

GAETANO CARLIZZI

## I fondamenti giusfilosofici della “Duplice formula di Radbruch”\*

### 1. La scarsa fortuna di Radbruch nella cultura giuridica italiana

Malgrado sia generalmente considerato il più importante filosofo del diritto tedesco del secolo scorso, tanto da occupare ancora un posto di rilievo nel dibattito corrente in Germania e in altri Paesi, Gustav Radbruch *non* ha mai goduto in Italia di una *fama* estesa, né tanto meno ininterrotta. Ciò è *confermato* da molteplici dati. Innanzitutto, per quanto riguarda la produzione monografica, le relative traduzioni italiane non solo risalgono a più di 50 anni fa, ma hanno anche ad oggetto un modesto numero di lavori, di carattere perlopiù introduttivo o divulgativo<sup>1</sup>. In secondo luogo, le successive traduzioni italiane, che riguardano – appunto – semplici articoli o brani di opere, oltre ad essere anch'esse di ammontare esiguo, sono state realizzate nell'ultimo quarto di secolo<sup>2</sup>, in maniera piuttosto episodica e discontinua<sup>3</sup>. Infine, sempre

\* Desidero ringraziare Enzo Omaggio e Gianluca Gentile per aver letto una precedente versione di questo scritto e avermi spinto, ancora una volta, a problematizzare punti su cui avevo sorvolato.

1 G. RADBRUCH, *Propedeutica alla filosofia del diritto*, Torino, Giappichelli, 1959; ID., *Introduzione alla scienza del diritto*, Torino, Giappichelli, 1961; ID., *Lo spirito del diritto inglese*, Milano, Giuffrè, 1962.

2 In ordine cronologico: G. RADBRUCH, *Il concetto di diritto*, in A. Carrino (a cura di), *Metodologia della scienza giuridica*, Napoli, ESI, 1992; ID., *Il relativismo nella filosofia del diritto*, in «Diritto e cultura», 1993, pp. 53-58; ID., *Ingiustizia legale e diritto sovraleale*, in P. Di Lucia (a cura di), *Filosofia del diritto*, Milano, Raffaello Cortina, 2002, pp. 152-163; ID., *Idea e materia del diritto. Uno schizzo*, in G. Carlizzi - V. Omaggio (a cura di), *L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, Pisa, ETS, 2016, pp. 31-37 (non considero G. RADBRUCH, *La natura delle cose come forma giuridica di pensiero*, in «Rivista internazionale di Filosofia del Diritto», 1941, pp. 145-156, perché pubblicato originariamente in italiano).

3 Soprattutto incomprensibile è la mancata traduzione nella nostra lingua di uno dei capolavori della filosofia del diritto mondiale, la *Rechtsphilosophie* del 1932 (3<sup>a</sup> e ult. ed. curata da Radbruch, per Quelle & Mayer), di cui Ralf Dreier e Stanley Paulson hanno redatto una *Studienausgabe* per C.F. Müller nel 1998 (1<sup>a</sup> ed.) e nel 2003 (2<sup>a</sup> ed.).

in Italia, la letteratura secondaria dedicata al nostro Autore si compone di sporadici saggi<sup>4</sup>, o tutt'al più di monografie vertenti su aspetti specifici del suo pensiero<sup>5</sup>.

Le *conseguenze* di questa diffusa *disattenzione* sono abbastanza tangibili: da noi il complessivo pensiero di Radbruch è ancora scarsamente conosciuto, sicché l'analisi dei suoi momenti salienti risulta spesso fuorviata in partenza. Il punto è che un pensiero profondo e complesso come quello del giusfilosofo e penalista di Lubeca è un organismo vivo, che non può essere privato di alcuna parte integrante, né presenta una costituzione monolitica. Ciò vale anche per la "Formula di Radbruch", la sua espressione più celebre, certamente quella che per prima viene in mente a molti giusfilosofi e giuristi italiani udendo il suo nome. In effetti, non poche delle analisi della formula si basano su un insufficiente approfondimento della genesi, dell'evoluzione e della complessiva articolazione della filosofia del diritto del nostro Autore. In tal modo, esse finiscono fatalmente per ricorrere a semplificazioni, come la contrapposizione tra un "primo" e un "secondo" Radbruch, che non solo peccano di banalità, ma soprattutto perdono di vista l'essenziale continuità e problematicità della sua appassionata ricerca.

Le seguenti riflessioni intendono muoversi in controtendenza al movimento descritto, concentrandosi, sì, sul tema particolare della "Formula di Radbruch", ma inquadrandolo nel suo complessivo sistema di pensiero. In particolare, si cercherà di mostrare che la formula

4 Cfr.: G. NIRCHIO, *Intorno al pensiero di Gustav Radbruch*, in «Il politico», 1953, pp. 233-236; M.A. CATTANEO, *L'ultima fase del pensiero di Gustav Radbruch: dal relativismo al giusnaturalismo*, in «Rivista di filosofia», 1959, pp. 61-80; E. CASTRUCCI, *Rileggendo Radbruch*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico», 1988, pp. 487-498; G. CARLIZZI, *Gustav Radbruch e le origini dell'Ermeneutica Giuridica Contemporanea*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2011, pp. 389-418. Tale può considerarsi anche il volume di V. PALAZZOLO, *La filosofia del diritto di Gustav Radbruch e di Julius Binder*, Milano, Giuffrè, 1983, che, nella parte dedicata a Radbruch, non fa altro che riprendere l'articolo *La filosofia del diritto di Gustav Radbruch*, in «Archivio di cultura italiana», 1941, pp. 103-154.

5 Infatti, non si registra nessuna monografia sul complessivo pensiero di Radbruch, ma solo due volumi dedicati alla questione, tipica del cosiddetto "ultimo Radbruch", del diritto sovralegale: uno di matrice giusfilosofica, peraltro non limitato al nostro Autore: A.M. CAMPANALE, *Il diritto oltre la legge in G. Radbruch e R. Dworkin*, Bari, Adriatica, 1987; l'altro di taglio penalistico, che si concentra sull'esperienza tedesca successiva alla fine della Seconda guerra mondiale e alla caduta del Muro di Berlino: G. VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei delitti di Stato nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, Milano, Giuffrè, 2001.

costituisce l'acme, anziché la rottura, del quadro ideale elaborato in precedenza, e che anche ora il nostro Autore rinuncia alla facile scorciatoia di una rappresentazione irenica della realtà giuridica, preferendo piuttosto, da vero giusfilosofo, continuare a restituirne l'intima, coesenziale conflittualità.

## 2. Il contenuto della “Duplice formula di Radbruch”

2.1. Il primo dato rimarchevole della teoria divenuta famosa come “Formula di Radbruch”, è l'inesattezza di questa stessa etichetta. La tesi che essa sta designare non ha, infatti, quella semplicità evocata dal termine singolare “formula”, bensì una indubbia complessità. In breve: dietro di essa si nasconde non una sola, bensì due tesi, le quali, sebbene dotate – come si vedrà – del medesimo fondamento, vanno distinte in linea di principio. Sarebbe, pertanto preferibile usare locuzioni come “Duplice formula di Radbruch” o “Formule di Radbruch”.

La fonte comune delle due tesi è il breve eppure celeberrimo articolo *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*<sup>6</sup>, pubblicato nella *Süddeutsche Juristenzeitung* all'indomani della fine della Seconda guerra mondiale (1946). Esso prende le mosse dal problema giusfilosofico centrale della validità (*Geltung*) del diritto: in ragione di cosa la legge costituisce un dover essere, è vincolante per i consociati? Sotto la spinta dell'esperienza nazista, il problema è affrontato nell'ottica particolare del trattamento penale applicabile a chi commette fatti gravemente lesivi dei diritti umani, ma non punibili al momento della loro realizzazione. A quale dei due “metri postbellici” giudicare questi fatti? Quello della neonata sensibilità per la tutela assoluta dei diritti umani oppure quello della restaurata riverenza verso il divieto di retroattività delle nuove incriminazioni? Fornendo un saggio di quella capacità tipicamente tedesca di combinare sensibilità giusfilosofica e competenza tecnico-giuridica, Radbruch usa come banco di prova tre vicende realmente

6 Qui si farà riferimento alla seguente versione: G. RADBRUCH, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, in ID., *Rechtsphilosophie*, Heidelberg, C.F. Müller, 2003 (2<sup>a</sup> ed.), pp. 211-219.

accadute nella Germania hitleriana, in zone ricadenti ora sotto il controllo sovietico<sup>7</sup>. Si tratta dei casi di: delatori *per libera scelta*, che, con le loro denunce, avevano condotto all'applicazione di norme contemplanti la pena di morte per fatti *irrisori*; giudici che avevano fatto applicazione di *queste stesse norme*; boia che, *pur potendo dimettersi*, avevano preferito continuare a dare esecuzione a tali pronunce. Il punto è che tutti questi soggetti hanno commesso fatti *disumani* ma *leciti* in base a (d alcune de)lle leggi dell'epoca. Donde la riemersione dell'interrogativo indicato: escludere *ex post* questa base legale giustificativa e punire i suddetti soggetti, oppure tenerla ferma e mandarli assolti?

La risposta di Radbruch, che si colloca a metà strada, ha una trama assai articolata e conseguenze dirimpenti, che vanno ben oltre le descritte vicende del passato. Come spesso fa nei suoi scritti, egli dissemina la propria riflessione di spunti in apparenza incidentali, ed è anche facendo attenzione ai relativi dettagli, talvolta costituiti da semplici coincidenze o divergenze letterali, che il lettore riesce a scoprire la sconfinata ricchezza del suo pensiero. Ai nostri fini conviene prendere le mosse dalla distinzione tra fatti *commessi* sotto il regime nazista e fatti *commissibili* in futuro, appena accennata nello scritto in esame<sup>8</sup>. In effetti, se, da un lato, la “Duplice formula di Radbruch” è elaborata con immediato riguardo ai fatti del *secondo* tipo<sup>9</sup>, dall'altro, non solo essa risulta rilevante anche per i fatti del *primo*, ma il discorso svolto per questi contiene precisazioni che retroagiscono sulla portata della stessa formula.

2.2. Procediamo con ordine. La questione centrale del trattamento applicabile ai fatti *disumani* ma giustificati dalle *leggi* vigenti al momento della loro commissione viene posta da Radbruch in termini giusfilosofici, non puramente dogmatici. Pertanto, come anticipato, oltre ad avere

<sup>7</sup> *Ivi*, pp. 211-215. In verità, Radbruch prospetta anche un quarto caso – quello del disertore che uccide un agente nazista per sfuggire alla cattura: *ivi*, pp. 215, 217 –, che solleva un problema opposto a quello qui in esame: è scriminato colui il quale toglie la vita a chi vuole imporgli un potere legale ma disumano?

<sup>8</sup> Cfr. *ivi*, p. 217, *l'incipit* del § IV: “Quanto detto vale per il futuro”.

<sup>9</sup> Cfr. *ivi*, § III.

una portata aperta al *futuro*, essa rimanda a un'altra questione, relativa alla validità delle «leggi di contenuto arbitrario e criminoso»<sup>10</sup>: di ciò che nel titolo e nel corpo dell'articolo del 1946 è chiamato “*gesetzliches Unrecht*”. Prima di dar conto della soluzione radbruchiana, è opportuno evidenziare gli enormi problemi che questa locuzione ha creato a tutti i traduttori, ivi compresi quelli italiani. Le tre soluzioni emerse al riguardo sono egualmente discutibili, in quanto foriere di molteplici equivoci, concettuali e sistematici: «torto legale»<sup>11</sup>, «ingiustizia legale»<sup>12</sup> e «illecito legale»<sup>13</sup>. Anzi, si può dire che l'inadeguatezza di queste traduzioni costituisce proprio un corollario del vizio indicato in apertura: della tendenza a interpretare il pensiero di Radbruch in maniera atomistica, irrelata alla sua produzione filosofica maggiore. La traduzione più corretta, a mio avviso, è inedita: “*negazione legale del diritto*”. Essa verrà giustificata nell'ultimo paragrafo, per quanto già nel prosieguo di questo se ne dovrebbero intuire le ragioni.

Concentriamoci, dunque, sul problema della validità della “negazione legale del diritto”. Mentre per il giuspositivismo tradizionale esso neppure si pone, dato che il diritto si identifica senz'altro con la legge, giusta o ingiusta che sia («la legge è legge»<sup>14</sup>), per il pensiero giuridico postnazista il problema si impone con urgenza e viene risolto da Radbruch per mezzo di una tripartizione<sup>15</sup>:

A) la legge relativamente ingiusta è in linea di principio valida (*geltend*), cioè costitutiva di un dover essere (“*Sollen*”) vincolante (“*verpflichtend*”)<sup>16</sup> per tutti;

B) la legge ingiusta (“*ungerecht*”) in misura intollerabile (“*unerträgliches*

<sup>10</sup> *Ivi*, p. 215.

<sup>11</sup> Cfr., ad es., R. PIZZORNI, *Diritto naturale e diritto positivo in S. Tommaso d'Aquino*, Bologna, ESD, 1999, p. 283.

<sup>12</sup> Cfr., ad es., la tr. it. di E. Fittipaldi, *Ingiustizia legale e diritto sovralegale*, in P. DI LUCIA (a cura di), *Filosofia del diritto*, cit., *passim*.

<sup>13</sup> Cfr., ad es., M. DE SALVIA - V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia delle Comunità europee*, vol. III (1999-2006), Milano, Giuffrè, 2007, p. 350.

<sup>14</sup> G. RADBRUCH, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, cit., pp. 211, 215.

<sup>15</sup> *Ivi*, p. 216.

<sup>16</sup> Per la equivalenza (solo) in linea di principio tra “*etwas Geltendes*”, “*etwas Gesolltes*” e “*etwas Verpflichtendes*”, cfr. G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, cit., p. 78.

*Mafs*”), in quanto diritto scorretto (“*unrichtiges Recht*”), è priva di validità<sup>17</sup>, da intendere nel senso appena indicato, e costituisce una prima forma di “negazione legale del diritto”;

C) la legge che nega volutamente (“*bewußt*”) la giustizia non costituisce semplicemente diritto scorretto, ma è del tutto priva di natura giuridica<sup>18</sup>, non è affatto diritto, e costituisce l’altra forma di “negazione legale del diritto”<sup>19</sup>.

Insomma: legge *relativamente* ingiusta, legge *intollerabilmente* ingiusta e legge *volutamente* ingiusta sono le tre forme di manifestazione dell’ingiustizia legale. Solo che, mentre nel primo caso si tratta di un’ingiustizia accettabile e in linea di principio priva di conseguenze, negli altri due l’accettabilità viene meno, con una serie di corollari. Corollari, questi, che variano a seconda che l’ingiustizia sia solo intollerabile oppure voluta: sebbene in entrambi i casi si tratti di “negazione legale del diritto”, nel primo l’atto del legislatore è vera e propria legge ma non è di per sé valido, mentre nel secondo è legge solo in apparenza, essendo in realtà un mero atto di arbitrio.

Ci si potrebbe chiedere perché Radbruch distingue queste due forme di “negazione legale del diritto”. Una risposta potrebbe essere ricavata dal passo in cui egli chiarisce che, mentre la figura della legge intollerabilmente ingiusta è sfuggente, tanto da non poter essere facilmente distinta (in pratica) da quella della legge relativamente ingiusta, la figura della legge volutamente ingiusta è di immediata evidenza<sup>20</sup>. Ma questa non sarebbe un’autentica risposta, giacché la “più agevole praticabilità” di un concetto, cioè la maggiore riconoscibilità delle sue realizzazioni concrete, non è sufficiente a giustificare l’enucleazione. La risposta va cercata altrove: come si ricava dal fatto che Radbruch, del tutto sensatamente, riconduce i provvedimenti del regime nazista (es.: quelli che hanno trattato

17 Che la legge intollerabilmente ingiusta sia priva di validità, non è detto espressamente da Radbruch, ma si ricava chiaramente dal confronto con il caso della «legge che, nonostante il contenuto scorretto, è tuttavia *valida*» (G. RADBRUCH, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, cit., p. 216, corsivo aggiunto).

18 *Ibidem*.

19 *Ivi*, p. 217.

20 *Ivi*, p. 216.

alcuni esseri umani – *scil.*: ebrei, zingari ecc. – come “subumani”) soltanto nell’alveo delle leggi volutamente ingiuste<sup>21</sup>, egli individua quest’ultima figura proprio perché quella delle leggi intollerabilmente ingiuste non consentirebbe di dare una risposta esaustiva al problema specifico da cui ha preso le mosse.

Ciò posto, ci si potrebbe porre una seconda domanda: le due figure si distinguono solo concettualmente o anche per le conseguenze che scaturiscono nei rispettivi casi? Anche qui la risposta non si trova bell’è pronta nel testo del saggio in esame, ma va ricostruita tessendo i fili che Radbruch dispensa qua e là nel suo corso. In particolare, anche alla luce di quanto osservato in precedenza, mentre è chiara la conseguenza della voluta ingiustizia del legislatore, lo stesso non può dirsi per l’intollerabile ingiustizia del suo prodotto. Infatti, mentre nel primo caso si è visto che l’atto legislativo costituisce una legge solo in apparenza, ossia è privo di rilevanza giuridica, dunque resta allo stadio del mero gesto arbitrario, nel secondo entra in gioco un concetto, quello di legge priva di validità, alquanto oscuro, che come tale richiede uno sforzo ermeneutico. Al riguardo, sia per lo specifico significato che Radbruch attribuisce al termine “validità”, sia perché egli scrive in un momento storico in cui manca ancora una vera giustizia costituzionale, va innanzitutto escluso che l’invalidità in esame corrisponda alla contemporanea annullabilità per contrasto con la legge fondamentale. La conclusione più sensata, allora, sembra essere questa: la legge intollerabilmente ingiusta, in quanto invalida non è attualmente vincolante, ma in quanto legge può, se opportunamente emendata, in particolare realizzando in via interpretativa la parità di trattamento da essa negata, acquistare quella validità che in origine le va disconosciuta. Questa conclusione, pur non trovando agganci espliciti nell’articolo del 1946, è quanto meno compatibile, se non addirittura congruente, col passo in cui Radbruch dice che la legge intollerabilmente ingiusta deve «ritrarsi davanti alla giustizia»<sup>22</sup>, che per lui equivale alla eguaglianza, cioè alla parità di trattamento<sup>23</sup>. Ad

21 *Ivi*, p. 217.

22 *Ivi*, p. 216.

23 G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, cit., pp. 35-37.

ogni modo, resta il fatto che, per il nostro Autore, la validità (intesa – ripeto – come doverosità *lato sensu*, come specifico modo d'essere della norma) non è una qualità essenziale della legge<sup>24</sup>.

2.3. Passiamo ora alla parte propriamente retrospettiva della ricostruzione radbruchiana: quale trattamento riservare ai fatti disumani commessi sotto il regime nazista, cioè nel *passato*? Uno spirito acceso avrebbe risposto grosso modo così: la gravità di quei fatti non consente di andare troppo per il sottile, sicché la questione della loro rilevanza penale e delle relative conseguenze può essere risolta liberamente dai giudici chiamati a valutarli. Radbruch, tuttavia, animato da mitezza non solo caratteriale, ma anche intellettuale<sup>25</sup>, fornisce una risposta che rivela tutte le qualità del giurista di assoluta eccellenza: rigore filosofico, preparazione dogmatica e sensibilità politico-giuridica<sup>26</sup>. Essa si ispira a un principio che merita di essere citato testualmente: «Di fronte alla negazione legale del diritto di quei dodici anni trascorsi, dobbiamo cercare di realizzare l'esigenza di giustizia vanificando il meno possibile la certezza giuridica»<sup>27</sup>. Di conseguenza, i suddetti fatti, in quanto ricadenti nel dominio di quel diritto penale che è retto dal divieto di retroattività della legge sfavorevole, devono essere regolati nei seguenti termini. Innanzitutto, la decisione *astratta* sulla loro perseguibilità nel dopoguerra non può essere lasciata ai singoli giudici, ma va riservata a una Corte superiore o al legislatore. Questa seconda possibilità si è

24 Per uscire da quest'apparente aporia, peraltro alimentata dalla confusione che Radbruch opera tra legge (atto normativo) e norma di legge (contenuto di tale atto), si può forse affermare che la legge (*rectius*: la norma di legge) intollerabilmente ingiusta ha solo in potenza, ma non in atto, carattere normativo. In questo modo, infatti, essa resta distinta, da un lato, dalle realtà fattuali, il cui modo d'essere non è il *Sollen*, bensì il *Sein*; dall'altro, dalle norme "fisiologiche", che in genere sono in quanto tali effettivamente vincolanti. Insomma, la norma intollerabilmente ingiusta costituisce un *Sollen* potenziale (analogamente a una norma prodotta da un atto sospensivamente condizionato, come tale ancora inefficace).

25 In questo senso, il suo relativismo (sul quale mi permetto di rinviare a G. CARLIZZI, *Gustav Radbruch*, cit., p. 401 s.) non può essere tacciato di nichilismo, ma può essere considerato per molti versi un precursore della moderna concezione neocostituzionalistica, non a caso divenuta famosa anche sotto le insegne zagrebelskiane del "diritto mite".

26 Anche se bisogna ammettere che, come si ricava dai resoconti fatti all'inizio dell'articolo in esame, esso è largamente debitore del dibattito divampato tra i giuristi subito dopo la caduta del regima nazista.

27 G. RADBRUCH, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, cit., p. 217.



realizzata proprio nei casi considerati da Radbruch, grazie alla *Legge sulla punizione dei fatti di reato nazisti*, adottata il 31 maggio 1946 per la zona della Germania occupata dagli americani. Secondo tale legge, le persecuzioni commesse sotto il regime nazista «devono essere perseguite se i principi di giustizia, in particolare l'eguaglianza di tutti davanti alla legge, ne esigono la punizione postuma». D'altro canto, la individuazione *concreta* dei fatti sanzionabili deve avvenire nel rispetto del divieto di retroattività della legge sfavorevole, nel senso che possono essere perseguiti solo i fatti punibili «già in base al diritto dell'epoca della loro commissione»<sup>28</sup>.

Ci si potrebbe chiedere qual è il senso della citata Legge, se la punibilità ivi indicata è fatta dipendere dall'ordinamento da essa stigmatizzato. Propongo questa risposta: essa è una sorta di “accertamento costitutivo”, ossia chiarifica e certifica un dovere di punizione già vigente all'epoca nazista, e allora non adempiuto, così imponendo nuovamente la sua attuazione. Dunque, ciascuna delle tre vicende esaminate va trattata distintamente, sulla base di ragionamenti che Radbruch articola e dei quali non si può dar conto in via principale. Al presente livello basti evidenziare che essi, in genere, mettono a profitto la seconda tesi della Formula di Radbruch, per mostrare che i fatti commessi dall'uno o dall'altro dei protagonisti di quei casi non sono giustificati<sup>29</sup>.

28 *Ivi*, p. 217 s.

29 *Ivi*, p. 218 s. In sintesi, interpretando e integrando il discorso di Radbruch: a) il *delatore* può essere punito come autore mediato o come partecipe di un delitto contro la vita, se tale può essere considerato, almeno oggettivamente, il fatto commesso dal giudice che ha condannato a morte il denunciato. Sotto quest'ultimo profilo, ad esempio, se la norma applicata ha consentito di punire con la morte un'inezia, essa è affetta da una sproporzione che ne mostra l'intenzionale ingiustizia. In base alla Formula di Radbruch, ne deriva che il fatto commesso dal giudice non può considerarsi lecito, e *oggettivamente* è solo un delitto contro la vita. Quanto al titolo di imputazione di tale delitto al delatore, se egli ha strumentalizzato il giudice per liquidare la vittima, risponderà per autorità mediata; se, invece, ha inteso solo segnalarla all'autorità, mentre ad essere stato animato da *intenzione* omicida è proprio il giudice, il delatore sarà punibile per partecipazione nel delitto contro la vita consumato da quest'ultimo; b) il *giudice*, più in particolare, può essere punito per il delitto contro la vita a condizione che la sua condanna a morte: si sia basata su una legge inesistente perché intenzionalmente ingiusta, dunque sia consistita nella persecuzione di un innocente, cioè in un fatto costituente oggettivamente abuso del diritto (§§ 336, 344 cod. pen. ted.); sia stata retta dal dolo di tale reato; non sia dipesa dalla necessità di salvarsi la vita; c) il *boia* può essere punito per un delitto contro la vita solo se la condanna a morte che ha eseguito non sia autorizzata da una sentenza, cioè solo se abbia commesso un abuso del tipo previsto dal § 345 cod. pen. ted.: a quanto pare, qui la Formula di Radbruch non svolge alcun ruolo.

Piuttosto, si profilano due ulteriori interrogativi. Innanzitutto: il divieto di retroattività *in malam partem* vale solo per i fatti disumani realizzati sotto il nazismo, o anche per quelli realizzabili in avvenire? La questione si pone perché Radbruch valorizza esplicitamente il divieto solo quando si occupa dei fatti passati, sicché non esclude letture del seguente tipo. Per le atrocità commissibili in futuro, le esigenze di certezza garantite dal divieto di retroattività non possono operare, dato che d'ora in poi nessuno potrà pensare di violare impunemente i diritti umani.

Senonché, un ragionamento siffatto non sarebbe condivisibile, non solo perché tradisce lo spirito del discorso radbruchiano, senza essere imposto dalla sua lettera, ma anche perché deroga a uno dei principi capitali del diritto penale, il quale mira a evitare che chi conquista il potere si senta in diritto di regolare a proprio piacimento i conti col passato. Oltretutto, la deroga neppure è necessaria, almeno di solito: come il discorso svolto da Radbruch conferma, il diritto e la sua filosofia dispongono di mezzi appropriati per affermare non retroattivamente la rilevanza penale dei fatti disumani.

Qui emerge il secondo interrogativo, valevole per ogni atrocità, passata o futura: il divieto di retroattività della legge sfavorevole riguarda solo la rilevanza penale, o anche il trattamento sanzionatorio di tali fatti? In altre parole: esso si limita a escludere la punibilità di fatti leciti al momento della loro commissione, o toglie anche la possibilità di sottoporre fatti già illeciti a pene più severe di quelle originarie? Anche questo interrogativo è favorito dal silenzio di Radbruch, il quale, con particolare riguardo al caso del delatore, non sviscera la seguente matassa. Delle due norme ad esso astrattamente applicabili in alternativa, perché vigenti al momento della sua commissione, la prima, relativa all'Assassinio ("*Mord*"), comminava la pena di morte (§ 211 cod. pen. ted.), l'altra, relativa all'Omicidio ("*Todtschlag*"), la reclusione da 5 a 15 anni (§ 212 cod. pen. ted.). All'epoca, la differenza tra i due tipi di "Delitti contro la vita" (o "di uccisione": "*Tötungsverbrechen*") risiedeva nell'elemento della premeditazione ("*Ueberlegung*"), richiesto solo per il primo tipo. D'altro canto, sempre nel caso del delatore, il pubblico ministero, come ultima ragione per invocare l'irrogazione a suo carico della pena

capitale, aveva richiamato l'art. 2c della legge 20 dicembre 1945, n. 10, del Consiglio di controllo alleato, in base alla quale «Sono sottoposte a pena le azioni inumane e le persecuzioni per mere ragioni politiche, razziali e religiose. Secondo gli articoli 2 e 3, al colpevole va inflitta la pena che il Tribunale ritenga giusta. Anche la pena di morte»<sup>30</sup>. Ragione, questa, che avrebbe potuto essere fatta valere anche se il fatto del delatore fosse stato qualificato come Omicidio, anziché come Assassinio. Tutto ciò con la conseguenza che un fatto punito con la reclusione da 5 a 15 anni al momento della sua commissione sarebbe stato in seguito sanzionato con la massima pena. Ebbene, su evenienze del genere Radbruch non prende posizione. In tal modo egli spinge il lettore a interrogarsi su quale fosse il suo pensiero al riguardo, sebbene la cautela che ispira la sua analisi dei problemi giuridici illustrati, nonché l'omaggio che di continuo rende al divieto di retroattività sfavorevole, inducano a escludere che avrebbe avallato la condanna a morte del semplice omicida.

Né si obietti che discussioni come questa avrebbero un rilievo soltanto teorico, perché legate a un passato ormai lontano. Esse, infatti, sono utili anche oggi, con riguardo, ad esempio, ai fatti di tortura commessi in ordinamenti privi di una *specifica* previsione sul punto: fatti punibili – a rigore – solo in base alle meno severe norme sulle Percosse, l'Ingiuria, le Lesioni personali e così via. Ora, se si considera che l'aspetto della pena applicabile non costituisce un accessorio del trattamento giuridico, ma riveste spesso un'importanza notevole, se non addirittura capitale (come nei casi di semplice “Omicidio” evocati poco sopra), anche al presente livello va affermato tendenzialmente il primato del divieto di applicazione retroattiva *in malam partem*.

Ecco in che senso abbiamo parlato di un'interazione tra le due parti della riflessione svolta da Radbruch nel 1946. Il discorso sui fatti del passato, pur mettendo a profitto quello preliminare sui fatti del futuro, finisce per intrecciarsi con quest'ultimo, imponendo di affermare la vigenza del divieto di retroattività nella sua massima estensione possibile, comprensiva sia dell'*an* sia del *quomodo* della punibilità.

<sup>30</sup> *Ivi*, p. 213 (dove si riporta la erronea indicazione, da parte della fonte citata, della data 30 gennaio 1946).

### 3. I fondamenti dichiarati della “Duplice formula di Radbruch” e la velata continuità della sua filosofia del diritto

3.1. Una volta chiarito il contenuto complesso della formula in esame, si tratta di comprendere il fondamento delle due tesi che la costituiscono. Sostenere che la legge intollerabilmente ingiusta non è vincolante, mentre quella volutamente ingiusta è addirittura inesistente, è troppo in contrasto con la mentalità giuridica novecentesca per poter essere giustificato solo con l’ineccepibile disprezzo dell’abominio nazista. Radbruch è perfettamente consapevole di ciò, tanto è vero che, sempre nell’articolo del 1946, si preoccupa di specificare le ragioni della sua proposta<sup>31</sup>. In sintesi: la validità della legge non può basarsi semplicemente sulla forza detenuta da chi la emana, giacché la legge costituisce una doverosità *lato sensu* (*Sollen*), mentre la forza è un dato di fatto che può fondare tutt’al più una necessità (*Müssen*). Piuttosto, nella prospettiva neokantiana, mai abbandonata da Radbruch, un *Sollen* può essere costituito soltanto da un valore (*Wert*). Ed è proprio qui che sorgono i problemi più spinosi. Nella sfera del diritto, infatti, non vi è un unico valore fondamentale, bensì molteplici, che possono entrare, e sono di fatto costantemente, in tensione tra loro: l’utilità (*Zweckmäßigkeit*), la giustizia (*Gerechtigkeit*) e la certezza giuridica (*Rechtssicherheit*). In questo senso, la possibilità di fondare la validità della legge positiva sulla certezza del diritto, che pure potrebbe ammettersi in astratto, giacché la legge positiva assicura la uniformità, stabilità e prevedibilità della vita giuridica, incontra in concreto degli ostacoli. Ciò non tanto da parte dell’utilità, che tende ad occupare l’ultimo posto della triade, dato che il suo soddisfacimento richiede regole certe e giuste, bensì da parte della giustizia, che in qualche modo include la stessa certezza, poiché dipende anche dalla stabilità della disciplina giuridica. Ma se è così, ecco che gli equilibri di questo campo di forze emergono quasi da soli, dando luogo alla tripartizione illustrata nel precedente paragrafo. Infatti:

A) la legge relativamente ingiusta è valida perché, da un lato, assicura

<sup>31</sup> *Ivi*, p. 215 s.

di per sé, nella sua mera positività, la certezza giuridica, dall'altro, non incide in misura significativa sulla giustizia, così risultando congruente anche con l'utilità;

B) la legge intollerabilmente ingiusta non è valida, perché, pur assicurando la certezza giuridica per le ragioni appena viste, nondimeno vanifica del tutto la giustizia (e con essa l'utilità, che non si accontenta della certezza), così finendo per rivelare quel senso di mero atto di forza che, come visto poco sopra, non è in grado di fondarne la generale vincolatività;

C) la legge volutamente ingiusta è solo in apparenza legge, mentre è in realtà priva di natura giuridica, in quanto, essendo il diritto «un ordinamento e una statuizione che è orientata a servire alla giustizia», essa manca interamente di quella tensione costitutiva della stessa giuridicità.

Come anticipato, secondo l'opinione nettamente maggioritaria in letteratura, questo quadro è il frutto di una svolta, di un passaggio dal “primo” al “secondo” Radbruch. Così, a seguito dell'esperienza nazista, egli avrebbe abiurato al rigido giuspositivismo della giovinezza e della maturità, la cui espressione più compiuta sarebbe l'ultima edizione della *Rechtsphilosophie* da lui curata, quella del 1932, e avrebbe abbracciato una mentalità tipicamente giusnaturalista.

Insisto sul fatto che questa lettura, quanto meno nelle versioni più radicali, non solo è fundamentalmente sbagliata, ma pure irrispettosa dell'acume del nostro Autore. Sotto il secondo profilo, non bisogna dimenticare che Radbruch era animato, oltre che da una potenza teoretica superiore, anche da una notevole onestà intellettuale (oltre che morale): pertanto, egli non avrebbe avuto alcun problema ad ammettere che la concezione giusfilosofica coltivata fino al 1932, anno che fatalmente precede l'avvento al potere del nazismo, meritava un così radicale rovesciamento alla luce di quest'ultima esperienza. Eppure, se si legge con attenzione l'articolo del 1946, non solo non si trova neppure un accenno in tal senso, ma addirittura si nota una chiara presa di posizione contro un certo tipo di giuspositivismo (“la legge è legge”), che con Bobbio potremmo chiamare “ideologico” e che impone di svolgere una ricostruzione più problematica di quella tradizionale.

3.2. Eccoci dunque risospinti al primo dei profili indicati, quello dell'effettiva intonazione del pensiero di Radbruch prima dell'avvento del regime nazista. Come detto più volte, per definirla precisamente, bisognerebbe passare in rassegna diverse opere di questo periodo, non solo le tre edizioni della *Rechtsphilosophie* e gli altri volumi di taglio giusfilosofico (*Einführung in die Rechtswissenschaft* ecc.), ma anche gli articoli apparentemente minori, molti dei quali (*Rechtsidee und Rechtsstoff, Zur Problematik der Rechtsidee, Der Überzeugungsverbrecher* ecc.) hanno invece il compito fondamentale di preparare la transizione dall'una all'altra delle tappe maggiori, e con ciò di alimentare l'evoluzione del pensiero radbruchiano. In questa sede, ovviamente, non dispongo dello spazio necessario per compiere una ricostruzione del genere, ma devo limitarmi a rinviare a un precedente lavoro, in cui ho cercato di esibire l'intima sistematicità della filosofia del diritto radbruchiana<sup>32</sup>. Piuttosto, nel prosieguo mi limiterò a esporre i punti di maggiore importanza per la comprensione della "Duplice formula di Radbruch" e dell'intima continuità di quella filosofia.

Per intendere appieno il pensiero di Radbruch bisogna tener conto di due dati, strettamente correlati tra di loro: la sua impostazione *neokantiana* e l'adesione ai principi teorici del relativismo e del dualismo metodico. Sotto il primo profilo, egli concepisce la totalità come ripartita in vari domini, ciascuno caratterizzato da un proprio statuto: quello della natura, composta di mere datità, cioè di entità materiali prive di senso; quello dei valori, ossia delle pretese ideali in sé sussistenti (vero, bene, bello, giusto); quello della cultura, che include le istituzioni, cioè le realtà dotate di senso in quanto riferite dagli uomini a uno dei suddetti valori (scienza, in riferimento al vero; etica, in riferimento al bene; estetica, in riferimento al bello; diritto, in riferimento al giusto); quello della religione, le cui espressioni vanno oltre gli stessi valori.

Il principio del *dualismo metodico*<sup>33</sup>, a sua volta, secondo il quale tra essere e dover essere vi è un rapporto di inderivabilità

32 G. CARLIZZI, *Gustav Radbruch*, cit., spec. pp. 393-413.

33 A un certo punto Radbruch precisa che il suo, in realtà, è un *trialismo* metodico (valore-empiria-cultura), ma, ai presenti fini, è possibile sorvolare sul punto: G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, cit., spec. pp. 13 nt. 2, 31 e nt. 13.

reciproca, comporta la ripartizione di compiti tra filosofia del diritto e scienza del diritto: mentre alla prima tocca occuparsi della idea del diritto, cioè della giustizia, alla seconda spetta lo studio della realtà giuridica, cioè degli ordinamenti storici che – come visto – si costituiscono in riferimento a quell’idea. Ora, l’analisi giusfilosofica dell’idea del diritto e del riferimento a essa che costituisce la realtà giuridica conduce Radbruch ai seguenti risultati. L’idea del diritto non è semplice, bensì composta, nel senso che ne fanno parte tre articolazioni: l’idea di giustizia, l’idea di utilità e l’idea di certezza giuridica. La tripartizione, lungi dall’essere arbitraria, è il frutto di uno sviluppo logico così riassumibile.

Innanzitutto, che il *prius* sia l’*idea di giustizia* è un dato di immediata evidenza, che trova riscontro nell’esperienza di ogni tempo e luogo: ogniquale volta hanno regolato i loro rapporti, gli uomini hanno mirato a stabilire la parità di trattamento dei fatti uguali. In questo senso, «il diritto è la realtà che tende a servire alla giustizia»<sup>34</sup>. Si potrebbe obiettare che l’esperienza insegna il contrario: che i detentori del potere operano spesso discriminazioni più o meno gravi a proprio vantaggio. L’obiezione immaginaria consente di precisare il punto di vista di Radbruch e, soprattutto, di comprendere l’ulteriore sviluppo logico del suo sistema di pensiero. Secondo il giusfilosofo e penalista di Lubeca, infatti, l’idea di giustizia non va intesa in senso materiale, bensì formale. In questo senso, posto che il diritto tende alla parità di trattamento di ciò che è eguale, l’eguaglianza tra i fatti regolati dal diritto non è un dato a priori, bensì dipende dal punto di vista assunto.

È qui che si compie il passaggio dall’idea di giustizia all’*idea di utilità*: il giudizio di eguaglianza in esame può essere compiuto da diversi punti di vista, i quali, ridotti all’essenziale, sono riconducibili a tre tipi alternativi. Così, la somiglianza tra certi fatti sarà valutata diversamente a seconda che si consideri la sua utilità per la realizzazione di fini individuali, collettivi oppure transpersonali, mentre ciascuna comunità storica si caratterizzerà per il fatto di far valere, nei propri orientamenti politici, l’una o l’altra di queste tre ideologie.

34 *Ivi*, p. 37.

Senonché, in omaggio al principio *relativistico*, Radbruch ritiene non solo che a ogni comunità si offra la scelta tra l'adozione di una politica individualistica, collettivistica oppure transpersonalistica, ma anche che non esista un criterio per stabilire quale delle tre ideologie debba essere seguita. Dunque, in mancanza di un criterio oggettivo, la scelta ideologica e, con essa, lo stesso giudizio di eguaglianza/diseguaglianza che sta alla base di ogni disciplina giuridica non può che essere rimessa ai detentori del potere.

Qui si ha l'ultimo passaggio logico: dall'idea di utilità all'idea di *certezza giuridica*. Le scelte legislative che i detentori del potere compiono in base all'ideologia di volta in volta trascelta sono valide, cioè in linea di principio vincolanti per tutti, perché assicurano quanto meno il vantaggio di garantire la stabilità della disciplina giuridica, e con ciò il bene capitale della pace civile. E se è vero che a tale vantaggio può corrispondere la delusione delle aspettative di giustizia materiale di uno o più consociati, favorevoli a un assetto disciplinare diverso da quello stabilito dal legislatore, è pur vero che, dal punto di vista razionale, l'unico che interessa alla riflessione filosofica, quell'assetto disciplinare non dispone di alcun argomento per imporsi a tutti.

3.3. Ora, se ci si fermasse a questo punto, indubbiamente sarebbe legittimo concludere che la filosofia del diritto radbruchiana subisce una svolta radicale con l'articolo del 1946. A tale stregua, infatti, bisognerebbe ammettere che, mentre in precedenza Radbruch considerava la giustizia come rimessa *interamente* alle decisioni dei detentori del potere, ora ripudia questo relativismo radicale, giacché riconosce che possono darsi situazioni di ingiustizia legale (intollerabile o voluta che sia) di immediata evidenza. Tale riconoscimento, in effetti, in tanto ha senso, in quanto si ritenga che la giustizia di una legge non sia funzione soltanto dell'arbitrio del suo autore, ma dipenda anche, in una certa misura, dal rispetto di parametri di carattere oggettivo (o perlomeno intersoggettivo) e dunque di rilievo universale. Parametri, questi, che, in non poche delle letture propense a distinguere un "primo" e un "secondo" Radbruch, vengono espressamente individuati nei diritti umani, dato che è solo a seguito dei diversi totalitarismi del



XX secolo che l'esigenza della loro protezione si è imposta come una priorità assoluta.

Senonché, queste conclusioni non solo peccherebbero di semplicismo, ma anche di superficialità. A tal riguardo, dopo aver svolto alcune precisazioni di carattere generale sull'idea di giustizia nel pensiero di Radbruch anteriore al 1946, mi occuperò distintamente delle due forme di “negazione legale del diritto” esaminate: la legge intollerabilmente ingiusta e quella volutamente ingiusta. Ebbene, quanto al primo punto, è vero che, nella *Rechtsphilosophie* del 1932, egli concepisce l'idea di giustizia essenzialmente in termini formali, come pretesa di parità di trattamento di fatti considerati eguali da un punto di vista, quello del legislatore, che non può essere prestabilito da questa pretesa. Ma è pur vero che, nel capitolo fondamentale (spesso poco o punto studiato) sulle antinomie dell'idea del diritto<sup>35</sup>, lo stesso Radbruch, nell'evidenziare la perenne e mai del tutto componibile conflittualità tra le tre esaminate articolazioni di tale idea, mostra di ritenere che essa possieda una qualche capacità di guida rispetto al legislatore. Mi riferisco al punto relativo al conflitto tra giustizia e utilità, in cui afferma che esse spingono a configurare le leggi in maniere opposte: massimamente generalizzante l'una, massimamente individualizzante l'altra<sup>36</sup>. Così, ad esempio, tipicamente espressivi dell'idea di giustizia sono il principio di eguaglianza davanti alla legge o il divieto di istituire tribunali speciali<sup>37</sup>. Ai nostri presenti fini, tutto ciò ha implicazioni di estrema importanza, che Radbruch non sente il bisogno di esplicitare nel 1932, data l'inconcepibilità all'epoca dell'abominio nazista, ma che non per questo possono ritenersi estranee al suo pensiero. In sintesi, è vero che la giustizia dipende in gran parte dalle scelte del legislatore, ma è pur vero che essa ha anche un contenuto minimo, come tale sottratto alla disponibilità di chicchessia: il divieto di discriminazione per ragioni prettamente o addirittura esclusivamente *soggettive*.

Che queste implicazioni dell'idea di giustizia siano accolte già nella *Rechtsphilosophie* del 1932 è confermato da due esempi fatti

35 *Ivi*, pp. 73-77.

36 *Ivi*, p. 74 s.

37 *Ivi*, p. 76.

in altri capitoli. Essi rivelano, cioè, che già in questa fase Radbruch riconosce la configurabilità di situazioni corrispondenti alle due forme di “negazione legale del diritto”. Così, nel capitolo sulla validità del diritto, Radbruch non solo propone un caso riconducibile allo schema della legge intollerabilmente ingiusta, ma gli ascrive altresì le conseguenze peculiari di quest’ultima. Più precisamente, dopo aver giustificato la tesi secondo cui il diritto positivo è valido, dunque vincolante per i consociati, perché assicura il vantaggio della certezza giuridica e della pace sociale, egli afferma: «Di solito la coscienza individuale considererà ed è autorizzata a considerare una violazione del diritto positivo più preoccupante del sacrificio delle proprie convinzioni giuridiche, tuttavia» – ecco il punto – «possono darsi ‘leggi vergogna’, alle quali la coscienza si rifiuta di obbedire»<sup>38</sup>. Insomma, Radbruch è già convinto qui che, se il legislatore adotta leggi seriamente discriminatorie, queste, sebbene positive, non possono pretendere di avere l’usuale validità generale. Anzi, che la coscienza (razionale) abbia un rilievo determinante ai fini della validità del diritto, è confermato da un altro esempio che Radbruch fa poco dopo, quando riconosce che il “delinquente per convinzione” – quello mosso, cioè, non da interessi egoistici, bensì da ragioni ideologiche schiette –, andrà punito in base a una legge che pure deve ritenersi incapace di vincolarlo<sup>39</sup>.

D’altro canto, sempre nella *Rechtsphilosophie* del 1932, Radbruch considera una seconda situazione, questa volta inquadrabile come legge volutamente ingiusta e foriera delle conseguenze tipiche di quest’ultima. Ciò avviene nella parte relativa al concetto di diritto, che egli ritiene definibile proprio in base all’idea di giustizia. Questa, infatti, impone di considerare giuridiche solo le prescrizioni dotate di certi caratteri: non solo la positività, la normatività e la socialità dei fatti che ne formano oggetto, ma anche – appunto – la generalità. Tali caratteri hanno dunque valore definitorio, costitutivo della giuridicità, sicché i provvedimenti di portata individuale, che negano l’eguaglianza in maniera macroscopica (dunque presumibilmente volontaria), non

38 *Ivi*, p. 84, dove si accenna all’esempio della legge adottata dal *Reichstag* il 19 ottobre 1878 contro la libertà di organizzazione del movimento socialdemocratico.

39 *Ivi*, p. 85.

raggiungono il rango di diritto. Conclusione, questa, valevole quanto meno in linea di principio, ossia salvo che le *rationes* che ispirano quei provvedimenti, per quanto generalizzabili, siano riferibili a una singola persona solo per ragioni contingenti<sup>40</sup>.

#### 4. Conclusioni

Se la ricostruzione proposta è corretta, l'ipotesi di partenza può ritenersi provata. Non solo l'idea di giustizia occupa un ruolo centrale in tutto l'arco del pensiero di Radbruch, ma immutato resta anche l'inquadramento che egli riserva alla vanificazione di tale idea per via legislativa. Sia che si tratti di ingiustizia intollerabile, sia che si tratti di ingiustizia voluta, in entrambi i casi si ha “negazione legale del diritto”, dato che “il diritto è la realtà che tende a servire alla giustizia”. E il fatto che nel primo caso l'atto del legislatore sia privo di validità, cioè non vincolante, mentre nel secondo manchi addirittura di natura giuridica, non deve far perdere di vista il fondamento comune delle due conseguenze.

Alla luce di ciò è finalmente possibile giustificare apertamente la scelta, compiuta per la prima volta in questa sede, di tradurre “*gesetzliches Unrecht*” con “negazione legale del diritto”, anziché con “torto legale”, “illecito legale” o “ingiustizia legale”. In effetti, mi pare che nessuna di queste tre traduzioni sia in grado di riflettere adeguatamente l'ispirazione di fondo del pensiero di Radbruch. Ciò vale, innanzitutto, per “torto legale”, che, da un lato, ha risonanze eticeggianti, dall'altro, smorza la gravità dei casi da lui considerati; in secondo luogo, per “illecito legale”, che, nell'accezione corrente del termine “illecito”, richiama un fenomeno, la violazione del diritto vigente, ben diverso da quello esaminato da Radbruch; infine, per “ingiustizia legale”, la quale trascura che, per il nostro Autore, vi sono forme di ingiustizia legale

40 *Ivi*, p. 38, dove si accenna al caso delle disposizioni per il ripristino della sicurezza e dell'ordine pubblico emanabili dal *Reichspräsident* in base all'art. 48 della *Reichsverfassung* (RV), cioè della Costituzione di Weimar. In verità, il problema viene riproposto incidentalmente anche nel capitolo sulle antinomie: *ivi*, p. 76 nt. 7.

(leggi relativamente ingiuste) che esulano dal quadro radicalmente patologico finora tratteggiato. A tutti questi limiti sembra sfuggire il sintagma “negazione legale del diritto”, il quale, da un lato, mette in piena luce quella radicale contraddizione con l’idea di giustizia che sola può giustificare le gravi conseguenze ricollegate da Radbruch alle due relative forme; dall’altro, oltre ad aderire al contenuto di senso dei morfemi “*Un*” (prefisso negativo), “*gesetzlich*” (“legale”) e “*Recht*” (“diritto”), pone in diretto ma contraddittorio contatto ciò che il giuspositivismo tradizionale identifica senz’altro, la legge e il diritto, così svelando quella paradossalità che vale a perpetuare la “Duplice formula di Radbruch”.

D’altro canto, il tentativo di restituire l’intima organicità e continuità del pensiero del nostro Autore non toglie che esso, come ogni altra vera filosofia del diritto, resti essenzialmente problematico, resistendo alla tentazione di acquietarsi nell’immagine razionale che pure riesce a prospettare del diritto. Radbruch, infatti, è ben consapevole che quell’immagine riflette un equilibrio precario, soggetto ai rapporti di forza delle varie epoche, dunque è destinato a ricostituirsi sempre di nuovo, attraverso la prevalenza, che non può mai essere totale, dell’una sulle altre componenti dell’idea del diritto. Questa consapevolezza si esprime soprattutto in un passo magnifico della *Rechtsphilosophie*, che pongo a sigillo delle mie modeste riflessioni:

Abbiamo mostrato alcune contraddizioni senza riuscire a risolverle. In ciò non scorgiamo alcuna mancanza di sistema. La filosofia non deve prendere decisioni, deve condurre proprio davanti a esse. Né deve rendere la vita più semplice, ma per l’appunto problematica. [...] Quanto sospetta sarebbe una filosofia che non considerasse il mondo una creazione finalistica della ragione, e consentisse di risolverlo in un sistema razionale privo di contraddizioni! E quanto inutile sarebbe un’esistenza se il mondo non fosse in definitiva contraddizione, e la vita decisione!<sup>41</sup>

41 *Ivi*, p. 77.