assioma comune che bisogna consultare lo spirito della legge. Questo è un argine rotto al torrente delle opinioni»[7], perché decisiva per la sentenza diverrebbe l'interpretazione, inevitabilmente arbitraria, dello spirito della legge. «Lo spirito della legge sarebbe dunque il risultato di una buona o cattiva logica di un giudice, di una facile o malsana digestione, dipenderebbe dalla violenza delle sue passioni, dalla debolezza di chi soffre»[8].

Per Radbruch, andando assai oltre e in tal senso prendendo le distanze dalla visione illuministica del giudice, la funzione giu-

3/ Cesare Beccaria, *A chi legge*, in Id., *Dei delitti e delle pene* (1763), a cura di Alberto Burgio, Feltrinelli, Milano 1991, p. 33.
4/ Ivi, *Introduzione*, p. 35.
5/ Ivi, § 2, p. 39.
6/ Ivi, § 4, p. 41.
7/ *Ibidem*.
8/ *Ibidem*.

diziaria non deve ridursi a meccanica e passiva applicazione della legge generale al caso particolare, in nome di una sua presunta ambizione all'oggettività. Questa lettura dell'applicazione del principio della certezza del diritto – che si mantiene di per sé fondamentale – rivela un esiziale fraintendimento che conduce il giudice all'esito opposto a quello auspicato.

Arriviamo così a un primo passaggio cruciale. Certezza del diritto significa per Radbruch non la sicurezza dell'ordine politico dato, ma la garanzia dell'effettivo e fedele rispetto della sua *ratio* di fondo. Con le sue stesse parole: «Con certezza del diritto non intendiamo la *certezza mediante il diritto*, ad esempio la sicurezza rispetto all'assassinio, all'omicidio, al furto [...], bensì *certezza del diritto* stesso»[9]. Questo significa dunque qualcosa di ben diverso dal mero voler assicurare (in un modo o nell'altro) il reo alla giustizia. E vuol dire anche ridimensionare le aspettative di oggettività riposte nel giudice. Vista in tal senso, la certezza del diritto implica affidabilità e generalizzabilità. Essa – si legge nella *Vorschule der Rechtsphilosophie* – «richiede il soddisfacimento di quattro requisiti: 1. che il diritto sia positivo, che sia diritto legale; 2. che questo diritto posto per parte sua sia certo, cioè fondato su fatti, e non lasci il giudice ai propri giudizi di valore sul singolo caso, ad esempio con clausole generali come la "buona fede" o i "buoni costumi"; 3. che questi fatti giuridicamente fondati vengano stabiliti il più possibile senza errore, che siano "praticabili" [...]; 4. infine, il diritto positivo – perché sia garantita la certezza del diritto –, non può con troppa facilità sottostare al cambiamento, non può divenire preda di una legislazione d'occasione»[10]. Sullo sfondo tuttavia della consapevolezza che la missione del giudice è ardua, fallibile, ma indispensabile.

9/ Gustav Radbruch, *Vorschule der Rechtsphilosophie* (1948), in Id., *Gesamtausgabe*. Bd. 3: «Rechtsphilosophie III», a cura di Winfried Hassemer, cit., pp. 121-228, § 9, p. 147. Corsivo nel testo.
10/ Ivi, § 9, pp. 147-148.

11. La ragionevolezza del giudice

Se questa è la direzione da intraprendere, i passi successivi non conducono, come ci si potrebbe aspettare, a una soluzione che si appelli alla semplice logica della meccanica applicazione della legge. Questi requisiti conducono piuttosto a uno scenario giudiziario ben più complesso: una avveduta comprensione della categoria della «natura della cosa», rettamente intesa e declinata in termini giuridici, diviene il varco promettente.

La natura del diritto per Radbruch deve guardare alla «natura della cosa», ha bisogno di un processo di decifrazione e di traduzione concreta, pena l'impossibilità della giustizia per i casi difficili o comunque *prima facie* oscuri. Il ruolo decisivo della comprensione della *Natur der Sache* si rende dunque evidente anche nella definizione dell'attività giudiziaria. Su questo concetto il filosofo di Lubecca non per caso si sofferma in modo diffuso e ripetuto. Va rammentato a tale riguardo almeno il saggio: *Die Natur der Sache als juristische Denkform* [La natura della cosa come forma giuridica del pensiero], una rielaborazione e un ampliamento del contributo *La Natura della cosa*, apparso nel 1941 sulle pagine della «Rivista internazionale di filosofia del diritto»[1].

Scegliamo qui però di nuovo la *Vorschule der Rechtsphilosophie* per recuperare una definizione sintetica ma cristallina di questa nozione dallo spessore normativo, al fine di esibirne tutta la centralità per la sfera del diritto. Si tratta di un concetto di grande rilievo e ampiezza semantica, che Radbruch ricorda di avere incontrato, in un'accezione assai promettente, in una lettera del 1795 inviata a Wilhelm von Humboldt da Friedrich Schiller, il quale con quella locuzione intendeva indicare all'amico prussiano come con il suo modo di pensare Goethe riuscisse a porsi al di là di rigidi dualismi e automatismi: a «ricercare la ragione nelle cose»[2].

1/ Ora si trova in Gustav Radbruch, *Gesamtausgabe*. Bd. 3: «Rechtsphilosophie III», a cura di Winfried Hassemer, cit., pp. 229-254.
2/ Ivi, p. 229.

«La natura della cosa – che Radbruch considera solo in quanto forma del pensiero giuridico – appare rilevante innanzitutto nel senso della possibilità di tradurre determinate idee giuridiche nella realtà. In questo senso "natura della cosa" individua la resistenza del mondo opaco, alla quale le idee giuridiche, per la loro realizzabilità, debbono voler (*ratio temporum habita*) più o meno adattarsi. Già *Solone* alla domanda se avesse dato ai suoi cittadini le migliori leggi pensabili rispose: "Le migliori in senso assoluto ovviamente no, ma certo le migliori di cui essi fossero capaci". La filosofia del diritto, che sfocia appunto nella politica del diritto, è come la politica "l'arte del possibile"»[3]. «Ogni pensiero giuridico – prosegue – porta necessariamente in sé i segni distintivi del "clima storico" in cui si forma, quasi fin dal principio esso resta, inconsapevole, entro i limiti di ciò che è storicamente possibile, e in questo senso vincolato alla natura della cosa»[4]. Sarebbe grave – ci avverte – leggere l'idea di *Natur der Sache* nella sua declinazione giuridica in senso naturalistico[5] oppure in una prospettiva giusnaturalistica[6]. «Il diritto naturale, deriva dalla natura dell'essere umano: dalla ragione, pretende di fondare un diritto uguale per tutti i tempi e per tutti i popoli; dalla natura della cosa invece emerge la molteplicità delle manifestazioni storiche e nazionali del diritto»[7].

Questa esigenza di adeguatezza è un riflesso del convincimento secondo il quale la certezza è un principio imprescindibile per il diritto. Al giudice spetta, per parte sua, il compito di garantirla non solo sotto il profilo della forma della legge, ma di quello della sua misurata, equa e imparziale applicazione. Lo scarto tra l'esigenza universale della giustizia e la concretezza dei casi particolari rende necessario l'intervento del giudice, affinché si dia certezza, una certezza che qualsivoglia automatismo – veniamo così a un secondo passaggio determinante – non potrebbe che al fine negare.

In questo contesto teorico, la natura della cosa corrisponde all'«ultima ratio dell'interpretazione e del completamento della legge»[8]. Il giudice, dicevamo, non deve essere visto come mera bocca della legge, perché la realtà deborda, sfugge in parte al rigido

3/ Gustav Radbruch, *Vorschule der Rechtsphilosophie* (1948), in Id., *Gesamtausgabe*. Bd. 3: «Rechtsphilosophie III», a cura di Winfried Hassemer, cit., § 6, pp. 140-141.
4/ Ivi, p. 141.
5/ Gustav Radbruch, *Die Natur der Sache als juristische Denkform*, in Id., *Gesamtausgabe*. Bd. 3: «Rechtsphilosophie III», a cura di Winfried Hassemer, cit., p. 234.
6/ Ivi, p. 230.
7/ *Ibidem*.
8/ Ivi, p. 236.

perimetro della norma astratta. Adattamenti, letture articolate e modulate dei fatti, considerazione di essi nella loro complessità, tutto questo rende indispensabile creatività e capacità di giudizio: il giudice ideale deve provare il più possibile a rendersi interprete equo del diritto. Egli sa dei limiti della propria funzione, ma al tempo stesso sa delle proprie potenzialità, consegnate alla ragion pratica, alla «ricerca della ragione nelle cose», per recuperare l'espressione schilleriana.

12. Il principio della non-retroattività

Uno sviluppo significativo di questo sguardo critico sul potere del giudice compare tra le riflessioni radbruchiane successive al '45. Per la sua rilevanza, riteniamo meriti qualche parola, prima di riprendere il ritratto del giudice ora cominciato.

Ci soffermiamo dunque sull'annosa questione della non-retroattività del diritto e sulla novità rappresentata dalla fattispecie penale dei crimini contro l'umanità. Il riferimento è all'ampio dibattito scaturito a valle dell'Accordo di Londra dell'8 agosto del 1945, istitutivo (all'art. 1) del Tribunale Militare Internazionale di Norimberga per volontà delle potenze firmatarie: Usa, Urss, Francia e Inghilterra.

All'art. 2 dell'Accordo vennero fissati i termini dello Statuto del Tribunale, chiamato anche Statuto di Norimberga o Carta di Londra, volto a stabilire i crimini di competenza della Corte. Nuovi alcuni di essi, in particolare i crimini contro l'umanità, prima assenti dal diritto penale internazionale; inedita la declinazione di alcuni altri, nel segno della riformulazione dei soggetti imputabili: per i crimini contro la pace, la novità riguardò segnatamente la possibilità di contemplare anche la responsabilità penale individuale, non solo quella collettiva (in altri termini, sotto accusa avrebbero potuto essere posti ora non solo gli Stati, ma anche i singoli, in qualità di esecutori, mandanti, istigatori, complici a vario titolo nell'organizzazione o nell'esecuzione del delitto di Stato). La fattispecie poi dei crimini contro l'umanità, a differenza del terzo tipo di crimine considerato dall'Accordo (i crimini di guerra), costituisce, per molti, l'innovazione più evidente, ma anche quella sicuramente più problematica, se osservata da una prospettiva teorica squisitamente giuspositivistica.

La polemica, come è facile intuire, coinvolse immediatamente e preliminarmente il fatto che a fronte di palesi novità introdotte dalla Carta, s'intese rendere lecita la processabilità e la punibilità degli imputati, nonostante la violazione perlomeno *prima facie* del

principio *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*. Sul tavolo furono in tanti a porre la credibilità del principio, presente nella tradizione giuridica europea e difeso espressamente dal riformismo illuministico, della non-retroattività della validità della legge, per il quale nessuna persona può essere giudicata ed eventualmente punita per reati che al momento dei fatti non erano stati già riconosciuti come tali dal diritto[1]. Si tratta certo di un principio che ha un serio profilo di ambiguità, poiché presta il fianco a interpretazioni più o meno estese della sfera del diritto, entro la quale si pretende che il reato venga preventivamente riconosciuto. A valere è il perimetro del diritto statale o anche quello del diritto internazionale? Questo il primo interrogativo che subito si pose all'attenzione dei giuristi e della pubblica opinione, come anche reiteratamente e in chiave restrittiva nelle arringhe della difesa di alcuni dei gerarchi nazisti a processo, in particolare dall'avvocato di Hermann Göring, Otto Stahmes, il quale lo assunse come insistita linea difensiva.

Sul punto a spiccare è la posizione di Hans Kelsen in merito all'accusa di retroattività del giudizio del Tribunale di Norimberga, il quale, sulla base del proprio Statuto, aveva fatto valere come penalmente rilevante, anche individualmente, una norma di diritto internazionale e solo collettiva; aveva trasformato cioè un crimine di Stato in un delitto personale. Per Kelsen la Carta rappresenta una legge retroattiva, una «new law»[2], perché stabilisce «pene individuali per atti che erano illegali [*illigal*] ma non penalmente [*criminal*] nel momento in cui vennero commessi»[3]. «Essa è retroattiva solo nella misura in cui stabilì la responsabilità penale individuale per atti che nel momento in cui vennero commessi costituivano violazioni del diritto internazionale vigente, ma per i quali questo diritto aveva previsto solo una responsabilità colletti-

1/ Per un approfondimento di questa discussione rinviamo, tra gli altri, a Michael Stolleis, *Recht und Unrecht. Studie zur Rechtsgeschichte des Nazionalsozialismus*, cit.; Giuseppe Mayda, *I dossier segreti di Norimberga*, Mursia, Milano 1997; Antonio Tarantino, Rita Rocco, a cura di, *Il processo di Norimberga a cinquant'anni dalla celebrazione*, Giuffrè, Milano 1998; Susanna Sgroi, *Il principio di retroattività e il processo di Norimberga*, in «diritto & questioni pubbliche», n. 3, 2003 pp. 313-329; Giuseppe Puglisi, *La clausola di Norimberga. Origine, struttura e significato dell'art. 7.2 C.E.D.U.*, Giappichelli, Torino 2021.

2/ Hans Kelsen, *Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?*, in «The International Law Quarterly» vol. 1, n. 2, 1947, pp. 153-171: 155.

3/ Ivi, p. 165.

va»[4]. Tale circostanza tuttavia non impedisce a Kelsen di salutare tale innovazione come un progresso nella cultura giuridica. «La responsabilità penale individuale rappresenta di certo – sono le sue parole – un grado di giustizia più alto rispetto alla responsabilità collettiva, tecnica che caratterizza il diritto primitivo»[5]. Una linea di lettura questa che pare convergere nella direzione intrapresa pure da Hannah Arendt in rapporto ai lavori della Corte di Gerusalemme, in occasione, nei primi anni Sessanta, del processo a Adolf Eichmann.

Contraria alla cifra politica assunta dal processo, convinta che sia fondamentale per un processo penale il suo essere, appunto, un processo volto a far affiorare e punire le responsabilità penali personali, Arendt aveva manifestato in alcuni scritti raccolti in *Responsibility and Judgment*, tutta la propria diffidenza e avversione per una nozione di responsabilità esclusivamente collettiva, tanto sul terreno giuridico che su quello morale; poiché – qui contro Jaspers – essa sarebbe destinata a valere, al di là delle intenzioni, come il miglior viatico a una assoluzione generale[6].

Anche Hart partecipa a questa discussione, sofferta per tanti, eppure ineludibile. Egli ritiene indispensabile l'adozione di una logica di invalidazione della norma *ex tunc*, in ordine alla eventuale cifra nazista di essa, procedendo così anche alla condanna di coloro che avessero favorito il compiersi di crimini in ossequio alle leggi naziste. In un saggio della fine degli anni Cinquanta, in particolare, Hart si sofferma sul caso di una donna condannata nel 1949 dalla Corte d'Assise di Bamberg per aver approfittato del diritto nazionalsocialista per sbarazzarsi del marito. Nel 1944 ella scelse la linea della delazione, denunciando il coniuge per dichiarata ostilità a Hitler, consapevole che siffatta denuncia avrebbe rappresentato per lui una condanna a morte certa, essendo quella la prassi consolidata del regime (in verità, data l'incombente disfatta bellica, esso scelse di non dare esecuzione alla sentenza e di man-

4/ *Ibidem*.

5/ *Ibidem*.

6/ Si veda per la messa a fuoco della posizione di Arendt i saggi *Personal Responsibility under Dictatorship* (1964), *Some Questions of Moral Philosophy* (1965-1966) e *Collective Responsibility* (1968), presenti in Id., *Responsibility and Judgment*, a cura di Jerome Kohn, Schocken Books, New York 2003, pp. 17-48, 49-146, 147-158 (trad. it. a cura di Jerome Kohn, *Responsabilità e giudizio*, cit.); inoltre *Eichmann in Jerusalem. A Report on the Banality of Evil*, The Viking Press, New York 1964 (ed. rivista e ampliata), cap. I, pp. 3-20 (trad. it. *La banalità del male. Eichmann a Gerusalemme*, cit.).

dare l'uomo al fronte). Hart reputa indispensabile che si ammetta di trovarsi al cospetto di un dilemma: l'alternativa tra due mali.

Lasciare impunito un atto riprovevole, quello della moglie, opzione dal costo morale assai alto, oppure violare il principio della non-retroattività della norma; questo l'aut aut. E qui il prezzo caro da pagare ricadrebbe sul diritto. Comunque sia, fondamentale per Hart è decidere tenendo ferma la natura delle due alternative, non dimenticarsi cioè che si tratta sempre e comunque, in entrambi i casi, di un male[7].

Torniamo adesso a Radbruch. Al paragrafo 35 della *Vorschule*, egli tratta la questione della retroattività e della non-retroattività del diritto, difendendo la scelta degli Alleati, prima, e del Tribunale di Norimberga, poi, di inserire nel proprio Statuto, e di far valere nelle proprie sentenze, crimini che sino a quel momento mai erano stati stabiliti in quella forma e commessi in quelle dimensioni, con tale intenzione sistematica e pianificazione estesa e burocratizzata.

Radbruch si muove in maniera diversa rispetto a Kelsen e anche a Hart che lo critica espressamente. Per Hart il filosofo di Lubecca «confonde una delle più potenti, perché la più semplice, forme del criticismo morale» e approda a una posizione radicale, quella di sottrarre giuridicità a leggi giudicate «troppo cattive». La risposta più adeguata sarebbe stata diversa, a suo giudizio: quella per cui «le leggi possono essere diritto ma troppo cattive per essere obbedite»[8]. Ma proviamo ad approfondire il punto di vista del nostro autore.

L'argomentazione radbruchiana qui ci interessa non solo per l'enorme posta in gioco nei processi di Norimberga, in termini di giustizia e di responsabilità storica, ma anche perché se proviamo a guardare oltre rispetto alla critica rivoltagli da più parti, essa riflette precisamente la tesi già da tempo elaborata sul terreno teorico negli scritti ai quali ci siamo prima richiamati, una tesi che ci riporta proprio al ruolo del giudice.

Vediamo più nel dettaglio il già ricordato paragrafo 35. In queste pagine il nostro sottolinea innanzitutto, in sintonia con Kelsen, la novità e la rilevanza dell'estensione della punibilità dei singoli

7/ H.L.A. Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, «Harvard Law Review», vol. 71, n. 4, 1958, pp. 593-629. Hart commenta la posizione assunta da Radbruch dopo il '45 alle pp. 616-621 e parla anche lui di una «conversione» che lo avrebbe condotto ad abbandonare del tutto la precedente teoria giuspositivistica.

8/ H.L.A. Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, cit., p. 620.

anche nello *ius gentium*. Il processo di Norimberga aveva affermato il convincimento secondo il quale «il diritto dei popoli si rivolge in modo vincolante non solo agli Stati, ma anche ai singoli uomini di Stato statisti e ai singoli cittadini»[9], inoltre «ha favorito in maniera decisiva l'evoluzione del diritto dei popoli da un diritto internazionale a un diritto mondiale [*Weltrecht*]»[10].

Altre due sono le novità della massima importanza poi evidenziate sempre in queste poche pagine. Esse riguardano la guerra di aggressione, che diviene reato, e la fattispecie dei crimini contro l'umanità, ovvero di quei crimini che, finalmente riconosciuti per la loro eccezionalità ed estrema gravità, consentono un ulteriore passo verso la realizzazione di un diritto mondiale; nel lessico kantiano potremmo tradurre probabilmente con «diritto cosmopolitico». A rendere peculiari tali crimini è il coinvolgimento dell'umanità come tale. A questi due momenti inediti e di progresso, si aggiunge un terzo elemento, che corrisponde all'introduzione di un diritto penale dei popoli, da Radbruch definito letteralmente «Völkerstrafrecht»[11].

Ebbene su questo aspetto, in combinazione con i due precedenti, si innesta la presa di posizione radbruchiana nella polemica, entro la quale lo incontriamo schierato espressamente al fianco del Tribunale. Leggiamo il passaggio saliente per comprendere l'argomentazione. «Si è obiettato più volte che di contro all'enunciato *nulla poena sine lege* il nuovo diritto penale dei popoli sia entrato in vigore con forza retroattiva, che questo sia in contrasto con il ripristino dell'enunciato *nulla poena sine lege* che il Consiglio di controllo ha imposto al diritto penale tedesco. Questa obiezione misconosce – ecco la tesi di Radbruch – che il divieto di un nuovo diritto penale retroattivo può valere solo nell'ambito di una codificazione penale, non invece là dove il diritto penale venga inteso come diritto giurisprudenziale in formazione. Per la giurisprudenza [*Richterrecht*], quel principio non può avere alcuna validità»[12]. Del resto non può a suo parere che essere così, poiché l'assenza di un ordinamento giuridico e la mancanza di un codice penale di riferimento, impone al momento dell'insediamento di un Tribunale internazionale la redazione di uno Statuto che ne disciplini

9/ Gustav Radbruch, *Vorschule der Rechtsphilosophie*, in Id., *Gesamtausgabe*. Bd. 3: «Rechtsphilosophie III», a cura di Winfried Hassemer, cit., § 35, p. 224.
10/ *Ibidem*.
11/ Ivi, p. 225.
12/ *Ibidem*.

i lavori e ne stabilisca le competenze in termini di fattispecie da perseguire. «È proprio del diritto dei popoli – continua e conclude sul punto – di non perfezionarsi tanto mediante normazione preventiva, quanto mediante progressiva formazione del diritto da un caso all'altro»[13].

Si tratta per lui naturalmente solo di un primo passo, che ancora rientra nell'eccezionalità di un Tribunale dal carattere militare, guidato dai vincitori di un conflitto contro gli uomini di Stato e i cittadini dello Stato che ha perso. Questo è chiarissimo ai suoi occhi. In tale passaggio egli è perfettamente consapevole della criticità rappresentata dalla mancanza di neutralità della Corte, parzialità che le varrà l'accusa ricorrente di essere l'espressione di una «giustizia dei vincitori» o, per ricordare la locuzione scelta da Antonio Cassese, di una «Nuremberg Syndrome»[14], della quale soffrono, nonostante i loro meriti, i tribunali penali internazionali. Il giorno in cui si potrà raggiungere la normalizzazione di questa prassi, tuttavia, per Radbruch il passo verso un diritto mondiale sarà confermato. Fondamentale per lui – che qui si richiama letteralmente alle parole del pubblico ministero Robert H. Jackson – è la generalizzazione di questa procedura di giustizia, il suo poter valere non solo per la Germania, ma per ogni altro Stato che decida di aggredire una qualsivoglia nazione[15].

13/ *Ibidem*.

14/ Antonio Cassese, *Clemency versus Retribution in Post-Conflict Situations*, in «Columbia Journal of Transnational Law», vol. 46, n. 1, 2007, pp. 1-13: 9. La riflessione viene ripresa anche da Pier Paolo Portinaro in *I conti con il passato. Vendetta, amnistia, giustizia*, Feltrinelli, Milano 2011, in part. pp. 111-113.

15/ Sul tema cfr. Giuliano Vassalli, *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei «delitti di Stato» nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, cit.; Pier Paolo Portinaro, *I conti con il passato. Vendetta, amnistia, giustizia*, cit., in part. pp. 75-131: 87.

13. La responsabilità del giudice

La responsabilità giuridica e morale affidata alle aule di tribunale da Radbruch appare evidente. Il progresso del diritto internazionale passa attraverso un momento giudiziario fortemente innovatore e, in termini di giustizia, di vera garanzia del rispetto dell'umanità e del suo valore.

Il ruolo non secondario attribuito al giudice tuttavia vale per Radbruch in positivo, come abbiamo ora visto, ma anche in negativo. A pesare sulla magistratura è la complicità diretta e indiretta con il regime nazista, resa ancora più grave appunto dall'importanza della sua funzione. Non è da ridimensionare né tanto meno da sottacere la sua responsabilità nel consolidamento e nella forza maturata e manifestata ferocemente dal regime hitleriano[1].

Come abbiamo sottolineato, Radbruch non ha uno scritto espressamente dedicato alla figura del giurista, né tantomeno a quella del giudice. Dalla ricostruzione attraverso diversi scritti, tuttavia, è possibile evincere – o almeno speriamo di riuscirvi – elementi che insieme compongono un quadro sufficientemente chiaro della sua visione del giudice e della funzione che dovrebbe assolvere nell'esercizio della propria attività.

Il giudice assurge nel pensiero di Radbruch – sotto questo profilo privo di cesure interne o anche semplici discontinuità – a interprete imparziale ma creativo della norma e della *ratio* complessiva del sistema di principi entro il quale essa si iscrive. Al giudice spetta il compito di colmare lo scarto sussistente tra le esigenze

1/ Sul tema si veda ad esempio la nuova edizione ampliata di Ingo Müller, *Furchtbare Juristen. Die unbeweltigte Vergangenheit der deutschen Justiz*, Fuego 2014 (ebook); Pierre Ayçoberry, *La società tedesca sotto il Terzo Reich 1933-1945*, cit., pp. 289-290; Heinz Boberach, *Einleitung*, in *Richterbriefe. Dokumente zur Beeinflußung der deutschen Rechtssprechung 1942-1944*, Boldt, Boppard am Rhein 1975; Lothar Gruchmann, *Justiz im 3. Reich. Anpassung und Unterwerfung in der Ära Gürtner*, cit., pp. 207-216, 263-270, 497-534, 645, 675, 704; Konrad H. Jarausch, *The Unfree Professions. German Lawyers, Teachers and Engineers 1900-1950*, cit., pp. 170-200; David Velleman, *Konrad Morgen. The Conscience of a Nazi Judge*, Palgrave, London 2015.

della giustizia e il principio della certezza del diritto, principio quest'ultimo che il filosofo di Lubecca mai ripudiò, né rimise in discussione, nemmeno alla fine degli anni Quaranta, gli ultimi della sua vita.

Prendendo ripetutamente le distanze dalla pretesa di oggettività sillogistica di filosofi e giuristi riformatori dell'Età dei Lumi, mantiene ferma l'aspettativa fondamentale dell'imparzialità, reputando non più efficace e adeguato, per contrastare l'arbitrio e la discrezionalità del magistrato, l'automatismo di un'applicazione asettica della norma generale al caso particolare. La discrepanza, la radicale eterogeneità, l'incommensurabilità tra legge astratta e realtà particolare sono insuperabili, se ci si affida a una procedura meccanica. Questa distanza può ridursi il più possibile solo attraverso l'esercizio della capacità di giudizio, come aveva insegnato Kant nell'introduzione allo scritto del 1793, *Sopra il detto comune: «Questo può essere giusto in teoria, ma non vale per la pratica»*. Ed è a questo punto che entra in scena il giudice, colui al quale si dovrebbe affidare proprio l'ardua missione di avvicinare i lembi, di far corrispondere, il più possibile, materiali di natura diversa, colui sulle cui spalle graverebbero il peso e l'onore di ridurre tale iato.

Vi sono insomma due dimensioni dell'etica che investono adesso in maniera decisiva il profilo del giudice radbruchiano e che a questa altezza dovrebbero poter coordinarsi, dovrebbero tentare di superare le possibili tensioni tra loro: la morale personale (la coscienza individuale) e la responsabilità di ruolo (il sentimento giuridico). La comprensione esclusivamente giuridica della realtà è limitatissima, angusta persino, mentre la giustizia – come avremo modo di ricordare tra breve – richiede anche immaginazione e «amore»[2]. In una rappresentazione ideale della giustizia, essi dovrebbero riuscire a cooperare, perché solo con la loro collaborazione, solo con il loro reciproco illuminarsi e sostenersi nella compresenza, la giustizia può sperare di avere qualche *chance* di successo.

Come sappiamo, dalla tradizione giuridica premoderna, fondata su un modello processuale di tipo inquisitorio, la confessione è stata ritenuta la prova regina, quella dimostrazione di colpevolezza che per definizione ogni dubbio pone a tacere. Il giudice al cospetto del sospettato, ove avesse confessato, avrebbe reso certa per il magistrato la sentenza di colpevolezza. L'uno al cospetto dell'altro,

2/ Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie* (1932), in Id., *Gesamtausgabe*. Bd. 2: «Rechtsphilosophie II», a cura di Arthur Kaufmann, cit., § 13 (trad. it. a cura di Gaetano Carlizzi, Vincenzo Omaggio, *Filosofia del diritto*, Giuffrè, Milano 2021, pp. 111-118).

la confessione dell'uno si trasforma del verdetto di colpevolezza per l'altro. *Tertium non datur*, nel senso anche dell'assenza di una figura terza, quella di una Corte distinta dall'accusa. Ma questa è storia arcinota. Da ricordare è invece, a nostro parere, quanto tale vicenda abbia molto a che fare con la tortura giudiziaria: con la storia della sua abolizione oppure del suo saldo ancoraggio nei secoli. Si pensi che lo stesso Beccaria, acerrimo e incontestabile nemico della tortura (il § 16 di *Dei delitti e delle pene* è sotto questo rispetto un luogo imprescindibile per la critica del supplizio), non aveva colto con piena chiarezza il legame perverso tra la certezza del diritto, nella forma della massima restrizione dello spazio consentito all'interpretazione giudiziaria, e la soppressione dei tormenti ai fini processuali della raccolta della confessione. Paradossalmente, la sfiducia verso il giudice deliberante, l'idea che il magistrato debba essere solo bocca della legge, che il suo ragionevole giudizio debba ritirarsi di buon grado e mantenersi in sospeso nella sentenza, di fatto favoriscono il ricorso allo strumento di estorsione della verità più fallace eppure, contro le evidenze, ritenuto il più efficace, quello appunto della tortura. Parlando del giudice e dell'opportunità di annettere valore costitutivo alla sua interpretazione e dunque alla libera valutazione della prova, egli chiama in causa la confessione e il suo ruolo nella procedura processuale.

Radbruch è consapevole di questo meccanismo perverso e crudele; in esso trova conforto per la sua tesi, quella della rilevanza in positivo, ma anche della dannosità in negativo, del potere giudiziario. Ricordiamo soltanto a tale proposito la lucida spiegazione della diffusione e della durata (tre secoli perlomeno) della persecuzione delle streghe in Europa. In *Geschichte des Verbrechens. Versuch einer historischen Kriminologie* [Storia del crimine. Alla ricerca di una criminologia storica] il XV capitolo Radbruch lo dedica agli *Hexenprozesse* [Processi alle streghe], proponendone una ricostruzione storica e offrendo al lettore la propria interpretazione degli eventi, secondo la quale «a esser decisivo fu che dal XIV secolo la tortura divenne elemento costitutivo del processo penale in quanto strumento di prova»[3]. Detto in altri termini e come verrà confermato poi negli studi storici successivi sul tema, la tortura esercitò un ruolo decisivo nella diffusione della persecuzione delle streghe e nella propagazione su larga scala della credenza nella stregone-

3/ Gustav Radbruch, *Geschichte des Verbrechens. Versuch einer historischen Kriminologie* (1931), in Id., *Gesamtausgabe*. Bd. 11: «Strafrechtsgeschichte» a cura di Ulfrid Neumann, C.F. Müller Verlag, Heidelberg 2001, pp. 19-254: 140.

ria in età moderna. La consapevolezza che la tortura moltiplichi e allarghi il raggio d'influenza della menzogna, induce Radbruch già in *Einführung in die Rechtswissenschaft*, a prendere posizione contro la possibilità che tale strumento giudiziario possa essere ritenuto valido, descrivendo un magistrato non vincolato «neppure dalla confessione dell'imputato, egli può anche assolvere il reo confesso se per esempio ha l'impressione che la confessione sia falsa e resa solo per fornire al reo confesso riparo per l'inverno in prigione»[4].

Di fronte a questa evidenza storica e a questo convincimento morale e giuridico-politico che lo vede avversare, oltre le discriminazioni di ogni genere e la pena di morte, anche la tortura, Radbruch ci propone in definitiva un'ulteriore dimostrazione della funzione cruciale, in positivo e in negativo, non passiva né meccanica, che il giudice deve poter assolvere nel fare e nel dire giustizia in uno Stato civile.

4/ Gustav Radbruch, *Einführung in die Rechtswissenschaft* (1929, 7/8. ed.), in Id., *Gesamtausgabe*. Bd. 1: «Rechtsphilosophie I», a cura di Arthur Kaufmann, cit., pp. 211-405, cap. «Prozeßrecht», p. 342.

14. Il giudice e le virtù

Uno degli aspetti più originali della riflessione di Radbruch sulla figura del giudice riguarda l'importanza attribuita alla personalità del magistrato, alle sue qualità personali, alla sua deontologia. La convinzione alla base di questa prospettiva è che in alcuni casi, per alcune professioni, sicuramente per quella del magistrato, il profilo tecnico e le competenze specialistiche debbano essere necessariamente integrate da qualità umane, dalle virtù. Una condotta d'azione deontologicamente accettabile non è solo preferibile per il giudice, essa è richiesta ed è parte integrante della sua azione. Il giudizio severo sulla gravità di condotte illegittime, disoneste o spregiudicate, la condanna costante della corruzione degli uomini di legge è ricorrente nei testi di Radbruch, dall'inizio alla fine.

A testimoniare questa sensibilità e l'attenzione riservata a tali elementi è la raccolta di numerose litografie di Honoré Daumier, da lui scelte, introdotte e curate nel 1947, o ancora dall'interpretazione dell'allegoria di Albrecht Dürer, consegnata al § 30 della sua *Vorschule,* sulla quale torneremo. Ciò che lo affascina nelle caricature di Daumier non è solo il tratto e l'acume dell'artista, ma anche la conoscenza sarcastica e sottile del mondo del diritto, di giudici e avvocati, di professori e aule di giustizia. Per sua stessa esplicita ammissione, ad apparirgli degno di ammirazione nell'artista è l'intensità che le caricature riescono a raggiungere.

Una caricatura può essere semplicemente l'esasperazione voluta e parossistica di tratti del viso o del corpo dei personaggi che divengono vividi e pungenti. Nel caso di Daumier, però, si tratta di qualcosa che va al di là di questa abilità espressiva. Le sue litografie sono una denuncia e una rappresentazione diretta, plastica, dei vizi e della corruzione dell'universo della giustizia: «La forma più alta della caricatura è creazione del volto e della forma attraverso il carattere interiore, l'anima del rappresentato, i tratti e le passioni in lui dominanti. Così questa persona dovrebbe apparire, se il suo aspetto corrispondesse alla sua anima. Caricatura significa

smascheramento dell'anima, essa conferisce al soggetto il suo vero volto»[1].

Honoré Daumier, *Oui, on veut dépouiller cet orphelin…* (serie: *Les Gens de justice*) 1845 (particolare – National Gallery of Art, Washington, D.C.)

Per riconoscere il giudice ideale occorre concentrarsi sulla finalità del suo operare, una finalità che – come abbiamo visto – guarda all'elaborazione di un giudizio ragionevole, capace di calare nella situazione particolare lo spirito della norma generale, per inverare il più possibile i principi di giustizia che ne sono ispiratori. A questa deve aggiungersi parimenti la presenza di una personalità di levatura adeguata, dall'animo nobile: una «innere Seele» virtuosa sotto i profili della ragionevolezza e del disinteresse.

Vediamo cosa intende più precisamente Radbruch, sempre attraverso l'arte. Seguiamo il suo suggerimento, cominciando dal commento all'allegoria della giustizia raffigurata da Dürer nella xilografia *Reformacion der Stat Nüremberg* (1521), detta anche *Sancta Iusticia* (per l'iscrizione sovrastante)[2].

In generale, in età moderna, l'immagine della giustizia recepisce la doppia simbologia introdotta in epoca medievale: la bilancia e la spada. Niente affatto ovvia è tuttavia l'attribuzione del

1/ Gustav Radbruch, *Karikaturen der Justiz. Litographien von Honoré Daumier* (1947), in Id., *Gesamtausgabe*. Bd. 5: «Literatur- und kunsthistorische Schriften», a cura di Hermann Klenner, cit., pp. 245-289: 253. La caricatura qui riportata in un suo particolare era stata inserita da Radbruch nella sua piccolo antologia di immagini (ivi, p. 266).

2/ Gustav Radbruch, *Vorschule der Rechtsphilosophie*, in Id., *Gesamtausgabe*. Bd. 3: «Rechtsphilosophie III», a cura di Winfried Hassemer, cit., § 30, p. 204.

significato a questi due simboli, come segnala lo stesso Radbruch, mostrandosi consapevole della scelta interpretativa non scontata, sottesa al proprio commento.

La bilancia, nella spiegazione del nostro, può rappresentare il giudizio, e, di conseguenza, la spada la sua esecuzione; oppure può riferirsi al diritto, mentre la spada al potere; o rispettivamente la bilancia al diritto civile e la spada al diritto penale; o ancora può raffigurare l'individuazione della responsabilità penale, la prima, e l'attribuzione della pena commisurata, la seconda; o, infine, bilancia e spada possono simboleggiare i due volti della giustizia: quello commutativo e quello distributivo. Questa xilografia che Radbruch decide di commentare nel suo scritto complessifica in una direzione assai promettente il quadro interpretativo, già peraltro di per sé non univoco. Nella *Reformation* di Norimberga l'artista tedesco, originario della città, duplica l'immagine della giustizia, della «*Sancta iusticia*».

Albrecht Dürer, *Reformacion der Stat Nüremberg* 1521 (particolare – National Gallery of Victoria, Melbourne)

Nella prima immagine essa viene raffigurata con i seguenti tre oggetti: la corona, la spada e la bilancia. Nella seconda con altri tre oggetti: la ghirlanda, la borsa svuotata dal denaro che viene raccolto da una mano (in verità proprio da uno dei due piatti della bilancia sorretta dalla prima figura, osserva Radbruch); infine, la fiamma che sale.

Come leggere questa allegoria così ricca di simboli e dettagli?

Radbruch non ci restituisce una lettura completa di tutti i simboli presenti, ma decide di sottolineare la rilevanza di due di essi in modo speciale, proprio di quelli che coinvolgono il ruolo dei giuristi e in particolare di giudici e avvocati.

Secondo la tradizione, egli recepisce la spiegazione della fiamma che sale verso l'alto come l'immagine dell'ideale, della giustizia

ideale, in contrapposizione alla giustizia per come è nella realtà, e non per come dovrebbe essere. Centrale nel suo commento è inoltre la borsa svuotata dal denaro (come si vede in figura), perché centrale è per la giustizia la rettitudine del magistrato e la denuncia della corruzione.

Non in sintonia si trova invece Radbruch con la scelta da parte del pittore del simbolo della benda, tardo rispetto agli altri.

L'idea della giustizia bendata è per lui in contraddizione con i simboli della spada e della bilancia, che implicano il vedere e il soppesare bene, con buon occhio e buon giudizio, sapendo cogliere le differenze, misurare i gradi delle responsabilità, leggere le motivazioni, ponderare le pene. La benda, che certo esprime la condanna dell'arbitrio e suggerisce il grande valore conferito al carattere dell'imparzialità, può infatti risultare fuorviante e indurre a propendere per un'idea asettica e decontestualizzata che, manifestando – anche nella rappresentazione dell'ideale della giustizia – sfiducia nel giudice, preferisce renderlo «cieco», mero esecutore del dettato della norma.

15. Il coraggio del giudice

Abbandoniamo adesso le incursioni nel mondo dell'arte, peraltro frequenti in una produzione così colta e variegata quale fu quella di Radbruch, nella speranza che la breve parentesi abbia contribuito a confermare, almeno in parte, la sua visione del giudice sin qui ricostruita. E andiamo avanti introducendo ancora un decisivo tassello, quello che concerne la responsabilità non solo di ruolo, ma anche personale del giudice e del giurista. Alla personalità del giudice, alla sua stoffa morale e alle sue virtù etiche Radbruch attribuisce enorme valore.

Nel capitolo secondo della *Vorschule*, corrispondente al § 7 dell'opera, al centro è il tema della giustizia «oggettiva», quella che pertiene specificamente al legislatore, non agli operatori del diritto. Ebbene, proprio in queste pagine troviamo riflessioni preziose per comprendere quanto nella rappresentazione ideale della giustizia sia decisivo per lui lo sguardo sul giudice, sul profilo secondario della giustizia, quello «soggettivo».

La giustizia non deve rendersi mai «giustizia individualizzante»[1], perché altrimenti essa si trasforma nella negazione di se stessa; come ben aveva insegnato Cesare Beccaria. La giustizia del giudice dovrebbe mirare all'equità, intesa anche come virtù personale di ogni buon magistrato. A risuonare sono così, ancora nell'ultima sua opera di filosofia del diritto, le premesse teoriche espresse nell'*Introduzione alla scienza del diritto* di quasi vent'anni prima. Il giurista, e in modo precipuo il giudice, per essere all'altezza del proprio ruolo, per essere un bravo giudice, deve possedere «una inclinazione specifica e talento, esattamente come ogni altra professione. *Più* di ogni altra professione»[2]. Il compito del giurista, *in*

1/ Gustav Radbruch, *Vorschule der Rechtsphilosophie*, in Id., *Gesamtausgabe*. Bd. 3: «Rechtsphilosophie III», a cura di Winfried Hassemer, cit., § 7, p. 143.
2/ Gustav Radbruch, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, in Id., *Gesamtausgabe*. Bd. 1: «Rechtsphilosophie I», a cura di Arthur Kaufmann, cit., cap. «Rechtswissenschaft», p. 396.

primis del magistrato, anche storicamente, è quello di offrire un «contrappeso» allo «Stato di polizia»; e per questo suo compito elettivo egli dovrebbe possedere sensibilità per l'equità e «senso della libertà»[3].

Eccoci così finalmente al cospetto di un passaggio che può risultare persino spiazzante. La caratura del giudice modello la si riconosce dal senso di libertà [*Freiheitssinn*] di cui è provvisto. Lontanissima dalla metafora del giudice come bocca della legge – prendendo insomma le distanze dalla visione settecentesca riconducibile a Montesquieu prima e a Beccaria poi – e dall'idea antitetica di un giudice quale esempio di assoluta discrezionalità, la tesi sostenuta da Radbruch si regge sul convincimento che tra questi due estremi ci possa essere una terza via.

La pretesa di giustizia in capo al giudice ha a che fare con l'equità, la quale a sua volta ha bisogno di un adeguato senso della libertà, del riconoscimento del principio di libertà, non solo sul terreno della razionalità, ma anche su quello del sentimento e dell'immaginazione. «Questi giuristi – prosegue nel testo della fine degli anni Venti, quando tutto in Germania stava precipitando verso l'abisso – sono gli avamposti dello Stato di diritto [*die Vorposten des Rechtsstaates*] contro la nostra innata propensione per lo Stato di polizia. Stato di diritto però non è per noi solo un concetto politico, ma anche un concetto culturale. Significa la salvaguardia della libertà contro l'ordine, della vita contro l'intelletto, del caso contro la regola, della pienezza contro lo schema, in breve, di ciò che è scopo e valore contro ciò che è solo conforme allo scopo e solo per questo ha valore»[4].

Innanzitutto abbiamo qui una limpida indicazione di cosa Radbruch intenda per libertà. La libertà è opposta all'ordine: di contro all'ordine non vi è il caos ma la libertà. Prioritaria è la libertà; l'ordine, l'autorità dello Stato, è qualcosa di negativo che per essere accettabile deve produrre una giustificazione capace di confermare il valore della libertà.

In principio è la libertà, l'ordine richiede legittimazione.

Si aggiungono poi alcune nozioni utili per rendere meno generica la nozione di giustizia e intendere lo Stato di diritto non solo come principio della politica, ma pure come concetto che evoca una cultura fondata sulla libertà; non solo come forma del-

3/ Ivi, p. 401.
4/ *Ibidem*.

lo Stato, ma anche come idea di comunità politica, come cultura della convivenza tra gli uomini. Questi elementi sono: la vita, il caso, la pienezza, in contrapposizione con il mero intelletto, l'assolutizzazione della regola e il primato dello schema formale. Essi si trovano nelle mani del giudice, coinvolgono la sua funzione, il suo carattere, in definitiva, il suo compito, decisivo per una società giusta. Non bastano la legge, la sua forma, la legittimità della sua fonte, il rispetto della regola, indispensabili sono anche la materia, la realtà, la storia, la variabilità delle situazioni e dei soggetti coinvolti; e la difficoltà del prendersene carico restituendo pienezza, unità, umanità.

Alla luce di queste considerazioni, non stupisce più questa volta leggere nella *Filosofia del diritto* l'esplicitazione di un convincimento profondo, quello secondo il quale la giustizia «è una categoria vuota che può riempirsi dei contenuti più diversi. Così la furia di una giustizia svuotata può rivestire la cosa più mostruosa di un manto ideale (Robespierre!). La giustizia è un valore che, per esprimersi nella sua essenza, ha bisogno della resistenza del suo contrario. La giustizia, che non venga sempre di nuovo dall'amore, conduce all'ingiustizia»[5].

Dalla lettura di questo passo ci pare emerga una volta di più quale sia l'ideale di giustizia e la centralità, nel bene e nel male, tributata al potere giudiziario. Non solo; comprendiamo pure la sofferenza che dopo il '45 Radbruch dovette provare nel registrare il fallimento di quell'«avamposto», il tradimento della propria missione da parte dei giudici e dei giuristi, i quali sotto il regime nazista invece che forza di protezione si erano trasformati in operativo e spesso zelante sostegno[6].

La sua nozione di giustizia si pone in una prospettiva universalistica, non dogmatica, non metafisica, disponibile, entro un ampio spettro di possibilità, a ospitare contenuti variabili. Una sola la condizione alla quale essa deve sottostare, pena il suo snaturarsi: tale variabilità non può infrangere il limite dell'estrema iniquità. Se questo ideale di giustizia ci dice poco in positivo, in negativo è ben più eloquente. Esso ci comunica in particolare la sua netta in-

5/ Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie*, in Id., *Gesamtausgabe*. Bd. 2: «Rechtsphilosophie II», a cura di Arthur Kaufmann, cit., § 13, p. 332.

6/ Vi furono anche voci dissonanti, voci però inevitabilmente fioche se non del tutto inascoltate. Sulla questione sempre aperta dei giudici che manifestarono di fatto il proprio dissenso o rifiutarono di adeguarsi alla prassi criminale, introdotta dal dominio hitleriano, si veda il saggio già segnalto di Hans Petter Graver, *Why Adolf Hitler Spared the Judges: Judicial Opposition Against the Nazi State*, cit.

compatibilità con la brutalità, il terrore, la violenza e il fanatismo. Lontani dalla giustizia come ideale sono per lui la decisione, l'ordine, persino la legge e la sentenza, quando essi si presentano ciechi, meccanici, burocratici, freddi. Lontane dalla giustizia sono la rigidità e l'ottusità proprie di ogni fanatismo. «Giustizia» indica tutto questo; in positivo l'importanza decisiva del senso della libertà.

Ma come tutto questo si riflette sulla figura del giudice e, più in generale, del giurista? Come questa idea di giustizia si trasforma in prassi per gli uomini di legge?

La risposta a questi interrogativi richiede la messa a fuoco di un ultimo fattore, a mancare è ancora un elemento della cui rilevanza Radbruch pare avvedersi con piena consapevolezza solo nel secondo dopoguerra.

Nel ritratto del giudice ideale sin qui ricostruito è ancora assente la virtù del coraggio, la quale si impone nitida alla sua attenzione nelle pagine di *Cinque minuti di filosofia del diritto*. Nel settembre del 1945 – come abbiamo già ricordato, ma merita qui ripeterlo – egli scrive: «Se le leggi negano consapevolmente la volontà di giustizia, per esempio i diritti umani, lasciano gli uomini all'arbitrio e falliscono, allora a queste leggi manca validità, allora il popolo non deve loro alcuna ubbidienza, allora anche i giuristi devono trovare *il coraggio* di negare loro il carattere della giuridicità»[7]. La visione soggettiva della giustizia, quella che chiama a raccolta le caratteristiche personali, le virtù e le condotte dei giudici, assume un ruolo decisivo nella costruzione di una società migliore, nell'ideale Stato di diritto prospettato da Radbruch. A questa rappresentazione corrisponde un giudice che ha senso della libertà e pure coraggio, che assegna valore alla forma, ma non si dispone verso di essa come un esecutore passivo e privo di *Urteilskraft*, di capacità di giudizio. Il giudice deve poter confermare la propria capacità di ragionevolezza, quella sola che può consentirgli di compiere il gesto estremo della revoca della giuridicità a ordini dal contenuto irricevibile per il tasso eccessivo di brutalità e di iniquità. Ma, in situazione estreme, il giudice deve saper essere coraggioso per poter corrispondere alla funzione di «avamposto», di difesa in prima linea dagli attacchi della violenza autoritaria.

Ricordiamo di nuovo l'allegoria della giustizia alla quale abbiamo fatto prima cenno. Il simbolo della spada assume ora – spingendoci con Radbruch oltre Radbruch – un significato ulteriore

7/ Gustav Radbruch, *Cinque minuti di filosofia del diritto*, cit., p. 119. Corsivo nostro.

da sommare agli altri. La spada può simboleggiare il giudice, l'ultimo baluardo della giustizia, quando il potere come dominio rompe l'argine della legge, e la sua forma (come è tragicamente accaduto durante il nazismo) non riesce più a filtrare contenuti di oscena iniquità.

Lo Stato deve essere di diritto

16. Sulla nozione di Stato

Per una ricostruzione della nozione di Stato nel pensiero di Radbruch, scegliamo di tornare per un momento alla versione di giuspositivismo da lui formulata.

Generalmente viene considerato un filosofo del diritto giuspositivista che a un certo punto della sua esistenza, dopo aver assistito allo sconvolgimento della furia nazista, dopo il 1945 si convertì alla dottrina classica del diritto naturale. Questa rappresentazione è a nostro avviso semplicistica, poiché non rende ragione né della complessità della posizione radbruchiana dei primi tre decenni degli anni Trenta, né della riconsiderazione della propria posizione maturata dopo la guerra.

Radbruch è stato sin dall'inizio, sin dagli albori della sua vicenda accademica e biografica, un positivista giuridico *sui generis*. Per il suo tratto originale potrebbe essere più corretto descriverlo come un giuspositivista *critico*. E anche dopo la caduta del regime hitleriano, egli non divenne un giusnaturalista convenzionale, di nuovo ancorato, come da tradizione, a principi metafisici.

Per quanto concerne poi in modo specifico il concetto di Stato, negli scritti dei primi decenni del Novecento ad affiorare era già un concetto critico-normativo di Stato, in continuità con un pensiero che pur ebbe una comprensibile e indubbia evoluzione nel secondo dopoguerra.

Il nuovo richiamo a un concetto di diritto non-positivistico è insomma una rivoluzione della sua prospettiva teorica solo parziale, vi sono infatti elementi che non mutano e che nella loro persistenza complessificano lo sguardo radbruchiano sul concetto di diritto.

D'altro canto, la sua rielaborazione interna fu al tempo stesso una necessità e un dovere morale, poiché i giuristi tedeschi del passato avrebbero dovuto avere il coraggio di condannare la perversione del diritto compiuta dai nazisti, la forza interiore e la coerenza deontologica per negare la propria collaborazione, quando non persino la propria complicità al regime. Essi avrebbero avuto il

dovere di confrontare loro stessi e le proprie teorie con i dodici anni di dominazione totalitaria nazionalsocialista.

Se nella riflessione giusfilosofica di Radbruch vi sia o meno continuità o una cesura concernente il concetto di diritto è una questione ancora aperta per la storiografia anche recente[1]. È indiscutibile che dopo il Secondo conflitto mondiale egli espresse la convinzione che il positivismo giuridico non potesse che rimanere la parola definitiva per una definizione di diritto, e che la sua intenzione normativa non potesse risolversi in un posticcio ritorno a una ormai superata nozione di diritto naturale[2]. Tuttavia va riconosciuto che nell'ultimo paragrafo dello scritto *Vorschule der Rechtsphilosophie*, egli conclude affermando che «il collasso dello Stato di non diritto [*Unrechtsstaates*] nazionalsocialista pone sempre di nuovo la giurisdizione tedesca di fronte a questioni, alle quali l'invadente positivismo non riesce più a rispondere»[3]. Al cospetto di quest'ultimo convincimento, la filosofia del diritto assume su di sé un nuovo compito, riscoprendo la sua vecchia vocazione. «La dottrina generale del diritto, la storia universale, la sociologia giuridica valsero perciò come sostituto della filosofia o persino come filosofia. Di fronte all'instabilità del nostro sistema di valori – nota Radbruch – oggi si è particolarmente inclini al contrario a ritenere la filosofia scienza dei valori, scienza del dover essere [*Sollen*]. Come tale essa ci insegna nella logica il pensare corretto, nell'etica l'agire corretto, nell'estetica il sentire corretto. La filosofia del diritto è pertanto la *dottrina del diritto corretto* (Rudolf Stammler). Essa tratta quindi dei valori e degli scopi del diritto, dell'idea del diritto e del diritto ideale, e trova la propria continuazione nella politica del diritto, la quale ha come suo oggetto le possibilità di realizzazione del diritto ideale»[4].

Confermata è così la natura culturale e il carattere storico che inerisce al diritto.

Nel dibattito storiografico sul pensiero di Radbruch, vi sono studiosi che, nonostante queste evidenze, ridimensiono – come abbiamo visto – il valore e la stabilità dell'approdo teorico della co-

1/ Giuliano Vassalli, *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei «delitti di Stato» nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, cit., pp. 29 ss. Inoltre, Thomas Mertens, *Radbruch and Hart on the Grudge Informer. A Reconsideration*, cit.

2/ Giuliano Vassalli, *Formula di Radbruch e diritto* penale, cit., p. 22.

3/ Gustav Radbruch, *Vorschule der Rechtsphilosophie* (1948), in Id., *Gesamtausgabe*. Bd. 3: «Rechtsphilosophie III», a cura di Winfried Hassemer, cit., p. 226.

4/ Ivi, § 6, I, p. 137.

siddetta «seconda fase» della sua riflessione, relegandola a mera prassi giudiziaria, a consigli della prudenza a disposizione del giudice[5]. E vi sono interpreti – anche questo lo abbiamo già rilevato più dettagliatamente in apertura – che cogliendone lo spessore teorico ne contestano tuttavia la legittimità, posto il condizionamento che questa torsione normativa ha subito al cospetto dei tragici accadimenti legati alla dominazione nazi-fascista in Europa[6].

Appaiono, a nostro avviso, francamente dogmatiche le accuse mosse a Radbruch di tradimento nei confronti della dottrina giuspositivista, di incoerenza interna della teoria, di eccessiva esposizione alla contingenza storica di idee che dovrebbero – così si pretende di sostenere – darsi in piena astrattezza. Tutte queste critiche risultano gravate da pregiudizi e da una sorta di moralismo scientifico-disciplinare – non sapremmo come diversamente definirlo, perché sembra una sorta di rappresentazione religiosa o fideistica della dottrina del diritto -, come se la critica e il progresso del sapere non dipendesse anche dalla disponibilità a riconoscere errori e a rivedere approdi teorici sino a un dato momento ritenuti sicuri[7].

Non va dimenticato, inoltre, che il giuspositivismo radbruchiano non si risolse mai, né mai si presentò, neppure nella sua fase germinale, come un positivismo schiettamente formalistico e al dunque legalistico. Si trattò sempre piuttosto di una teoria del diritto positivo ancorata a standard minimi di moralità, compresi i riferimenti di eco kantiana a una morale deontologica riferibile al rispetto della legge[8]. La forma della legge nella sua pura formalità non ha mai rappresentato per Radbruch il requisito necessario e sufficiente per affermare lo statuto giuridico di una disposizione o di un ordine. Convincimento questo che trovò ulteriore conferma e trasse nuova forza inevitabilmente nel secondo dopoguerra,

5/ Brian H. Bix, *Radbruch's Formula and Conceptual Analysis*, cit.

6/ Bernd Schünemann, *Per una critica della cosiddetta Formula di Radbruch. Note su un concetto di diritto culturalmente e comunicativamente orientato*, cit. oppure Douglas G. Morris, *Accommodating Nazi Tyranny? The Wrong Turn of the Social Democratic Legal Philosopher Gustav Radbruch After the War*, cit.

7/ Thomas Mertens, *But Was it Law?*, cit., ma anche, ad esempio, Zong Uk Tjong, *Über die Wendung zum Naturrecht bei Gustav Radbruch*, cit.

8/ Sul punto il rinvio è soprattutto a Ralf Dreier, Stanley L. Paulson in *Einführung in die Rechtsphilosphie Radbruchs*, in Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie. Studienasugabe*, cit., pp. 235-250: 247-250; ma anche a Erik Wolf, *Umbruch oder Entwicklung in Gustav Radbruchs Rechtsphilosophie?*, cit.

dopo aver assistito all'impotenza della forma-legge nell'opporre resistenza alle sue più feroci strumentalizzazioni[9].

Per Radbruch, queste considerazioni devono poter convergere in una assunzione di responsabilità chiara, la quale in qualche modo rinvii allo *status* teoretico ed epistemologico della categoria del diritto naturale. A quell'altezza temporale e culturale, per lui il diritto naturale in qualche forma rappresentava l'unica fonte di normatività universalistica. È dunque comprensibile e inevitabile che, in quanto istanza critico-normativa, una riformulazione dell'antica categoria del diritto naturale riaffiorò dalla cenere[10].

Come abbiamo già sottolineato non si tratta della riproposizione dell'identico. Sarebbe un gesto fuori tempo massimo, non più giustificabile metafisicamente né razionalisticamente. D'altro canto nella sua prolusione del '27 *L'uomo nel* diritto, aveva proprio evidenziato quanto fosse sempre per lui indispensabile che una riflessione sul diritto e sul suo concetto, ne tenesse in considerazione l'evoluzione nel tempo, un'evoluzione stretta in un legame costitutivo con il mutamento dell'idea di uomo che si verifica nelle diverse epoche storiche[11]. Molteplici le variabili dunque che rendono necessariamente mutevole l'ideale della giustizia che corrisponde poi per Radbruch all'ideale dell'equità, del principio universale dell'uguaglianza commisurato alla diversità tra le persone, nella loro individualità. «La giustizia contiene in sé una ineludibile tensione: l'uguaglianza è la sua essenza, la generalità è perciò la sua forma – tuttavia alberga in essa l'aspirazione a rendere giustizia al singolo caso e alla persona singola nella rispettiva singolarità. Questa giustizia che aspira a riguardare il singolo caso e la singola persona viene definita equità [*Billigkeit*]»[12].

9/ Gustav Radbruch, *Die Erneuerung des Rechts*, in Id., *Gesamtausgabe*. Bd. 3: «Rechtsphilosophie III», a cura di Winfried Hassemer, cit., p. 108.
10/ Cfr. Gustav Radbruch, *Neue Probleme in der Rechtswissenschaft*, in *Gesamtausgabe*, Bd. 4: «Kulturphilosophie und kulturhistorische Schriften», a cura di Günter Spendel, cit.
11/ Gustav Radbruch, *Vorschule der Rechtsphilosophie* (1948), in Id., *Gesamtausgabe*. Bd. 3: «Rechtsphilosophie III», a cura di Winfried Hassemer, cit., § 6, IV, pp. 139-140.
12/ Ivi, § 7, V, p. 143.

17. Lo Stato tra fatti e norme

In connessione con il concetto di diritto e quindi anche implicitamente con la nozione di Stato, il richiamare l'attenzione su un presunto «primo» Radbruch e su un presunto «secondo» Radbruch deriva spesso da un'interpretazione che estremizza l'evoluzione compiutasi nel suo pensiero. Da questo punto di vista, la filosofia del diritto radbruchiana viene vista come radicalmente trasformata: da una forma di giuspositivismo essa sarebbe passata a una versione classica o superata di diritto naturale.

Vale la pena allora di verificare se questa tesi, da noi non condivisa, trovi conferma o meno almeno nella teoria dello Stato via via rintracciabile nell'opera radbruchiana.

Assumiamo in premessa che la domanda sulla natura dello Stato, su cosa lo Stato sia, non è al centro del pensiero di Radbruch, sebbene essa sia esplicitamente e specificamente affrontata tanto nella *Rechtsphilosophie*, al paragrafo 26 della terza edizione del 1932 (una versione – lo rammentiamo – sensibilmente ampliata rispetto alle due precedenti), quanto nella *Vorschule der Rechtsphilosophie* del 1948, al paragrafo 11 del terzo capitolo.

La risposta alla questione dello Stato va rintracciata facendo dunque riferimento sia ai testi ancora di epoca weimariana, dai quali si evince in verità tutta la complessità anche della versione radbruchiana di giuspositivismo, sia a quelli che si collocano alle origini dello sguardo quasi-naturalistico del secondo dopoguerra, rappresentati essenzialmente dai tre scritti del triennio 1945-1948: *Fünf Minuten Rechtsphilosophie*, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht* e *Vorschule der Rechtsphilosophie*.

Per definire la propria idea di Stato, nella *Rechtsphilosophie* il nostro autore muove da una distinzione fondamentale tra il concetto di Stato «reale» e il concetto di Stato «giuridico». Ronald Dworkin, oltre un secolo dopo, avrebbe forse chiamato il primo un concetto «criteriale» di Stato e il secondo un concetto «interpretativo» di Stato, un *Kulturbegriff* [un concetto culturale], un

concetto che appartiene alla sfera dei «"wertbezogene" Begriffe» [concetti riguardanti il valore] – come dirà Radbruch nel paragrafo 11 della *Vorschule* – quindi né «Wertbegriffe» [concetti del valore] né «Seinsbegriffe» [concetti dell'essere][1].

La differenza tra i due concetti (quello giuridico e quello reale) è di primaria importanza e Radbruch tenta di spiegarne il senso e la rilevanza proponendo un'analogia con il mondo estetico. Si tratta infatti della stessa rilevante differenza che coinvolge, per esempio, il concetto di «Kunst» [arte], «al tempo stesso un concetto ideale [*Idealbegriff*], un criterio per mezzo del quale si esclude ciò che non è artistico dal regno dell'arte, ma anche un concetto reale [*Wirklichkeitsbegriff*] che comprende tutte le conquiste artistiche di un'epoca, siano esse artistiche oppure kitsch»[2]. Utile per cogliere la *ratio* della distinzione è pure il richiamo alla nozione di «scienza» [*Wissenschaft*], che «da una parte indica il criterio di verità [*Wahrheitsmaßstab*] dell'attività conoscitiva, rispetto al quale le conoscenze false vengono dichiarate non scientifiche, e dall'altra indica il concetto storico-culturale [*Kulturbegriff*] che racchiude in sé in modo avalutativo la verità scientifica e l'errore scientifico»[3]. O ancora infine, eloquente è quanto vale per il concetto di «Kultur», che «di per sé può essere compreso tanto come ideale per realtà culturali storico-sociali quanto l'insieme di queste realtà culturali»[4].

In quanto concetto giuridico, più specificamente, il termine «Stato» è valido in quanto concetto autentico, o formale, che corrisponde all'istituzione giuridica come tale, ad esempio, il Reich tedesco quale espressione della Costituzione weimariana. Oppure esso può valere in quanto concetto giuridico rilevante, ovvero, sostanziale, materiale, rappresentativo dei diritti e dei doveri dello Stato, stabiliti nella Carta costituzionale weimariana, nella quale esso ricorre in modo frequente.

Sulla base di questo chiarimento preliminare connesso alla duplicità semantica del concetto di Stato come concetto giuridico «formale» e come concetto giuridico «sostanziale», sorge una questione ulteriore, preziosa anch'essa per offrire una risposta al problema fondamentale che concerne il concetto di Stato: quale

1/ Ivi, § 11, II, p. 150.
2/ Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie*, cit., § 26, p. 420.
3/ *Ibidem*.
4/ *Ibidem*.

relazione sussiste tra lo Stato (inteso come concetto giuridico) e il diritto?

Secondo Radbruch, diritto e potere, o piuttosto, l'idea del diritto e l'idea di Stato non si identificano l'uno nell'altro. Lo scopo dello Stato, la ragion di Stato, può entrare in conflitto con il principio della certezza del diritto e con l'idea di giustizia. Questo è ciò che si è reso purtroppo tremendamente lampante durante gli anni del regime nazista. Lo hanno rivelato in tutta la loro cruda brutalità la totale negazione violenta e criminale di ogni possibile nozione di giustizia in qualche misura ragionevole; lo stravolgimento completo di essa e la trasformazione nel suo contrario; il mondo capovolto immaginato da Orwell e affermatosi nella realtà, complice una prassi della menzogna politica pervasiva e una logica razzista ammantata di pseudoscientificità.

A essere destabilizzate furono così le stesse fondamenta del diritto: non solo la sua giustizia, ma la sua stessa correttezza[5]. La certezza del diritto del resto è parte integrante dell'idea di giustizia sebbene non la esaurisca: essa contrasta l'arbitrio e il privilegio, prevedendo separazione dei poteri, trasparenza e stabilità delle procedure legislative.

Ma torniamo per un momento ancora alla *Rechtsphilosophie*, ove possiamo notare come Radbruch riformuli e applichi correttamente alla concezione dello Stato, la tradizionale legge di Hume, là dove asserisce che «"la normatività del fattuale" è un paradosso, da un mero essere [*Sein*] non può mai scaturire un dover essere [*Sollen*], un fatto [*Faktum*], come la visione di una determinata epoca storica, può diventare normativo solo se una norma [*Norm*] gli ha conferito questa normatività»[6]. Ma allora per questa via, la dottrina della normatività del fattuale che Radbruch rintraccia in Georg Jellinek, ma che generalizzando appartiene alle diffuse tesi giuspositiviste imperativistiche e decisioniste, assume al suo sguardo un aspetto paradossale in sé. Egli evidenzia l'indipendenza della sfera normativa, la cui fondatezza dunque non può derivare dalla realtà fattuale o da evidenze scientifiche, bensì dalla bontà della sua stessa fondazione morale. Si è inevitabilmente risospinti al di là del mero diritto positivo e della mera effettualità del darsi reale dello Stato, perché «proprio il positivismo statale e giuridico,

5/ Gustav Radbruch, *Vorschule der Rechtsphilosophie* (1948), in Id., *Gesamtausgabe*. Bd. 3: «Rechtsphilosophie III», a cura di Winfried Hassemer, cit., § 9, II, pp. 147-148.
6/ Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie*, in Id., *Gesamtausgabe*. Bd. 2: «Rechtsphilosophie II», a cura di Arthur Kaufmann, cit., § 26, p. 422.

pensato davvero sino in fondo presuppone una norma giuridica giusnaturalistica»[7], ammette Radbruch nella *Rechtsphilosophie*.

A conferma della lucidità dell'analisi radbruchiana, tornano in mente sul punto recenti interpretazioni del cosiddetto principio di Hume che, ad esempio, con Ronald Dworkin e prima di lui con Hans Jonas, respingono ogni lettura che miri a squalificare il campo della morale per via della sua indimostrabilità fattuale[8]. Ancora nella *Vorschule*, Radbruch torna sulla questione, richiamandosi esplicitamente alla filosofia kantiana per rafforzare la tesi dell'impossibilità di «desumere valori dalla realtà, di fondare un dover essere su dati di fatto, di trasformare leggi della natura in norme»[9], e al tempo stesso di non squalificare per questo l'universo della morale, attribuendogli piuttosto un valore indipendente e una natura giustamente non derivabile dall'esserci materiale nel mondo.

Ma allora per questa via il passo che ci separa da una certa interpretazione del diritto naturale e dal connesso concetto interpretativo di Stato è assai breve.

7/ *Ibidem*.

8/ Cfr. Hans Jonas, *Das Prinzip Verantwortung. Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1979, II, IV, § 6 (trad. it. a cura di Pier Paolo Portinaro, *Principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Einaudi, Torino 2002) e Ronald Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press, Cambridge, MA 2011, cap. 1 (trad. it. *Giustizia per i ricci*, Feltrinelli, Milano 2013).

9/ Gustav Radbruch, *Vorschule der Rechtsphilosophie* (1948), in Id., *Gesamtausgabe*. Bd. 3: «Rechtsphilosophie III», a cura di Winfried Hassemer, cit., § 6, II, p. 137.

18. Anche lo Stato ha bisogno di legittimazione

Nel 1932 Radbruch scrive: «Se in una comunità è presente un sovrano supremo, ciò che questi ordina deve essere ubbidito»[1]. Il principio della certezza del diritto che solo l'autorità politica può garantire e che spiega tale ubbidienza, rappresenta per altro verso al tempo stesso un vincolo, meglio, un limite all'esercizio del potere sovrano. Il proposito sotteso alla richiesta della certezza del diritto implica che lo Stato debba anche essere soggetto alle leggi. «Il principio della certezza del diritto, che chiede allo Stato di essere legislatore, comporta anche il suo essere sottoposto alla legislazione. Lo Stato è chiamato alla legislazione solo a condizione che esso si ritenga vincolato alle sue stesse leggi»[2]. E così, «lo Stato viene quindi vincolato al suo diritto positivo da un diritto sovrapositivo, da un diritto naturale, dalla stessa legge fondamentale giusnaturalistica, sulla quale solo la validità del diritto positivo può fondarsi»[3].

Il concetto di Stato implica una *claim of correctness* rivolta al diritto da cui si inferisce che esso non può mai essere considerato *legibus solutus*. Contro Hobbes, lo Stato nella sua essenza è uno Stato di diritto, e dunque soggetto al vincolo del diritto. Il positivismo giuridico e il concetto di Stato nel pensiero radbruchiano presuppongono in questo senso un principio di diritto naturale. «Lo Stato è quindi legato al suo diritto positivo mediante un diritto sovrapositivo, un diritto naturale, mediante quella stessa norma fondamentale giusnaturalistica sulla quale soltanto può fondarsi la stessa validità del diritto positivo»[4].

Vi è inoltre una limitazione ulteriore da considerare, la quale riguarda il principio di uguaglianza, o forse sarebbe più esatto dire

1/ Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie*, in Id., *Gesamtausgabe*. Bd. 2: «Rechtsphilosophie II», a cura di Arthur Kaufmann, cit., § 26, p. 422.
2/ *Ibidem*.
3/ *Ibidem*.
4/ Ivi, p. 422.

il principio di imparzialità, lo stesso principio che tra il 1945 e i 1946 Radbruch avrebbe definito il principio fondamentale di ogni ideale democratico di giustizia. Esso consente anche di far emergere con nettezza il conflitto sussistente tra lo Stato costituzionale [*Rechtsstaat*] e lo Stato incostituzionale [*Unrechtsstaat*]. «Un ordinamento statale che volesse trattare le persone singole e i casi singoli come tali non sarebbe diritto, ma arbitrio»[5], scrive Radbruch al paragrafo 26 della *Rechtsphilosophie*. E conclude che l'interesse della classe dominante «non emerge nella sua nudità, bensì nella forma del diritto e, a prescindere dal contenuto del diritto, la forma del diritto è sempre al servizio proprio dei dominati»[6]; di più, a favore dei dominati, dei meno avvantaggiati e dei deboli, per i quali è sempre meglio dipendere dallo Stato e dalla legge, piuttosto che una convivenza in assenza di essi, esposta cioè all'anomia.

A questo punto della nostra analisi, appare chiaro perché e in quale direzione Radbruch abbia cercato il più a lungo possibile, e per quanto possibile, di rendere più equo l'ordinamento giuridico costituzionale vigente in Germania prima dell'avvento del nazismo. Egli tentò di portare avanti questo suo programma in particolare attraverso il personale impegno civile e politico. In questo senso, concisa ma limpida è l'opera del periodo di Weimar intitolata *Volk im Staat*, nella quale Radbruch riesce in poco spazio a esibire tutto il potenziale critico della sua concezione ideale dello Stato e la centralità del principio di uguaglianza come suo criterio di legittimità.

Degne di nota in particolare sono le dure parole di denuncia quando passa dal piano ideale alla descrizione desolante della realtà, nella quale si può riconoscere «[n]on l'uguaglianza, ma la disuguaglianza degli individui, la disuguaglianza dei beni e della formazione, nel migliore dei casi, ancora, la disuguaglianza dei talenti e, di conseguenza, la differenza tra capi e sudditi, spesso capi e subordinati. Non individui che scelgono e votano di propria libera volontà e poi si uniscono per formare maggioranze e minoranze, ma individui socializzati nel profondo della loro anima, gruppi sociali che impongono esternamente o internamente ai loro membri determinate decisioni, con alle spalle poteri che dietro di loro agiscono nella formano di gruppi: coscienza di classe e carisma

5/ Ivi, p. 423.
6/ *Ibidem*.

del capo, opinione pubblica: piazza e stampa, dietro forse il potere del denaro: le maggioranze sono minoranze potenziate!»[7].

In definitiva, ci pare ormai chiaro che Radbruch non solo non è mai stato un «traditore», non solo non ha mai subito una «conversione», ma piuttosto, al cospetto di accadimenti storici devastanti, dopo aver assistito al fallimento storico di un diritto positivo acritico, ebbe l'onestà e il coraggio di rivedere le proprie idee, di modificarle, alla ricerca di un concetto di diritto più adatto a esprimere la sua costitutiva e basica istanza di equità minima. In questo senso, ciò che conferì forza a questa sua determinazione fu lo stesso convincimento che Arendt teorizzò un decennio più tardi, negando al regime hitleriano, al diritto nazionalsocialista, e al potere del *Führer* la possibilità di continuare a potersi dire diritto e potere sovrano. Essi si originarono su fondamenta fatte di abusi e violenza, di una «legalità criminale», ossimoro dietro al quale si cela un'idea di diritto formalistica da Radbruch mai in fondo accolta. Come è noto e abbiamo avuto prima modo di richiamare, Arendt, nell'epilogo al suo *Eichmann in Jerusalem*, pone una domanda: «quale sovranità ha uno Stato come lo Stato nazista? [...] Possiamo far valere i principi che facciamo valere ai regimi in cui crimine e violenza sono eccezioni e casi limite a un regime in cui il crimine è legale e persino la regola?»[8]. La questione diventa se si possa ancora parlare di sovranità e di Stato, in un senso non solo retorico, ma concettualmente pertinente. La questione diventa la distinzione tra uno Stato ingiusto e un non-Stato. Lo spazio semantico del concetto di Stato, se adeguatamente inteso, si colloca tra l'ideale di una società bene ordinata e un regime criminale; e questa collocazione mediana corrisponde alla sfera stessa del diritto come tale.

Nelle considerazioni conclusive del paragrafo 13 della *Rechtsphilosophie*, Radbruch osserva «che il diritto si trova in un fragile equilibrio, costantemente minacciato e sempre di nuovo da ristabilire, in mezzo a tensioni tra poli opposti»[9]. Ma è soprattutto nella *Vorschule* che questa idea fiorisce compiutamente.

Nel terzo capitolo, dopo aver ribadito che il diritto si costituisce di leggi e consuetudini positive, che esso non registra i fatti ma

7/ Gustav Radbruch, *Volk im Staat*, in Id., *Gesamtausgabe*, Bd. 12: «Politische Schriften aus der Weimarer Zeit – I. Demokratie, Sozialdemokratie, Justiz», a cura di Alessandro Baratta, cit., pp. 26-32: 26-27.

8/ Hannah Arendt, *Eichmann in Jerusalem. A Report on the Banality of Evil*, cit., «Postscript», p. 290.

9/ Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie*, in Id., *Gesamtausgabe*. Bd. 2: «Rechtsphilosophie II», a cura di Arthur Kaufmann, cit., § 13, p. 338.

regola la realtà attraverso le norme della vita collettiva, del vivere in società, afferma che là dove tali requisiti manchino, a venir meno è lo Stato stesso, e a restare il mero dominio. «Anche le manifestazioni di volontà dello Stato, se prive di una di queste caratteristiche, sono solo decisioni d'autorità [*Machtsprüche*], prive di natura giuridica. Ove si neghi ad esempio in modo consapevole la natura generale del diritto, e la giustizia non viene più perseguita, ad esempio, si nega consapevolmente la generalità del diritto e non si cerca nemmeno la giustizia, gli ordini così emessi non possono che essere solo decisioni d'autorità [*Machtsprüche*], mai norme giuridiche»[10].

Non ogni forma di dominio può dirsi Stato, non ogni potere accentrato può dirsi sovrano. Né lo Stato né il sovrano sono brute istanze di forza capaci di ottenere obbedienza: entrambi devono soddisfare i requisiti minimi della giuridicità. «Così, lo Stato che rende legale un solo partito e nega ad altre associazioni lo stesso carattere, lo "Stato monopartitico", non è una struttura giuridica; così, la legge che priva alcune persone dei diritti umani non è una norma giuridica. Qui si dà dunque un confine netto tra diritto e non diritto»[11].

In definitiva, una indicazione chiara di quale sia la posizione di Radbruch la si potrebbe già ricavare dall'esergo scelto per il paragrafo 26 della *Rechtsphilosophie*, quello – come abbiamo visto – interamente dedicato al concetto di Stato in quanto Stato costituzionale. Si tratta di un passo di Friedrich Schiller che suona così: «Non fidatevi di voi stessi, nobile signore, affinché l'utile dello Stato non vi sembri giustizia!»[12].

10/ Gustav Radbruch, *Vorschule der Rechtsphilosophie* (1948), in Id., *Gesamtausgabe*. Bd. 3: «Rechtsphilosophie III», a cura di Winfried Hassemer, cit., § 11, II, p. 151.
11/ *Ibidem*.
12/ Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie*, in Id., *Gesamtausgabe*. Bd. 2: «Rechtsphilosophie II», a cura di Arthur Kaufmann, cit., § 26, p. 418.

19. Una democrazia... abbastanza relativista

L'ideale di un diritto come limite certo e volto al perseguimento dell'uguaglianza tra gli uomini stretti in società è per Radbruch il principio supremo, il significato più autentico della convivenza tra gli esseri umani.

Il rifiuto di ogni forma di autocrazia, la scelta democratica, rappresenta la via unica e indispensabile per la sua tendenziale realizzazione. E qui pare che Radbruch s'incontri – nonostante dichiari il contrario[1] – con il Kelsen degli scritti sulla democrazia, in particolare di *Vom Wesen und Wert der Demokratie* [Sull'essenza e il valore della democrazia], ove si legano a doppio filo il relativismo e la democrazia, in contrapposizione all'affiatata coppia: assolutismo-autocrazia. Kelsen suggerisce la connessione essenziale tra democrazia e tolleranza di contro a quella infausta tra fondamentalismo e autocrazia. Si potrebbe sostenere con un piccolo azzardo che – come era chiaro già nella prolusione del '27 *Der Mensch im Recht* – sul valore e la natura della democrazia Radbruch si trovi, forse suo malgrado, d'accordo con Kelsen nel ritenerla ben altra cosa dal semplice principio di maggioranza; come pure che condivida con il filosofo austriaco la positiva considerazione di un relativismo etico, il quale nella sua moderazione corrisponde al rigetto del fanatismo e garantisce il pluralismo morale indispensabile per ogni società democratica. Per Radbruch infatti «[f]anatismo e dottrinarismo sono gli errori ereditari del modo di essere del nostro partito. Sempre di nuovo si deve sottolineare: i valori politici non sono di quelli che si dovrebbero pesare con la bilancia dell'orefice,

1/ Per un confronto tra Radbruch e Kelsen cfr. Frank Haldemann, *Gustav Radbruch vs. Hans Kelsen. A Debate on Nazi Law*, in «Ratio Juris», vol. 18, n. 2, 2005, pp. 162-178; inoltre, Phillipp Horst Schlüter, *Gustav Radbruchs Rechtsphilosophie und Hans Kelsens Reine Rechtslehre. Ein Vergleich*. Dissertation, Universität Tübingen 2009 (https://publikationen.uni-tuebingen.de/xmlui/bitstream/handle/10900/43739/pdf/Dissertation_Phillipp_Schlueter.pdf?sequence=1&isAllowed=y).

bensì fanno parte di quelli che si dovrebbero pesare con la bilancia del droghiere»[2].

La democrazia viene essenzialmente legata da Radbruch a una certa immagine di uomo. Lo sfondo antropologico, che esibisce l'epocale superamento di un uomo egoista e autointeressato, apre all'umanità la via alla democrazia. «L'essere umano nel diritto non è più da ora in poi Robinson o Adamo, non più l'individuo isolato, bensì l'uomo in società, l'uomo collettivo»[3]. E da questo uomo collettivo o relazionale sgorga una vita sociale caratterizzata dalla condivisione, per cui democrazia non significa più «uguaglianza di tutti coloro che hanno sembianze umane», «non è più la somma di singoli, bensì una unità sociologica più complessa di gruppi sociali, classi e partiti»[4]. Come ebbe a scrivere tra i suoi *Aforismi politici*: «Democrazia non significa: Attendere il grande uomo. Democrazia è piuttosto una forma di Stato che funziona, anche senza genii, con validi uomini medi come guide. I grandi uomini al contrario hanno portato spesso alla storica infelicità del loro popolo, perché costruiscono l'apparato statale in modo che esso non possa funzionare senza la loro guida»[5].

Nell'ultimo e decimo capitolo del corso di filosofia del diritto (la nota *Vorschule*), nel paragrafo dedicato a «Il concetto della democrazia», Radbruch dà avvio alla sua riflessione tuttavia proprio in polemica con Kelsen. Secondo la dottrina kelseniana il punto di partenza dell'idea democratica è il relativismo. Ma per Radbruch «[d]emocraticismo è la volontà di affidare il potere dello Stato alla maggioranza del momento, senza considerazione per il contenuto della sua idea politica. Lo Stato democratico non sarebbe quindi vincolato a una determinata idea politica di scopo, esso sarebbe senza idea politica, neutrale di fronte a tutte le concezioni del mondo. Così, nel 1933, una maggioranza antidemocratica si poté impadronire dello Stato democratico e asservirlo»[6].

Evidente qui la forzatura interpretativa che Radbruch opera nei

---

2/ Gustav Radbruch, *Politische Aphorismen*, in Id., *Gesamtausgabe*. Bd. 4: «Kulturphilosophische und -historische Schriften», a cura di Günter Spendel, cit., p. 218.

3/ Gustav Radbruch, *Der Mensch im Recht* (1927), in Id., *Gesamtausgabe*. Bd. 2: «Rechtsphilosophie II», a cura di Arthur Kaufmann, cit.; trad. it. *L'uomo nel diritto*, in Id., *Diritto e no. Tre scritti*, a cura di Marina Lalatta Costerbosa, cit., pp. 93-116.

4/ *Ibidem*. Sull'idea di democrazia di Radbruch, cfr. Martin D. Klein, *Demokratisches Denken bei Gustav Radbruch*, BWV-Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin 2007.

5/ Gustav Radbruch, *Politische Aphorismen*, in Id., *Gesamtausgabe*. Bd. 4: «Kulturphilosophisce und -historische Schriften» a cura di Günter Spendel, cit., p. 218.

6/ Gustav Radbruch, *Vorschule der Rechtsphilosophie*, in Id., *Gesamtausgabe*. Bd. 3: «Rechtsphilosophie III», a cura di Winfried Hassemer, cit.

confronti di un'argomentazione, quella kelseniana, niente affatto scettico-relativistica. Per Kelsen «alla concezione critico-relativistica del mondo si ricollega un'attitudine democratica. Chi ritiene inaccessibili alla conoscenza umana la verità assoluta e i valori assoluti non deve considerare come possibile soltanto la propria opinione, ma anche l'opinione altrui. Perciò il relativismo è quella concezione del mondo che l'idea democratica suppone»[7].

In questo passaggio ci pare evidente come il fuoco dell'attenzione si sposti dal *perché* si considerino possibili le opinioni altrui (questione che Kelsen parrebbe risolvere nella semplice inaccessibilità della verità alla conoscenza umana) al *fatto* di ritenere possibili anche le opinioni altrui. Può essere che ciò derivi dall'inaccessibilità della verità, viatico per una forma estrema di relativismo; ma può discendere anche dal riconoscimento del *valore* dell'opinione altrui in quanto opinione dell'altro, al quale si deve pari e reciproco rispetto.

Se tutto questo può trovare conforto nei testi, allora inevitabile diventa chiedersi quale relativismo sia mai quello che va a braccetto con il riconoscimento preliminare dei diritti fondamentali, e dunque pure con la democrazia. Ed è infatti proprio Kelsen ad assumere un'idea radicale di democrazia. Nel capitolo su «Il principio di maggioranza», scrive: «Come io voglio obbedire soltanto alla legge alla creazione della quale ho contribuito, così, nella formazione della volontà dello Stato, posso soltanto riconoscere come mio rappresentante – se pur debbo riconoscerne uno – qualcuno che sia stato designato come tale da me e non contro la mia volontà»[8].

Come è possibile tuttavia ottenere questa totale specularità, potremmo dire, questa rousseauiana simmetria, tra uomini e cittadini, senza una pretesa normativa che ponga limiti alla volontà di tutti?

A tornare in gioco sono le considerazioni di Radbruch, il quale recupera il relativismo da lui sostenuto negli anni Trenta, un relativismo dal volto «ragionevole». È un relativismo, il suo, prossimo allo spirito kelseniano e all'ideale del pluralismo nella diversità, lontano cioè dall'indifferenza e dall'equiparazione di qualsivoglia

7/ Hans Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (1929); trad. it. *Essenza e valore della democrazia*, in Id., *Democrazia*, a cura di Mauro Barberis, il Mulino, Bologna 1998, pp. 148-149.
8/ Ivi, p. 108.

insieme di opzioni confliggenti[9]. Adesso infatti può affermare che «si è costretti ad ammettere che democrazia non è assenza di opinione propria, ma piuttosto una particolare opinione politica. Dietro l'idea del relativismo, della neutralità, della tolleranza, sta il valore positivo della libertà, libertà come approvazione dello Stato di diritto, libertà come vivaio della personalità. Libertà come principio dell'attività culturale»[10].

L'opposto, come è evidente, di ogni regime autoritario, di ogni ordine politico che non assuma come prioritaria la libertà individuale e non promuova la formazione culturale e l'indipendenza della critica; l'antitesi di ogni possibile manifestazione del fondamentalismo che Radbruch ancora aveva davanti agli occhi della memoria e che lo costringeva a reagire, a suo modo: regalandoci una via per scongiurare il suo possibile ripresentarsi.

Come tutto questo, ci chiediamo in conclusione, potrebbe non scalfire il pensiero, non aggiungere idee a idee, non stimolare e agitare il pensiero di un filosofo come Radbruch, che proprio per questa interiore irrequietezza, maturata nella dozzina interminabile di anni tenuti sotto scacco dai nazisti, e per il coraggio e la capacità di dare veste teorica a tale ansia di condanna e prevenzione, si è incastonato per sempre al centro della riflessione giusfilosofica postbellica europea.

A Radbruch si deve la decisa rimessa in discussione di quell'idea di legalità che sfocia nel più ottuso legalismo; una critica resa senza offrire il fianco all'arbitrio della violenza senza legge, o all'oppressione moralistica del dogmatismo e del paternalismo.

Anche per Radbruch una prospettiva morale realistica o sostanzialistica non può trovare spazio entro il perimetro democra-

---

9/ Sulla complessa questione del relativismo nella filosofia del diritto radbruchiana si segnalano – oltre allo scritto di Radbruch, *Le relativisme dans la philosophie du droit*, in «Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique» del 1934, pp. 103-110 – Mario A. Cattaneo, *L'ultima fase del pensiero di Gustav Radbruch. Dal relativismo al giusnaturalismo*, in «Rivista di filosofia», vol. 50, n. 1, 1959, pp. 62-80; Zong Uk Tjong, *Der Weg des rechtsphilosophischen Relativismus bei Gustav Radbruch*, Röhrscheid, Bonn 1967; l'introduzione di Dino Pasini alla traduzione italiana della *Vorschule der Rechtsphilosophie*, cit., pp. 46-47, oltre alle indicazioni che si possono ricavare ivi, pp. 32 n. 30 e p. 33 n. 34; i passaggi sull'argomento in Robert Alexy, *Concetto e validità del diritto*, cit., pp. 54 ss.; più di recente: Vincenzo Omaggio, *Il relativismo di Gustav Radbruch*, in Gustav Radbruch, *Filosofia del diritto*, a cura di Gaetano Carlizzi, Vincenzo Omaggio, cit., pp. XLI-LXIV; Dante Valitutti, *Gustav Radbruch. Relativismo, equità, trialismo metodologico, certezza giuridica, diritto sovralegale*, DeriveApprodi, Bologna 2023, pp. 13-26.

10/ Gustav Radbruch, *Vorschule der Rechtsphilosophie*, in Id., *Gesamtausgabe*. Bd. 3: «Rechtsphilosophie III», a cura di Winfried Hassemer, cit., § 34, pp. 218-219.

tico[11]. A dover essere assunto è piuttosto un relativismo moderato che non rinunci all'universalismo e lo declini in una direzione non nichilistica, in grado di sorreggere l'ideale democratico pluralista e storico.

A Radbruch si deve l'intuizione che il legalismo e l'arbitrio che deriva dall'anomia appaiono opposti ma storicamente sono andati a braccetto.

A Radbruch si deve uno sguardo attento sulla figura e il ruolo del giudice, al quale occorre ragionevolezza e coraggio per essere adeguato alla responsabilità che inerisce al suo ruolo.

A Radbruch si deve infine l'idea che il concetto di diritto contenga volontà di giustizia, una pretesa di giustizia, un'aspirazione alla correttezza, nonostante esso non riesca nei fatti a essere all'altezza del proprio compito.

11/ La lettura di Alexy sul punto non ci pare condivisibile: per lui Radbruch rifluirebbe in una «rudimentale etica non relativistica»; così in *Concetto e validità del diritto*, cit., p. 33.

Bibliografia

Opere di Gustav Radbruch

Le opere di Gustav Radbruch sono raccolte nei 20 volumi della *Gesamtausgabe in 20 Bänden*, a cura di Arthur Kaufmann, C.F. Müller, Heidelberg 1987-2003:

Vol. 1: *Rechtsphilosophie I*, a cura di Arthur Kaufmann, 1987.
Vol. 2: *Rechtsphilosophie II*, a cura di Arthur Kaufmann, 1993.
Vol. 3: *Rechtsphilosophie III*, a cura di Winfried Hassemer, 1990.
Vol. 4: *Kulturphilosophisce und kulturhistoriusche Schriften*, a cura di Günter Spendel, 2002.
Vol. 5: *Literatur- und kunsthistorische Schriften*, a cura di Hermann Klenner, 1997.
Vol. 6: *Feuerbach*, a cura di Gerhard Haney, 1997.
Vol. 7: *Strafrecht I*, a cura di Monika Frommel, 1995.
Vol. 8: *Strafrecht II*, a cura di Arthur Kaufmann, 1998.
Vol. 9: *Strafrechtsreform*, a cura di Rudolf Wassermann, 1992.
Vol. 10: Strafvollzug, a cura di Heinz Müller-Dietz, 1994.
Vol. 11: *Strafrechtsgeschichte*, a cura di Ulfrid Neumann, 2001.
Vol. 12: *Politische Schriften aus der Weimarer Zeit -, I. Demokratie, Sozialdemokratie, Justiz*, a cura di Alessandro Baratta, 1992.
Vol. 13: *Politische Schriften aus der Weimarer Zeit -, II. Justiz, Bildungs- und Religionspolitik*, a cura di Alessandro Baratta, 1993.
Vol. 14: *Staat und Verfassung*, a cura di Hans-Peter Schneider, 2002.
Vol. 15: *Rechtsvergleichende Schriften*, a cura di Heinrich Scholler, 1999.
Vol. 16: *Biographische Schriften*, a cura di Günter Spendel, 1988.
Vol. 17: *Briefe I (1898-1918)*, a cura di Günter Spendel, 1991.
Vo. 18: *Briefe II (1919-1949)*, a cura di Günter Spendel, 1995.
Vol. 19: *Reichstagsreden*, a cura di Volkmar Schöneburg, 1998.
Vol. 20: *Nachtrag und Gesamtregister*, a cura di Berthold Kastner, 2003.

Rechtsphilosophie è disponibile anche nella *Studienausgabe* a cura di Ralf Dreier, Stanley L. Paulson, C.F. Müller, Heidelberg 1999. Essa include: *Entwurf eines Nachworts zur «Rechtsphilosophie»*, *Fünf Minuten Rechtsphilosophie* e *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*.

In lingua italiana sono usciti negli anni alcuni saggi sparsi in riviste e raccolte collettanee, oltre alle opere:

Propedeutica alla filosofia del diritto, traduzione di Dino Pasini, Carlo A. Agnesotti, a cura di Dino Pasini, Giappichelli, Torino 1958;

Introduzione alla scienza del diritto, traduzione di Dino Pasini, Carlo A. Agnesotti, a cura di Dino Pasini, Giappichelli, Torino 1961;
Lo spirito del diritto inglese, traduzione a cura di Alessandro Baratta, Giuffrè, Milano 1962.
Filosofia del diritto, traduzione e cura di Gaetano Carlizzi, Vincenzo Omaggio, *Filosofia del diritto*, Giuffrè, Milano 2021;
L'uomo nel diritto, Cinque minuti di filosofia del diritto, Legalità senza diritto e diritto sovralegale, traduzione e cura di Marina Lalatta Costerbosa, in Gustav Radbruch, *Diritto e no. Tre scritti*, Mimesis, Milano-Udine 2021.

Saggi su Gustav Radbruch

Adachi Hidehiko, *Die Radbruchsche Formel. Eine Untersuchung der Rechtsphilosophie Gustav Radbruchs*, Nomos, Baden-Baden 2005.

Alexy Robert, *A Defence of Radbruch's Formula*, in *Recrafting the Rule of Law. The Limits of Legal Order*, a cura di David Dyzenhaus, Hart Publishing, Oxford 1999, cap. 2, pp. 15-39.

Alexy Robert, *Begriff und Geltung des Rechts* (1992); trad. it. *Concetto e validità del diritto*, Einaudi, Torino 1997 (e una nuova trad. it. a cura di Massimo La Torre, Carocci, Roma 2022).

Alexy Robert, *Gustav Radbruchs Rechtsbegriff*, Graz Jurisprudence Lecture 2016.

Alexy Robert, *Gustav Radbruchs Rechtsbegriff*, testo dell'intervento al 350 anniversario della Christian-Albrechts-Universität di Kiel, pp. 1-15.

Bisogni Giovanni, *Un precursore dello Stato costituzionale di diritto. Gustav Radbruch e la* Filosofia del diritto *del '32*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», a. LII, n. 2, pp. 339-355.

Bix Brian H., *Radbruch's Formula and Conceptual Analysis*, in «The American Journal of Jurisprudence», vol. 56, 2011, pp. 45-57.

Carlizzi Gaetano, *Continuità o discontinuità nella filosofia del diritto di Radbruch? La tesi del «giusnatupositivismo ermeneutico»*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», a. LII, n. 2, pp. 275-309.

Carlizzi Gaetano, *I fondamenti giusfilosofici della «Duplice formula di Radbruch»*, in *Limiti del diritto. Prospettive di riflessione e analisi*, a cura di Raffaele De Giorgi, Pensa MultiMedia, Lecce 2018, pp. 105-118.

Castrucci Emanuele, *Rileggendo Radbruch*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», vol. 17, 1988, pp. 487-498.

Cattaneo Mario A., *L'ultima fase del pensiero di Gustav Radbruch. Dal relativismo al giusnaturalismo*, in «Rivista di filosofia», vol. 50, n. 1, 1959, pp. 62-80.

Cattaneo Mario A., *Anselmo Feuerbach. Filosofo e giurista liberale*, Milano, Edizioni di Comunità 1970.

Dieckmann Hubertus-Emmanuel, *Überpositives Recht als Prüfungsmassstab im Geltungsbereich des Grundgesetzes? Eine kritische Würdigung der Rezeption der Radbruchschen Formel und des Naturrechtsgedankens in der Rechtsprechung*, Duncker & Humblot, Berlin 2006.

Dreier Horst, *Die Radbruchsche Formel – Erkenntnis oder Bekenntnis?*, in *Die Natur des Rechts bei Gustav Radbruch*, a cura di Martin Borowski, Stanley L. Paulson, Mohr Siebeck, Tübingen 2015.

Dreier Ralf, *Gustav Radbruchs Rechtsbegriss,* in *Gesellschaft und Gerechtigkeit. Liber amicorum für Hubert Rottleuthner,* a cura di Matthias Mahlmann, Nomos, Baden-Baden 2011, pp. 17-44.
Funke Andreas, *Überlegungen zu Gustav Radbruchs «Verleugnungsformel». Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsbegriff,* in «ARSP: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», vol. 89, n. 1, 2003, pp. 1-16.
Füβer Klaus, *Rechtspositivismus und «gesetzliches Unrecht». Zur Destruktion einer verbreiteten Legende,* in «ARSP: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», vol. 78, n. 3, 1992, pp. 301-331.
García Manrique Ricardo, *Radbruch y el valor de la seguridad jurídica,* in «Anuario de Filosofía del derecho», vol. XXI, 2004, pp. 262-286.
Gustav Radbruch als Reichsjustizminister (1921-1923), Konferenz der Friedrich-Ebert-Stiftung, Forum Berlin. Dokumentation, Friedrich-Ebert-Stiftung, Forum Berlin 2004.
Haldemann Frank, *Gustav Radbruch vs. Hans Kelsen. A Debate on Nazi Law,* in «Ratio Juris», vol. 18, n. 2, 2005, pp. 162-178.
Hippel Fritz von, *Gustav Radbruch als rechtphilosophischer Denker,* Lambert Schneider, Heidelberg 1951.
Kaufmann Arthur, *Die Radbruchsche Formel vom gesetzlichen Unrecht und vom übergesetzlichen Recht in der Diskussion um das im Namen der DDR begangene Unrecht,* in «Neue Juristische Wochenschrift», vol. 48, 1995, pp. 81-86.
Kaufmann Arthur, *Gustav Radbruch. Rechtsdenker, Philosoph, Sozialdemokrat,* Piper, München-Zürich 1987.
Martínez Bretones Virginia, *Gustav Radbruch. Vida y obra,* Universidad Nacional Autonoma de Mexico, Città del Messico 1989.
Klein Martin D., *Demokratisches Denken bei Gustav Radbruch,* BWV-Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin 2007.
Klenner Hermann, *Recht und Unrecht,* transcript Verlag, Bielefeld 2004.
Kramer Hermann, *Strafe und Strafrecht im Denken des Kriminalpolitikers Gustav Radbruch,* Sieg-Post Druckerei, Wissen 1956.
Lösch Anna-Maria Gräfin von, *Der nackte Geist. Die Juristische Fakultät der Berliner Univeristät im Umbruch von 1933,* Mohr Siebeck, Tübingen 1999.
Mertens Thomas, *But Was it Law?,* in «German Law Journal», vol. 7, n. 2, 2006, pp. 191-197.
Mertens Thomas, *Radbruch and Hart on the Grudge Informer. A Reconsideration,* in «Ratio Juris», vol. 15, n. 2, 2002, pp. 186-205.

Morris Douglas G., *Accommodating Nazi Tyranny? The Wrong Turn of the Social Democratic Legal Philosopher Gustav Radbruch after the War*, in «Law and History Review», vol. 34, n. 3, 2016, pp. 649-688.
Omaggio Vincenzo, *Idea e realtà del diritto. La* Rechtsphilosophie *di Gustav Radbruch*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», a. LII, n. 2, pp. 357-380.
Omaggio Vincenzo, *Il relativismo di Gustav Radbruch*, in Gustav Radbruch, *Filosofia del diritto*, a cura di Gaetano Carlizzi, Vincenzo Omaggio, Giuffrè, Milano 2021, pp. XLI-LXIV.
Ott Walter, *Die Radbruchsche Formel. Pro und Contra*, in «Zeitschrift für Schweizerisches Recht», vol. 107, 1988, pp. 335-357.
Paulson Stanley L., *La filosofia del diritto di Gustav Radbruch*, a cura di Nicoletta Bersier Ladavac e Pieluigi Chiassoni, Mimesis, Milano-Udine 2023.
Paulson Stanley L., *Ein ewigen Mythos: Gustav Radbruch als Rechtspositivist* – Teil I, in «Juristische Zeitung», vol. 63, n. 3, 2008, pp. 105-115.
Paulson Stanley L., *On the Background and Significance of Gustav Radbruchs Postwar Papers*, in «Oxford Journal of Legal Studies», vol. 26, n. 1, 2006, pp. 17-40.
Pomarici Ulderico, *Il costituzionalismo tedesco da Weimar al nazionalsocialismo. Figure e problemi*, in «Diacronìa. Rivista di storia delle filosofia del diritto», vol. 2, 2019, pp. 209-272.
Portinaro Pier Paolo, *Radbruch e i trilemmi del pensiero giuridico*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», a. LII, n. 2, pp. 259-274.
Rivers Julian, *The Interpretation and Invalidity of Unjust Laws*, in *Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order*, a cura di David Dyzenhaus, Hart Publishing, Oxford 1999, cap. 3, pp. 40-65.
Salinger Frank, *Radbruchsche Formel und Rechtsstaat*, C.F. Müller, Heidelberg 1995 («Heidelberger Forum», Bd. 92).
Schafer Karl H., Ulrich O. Sievering, a cura di, *Strafvollzug und Menschenwürde. Gustav Radbruch: Wegbereiter des Strafvollzugs des Grundgesetzes*, Haag und Herchen, Frankfurt am Main 2001.
Schlüter Phillipp H., *Gustav Radbruchs Rechtsphilosophie und Hans Kelsens Reine Rechtslehre. Ein Vergleich*. Dissertation, Universität Tübingen 2009.
Scholler Heinrich, *Die Rechtsvergleichung bei Gustav Radbruch und seine Lehre vom überpositiven Recht*, Duncker & Humblot, Berlin 2002.
Schünemann Bernd, *Per una critica della cosiddetta Formula di Radbruch. Note su un concetto di diritto culturalmente e comunicativamente orientato*, in «i-lex», nn. 13-14, 2011, pp. 109-120.

Sieckmann Jan-Reinard, *Il relativismo ricostruito. Un'analisi della filosofia del diritto di Gustav Radbruch*, in «Ars interpretandi», n. 2, 2012, pp. 75-93 (è la trad. it. di un saggio apparso in «ARSP: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», vol. 95, n. 2, 2009).

Spendel Günter, *Jurist in einer Zeitenwende. Gustav Radbruch zum 100. Geburtstag*, C.F. Müller, Heidelberg-Karlsruhe 1979 («Heidelberger Forum», Bd. 5).

Sprenger Gerhard, *50. Jahre Radbruchsche Formel oder: Von der Sprachnot der Juristen*, in «Neue Justiz», vol. 51, n. 1, 1997, pp. 3-7.

Stern Fritz, *Einstein's German World*, Allen Lane – The Penguin Press, London 2000.

Tjong Zong Uk, *Der Weg des rechtsphilosophischen Relativismus bei Gustav Radbruch*, Röhrscheid, Bonn 1967.

Tjong Zong Uk, *Über die Wendung zum Naturrecht bei Gustav Radbruch*, in «ARSP: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», vol. 56, n. 2, 1970, pp. 245-264.

Valitutti Dante, *Gustav Radbruch. Relativismo, equità, trialismo metodologico, certezza giuridica, diritto sovralegale*, DeriveApprodi, Bologna 2023.

Vassalli Giuliano, *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei «delitti di Stato» nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, Giuffrè, Milano 2001.

Wolf Erik, *Umbruch oder Entwicklung in Gustav Radbruchs Rechtsphilosophie?*, in «ARSP: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», vol. 45, n. 4, 1959, pp. 481-503.

Appendice

Scritti di Gustav Radbruch

Sulla pena di morte[1]

Il breve testo Zur Todesstrafe *(presente nella* Gesamtausgabe. *Bd. 9: «Strafrechtsreform», a cura di Rudolf Wassermann, cit., pp. 302-303) appare in prima edizione in* Der Mörder und der Staat. Die Todesstrafe im Urteil hervorragender Zeitgenossen*, a cura di Ernst Moritz Mungenast, Hädecke, Stuttgart 1928 (pp. 80-82). Si tratta di una densa riflessione sull'ingiustizia senza condizioni rappresentata dalla pena di morte; da essa si possono già evincere le motivazioni di fondo addotte poi negli anni da Radbruch per rigettarne ogni ipotesi di giustificazione o di riabilitazione. Aspetti di ordine morale si intrecciano nella sua pagina a osservazioni di natura criminologica e psicologico-sociale, oltre a considerazioni originali di tenore più specificamente giuridico-politico.*

1/ Le note apposte ai testi di Gustav Radbruch di seguito da noi tradotti sono state inserite per rendere più immediata al lettore l'individuazione di volta in volta di autori, casi giudiziari, testi ai quali nella sua scrittura l'autore ha inteso riferirsi.

Stiamo per varare un codice penale che deve traghettare il diritto penale dall'età del sentimento e del pathos all'età della ragione e della sobrietà, che deve rendere la pena una misura sociale e il giudice penale un ufficiale sociale. In siffatto diritto penale la pena di morte non può più essere inserita. Essa è carica di sentimento e pathos; nella sua odierna restrizione all'omicidio è deducibile solo dalla forma più cruda della vendetta, dalla legge del taglione: occhio per occhio, dente per dente, sangue per sangue.

Oltre a tutto ciò che è stato fatto valere contro l'anacronistica brutalità e inadeguatezza di questa pena, pesa molto il fatto che il culmine del sistema penale, raggiunto con tale pena retributiva dal carattere brutale, trasmette all'intero sistema penale parte del suo carattere vendicativo e mette in pericolo, ben al di là del proprio campo di applicazione, il concretizzarsi del nuovo spirito del diritto penale sociale, distante ormai dalla dottrina della retribuzione. Come vasti ambienti giudicano il diritto nel suo insieme solo dal lato del diritto penale, così gli stessi ambienti sono abituati a vedere il diritto penale nel suo insieme dal punto di vista della pena di morte, nella quale esso si manifesta più chiaramente. I cartelloni pubblici su sfondo rosso con l'annuncio della pena di morte, il resoconto giornalistico sulla sua esecuzione costituiscono alimento avidamente divorato di sadica perdizione e con ciò un tipo di interesse sensazionalistico per il diritto penale, che pone il diritto penale nel suo insieme sotto falsa luce.

Le forze più spaventate dell'inconscio [*seelischen Unterwelt*] vengono attivate dall'impressione generata dall'attuazione della pena di morte; forze, che sono atte a divenire fonte proprio del crimine che la pena di morte combatte. Certo accanto a tale crudele perdizione l'esecuzione procura anche timorose inibizioni, soltanto non è in nessun modo garantito che queste inibizioni entrino in funzione proprio nel momento in cui si conta su di esse. È una concezione troppo primitiva pensare questo meccanismo psicologico alla maniera di una bilancia, in cui è sufficiente porre su un piatto un sol male per evitare che l'altro piatto in cui giace la colpa scenda. Chi abbia letto una volta con empatia il personaggio di «Raskolnikoff» di Dostojewski sa quanto proprio nei delitti più gravi in vista della riflessione si dà la ponderazione delle inibizioni e dei motivi trainanti in contrasto tra loro. Proprio nei casi più difficili la premeditazione del delitto ottiene rapidamente una forza schiacciante e sospinge nel subconscio tutto ciò che potrebbe

inibirlo. «Vi sono persone – afferma Gustaf af Geijerstam[2] – fatte in modo che il pensare stesso impedisce loro di resistere alle tentazioni, in quanto il pensiero nella loro interiorità guida e accresce la propria essenza così a lungo da divorare lo spazio vuoto intorno a sé». «Chi pecca di proposito?» – chiede Marie von Ebner-Eschenbach[3] – «difficilmente il criminale. Una volta che egli abbia deciso di compiere un'azione, pensa solo a come la farà, e non sa quasi più che sta facendo il male». Smettiamola allora del tutto con il facile pragmatismo di una psicologia criminale che è rimasta alla dottrina dell'anima di epoca illuministica. Non è la cattiveria la fonte ultima della crudeltà penale, ma la mancanza di psicologia: anche la pena di morte ha il suo solido fondamento nella stupidità psicologica rispetto all'empatia.

2/ Scrittore svedese della seconda metà dell'Ottocento noto, tradotto in tedesco e molto apprezzato da Rainer Maria Rilke.

3/ Scrittrice della Moravia attiva nella seconda metà dell'Ottocento, sensibile al profilo psicologico dei suoi personaggi, autrice anche di aforismi noti a Radbruch.

Abolizione della pena di morte come simbolo della riforma della giustizia penale

Il testo Abschaffung der Todesstrafe als Symbol der Strafrechtsreform *(raccolto ora nella* Gesamtausgabe. *Bd. 9: «Strafrechtsreform», a cura di Rudolf Wassermann, cit., pp. 321-322) uscì come comunicato stampa della Deutsche Liga für Menschenrechte di Berlino, il 12 maggio 1931, alle pp. 1-2. In quella occasione di pubblico confronto sul tema della pena di morte, organizzato dalla Deutsche Liga für Menschenrechte, intervennero anche il giurista tedesco Wolfgang Mittermaier (costretto all'emeritato nel 1933); Wilhelm Kahl, giurista, parlamentare nei primi anni di Weimar e fondatore della Deutsche Volkspartei; e ancora Eberhard Schmidt, giuspenalista, storico del diritto penale, attivo e incardinato nelle più alte cariche universitarie anche negli anni del nazismo, autore della monografia dal titolo inquietante (in considerazione dell'anno della sua pubblicazione):* Der Arzt im Strafrecht *(T. Weicher, Leipzig 1939). Egli fu tuttavia nel 1948 il successore di Radbruch nella cattedra di diritto penale dell'Università di Heidelberg.*

Perché l'abolizione della pena di morte è diventata il simbolo dell'intera riforma del diritto penale? Attraverso la pena che è all'apice del sistema penale, si determina lo spirito del diritto penale nel suo insieme. Poiché il sistema penale culmina con la pena di morte, tutte le pene condividono con essa un po' del suo odore di sangue, del suo spirito retributivo e di vendetta. Lo spirito di un diritto penale nuovo, sociale, può concretizzarsi soltanto se il fantasma della pena di morte viene bandito.

Noi non lottiamo per Kürten[1], bensì contro la pena di morte. Noi miriamo a che la pena di morte comminata a Kürten non venga eseguita, perché con la testa di Kürten in futuro cadrebbero molte teste, anche meno pericolose e colpevoli – e al cospetto del pericolo, mai da escludere, dell'errore giudiziario anche innocenti. Noi ci opponiamo però all'esecuzione di Kürten anche perché pure nel suo operato la correità della società non può essere ignorata. Con la predisposizione ereditata da un padre alcolista si mescolarono condizionamenti sociali, come la terribile trascuratezza della casa paterna e le esperienze di una prigionia decennale che ancora nulla conosceva della odierna riforma penitenziaria, i quali influirono su una natura infausta che si scatenò nei misfatti di Kürten. Ma cosa sappiamo noi davvero di questa persona? Quando al processo il suo difensore disse a un perito che egli non poteva ritenere risolto l'enigma di Kürten sulla base delle concezioni odierne della psichiatria, il perito rispose: «Io la penso allo stesso modo». Si può pretendere di tagliare una testa se così poco si può scoprire di ciò che gli capitato?

Proprio il caso Kürten permette di chiarire l'insensatezza della pena di morte. L'esecuzione dell'assassino di massa Haarmann[2] ha potuto esercitare una qualche influenza sull'assassino di massa Kürten? Nella sete di sangue la voce deterrente della legge penale non è più udibile. Per rendere sicura la società da criminali pericolosi, vi sono tuttavia anche mezzi diversi dalla mannaia del boia. Certo la professione di coloro che sono incaricati della custodia e del trattamento di tali personalità è difficile e pericolosa, ma non più pericolosa e più difficile dell'altrettanto inevitabile servizio destinato ai malati mentali socialmente pericolosi.

1/ Il riferimento è al caso giudiziario del pluriomicida di Düsseldorf, Peter Kürten, la cui condanna a morte verrà eseguita il 2 luglio del 1931, nonostante le numerose proteste sollevatesi da più parti.

2/ È il caso giudiziario del pluriomicida di Hannover, Fritz Haarmann, condannato nel 1924 e poi giustiziato l'anno seguente per decapitazione.

Rimane pertanto quale un unico motivo per richiedere la pena di morte il grido di sangue per il sangue, il desiderio di riparazione, l'istinto di vendetta. Toglierlo dal diritto penale e dalla procedura penale è il fine e in una vasta zona già un successo dell'opera di riforma della politica penale. Nell'amministrazione prussiana della giustizia questo spirito di riforma venne concretamente valorizzato grazie all'indimenticabile ministro am Zehnhoff[3] e al suo concorde successore. La Prussia non sarà disposta – questo ce lo aspettiamo con sicurezza – a dare ora il segnale decisivo di un regresso nel diritto penale.

3/ Hugo am Zehnhoff fu ministro prussiano della giustizia negli anni della Repubblica di Weimar, tra il 1919 e il 1927.

Da Cesare Beccaria ad Alfredo Rocco

Il testo Von Cesare Beccaria zu Alfredo Rocco *(ora presente nella* Gesamtausgabe. *Bd. 10: «Strafvollzug», a cura di Heinz Müller-Dietz, cit., pp. 69-70) appare per la prima volta in «Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform», vol. 22, 1931, p. 363. In queste pagine Radbruch interviene in polemica con le argomentazioni a favore della reintroduzione della pena di morte in Italia (precedentemente abolita nel 1889 con il Codice penale del Regno voluto dall'allora ministro di grazia e giustizia Giuseppe Zanardelli) addotte da Alfredo Rocco, ministro della giustizia dal 1925 al 1932, sotto il governo fascista di Benito Mussolini.*

In particolare Radbruch commenta e nel commentare smonta la tenuta della lettura tendenziosa del testo di Cesare Beccaria Dei delitti e delle pene, *proposta da Rocco nei* Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale, *vol. V: «Progetto definitivo di un nuovo codice penale con la relazione del guardasigilli on. Alfredo Rocco», Roma 1929, pp. 67-68.*

Di grande rilievo nelle pagine radbruchiane non è solo lo smascheramento dell'interpretazione faziosa e artatamente selettiva dello scritto beccariano, ma anche, e forse soprattutto, l'interpretazione che Radbruch ci consegna dell'argomentazione di Beccaria contro la pena di morte.

Nessuna ambiguità – come non poca storiografia successiva ha invece ritenuto di rilevare – compare nel libretto del 1764. A ben leggere le acute e stringenti confutazioni di ogni ipotizzata giustificazione della pena di morte entro la sfera del diritto e della legge, non solo si desume con nettezza l'abolizionismo beccariano, ma si coglie anche la solidità di quel parere sottoscritto da Beccaria nel ruolo di membro della Commissione lombarda per la riforma del diritto penale, richiamato nelle sue pagine da Radbruch. Pure in quella presa di posizione ufficiale egli rese pubblica nel 1792 la propria contrarietà nei confronti della morte come pena.

Il ripristino della pena di morte è stato visto sino a oggi sempre solo come una triste necessità, ma non è mai stato salutato con gioia.

Vale il contrario per il rapporto con cui il ministro della giustizia italiano Alfredo Rocco trasmette al re la bozza del codice penale: «Una tale riforma rappresenta un ulteriore segno felice del mutato spirito della nazione italiana, della riacquistata virilità e del riacquistato vigore del nostro popolo, della completa liberazione della nostra cultura giuridica e politica dall'influenza di *ideologie straniere*».

Come ideologie straniere, «idee individualistiche, che trionfarono al di là delle Alpi», vengono indicate infatti le idee di Cesare Beccaria sulla pena di morte, che sinora erano state considerate un titolo d'onore del popolo italiano.

Sarà tuttavia addotto quale motivo di demerito della battaglia di Beccaria contro la pena di morte la sua contrarietà non incondizionata; nel suo libretto sui delitti e sulle pene scrive così: «La morte di un cittadino non può credersi necessaria che per due motivi. Il primo, quando anche privo di libertà egli abbia ancora tali relazioni e tal potenza che interessi la sicurezza della nazione ...»[1]. E: «quando la di lui morte fosse il vero ed unico freno per distogliere gli altri dal commettere delitti»[2].

Rocco omette di menzionare la posizione finale assunta da Beccaria sulla pena di morte: quella del 1792 con parere da lui sottoscritto in quanto membro della commissione per la riforma del diritto penale lombardo. Qui si vede che egli assume il secondo dei due casi solo se l'aperta ribellione può essere contrastata unicamente con l'uccisione dei rivoltosi – «[n]on è dunque la pena di morte un diritto, [...] ma è una guerra della nazione»[3]. Alla risposta del Facchinei[4], condivisa anche da Rocco, Beccaria aveva già controbattuto che per la giustificazione della pena di morte non ci si può richiamare al diritto, ma solo al potere [*Macht*] in quanto

1/ Cesare Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, a cura di Alberto Burgio, cit., § 28, p. 80. Nel testo di Radbruch le citazioni tratte dal libro di Beccaria sono riportate in lingua tedesca e desunte dalla traduzione curata e annotata da Karl Esselborn, *Über Verbrechen und Strafen*, Engelmann, Leipzig 1905. Qui abbiamo scelto di riportare invece la versione originale del testo.

2/ Cesare Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, a cura di Alberto Burgio, cit., § 28, p. 80.

3/ *Ibidem*.

4/ Il monaco vallombrosiano Ferdinando Facchinei che già alla fine del 1764 si scagliava contro l'opera di Beccaria appena pubblicata nel breve intervento *Note ed osservazioni sul libro intitolato «Dei delitti e delle pene»*.

esso può essere considerato misura della guerra interna, dunque nel nostro lessico misura eccezionale.

Più interessante è tuttavia altro, ovvero il riferimento alle frasi di Beccaria che si nascondono dietro quegli infausti tre punti della citazione di Beccaria riportata da Rocco: «La morte di qualche cittadino divien dunque necessaria quando la nazione ricupera o perde la sua libertà, o nel tempo dell'anarchia, quando i disordini stessi tengon luogo di leggi; *ma durante il tranquillo regno delle leggi, in una forma di governo per la quale i voti della nazione siano riuniti, ben munita al di fuori e al di dentro dalla forza e dalla opinione...*»[5], e ora soltanto segue il secondo caso addotto da Rocco meglio compreso alla luce del parere del 1792.

5/ Cesare Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, a cura di Alberto Burgio, cit., § 28, p. 80. Corsivo di Radbruch.

La fine della pena di morte

Lo scritto Das Ende der Todesstrafe *(raccolto ora nella* Gesamtausgabe. *Bd. 9: «Strafrechtsreform», a cura di Rudolf Wassermann, cit., pp. 339-341) appare sulle pagine della «Rhein-Necker Zeitung Heidelberg», n. 87 del 14 maggio del 1949 a p. 3.*

In questo intervento Gustav Radbruch si pronuncia pubblicamente contro l'esecuzione della pena capitale ai danni del condannato Peter Kürten. Diventa questa l'occasione per lui di ribadire le ragioni umanitarie, giuridico-politiche e psicologiche contrarie alla legittimazione della pena di morte; e per manifestare tutta la sua partecipata preoccupazione nei riguardi di un sempre possibile regresso nel diritto penale. Radbruch esplicita così il timore che sentimenti popolari di vendetta primitivi possano rimettere in discussione conquiste di civiltà sulle quali occorre sempre vigilare.

L'abolizione della pena di morte tramite l'articolo 102 della Legge fondamentale dello Stato della Repubblica federale tedesca è una sorpresa per gli stessi vecchi nemici della pena di morte e per gli specialisti di diritto penale. Alla fine diventa legge tedesca ciò che sinora così spesso venne perseguito invano. Se ci si chiede, come sia divenuto possibile adesso ciò che sinora era apparso impossibile, si può cercare la causa solo nelle terribili esperienze che nei dodici anni di nazionalsocialismo sono state fatte con la pena di morte. Lungi dal fatto che la pena di morte e la crudeltà sempre crescente della sua esecuzione avrebbero comportato una riduzione dei tipi di crimine per i quali valeva, essa ha piuttosto contribuito a minare il rispetto per la vita umana in misura sconcertante. È sufficiente rammentare soltanto i modi di esprimersi con freddo cinismo, con i quali quei disumani [*Unmenschen*] parlavano dell'annientamento di una vita umana: usciva spontaneo dalla loro bocca, quando essi parlavano di «eliminare», della «liquidazione» dei loro simili, essi vedevano nel capovolgimento satanico dei valori in «durezza» una virtù eroica. Ma anche nelle mani delle forze di occupazione la pena di morte ha trovato molteplici critiche legittime. La nuova configurazione costituzionale intende tirare una spessa riga sotto il passato nazionalsocialista, essa osa compiere il salto da un passato disumano all'umanità di una nuova epoca.

È appunto un rischio; non occorre essere convinti che questo passo audace in questo momento già abbia con sé una maggioranza nella popolazione. A molti apparirà strano che proprio quegli assassini professionisti che si sono divertiti nell'annientamento di intere razze, ora possano dover scampare alla morte. Si porrà anche la dubbia questione se si possa rinunciare al più duro tra i mezzi penali a fronte della terribilmente accresciuta criminalità del presente. Dobbiamo essere preparati anche al fatto che ancora a lungo dopo l'abolizione della pena di morte in occasione di ogni assassinio sensazionale si tenterà di reintrodurla. Contro tali pulsioni vendicative radicate in istinti ancestrali rimarrà sempre impotente la dimostrazione razionale della statistica, l'inconfutabile dato accertato che l'abolizione della pena di morte non abbia ancora mai e in nessun luogo comportato un incremento dei crimini per i quali è prevista la morte. La storia dell'abolizione della pena di morte non ha mai proceduto perciò lungo una linea retta, piuttosto sempre lungo un percorso a zigzag. Anche in Germania lo abbiamo sperimentato: dopo che nello Stato weimariano in virtù di un accordo tra i governi regionali per una serie di anni

i condannati a morte erano stati tutti graziati, il terribile caso di omicidio Kürten fu in grado di indurre il governo prussiano a dare esecuzione delle pene di morte riconosciute e con ciò di determinare un ritorno generale all'applicazione della pena di morte. Coloro che rifiutano per principio e incondizionatamente la pena di morte devono pertanto, anche di fronte a sentimenti popolari momentaneamente contrari, essere decisi a tenere la loro posizione a fronte della sete di sangue di masse ignoranti, di più: a contrastare sin dall'inizio tramite un'efficace pedagogia popolare il presentarsi di tali richieste istintive.

Riflettiamo in breve sui motivi che – e certo non solo quando tali istinti di vendetta si agitano, ma già prima, quando in teste ancora fredde la ragione può ancora parlare – si possono addurre per allontanare la pena di morte. Accanto ai motivi fatti valere in generale: la disumanità della pena di morte, il pericolo di esecuzioni giudiziarie irreversibili, la necessità di una figura così indegna come quella del boia, a me pare decisiva la semplice considerazione che la pena di morte compromette il nostro intero diritto penale. Non si può per determinati crimini prevedere la pena di morte e al tempo stesso per la gran parte dei reati far valere con efficacia la grande idea della risocializzazione tramite la pena, del recupero, dell'educazione. Vasti ambienti considereranno sempre il diritto penale nel suo complesso dal punto di vista della pena di morte così come guardano il diritto nel suo complesso solo dalla prospettiva del diritto penale. In un ordinamento giuridico che preveda la pena di morte allora tutte le altre pene inevitabilmente assorbono un po' del suo odore di sangue, del suo crudo istinto vendicatore. D'altra parte si deve riflettere sul fatto che la pena di morte è un arcaico corpo estraneo entro l'attuale sistema penale, l'unico residuo di un passato diritto penale con il suo crescendo d'intensità: da una penosa prigionia, attraverso le pene corporali volte a castigare e mutilare (dal colpo di frusta sino all'asportazione degli occhi e al taglio delle mani), sino alla pena di morte, che consentiva essa stessa diversi gradi di brutalità (dalla spada e dalla corda al rogo e allo squartamento). Questo intero sistema di pene corporali e capitali è stato abolito dall'attuale sistema del tutto differente basato su pene pecuniarie e restrittive della libertà – solo la pena di morte spicca come un patibolo rimasto casualmente senza connessione e senza relazione con tutti gli altri attuali mezzi penali del nostro presente.

L'abolizione della pena di morte non è solo un'esigenza dell'u-

manità, essa è anche un postulato proprio della coerenza storica e della consequenzialità della politica penale. Stiamo in guardia se voci popolari contingenti dovessero pretendere l'annullamento di un gesto di umanità che ci è stato donato da un legislatore costituente lungimirante come buon inizio di una nuova epoca.

Indice dei nomi

A

Adachi, Hidehiko 69
Adamo 128
af Geijerstam, Gustaf 147
Agamben, Giorgio 35
Agnesotti, Carlo A. 45, 135, 136
Alexy, Robert 36, 42, 48, 69, 83, 130, 131
am Zehnhoff, Hugo 151
Arendt, Hannah 35, 48, 49, 51, 66, 73, 95, 125
Ayçoberry, Pierre 58, 70, 99
Azzarà, Stefano G. 53

B

Baldung, Hans 21
Baratta, Alessandro 18, 19, 125
Barberis, Mauro 129
Bauer, Fritz 40, 41, 82
Baum, Marie 20
Baumbach, Adolf 71
Beccaria, Cesare 16, 24, 25, 86, 87, 101, 107, 108, 153, 154, 155
Beck, Hans D. 72
Beck, Wolfgang 72
Beddies, Thomas 60
Benz, Wolfgang 73
Berger, Ernst 60
Bix, Brian H. 35, 69, 117
Boberach, Heinz 70, 99
Borowski, Martin 69
Bräuninger, Friedrich 71
Bryant, Michael 60
Buonarroti, Michelangelo 46
Burgio, Alberto 46, 51, 56, 60, 87, 154, 155
Bussenius, Otto 15

C

Calhoun, Laurie 33
Carlizzi, Gaetano 69, 100, 130
Carrino, Agostino 54
Cassese, Antonio 98
Cattaneo, Mario A. 81, 82, 130
Cicerone, Marco Tullio 46
Colas, Dominique 33
Collotti, Enzo 54
Crusoe, Robinson 128
Czech, Herwig 60

D

Dalmasso, Gianfranco 50
d'Andrea, Dimitri 60
Daumier, Honoré 21, 46, 103, 104
De Cristofaro, Ernesto 60
De Giorgi, Raffaele 69
de Puymege, Gérard 33
Derrida, Jacques 50
Devlin, Patrick 42
Di Lucia, Paolo 69
Dieter, vd. Heilmayer Christiane 79, 80
Dostoevskij, Fëdor 146
Dreier, Horst 69
Dreier, Ralf 36, 68, 69, 70, 72, 83
Duensing, Frieda 28
Dürer, Albrecht 103, 104, 105
Dutton, Donald G. 33
Dworkin, Ronald 119, 122
Dyzenhaus, David 42, 69

E

Ebner-Eschenbach, Marie v. 147
Eichmann, Adolf 41, 48, 49, 50, 51, 95
Esselborn, Karl 154

F

Facchinei, Ferdinando 154

Facioni, Silvano 50
Ferrajoli, Luigi 86
Feuerbach, Ludwig 81
Feuerbach, Paul J.A. 46, 81, 82
Fidia 68
Filbinger, Hans 79
Frank, Hans 57, 72
Freisler, Roland 72, 73
Funke, Andreas 69
Füßer, Klaus 36, 68

G

García Manrique, Ricardo 65
Goethe, Johann W. v. 46, 89
Göring, Hermann 94
Göttig 63
Gretchen 23
Gruchmann, Lothar 70, 99
Gürtner, Franz 73

H

Haarmann, Fritz 150
Hamza, Gàbor 57
Haney, Gerhard 81, 82
Hart, Herbert L.A. 95, 96
Hassemer, Winfried 33, 39, 40, 68, 70, 88, 89, 90, 97, 107, 116, 118, 121, 122, 126, 128, 130
Haynal, André 33
Heilmayer, Christiane (Tina) 79, 80
Heilmayer, ministro 79, 80, 81
Hippel, Fritz v. 39
Hitler, Adolf 20, 33, 41, 63, 68, 79, 80, 81, 95
Hobbes, Thomas 123
Hochhut, Rolf 79, 80, 81, 82
Höhn, Reinhard 55
Horwitz, Gordon J. 58
Hughes, Matthiew 33
Humboldt, Wilhelm v. 89
Hume, David 121, 122

I

Ingenmey, Marlis 56
Ippolito, Dario 86

J

Jabloner, Clemens 68
Jackson, Robert H. 98
Jarausch, Konrad H. 70, 99
Jaspers, Karl 17, 95
Jellinek, Georg 121
Jens, Inge 73
Johnson, Gaynor 33
Jonas, Hans 122
Juchacz, Marie 27

K

Kalmer, Marimaa 33
Kant, Immanuel 25, 100
Kantorowicz, Hermann 17
Kaufmann, Arthur 25, 26, 39, 68, 100, 102, 107, 109, 121, 123, 125, 126, 128
Kelsen, Hans 94, 95, 96, 127, 128, 129
Klein, Martin D. 63
Kleine, Johannes 16, 47, 104
Klenner, Hermann 16, 47, 104
Koellreutter, Otto 57
Kohn, Jerome 35, 66, 95
Kreyssig, Lothar 71
Kronfeld, Arthur 17
Kuesko-Stadlmayer, Gabriele 68
Kürten, Peter 150, 159

L

La Torre, Massimo 42, 86
Lalatta Costerbosa, Marina 39, 42, 46, 51, 54, 60, 70, 128
Larenz, Karl 41, 42, 55
Lask, Emil 17
Liebemann, Otto 71, 72

Lilienthal, Karl L.J. v. 16
Liszt, Franz von 16
Lösch, Anna-Maria Gräfin v. 55

M

Maas, Heiko 71
Mahlmann, Matthias 69
Mann, Thomas 21, 55, 56, 59
Marianelli, Marianello 56
Martínez Bretones, Virginia 39
Mayda, Giuseppe 94
Mayer, Hans 68
Mazzucchetti, Lavinia 56
Mertens, Thomas 36, 39, 83, 116, 117
Meyerhof, Otto 17
Miglio, Gianfranco 53
Molnar, Miklos 33
Montesquieu, Charles-Louis de Secondat 108
Moro, Aldo 79
Morris, Douglas G. 35, 117
Mühsam, Erich 15, 16
Müller-Dietz, Heinz 24, 25, 153
Müller, Ingo 99
Mungenast, Ernst M. 145

N

Neumann, Franz 40
Neumann, Ulfrid 101

O

Omaggio, Vincenzo 100, 130
Ortner, Helmut 72, 73
Ott, Walter 68
Oz, Amos 33, 34

P

Palandt, Otto 71
Pasini, Dino 45, 130, 135
Paulson, Stanley L. 36, 69, 70, 72, 83, 117
Petter Graver, Hans 71, 109
Peukert, Detlev J.K. 53
Planck, Max K.E.L. 20
Pomarici, Ulderico 54
Portinaro, Pier Paolo 82, 98, 122
Prahl, Emma 15
Puglisi, Giuseppe 94

R

Radbruch, Anselm 20
Radbruch, Heinrich G.B. 15
Radbruch, Renate M. 20
Raskolnikov, Rodion R. 146
Rauh, Philipp 60
Rebenich, Stefen 72
Reed, Terence J. 56
Remarque, Erich Maria 7
Robespierre, Maximilien de 109
Rocco, Alfredo 25, 153, 154, 155
Rocco, Rita 94
Rose, Andreas 63
Rousseau, Jean-Jacques 25
Rudin, Josef 33

S

Salinger, Frank 68
Sandermann, Loni 80
Santayana, George 33
Schafer, Karl H. 24
Schenk, Lydia 17
Schiera, Pierangelo 53
Schiller, Friedrich 89, 126
Schlüter, Phillipp H. 127
Schmidt, Eberhard 40, 149
Schmitt, Carl 35, 41, 42, 49, 50, 53, 55, 72
Scholl, Hans 73
Scholl, Sophie 73
Scholler, Heinrich 79

Schöneburg, Volkmar 28
Schron, Hubert 57
Schünemann, Bernd 35, 69, 117
Schwanninger, Florian 60
Seidel, Willi 71
Sgroi, Susanna 94
Shakespeare, William 46
Sievering, Ulrich O. 24
Simonazzi, Mauro 60
Smend, Rudolf 55
Solone 90
Sontheimer, Kurt 57
Spendel, Günter 15, 16, 21, 39, 40, 48, 85, 118, 128
Sprenger, Gerhard 69
Stahmes, Otto 94
Stammler, Rudolf 40, 116
Stephen, James F. 42
Stern, Fritz 20
Stolleis, Michael 57, 70, 94
Stresemann, Gustav 18

T

Tarantino, Antonio 94
Thierack, Otto G. 72
Tillich, Paul 17
Tjong, Zong U. 36, 83, 117, 130
Treitschke, Heinrich v. 68

V

Valitutti, Dante 130
Vassalli, Giuliano 39, 65, 68, 98, 116
Velleman, David 99

W

Wassermann, Rudolf 19, 23, 24, 25, 26, 27, 145, 149, 157
Weber, Max 17
Weiler, Alfred 71
Wesel, Uwe 72
Winkler, Heinrich A. 53
Wirth, Joseph 18
Wolf, Erik 36, 117

Z

Zanardelli, Giuseppe 153
Zoske, Robert M. 73

labirinti

Alberto Burgio, *Rousseau e gli altri. Teoria e critica della democrazia tra Sette e Novecento*

La libera ricerca di Cesare Bermani. Culture altre e mondo popolare nelle opere di un protagonista della storia militante

Elisabetta Galasso, Marco Scotini, *Politiche della memoria. Documentario e archivio*

Francesco Cerrato, *Un secolo di passioni e di politica. Hobbes, Descartes, Spinoza*

Enzo Scandurra, Giovanni Attili, *Il pianeta degli urbanisti*

Margherita Becchetti, *Fuochi oltre il ponte. Rivolte e conflitti sociali a Parma (1868-1915)*

Alain Badiou, *L'avventura della filosofia francese*

Alberto Burgio, *Gramsci. Il sistema in movimento*

Marina Lalatta Costerbosa, *La democrazia assediata. Crisi, rischi, principi*

Sandro Chignola, *Foucault oltre Foucault. Una politica della filosofia*

Dario Gentili, Elettra Stimilli (a cura di), *Differenze italiane. Politica e filosofia: mappe e sconfinamenti*

Raffaella Perna, Ilaria Schiaffini (a cura di), *Etica e fotografia. Potere, ideologia, violenza dell'immagine fotografica*

Graziano Merotto, *La fabbrica rovesciata. Comunità e classi nel circuito dell'elettrodomestico*

Pierpaolo Cesaroni, Sandro Chignola (a cura di), *Politiche della filosofia. Istituzioni, soggetti, discorsi, pratiche*

Gennaro Imbriano, *Le due modernità. Critica, crisi e utopia in Reinhart Koselleck*

Marina Lalatta Costerbosa, *Il silenzio della tortura. Contro un crimine estremo*

Alberto Burgio, Marina Lalatta Costerbosa, *Orgoglio e genocidio. L'etica dello sterminio nella Germania nazista*

Thomas Casadei, *Il rovescio dei diritti umani. Razza, discriminazione, schiavitù*

Massimo La Torre, *Nostra legge è la libertà. Anarchismo della modernità*

Devi Sacchetto, Sandro Chignola, *Le reti del valore. Migrazioni, produzione e governo della crisi*

Marino Ruzzenenti, *«Preghiamo anche per i perfidi giudei». L'antisemitismo cattolico e la Shoah*

Alberto Burgio, *Il sogno di una cosa. Per Marx*

Marina Lalatta Costerbosa, *Il bambino come nemico. L'eccezione humboldtiana*

Roberto Formisano, *Oltre Heidegger. Percorsi tra fenomenologia materiale e idealismo*

Alberto Burgio, *Critica della ragione razzista*

Massimo La Torre, *Bioetica in tempi di pandemia*

Massimo La Torre, *Il senso della norma*

Alberto Burgio, *Un marxismo «alquanto aristocratico». Studi su Antonio Labriola*

Rita di Leo, *L'età dei torbidi. Il ritorno delle trincee tra Stati Uniti, Europa e Russia*

Massimo La Torre, *Il grande smottamento. La fine della storia è finita*

Marina Lalatta Costerbosa, *Il diritto in una formula. Saggio su Gustav Radbruch*

Indice

Premessa p 9

Un giurista tra teoria e prassi p 13

1. Il politico, il filosofo p 15

2. Due battaglie di civiltà: contro la pena di morte, a favore della parità sociale delle donne p 23

Il concetto di diritto p 31

3. L'idea di diritto p 33

4. Il diritto naturale è storico p 39

5. Una pretesa di equità p 45

6. L'irragionevole scommessa del legalismo p 53

7. La resistenza del diritto p 61

8. Il diritto in una formula p 67

Il giudice ideale **p 77**

9. Con spirito feuerbachiano p 79

10. Il carattere del buon giudice p 85

11. La ragionevolezza del giudice p 89

12. Il principio della non-retroattività p 93

13. La responsabilità del giudice p 99

14. Il giudice e le virtù p 103

15. Il coraggio del giudice p 107

Lo Stato deve essere di diritto **p 113**

16. Sulla nozione di Stato p 115

17. Lo Stato tra fatti e norme p 119

18. Anche lo Stato ha bisogno di legittimazione p 123

19. Una democrazia... abbastanza relativista p 127

Bibliografia **p 133**

Appendice. Scritti di Gustav Radbruch p 143

Sulla pena di morte p 145

Abolizione della pena di morte come simbolo
della riforma della giustizia penale p 149

Da Cesare Beccaria ad Alfredo Rocco p 153

La fine della pena di morte p 157

Indice dei nomi p 163

Finito di stampare nel mese di gennaio 2024
presso la tipografia Legodigit srl – Lavis (TN)
per conto delle edizioni DeriveApprodi