
Gustav Radbruch e le origini dell'ermeneutica giuridica contemporanea

Gustav Radbruch and the origins of the Contemporary Legal Hermeneutics

RECIBIDO: 2011-04-20 / ACEPTADO: 2011-06-01

Gaetano CARLIZZI

Giudice del Tribunale militare di Napoli
gaetano_carlizzi@libero.it

Riassunto: Questo saggio offre un contributo alla storia dell'“Ermeneutica Giuridica Contemporanea” (EGC), di cui pone in evidenza l'elemento di unità e, al contempo, di distinzione dalle altre forme di ermeneutica giuridica. Determinante al riguardo è il principio storiografico secondo cui la delimitazione dei movimenti di pensiero deve avvenire ricostruendo la questione che sta alla base della loro nascita ed evoluzione. In tale prospettiva viene innanzitutto criticata un'opinione diffusa, che raffigura l'EGC come il prodotto dell'adattamento dell'ermeneutica filosofica gadameriana alla sfera giuridica. In alternativa si assume che la questione fondamentale dell'EGC, relativa alla correlazione tra elemento normativo ed elemento fattuale nella sfera del diritto, si sia imposta per la prima volta nell'opera di Gustav Radbruch. Tale ipotesi è sottoposta a verifica nella parte centrale del saggio, mediante la ricostruzione del sistema di pensiero radbruchiano e l'indicazione delle sue principali figure e lacune ermeneutico-giuridiche.

Parole chiave: dover essere/essere, filosofia/scienza del diritto, interpretazione giuridica, giustizia, neokantismo.

Sommario: PREMESSA. 1. IL PROBLEMA DELLE ORIGINI DELL'EGC. 2. IL PENSIERO DI GUSTAV RADBRUCH. 3. LE ORIGINI DELL'EGC NEL PENSIERO DI RADBRUCH.

Abstract: The following paper offers a contribution to the history of “Contemporary Legal Hermeneutics” (CLH). My final goal is to find out the underlying factor of such spiritual movement as well as its difference from other types of Legal Hermeneutics. The principle chosen for my purpose is historiographical. According to this latter the spiritual movements are explained only by their original question, otherwise they remain incomprehensible. In this sense, I reject the popular thesis that represents CLH just as the introduction of Gadamer's hermeneutics into law studies. My counterargument is based on Gustav Radbruch's writings, where the dialectic between law's normative and factual elements – that constitute the hard core of CLH – is for the first time dissected. I support such conclusion by presenting Radbruch's philosophy of law, especially its hermeneutical-legal concepts and gaps.

Key words: Ought/Is, Legal Philosophy/Doctrine, Legal interpretation, Justice, Neo-Kantianism.

Contents: PREFACE. 1. THE PROBLEM OF CLH'S ORIGINS. 2. GUSTAV RADBRUCH'S THOUGHT. 3. THE ORIGINS OF CLH IN RADBRUCH'S THOUGHT.

PREMESSA

Con il presente saggio vorremmo offrire un contributo alla storia dell'“Ermeneutica Giuridica Contemporanea” (d'ora in poi: EGC), intesa nella specifica accezione che preciseremo via via. A tal riguardo, in letteratura sono già disponibili studi di notevole spessore¹, ma una storia complessiva dell'EGC ancora dev'essere scritta. Questa lacuna consente di spiegare alcune incertezze riscontrabili nella cultura giuridica attuale, in riferimento tanto alle posizioni fondamentali, quanto agli esponenti principali del nostro movimento. Tali incertezze, a loro volta, hanno finito per render problematica la stessa distinzione dell'EGC da altre correnti di pensiero che, condividendo con essa l'idea del fondamento interpretativo della realtà del diritto, sono state generalmente qualificate in termini analoghi (es.: ermeneutica giuridica di Savigny², di Betti³, di Dworkin⁴ e così via).

A nostro avviso, il primo problema che una storia complessiva dell'EGC dovrebbe affrontare concerne le origini di tale movimento. Qui ci proponiamo di intraprendere questa strada attraverso un'indagine articolata in tre paragrafi. Nel primo, stabilito il principio storiografico che impone di delimitare i movimenti di pensiero secondo la questione fondamentale rintracciabile al loro fondo, si assume che la questione fondamentale dell'EGC, concernente la correlazione tra elemento normativo ed elemento fattuale nella sfera del diritto, si sia imposta per la prima volta nell'opera di Gustav Radbruch. Nel

¹ HASSEMER, W., “Juristische Hermeneutik”, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, LXXII (1986), pp. 195-212; ZACCARIA, G., *Ermeneutica e giurisprudenza – Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, Giuffrè, Milano, 1984; ID., “Indirizzi della filosofia e della teoria giuridica contemporanea: una mappa”, in ID., *L'arte dell'interpretazione – Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, Cedam, Padova, pp. 17-24; ID., *L'ermeneutica e la filosofia del diritto*, *ibid.*, pp. 52-66; ID., *L'ermeneutica e la teoria del diritto*, *ibid.*, pp. 82-92, 96-104; MARINO, G., “Presentazione”, in KAUFMANN, A., *Filosofia del diritto ed ermeneutica*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. V-XLV. Cfr. inoltre, volendo, OMAGGIO, V., CARLIZZI, G., *Ermeneutica e interpretazione giuridica*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 43-65, 78-88.

² Sul punto, fondamentale MEDER, S., *Mißverstehen und Verstehen – Savignys Grundlegung der juristischen Hermeneutik*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2004; in termini sintetici, ID., “Problemi fondamentali e storia dell'ermeneutica giuridica”, in *Ars Interpretandi* (2009). *Il diritto fra testo e applicazione*, pp. 31-39, 47 s.

³ Al riguardo, cfr. FROSINI, V., RICCOBONO, F. (a cura di), *L'ermeneutica giuridica di Emilio Betti*, Giuffrè, Milano, 1994.

⁴ Sul punto, v. la preziosa ricostruzione di ZACCARIA, G., “Ronald Dworkin e l'ermeneutica”, in ID., *Questioni di interpretazione*, Cedam, Padova, 1996, pp. 197-246.

secondo paragrafo la verifica di tale ipotesi è preparata da una ricostruzione panoramica del sistema giusfilosofico di tale autore, condotta alla luce delle principali opere da lui pubblicate tra gli anni '20 e '40 del secolo scorso. Nel terzo paragrafo, infine, nel procedere alla suddetta verifica, si indicano non solo i *topoi* dell'EGC emersi nel pensiero di Radbruch, ma anche quelli che sarebbero stati enucleati per la prima volta dai suoi successori, in modo da tracciare un solco per la prosecuzione della ricerca avviata in questa sede.

1. IL PROBLEMA DELLE ORIGINI DELL'EGC

Malgrado si ritenga comunemente che l'EGC sia sorta in Germania nel secolo scorso, ancora controversa è la precisa datazione delle sue origini. Se la questione avesse un rilievo puramente *cronologico*, varrebbe a stento la pena di occuparsene. Ma così non è: l'incertezza che regna al riguardo nella storiografia giuridica è solo il riflesso di una più radicale incertezza *genealogica*, relativa, cioè, alle questioni che effettivamente determinarono la nascita e l'evoluzione di tale movimento.

1.1. *Analisi e critica di un'opinione comune*

Una parte consistente della letteratura specialistica risolve la suddetta incertezza valorizzando l'enorme influsso che l'*opus magnum* di H.G. Gadamer, *Wahrheit und Methode*, inteso quale culmine della tradizione filosofico-ermeneutica, ha esercitato sulla cultura tedesca, non solo giuridica, sin dalla pubblicazione della sua prima edizione, avvenuta nel 1960. In questo senso, una volta presupposta più o meno esplicitamente l'analogia delle questioni tipiche dell'ermeneutica filosofica e dell'EGC, la seconda viene configurata grosso modo come il risultato della recezione della prima nell'ambito del pensiero giuridico⁵.

⁵ Con varietà di accenti, cfr., ad es., STELMACH, J., *Die hermeneutische Auffassung der Rechtsphilosophie*, Rolf Gremer, Ebelsbach, 1991, pp. 72-78; RAISCH, P., *Juristische Methoden – Vom antiken Rom bis zur Gegenwart*, C.F. Müller, Heidelberg, 1995, pp. 205-210; SEELMANN, K., *Rechtsphilosophie*, 2004³, trad. it. *Filosofia del diritto*, Guida, Napoli, 2005, pp. 158 s.; HILGENDORF, E., *Die Renaissance der Rechtstheorie zwischen 1965 und 1985*, Ergon, Würzburg, 2005, pp. 36 s.; WEBER

Ora, che alcune espressioni-chiave di *Wahrheit und Methode* trovino delle corrispondenze in diverse opere giusfilosofiche e giusteoriche pubblicate in Germania a cavallo tra gli anni '60 e '80 del secolo scorso, è un dato incontestabile. Locuzioni come, ad esempio, “precomprensione”⁶, “circolo ermeneutico”⁷, “ragion pratica”⁸, “logica della domanda e della risposta”⁹ (o espressioni analoghe) occorrono in effetti con una certa frequenza nella letteratura giuridica tedesca dell'epoca.

Senonché, innanzitutto, in diversi luoghi di tali occorrenze, non solo Gadamer non viene affatto preso in esame, ma addirittura ci si richiama a filosofi e teorici del diritto che – a nostro avviso – possono essere considerati gli

GRELLET, H., *Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*, Alpmann Schmidt, Münster, 2010⁵, p. 162. Una posizione intermedia è assunta da altri autori, ad esempio da KAUFMANN, A., *Analogie und “Natur der Sache” – zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, 1982², trad. it. *Analogia e “natura della cosa” – Un contributo alla dottrina del tipo*, Vivarium, Napoli, 2003, pp. 97 s. (che si richiama a una tradizione filosofico-ermeneutica risalente ben oltre Gadamer), e FROMMEL, M., *Die Rezeption der Hermeneutik bei Karl Larenz und Josef Esser*, Rolf Gremer, Ebelsbach, 1981, pp. 2, 4, 9 s. (che nega la possibilità di concepire in termini unitari il pensiero degli autori che noi consideriamo esponenti dell'EGC).

⁶ Cfr., ad es., LARENZ, K., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Springer, Berlin-Heidelberg-New York, 1969², pp. 145 s., 267 nt. 1; KAUFMANN, A., *Analogia e “natura della cosa”*, cit., p. 98 (*Nachwort* 1982); MÜLLER, F., *Normstruktur und Normativität – Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation*, Duncker & Humblot, Berlin, 1966, spec. pp. 48-59; KRIELE, M., *Theorie der Rechtsgewinnung – entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*, Duncker & Humblot, Berlin, 1967, pp. 163, 198, 200-202, 204 s.; HASSEMER, W., *Tatbestand und Typus – Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*, 1968, trad. it. *Fattispecie e tipo – Indagini sull'ermeneutica penalistica*, ESI, Napoli, 2007, pp. 147 s., 169 nt. 100, 191, 229 nt. 14, 232; ESSER, J., *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung – Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis*, 1972², trad. it. *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto – Fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice*, ESI, Napoli, 1983, pp. 6 s., 17 s., 38, 42, 49, 114, 118, 128, spec. 132-137; HRUSCHKA, J., *Das Verstehen von Rechtstexten – Zur hermeneutischen Transpositivität des positiven Rechts*, 1972, trad. it. *La comprensione dei testi giuridici*, Napoli, ESI, 1983, pp. 46, 87.

⁷ Cfr., ad es., LARENZ, K., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, cit., pp. 147, 163, 237, 250, 266 s., 305, 326; KAUFMANN, A., *Analogia e “natura della cosa”*, cit., pp. 57, nonché 90-93 e 98 (*Nachwort* 1982); HRUSCHKA, J., *Die Konstitution des Rechtsfalles – Studien zum Verhältnis von Tatsachenfeststellung und Rechtsanwendung*, 1965, trad. it. *La costituzione del caso giuridico – Il rapporto tra accertamento fattuale e applicazione giuridica*, il Mulino, Bologna, 2009, pp. 25 s., 28; MÜLLER, F., *Normstruktur und Normativität*, cit., pp. 59, 86, 152, 157, 185 s., 195 s.; KRIELE, M., *Theorie der Rechtsgewinnung*, cit., pp. 163, 197, 200, 203-205; HASSEMER, W., *Fattispecie e tipo*, cit., p. 150, 172, 174-176; ESSER, J., *Precomprensione e scelta*, cit., pp. 118 s., 128, 133, 135, 137.

⁸ MÜLLER, F., *Normstruktur und Normativität*, cit., spec. pp. 68-76; KRIELE, M., *Theorie der Rechtsgewinnung*, cit., pp. 182, 185-194; ESSER, J., *Precomprensione e scelta*, cit., spec. pp. 6, 18, 42, 49, 80, 83, 112-114, 150.

⁹ HRUSCHKA, J., *La costituzione del caso*, cit., spec. pp. 44-53.

autentici pionieri dell'EGC. Sicché non è azzardato considerarle come indizi di una continuità tutta interna e di un'atmosfera tutta circostante al pensiero giuridico. In secondo luogo e soprattutto, le suddette occorrenze terminologiche hanno comunque il valore di riscontri meramente estrinseci, e come tali non sembrano in grado di giustificare da sole l'opinione in esame.

Per risolvere questi dubbi, riteniamo opportuno seguire un principio ermeneutico che trova proprio in *Wahrheit und Methode* la sua più compiuta formulazione: il senso di ogni opera umana (singola o complessiva), che può esser colto solo a partire dalla situazione attuale del suo interprete, consiste nel suo rappresentare, non tanto una risposta particolarmente *adeguata* a una questione fondamentale *prestabilita*, quanto una risposta adeguata *particolarmente* a una questione fondamentale *da ricostruire*. Così, tale questione fondamentale non può esaurirsi nella questione dalla quale l'autore dell'opera credeva di esser mosso, dato che ogni opera, una volta realizzata, rientra nella dimensione più comprensiva delle oggettivazioni dello spirito¹⁰. La questione fondamentale di un'opera fa piuttosto parte integrante della stessa ricerca del senso di quest'ultima, cioè va individuata apprezzando via via la capacità di risposta dell'opera stessa rispetto a una molteplicità di possibili questioni alternative¹¹.

1.2. Un'ipotesi alternativa

Farsi guidare oggi dal suddetto principio in una ricerca storiografica sull'EGC significa porsi i seguenti interrogativi: qual è la questione fondamentale che soprattutto trova risposta in *Wahrheit und Methode*? Coincide tale questione con quella di ciascuna delle suddette opere giuridiche? Ammesso che tale coincidenza non risulti, costituiscono le questioni del secondo ordine in realtà un'unica questione? Ipotizzato che risulti un'unica questione, è forse quest'ultima la stessa di altre opere giuridiche pubblicate in Germania già prima del 1960?

A nostro avviso, la questione fondamentale di alcune opere giuridiche del secolo scorso, la quale svolge quella funzione unificante che permette di

¹⁰ GADAMER, H.G., *Wahrheit und Methode – Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, 1986⁵, trad. it. *Verità e metodo*, Bompiani, Milano, 2004, pp. 385, 613, 767.

¹¹ *Ibid.*, spec. pp. 761-779 (“logica di domanda e risposta”, “dialogo tra interprete e testo”).

considerarle parti integranti del movimento denominato “EGC”, è essenzialmente diversa dalla questione fondamentale di *Wahrheit und Methode*¹². Mentre quest’ultima riguarda il superamento della “distanza cronologica (o temporale)” che separa lo scienziato dello spirito (ivi compreso il giurista) dai testi che egli interpreta, vale a dire i presupposti e i limiti della comprensione delle opere del passato¹³, la prima questione, avente ad oggetto una distanza che potremmo chiamare “morfologica”, suona sostanzialmente così: “in cosa consiste quel rapporto di determinazione reciproca tra elemento normativo ed elemento fattuale –l’uno deontico, universale (o generale) e formale, l’altro ontico, singolare e materiale– che permette il superamento della loro originaria differenza essenziale, e con ciò la realizzazione del diritto?”.

Più in particolare, tale questione, estranea in sostanza alla cultura giuridica tradizionale, dominata da atteggiamenti più o meno *nomocentrici*, ha trovato risposta, per la prima volta, nei lavori di matrice neokantiana pubblicati da Gustav Radbruch nella prima metà del secolo scorso¹⁴, e poi, per circa un trentennio, nei lavori di altri pensatori giuridici tedeschi, ispirati a varie correnti filosofiche, ivi compresa l’ermeneutica gadameriana. Tra i più importanti esponenti dell’EGC possiamo dunque annoverare, oltre a Radbruch, Karl Engisch, Arthur Kaufmann, Winfried Hassemer, Karl Larenz, Joachim Hruschka, Josef Esser, Martin Kriele e Friedrich Müller.

¹² Su tale diversità, v. i chiari rilievi di NEUMANN, U., “Zum Verhältnis von philosophischer und juristischer Hermeneutik”, in HASSEMER, W., hrsg., *Dimensionen der Hermeneutik – Arthur Kaufmann zum 60. Geburtstag*, R. v. Decker & C.F. Müller, Tübingen, 1984, p. 51, e SCHROTH, U., “Hermeneutik, Norminterpretation und richterliche Normanwendung”, in KAUFMANN, A., HASSEMER, W., NEUMANN, U. hrsg., *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, C.F. Müller, Heidelberg, 2011⁸, p. 275.

¹³ GADAMER, H.G., *Verità e metodo*, cit., pp. 601-621, spec. 671-681 (“Il significato esemplare dell’ermeneutica giuridica”, dove il dato normativo è essenzialmente trattato come dato storico e manca ogni riferimento alla questione, fondamentale dal punto di vista ermeneutico-giuridico, della cd. costruzione del caso giuridico). Sull’ermeneutica filosofica di Gadamer, v. gli acuti rilievi di ZACCARIA, G., *Ermeneutica e giurisprudenza – I fondamenti filosofici nella teoria di Hans Georg Gadamer*, Giuffrè, Milano, 1984, spec. pp. 50-54, 65 s., 73-91; di recente, cfr. MOLINATTO, P., “Ermeneutica e interpretazione giuridica in Gadamer. Breve ricognizione di un *double bind*”, in *Ragion pratica*, n. 31 (2008), pp. 514, 519 s., 526; si consenta di rinviare altresì a OMAGGIO, V., CARLIZZI, G., *Ermeneutica e interpretazione giuridica*, cit., pp. 156, 159 s.

¹⁴ Che nel pensiero di Radbruch siano presenti aspetti tipici dell’EGC, lo riconosce incidentalmente KAUFMANN, A., “Gustav Radbruch – Leben und Werk”, in RADBRUCH, G., *Gesamtausgabe* (d’ora in poi *GRGA*), bearb. von Arth. Kaufmann, C.F. Müller, Heidelberg, 1987, Bd. 1, *Rechtsphilosophie I*, hrsg. von Arth. Kaufmann, pp. 64, 86 s.; ID., “Einleitung”, in *GRGA*, C.F. Müller, Heidelberg, 1993, Bd. 2, *Rechtsphilosophie II*, hrsg. von Arth. Kaufmann, p. 3.

Anzi, a ben vedere, vi sarebbe motivo di sviluppare ulteriormente la concezione qui proposta, per spiegare almeno in parte la prematura decadenza dell'EGC nella cultura tedesca dell'ultimo quarto del secolo scorso, nonché per indicare una strada percorribile per il suo *rilancio*. Bisognerebbe cercare di capire, cioè, se la segnalata, massiccia recezione dell'apparato concettuale gadameriano nel seno dell'EGC, pur incrementandone lo spessore filosofico, abbia anche ridotto in qualche misura quella capacità di far piena luce sull'attività del giurista che la stessa EGC reclama in quanto teoria. In effetti, se risultasse che tale interrogativo merita una risposta positiva, il rilancio dell'EGC finirebbe per dipendere anche e soprattutto da una considerevole integrazione del punto di vista gadameriano¹⁵.

2. IL PENSIERO DI GUSTAV RADBRUCH

Qui intendiamo concentrarci sull'opera di Gustav Radbruch, per stabilire se davvero essa abbia ruotato attorno alla questione fondamentale formulata poco sopra. Meritevoli di particolare considerazione sono i seguenti lavori: *Grundzüge der Rechtsphilosophie* (1914; II ediz. immut. 1924), *Rechtsidee und Rechtsstoff – Eine Skizze* (1923-1924), *Die Problematik der Rechtsidee* (1924), *Rechtsphilosophie* (1932, ult. ediz. cur. da R.), *Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken* (1938), *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht* (1946), *Die Natur der Sache als juristische Denkform* (1948), *Vorschule der Rechtsphilosophie* (1948).

In linea di prima approssimazione può dirsi che mentre le *Grundzüge* elaborano in un certo ordine i temi centrali della riflessione giusfilosofica di Radbruch, i due articoli ad esse immediatamente successivi approfondiscono gli aspetti comuni e differenziali di questi temi, così preparando l'autentica sistematizzazione contenuta nella *Rechtsphilosophie*, che sarebbe stata ulteriormente precisata negli ultimi quattro lavori¹⁶. Stando così le cose, la nostra

¹⁵ Per un tentativo in questo senso, cfr., volendo, OMAGGIO, V., CARLIZZI, G., *Ermeneutica e interpretazione giuridica*, cit., pp. 129-208, dove l'EGC viene declinata come teoria fenomenologica della *formazione* del giudizio giuridico, così da bilanciare l'attenzione nettamente prevalente che la teoria del diritto contemporanea dedica al tema complementare della *motivazione* (o giustificazione) del giudizio giuridico.

¹⁶ Sul pensiero di Radbruch come "sistema aperto", cfr. KAUFMANN, A., *Gustav Radbruch*, cit., p. 75.

ricostruzione ruoterà attorno all'opera del 1932 e cercherà di delinearne gli specifici legami con i lavori "satellitari".

2.1. *La filosofia del diritto*

L'ispirazione di fondo della filosofia del diritto di Radbruch proviene dal neokantismo sudoccidentale (Wilhelm Windelband, Heinrich Rickert, Max Weber e, soprattutto, Emil Lask)¹⁷. In questo senso, se è vero che vi è un'unica

¹⁷ Questo "debito intellettuale" è ripetutamente dichiarato da Radbruch (qui e nelle note seguenti le sue opere saranno citate di regola senza indicazione dell'autore): cfr. "Grundzüge der Rechtsphilosophie" (1914), in *GRGA*, Bd. 2, cit., p. 13; *Rechtsidee und Rechtsstoff – Eine Skizze* (1923/1924), *ibid.*, p. 457 nt. 4; *Rechtsphilosophie* (1932³), hrsg. von R. Dreier y S.L. Paulson, C.F. Müller, Heidelberg, 2003², p. 8 nt. 1 (salvo contrarie specificazioni, questa è l'edizione alla quale ci riferiremo nelle note seguenti quando useremo la generica locuzione "*Rechtsphilosophie*"). Come mostreremo via via, le opere della filosofia neokantiana da tener presenti in maniera particolare ai nostri fini sono: WINDELBAND, W., *Was ist Philosophie? – Über Begriff und Geschichte der Philosophie*, 1882, trad. it. "Che cos'è la filosofia? (Concetto e storia della filosofia)", in *Lo storicismo tedesco*, a cura di P. Rossi, Utet, Torino, 1977, pp. 271-312; ID., *Geschichte und Naturwissenschaft*, 1894, trad. it. "Storia e scienza della natura", in *Lo storicismo tedesco*, cit., pp. 313-332; RICKERT, H., *Der Gegenstand der Erkenntnis – Einführung in die Transzendentalphilosophie*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1915³; ID., *Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft*, 1926⁷, trad. it. *Il fondamento delle scienze della cultura*, Ravenna, Longo, 1986; ID., *Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung – Eine logische Einleitung in die historischen Wissenschaften*, 1928⁶, trad. it. (cond. sulla ed. 1896-1902¹) *I limiti dell'elaborazione concettuale scientifico-naturale – Un'introduzione logica alle scienze storiche*, Liguori, Napoli, 2002; LASK, E., *Rechtsphilosophie*, 1905, trad. it. "Filosofia giuridica", in CARRINO, A., a cura di, *Metodologia della scienza giuridica*, ESI, Napoli, 1989, pp. 13-53; ID., *Die Logik der Philosophie und die Kategorienlehre* (1923²), D. Scheglmann Reprintverlag, Jena, 2003; WEBER, M., *Die "Objektivität" sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis*, 1904, trad. it. "L'oggettività conoscitiva della scienza sociale e della politica sociale", in ID., *Il metodo delle scienze storico-sociali*, Einaudi, Torino, 1997, pp. 53-141; ID., "Überwindung" der materialistischen Geschichtsauffassung, 1907, trad. it. "A proposito di *Economia e diritto* di Rudolf Stammeler", in FEBBRAJO, A. a cura di, *Verso un concetto sociologico di diritto*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 90-165; ID., *Der Sinn der "Wertfreiheit" der soziologischen und ökonomischen Wissenschaften*, 1917, trad. it. "Il significato della *avalutatività* della scienze sociologiche ed economiche", in ID., *Il metodo delle scienze*, cit., pp. 309-375; ID., *Wissenschaft als Beruf*, 1919, trad. it. "La scienza come professione", in ID., *Il lavoro intellettuale come professione*, Einaudi, Torino, 1948, pp. 5-43. Sui rapporti tra neokantismo e filosofia del diritto in generale, cfr. l'interessante volume collettaneo ALEXI, R., MEYER, L.H., PAULSON, S.L., SPRENGER, G. hrsg., *Neukantianismus und Rechtsphilosophie*, Baden-Baden, Nomos, 2002. Per quanto riguarda l'influsso del neokantismo sul pensiero di Radbruch, cfr. WOLF, E., "Gustav Radbruchs Leben und Werk", in RADBRUCH, G., *Rechtsphilosophie*, bes. von E. Wolf, Stuttgart, K.F. Koehler, 1950⁴, p. 39; TJONG, Z.U., *Der Weg des rechtsphilosophischen Relativismus bei Gustav Radbruch*, Bonn, Röhrscheid, 1967, pp. 15 s., 27, 42 s., 51-53; KAUFMANN, A., *Gustav Radbruch*, cit., pp. 23, 62 nt. 199, 73; CASTRUCCI, E., "Rileggendo Radbruch", in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, XVII (1988), pp. 487, 495; DREIER, R., PAULSON, S.L., "Einführung in die Rechtsphilosophie Radbruchs", in

realtà, quella empirica, è pur vero che lo spirito umano la riconosce sovente carica di valore, cioè in un senso che trascende la sua immediata datità. Attraverso la riflessione lo spirito si rende conto che la propria considerazione della realtà può assumere forme diverse a seconda dei casi. Lo spirito può infatti: a) considerare la realtà nella sua immediata datità, b) risalire al valore cui essa ha mostrato di tendere (in positivo o in negativo), c) riconsiderare la realtà in quanto riferita a questo valore o, infine, d) contemplare la realtà nel suo trascendere il suddetto valore. Essere, valore, senso ed essenza sono dunque i quattro ambiti sui quali può soffermarsi lo sguardo dello spirito, che in ciascuno di essi assumerà le vesti, rispettivamente, delle scienze naturali, della riflessione filosofica, delle scienze culturali e della riflessione religiosa¹⁸.

Tale sistematica, una volta riconosciuto il dominio cui appartiene il diritto, svolge un ruolo –per dir così– metascientifico-giuridico, giacché consente di delimitare la funzione della filosofia del diritto da quella delle altre scienze del diritto in senso lato (*Wissenschaften vom Rechte*), e innanzitutto della scienza del diritto in senso stretto (*Rechtswissenschaft*)¹⁹. Cerchiamo di mettere in luce le principali scansioni di questo complesso discorso. Data l'inderivabilità logica del dover essere dall'essere, i discorsi relativi ai valori assoluti devono restare distinti dai discorsi relativi alla realtà naturale: il *Sollen* non può dedursi dal *Sein* (cd. principio del *dualismo metodico*)²⁰. Nel caso del diritto, che appartiene

RADBRUCH, G., *Rechtsphilosophie*, cit., pp. 238-240; PAULSON, S.L., "Einleitung", in ALEXY, R., MEYER, L.H., PAULSON, S.L., SPRENGER, G. hrsg., *Neukantianismus und Rechtsphilosophie*, cit., pp. 11-13; SPRENGER, G., *Die Wertlehre des Badener Neukantianismus und ihre Ausstrahlungen in die Rechtsphilosophie*, *ibid.*, p. 165 s.; WIEGAND, M.A., *Unrichtiges Recht – Gustav Radbruchs rechtsphilosophische Parteienlehre*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2004, pp. 5-9, spec. 103-115; NEUMANN, U., "Naturrecht und Positivismus im Denken Gustav Radbruchs – Kontinuitäten und Diskontinuitäten", in HÄRLE, W., VOGEL, B. hrsg., *Vom Rechte, das mit uns geboren ist – Aktuelle probleme des Naturrechts*, Verlagspublikationen, Freiburg i.B., 2007, pp. 17-20.

¹⁸ *Rechtsphilosophie*, cit., pp. 8-10. Sul punto, cfr. ENGISCH, K., "Gustav Radbruch als Rechtsphilosoph" (1949-50), in KAUFMANN, A. hrsg., *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1968, p. 63.

¹⁹ *Rechtsphilosophie*, cit., p. 12. Ma v. anche la delimitazione dalle funzioni: a) della filosofia religiosa del diritto (*ibid.*); b) della politica del diritto (*ibid.*, pp. 16, 106); c) della storia, della comparazione e della sociologia del diritto (*ibid.*, pp. 106 s.). V. inoltre, in termini in parte originali, "Vorschule der Rechtsphilosophie" (1948), in GRGA, C.F. Müller, Heidelberg, 1990, Bd. 3, *Rechtsphilosophie III*, bearb. von W. Hassemer, pp. 129, 131-135. Sul punto, cfr. DREIER, R., PAULSON, S.L., *Einführung in die Rechtsphilosophie*, cit., pp. 240 s.

²⁰ Sulla separazione tra dover essere (valore assoluto e/o filosofia) ed essere (realtà empirica e/o relative scienze), cfr. innanzitutto WINDELBAND, W., *Che cos'è la filosofia?*, cit., pp. 296-306; RICKERT, H., *Der Gegenstand der Erkenntnis*, cit., spec. pp. 207-228, 264-274; ID., *I limiti dell'elaborazione*,

al dominio intermedio della cultura²¹, e come tale si delimita in riferimento a un preciso valore assoluto²², il dualismo metodico si trasforma in trialismo metodico²³. A tale stregua, che segna la distanza di Radbruch dalle filosofie del diritto monistiche (soprattutto: giusnaturalismo e storicismo)²⁴, il diritto come valore culturale e il diritto come realtà culturale devono formare oggetto di discorsi distinti²⁵. Più precisamente, mentre la filosofia del diritto ha il compito di analizzare il diritto come valore culturale, cioè la sua idea, alla scienza del diritto in senso stretto compete l'esame del diritto come realtà culturale, ossia le espressioni effettive della tensione dell'uomo all'idea del diritto²⁶.

-
- cit., spec. pp. 374-393 (386-388, con riguardo al diritto); LASK, E., *Filosofia giuridica*, cit., pp. 14 s., 19-23, 27 s.; ID., *Die Logik der Philosophie*, cit., spec. pp. 5-18, 39-49, 94-104; WEBER, M., *Il significato della "avalutatività"*, cit., pp. 325-327. Sul dualismo (e trialismo) metodico radbruchiano, cfr. ENGISCH, K., *Gustav Radbruch*, cit., pp. 64 s.; WOLF, E., *Gustav Radbruchs*, cit., pp. 33, 36, 39; VON HIPPEL, F., *Gustav Radbruch als rechtsphilosophischer Denker*, L. Schneider, Heidelberg, 1951, pp. 13 s., 40 s.; BARATTA, A., "Relativismus und Naturrecht im Denken Gustav Radbruchs", in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, XLV (1959), p. 508 s.; TJONG, Z.U., *Der Weg des rechtsphilosophischen Relativismus*, cit., pp. 27-35; KAUFMANN, A., *Gustav Radbruch*, cit., p. 73 s.; CASTRUCCI, E., *Rileggendo Radbruch*, cit., p. 488; DREIER, R., PAULSON, S.L., *Einführung in die Rechtsphilosophie*, cit., p. 240; SANDKÜHLER, H.J., "Natur des Rechts und Relativismus im Recht – Eine Studie zur Gustav Radbruch und Hans Kelsen im Kontext des Neukantianismus", in ALEXY, R., MEYER, L.H., PAULSON, S.L., SPRENGER, G. hrsg., *Neukantianismus und Rechtsphilosophie*, cit., p. 141 s.; SPRENGER, G., *Die Wertlehre des Badener Neukantianismus*, cit., pp. 165 s.; PAULSON, S.L., *Faktum/Wert-Distinktion: Zwei-Welten-Theorie und immanenter Sinn – Hans Kelsen als Neukantianer*, *ibid.*, pp. 226-228 (che distingue giustamente il principio del dualismo metodico dalla tesi giuspositivistica della separazione tra diritto e morale); MEYER, L.H., "Gesetzen ihrer Ungerechtigkeit wegen die Geltung absprechen" – *Gustav Radbruch und der Relativismus*, *ibid.*, pp. 326, 331 s.; WIEGAND, M.A., *Unrichtiges Recht*, cit., pp. 115-123, 126-130; NEUMANN, U., "Wissenschaftstheorie der Rechtswissenschaft bei Hans Kelsen und Gustav Radbruch – Zwei neukantianische Perspektiven", in PAULSON, S.L., STOLLEIS, M. hrsg., *Hans Kelsen – Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005, pp. 43 s.
- ²¹ Sull'opposizione oggettiva tra i concetti di "natura" e "cultura", fondamentale: RICKERT, H., *Il fondamento delle scienze*, cit., spec. pp. 68-77, ma soprattutto *I limiti dell'elaborazione*, cit., spec. pp. 113-121, 302-317.
- ²² *Rechtsphilosophie*, cit., p. 11. Per il rapporto tra riferimento al valore (*Wertbeziehung*) e dominio della cultura e delle relative scienze, imprescindibile: RICKERT, H., *Il fondamento delle scienze*, cit., pp. 47-49, 69, 71, 75 s., spec. 127-142 e 168-172, ma soprattutto *I limiti dell'elaborazione*, cit., spec. pp. 189, 192, 195 s., 340, 347, 356, 367; sulla sua scia, cfr. LASK, E., *Filosofia giuridica*, cit., pp. 21-23, nonché WEBER, M., *L'"oggettività" conoscitiva*, cit., pp. 90-93, 96 s., 118; ID., *Il significato della "avalutatività"*, cit., pp. 337 s.
- ²³ *Rechtsphilosophie*, cit., pp. 13 nt. 3, 31.
- ²⁴ *Rechtsidee und Rechtsstoff*, cit., pp. 454 s.; *Rechtsphilosophie*, cit., pp. 21-24.
- ²⁵ *Rechtsphilosophie*, cit., spec. pp. 13-15. Cfr. anche *Vorschule der Rechtsphilosophie*, cit., pp. 137 s. Qui è particolarmente evidente l'influsso di LASK, E., *Filosofia giuridica*, cit., pp. 35-39.
- ²⁶ *Rechtsphilosophie*, cit., p. 12.

D'altro canto, poiché la scienza del diritto utilizza il riferimento all'idea del diritto per individuare il proprio oggetto di indagine, ma non lo tematizza, e poiché questo riferimento è costitutivo della realtà giuridica, la scienza del diritto può solo ricavare, ma non fondare il concetto del proprio oggetto. Tale fondazione spetta piuttosto alla filosofia del diritto, la quale, essendo riflessione sul valore, sull'idea del diritto, è in grado di operare la suddetta tematizzazione²⁷.

Ora, dato che il concetto del diritto, in quanto concetto di una realtà culturale, di una realtà che si costituisce in riferimento a una precisa idea, l'idea del diritto, coinvolge necessariamente quest'ultima, la questione del concetto del diritto costituisce "soltanto" un angolo prospettico particolarmente vantaggioso per far emergere l'unitaria complessità del dominio giusfilosofico. È proprio per questa ragione che la sistematizzazione di Radbruch prende le mosse dalla questione del concetto del diritto²⁸. Volendo stilizzarne lo sviluppo²⁹, può rilevarsi che l'idea che consente di definire il concetto del diritto, ed è dunque considerata specificamente giuridica, l'idea di giustizia, non può esaurire l'idea del diritto, giacché questa pretende di realizzarsi in forme ricche di contenuti, mentre quella indica soltanto l'immagine generale di tali forme. Ciò conduce all'analisi della seconda componente dell'idea del diritto, l'idea di utilità, il cui rilievo contenutistico consiste nel fatto che essa coinvolge la questione dello scopo materiale del diritto. Senonché, dato che in linea di principio non è possibile collegare al diritto un unico scopo, e dato che il diritto non è in grado di perseguire contemporaneamente tutti i propri scopi, ecco emergere l'esigenza di una scelta effettiva tra di essi, ossia la terza ed ultima componente dell'idea del diritto, l'idea di certezza giuridica, che attiene alla questione della validità del diritto.

2.1.1. L'idea di giustizia e la questione del concetto del diritto

Ai fini della definizione del concetto del diritto, Radbruch non considera determinante la complessiva idea del diritto, ma solo quella sua specifica com-

²⁷ *Ibid.*, p. 34.

²⁸ *Ibid.*, pp. 34-40.

²⁹ Ma insuperabile resta la sintesi offerta dallo stesso Radbruch, cit., p. 73. Sul punto, v. anche ENGEL, K., *Gustav Radbruch*, cit., p. 60; WOLF, E., *Gustav Radbruchs*, cit., pp. 55 s.; KAUFMANN, A., *Gustav Radbruch*, cit., p. 75 s.; CASTRUCCI, E., *Rileggendo Radbruch*, cit., pp. 488-490; DREIER, R., PAULSON, S.L., *Einführung in die Rechtsphilosophie*, cit., pp. 241 s.

ponente che è l'idea di giustizia³⁰. In effetti, in quanto relativo a una sfera culturale, il concetto del diritto va definito alla luce del valore assoluto cui tende tale sfera³¹, e poiché i tradizionali valori ultimi del bene, del vero e del bello caratterizzano già le sfere culturali della morale, della scienza e dell'arte³², la giustizia risulta essere l'unico valore assoluto capace di riflettere la specificità del diritto³³. Sicché, in definitiva, la definizione del concetto del diritto deve muovere dall'assunto che "il diritto è la realtà che tende a servire la giustizia"³⁴.

Ora, sebbene la definizione del concetto del diritto debba incentrarsi sul riferimento alla giustizia, essa non ha uno svolgimento lineare, bensì riflette la dialettica che coinvolge la complessiva idea del diritto. Sulla base del fondamentale insegnamento di Lask³⁵, Radbruch coglie questa dialettica nel

³⁰ Sebbene l'idea del diritto funga da oggetto della filosofia del diritto e da criterio di definizione del concetto del diritto già in *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, cit., spec. pp. 53-59, 91-94, la sua articolazione interna subisce un considerevole mutamento nel passaggio a *Rechtsphilosophie*, grazie ai chiarimenti elaborati nell'articolo "Die Problematik der Rechtsidee" (1924), in *GRGA*, Bd. 2, cit., pp. 460-467. Tale mutamento è testimoniato dallo stesso Radbruch in almeno tre luoghi: nell'ann. post. 127 a *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, cit., p. 92; nell'incipit di *Die Problematik der Rechtsidee*, cit., p. 460; e nel *Vorwort* a *Rechtsphilosophie*, cit., p. 3. In sostanza, mentre originariamente Radbruch tende a identificare l'idea di giustizia e l'idea di utilità ("Zweckmäßigkeit": sulle ragioni di tale traduzione v. *infra*, nt. 51), in seguito egli le tratta come due distinte articolazioni dell'idea del diritto, in quanto ritiene che la realtà giuridica in quanto tale tenda immediatamente alla giustizia, a prescindere dal fatto che questa tensione si ispiri poi a questo o a quello scopo contingente. Sull'idea di giustizia in Radbruch, cfr. VON HIPPEL, F., *Gustav Radbruch*, cit., pp. 14 s.; KAUFMANN, A., "Problemggeschichte der Rechtsphilosophie", in KAUFMANN, A., HASSEMER, W., NEUMANN, U. hrsg., *Einführung in Rechtsphilosophie*, cit., pp. 93 s. (per l'interessante distinzione tra giustizia in senso lato e in senso stretto); ID., *Gustav Radbruch*, cit., pp. 75 s.; DREIER, R., PAULSON, S.L., *Einführung in die Rechtsphilosophie*, cit., p. 241; MEYER, L.H., "Gesetzen ihrer Ungerechtigkeit", cit., spec. pp. 333-335; NEUMANN, U., *Naturrecht und Positivismus*, cit., pp. 21 s.

³¹ *Rechtsphilosophie*, cit., p. 34. Sul concetto radbruchiano di "diritto", v. KAUFMANN, A., *Gustav Radbruch*, cit., pp. 71 s.; DREIER, R., PAULSON, S.L., *Einführung in die Rechtsphilosophie*, cit., pp. 241, 243 s., 248; NEUMANN, U., *Naturrecht und Positivismus*, cit., pp. 17-19.

³² *Rechtsphilosophie*, cit., p. 9.

³³ *Ibid.*, p. 35.

³⁴ *Ibid.*, p. 37. La frase originale è "Recht ist die Wirklichkeit, die den Sinn hat, der Gerechtigkeit zu dienen". Riteniamo che tale traduzione, per quanto non corrisponda perfettamente alla lettera, sia in grado di esprimere adeguatamente il senso della frase, la quale compendia l'idea radbruchiana che la giustizia sia il fine tendendo al quale qualcosa acquista natura giuridica. D'altro canto, la traduzione in esame trova un chiaro riscontro letterale qualche pagina prima (p. 31), dove Radbruch afferma: "Der Rechtsbegriff kann nur bestimmt werden als die Wirklichkeit, die zur Rechtsidee *hinstrebt*" (corsivo nostro). In termini analoghi, cfr. *Die Problematik der Rechtsidee*, cit., p. 462, nonché "Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht" (1946), in *Rechtsphilosophie*, cit., p. 216.

³⁵ Espressamente fatto proprio in *Rechtsidee und Rechtsstoff*, cit., p. 457 nt. 4, nonché in *Rechtsphilosophie*, cit., p. 14 nt. 3. I luoghi ai quali Radbruch fa riferimento si trovano in LASK, E., *Die*

rispondere alla questione, tipicamente *logico-trascendentale*, delle condizioni di pensabilità di tale idea. In questo senso, l'idea del diritto, come ogni altra idea, non può essere pensata in sé, come pura forma³⁶, poiché ciò non esprime altro che una vuota pretesa alla correttezza del diritto³⁷. L'idea del diritto può essere piuttosto pensata solo in riferimento al proprio sostrato tipico, la convivenza umana³⁸. Ma se è vero tutto ciò, se cioè l'idea del diritto è pensabile solo in quanto determinata da quella stessa materia che pretende di regolare, allora bisogna riconoscere l'esistenza di una dialettica "idealizzazione del reale"/"determinazione materiale dell'idea" che pervade l'intero universo giuridico e tempera in qualche misura, senza tuttavia annullarlo, lo stesso dualismo metodico professato da Radbruch³⁹. Questa dialettica, come meglio chiariremo in seguito, ha un'importanza decisiva ai nostri fini storiografici: è proprio alla luce di essa che è possibile comprendere come la questione fondamentale dell'opera radbruchiana sia quella, tipicamente ermeneutica, della correlazione tra elemento normativo ed elemento fattuale nella sfera giuridica.

Il concetto del diritto va dunque definito in relazione all'idea di giustizia, ma quest'ultima, a sua volta, può essere afferrata solo riferendosi a quella convivenza umana che è costituita dal diritto stesso⁴⁰. Secondo Radbruch, infatti, la giustizia ha primariamente un senso *distributivo*: è la pretesa al trattamento relativamente eguale degli esseri umani, è la pretesa che nella convivenza civile i vantaggi e gli svantaggi siano ripartiti egualmente in casi eguali, e disegualmente in casi diseguali⁴¹. Con ciò risultano approntati tutti gli elementi necessari e sufficienti per la definizione ricercata. Essa sarà composta dalle determinazioni che devono presentarsi nella realtà affinché si compia l'essenziale tensione della regolamentazione giuridica all'idea di giustizia distributiva:

Logik der Philosophie, cit., spec. pp. 50-62, 140-150 (dottrina della "Bedeutungsdifferenzierung", cioè -appunto- della differenziazione di specifiche forme ideali, secondo la rispettiva materia, a partire dalla pura forma dell'idea).

³⁶ *Rechtsidee und Rechtsstoff*, cit., p. 457 nt. 4.

³⁷ *Rechtsphilosophie*, cit., p. 38.

³⁸ *Rechtsidee und Rechtsstoff*, cit., pp. 457-459; *Rechtsphilosophie*, cit., p. 38.

³⁹ *Rechtsidee und Rechtsstoff*, cit., p. 454. In termini espliciti, cfr. *Vorschule der Rechtsphilosophie*, cit., p. 141. Su tale dialettica, di recente, v. WIEGAND, M.A., *Unrichtiges Recht*, cit., pp. 132-135, 141 s.

⁴⁰ *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, cit., p. 58, ann. post. 59. Per una circolarità analoga (materia del diritto sono i fatti sociali in quanto fatti giuridici), v. *Rechtsidee und Rechtsstoff*, cit., pp. 459 s.

⁴¹ *Rechtsphilosophie*, cit., pp. 35 s. Cfr. anche le sintetiche ma interessanti distinzioni operate in *Vorschule der Rechtsphilosophie*, cit., pp. 142 s.

positività, normatività, socialità e generalità⁴². Sulla base di un'interpretazione sistematica del pensiero del nostro autore⁴³, è possibile avanzare i seguenti chiarimenti. Positività, perché la tensione tipica del diritto si manifesta nella realtà, dunque consiste in una presa di posizione esternamente riconoscibile; normatività, perché ciò a cui il diritto tende è un valore ideale, una pretesa alla correttezza, quindi qualcosa di regolativo; socialità, perché questo è il rivestimento della convivenza umana quale sostrato tipico dell'idea del diritto; generalità, perché la pretesa all'eguale trattamento dell'eguale, insita nell'idea di giustizia, implica la pluralità dei destinatari di tale trattamento. Sicché, in definitiva, il diritto può e deve esser definito come l'"*insieme delle prescrizioni generali per la convivenza umana*"⁴⁴.

Ora, dato che tale concetto è stato dedotto dal solo riferimento all'idea assoluta di giustizia, dunque a prescindere dalle sue manifestazioni empiriche, esso ha natura aprioristica⁴⁵. Ma vi è di più. Lo sviluppo analitico che ha condotto al concetto del diritto può esser prolungato, fino a ricavare una serie di concetti della stessa natura, che ne costituiscono specificazioni e sono in linea di principio infiniti. Così, ad esempio, dalla positività e dalla normatività è possibile ricavare, tra l'altro, il concetto di proposizione giuridica, e da questa i concetti di fattispecie e di conseguenza giuridica⁴⁶.

2.1.2. L'idea di utilità e la questione dello scopo del diritto

Si è visto che per Radbruch l'idea di giustizia è l'idea specificamente giuridica, in quanto consente di definire il concetto del diritto. Essa permette, cioè, di individuare la categoria della giuridicità, la forma aprioristica comune a ogni fenomeno giuridico⁴⁷: è tale ogni fenomeno che (pur senza riuscirvi

⁴² *Rechtsphilosophie*, cit., p. 38.

⁴³ La spiegazione più chiara e sintetica dei quattro caratteri si trova in *Vorschule der Rechtsphilosophie*, cit., p. 151.

⁴⁴ *Rechtsphilosophie*, cit., p. 38 (corsivo nell'originale). Cfr. altresì l'analoga definizione in *Vorschule der Rechtsphilosophie*, cit., p. 151: "*insieme delle norme positive generali per la vita sociale*" (corsivo nell'originale).

⁴⁵ *Rechtsphilosophie*, cit., pp. 38 s. Cfr., inoltre, *Vorschule der Rechtsphilosophie*, cit., p. 150.

⁴⁶ *Rechtsphilosophie*, cit., pp. 39 s.

⁴⁷ Radbruch mutua l'idea di una forma aprioristica della giuridicità dal filosofo del diritto Rudolf Stammler, legato al neokantismo cd. di Marburgo (Natorp, Cohen), ma aggiunge che questo autore si è limitato a porre la relativa esigenza, senza svilupparla fino in fondo: *ibid.*, pp. 29-31.

perfettamente, quanto meno) tende a trattare egualmente solo ciò che è eguale. Ciò è tanto vero che, là dove questa tensione non fosse riscontrabile, come, ad esempio, nel caso di una disciplina sorta in forma singolare, non si darebbe un'autentica prescrizione giuridica⁴⁸.

Senonché, a uno sguardo disincantato, la realtà si presenta in origine come una selva di singolarità irriducibili l'una all'altra⁴⁹. Nella sua costituzione complessiva, nessun ente è perfettamente eguale, cioè identico ad alcun altro, e l'eguaglianza tra due o più enti, su cui si basa la pretesa dell'idea di giustizia, è il frutto di un'astrazione che tale idea sollecita ma non determina. L'idea di giustizia ha infatti carattere puramente formale: pretende *che* solo ciò che è eguale sia trattato in modo eguale, ma non indica *per che cosa* un ente va

Sulle differenze tra Radbruch e Stammler, v. i chiari rilievi di KAUFMANN, A., *Gustav Radbruch*, cit., p. 73; cfr. altresì MEYER, L.H., "Gesetzen ihrer Ungerechtigkeit", cit., pp. 324 s., e WIEGAND, M.A., *Unrichtiges Recht*, cit., pp. 124-126.

⁴⁸ Questo è un altro profilo sotto il quale il pensiero di Radbruch è in parte mutato nel corso del tempo, così facendo emergere la questione, tuttora dibattuta, se egli sia passato da un atteggiamento giuspositivistico a uno giusnaturalistico. Tale questione esula dai nostri specifici interessi storiografici, ma dobbiamo almeno notare, innanzitutto, che egli si attiene costantemente a due idee: il diritto in quanto tale tende alla giustizia (problema della natura giuridica), mentre l'obbligatorietà delle norme positive è fondata in linea di principio sulla certezza giuridica (problema della validità giuridica); in secondo luogo, che le conseguenze emergenti nei casi in cui la suddetta tensione alla giustizia manchi variano a seconda dell'opera considerata; infine, che è solo nelle ultime opere che l'idea formale di giustizia si carica di contenuti universali, consistenti nei diritti umani. Per questi aspetti, cfr. in particolare i seguenti luoghi: *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, cit., p. 171; *Die Problematik der Rechtsidee*, cit., p. 462; *Rechtsphilosophie*, cit., pp. 38, 76 nt. 7; *Gesetzliches Unrecht*, cit., pp. 211, 215-219; *Vorschule der Rechtsphilosophie*, cit., pp. 146 s., 149, 151, 226 s. Sulla questione della cd. svolta di Radbruch, cfr. ENGISCH, K., *Gustav Radbruch*, cit., pp. 67 s.; WOLF, E., *Gustav Radbruchs*, cit., pp. 71 s.; VON HIPPEL, F., *Gustav Radbruch*, cit., pp. 28-30; BARATTA, A., *Relativismus und Naturrecht*, cit., pp. 520-533; TJONG, Z.U., *Der Weg des rechtsphilosophischen Relativismus*, cit., pp. 76-88; SCHNEIDER, H.P., "Gustav Radbruchs Einfluß auf die Rechtsphilosophie der Gegenwart", in RADBRUCH, G., *Rechtsphilosophie*, hrsg. von WOLF, E., SCHNEIDER, H.P., Stuttgart, H.F. Koehler, 1973⁸, p. 352; KAUFMANN, A., *Gustav Radbruch*, cit., pp. 45 s., 81-85; HASSEMER, W., "Einführung", in *GRGA*, Bd. 3, cit., spec. pp. 8 s.; ALEXY, R., *Begriff und Geltung des Rechts*, 1992, trad. it. *Concetto e validità del diritto*, Einaudi, Torino, 1997, pp. 54 s.; VASSALLI, G., *Formula di Radbruch e diritto penale - Note sulla punizione dei "delitti di Stato" nella Germania nazista e nella Germania postcomunista*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 24-35; DREIER, R., PAULSON, S.L., *Einführung in die Rechtsphilosophie*, cit., pp. 247-249; MEYER, L.H., "Gesetzen ihrer Ungerechtigkeit", cit., spec. pp. 339-346; WIEGAND, M.A., *Unrichtiges Recht*, cit., pp. 11 s., 194-199; NEUMANN, U., *Naturrecht und Positivismus*, cit., spec. pp. 17-19, 21 s., 24-27.

⁴⁹ Anche a questo riguardo indispensabile: RICKERT, H., *Il fondamento delle scienze*, cit., pp. 81 s., ma soprattutto *I limiti dell'elaborazione*, cit., spec. pp. 22-25; sulla sua scia LASK, E., *Filosofia giuridica*, cit., pp. 36 s.

considerato eguale a un altro, né *quale* distinzione di trattamento va operata tra classi di enti diversamente omogenee⁵⁰. In breve: l'idea di giustizia non stabilisce eguaglianze astratte, bensì impone equiparazioni per eguaglianze da stabilire altrove.

È proprio qui che emerge la seconda componente dell'idea del diritto, l'idea di utilità⁵¹. Posto che il diritto deve fare i conti con un'esigenza di astrazione che sorge nella sua *immediata* tensione alla giustizia, l'idea di utilità è la pretesa che tale esigenza sia affrontata secondo lo scopo necessariamente concomitante a quella tensione, ossia lo scopo *mediato* del diritto. Così, l'esigenza di utilità del diritto non va intesa banalmente nel senso utilitaristico di vantaggiosità, bensì nel senso teleologico di conformità allo scopo che il diritto non può non perseguire nella tensione al proprio fine ultimo. Per Radbruch è evidente che tale scopo coincide col valore etico del bene: tendere alla giustizia nella convivenza civile non può non implicare il perseguimento del bene degli uomini⁵².

Ora, dato che non esiste un unico bene etico, bensì tanti beni quanti sono i possibili sostrati di valore, lo scopo del diritto può esser suddiviso in diversi scopi, che in quanto tali non sono suscettibili di esser soddisfatti tutti allo stesso tempo. Più precisamente, posto che i suddetti sostrati sono le personalità umane singole, le collettività umane e le opere umane, il diritto può tendere alternativamente a scopi individualistici, a scopi collettivistici o a scopi d'opera⁵³. Correlativamente a ciò, possono darsi visioni politiche individualistiche –incentrate sul valore della libertà (es.: liberalismo)–, sovraindividualistiche –incentrate sul valore della Nazione (es.: corporativismo)–, e transpersonalistiche –incentrate sul valore della cultura⁵⁴–, ciascuna delle quali

⁵⁰ *Die Problematik der Rechtsidee*, cit., p. 463; *Rechtsphilosophie*, cit., p. 54; Tale carattere è ribadito fino all'ultimo: *Vorschule der Rechtsphilosophie*, cit., pp. 143 s.

⁵¹ Il termine usato al riguardo da Radbruch è "Zweckmäßigkeit", che potrebbe anche essere tradotto, letteralmente, con "conformità allo scopo", oppure, sostanzialmente, con "funzionalità" od "opportunità". Rimandando al testo principale per la precisazione del senso da assegnare al termine "utilità", qui va rilevato che tale traduzione trova più di un riscontro esplicito nell'opera del nostro autore: cfr. *Rechtsphilosophie*, cit., pp. 38 ann. post. 36, 54 ann. post. 51. Sul punto, cfr. anche i chiari rilievi di NEUMANN, U., *Naturrecht und Positivismus*, cit., pp. 15, 22.

⁵² *Rechtsphilosophie*, cit., pp. 54 s. Cfr. anche *Vorschule der Rechtsphilosophie*, cit., p. 145.

⁵³ *Rechtsphilosophie*, cit., p. 55. Sull'idea di utilità e gli scopi del diritto, cfr. WIEGAND, M.A., *Unrichtiges Recht*, cit., pp. 143 s., 148-153, 159-168.

⁵⁴ Qui Radbruch non fa alcun esempio, in quanto, come egli stesso sottolinea, le visioni transpersonalistiche non hanno carattere programmatico, e dunque non si esprimono nella politica di una determinata fazione (*Rechtsphilosophie*, cit., p. 61).

concepirà regolamentazioni giuridiche contenutisticamente diverse da quelle delle visioni alternative⁵⁵.

2.1.3. L'idea di certezza giuridica e la questione della validità del diritto

La pluralità degli scopi del diritto, da cui deriva la pluralità dei punti di vista funzionali all'astrazione richiesta dall'idea di giustizia, dà luogo a un nuovo problema. Se, come si è detto, non è possibile soddisfare allo stesso tempo tutti i possibili scopi del diritto, e dunque condividere simultaneamente tutti i relativi punti di vista selettivi, da cosa dipenderà di volta in volta la prevalenza di un certo punto di vista, e con ciò del corrispondente contenuto di disciplina giuridica?

Secondo Radbruch, tale prevalenza non può esser stabilita razionalmente. Lo esclude il principio del *relativismo*, che, insieme a quello già indicato del dualismo metodico, compone la stella polare della riflessione del nostro autore. Egli mutua entrambi i principi dalla filosofia neokantiana, ma mentre per il secondo –come visto– è debitore soprattutto di Rickert e Lask, l'adesione al primo fu determinata in particolare dall'influsso di Max Weber⁵⁶, al quale Radbruch fu anche personalmente legato. Nella prospettiva relativistica, che presenta diverse assonanze con l'idea contemporanea di pluralismo, Radbruch ritiene che la filosofia possa e debba, sì, rintracciare e coordinare i presupposti ultimi delle varie prese di posizione degli esseri umani, ivi comprese quelle giuridiche, ma non sia in grado di risolvere i conflitti che si danno tra quegli stessi presupposti. Tale soluzione esige infatti una scelta, e non può pertanto formare oggetto di conoscenza riflessiva (*Erkenntnis*), ma solo di adesione spontanea (*Bekanntnis*) a un certo presupposto, che in tal modo viene preferito agli altri⁵⁷.

⁵⁵ *Ibid.*, pp. 56-62. Cfr. anche *Vorschule der Rechtsphilosophie*, cit., p. 145 s. Sul punto, cfr. VON HIPPEL, F., *Gustav Radbruch*, cit., pp. 16 s., 20-28; WIEGAND, M.A., *Unrichtiges Recht*, cit., pp. 168-174.

⁵⁶ Cfr. *L'oggettività conoscitiva*, cit., spec. pp. 58-67; *Il significato della "avalutatività"*, cit., pp. 322-324, 327 s., 333-338; *La scienza come professione*, cit., p. 31 s., 35-37.

⁵⁷ *Rechtsphilosophie*, cit., pp. 15-18. V. anche *Vorschule der Rechtsphilosophie*, cit., p. 146. Sul ruolo del relativismo in Radbruch, cfr. ENGISCH, K., *Gustav Radbruch*, cit., pp. 64, 66; WOLF, E., *Gustav Radbruchs*, cit., p. 55; VON HIPPEL, F., *Gustav Radbruch*, cit., pp. 18 s., 54-56; BARATTA, A., *Relativismus und Naturrecht*, cit., pp. 505-513, 515-520 (che usa l'efficace espressione "relativismo positivo", per distinguere la posizione di Radbruch da ogni forma di sterile scetticismo);

Applicando questo principio al nostro attuale problema: decidere di volta in volta se il diritto debba assumere contenuti individualistici, collettivistici o transpersonalistici non è possibile in modo puramente razionale⁵⁸. Ciò non comporta, tuttavia, l'impossibilità del diritto, anzi chiama in causa la terza e ultima componente dell'idea del diritto, l'idea di certezza giuridica. Quest'ultima esige infatti che i contenuti del diritto vengano comunque stabiliti, e in tal modo proietta il proprio valore sulla produzione giuridica dei detentori del potere, quali soggetti capaci di assicurare l'osservanza delle disposizioni poste⁵⁹.

È proprio qui che emerge il collegamento tra l'idea di certezza giuridica e il problema della validità del diritto, che necessita di alcuni chiarimenti, dato che la nozione radbruchiana di "validità" (*Geltung*) non coincide con quella comune nella teoria giuridica contemporanea. Si è detto che Radbruch attribuisce natura giuridica a tutte le prescrizioni che tendono alla giustizia nel senso precisato. Ma questo è un problema classificatorio, la cui soluzione, sempre a causa del dualismo metodico, non può pregiudicare il problema della validità delle norme, qui intesa non tanto come vigenza oggettiva, come esistenza giuridica (*Gültigkeit*), quanto come obbligatorietà soggettiva, come capacità di vincolare i relativi destinatari (*Verpflichtbarkeit*)⁶⁰. In effetti, il semplice fatto che certe prescrizioni *sono* giuridiche non implica che esse *debbano* essere osservate⁶¹. D'altro canto, formando oggetto di un problema filosofico, l'obbligatorietà in esame non va intesa in senso particolare, limitato cioè a chi assume uno specifico punto di vista, bensì universale, coinvolgente in linea di

TJONG, Z.U., *Der Weg des rechtsphilosophischen Relativismus*, cit., spec. pp. 51-57; SCHNEIDER, H.P., *Gustav Radbruchs*, cit., pp. 353-359; KAUFMANN, A., *Gustav Radbruch*, cit., pp. 78-80; CASTRUCCI, E., *Rileggendo Radbruch*, cit., pp. 490, 495 s.; DREIER, R., PAULSON, S.L., *Einführung in die Rechtsphilosophie*, cit., pp. 240, 248; SANDKÜHLER, H.J., *Natur des Rechts und Relativismus*, cit., pp. 131, 150-153; SPRENGER, G., *Die Wertlehre des Badener Neukantianismus*, cit., p. 166; MEYER, L.H., "Gesetzen ihrer Ungerechtigkeit", cit., spec. pp. 324-327, 335; NEUMANN, U., *Naturrecht und Positivismus*, cit., p. 23.

⁵⁸ *Rechtsphilosophie*, cit., p. 73.

⁵⁹ Il termine originale è "Rechtssicherheit", ma Radbruch ne chiarisce il senso indicando come sinonimi "Unverbrüchlichkeit" (p. 73 ann. post. 77), "Stetigkeit" (*ibid.*), "Friede" (p. 83) e "Ordnung" (*ibid.*). Nuove precisazioni sul senso e le implicazioni dell'idea di certezza sono contenute in *Vorschule der Rechtsphilosophie*, cit., pp. 147 s. Sulla nozione radbruchiana di "certezza giuridica", cfr. VON HIPPEL, F., *Gustav Radbruch*, cit., pp. 31-34.

⁶⁰ *Rechtsphilosophie*, cit., p. 44.

⁶¹ *Ibid.*, p. 78.

principio ogni essere dotato di ragione. In breve, risolvere il problema della validità del diritto significa individuare il fondamento dell'obbligatorietà universale delle norme giuridiche⁶².

La dottrina giuridica e le dottrine sociologiche della validità del diritto sono respinte da Radbruch poiché non sono in grado di dar conto di entrambi gli aspetti appena indicati. La dottrina giuridica, nel trattare tipicamente le prescrizioni del diritto come fonti di *norme*, cioè di contenuti obbligatori, si rivolge, sì, alla figura del dovere. Tuttavia, essa fonda l'obbligatorietà di ogni norma su norme di rango superiore, così finendo per approdare a norme ultime, di matrice costituzionale, che in quanto tali non possono che esser fondate su sé stesse. Sicché la validità di ciascun ordinamento giuridico finisce per avere un fondamento relativo, limitato a chi si è già collocato dal punto di vista della rispettiva norma fondamentale, mentre infondata resta la scelta di questa posizione⁶³.

Le dottrine sociologiche, dal canto proprio, cercano, sì, di fondare in termini universali la validità dell'ordinamento giuridico, ma, da un lato, non ci riescono, e dall'altro e soprattutto, trascurano l'aspetto fondamentale dell'obbligatorietà. Tutto ciò emerge chiaramente nella più antica dottrina sociologica, quella della forza. Affermando che è valido l'ordinamento giuridico emanato da chi è riuscito a imporsi sulla maggioranza dei propri destinatari, essa trascura, da un lato, che ciò che ha accettato la maggioranza non vale automaticamente per la minoranza, e dall'altro e soprattutto, che un ordinamento siffatto si presenta come un insieme di *imperativi*, piuttosto che di norme, e dunque può creare al più una costrizione (*Müssen*), ma non un autentico dovere (*Sollen*) a carico dei suoi destinatari⁶⁴.

Per fondare adeguatamente la validità del diritto, non resta allora che operare una sintesi eticamente orientata dei due punti di vista appena illustrati. Questa è la concezione filosofica propugnata da Radbruch, secondo la quale la validità dell'ordinamento giuridico, concepito come ordinamento normativo, va riconosciuta in termini tendenzialmente universali allorquando i suoi artefici siano riusciti a imporlo. Un tale ordinamento, infatti, è già capace di soddisfare il valore della certezza giuridica, e dunque il bene dei propri desti-

⁶² *Ibid.*, pp. 79 s.

⁶³ *Ibid.*, pp. 78 s. Cfr. anche *Vorschule der Rechtsphilosophie*, cit., pp. 152 s.

⁶⁴ *Rechtsphilosophie*, cit., pp. 79-81, 45 s. Cfr. anche *Vorschule der Rechtsphilosophie*, cit., p. 153.

natari. Sicché deve concludersi che, almeno in linea di principio, salvi cioè i casi in cui emergano altri valori capaci di competere con quello della certezza, ogni volontà guidata dalla ragione sia subordinata all'ordinamento posto, e dunque che quest'ultimo sia universalmente valido⁶⁵.

2.1.4. Le antinomie immanenti all'idea del diritto

Come l'idea di utilità è emersa dall'analisi dell'idea fondamentale di giustizia, manifestandosi quale fonte dei possibili contenuti regolativi pretesi ma non determinati da quest'ultima, così l'idea di certezza giuridica è emersa dall'analisi dell'idea di utilità, presentandosi come il fattore della necessaria *reductio ad unum* di quei possibili contenuti. È proprio in questa concatenazione fondativa della complessità dell'idea e dell'esperienza del diritto che risiede l'intima sistematicità della riflessione giusfilosofica radbruchiana.

Tuttavia, l'importanza dei nessi tra le tre componenti dell'idea del diritto non toglie che tra di esse si diano anche profonde opposizioni, le quali formano ancora oggetto di discussione tra gli studiosi del nostro autore. Innanzitutto, l'idea di giustizia è in opposizione a quella di utilità: mentre la prima esige che la regolamentazione giuridica abbia un grado di generalità il più elevato possibile, la seconda tende all'individualizzazione dei contenuti di disciplina⁶⁶. D'altro canto, queste due idee sono in contrasto con l'idea di certezza giuridica: mentre quelle esigono contenuti regolativi di un certo tipo, questa è soddisfatta dalla fissazione di contenuti qualsiasi, i quali possono anche trascurare le esigenze di generalizzazione o di individualizzazione, cioè rivelarsi ingiusti o inopportuni⁶⁷.

⁶⁵ *Rechtsphilosophie*, cit., pp. 81-83, 46-48. V. anche *Vorschule der Rechtsphilosophie*, cit., pp. 153 s. Sulla dottrina radbruchiana della validità del diritto, cfr. Tjong, Z.U., *Der Weg des rechtsphilosophischen Relativismus*, cit., pp. 65-75; Dreier, R., Paulson, S.L., *Einführung in die Rechtsphilosophie*, cit., pp. 244-249; Meyer, L.H., "Gesetzen ihrer Ungerechtigkeit", cit., pp. 319-321, 329; Wiegand, M.A., *Unrichtiges Recht*, cit., pp. 216-223.

⁶⁶ *Rechtsphilosophie*, cit., pp. 74 s. Ma v. anche *Vorschule der Rechtsphilosophie*, cit., p. 143, dove la tensione tra generalizzazione e individualizzazione è intesa come immanente alla giustizia medesima.

⁶⁷ *Rechtsphilosophie*, cit., p. 75. Ma v. anche *Vorschule der Rechtsphilosophie*, cit., pp. 149 s., dove l'opposizione tra giustizia e certezza del diritto è concepita come interna alla giustizia stessa. Sulle antinomie immanenti all'idea del diritto, cfr. Von Hippel, F., *Gustav Radbruch*, cit., pp. 34-40.

Ora, dato il principio relativistico che guida la filosofia del diritto di Radbruch, egli ritiene che non sia possibile comporre razionalmente le segnalate opposizioni. La loro composizione dipenderà piuttosto dallo svolgersi di quella stessa disputa tra le opinioni politiche che era emersa in sede di analisi dell'idea di utilità, e ogni epoca storica sarà caratterizzata dalla prevalenza dell'una o dell'altra componente dell'idea del diritto⁶⁸.

Le antinomie in esame finiscono peraltro per riflettersi sul problema particolare della validità del diritto, imponendo alcuni distinguo. In questo senso, che debba considerarsi valido il diritto comunque posto, è vero solo per gli organi giudiziari. Essendo al servizio dell'ordinamento positivo, essi sono necessariamente soggetti alla dottrina giuridica della validità, che è l'unica ad affermare in termini incondizionati l'obbligatorietà del diritto posto⁶⁹.

Per i privati cittadini, che si trovano in una posizione diversa, vale invece la dottrina filosofica della validità. Nell'affermare che la volontà guidata dalla ragione è subordinata al diritto posto poiché questo realizza il valore della certezza del diritto, tale dottrina lascia aperta la possibilità che esso entri concretamente in conflitto con altri valori. Sicché, la validità del diritto risulta ora fondata in termini, sì, universali, ma al tempo stesso condizionati. Così, può accadere che una legge, che nel suo esser posta soddisfa il valore della certezza, contrasti al contempo per i suoi contenuti con i valori della giustizia o dell'utilità. Un esempio del genere è offerto dalle "leggi-vergogna" adottate nel 1878 contro i movimenti socialdemocratici tedeschi. In casi del genere, il principio del relativismo esclude la possibilità di una soluzione razionale del conflitto assiologico, e la validità del diritto per il singolo sarà rimessa piuttosto alla sua coscienza⁷⁰.

Da tutto ciò emerge infine la possibilità di casi tragici, nei quali il giudice deve punire per esigenze di certezza l'autore di un reato, il quale, a sua

⁶⁸ *Rechtsphilosophie*, cit., p. 77. Cfr. anche le limitazioni introdotte in *Vorschule der Rechtsphilosophie*, cit., pp. 150 s.

⁶⁹ *Rechtsphilosophie*, cit., pp. 84 s. Ma v. anche quanto rilevato qui nella nt. 48 a proposito della controversa evoluzione della riflessione radbruchiana sui problemi della natura e della validità giuridica. Sotto questo profilo si spiega, ad es., l'affermazione di DREIER, R., PAULSON, S.L., *Einführung in die Rechtsphilosophie*, cit., p. 247, secondo cui Radbruch avrebbe infine negato l'obbligatorietà delle "leggi-vergogna" (cioè insopportabilmente ingiuste) persino con riguardo al giudice.

⁷⁰ *Rechtsphilosophie*, cit., p. 84.

volta, aveva il dovere di commetterlo per altre esigenze (cd. delinquente per convinzione). La tragicità di questi casi risiede proprio nella impossibilità di elevarsi a un livello che consenta di conciliare le due prospettive contrapposte, e mostra ancora una volta l'intima problematicità dell'esperienza giuridica⁷¹.

2.2. *La scienza del diritto*

La concezione radbruchiana della scienza del diritto è chiaramente influenzata dalla sistematica giusfilosofica di Lask⁷². In questo senso, il nostro autore distingue innanzitutto con nettezza la scienza del diritto in senso stretto dalle altre scienze del diritto in senso lato: non solo dalla filosofia (e dalla politica) del diritto, ma anche dalle teorie sociali del diritto, come la storia, la comparazione e la sociologia del diritto. Sotto il primo profilo, come anticipato, mentre la riflessione giusfilosofica si occupa del diritto come valore culturale, quella scientifico-giuridica se ne occupa come fenomeno culturale: alla prima compete l'analisi dell'idea (e del concetto) del diritto, alla seconda, invece, l'analisi delle manifestazioni reali di tale idea, cioè dei singoli ordinamenti positivi quali complessi di disposizioni giuridiche. In breve: sotto il profilo dell'oggetto, mentre l'una è scienza di valori, l'altra è scienza di fatti⁷³.

Sotto il secondo profilo, se è vero che le teorie sociali del diritto hanno ad oggetto gli stessi fatti di cui si occupa la scienza del diritto, è pur vero che il metodo che esse utilizzano, dato l'interesse che le muove, è diverso dall'interesse e dal metodo della scienza del diritto. Da un lato, le teorie sociali hanno interesse a conoscere le cause che hanno spinto una certa autorità a dettare determinate disposizioni per la convivenza umana. Sicché esse trattano tali disposizioni come meri *imperativi*, come manifestazioni di una volontà da indagare con mezzi propriamente *psicologici*⁷⁴. Dall'altro lato, la scienza del diritto è

⁷¹ *Ibid.*, p. 85.

⁷² *Filosofia giuridica*, cit., spec. pp. 34-39, 41-44, 47-49. Su questi temi, cfr. anche WEBER, M., *A proposito di "Economia e diritto"*, cit., spec. pp. 121-123, 147-162. Sulla concezione radbruchiana della scienza del diritto, messa a confronto con quella kelseniana nella comune cornice neokantiana, cfr. i lucidi rilievi di NEUMANN, U., *Wissenschaftstheorie der Rechtswissenschaft*, cit., pp. 35-55.

⁷³ *Rechtsphilosophie*, cit., pp. 12, 106. Sul punto, cfr. NEUMANN, U., *Wissenschaftstheorie der Rechtswissenschaft*, cit., pp. 43 s.

⁷⁴ *Rechtsphilosophie*, cit., pp. 106 s.

consapevole che ogni volontà si forma ispirandosi a certe idee, ma si manifesta in genere in modo oscuro, lacunoso e/o contraddittorio. Ne deriva che nessuna proposizione giuridica può svolgere da sola la propria funzione tipica, ossia fornire a ogni singolo fatto della vita comune un inquadramento univoco. La scienza del diritto è chiamata pertanto a cooperare a tale inquadramento, e può farlo trattando le disposizioni giuridiche come veicoli di senso, come fonti di *norme* da individuare, sì, nel rispetto della *volontà* espressa dal loro autore, ma tenendo conto tanto delle *idee* che stanno alla base di quest'ultima, quanto delle peculiarità dei *fatti* da inquadrare⁷⁵.

2.2.1. Caratteri distintivi

È per tali ragioni che Radbruch, anche qui fedele al pensiero neokantiano⁷⁶, afferma che la scienza del diritto, in quanto scienza di fatti culturali, è comprensiva e individualizzante (o idiografica). Essa è comprensiva, piuttosto che esplicativa, in quanto non si ferma ad accertare la soggettiva volontà del legislatore, bensì mira a ricostruire l'oggettivo senso normativo delle sue proposizioni, al fine pratico di dare ordine alla vita comune⁷⁷. Ed è individualizzante (o idiografica), e non generalizzante, in quanto esclude che tali proposizioni possano funzionare come espressioni riassuntive di casi *particolari* equivalenti, considerandole piuttosto come fonti di un senso che è pienamente determinabile solo in relazione a casi *singolari*: "il diritto, in effetti, non è la totalità delle norme, bensì delle decisioni giuridiche"⁷⁸.

⁷⁵ *Ibid.*, pp. 106-116. Sul punto, cfr. NEUMANN, U., *Wissenschaftstheorie der Rechtswissenschaft*, cit., pp. 42 s., 44 s.

⁷⁶ Fondamentali al riguardo: WINDELBAND, W., *Storia e scienza della natura*, cit., pp. 319-329 ("scienze nomotetiche"- "scienze idiografiche"); RICKERT, H., *Il fondamento delle scienze*, cit., spec. pp. 62-67, 87-107 e 124-145, ma soprattutto *I limiti dell'elaborazione*, cit., spec. pp. 31-44, 69-80, 124-134, 156-199, 255-317 ("scienze della natura"- "scienze storiche della cultura").

⁷⁷ *Rechtsphilosophie*, cit., pp. 115 s. Il carattere pratico della scienza del diritto è particolarmente sottolineato in *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, cit., p. 185.

⁷⁸ *Rechtsphilosophie*, cit., p. 116. Ma v. già *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, cit., pp. 196 s., 198 ann. post. 292, 199, dove si trovano rilievi molto importanti ai nostri fini storiografici, rilievi di chiara ispirazione neokantiana, non integralmente ripresi nel passaggio alla *Rechtsphilosophie* (la scienza giuridica è interessata soprattutto alle proposizioni giuridiche individuali, relative cioè a casi singoli; il caso singolo non è qualcosa di particolare, bensì di individuale; la scienza giuridica si pone a metà strada tra scienze della natura e scienza storica, in quanto, a differenza della prima, si interessa solo al caso singolo, e a differenza della seconda, se ne interessa dal punto di vista esclusivo del diritto). Sul punto, cfr. già le concise ma illuminanti riflessioni di LASK, E., *Filosofia giuridica*, cit., pp. 43 s.

Alla luce di tutto ciò, è chiaro che l'attività scientifico-giuridica è nel suo nucleo attività interpretativa. Essa si distingue tuttavia dalle altre forme di interpretazione delle opere dello spirito. Innanzitutto, da certe forme di interpretazione filologica, che credono di dover semplicemente ripensare ciò che l'autore di un'opera aveva pensato all'atto della sua produzione, mentre lo scienziato del diritto, consapevole dell'imperfezione del legislatore, ha l'onere di cooperare con quest'ultimo. Così, bisogna ammettere, da un lato, che "L'interprete può comprendere la legge meglio del suo artefice, la legge può essere più ragionevole del suo autore – anzi essa *deve necessariamente* essere più ragionevole del suo autore"⁷⁹, e dall'altro, che "[...] l'interpretazione giuridica [...] è un intreccio inestricabile di elementi teorici e pratici, conoscitivi e creativi, riproduttivi e produttivi, scientifici e metascientifici, oggettivi e soggettivi"⁸⁰.

L'interpretazione scientifico-giuridica si distingue inoltre dalle forme irrazionali di interpretazione, come quelle invalse nelle religioni antiche, le quali poggiano sulla convinzione che il messaggio di certe espressioni divine sia comprensibile solo da individui eletti e in maniera del tutto intuitiva. Per adempiere la propria funzione, l'interpretazione scientifico-giuridica deve in-

⁷⁹ *Rechtsphilosophie*, cit., p. 107 (corsivo nell'originale). In termini analoghi, cfr. *Vorschule der Rechtsphilosophie*, cit., p. 129.

⁸⁰ *Rechtsphilosophie*, cit., p. 108. Ci si potrebbe chiedere come sia possibile conciliare la libertà ermeneutica così proclamata da Radbruch con il primato che egli assegna al diritto posto. La nostra risposta tiene conto della sua complessiva riflessione, lumeggiata da una nota di *Grundzüge der Rechtsphilosophie* (cit., p. 189 nt. 11) che non trova posto nella *Rechtsphilosophie*. In tale nota Radbruch afferma che la sua adesione alla dottrina del diritto libero è compatibile con l'accettazione del dogma della completezza dell'ordinamento (con l'idea che per ogni fatto sociale deve sempre darsi un inquadramento giuridico, in positivo o in negativo), in quanto le due posizioni attengono a problemi diversi: "Il movimento del diritto libero si interessa delle fonti di conoscenza del diritto, mentre il dogma della completezza si interessa della fonte di validità di esso, al primo importa capire donde va ricavato il contenuto del diritto, al secondo donde tale contenuto trae la sua obbligatorietà". Al movimento del diritto libero Radbruch dedica inoltre un intero paragrafo in *Vorschule der Rechtsphilosophie*, cit., pp. 194-197, nel quale egli, dopo aver individuato nella concezione del carattere parzialmente creativo dell'interpretazione giuridica l'elemento comune a tutte le dottrine del diritto libero (anche da lui condiviso), sottolinea pure che esse si distinguono in relazione alle forme di integrazione del diritto di volta in volta ritenute ammissibili. Ebbene, a nostro avviso, la complessiva posizione di Radbruch può esser concepita come "*giuspositivismo ermeneutico*": il diritto è vincolante in quanto posto, ma il diritto posto non è compiutamente predeterminato dalla disposizione positiva, bensì può esser stabilito solo in sede di interpretazione di quest'ultima. Che vi sia stata una totale adesione di Radbruch al movimento del diritto libero, lo mette giustamente in dubbio KAUFMANN, A., *Gustav Radbruch*, cit., p. 23.

vece compiersi metodicamente, cioè in conformità ai risultati della costruzione e sistematizzazione dei concetti giuridici⁸¹.

In questa sede conviene concentrarsi sul rapporto tra interpretazione e costruzione in senso stretto, giacché la sistematizzazione non è altro che una forma più ampia di costruzione, una costruzione che non si limita a enucleare determinati concetti generali, bensì ne prende in esame molteplici, coordinandoli all'interno dell'intero ordinamento⁸². In effetti Radbruch distingue almeno due tipi di costruzione in senso stretto: quella compiuta a partire da disposizioni giuridiche e quella compiuta a partire da rapporti intersoggettivi. Entrambe si collegano all'interpretazione, ma in relazione a termini diversi.

2.2.2. Interpretazione e costruzione a partire da disposizioni giuridiche

La costruzione compiuta a partire da disposizioni giuridiche riecheggia la nozione jheringhiana di "precipitazione"⁸³ e consiste nell'astrarre le determinazioni comuni a specifici concetti legali, così da formare concetti di portata generale. Essa presuppone evidentemente la comprensione preliminare delle disposizioni su cui si fonda, cioè che queste ultime siano state dapprima interpretate⁸⁴.

Da tale interpretazione derivano quelli che Radbruch chiama "concetti giuridicamente rilevanti", ossia i concetti degli elementi costitutivi delle singole fattispecie normative (es.: "cosa", "sottrazione", "intenzione" ecc.). Ancora una volta sulla scia del neokantismo⁸⁵, il nostro autore mette in evidenza due particolarità correlate, che sono di grande importanza ai nostri fini: l'interpretazione giuridica, sempre in quanto vertente su produzioni culturali, consiste in una concettualizzazione di secondo grado ed è in genere teleologicamente orientata. Da un lato, dato che la materia originaria dell'idea del diritto, e dunque delle disposizioni giuridiche, è costituita da tipi di fatti della vita di relazione, e dato

⁸¹ *Rechtsphilosophie*, cit., pp. 108 s., 110.

⁸² *Ibid.*, p. 113. V. anche *Vorschule der Rechtsphilosophie*, cit., p. 130.

⁸³ "Die Natur der Sache als juristische Denkform" (1948), in *GRGA*, Bd. 3, cit., p. 248 nt. 49.

⁸⁴ *Rechtsphilosophie*, cit., pp. 113, 115; *Vorschule der Rechtsphilosophie*, cit., pp. 129 s.

⁸⁵ Sul punto, cfr. RICKERT, H., *I limiti dell'elaborazione*, cit., spec. pp. 25-37 (in generale), ma soprattutto LASK, E., *Filosofia giuridica*, cit., pp. 36 s., 40-42, 44-47 (determinazione concettuale scientifico-giuridica come rielaborazione teleologica di concetti prescientifici).

che questi ultimi nascono provvisti di senso in ambito sociale, i concetti giuridicamente rilevanti devono esser definiti a partire da qui⁸⁶. Così, ad esempio, l'interpretazione del termine "feto", utilizzato dalla disciplina penale in materia di aborto, deve muovere dal concetto biologico di feto⁸⁷. Dall'altro lato, l'interpretazione deve andare oltre, per comprendere il modo in cui il senso sociale originario che sta alla base di un certo concetto legale è stato riconfigurato all'interno della relativa fattispecie normativa. Ciò significa comprendere l'influsso che l'idea del diritto, che sempre presiede alla realizzazione di quest'ultimo, ha esercitato sulla determinazione contenutistica della fattispecie stessa. Ora, dato che i contenuti normativi dipendono soprattutto dall'idea di utilità, cioè dagli scopi perseguiti dai detentori del potere, ecco che i concetti giuridicamente rilevanti vanno definiti alla luce degli scopi sottostanti alle disposizioni oggetto di interpretazione. Così, tornando all'esempio del feto, il relativo concetto giuridico rappresenta il prodotto del raffinamento del relativo concetto biologico, condotto alla luce dello scopo di protezione dall'aborto⁸⁸.

I risultati dell'interpretazione di singole disposizioni devono essere a loro volta rielaborati attraverso la costruzione di concetti più comprensivi, che Radbruch chiama "concetti giuridici autentici" (es.: "diritti e doveri del compratore", "compravendita" ecc.). Al riguardo, dato che il concetto del diritto è deducibile in maniera puramente formale dal riferimento all'idea di giustizia, mentre i contenuti giuridici dipendono ancora una volta dagli scopi normativi, occorre distinguere una costruzione categoriale da una costruzione teleologica. Tali operazioni sono guidate, nel primo caso, da criteri che riflettono le determinazioni formali (originarie o derivate) del concetto del diritto, nel secondo, invece, da criteri che riflettono gli scopi perseguiti da un certo complesso di norme. Così, ad esempio, mentre la costruzione del processo come rapporto giuridico ha carattere categoriale, la costruzione dei principi-guida di un certo tipo di processo ha carattere teleologico⁸⁹.

Ciò posto, è evidente il rapporto circolare che intercorre tra interpretazione di singole disposizioni e costruzione di concetti giuridici autentici. È

⁸⁶ *Rechtsidee und Rechtsstoff*, cit., pp. 457-459; *Rechtsphilosophie*, cit., p. 114.

⁸⁷ *Rechtsphilosophie*, cit., p. 115.

⁸⁸ *Ibid.*, V., inoltre, *Vorschule der Rechtsphilosophie*, cit., p. 130.

⁸⁹ *Rechtsphilosophie*, cit., pp. 113 s. V., inoltre, *Vorschule der Rechtsphilosophie*, cit., p. 130. Numerosi altri esempi di costruzione teleologica, non riportati in *Rechtsphilosophie*, sono illustrati in *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, cit., pp. 190-192.

vero che la costruzione presuppone che il materiale su cui essa interviene in maniera astrattivo-generalizzante sia stato già approntato in via di interpretazione. Ma è pur vero che l'interpretazione stessa non può avvenire *in vacuo*, bensì deve tener conto dello scopo perseguito dalla disposizione di turno, che trova la sua più compiuta chiarificazione proprio in sede di costruzione teleologica⁹⁰.

2.2.3. Interpretazione e costruzione a partire da rapporti intersoggettivi

La specie di costruzione giuridica appena illustrata si caratterizza per il suo fondamento *empirico-normativo*. Essa rappresenta, cioè, la sintesi dei risultati ottenuti attraverso l'interpretazione delle disposizioni vigenti, e come tale svolge, sì, un'importante funzione di guida nella ricognizione dell'ordinamento, ma non è in grado di ricavare più di quanto quest'ultimo già esprime. Ne deriva che la costruzione fondata sull'interpretazione normativa non è di grande ausilio quando si tratta di regolare casi ancora privi di disciplina giuridica compiuta.

Questa è una delle ragioni per le quali Radbruch, particolarmente nella fase matura della sua riflessione, si rivolge a una specie di costruzione diversa. Il punto di partenza è ora costituito direttamente dalla vita comune, la quale si articola in una serie di rapporti intersoggettivi, caratterizzati non solo da aspetti puramente episodici, ma anche e soprattutto da profili comuni che ne esprimono l'essenziale giuridicità. Tali profili, tuttavia, non emergono da soli, bensì grazie al fatto che il giurista riferisce certi rapporti che suscitano il suo interesse teorico a una delle componenti dell'idea del diritto, soprattutto all'idea di utilità e agli scopi che essa sempre coinvolge. In tal modo egli è in grado di individuare l'essenza, il senso oggettivo che i rapporti indicati presentano per il diritto ("natura della cosa") e, ad un tempo, le regole necessarie per il loro ottimale dispiegarsi ("tipo ideale di istituto giuridico")⁹¹.

Poiché del riferimento all'idea del diritto ci siamo già occupati in generale, ora dobbiamo approfondire le figure della natura della cosa e del tipo ideale, nonché il collegamento che Radbruch instaura tra di esse. La prima figura

⁹⁰ *Rechtsphilosophie*, cit., p. 115.

⁹¹ *Die Natur der Sache*, cit. pp. 234 s., 247-250.

costituisce uno dei temi-chiave della filosofia del diritto del nostro autore, essendo presente in alcune delle sue opere più importanti. Ciò non toglie che la relativa concezione sia profondamente mutata nel corso del tempo, assumendo formulazioni per certi versi contraddittorie. In linea di estrema sintesi, può dirsi che, dopo aver affermato in un primo momento che la natura della cosa è il senso che i fatti oggetto di disciplina giuridica presentano al momento della loro origine sociale⁹², e in un secondo momento che essa, ora intesa però come il contenuto giuridico-ideale di tali fatti, non può essere appresa metodicamente, bensì solo grazie a “un colpo fortunoso dell’intuizione”⁹³, Radbruch finisce per superare entrambe le posizioni, affermando che la natura della cosa, definita “il senso di un rapporto intersoggettivo che viene riferito all’idea del diritto”⁹⁴, è sia utilizzabile per individuare nuove regole giuridiche, sia afferrabile in maniera metodica.

Questi ultimi due aspetti possono essere chiariti solo dopo aver precisato il rapporto che Radbruch instaura tra natura della cosa e tipo ideale di istituto giuridico, ma per ciò stesso non prima di aver illustrato la seconda figura. Del tipo ideale il giusfilosofo di Lubeca si occupa soprattutto nell’ultimo periodo della sua attività, anche qui sotto l’influsso decisivo di Max Weber⁹⁵. Egli muove ora dall’idea che il pensiero giuridico, pur propendendo per la formazione di “concetti classificatori” nelle fasi storiche in cui è mosso da esigenze di certezza, non possa mai trascurare i “concetti ordinatori”. Rielaborando

⁹² *Rechtsidee und Rechtsstoff*, cit., p. 459.

⁹³ *Rechtsphilosophie*, cit., pp. 14, 37.

⁹⁴ *Die Natur der Sache*, cit., p. 236. In termini analoghi, cfr. *Vorschule der Rechtsphilosophie*, cit., p. 140. Sulla nozione radbruchiana di “natura della cosa”, cfr. ENGISCH, K., *Gustav Radbruch*, cit., pp. 65 s.; WOLF, E., *Gustav Radbruchs*, cit., pp. 70 s.; VON HIPPEL, F., *Gustav Radbruch*, cit., pp. 40-45; BARATTA, A., “Natur der Sache und Naturrecht” (1959 in ital.), in KAUFMANN, A. hrsg., *Die ontologische Begründung des Rechts*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1965, pp. 124-134; ID., *Natura del fatto e giustizia materiale – (Certezza e verità nel diritto)*, Giuffrè, Milano, 1968, pp. 5, 11 s., 20, 29, 37, 55, 168 s.; SCHNEIDER, H.P., *Gustav Radbruchs*, cit., pp. 359-366; TJONG, Z.U., *Der Weg des rechtsphilosophischen Relativismus*, cit., pp. 35-41; KAUFMANN, A., *Gustav Radbruch*, cit., pp. 81, 85 s.; CASTRUCCI, E., *Rileggendo Radbruch*, cit., pp. 496-498; HASSEMER, W., *Einführung*, cit., pp. 15 s.; BECCHI, P., “Alessandro Baratta als Rechtsphilosoph”, in *Gedenkenfeier für Universitätsprofessor Dr. jur. Dr. h.c. mult. Alessandro Baratta*, Saarbrücken, Universitätsdruckerei, 2004, pp. 8-12, spec. 9 s.

⁹⁵ Di tale autore cfr., innanzitutto, L’“oggettività” *conoscitiva*, cit., pp. 107-128, spec. 107 s. (sul tipo ideale in generale), 120-122 (sui rapporti tra tipo ideale, concetto di genere e tipo medio), ma anche *Il significato della “avalutatività”*, cit., pp. 365-367 (p. 367, sull’utilizzabilità di tipi ideali da parte della dogmatica giuridica).

un'idea di Carl Gustav Hempel e Paul Oppenheim, Radbruch intende i primi come concetti di proprietà rigide, e i secondi come concetti di proprietà graduabili. Mentre le proprietà degli uni possono convenire solo integralmente ai fenomeni reali (es.: qualità di maggiorenne collegata dalla legge al compimento di una certa età), le proprietà degli altri possono convenire loro in misura variabile a seconda del fenomeno considerato (es.: colpevolezza dell'agente ai fini della commisurazione della pena). Da ciò deriva che mentre al concetto classificatore mette capo un insieme di fenomeni equivalenti, al concetto ordinatore si collega una serie di fenomeni gradualmente differenti. Là dove è chiaro il vantaggio assicurato dai concetti ordinatori: essi riflettono maggiormente la costituzione della realtà, che non è un blocco di compartimenti stagni, bensì un flusso di situazioni che trapassano di continuo le une nelle altre⁹⁶.

D'altro canto, nelle serie corrispondenti ai concetti ordinatori, è possibile immaginare situazioni particolarmente marcate. È proprio qui che emerge la figura del tipo ideale. Collegando i concetti ordinatori a situazioni immaginarie in cui la relativa proprietà graduabile si presenta in misura eccezionalmente intensa, si ottengono "concetti di tipi ideali", e i fenomeni empirici possono essere ordinati lungo il tratto che collega i relativi poli estremi (es.: gli atteggiamenti colpevoli dei concreti autori di reato possono essere graduati tra i tipi ideali della colpevolezza e della incolpevolezza)⁹⁷. I concetti di tipi ideali svolgono un ruolo particolarmente importante sia negli ordinamenti casisticamente orientati (es.: inglese), sia negli ordinamenti di *civil law*. Nei primi, dove il diritto è prodotto per lo più sotto forma di precedenti fondati su *rationes decidendi*, i giudici sono chiamati innanzitutto ad afferrare l'immagine ideale dei casi già decisi, cioè a considerare i soli aspetti realmente valorizzati dai relativi precedenti⁹⁸. Nei secondi, dove il diritto è prodotto sotto forma di

⁹⁶ "Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken" (1938), in *GRGA*, Bd. 3, cit., pp. 60-63. Sul punto, cfr. KAUFMANN, A., *Gustav Radbruch*, cit., pp. 63 s.; ID., *Einleitung*, cit., p. 7; HASSEMER, W., "Die Rechtstheoretische Bedeutung des gesetzlichen Strafrahmens. Bemerkungen zu Radbruchs Lehre von den Ordnungsbegriffen", in KAUFMANN, A. hrsg., *Gedächtnisschrift Radbruch*, cit., spec. pp. 281 s., 285. Per una critica della visione radbruchiana dei concetti ordinatori (che assume come paradigma la dottrina di Hempel-Oppenheim), cfr. KUHLEN, L., *Typuskonzeptionen in der Rechtstheorie*, Berlin, Duncker & Humblot, 1977, pp. 57-62.

⁹⁷ *Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe*, cit., pp. 61 s., 65 s.

⁹⁸ *Ibid.*, pp. 67-69.

legge generale e astratta, l'interprete dev'esser consapevole che il legislatore ha operato pensando a casi paradigmatici, e dunque non può pretendere di trovare nella legge una risposta bell'e pronta per tutti i nuovi casi da decidere, bensì deve procedere a una comparazione tra questi e quelli; ecco perché Radbruch afferma che, "prima di ogni interpretazione, la legge si presenta come una figura tipologica dotata di confini ancora fluidi"⁹⁹.

Se è così, allora la figura del tipo ideale può svolgere un ruolo importante sia in sede di produzione, sia in sede di applicazione normativa, come emerge dal suo collegamento con la figura della natura della cosa. Semplificando il complesso pensiero di Radbruch sul punto, può dirsi che la natura della cosa è l'idoneità di un certo rapporto intersoggettivo a realizzare nel proprio assetto una delle tre componenti dell'idea del diritto¹⁰⁰. Pensare secondo la natura della cosa significa allora, dapprima, afferrare tale specifica idoneità in riferimento alla correlativa componente, e poi, rappresentarsi il sottostante assetto nella sua configurazione più perfetta¹⁰¹. E proprio qui che si coglie il collegamento tra le due figure in esame. Mentre la configurazione appena indicata costituisce il tipo ideale dell'istituto giuridico del rapporto di partenza (es.: diritto di voto universale in rapporto all'eguaglianza cui tale diritto è funzionale¹⁰²), la natura della cosa è la base empirica che, in quanto idealmente stabilita, contribuisce alla sua individuazione. Né si obietti che tale individuazione viola il principio del dualismo metodico oppure non offre alcuna sicurezza a causa del suo fondamento intuitivo. La prima obiezione trascura che la natura della cosa, in quanto ricavata riferendo all'idea del diritto un certo rapporto, costituisce il senso giuridico di quest'ultimo, ossia il dover essere insito nell'essere, e come tale coinvolge entrambe le sfere, il cui dualismo risulta ancora una volta temperato¹⁰³. La seconda obiezione non considera che il tipo ideale di istituto giuridico può a sua volta costituire il punto di partenza di un'analisi discendente, volta, da un lato, a controllare la coerenza interna del

⁹⁹ *Ibid.*, p. 69.

¹⁰⁰ *Die Natur der Sache*, cit., pp. 235, 249.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 235. Sul punto, cfr. le penetranti osservazioni di BARATTA, A., *Natur der Sache*, cit., pp. 126-129.

¹⁰² *Die Natur der Sache*, cit., p. 249.

¹⁰³ *Ibid.*: "Nella ricerca di senso di un fenomeno empirico è necessario trapassare a tentoni dal mondo della realtà al mondo dei valori, al fine di rintracciare l'idea che dà quel senso a questo fenomeno". V., inoltre, *Vorschule der Rechtsphilosophie*, cit., p. 141.

relativo assetto regolativo, e dall'altro, a integrare quest'ultimo con le ulteriori regole che si rivelino funzionali al valore giuridico a esso corrispondente (cd. esposizione del risultato)¹⁰⁴.

Senonché, il giuspositivismo professato da Radbruch non gli consente di assegnare alla natura della cosa uno spazio operativo autonomo. Poiché egli ritiene fino all'ultimo che il diritto valido possa essere solo il diritto posto, anche la validità giuridica della natura della cosa è strettamente contenuta entro questi limiti¹⁰⁵. Così, oltre che guidare il legislatore nell'individuazione di normative internamente coerenti e congruenti con la materia da disciplinare, la natura della cosa può, sì, costituire un ausilio dell'applicazione giuridica, e più precisamente un mezzo di interpretazione e di integrazione delle disposizioni positive, ma solo nella misura in cui queste ultime non vi si oppongano. Sotto il primo profilo, di fronte a eventuali dubbi esegetici, essa spingerà a scegliere l'assetto normativo che valorizza maggiormente l'idoneità del caso regolato a realizzare uno dei valori che compongono l'idea del diritto. Sotto il secondo profilo, qualora la legge non offra una disciplina completa del caso da decidere, l'interprete, nei modi e nei limiti già indicati, potrà costruire per esso un tipo ideale di istituto giuridico e ricavarne regole convenienti¹⁰⁶.

3. LE ORIGINI DELL'EGC NEL PENSIERO DI RADBRUCH

La giustificazione dell'opinione storiografica sostenuta in questa sede, secondo cui l'EGC è sorta in Germania nel primo quarto del secolo scorso con la riflessione di Gustav Radbruch, è stata progettata come conferma di una precisa ipotesi di lavoro. Si tratta dell'ipotesi secondo cui la questione fondamentale della correlazione tra elemento normativo ed elemento fattuale, che accomuna le opere ricondotte all'EGC, si è affacciata per la prima volta nella riflessione del nostro autore. Ora è possibile procedere alla conferma definitiva di questa ipotesi, riorganizzando attorno a essa i risultati dell'analisi del suo pensiero.

¹⁰⁴ *Die Natur der Sache*, cit., pp. 235, 250.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 236.

¹⁰⁶ *Ibid.*, pp. 236, 250.

3.1. *Chiarimenti preliminari*

Affermare che quella della correlazione tra elemento normativo ed elemento fattuale è la questione fondamentale dell'opera di Radbruch può sembrare alquanto problematico. Se, da un lato, abbiamo visto che la differenza morfologica tra i termini di tale correlazione si specifica come differenza tra dover essere ed essere, d'altro canto, abbiamo rilevato che la stella polare della filosofia del diritto di Radbruch è composta dal principio del dualismo metodico, cioè della separazione originaria di quei due termini.

Tuttavia, che il dualismo metodico costituisca un ostacolo meramente apparente alla giustificazione della nostra opinione, si ricava non solo dall'ovvio rilievo che separazione originaria non equivale a completa irrelatezza, ma anche e soprattutto dall'autentico motivo ispiratore della filosofia del diritto radbruchiana. Questo motivo è di matrice *logico-trascendentale*: se, da un lato, l'idea del diritto, come ogni altra idea, può essere afferrata soltanto perché vale per, e dunque risulta determinata dal, proprio sostrato tipico, così perdendo quelle sembianze di pura forma che la rendono in sé inaccessibile ("determinatezza materiale dell'idea"); dall'altro lato, tale sostrato è al contempo afferrabile nel suo senso giuridico soltanto perché l'idea del diritto avanza nei suoi confronti le proprie pretese regolative, così imponendo di selezionarne i soli aspetti rilevanti ai propri fini ("idealizzazione del reale").

Il motivo logico-trascendentale appena illustrato impone dunque di riconoscere che tra dover essere formale e universale (o generale), costituito dall'idea del diritto e dalle norme positive che la traducono a livello reale, ed essere materiale e singolare, costituito dai fatti della vita associata – in breve: tra elemento normativo ed elemento fattuale sussiste una correlazione indissolubile, anzi una vera e propria dialettica. Tale motivo è denso di implicazioni decisive ai nostri fini storiografici. In effetti, è vero che le successive opere giuridiche di matrice ermeneutica non condividono integralmente la prospettiva neokantiana seguita da Radbruch. Ma ciò non impedisce di scorgere in esse un motivo analogo, e dunque di ravvisare la continuità teorica da noi sostenuta. In breve, alla base dell'*EGC* vi è l'*intuizione originale* – non reperibile cioè negli altri movimenti giusteziorici, dominati da un marcato nomocentricismo – che l'elemento normativo e l'elemento fattuale, sebbene essenzialmente diversi in origine, finiscano per rivelarsi legati da un rapporto di determinazione reciproca. Ne deriva che nessuno dei due elementi può

ambire ad esaurire in sé l'esperienza giuridica, e in definitiva che la realizzazione del diritto dipende dalla loro continua messa in correlazione da parte del giurista¹⁰⁷.

3.2. *La dialettica elemento normativo/elemento fattuale*

A questo punto si tratta di precisare quali dei *topoi* dell'EGC hanno avuto origine nell'opera di Radbruch. Solo nel prossimo punto potremo fare un bilancio dell'ermeneutica giuridica del nostro autore, così da metterne in luce, oltre agli aspetti ancora vitali, le lacune che sarebbero state colmate dai suoi successori.

Come visto, la dialettica elemento normativo/elemento fattuale entra in azione già al livello fondamentale dell'idea di giustizia e del concetto del diritto. Così, se è vero che l'idea di giustizia avanza pretese regolative nei confronti del proprio sostrato tipico, la convivenza umana, è pur vero che essa può essere afferrata nel suo primario senso distributivo solo se si tiene conto, al contempo, delle peculiarità di tale sostrato. Parallelamente, in tanto il concetto del diritto può esser definito come l'"insieme delle prescrizioni generali per la convivenza umana", in quanto, nel mentre la realtà sociale è riferita all'idea del diritto e alle sue pretese regolative, tale idea è intesa in maniera socialmente orientata.

Essendosi attivata al fondo della realtà del diritto, la dialettica in esame finisce per propagarsi in superficie, sul terreno dell'attività legislativa e interpretativa, lì dove si manifestano i veri e propri *topoi* ermeneutico-giuridici. Per quanto riguarda il legislatore, poiché l'essenza giuridica dei fatti della vita associata ("natura della cosa") si rivela allorquando essi sono riferiti all'idea del diritto, e poiché tale essenza costituisce la guida ottimale per la formulazione di regole per questi stessi fatti, ecco confermata anche qui la presenza della determinazione reciproca tra elemento fattuale ed elemento normativo. In breve, se il legislatore vuole davvero disciplinare giuridicamente la vita comune, egli non può operare a casaccio, ma deve tener conto

¹⁰⁷ Sul punto, si consenta di rinviare a OMAGGIO, V., CARLIZZI, G., *Ermeneutica e interpretazione*, cit., spec. pp. 43-54, 104-106, 126 s.

dell'idoneità a realizzare i valori del diritto che, in dato momento storico, certi fatti hanno manifestato, e determinarsi di conseguenza a seconda dei valori che ritiene preferibili¹⁰⁸.

Correlativamente a ciò, l'interprete, chiamato a individuare il senso delle disposizioni positive, deve esser consapevole, innanzitutto, che esse contengono concetti che il legislatore non può aver formulato in maniera arbitraria, bensì –appunto– a partire dalla vita comune, rielaborando i concetti ivi emersi secondo i propri scopi. Ne deriva che, se l'interprete vuole adempiere il proprio dovere di attuazione del programma legislativo, egli deve intendere le disposizioni positive tenendo conto tanto delle visioni normative quanto delle rappresentazioni sociali di volta in volta pertinenti¹⁰⁹.

In secondo luogo, l'interprete è tenuto a considerare che le disposizioni positive non sono state create per essere afferrate in termini puramente teorici, bensì allo scopo pratico di disciplinare fatti originariamente singolari e dunque sempre in qualche misura inediti. Ciò comporta che tali disposizioni, nel mentre fissano criteri di rilevanza giuridica per la realtà sociale, restano necessariamente aperte alle novità di quest'ultima, e quindi esigono di esser sempre ricomprese in maniera puntuale. È proprio sotto quest'ultimo profilo che si comprende la ragione per cui Radbruch sottolinea il carattere individualizzante della scienza del diritto, e finisce così per pronunciare quello che può considerarsi il vero e proprio *motto dell'EGC*: “il diritto, in effetti, non è la totalità delle norme, bensì delle decisioni giuridiche”¹¹⁰.

All'idea che la portata delle disposizioni positive sia determinata dalla singolarità dei fatti da decidere, si accompagna anche l'ultimo *topos* ermeneutico-giuridico: i concetti che compongono le fattispecie normative sono “concetti di tipi ordinatori”. In effetti, se la convivenza umana è una fucina sempre attiva di singolarità, il legislatore può al massimo immaginare i casi più significativi di certi insiemi omogenei di rapporti, anziché tutte le loro forme di manifestazione. Ciò si riverbera sui compiti dello scienziato del diritto, chiamato a

¹⁰⁸ In una direzione analoga, cfr., ad es., KAUFMANN, A., *Analogia e “natura della cosa”*, cit., pp. 21-25, 31, 58 s., 61-69.

¹⁰⁹ In una direzione analoga, cfr., ad es., ENGISCH, K., *Vom Weltbild des Juristen*, C. Winter, Heidelberg, 1965², pp. 9-25 e *passim*; HASSEMER, W., *Fattispecie e tipo*, cit., pp. 152-163, 178-181.

¹¹⁰ In una direzione analoga, cfr., ad es., KAUFMANN, A., *Analogia e “natura della cosa”*, cit., pp. 21 s., 31-33, 54 s.; MÜLLER, F., *Normstruktur und Normativität*, cit., pp. 168-174, 184-200; HASSEMER, W., *Fattispecie e tipo*, cit., pp. 163-169, 178-182, 196-198.

trattare le disposizioni poste, non già come complessi di determinazioni rigidamente predefinite, bensì come espressioni di tipi ideali di fatti, che fungono da paradigmi per l'inquadramento dei fatti futuri¹¹¹.

3.3. *Bilancio*

Speriamo di aver mostrato a sufficienza che la questione fondamentale dell'EGC, relativa alla correlazione tra elemento normativo ed elemento fattuale nell'ambito del diritto, si è imposta per la prima volta nell'opera di Radbruch, così facendo emergere alcuni dei più importanti *topoi* di tale movimento.

Senonché, l'importanza decisiva che il nostro autore riveste per la nascita e l'evoluzione dell'EGC non toglie che diversi temi di matrice ermeneutico-giuridica trovano una corrispondenza modesta o addirittura nulla nella sua opera, e che la loro messa in luce va piuttosto ascritta a merito dei suoi successori. In questa sede intendiamo concentrarci su quattro *topoi*.

Innanzitutto, delle due direzioni di sviluppo della dialettica elemento normativo/elemento fattuale, Radbruch ne approfondisce sostanzialmente una sola. È vero, infatti, che egli tematizza capillarmente il nesso esistente in ambito giuridico tra idealizzazione del reale e determinazione materiale dell'idea. Eppure finisce per concentrarsi soprattutto sulle conseguenze che ne derivano per la dimensione normativa, ossia sull'influsso che la considerazione dei fatti della vita associata esercita sulle attività di formulazione e di interpretazione delle disposizioni giuridiche. Alquanto trascurate restano invece le conseguenze derivanti per la dimensione fattuale, e in particolare le questioni che nel successivo sviluppo dell'EGC sarebbero state raggruppate sotto l'etichetta "costruzione del fatto". In effetti, pur dichiarando che la fisionomia giuridica delle vicende umane va raffinata nei limiti segnati dalle norme positive, Radbruch non sviscera le dinamiche di quest'attività. Per avere

¹¹¹ In una direzione analoga, cfr., ad es., ENGISCH, K., *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, C. Winter, Heidelberg, 1963³, pp. 25-37; ID., *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, C. Winter, Heidelberg, 1968², pp. 285-290; K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, cit., pp. 439-445; KAUFMANN, A., *Analogia e "natura della cosa"*, cit., pp. 55 s., 59, 65-70; HASSEMER, W., *Fattispecie e tipo*, cit., pp. 183-187, 191-196, 242.

un quadro chiaro al riguardo bisognerà attendere i lavori di Karl Engisch¹¹², Winfried Hassemer¹¹³ e, soprattutto, Joachim Hruschka¹¹⁴.

In secondo luogo, le concezioni radbruchiane delle principali attività di elaborazione normativa (legislazione e interpretazione) non vengono presentate simultaneamente così da metterne in luce l'essenziale concatenazione, ma si stratificano piuttosto nel corso del tempo. Da ciò deriva che il carattere procedimentale della realizzazione del diritto, che costituisce un altro dei *topoi* dell'EGC, non forma oggetto di una trattazione unitaria e organica nel pensiero del nostro autore. Un'indagine del genere sarà invece compiuta dal più importante allievo di Radbruch, Arthur Kaufmann¹¹⁵.

Sempre sul piano normativo, vi è un terzo aspetto del discorso di Radbruch che non risulta pienamente allineato al successivo sviluppo dell'EGC. Si tratta dell'idea che l'incompiutezza regolativa delle disposizioni positive sia tutto sommato un riflesso dell'imperfezione espressiva del legislatore: della incapacità di quest'ultimo di manifestare la propria volontà senza alcuna contraddizione, oscurità o lacuna. Ragionando in questi termini, che risentono chiaramente del clima culturale dell'epoca (in particolare: delle dottrine del diritto libero), e che sono comuni a moltissime teorie dell'interpretazione, anche contemporanee, Radbruch finisce per concepire l'incompiutezza in esame come una sorta di fenomeno patologico da tollerare. L'approfondimento filosofico del tema del linguaggio da parte dei successivi esponenti dell'EGC, in particolare di Winfried Hassemer¹¹⁶ e Joachim Hruschka¹¹⁷, farà piena luce sul problema in esame, mostrando come l'apertura di senso delle disposizioni positive alla realtà sia proprio ciò da cui dipende il naturale funzionamento del diritto.

L'ultimo *topos* ermeneutico-giuridico non riscontrabile nell'opera di Radbruch è quello della ragionevolezza quale criterio-guida delle attività giuridiche, specie decisionali. L'atteggiamento relativistico che guida tutta la

¹¹² *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, cit., pp. 14 s., 85.

¹¹³ *Fattispecie e tipo*, cit., spec. pp. 171 s., 175-177.

¹¹⁴ *La costituzione del caso*, cit., spec. pp. 25-30, 41-53, 95-117.

¹¹⁵ *Analogia e "natura della cosa"*, cit., pp. 21-29, 53-60, spec. 77 (per uno schema panoramico); ID., *Das Verfahren der Rechtsgewinnung. Eine rationale Analyse – Deduktion. Induktion. Abduktion. Analogie. Erkenntnis. Deziision. Macht*, C.H. Beck, München, 1999, spec. pp. 65-80.

¹¹⁶ *Fattispecie e tipo*, cit., spec. pp. 99-104, 129 s., 139 s., 150, 163 s., 178-180.

¹¹⁷ *La comprensione dei testi*, cit., spec. pp. 30-48.

filosofia del diritto radbruchiana è senz'altro congruente col valore della razionalità, in particolare con l'idea che la ragione debba guidare le decisioni con le proprie prestazioni teoretiche, svelando attraverso schemi collaudati le relative presupposizioni e implicazioni; l'affermazione del carattere metodico dell'interpretazione giuridica è esemplare in tal senso. L'atteggiamento relativistico è invece difficilmente conciliabile con la pretesa che la ragione operi altresì sul piano pratico, stabilendo tra plurime, possibili decisioni di una stessa questione un ordine di priorità legato all'aspettativa sociale prevalente nella situazione concreta. È solo con le opere di Josef Esser¹¹⁸ e Martin Kriele¹¹⁹ che il valore della ragionevolezza diverrà parte integrante del patrimonio dell'EGC.

¹¹⁸ *Precomprensione e scelta*, cit., spec. pp. 79-86, 138-172.

¹¹⁹ *Recht und praktische Vernunft*, 1979, trad. it. *Diritto e ragione pratica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2006, spec. pp. 9, 13-16, 19-23, 33-43, 55-63, 73-79, 95-99.

Copyright of Persona y Derecho is the property of Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, S.A. and its content may not be copied or emailed to multiple sites or posted to a listserv without the copyright holder's express written permission. However, users may print, download, or email articles for individual use.