

# DIACRONIA

Rivista di storia della filosofia del diritto

1 | 2022

Diacronia : rivista di storia della filosofia del diritto. - (2019)- . - Pisa : IUS-Pisa university press, 2019- .  
- Semestrale

340.1 (22.)

1. Filosofi a del diritto - Periodici

CIP a cura del Sistema bibliotecario dell'Università di Pisa



Opera sottoposta a  
peer review secondo  
il protocollo UPI

© Copyright 2022

IUS - Pisa University Press

Polo editoriale - Centro per l'innovazione e la diffusione della cultura

Università di Pisa

Piazza Torricelli 4 · 56126 Pisa

P. IVA 00286820501 · Codice Fiscale 80003670504

Tel. +39 050 2212056 · Fax +39 050 2212945

E-mail [press@unipi.it](mailto:press@unipi.it) · PEC [cidic@pec.unipi.it](mailto:cidic@pec.unipi.it)

[www.pisauniversitypress.it](http://www.pisauniversitypress.it)

ISSN 2704-7334

ISBN 978-88-3318-119-6

layout grafico: [360grafica.it](http://360grafica.it)

L'Editore resta a disposizione degli aventi diritto con i quali non è stato possibile comunicare, per le eventuali omissioni o richieste di soggetti o enti che possano vantare dimostrati diritti sulle immagini riprodotte. Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633. Le riproduzioni effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata dagli aventi diritto/dall'editore.

**Direttore**

Tommaso Greco

**Comitato di direzione**

Alberto Andronico, Francisco Javier Ansuátegui Roig, Giulia M. Labriola, Marina Lalatta Costerbosa, Francesco Mancuso, Carlo Nitsch, Andrea Porciello, Aldo Schiavello, Vito Velluzzi

**Consiglio scientifico**

Mauro Barberis, Franco Bonsignori, Pietro Costa, Rafael de Asís, Francesco De Sanctis, Carla Faralli, Paolo Grossi, Mario Jori, Jean-François Kervégan, Massimo La Torre, Mario G. Losano, Giovanni Marino, Bruno Montanari, Vincenzo Omaggio, Claudio Palazzolo, Baldassare Pastore, Enrico Pattaro, Antonio Enrique Perez Luño, Anna Pintore, Geminello Preterossi, Pierre-Yves Quiviger, Francesco Riccobono, Eugenio Ripepe, Alberto Scerbo, Michel Troper, Vittorio Villa, Francesco Viola, Maurizio Viroli, Giuseppe Zaccaria, Gianfrancesco Zanetti

**Comitato dei referees**

Ilario Belloni, Giovanni Bisogni, Giovanni Bombelli, Daniele Cananzi, Gaetano Carlizzi, Thomas Casadei, Alfredo D'Attorre, Corrado Del Bò, Filippo Del Lucchese, Francesco Ferraro, Tommaso Gazzolo, Valeria Giordano, Marco Goldoni, Gianmarco Gometz, Dario Ippolito, Fernando Llano Alonso, Alessio Lo Giudice, Fabio Macioce, Costanza Margiotta, Valeria Marzocco, Ferdinando Menga, Lorenzo Milazzo, Stefano Pietropaoli, Attilio Pisanò, Federico Puppo, Filippo Ruschi, Carlo Sabbatini, Aaron Thomas, Persio Tincani, Daniele Velo Dal Brenta, Massimo Vogliotti, Maria Zanichelli

**Redazione**

Paola Calonico, Chiara Magneschi, Federica Martiny, Giorgio Ridolfi (coordinatore), Mariella Robertazzi

**Sede**

Dipartimento di Giurisprudenza, Piazza dei Cavalieri, 2, 56126 PISA

---

**Condizioni di acquisto**

Fascicolo singolo: € 25,00

Abbonamento annuale Italia: € 40,00

Abbonamento annuale estero: € 50,00

**Per ordini e sottoscrizioni abbonamento Pisa University Press**

Lungarno Pacinotti 44

56126 PISA

Tel. 050.2212056

Fax 050.2212945

press@unipi.it

www.pisauniversitypress.it



# Indice

## La *koïnè* ermeneutico-giuridica

### *Presentazione*

Gaetano Carlizzi .....9

### *Per una storia dell'ermeneutica giuridica*

Gaetano Carlizzi .....15

### *La filosofia ermeneutica del diritto in Italia*

Baldassare Pastore .....83

### *Ermeneutici e analitici nella filosofia del diritto italiana di oggi*

Tommaso Gazzolo .....129

### *Alice, Humpty Dumpty e la penalistica italiana: ovvero, una breve storia dell'interpretazione letterale dall'Illuminismo all'ermeneutica giuridica*

Gianluca Gentile .....179

## Note

### *Fare i conti con Radbruch. Sulla recente traduzione della Filosofia del diritto*

Giovanni Blando .....225

## Archivio

### *Ermeneutica giuridica*

Winfried Hassemer .....241

# NOTE



# FARE I CONTI CON RADBRUCH. SULLA RECENTE TRADUZIONE DELLA *FILOSOFIA DEL DIRITTO*

Giovanni Blando

1. La recente traduzione italiana della *Filosofia del diritto* di Gustav Radbruch<sup>1</sup> (d'ora in avanti semplicemente *Filosofia del diritto*) – corredata da due saggi dei traduttori Gaetano Carlizzi<sup>2</sup> e Vincenzo Omaggio<sup>3</sup> – può essere colta come occasione per tornare a riflettere su uno dei filosofi del diritto più importanti del Novecento, noto – perlomeno in Italia – soprattutto per la “formula” contenuta in un celebre articolo del 1946<sup>4</sup> che ha reso piuttosto diffusa l’opinione della conversione

---

<sup>1</sup> G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, Quelle & Mayer, Leipzig 1932; tr. it. di G. Carlizzi, V. Omaggio, *Filosofia del diritto*, Giuffrè, Milano 2021 (d’ora in avanti FD).

<sup>2</sup> G. Carlizzi, “Un sistema filosofico deve somigliare a un duomo gotico”. *Introduzione alla filosofia del diritto di Gustav Radbruch*, in FD, pp. V-XL.

<sup>3</sup> V. Omaggio, *Il relativismo di Gustav Radbruch*, in FD, pp. XLI-LXIV.

<sup>4</sup> G. Radbruch, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, in «Süddeutsche Juristen-Zeitung», (1946), pp. 41-48, tr. it. M. Lalatta Costerbosa, *Legalità senza diritto e diritto sovralegale*, in G. Radbruch, *Diritto e no. Tre scritti, Mimesis*, Milano 2021, pp. 123-148, p. 138: «Il conflitto tra la giustizia e la certezza del diritto potrebbe essere risolto dando la precedenza al diritto positivo assicurato da statuizione e potere, anche se contenutisticamente ingiusto e disutile, a meno che il conflitto delle leggi positive con la giustizia non raggiunga una misura così intollerabile che la legge in quanto ‘diritto ingiusto’ debba cedere il passo alla giustizia. È impossibile tracciare una linea rigorosa tra i casi di legalità senza diritto e le leggi valide nonostante il contenuto ingiusto».

di Radbruch dal giuspositivismo al giusnaturalismo all'indomani della Seconda guerra mondiale e degli orrori perpetrati dal regime nazista<sup>5</sup>. Rileggendo le pagine della *Filosofia del diritto* – pubblicata per la prima volta in un tempo segnato da presupposti storici, culturali, giuridici e politici molto diversi da quelli che animano la discussione giusfilosofica odierna – ci si accorge subito della peculiarità di un pensiero difficilmente inquadrabile nelle schematiche, troppo spesso polarizzate, della filosofia del diritto. Dopo aver contestato apertamente il giusnaturali-

---

sto; un'altra delimitazione può però essere tracciata col massimo rigore: là dove la giustizia non viene nemmeno perseguita, là dove l'uguaglianza, che costituisce il nucleo della giustizia, viene consapevolmente rinnegata nella statuizione del diritto positivo, qui la legge non è solo 'diritto ingiusto', ma piuttosto essa è priva assolutamente di natura giuridica. Non si può pertanto definire diritto, anche il diritto positivo, se non come un ordinamento e una statuizione determinati dal loro senso di stare al servizio della giustizia». Come fa notare correttamente Carlizzi, "*Un sistema filosofico deve somigliare a un duomo gotico*", cit., pp. XXXI ss., sarebbe più corretto parlare di una "duplice formula di Radbruch" giacché Radbruch, nel passo appena citato, sembra riferirsi a due problematiche differenti. La prima riguarda la "validità giuridica" della legge "intollerabilmente ingiusta", mentre la seconda attiene alla "natura giuridica" della legge "volutamente ingiusta". Cfr. sul punto S. Paulson, *On the Background and Significance of Gustav Radbruch's Post War Papers*, in «Oxford Journal of Legal Studies», (2006), 1, pp. 17-40, spec. pp. 26 ss.; M. Borowski, *Gustav Radbruch's Critique of Legal Positivism*, in T. Spaak, P. Mindus (eds.), *The Cambridge Companion to Legal Positivism*, Cambridge 2021, pp. 627-650, spec. pp. 630 ss.

<sup>5</sup> M. Barberis, *Breve storia della filosofia del diritto*, il Mulino, Bologna 2004, pp. 30-32, ad esempio, parla a questo proposito di "neogiusnaturalismo postbellico". Ma l'ipotesi della "discontinuità" del pensiero radbruchiano non è l'unica: vi è anche quella della "continuità" nel segno del giuspositivismo – sostenuta dallo stesso Carlizzi ("Un sistema filosofico deve somigliare a un duomo gotico", cit., pp. XXVIII ss.) –, o quella della "continuità" in senso opposto – cioè "non-positivistico" – difesa, tra gli altri, da Robert Alexy (*Begriff und Geltung des Rechts* 1992; tr. it. F. Fiore, *Concetto e validità del diritto*, Einaudi, Torino 1997); Stanley Paulson (*Radbruch on Unjust Laws: Competing Earlier and Later Views?*, in «Oxford Journal of Legal Studies», (1995), 3, pp. 489-500) e Martin Borowski (*Gustav Radbruch's Critique of Legal Positivism*, cit.).

simo – incapace, a suo modo di vedere, di riflettere quella necessaria “bidimensionalità del mondo giuridico” che rifiuta la delegittimazione operata dall’idea di un diritto naturale immutabile nei confronti del diritto positivo<sup>6</sup> –, Radbruch parla in termini schiettamente negativi di quell’«epoca trascorsa del *positivismo giuridico*» – che «vide soltanto, con funesta unilateralità, la positività e la certezza del diritto», interrompendo «per lungo tempo la ricerca sistematica dell’utilità e persino della giustizia del diritto positivo»<sup>7</sup>. Dinanzi a quest’opera, allora, è forse opportuno sospendere momentaneamente il (pre)giudizio sulla collocazione del pensiero di Radbruch e confrontarsi più direttamente con le idee che egli vi espone. Quattro di esse mi sembrano particolarmente rilevanti e riguardano 1) il *concetto di diritto*; 2) la *validità del diritto*; 3) l’*interpretazione giuridica*; 4) il *relativismo morale*.

2. Radbruch si muove a partire da quell’“impianto di fondo” del neokantismo<sup>8</sup> che – come ha ricordato di recente Francesco Viola – reca al suo interno “aporie non superabili”: se da un lato, infatti, i neokantiani non intendono mettere in discussione il diritto positivo, dall’altro essi ambiscono a «sottoporre la positività giuridica a condizioni logico-formali di tipo kantiano», ammettendo – più o meno esplicitamente – «l’insufficienza [della positività] alla definizione della natura del diritto»<sup>9</sup>. La *Filosofia del diritto* rappresenta, in questo senso, uno dei tentativi di fornire risposta a quella tormentata domanda che Emil Lask formula nelle primissime pagine della *Rechtsphilosophie* del 1905: «Deve veramente [...] ogni *filosofia* non empiristica del diritto coincidere con l’antica *metafisica* del diritto discredita da un abbagliante sviluppo

---

<sup>6</sup> FD, p. 23.

<sup>7</sup> FD, p. 86.

<sup>8</sup> G. Carlizzi, “*Un sistema filosofico deve somigliare a un duomo gotico*”, cit., p. VIII.

<sup>9</sup> F. Viola, *1900-2020. Una storia del diritto naturale*, Giappichelli, Torino 2021, p. 25.

della scienza positiva?»<sup>10</sup>. Come Lask, anche Radbruch segue la via del “dualismo metodico”<sup>11</sup>, ricordando l’insegnamento kantiano per cui «è impossibile desumere ciò che è *dotato di valore*, ciò che è *corretto*, ciò che *deve* essere da ciò che è»<sup>12</sup>. Quest’insegnamento fa maturare in Radbruch il rifiuto della riduzione della filosofia del diritto alla scienza giuridica. Pur ammettendo che la seconda possa effettivamente riuscire a “produrre il concetto di diritto induttivamente” prendendo le mosse dai “fenomeni giuridici singoli”<sup>13</sup>, essa non potrà tuttavia “fondarlo” – cioè giustificarlo in termini assiologici. Questo compito spetta alla filosofia del diritto che deve approcciarsi al fenomeno giuridico in maniera differente, intendendolo come “opera dell’uomo” e quindi come prodotto della “cultura” che non può essere compreso prescindendo “dalla sua rispettiva idea”<sup>14</sup>. È quello che Radbruch definisce “atteggiamento riferito al valore” come impostazione metodologica che consente al filosofo del diritto di guardare al diritto come una (delle molteplici) «datità che ha il significato, il senso di realizzare valori»<sup>15</sup>. Ogni datità ha il proprio valore (“idea”) di riferimento e quello del diritto è la “giustizia”: «il diritto» – afferma Radbruch – «è la realtà che ha il senso di stare al servizio della giustizia»<sup>16</sup>. Robert Alexy ha provato a chiarire quest’affermazione di Radbruch, formulando il noto “argomento della giustizia” secondo cui «sistemi normativi che non avanzano né esplicitamente né

---

<sup>10</sup> E. Lask, *Rechtsphilosophie*, in *Die Philosophie im Beginn des 20. Jahrhunderts*, Festschrift für Kuno Fischer, 2. Band, C. Winter, Heidelberg 1905; tr. it. di A. Carrino, *Filosofia giuridica*, ESI, Napoli 1984, p. 16. Dell’influenza di Lask su Radbruch riferiscono, tra gli altri, F. Viola, *1900-2020*, cit., p. 28 e S. Paulson, *On the Background and Significance of Gustav Radbruch’s Post War Papers*, cit., pp. 29 ss.

<sup>11</sup> G. Carlizzi, “*Un sistema filosofico deve somigliare a un duomo gotico*”, cit., p. XI.

<sup>12</sup> FD, p. 13.

<sup>13</sup> FD, p. 37.

<sup>14</sup> FD, p. 10.

<sup>15</sup> FD, p. 8.

<sup>16</sup> FD, p. 40.

implicitamente una pretesa di giustezza non sono sistemi giuridici»<sup>17</sup>. Attraverso l'argomento della giustezza non si vuole affermare – si badi bene – che il diritto, nei fatti, sia sempre giusto ma piuttosto che il diritto, in quanto opera umana, non possa prescindere dalla giustizia come suo valore di riferimento. Bisogna allora chiarire cosa intenda Radbruch per giustizia. A suo avviso è possibile distinguere «la giustizia che viene apprezzata sulla base del diritto positivo» – ossia la “legalità” che vincola il giudice all'osservanza della legge – dalla «giustizia sulla base della quale il diritto positivo è apprezzato»<sup>18</sup>. Nel formulare il concetto (giusfilosofico) di diritto Radbruch si riferisce esclusivamente a questa seconda forma di giustizia che equivale – alquanto genericamente – ad un’“eguaglianza” di tipo formale improntata a criteri di “giustizia distributiva”. È questa – scrive Radbruch – «l'idea di giustizia alla quale deve essere rivolto il concetto di diritto»<sup>19</sup>. In realtà, però, l'idea di giustizia di Radbruch è molto più complessa e, per certi versi, ambigua<sup>20</sup>. Volendo smarcarsi da un ideale di giustizia immutabile che rischierebbe di farlo ricadere tra le braccia del giusnaturalismo, Radbruch precisa che «la giustizia deve essere integrata da altri principi»<sup>21</sup>. Uno di essi è il principio di “utilità” – altrimenti detto di “conformità allo scopo”<sup>22</sup> – che risponde all'esigenza di determinare contenutisticamente l'idea di giustizia. Questo principio, tuttavia, non risolve mai definitivamente le dispute tra “le differenti concezioni del diritto e dello Stato” sostenute dai partiti politici e, poiché «il diritto come ordinamento della vita non può essere abbandonato alla diversità delle opinioni dei singoli», si ren-

---

<sup>17</sup> R. Alexy, *Concetto e validità del diritto*, cit., p. 33.

<sup>18</sup> FD, p. 38.

<sup>19</sup> FD, p. 39.

<sup>20</sup> S. Paulson, *Radbruch on Unjust Laws*, cit., p. 496.

<sup>21</sup> FD, p. 40.

<sup>22</sup> D. Pasini, *Il pensiero giuridico di Radbruch*, in *Vorschule der Rechtsphilosophie*, Verlag Scherer, Heidelberg 1947; tr. it. di Dino P., C.A. Agnesotti, *Propedeutica alla filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino 1959, pp. 15-79, p. 46.

de necessario un altro principio – quello della “certezza giuridica” che si esprime principalmente attraverso la “positività” del diritto<sup>23</sup>. Questi tre principi – giustizia, utilità e certezza – si pongono in un rapporto di tensione costante, dando luogo ad “antinomie”, risolte, a seconda dell’epoca considerata, da “gerarchie” differenti<sup>24</sup>. Ma a prescindere dalle loro possibili antinomie, è importante notare come giustizia, utilità e certezza si risolvano, in fin dei conti, in articolazioni di quel “criterio basale”<sup>25</sup> – secondo cui, appunto, «il diritto è la realtà che ha il senso di stare al servizio della giustizia». Quindi – quantomeno con riferimento al *concetto giusfilosofico di diritto* – Radbruch sembra sostenere una posizione molto diversa da quella del positivismo giuridico. Valga su tutti l’esempio di giuspositivismo – contemporaneo a Radbruch – della dottrina pura di Kelsen che, considerando la giustizia un “ideale irrazionale”, vuole occuparsi solamente “del diritto reale e possibile” rinunciando a quelle che ritiene essere semplici “tendenze ideologiche” sul “diritto giusto”<sup>26</sup>.

3. Il discorso si complica volgendo lo sguardo al decimo capitolo della *Filosofia del diritto*. Qui Radbruch affronta il problema della *validità del diritto* che – come avverte Carlizzi – nel suo pensiero assume una connotazione peculiare. Quando parla di validità, infatti, Radbruch non si riferisce tanto al problema del «possesso dei requisiti legalmente stabiliti per un certo tipo di atto», ma piuttosto a quello dell’«obbligatorietà

---

<sup>23</sup> FD, p. 81 ss.

<sup>24</sup> Sull’importanza del discorso di Radbruch sulle antinomie v. più ampiamente G. Carlizzi, “*Un sistema filosofico deve somigliare a un uomo gotico*”, cit., pp. XIX ss.

<sup>25</sup> S. Paulson, *On the Background and Significance of Gustav Radbruch’s Post War Papers*, cit., p. 19.

<sup>26</sup> H. Kelsen, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Verlag, Wien 1934, tr. it. di R. Treves, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino 2000, p. 59.

di un atto»<sup>27</sup>. Allora, per comprendere adeguatamente l'impostazione offerta da Radbruch al tema dell'*obbligatorietà* bisogna riprendere quel passaggio molto significativo in cui egli afferma che «soltanto la morale è in grado di fondare [*bergründen*] la forza obbligatoria del diritto»<sup>28</sup>. Partendo da questo presupposto Radbruch non può che ammettere la tesi del “delinquente convinto”, cioè di quel soggetto che – ritenendo “ingiusto (o disutile)” il diritto positivo – lo consideri per questo “invalido”<sup>29</sup>. A questo soggetto «il diritto può provare [solamente] il proprio potere, ma mai dimostrargli la propria validità»<sup>30</sup>. Chi non può comportarsi da delinquente convinto è invece il giudice cui “dovere di ufficio” è quello di “attuare la volontà di valere della legge” e di «sacrificare la propria sensibilità giuridica al comando autoritativo del diritto», chiedendosi esclusivamente «cosa rileva secondo diritto, giammai se esso sia anche giusto»<sup>31</sup>. Questa “duplice teoria della validità”<sup>32</sup> è stata spesso utilizzata per sostenere l'adesione di Radbruch al positivismo giuridico giacché una delle due versioni – cioè la teoria della validità “dal punto di vista del giudice” – eliminerebbe la «correttezza morale quale criterio di identificazione del diritto valido»<sup>33</sup>. Tuttavia, la convinzione radbruchiana per cui il giudice è sempre obbligato ad applicare la legge (anche quella *ingiusta*) non è dettata da una separazione rigida tra legalità e giustizia – che Radbruch non può sostenere a meno di non contraddire il *concetto giusfilosofico di diritto* proposto in precedenza –, ma piuttosto dalla convinzione che l'adesione del giudice ad una teoria della validità di tipo legalistico permetterebbe al diritto di realizzare al meglio un altro principio della giustizia, cioè quello della *certezza giu-*

---

<sup>27</sup> G. Carlizzi, “*Un sistema filosofico deve somigliare a un duomo gotico*”, cit., p. XXXII. Cfr. D. Pasini, *Il pensiero giuridico di Radbruch*, cit., p. 30.

<sup>28</sup> FD, p. 52.

<sup>29</sup> FD, p. 95.

<sup>30</sup> *Ibidem*.

<sup>31</sup> *Ibidem*.

<sup>32</sup> M. Borowski, *Gustav Radbruch's Critique of Legal Positivism*, cit., pp. 637-638.

<sup>33</sup> Ivi, p. 637.

*ridica*<sup>34</sup>. Riletta alla luce di queste considerazioni, anche la “formula” del 1946 assume un tono meno radicale. La si può intendere piuttosto come sviluppo di un pensiero che assegna sempre al giudice il compito di garantire la certezza, a meno che quest’ultima non avalli, fagocitando gli altri principi, una “legalità senza diritto” – cioè “intollerabilmente ingiusta” – o, peggio ancora, una legalità che nemmeno si è posta il problema di perseguire la giustizia<sup>35</sup>.

4. La distanza di Radbruch da qualsiasi forma di positivismo-legalistico è confermata dalla posizione che egli assume in materia di *interpretazione giuridica*, segnata da un rifiuto netto del *volontarismo* e quindi – seppur indirettamente – del *formalismo interpretativo*<sup>36</sup>. Per Radbruch, infatti, l’interpretazione giuridica «non si ferma all’accertamento del senso inteso dal creatore della legge» perché alla sua formazione «ha preso parte una pluralità di autori, sicché può darsi una pluralità di opinioni

---

<sup>34</sup> Come spiega bene S. Paulson, *On the Background and Significance of Gustav Radbruch’s Post War Papers*, cit., p. 19, «He writes there that the judge is bound in every instance to adhere to the statute, a doctrine yielding, to be sure, a positivistic result in the familiar sense. For it implies that the judge is bound to adhere to the iniquitous statute, too. Still, the reasons that Radbruch adduces on behalf of the doctrine do not suggest an endorsement of positivism qua separation principle; they are, rather, a reflection of his thoughts on the role of the judiciary». In senso diametralmente opposto si esprime T. Spaak, *Meta-Ethics and Legal Theory: The Case of Gustav Radbruch*, in «Law and Philosophy», (2009), 3, pp. 261-290, p. 278, secondo cui, invece, «the doctrine of judicial bindigness presupposes the separation thesis, and my guess is that Radbruch simply didn’t see that his endorsement of the doctrine presupposed acceptance of the separation thesis». La distanza di Radbruch dalle tesi del “positivismo legalista” che, partendo da questi passaggi del decimo capitolo della FD, gli si vorrebbero attribuire è dimostrata ancora da S. Paulson, *Sobre la continuidad de la filosofía jurídica no-positivista de Gustav Radbruch*, in Id., *La filosofía del derecho de Gustav Radbruch*, Marcial Pons, Madrid 2018, pp. 163-205, spec. pp. 181 ss.

<sup>35</sup> G. Radbruch, *Legalità senza diritto e diritto sovralegale*, cit., p. 138.

<sup>36</sup> Sul legame tra volontarismo e formalismo v. V. Villa, *La teoria dell’interpretazione giuridica fra formalismo e antiformalismo*, in «Etica&Politica», (2006), 1, pp. 1-19, spec. pp. 5 ss.

di tali partecipi sul senso della legge»<sup>37</sup>. Al rifiuto del volontarismo si accompagna la convinzione dell'esistenza di margini di *creatività* per l'interprete. Radbruch, infatti, rigetta la comparazione tra interpretazione "filologica" e "giuridica" perché, a suo modo di vedere, «l'interpretazione giuridica non è ripensamento di qualcosa che è stato compiutamente pensato [*Nachdenken eines Vorgeordneten*], bensì compimento di qualcosa che è stato pensato [*Zuendedenken eines Gedachten*]]»<sup>38</sup>. Avendo il compito di migliorare ciò che il legislatore ha pensato – giacché «l'interprete può comprendere la legge meglio di quanto hanno fatto i suoi creatori» –, Radbruch ritiene che l'interpretazione giuridica «attraverso passaggi impercettibili» possa condurre «da interpretazioni dello spirito del legislatore a regole che l'interprete stesso 'stabilirebbe in qualità di legislatore'»<sup>39</sup>. Questa possibilità di miglioramento di un diritto che «resta suscettibile di rispondere con nuovi significati a nuove esigenze giuridiche»<sup>40</sup> – che Radbruch riprende con toni più pacati dal "movimento del diritto libero"<sup>41</sup> – è comunque mitigata dalla consapevolezza che «l'interpretazione giuridica si distingu[a] da quelle forme intuitive di interpretazione per la sua natura senz'altro razionale»<sup>42</sup>. Quindi, se da un lato Radbruch dimostra grande sensibilità per l'intreccio tra elemento normativo e fattuale – anticipando, per certi versi, un aspetto che si

---

<sup>37</sup> FD, pp. 124-125. Si tratta di uno degli argomenti più utilizzati per criticare il riferimento nell'interpretazione alla "volontà" o "intenzione" del legislatore, riferimento che – come ha fatto notare di recente G. Pino, *L'interpretazione nel diritto*, Giappichelli, Torino 2021, p. 282 – è «tuttora ampiamente usato specialmente nell'interpretazione giudiziaria» sebbene «piuttosto screditato in sede teorica».

<sup>38</sup> FD, p. 125.

<sup>39</sup> *Ibidem*. Esattamente vent'anni dopo Tullio Ascarelli utilizzerà nello stesso senso un'espressione quasi identica parlando dell'interprete come "legislatore in tono minore" (T. Ascarelli, *Prefazione a Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Giuffrè, Milano 1952, p. XXVn).

<sup>40</sup> FD, p. 126.

<sup>41</sup> Cfr. G. Radbruch, *Propedeutica alla filosofia del diritto*, cit., pp. 186-189.

<sup>42</sup> FD, p. 128.

rivelerà centrale nella corrente ermeneutica<sup>43</sup> –, dall'altro egli rivela piena consapevolezza della necessità di ricondurre l'interpretazione a criteri che, con un linguaggio aggiornato ai nostri tempi, definiremmo di *ragionevolezza*. Pur riferendosi a “leggi logiche” che permetterebbero di individuare il “senso oggettivo” della legge – espressioni che farebbero presagire un repentino ravvedimento in favore del formalismo –, Radbruch non intende affatto sottomettere l'interpretazione a criteri di tipo logico ma piuttosto riformulare il concetto stesso di “comprensione” del diritto, adeguandolo al “concetto giusfilosofico di diritto” prima elaborato. «Comprendere» – scrive Radbruch – «significa: fare proprio un fenomeno culturale proprio come fenomeno culturale, ossia nel suo rapporto al corrispondente valore culturale» e dunque «assimilare il diritto come realizzazione del concetto di diritto, ossia come una datità che ha il senso di realizzare l'idea del diritto, come un tentativo di realizzazione di quest'ultima»<sup>44</sup>. I paragoni – e forse gli azzardi – qui potrebbero sprecar-

---

<sup>43</sup> Cfr. G. Carlizzi, *Gustav Radbruch e le origini dell'ermeneutica giuridica contemporanea*, in «Persona y Derecho», (2011), 1, pp. 83-119, spec. pp. 113 ss. L'attenzione rivolta da Radbruch al “fatto” diventerà ancora più evidente dopo l'esperienza vissuta in Inghilterra e il confronto con il sistema di *common law*, come dimostrato da due passaggi particolarmente significativi di G. Radbruch, *Des Geist des englischen Rechts*, Adolf Rausch Verlag, Heidelberg 1945; tr. it. di A. Baratta, *Lo spirito del diritto inglese*, Giuffrè, Milano 1962. Nel primo Radbruch afferma: «Qui vive ancora qualcosa di quella rappresentazione che fuori dell'ambito giuridico inglese è quasi andata perduta, secondo la quale il diritto sorgendo lentamente, come la lingua e il costume, al di là della nostra volontà, è indissolubilmente legato alle circostanze dei fatti del singolo caso e non può essere colto né dalla legge con il suo carattere generalizzatore né dall'intervento violento del rivoluzionario» (p. 48). Nel secondo, invece: «Il giurista inglese è convinto che l'interpretazione giuridica sia orientata più sicuramente alla natura dei fatti che all'idea del diritto. Egli è incline a credere che il singolo caso porta con sé già il suo diritto, e se la formula *'ex facto jus oritur'* (dal fatto sorge il diritto), è soggetta a certe difficoltà metodologiche, essa però pone giustamente l'accento sul fatto che la decisione di un caso concreto richiede da parte del giudice l'energia creatrice del diritto in un grado assai più alto dei fantasmi dei casi futuri solamente immaginati, quali ha dinanzi a sé il legislatore» (p. 52).

<sup>44</sup> FD, p. 131.

si: ma non è questo, in fondo, ciò che intende suggerire chi rilegge oggi il fenomeno giuridico come una “pratica sociale” di tipo interpretativo, distaccandola da una dimensione puramente normativistica?<sup>45</sup>

5. Un altro elemento di interesse della proposta giusfilosofica di Radbruch è quello del *relativismo*, analizzato – molto più articolatamente di quanto posso fare io in questo spazio limitato – da Vincenzo Omaggio in uno dei due saggi che precedono la *Filosofia del diritto*<sup>46</sup>. Qui mi limito perciò a segnalare che quello di Radbruch è un relativismo *sui generis*, sicuramente distante dall’accezione che si è soliti attribuire oggigiorno a questo concetto: «niente di più lontano» – come segnala lo stesso Omaggio – «da una forma di scetticismo nichilistico o paralizzante»<sup>47</sup>. Ciò che conduce Radbruch ad una posizione relativistica è, *in primis*, la possibilità – già segnalata in precedenza – che in diverse epoche i tre principi serventi l’idea di giustizia possano caratterizzarsi per differenti relazioni di dipendenza gerarchica; e, *in secundis*, la convinzione che il conflitto tra concezioni assiologiche diverse non possa essere definitivamente risolto attingendo a criteri scientifici<sup>48</sup>. Ma sia il primo che il se-

---

<sup>45</sup> Si prenda come esempio il post-positivismo di Manuel Atienza che in questo senso scrive: «Interpretar es una cuestión práctica y la resolución – justificada – de un problema interpretativo exige contar con una teoría que guíe ese proceso [...] y que no puede ser meramente descriptiva. O sea, interpretar es (debe verse como) una actividad que exige asumir lo que Dworkin ha llamado una ‘actitud interpretativa’: asumir que ese proceso tiene lugar en el contexto de una práctica a la que da sentido el logro de ciertos fines y valores, de manera que quien interpreta en el contexto de la misma ha de proponerse alcanzar el significado que mejor sirva a esos propósitos; pero permaneciendo dentro de la práctica, esto es, sin desconocer los materiales autoritativos (las normas válidas) que marcan en el Derecho un límite infranqueable: interpretar no es inventarse el Derecho» (M. Atienza, *Filosofía del derecho y transformación social*, Editorial Trotta, Madrid 2017, p. 21).

<sup>46</sup> V. Omaggio, *Il relativismo di Gustav Radbruch*, cit.

<sup>47</sup> Ivi, p. LI.

<sup>48</sup> J.M. Rodríguez Paniagua, *El relativismo jurídico de Radbruch y su consecuencia política*, in «Revista de Estudios Políticos», (1963), 1, pp. 77-101, p. 82.

condo elemento relativistico si muovono in un contesto assiologico ben definito – che forse, con qualche azzardo, potrebbe definirsi di *oggettivismo morale minimo o moderato*. Il conflitto tra concezioni del diritto e quello tra visioni della giustizia, infatti, non può mai giungere alla conseguenza estrema – o, per utilizzare un termine più vicino a Radbruch “intollerabile” – di negare l’idea stessa del diritto che risiede nella giustizia. Nella *Filosofia del diritto* questa condizione sembra implicita ma leggendo l’articolo del 1934 *Le relativisme dans la philosophie de droit* – in cui Radbruch si dichiara “relativista” utilizzando toni piuttosto radicali – ci si accorge non solo che Radbruch è poco disposto a rinunciare a questa pre-condizione, ma anche di una sua adesione incondizionata ai valori del liberalismo che lo porta all’affermazione – piuttosto indicativa quanto alla sua distanza da qualsiasi forma di scetticismo radicale – che «*le relativisme débouche dans le libéralisme*»<sup>49</sup>. Questa convinzione sarà resa ancora più forte dalle esperienze traumatiche della guerra e del nazismo, accrescendo nella seconda metà degli anni Quaranta la sensibilità di Radbruch verso la tematica dei diritti umani, inglobati – con linguaggio, a dire il vero, piuttosto ambiguo – nella sfera del “diritto naturale”<sup>50</sup>: il segno, secondo alcuni, di un abbandono definitivo dell’elemento relativistico nella sua proposta giusfilosofica.

---

<sup>49</sup> G. Radbruch, *Le relativisme dans la philosophie du droit*, in «Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique», (1934), 1-2, pp. 105-110, p. 107. Corsivo nel testo. In questo senso, si tratta di un relativismo molto differente da quello di Hans Kelsen. Come sottolineato da L.L. Fuller, *The Law in Quest of Itself*, The Foundation Press, Chicago, 1940, tr. it. A. Porciello, *Il diritto alla ricerca di se stesso*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2015, p. 117n., infatti, la «filosofia relativista» di Radbruch «non presenta quel carattere di intransigenza e di mancanza di compromessi tipico del pensiero di Kelsen».

<sup>50</sup> Cfr. G. Radbruch, *Fünf Minuten Rechtsphilosophie*, in «Rhein-Neckar Zeitung», (1945), 12, p. 3, tr. it. di M. Lalatta Costerbosa, *Cinque minuti di filosofia del diritto*, in G. Radbruch, *Diritto e no*, cit., pp. 117-121, p. 120; G. Radbruch, *Propeudentica alla filosofia del diritto*, cit., p. 234.

6. In queste pagine non ho fatto altro che proporre alcune suggestioni a partire da un'opera la cui traduzione ci chiama, forse, a fare definitivamente i conti con il pensiero di un autore che non può essere né ridotto alla "formula" del dopoguerra, né alla rigida dicotomia tra giusnaturalismo e giuspositivismo. Radbruch – testimoniando quella "crisi del metodo logico-formale dell'interpretazione" e di un "principio di legalità" puramente autoreferenziale che caratterizza le prime tre decadi del Novecento<sup>51</sup> – ci invita a riflettere in maniera originale sul diritto con una proposta giusfilosofica volta a far emergere i benefici di una tensione costante tra valori come la giustizia, l'utilità e la certezza, che dovrebbe scoraggiare in partenza aneliti di sopraffazione reciproca in nome dell'una o dell'altra ideologia o corrente di pensiero. Come scrive Robert Alexy – il filosofo del diritto contemporaneo che più di tutti sembra aver colto l'insegnamento radbruchiano – "la formula di Radbruch" – ma aggiungerei, a questo punto, anche quel "criterio basale" che sostiene la struttura della *Filosofia del diritto* – «può essere messa in discussione solo da chi consideri la certezza del diritto come un principio assoluto. Il che, come del resto ogni perseguimento di principî assoluti, ha qualcosa di fanatico»<sup>52</sup>. E l'ultima cosa di cui abbiamo bisogno – specie in questi giorni difficili – è proprio il fanatismo<sup>53\*</sup>.

---

<sup>51</sup> A. Baratta, *Per una apologia "giusnaturalistica" del positivismo giuridico*, in «Il politico», (1966), 3, p. 549.

<sup>52</sup> R. Alexy, *Concetto e validità del diritto*, cit., p. 53.

<sup>53\*</sup> La recente invasione militare della Russia ai danni dell'Ucraina ci invita a rileggere come monito per il giurista l'ultimo capitolo della FD – dedicato proprio al tema della guerra – e, in particolare, l'ultima pagina. «Tuttavia, rassegnarsi alla guerra come sventura inevitabile è quanto di meno appropriato possa esserci per il giurista. Per lui si pone in primo luogo l'interrogativo se su questa terra, affidata a noi uomini, debba dominare il caso o la razionalità. Se dunque, laddove il destino decide delle sorti della terra, il diritto debba ritirarsi impotente di fronte all'anarchia anziché fondare il suo dominio completo. Se la cattedrale dell'ordinamento giuridico debba cadere in rovina prima di essere completata, oppure fermarsi alla sua altezza attuale come una misera costruzione di emergenza, oppure debba trovare conclusione e compimento in una cupola orgogliosa».