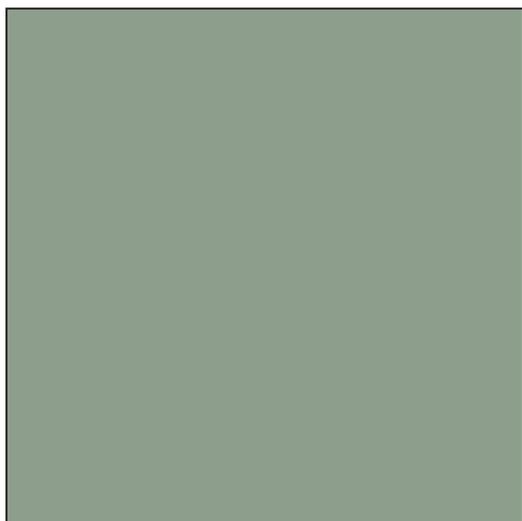


**per la storia  
del pensiero  
giuridico  
moderno**

**128**



GUSTAV RADBRUCH

**FILOSOFIA  
DEL DIRITTO**

UNIVERSITA' DI FIRENZE  
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

---



---

CENTRO DI STUDI  
PER LA STORIA DEL PENSIERO  
GIURIDICO MODERNO

---

BIBLIOTECA  
fondata nel 1973 da PAOLO GROSSI  
diretta da PAOLO CAPPELLINI

---

La sede del Centro di Studi è in FIRENZE  
(50129) - piazza Indipendenza, 9  
[www.centropgm.unifi.it](http://www.centropgm.unifi.it)

---

VOLUME CENTOVENTOTTESIMO



UNIVERSITA' DI FIRENZE  
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

---



---

CENTRO DI STUDI  
PER LA STORIA DEL PENSIERO  
GIURIDICO MODERNO

---

BIBLIOTECA

fondata nel 1973 da PAOLO GROSSI  
diretta da PAOLO CAPPELLINI

---

La sede del Centro di Studi è in FIRENZE  
(50129) - piazza Indipendenza, 9

[www.centropgm.unifi.it](http://www.centropgm.unifi.it)

---

VOLUME CENTOVENTOTTESIMO

GUSTAV RADBRUCH

**FILOSOFIA  
DEL DIRITTO**

a cura di GAETANO CARLIZZI e VINCENZO OMAGGIO

ISBN 9788828832683

© Copyright Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. Milano - 2021  
Via Busto Arsizio, 40 - 20151 MILANO - [www.giuffrefrancislefebvre.it](http://www.giuffrefrancislefebvre.it)

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i Paesi.

---

Stampato da Galli Edizioni S.r.l. - Varese

GAETANO CARLIZZI  
“UN SISTEMA FILOSOFICO DEVE SOMIGLIARE  
A UN DUOMO GOTICO”.

INTRODUZIONE ALLA FILOSOFIA DEL DIRITTO  
DI GUSTAV RADBRUCH (\*)

Un sistema filosofico deve somigliare a un duomo gotico,  
i cui blocchi si sostengono a vicenda opponendosi l'uno all'altro.  
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!

G. Radbruch, *Filosofia del diritto*

1. La disomogenea fortuna di Radbruch nel pensiero giuridico contemporaneo. Ragioni di una traduzione. — 2. Collocazione sistematica e matrici filosofiche della *Filosofia del diritto*. — 3. I due compiti fondamentali della filosofia del diritto. L'idea del diritto come loro comune denominatore. — 4. Complessità dell'idea del diritto: giustizia, utilità e certezza giuridica. — 5. Antinomie tra le tre componenti dell'idea del diritto. Ripercussioni sulla produzione e sulla validità del diritto. — 6. Il nesso tra filosofia del diritto e

---

(\*) Porto qui a compimento un itinerario ormai decennale, lungo il quale ho prodotto due lavori, non riutilizzati nel presente saggio, se si eccettua l'*incipit* e una brevissima parte (relativa alla tripartizione dei tipi di legge) dell'ultimo paragrafo (il cui problema — non la soluzione — è stato interamente rimediao a fondo). Il primo lavoro è *Gustav Radbruch e le origini dell'ermeneutica giuridica contemporanea*, apparso, dapprima, in « *Persona y Derecho* », 1, 2011, pp. 83-119, poi, in forma lievemente modificata, in « *Materiali per una storia della cultura giuridica* », 2, 2011, pp. 389-418, infine, in *Contributi alla storia dell'Ermeneutica Giuridica Contemporanea*, La Scuola di Pitagora, Napoli, 2012, pp. 11-57. Il secondo lavoro è *I fondamenti giusfilosofici della "Duplice formula di Radbruch"*, apparso negli « *Annali dell'Università degli studi Suor Orsola Benincasa* », 2016-2018, pp. 51-70, poi tradotto in tedesco da Thomas Vormbaum, col titolo *Die rechtsphilosophischen Grundlagen der "Doppelten Radbruch-Formel"*, in « *Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte* », 19 (2018), 2019, pp. 255-273.

metodologia della scienza giuridica: il giuspositivismo ermeneutico di Radbruch. — 7. Una questione ancora dibattuta: continuità o discontinuità nell'evoluzione del pensiero di Radbruch?

1. *La disomogenea fortuna di Radbruch nel pensiero giuridico contemporaneo. Ragioni di una traduzione.*

1.1. Malgrado sia generalmente considerato il più importante filosofo del diritto tedesco del secolo scorso, tanto da occupare tuttora un posto centrale nel dibattito corrente in Germania e in altri Paesi (soprattutto quelli di lingua spagnola, nonché il Giappone e la Cina), 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 una cinquantina di anni fa, ma hanno anche ad oggetto un modesto numero di lavori, di carattere perlopiù introduttivo o divulgativo. In secondo luogo, le successive traduzioni italiane, che riguardano — appunto — semplici articoli o brani di opere, sono anch'esse alquanto sporadiche. Infine, sempre in Italia, la letteratura secondaria dedicata al nostro Autore si compone di saggi occasionali, o tutt'al più di monografie vertenti su aspetti specifici del suo pensiero <sup>(1)</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. Volendo fornire un giudizio tanto sintetico quanto realistico dello stato dell'arte, può dirsi che il giusfilosofo e penalista di Lubecca è noto in Italia soprattutto per la c.d. "Formula di Radbruch", fissata in un celeberrimo articolo del 1946 e foriera di un duplice risultato paradossale. Da un lato, ha, appunto, favorito la diffusione del nome del suo autore nella cultura giuridica nostrana, dall'altro, ha precluso la piena comprensione del suo pensiero, spingendo ad accontentarsi di una versione non solo riassuntiva, dunque per forza di cose ambigua e lacunosa, ma anche pesantemente condizionata dall'esigenza che l'aveva ispirata, ossia fare i conti giuridici con l'esperienza traumatica del regime nazista.

---

(1) Per riferimenti più precisi su tutti questi punti, si rinvia alla bibliografia essenziale riportata *infra*, dopo il saggio di V. OMAGGIO, *Il relativismo di Gustav Radbruch*.

Insomma, anziché individuare nell’articolo del 1946 un buon punto di partenza per l’approfondimento del sistema giusfilosofico di Radbruch, la cultura giuridica italiana, specie negli ultimi decenni, ha in genere preferito considerarlo anche un punto di arrivo, così finendo per avere una visione, nella migliore delle ipotesi, parziale, nella peggiore, invece, alquanto deformata di un pensiero che ancora oggi ha molto da insegnarci.

1.2. È proprio sotto quest’ultimo profilo che si giustifica la presente traduzione, come cercherò di chiarire nei paragrafi che seguono. La *Filosofia del diritto* del 1932 (d’ora in poi: “*Filosofia del diritto*”), pur risalendo a un’epoca molto diversa da quella contemporanea (lo Stato costituzionale era ancora di là da venire), poggia su una serie di capisaldi (dualismo metodico, relativismo virtuoso, tensione ideale del diritto alla giustizia, connessione teleologica tra diritto e morale, giuspositivismo ermeneutico, per citare i più importanti) che possono essere anche criticati, ma sono in ogni caso parte essenziale dell’indispensabile educazione critica del giurista. Se è così, non pare affatto azzardato annoverarla tra i tre classici più importanti della materia (accanto a *La dottrina pura del diritto* di Kelsen e a *Il concetto di diritto* di Hart).

L’itinerario che seguirò può essere riassunto semplicemente. Dapprima, illustrerò le matrici filosofiche (neokantiane) dell’opera, in particolare i suoi concetti (specie quello di valore o idea) e principi (dualismo metodico e relativismo) architettonici. Successivamente, mi soffermerò su alcuni dei suoi temi e problemi centrali: dal concetto (formale) di diritto, alla funzione (costitutiva), struttura (tripartita) e dinamica (antinomica) dell’idea del diritto, alla visione del diritto che Radbruch finisce per professare collegando filosofia del diritto e teoria dell’interpretazione (giuspositivismo ermeneutico). Infine, affronterò il problema della continuità o non del pensiero del nostro autore, per mostrare che le soluzioni radicalmente negative fornite da diversi studiosi dipendono da una lettura superficiale della *Filosofia del diritto*.

## 2. *Collocazione sistematica e matrici filosofiche della Filosofia del diritto.*

2.1. L’opera che qui si presenta per la prima volta in traduzione italiana è la terza e ultima edizione interamente attribuibile a

Radbruch. Le edizioni successive furono invece curate dal suo allievo Erik Wolf (dalla quarta alla settima: 1950, 1956, 1963, 1970), nonché da quest'ultimo e da Hans Peter Schneider (l'ottava e ultima in assoluto, del 1973).

La *Filosofia del diritto* costituisce dunque l'espressione più organica della visione giusfilosofica di Radbruch. Come egli evidenzia nella relativa premessa, pur essendo stata concepita come terza edizione delle *Grundzüge der Rechtsphilosophie* (apparse in prima edizione nel 1914 e ristampate nel 1922), essa costituisce un'opera in gran parte originale, in quanto scritta *ex novo*. D'altro canto, il suo impianto di fondo continua a essere quello della filosofia neokantiana sudoccidentale (o del Baden), che, nelle figure di Wilhelm Windelband, Heinrich Rickert, Emil Lask e Max Weber, aveva posto il valore (*Wert*) al centro della propria riflessione, in particolare al fine di affrontare uno dei grandi quesiti della filosofia tedesca a cavallo tra ottocento e novecento: quali sono le forme fondamentali dell'esperienza umana e quale rapporto vi è tra esse e la filosofia?

In questa sede non è possibile dar conto della varietà di risposte fornite dai suddetti autori; è sufficiente osservare che essi individuano tre possibili approcci: quello delle scienze della realtà, a loro volta suddivisibili variamente a seconda dell'autore considerato (es.: scienze nomotetiche/idiografiche, secondo Windelband; scienze della natura/scienze della cultura, secondo Rickert); quello delle scienze dell'irrealtà, che si esauriscono essenzialmente nella logica e nella matematica; quello della filosofia, la quale si colloca al vertice del sistema del sapere, in quanto costituisce, appunto, la riflessione che consente di ricostruirlo nei termini appena descritti.

2.2. Un approccio siffatto, soprattutto grazie alla riconosciuta mediazione di Emil Lask e Max Weber, erompe sin dall'inizio della *Filosofia del diritto*, dove Radbruch, con una chiarezza esemplare, sudistingue i quattro grandi ambiti dell'esperienza umana in base ai *valori* (o idee) che solo ad essa sono riservati (vero, bene, bello, giusto). In sostanza, ferma restando l'unità di tale *esperienza*, intesa come considerazione del reale, essa si configura diversamente a seconda del rapporto che instaura tra quest'ultimo e il valore. Si danno così:

A) le *scienze della natura*, le quali considerano il reale nella sua bruta materialità, *prescindono* dal valore delle cose e si interrogano soltanto sul loro essere.

B) le *discipline filosofiche* (logica, etica ed estetica, innanzitutto), le quali considerano il reale, di volta in volta, nel suo attuare o non un certo valore, dunque lo *valutano*, ossia elevano il valore a unità di *misura* delle cose e, in ultima analisi, a tema di analisi.

C) le *scienze della cultura* (es.: storia della scienza, etnologia, storia dell'arte), le quali considerano il reale, di volta in volta, nel suo *riferimento*, nel suo orientamento a un certo *valore*, nella sua tendenza ad attuarlo, che può anche fallire, ma che consente comunque di identificare l'oggetto di tali scienze proprio per questo *sensu* tipico (la scienza tende al vero, la morale al bene, l'arte al bello).

D) la *religione*, la quale non prescinde dal *valore* o dal *disvalore* delle cose, bensì è *indifferente* a esso, perché ritiene tutte le cose degne, ed è dunque interessata piuttosto alla loro *essenza*.

A questo punto, viene da chiedersi come si collocano il diritto e i vari modi in cui è possibile considerarlo nel quadro così tracciato. Radbruch risponde con la solita illuminante chiarezza e profondità. Escluso, per l'immaterialità del diritto, che esso possa formare oggetto di trattazione scientifico-naturale, i modi in cui è possibile considerarlo vanno individuati riflettendo sul fatto che è una creazione dell'uomo, un prodotto della cultura nel senso suddetto. Come ogni altra creazione umana, il diritto va compreso nel suo senso tipico, nel suo riferimento, nella sua tendenza a realizzare un valore specifico. Sul punto torneremo più volte nei prossimi paragrafi. Per ora preme completare il discorso, individuando, alla luce di ciò, i tre modi in cui è possibile considerare il diritto come prodotto culturale. A tal fine basta specificare i suddetti tre modi diversi da quello scientifico-naturale:

I) la *scienza giuridica* (che, come vedremo, fa parte del complesso più ampio delle scienze del diritto) considera il diritto come una serie di fatti culturali (oggi la chiameremmo una pratica), ossia tendenti alla realizzazione dello specifico valore del diritto. Essa va dunque annoverata tra le scienze della cultura.

II) la *filosofia del diritto* considera il diritto come valore culturale, perché sottopone questi fatti a valutazione, ossia riflette, da un lato, sul rapporto di conformità o non al loro valore di riferimento, dall'altro, sull'identità di questo valore che funge da criterio di valutazione. Essa va dunque collocata accanto alle suddette discipline filosofiche tradizionali.

III) la *filosofia della religione del diritto* considera il diritto sotto il profilo che interessa alla religione, vale a dire se sia essenziale o non,

indipendentemente dal suo valore o disvalore. Essa, dunque, è filosofia in quanto atteggiamento valutativo, ma assume il proprio oggetto nella configurazione impressagli dalla considerazione religiosa.

3. *I due compiti fondamentali della filosofia del diritto. L'idea del diritto come loro comune denominatore.*

Se quelli appena indicati sono i tre modi in cui è possibile considerare il diritto, la *Filosofia del diritto* segue il modo suo proprio, il secondo, il modo schiettamente *valutativo*, solo in quella che Radbruch chiama “parte speciale”, dedicata a temi cruciali della vita giuridica come la pena, il processo, lo Stato di diritto, la guerra e così via (2).

La prima parte, di carattere “generale”, stabilisce e approfondisce, invece, le coordinate *metodologiche* fondamentali illustrate nel paragrafo precedente (3). La ricchezza di temi di questa parte, l'unica che, per la sua stessa logica (*relativistica*), sembra in grado di resistere all'usura del tempo, potrebbe far perdere di vista la splendida architettura che la regge. Urge pertanto uno sguardo di insieme su tale edificio, che si eleva a filosofia del diritto poggiando su una vera e propria *metafilosofia del diritto*.

3.1. La filosofia del diritto come considerazione valutativa del diritto ha due compiti fondamentali. Il *primo* è la *valutazione del diritto* nel senso suddetto, ossia il giudizio sulla sua correttezza (*Richtigkeit*). Radbruch trae quest'ultimo concetto dal filosofo del diritto neokantiano-marburghese Rudolf Stammler, e lo intende così in termini assiologico-formali: corretto è tutto ciò che corrisponde alle pretese normative specifiche del proprio valore di riferimento; in particolare, il diritto è corretto se corrisponde alla propria idea, all'idea del diritto, che funge dunque da criterio della sua valutazione.

Prima di analizzare tale idea, occorre soffermarsi sui *principi* della stessa valutazione, utili per una sua migliore comprensione e tratti dalla filosofia neokantiano-sudoccidentale. Da un lato, vi è il

---

(2) Cfr. *Filosofia del diritto* (d'ora in poi, nelle note di questa introduzione: *FdD*), cap. 16-29.

(3) Ivi, cap. 1-15.

*dualismo metodico* (mutuato da Lask), che, ritenendo impossibile ricavare razionalmente il valore dalla realtà (per l'irriducibile eterogeneità dei due ambiti), preclude di valutare il diritto in base a ciò che accade effettivamente o parametri simili. Dall'altro lato, vi è il *relativismo* (mutuato da Weber), che, ritenendo impossibile una scelta razionale tra i criteri di valutazione fondamentali, suscettibili di esser professati (*Bekennntnis*), ma non conosciuti (*Erkenntnis*), concepisce la valutazione del diritto in termini schiettamente teoretici (sulle peculiarità del relativismo radbruchiano, rimando al bel saggio di Enzo Omaggio che segue; qui mi limito a rilevare che esso costituisce un primo aspetto di attualità del pensiero di Radbruch, affine, com'è, nella sua valenza virtuosa e costruttiva, all'idea della equivalenza in linea di principio di tutti i valori costituzionali, che caratterizza gli ordinamenti neocostituzionalistici contemporanei).

Sotto quest'ultimo profilo, la filosofia del diritto, in quanto considerazione valutativa del diritto, serve a fare luce su tre aspetti: sullo scopo di ciascuna presa di posizione giuridica (cosa perseguo necessariamente con essa?), sui suoi presupposti ultimi (cosa assumo necessariamente con essa?); sull'identità dei sistemi ideologici sviluppabili dai presupposti ultimi (quali e quante concezioni giuridiche possono darsi a partire da tali presupposti e quale rapporto le lega?). Né va sottovalutata la potenza teoretica di questo tipo di relativismo, il quale, lungi dall'esaurirsi in una forma di scetticismo nichilistico, si rivela piuttosto animato dalla stessa logica della *dialettica* antica, sicché propongo di chiamarlo “*relativismo virtuoso*”. In questo senso, la forma più sicura di conoscenza non è quella positiva, che, adeguandosi direttamente al proprio oggetto, è sempre in qualche misura unilaterale, bensì è quella negativa, la quale trae forza dalla rassegna di tutte le posizioni in campo e sceglie una sola di esse dopo aver riconosciuto la scorrettezza o l'implausibilità delle altre.

Una volta chiariti i principi della valutazione giusfilosofica, bisogna finalmente procedere all'analisi del suo *criterio*. Posto che valutare significa stabilire se qualcosa corrisponde alle pretese di un criterio, qual è il criterio della suddetta valutazione? La risposta è articolata ma lineare: il criterio fondamentale di valutazione di ogni prodotto culturale consiste nel valore che mira a realizzare, nell'idea cui tende. Ma l'idea cui il diritto tende non può che essere l'*idea del*

*diritto*. Pertanto, il criterio di valutazione del diritto coincide con la sua idea, che preme per essere analizzata.

3.2. Il *secondo* compito della filosofia del diritto, la *definizione del concetto di diritto*, deve essere assunto da essa perché la *scienza giuridica* è incapace di svolgerlo. Quest'ultima, infatti, è sempre scienza di un diritto ben preciso, di un ordinamento giuridico determinato nello spazio e nel tempo, sia esso ancora vigente (come ogni ordinamento di cui si interessa la dogmatica giuridica) oppure ormai estinto (come ogni ordinamento di cui si interessa la storia del diritto). In quanto tale, la scienza del diritto può ricavare il concetto del diritto solo induttivamente, a partire dalle disposizioni dell'ordinamento di volta in volta indagato, e non può pertanto ambire a stabilire una definizione di portata generale.

Diametralmente opposto è l'approccio della *filosofia del diritto*, la quale, in quanto considerazione del valore, dell'idea del diritto, muove dal luogo più elevato concepibile, ed è perciò in grado di ricavare da esso, per via di progressiva deduzione, le note definitorie e le categorie essenziali di ogni diritto pensabile. È proprio a questo punto, preliminare al suddetto sviluppo deduttivo, che l'esigenza di analizzare l'*idea del diritto* si manifesta di nuovo e deve essere finalmente soddisfatta. A tal fine, Radbruch ricorre a un dato di immediata evidenza: nel suo nucleo, tale idea coincide con l'*idea di giustizia (Gerechtigkeit)*, intesa come giustizia formale distributiva, come pretesa di correttezza del diritto ("giustizia significa correttezza nel suo orientamento proprio al diritto" (4)), ossia, in definitiva, come pretesa di parità di trattamento dei fatti eguali e di disparità di trattamento dei fatti diseguali. La giustizia così concepita costituisce il nucleo dell'idea del diritto: "il diritto è la realtà che ha il senso di stare al servizio della giustizia" (5). Anzi, come Radbruch sottolinea, è il "principio specifico del diritto" (6), proprio perché consente finalmente di fissare la definizione di diritto ricercata, anch'essa inevitabilmente *formale*. Così, affinché la suddetta pretesa di parità/disparità possa esser soddisfatta, è necessario che il *diritto* si costituisca in forma *positiva, normativa, sociale e generale*, tanto da poter

---

(4) Ivi, p. 41

(5) Ivi, p. 40

(6) Ibidem.

esser *definito* come “l’insieme delle prescrizioni generali per la convivenza umana” (7).

Questa definizione è tutt’altro che didascalica, in quanto fissa gli aspetti *aprioristici*, dunque *essenziali*, della *giuridicità*. Ciò emerge con chiarezza in un passo della *Filosofia del diritto* poco valorizzato dagli interpreti di Radbruch, in particolare da quelli che si sono occupati della questione della continuità o discontinuità nell’evoluzione del suo pensiero (cfr. § 7 (8)). Mi riferisco al passo relativo alle leggi che oggi chiameremmo “leggi-provvedimento” (o “singolari” o “*ad personam*”), in cui si afferma che “una prescrizione per un singolo uomo oppure per un singolo rapporto [...] è una disposizione giuridica *soltanto se* il suo carattere individuale poggia sul fatto che ha una ragione giuridica riguardante solo questa persona o questo rapporto individuale, dunque se è l’oggetto, non la prescrizione, ad avere carattere individuale” (9). Insomma, già nel 1932, Radbruch riconosce che una prescrizione tendente ingiustificatamente alla discriminazione, dunque all’ingiustizia, non può avere natura giuridica.

#### 4. *Complessità dell’idea del diritto: giustizia, utilità e certezza giuridica.*

Abbiamo appena visto che, sebbene l’idea di giustizia costituisca il nucleo dell’idea del diritto, il principio specifico del diritto, in quanto consente di definire il diritto, essa non esaurisce la stessa idea del diritto. Ciò a causa del suo carattere formale, che riflette l’ispirazione *relativistica* della *Filosofia del diritto*. Come non è possibile conoscere valutazioni ultime su cui poggiare i giudizi di valore sugli enunciati normativi del diritto, così non è possibile conoscere punti di vista assoluti dai quali apprezzare l’eguaglianza o la diversità dei fatti da disciplinare, in modo da assicurare quella parità di trattamento dei fatti eguali e quella disparità di trattamento dei fatti diseguali in cui consiste la giustizia in senso formale.

---

(7) Ivi, p. 41 (corsivi nell’originale).

(8) Questo rimando e gli altri analoghi che seguiranno (contrassegnati dal simbolo “§”) sono soltanto intratestuali. I rimandi alla *Filosofia del diritto* sono stati e continueranno a essere effettuati richiamandone la sigla (in modo esplicito o implicito) e indicando il numero della pagina in cui si trova il passo citato.

(9) Ibidem (corsivi aggiunti). Cfr. anche ivi, p. 206: “Un ordine dello Stato che pretendesse di valere solo per alcuni individui o per alcuni casi particolari non sarebbe diritto ma arbitrio”.

4.1. È proprio qui che emerge la *complessità dell'idea del diritto*: essa non si esaurisce nell'idea di giustizia, ma si compone di due ulteriori idee, quella di utilità e quella di certezza giuridica. Più precisamente, il rapporto che lega le tre componenti è un *rapporto di implicazione* (oltre che, come vedremo nel § 5, di tensione), nel senso che l'idea di giustizia implica quella di utilità, mentre quest'ultima implica quella di certezza giuridica.

Cominciamo dal primo rapporto di implicazione. Se non esistono in assoluto criteri di parificazione/diversificazione, cioè di giustizia, essi devono esser stabiliti, trascogliendoli dall'ambito dei possibili scopi fondamentali del diritto (qui è evidente l'influsso del pensiero maturo di Rudolf Jhering, peraltro ritenuto non perfettamente compiuto nel paragrafo 5 del capitolo 3, quello propriamente storiografico). Tali scopi sono essenzialmente di tre tipi: scopi *individuali*, per i quali lo Stato è funzionale agli interessi della *società*, in particolare alle *libertà* dei singoli; scopi *sovraindividuali*, per i quali lo Stato è funzionale agli interessi della *collettività*, unita da vincoli di solidarietà *nazionale*; scopi *transpersonali*, per i quali lo Stato è funzionale alle *opere* dell'uomo, frutti della sua creatività *culturale*.

Si potrebbe discutere a lungo sull'attualità di una classificazione siffatta, che riflette una visione *statualistica* e, soprattutto, *ideologico-partitica* della politica ormai alquanto recessiva. Nondimeno, essa conserva un nucleo di validità nella sua matrice propriamente giusfilosofica. Infatti, è proprio la necessità di giudicare l'eguaglianza o la diversità dei fatti umani secondo criteri teleologici, incentrati, cioè, sugli scopi fondamentali assegnabili al diritto, che porta alla luce la componente dell'*idea di utilità* (*Zweckmäßigkeit*) <sup>(10)</sup>. In

---

<sup>(10)</sup> In questa sede si è scelto di tradurre "*Zweckmäßigkeit*" con "utilità" per due ragioni. Innanzitutto, perché la soluzione spesso seguita "adeguatezza allo scopo" è alquanto ambigua, potendo indicare non solo l'idoneità del diritto a realizzare certi scopi (ossia ciò che Radbruch intende propriamente), ma anche l'effettiva realizzazione di essi. In secondo luogo, perché trova riscontro in alcune note manoscritte della copia personale di Radbruch della *Rechtsphilosophie* del 1932 (cfr. edizione a cura di R. Dreier e S.L. Paulson, C.F. Müller, Heidelberg, 2003): mi riferisco, in particolare, alla nt. 36 (dove Radbruch traduce, appunto, con "*Zweckmäßigkeit*" la parola "utilità" che compare in un passo della *Scienza della legislazione* di Gaetano Filangieri) e alla nt. 51 (che correda la parola "*Zweckmäßigkeit*" e cita un passo della *Wirtschafts-Geschichte* di Max Weber nel quale, tra i principi materiali del diritto, viene annoverato anche "*das utilitarische [...] Prinzip*").

breve: “la giustizia determina soltanto la forma del giuridico. Per produrre il contenuto del diritto, deve aggiungersi un secondo pensiero: l’utilità” (11). In questo senso, è evidente che fatti che appaiono eguali in una prospettiva individualistica, in una sovra-individualistica o transpersonalistica potrebbero risultare differenti e viceversa, con la conseguenza che nella prima prospettiva essi verranno disciplinati allo stesso modo, mentre nella seconda o nella terza in modo diverso. Numerosi sono gli esempi che la *Filosofia del diritto* fornisce al riguardo, soprattutto nella parte speciale, costituente, come detto, il banco di prova delle tesi fondamentali formulate in quella generale. Si pensi, per tutti, ai fini della pena, trattati nel capitolo 22: la teoria dell’intimidazione, di marca individualistica, che considera il criminale come autore astratto, li concepisce diversamente dalla teoria della prevenzione e da quella dell’emenda, di marca sovra-individualistica, che considerano il criminale come uomo concreto; tutto ciò con la conseguenza che solo per queste ultime il trattamento sanzionatorio deve variare a seconda che il delinquente che ne è colpito sia abituale od occasionale, rieducabile o non, adulto o giovane, imputabile totalmente o solo in parte.

4.2. Come anticipato, se l’idea di giustizia implica l’idea di utilità, quest’ultima implica l’*idea di certezza giuridica (Rechtssicherheit)*: “il diritto come ordinamento della vita comune non può restare abbandonato alla diversità delle opinioni dei singoli, deve piuttosto diventare *un* ordinamento su tutti” (12). Il punto è che il principio *relativistico* abbracciato da Radbruch preclude di risolvere oggettivamente la contesa tra le varie visioni teleologiche giuridiche, ossia di stabilire in termini assoluti quale tra gli scopi assegnabili al diritto deve prevalere nella formulazione delle disposizioni giuridiche di un certo ordinamento. A tal fine si impone l’intervento dell’autorità suprema dello Stato, la quale, secondo una logica di tipo hobbesiano, avendone il potere, prende una decisione nell’interesse di tutti, in modo da garantire quella pacifica convivenza che, in fin dei conti, costituisce il compito fondamentale del diritto: “se non può esser *disvelato* cosa è giusto, allora è necessario che sia *disposto* cosa rileva secondo diritto, più precisamente, è necessario

---

(11) *FdD*, p. 61.

(12) Ivi, p. 81 (corsivo nell’originale).

che ciò avvenga da un punto che, oltre a *disporre* qualcosa, è anche in condizione di *imporlo*” (13).

Ma se è così, ecco che l’idea di certezza giuridica costituisce non solo la terza e ultima componente dell’idea del diritto, ma anche la base per affrontare uno dei problemi giusfilosofici cruciali, quello della *validità del diritto*: su cosa si basa l’obbligatorietà del diritto? Com’è possibile che un semplice enunciato linguistico generi un dovere per i suoi destinatari? Cosa fa sì, per dirla con Jellinek, che il risultato di ciò che è effettivo, di ciò che appartiene alla sfera dell’essere, abbia carattere normativo, rientri nella sfera del dover essere? In breve, cosa legittima la scienza giuridica a concepire “il contenuto giuridico come qualcosa di valido [*Geltendes*], di doveroso [*Gesolltes*], di obbligatorio [*Verpflichtendes*]” (14)? Le dottrine elaborate per risolvere il problema sono fondamentalmente tre: quella giuridica, quella sociologico-storica e quella filosofica.

Secondo la dottrina *giuridica*, ogni norma giuridica crea un obbligo perché così è disposto da un’altra norma giuridica di rango superiore, fino ad arrivare alla Costituzione, che, per evitare un regresso all’infinito, va concepita come *causa sui*. Secondo Radbruch, tale dottrina non è errata, bensì unilaterale, in quanto consente di giustificare l’obbligatorietà di un solo ordinamento alla volta, ma non la scelta di quest’ordinamento rispetto ad altri con cui è in conflitto: per quale ragione sono assoggettato proprio a quest’ordinamento anziché a un altro? Ad esempio, perché, nel conflitto tra una norma giuridica e una norma morale, sono obbligato a fare ciò che prescrive quella anziché questa?

La dottrina *sociologico-storica* della validità affronta il problema *iuxta propria principia*, dunque valorizzando dati reali, in particolare l’effettività della parte prevalente dell’ordinamento della cui doverosità si discute. Più precisamente, con espressioni oggi correnti nella teoria del *management*, tale dottrina può assumere sia l’impronta *top-down* della teoria del potere (“il diritto vale perché è prescritto da un potere che è in grado di imporlo” (15)), sia l’impronta *bottom-up* della teoria del riconoscimento (“che fonda la validità del diritto sull’ade-

---

(13) Ivi, p. 81 s. (corsivi nell’originale).

(14) Ivi, p. 87.

(15) Ivi, p. 90.

sione dei sottoposti” (16)). Sennonché, anche questa dottrina si rivela insufficiente a risolvere in modo compiuto il problema della validità del diritto, in entrambe le sue versioni. Nella prima, perché trascura che il potere [*Macht*] considerato in sé, a prescindere dai suoi destinatari, è forza bruta [*Gewalt*], come tale capace di generare una necessità [*Müssen*], non certo un dover essere [*Sollen*]. Nella seconda, perché, sebbene riconosca che l'autentico potere “è spirito” (17), ossia capacità riscontrata che un soggetto ha di condizionare altri, si ferma (coerentemente con la sua impronta sociologica) a questa effettività, non riuscendo così a giustificare l'obbligatorietà delle norme che risultano riconosciute in modo solo consequenziale, ossia per mera coerenza (secondo una logica tipicamente kantiana, Radbruch fa l'esempio del ladro che, violando la proprietà altrui per fondare la propria, finisce per riconoscere la norma sulla proprietà inizialmente violata).

È così che si arriva alla dottrina *filosofica* della validità, la quale porta a perfezionamento quella sociologico-storica del riconoscimento, valorizzando proprio l'idea del diritto e la logica *relativistica* che a essa si accompagna. Proprio perché il diritto ha il senso di stare al servizio della *giustizia* in senso formale, dunque impone una scelta che non può compiersi in termini oggettivi, quella dello scopo politico cui deve essere *utile*, è valido, obbligatorio solo il diritto posto da chi è in grado di assicurarne il rispetto, ossia di garantirne la *certezza*. In breve: “il diritto vale, non *perché*, bensì *se* è in grado di imporsi in maniera efficace, *perché* solo allora è in grado di garantire certezza giuridica. [...] La giustizia è il secondo grande compito del diritto, ma il primo è la certezza giuridica, la pace, l'ordine” (18).

##### 5. *Antinomie tra le tre componenti dell'idea del diritto. Ripercussioni sulla produzione e sulla validità del diritto.*

Si potrebbe supporre che l'ultima affermazione appena citata, nella sua nettezza, costituisca la parola conclusiva della visione

(16) Ibidem.

(17) Ibidem.

(18) Ivi, p. 94. Cfr., in termini analoghi, ivi, p. 82: “l'esistenza di un ordinamento giuridico è più importante della sua giustizia e della sua utilità; queste ultime rappresentano infatti i due grandi compiti del diritto, ma il primo compito, approvato da tutti allo stesso modo, è la certezza giuridica, ossia l'ordine, la pace”.

giusfilosofica di Radbruch. Ma così non è. Se davvero un sistema filosofico deve conservarsi come un *duomo gotico*, secondo la professione dell'esergo di questa introduzione, il rapporto di tensione tra gli elementi portanti dell'edificio di pensiero radbruchiano, l'idea di giustizia, l'idea di utilità e l'idea di certezza giuridica, non può mai risolversi nella definitiva supremazia di uno sugli altri, ma deve restare perennemente attivo. In altre parole, la visione giusfilosofica del nostro autore non ammette conclusioni vere e proprie, bensì, al contrario, aperture perenni, che si compendiano nel riconoscimento delle antinomie esistenti tra le tre componenti dell'idea del diritto.

In particolare, tali *antinomie*, insieme alla loro ispirazione *relativistica*, si ripercuotono su due piani: quello della produzione del diritto e quello della sua validità.

5.1. Sul piano della *produzione del diritto*, le suddette antinomie possono essere esaminate a due a due, con la conseguente fissazione di tre precisi rapporti di tensione.

Prima di illustrarli, è bene evidenziare le peculiarità morfologiche delle tre componenti dell'idea del diritto, nonché della gerarchia che di volta in volta, inevitabilmente, si instaura tra loro: “elementi di validità universale dell'idea del diritto sono la giustizia e la certezza giuridica, elemento relativistico è invece non solo l'utilità, ma anche il rapporto gerarchico che lega tra loro i tre elementi” (19). Insomma, le pretese di parità di trattamento dei fatti eguali e di stabilità di tale trattamento, promananti dall'idea di giustizia e da quella di certezza, hanno un contenuto indipendente dall'ideologia partitica di chi le fa valere; l'esatto contrario vale per la pretesa, propria dell'idea di utilità, che il diritto realizzi *un certo* scopo politico, nonché per la gerarchia tra le tre componenti, che si instaura dando *una certa* impronta politica all'ordinamento giuridico.

Approfondiamo, dunque, le antinomie esistenti tra tali componenti e le gerarchie che possono instaurarsi e storicamente si sono instaurate tra loro. Così, sotto il primo profilo, emergono i seguenti rapporti di tensione:

A) tra l'idea di *giustizia* e l'idea di *utilità*. “La giustizia generalizza sempre in qualche misura[, mentre] l'utilità è costretta a individua-

---

(19) Ivi, p. 83.

lizzare fin dove è possibile” (20). Pertanto, mentre un ordinamento incentrato sulla giustizia tenderà a equiparare i fatti di interesse giuridico, l'esatto contrario avverrà in un ordinamento incentrato sull'utilità, cioè sul perseguimento dei propri scopi politici particolari. Esemplare è la perenne questione della configurazione ideale della pena: coloro i quali commettono fatti dello stesso tipo devono essere puniti con la stessa pena o con pene diverse a seconda di certe caratteristiche personali rilevanti dal punto di vista politico-criminale?

B) tra l'idea di *giustizia* e l'idea di *certezza giuridica*. “Quest'ultima esige positività, ma il diritto positivo vuole valere a prescindere dalla giustizia [...]” (21). In altre parole, l'idea di certezza giuridica pretende la stabilità dell'ordinamento, qualunque contenuto esso assuma, mentre l'idea di giustizia pretende che questo contenuto consista in un trattamento il più possibile paritario dei fatti di interesse giuridico.

C) tra l'idea di *utilità* e l'idea di *certezza giuridica*. “[L]a certezza giuridica [...] avanza [...] la pretesa di una più sicura maneggevolezza del diritto, ossia della sua praticabilità; questa richiesta [è] in contraddizione con l'utilità individualizzante” (22). In sostanza, mentre un ordinamento che vuole essere stabile deve contenere poche e semplici disposizioni, un ordinamento che vuole essere utile agli scopi politici dei suoi artefici deve comporsi di disposizioni numerose e complesse, capaci di corrispondere almeno in buona parte all'infinita varietà dei fatti che possono realizzarsi.

D'altro canto, il discorso sulle antinomie tra le componenti dell'idea del diritto si completa e precisa riflettendo sulle *gerarchie* che possono instaurarsi e si sono storicamente instaurate tra loro. La posizione fondamentale assunta da Radbruch a quest'ultimo riguardo va ricostruita con pazienza e ha un'importanza cruciale non solo per la piena comprensione della *Filosofia del diritto*, ma altresì, ancora una volta, per la questione della continuità o discontinuità nell'evoluzione del pensiero del suo autore (cfr. § 7). Tale posizione risulta dal collegamento di due tesi eterogenee: “il *contenuto* del diritto è stabilito da tutti e tre i principi” (23), eppure “[d]iverse

(20) Ibidem.

(21) Ibidem.

(22) Ibidem.

(23) Ivi, p. 85 (corsivo nell'originale).

epoche tenderanno [...] a porre l'accento decisivo sull'uno o sull'altro principio" (24). Così, sotto il secondo profilo, principalmente *diacronico*, va evidenziata la profonda diversità di orientamento tra lo *Stato di polizia* (incentrato sull'idea di utilità), l'epoca del *diritto naturale* (incentrata sull'idea di giustizia e l'epoca del *positivismo giuridico* (incentrata sull'idea di certezza giuridica) (25). Sotto il primo profilo, prettamente *sincronico*, bisogna invece riconoscere che, per quanto il diritto positivo sia largamente determinato da considerazioni di utilità, cioè teleologiche, nondimeno vi è tutta una serie di disposizioni giuridiche ispirate all'idea di giustizia, cioè di parità di trattamento, oppure all'idea certezza giuridica, cioè di un ordine purchessia (si pensi al divieto di tribunali speciali e, rispettivamente, alle cd. "norme di indirizzo", che realizzano il loro scopo grazie alla loro mera vigenza, non al loro contenuto concreto, come quella che, nei Paesi continentali, impone di condurre l'auto sulla destra della carreggiata, anziché sulla sinistra).

5.2. D'altro canto, le antinomie esistenti tra le tre componenti dell'idea del diritto, con la loro carica *relativistica*, comportano che la soluzione filosofica del problema della *validità del diritto*, incentrata, com'è, sull'idea di certezza giuridica, non possa valere in termini assoluti. Questo è un tema molto complesso e importante, in particolare, ancora una volta, per la questione della continuità o discontinuità nell'evoluzione del pensiero di Radbruch.

Procediamo per gradi. Nel capitolo sulle antinomie dell'idea del diritto, Radbruch anticipa che "la questione della validità è suscettibile di essere valutata non solo dal punto di vista della certezza giuridica, ma anche da quello della giustizia e dell'utilità" (26). Nel capitolo successivo, dedicato proprio al tema della validità del diritto, egli chiarisce questo punto, svolgendo una serie di distinguo estremamente raffinati. Il problema della validità del diritto va *in linea di principio* risolto secondo la dottrina *filosofica*. Quest'ultima si rimette (kantianamente) alla coscienza singola guidata dalla ragione, ossia alla coscienza razionale, ritenendo che essa sottostia propriamente a una norma solo quando l'accetta, anche solo implicita-

---

(24) Ivi, p. 86.

(25) Ibidem.

(26) Ivi, p. 85.

mente. Ora, non v'è dubbio che una coscienza siffatta accetti *regolarmente il diritto posto* perché promana da chi è in grado di imporlo efficacemente, di assicurare così la certezza giuridica, ossia di preservare il bene fondamentale della pace sociale.

Senonché, questa *regolarità* può talvolta *mancare*. Ciò avviene allorché la coscienza singola si imbatte in leggi che confliggono gravemente con essa sotto il profilo della giustizia (dunque della parità di trattamento) oppure dell'utilità (dunque degli scopi fondamentali della stessa coscienza), leggi che quindi non accetta e alle quali non è pertanto sottoposta. Non potendo immaginare gli abomini di cui si sarebbe macchiato il potere nazista, asceso al potere l'anno successivo a quello di pubblicazione della *Filosofia del diritto*, Radbruch non approfondisce queste forme di contrasto, ma si limita a fornire due esempi, peraltro alquanto istruttivi. Da un lato, quello delle “leggi vergognose” (27) emanate dal *Reichstag* contro il partito socialista tedesco nel 1878, che spinsero quest'ultimo a deliberare, nel Congresso di Wyden del 1880, che il perseguimento dei propri scopi sarebbe dovuto avvenire con tutti i mezzi possibili, ivi compresi quelli violenti; dall'altro lato, quello delle leggi violate dal “delinquente convinto”, le quali si pongono in insanabile contrasto con la sua fede religiosa o ideologia politica, tanto che egli non può accettarle né dunque osservarle.

La scoperta della possibilità che la coscienza individuale non si senta, dunque non sia, sottomessa al diritto posto è senz'altro inquietante, ma non destabilizzante. Ciò per una semplice ragione, che costituisce una sorta di condizione necessaria di funzionamento dell'ordinamento giuridico. Come visto, il problema della validità giuridica va affrontato in base alla dottrina filosofica solo in linea di principio, ossia se riguarda i cittadini comuni, mentre se riguarda i giudici dipende unicamente dalla *dottrina giuridica*, per la quale il diritto posto vale di per sé, senza bisogno di giustificazioni ulteriori. Ciò significa che il giudice ha il dovere giuridico di punire anche per un reato commesso nell'adempimento di un dovere morale in netto contrasto col diritto, come nell'esempio citato del delinquente convinto. Significa, cioè, che il diritto può sempre funzionare, ma non sempre è in grado di superare la tragicità della vita umana, epifeno-

---

(27) Ivi, p. 94.

meno di quella contraddittorietà del mondo meravigliosamente evocata da Radbruch nell'esergo di questa introduzione.

6. *Il nesso tra filosofia del diritto e metodologia della scienza giuridica: il giuspositivismo ermeneutico di Radbruch.*

Come visto all'inizio del § 3, la *Filosofia del diritto*, considerata nel suo complesso, non si esaurisce in una filosofia del diritto, ma contiene anche una *metafilosofia del diritto*. In breve, qui Radbruch non si limita a svolgere i due compiti fondamentali assegnati alla disciplina: la valutazione del diritto (compiuta "a campione" nella "parte speciale") e la definizione del concetto di "diritto" (fornita nel capitolo appositamente dedicato al tema: cfr. § 3.2). Egli si pone innanzitutto su un livello logicamente superiore, dove non solo teorizza e assegna questo duplice compito, ma distingue da esso quello della "*scienza giuridica vera e propria*" (*eigentliche Rechtswissenschaft*), ossia dogmatica, sistematica (d'ora in poi: scienza giuridica), che costituisce una delle varie "*scienze del diritto*" (*Wissenschaften vom Rechte*), accanto alla storia del diritto, alla sociologia giuridica e così via. La scienza giuridica, infatti, considera il diritto come fatto culturale, come risultato concreto dello sforzo umano di realizzare la giustizia (cfr. § 2.2.II), assumendo il compito particolare di stabilire il "*senso oggettivo degli ordinamenti giuridici positivi*"<sup>(28)</sup>.

6.1. Dunque, dopo aver sviluppato la suddetta metafilosofia del diritto, Radbruch illustra la *metodologia della scienza giuridica*, così portando a compimento la "parte generale" dell'opera che qui si presenta.

Ora, dato che il risultato di cui la scienza giuridica si occupa è rappresentato dal diritto positivo; dato che le operazioni fondamentali che la scienza giuridica compie sul diritto positivo si riducono a tre, "*interpretazione, costruzione e sistema*"<sup>(29)</sup>; la metodologia di tale scienza si atteggia come statuto dell'interpretazione, della costruzione e della sistematizzazione giuridica.

In questa sede non dispongo dello spazio necessario per dar conto di tutta la ricchezza e attualità della metodologia della scienza

<sup>(28)</sup> Ivi, p. 123 (corsivi nell'originale).

<sup>(29)</sup> Ivi, p. 124 (corsivi nell'originale).

giuridica di Radbruch, ma devo limitarmi a tratteggiarla. Ciò al fine ultimo di evidenziare che essa, saldandosi con la filosofia del diritto dello stesso autore, offre la migliore panoramica della sua concezione del diritto, che già in passato ho caratterizzato come “giuspositivismo ermeneutico”. Ecco dunque i punti essenziali della metodologia della scienza giuridica radbruchiana:

A) mentre l'*interpretazione* giuridica individua il senso di una certa disposizione, la *costruzione* e la *sistematizzazione* giuridica elaborano e sviluppano questo senso in connessione con quello ricavato attraverso l'interpretazione di altre disposizioni. Peraltro, le ultime due operazioni si distinguono tra loro solo perché l'una coinvolge un singolo istituto, mentre l'altra l'intero ordinamento.

B) per quanto riguarda in particolare l'interpretazione *giuridica*, Radbruch ne fornisce una delle più sottili rappresentazioni mai lette. Essa viene nettamente distinta dall'interpretazione *filologica*, in quanto non è individuazione del senso soggettivo di un testo, “ripensamento di qualcosa che è stato compiutamente pensato [*Nachdenken eines Vorgedachten*], bensì compimento di qualcosa che è stato pensato [*Zuendedenken eines Gedachten*” (30). La volontà effettiva del legislatore, infatti, non può essere ricostruita fedelmente, sia perché quest'ultimo non è oggi un soggetto in carne e ossa, bensì un gruppo di persone diverse l'una dall'altra, sia perché la disposizione da lui stabilita non è funzionale agli scopi di queste persone, bensì dello Stato e del popolo che rappresentano. Di qui Radbruch trae una conclusione di grande importanza ai nostri fini (cfr. § 6.2), compendiata in una frase rimasta giustamente celebre: “la volontà del legislatore coincide con la volontà della legge. [...] L'interprete può comprendere la legge meglio di quanto hanno fatto i suoi creatori, la legge può essere più saggia dei suoi autori — anzi deve *necessariamente* esserlo” (31). L'interpretazione giuridica sembra allora avvicinarsi a quella *magica* o a quella *mistica*, che aspirano a cogliere il senso recondito o, rispettivamente, preterintenzionale di un proferimento o di uno scritto, ma si distingue da esse per la sua natura razionale: “è interpretazione logica” (32). Ciò la rende piuttosto simile alla *scienza della letteratura* e al *genere*

---

(30) Ivi, p. 125.

(31) Ibidem (corsivo nell'originale).

(32) Ivi, p. 128.

*biografico* contemporanei a Rabdruch, i quali vogliono afferrare criticamente il senso oggettivo delle opere narrative e poetiche.

C) concentrandoci ora sulla *costruzione* e sulla *sistematizzazione giuridica*, sono proprio esse a offrire quel metodo logico che costituisce la cifra dell'interpretazione giuridica. In effetti, il senso individuato da quest'ultima è sempre approssimativo, grossolano, come tale bisognoso di essere raffinato nel modo esemplificato *sub A*): collegandolo ai sensi di altre disposizioni omogenee, in modo da ricavare un concetto più comprensivo, relativo a un singolo istituto (costruzione) o all'intero ordinamento (sistema). Prima di chiarire il modo in cui questo raffinamento serve alla stessa interpretazione, notiamo un'interessante suddivisione comune alla costruzione e alla sistematizzazione. Ciascuna di esse può essere "*categoriale*", se considera gli oggetti disciplinati dalle disposizioni interpretate come aspetti di una stessa figura, di cui mettono in risalto la forma; oppure "*teleologica*" <sup>(33)</sup>, se considera tali oggetti come aspetti di una stessa figura, di cui mettono in risalto l'orientamento a un certo scopo. Ne deriva che, preso un certo insieme di disposizioni, la loro interpretazione può costituire la base di una costruzione categoriale (es.: costruzione del concetto di "processo" come rapporto giuridico) o di una teleologica (es.: costruzione del concetto di "principio dispositivo" come pretesa che la libertà di gestione dei propri diritti ad opera delle parti del processo sia la più ampia possibile), nonché di una sistematizzazione categoriale o di una teleologica.

D) come si vede, interpretazione, costruzione e sistematizzazione hanno a che fare con *concetti*. Solo che diverso è il ruolo e la natura di tali concetti nel primo e, rispettivamente, nel secondo e terzo caso. In estrema sintesi, mentre l'interpretazione incontra concetti preformati e li rielabora, la costruzione e la sistematizzazione producono concetti nuovi. Più precisamente, da un lato, l'interpretazione si imbatte nei concetti ("*concetti giuridicamente rilevanti*" <sup>(34)</sup>) che le fattispecie legali hanno tratto dalla vita sociale (es.: "ingiuria") o dalla scienza (es.: "feto"), concetti di fatti, e li rielabora teleologicamente, in modo da farli corrispondere agli scopi del diritto (es.: nel caso del feto, la tutela della vita dell'essere umano così come inteso dal diritto). Dall'altro lato, la costruzione e la

---

<sup>(33)</sup> Ivi, p. 131 (corsivi aggiunti).

<sup>(34)</sup> Ivi, p. 132 (corsivi nell'originale).

sistematizzazione, sempre muovendo dai risultati dell'interpretazione, producono concetti nuovi (“*concetti giuridici autentici*”<sup>(35)</sup>), concetti di figure giuridiche (es.: diritti del compratore, istituto della compravendita), che raccolgono sinteticamente, in termini formali o materiali, i contenuti omogenei delle disposizioni interpretate. Insomma, mentre i concetti giuridicamente rilevanti gettano un ponte tra il diritto e la vita, i concetti giuridici autentici gettano un ponte tra la scienza giuridica e il diritto, in entrambi i casi consentendo al primo termine di fare presa sul secondo.

E) l'analisi in successione delle tre operazioni fondamentali della scienza giuridica, appena svolta, non deve indurre a ritenere che tra esse si dia un rapporto lineare. Seguendo uno schema ricorrente nelle sue opere, quello *dialettico*, cioè dell'interazione tra i termini del pensiero, Radbruch evidenzia infatti che “l'interpretazione non solo è un presupposto della costruzione e della sistematica, ma, a sua volta, presuppone per molti versi la costruzione e la sistematica teleologica”<sup>(36)</sup>. Insomma, è vero che l'interpretazione condiziona la costruzione e la sistematica teleologica, individuando il senso della legge che a queste tocca raffinare, ma è pur vero che, con tale raffinamento, la costruzione e la sistematica teleologica retroagiscono sull'interpretazione, perché mettono in evidenza gli scopi ultimi per i quali la legge è stata emanata, e consentono così all'interprete di comprenderne pienamente il senso.

F) il bilancio di questa ricostruzione metodologica è come sempre fulminante: la scienza giuridica “è una *scienza culturale comprendente*, e come tale caratterizzata sotto tre profili: è una *scienza comprendente, individualizzante e riferita al valore*”<sup>(37)</sup>. Mentre il primo e il terzo carattere sono comprensibili alla luce dell'intero discorso svolto finora, il secondo merita di essere approfondito, anche perché è la base della tesi che sosterrò nel § 6.2. In breve, che la scienza giuridica sia una *scienza individualizzante* significa che, in definitiva, ha sempre a che fare con l'*individuale*. Più precisamente, posto che essa ha il compito di individuare il senso oggettivo delle disposizioni vigenti, in vista dell'inquadramento giuridico di fatti umani, i due termini del suo operato, le norme e i

---

(35) Ibidem (corsivi nell'originale).

(36) Ivi, p. 133.

(37) Ibidem (corsivi nell'originale).

fatti, sono sempre in un certo senso individuali. Le norme perché, in quanto norme positive, non sono valide in generale, ma solo all'interno di un singolo ordinamento storico (quello tedesco, quello italiano e così via). I fatti perché, in quanto fatti umani (anche solo immaginati), presentano sempre aspetti singolari, irripetibili, che impediscono di far valere automaticamente per essi le interpretazioni date in passato, seppure riguardanti casi simili.

6.2. Il collegamento tra il discorso giusfilosofico e quello metodologico-giuridico svolto da Radbruch spinge a chiamare "giuspositivismo ermeneutico" la concezione del diritto da lui professata. Questa tesi, che avevo già sostenuto incidentalmente un decennio fa<sup>(38)</sup>, va ora sviscerata, perché potrebbe risultare controintuitiva.

In effetti, i due termini del collegamento, il discorso giusfilosofico e quello metodologico-giuridico, isolatamente considerati, conducono a risultati opposti. Il discorso *giusfilosofico* conduce alla supremazia del legislatore, il quale pone l'unico diritto valido, perché è il solo che può imporre efficacemente il diritto e garantire così il bene fondamentale della convivenza umana, la certezza giuridica, la stabilità dell'ordinamento, cioè, in definitiva, la pace sociale (cfr. § 4.2). Sotto questo primo profilo, la posizione assunta da Radbruch è di tipo *giuspositivistico*. D'altro canto, il discorso *metodologico-giuridico* conduce al primato dell'interprete, in particolare del giudice, il quale, dovendo individuare la volontà della legge più che del legislatore (cfr. § 6.1.B), in rapporto a casi sempre in qualche misura inediti (cfr. § 6.1.F), gode di discrezionalità nell'interpretazione/applicazione della stessa legge, fornendo così un contributo determinante alla sua attuazione. Sotto questo secondo profilo, la posizione assunta da Radbruch è dunque di tipo *ermeneutico-giuridico*.

Senonché, collegando questi due termini, ci si rende conto che essi non sono affatto in contraddizione, bensì possono comporre una posizione unitaria, che ho proposto di chiamare "giuspositivismo ermeneutico". Il punto è che giuspositivismo ed ermeneutica giuridica attengono a problemi diversi, sicché possono (ma non debbono) risultare complementari. Il giuspositivismo vuole rispondere alla domanda "perché il diritto posto è l'unico valido?", mentre l'ermeneu-

---

<sup>(38)</sup> Cfr. G. CARLIZZI, *Contributi alla storia dell'Ermeneutica Giuridica Contemporanea*, cit., p. 40 nt. 80.

tica giuridica (*stricto sensu*, non la sua fuorviante *vulgata* contemporanea) vuole rispondere alla domanda “perché l’attuazione del diritto avviene necessariamente sotto forma di comprensione?”. Dunque:

A) vi è certamente la possibilità che il giuspositivismo si colleghi all’ermeneutica giuridica, che si realizza quando quest’ultima assume che il diritto sia solo quello posto, ma riconosce al contempo che il diritto posto deve essere compreso, cioè individuato, non conosciuto, né creato, dall’interprete.

B) ma vi è pure la possibilità che il giuspositivismo non si colleghi all’ermeneutica giuridica. Questa seconda possibilità si realizza in due modi:

b1) dal lato del *giuspositivismo*, se esso assume che l’individuazione del diritto avvenga sotto forme diverse dalla comprensione: conoscenza pura e semplice (giuspositivismo *legislativo* à la Beccaria), conoscenza selettiva (giuspositivismo *realistico moderato* à la Hart) o creazione radicale (giuspositivismo *realistico estremo* à la Kelsen);

b2) dal lato dell’ermeneutica, se essa assume che il diritto valido risalga a una fonte metapositiva (es.: volontà divina), ma pure che debba essere individuato adattando i principi primi ivi contenuti o le norme tratte deduttivamente da questi ai casi particolari della vita umana (*giusnaturalismo ermeneutico* à la Tommaso d’Aquino).

Tra queste varie possibilità, la concezione del diritto professata nella *Filosofia del diritto* realizza quella del giuspositivismo ermeneutico. Qui si sostiene non solo che il diritto valido sia soltanto quello posto, ma altresì che il diritto posto debba essere necessariamente individuato dall’interprete. La complementarità trova riscontro nelle due nozioni di “diritto” enucleate da Radbruch, tra le quali, a questo punto, non è più lecito scorgere alcuna contraddizione. Dopo aver inizialmente definito “il diritto come l’*insieme delle prescrizioni generali per la convivenza umana*” (come già visto nel § 3.2), alla fine della “parte generale” dell’opera egli afferma che “il diritto non è la totalità delle norme, bensì è la totalità delle decisioni” <sup>(39)</sup>.

D’altro canto, il giuspositivismo ermeneutico di Radbruch non è semplicemente la coerente espressione della vitalità del suo pensiero, che si sforza di dare un assetto ordinato a tutte le componenti dell’esperienza giuridica, senza trascurarne i rapporti di tensione. Esso

---

<sup>(39)</sup> Ivi, p. 135 s.

rappresenta, inoltre, un nuovo elemento di perdurante attualità della sua opera, come conferma il raffronto con la concezione del principio di legalità fatta propria dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo a partire dall'art. 7 della CEDU. Secondo quest'ultima, la *regula iuris*, lungi dall'essere compiutamente predeterminabile dall'autorità titolare del potere di produzione normativa, è il risultato della cooperazione tra tale autorità, che pone la disposizione, e il giudice, che, interpretando quest'ultima caso per caso, ne concretizza sempre il contenuto.

7. *Una questione ancora dibattuta: continuità o discontinuità nell'evoluzione del pensiero di Radbruch?*

La *Filosofia del diritto* fu pubblicata un anno prima della presa del potere da parte del nazismo, che non solo si affrettò a esonerare Radbruch dall'insegnamento per le sue posizioni socialdemocratiche, ma diede sfogo agli istinti più bestiali che albergano nell'animo umano. Non sorprende, pertanto, che, subito dopo la fine della guerra, in particolare in un articolo del 1946, Radbruch sentì l'esigenza di riflettere da filosofo del diritto e da penalista sui dodici anni di dittatura appena trascorsi. L'articolo fu pubblicato sulla *Süddeutsche Juristenzeitung* col titolo *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht* e, nonostante la sua occasionalità e concisione, divenne ben presto celeberrimo. Ciò non solo perché fu valorizzato dai Tribunali tedeschi per inquadrare alcuni fatti commessi sotto il regime nazista, ma anche perché diede origine a una discussione tuttora in corso, relativa all'asserito passaggio di Radbruch da posizioni giuspositivistiche a posizioni giusnaturalistiche.

Della questione si sono occupati alcuni tra i più importanti filosofi del diritto degli ultimi decenni e le loro risposte hanno seguito entrambe le direzioni possibili. Così, accanto a chi ritiene che l'articolo in esame costituisca semplicemente una precisazione e un approfondimento della concezione giuspositivistica già stabilita nella *Filosofia del diritto*, vi è chi ritiene che esso esprima un'autentica presa di distanza da essa. Per quanto mi riguarda, ho già manifestato altrove la

mia adesione al primo indirizzo <sup>(40)</sup> e la ribadisco in questa sede. Prima di esporne le ragioni, mi preme sottolineare che, a prescindere dalla strada che si intenda seguire, essa non può incentrarsi, come spesso è stato fatto, sull’articolo del 1946, ma deve fare seriamente i conti con l’intero sistema della *Filosofia del diritto*.

Tanto premesso, la questione della continuità o discontinuità nell’evoluzione del pensiero di Radbruch verrà qui affrontata in tre mosse. Dapprima enucleerò le tesi salienti dell’articolo del 1946; poi compirò alcune precisazioni sul loro contenuto e la loro portata; infine mostrerò che esse costituiscono la coerente applicazione delle idee fondamentali dell’opera maggiore del 1932.

7.1. Partiamo dal titolo, estremamente significativo. *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht* è stato tradotto in vari modi. Controverso è soprattutto il concetto di “*Unrecht*”, reso in svariati modi: “torto”, “ingiustizia”, “illecito”, “non-diritto”. Nel citato lavoro del 2018, ho proposto per la prima volta una diversa soluzione, “negazione del diritto”, per ragioni che qui non possono illustrare in dettaglio <sup>(41)</sup>. La traduzione più corretta del titolo dell’articolo del 1946 è, pertanto, “*Negazione legale del diritto e diritto sovraleale*” <sup>(42)</sup>.

Ciò posto, concentriamoci sul problema dal quale Radbruch prende le mosse. È la questione se possa sostenersi incondizionata-

<sup>(40)</sup> Cfr. G. CARLIZZI, *I fondamenti giusfilosofici della “Duplice formula di Radbruch”*, cit., pp. 66-69.

<sup>(41)</sup> Ivi, p. 69 s. In questa sede, osservo che “*negazione legale del diritto*”, oltre a ricalcare fedelmente “*gesetzliches Unrecht*”, è l’unica locuzione che coglie in maniera fedele l’elemento peculiare comune alle due forme del fenomeno così designato, ossia la contraddizione della legge con l’idea del diritto, si presenti essa nella forma oggettiva della ingiustizia intollerabile o in quella soggettiva della ingiustizia volontaria. Le altre traduzioni sono invece insoddisfacenti: “*torto legale*”, perché ha risonanze eticheggianti che risultano incongruenti col suddetto fenomeno; “*illecito legale*”, perché fa pensare a un contrasto col diritto positivo, mentre il fenomeno in esame si caratterizza per il contrasto con l’idea sovrappositiva del diritto; “*ingiustizia legale*”, perché finisce per includere anche casi estranei al fenomeno, ossia quelli in cui la legge ha un contenuto tollerabilmente ingiusto; “*non-diritto legale*”, perché trascura che la prima forma del suddetto fenomeno ha natura giuridica, dunque è senz’altro diritto, seppure non valido, cioè non obbligatorio.

<sup>(42)</sup> D’ora in poi citato come “*Gesetzliches Unrecht*”, secondo l’edizione stabilita in G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, hrsg. von R. Dreier und S.L. Paulson, C.F. Müller, Heidelberg, 2003.

mente, come fa il giuspositivista tradizionale ovvero — per usare l’etichetta (di ascendenza wieackeriana) che ho proposto nel § 6.2.b1) — il “giuspositivista legislativo”, che “la legge è legge” (43). Secondo diversi giuristi, infatti, quest’ossequio alla legge è stato uno dei fattori che ha consentito al nazismo di realizzare le atrocità che tutti conosciamo: dalla spoliazione arbitraria dei suoi nemici dichiarati, alla soppressione pretestuosa dei dissidenti politici, allo sterminio in larga parte attuato di gruppi etnici odiati. *Gesetzliches Unrecht* affronta il problema distinguendo tre tipi di legge, a seconda del rapporto che questa intrattiene con la giustizia (44):

A) la legge relativamente ingiusta è in linea di principio valida (“*geltend*”), cioè costitutiva di un dover essere (“*Sollen*”) obbligatorio (“*verpflichtend*”) per tutti.

B) la legge ingiusta (“*ungerecht*”) in misura intollerabile (“*unerträgliches Maß*”) è diritto scorretto (“*unrichtiges Recht*”), non ha validità (45), e costituisce una prima forma di “negazione legale del diritto” (“*gesetzliches Unrecht*”).

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

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 è privo di validità, mentre nel secondo è legge solo in apparenza, essendo in realtà un mero atto di arbitrio.

Le due forme di negazione legale del diritto compongono la c.d.

(43) Ivi, pp. 211, 215.

(44) Ivi, p. 216.

(45) Che la legge intollerabilmente ingiusta sia priva di validità, non è detto in modo espresso da Radbruch, ma si ricava chiaramente dal confronto col caso della “legge che, nonostante il contenuto scorretto, è tuttavia *valida*”: *ibidem* (corsivo aggiunto).

“*duplice formula di Radbruch*”, che in letteratura è stata spesso trattata in termini riduttivi, ossia monistici, come se negazione legale del diritto possa darsi in un solo ordine di ipotesi. Ad ogni modo, ci si potrebbe chiedere perché il nostro autore individua proprio queste due forme. L’interrogativo non è marginale, bensì è strettamente collegato con la nostra questione principale, ossia se Radbruch abbia compiuto una vera e propria svolta nel secondo dopoguerra. Per questa ragione, cercherò di dare una risposta compiuta solo nel § 7.3.

7.2. Intanto mi preme compiere alcune *precisazioni* sul significato e la portata della *duplice formula di Radbruch*.

Innanzitutto, il discorso fatto finora e ancora da precisare “vale solo per il futuro” <sup>(46)</sup>, mentre i casi di *negazione legale del diritto* occorsi *durante il dodicennio nazista* avrebbero dovuto esseri trattati in modo diverso, ossia non facendo prevalere integralmente la giustizia, bensì contemperandola con la certezza. Radbruch considera, in particolare, quattro casi: il primo avente per protagonista un oppositore del nazismo (*disertore* che aveva ucciso l’agente che aveva tentato di arrestarlo, per sottrarsi alla *legge* che gli imponeva di riprendere il servizio in un campo di prigionia disumano), gli altri tre aventi per protagonisti alcuni sostenitori del regime (*delatore* di un fatto di scarsa importanza ma punito dalla *legge* con la pena di morte; *giudice* che aveva irrogato la pena di morte prevista da una *legge* che il Governo aveva emanato dopo aver assunto i pieni poteri attraverso l’arresto o la minaccia degli oppositori; *boia* che aveva eseguito condanne a morte basate su *leggi* di questo tipo, pur avendo avuto la possibilità di sottrarsi al compito con una richiesta di pensionamento anticipato). Secondo il nostro autore, questi casi, nei quali la negazione legale del diritto proveniva da una ben precisa legge, non avrebbero dovuto essere rimessi alla discrezionalità dei singoli giudici chiamati a risolverli, bensì avrebbero dovuto essere regolati unitariamente dall’autorità legislativa o giudiziaria suprema del nuovo ordinamento. E proprio in questa direzione si erano mosse le due “leggi-gemelle” adottate nella zona della Germania occupata dagli americani nel 1946: la prima riconoscendo la non punibilità dei fatti politici di “resistenza al nazismo o al militarismo”,

---

<sup>(46)</sup> Ivi, p. 217.

la seconda la punibilità dei fatti di connivenza solo se essa “sussistesse già secondo il diritto dell’epoca della loro commissione” (47).

In secondo luogo, tornando al discorso prospettico, rivolto al futuro, occorre spiegare meglio le *peculiarità morfologiche* delle due forme di negazione legale del diritto. Si è detto che, mentre la legge *intollerabilmente ingiusta* è priva solo di validità giuridica, la legge *volutamente ingiusta* manca addirittura di natura giuridica. Questo è un punto fondamentale, il cui travisamento costituisce una delle cause principali di fraintendimento del pensiero di Radbruch e della questione che ci accingiamo a esaminare, relativa alla continuità o discontinuità nella sua evoluzione. Posto che la locuzione “natura giuridica” ha un significato chiaro (appartenenza alla sfera del diritto), la locuzione “validità giuridica” è alquanto ambigua. Occorre dunque essere netti: nel pensiero di Radbruch, essa non ha il significato scientifico-giuridico di “possesso dei requisiti legalmente stabiliti per un certo tipo di atto”, ma quello giusfilosofico di “obbligatorietà di un atto” (cfr. § 4.2). Pertanto, quando si parla di “invalidità” con riguardo alla prima forma di negazione legale del diritto, non si intende qualcosa come la nullità o, peggio ancora, l’annullabilità della legge, bensì la sua incapacità di obbligare i suoi destinatari.

In terzo luogo e correlativamente a quanto appena detto, occorre chiarire le *peculiarità effettuali* delle due forme di negazione legale del diritto. In estrema sintesi, mentre è chiaro che la legge *volutamente ingiusta* non ha validità giuridica per alcun soggetto, dato che è estranea alla sfera del diritto, non è altrettanto chiaro se anche la mancanza di validità giuridica che caratterizza la legge *intollerabilmente ingiusta* sia assoluta. Il dubbio sorge da un confronto dell’articolo in esame con la dottrina della validità giuridica contenuta nella *Filosofia del diritto*. Come visto, la seconda opera distingue il giudice dagli altri cittadini: mentre questi sono obbligati dalla legge solo se la loro coscienza razionale vi si sottomette, il giudice è obbligato dalla legge in quanto tale (cfr. § 4.2). Nell’articolo del 1946, non solo questa diversificazione

---

(47) Ivi, p. 217 s. Per un’analisi degli intricati aspetti penalistici di questa seconda legge, nonché per il superamento della sua apparente contraddittorietà (come si è potuto pensare che i fatti commessi in applicazione di prescrizioni emanate dal regime nazista fossero punibili già in base all’ordinamento dell’epoca?), sia consentito di nuovo il rinvio G. CARLIZZI, *I fondamenti giusfilosofici della “Duplice formula di Radbruch”*, cit., pp. 58-61.

manca, ma essa sembra addirittura superata, là dove, affrontando la suddetta questione particolare della punibilità del giudice colluso col nazismo, Radbruch afferma in modo perentorio che “l’*ethos* del giudice dovrebbe essere orientato alla giustizia ad ogni costo, persino a costo della vita” (48) (ma, per la tesi del carattere storicamente condizionato di quest’affermazione, cfr. § 7.5.C). Dunque, sembra corretto concludere che, per l’articolo del 1946, la legge intollerabilmente ingiusta non è valida per alcun soggetto, neppure per il giudice. Se questa interpretazione fosse corretta, essa non solo fisserebbe una delle principali novità nel pensiero postbellico di Radbruch (49), ma servirebbe anche ad attenuare la responsabilità delle interpretazioni monistiche della sua formula. Infatti, se sia la legge intollerabilmente ingiusta sia la legge volutamente ingiusta non hanno validità, non sono obbligatorie, per alcuno, allora, quanto meno sotto il profilo effettuale (non anche probatorio, né tanto meno teorico), non è scorretto equipararle.

Infine, a ulteriore chiarimento della formula di Radbruch e a definitiva conferma della sua duplicità, sta il fatto che l’articolo in esame, sempre con riguardo al regime nazista, da un lato, fa un esempio di legge intollerabilmente ingiusta, dall’altro, indica e raccoglie organicamente alcune *specie* di leggi volutamente ingiuste. Il diverso approccio seguito nei due casi non meraviglia: avendo introdotto la seconda figura accanto alla prima per l’esigenza di un più facile accertamento, è naturale che finisca per rivolgerle l’attenzione maggiore. Così, sono considerate *volutamente ingiuste*, tra le altre, le prescrizioni “attraverso le quali il partito nazista [...] si arrogò la totalità dello Stato”, quelle che “trattarono gli esseri umani come subumani e disconobbero loro i diritti umani”, nonché quelle che “comminarono la stessa pena, spesso quella di morte, per fatti di reato della più diversa gravità” (50). D’altro canto, un *esempio* di legge *intollerabilmente ingiusta* può trarsi dal caso del disertore sopra citato, ricostruito nei termini seguenti, che, pur non trovando riscontro nella lettera, sembrano trovare conforto nello spirito dell’articolo del 1946. La legge che impone a un militare nazista di

---

(48) *Gesetzliches Unrecht*, p. 219.

(49) La precisazione è frutto di una più attenta analisi dell’articolo del 1946, alla quale sono stato spinto dal saggio di Enzo Omaggio che segue.

(50) *Gesetzliches Unrecht*, p. 217.

prestare servizio non è intenzionalmente ingiusta, perché di per sé non opera alcuna discriminazione intersoggettiva insensata; essa, tuttavia, è intollerabilmente ingiusta, perché impone di diventare complici delle atrocità di regime, in particolare del trattamento disumano praticato nei campi di prigionia; pertanto, tale legge, nonostante sia legge, non produce alcun obbligo di osservanza, ossia è priva di validità giuridica <sup>(51)</sup>.

7.3. Conclusioni così dirompenti come queste possono certamente spingere a vedere nel Radbruch del 1946 uno dei campioni di quell'“eterno ritorno del diritto naturale” di cui si è tanto discusso nel secondo dopoguerra, specie in Germania — e non a caso. Ciò tanto più collegando tali conclusioni a ulteriori dati testuali dell'articolo in esame, quali: il riferimento, presente già nel titolo, al “diritto sovrallegale”; la valorizzazione dei “diritti umani”, mancante nella *Filosofia del diritto*, dove di essi si parla solo episodicamente, trattando della concezione giuridica liberale <sup>(52)</sup>; soprattutto, l'*explicit* del paragrafo III, quello culminante nella fissazione della duplice formula di Radbruch: “dobbiamo sperare che una tale negazione del diritto resti un traviamiento e un turbamento isolato del popolo tedesco, ma, per ogni eventualità, dobbiamo premunirci contro il ritorno di un tale Stato negatore del diritto, mediante il superamento in linea di principio [*grundsätzliche*] del *positivismo* [...]” <sup>(53)</sup>.

Come anticipato, la mia opinione è contraria: sono convinto che, leggendo l'articolo del 1946 (d'ora in poi: “l'articolo”) nella controluce di un positivo confronto con la *Filosofia del diritto*, si può scorgere in quello la stessa filigrana di questa. Insomma, sono convinto che un raffronto siffatto imponga di concludere nel senso

---

<sup>(51)</sup> Per altre notizie sul caso del disertore, cfr. *ivi*, p. 215. Può essere utile sviluppare ulteriormente la logica di questo esempio, per far comprendere le ragioni dell'archiviazione disposta dal Procuratore generale a favore del disertore, indagato per l'omicidio dell'agente che aveva tentato di arrestarlo sotto la dittatura nazista. Così, se il disertore non è tenuto a riprendere servizio, l'agente che lo incontra non può considerarlo autore di un reato; eppure l'agente del caso del disertore lo considera autore di un reato e cerca pertanto di arrestarlo; ma cercare di arrestare un soggetto che non ha commesso un reato è a sua volta un fatto illecito, al quale quest'ultimo può opporre una legittima difesa.

<sup>(52)</sup> *FdD*, p. 74.

<sup>(53)</sup> *Gesetzliches Unrecht*, p. 217 (corsivo aggiunto).

della fondamentale continuità nell’evoluzione del pensiero di Radbruch. Prima di svolgerlo, devo innanzitutto prendere in esame i dati appena segnalati, per mostrare che la loro lettura “discontinuista” appare alquanto superficiale.

Innanzitutto, è vero che la locuzione “*diritto sovraleale*” (“*übergesetzliches Recht*”) compone il titolo dell’articolo. Ma è pur vero che essa compare soltanto un paio di volte nel testo principale, peraltro mai per contrassegnare la posizione di Radbruch, bensì, tutt’al più, quella dei più accesi oppositori del giuspositivismo radicale su cui il nazismo si era retto (in particolare, i pubblici ministeri che, nell’immediato secondo dopoguerra, si erano appellati alla superiorità dei diritti umani sulle prescrizioni scritte<sup>(54)</sup>). Come vedremo, le tesi centrali dell’articolo sono piuttosto contrassegnate dalla solita triade “giustizia/utilità/certezza giuridica”, cioè dall’idea del diritto, la quale, se proprio si vuole collegare il pensiero di Radbruch al concetto di “diritto sovraleale”, può pertanto considerarsi come il nucleo di quest’ultimo.

In secondo luogo, è vero che nell’articolo Radbruch subordina la giuridicità di una legge al rispetto dei “*diritti umani*”: una legge che disconoscesse ad alcuni individui tali diritti sarebbe volutamente ingiusta, come tale priva di natura giuridica (cfr. fine § 7.2). Ma è pur vero che i diritti umani svolgono un ruolo *negativo* e *accessorio* (non nel senso di marginale, bensì di complementare) ai fini del riconoscimento di giuridicità, che continua a essere regolato *in positivo* e *principalmente* dall’idea di giustizia, come accadeva già nella *Filosofia del diritto*. Insomma, anche ora, una legge non è priva di natura giuridica per il sol fatto di disconoscere i diritti umani, bensì perché, disconoscendo i diritti umani, mostra di non tendere all’idea di giustizia. Sul ruolo dei diritti umani peraltro bisognerà tornare in chiusura (cfr. § 7.5.E), senza per questo disconoscere la tesi appena sostenuta del loro ruolo negativo e accessorio.

Infine, è vero che l’articolo indica nel superamento del “*positivismo*” uno dei passi da compiere per premunirsi per il caso di riavvento di regimi dispotici come il nazismo. Ma è pur vero (anche ammesso che una cautela siffatta sia davvero efficace) che Radbruch

---

(54) Cfr., in particolare, l’*explicit* del paragrafo II: “dappertutto si accetta, dunque, la sfida contro il positivismo dal punto di vista della negazione legale del diritto e del *diritto sovraleale*” (ivi, p. 215 — corsivo aggiunto).

parla qui di quello che potremmo chiamare “*positivismo ideologico*” (con espressione tratta da Bobbio), ossia del dogma la “legge è legge”, per il quale gli atti del titolare del potere di produzione normativa hanno di per sé natura e validità giuridica generale (nella *Filosofia del diritto* se ne parla — in sostanza — sotto il profilo della validità giuridica, quando si analizza criticamente la dottrina *giuridica* di tale validità). Mentre non parla affatto del positivismo della *Filosofia del diritto*, che potremmo chiamare “*giuspositivismo teleologico-relativistico*” e compendiare nella tesi: “la legge è legge solo se tende alla giustizia, e obbliga solo se la coscienza razionale assegna il primato all’idea di certezza giuridica”. Tutto ciò con la conseguenza ultima che l’esigenza di superamento fatta valere per la prima forma di positivismo non può essere automaticamente estesa alla seconda. Tanto più se si considera che Radbruch, con l’opportuna limitazione citata, afferma che tale superamento deve avvenire solo “in linea di principio”.

7.4. È giunto finalmente il momento di argomentare la tesi continuista confrontando *positivamente* l’articolo con la *Filosofia del diritto*. In estrema sintesi: tutte le tesi centrali del primo poggiano sugli assi portanti della seconda, che non solo non sono messi in discussione (dato già rilevante, poiché un pensatore di profonda onestà come Radbruch non avrebbe esitato a fare ammenda di eventuali vizi di miopia intellettuale <sup>(55)</sup>), ma sono in gran parte ripresi e ribaditi. Ricordato che tali assi sono il principio del dualismo metodico, il principio del relativismo e l’idea del diritto con la triade giustizia/utilità/certezza giuridica, il terzo asse è quello dominante, mentre i primi due restano sottotraccia.

Così, nel culminante paragrafo III <sup>(56)</sup>, Radbruch prende le mosse dall’assunto, tipicamente *dualistico-metodico*, che il positivi-

---

<sup>(55)</sup> Cosa che fece nel secondo dopoguerra, ad esempio, sul terreno dell’epistemologia della “natura della cosa” (“n.d.c.”). In un articolo del 1948, infatti, dopo aver affermato nel testo principale che “la n.d.c. costituisce il risultato di un metodo strettamente razionale, non certo un ‘colpo di fortuna dell’intuizione’”, in una nota a piè pagina precisa “a differenza di quanto avevo ritenuto in precedenza [nella *Filosofia del diritto* del 1932]”: cfr. G. RADBRUCH, *Die Natur der Sache als juristische Denkform*, in *Gustav Radbruch Gesamtausgabe*, hrsg. von Arth. Kaufmann, vol. 3, *Rechtsphilosophie III*, bearb. von W. Hassemer, C.F. Müller, Heidelberg, 1990, p. 235 nt. 24.

<sup>(56)</sup> *Gesetzliches Unrecht*, pp. 215-217.

smo (ideologico, secondo quanto detto nel § 7.3) non può giustificare la validità (l’obbligatorietà) delle leggi, dato che fa leva su un dato rientrante nella sfera dell’*essere*, l’effettivo imporsi delle stesse leggi ai propri destinatari, mentre queste ultime appartengono alla sfera del *dover essere*.

Per affrontare il problema della validità delle leggi, occorre pertanto rifarsi a un valore “proprio della legge”<sup>(57)</sup>, che l’articolo individua non solo nella certezza giuridica (realizzata dalla legge con la sua mera vigenza), ma anche nella giustizia e nella utilità. Ecco dunque ricomparire l’*idea del diritto* nella configurazione tripartita tipica della *Filosofia del diritto*.

D’altro canto, con l’idea del diritto, si ripresenta anche l’eterno problema delle *antinomie* tra le sue componenti, che l’articolo affronta in un modo che potrebbe far pensare all’abbandono del relativismo, mentre in realtà è perfettamente coerente con esso. Iniziamo dal primo punto. Radbruch, dapprima, colloca l’utilità all’ultimo gradino della scala gerarchica dell’idea del diritto. Poi osserva che la certezza giuridica si trova a metà strada tra l’utilità e la giustizia, dato che la stabile uniformità applicativa che la realizza<sup>(58)</sup> soddisfa sia il benessere comune sia la parità di trattamento tra i fatti eguali. Infine, valorizzando questa posizione mediana della certezza, la considera come una parte della giustizia e conclude nei seguenti termini: “là dove sorga un conflitto tra certezza giuridica e giustizia, tra una legge contenutisticamente discutibile ma positiva e un diritto giusto ma non colato nello stampo della legge, sussiste, in verità, un conflitto della giustizia con sé stessa”<sup>(59)</sup>. È proprio in questa conclusione che va colta la base giustificativa della *duplice formula di Radbruch* (cfr. § 7.1). Che la certezza giuridica debba prevalere sulla giustizia, come sosteneva anche la *Filosofia del diritto*, può continuare ad ammettersi solo finché si realizzi in una legge che comporta un’*ingiustizia tollerabile*, dato che ciò costituisce comunque una forma di giustizia, dunque di *legge valida*. Oltre quel limite, qualora, cioè, la certezza si realizzi in una legge

---

<sup>(57)</sup> Ivi, p. 215.

<sup>(58)</sup> Vorrei notare incidentalmente che questo peculiare modo di intendere la certezza giuridica, ossia come ordine derivante dalla stabile uniformità dell’applicazione giuridica, conferma retrospettivamente la mia interpretazione della concezione del diritto espressa nella *Filosofia del diritto* come “*giuspositivismo ermeneutico*” (cfr. § 6.2).

<sup>(59)</sup> *Gesetzliches Unrecht*, p. 216.

che comporta un'*ingiustizia intollerabile*, essa fuoriesce dall'ambito suo proprio della giustizia, così trovandosi come un pesce fuor d'acqua, ossia *perdendo* la propria capacità di giustificare la *validità giuridica* della stessa legge. Se, infine, la certezza si traduce in una legge *volontariamente ingiusta*, essa addirittura preclude la tendenza alla giustizia da cui dipende la giuridicità della legge, la quale, pertanto, neppure acquista *natura giuridica*.

Il quadro che ne risulta presenta, in effetti, diversi elementi di novità rispetto alla *Filosofia del diritto*, che non riguardano solo il tema per noi centrale del *relativismo*, ma anche alcuni temi accessori. Tuttavia, in entrambi gli ordini di casi, si tratta di novità più formali che sostanziali. Per quanto riguarda i temi accessori, si considerino le seguenti corrispondenze tra l'articolo del 1946 e l'opera principale del 1932: la tesi della mancanza di validità giuridica della legge intollerabilmente ingiusta trova riscontro nell'esempio delle "leggi vergognose" (cfr. § 5.2); la tesi della mancanza di natura giuridica della legge volutamente ingiusta trova riscontro nell'esempio delle leggi-provvedimento (cfr. § 3.2). Per quanto riguarda, invece, il suddetto tema principale, il riconoscimento del primato dell'idea di giustizia su quella di utilità e su quella di certezza giuridica, compiuto nell'articolo, potrebbe indurre a pensare che Radbruch, scosso dalle atrocità del nazismo, abbia finito per ripudiare il *relativismo*. Sennonché, l'ipotesi va scartata per due ragioni. Innanzitutto, perché, come egli riconosce sin dalla *Filosofia del diritto*, le antinomie tra le componenti dell'idea del diritto sono sempre destinate a trovare in ciascuna epoca una composizione solo provvisoria con la prevalenza di una sulle altre (cfr. § 5.1.C). Né, d'altro canto, tale visione delle antinomie è messa in discussione nell'articolo, anzi trova conferma in esso. Mi riferisco al già segnalato *incipit* del paragrafo IV: affermando che il primato della giustizia vale solo per il futuro, ma non per il dodicennio di dominio nazista, i conti col quale dovranno farsi contemperando la giustizia con la certezza, Radbruch resta pienamente fedele al principio relativistico.

7.5. Una volta definita la questione circa la continuità o discontinuità nell'evoluzione del pensiero del nostro autore, è opportuno *ricapitolare* in modo *raffinato* i punti salienti della visione *continuista* che costituisce la mia personale risposta:

A) Radbruch *resta giuspositivista* anche nel secondo dopoguerra, perché continua a credere fino alla fine che l'unico diritto valido, obbligatorio, sia quello posto dall'autorità titolare del potere di produzione normativa.

B) la visione continuista può sostenersi *nonostante alcune tesi* da lui proposte per la *prima volta* in questa fase. Ciò in quanto tali tesi o sono storicamente condizionate, dunque non toccano, bensì presuppongono, gli elementi essenziali del suo sistema di pensiero, a cominciare dal relativismo, o, tutt'al più, si limitano a specificare questi elementi.

C) tra le tesi *storicamente condizionate*, sembra potersi annoverare innanzitutto quella secondo cui la *validità* (l'obbligatorietà) del diritto si fonda sulla *dottrina filosofica*, dunque sulla coscienza razionale individuale (sulla quale v. § 4.2), *anche nel caso del giudice*, che la *Filosofia del diritto* riteneva invece soggetto alla dottrina giuridica (cfr. § 7.2). La tesi riflette infatti una concezione del giudice, sì, nuova, ma che non viene presentata, né sembra presentabile, come necessaria: egli ha ora un proprio *ethos*, quello di orientarsi alla giustizia ad ogni costo, che gli impone di rifiutare obbedienza alle leggi intollerabilmente ingiuste, ma nulla esclude che questa immagine si trasformi in futuro, di pari passo con l'evolversi della coscienza sociale.

D) *storicamente condizionata* sembra anche la tesi sulla *gerarchia* tra le *componenti* dell'*idea del diritto*: la giustizia primeggia non solo sull'utilità, ma anche sulla certezza giuridica. In effetti, posto che il primato non è motivato rispetto all'utilità, mentre rispetto alla certezza giuridica è motivato dicendo semplicemente che questa rientra nella giustizia, sicché non può mai contraddirla del tutto, è evidente che l'assetto che ne consegue riflette soltanto la nuova sensibilità per i diritti umani della cultura giuridica del secondo dopoguerra. Tale assetto non sembra escludere invece l'idea, professata nella *Filosofia del diritto*, che la tensione tra le componenti dell'idea del diritto sia destinata a restare perennemente attiva.

E) di *incerta collocazione* è, invece, la tesi sulla *capitalità dei diritti umani*, dato il suo carattere di assoluta novità nella riflessione di Radbruch e l'assenza di indicazioni chiare al riguardo nell'articolo del 1946. Da un lato, facendo leva sull'esistenza di epoche storiche ostili al riconoscimento dei diritti umani come diritti universali, nonché sulla possibilità, da guardare con orrore, ma non per questo da escludere, che la civiltà umana vi ricada nuovamente, si potrebbe

ritenere che anche la tesi in esame sia *storicamente condizionata*. D'altro canto, vi sono ragioni forse più plausibili per concludere in senso opposto. L'esperienza nazista e altre simili ci hanno costretto a riconoscere che i *diritti umani*, a prescindere se siano recepiti negli ordinamenti positivi e in quale forma, compongono *condizioni universali di tensione alla giustizia* delle prescrizioni emanate dai detentori del potere. Più precisamente, come anticipato (cfr. § 7.3) si tratta di un condizionamento *negativo e accessorio*: per tendere alla giustizia, le suddette prescrizioni devono, tra l'altro, non già soddisfare pienamente i diritti umani (obiettivo impossibile, innanzitutto per la reciproca conflittualità anche di *questi ultimi*), bensì astenersi dal disconoscerli radicalmente. Tutto ciò comporta una *puntualizzazione*, ma non una metamorfosi, della visione giusfilosofica coltivata da Radbruch prima dell'avvento del nazismo. Al riguardo, devo limitarmi alla seguente rapsodia, totalmente debitrice dei fulgidi insegnamenti del nostro gigante di pensiero.

Le prescrizioni giuridiche in quanto tali devono avere una certa tensione alla giustizia, cioè alla parità di trattamento dei fatti umani.

Parità di trattamento dei fatti umani può darsi, a sua volta, solo se l'umanità dei loro autori viene rispettata almeno nel suo nucleo.

Ma la violazione integrale dei diritti umani contraddice questa esigenza.

Nessuna prescrizione può pertanto tendere minimamente alla giustizia, dunque costituire diritto, se viola in modo integrale i diritti umani.

VINCENZO OMAGGIO  
IL RELATIVISMO DI GUSTAV RADBRUCH

Tutte le grandi trasformazioni politiche sono state preparate o accompagnate dalla filosofia del diritto. All'inizio vi era la filosofia del diritto, alla fine la rivoluzione.

G. Radbruch, *Filosofia del diritto*

1. Le radici culturali. — 2. Gli elementi costitutivi del diritto. — 3. Il relativismo “positivo” di Radbruch. — 4. Relativismo, democrazia e Stato di diritto.

1. *Le radici culturali.*

L'impresa fondamentale del neokantismo giuridico si manifestò mediante il tentativo di definire il principio trascendentale del diritto, il suo universale logico, capace di ricondurre a unità tutti i suoi processi nel difficile compito, ereditato da Kant, di una sua fondazione autonoma sia dalla legislazione positiva sia dalla morale. Nell'ambito del neokantismo tedesco sud-occidentale (cresciuto intorno a pensatori come Windelband e Rickert), in cui si era creduto di trovare nel “valore” il principio *a priori* della sfera del diritto <sup>(1)</sup>, fu Emil Lask a compiere passi significativi in direzione di una fondazione filosofica del diritto che avrà su Radbruch un'influenza rilevante <sup>(2)</sup>, com'egli stesso ha ammesso. Nel complesso del

---

<sup>(1)</sup> A. CARRINO, *L'irrazionale nel concetto. Comunità e diritto in Emil Lask*, ESI, Napoli, 1983, p. 18.

<sup>(2)</sup> Così come da Weber aveva appreso il valore dei tipi ideali come risposta concettuale della ragione scientifica alla molteplicità caotica della vita storica e alla scuola della *Lebensphilosophie* aveva appreso il senso della vita come misura credibile del vero. Radbruch ebbe la fortuna di vivere e insegnare in quella Heidelberg che “era allora un'arca di Noè, in cui ogni forma e tipo spirituale veniva rappresentato in un esemplare”, cfr. G. RADBRUCH, *Der innere Weg. Aufriß meines Lebens*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1961<sup>2</sup>, p. 65. Sull'influsso di Lask su Radbruch ha visto di recente la luce un lavoro sistematico ad opera di J. ZHAO, *Die Rechtsphilosophie Gustav Radbruchs unter*

suo percorso speculativo, troppo presto interrotto dalla morte prematura avvenuta nel corso della prima guerra mondiale, Lask provò a dar corpo a una logica della conoscenza della sfera del valore di pari dignità rispetto alla conoscenza della sfera dell'essere: una nuova logica della filosofia <sup>(3)</sup>, in cui essere e valore sono categorie reciprocamente coordinate: il valore si rapporta a ciò che vale come l'essere si rapporta a ciò che è.

In generale Gustav Radbruch deve a lui l'idea della funzione epistemologica delle concezioni del mondo e della vita, l'importanza della decisione per la stessa conoscenza teoretica. La decisione, la scelta tra opposti valori, legati alle diverse concezioni del mondo, è qualcosa di ineliminabile — aveva detto Lask — dalla stessa contemplazione teoretica. Non è vero che “tutto è scienza *minus* la *Weltanschauung*”, anzi bisogna riconoscere che “anche le concezioni del mondo sono conoscere teoretico” <sup>(4)</sup>, senza per questo tradire il dualismo di realtà e valore, fondamento comune della Scuola sud-occidentale. Il relativismo di Radbruch trova qui alcune premesse per la propria originale costruzione.

Nello svolgimento del suo sistema filosofico Lask troverà nella categoria del senso (*Sinn*) l'elemento che opera costantemente la scissione tra realtà e valore. La realtà non può includere nulla del senso, il quale è l'espressione del non reale, come “la realtà non è niente di più del nome comprensivo di ciò che non è fornito di senso” <sup>(5)</sup>. Il valore è il principio del senso, ciò che distingue dalla realtà. La scissione maturava già nelle sue riflessioni degli anni di Berlino (1903-06), segnati da un approfondimento delle tematiche giuridiche e sociali, rivolto a trasporre il metodo di Rickert sul piano della scienza del diritto. Il suo impegno culminava nella tesi di abilitazione del 1905, la sua *Rechtsphilosophie*, accompagnata dallo

---

*dem Einfluss von Emil Lask. Eine Studie zur neukantianischen Begründung des Rechts, Nomos, Baden-Baden, 2020.*

<sup>(3)</sup> E. LASK, *Die Logik der Philosophie und die Kategorienlehre*, (1911), in *Gesammelte Schriften*, hrsg von E. HERRIGEL, 3 Bd, Mohr, Tübingen, 1923, II el, tr. it. *La logica della filosofia e la dottrina delle categorie*, a cura di F. Masi, Quodlibet, Macerata, 2016.

<sup>(4)</sup> E. LASK, *Zur System der Wissenschaften*, (1913-14), in *Gesammelte Schriften*, cit., III, p. 292.

<sup>(5)</sup> E. LASK, *Zur System der Logik*, (1913), in *Gesammelte Schriften*, cit., III, p. 65.

studio dei testi di Hegel sullo Stato (6). Tra la realtà originaria e quella elaborata scientificamente, così come rinvenibili nello schema di Rickert, va considerata anche una realtà intermedia (7), fatta di significati realizzati concretamente, di principi ideali divenuti civili istituzioni in un senso prossimo allo “spirito oggettivo” hegeliano. La realtà quindi non è solo un insieme di dati oggettivi, in sé privi di riferimento ai valori; e la realtà giuridica ne è testimonianza. Essa segnala un dato reale ma è nel contempo luogo di realizzazione di un valore extratemporale. Il diritto come realtà non ha in sé alcun senso giusto, in quanto diritto e giustizia sono scissi; pur tuttavia, vi è un altro aspetto del valore come senso che è degno di considerazione, quando se ne guardi non la pura essenza ma il rapporto con la realtà, nella quale esso cerca una forma di realizzazione. Secondo questo significato il valore è un dover essere che non sempre è in atto, ma è piuttosto qualcosa che chiede di essere realizzato. Perciò la giustizia, anche se inintelligibile, non è irrazionale, ma si apre alla propria (tendenziale) realizzazione mediante la pluralità delle idee. Il “diritto come realtà” vuol dire che il diritto è solo quello positivo e la giustizia sta fuori di esso, ma trova nel diritto una materia, un “sostrato”, un “teatro” su cui svolgersi e manifestarsi. Filosofia e giurisprudenza pertanto coltivano entrambe il rapporto con un dover essere, anche se da ciò non deriva alcuna identità sostanziale (8). In filosofia il dover essere trova la propria base soltanto nell’adesione assoluta al valore, indipendente da ogni autorità empirica; la doverosità filosofica è *causa sui*. La doverosità giuridica invece ha la sua causa formale nell’ordinamento positivo di una volontà sociale, che ne costituisce elemento imprescindibile.

Lask saprà perciò distinguere la filosofia del diritto come considerazione del *valore* del diritto (*Rechtswertbetrachtung*) dalla scienza empirica come considerazione della *realtà* del diritto (*Rechtswirklichkeitsbetrachtung*) e considerarle compatibili (9). La sua

---

(6) E. LASK, *Rechtsphilosophie* (1905), in *Gesammelte Schriften*, cit., I, pp. 235-331; tr. it. *Filosofia giuridica*, a cura di A. Carrino, ESI, Napoli, 1984, che contiene anche la prolusione di Lask a Heidelberg del 1905, intitolata *Hegel e la concezione del mondo dell'Illuminismo*, pp. 79-90.

(7) Ivi, pp. 51-52 (ed. ted. pp. 308-309).

(8) In particolare, cfr. p. 57 (ed. ted. p. 314).

(9) Ivi, p. 17 (ed. ted. p. 280).

*Rechtsphilosophie* è una difesa della filosofia del diritto contro i tentativi giuspositivistici di ridurla a una mera appendice della scienza giuridica empirica in un unico dominio metodologico <sup>(10)</sup>, ma è al contempo una lucida critica del diritto naturale. Se la filosofia critica del diritto di Lask accoglie del giusnaturalismo il richiamo al senso assoluto della giustizia e il carattere irriducibile del valore, che non può derivarsi da nessun contesto storico determinato, ne respinge però l'ipostatizzazione del valore nella realtà, che tende ad annullare il significato del diritto positivo. In altri termini, il giusnaturalismo non riconosce la radicale eterogeneità di realtà e valore, ma legge il valore come una realtà metafisica e non come una semplice forma ideale, come vorrebbe Lask <sup>(11)</sup>. Nella sua ottica la filosofia critica del diritto deve rispettare la distinzione tra metodo filosofico e metodo empirico, cioè guardare alla realtà giuridica dal punto di vista ideale facendo salva nel contempo l'autonomia della sua produzione concreta, fatta di volontà e non di astratti criteri extrapositivi.

## 2. *Gli elementi costitutivi del diritto.*

Con le radici ben piantate in questa *humus* neocriticista, animata dalla tensione tra realtà e valore (fatto e norma), Radbruch costruisce il proprio originale percorso, che comincia con l'individuazione di un *tertium genus*, capace di allentare questa tensione: il mondo della cultura <sup>(12)</sup>. Punto di arrivo dell'itinerario, che ora proveremo a ripercorrere, è la sua definizione del diritto come "realtà che intende stare al servizio della giustizia", cioè un nuovo rapporto tra realtà e valore.

Considerare il diritto un fenomeno culturale vuol dire per Radbruch che non è immediatamente un valore, ma neppure un

---

<sup>(10)</sup> Anziché sostenere una "filosofia del diritto positivo", costoro hanno elaborato una "filosofia positiva del diritto", concepita come una parte generale della scienza del diritto, ivi, p. 15 (ed. ted. p. 278).

<sup>(11)</sup> Commettendo l'errore opposto a quello del giusnaturalismo, lo storicismo ritiene di poter derivare la validità del diritto dalla sua esistenza storica. "Giusnaturalismo e storicismo sono i due scogli dai quali la filosofia del diritto deve guardarsi", ivi, p. 29 (ed. ted., p. 291).

<sup>(12)</sup> E. CASTRUCCI, *Rileggendo Radbruch*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 17 (1988), pp. 487-498, spec. p. 487.

fatto. Se fosse un mero fatto, sarebbe cieco ai valori (*wertblindes*), in quanto la natura non fa altro che rispecchiare il caos di ciò che è dato, senza alcun discernimento concettuale. Se fosse un valore in sé, si confonderebbe con il mondo etico, che è l'attitudine a conferire valore alle cose in modo incondizionato. Piuttosto il diritto è un fatto riferito a un valore (*wertbezogene Tatsache*) e in quanto tale è distante dalla morale, perché si afferma nell'esteriorità e non nel valore, ma con il valore tende a stabilire una relazione. "La cultura, come la descrive lo storico, non è affatto puro valore, è piuttosto un misto di umanità e barbarie, gusto e mancanza di gusto, verità ed errore; eppure, in tutte queste manifestazioni (...) non è mai priva di riferimento al valore". (*Filosofia del diritto* <sup>(13)</sup>, cap. 1, p. 8) Nel linguaggio di Radbruch al fatto corrisponde la realtà del diritto, fatta di norme positive imposte dall'autorità, al valore corrisponde l'idea del diritto, cui sovrintende in primo luogo la giustizia, alla cultura corrisponde il concetto di diritto, che ha il suo senso nel servire l'idea del diritto.

Ora il "senso" e il "servizio" segnano profondamente il suo discorso. Radbruch spiega il senso mediante l'analogia con la relazione tra scienza e verità, nella misura in cui anche la scienza ha il senso di servire la verità; lo sforzo del lavoro scientifico, indipendentemente dal suo successo o insuccesso, tende alla verità e aspira a essere vero. Così anche la realtà del diritto, pur legata alla positività, è guidata dal suo *Sinn*, che la mette in relazione con l'idea. Il diritto come "l'insieme delle prescrizioni generali per la convivenza umana" (cap. 4) non è una realtà chiusa, ma contiene il richiamo alla giustizia. Nel cap. 9 della *Filosofia del diritto* Radbruch afferma che il concetto di diritto è qualcosa che ci spinge verso l'idea del diritto. Esiste pertanto un legame essenziale tra il concetto e l'idea del diritto, al centro della quale, come "specifica idea del diritto" (cap. 7) si trova la giustizia.

Ma la giustizia non esaurisce l'idea del diritto. Questa include altri due elementi (o principi): l'utilità (*Zweckmäßigkeit*) e la certezza giuridica (*Rechtssicherheit*). In particolare Radbruch sottolinea che la giustizia presenta solo un carattere formale, è "solo la forma di ciò che è diritto". In altri termini la giustizia esprime solo un criterio di egua-

---

<sup>(13)</sup> D'ora in avanti nei rimandi tra parentesi ci si riferirà sempre a G. RADBRUCH, *Filosofia del diritto*.

glianza (*Gleichheit*), secondo cui gli eguali vanno trattati in modo eguale e i diseguali in rapporto alla loro disegualianza. Della nozione di eguaglianza non è possibile determinare il contenuto: in sé non offre elementi per stabilire ciò che vuol dire concretamente eguaglianza di trattamento e sotto quale aspetto l'eguaglianza va considerata. Per sapere qualcosa sul contenuto bisogna conoscere i fini che ogni ordinamento intende darsi mediante la propria autorità politica. Non a caso nell'ambito della questione dello scopo del diritto fa la sua prima apparizione lo Stato nel sistema radbruchiano. Va sottolineato qui che non si tratta di fini contingenti, ma di fini "alti" (si veda il cap. 7 *Lo scopo del diritto*) corrispondenti a modelli assiologici complessi<sup>(14)</sup>, concezioni filosofico-giuridiche fatte proprie dalle forze politiche che guidano lo Stato (nello Stato democratico dai partiti politici, cui è dedicato il cap. 8 della *Filosofia del diritto*). Vi sono per Radbruch tre fondamentali nuclei di emanazione dei valori sociali: le singole individualità umane, le entità collettive e il mondo delle opere, da cui derivano rispettivamente valori individuali, valori collettivi e valori legati alle opere e di qui rispettivamente concezioni individualistiche, sovraindividualistiche e transpersonalistiche. Questi "oggetti dei diversi beni morali" (cap. 7) rappresentano un patrimonio complessivo del pensiero dell'umanità di cui peraltro Radbruch si serve per illustrare tutte le tradizionali tematiche del diritto privato e pubblico nella seconda parte, poco nota e commentata, della *Filosofia del diritto*, contenuta nei capitoli 16-29.

Ebbene, va sottolineato che tra questi modi fondamentali di posizione dei valori non c'è alcun ordine gerarchico identificabile e conclusivo (*auszumachende Rangordnung*), per la semplice ragione che i valori non possono essere fatti oggetto di conoscenza scientifica ma solo di *Bekanntnis*. Possono essere soltanto professati. "La filosofia kantiana ci ha insegnato — scrive Radbruch — che è impossibile desumere ciò che dotato di valore (*wertvoll*), ciò che è corretto, ciò che deve essere da ciò che è". (cap. 2, p. 13) E qui ancora: "Gli enunciati deontici possono essere giustificati e dimostrati soltanto attraverso altri enunciati deontici. Proprio perciò gli enunciati deontici ultimi non sono dimostrabili, sono assiomatici, possono essere professati (*Bekanntnis*), ma non conosciuti (*Erkennt-*

---

(14) E. CASTRUCCI, cit., p. 489.

nis). Dunque, là dove vi è una disputa tra affermazioni sugli enunciati deontici ultimi, tra visioni del valore e del mondo contrapposte, non vi è più la possibilità di decidere tra esse con rigore scientifico”.

Quindi il *deficit* epistemologico riguarda entrambi questi elementi, tanto la giustizia quanto l'utilità. Se la giustizia ha solo un contenuto formale e se i fini (che costituiscono l'elemento dell'utilità) possono fornire unicamente alternative contrastanti, giacché non è possibile rispondere alla domanda sugli scopi del diritto, se non enumerando i diversi possibili punti di vista (cap. 10), allora un ruolo decisivo sembra prospettarsi per il terzo elemento costitutivo dell'idea di diritto, la certezza. Essa trae forza dalla debolezza degli altri elementi; non avrebbe molto spazio se fosse possibile conoscere ciò che è vietato o permesso in termini oggettivi, cioè il bene e il male. Ha il vantaggio indubitabile di non dover individuare i contenuti ma di dover semplicemente rafforzare la determinazione delle scelte operate. “Se nessuno è in grado di disvelare che cosa è giusto, è necessario che qualcuno disponga cosa deve rilevare secondo diritto” (cap. 10, p. 92), sostiene Radbruch, per poi aggiungere che “è necessario che la produzione del diritto spetti a una volontà che abbia anche la possibilità di imporsi a qualunque visione giuridica riottosa” (15). Sembrerebbe quindi arridere alla *Rechtssicherheit* una sorta di primato, foriero di un giuspositivismo di contenuto, se non proprio di principio.

In una certa misura le cose stanno così. Radbruch scrive infatti che “il primo compito del diritto è la certezza giuridica, ossia l'ordine, la pace” (cap. 9, p. 82). Ma il quadro è più complesso, con particolare riguardo a due aspetti. In primo luogo l'apparente primato della certezza giuridica, frutto dell'“incertezza epistemica”, non è espressione di una composizione gerarchica degli elementi, che rimangono invece sempre compresenti e in tensione fra loro, come l'autore chiarisce nel prezioso capitolo 9, intitolato *Le antinomie dell'idea del diritto*. I tre elementi si esigono mutuamente ma mutuamente si combattono per ragioni del tutto evidenti. La giustizia richiede eguaglianza e universalità; i fini sono particolari, in

---

(15) Anche in sede di “filosofia della storia” (cap. 11 di *Filosofia del diritto*, p. 103) Radbruch riafferma il principio: “Al di sopra di tutte le fratture giuridiche permane immutabile un precetto fondamentale, che in qualsiasi momento è chiamato ad attribuire il diritto a chi sarà in grado di farlo rispettare”.

quanto derivano dell'esito della battaglia politica; la certezza non ha riguardo né per i fini né per l'eguaglianza, in quanto mira unicamente all'ordine e alla pace sociale. L'equilibrio generale è instabile e un sistema giuridico non promette vita facile a nessuno. Molto rilevante, in secondo luogo, è la precisazione di Radbruch secondo cui le diverse epoche della storia possono mettere alternativamente l'accento su un principio oppure su un altro (cap. 9), senza compromettere, aggiungiamo noi, la struttura del sistema. La circostanza ci autorizza così a ritenere che il ruolo in qualche modo preminente della certezza giuridica nella *Rechtsphilosophie* del '32 sia ben contestualizzato e suscettibile di revisione in tempi diversi e in contesti diversi del gioco delle antinomie tra le tre componenti dell'idea del diritto. È giusto però segnalare che nella *Rechtsphilosophie* Radbruch disegna un contesto di pari legittimità tra i fini del diritto (individuali, collettivi e transpersonali), tra i quali la scelta non può che essere "relativistica". Una volta effettuata, essa rappresenta la decisione sullo scopo, cioè su ciò che concretamente si vuole in una data epoca, secondo una precisa concezione del mondo e della vita, e nel contempo vale a codeterminare l'idea di giustizia altrimenti vuota. La giustizia prende sostanza e contenuto solo nel quadro di una determinata concezione del mondo e solo in questo contesto è possibile valutare una scelta: la concezione del mondo in sé non è valutabile. O meglio può essere valutata unicamente dalla coscienza del singolo individuo. Nel caso di leggi vergognose (*Schandgesetze*), ad esempio le leggi "contro le mire socialmente pericolose della Socialdemocrazia", promulgate nel 1878 dal *Reichstag* al tempo di Bismarck, si potrà opporre un rifiuto di obbedire: è questo un aspetto senz'altro da ricordare quando si valuteranno gli sviluppi del pensiero radbruchiano, ma che già nell'opera del '32 ha un suo significato preciso a completamento di un disegno sistematico attento.

Il conflitto che può instaurarsi tra giustizia e certezza oppure tra utilità e giustizia è confinato però nell'ambito della coscienza individuale, che di regola considera preferibile il sacrificio delle proprie idee a una violazione della legge, di cui dovrebbe rispondere davanti a un giudice a cui Radbruch prescrive di tenere una condotta molto rigorosa. Il giudice è completamente sottomesso alla legge (cap. 10) e deve sacrificare il proprio sentimento giuridico al mandato imperativo del diritto positivo, senza chiedersi se la norma che applica sia

giusta, giacché per il fatto di essere stabilita essa realizza già un'importante funzione, quella della certezza <sup>(16)</sup>. Non soltanto, ma nel contempo dà anche forma concreta alla giustizia, come abbiamo mostrato.

Questo relativismo tuttavia non rappresenta per Radbruch "l'ultima parola della filosofia del diritto" (cap. 10). Se il giusnaturalismo, che vorrebbe identificare completamente la validità del diritto con la sua giustizia, che cioè confonde la città di Dio e quella degli uomini, non ha mai persuaso Radbruch, anche il giuspositivismo appare ai suoi occhi del tutto insufficiente, nella misura in cui esercita la filosofia del diritto solo a identificare le leggi in quanto correttamente prodotte facendola ancella della scienza giuridica e in definitiva superflua. Per scampare all'"eutanasia della filosofia del diritto" (cap. 3) è necessario fronteggiare il suo problema cruciale, che è il rapporto con la giustizia. E tale rapporto può coesistere in Radbruch col relativismo dei fini, in quanto il concetto di diritto va ben al di là della determinazione dei fini politici, ma nel suo complesso consiste nel servire l'idea.

Il rapporto costitutivo tra giustizia e diritto si declina attraverso i contenuti che i fini di ogni determinata epoca, secondo ogni determinata concezione del mondo e della vita, offrono alla giustizia formale, ma c'è anche il versante opposto del medesimo rapporto forma-contenuto, che è un rapporto di codeterminazione. Anche il diritto è codeterminato dall'idea di giustizia a cui esso non può non ispirarsi. Tutto ciò è chiaro nella mente di Radbruch fin dallo scritto degli anni Venti *Idea e materia del diritto. Uno schizzo*, per svilupparsi poi nella *Filosofia del diritto*, e infine nel saggio del '41 sulla *Natur der Sache* <sup>(17)</sup>. I due sensi di questo rapporto sono chiamati

---

<sup>(16)</sup> "Noi disprezziamo il pastore che predica contro la sua fede, ma onoriamo il giudice che non consente al proprio riluttante senso giuridico di farlo vacillare nella propria fedeltà alla legge: infatti, mentre il dogma ha valore solo come espressione di fede, la legge ha valore non solo come riflesso della giustizia, ma anche come garante della certezza giuridica, ed è soprattutto in questa forma che è consegnata nelle mani del giudice", *Filosofia del diritto*, cap. 10, p. 95.

<sup>(17)</sup> Cfr. G. RADBRUCH, *La natura della cosa come forma giuridica di pensiero*, tr. it. di B. LEONI, in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », XXI (1941), pp. 141-156. La natura della cosa "significa nel campo giuridico l'esigenza di un'invenzione del diritto immanente e concreta, in antitesi a quel rigido dualismo tra la norma generale di diritto e il fatto, che con termine recente si denomina "normativismo" (pp. 147-148) e anche in

“determinatezza materiale dell’idea” e “idealizzazione del reale”: il diritto si caratterizza per una forma e una materia legate da un rapporto di reciproca determinazione, sia nella sua fondazione filosofica — diritto e giustizia — sia nella sua vita concreta, nella legislazione e nella giurisdizione, in quanto codeterminazione di elemento normativo ed elemento fattuale. L’idea vale per una determinata materia, è ordinata in direzione di questa materia, ma è a sua volta codeterminata dalla materia che essa vuole dominare. Il legislatore stabilisce i profili di tipicità giuridica dei fatti sociali, ma questi portano con sé dal basso un senso giuridicamente rilevante per il diritto; così anche il giudice, nell’applicare le norme, ne coglie il radicamento nella prassi della realtà sociale e da questa si lascia guidare. Il “positivismo ermeneutico” (18) di Radbruch rappresenta l’elemento vivificante del suo relativismo gnoseologico. La scienza giuridica come scienza della cultura (cap. 15) è individualizzante, “idiografica”, nel senso illustrato da Windelband, per quanto ciò possa apparire strano. Se infatti il precetto giuridico è generale, il sistema giuridico, che è il vero oggetto della scienza, è storico e individuale. E soprattutto, il caso giuridico singolare nella sua visione del diritto non rappresenta solo un esempio di una legge generale, come accade per la scienza naturale, ma è vero il contrario: la legge esiste solo in virtù della decisione del caso singolare e in

---

antitesi al diritto naturale, inteso come “diritto naturale dei filosofi” per citare Vico, cioè come diritto di ragione, a cui invece va opposto il vichiano “diritto delle nazioni” (p. 148). Incisivamente prosegue Radbruch: “Ma è possibile un siffatto balzo da ciò che è effettuale a ciò che è normativo, dall’essere al dover essere, dalla realtà al valore?” (p. 150) Sarebbe impossibile “se la natura della cosa emergesse realmente da una materia prima naturale puramente informe e senza senso” (ibidem). Qui Radbruch ricorda il Goethe dei *Wanderjahre* di Wilhelm Meister (Libro 3, cap. 1): “*Ubi homines sunt modi sunt*. Dove gli uomini convergono in società, si forma del pari il modo in cui essi possono essere e rimanere insieme”. “I rapporti di vita recano con sé, se pure più o meno sviluppati, la loro misura e il loro ordine. Questo ordinamento inerente alle cose si chiama natura della cosa” (ibidem) ed esprime il senso di un rapporto di vita riferito a un’idea giuridica. Il senso non è per Radbruch un elemento della struttura del fatto, non è insito nella realtà, ma è il risultato di un’elaborazione del fatto alla luce dell’idea. Radbruch conferma e amplia le sue considerazioni nel successivo *Die Natur der Sache als juristische Denkform*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1954.

(18) G. CARLIZZI, *Gustav Radbruch e la nascita dell’ermeneutica giuridica contemporanea*, in Id., *Contributi alla storia dell’ermeneutica giuridica contemporanea*, La Scuola di Pitagora, Napoli, 2012, pp. 11-57.

effetti, in questo senso teleologico, "il diritto non è la totalità delle norme, bensì è la totalità delle decisioni" (cap. 15, p. 135).

Ciò comporta allora che la scelta dei fini è carica di orientamento alla giustizia, piena di valori da proporre e realizzare, per quanto relativi: niente di più lontano quindi da una forma di scetticismo nichilistico o paralizzante <sup>(19)</sup>. Al contrario il relativismo gnoseologico di Radbruch chiama ciascuno a fornire la propria testimonianza, che nel suo caso egli fuse con la propria visione goethiana del mondo. Per tutta la vita rifiutò di abbracciare un sistema o un'ideologia e diffidò di qualsiasi fondazione giuridica assoluta, posta su basi politiche, culturali o religiose, che gli sembravano arbitrarie e autoritarie. Come scrisse Erik Wolf, il relativismo di Radbruch era molto più che un metodo logico e un criterio sociologico, era un'esperienza dell'anima <sup>(20)</sup>, necessaria per porsi di fronte alle domande fondamentali della filosofia del diritto con tutte le loro contraddizioni. E senza la pretesa di risolverle, né di rendere semplice la vita: "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!" (cap. 9, p. 86)

---

<sup>(19)</sup> Alessandro Baratta scrisse di un "relativismo positivo" di Radbruch. Cfr. A. BARATTA, *Relativismus und Naturrecht im Denken Gustav Radbruchs*, in « Archiv für Rechts — und Sozialphilosophie », 1959, pp. 505-537. In tema anche J.M.R. PANAGUA, *El relativismo jurídico de Radbruch y su consecuencia política*, in « Revista de Estudios Políticos », 128 (1963), pp. 77-101. Di recente J.R. SIECKMANN, *Il relativismo ricostruito. Un'analisi della filosofia del diritto di Gustav Radbruch*, in « Ars Interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica », 2/2012, pp. 75-93. Qui però l'autore ammette di non fornire un'interpretazione di Radbruch, cioè di non presentare le sue opinioni, quanto invece una ricostruzione del suo pensiero alla luce delle contemporanee teorie dei principi fondamentali del diritto.

<sup>(20)</sup> E. WOLF, *Revolution or Evolution in Gustav Radbruch's Legal Philosophy?* in « Natural Law Forum », 25 (1958), pp. 1-23. Cfr. p. 19. Anche in tedesco: *Umbruch oder Entwicklung in Gustav Radbruchs Rechtsphilosophie?*, in « Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie », 45 (1959), pp. 481-503. Inoltre ID., *Ricordo di Gustav Radbruch*, in « Rivista italiana di Scienze Giuridiche », III (1949), pp. 397-400.

### 3. *Il relativismo "positivo" di Radbruch.*

Le due facce del suo relativismo convergono nell'idea della democrazia. Da un lato il rifiuto di identificarsi con concezioni assolute, affinché nessuno possa vedere nell'avversario politico solo "stoltezza e malvagità", in quanto nessuna concezione politica può essere provata né confutata; dall'altro la convinzione che proprio per questo "ogni concezione politica va rispettata". (*Premessa*). Il suo è perciò un appello alla fermezza nel professare le proprie idee e al senso di giustizia verso quelle altrui.

Se dunque per un verso proprio nella *Filosofia del diritto* del '32 l'autore riconferma e consolida il proprio orientamento relativista, affermando che ciò che "ha costituito finora il metodo della nostra riflessione, diviene adesso un elemento strutturale del nostro sistema" (cap. 10, p. 92), in un altro passo molto significativo della medesima opera (cap. 2) Radbruch spiega che "il relativismo appartiene alla ragione teoretica, non a quella pratica" (21). Egli non rinuncia affatto a "prendere posizione", come Ponzio Pilato, ma al contrario, proprio dal silenzio della ragione teoretica trae il motivo per un forte appello alla ragione pratica, come il Nathan di Lessing, che così bene esprime nel contempo la tolleranza e l'investimento morale e spirituale di Radbruch nella professione delle sue idee. Sulle orme del "suo" Goethe (22), Radbruch pensava che il pluralismo delle idee fosse fondato sulla diversità degli uomini e quindi fosse insuperabile. Cosicché "quando si sa da quale parte si sta, si è già fatto abbastanza" (cap. 2, p. 20).

"Saper stare da una parte" e "dimostrare la virtù della pietra del proprio anello" sono le cifre identificative della sua biografia personale, intellettuale e politica (23). In questo senso preciso poteva dire

---

(21) "Significa rinuncia alla fondazione scientifica delle prese di posizione ultime, non certo rinuncia a esse", cap. 2, p. 19.

(22) Cfr. G. RADBRUCH, *Il diritto nella visione goethiana del mondo*, tr. it. di B. LEONI, in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », 4/5, 1940, pp. 193-205.

(23) A. KAUFMANN, *Gustav Radbruch — Leben und Werk*, in G. RADBRUCH, *Gesamtausgabe*, bearb. von Arth. Kaufmann, C.F.Müller, Heidelberg, 1987, Bd. I. Sul Radbruch di Kaufmann, cfr. M. RODRÍGUEZ MOLINERO, *Gustavo Radbruch visto por Arthur Kaufmann*, in « Persona y Derecho », 47 (2002), pp. 17-104.

nel saggio del '34 *Le relativisme dans la philosophie du droit*,<sup>(24)</sup> quasi coevo quindi alla terza edizione della *Rechtsphilosophie*, che “serve un bel coraggio a professare il relativismo ai nostri tempi”<sup>(25)</sup>. Se in qualche modo il relativismo era considerato sintomo di una mancanza di convinzione e di carattere, il suo compito era esattamente quello di dimostrare il contrario: nessuna mancanza di convinzione, ma l'espressione di forti ideali e coraggiose testimonianze di vita.

Nel saggio sul relativismo egli osserva acutamente che il diritto positivo può fornire a una certa opinione la forza vincolante, ma non la forza per convincere; può porre fine alla lotta per il potere tra le parti contendenti, ma non alla lotta delle opinioni. Una decisione sulle opinioni eccederebbe la funzione del legislatore; anzi la sua funzione è considerata legittima a condizione di lasciar libero il confronto delle diverse opinioni giuridiche, mediante le libertà di manifestazione del pensiero, di associazione e di stampa. È degno di nota che Radbruch reputi il relativismo un'idea strettamente legata allo Stato di diritto<sup>(26)</sup>, in quanto la funzione di certezza esercitata dall'autorità deve rivolgersi non soltanto ai sottoposti ma allo stesso legislatore in forma di autolimitazione e di separazione dei poteri. Già nel densissimo capitolo 26 della *Filosofia del diritto (Lo Stato di diritto)*, p. 205) aveva sostenuto che “se la certezza è il fondamento del diritto di legiferare di ogni potere statale, dev'essere anche il suo limite” (...) L'idea stessa di certezza che chiama lo Stato a legiferare esige anche la soggezione alle leggi”. E se “giusnaturalistico” è il precetto che autorizza la legislazione del sovrano (non essendovi norma positiva in grado di farlo), altrettanto giusnaturalistico è quello che “richiede la soggezione del potere alle sue leggi”. L'obbligo di rispettare lo Stato di diritto ha un'origine metapositiva.

Su questa strada Radbruch afferma che il relativismo richiede

---

(24) G. RADBRUCH, *Le relativisme dans la philosophie du droit*, in « Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique », 1/2 (1934), pp. 105-10, poi in tedesco *Der Relativismus in der Rechtsphilosophie*, in Id., *Der Mensch im Recht*, (1927) 3. Aufl., Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1969, pp. 80-87. Di questo testo è disponibile una traduzione italiana a cura di M. PENNASILICO, *Il relativismo nella filosofia del diritto*, in « Diritto e cultura », n. 1/1993, pp. 53-58.

(25) G. RADBRUCH, *Le relativisme...*, cit., p. 105.

(26) “Le relativisme demande l'Etat de droit”, ivi, p. 108.

anche lo Stato democratico (27). Difatti l'eguaglianza delle opinioni presuppone l'eguaglianza degli uomini e quindi il principio di maggioranza. Un relativismo molto esigente, come si vede. Di fronte all'obiezione di un rischio autodistruttivo insito in un sistema democratico basato sul relativismo (28), egli ribatte che il carattere formale della democrazia può risolvere questo dilemma. È vero che "la libertà di rinunciare alla libertà fa parte della libertà stessa" (29) e quindi una dittatura può sorgere in forme democratiche. Sotto questo aspetto, la democrazia è il fondamento di tutte le forme di Stato. Ma se è così, dev'esserlo non soltanto al momento della nascita di un regime, ma per tutta la sua esistenza, affinché non accada che la maggioranza di oggi imponga una dittatura non più modificabile dalle maggioranze di domani. Ciò comporta perciò che il relativismo può tollerare tutte le opinioni salvo quelle intolleranti che distruggerebbero le basi del dialogo delle opinioni e che lo Stato democratico non può non emarginare i partiti e i movimenti anti-democratici.

Concludendo il saggio, che si segnala per l'incisività e l'asciuttezza, Radbruch ritiene di essere riuscito a legittimare le esigenze oggettive del diritto naturale senza adoperare il principio metodico del "giusnaturalismo", anzi accordandole all'etica del relativismo. I diritti umani, lo Stato di diritto, la separazione dei poteri, la sovranità popolare, la libertà e l'eguaglianza degli uomini "sono riapparsi dai flutti della marea dello scetticismo in cui sembravano annegare" (30), dice Radbruch. Il suo relativismo non è scetticismo. Tali principi sono il fondamento indistruttibile (*la base indestructible*), da cui ci si può allontanare, ma a cui bisogna sempre tornare. A questo relativismo giuridico egli è rimasto fedele, come scrisse Karl En-

---

(27) "Le relativisme, en demandant l'Etat de droit, demand donc aussi la separation des pouvoirs. (...) Le relativisme demande un Etat démocratique", ibidem.

(28) "Le relativisme paraît se détruire lui-même", p. 109.

(29) "La solution de ce dilemme derive du caractère formel de la démocratie. La liberté de renoncer à la liberté est inhérente à l'idée de liberté elle-même. Voilà pourquoi una dictature peut s'établir par des methods démocratiques. La démocratie est, en même temps, une des formes d'Etat à côté des autres, et le fondement de toutes les autres formes d'Etat", ibidem.

(30) "Liberté et égalité, les idées de 1789 ont ressuscité du flot sceptique où elles paraissaient se noyer", ibi, p. 110.

gisch<sup>(31)</sup>. Anche dopo il nazismo e dopo la guerra, quando Radbruch è divenuto l'autore della "formula" del *gesetzliches Unrecht*.

Una corretta comprensione del relativismo metodologico di Radbruch consente di scendere con il migliore equipaggiamento sul terreno assai arato della questione della continuità<sup>(32)</sup> o discontinuità<sup>(33)</sup> del suo pensiero, in quanto permette di valutarlo nella sua interezza, senza enfatizzare alcune delle sue componenti a danno delle altre<sup>(34)</sup>. Raramente Radbruch ha potuto beneficiare ai suoi tempi di un giudizio meditato ed equanime, risultando sovente vittima di formule artificiose e riduttive, ingenerose perché disattente alla complessità e allo spessore dei temi da lui affrontati e risolti. Fu pensatore "individualistico" per Binder<sup>(35)</sup>, autore di "un pensiero unidimensionale, incapace di comprensione della realtà sociale" per Erich Kaufmann<sup>(36)</sup>, di un "relativismo assoluto" (con formula curiosa) per von Hippel<sup>(37)</sup>, espressione di "cinismo rela-

(31) K. ENGISCH, *Gustav Radbruch als Rechtsphilosoph*, in « Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie », XXXVIII (1949-1950), pp. 305-16. Cfr. in particolare p. 311: "Er hat seinen Relativismus nicht preisgegeben".

(32) In senso continuista, cfr. ad esempio K. ENGISCH, *Gustav Radbruch als Rechtsphilosoph*, cit.; oppure E. WOLF, *Revolution or Evolution in Gustav Radbruch's Legal Philosophy?*, cit; più di recente R. DREIER- S.L. PAULSON, *Einführung in die Rechtsphilosophie Radbruchs*, in G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie. Studienausgabe*, 2. Aufl., hrsg von R. Dreier und S.L. Paulson, C.F. Müller, Heidelberg, 2003, pp. 237-53. Di Paulson vanno ricordati anche i saggi recentemente riuniti nella raccolta *La filosofía del derecho de Gustav Radbruch*, traducción e introducción crítica de A. Nava Tovar, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2018, in particolare i capp. III, V e VI.

(33) In senso discontinuista cfr. ad esempio F. VON HIPPEL, *Gustav Radbruch als rechtsphilosophischer Denker*, in « Süddeutsche Juristen-Zeitung », 7 (1950), pp. 465-478; anche L. FULLER, *American Legal Philosophy at Mid-Century. The Legal Philosophy of Gustav Radbruch*, in « Journal of Legal Education », 6 (1954), pp. 457-81.

(34) H. LEAWOODS, *Gustav Radbruch: An Extraordinary Legal Philosopher*, in « Washington University Journal of Law and Politics », 2/2000, pp. 489-515. A proposito del "giusnaturalismo" di Radbruch egli osserva: "(...)such a reading is a misplaced emphasis on one part of his theory at the expense of understanding it in its entirety", p. 496.

(35) J. BINDER, *Philosophie des Rechts*, Stilke, Berlin, 1925, p. 289.

(36) E. KAUFMANN, *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie*, Mohr, Tübingen, 1921, p. 66.

(37) E. VON HIPPEL, *Einführung in die Rechtstheorie*, Junker & Dünnhaupt, Berlin, 1955<sup>4</sup>, p. 99.

tivistico” per Nelson <sup>(38)</sup>, di “scetticismo sofisticato” per Jaspers <sup>(39)</sup>, “di uno spirito del tutto privo di creatività” secondo Larenz <sup>(40)</sup>, “di una filosofia debole e misera” per Stammler <sup>(41)</sup>, “di un’assoluta rassegnazione” per Boehmer <sup>(42)</sup>.

Queste critiche di razionalismo intellettualistico sorvolavano sul punto più importante da giudicare: l’impossibilità di considerare i valori come oggetto di conoscenza razionale ma solo di professione in termini di impegno morale non comportava per Radbruch alcun indifferentismo: né un rifiuto scettico dei valori, né un nichilismo decadente, ma solo un punto di partenza di metodo e di principio, atto a scongiurare tutte le fondazioni assolute sul terreno giuridico e a lasciare libero campo al confronto delle opinioni democratiche, tutelate dall’autorità di uno Stato di diritto. Proprio sul terreno delle istituzioni egli mostra un relativismo consapevole dei suoi limiti, bisognoso di principi e regole necessarie alla sua sopravvivenza. I limiti e le condizioni del relativismo agiscono in modo inavvertito nei “tempi ordinari”, come l’aria che respiriamo, ma possono venire tragicamente in evidenza in “tempi straordinari” <sup>(43)</sup>, costringendoci a rievocarne la necessità in termini assoluti e inderogabili.

Non si tratta di sostenere che il suo pensiero sia rimasto sempre uguale da *Grundzüge der Rechtsphilosophie* del 1914 a *Vorschule der Rechtsphilosophie* del 1948. Piuttosto egli ha operato correzioni nell’ambito di un disegno complessivo, che non fanno pensare a “una sostanziale trasformazione del suo punto di vista”, per usare l’espressione di Lon Fuller, ma a un’elaborazione progressiva di uno schema suscettibile di evoluzione in rapporto agli eventi della storia, com’egli scrive a chiare lettere parlando del rapporto antinomico tra componenti dell’idea del diritto (giustizia, utilità e certezza).

<sup>(38)</sup> L. NELSON, *Die Rechtswissenschaft ohne Recht*, Verlag von Veit & Comp., Leipzig, 1917, p. 130.

<sup>(39)</sup> K. JASPERS, *Vernunft und Existenz*, J.B.Wolters, Groningen, 1935, p. 72.

<sup>(40)</sup> K. LARENZ, *Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart*, Junker & Dünhaupt, Berlin, 1935<sup>2</sup>, p. 76.

<sup>(41)</sup> R. STAMMLER, *Rechtsphilosophie*, in *Das gesamte Deutsche Recht*, hg von R. Stammler, Stilke, Berlin, 1932, p. 19.

<sup>(42)</sup> G. BOEHMER, *Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung*, I, Mohr, Tübingen, 1952, p. 147.

<sup>(43)</sup> H. LEAWOODS, *Gustav Radbruch: An Extraordinary Legal Philosopher*, cit., spec. p. 491; p. 500; pp. 503 e ss.

La tesi della conversione di Radbruch dal giuspositivismo al giusnaturalismo poggia su formule inadatte a lui e irrispettose del senso complessivo della sua opera <sup>(44)</sup>. Fin dagli anni '30 aveva preso kantianamente le distanze dal giusnaturalismo e nel contempo denunciato i limiti del positivismo alla luce della sua articolata concezione del diritto, insofferente di ogni riduzionismo. Più congruo sarebbe chiedersi: ha mai rigettato il suo relativismo nella filosofia giuridica per “tornare” alla dottrina del diritto naturale, in verità mai abbracciata? Ha mai abbandonato il dualismo metodologico tra essere e dover essere? Ha mai rivisto le sue idee sull’antinomia dinamica tra giustizia, finalità e certezza giuridica? Ha mai sconfessato l’intreccio di relativismo, democrazia e Stato di diritto?

In caso affermativo bisognerebbe senz’altro ammettere una trasformazione radicale, che comporterebbe un superamento della *Rechtsphilosophie*, che tuttavia egli ha sempre considerato l’espressione definitiva del suo pensiero, pur avendo avuto modo e tempo di rivederla fino al 1949, anno della sua morte. Avrebbe senz’altro potuto segnalare modifiche importanti, come aveva fatto all’atto di presentarla ai lettori nel 1932, quando scriveva che, pur potendosi considerare l’opera una terza edizione dei *Grundzüge* del 1914, in realtà essa era “più un nuovo libro che una nuova edizione”. (*Premessa*)

#### 4. *Relativismo, democrazia e Stato di diritto.*

Dopo la seconda guerra mondiale Radbruch fa uscire nel '48 *Vorschule der Rechtsphilosophie*, inteso da lui come libro riassuntivo del proprio percorso filosofico e che non voleva in alcun modo sostituirsi all’opera principale. Pubblica anche alcuni saggi più

---

<sup>(44)</sup> Un’analisi attenta ed equilibrata si può leggere in U. Neumann, *Naturrecht und Rechtspositivismus in Denken Gustav Radbruchs. Kontinuitäten und Diskontinuitäten*, in “*Vom Rechte, das mit uns geboren ist*”. *Aktuelle Probleme des Naturrechts*, hg. von W. Hörlle und B. Vogel, Verlag Herden, Freiburg i.B., 2007, pp. 11-32. Segnalo alcuni passaggi rilevanti di questo saggio: la domanda sulla posizione di Radbruch tra giusnaturalismo e giuspositivismo non ammette soluzioni semplificate (p.12); Radbruch non fu in nessun momento un giuspositivista in senso stretto, né un coerente giusnaturalista (p.27); la vera evoluzione del suo pensiero è uno sviluppo che va dalla teoria della conoscenza alla filosofia pratica del diritto (p. 28).

brevi<sup>(45)</sup>, su due dei quali concentriamo ora l'attenzione: *Fünf Minuten Rechtsphilosophie*<sup>(46)</sup>(1945) e (particolarmente fortunato) *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*<sup>(47)</sup> (1946). Questi due testi conterrebbero la "svolta", specialmente il secondo, con le formule della negazione legale del diritto e della nullità della legge per deliberata violazione dell'eguaglianza.

L'autore è indubbiamente segnato dalla dura esperienza sul piano personale, spirituale e culturale. *Fünf Minuten Rechtsphilosophie* si apre con un attacco alla principale tesi giuspositivistica (*Gesetz ist Gesetz*), che, eguagliando la legge e il potere, ha reso i cittadini privi di difesa contro l'arbitrio. Tutto ciò che è utile per il popolo, a giudizio del detentore del potere, può diventare legge. Ma, ricorda Radbruch, il diritto è volontà tesa alla giustizia e la giustizia vuol dire rispetto dell'eguaglianza: due tesi già nitidamente esposte nella *Rechtsphilosophie*. Se la legge deliberatamente tradisce questa volontà di giustizia, ad esempio violando i diritti umani, essa perde il suo carattere giuridico. I cittadini non sono più tenuti a darle obbedienza (così come per le *Schandgesetze*, le leggi-vergogna, ricordate nella *Rechtsphilosophie*), ma anche i giuristi devono trovare il coraggio di negarle il carattere di legge<sup>(48)</sup>. La fattispecie delle *Schandgesetze* era contrassegnata dalla mancanza di validità, non di

---

(45) Vanno ricordati anche: *Neue Parteien — Neuer Geist* del '45 e *Gerechtigkeit und Gnade* del '49, ora in G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, hrsg von E. Wolf und H.P. Schneider, K.F. Koehler, Stuttgart, 1973 e *Die Erneuerung des Rechts* del 1947, in W. Maihofer (Hrsg), *Naturrecht oder Rechtspositivismus?*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1962.

(46) G. RADBRUCH, *Fünf Minuten Rechtsphilosophie*, in G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie. Studienausgabe*, 2. Aufl., hrsg von R. Dreier und S.L. Paulson, C.F. Müller, Heidelberg, 2003, pp. 209-10.

(47) G. RADBRUCH, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, in G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, cit., pp. 211-219. Di questo testo è disponibile una traduzione italiana di E. FITTIPALDI dal titolo *Ingiustizia legale e diritto sovralegale*, in *Filosofia del diritto*, a cura di A.G. Conte, P. Di Lucia, L. Ferrajoli, M. Jori, Raffaello Cortina Editore, Milano 2013, pp. 162-173. L'espressione *gesetzliches Unrecht* comunemente resa con "torto legale", "illecito legale" o "ingiustizia legale" trova, a mio giudizio, la traduzione più corretta nella formula "negazione legale del diritto" per i motivi spiegati in G. CARLIZZI, *I fondamenti filosofici della "Duplice formula di Radbruch"*, in « Annali dell'Università Suor Orsola Benincasa », 2016-2018, pp. 51-70, spec. p. 69, e ribaditi nell'*Introduzione* di questo volume.

(48) "(...) dann müssen auch die Juristen den Mut finden, ihnen den Rechtscharakter abzusprechen", p. 210.

giuridicità, dei precetti, dal momento che all'epoca Radbruch non aveva ancora enucleato la seconda fattispecie presente nella sua "duplice formula". Le leggi-vergogna, collocate nell'ambito del discorso sulla validità del diritto (cap. 10), sono intollerabilmente ingiuste, ma non prive di natura giuridica; soggiacciono così all'indeterminatezza cognitiva che ne consente la critica e la violazione solo nel foro individuale. Radbruch non ha ancora collegato ai diritti umani (in sé "evidenti") il contenuto minimo necessario della giustizia cui il diritto deve servire. Questa discontinuità nel grado di cogenza della certezza del diritto, ammessa nell'economia generale del suo sistema dalla flessibilità delle antinomie tra le componenti dell'idea del diritto, e l'emersione di un'ipotesi ulteriore di leggi giuridicamente nulle, perché prive dello stesso carattere giuridico, non segnano un sovvertimento quanto un'integrazione del quadro della *Rechtsphilosophie*.

La risoluzione del conflitto tra giustizia e certezza non è più confinata relativisticamente nell'ambito della coscienza individuale, come stabilito nello schema della *Rechtsphilosophie*. Ci possono essere leggi così intenzionalmente ingiuste e dannose che il loro carattere normativo dev'essere negato *giuridicamente*, in quanto in contrasto con principi di diritto più vincolanti di qualsiasi legge<sup>(49)</sup>. Si tratta di principi noti come diritto naturale o diritto della ragione (*das Naturrecht oder das Vernunftrecht*). Il contenuto della giustizia diviene ora in qualche misura "necessario"; i diritti umani diventano necessari per la sua concretizzazione, appartengono alla giustizia. Ma come determinarli? Come possiamo individuarli con un rigore scientifico che Radbruch aveva considerato a loro inapplicabile?

La risposta adesso proviene direttamente dal dominio della ragione pratica: se resta vero che dal punto di vista conoscitivo il loro contenuto è indeterminato, tuttavia il lavoro dei secoli (*die Arbeit der Jahrhunderte*) ha fissato un nucleo solido di principi che hanno ottenuto un consenso talmente vasto mediante le dichiarazioni dei diritti umani e civili che soltanto uno scettico "intenzionale" (*gewollte*) potrebbe coltivare dubbi a questo proposito. Sarebbe questo uno scetticismo dogmatico e irragionevole, non più la scelta legittimamente relativistica tra valori in conflitto tra loro.

---

<sup>(49)</sup> "Es gibt also Rechtsgrundsätze, die stärker sind als jede rechtliche Satzung (...)", *ibidem*.

Anche il saggio successivo, il ben più noto *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, s'inizia con la constatazione dell'incapacità del giuspositivismo di fondare la validità delle norme. È senz'altro vero che ogni legge positiva reca con sé un valore di certezza indipendentemente dal proprio contenuto, ma la certezza non è l'unico valore del diritto, né quello decisivo<sup>(50)</sup>. Convive con l'utilità e la giustizia: tesi arcinota. Il suo conflitto con la giustizia è piuttosto ricorrente (e a volte è un conflitto "interno" alla giustizia medesima, essendo la stabilità delle norme e della loro applicazione parimenti un'esigenza di giustizia); di solito si risolve a vantaggio del diritto positivo, anche quando il suo contenuto è "ingiusto" o teleologicamente inadeguato, a meno che il contrasto non giunga a un tale grado di intollerabilità che la legge, per il suo contenuto ingiusto, "deve cedere alla giustizia"<sup>(51)</sup>. Radbruch riconosce ancora una volta la difficoltà epistemica insita nel tracciare una linea precisa tra casi di ingiustizia "legale" e leggi valide ancorché ingiuste per il contenuto; tuttavia, vi è un'altra linea che può invece essere tracciata con precisione, allorché la legge nega di proposito quell'eguaglianza che costituisce il nucleo della giustizia. In tal caso essa non è soltanto diritto ingiusto, di difficile identificazione, ma è semplicemente "non diritto", è "privo di natura giuridica"<sup>(52)</sup>. Infatti il diritto (come è noto) è un ordinamento che, secondo il suo senso, è al servizio della giustizia. Il regime hitleriano ha manifestato la più totale mancanza di senso della verità e della giustizia innalzando al rango di legge qualsiasi arbitrio. Le sue leggi si sono sottratte al requisito che determina l'essenza della giustizia: trattare il simile in modo simile. Ha trattato alcuni come esseri inferiori negando i diritti della loro umanità. Occorre adoperarsi affinché questa terribile esperienza resti un'aberrazione irripetibile e non abbia a ripresentarsi uno "Stato di non diritto" (*Unrechtsstaat*), superando quel principio del giuspositivismo (*la legge è legge*), che ha incrinato il delicato equilibrio degli elementi del diritto e ci ha anche resi impotenti di fronte

---

<sup>(50)</sup> "Aber Rechtssicherheit ist nicht der einzige und nicht der entscheidende Wert", cfr. G. RADBRUCH, *Gesetzliches Unrecht...*, cit, p. 215.

<sup>(51)</sup> "(...) das Gesetz als 'unrichtiges Recht' der Gerechtigkeit zu weichen hat", ivi, p. 216.

<sup>(52)</sup> "(...) das Gesetz nicht etwa nur 'unrichtiges Recht', vielmehr entbehrt es überhaupt der Rechtsnatur", cfr. *ibidem*.

agli abusi della legislazione nazista. Non sembra giusto allora sostenere che “prima dell’epoca nazionalsocialista Radbruch era positivista” e poi “ha modificato le sue concezioni e sostenuto l’opinione secondo cui il positivismo avrebbe reso inermi sia i giuristi sia il popolo di fronte a leggi tanto così arbitrarie, tanto crudeli, tanto criminali” (53). “Prima dell’epoca nazionalsocialista” Radbruch non immaginava neppure che qualcuno avrebbe potuto mettere in forma di legge il desiderio di “eliminare psichicamente e materialmente determinate fasce della popolazione inclusi donne e bambini in base a criteri razziali”, come scriverà il Tribunale Costituzionale Tedesco nella decisione del 14 febbraio 1968 (54); né che fosse necessario dichiararsi giusnaturalisti per far notare che queste aberrazioni “non hanno nulla a che vedere con il diritto e la giustizia”.

È giusto ricordare che già nel ’32, nella *Filosofia del diritto*, egli aveva spiegato che la costruzione dello Stato di diritto soggiace all’applicazione del concetto di diritto: “può dirsi diritto solo ciò che tende alla giustizia” e giacché “con la giustizia è posta anche l’eguaglianza”, ne derivava che un ordine statale che violasse l’eguaglianza di trattamento, che “pretendesse di valere solo per alcuni individui o per alcuni casi particolari non sarebbe diritto ma arbitrio” (cap. 26, p. 206).

È noto altresì come Herbert Hart (55) abbia sostenuto che le tesi di Radbruch nascondano il pericolo di legittimare acriticamente le

---

(53) R. ALEXY, *Concetto e validità del diritto*, (1992), tr. it. a cura di F. Fiore, Einaudi, Torino, 1997, p. 45. Peraltro Alexy sembra rivedere la sua posizione in un altro scritto posteriore (2017) dedicato a Radbruch, dove sostiene una tesi sostanzialmente continuista, Cfr. *Gustav Radbruch’s Concept of Law*, rinvenibile sul sito della P.J. Šafárik University di Košice, [www.upjs.sk/en/faculty-of-law/department-of-theory-of-the-state-and-law/](http://www.upjs.sk/en/faculty-of-law/department-of-theory-of-the-state-and-law/). Spec. p. 2: “The analysis will lead, nearly by itself, to a continuity thesis. It claims that Radbruch was already in 1932 a non-positivist, and that his alterations in the system, far from disrupting it, were modest in character, but they had nevertheless, far-reaching consequences”. Anche in tedesco, R. ALEXY, *Gustav Radbruchs Rechtsbegriff*, in A. von Arnald-I. Augsburg-R. Meyer-Pritzl (Hg.), *350 Jahre Rechtswissenschaftliche Fakultät der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel*, Mohr, Tübingen 2018, pp. 237-249.

(54) BVerfGE, Bd.23, pp. 98-113, spec. p. 98: “Der Versuch, nach rassischen Kriterien bestimmte Teile der eigenen Bevölkerung mit Einschluß der Frauen und Kinder physisch und materiell zu vernichten, hat mit Recht und Gerechtigkeit nichts gemein”.

(55) H. HART, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, in « Harvard Law Review », I, 1958, pp. 593-629, tr. it. in Id., *Contributi all’analisi del diritto*, a cura di V. Frosini, Giuffrè, Milano, 1964, pp. 105-166.

leggi e di impedire paradossalmente una loro critica dal punto di vista morale proprio nella misura in cui sovrappongono un giudizio extrapositivo a quello relativo alla loro validità giuridica. Se si ritiene infatti che una norma sia giuridica solo se il suo contenuto è compatibile con la morale, accade che chi identifichi una norma come giuridica è costretto per ciò stesso a ritenerla anche morale, in quanto il test della sua legittimità sarebbe contenuto nel carattere giuridico. Se così fosse, in effetti ne risulterebbe un grave *vulnus* per il suo “relativismo positivo”.

Radbruch però non sostiene la necessità di un accordo sostanziale di ogni singola norma con la morale, perché il carattere giuridico va perduto solo se il contrasto tra morale e diritto raggiunge una misura intollerabile. Si tratta di una connessione “debole”, secondo Robert Alexy <sup>(56)</sup>. Per il resto anche norme ingiuste possono essere diritto. Quindi anche le tesi di Radbruch consentono una critica morale del diritto: la differenza sta nel fatto che al di là di una determinata soglia si perde il carattere giuridico della norma ingiusta. In tal caso, a differenza di quanto accade per i casi di estrema intollerabilità, la nullità diviene palese e rende certa anche la sua conoscibilità superando il limite epistemologico che è alla base del relativismo giuridico. La decisione del BVerfGE sul decreto di cittadinanza del regime nazista sopra ricordata dice che l’ingiustizia ha raggiunto una misura intollerabile e per questo tale circostanza è anche “evidente”. Certo, è possibile ritenere che la difficoltà cognitiva permanga in ogni caso e che pertanto tutti i giudizi sulla giustizia siano infondati sul piano razionale. Ma sarebbe una forma radicale di relativismo, una sorta di dogmatismo, com’egli sostiene nelle conclusioni del saggio *Gesetzliches Unrecht*.

In quelle pagine con grande lucidità Radbruch distingue il discorso rivolto al futuro (*Das gilt für die Zukunft*) dall’esame di casi giudiziari critici del periodo nazista, per i quali bisogna, come sempre, conciliare le esigenze di giustizia con la certezza giuridica. L’equilibrio e la misura mostrata in merito a quei casi di leggi intollerabilmente ingiuste, (si vedano a tale riguardo le considerazioni svolte da Gaetano Carlini in questo volume <sup>(57)</sup>) in cui egli

---

<sup>(56)</sup> R. ALEXY, cit., p. 47.

<sup>(57)</sup> Si veda anche G. CARLINI, *I fondamenti filosofici della “Duplice formula di Radbruch”*, cit.

rifiuta un'incriminazione *ex post* delle condotte e procede invece a un esame distinto di ciascuna fattispecie, confermano il suo atteggiamento di fondo. Non dovrebbe mai essere lecito a un giudice annullare di propria iniziativa le leggi, sostiene Radbruch. Il compito dovrebbe essere riservato al legislatore o a un tribunale superiore (58). In egual misura occorre rispettare la giustizia e la certezza giuridica, in quanto quest'ultima è anch'essa parte della giustizia e solo le istituzioni dello Stato di diritto sono in grado di assicurare entrambe le esigenze. Se la democrazia è sicuramente un bene prezioso, lo Stato di diritto è di più: è come il pane quotidiano, come l'acqua che beviamo, l'aria che respiriamo (*das tägliche Brot, wie Wasser zum Trinken und wie Luft zum Atmen*). Il passo conclusivo di *Gesetzliches Unrecht* è un inno allo Stato di diritto: al suo servizio è posta anche la democrazia, la cui virtù principale consiste proprio nell'assicurare lo Stato di diritto (59). Al di sopra di tutto, anche del relativismo, vi sono le istituzioni della libertà giuridica e politica. Nel sistema di Radbruch non c'è spazio per il relativismo pratico, come egli ha esplicitamente ammesso, perché tra la libertà e la sua negazione non si dà una scelta relativistica. Quando le libertà fondamentali sono minacciate, vanno difese dall'attacco dei nemici perché sia ripristinato lo spazio del libero confronto delle opinioni. La democrazia di Radbruch non è semplice relativismo. Se così fosse, la sua idea del diritto celerebbe il rischio di una contrapposizione della pronuncia del giudice (in nome della giustizia) alla decisione del legislatore legittimato democraticamente: una lesione del principio democratico e anche della divisione dei poteri. Per Radbruch però accanto al principio (indefettibile) della sovranità popolare, espresso dalla regola della maggioranza, vige, come abbiamo visto, un nucleo consistente di requisiti sostanziali. La democrazia possiede una propria "moralità interna", fondata sulla dignità e sull'eguaglianza di tutte le persone, che va strenuamente difesa e mai considerata come acquisita in via definitiva. Nessuno può pensare che non accadrà più o che "a noi non

---

(58) "(...) diese Aufgabe sollte vielmehr einem höheren Gericht oder der Gesetzgebung vorbehalten bleiben", cfr. G. RADBRUCH, *Gesetzliches Unrecht...*, cit., p. 217.

(59) "Demokratie ist gewiß ein preisenswertes Gut, Rechtsstaat aber ist wie das tägliche Brot, wie Wasser zum Trinken und wie Luft zum Atmen, und das Beste an der Demokratie gerade dieses, daß nur sie geeignet ist, den Rechtsstaat zu sichern", *ivi*, p. 219.

accadrà”, come ha scritto Aharon Barak. Se la democrazia è stata distrutta nella Germania di Kant, Beethoven e Goethe, può essere distrutta ovunque e se noi non sappiamo proteggerla, la democrazia non potrà proteggere noi <sup>(60)</sup>.

Per tornare allora ai quesiti sulla sua “conversione”, mi sembra possa ritenersi che il relativismo etico di Radbruch, se ben compreso e nei limiti della sua sostenibilità di cui egli era consapevole, rimanga saldamente in piedi. Con le correzioni rese necessarie dalla durezza dei tempi.

Il suo dualismo metodologico richiedeva che gli enunciati di dover essere possono essere derivati solo da altri enunciati di dover essere, ragion per cui le assunzioni ultime di valore non possono essere provate ma solo professate. Il metodo del relativismo implicava che la correttezza di giudizio di valore non possa determinarsi in quanto tale, ma solo in relazione ad altri giudizi di valore all’interno di una certa visione del mondo, ragion per cui non si può dare una risposta universalmente valida al quesito riguardante il contenuto del diritto naturale o del diritto giusto, su cui si possono avere legittimamente opzioni di valore diverse e incompatibili fra loro.

Questo impianto, congeniale ai tempi ordinari, in cui la certezza è buona rappresentante della giustizia, viene riformulata di fronte all’abuso sistematico e intollerabile, che aliena la certezza dal suo presupposto etico di eguaglianza e la rende strumento cieco di discriminazione.

Sopra tutto Radbruch non ha mai smentito la profonda penetrazione di relativismo, democrazia e Stato di diritto. Fin dal saggio del ’34 sul relativismo appare chiaro che i requisiti sostanziali del suo sistema politico sono costruiti da Radbruch a partire dalla critica del giusnaturalismo e dalla negazione dell’esistenza di un diritto giusto. Senza far ricorso al giusnaturalismo, anzi negandolo, come si è già detto, egli è riuscito a giustificare dottrine materiali come lo Stato di diritto, la separazione dei poteri, la sovranità popolare e i diritti dell’uomo. Tutto a partire dal relativismo. *L’ars nesciendi* — osserva Radbruch — si è mostrata molto feconda, ha fatto miracoli. Dal niente ha fatto emergere il tutto <sup>(61)</sup>.

---

<sup>(60)</sup> A. BARAK, *The Judge in a Democracy*, U.P. Princeton, 2006, p. 21.

<sup>(61)</sup> G. RADBRUCH, *Le relativisme...*, cit. p. 110: “*L’ars nesciendi* s’est montré féconde une fois de plus. (...) Un miracle logique s’est effectué: le rien a produit le tout”.

## CENNI BIOBIBLIOGRAFICI

Gustav Radbruch è stato uno dei maggiori giuristi e filosofi del diritto del Novecento.

Nacque a Lubecca il 21 novembre 1878. Figlio di un ricco commerciante, dal 1898 studiò Giurisprudenza a Monaco di Baviera, Lipsia e Berlino. Conseguì il dottorato di ricerca nel 1902 sotto la guida di Franz von Liszt con una tesi intitolata “La teoria della causalità adeguata”. Un anno dopo ottenne l’abilitazione all’insegnamento. Nel 1904 fu nominato professore di diritto penale, procedura penale e filosofia del diritto a Heidelberg. In questo periodo entrò in contatto con alcuni dei massimi protagonisti della vita culturale tedesca, che influenzarono significativamente la formazione del suo pensiero (tra i quali, il sociologo Max Weber, il filosofo Emil Lask e il giurista Hermann Kantorowicz, esponente del “Movimento del diritto libero”) e cominciò a svolgere il suo impegno politico. Insegnò anche nell’Università di Königsberg e in quella di Kiel, per tornare a Heidelberg nel 1926.

Negli anni seguenti Radbruch fu membro del Partito Socialdemocratico di Germania ed ebbe un seggio nel Reichstag dal 1920 al 1924. Nel 1921-1922 e fino al 1923 fu Ministro della Giustizia nei governi di Joseph Wirth e di Gustav Stresemann. Durante il suo ministero furono approvate numerose leggi fondamentali nell’ordinamento giuridico tedesco. Nel 1933 fu allontanato dalla cattedra per le sue idee antinaziste. Restò in Germania ma le sue opere degli anni 30 furono pubblicate all’estero. Nel 1935-36 trascorse un periodo di studio presso l’università di Oxford per approfondire la conoscenza del sistema del diritto inglese.

Alla fine della seconda guerra mondiale fece ritorno a Heidelberg e riprese il suo lavoro intellettuale, che condusse incessantemente fino alla morte, avvenuta il 23 novembre 1949 all’età di settantuno anni.

Le sue opere, che riflettono la straordinaria complessità e ricchezza dei suoi interessi, investendo i più svariati campi dell’esperienza umana (dalla filosofia giuridica al diritto penale, dalla letteratura all’arte, dalla politica alla storia della cultura), sono state raccolte in 20 volumi a cura del suo allievo Arthur Kaufmann: *Gustav Radbruch Gesamtausgabe*, Heidelberg, C.F. Müller, 2003.

Di seguito, per comodità del lettore, forniamo una selezione di tali opere (che costituiscono la “letteratura primaria” e sono state ripubblicate nella suddetta edizione integrale), nonché delle opere su Radbruch (che costituiscono la “letteratura secondaria”).

## Letteratura primaria

## Volumi originali

*Einführung in die Rechtswissenschaft*, Leipzig, Quelle & Meyer, 1910.

*Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Leipzig, Quelle & Meyer, 1914.

*Religionsphilosophie der Kultur*, zusammen mit P. Tillich, Berlin, Reuther & Reichard, 1919.

*Kulturlehre des Sozialismus. Ideologische Betrachtungen*, Stuttgart-Berlin, J.H.W. Dietz Nachfolger, 1922.

*Der Mensch im Recht*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1927.

*Rechtsphilosophie*, Leipzig, Quelle & Meyer, 1932.

*P.J. Anselm Feuerbach. Ein Juristenleben*, Wien, J. Springer, 1934.

*Elegantiae Juris Criminalis*, Basel, Kirchhain, 1938.

*Theodor Fontane oder Skepsis und Glaube*, Leipzig, Koehler & Amelang, 1941.

*Gestalten und Gedanken. Acht Studien*, Leipzig, Koehler & Amelang, 1944.

*Der Geist des englischen Rechts*, Heidelberg, Adolf Rausch Verlag, 1945.

*Vorschule der Rechtsphilosophie*, Heidelberg, Verlag Scherer, 1947.

*Geschichte des Verbrechens. Versuch einer historischen Kriminologie*, mit H. Gwinner, Stuttgart, K.F. Koehler, 1951.

*Der innere Weg. Aufriss meines Lebens*, Göttingen, K.F. Koehler, 1951.

## Saggi originali

*Rechtswissenschaft als Rechtsschöpfung*, in « Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik », 1906, pp. 355-370.

*Über den Begriff der Kultur*, in « Logos », 1911/12, pp. 200-207.

*Rechtsidee und Rechtsstoff. Eine Skizze*, in « Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie », 1923/24, pp. 343-350.

*Zur Problematik der Rechtsidee*, in « Die Dioskuren », 1924, pp. 43-50.

*Le relativisme dans la philosophie du droit*, in « Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique », 1934, pp. 103-110.

*Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken*, in « Revue Internationale de la théorie du droit », 1938, pp. 46-54.

*Fünf Minuten Rechtsphilosophie*, in « Rhein-Neckar Zeitung », 1945, p. 3.

*Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, in « Süddeutsche Juristen-Zeitung », 1946, pp. 1-8.

*Gesetz und Recht*, in « Stuttgarter Rundschau », 1947, p. 5.

*Die Erneuerung des Rechts*, in « Die Wandlung », 1947, pp. 8-16.

*Die Natur der Sache als juristische Denkform*, in *Festschrift für Rudolf Laun*, 1948, pp. 157-176.

*Gerechtigkeit und Gnade*, in *Studi in onore di F. Carnelutti*, I, 1950, pp. 33-41.

Traduzioni in italiano

*Il diritto nella visione goethiana del mondo*, tr. it., di B. Leoni, in « Rivista internazionale di Filosofia del Diritto », 1940, pp. 193-205.

*La natura delle cose come forma giuridica di pensiero*, tr. it. di B. Leoni, in « Rivista internazionale di Filosofia del Diritto », 1941, pp. 145-156.

*Propedeutica alla filosofia del diritto*, a cura di D. Pasini, Torino, Giappichelli, 1959.

*Introduzione alla scienza del diritto*, a cura di D. Pasini, Torino, Giappichelli, 1961.

*Lo spirito del diritto inglese*, a cura di A. Baratta, Milano, Giuffrè, 1962.

*Il concetto di diritto*, in A. Carrino (a cura di), *Metodologia della scienza giuridica*, Napoli, ESI, 1992, pp. 89-97.

*Il relativismo nella filosofia del diritto*, tr. it. di M. Pennasilico, in « Diritto e cultura », 1993, 1, pp. 53-58.

*Idea del diritto e materia del diritto. Uno schizzo*, in A. Mazzei, T. Opocher (a cura di), *Fondazione ontologica e "natura della cosa"*, Padova, Cedam, 2011, pp. 51-58.

*Ingiustizia legale e diritto sovralegale*, tr. it. di E. Fittipaldi, in A.G. Conte, P. Di Lucia, L. Ferrajoli, M. Jori (a cura di), *Filosofia del diritto*, Milano, Raffaello Cortina, 2013, pp. 162-173.

*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.

*Concetti classificatori e concetti ordinatori nel pensiero giuridico*, in G. Carlizzi, V. Omaggio (a cura di), *L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, Pisa, ETS, 2016, pp. 31-37.

## Letteratura secondaria

Studi in lingua straniera

ENGISCH, K., *Gustav Radbruch als Rechtsphilosoph*, in « Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie », 1949-1950, pp. 305-316.

WOLF, E., *Gustav Radbruchs Leben und Werk*, in G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, hrsg. von E. Wolf, Stuttgart, K.F. Koehler, 1950, pp. 17-77.

VON HIPPEL, F., *Gustav Radbruch als rechtsphilosophischer Denker*, Heidelberg, L. Schneider, 1951.

FULLER, L., *American Legal Philosophy at Mid-Century. The Legal Philosophy of Gustav Radbruch*, in « Journal of Legal Education », 1954, pp. 457-481.

WOLF, E., *Revolution or Evolution in Gustav Radbruch's Legal Philosophy?*, in « Natural Law Forum », 1958, pp. 1-23.

PANAGUA, J.M.R., *El relativismo jurídico de Radbruch y su consecuencia política*, in « Revista de Estudios Políticos », 1963, pp. 77-101.

HART, H., *Positivism and the Separation of Law and Morals*, in « Harvard Law Review », 1958, pp. 593-629 (tr. it. in ID., *Contributi all'analisi del diritto*, a cura di V. Frosini, Milano, Giuffrè, 1964, pp. 105-166).

SPENDEL, G., *Gustav Radbruch. Lebensbild eines Juristen*, Hamburg, Monatsschrift für Deutsches Recht, Monatsschrift Verlagsgesellschaft, 1967.

TJONG, Z.U., *Der Weg des rechtsphilosophischen Relativismus bei Gustav Radbruch*, Bonn, Röhrscheid, 1967.

KAUFMANN, A., *Gustav Radbruch. Rechtsdenker, Philosoph, Sozialdemokrat*, München, Piper, 1987.

KAUFMANN, A., *Gustav Radbruch. Leben und Werk*, in *Gustav Radbruch Gesamtausgabe*, bearb. von Arth. Kaufmann, Bd. 1, *Rechtsphilosophie I*, hrsg. von Arth. Kaufmann, Heidelberg, C.F. Müller, 1987, pp. 64-86.

LEAWOODS, H., *Gustav Radbruch: An Extraordinary Legal Philosopher*, in « Washington University Journal of Law and Politics », 2000, 2, pp. 489-515.

DREIER, R., PAULSON, S.L., *Einführung in die Rechtsphilosophie Radbruchs*, in G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, Heidelberg, C.F. Müller, 2003, pp. 237-253.

KAYSER, M., *Radbruch, Gustav*, in M. Stolleis (hrsg.), *Juristen. Ein biographisches Lexikon*, München, Beck, 2001, pp. 525-526.

ALEXY, R., MEYER, L.H., PAULSON, S.L., SPRENGER, G. (hrsg.), *Neukantianismus und Rechtsphilosophie*, Baden-Baden, Nomos, 2002.

SCHOLLER, H., *Die Rechtsvergleichung bei Gustav Radbruch und seine Lehre vom überpositiven Recht*, Berlin, Duncker & Humblot, 2002.

RODRÍGUEZ MOLINERO, M., *Gustavo Radbruch visto por Arthur Kaufmann*, in « Persona y Derecho », 2002, pp. 17-104.

ALEXY, R., *Gustav Radbruch (1878 - 1949)*, in « Christiana Albertina » 2004, pp. 47-51.

KLEIN, M.D., *Demokratisches Denken bei Gustav Radbruch*, Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2007.

BOROWSKI, M., PAULSON, S.L. (hrsg.), *Die Natur des Rechts bei Gustav Radbruch*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015.

ALEXY, R., *Gustav Radbruchs Rechtsbegriff*, in A. von Arnould, I. Augsberg, R. Meyer-Pritzl (hrsg.), *350 Jahre Rechtswissenschaftliche Fakultät der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2018, pp. 237-249.

ZHAO, J., *Die Rechtsphilosophie Gustav Radbruchs unter dem Einfluss von Emil Lask. Eine Studie zur neukantianischen Begründung des Rechts*, Baden-Baden, Nomos, 2020.

PAULSON, S.L., *La filosofía del derecho de Gustav Radbruch. Y tres ensayos de posguerra de Gustav Radbruch*, trad. e introd. crítica de A. Nava Tovar, Madrid et al., Marcial Pons, 2019.

NEUMANN, U., *Rechtsphilosophie im Spiegel der Zeit. Beiträge zum Rechtsdenken Gustav Radbruch (1878-1949)*, hrsg. und engl. von S.L. Paulson, Tübingen, Mohr Siebeck, 2021.

Studi in italiano

NIRCHIO, G., *Intorno al pensiero di Gustav Radbruch*, in « Il politico », 1953, pp. 233-236.

BARATTA, A., *Relativismus und Naturrecht im Denken Gustav Radbruchs*, in « Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie », 1959, pp. 505-537.

CATTANEO, M.A., *L'ultima fase del pensiero di Gustav Radbruch: dal relativismo al giusnaturalismo*, in « Rivista di filosofia », 1959, pp. 61-80.

PALAZZOLO, V., *La filosofia del diritto di Gustav Radbruch e di Julius Binder*, Milano, Giuffrè, 1983 (riproduttore, nella prima parte, l'articolo Id., *La filosofia del diritto di Gustav Radbruch*, in « Archivio di cultura italiana », 1941, pp. 103-154).

CAMPANALE, M., *Il diritto oltre la legge in G. Radbruch e R. Dworkin*, Bari, Adriatica, 1987.

CASTRUCCI, E., *Rileggendo Radbruch*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico », 1988, pp. 487-498.

PENNASILICO, M., *La « vocazione transpersonalistica » del pensiero di Radbruch*, in « Diritto e cultura », 1993, 1, pp. 145-153.

VASSALLI, G., *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei delitti di Stato nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, Milano, Giuffrè, 2001.

CATTANEO, M.A., *Il 'delinquente per convinzione' nel pensiero di Gustav Radbruch*, in « Critica del diritto », 2004, 1-3, pp. 29-37.

SIECKMANN, J.R., *Il relativismo ricostruito. Un'analisi della filosofia del diritto di Gustav Radbruch*, in « Ars Interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica », 2012, 2, pp. 75-93.

CARLIZZI, G., *Gustav Radbruch e la nascita dell'Ermeneutica Giuridica Contemporanea*, in Id., *Contributi alla storia dell'ermeneutica giuridica contemporanea*, Napoli, La Scuola di Pitagora, 2012, pp. 11-57.

LALATTA COSTERBOSA, M., *Don Chisciotte o il coraggio del giurista? Ancora su Radbruch e la sua formula*, in « Dianoia », 2015, pp. 117-136.

CARLIZZI, G., *I fondamenti filosofici della "Duplice formula di Radbruch"*, in « Annali dell'Università Suor Orsola Benincasa », 2016-2018, pp. 51-70.

DONINI, M., *Giustizia e ingiustizia "criminale". tra legge, storici e sentenze (quasi un commento a G. Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht)*, in E. Tavilla (a cura di), *La giustizia criminali: premesse per un terreno di indagine comune. Appunti da un seminario (Modena, 4 marzo 2011)*, Bologna, Patron, 2012.

AMBROSETTI, E.M., *Il rapporto fra legalità e giustizia: l'eterno ritorno della formula di Radbruch*, in Id. (a cura di), *Studi in onore di Mauro Ronco*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 18-32.

AVITABILE L., *Le questioni della formula di Radbruch. Riflessioni a partire da Vassalli*, in « Archivio penale », 2018, 1, pp. 11-22.

VELO DALBRENTA, D., *Sul problema dell'obbedienza al diritto (ingiusto). Considerazioni a margine della c.d. Formula di Radbruch*, in « Criminalia. Annuario di scienze penalistiche », 2018, pp. 357-373.

JELLAMO A., *Osservazioni su legalità e giustizia. Kant. Kelsen, Radbruch*, in « Rivista di filosofia del diritto », 2019, 2, pp. 401- 418.

NISCO, A., *Neokantismo e scienza del diritto penale. Sull'involuzione autoritaria del pensiero penalistico tedesco nel primo novecento*, Torino, Giappichelli, 2019.

PAULSON, S.L., *La filosofia del diritto di Gustav Radbruch*, a cura di N. Bersier Ladavac, A. Sardo, Milano, Mimesis, 2021.

\*\*\*\*\*

I curatori del volume esprimono un vivo ringraziamento al professor Paolo Cappellini per aver accolto la traduzione italiana della *Filosofia del diritto* nella *Biblioteca per la storia del pensiero giuridico moderno* da lui diretta e ai professori Francesco De Sanctis e Irene Stolzi per aver promosso e incoraggiato l'opera.

# Rechtsphilosophie

VON

**GUSTAV RADBRUCH**

PROFESSOR DER RECHTE IN HEIDELBERG

DRITTE, GANZ NEU BEARBEITETE UND  
STARK VERMEHRTE AUFLAGE



1 9 3 2

---

VERLAG VON QUELLE & MEYER IN LEIPZIG



A Hermann Kantorowicz

*Veterrima quaeque, ut ea vina, quae vetustatem ferunt, esse debent  
suavissima verumque illud est, quod dicitur, multos modios salis simul  
edendos esse, ut amicitiae munus expletum sit*  
Cicero de amicitia



## PREMESSA

Ogni scrittore avverte prima o poi l'esigenza di mettere ordine e fine, per lasciare spazio ad altri compiti nel tempo che gli resta. Questo libro intende portare a compimento i lavori giusfilosofici dell'autore.

Esso è designato come terza edizione dei *Lineamenti di filosofia del diritto*. La seconda edizione era apparsa nel 1922, come mera ristampa della prima, ed era retrodatata all'anno della prima edizione, 1914. Una nuova edizione era indispensabile, un rimaneggiamento impossibile, la necessità di una profonda trasformazione dopo gli avvenimenti sconvolgenti della guerra e della rivoluzione era già nota. La retrodatazione della suddetta ristampa serviva a evidenziare che, in questa forma, il libro non pretendeva di manifestare lo stato del pensiero del suo autore all'epoca della nuova pubblicazione.

Il presente rifacimento poggia su una ristesura dell'intero libro. Esso è più un nuovo libro che una nuova edizione. Alcuni paragrafi della parte generale (cap. 11-15) e l'intera parte speciale (cap. 16-29) sono stati aggiunti *ex novo*. In questa parte speciale, l'autore non si propone di trattare i relativi temi in modo esaustivo, ma semplicemente di affrontarli dai punti di vista esposti nella parte generale, e di compiere così un saggio sulla falsariga della parte generale. A tal riguardo, tuttavia, la filosofia dello Stato, nella misura in cui può esser separata dalla filosofia del diritto, è stata eliminata. Anche le parti già trattate nel precedente libro hanno subito molteplici mutamenti. Qualcosa è stato corretto, ad esempio alla giustizia è stato attribuito un significato autonomo rispetto alla utilità del diritto. Qualcos'altro, come l'analisi del problema della libertà del volere, è stato tralasciato, non perché apparisse scorretto all'autore, ma perché gli sembrava superfluo. Molte questioni prima bisognose di un'esposizione dettagliata hanno potuto essere sintetizzate. Qualche locuzione, forse l'intero tono del libro, è mutata, poiché, dopo quasi

vent'anni, ciò che suonava naturale in bocca al giovane sarebbe apparso inappropriato a chi è divenuto anziano. Può darsi che a qualcuno il vecchio libro piaccia più del nuovo. Ma anche il vecchio libro continua a essere nel mondo, mentre il nuovo vuole porsi accanto a quello, non al suo posto.

Nondimeno, l'autore aderisce ancora allo stesso modo di pensare: a quel razionalismo che "vuole restare in quella notte che si chiama illuminismo" (Larenz), e a quel relativismo "che si liquida da sé addirittura come ascientifico" (Sauer). Egli non segue la moda irrazionalistica dell'epoca. Il razionalismo sostenuto in questo libro non ritiene, tuttavia, che il mondo diviso per la ragione non dia alcun resto. Esso scorge invece il proprio compito nella scoperta razionale delle contraddizioni ultime. L'autore attribuisce oggi al relativismo un significato ancora maggiore che nell'epoca in cui questo libro è comparso per la prima volta. Infatti, il relativismo è il presupposto concettuale della democrazia: esso rifiuta di identificarsi con una determinata concezione politica, bensì è disposto ad affidare la guida dello Stato a qualunque concezione politica sia in grado di procurarsi la maggioranza, in quanto ignora un criterio univoco di correttezza delle visioni politiche, disconosce la possibilità di un punto di vista al di sopra dei partiti. Con la sua dottrina secondo cui nessuna concezione politica può essere provata né confutata, il relativismo è in grado di contrastare quella presunzione, così comune da noi nelle contese politiche, che vuole vedere nell'avversario soltanto stoltezza o malvagità: se nessuna concezione partitica può essere provata, allora ogni concezione politica può essere combattuta dal punto di vista di una concezione contrapposta; ma se è vero pure che nessuna concezione politica può essere confutata, allora ogni concezione politica va rispettata anche dal punto di vista di quella avversaria. Il relativismo insegna così fermezza della propria presa di posizione e giustizia verso quella altrui.

Questa *Filosofia del diritto* risale al 1914, quale modesto contributo alla serie di quei lavori che, dopo una pausa decennale, durante la quale solo Rudolf Stammler tenne eretto il vessillo della filosofia del diritto, mise di nuovo in moto il lavoro giusfilosofico. Da allora è apparsa una letteratura immensa. L'autore confessa di essere incapace di confrontarsi qui con tale letteratura. Tenuto conto delle ricche indicazioni bibliografiche di altri manuali (Stammler, Sauer), ritiene anche superfluo citarla in modo completo.

L'autore desidera far conoscere agli studenti non tanto il che cosa, quanto il come della filosofia del diritto, desidera avvicinarli al pensiero giusfilosofico, piuttosto che legarli a certi risultati. D'altro canto, al compagno di aspirazioni, in particolare all'amico che ha immaginato come il suo primo lettore, rivolge a gran voce questi versi oraziani:

*Vive, vale. Si quid novisti rectius istis,  
Candidus imperti; si non, his utere mecum.*

Radbruch



*“Continuamente, mentre riflettiamo, il mondo si frantuma in mille pezzi.  
E di continuo, in silenzio dall'interno, ricostruiamo il bel ponte”*

R. Dehmel

## 1. *Realtà e valore*

### **Atteggiamento cieco al valore, valutativo, riferito al valore, trascendente il valore. Inquadramento del diritto.**

La filosofia del diritto è una parte della filosofia. Per tale ragione, è indispensabile mostrare i presupposti filosofici generali della filosofia del diritto (1).

Nella datità, la materia amorfa della nostra esperienza, realtà e valore si confondono tra loro. Facciamo esperienza di uomini e cose rivestiti di valore o disvalore, senza esser consapevoli che questo valore o disvalore proviene da noi, dagli osservatori, non dalle cose e dagli uomini stessi. La nobiltà di un uomo splende intorno al suo volto come un'aureola. Dai rami di una vecchia quercia ci scuote un fremito di sacralità. Crediamo di osservare la tossicità della pianta velenosa e la consideriamo come una sua tara morale (2).

Il primo fatto dello spirito consiste nel ritrarre l'io dalla datità e nel contrapporlo ad essa, separando così la realtà dal valore. Lo spirito impara ora a neutralizzare la sua coscienza valutativa, ora a farla entrare in gioco. Così, da un lato, è solo il nostro atteggiamento *cieco al valore* [*wertblindes*] che produce il regno della natura dal caos della datità. All'opposto, assumendo un atteggiamento consapevolmente *valutativo* [*bewertenden*], lo spirito si rende conto dei criteri di questa valutazione, le norme, e della loro unità, la quale compare come regno dei valori di fronte alla natura. L'atteggiamen-

---

(1) Le seguenti riflessioni hanno sullo sfondo la dottrina filosofica di W. Windelband, H. Rickert e E. Lask; in particolare, l'orientamento per queste riflessioni e per questo libro è venuto dalla *Rechtsphilosophie* di Lask, ora pubblicata nelle sue *Gesammelte Schriften*, vol. I, 1923, pp. 275 ss.

(2) Cfr. E. SPRANGER, *Lebensformen*, 1 ed., 1925, p. 37.

to cieco al valore, esercitato metodicamente, costituisce l'essenza del pensiero scientifico-naturale, l'atteggiamento valutativo, attuato sistematicamente, caratterizza la filosofia dei valori nei suoi tre rami: logica, etica ed estetica.

D'altro canto, accanto all'atteggiamento cieco al valore e a quello valutativo, si pongono, mediando variamente tra loro, altri due atteggiamenti: quello riferito al valore [*wertbeziehende*] e quello trascendente il valore [*wertüberwindende*]. Innanzitutto, l'atteggiamento riferito al valore può essere chiarito sulla base di alcuni concetti, che ne costituiscono il risultato.

Il concetto di scienza non coincide con il valore della verità; la scienza di un'epoca ricomprende non solo le acquisizioni di una disciplina, ma anche i suoi sviamenti. Ma quando ricomprendiamo nel concetto di scienza le sue opere, quelle infruttuose come quelle feconde, ciò accade perché tutte queste opere quanto meno tendono e aspirano a costituire verità: la scienza è quella datità che, raggiunga o non la verità, ha pur sempre il significato, il senso di stare al servizio della verità. Allo stesso modo, l'arte, nel senso in cui forma oggetto della storia dell'arte, non è vana bellezza, ma un misto di stile e mancanza di gusto, legati in un concetto unitario soltanto dall'aspirazione alla bellezza che accomuna tutte le sue produzioni. La morale, nel senso in cui la descrive, ad esempio, l'etnologia, abbraccia anche gli sviamenti della coscienza, ma solo perché anch'essi, nel loro senso, miravano al bene, che pure mancarono. Questi e altri concetti sono compresi in quello di cultura. Tale concetto ha perciò la loro stessa struttura: la cultura, come la descrive lo storico, non è affatto puro valore, è piuttosto un misto di umanità e barbarie, gusto e mancanza di gusto, verità ed errore; eppure, in tutte queste manifestazioni, si tratti di impedimento o di promozione, di fallimento o di realizzazione del valore, essa non è mai priva di riferimento al valore: la cultura non è certo realizzazione del valore, ma è la datità che ha il significato, il senso di realizzare valori, oppure, con le parole di Stammler, "aspirazione a ciò che è corretto" (3). Ci è stato mostrato dunque che l'atteggiamento riferito al valore è l'atteggiamento metodico delle scienze della cultura.

Accanto all'atteggiamento cieco al valore, a quello valutativo, a quello riferito al valore, compare infine il comportamento *trascen-*

---

(3) *Lehrb. d. Rph.*, 2 ed., 1923, par. 29, nt. 1.

dente il valore, religioso. La religione è approvazione definitiva di ogni essere, positivismo sorridente, che dice il suo sì e amen su tutte le cose. Amore senza riguardo al valore o disvalore dell'amato, beatitudine al di là della fortuna e della sfortuna, grazia al di là della colpa e dell'innocenza, pace, che si colloca più in alto di ogni ragione e dei suoi problemi, "l'allegria leggerezza metafisica" (Scheler) dei figli di Dio, per i quali "tutto deve stare al servizio del bene". Con questo motto neotestamentario si armonizza l'ultima parola della storia della creazione: "E Dio vide tutto ciò che aveva fatto, ed ecco: era molto buono" (4).

La religione significa superamento del disvalore — e con ciò necessariamente, al contempo, superamento del valore, il quale è pensabile solo come suo opposto: valore e disvalore diventano egualmente *validi* [gleich gültig] e con ciò *indifferenti* [gleichgültig]; "Colui il quale stima tutti eguali (allo stesso modo) raggiunge già nel tempo la condizione ambita della santa eternità" (Angelo Silesio). Tuttavia, con l'opposizione di valore e disvalore, viene annullata anche l'opposizione di valore e realtà. Ciò che è antivaloriale o è in qualche senso ultimo davvero rivestito di valore oppure è privo di valore. Infatti, noi chiamiamo il valore essenza di una cosa (5) quando lo concepiamo come principio del suo essere.

Proprio in quanto superamento dell'opposizione tra valore e disvalore, la religione presuppone però questa opposizione. Essa è approvazione di ogni essere *nonostante tutto*. La sua bella indulgenza non si distinguerebbe altrimenti dall'apatica indifferenza del comportamento cieco al valore. Oggetto di approvazione religiosa è soltanto ciò che, in qualità di valore o disvalore, è già passato attraverso il regno dei valori: la religione si trova al di là, la natura al di qua, del regno dei valori. La religione discende dall'insopportabilità del contrasto tra valore e realtà — e deve continuamente riscaturire da essa, non le è consentito mai di trasformarsi in una condizione permanente, onde evitare che il comportamento trascendente il valore degeneri in comportamento cieco al valore. Essa non è un monastero nel quale si entra per non uscirne più, bensì una cappella di strada in cui il viandante appoggia al muro il suo bastone per un breve raccoglimento.

---

(4) Su questa parola, M. BROD, *Heidentum, Christentum, Judentum*, vol. 1, 1921, p. 64 s.

(5) E. LASK, *Logik der Philosophie*, 1911, p. 7: "metaessere".

Ai quattro atteggiamenti descritti corrisponde, dunque, una quadruplica configurazione della datità. Essere, valore, senso ed essenza. Il rapporto tra questi quattro regni si può anche esprimere così: natura e ideale, e, attraverso la frattura tra loro, due relazioni, la costruzione che mai può essere portata a compimento del ponte della cultura e il colpo d'ala che di continuo raggiunge lo scopo della religione — opera e fede!

Non resta che inquadrare il diritto in queste quattro visioni.

Il diritto è opera dell'uomo e, come ogni opera umana, può esser concepito solo a partire dalla sua rispettiva idea. Si provi a definire una semplice opera umana, ad esempio un tavolo, prescindendo dal suo scopo. Poniamo: un tavolo è un piano con quattro piedi. A una tale definizione si opporrebbe subito l'obiezione che esistono tavoli con tre o con un piede, anzi persino tavoli ribaltabili senza piedi, dunque che per un tavolo è essenziale soltanto avere un piano. Tuttavia, il piano del tavolo non è altro che un'unione di assi che non può essere affatto distinta da essi, se non grazie al suo scopo, tanto da spingere alla definizione di tavolo, poniamo, come dispositivo su cui poggiare qualcosa da parte di chi siede presso di esso. Considerare un'opera dell'uomo in maniera cieca allo scopo, cioè al valore, è dunque impossibile, come pure considerare il diritto o qualunque fenomeno giuridico singolo in maniera cieca al valore. Una scienza naturale del delitto, quale ambisce a essere l'antropologia criminale, è possibile solo dopo aver sostituito il concetto assiologico con un concetto naturalistico di delitto. Sarebbe del tutto sorprendente, costituirebbe un'inattesa armonia prestabilita tra due visioni fondamentalmente diverse, se un concetto formato attraverso il riferimento al valore, come il concetto di diritto o di delitto, coincidesse con un concetto naturalistico prodotto attraverso un esame cieco al valore.

Il diritto può esser concepito solo nel quadro dell'atteggiamento riferito al valore. Il diritto è un fenomeno culturale, ossia un fatto riferito al valore. Il concetto di diritto non può esser definito altrimenti che come la datità che ha il senso di realizzare la giustizia. Il diritto può essere ingiusto (*summum ius — summa iniuria*), ma è diritto soltanto perché ha il senso di essere giusto.

Anche questo comportamento valutativo non costituisce, tuttavia, l'ultima parola a proposito del diritto. Resta la possibilità di affermare che il diritto, sebbene rivestito di valore, sia, in un senso

finale, “davanti a Dio”, alla stregua del Discorso della montagna, privo di senso; così come, all’opposto, si dà la possibilità, alla stregua degli antichi, di ancorare il diritto non soltanto al regno dei valori, ma anche all’essenza intima delle cose. Queste prese di posizione, tuttavia, appartengono alla considerazione che trascende il valore.

Sono così emerse tre possibili considerazioni del diritto: quella riferita al valore, cioè del diritto come fatto culturale, la quale costituisce l’essenza della *scienza giuridica*; quella valutativa, la considerazione del diritto come valore culturale, che caratterizza la *filosofia del diritto*; infine, quella trascendente il valore, la considerazione della sua essenza o mancanza di essenza, la quale costituisce il compito della *filosofia della religione del diritto*.



*“L'uomo non è nato per risolvere i problemi del mondo,  
ma per indagare dove sorge il problema  
e per mantenersi nei limiti del comprensibile”*  
J.W. Goethe

## 2. *Filosofia del diritto come considerazione del valore del diritto*

### **Dualismo metodico. Relativismo.**

La filosofia del diritto sarebbe dunque la considerazione valutativa del diritto, la “dottrina del diritto corretto” (Stammler). Il metodo di questa nostra considerazione valutativa del diritto si caratterizza, tuttavia, sotto un duplice profilo: dualismo metodico e relativismo.

1. La filosofia kantiana ci ha insegnato che è impossibile desumere ciò che *dotato di valore*, ciò che è *corretto*, ciò che *deve* essere da ciò che è. Niente è corretto sol perché è o è stato — oppure perché sarà. Ne deriva il rifiuto del positivismo, dello storicismo, dell'evoluzionismo, i quali, rispettivamente, concludono da ciò che è, da ciò che è stato e da ciò che sarà a ciò che deve essere <sup>(1)</sup>. Anche se si conosce una determinata direzione dell'evoluzione, non per questo è dimostrata la correttezza del suo scopo, la scorrettezza del “nuotatore-contro-corrente”. Pertanto, l'inevitabile non è di per sé auspicabile, l'impossibile non è di per sé scorretto. Don Chisciotte ovvero un folle, ma un folle nobile. “Amo chi desidera l'impossibile!”. Enunciati deontici, giudizi di valore, valutazioni non possono essere fondati induttivamente su accertamenti empirici, ma solo deduttivamente su altri enunciati dello stesso genere. La considera-

---

<sup>(1)</sup> Questo punto di vista evoluzionistico fu sostenuto per la politica del diritto da *Franz v. Liszt* in un articolo (pubblicato in « *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* », vol. 26, 1906, pp. 553 ss.), che all'epoca fu vivacemente discusso; per una panoramica delle osservazioni, G. RADBRUCH, in « *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* », vol. 27, 1914, p. 246 s., nonché H. KANTOROWICZ, in « *Aschaffenburgs Monatschrift für Kriminalpsychologie* », vol. 4, 1923, pp. 78 ss.

zione del valore e quella dell'essere riposano dunque l'una accanto all'altra come ambiti autonomi, chiusi in sé stessi. Questa è l'essenza del *dualismo metodico* (2).

Sennonché, proprio nell'ambito della scienza giuridica, viene talvolta avanzata la pretesa di ricavare la disciplina corretta dalla "natura della cosa". Questa pretesa, in effetti, può addurre alcune ragioni a proprio favore. L'ideale giuridico è un ideale proprio per il diritto, ancora una volta per il diritto di una determinata epoca, di un determinato popolo, per rapporti sociologici e storici ben determinati. L'idea vale per una determinata materia, è rivolta a una certa materia — ed è dunque a sua volta determinata dalla materia che vuole dominare. Come l'idea artistica si adatta al materiale, si trasforma a seconda che debba incorporarsi nel bronzo oppure nel marmo, così ogni idea è congenitamente corrispondente alla materia. Chiamiamo questo rapporto *determinatezza materiale* dell'idea, tenendo conto del doppio senso di questa espressione: determinata *dalla* materia, perché determinata *per* la materia (3). La *determinatezza materiale* dell'idea è stata chiarita, con riguardo all'idea del diritto, da Eugen Huber nella sua dottrina dei "dati reali della legislazione", nonché da François Geny nella sua teoria delle *datités* (*donnés*) (4). D'altro canto, si è tentato di equiparare questa *determinatezza materiale* dell'idea a una preformazione dell'idea nella materia, e in effetti si dà la possibilità psicologica di intuire l'idea nella e fuori dalla materia. Così può darsi che Michelangelo abbia visto in anticipo, nel blocco di marmo che stava scalpellando, la figura del David che avrebbe tratto da esso. Lo stesso accade quando il giurista decide secondo la "*natura della cosa*" (5). Ma questa visione dell'idea nella materia che essa è determinata a formare è un

---

(2) Qui il dualismo metodico viene inteso soltanto in opposizione al monismo metodico, ma includendo pur sempre il *trialismo* metodico, sul quale si deve prendere posizione *infra*, cap. 3.9.

(3) Su quanto precede, cfr. E. LASK, *Lehre von der Bedeutungsdifferenzierung, Logik der Philosophie*, 1911, pp. 57 ss., 169 ss., nonché G. RADBRUCH, *Rechtsidee und Rechtsstoff*, in « Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie », vol. 17, 1923/24, pp. 343 ss.

(4) E. HUBER, « Zeitschrift für Rechtsphilosophie », vol. I, 1914, pp. 39 ss., nonché ID., *Recht und Rechtsverwirklichung*, 1921, pp. 281 ss.; F. GENY, *Science et technique en droit privé positive*, vol. I, 2 ed., 1922, pp. 96 ss., vol. II, 1915, p. 370 s.

(5) Sulla storia del concetto di "natura della cosa", H. ISAY, *Rechtsnorm und Entscheidung*, 1929, pp. 78 ss.

colpo di fortuna dell'intuizione, non un metodo della conoscenza. Per la conoscenza metodica resta fermo che gli enunciati deontici possono essere dedotti solo da altri enunciati deontici, mentre non possono essere fondati induttivamente su fatti empirici.

Questa indeducibilità del valore dalla realtà (come, del resto, la stessa determinatezza materiale dell'idea) caratterizza però un rapporto logico, non già causale. Il dualismo metodico non intende affermare che le valutazioni, gli apprezzamenti siano influenzati dai fatti reali. Non v'è dubbio che gli atti valutativi siano il risultato causale della sovrastruttura ideologica dei fenomeni reali, ad esempio dell'ambiente sociale di coloro i quali li compiono. La sociologia del sapere ci ha istruito sulla determinatezza ambientale delle ideologie<sup>(6)</sup>. Qui non è in discussione il rapporto *causale* tra fatti empirici e giudizi di valore, bensì il rapporto *logico* tra essere e valore. Non si afferma che le valutazioni non sono *causate* da fatti empirici, bensì che non possono essere *giustificate* da essi. Dal risentimento di classe può trarre origine un intero edificio concettuale etico; tuttavia, nel sistema etico del suo fondatore, questo risentimento non ha alcuna collocazione, e la giustificazione sistematica di questa etica non è confutata dal fatto che la sua origine viene smascherata da cause che non coincidono con tale giustificazione. Nella discussione su una teoria non possono essere addotte le cause psicologiche della sua origine — salvo che per troncane la discussione, per far vedere che un'ulteriore discussione sarebbe insensata, dato che la caparbia dell'attaccamento esibito ai fatti empirici impedisce di comprendersi.

Si potrebbe obiettare che una siffatta considerazione, che si limita al contenuto ideale delle valutazioni e rinuncia al loro fondamento empirico, avrebbe ad oggetto aspetti inessenziali, "pure ideologie", anziché forze reali e operanti; la filosofia del diritto sarebbe soltanto la lotta politica dei partiti, ossia, in definitiva, la lotta economica degli interessi elevata al livello dello spirito, dunque un vano miraggio della realtà. Sennonché, successivamente, nell'analisi della concezione marxistica della storia, verrà mostrato che, quando la filosofia del diritto è politica spiritualizzata e la politica è lotta di classe spiritualizzata, questa spiritualizzazione scatena, al

---

(6) Cfr. K. MANNHEIM, *Ideologie und Utopie*, 1929, nonché Id., *Wissenssoziologie*, in *Handwörterbuch der Soziologie*, 1931.

contempo, l'autonomia dello spirito, il quale può così ripercuotersi sulle forze cui dà forma. Le idee non riproducono la lotta degli interessi sulle nuvole, come le Valchirie al di sopra del campo di battaglia; piuttosto, come gli dei omerici, scendono in campo e, atteggiandosi a forme di potere, lottano fianco a fianco con le altre forze. Se, da un lato, la filosofia del diritto è lotta politica dei partiti trasposta nella sfera dello spirito, d'altro canto, la lotta politica dei partiti si presenta al contempo come una grandiosa discussione giusfilosofica. Tutte le grandi trasformazioni politiche sono state preparate o accompagnate dalla filosofia del diritto. All'inizio vi era la filosofia del diritto, alla fine la rivoluzione.

2. Gli enunciati deontici possono essere giustificati e dimostrati soltanto attraverso altri enunciati deontici. Proprio perciò gli enunciati deontici ultimi non sono dimostrabili, sono assiomatici, possono essere professati [*Bekanntnisse*], ma non conosciuti [*Erkenntnis*]. Dunque, là dove vi sia una disputa tra affermazioni sugli enunciati deontici ultimi, tra visioni del valore e del mondo contrapposte, non vi è più la possibilità di decidere tra esse con rigore scientifico. Come è stato detto, la considerazione scientifica del valore può istruire su cosa si può e si vuole, ma non certo su cosa si deve fare. Più precisamente, nel campo del dover essere, la scienza può fare tre cose.

Innanzitutto, può individuare i mezzi necessari per la realizzazione dello scopo doveroso. Ma la guida alla scelta dei mezzi richiesti per uno scopo giuridico non è chiamata filosofia del diritto, bensì politica del diritto. D'altro canto, la riflessione sui mezzi richiesti da uno scopo giuridico può avvenire non solo alla maniera della politica del diritto, ossia partendo dallo scopo e andando alla ricerca dei mezzi, ma anche all'opposto, risalendo dai mezzi allo scopo, ossia acquisendo piena consapevolezza della portata dello scopo mediante l'indicazione dei mezzi per esso necessari, nonché dei necessari effetti collaterali di tali mezzi. Ma questa riflessione sui mezzi che mira a chiarire lo scopo giuridico da realizzare tramite essi è filosofia del diritto.

In secondo luogo, è compito della filosofia del diritto non soltanto studiare a fondo il giudizio giuridico di valore, fino ai mezzi più remoti per la sua realizzazione, ma anche chiarirlo nella direzione opposta, fino ai suoi presupposti ultimi, relativi alle visioni del

mondo. La filosofia del diritto pone la domanda formulata in termini kantiani: come è possibile questo singolo giudizio giuridico di valore, ossia quali presupposti si è costretti a riconoscere per poter compiere in maniera conseguente questo giudizio di valore? Come il paleontologo cerca di ricostruire dai suoi resti l'intera struttura ossea di un essere preistorico, così il filosofo del diritto deve sviluppare da una singola valutazione giuridica l'intero sistema di valori che la richiede. Come quella riflessione non viene compiuta per amore del mezzo, così questa non viene compiuta per amore dei presupposti, bensì della valutazione giuridica richiesta da essi. Il soggetto valutante deve essere reso consapevole del fatto che egli, approvando un determinato scopo giuridico doveroso, non solo non può rifiutare i mezzi ad esso connessi con necessità causale, ma neppure le valutazioni generali ad esso collegate con necessità logica; gli si deve far acquisire la piena comprensione della portata di quello scopo in ambo le direzioni.

È proprio così che emerge, infine, la possibilità di: sviluppare in maniera sistematica i presupposti ultimi concepibili, e con ciò i punti di partenza della valutazione giuridica; presentare in maniera esauritiva i sistemi di valutazione giuridica nella loro opposizione e nella loro affinità; progettare, nella cornice di una topica delle possibili visioni del mondo, una topica delle possibili concezioni giuridiche; fornire così, più precisamente, non già *il* sistema della filosofia del diritto, bensì la sistematica completa dei suoi possibili sistemi.

A tale metodo non si potrebbe obiettare che costituirebbe un procedimento puramente empirico, dunque non filosofico. Esso non si limita a considerare la realtà delle effettive valutazioni giusfilosofiche, bensì indaga il loro senso, più precisamente non solo il loro senso soggettivo, realmente pensato, ma anche quello oggettivo, il senso da esse inteso. Ciò che il soggetto valutante si è immaginato nella propria valutazione costituisce soltanto il suo punto di partenza, mentre il suo scopo logico è ciò che egli avrebbe dovuto pensare partendo da questo punto, secondo il criterio della consequenzialità causale e logica. Tale metodo non ha il compito di registrare idee giuridiche di scopo, bensì di chiarirle, e così, eventualmente, di correggerle. Rendendo consapevole il singolo del senso obiettivo del suo volere, essa lo fortifica nel suo giudizio di valore attraverso la sua giustificazione approfondita, oppure lo scuote rivelando la distanza tra il senso pensato e quello vero dello stesso giudizio, rendendo in entrambi i casi un servizio conoscitivo alla vita.

Tuttavia, la filosofia del diritto relativistica non è in grado di sottrarre al singolo la scelta tra le concezioni giuridiche sviluppate sistematicamente a partire dai presupposti ultimi contrapposti. Si limita a presentargli in maniera esaustiva le potenzialità di una certa presa di posizione, ma lascia pur sempre quest'ultima alla decisione tratta dal profondo della personalità — dunque niente affatto al piacere del singolo, bensì alla sua coscienza. Esercita quest'autolimitazione, in quanto ritiene di dover pronunciare un *ignorabimus* rispetto ai giudizi ultimi di valore. Tuttavia, anche se si imponesse soltanto un *ignoramus*, essa continuerebbe a ritenere di aver prodotto col suo metodo un utile lavoro preliminare per il genio, che un giorno sarà capace di decidere con rigore scientifico tra le possibili visioni del mondo.

Il metodo presentato in questa sede si chiama *relativismo* (7), giacché si propone di accertare la correttezza di ogni giudizio di valore soltanto in relazione a un determinato giudizio di valore supremo, solo nella cornice di una certa visione del valore e del mondo, mentre non intende accertare la correttezza di questo stesso giudizio di valore, di questa visione del mondo e del valore (8).

---

(7) Ovvero problematicismo: così W. WINDELBAND, *Einleitung i. d. Ph.*, 1914, p. 219.

(8) I sostenitori più significativi del relativismo sono G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, 3 ed., 5 rist., 1929; MAX WEBER, *Ges. Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, 1922 (cfr. anche MAR. WEBER, *Max Weber*, 1926, pp. 328 ss.), nonché H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, 1925, pp. 38, 369 ss. Questa visione fondamentale è nata nell'autore dallo scambio di pensieri con colui al quale quest'opera è dedicata: cfr., tra le tante espressioni, H. KANTOROWICZ, *Zur Lehre vom richtigen Recht*, 1909. Riguardo, perlopiù in opposizione, alle dottrine qui sostenute, cfr.: C.A. EMGE, *Über die Grundlagen des rechtspol. Relativismus*, 1916; L. NELSON, *Die Rechtswissenschaft ohne Recht*, 1917, pp. 123 ss.; M. SALOMON, *Grundlegung der RPh.*, 2 ed., 1925, p. 53; L. COHN, *Das objektiv Richtige*, 1919, pp. 96 ss.; F. MÜNCH, in *Beiträgen z. Ph. des dt. Idealismus*, hrsg. von Hoffmann u. Engert, vol. 1, 1919, pp. 135 ss.; M.E. MEYER, *RPh.*, 1922, pp. 21 s., 67 ss.; J. BINDER, *Ph. d. Rechts*, 1925, p. 112 s.; K. LARENZ, *Rechts- und Staatsph. d. Gegenwart*, 1931, pp. 66 s.; E. v. HIPPEL, « Archiv des öffentlichen Rechts » N. F., vol. 12, pp. 408 ss.; H. HERRFARDT, *Revolution u. Rechtswissenschaft*, 1930, pp. 24 ss.; E. MEZGER, *Sein u. Sollen im Recht*, 1920, pp. 4 ss.; B. SILBERSCHMIDT, « Int. Zeitschrift für Theorie des Rechts », 1930/31, pp. 142 ss.; A. MANIGK, « Juristische Wochenschrift », 1930, p. 236 s. («sostenibile come soluzione meramente provvisoria»); A. GRAF DOHNA, « Kantstudien », vol. 31, p. 8 s. («i binari di questo relativismo non si incrociano mai con quelli della teoria critica del diritto, dunque, molto probabilmente, possono correre gli uni accanto agli altri come due modi di considerare... del tutto diversi»); E. RIEZLER, *Das Rechtsgefühl*, 1921, p. 79.

Tuttavia, il relativismo appartiene alla ragione teoretica, non a quella pratica. Significa rinuncia alla fondazione scientifica delle prese di posizione ultime, non certo rinuncia a esse <sup>(9)</sup>. Il nostro relativismo si sente affine, non già al Pilato del Vangelo, nel quale, insieme alla ragione teoretica, anche la ragione pratica tace (“Che cos’è la verità?”), bensì al Nathan di Lessing, per il quale l’ammutolarsi della ragione teoretica costituisce proprio l’appello più forte alla ragione pratica: “Ognuno di voi faccia a gara per dimostrare alla luce del giorno la virtù della pietra nel suo anello”. Il relativismo, in effetti, è suscettibile di essere fondato secondo molteplici visioni del mondo. Può limitarsi a esporre le prese di posizione ultime di carattere valutativo senza prendere una propria posizione, perché dubita allo stesso modo della legittimazione di ciascuna di esse — questo è lo scetticismo di Pilato; oppure perché crede fermamente alla legittimazione di una di esse, solo che non è in grado di dimostrarla — questo è l’agnosticismo di Nathan. Tuttavia, può darsi anche una terza concezione, la quale, proprio come quella di Nathan, lega il relativismo all’attivismo. Il relativismo può rinunciare a una propria presa di posizione tra valutazioni confliggenti anche perché ritiene che tutte, dunque ciascuna di esse, abbia la stessa legittimazione nel costituire a carico dei suoi sostenitori doveri esclusivi, ossia perché vive della convinzione che ciò che per la nostra coscienza non è possibile, per una superiore è tollerato, anzi richiesto. Questo è l’antinomismo, chiarito da Walter Rathenau in un bel motto: “Non siamo compositori, bensì musicisti. Infatti, ognuno deve suonare il suo strumento bene quanto può; quando tutte le corde suonano, sono concesse anche variazioni. Tutti gli strumenti sono egualmente necessari. Dell’armonia nessuno si preoccupi; quella la procura un

---

(“a mio avviso, la concezione della relatività dei giudizi di valore... può essere contrastata efficacemente solo provando la validità di fronte a essa di un criterio di valore assoluto e, con ciò, istituendo un ideale giuridico assoluto”); M. RÜMELIN, *Die Gerechtigkeit*, 1920, p. 56, nt. 2 (“questo punto di partenza del relativismo è a stento confutabile”); R. STAMMLER, *RPh.*, in *Die gesamte deutsche R.*, 1931, pp. 19 ss. (“questa è, in sostanza, una filosofia debole e misera”). — La discussione più chiara del problema: E. SPRANGER, *Der Sinn der Voraussetzungslosigkeit in den Geisteswissenschaften*, 1929.

(<sup>9</sup>) La prova migliore di ciò — la grande personalità etica di Max Weber! Quando Max Weber respinge l’interpretazione del suo pensiero in termini di relativismo come un grossolano fraintendimento (MAR. WEBER, *Max Weber. Ein Lebensbild*, 1926, p. 339), egli ha in mente un relativismo che nega non solo la riconoscibilità dei valori, ma anche la fede in essi.

altro”<sup>(10)</sup>. Ma il relativismo si può richiamare anche al grande nome di Goethe. Il 22 gennaio 1811, dopo aver letto *Geschichte der philosophischen Systeme*, egli scrisse a Reinhard: “Nella lettura di quest’opera ho afferrato qualcosa di nuovo che l’autore ha espresso molto chiaramente: i diversi modi di pensare sono fondati nella diversità degli uomini e proprio perciò è impossibile una convinzione uniforme ininterrotta. Quando si sa da quale parte si sta, si è già fatto abbastanza; si è allora tranquilli verso sé stessi ed equi verso gli altri”. Ma che il relativismo di Goethe non somigli allo scetticismo di Pilato, bensì all’agnosticismo di Nathan, lo testimoniano le sue belle *Zahme Xenien*:

Quando conobbi la strada del Signore,  
la seguii subito veracemente;  
fui condotto nella casa della verità,  
dinanzi a Dio! Mai più ne sono uscito.

---

<sup>(10)</sup> Per un siffatto relativismo “moderato”, K. ANRATHS, *Das Wesen der sog. freien wissenschaftl. Berufe*, 1930, pp. 200 ss. (con conseguenze significative per la professione dell’avvocato; cfr. G. RADBRUCH, in «Justiz», vol. 7, pp. 52 ss.).

*“Là dove risuonano molteplici contraddizioni  
mi piace di più camminare; nessun concede  
all'altro — com'è divertente! — il diritto di sbagliare”*

J.W. Goethe

### 3. *Gli indirizzi della filosofia del diritto*

**Giusnaturalismo. Scuola storica. Hegel. Concezione materialistica della storia. Teoria generale del diritto. Jhering. Stammler. Relativismo. Filosofia della cultura. Altri indirizzi.**

La filosofia del diritto fondata sul dualismo metodico e sul relativismo va presentata ora come risultato dello sviluppo giusfilosofico dei secoli scorsi. Qui, pertanto, gli indirizzi della filosofia del diritto dovranno essere caratterizzati non tanto per le loro prese di posizione materiali, quanto per le loro peculiarità metodologiche.

1. Dalle origini sino all'inizio del XIX secolo, tutte le filosofie del diritto sono state dottrine del diritto naturale. Certo, l'espressione “diritto naturale” comprende fenomeni essenzialmente diversi. Il diritto naturale dell'Antichità ruotava attorno all'opposizione tra natura e statuizione, quello del Medioevo attorno all'opposizione tra diritto divino e diritto umano, quello della Modernità attorno all'opposizione tra coazione giuridica e ragione individuale. Il diritto naturale serve ora a un più profondo consolidamento del diritto posto, ora, proprio al contrario, alla lotta contro di esso. Nondimeno, in tutte le sue forme, presenta quattro tratti caratteristici, accentuati variamente nelle diverse epoche. Innanzitutto, fornisce giudizi giuridici di valore contenutisticamente determinati. In secondo luogo, tali giudizi, conformemente alla loro fonte — natura, rivelazione, ragione —, sono di validità universale e immutabili. In terzo luogo, si tratta di giudizi accessibili alla conoscenza. Infine, una volta riconosciuti, gli stessi giudizi vengono prima del diritto positivo che è in contraddizione con essi: il diritto naturale infrange quello positivo.

La pretesa del diritto naturale di dedurre disposizioni giuridiche contenutisticamente determinate, di validità universale e immutabile non può ritenersi contraddetta, in modo puramente empirico, dal mero riferimento usuale alla pluralità delle visioni giuridiche delle varie epoche e nazioni. Il giusnaturalismo respingerebbe a ragione questa conclusione da ciò che è a ciò che deve essere, questo “volgare appello all’esperienza asseritamente contrastante” (Kant), e scorgerebbe nella pluralità delle visioni giuridiche soltanto la pluralità degli errori rispetto all’unica verità giusnaturalistica: *error multiplex, veritas una*. Non la storia del diritto e la comparazione giuridica, bensì la teoria della conoscenza, non la Scuola storica, bensì la teoria critica, non Savigny, bensì Kant ha inferto il colpo decisivo al diritto naturale. La critica della ragione di Kant ha mostrato che la ragione non è un arsenale di nozioni teoretiche compiute, di norme etiche ed estetiche pronte all’applicazione, ma solo la facoltà di arrivare a tali nozioni e norme, un complesso di domande più che di risposte, di punti di vista con cui ci si avvicina alla datità, di forme che solo attraverso la ricezione di una certa materia, o di categorie che solo attraverso l’applicazione a un certo materiale, sono in grado di fornire giudizi o apprezzamenti di contenuto determinato. Queste nozioni o valutazioni contenutisticamente determinate non sono mai il prodotto della ragion “pura”, ma sempre soltanto della sua applicazione a certe datità — e pertanto non sono mai universali, ma valide sempre soltanto per queste datità. Stando così le cose, se la *questione* del diritto “naturale”, ossia del diritto corretto, ha certamente validità universale, le sue soluzioni sono invece vevoli soltanto per una certa situazione sociale, per una certa epoca, per un certo popolo. Solo la categoria del diritto corretto, giusto è dotata di validità universale, non le sue applicazioni. Se, quando ci si riferisce al “diritto corretto” come forma categoriale omogenea, si vuole continuare a usare l’espressione diritto naturale, allora (con Stammler) esso va contrapposto come “diritto naturale di contenuto mutevole” o, come si è ben detto, come “diritto culturale” all’immutabile diritto naturale vecchio stile.

Se, a dispetto della concezione relativistica, il diritto corretto, sia esso diritto naturale vecchio stile oppure di contenuto mutevole, fosse riconoscibile univocamente, bisognerebbe concludere che la statuizione da esso divergente debba scomparire al suo cospetto, come l’errore scoperto di fronte alla verità rivelata. Per quanto ci si

sia sforzati a tal fine, è impossibile giustificare la tesi che il diritto positivo riconosciuto indubbiamente come ingiusto conservi la propria validità. In seguito si mostrerà che la validità del diritto positivo può essere fondata solo sulla impossibilità di riconoscere il diritto corretto. Per contro, il sostenitore coerente di un diritto naturale univocamente riconoscibile è costretto a negare la bidimensionalità del mondo giuridico, a equiparare “diritto naturale formale” e “materiale” (per dirla con le parole di Lask), correttezza e validità. Egli non può attribuire al diritto posto un'autonoma legittimazione esistenziale accanto al diritto naturale, finisce per esaurire il diritto posto nel diritto corretto, la realtà giuridica nel valore del diritto, la scienza giuridica nella filosofia del diritto.

2. La *Scuola storica* rappresenta l'estremo opposto del giusnaturalismo: per essa il diritto corretto si esaurisce in quello posto, il valore del diritto nella realtà giuridica, la filosofia del diritto nella scienza giuridica. Questa, almeno, è la prima impressione del programma della Scuola storica, come se essa respingesse qualunque valutazione giuridica, qualunque filosofia del diritto insieme a quella giusnaturalistica, come se sostenesse l'autolimitazione positivista della scienza all'indagine puramente empirica sulla realtà giuridica storica. In effetti, questi sono gli effetti che essa ha avuto in pratica successivamente. Tuttavia, l'inevitabile bisogno filosofico ha continuato in modo occulto a dare adito alla considerazione del valore, proprio là dove essa veniva bandita in modo aperto. Un secondo sguardo più attento mostra che anche la Scuola storica non rifiuta la valutazione del diritto, ma solo la *diversa* valutazione dei singoli fenomeni giuridici storici, mostra, cioè, che essa valuta tutti questi fenomeni come egualmente importanti, giacché il prodotto necessario della storia e dello spirito del popolo le appare per ciò stesso corretto. Profondo rispetto per tutto ciò che esiste, è divenuto oppure sta divenendo, riverenza per ogni realtà — questi sono i suoi tratti caratteristici, e non a torto essa è stata caratterizzata non solo come quietismo, ma anche come pietismo, come un “orientamento pietistico” (Thibaut). Certo, così ragionando, lo sfondo della Scuola storica non sarebbe costituito da una filosofia dei valori, bensì da una filosofia della religione. Tuttavia, neppure essa ha potuto evitare a lungo la diversa valutazione dei singoli fenomeni giuridici. Anche se dovesse qualificare per coerenza tutto il diritto positivo come

indifferentemente corretto, dato che non è pensabile qualcosa che non sia il risultato necessario dei suoi presupposti storici e nazionali, quindi anche i prodotti legislativi dell'epoca giusnaturalistica, resterebbe il fatto che la Scuola storica spinge la lotta contro il diritto naturale a pronunciare giudizi di disvalore molto diversi su tale diritto, sull'illuminismo, sulla rivoluzione, sull'"arbitrio del legislatore", nonché, parimenti, giudizi positivi di valore diversi su un'origine organica del diritto attraverso le "forze interiori, tacitamente operanti", attraverso lo "spirito del popolo". "Chi è impregnato dalla concezione organica del diritto e dello Stato dimenticherà facilmente e volentieri che uragani e terremoti appartengono egualmente al corso regolare della natura, così come la crescita silenziosa degli animali o delle piante" (1). Dal giuspositivismo cieco al valore, dalla filosofia della religione del diritto, che trascende il valore, è dunque inavvertitamente scaturita una filosofia del diritto dalle sfumature romantiche, anzi una politica del diritto di orientamento conservatore (2). Friedrich Julius Stahl, il teorico del conservatorismo, ha individuato il nucleo dell'orientamento storico, non già nella sua "visione dell'effettivo, di come il diritto sorge, bensì nella sua visione dell'etico, di come deve sorgere, di quale contenuto deve ricevere", sicché ha qualificato la sua dottrina come una "filosofia del diritto di orientamento storico" (3).

In effetti, la gradualità priva di salti del divenire storico costituisce una necessità della conoscenza della storia. Uno svolgimento storico è riconosciuto come storico solo dopo aver mostrato che esso costituisce un perfezionamento, anziché un'interruzione, del processo storico. Per quanto caparbiamente un fatto storico voglia svincolarsi nella coscienza di chi agisce da ogni ingerenza, in qualità di fatto compiuto soggiace irrevocabilmente a quella necessaria forma di pensiero della scienza storica, a quella categoria della gradualità senza interruzioni. Alla considerazione storica postuma persino il volere autocratico si presenta inevitabilmente come una necessità scaturita da rapporti maturati per lungo tempo, così come il supe-

---

(1) A. MENER, *Das bürgerl. R. u. d. besitzlosen Volksklassen*, 4 ed., 1908, p. 13.

(2) Cfr. E. ROTHACKER, *Einleitung i. d. Gesisteswissenschaften*, 2 ed., 1930, pp. 60 ss.; F. ZWILGMEYER, *Die Rechtslehre Savignys*, 1929, pp. 32 ss.

(3) Tardi scritti programmatici molto caratteristici della Scuola storica sono l'autobiografia e il discorso inaugurale di J.J. Bachofen (ristampa 1927).

ramento più ardito della forza di gravità, il trionfo più fiero dell'aviatore, resta tuttavia ineluttabilmente incluso in questo mondo con questa stessa forza. Ma il massimo che può pretendere la concezione storica è di considerare in via postuma il fatto compiuto; se si atteggia a norma applicata a uomini che agiscono, essa blocca la loro esigenza di considerarsi storicamente legati nella creazione politica, anzi blocca la storia stessa. L'errore di ogni storicismo consiste dunque nel fatto di elevare una categoria della conoscenza storica a norma dell'agire politico.

3. Di primo acchito, al monismo metodico della Scuola storica, che riconosce solo la realtà, pare strettamente affine la *filosofia del diritto hegeliana* col suo famoso motto, proprio di ogni filosofia dell'identità, "ciò che è razionale è reale e ciò che è reale è razionale". In effetti, Hegel condivide con la Scuola storica l'opposizione al diritto naturale. A differenza di quest'ultimo, egli non pone la ragione giuridica individuale in opposizione alla realtà giuridica, bensì ritrova il diritto di ragione nella realtà giuridica storica <sup>(4)</sup>: "ciò che è razionale è reale". Nonostante questa comune avversione, la profonda opposizione alla Scuola storica è tuttavia innegabile. Mentre per la Scuola storica l'equiparazione di realtà e valore poggia sulla fede nell'imperscrutabile decreto divino che domina la storia, per Hegel tale equiparazione poggia sulla ricostruzione dialettica dell'autodispiegamento della ragione che si compie nel processo storico: "ciò che è reale è *razionale*". La ragione si contrappone allo spirito del popolo, il razionalismo all'irrazionalismo e al romanticismo. Questa opposizione materiale si espresse nell'aspro conflitto personale tra hegelismo e Scuola storica. Come Hegel definisce l'avversione di Savigny alla codificazione "uno dei più grandi affronti che possa esser fatto a una nazione o a quel ceto (cioè dei giuristi)", così, dalla parte opposta, la dottrina di Hegel è

---

<sup>(4)</sup> In questo senso, è stato affermato che "Lo stesso diritto di natura è diritto storico": F. LASSALLE, *Syst. d. erw. Rechte*, vol. 1, 1861, p. 70.

stata additata come “potere astioso” (Stahl), anzi come “una filosofia indecente” (Puchta). Furono lì avvertite le radicali possibilità di sviluppo che l’hegelismo recava in sé (5).

4. Tali possibilità si sono realizzate nella maniera più piena nella *concezione materialistica della storia* fondata da Karl Marx e Friedrich Engels (6). Mentre Hegel, che pure aveva compenetrato essere e dover essere, concependo la realtà come autodispiegamento della ragione aveva visto nella seconda il lato determinante e nella prima il lato determinato, il materialismo storico restava, sì, fedele a quella compenetrazione, ma lasciava che il dover essere o, come dice Karl Marx, la coscienza, venisse determinata dall’essere. “In tal modo la dialettica hegeliana è stata posta in testa o, piuttosto, è stata posta in piedi dalla testa su cui si trovava”. La concezione economica della storia ci fornisce un duplice insegnamento: “da un lato, è una dottrina dell’ideologia, dall’altro, una dottrina della necessità. Da un lato, formula un’ipotesi storica: “che la struttura economica di turno della società costituisca il fondamento reale a partire dal quale si può spiegare, in ultima istanza, l’intera sovrastruttura delle istituzioni giuridiche e politiche, nonché dei modi di pensiero religiosi, filosofici o di altro tipo di ciascun periodo storico”. D’altro canto, la concezione economica della storia contiene una prognosi politica: lo sviluppo politico verrebbe guidato con necessità naturale verso un ordinamento economico e giuridico socialista, e trova in questa fondazione storico-causale, non puramente teleologica, in questa fondazione su una necessità del futuro, anziché sulla sua desiderabilità, il viadotto del socialismo “dall’utopia alla scienza”. La prima di queste due affermazioni sembra trasformare la filosofia del diritto in una parte costitutiva non indipendente della filosofia sociale, mentre la seconda sembra trasformare la filosofia sociale in una scienza empirica sociale.

---

(5) L’ultimo sistema di filosofia del diritto nello spirito di Hegel fu pubblicato da *Adolf Lasson* nel 1882. Il cosiddetto neo-hegelismo di *Kohler e Berolzheimer* (J. KOHLER, *Lehrb. d. RPh.*, 3 ed., 1923, F. BEROLZHEIMER, *System der Rechts- und Wirtschaftsph.*, 5 voll., 1904 ss.) ha invece poco a che fare con Hegel. L’hegelismo senza dialettica non è hegelismo.

(6) Più importante della sterminata letteratura *sul* materialismo storico è la sua applicazione e il suo collaudo sull’esperienza storica. Per il diritto, cfr. K. RENNER, *Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion*, 1929, nonché E. PASCHUKANIS, *Allg. Rechtslehre und Marxismus*, 1927.

Entrambe le affermazioni hanno bisogno però di una limitazione. Da un lato, nel successivo perfezionamento o chiarimento del materialismo storico, viene ristabilita l'autonomia dell'ideologia e, in tal modo, anche dell'ambito giuridico. Già Karl Marx chiama l'ideale “il materiale *trapiantato e tradotto* nella mente umana”, senza tuttavia caratterizzare in maniera più precisa la forma che l'uno assume nell'altra. Inoltre, Friedrich Engels dirà più tardi che egli e Marx avevano “trascurato il lato formale rispetto a quello contenutistico” (7).

Un esempio può chiarire la trasformazione che il materiale subisce quando viene “trapiantato e tradotto” nell'ideale. La richiesta di libertà civile e il suo soddisfacimento corrisposero agli interessi e al potere della borghesia emergente. Ma la libertà che essa intendeva era non solo libertà per sé stessa, bensì per tutti — esattamente perché richiedeva questa libertà come un suo *diritto*. Il diritto, nella sua essenza, avanza la pretesa di giustizia, ma la giustizia esige generalità della legge, eguaglianza davanti alla legge. Porre una richiesta nella forma del giuridico significa, dunque, concedere all'altro ciò che si pretende per sé. Dato che la borghesia esigeva libertà *nella forma del giuridico*, questa libertà divenne libertà per tutti, poté incidere anche come libertà di associazione a favore del proletariato in lotta, e divenne così strumento di lotta contro quella stessa borghesia dai cui interessi era scaturita inizialmente.

Questo esempio mostra due cose: innanzitutto che quel “trapianto e traduzione” di interessi e poteri economici nella forma culturale del diritto significa lo scatenamento di un'*autonomia* del diritto, che si sottrae al dominio dell'interesse economico. Significa, inoltre, che questo diritto che si dispiega autonomamente è capace, mutando, di influire proprio su quel rapporto di potere dal quale è scaturito, dunque che vi è una *interazione* tra la base economica e la sovrastruttura giuridico-ideologica (8).

Se così viene ristabilita l'indipendenza della filosofia del diritto all'interno della scienza sociale, d'altro canto viene anche sottoposta a critica la compenetrazione della filosofia sociale e della scienza

---

(7) Lettera a Mehring del 4 luglio 1893.

(8) Cfr. la lettera di Friedrich Engels a Conrad Schmidt del 27 ottobre 1890, con un'esemplificazione proprio sul terreno del diritto; cfr. anche G. RADBRUCH, *Klassenrecht und Rechtsidee*, «Zeitschrift für soziales Recht», ann. 1, 1929, pp. 75 ss.

sociale, dell'essere e del dover essere, dell'ineluttabile tendenza evolutiva e dello scopo auspicabile. Nessun dubbio che l'estasiante impeto sedizioso del *Manifesto del partito comunista* poggia proprio sul fatto che i suoi autori, a differenza dei loro predecessori, non basarono il socialismo sul piano ondeggiante dei desideri e delle speranze, delle ragioni umanitarie benevole ma impotenti, bensì lo posero con l'autoconsapevolezza trionfante dell'intelletto sul fondamento solido di un calcolo dimostrabile e inconfutabile, lo rappresentarono come un destino inarrestabile che spinge a ogni resistenza e dà le ali a ogni speranza. Ma neppure vi è dubbio che la dottrina della necessità futura del socialismo è in grado, sì, di consolidare, ma non di fondare la concezione socialista. Il socialista, in verità, afferma tale dottrina, non già perché sa che è inevitabilmente in arrivo, bensì perché avverte la condizione sociale attuale come un'ingiustizia, uno "sfruttamento", un'"oppressione", mentre considera l'ordinamento socialista della società come un'esigenza di giustizia. Il socialismo, in verità, è non solo prognosi, ma anche slogan, non solo profezia, ma anche programma, non è fatalismo, bensì politica. Da quando il socialismo non è più condannato ad aspettare, bensì è chiamato ad agire, questa visione attivistica penetra sempre di più nella sua teoria. La concezione materialistica della storia d'impronta empirico-causale cerca in modo più o meno inconsapevole di integrarsi in una filosofia sociale e giuridica del socialismo d'impronta teleologica <sup>(9)</sup>.

5. Se nello storicismo, nell'hegelismo, nel materialismo il fuoco della filosofia aveva continuato ad ardere nel positivismo che minacciava di soffocarlo, e lo stesso aveva fatto la considerazione del valore nella considerazione dell'essere — in seguito esso si spense realmente. Entriamo nei decenni del positivismo giuridico. Nella realtà giuridica non si cerca più anche il valore giuridico, piuttosto ogni considerazione del valore del diritto viene considerata non scientifica e ci si limita volutamente alla ricerca giuridica empirica. Il posto della filosofia del diritto viene preso dalla *teoria generale del diritto*, che diviene il piano mansardato della scienza giuridica

---

<sup>(9)</sup> L'esempio più significativo di una siffatta direzione di pensiero è H. DE MAN, *Psychologie des Sozialismus*, 1926; sul punto, cfr. G. RADBRUCH, *Überwindung des Marxismus?*, in « Gesellschaft », 1926, II, pp. 368 ss.

positiva. A essa viene assegnato il compito di indagare i concetti giuridici più generali, comuni alle molteplici discipline, che possono elevarsi al di sopra degli ordinamenti nazionali, il compito di descrivere comparativamente i concetti giuridici affini dei diversi ordinamenti giuridici, anzi il compito di fuoriuscire dall'ambito del diritto per indagare i suoi rapporti con gli altri ambiti culturali <sup>(10)</sup>.

Questa teoria generale del diritto puramente empiristica andrebbe qui menzionata, tutt'al più, come l'eutanasia della filosofia del diritto, se anche qui non avesse fatto irruzione, quasi suo malgrado, l'instirpabile impulso filosofico. I concetti giuridici che essa sviluppa sono in gran parte concetti che non vengono semplicemente comprovati in maniera induttiva come comuni a tutti gli ordinamenti giuridici dati, bensì possono essere riconosciuti in maniera aprioristica come validi per ogni ordinamento giuridico concepibile. In seguito, vedremo, ad esempio, che concetti come quelli di soggetto, oggetto, rapporto giuridico e antiggiuridicità, anzi lo stesso concetto di diritto, non sono appannaggio casuale di singoli o persino di tutti gli ordinamenti giuridici, bensì presupposti necessari per concepire un ordinamento giuridico come ordinamento *di diritto*. Tali concetti non appartengono più a una teoria generale del diritto empirica, ma già a una filosofia del diritto positivo — tuttavia, appunto, soltanto del diritto *positivo*. In quanto prodotti da un'analisi critica del diritto positivo, essi non possono mai fuoriuscire dai suoi binari e condurre a una valutazione del diritto positivo stesso. Essi pure appartengono a una considerazione del valore, ma loro oggetto non è il diritto, bensì la conoscenza del diritto; la domanda cui danno risposta non è quando un diritto sia corretto, ma come un diritto possa essere compreso in maniera corretta. Essi appartengono alla teoria della conoscenza giuridica, alla filosofia teoretica, non certo alla filosofia del diritto quale ramo della filosofia pratica.

6. La teoria generale del diritto sarebbe impensabile senza *Rudolph von Jhering*. Ma egli trascende in maniera troppo decisa il positivismo per poter essere ancora valutato nell'ambito di esso. È in seno a questo autore che tutti i motivi discussi finora si sono riuniti

---

<sup>(10)</sup> Il programma della teoria generale del diritto fu elaborato da K. BERGBOHM, *Jurisprudenz u. Rechtsphilosophie*, 1892. I suoi principali sostenitori furono *Ernst Rudolph Bierling*, *Adolf Merkel*, *Karl Binding*.

e rivolti a quella discussione da cui è scaturita la rinascita della filosofia del diritto e la revisione del metodo giuridico che abbiamo vissuto.

Jhering ha integrato e superato il programma della Scuola storica. Integrato, perché ha mostrato in modo geniale, con riguardo allo “spirito del diritto romano”, quella connessione tra diritto e spirito del popolo che la Scuola storica aveva affermato programmaticamente, ma mai esposto in dettaglio. Ma ha anche superato il suddetto programma. Al posto dell’oscuro istinto, egli pone come promotrice dello sviluppo giuridico la volontà risoluta: “lo scopo è il creatore di tutto il diritto” ed “è nella lotta che devi trovare il tuo diritto” — questi sono i motivi conduttori dei suoi due lavori *Lo scopo nel diritto* e *La lotta per il diritto*. All’irrazionalismo della Scuola storica egli contrappone nuovamente il razionalismo; tuttavia, diversamente da Hegel, lo fa nel campo più caratteristico di essa, non come “una dialettica logica del concetto”, ma come “la dialettica praticamente cogente dello scopo”, non come una dottrina filosofica, ma come una dottrina storico-sociologica. Infatti, quanto meno nel suo modo di pensare, anche Jhering non ha ancora superato l’empirismo. Lo scopo che egli, in maniera abbastanza peculiare, definisce “creatore” del diritto non è, infatti, l’idea sovraempirica di scopo, che, nell’effettività dello sviluppo giuridico, magari senza tradursi in alcun risultato, deve costituire soltanto il criterio della sua valutazione, bensì il fatto empirico della fissazione umana di uno scopo: non è il contrario della causa, bensì una sua sottospecie, la *causa finalis*. Permanendo sul terreno del monismo metodico, anch’egli conosce soltanto *una* visione scientifica: quella causale — la visione teleologica nel senso di tale autore non è altro che la considerazione causale applicata specialmente alla causalità dell’agire umano. Talvolta sembra che Jhering adoperi quasi volutamente quella finzione della teoria del contratto statale così familiare alla filosofia del diritto; sembra che, là dove parla del rapporto di un’idea di scopo sovraempirica con la fissazione empirica di uno scopo, intenda il rapporto teleologico di quest’ultima con un istituto giuridico; sembra che, sotto le vesti del sociologo, sia in verità filosofo del diritto. Ad ogni modo, a Jhering sarebbe bastato compiere soltanto un passo ancora per avanzare dalla sociologia alla filosofia del diritto: se avesse ragionato non soltanto come spettatore contemplativo della fissazione di uno scopo altrui, ma anche come

promotore dello sviluppo giuridico attraverso la fissazione in proprio di uno scopo, egli non avrebbe avuto davanti agli occhi una fissazione di scopo effettiva, bensì lo stesso scopo perseguito, avrebbe fatto esperienza di un criterio giuridico normativo, del dualismo tra considerazione della realtà giuridica e del valore giuridico, e in definitiva avrebbe dovuto superare l'utilitarismo delle fissazioni di scopo parziali in un'idea ultima assoluta di scopo. Questo passo fu da lui compiuto quando, in *Serio e faceto*, contrappose alla "giurisprudenza dei concetti" costruttiva la formazione concettuale teleologica — anzi egli riconobbe in tal modo nel giurista un coefficiente creativo dello sviluppo giuridico; e, proseguendo la sua opera dopo *Lo scopo nel diritto*, avrebbe sicuramente ricavato da ciò il corollario necessario del dualismo metodico, se solo la morte non avesse strappato all'autore la penna dalle mani.

In tal modo, dall'irrazionalismo di Savigny, attraverso il razionalismo di Hegel, Jhering si avvicina proprio al superamento dei due analoghi monismi metodici.

7. La rifondazione della filosofia del diritto, il ristabilimento dell'autonomia di una considerazione del valore accanto allo studio della realtà giuridica, sul terreno del dualismo metodico della filosofia kantiana, fu la grande opera di *Rudolf Stammler* <sup>(11)</sup>. Egli, tuttavia, più che svolgere, si è limitato a porre il compito della filosofia del diritto. Con ferma tenacia e senza timore di ripetere sempre le stesse riflessioni, ha fissato due idee nella coscienza giusfilosofica della sua epoca: accanto allo studio del diritto positivo deve essere sviluppata in piena autonomia la *Lehre vom richtigen Rechte*, ma questa dottrina del diritto corretto rappresenta soltanto un metodo, non certo un sistema di filosofia del diritto. La dottrina

---

(11) R. STAMMLER, *Wirtschaft u. Recht*, 5 ed., 1924; ID., *Lehre v. richtigen Recht*, 2 ed., 1926; ID., *Theorie d. Rechtswissenschaft*, 2 ed., 1923; ID., *Lehrb. d. RPh.*, 3 ed., 1928; ID., *Beitrag RPh.*, in *Das gesamte deutsche Recht*, hrsg. v. Stammler, 1931; ID., *Rph. Abb. u. Vorträge*, 1925. Nell'ampia letteratura critica su Stammler, vanno messi in evidenza M. WEBER, *Ges. Aufs. z. Wissenschaftslehre*, 1922, pp. 291 ss., 556 ss.; M.E. MAYER, in « *Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* », 1905, pp. 178 ss.; J. BINDER, *Rechtsbegriff und Rechtsidee*, 1915; E. KAUFMANN, *Kritik d. neukant. RPh.*, 1921, pp. 11 ss. *A favore di Stammler*, in particolare, A. GRAF ZU DOHNA, in « *Kantstudien* », vol. 31, pp. 1 ss. Mi ricollego parola per parola, negli apprezzamenti e nelle riserve, alla bella valutazione di Stammler fatta da F. SÓMLO, *Jurist. Grundlehere*, 1917, p. 45, nt. 2.

del diritto corretto non vuole né può sviluppare alcuna disposizione giuridica di cui si possa mostrare la correttezza in maniera generalmente valida. La validità generale dei suoi concetti è ottenuta al prezzo del loro carattere puramente formale. In tal modo, essa è più una logica della filosofia del diritto, una gnoseologia della considerazione del valore giuridico, una critica della ragione giuridica, che una filosofia del diritto — è un avancorpo straordinariamente fruttuoso di ogni possibile filosofia del diritto, ma non ancora l'edificio stesso (12).

8. È qui che cominciano gli sforzi di coloro i quali non possono dimenticare che, nelle sue grandi epoche, il compito della filosofia del diritto è stato pur sempre quello di stare al servizio della vita, ora ponendo ai grandi movimenti politici il loro scopo, ora chiarendolo; di coloro i quali, pertanto, intendono levare la filosofia del diritto dai binari di un'indagine incessante sui propri metodi e instradarla verso un sistema fitto di giudizi di valore decisivi. Certo, nessuna filosofia del diritto può eludere l'idea, fondata da Kant e consolidata nuovamente da Stammler, che può riconoscersi in maniera generalmente valida solo ciò che ha carattere formale. Se essa ambisce non solo al metodo, ma anche al sistema, deve rinunciare alla propria validità generale. Ma se, d'altro canto, non vuole limitarsi all'arbitrio di un singolo sistema, non le resta altra scelta che sviluppare un sistema dei sistemi, senza prendere posizione rispetto a essi. Proprio questo è il compito del *relativismo* giusfilosofico. L'impulso umano alla conoscenza tenterà continuamente di superare quest'autolimitazione relativistica — anche il passato recente ha prodotto tutta una serie di tentativi del genere. Il relativismo accoglie ognuno di questi tentativi come un chiarimento di una singola presa di posizione giusfilosofica, come una concretizzazione personale di una delle possibilità siste-

---

(12) Provenienti come Stammler dalla scuola neokantiana di Marburgo (Cohen, Natortp) e perciò da citare ora sono M. SALOMON, *Grundlegung der RPh.*, 2 ed., 1925, nonché C.A. EMGE, *Vorschule der RPh.*, 1925, *Geschichte der RPh.*, 1931. Secondo Salomon, la scienza giuridica è "problematica del diritto", segnalazione dei problemi giuridici, mentre il diritto è soltanto un complesso di determinate possibilità di soluzione. Questi problemi formano oggetto di una mera tecnica del diritto, mentre la filosofia giuridica è la dottrina dell'idea del diritto quale questione preliminare alla problematica del diritto. Emge afferma che oggetto della filosofia del diritto sono i presupposti logici cui la scienza giuridica deve le sue particolarità.

matiche, senza le quali proprio una filosofia del diritto relativistica sarebbe costretta a restare un regno incolore e informe di ombre. Ma esso non può rinunciare a respingere l'asserita pretesa di validità generale di tali tentativi e a mostrare la loro dipendenza da ben precisi presupposti ideologici.

9. Ma l'impulso giusfilosofico viene fuori oltre lo stretto ambito della filosofia del diritto di Stammler anche in un'altra direzione. Stammler ritiene di dover tracciare una rigida distinzione tra diritto e idea del diritto, ritiene di poter desumere il concetto di diritto del tutto a prescindere dall'idea del diritto. Abbiamo già visto (nel cap. 1) che nessuna opera dell'uomo è concepibile se non in relazione a un'idea, neppure un tavolo, tanto meno il diritto. Il concetto di diritto può esser definito soltanto come la realtà che tende all'idea del diritto. Ma, dietro questa visione del concetto di diritto, sta l'intuizione fondamentale che, di contro alla dottrina di Stammler, non è possibile ricorrere alla pura antitesi tra essere e dover essere, realtà e valore; piuttosto, tra giudizio tra realtà e giudizio di valore va assicurato un posto al riferimento al valore, tra natura e ideale un posto alla cultura: l'idea del diritto è il valore, ma il diritto è realtà riferita al valore, fenomeno culturale. In tal modo si passa da un dualismo a un trialismo di visioni (se si prescinde dalla quarta visione, quella religiosa). Questo trialismo trasforma la filosofia del diritto in una *filosofia culturale del diritto* <sup>(13)</sup>.

10. Accanto alla filosofia del diritto basata sul trialismo metodico e sul relativismo, che consideriamo come il risultato del descritto processo di sviluppo della filosofia del diritto moderna, si affermano, tuttavia, anche nel presente, i suoi precedenti stadi

---

<sup>(13)</sup> Quest'orientamento della filosofia del diritto è stato fondato da *Emil Lask* (*supra*, cap. 1, nt. 1) ed è sostenuta da M.E. MAYER, *RPh.*, 1922; W. SAUER, *Lehrb. d. R.-u. Sozialph.*, 1929, nonché ID., *Grundlagen der Gesellschaft*, 1924; T. TSATSOS, *Der Begriff des positiven Rechts*, 1928; A. RAVÀ, *Compiti della Filosofia di fronte al Diritto*, 1907, nonché ID., *Introduzione alla Fil. del Dir.*, 1919. Cfr. M. ANGERTHAL, *Unters. z. Kulturidee i. d. neueren RPh.*, Königsberger Diss., 1929; ma anche la critica tagliente di Kelsen, in «Schmollers Jahrbuch», vol. 40, 1916, pp. 1180 ss. Trialismo e relativismo sono collegati l'uno all'altro, come nel presente libro, da H. KANTOROWICZ, *Rechtswissenschaft u. Soziologie*, 1911, pp. 21 ss., nonché ID., *Staatsauffassungen*, «Jahrbuch für Soziologie», vol. 1, 1925, pp. 101 ss.

evolutivi<sup>(14)</sup>. Il giusnaturalismo è sopravvissuto, anzi si è rafforzato<sup>(15)</sup>. In maniera compatta e tenace, il diritto naturale medioevale affiora attualmente nella forma della filosofia del diritto cattolica<sup>(16)</sup>. E il diritto razionale dell'Illuminismo, attenendosi a Kant e Fries, celebra la sua risurrezione in un sistema imponente attraverso la fede imperterrita nella ragione<sup>(17)</sup>. Un altro prosecutore coraggiosamente inattuale della tradizione illuministica supporta il "principio eudaimonistico" da lui proposto con una "intuizione fondata su un'empiria il più possibile ampia", con una metafisica su basi empiriche<sup>(18)</sup>. Anche la tanto citata rinascita hegeliana esercita un influsso notevole, persino allontanandosi dal punto di vista del criticismo kantiano, finora sostenuto dallo stesso lato<sup>(19)</sup>. Ma pure l'avversario filosofico di Hegel, Schopenhauer, è stato di recente riscoperto per la filosofia del diritto<sup>(20)</sup>. D'altro canto, la teoria generale del diritto, nella forma mutevole di una *Teoria giuridica fondamentale*, è stata illustrata in maniera significativa<sup>(21)</sup>: qui i concetti giuridici fondamentali, i presupposti di ogni possibile scienza giuridica vengono contrapposti ai meri concetti giuridici generali, con la loro validità generale empirica. Parimenti filosofia giuridica del diritto positivo, sempre che sia filosofia giuridica, una connessione peculiare tra il positivismo e il suo apparente contrario, la

---

(14) Cfr. K. LARENZ, *Rs.- u. Staatsph. d. Gegenwart*, 1931; L. RECASÉNS SICHES, *Direcciones contemporáneas del Pensamiento jurídico*, Barcelona-Buenos Aires, 1929.

(15) W. GRIESS, *Naturrechtliche Strömungen der Gegenwart in Deutschland*, Freiburger Diss., 1926; *Jus naturae et gentium, eine Umfrage*, « Zeitschrift für Internationales Recht », vol. 34, 1925, pp. 113 ss.

(16) Cfr., ad es., V. CATHREIN, *Recht, Naturrecht und positives Recht*, 2 ed., 1909; G. v. HERTLING, *Recht, Staat u. Gesellschaft*, 4 ed., 1917; J. MAUSBACH, *Naturrecht u. Völkerrecht*, 1918; E.E. HÖLSCHER, *Sittliche Rechtslehre*, 2 voll., 1928.

(17) L. NELSON, *System d. phil. Rechtslehre u. Politik*, 1924 (p. 85: "giustizia è diritto"). Sul punto, cfr. la mia recensione in « Juristische Wochenschrift », 1925, vol. 1, p. 1252 s.

(18) A. BAUMGARTEN, *RPh.*, 1929, *Die Wissenschaft vom Rechte und ihre Methode*, 2 voll., 1920, 1922.

(19) J. BINDER, *Pb. d. Rs.*, 1925 (p. 67: in Hegel "troviamo ciò che abbiamo cercato invano in Kant: la realtà delle idee nel mondo empirico, una realtà fitta di idee, nonché la storia come processo di manifestazione delle idee nella realtà"). Col suo libro precedente, *Rechtsbegriff und Rechtsidee*, Binder andava invece ricondotto all'orientamento indicato *supra*, nt. 12.

(20) G. STOCK, *RPh.*, 1931.

(21) F. SOMLÓ, *Juristische Grundlehre*, 1917, 2 ed., 1927.

dottrina “logico-normativa” del dover essere, è la cosiddetta dottrina pura del diritto (22), che, nel suo inesorabile smascheramento di tutte le ipostasi e le finzioni, sembra assumere di nuovo il compito di un filosofo originale della scuola di Ludwig Feuerbach (23): quello di “distruggere tutti i fantasmi giuridici” quale “alta polizia del sapere”, per poi “annientarsi da sola”. Dalla dottrina pura del diritto vengono sempre più spesso instaurati collegamenti con l’indagine fenomenologica sul diritto (24). Tale “visione di essenze” rivolta alla “natura della cosa” non deve significare al contempo un giudizio di valore: gli enunciati deontici formulati dal diritto positivo possono deviare per buone ragioni dalle leggi ontiche accertate dalla fenomenologia (25). Pertanto, il problema della fenomenologia ben potrebbe essere diverso da quello della filosofia giuridica dei valori (26). Infine, anche la richiesta di una guida ha trovato risonanza nella filosofia del diritto: una “dottrina del diritto pragmatica” poggia sulla “idea fondamentale della guida”; essa pone in questione non tanto l’idea, quanto la personalità che produrrà creativamente quest’ultima dall’“esperienza interiore della necessità” (27). Per quel che riguarda, infine, la filosofia del diritto straniera, in particolare quella italiana e francese, che hanno raggiunto un alto grado di sviluppo, qui non è possibile esaminarle nel dettaglio (28).

Così tante voci e lingue a stento comprensibili tra loro, molta perspicacia [*Scharfsinn*], di rado raggi brillanti di sottigliezza [*Feinsinns*] o il balenare impressionante e affascinante del senso profondo [*Tiefsinns*], ancor più sporadicamente il sigillo che certifica solo sé stesso della semplicità classica!

---

(22) Avviata da *Hans Kelsen* col suo libro *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 1911, 2 ed., 1923, e da allora sostenuta in numerosi scritti di Kelsen e dei suoi allievi.

(23) L. KNAPP, *System d. RPh.*, 1857.

(24) Sostenuta, innanzitutto, da A. REINACH, *Die apriorischen Grundlagen d. Bürgerlichen Rechts*, 1913, al quale sono seguiti *Felix Kaufmann*, *Fritz Schreier*, *Gerhart Husserl*, *Wilhelm Schapp*.

(25) Così, quanto meno, A. REINACH, *Die apriorischen Grundlagen*, cit., p. 133.

(26) Questioni diverse da quelle della filosofia del diritto sono affrontate nelle sue indagini sull’“etica della realtà” anche da E. WEIGELIN, *Einführung in die Moral- und Rechtsphilosophie*, 1927.

(27) W. GLUNGLER, *Prolegomena zur Rechtspolitik*, 2 voll., 1931 ecc.

(28) Cfr., tra gli altri, G. DEL VECCHIO, *Lezioni di Filosofia del diritto*, 1930, nonché, per la Francia, il rifondato *Archives de Philosophie de Droit et de Sociologie juridique*.



*“Chi rifugge dall’idea alla fine non ha più il concetto”*

J.W. Goethe

#### 4. *Il concetto di diritto*

**Diritto: la realtà rivolta all’idea del diritto. Giustizia come idea del diritto. Equità. Deduzione del concetto di diritto. Concetti giuridici a priori.**

A prima vista la questione relativa al concetto di diritto sembra appartenere, non già alla filosofia del diritto, bensì alla scienza giuridica. In effetti, la scienza giuridica ha provato di continuo a produrre il concetto di diritto induttivamente, dai fenomeni giuridici singoli, e non può dubitarsi che, comparando i fenomeni giuridici singoli, sia possibile produrre il concetto di diritto a essi sottostante. Tuttavia, in questo modo, il concetto di diritto si può solo produrre, ma non fondare. Concetti generali possono essere desunti dall’esperienza in quantità arbitrarie, ad esempio tutti gli uomini il cui nome inizia con una determinata lettera o che sono nati lo stesso giorno, eppure la generalità di tali concetti per una cerchia più o meno ampia di fatti singoli non garantisce ancora il loro valore. Che essi siano concetti, non già casuali, bensì necessari, ossia efficienti, fruttuosi, non può essere mai provato per via di generalizzazione induttiva. Che il concetto di diritto costituisca un concetto generale necessario siffatto, e cosa significhi tutto ciò, deve essere mostrato ora attraverso la sua deduzione.

Il concetto di diritto è un concetto culturale, cioè un concetto di una realtà riferita al valore, di una realtà il cui senso è di stare al servizio di un valore. *Il diritto è la realtà il cui senso è di stare al servizio del valore del diritto, dell’idea del diritto.* Il concetto di diritto è dunque rivolto all’idea del diritto <sup>(1)</sup>.

---

(1) Concordemente J. BINDER, *Rechtsbegriff u. Rechsidee*, 1915 (p. 60: “tutto ciò in cui opera la norma a priori del diritto — ovvero l’idea del diritto — è diritto”); G. GURVITCH, *L’Idée du Droit Social*, 1931, p. 96: “la notion de droit est... essentiellement

Ora, l'idea del diritto non può che essere la giustizia. "*Est autem ius a iustitia, sicut a matre sua, ergo prius fuit iustitia quam ius*", dice la glossa a 1.1. pr. D. 1, 1. Ma noi siamo anche autorizzati a fermarci alla giustizia quale valore ultimo, in quanto la giustizia è come il bene, il vero, il bello, è un valore assoluto, ossia non deducibile da alcun altro (2).

Si potrebbe essere tentati di vedere nella giustizia solo una forma di manifestazione del moralmente buono. In effetti lo è, nella misura in cui è considerata come caratteristica umana, come virtù, ad esempio, con Ulpiano, come "*constans ac perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*". Ma questa giustizia in senso soggettivo non si può definire altrimenti che la disposizione alla giustizia oggettiva, così come, ad esempio, la veracità è rivolta alla verità. In questa sede si parla soltanto di tale giustizia oggettiva. Ma quest'ultima assume a termine della propria valutazione un oggetto del tutto diverso rispetto a quello cui è rivolto il giudizio etico di valore: moralmente buono è sempre soltanto un uomo, una volontà umana, una convinzione umana, un carattere umano. Certo, anche l'etica sociale valuta l'essere umano nei suoi rapporti con altri esseri umani, ma non questi stessi rapporti. Giusto nel senso della giustizia oggettiva può essere soltanto un rapporto tra uomini. L'ideale del moralmente buono si presenta in un uomo ideale, l'ideale della giustizia in un ordinamento sociale ideale.

Ma la giustizia è di due tipi sotto un ulteriore profilo. Si può chiamare giusta l'applicazione o l'osservanza di una legge oppure questa stessa legge. Il primo tipo di giustizia, in particolare la giustizia del giudice fedele alla legge, andrebbe più propriamente chiamata legalità [*Rechtlichkeit*]. Qui, tuttavia, non è in discussione quella giustizia che viene apprezzata sulla base del diritto positivo, bensì la giustizia sulla base della quale il diritto positivo è apprezzato.

---

liée a l'idée de Justice. Le droit est toujours un essai en vue de réaliser la Justice"; G. DEL VECCHIO, *Filosofia del diritto*, 1930, p. 158: "La forma logica (del diritto) non dice punto ciò che è giusto e ciò che è ingiusto, ma ci dice solo quale è il senso di qualunque affermazione di giusto o ingiusto; è insomma il contrassegno della giuridicità". Contro la concezione qui esposta, F. SOMLÒ, *Jur. Grundlehre*, 1917, pp. 131 ss.

(2) Sul concetto di giustizia, cfr. M. RÜMELIN, *Die Gerechtigkeit*, 1920; G. DEL VECCHIO, *La giustizia*, 2 ed., 1924.

Giustizia in questo senso significa eguaglianza. Ma la stessa eguaglianza può avere vari significati. Da un lato, secondo il proprio oggetto, può essere riferita ai beni o agli uomini: giusto è il salario che corrisponde al valore del lavoro, ma anche la pena che colpisce l'uno allo stesso modo dell'altro. Dall'altro lato, secondo il proprio criterio, l'eguaglianza può essere assoluta o relativa: salario uguale al lavoro, ma punizione di uomini diversi in proporzione alla loro colpevolezza.

Le due distinzioni sono collegate dalla nota dottrina della giustizia di Aristotele. L'eguaglianza *assoluta* tra *beni*, ad esempio tra lavoro e salario, tra danno e risarcimento, viene da lui chiamata *giustizia commutativa*, mentre l'eguaglianza *proporzionale* nel trattamento di diverse *persone*, ad esempio la tassazione secondo la redditività, il sussidio secondo il bisogno, la retribuzione e la punizione secondo profitto e colpevolezza, costituisce l'essenza della *giustizia distributiva*. La giustizia commutativa esige almeno due persone, quella distributiva almeno tre. Quelle due persone sono equiparate l'una all'altra, mentre una di quelle tre persone, ossia quella che impone oneri o assicura vantaggi alle altre, è sovraordinata a esse. La giustizia commutativa si ha nel rapporto di coordinazione, mentre quella distributiva vuole valere nel rapporto di sovra- e subordinazione. La giustizia commutativa è giustizia del diritto privato, mentre quella distributiva del diritto pubblico.

Si è così già chiarito a sufficienza il rapporto tra i due tipi di giustizia. La giustizia commutativa è giustizia tra equiparati, presuppone dunque un atto di giustizia distributiva che ha conferito agli interessati l'equiparazione, la pari capacità giuridica, lo stesso *status* <sup>(3)</sup>. Pertanto, la giustizia distributiva è la forma originaria della giustizia <sup>(4)</sup>. In essa abbiamo trovato l'idea di giustizia alla quale deve essere rivolto il concetto di diritto.

Con ciò non si intende affermare che il diritto si possa ricavare in modo esaustivo dalla giustizia. Il principio della giustizia distri-

(3) Così anche C.A. EMGE, *Geschichte d. RPh*, 1931, p. 34 s.

(4) Peraltro, nell'opporsi alla giustizia distributiva, quella commutativa non vuole rappresentare un valore assoluto, bensì un procedimento utile al servizio del massimo soddisfacimento contemporaneo di due egoismi. Cfr. E. PASCHUKANIS, *Allg. Rechtslehre u. Marxismus*, 1929, p. 143 s. — d'altro canto, v. anche il bell'articolo di E. MARCUS, « Moslemische Revue », vol. 2, 1925, pp. 13 ss., il quale descrive l'equivalenza come la radice comune alla legge di natura, a quella giuridica e a quella morale.

butiva, da un lato, non dice chi deve essere trattato come uguale e chi come diseguale, ma presuppone, piuttosto, che l'eguaglianza o la diseguaglianza sia stata già accertata da un punto di vista che non si può trarre da esso. L'eguaglianza non è una datità, le cose e gli uomini sono così diversi "come un uovo dall'altro", l'eguaglianza è sempre soltanto astrazione di una certa diseguaglianza da un determinato punto di vista. D'altro canto, dal concetto di giustizia distributiva si può trarre soltanto il rapporto, non anche il tipo di trattamento, tra diverse persone, si può trarre, sì, la minore meritevolezza di pena del furto rispetto all'omicidio, ma non se il ladro debba essere impiccato, mentre l'assassino arrotato, oppure se al ladro debba essere inflitta la pena pecuniaria, mentre all'assassino quella detentiva. In entrambe le direzioni, affinché se ne possano ricavare le disposizioni del diritto corretto, la giustizia ha bisogno di essere integrata da altri principi<sup>(5)</sup>. La giustizia non è il principio esaustivo, bensì è il principio specifico del diritto, quello che è determinante per la definizione del diritto: il diritto è la realtà che ha il senso di stare al servizio della giustizia.

Senonché, nella lotta di dominio per il diritto, la giustizia concorre con l'equità<sup>(6)</sup>. Nel famoso capitolo dell'*Etica Nicomachea* (V, 14), già Aristotele si occupa del seguente dilemma: l'equità dovrebbe essere migliore della giustizia, ma non potrebbe essere qualcosa di opposto alla giustizia, bensì una specie di giustizia. Ma già egli ha indicato la soluzione, secondo cui giustizia ed equità non sono valori diversi, bensì modi diversi per giungere all'unitario valore del diritto. La giustizia guarda al caso singolo dal punto di vista della norma generale, l'equità cerca nel caso singolo la sua propria legge, che, tuttavia, deve infine poter essere elevata parimenti a una legge generale; infatti, l'equità, così come la giustizia, è in definitiva di natura generalizzante. In tal modo, nella differenza tra giustizia ed equità, si ripresenta la differenza metodica, già indicata in precedenza, tra uno sviluppo deduttivo del diritto corretto da principi generali e una conoscenza intuitiva dello stesso diritto corretto a partire dalla "natura della cosa". L'equità è la

---

(5) Il carattere puramente formale della giustizia è chiaramente mostrato, sull'esempio del diritto tributario, da F.K. MANN, *Festgabe f. Schanz*, 1928, pp. 112 ss.

(6) Cfr. M RÜMELIN, *Die Billigkeit im Recht*, 1921; J. BINDER, *Pb. d. Rs.*, pp. 396 ss.

giustizia del caso concreto, la considerazione della quale lascia dunque intatta la nostra formula: *il diritto è la realtà il cui senso è di stare al servizio della giustizia*.

Tutto ciò mostra, sì, la strada per definire il diritto, ma non costituisce ancora questa stessa definizione. Vogliamo sapere di che specie è questa realtà determinata a stare al servizio della giustizia, e siamo in grado, in effetti, di compiere una serie di deduzioni da questo senso della realtà giuridica alla sua essenza. Giustizia significa correttezza nel suo orientamento proprio al diritto, ed è grazie a questa determinatezza materiale dell'idea che siamo in condizione di trarre conseguenze relative alla materia per la quale tale idea vale.

Le realtà che hanno il senso di stare al servizio delle idee hanno la natura psicologica di valutazioni ed esigenze, e rappresentano in tal modo una specie particolare, una formazione intermedia tra l'idea e le altre realtà: come fatti psicologici appartengono alla realtà, ma, al contempo, si elevano al di sopra delle altre realtà, adottando criteri e formulando richieste nei loro confronti. Di questo tipo sono le seguenti formazioni culturali: la coscienza, correlata all'idea etica, il gusto, a quella estetica, l'intelletto, a quella logica. Il fatto che corrisponde a tale stregua all'idea del diritto è la prescrizione [*Anordnung*]. Anche di essa può affermarsi il carattere reale, dunque positività e normatività. Inoltre, quale realtà riferita specificamente all'idea del diritto, alla giustizia, la prescrizione condivide con la giustizia il relativo oggetto, il rapporto reciproco degli uomini: essa ha carattere sociale. Infine, come l'essenza della giustizia è dare forma a questo rapporto nel senso dell'eguaglianza, così appartiene all'essenza della prescrizione giuridica di avere il senso di essere rivolta all'eguaglianza, di far valere la pretesa di generalizzabilità, di avere in sé carattere generale. Una prescrizione per un singolo uomo oppure per un singolo rapporto, ad esempio un "provvedimento" *ex art. 48 Cost. imper.*, è una disposizione giuridica soltanto se il suo carattere individuale poggia sul fatto che ha una ragione giuridica riguardante solo questa persona o questo rapporto individuale, dunque se è l'oggetto, non la prescrizione, ad avere carattere individuale. Riassumiamo l'essenza della prescrizione giuridica dicendo che essa ha natura positiva e, al contempo, normativa, sociale e generale, e in questo senso definiamo il diritto come l'*"insieme delle prescrizioni generali per la convivenza umana"*.

Questa definizione non è stata ricavata induttivamente dai singoli fenomeni giuridici, bensì dedotta dall'idea del diritto. Essa è

dunque di natura, non già giuridica, bensì pregiuridica, ossia aprioristica rispetto alla scienza giuridica (7). Il concetto di diritto è un concetto generale, non già comune, casuale, bensì necessario, il diritto non è tale perché si presta a inquadrare i fenomeni giuridici singoli, piuttosto è solo perché questi ultimi sono ricompresi nel concetto di diritto che essi sono fenomeni “giuridici”. Non sono tali fenomeni ad aver posto democraticamente sopra di sé il concetto di diritto, bensì è quest’ultimo che, “per grazia di Dio”, ossia dell’idea, ne ha assunto il dominio. È solo considerando il caos della datità dal punto di vista del concetto di diritto che separiamo ciò che è essenziale da ciò che non è essenziale giuridicamente, come la parola del Creatore fece con le acque e la terra. Se (con le parole di Savigny) si intende il diritto come “la vita degli uomini stessi vista da un lato particolare”, considerata da un certo punto di vista, allora questo punto di vista costitutivo del mondo del diritto è proprio il concetto *a priori* di diritto.

Ma nel concetto di diritto è contenuta tutta una serie di concetti giuridici singoli, che hanno in comune con esso la natura aprioristica, la caratteristica di essere, non già risultati, bensì strumenti della scienza giuridica, non generalizzazioni casuali di fenomeni giuridici empirici, bensì categorie indispensabili del pensiero giuridico. Così, dalla natura positiva e, ad un tempo, normativa del diritto, risulta il concetto di *disposizione giuridica*, e con questa i concetti delle sue parti costitutive: *fattispecie* e *conseguenza giuridica*. Alle caratteristiche della positività e della normatività è inoltre inscindibilmente legata la questione della sede di produzione normativa, la questione della *fonte del diritto*; non vi è diritto che non sia tenuto a dare una risposta alla questione dell’origine del suo carattere normativo e non sia capace di darla. Dal carattere normativo del diritto risulta la duplice possibilità di agire in conformità o in opposizione a esso, dunque i concetti di liceità [*Rechtmäßigkeit*] e illiceità [*Rechtswidrigkeit*], dinanzi ai quali qualunque fatto giuridico ha, a sua volta, l’obbligo *a priori* di provare la propria identità. Dalla validità del diritto per la convivenza degli uomini, per il loro rapporto reciproco, deriva che il contenuto di essa non può che essere la fondazione dei *rapporti giuridici*, nonché delle loro parti costitutive: *doveri giuridici*,

---

(7) “Un a priori relativo della scienza giuridica” — F. SOMLÓ, *Jur. Grundlehre*, 1917, p. 127.

autorizzazioni e *diritti soggettivi*; non è concepibile un ordinamento giuridico non scomponibile in rapporti giuridici, diritti e doveri. E i diritti e i doveri, a loro volta, sono inconcepibili senza i soggetti cui spettano e senza gli oggetti cui si riferiscono; a loro volta, *soggetto giuridico* e *oggetto giuridico* non sono concetti di cui un certo ordinamento giuridico potrebbe fare uso, mentre un altro potrebbe fare a meno, bensì concetti necessari di ogni diritto concepibile.

Nell'ulteriore corso delle nostre osservazioni ci imatteremo in ulteriori concetti giuridici *a priori*. Infatti, l'essere aprioristico è un concetto di relazione, caratterizza un rapporto tra certi concetti e un determinato materiale empirico; pertanto, il pieno dispiegamento del concetto di diritto si ha solo sulla massa dei fatti giuridici, e fare in anticipo una elencazione esaustiva di questi dispiegamenti è impossibile come farla dei fatti che verranno accostati al concetto di diritto. L'idea di una "tavola delle categorie", cioè di una tabella simmetrica di concetti giuridici *a priori* suscettibili di essere elencati<sup>(8)</sup>, è dunque irrealizzabile.

---

<sup>(8)</sup> R. STAMMLER, *Th. d. RW.*, 1911, p. 222 s.



*“Del resto si è sempre voluto conservare la maggiore fluidità possibile delle leggi morali. Perché non sono fissate per iscritto e stampate come le leggi divine e quelle civili? Forse perché una legge morale scritta onestamente potrebbe anche cancellare i diritti degli uomini”*  
A. Strindberg

## 5. *Diritto e morale*

**Esteriorità oppure interiorità secondo: l’oggetto, il soggetto finale, il modo di obbligare, la fonte di validità. Morale come: ragione di validità del diritto, scopo del diritto.**

Dal concetto di diritto che abbiamo accertato deve potersi dedurre in maniera esaustiva la distinzione del diritto dalle altre specie di norme. Questa distinzione deve essere compiuta qui per due specie di norme strettamente apparentate: morale e costumi.

Quando, come accade perlopiù, il diritto viene posto accanto alla moralità, viene operato un confronto tra due grandezze incommensurabili. Il diritto è un concetto culturale, la moralità un concetto di valore. Come l’idea della giustizia nel diritto, così l’idea della moralità diviene realtà culturale nella morale, cioè nell’effettività psicologica della coscienza. Comparabili tra loro sono o due concetti di valore: *giustizia* e moralità, oppure due concetti culturali: diritto e *morale*.

La differenza tra diritto e morale si suole indicare con la formula: “*esteriorità del diritto, interiorità della morale*”. In essa, tuttavia si annidano quattro diversi significati.

1. L’opposizione “esteriorità — interiorità” è stata innanzitutto riferita all’oggetto del diritto e della morale, in quanto si è ritenuto che il comportamento esteriore fosse soggetto alla regolazione giuridica, mentre quello interiore alla regolazione morale: *cogitationis poenam nemo patitur*. In effetti, questa massima sembra conseguire necessariamente, innanzitutto, dalla concezione del diritto come insieme di disposizioni per la convivenza umana, in quanto tale convivenza si dà solo quando il singolo, agendo, entra in rapporto con altri singoli.

Nonostante ciò, nell'esperienza giuridica si danno in gran numero comportamenti *interiori* giuridicamente rilevanti, sia nel senso che il relativo comportamento interiore è determinante per il trattamento giuridico di un certo comportamento esteriore (es.: forme di colpevolezza, buona fede), sia nel senso che, occasionalmente, un comportamento interiore è di per sé in grado di provocare effetti giuridici; così, quando la messa in pericolo del "benessere spirituale" di un bambino può condurre a un ordine di cura dell'infanzia abbandonata. D'altro canto, come la valutazione giuridica non si limita alle azioni esteriori, così quella morale non si limita al comportamento interiore: al contrario, proprio questo si sottrae a essa. Come non si ascrivono a merito i "pii desideri" cui mai fa seguito l'azione, "le buone intenzioni" di cui è lastricata la strada dell'inferno, così è coerente non trovare alcuna colpa nelle "cattive voglie", nella "tentazione" o nella "brama" (1). La stessa vita istintiva passiva è irrilevante per la morale, mentre rileva moralmente la volontà attiva, che si confronta con quella vita. Ma la volontà si distingue dall'istinto solo per la sua attività, soltanto l'azione certifica la sua esistenza, e in tal modo è legittimo cercare l'ambito applicativo della morale proprio nelle azioni umane.

Dunque, anche il comportamento esteriore è morale, anche quello interiore è accessibile alla valutazione giuridica. Non c'è alcun ambito del comportamento interiore ed esteriore che non possa esser sottoposto alla valutazione tanto morale quanto giuridica. Ciò che inizialmente appariva come una differenza di oggetto tra morale e diritto, può tuttavia conservarsi come una differenza del loro orientamento di interessi: il comportamento esteriore interessa la morale soltanto nella misura in cui autentichi un comportamento interiore; il comportamento interiore entra nell'orizzonte del diritto nella misura in cui crea l'attesa di un comportamento esteriore. Quando, ad esempio, il movimento di riforma penalistico insegna a vedere nel fatto delittuoso essenzialmente un mero sintomo della

---

(1) "Sì, cattivi pensieri! Non possiamo impedire all'uccello di volare su di noi. Ma possiamo impedirgli di costruire il nido sulle nostre teste" (Lutero, citato in una lettera di Th. Fontane). "I pensieri sono arrivati, non ne ho colpa e non li ho chiamati. Non sapevo che fossero cattivi. Poi ho lottato con loro, ma non voglio prostrarmi finché vivo" (Otto Ludwig, citato da E. WEIGELIN, *Moral- und RPh.*, p. 60 nt. 1).

disposizione a delinquere del suo autore, questa disposizione, a sua volta, ha rilievo giuridico soltanto come possibile fonte di ulteriori fatti delittuosi.

Come la disposizione è giuridicamente rilevante quale mero sintomo di azioni future, d'altro canto, persino le azioni sono inaccessibili alla valutazione giuridica quando vengono in considerazione come mero sintomo di disposizioni. Le relazioni che si esteriorizzano, sì, in azioni, ma nelle quali queste ultime rilevano non per quello che sono, ma per ciò che significano, per ciò che rivelano dell'animo del loro autore, devono formare oggetto esclusivamente di valutazioni morali. Così, ad esempio, il diritto si è allontanato dall'amicizia, e in effetti nell'amicizia il comportamento esteriore è un aspetto secondario privo di significato autonomo, un aspetto significativo solo nella misura in cui e finché testimonia una disposizione, soltanto come "prova di amicizia". Muovendo dall'idea che *ogni* comportamento intersoggettivo abbia soltanto il significato di una comunità d'amore tra gli uomini, Leone Tolstoj ha conseguentemente negato la legittimità dell'esistenza del diritto e dello Stato. Questa nobile forma di anarchismo affonda le proprie radici nella ripugnanza a riconoscere un valore, sia pur limitato, all'esanime esteriorità, nell'idea grandiosamente unilaterale che tutto ciò che è esteriore abbia un valore esattamente pari all'anima che racchiude, nonché nel senso profondo di ciò che può essere despiritualizzato dalla tendenza professionale del giurista, per così dire, a sfiorare con un'occhiata le anime viventi degli uomini, diametralmente opposte e degradate a fonti di secondaria importanza dei fatti di cui si occupa, che soli rilevano per il diritto. "L'esteriore, odiosa, inutile attività di fissazione e applicazione delle forme di vita esteriori vela agli occhi delle persone l'attività interiore effettivamente essenziale, il mutamento della coscienza, che solo è in grado di rendere migliore la vita". L'essenza e il peccato mortale del diritto e dei suoi sostenitori consiste nel "credere che ci possano essere rapporti senza amore con un uomo; ma tali rapporti non esistono" (2).

2. L'antitesi "esteriorità — interiorità" può inoltre riferirsi ai *soggetti finali* del diritto e della morale. Il valore giuridico caratte-

---

(2) L. TOLSTOJ, *Das Gesetz der Gewalt und das Gesetz der Liebe*, 1909, p. 102; ID., *Aufbebung*, II parte, cap. 40. Sul punto, v. il bel libro di B. SAPIR, *Dostojewsky u. Tolstoj über Probleme des Rechts*, 1932.

rizza un'azione come buona per la vita comune, il valore morale come buona *tout court*. Il valore giuridico è valore di un'azione relativa ad altri o alla totalità degli altri, il valore morale è valore *tout court* di un'azione. La Scolastica soleva dire che la morale sarebbe *ab agenti*, il diritto, invece, *ad alterum*. Pertanto, chi è obbligato giuridicamente ha sempre di fronte un soggetto titolare di un interesse, una pretesa, un diritto, mentre il dovere morale è collegato in maniera meramente simbolica a un siffatto avente diritto, quando viene concepito nei confronti del Dio che è nel proprio seno, della propria coscienza, dell'umanità che è nella propria persona, del sé migliore. Nell'ambito giuridico si può parlare di "dovere e debito", il dovere morale non è invece un debito, un dovere verso un creditore, bensì dovere *tout court*. Anche i cosiddetti doveri verso gli altri non lo sono nel senso che il loro adempimento possa essere preteso da questi ultimi: "se uno ti percuote sulla guancia destra, porgigli anche l'altra, e se uno vuol farti causa per toglierti la tunica, lasciagli anche il mantello" — questi precetti non intendono attribuire un diritto allo schiaffo o al mantello, bensì chiarire proprio l'inesistenza di qualsivoglia diritto dell'una come dell'altra parte. Petrazycki ha posto a fondamento della propria distinzione la natura "*imperativo-attributiva*" del diritto e quella puramente imperativa della morale, e non è un caso che Tolstoj, il quale sperava che tutti i rapporti umani fossero fondati in maniera puramente etica sull'abbondanza d'amore che straripa in modo spontaneo, anziché sulla necessaria manifestazione di una pretesa, nell'ultimo dei suoi scritti osteggi la visione giuridica proprio nella persona di Petrazycki (3).

3. La contrapposizione tra esteriorità e interiorità sembra concernere, in terzo luogo, la differenza dei *modi di obbligare* valevoli per l'una e per l'altra. La morale pretende che si faccia il proprio dovere per senso del dovere, mentre il diritto concede ulteriori moventi. Per la morale è sufficiente la convinzione conforme alla

---

(3) L. v. PETRAZYCKI, *Über die Motive des Handelns und über das Wesen der Moral und des Rechts*, 1907; L. TOLSTOJ, *Über das Recht, Briefwechsel mit einem Juristen*, 1910. Su Petrazycki, cfr. G. GURVITCH, « Archives de Philosophie du Droit », 1931, pp. 403 ss. Anche G. DEL VECCHIO, *Fil. del Dir.*, pp. 171 ss. fonda la distinzione tra diritto e morale essenzialmente su questa caratteristica: "che questo concetto della bilateralità è la chiave di volta dell'edificio giuridico".

norma, mentre il diritto si accontenta già del comportamento conforme alla prescrizione, ovvero, con le parole di Kant: la morale esige “*moralità*”, il diritto semplicemente “*legalità*”.

Questa distinzione è corretta, ma non lo è vederla come una distinzione tra modi di obbligare. Un dovere di mera legalità è una contraddizione in sé, se per dovere si intende il rapporto di subordinazione del volere a una norma — ed è improbabile che si possa dare una definizione diversa (4). Se si vogliono riconoscere “doveri” di legalità, ci si deve intendere sul riferimento a una vincolabilità del corpo senza un contemporaneo obbligo del volere, si deve essere disposti a chiamare dovere, in termini del tutto generali, il rapporto tra la norma e il suo oggetto, di qualunque specie possa essere quest’ultimo — si deve essere disposti a parlare di un obbligo del pensiero imposto dalla norma logica, come pure di un dovere [*Pflicht*] estetico del marmo verso lo scalpello.

Di conseguenza, moralità e legalità non stanno a indicare una differenza dei modi di obbligare, bensì proprio il fatto che solo la norma morale ha nella volontà un oggetto vincolabile, mentre l’oggetto del diritto, il comportamento, esclude per definizione la possibilità di obbligare; dunque, esse non stanno a indicare nient’altro che una pura differenza di oggetti, il fatto, cioè, che solo la morale ha ad oggetto l’uomo singolo con i suoi moventi, mentre il diritto ha ad oggetto la vita comune, nella quale compare soltanto il comportamento esteriore (e solo mediatamente quello interiore) del singolo uomo, ma non i suoi moventi in quanto tali. Sennonché, così intesa, la legalità non è affatto una peculiarità del diritto, bensì accomuna tutti i valori che non hanno ad oggetto il singolo uomo e i suoi moventi, dunque anche il valore logico e quello estetico. Sotto il profilo della legalità, bisogna quindi puntualizzare che, come il valore di un’azione giuridica, così anche il valore estetico di un’opera d’arte o il valore logico di un’opera scientifica va valutato senza ricorrere ai moventi del loro creatore, bisogna puntualizzare che i prodotti culturali dell’umanità non perdono valore per il fatto di

---

(4) In effetti, J. BINDER, *Rechtsnorm und Rechtspflicht*, 1912, e K. LÖWENSTEIN, *Der Rechtsbegriff als Relationsbegriff*, 1915, pp. 57 ss., espellono questa distinzione dall’ambito del diritto.

essere in gran parte il risultato dell'ambizione umana, così come, all'opposto, il "cattivo musicista" non diviene migliore sol perché è tanto un "buon uomo" (5).

Da questa considerazione risulta che le norme giuridiche hanno originariamente natura di criteri di apprezzamento della vita comune dei singoli, non già di comandi rivolti a questi ultimi; risulta che il diritto si compone primariamente di "norme valutative", anziché di "norme determinative" (6). Tuttavia, il diritto non intende soltanto valutare il comportamento umano, ma anche provocare comportamenti umani ad esso conformi, nonché impedire quelli che lo contraddicono. I criteri giuridici vengono perciò trasformati in "imperativi", ossia in divieti e obblighi determinativi del comportamento umano — non, ad esempio, in "norme determinative" di valutazione del volere umano. La differenza tra norma e imperativo esige, però, un'esposizione più dettagliata (7).

Essa può essere chiarita al meglio riferendosi a un enunciato qualunque in cui una norma sembri legata a un imperativo, cioè in cui un contenuto normativo appaia in forma imperativa (8). "Fai il tuo dovere!". Se il senso di questa frase viene separato dal suo latore, l'espresso dall'espressione, emerge, da un lato, una creazione reale, determinata nel tempo e nello spazio, causalmente prodotta e a sua volta produttiva, una successione fonetica che risuona qui e ora, che corrisponde a un certo processo psicologico nel parlante e ne provoca un altro nell'ascoltatore; dall'altro lato, emerge un contenuto significativo atemporale, aspaziale e acausale, una necessità morale che vale indipendentemente dall'ubicazione, dal momento e dalla efficacia di questa espressione. Quell'enunciato è un imperativo nella misura in cui esiste ed opera, e una norma nella misura in

(5) In quale misura questa interpretazione della legalità valga per lo stesso Kant, è un punto indagato da W. HAENSEL, *Kants Lehre v. Widerstandsrecht*, 1926, pp. 32 ss.

(6) Questa concezione è notoriamente di grande importanza per le dottrine penalistiche dell'illecito e della colpevolezza.

(7) Alla luce del seguente sviluppo concettuale, l'"imperativo categorico" di Kant è in verità una norma.

(8) Al riguardo, per "forma imperativa" bisogna intendere ogni forma di sforzo di motivare attraverso la parola detta o scritta, l'imperativo dotato di senso, non semplicemente l'imperativo grammaticale. La scala seguente chiarisce la forma imperativa crescente delle forme linguistiche di comando: andiamo! — devi venire! — verrai! — vieni! La lingua francese preferisce il futuro imperativo (*sera punit*), quella tedesca il presente imperativo (*wird bestraft*).

cui significa e vale: imperativo nella misura in cui impone una volontà, norma nella misura in cui pone un dover essere — entrambe nell'enunciato che precede, ma nient'affatto legate tra loro. La norma è un'irrealtà che vuole essere realizzata, l'imperativo è una realtà che vuole operare. La norma vuole essere scopo, l'imperativo soltanto mezzo per lo scopo. La norma come scopo non è soddisfatta prima di essere osservata, l'imperativo come mero mezzo per lo scopo è eseguito quando il suo scopo è realizzato, non importa se ciò avvenga grazie al suo potere motivante o grazie a una motivazione in questo senso già presente a prescindere dal suo intervento. La norma esige un comportamento conforme a essa tenuto per un movente conforme a essa, all'imperativo basta un comportamento conforme a esso comunque motivato. In altre parole: la norma pretende moralità, l'imperativo legalità — ma, d'altro canto, anche in questo contenuto imperativo secondario del diritto, la legalità non è, ad esempio, un modo di obbligare, dato che l'essenza dell'imperativo non risiede affatto nell'obbligare, bensì nel determinare, non nel valere, bensì nell'operare <sup>(9)</sup>.

4. L'esteriorità del diritto e l'interiorità della morale sono state infine indagate per la diversità delle rispettive *fonti di validità*: al diritto si assegna l'“*eteronomia*”, giacché esso si rivolge obbligatoriamente ai soggetti giuridici dall'esterno come una volontà estranea, alla morale, invece, si assegna l'“*autonomia*”, poiché le sue leggi vengono imposte a ciascuno soltanto dalla sua propria volontà morale <sup>(10)</sup>. Sennonché, un'obbligazione eteronoma, un'obbligazione da parte di una volontà estranea è una contraddizione in sé. Una volontà, quando è accompagnata dal potere di costringere, può creare una necessità [*Müssen*], giammai un dover essere [*Sollen*] — non può farlo la volontà estranea, anzi neppure la propria; l'espressione “autonomia” è realmente compresa solo se il sé obbligante dell'auto-obbligazione viene inteso, non già come una qualche volontà, fosse pure la pretesa della coscienza, non già come una qualche realtà empirico-psicologica, bensì come la personalità mo-

<sup>(9)</sup> Contro queste riflessioni E. BRODMANN, *Recht u. Gewalt*, 1921, p. 13 s.; H. KELSEN, in « *Schmollers Jahrbuch* », vol. 40, 1916, pp. 1234 ss.

<sup>(10)</sup> Sulla questione dell'eteronomia o dell'autonomia del diritto, F. DARMSTAEDTER, *Recht u. Rechtsordnung*, 1925.

rale, come una formazione ideale e irreali, in altre parole, come la stessa norma obbligatoria: non è la coscienza che obbliga, bensì la norma che in essa parla. In tal modo si giunge al dilemma: o il diritto è concepito come volontà — ma allora si rinuncia a fondarne la doverosità, la forza obbligatoria, la validità, oppure il diritto è considerato come doveroso, obbligatorio, valido — ma allora questa validità viene fondata in maniera autonoma, come richiesta della personalità morale propria del soggetto giuridico <sup>(11)</sup>.

È ormai chiaro che, accanto a tutte le distinzioni tra diritto e morale, devono darsi anche rapporti tra essi — non, tuttavia, nel senso che il diritto sarebbe il “minimo etico” (Georg Jellinek) o il “massimo etico” (Gustav Schmoller); minimo etico estensivo, perché eleverebbe a obbligo giuridico solo certi doveri morali, minimo etico intensivo, perché si accontenterebbe dell’adempimento esteriore e non esigerebbe una convinzione; ma massimo etico per effetto della forza coattiva della sua imposizione, di contro all’impotenza fisica della morale. Entrambe le visioni trascurano la possibilità di conflitti tragici tra diritto e morale, che possono emergere, nella figura del delinquente convinto, dal fatto che il diritto si basa sulla statuizione, la morale sulla convinzione. Piuttosto, diritto e morale coincidono nel *contenuto* delle loro richieste solo parzialmente e occasionalmente. Pertanto, il rapporto tra i due ambiti normativi risiede piuttosto nel fatto che la morale è, da un lato, *scopo* del diritto, dall’altro lato, proprio per ciò, *ragione* [Grund] della sua validità obbligatoria.

A. Soltanto la morale è in grado di fondare [*begründen*] la forza obbligatoria del diritto. Come è stato mostrato, gli enunciati giuridici quali imperativi, quali manifestazioni di volontà possono forse produrre una necessità, giammai un dover essere. Di norme giuridiche, dover essere giuridico, validità giuridica, obblighi giuridici si può parlare solo quando la coscienza singola dota l’imperativo giuridico di forza morale obbligatoria. Il timore che, fondando la validità giuridica sulla morale, essa dipenderebbe giusnaturalisticamente dalla correttezza del diritto, anarchicamente dall’adesione della coscienza individuale, potrà essere fugato solo nelle osservazioni che svolgeremo sul problema della validità giuridica. Qui si

---

<sup>(11)</sup> Allo stesso modo, R. LAUN, *Recht u. Sittlichkeit*, Hamburger Rektoratsrede, 1925.

deve mostrare che questa concezione non comporta affatto che il divorzio contenutistico tra diritto e morale venga annullato, né che il diritto venga incorporato nella morale come un suo semplice sottoambito, né che la norma giuridica si trasformi in una norma morale di contenuto determinato. La concessione al dovere giuridico del diritto di cittadinanza nel regno della morale rappresenta un caso di un fenomeno generale ancora poco indagato, che si ha quando lo stesso materiale viene rivestito di un duplice carattere assiologico. Così, quando il valore logico della verità viene elevato a oggetto del dovere di virtù della veracità, esso ridiventa termine di una valutazione, quella etica, ossia diventa un bene morale. Di questa specie sono tutti i “doveri culturali”, che trasformano valori d’opera come la verità in forma di scienza, la bellezza in forma di arte in compito dell’agire morale, nonché alcuni doveri dell’“etica sociale”, come, appunto, la giustizia, nella quale il diritto corretto è inteso come bene morale, oppure la giuridicità, nella quale è il diritto positivo a essere inteso così. Ora, come l’indipendenza delle leggi logiche relative al valore della verità, delle leggi estetiche relative al valore della bellezza non è pregiudicata, anzi è esattamente riconosciuta dalla elevazione di tali valori a beni morali, così l’autonomia dell’ambito giuridico resta ferma anche a seguito della sua annessione da parte della morale. A ragione Kant afferma “che tutti i doveri appartengono all’etica per il sol fatto di essere doveri; ma ciò non comporta che la loro *legislazione* sia contenuta una volta per tutte nell’etica, piuttosto per molti di essi si trova all’esterno di quest’ultima” (12). La morale si sottopone qui a una legislazione estranea, si rimette alla dialettica specifica di un altro ambito razionale, sottoscrive, per così dire, attraverso un’accettazione in bianco un contenuto doveroso da individuare in un altro ambito normativo. Essa configura il diritto e la giustizia come compiti morali, ma lascia l’individuazione del loro contenuto a una legislazione extra-morale.

B. Questa sanzione del diritto da parte della morale è però possibile solo perché il diritto, nonostante tutte le sue possibili varietà contenutistiche, ha come proprio scopo la morale. Tuttavia, esso non può contribuire alla realizzazione dei doveri morali rivestandoli della sanzione dei doveri giuridici; infatti, dato che la norma

---

(12) *Metaphysik der Sitten*, hrsg. v. Vorländer, 1907, p. 22 s.

morale vuole essere osservata solo per sé, l'intervento in suo ausilio di imperativi di altro genere non comporta alcunché ai suoi fini. Il diritto è al servizio della morale, non già attraverso i doveri giuridici che impone, bensì attraverso i diritti che concede. Esso è rivolto alla morale, non già dal lato dei doveri, bensì da quello dei diritti<sup>(13)</sup>. Concede ai singoli diritti con cui essi possono corrispondere meglio ai loro doveri morali. Si pensi, ad esempio, alla giustificazione della proprietà ricercata in questa direzione: "La proprietà obbliga. Il suo uso deve costituire al contempo un servizio per il bene comune" (art. 153 Cost. imper.). Solo così si spiega il *pathos* etico che aleggia sul diritto soggettivo, il fatto che l'idea "è mio diritto!", esattamente come l'idea "è mio dovere!", suscita quel senso di sublimità che l'anima singola sempre avverte quando scopre con riverenza la coscienza che in essa prevale, ossia l'umanità presente nell'uomo. L'orgoglio morale, altrimenti legato soltanto a ciò che si strappa a sé stessi, nel diritto soggettivo è legato a ciò che si strappa ad altri; l'istinto e l'interesse, altrimenti sempre incatenato dalla norma, viene qui, all'opposto, sollevato grazie a essa. Il mio diritto è in sostanza il diritto di fare il mio dovere morale — e pertanto, all'opposto, è mio dovere tutelare il mio diritto. Nel proprio diritto si lotta per il proprio dovere, per la propria personalità morale. Ed è appunto per ciò che Jhering poté esortare alla "lotta per il diritto" come a un dovere "di autoaffermazione morale". Tuttavia, il tipo ideale della lotta per il diritto, della lotta in cui la propria personalità morale viene difesa sotto forma di interesse proprio, ammette uno sviluppo verso due estremi contrapposti: da un lato, può elevarsi alla pura lotta per la personalità morale, senza ricorso al proprio interesse, fino all'autoannientamento (Michael Kohlhaas), ma, d'altro canto, può sprofondare nella nuda lotta di interessi priva di quello sfondo morale, anzi nella mera lotta di potere di una prepotenza totalmente vacua, priva persino di quel contenuto di interesse (Shylock). Il diritto è, appunto, soltanto la *possibilità* della morale e, proprio

---

(13) La questione se il diritto soggettivo o il dovere giuridico rappresenti la forma primaria del diritto oggettivo trova, pertanto, nella filosofia del diritto una risposta diversa da quella della giurisprudenza. Per la giurisprudenza la successione logica è questa: dal diritto oggettivo deriva il dovere giuridico, dal dovere giuridico deriva (eventualmente) un diritto soggettivo; mentre per la filosofia del diritto la successione è questa: in funzione del dovere morale il diritto soggettivo, in funzione del diritto soggettivo il diritto oggettivo e il dovere giuridico.

perciò, anche la possibilità dell'*immorale*. Il diritto può soltanto rendere possibile, non imporre, la morale, giacché il fatto morale, per definizione, può essere solo un fatto di libertà; ma, poiché può soltanto *rendere possibile* la morale, è inevitabile che esso renda possibile anche l'*immorale* <sup>(14)</sup>.

In tal modo, il rapporto tra diritto e morale si presenta come un ampio rapporto di tensione. All'inizio il diritto affianca la morale in modo così distante, diverso ed eventualmente opposto, come il mezzo affianca sempre il fine, per prendere parte solo in seguito, quale mezzo di realizzazione del valore morale, al carattere valoriale del suo scopo, ed essere accolto così nella morale con riserva della propria autonomia.

---

<sup>(14)</sup> In termini simili M. ASCOLI, *Intorno alla concezione del diritto nel sistema di Benedetto Croce*, 1925; scopo del diritto: "salvare nell'uomo la possibilità di divenir buono" (p. 35); nondimeno: "amoralità del diritto" (pp. 41 ss.).



*“Un potente nemico della sincerità tra gli uomini è la cortesia urbana.  
La più grande sfortuna dei saggi e la più grande fortuna  
degli stolti si basano sulle convenzioni”*

F. Schubert

## 6. *Diritto e costume*

### **Contraddittorietà del costume. Funzione sociale del costume.**

I tentativi di delimitare tra loro i concetti di diritto e costume sono sempre naufragati. Quando si è concepito il diritto come qualcosa di prodotto e il costume come qualcosa di sviluppato, tale concezione ha potuto esser contraddetta riferendosi al diritto consuetudinario; quando si è detto che il diritto potrebbe esser soddisfatto coattivamente, mentre il costume solo volontariamente, si è potuto rimandare, da un lato, alla incoercibilità di numerosi doveri giuridici, non soltanto di quelli del diritto internazionale o del diritto pubblico degli organi supremi (*quis custodiet custodes?*), ma anche di alcuni doveri dei singoli consociati (§ 888 co. 2 cod. proc. civ. ted.), dall'altro lato, al fatto che ogni costrizione di tipo psicologico, che è tuttavia indispensabile per la validità del diritto, si adatta al costume non diversamente che al diritto, come conferma, ad esempio, la “costrizione a bere vino” alla tavola dell'oste oppure il cartello “visita permessa senza costrizione all'acquisto” <sup>(1)</sup>.

L'inutilità di tutti i tentativi sinora compiuti fa sorgere il sospetto che sia impossibile delimitare diritto e costume, e questa impossibilità può in effetti essere mostrata. Concetti culturali, concetti riferiti al valore possono esser definiti solo con l'ausilio delle idee di valore cui sono rivolti. Così, abbiamo determinato la morale come la realtà il cui senso è di rappresentare l'idea del bene, il diritto come la realtà il cui senso è di stare al servizio della giustizia. D'altro canto,

---

(1) Anche il concetto stammeriano di “regola convenzionale” non ha avvicinato il problema alla soluzione. Piuttosto, la pretesa di validità del costume è ancora “più autoritaria” di quella del diritto.

non si può individuare un'idea di valore cui potrebbe essere rivolto il costume, sicché viene meno la commensurabilità tra diritto e morale, da un lato, e costume, dall'altro lato. Il costume non può esser coordinato agli altri concetti culturali, esso non trova posto nel sistema di tali concetti (2).

Il costume è legato al diritto e alla morale da un rapporto, non già sistematico, bensì storico. Esso è la forma embrionale comune nella quale diritto e morale sono contenuti in modo ancora non dispiegato né separato, la "condizione di indifferenza che lascia fuoriuscire le forme del diritto e della moralità in direzioni diverse" (Georg Simmel). Così, il costume dell'elemosina si trasforma, da un lato, nel dovere morale della carità, dall'altro lato, nell'istituto giuridico dell'assistenza ai poveri. La sorte del costume è di esser consumato dal diritto e dalla morale dopo che esso ha preparato e reso possibile tanto l'uno quanto l'altra.

Il carattere propedeutico che il costume ha rispetto al diritto e alla morale consente di chiarire la degenerazione che sopraggiunge nel primo non appena il diritto e la morale si sono sviluppati come forme culturali autonome e si sono separati l'uno dall'altra. Il costume risulta oramai un prodotto spurio, in sé paradossale, della valutazione giuridica e morale. Gli si può attribuire l'esteriorità del diritto in tutti i suoi significati allo stesso titolo dell'interiorità della morale. Il costume condivide, da un lato, l'esteriorità del diritto: è interessato solo al comportamento esteriore, obbliga sempre soltanto nell'interesse di un estraneo, di un soggetto legittimato, si rivolge dall'esterno con i suoi precetti al destinatario ed è soddisfatto se questi li osserva, non importa per quale motivo. D'altro canto, il costume rivendica anche l'interiorità della morale: non gli preme la stretta di mano, bensì la partecipazione che questa testimonia; si ha il dovere di serbare la decenza non solo verso gli altri, ma anche verso sé stessi; è la nostra coscienza sociale, non il galateo, che ci impone i nostri "obblighi sociali"; e solo chi fa attenzione al costume è un *gentleman*, mentre chi lo "segue" esteriormente è un mero *parvenu*. Queste concezioni che si escludono a vicenda sono però inscindibilmente legate tra loro nel costume, più precisamente per mezzo della finzione, della "bugia convenzionale". Si è convenuto

---

(2) Contro queste riflessioni E. WEIGELIN, *Sitte, Recht u. Moral*, 1919, pp. 91 ss.; A. BAUMGARTEN, *Wissenschaft v. Recht*, vol. 1, 1920, p. 190.

tacitamente di comportarsi come se dietro l'esteriorità del costume vi fosse la relativa interiorità, dietro l'apparenza l'essere, dietro il saluto la devozione, dietro l'offerta, nella misura in cui si esprime in importi a quattro cifre, la "generosità" già divenuta stereotipata. Ci si è accordati sul fatto di prendere la banconota per oro con sorriso da aruspici, senza porre la questione penosa della copertura sottostante. Ma proprio perché il costume riunisce in sé la duplice forza del modo di obbligare esteriore e interiore, sia pure solo attraverso una finzione, esso è molto più potente della morale e del diritto. Dice Berthold Auerbach: "Non è la moralità a governare il mondo, bensì una sua forma anestetizzata, il costume. Per come è ormai diventato, il mondo perdona più facilmente una lesione della moralità che del costume. Salute ai tempi e ai popoli nei quali costume e moralità erano ancora una cosa sola! Ogni battaglia che si gioca nelle cose grandi o in quelle piccole, nel generale o nel singolare, serve a eliminare la contraddizione tra queste due cose e a rendere fluida la forma irrigidita del costume in favore della moralità interiore, a rideterminare secondo il suo interiore contenuto di valore ciò che ha ricevuto un'impronta". La critica più insistente al costume — come pure al diritto — è stata però formulata da Tolstoj; nei suoi romanzi è incessantemente presente l'opposizione tra il bene informale delle umili classi popolari e le forme adiafore della "buona società".

Tuttavia, data la sua genuinità morale, il costume perde anche la sua funzione sociale. In opposizione all'"antico buon costume", il "fine costume" non è più costume popolare, bensì cetuale. Il costume era "etico-rurale", il decoro è "urbano"; il costume era rustico, la cortesia cortigiana; il costume era stata cosa della "comunità", la convenzione della "società" <sup>(3)</sup> — o piuttosto della "buona società". Il costume aveva unito il popolo, la convenzione lo disgrega. La convenzione è l'espressione giusta per la volontà e la capacità di essere all'altezza di un certo strato sociale più elevato, il saluto massonico dell'apprendista, che si trasforma non appena il maestro viene a conoscenza di lui e se ne avvale. Poiché i costumi erano divenuti da lungo tempo un vincolo tra gruppi mutevoli, la convenzione è soggetta alla moda; infatti chiamiamo "moda" l'aspirazione dello strato "superiore" a distinguersi da quello "inferiore" per mezzo di contrassegni esteriori, quella gara sempre più frenetica

---

(3) F. TÖNNIES, *Die Sitte*, 1908.

dello strato inferiore con quello superiore, il quale si vede continuamente costretto a mutare i segni della propria più elevata dignità non appena anche lo strato inferiore se ne è appropriato. Questo carattere cetuale della convenzione è mostrato nel modo più chiaro possibile dalla pretesa che essa sia non tanto osservata, quanto conosciuta e dominata. Infatti, mentre le prescrizioni morali possono essere violate soltanto in maniera consapevole, mentre nel caso di violazione delle prescrizioni giuridiche la consapevolezza dell'anti-giuridicità aumenta comunque la colpevolezza, la convenzione, esattamente al contrario, perdona più difficilmente il sempliciotto, che "non sa cosa conviene", ma osserva tutta sorridente il cascamoto, che è ben consapevole di disinteressarsi con grazia delle maniere.

Tuttavia, anche dopo la separazione dal diritto e dalla morale, sarebbe erroneo negare al costume ogni funzione sociale. Anche in "società" sono pur sempre presenti numerosi "frammenti" di comunità, strati popolari e genti primitive, nei quali il costume conserva la sua intatta uniformità e sui quali può ancora esercitare la propria funzione educativa. Tuttavia, come nella vita collettiva il dominio del costume prepara la sua trasformazione in morale (e in diritto), così la morale viene avvicinata al singolo, nel corso della sua formazione, innanzitutto in forma di costume; nei suoi primi passi, nessuna educazione può fare a meno della norma categorica: "questo non si fa" — ossia del riferimento al costume. Questa funzione che il costume ha tuttora non esclude però la precedente osservazione, secondo cui esso non sarebbe coordinato sistematicamente al diritto e alla morale, ma solo preordinato storicamente a essi — anche l'ascia di guerra e il giavellotto sono ancora in uso, eppure il loro posto in uno studio sistematico sulle armi non può che essere nell'introduzione storica.

Falk: — “Tu pensi che gli uomini siano stati creati per lo Stato o gli Stati per gli uomini?”

Ernst: — “Alcuni sembrano voler sostenere la prima cosa,  
ma la seconda potrebbe essere più vera”

G.E. Lessing

## 7. *Lo scopo del diritto*

### **Concezione individualistica, concezione sovraindividualistica, concezione transpersonalistica del diritto. Rapporto dialettico tra esse. In particolare, la concezione transpersonalistica.**

Dalle nostre osservazioni è emerso, sì, che la giustizia è la specifica idea del diritto, sufficiente per sviluppare il concetto di diritto, ma anche che l'idea del diritto non si esaurisce nella giustizia. La sola giustizia si è rivelata per due ragioni non sufficienti per ricavare disposizioni giuridiche contenutisticamente determinate: essa prescrive, sì, di trattare gli uguali in modo uguale, i diversi in modo diverso secondo la loro diversità, ma lascia aperte le due questioni di chi sarebbe da considerare uguale o diverso, nonché di come andrebbe trattato. La giustizia determina soltanto la forma del giuridico. Per produrre il contenuto del diritto, deve aggiungersi un secondo pensiero: l'utilità. Mentre la questione della giustizia andava posta e risolta indipendentemente da tutte le questioni finalistiche e così da tutti gli scopi statuali, nell'ambito della questione dello scopo le nostre considerazioni si imbattono per la prima volta nello Stato. Poiché il diritto è essenzialmente volontà dello Stato, e lo Stato è essenzialmente un'istituzione giuridica, le questioni relative allo scopo del diritto e allo scopo dello Stato sono inseparabili.

Quando viene posta la questione dello scopo del diritto, a essere sotto esame non sono, ad esempio, posizioni empiriche di scopo che possono aver prodotto il diritto, bensì l'idea sovraempirica di scopo in base alla quale il diritto va apprezzato. La risposta a questa domanda può essere ottenuta soltanto riflettendo se, tra i valori ai quali va attribuita la stessa validità assoluta che si attribuisce al valore del giusto, ve ne sia uno al cui servizio, oltre che a quello del

giusto, il diritto sia idoneo e determinato a stare. Qui, peraltro, possiamo accontentarci del riferimento alla tradizionale triade dei valori ultimi, quello etico, quello logico e quello estetico, ossia all'ideale del buono, del vero e del giusto, poiché risulta subito evidente che il diritto può essere determinato a stare immediatamente al servizio soltanto di uno tra questi valori, quello etico del bene.

Ma il valore etico del bene raccoglie in sé, nel modo già descritto (cfr. cap. 6.A-B), gli altri valori assoluti: il valore logico del vero e il valore estetico del bello, rientrando quali scopi dell'azione morale nella dottrina etica dei beni, vengono di nuovo rivestiti di carattere assiologico (etico). La dottrina etica dei beni e la dottrina etica dei doveri sono legate da un rapporto di dipendenza reciproca, in quanto, da un lato, dall'adempimento del dovere morale scaturisce spontaneamente un bene morale: la personalità morale, e, dall'altro lato, i beni morali, ad esempio la verità, provocano, all'opposto, richieste di doveri morali, ad esempio la veracità (1).

I beni morali così emergenti non sono tutti raggiungibili nello stesso tempo. Piuttosto, si può essere al servizio dell'uno solo a costo di trascurare o, addirittura, ledere l'altro. Ciò diviene subito chiaro non appena ci rammentiamo degli oggetti dei diversi beni morali.

Nell'intero ambito del mondo dell'esperienza, esistono solo tre tipi di oggetti che possono essere dotati di valore assoluto: personalità umane singole, personalità umane collettive e opere umane. Correlativamente a questi loro oggetti, possiamo distinguere tre tipi di valori: *valori individuali*, *valori collettivi* e *valori d'opera*. Valore individuale è la personalità etica. Di tipo etico è, però, anche il valore di cui sono capaci le personalità collettive, nel caso in cui esse vengano riconosciute. Il valore estetico e il valore logico si manifestano nei valori dell'arte e della scienza come valori d'opera.

Che non si possa stare egualmente al servizio di tutti questi valori, si può mostrare facilmente. "Ha personalità in ambito scientifico soltanto chi è puramente al servizio dell'oggetto. E non solo in ambito scientifico è così. Non conosciamo un solo grande artista che abbia mai fatto altro che stare al servizio del proprio oggetto e solo

---

(1) "Il morale diviene riconoscibile come la forma del dover essere che si unisce ai contenuti di valore della vita. Tuttavia, per il suo contenuto, è la direzione personale verso il valore obiettivo supremo della nostra essenza interiore": E. SPRANGER, *Lebensformen*, 3 ed., 1922, p. 257 s.

di esso” (2). I *valori d’opera* richiedono dunque il contrario di ciò che pretendono i valori individuali: non personalità, bensì oggettualità [*Sachlichkeit*]. Nell’ambito del valore individuale della personalità morale vale un’etica della convinzione [*Gesinnungsethik*], ad esempio verità ad ogni costo, nell’ambito dei valori collettivi un’etica della responsabilità, ad esempio bugia diplomatica per il bene comune (3). *I valori collettivi richiedono dunque l’opposto di ciò che pretendono i valori individuali.* “L’uno chiede: cosa ne consegue?, l’altro soltanto: è giusto?”, afferma Theodor Storm, sia pure in altro senso. In definitiva, tra uno scopo di potere di una personalità collettiva e lo scopo culturale esistono tensioni difficilmente superabili: “Il potere è cattivo in sé, comunque venga esercitato. Finisce immancabilmente nelle mani delle forze meno interessate proprio alla rifioritura culturale” (4). *I valori collettivi richiedono dunque il contrario di ciò che richiedono i valori d’opera.*

Ecco, dunque, cosa significa decidere se porre al primo posto nella gerarchia dei valori quelli individuali, quelli collettivi o quelli d’opera. Noi distinguiamo concezioni *individualistiche*, *sovraindividualistiche* e totalmente *transpersonalistiche* proprio a seconda della decisione, ossia dell’orientamento della propria visione della vita, in particolare della propria concezione del diritto e dello Stato, all’uno o all’altro di questi gruppi di valori (5). Visualizziamo ora l’opposizione di queste concezioni in una serie di massime, ognuna delle quali viene pronunciata categoricamente con la fede nella sua indiscutibilità.

(2) M. WEBER, *Wissenschaft als Beruf*, 1919, p. 13.

(3) M. WEBER, *Politik als Beruf*, 1919, p. 56 s. Un esempio di sacrificio dell’etica della convinzione in omaggio all’etica della responsabilità si trova nelle memorie di Vera Figner: “L’intelletto consigliava di andare insieme ai compagni che prendevano la via del terrore politico. Ma il sentimento ci riportò al mondo dei poveri e dei diseredati. Solo in seguito riconoscemmo che quello stato d’animo costituiva la spinta verso una vita moralmente pura, verso valori personali più elevati... Dopo una lotta interiore riuscimmo a dominare il nostro sentimento, il nostro stato d’animo; rinunciammo alla soddisfazione morale che ci avrebbe dato la vita e il lavoro nella piatta terra e ci mettemmo in fila con i compagni che avevano valutato la cosa col loro istinto politico”.

(4) J. BURCKHARDT, *Weltgeschichtliche Betrachtungen*, 3 ed., 1918, p. 96.

(5) In termini diversi e più ampi, si contrappone l’individualismo all’universalismo: cfr., ad es., G. JELLINEK, *Staatslehre*, 3 ed., 1914, p. 174. W. WINDELBAND, *Einleitg. i. d. Ph.*, 1914, p. 64; O. SPANN, *Haupttheorien der Volkswirtschaftslehre*, 20 ed., 1930, pp. 26 ss.

*Popper-Lynkeus*: “la scomparsa dal mondo, senza o persino contro la propria volontà, di qualunque individuo, anche non particolarmente significativo, che non mette intenzionalmente in pericolo la vita degli altri è un avvenimento incomparabilmente più importante di tutti gli eventi politici, religiosi o nazionali, nonché di tutti i progressi scientifici, artistici e tecnici di tutti i secoli e di tutti i popoli messi insieme”. *Schiller*: “Tutto può essere sacrificato per il meglio dello Stato, salvo colui al quale lo Stato serve da mezzo. Lo Stato stesso non è mai scopo, ma rileva soltanto come condizione di realizzazione dello scopo dell’umanità, e questo scopo dell’umanità non è altro che la formazione di tutte le forze dell’uomo”.

A queste prese di posizione individualistiche si contrappongono in modo egualmente netto quelle sovraindividualistiche: la moralità assoluta non sarebbe altro che “la vita assoluta nella patria e per il popolo”, mentre lo Stato sarebbe “il fondamento e il punto mediano degli altri lati concreti della vita popolare, dell’arte, dei costumi, della religione, della scienza; ogni agire spirituale ha soltanto lo scopo di rendersi conto di questa unione” (*Hegel*). “La Nazione italiana è un organismo avente fini, vita, mezzi di azione superiori, per potenza e durata, a quelli degli individui divisi o raggruppati che la compongono. È una unità morale, politica ed economica, che si realizza integralmente nello Stato Fascista” (*Mussolini, Carta del lavoro*).

La concezione transpersonalistica si esprime nelle parole di *Kurt Eisner*: “Almeno io valuto la mia vita non così elevata come una creazione artistica eterna e stimo l’arte non così modesta da essere dotata di minor valore di un essere vivente”, come pure quelle indicibilmente forti: “una statua di Fidia compensa tutta la miseria di milioni di schiavi antichi” (*Treitschke*), e già le parole di *Plutarco*: “stimiamo un’opera d’arte e disprezziamo il suo autore”. Quando il tempio sull’isola di Philae sul Nilo venne sacrificato per un impianto di irrigazione, *Sir George Birdwood* propose pubblicamente ricorso. *Sir George Knollys* gli rivolse allora la domanda: cosa farebbe Sir George Birdwood se si trovasse da solo in una casa in fiamme con un bambino vivo e la Madonna Sistina di Raffaello? Sir George Birdwood rispose che avrebbe dato la precedenza alla Madonna Sistina <sup>(6)</sup>.

---

<sup>(6)</sup> Per un’analisi di questi esempi, v. E. SPRANGER, *Lebensformen*, 3 ed., 1922, p. 285.

D'altro canto, dice *Friedrich Nietzsche*: “i grandi uomini privi di opere occorrono forse più delle grandi opere per le quali si deve pagare un simile prezzo di vite umane”. E *Gerhart Hauptmann*, durante la guerra, riferendosi a un attacco di Romain Rolland alle azioni belliche che avevano distrutto alcune opere d'arte, ha detto: “onori a Rubens, ma io appartengo a coloro che, per il petto squarciato di un fratello umano, patiscono un dolore ben più profondo”.

Riassumiamo in forma concettuale le opposizioni illustrate.

Per la concezione individualistica i valori d'opera e quelli collettivi sono al servizio dei valori della personalità. La cultura è solo un mezzo della formazione personale, lo Stato e il diritto sono solo istituzioni per la sicurezza e le esigenze dei singoli.

Per la concezione sovraindividualistica i valori della personalità e quelli d'opera sono al servizio dei valori collettivi, la moralità e la cultura al servizio dello Stato e del diritto.

Per la concezione transpersonalistica i valori della personalità e quelli collettivi sono al servizio dei valori d'opera, la moralità, così come il diritto e lo Stato, sono al servizio della cultura.

Volendo riassumere con un motto gli scopi ultimi, per la concezione individualistica: *libertà*, per quella sovraindividualistica: *nazione*, per quella transpersonalistica: *cultura*.

Per la concezione individualistica diritto e Stato sono rapporti tra i singoli, per quella sovraindividualistica sono un intero al di sopra dei singoli, per quella transpersonalistica sono rapporti comunitari dei singoli con qualcosa di esterno a loro stessi, con il loro lavoro comune, con la loro opera comune.

La dottrina sovraindividualistica illustra la propria concezione dello Stato e della comunità giuridica con l'immagine dell'*organismo*: come nel corpo umano, così anche in un buono Stato, non sarebbe l'insieme a essere in funzione delle parti, bensì il contrario.

La concezione individualistica si serve per la propria illustrazione dell'immagine del *contratto* (7). Come la dottrina dell'organismo, così quella dello Stato non vale per lo Stato reale. Essa non intende affermare che gli Stati *reali* sarebbero intenzionalmente fatti per via contrattuale, ma solo che uno Stato *corretto* deve poter essere

---

(7) La correlazione esclusiva tra teoria del contratto e concezione individualistica è contestata da *Gutermann* in un articolo su questo libro, in « Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik », vol. 41, 1916, p. 507.

pensato come sorto attraverso un contratto dei suoi consociati. Il contratto “non deve essere necessariamente presupposto come un fatto”, “esso è piuttosto una pura idea della ragione, che nondimeno ha un’indubbia consistenza pratica, ossia di vincolare ogni legislatore a dare le sue leggi come se fossero *potute* scaturire dalla volontà riunita di un intero popolo, e ogni sottoposto, nella misura in cui vuole essere un cittadino, a ragionare *come se* avesse aderito a una tale volontà. È questa, infatti, la pietra di paragone della legittimità di ogni legge pubblica” (*Kant*). La teoria del contratto afferma, dunque, che lo Stato è giustificato, non *perché*, bensì *se* si può concepire come sorto attraverso un contratto, *perché* solo allora può essere considerato come posto nell’interesse di ogni consociato. Pertanto, se si vuole intendere correttamente tale teoria, è soprattutto necessario, là dove usa l’espressione “volontà”, inserire l’appena illustrata espressione “interesse” (8).

La concezione transpersonalistica, infine, usa non di rado la metafora di una *costruzione* nella quale i costruttori sono uniti, non già da un intero che li abbraccia, né da rapporti immediati che li collegano, bensì dal lavoro comune che fanno, nonché dall’opera comune che ne deriva.

In definitiva, collegandoci in parte a Ferdinand Tönnies, proponiamo come espressioni tecniche le parole “*società* [*Gesellschaft*]” per la convivenza basata sull’individualismo, “*collettività* [*Gesamtheit*]” per la formazione plurisoggettiva concepita sovraindividualisticamente e “*comunità* [*Gemeinschaft*]” per la forma transpersonalistica dei rapporti umani. Mentre la società e la collettività sono relazioni e formazioni associative [*soziale*] immediate, la comunità è una formazione il cui collegamento associativo viene mediato da un oggetto comune.

Società, collettività, comunità sono legate da un rapporto dialettico reciproco. Ognuna di esse si tramuta nell’altra. Può essere raggiunta solo aspirando all’altra.

Scopo ultimo della società è la personalità, ma la personalità appartiene a quei valori che possono essere raggiunti solo se non si aspira a essi. La personalità è semplicemente la ricompensa inattesa

---

(8) Pertanto, non costituisce un miglioramento, ma solo un’altra espressione del pensiero fondamentale della dottrina del contratto, la proposta di T. HERZL, *Der Judenstaat*, 6 ed., s.d. (1896), pp. 72 ss., di fondare lo Stato, anziché sul contratto, sulla *negotiorum gestio*.

di una dedizione spassionata all'oggetto, vale a dire dono e grazia. "Chi cerca di ottenere la propria anima la perderà, ma chi la perde l'aiuterà a vivere". Si diventa personalità attraverso l'oggettualità che si lascia trasportare. Il giovane che desidera impraticarsi nella grafia sforzandosi ardentemente otterrà una grafia brutta, non certo una caratteristica. Allo stesso modo, chi si sforza di diventare immediatamente una personalità si trasformerà probabilmente in un dame-rino con lo specchio in mano, giammai in una personalità.

Ciò che vale per la personalità vale, però, anche per la collettività, per la nazione. Anche il carattere nazionale non si può ottenere immediatamente con uno sforzo ardente, ma è soltanto dono e grazia. Un popolo diviene nazione, non già aspirando al carattere nazionale, bensì consacrando con abnegazione a compiti di validità universale. Dal punto di vista artistico, l'"arte nazionale" e la "poesia patriottica" restano sempre di rango secondario. Ma l'arte che si affanna intorno ai grandi oggetti dell'umanità è al contempo inesorabilmente nazionale. Una verità tedesca, un Dio tedesco come compiti delle aspirazioni tedesche non esistono, ma ciò che un tedesco fa per amore dell'oggetto diventa inesorabilmente tedesco. Sia la nazione sia la personalità sono categorie storiche applicate in via postuma dalla storia, non già ideali per l'agire culturale.

In tal modo, società e collettività rimandano all'opera e alla comunità. Ma opera e comunità, a loro volta, rimandano di nuovo alla società e alla collettività, in un'interazione il cui circolo non può essere interrotto in alcun punto. Come la personalità giunge a compimento solo attraverso la dedizione oggettuale all'opera, così l'opera veracemente grande deriva, a sua volta, soltanto dall'abbondanza di una personalità ricca: "La cosa più grande può essere fatta soltanto da chi non può essere diversamente". E come la personalità, così anche la nazione è presupposto della vera comunità d'opera. Anzi, scopo del lavoro di una comunità non è certo l'opera isolata, non il libro che resta a impolverarsi in biblioteca, la statua che riposa sepolta sotto terra, bensì la cultura, ossia l'insieme articolato, l'unità vivente in cui si ritrovano tutte le opere culturali. Ma questa unità non risiede nelle opere stesse, bensì nella coscienza che le riunisce, e non in una coscienza singola, che non è affatto in grado di accogliere la loro abbondanza, bensì nella coscienza collettiva della nazione, che abbraccia i singoli e unisce le generazioni.

Dunque, quando si indica ora la personalità singola, ora la personalità collettiva, ora la cultura d'opera come scopo ultimo della

vita individuale e collettiva, non si fa altro che accentuare una parte di un circolo chiuso, non lo si interrompe certo. Queste tre possibili concezioni del diritto e dello Stato risultano dall'accentuazione di diversi elementi di un intero indivisibile <sup>(9)</sup>.

Ma le loro incarnazioni empiriche si trovano nei partiti politici. Solo l'idea della cultura d'opera non si esprime nella politica di un partito determinato. Essa non è un programma, bensì gusto per la vita — ad esempio, il gusto per la vita del movimento giovanile che si esprime nella parola “comunità”. Poiché il transpersonalismo collega in modo peculiare, l'uno con l'altro, elementi individualistici e sovraindividualistici, esso può diventare lo sfondo ideologico personalistico di tutte le posizioni partitiche. Uno Stato che si sia formato sul suo modello, tuttavia, non è ancora esistito; per motivi empirici, esso sembra essere adatto solo a comunità giuridiche parziali — ad esempio, università, ordini religiosi, la Chiesa cattolica —, ma non alla comunità giuridica totale dello Stato. Certo, anche al transpersonalismo si collega l'idea di una forma di Stato: lo Stato corporativo; tuttavia, dove questa idea dello Stato d'opera transpersonalistico, dello stato corporativo, è divenuta realtà, lì si è trasformata nella mera facciata di uno Stato di potere sovraindividualistico. Peraltro, questo è il criterio transpersonalistico col quale le nazioni sono apprezzate in via postuma dalla storia. L'istinto di autoconservazione dei popoli viventi vuole che lo Stato sia al servizio di essi, dei singoli uomini o delle collettività, mentre la storia valuta gli Stati secondo ciò che resta quando gli uomini e i popoli si sono estinti: secondo le loro opere.

Nel prosieguo non si cercherà di costruire nel vuoto l'immagine ideale di uno Stato rivolto alla cultura d'opera transpersonalistica <sup>(10)</sup>, piuttosto si mostrerà la concezione dello Stato e del diritto individualistica e sovraindividualistica nelle ideologie partitiche in cui esse hanno preso forma storica.

---

<sup>(9)</sup> Queste riflessioni mostrano che non è affatto vero che “ipostatizzo un'opposizione relativa in una assoluta” come mi rimprovera E. KAUFMANN, *Neukantische Rechtsphilosophie*, 1921, p. 71 (in nota).

<sup>(10)</sup> Indicazioni in questo senso in G. RADBRUCH, *Kulturlehre des Sozialismus*, 2 ed., 1927, nonché Id., *Wilhelm Meister sozialpolitische Sendung*, « Logos », vol. 8, 1919, pp. 152 ss.

*“Nessuno si libra al di sopra dei partiti.  
Correte tra i combattenti, voi folli, vittime certe della battaglia”*  
A. Glasbrenner

## 8. *Dottrina giusfilosofica dei partiti*

**Significato dell'ideologia di partito. Individualismo. In particolare, liberalismo e democrazia. Concezione sociale del diritto e socialismo. Conservatorismo. Cattolicesimo politico.**

Dobbiamo passare ora all'esame delle concezioni dei partiti, ossia delle ideologie partitiche. Si potrebbe obiettare che una tale ideologia non consentirebbe di cogliere l'aspetto essenziale dei partiti. Reale sarebbe soltanto il loro interesse, mentre la loro ideologia costituirebbe un mero pretesto, semplicemente la bella facciata di questo interesse.

Assumiamo pure che un partito sia stato realmente fondato sul mero interesse politico, senza alcun contributo di idee politiche. Anche un partito siffatto sarebbe costretto sul piano sociologico a formarsi una ideologia, ossia quanto meno a far sembrare che il proprio interesse particolare sia stato posto anche nell'interesse della generalità dei consociati. Sennonché, una tale ideologia partitica sarebbe nient'altro che la veste seducente con cui l'interesse copre le sue nudità, mentre sarebbe di nuovo sociologicamente inevitabile che essa divenisse ben presto qualcosa di più. Infatti, l'ideologia di un partito si rivolge non soltanto bellicosamente contro i nemici, ma anche propagandisticamente a nuovi sostenitori da conquistare. Intorno alla truppa scelta, che è legata a questo partito dall'interesse, si affolla una cerchia sempre più ampia di membri di partito, la cui appartenenza a esso è determinata, non già dall'interesse, bensì dall'idea del partito. Tali membri esigono, pertanto, che l'idea sia realizzata in maniera conseguente e completa anche a costo dell'interesse, e vincolano così il partito all'idea che esso, a sua volta, ha legato a sé stesso.

L'idea di un partito trascende il proprio interesse ancora in un altro modo. Per non essere sopravanzati, anche gli eserciti della battaglia dei partiti devono estendere sempre di più il loro fronte ideale. La competizione dei partiti sollecita ognuno di essi a dotarsi di una visione programmatica su *tutte* le questioni della vita pubblica, anche su quelle che sono legate da un rapporto molto flebile o addirittura nullo con l'interesse originario. In tal modo, il programma di partito accoglie in sé sempre più richieste, che ormai sono solo motivate ideologicamente, non più condizionate sociologicamente.

In quel momento, poiché l'interesse si richiama all'idea, si consegna a sua volta alla logica di quest'ultima, che ormai si dispiega ulteriormente secondo la propria legge, eventualmente anche contro l'interesse che l'ha chiamata al proprio servizio. Fantasmî e spettri possono essere evocati a volontà, ma non possono essere scacciati allo stesso modo. L'interesse non può servirsi dell'idea senza diventare a sua volta servizievole nei suoi confronti. L'interesse, anche senza volerlo, viene costretto sul piano sociologico a diventare veicolo dell'idea. Hegel chiama questo fenomeno "astuzia della ragione", che fa operare a suo favore anche gli interessi riluttanti.

Nell'esaminare finalmente le ideologie partitiche, non ci occupiamo, dunque, di una mera fantasticheria, bensì di un potere sociologico realmente efficace (1).

La concezione *individualistica* del diritto e dello Stato ha trovato espressione per prima nell'ideologia partitica, più precisamente in tutta una serie di differenti ideologie. Il punto di irradiazione di queste varie ideologie è il concetto di individuo (2).

Di certo vi sarà una tendenza a identificare l'individuo da cui avrebbe preso le mosse l'individualismo innanzitutto nell'essere

---

(1) Su quanto segue, J. BINDER, *Pb. d. Rs.*, 1925, pp. 288 ss.; M.E. MEYER, *RPh.*, 1922, pp. 71 ss., nonché, sulle sue riflessioni, M. SALOMON, « Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie », vol. 18, 1924/1925, pp. 431 ss.

(2) L'individuo come soggetto finale della norma giuridica e l'individuo come appiglio della forza motivante della norma giuridica sono problemi diversi. Qui viene trattato il primo, mentre il secondo è affrontato nella mia conferenza *Der Mensch im Recht*, 1927. Il modo in cui i Romani concepirono l'uomo nel diritto nel secondo senso è stato espresso così da *Goethe*: "In effetti, essi si interessarono solo all'uomo, nella misura in cui gli si può strappare qualcosa con la forza o con la persuasione" — si tratta dell'uomo molto astuto e molto interessato, *l'homo oeconomicus*, qual è rimasto fino ad

umano singolo. Tuttavia, l'individualità concreta con tutte le sue bizze, fisime e bizzarrie non conduce affatto a un ordinamento giuridico e statale — per dir così — al servizio di tutti (“piacere a tutti è impossibile”), ma solo all'annientamento di ogni diritto e di ogni Stato. Max Stirner, che prese le mosse dall'“unico”, ossia dall'io concreto, fu conseguentemente costretto a concludere con l'*anarchismo*. L'anarchismo è, appunto, quella forma di individualismo che ritiene di poter muovere dall'individualità empirica, concreta.

Ma il diritto e lo Stato, come non possono impegnarsi a stare al servizio dell'uomo reale singolo con tutte le sue inclinazioni irragionevoli e immorali, tanto meno possono regolarsi sull'immagine ideale dell'uomo morale e ragionevole; fa parte dell'essenza della ragione e della moralità di non poter essere il risultato della coazione morale, ma solo un fatto di libertà. È qui che naufraga il *dispotismo illuminato*, che pure costituisce una forma di individualismo <sup>(3)</sup>, in quanto voleva stare al servizio del singolo — ma anche servire contro la sua volontà, voleva coartare ciò che non poteva essere coartato: ragione e moralità. Il dispotismo illuminato è quella forma di individualismo che mira alla coazione immediata della moralità e della ragione dei singoli.

Il concetto di individuo cui mirano *liberalismo* e *democrazia* deve dunque stare nel mezzo tra l'individualità empirica e la personalità morale. È l'individuo naturale, nella misura in cui può divenire personalità morale, l'essenza personificata della capacità morale — la libertà personificata. In via di precisazione progressiva emergono, dunque, le tesi: il diritto deve stare al servizio dell'individuo — il diritto deve rendere possibile la moralità individuale — il diritto deve produrre la libertà individuale, nella misura in cui è capace di farlo, ossia non deve produrre la libertà interiore, bensì quella esteriore, che serve a realizzare il presupposto della prima, la liberazione dalla coazione motivazionale dell'ambiente sociale, consista questa nel terrorismo della lotta di tutti contro tutti oppure nelle suggestioni del contesto associativo.

---

oggi anche l'*homo juridicus*. D'altro canto, il modo in cui i Romani videro l'individuo come soggetto finale della norma giuridica è stato mostrato da *Hegel* nelle massime riportate *infra*, nt. 5.

<sup>(3)</sup> Contro questa caratterizzazione A. GUTERMANN, « Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik », vol. 41, p. 506.

L'individuo della concezione individualistica dello Stato è dunque, per un verso, l'*individuo isolato*, non più legato ad altri individui se non dai lacci che il diritto stesso annoda. Secondo la concezione individualistica, il diritto ha quindi il compito, per dirla in termini paradossali, di distruggere l'elemento associativo, ossia il fatto che ciascuno è determinato da tutti o da altri, e di sostituirlo con un accostamento privo di contatti tra individui liberi; oppure, per dirla in termini meno paradossali, di sostituire l'irrazionalismo, sfrenatamente emerso, di un collegamento sociale fatto di intrecci molteplici con un sistema razionale minimo di relazioni giuridiche. Un motto giuridico dice: "il diritto probabilmente divide, ma di certo non affratella". Avvertiamo questa efficacia liberatoria, questa — se è concessa un'iperbole — funzione antisociale del diritto ogniqualvolta, in rapporti personali difficilmente districabili, lo consideriamo come l'unica via d'uscita per trattare la cosa in maniera "puramente negoziale", ossia puramente giuridica (4).

Ma, se l'individuo dell'individualismo giusfilosofico non è altro che la libertà personificata, allora esso racchiude al contempo l'egualianza di tutti gli individui. Diversità, particolarità, "individualità" valgono, sì, per l'individuo empirico e per la personalità morale ("davanti a ognuno si libra un'immagine di ciò che *egli* deve diventare"), ma l'individuo giusfilosofico, concepito come la mera capacità delle individualità empiriche di avere una moralità individualizzata, è esso stesso incapace di qualunque caratteristica individualizzante. È un *individuo privo di individualità*, paragonabile e spesso paragonato a un atomo delle scienze della natura, sempre uguale a sé stesso nel riprodursi in mille modi, nel rispecchiarsi all'infinito. "L'uomo astratto, la più artificiale, regolare, raffinata di tutte le macchine, è costruito ed escogitato, ma va pure visto, come uno spettro nella sobria, chiara verità quotidiana" (Tönnies) (5).

---

(4) *Schopenhauer* paragona la società umana a una società di porcospini che si accalcano l'uno sull'altro per scaldarsi a vicenda, ma che poi devono tenersi lontani l'uno dall'altro per non ferirsi reciprocamente con i loro aculei. Il distanziamento intermedio, che essi scoprono alla fine, è in *Schopenhauer* la cortesia umana — egli avrebbe anche potuto dire: il diritto pensato in maniera individualistica.

(5) G.F.W. HEGEL, *Ph. d. Geschichte*, ed. Reclam, p. 361, mostra il modo in cui i Romani crearono questo concetto dell'individuo privo di individualità: "la personalità universale astratta non era ancora presente (presso i Greci), poiché lo spirito si dovette dapprima educare a questa forma di universalità astratta che la severa disciplina ha

Un'immagine particolarmente adatta a mostrare la natura astratta dell'individuo giusfilosofico è quella del contratto sociale. In verità, questo contratto non significa l'accordo reale delle volontà reali di uomini reali, piuttosto si finge voluto ciò che ognuno non può non volere *ragionevolmente*, poiché posto nel suo *autentico* interesse. Dunque si finge che il contraente del contratto sociale sia un puro essere razionale che conosce il suo autentico interesse e si lascia determinare solo da esso. Non uomini reali, bensì un astratto schema razionale che si ripete all'infinito è ciò che stipula il contratto sociale.

Ecco dunque che la concezione individualistica dello Stato appare a qualcuno individualistica proprio così — cioè se si riferisce questa espressione non all'individuo, bensì all'individualità. Proprio perché l'individualità morale è un valore di un ordinamento più elevato rispetto all'individualismo, e il diritto e lo Stato sono solo mezzi al suo servizio, essa può realizzarsi solo al di là della sfera giuridica, mentre l'individualità empirica, dal canto proprio, può presentarsi nell'ordinamento giuridico solo nella forma generalizzata della possibilità morale personificata, della libertà personificata, dunque nella forma dell'individuo privo di individualità. In tal modo, proprio per l'individualismo, l'individualità resta al di qua e al di là dell'idea del diritto.

Se *liberalismo* e *democrazia* si distinguono da anarchismo e dispotismo illuminato per un diverso concetto di individuo, essi si distinguono tra loro per una diversa valutazione dell'individuo. Era un errore caratterizzare un tempo la democrazia come "liberalismo di sinistra", dunque come una specie accresciuta di liberalismo. Che tra liberalismo e democrazia sussista non soltanto una differenza di misura, ma anche di specie, risulta dall'opposizione delle loro forme parossistiche, l'anarchismo quale liberalismo accresciuto all'estremo, e il socialismo quale democrazia pensata fino in fondo, ossia che

---

attuato attraverso l'umanità. Nell'antica Roma troviamo ormai questa libera universalità, questa astratta libertà che, da un lato, pone lo Stato astratto, la politica e il potere al di sopra della concreta individualità e subordina quest'ultima in maniera assoluta, dall'altro lato, di fronte a questa universalità, crea la personalità — la libertà dell'io in sé, che deve essere certamente distinta dall'individualità. Infatti, la personalità forma la determinazione fondamentale del diritto: viene a esistenza principalmente nella proprietà, ma è indifferente alle determinazioni concrete dello spirito vivente con cui ha a che fare l'individualità".

prosegue oltre la politica, nell'economia. Quest'opposizione ideologica tra liberalismo e democrazia deve essere ora gradualmente ricavata dalle sue ricadute politiche.

La democrazia richiede il dominio incondizionato della volontà della maggioranza, il liberalismo pretende che la volontà singola abbia la possibilità di affermarsi, eventualmente, anche sulla volontà della maggioranza. Per il liberalismo il punto di partenza del pensiero giusfilosofico è costituito dai diritti umani, dai diritti fondamentali, dai diritti di libertà del singolo, parti della sua naturale libertà prestatale, che vengono messi al sicuro nello Stato con la pretesa incondizionata di rispetto, perché il compito e la giustificazione dello Stato risiedono esclusivamente nella loro tutela: "lo scopo ultimo di ogni società politica è la conservazione dei diritti naturali e imprescrittibili dell'uomo" (Dichiarazione del 1789). Secondo la concezione democratica, invece, il singolo pone la sua libertà prestatale a completa disposizione della volontà statale, della volontà della maggioranza, per riottenere quale ricompensa semplicemente la possibilità di partecipare alla formazione di questa stessa volontà. Da tale diversità di visioni fondamentali risultano per il liberalismo e la democrazia principi organizzativi politici del tutto diversi, l'opposizione a lungo disconosciuta tra Montesquieu e Rousseau: il liberalismo rende omaggio alla dottrina della separazione dei poteri di Montesquieu, il cui senso è di mettere i due aspiranti dell'assolutismo, il monarca e la maggioranza, l'uno contro l'altro, a vantaggio dei diritti di libertà dell'individuo così salvaguardati; la democrazia respinge con Rousseau la separazione dei poteri, perché, a sua volta, aspira proprio all'assolutismo della maggioranza che viene combattuto da tale separazione.

Qui maggioranza, lì libertà; qui partecipazione allo Stato e così, se del caso, alla maggioranza, lì libertà dallo Stato; qui "libertà civica", lì libertà civile; qui diritti politici di libertà garantiti solo dallo Stato, lì libertà naturali lasciate dallo Stato; qui eguaglianza dei diritti di libertà garantiti, lì libertà — per dir così — lasciata all'uso di molte diverse capacità naturali, eguaglianza dei punti di partenza della competizione, che presto si trasforma in diseguaglianza; qui l'idea di eguaglianza prevale su quella di libertà, lì vale il contrario. Infatti, alla luce di quanto detto, si comprende che questa distinzione non significa eliminazione dell'elemento liberale da parte di quello democratico o viceversa, bensì prevalenza dell'uno sull'altro in una mescolanza, per dirla con termini fascisti, "demoliberali".

Siamo ormai in grado di inoltrarci nell'opposizione ideologica da cui sono scaturite le descritte opposizioni particolari. Detto in termini algebrici: la democrazia attribuisce all'individuo solo un valore finito, mentre il liberalismo uno infinito. Per la democrazia il valore dell'individuo è dunque moltiplicabile, il valore della maggioranza degli individui più alto di quello della loro minoranza; per il liberalismo, invece, il valore infinito dell'individuo è per definizione insuperabile, persino dal contenuto assiologico di un'ampia maggioranza. Questa diversa valutazione dell'individuo potrebbe essere fondata nella diversa struttura del concetto a due facce di valore etico. Secondo il liberalismo, il valore morale può in linea di principio realizzarsi pienamente in un singolo individuo. Ogni singolo è chiamato a realizzare il valore morale che è per tutti pieno, dunque insuperabile, quindi infinito. Per la democrazia, invece, il valore morale riceve il proprio contenuto solo dall'applicazione ai più diversi individui, e per ogni individuo un contenuto differente — solo su un numero infinito di individui si può dispiegare l'intera ricchezza del mondo morale.

All'individualismo liberale e a quello democratico si aggiunge, però, l'individualismo *sociale*. Esso ebbe origine dalla critica dell'eguaglianza politica e civile ricorrente in quella diseguaglianza sociale ed economica che rappresenta l'essenza dell'individualismo "demoliberal". Una siffatta eguaglianza, puramente giuridico-formale, significa occultamento e aggravamento della diseguaglianza socio-reale. Nella realtà sociale, la libertà di proprietà eguale per tutti, se riferita al proprietario dei mezzi di produzione, si trasforma da puro dominio sulle cose in dominio sugli uomini, mentre, se riferita alle classi nullatenenti, assume la forma della soggezione all'altrui proprietà. La libertà contrattuale uguale per tutti, se riferita agli abbienti, diventa libertà di intimazione, se riferita ai nullatenenti, si presenta come soggezione priva di valore all'altrui intimazione. I diritti politici eguali per tutti, nelle mani degli abbienti capaci di riempire le casse dei partiti e di finanziare la stampa significano un potere enormemente aumentato rispetto ai nullatenenti. Tuttavia, questa critica dell'eguaglianza soltanto giuridico-formale significa, in definitiva, una critica dell'individuo isolato e privo di individualità da cui muove la concezione demoliberale, significa il postulato dell'orientamento del diritto e dello Stato all'individuo concreto e

socializzato <sup>(6)</sup> — ossia non all'individualità di ogni singolo, la quale, come è stato mostrato, rende inconcepibile qualunque concezione del diritto e dello Stato, ma neppure all'astratto concetto di genere dell'uomo pensato come libertà personificata, bensì ad una pluralità di tipi sociali, ad esempio quello del datore di lavoro e del prestatore d'opera, dell'operaio e dell'impiegato <sup>(7)</sup>. Fornendo così per la prima volta alla considerazione del giurista un chiarimento delle differenze sociali di potere, delle posizioni di potenza e di impotenza del singolo, la concezione sociale del diritto e dello Stato, da un lato, dà la possibilità di considerarle giuridicamente, di trattare i potenti diversamente dagli impotenti sociali, di sostenere i deboli e limitare i forti, dall'altro, sostituisce l'idea demoliberale di eguaglianza con l'idea sociale di perequazione. Un siffatto diritto sociale rappresenta quindi la vittoria dell'equità sulla rigida giustizia.

Mentre il pensiero sociale aspira alla perequazione della diseguaglianza sociale, il *socialismo* esige la rimozione delle sue cause: della proprietà privata dei mezzi di produzione, e con ciò la rimozione di questi ultimi. Ma, come il pensiero sociale, così anche il socialismo è una forma di individualismo giusfilosofico. La considerazione economica può porre il socialismo in opposizione all'individualismo, perché il primo non considera la vita economica come una cooperazione e contrapposizione di liberi individui, bensì vuole subordinarla a una regolazione sovraindividuale. Tuttavia, nella visione giusfilosofica, conta piuttosto che anche questa regolazione sovraindividuale è in definitiva determinata a stare al servizio degli individui. In tal modo, persino il *Manifesto del partito comunista* culmina nell'obiettivo ultimo di un' "associazione in cui il libero sviluppo di ciascuno è condizione del libero sviluppo di tutti". Tuttavia, che questo scopo della libertà di tutti debba essere raggiunto col mezzo di una limitazione della libertà di tutti, è un

---

<sup>(6)</sup> *Karl Marx (Zur Jugendfrage)*: "Solo quando l'uomo individuale reale riprende in sé il cittadino astratto e, come uomo individuale nella sua vita empirica, nel suo lavoro individuale, nei suoi rapporti individuali, è divenuto un ente generico, solo quando l'uomo ha riconosciuto e organizzato le *forces propres* come forze sociali, e pertanto non separa più da sé la forza sociale sotto forma di forza politica, solo allora l'emancipazione umana è completata".

<sup>(7)</sup> Cfr. G. RADBRUCH, *Von der individualistischen zur sozialen Rechtsauffassung*, in « Hanseatische Rechts- und Gerichtszeitschrift », vol. 13, 1930, coll. 457 ss. (anche « Archives de Philosophie du Droit », 1931, pp. 387 ss.).

paradosso che la concezione socialista condivide con tutte le altre concezioni individualistiche, il problema fondamentale dell'individualismo giusfilosofico, con cui aveva dovuto già lottare la dottrina del contratto sociale. Dal rapporto del socialismo con l'individualismo "civile" emerge, tuttavia, il dualismo delle sue direzioni tattiche: la forma di transizione alla comunità socialista, la dittatura del proletariato, viene intesa, da un lato, come dominio della maggioranza democratica, dall'altro, come dominio di un'élite proletaria. Nell'una forma, il pensiero socialista si intreccia dunque con quello demoliberale, nell'altra, invece, ritiene necessaria la rottura, perlomeno temporanea, della forma dello Stato di diritto e dello Stato popolare.

Molto più tardi, alle ideologie partitiche individualistiche si aggiunse un'ideologia partitica sovraindividualistica *conservatrice* <sup>(8)</sup>. Mentre quelle sono ideologie aggressive, questa è difensiva. I partiti individualistici volevano formare nuovamente i fatti politici secondo la propria ideologia; i partiti conservatori supportano i fatti politici esistenti con una costruzione ideologica postuma. Le ideologie individualistiche sono perciò razionali, quelle conservatrici sono irrazionali: storiche o religiose. Per le prime lo Stato è come una macchina composta dalle loro parti, per le seconde è come un organismo creato da una forza vitale misteriosa. L'immagine dell'organismo, del dominio della testa sugli arti, serve al conservatorismo per chiarire la propria dottrina, secondo la quale: il popolo costituisce un'unità non solo dei suoi membri attuali, ma anche di tutti quelli passati e futuri, "un vincolo sacro tra le generazioni" (Treitschke); già per ciò non è il popolo che si pone il proprio sovrano, bensì è il sovrano che si impone al popolo; lo stesso sovrano regna in nome dell'insieme, non per incarico dei singoli; non riceve la sua sanzione dal basso, dalla volontà del popolo, bensì dall'alto, dal carisma della guida <sup>(9)</sup>. "Autorità, non maggioranza" dice Stahl,

---

<sup>(8)</sup> Cfr. K. MANNHEIM, *Das konservative Denken*, « Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik », vol. 57, pp. 68 ss., 470 ss.

<sup>(9)</sup> La stessa funzione politica svolta finora dalla teoria organica dello Stato è stata assunta di recente dalla *dottrina dell'integrazione* (R. SMEND, *Verfassung u. Verfassungsrecht*, 1928). Rispetto alla dottrina dell'organismo, essa fa valere l'idea che "è vero che il singolo vive nell'insieme, ma l'insieme vive nondimeno nel singolo" (T. LITT, *Individuum u. Gemeinschaft*, 3 ed., 1926, p. 284). L'insieme vive solo grazie al fatto che

e Mussolini sostituisce la triade del 1789 con la nuova: “autorità, ordine, giustizia” — giustizia intesa nel senso platonico di ordinamento corporativo.

Quasi più importanti delle conseguenze che la teoria organica dello Stato comporta per la posizione del sovrano sono le sue conseguenze per la posizione dei singoli. La filosofia del diritto individualistica muove da individui e da somme di individui, quella sovraindividualistica da individualità e complessi di individualità. Con l'immagine dell'organismo si richiede uno Stato riccamente articolato, una figura molteplice intermedia tra l'insieme e i singoli, una multiformità e una differenza di funzioni, una diversità di specie e di rango dei paesaggi e delle località, delle stirpi, dei ceti e delle individualità. A differenza che nell'ideologia individualistica, in quella conservatrice l'individualità trova dunque il proprio posto. L'individuo della concezione individualistica dello Stato era astratto, isolato e privo di individualità. Dato che il conservatorismo non pensa più l'individuo come isolato, ma come membro di un organismo, esso è in condizione di assumerlo come individualità. La sua libertà non è la libertà eguale per tutti, l'astratta possibilità verso tutto e tutti, bensì la libertà di operare secondo le proprie peculiarità a vantaggio della collettività, non libertà di tutto, ma libertà per qualcosa, dunque libertà senza eguaglianza. Se l'individualità non trovava spazio nell'ideologia individualistica proprio perché rappresentava per essa lo scopo ultimo, in quella conservatrice ha un proprio posto esattamente perché rappresenta soltanto un mezzo al servizio della collettività. Come l'individuo, così anche l'insieme è individualità. Il pensiero individualistico, muovendo dall'individuo privo di individualità, non può conseguentemente arrestarsi, ma deve piuttosto raggiungere il suo scopo finale nell'umanità priva di nazionalità. Per la concezione sovraindividualistica, invece, è nell'in-

---

viene vissuto sempre di nuovo dai singoli. Nella dottrina dell'integrazione, la concezione organica dello Stato viene dunque attualizzata, trasformata da statica in dinamica, da sostanziale in funzionale. La funzione politica della dottrina dell'integrazione, come della teoria organica, consiste, tuttavia, nel fatto che essa è in grado di fondare persino forme costituzionali non democratiche sulla volontà del popolo, non certo sulla volontà della maggioranza del popolo, ma sulla volontà integrante dell'identità popolare [*Volkheit*], di una comunità popolare numericamente non determinabile né controllabile, e pertanto largamente costruibile a piacimento.

dividualità dell'insieme nazionale che si raggiunge uno scopo finale. Il pensiero conservatore conduce così alla duplice articolazione: del mondo in nazioni, dello Stato in corporazioni.

Nel presente, tuttavia, il pensiero conservatore dello Stato e del diritto si esprime a stento nei partiti a esso affini. Una caratteristica essenziale del conservatorismo è quel monismo storico o religioso che scorge il valore anche nella realtà. I partiti che contrappongono alla realtà un ideale, sia pure quello di un tempo passato, sono necessariamente privi di questa struttura del pensiero conservatore. Essi, tuttavia, entrano in opposizione ancora più profonda con la mentalità corporativa quando non sono in grado di chiedere il completo ristabilimento del passato, ma contrappongono al presente un nuovo ideale futuro intessuto di elementi del passato. Questa contraddizione raggiunge la massima profondità quando tali partiti perseguono il proprio ideale, non già con mezzi conformi alla Costituzione, bensì rivoluzionari, ossia controrivoluzionari. Sennonché, anche nell'immagine politica futura prospettata da questi partiti si riescono a vedere finora soltanto le grandi linee conservativo-organico-sovraindividualistiche. Tutto ciò si può sostanzialmente ricondurre al motto spesso utilizzato, eppure ambiguo: "l'interesse collettivo prima di quello personale". Tutte le richieste singole hanno più carattere sedizioso che programmatico. Alla mentalità irrazionale di questi partiti non corrisponde il potere politico di chiedere la realizzazione di un programma prestabilito, bensì, all'opposto, di dire: prima il potere, poi il programma! In questo senso, anche il programma del fascismo prima della sua presa di potere fu interamente racchiuso nel motto: Italia a noi!, e anche della forma costituzionale corporativa assunta dopo la stessa presa di potere si è detto a ragione che sarebbe, "non già una forma statale che riposa in sé stessa, ma solo uno strumento abilmente forgiato della semplice dittatura" <sup>(10)</sup>.

Una posizione mediana tra i partiti sovraindividualistici e quelli individualistici è assunta, infine, dal *cattolicesimo* politico. La concezione evangelica e quella cattolica della Chiesa sono legate tra loro da un rapporto simile a quello tra il pensiero individualistico e il pensiero sovraindividualistico dello Stato. Per la concezione evangelica, la Chiesa è un'istituzione umana al servizio delle singole

---

<sup>(10)</sup> Cfr. L. BERNHARD, *Der Staatsgedanke des Faschismus*, 1931, p. 42.

anime, le quali soltanto hanno pregio dal punto di vista religioso. Secondo la visione cattolica, invece, la Chiesa, qualunque valore possa avere per la santificazione delle anime singole, è un'istituzione imposta da Dio stesso, dotata di un proprio valore religioso sovraindividuale. Lo Stato, che secondo la visione cattolica è inquadrato o almeno coordinato alla Chiesa così concepita, può essere considerato non solo come "autorità di Dio", e in tal modo sfiorato da un riflesso di questo valore sovraindividuale della Chiesa, ma anche come Stato mondano e semplice strumento degli scopi individuali di sicurezza e benessere. Il cattolicesimo ha perciò la possibilità di collegarsi, tanto a destra come a sinistra, sia ai partiti sovraindividualistici sia a quelli individualistici.

Ecco in quale misura la filosofia del diritto può far luce sui nostri partiti. Ed ecco in quale misura si tratta di una questione condizionata dal suo oggetto. Nel groviglio della frammentazione incessante dei partiti, nell'intrico dei piccoli partiti, non vi è alcuna luce che possa indicare una strada.

“Avete mai pensato un’idea fino in fondo senza imbattervi in una contraddizione?”

H. Ibsen

## 9. *Antinomie dell’idea del diritto*

### **Giustizia. Utilità. Certezza giuridica. Tensione tra esse.**

Volgiamo lo sguardo al cammino percorso finora.

Il concetto di diritto, un concetto culturale, ossia riferito all’idea del diritto, ci ha spinti al valore del diritto, all’idea del diritto: il senso del diritto è di essere determinato a stare al servizio dell’idea del diritto. Abbiamo individuato tale idea nella giustizia e abbiamo determinato l’essenza della giustizia, della giustizia distributiva, come eguaglianza, come uguale trattamento degli uomini e dei rapporti eguali, nonché, corrispondentemente, come diseguale trattamento di quelli differenti. Siamo così riusciti a orientare il concetto di diritto alla giustizia, ma non certo a produrre il pensiero guida sufficiente per la produzione del contenuto del diritto. La giustizia, infatti, ci ammonisce, sì, a trattare gli eguali in modo eguale e i diseguali in modo diseguale, ma non ci dice alcunché sul punto di vista dal quale essi andrebbero inizialmente considerati ora come uguali ora come diseguali; essa, inoltre, determina solo il rapporto, ma non il tipo di trattamento. Entrambe le questioni possono essere risolte soltanto a partire dallo scopo del diritto. Alla giustizia, si aggiunge così, quale secondo elemento dell’idea del diritto, l’*utilità*. Sennonché, sviluppando sistematicamente le differenti concezioni del diritto e dello Stato dei vari partiti, la questione dello scopo del diritto e dell’*utilità* non può essere risolta in termini univoci, ma solo relativi. Questo relativismo non può però restare l’ultima parola della filosofia del diritto. Il diritto come ordinamento della vita comune non può restare abbandonato alla diversità delle opinioni dei singoli, deve piuttosto diventare *un* ordinamento su tutti.

In tal modo ci imbattiamo in una terza fondamentale richiesta al diritto, in un terzo elemento dell’idea del diritto, la *certezza giuridica*. La certezza del diritto richiede la sua positività: se non può esser

disvelato [*festgestellt*] cosa è giusto [*gerecht*], allora è necessario che sia disposto [*festgesetzt*] cosa rileva secondo diritto [*rechters*], più precisamente, è necessario che ciò avvenga da un punto che, oltre a disporre [*festsetzt*] qualcosa, è anche in condizione di imporlo [*durchzusetzen*] (1). La positività del diritto assurge così, in modo assai singolare, a presupposto della sua correttezza: l'esser positivo fa parte del concetto di diritto corretto, tanto quanto compito del diritto positivo è di essere contenutisticamente giusto.

Dei tre elementi dell'idea del diritto, il secondo, l'utilità, soggiace all'automoderazione relativistica. Tuttavia, gli altri due, la giustizia e la certezza giuridica, sono al di sopra delle opposizioni tra le concezioni del diritto e dello Stato, al di sopra della lotta dei partiti. Che si ponga termine alla contesa tra le visioni giuridiche, è più importante del fatto che questo termine sia *giusto* e *utile*; l'esistenza di un ordinamento giuridico è più importante della sua giustizia e della sua utilità; queste ultime rappresentano infatti i due grandi compiti del diritto, ma il primo compito, approvato da tutti allo stesso modo, è la certezza giuridica, ossia l'ordine, la pace (2). Anche alla richiesta di giustizia si sottopongono tutti allo stesso modo. Tutta la lotta politica quotidiana rappresenta una discussione infinita sulla giustizia. Negare all'altro ciò che uno reclama, dovergli concedere ciò di cui uno si appropria, non poter pretendere per sé ciò che altrimenti anche l'altro potrebbe pretendere: questo è il tipo di rimproveri, pretese e contraddizioni che il politico e il suo avversario si lanciano e rilanciano di continuo come volani; ma questo presuppone tacitamente in tutte le parti contendenti che ciò che è opportuno per l'uno, deve essere equo per l'altro — ossia significa l'idea di giustizia. L'idea di giustizia è assoluta, più precisamente formale, ma per ciò stesso è dotata di validità universale. Così come la certezza giuridica, costituisce un'esigenza superpartitica — ma è dalla concezione dello Stato e del diritto, dalla collocazione partitica che dipende se queste richieste al diritto debbano

---

(1) A questo ragionamento aderisce anche M. RÜMELIN, *Die Rechtssicherheit*, 1924, p. 3.

(2) “La paix, la sécurité sont les premiers bienfaits que le Droit doit nous procurer. Alors même que nous serions en désaccord profond, irréductible sur les fins supérieures du Droit, nous pouvons cependant nous entendre pour lui faire remplir ces fins intermédiaires, auxquelles nous sommes tous intéressés”: P. CHUCHE, *Conférences de Ph. d. Dr.*, 1928, p. 19.

venire prima o dopo le altre, se l'utilità o la giustizia del diritto debba essere sacrificata alla certezza giuridica, o viceversa. Elementi di validità universale dell'idea del diritto sono la giustizia e la certezza giuridica, elemento relativistico è invece non solo l'utilità, ma anche il rapporto gerarchico che lega tra loro i tre elementi.

La nostra riflessione ci ha trascinato da un elemento all'altro dell'idea del diritto: i tre elementi dell'idea del diritto si richiedono a vicenda — ma al contempo si contraddicono l'uno con l'altro <sup>(3)</sup>.

Giustizia e utilità avanzano richieste opposte. Giustizia significa eguaglianza, l'eguaglianza del diritto esige la generalità delle disposizioni giuridiche. La giustizia generalizza sempre in qualche misura. Ma l'eguaglianza non è data nella realtà, l'eguaglianza è sempre soltanto astrazione di una certa diseguaglianza da un determinato punto di vista. Tuttavia, dal punto di vista dell'utilità, resta essenziale ogni diseguaglianza; l'utilità è costretta a individualizzare fin dove è possibile. In tal modo, giustizia e utilità entrano in contraddizione l'una con l'altra. Un chiarimento in tal senso è offerto, ad esempio, dalla disputa tra amministrazione e giustizia amministrativa, dalla lotta tra la tendenza alla giustizia e quella all'utilità nel diritto penale, nonché, in altro ambito, dalla contraddizione tra le esigenze pedagogiche e quelle disciplinari nell'educazione di massa. Ma questo rapporto di tensione è ineliminabile <sup>(4)</sup>.

D'altro canto, giustizia e utilità insieme entrano in contraddizione con la certezza giuridica. Quest'ultima esige positività, ma il diritto positivo vuole valere a prescindere dalla giustizia e dall'utilità. La positività è un fatto, il diritto positivo presuppone un potere che lo pone; in tal modo, diritto e fatto, diritto e potere, che pure costituiscono coppie di opposti, entrano al contempo in stretta connessione. Tuttavia, la certezza giuridica non soltanto esige la validità delle disposizioni giuridiche che il potere pone e che si impongono effettivamente, bensì avanza anche richieste circa il loro contenuto, la pretesa di una più sicura maneggevolezza del diritto, ossia della sua praticabilità; questa richiesta impronta il diritto sotto molteplici profili, che sono in contraddizione con l'utilità individua-

---

<sup>(3)</sup> Cfr. G. RADBRUCH, *Die Problematik der Rechtsidee*, « Die Dioskuren », 1924, pp. 43 ss. Sul rapporto di tensione tra giustizia e certezza giuridica, v. anche K. PETRASCHKEK, *RPh. des Pessimismus*, 1929, pp. 181 ss., 408 s.

<sup>(4)</sup> H. ISAY, *Rechtsnorm u. Entscheidung*, 1929, pp. 135 ss.

lizzante, traccia, ad esempio, rigidi confini là dove la vita conosce soltanto passaggi fluidi, oppure recepisce nella fattispecie sintomi esteriori, anziché i fatti interiori realmente presi di mira.

Anzi, le pretese della certezza giuridica possono infine entrare in contraddizione persino con le conseguenze della positività, la quale pure è un'esigenza della certezza giuridica; ciò accade quando il diritto consuetudinario derogatorio o il diritto rivoluzionario, che sono riusciti a imporsi a spese del diritto positivo vigente finora, vengono ormai considerati validi. Anche questo fenomeno proprio dell'ambito della validità del diritto ha riscontri nel contenuto del diritto valido. Come, nell'interesse della certezza giuridica, può darsi che fatti illeciti neghino e ricreino il diritto obiettivo, così, in omaggio alla certezza giuridica, può darsi pure che diritti soggettivi nascano e si estinguano per effetto di fatti illeciti. Nell'interesse della certezza giuridica, il potere giuridico consente anche alla decisione contenutisticamente scorretta di essere valida per il caso singolo che ne forma oggetto — e al precedente scorretto di andare addirittura oltre il caso singolo <sup>(5)</sup>. Nella prescrizione, nell'usucapione, nella tutela civilistica del possesso e nello *status quo* del diritto internazionale, si attribuisce efficacia delegittimante o legittimante anche a situazioni illecite, nell'interesse della continuità, dunque della certezza della vita comune <sup>(6)</sup>.

Si potrebbe essere tentati di appianare il conflitto tra giustizia, utilità e certezza giuridica proponendo per i tre principi una onesta divisione del lavoro secondo l'ambito operativo: la giustizia servirebbe per stimare se una prescrizione abbia in particolare forma giuridica, sia riconducibile al concetto di diritto; l'utilità costituirebbe il criterio per decidere se tale prescrizione abbia un contenuto corretto; infine, la certezza giuridica soddisfatta rappresenterebbe il criterio per stabilire se si possa attribuire validità alla stessa prescrizione. In effetti, è proprio in base al criterio della giustizia perseguita che decidiamo se una prescrizione sia in generale di natura giuridica,

---

<sup>(5)</sup> Anche l'“ideale dell'unanimità” enunciato per la giurisprudenza da W. JELLINEK, *Schöpferische Rechtswissenschaft*, 1928, rientra in questo discorso.

<sup>(6)</sup> Contro quest'affermazione, M. RÜMELIN, *Die Rechtssicherheit*, 1924, p. 24, nt. 4.

se essa corrisponda al *concetto* di diritto (7). Tuttavia, il *contenuto* del diritto è stabilito da tutti e tre i principi. Infatti, è vero che la parte preminente del contenuto del diritto è retta dal principio di utilità, ma è pur vero che anche questi contenuti vengono modificati dalla giustizia, quando, ad esempio, una norma imposta dall'utilità richiede di essere applicata per esigenze di eguaglianza giuridica anche oltre l'ambito della stessa utilità. D'altro canto, vi è pure una serie di prescrizioni giuridiche che non sono certo dettate dall'utilità, ma solo dalla giustizia o dalla certezza giuridica. Ad esempio, l'eguaglianza davanti alla legge o il divieto di tribunali speciali poggiano soltanto su pretese di giustizia, anziché di utilità. Ed è solo la pretesa di certezza giuridica che impone le cosiddette "norme di indirizzo" [*Richtungsnormen*] (8), le quali realizzano pienamente il loro scopo già attraverso il loro semplice esserci, senza sottostare al dominio di uno scopo nel loro esser così, nel loro contenuto; disposizioni giuridiche, queste, il cui contrario sarebbe altrettanto corretto, perché esse mirano soltanto a stabilire una disciplina unitaria, qualunque essa sia, ad esempio l'ordine di polizia "marciare a destra!", il cui scopo, evitare collisioni, non sarebbe certo realizzato in modo migliore dalla prescrizione contraria "marciare a sinistra!" (9). Infine, in seguito mostreremo pure che la *validità* del diritto positivo ingiusto e scorretto non può essere affermata senz'altro, dunque che la questione della validità è suscettibile di essere valutata non solo dal punto di vista della certezza giuridica, ma anche da quello della giustizia e dell'utilità.

Alla luce di quanto detto, sembrerebbe che i tre aspetti dell'idea del diritto — giustizia, utilità e certezza giuridica — dominano insieme il diritto da ogni lato, nonostante il fatto che possano entrare

---

(7) Così non si è naturalmente deciso sull'*ammissibilità* di una tale prescrizione: ad esempio, l'art. 48 Cost. imper. ammette "misure" che, a causa della loro natura individuale, non hanno carattere giuridico.

(8) Cfr. F.M. v. BIEBERSTEIN, *Vom Kampf des Rechtes gegen die Gesetze*, 1927, pp. 116, 12 s.

(9) Di tali norme di indirizzo si avrebbe bisogno anche in una comunità di tipo tradizionale, che conosce e adempie perfettamente i doveri di giustizia. Pertanto, non è corretto sostenere che il diritto sarebbe soltanto un espediente della peccaminosità dell'uomo, destinato a sparire una volta che il genere umano sia assunto a una moralità immacolata. Anche le "schiere celesti" non possono fare a meno di un regolamento d'armi.

in forte contraddizione tra loro. Diverse epoche tenderanno, tuttavia, a porre l'accento decisivo sull'uno o sull'altro principio. Così, lo *Stato di polizia* cercò di assolutizzare il principio di utilità e accantonò senza scrupoli la giustizia e la certezza giuridica nelle decisioni autoritative della sua giustizia di Gabinetto. Così, l'*epoca del diritto naturale* cercò di ricavare l'intero contenuto del diritto e, al contempo, di dedurre la sua validità dal principio formale di giustizia. Così, l'epoca trascorsa del *positivismo giuridico* vide soltanto, con funesta unilateralità, la positività e la certezza del diritto e, al contempo, interruppe per lungo tempo la ricerca sistematica dell'utilità e persino della giustizia del diritto positivo, come pure mise a tacere per secoli la filosofia e la politica del diritto. Ma le unilateralità delle epoche giuridiche che si susseguono tra loro consentono proprio di chiarire la poliedricità ricca di contraddizioni dell'idea del diritto.

Abbiamo mostrato alcune contraddizioni senza riuscire a risolverle. In ciò non scorgiamo alcuna mancanza di sistema. La filosofia non deve prender decisioni, ma condurre proprio al loro cospetto. Né deve rendere la vita più semplice, bensì, per l'appunto, problematica. Un sistema filosofico deve somigliare a un duomo gotico, i cui blocchi si sostengono a vicenda opponendosi l'uno all'altro. 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>(10)</sup>!

---

<sup>(10)</sup> In questo senso, A. BAUMGARTEN (*RPh.*, 1929, p. 34) indica la "struttura antinomica del mondo" e (*Die Wissenschaft vom Recht*, vol. I, 1920, pp. 52 ss.) aderisce a una "filosofia delle contraddizioni".

*“Tu devi perché io voglio non ha senso; tu devi perché io devo  
è una conclusione corretta ed è la base del diritto”*

J. G. Seume

## 10. *La validità del diritto*

### **Dottrina giuridica della validità. Dottrina sociologica della validità (teoria del potere e teoria del riconoscimento). Dottrina filosofica della validità. Antinomie.**

Nel pensiero della certezza giuridica il problema dell'idea del diritto corrisponde al problema della validità del diritto, che ora si tratta di discutere espressamente <sup>(1)</sup>. La questione della validità del diritto è la questione della “normatività di ciò che effettivo” (Georg Jellinek). Come può una norma scaturire da un fatto, un dover essere giuridico dalla volontà di diritto dello Stato o della società, posto che, a quanto pare, un volere, quando è accompagnato dal potere, può certo produrre una necessità, ma mai un dover essere?

1. Senonché, per la scienza giuridica, quel volere viene in questione, non già nella sua effettività psicologica, ma solo nel suo significato contenutistico. Ma il puro contenuto di un ordine, a prescindere dal fatto della sua imposizione, non può essere indicato altrimenti che con le parole: questo deve essere! Il senso di un volere, svincolato dal suo fondamento psicologico, è un dover essere, il contenuto distillato di un imperativo — una norma. Per esigenze metodologiche, la scienza giuridica concepisce dunque il contenuto giuridico come qualcosa di valido [*Geltendes*], di doveroso [*Gesolltes*], di obbligatorio [*Verpflichtendes*] <sup>(2)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> Sul problema della validità giuridica, cfr. in particolare C.A. EMGE, *Vorschule d. RPh.*, 1925, pp. 81 ss., nonché J. BURCKHARDT, *Organisation der Rechtsgemeinschaft*, 1927, pp. 163 ss.

<sup>(2)</sup> Qui è opportuno riassumere l'assai tortuoso ragionamento relativo al *dovere giuridico*. La *filosofia del diritto* non è in grado di fondare con le proprie forze il pensiero

Andando alla ricerca della *ragione* di questa validità, la *dottrina giuridica della validità* non può non imbattersi prima o poi nell'effettività di un volere autoritario non ulteriormente deducibile. Essa farà discendere la validità di una disposizione giuridica da altre disposizioni giuridiche, la validità di una prescrizione dalla legge, la validità di una legge dalla Costituzione. Ma una tale dottrina della validità puramente giuridica può e deve concepire la Costituzione stessa come una *causa sui*. Essa può certamente dimostrare la validità di una disposizione giuridica in rapporto ad altre disposizioni giuridiche, ma mai la validità delle disposizioni giuridiche supreme, delle leggi fondamentali, e pertanto dell'ordinamento giuridico come totalità. La scienza giuridica, essendo puramente immanente, prigioniera e chiusa in un determinato ordinamento giuridico, l'accertamento del cui senso costituisce il suo unico compito, può apprezzare la validità di ciascuno di questi ordinamenti sempre soltanto sulla base della sua pretesa di validità, ma mai decidere imparzialmente della pretesa di validità di uno di essi in rapporto a ordinamenti di altro tipo.

Essa non può pertanto far altro che contrapporre "norme di collisione" nelle loro molteplici forme. Nella contesa tra costume, morale e diritto, può prendere sempre soltanto le parti del diritto che le è assegnato come suo oggetto, ma non può mai essere un giudice imparziale per i contendenti. Non può risolvere il concorso tra diritto nazionale e diritto straniero imparzialmente, ma solo secondo la pretesa di validità del diritto nazionale, del cosiddetto "diritto privato o penale internazionale", che costituisce una parte dell'ordinamento giuridico interno. Nella lotta tra diritto legale e diritto consuetudinario, tra diritto internazionale e diritto nazionale, tra Stato e Chiesa, tra legittimità e rivoluzione, nella "lotta del vecchio col nuovo diritto" (G. Jellinek), può essere sempre soltanto

---

del dovere giuridico. Essa conosce il diritto in forma normativa soltanto come criterio, in forma puramente fattuale come imperativo (*supra*, cap. 5.3). Ciò che è comandato giuridicamente diviene un dovere solo se viene elevato a dovere morale, dunque nell'ambito dell'*etica*. Il dovere giuridico è così fondato come dovere morale, anziché come autentico dovere giuridico (*supra*, cap. 5.A). Autentici doveri giuridici si danno solo per la *giurisprudenza*. Essa ha ad oggetto il contenuto di senso degli imperativi giuridici; questo contenuto di senso, separato dal fatto del volere che lo porta con sé, può essere concepito soltanto come un dover essere fondante un obbligo — ma solo nel senso condizionato che ci accingiamo a descrivere nel testo.

un mandatario che espone unilateralmente la pretesa del contendente per il quale agisce, giammai il giudicante obiettivo. Anzi, sarebbe addirittura incapace di addurre argomenti cogenti per negare validità agli imperativi di un paranoico che fosse convinto di essere un re. Può sempre soltanto porsi dal punto di vista di *un* ordinamento giuridico per criticare la pretesa di validità degli altri — *tamquam e vinculis sermocinari* (Bacone) —, ma non può dare da sé un fondamento all'assunzione proprio del punto di vista di quell'ordinamento. Dunque non è in condizione di giustificare da sé la scelta del proprio ambito operativo. La scienza giuridica si vede necessariamente assegnato l'oggetto del proprio lavoro da un punto di vista extragiuridico.

2. Per risolvere in maniera imparziale tutte le suddette collisioni normative sembra dunque necessario saltare dal mondo del senso a quello dell'essere. A valere è l'ordinamento giuridico che è in grado di essere realmente efficace, o perché, nell'operare in maniera prolungata, persuasiva e abituale, ha ottenuto l'adesione dei sottoposti, oppure perché è stato imposto violentemente a questi ultimi con gli strumenti della coazione e della pena. Per la validità di un ordinamento giuridico non è tuttavia richiesta la sua efficacia in ogni singolo caso, bastando che abbia mediamente successo.

Già questa considerazione tipizzante mostra che qui si tratta di una dottrina sociologico-storica, dunque descrittiva, della validità, non già giuridica o filosofica, dunque normativa. Le dottrine normative della validità si pongono il compito di mostrare la validità del diritto per ogni singolo caso. Ma la validità del diritto rispetto a ogni singolo uomo non può essere certo fondata sul fatto che esso sarebbe efficace comunemente, ossia rispetto ad altri. Peraltro la natura descrittiva di questa dottrina della validità emerge sotto un ulteriore profilo. Essa è costretta a riconoscere gradi di validità a seconda del grado di efficacia, dunque anche una validità gradualmente diversa di due ordinamenti giuridici vigenti in conflitto tra loro, là dove una dottrina normativa della validità ha proprio il compito di decidere della validità in caso di conflitto reciproco tra ordinamenti giuridici.

La dottrina *storico-sociologica della validità* <sup>(3)</sup> si presenta in due forme: la teoria del potere [*Machttheorie*] e la teoria del riconoscimento. Secondo la *teoria del potere*, il diritto vale perché è prescritto da un potere che è in grado di imporlo. Ma prescrizione e potere significano soltanto un volere e una possibilità, sono dunque in grado di produrre, dal lato dei destinatari, al massimo una necessità, non certo un dover essere, forse obbedienza, ma mai un obbligo di obbedienza. Come (per usare il felice paragone di Merkel) un pezzo di carta privo di valore non acquisisce certo validità per il sol fatto che qualcuno costringe un altro con la pistola ad accettarlo come mezzo di pagamento, così un imperativo non ottiene validità rispetto a chi è costretto a sottoporvisi digrignando i denti, tanto meno rispetto a chi intende sottrarvisi in maniera beffarda. Dato che il diritto vale soltanto perché ha dietro di sé il potere, esso non può valere se questo potere fallisce; secondo una morale spartana, non essere scoperti significherebbe non essere in difetto, e al più tardi con la prescrizione verrebbe meno non solo la punibilità, ma anche l'illiceità del fatto.

Tuttavia, già la semplice analisi del concetto di potere consente di andare oltre tale teoria. Alla frontiera del potere [*Macht*] non c'è la forza fisica [*Gewalt*]. Il potere è spirito <sup>(4)</sup>: ogni potere è, in definitiva, potere sulle anime. “È solo l'ubbidiente a rendere potente il dominante” (Schiller) <sup>(5)</sup>. Ma il potere più grande è il diritto: “persino il più forte non è forte abbastanza se non trasforma il suo potere in diritto e l'obbedienza in dovere” (Rousseau), ed è per questo che il diritto è la migliore “politica del potere” (Jhering). Anzi, il tuo stesso potere non è nient'altro che la mia paura: *qui potest mori, non potest cogi* (Seneca). Ogni potere poggia sul riconoscimento, volente o nolente, di chi vi è sottoposto.

Nelle nostre mani, la teoria del potere si è dunque trasformata in *teoria del riconoscimento*. A questa dottrina, che fonda la validità del diritto sull'adesione dei suoi sottoposti, è stato spesso obiettato

<sup>(3)</sup> Sulla differenza tra la dottrina giuridica e quella sociologica della validità, M. WEBER, *Wirtschaft u. Gesellschaft*, 2 ed., 1926, pp. 368 ss.

<sup>(4)</sup> “Sa cosa mi meraviglia soprattutto in questo mondo? L'impotenza della forza materiale. Al mondo ci sono solo due cose, la spada e lo spirito. Alla lunga è sempre lo spirito a sconfiggere la spada”: Napoleone I dopo la campagna russa.

<sup>(5)</sup> *Obedientia facit imperantem*. Su questa presunta frase di Spinoza, W. JELLINEK, *Grenzen d. Verfassungsgesetzgebung*, 1931, p. 16, nt. 29.

che renderebbe il vincolo giuridico dipendente dal gradimento di coloro i quali devono esserne astretti, e finirebbe così per distruggerlo: *sub hac conditione "si volam" nulla fit obligatio* (l. 8 D. 44, 7). Essa comporterebbe che il diritto fallisca proprio là dove dovrebbe affermarsi: rispetto al delinquente, il quale, violando la legge, la priverebbe chiaramente della propria adesione. Sennonché, questa obiezione trascura che il riconoscimento non è una funzione della volontà, bensì del sentimento, dunque non appartiene all'ambito della spontaneità psichica, ma a quello della passività psichica: trascura che stimare qualcosa come opportuno o inopportuno, bello o brutto, buono o cattivo, vero o falso non è rimesso al nostro gradimento, trascura che come non si può neutralizzare a proprio piacimento il gusto, la coscienza e la ragione, così persino il delinquente non può liberarsi dalla sensibilità giuridica che lo lega alla norma semplicemente attraverso la sua violazione. Anzi, spesso è proprio attraverso il suo crimine che il delinquente mostra di riconoscere il diritto così violato: il ladro viola la proprietà altrui per fondare la propria, riconosce dunque in sostanza l'istituto giuridico della proprietà, e così, conseguentemente, tutto ciò che è necessario per la sua tutela — dunque anche la propria punibilità; il falsario esige per il documento contraffatto la stessa fede pubblica che scuote con la propria condotta, dunque riconosce il bene giuridico che viola, e così, conseguentemente, anche la tutela giuridica che si rivolge contro lui stesso.

Ma già questi esempi mostrano che la teoria del riconoscimento non si ferma all'effettività psicologica del riconoscimento, bensì suppone riconosciuto in via mediata anche ciò che non si può non riconoscere in maniera conseguente. Come la dottrina del contratto statale, così anche la teoria del riconoscimento finge che ciò che è nell'"interesse autentico" del singolo sia anche voluto da lui. Se ci liberiamo di questa finzione, se fondiamo la validità del diritto non sul riconoscimento fittizio di essa da parte dei sottoposti, bensì sul vero interesse che gli uni hanno per l'altra, portiamo a compimento il passaggio dalla dottrina storico-sociologica della validità a quella filosofica.

3. Ma una tale *dottrina filosofica della validità* non conduce forse necessariamente all'equiparazione del diritto valido a quello corretto e viceversa, all'equiparazione della validità [*Geltung*] positiva alla

vigenza [*Gültigkeit*] assoluta, alla ricaduta nella dottrina erronea del diritto naturale, la quale negò la validità del diritto scorretto in quanto tale e riconobbe la validità del diritto corretto in quanto tale?

Non vi è dubbio: se lo scopo del diritto e i mezzi necessari al suo raggiungimento fossero riconoscibili in termini scientificamente chiari, bisognerebbe concludere che la validità del diritto positivo divergente da questo diritto naturale riconosciuto dalla scienza debba venir meno, così come l'errore scoperto dinanzi alla verità rivelata; per la validità del diritto provatamente scorretto non è pensabile alcuna giustificazione. Sennonché, abbiamo già constatato che la questione dello scopo del diritto non può che essere risolta enumerando le varie opinioni dei partiti al riguardo — ed è proprio a partire da questa impossibilità del diritto naturale che può essere fondata la validità del diritto positivo; il relativismo, che ha costituito finora il metodo della nostra considerazione, diviene adesso un elemento strutturale del nostro sistema.

L'ordinamento della vita comune non può essere abbandonato alle visioni giuridiche dei singoli conviventi, dato che questi diversi esseri umani possono dare direttive differenti, bensì deve essere regolato univocamente da una sede superindividuale. Tuttavia, poiché secondo la visione relativistica la ragione e la scienza sono incapaci di svolgere questo compito, è necessario che esso sia assunto dalla volontà e dal potere. Se nessuno è in grado di disvelare cosa è giusto, è necessario che qualcuno disponga cosa deve rilevare secondo diritto <sup>(6)</sup>; e se il diritto posto deve soddisfare il compito di mettere fine alla controversia tra le contrapposte visioni giuridiche attraverso una parola autoritativa decisiva, è necessario che la produzione del diritto spetti a una volontà che abbia anche la possibilità di imporsi a qualunque visione giuridica riottosa. Chi è in grado di

---

<sup>(6)</sup> Disporre cosa *deve rilevare secondo diritto*, ma non cosa è *corretto*, perché quest'ultima affermazione sarebbe una contraddizione in termini. La potestà di produzione giuridica del titolare del potere può, sì, porre a fondamento dell'ordinamento una determinata visione giuridica, ma non proclamarla come verità giuridica di validità universale; può porre fine alla lotta di potere, ma non alla lotta di opinione delle visioni giuridiche. Al contrario, lo stesso relativismo che chiama il potere a decidere sulla validità delle visioni giuridiche pretende che questo potere lasci campo libero alla lotta di opinione di tali visioni — legalità del rapporto, ma anche libertà di critica e di propaganda. È così che le riflessioni di questo libro sono completate a giusta ragione da A. GUTERMANN, « Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik », vol. 41, p. 508.

imporre [*durchzusetzen*] il diritto dimostra per ciò stesso che è chiamato a porre [*setzen*] il diritto. Viceversa: chi non ha potere a sufficienza per difendere ciascun cittadino dagli altri non ha neppure il diritto di rivolgergli comandi (Kant). La prima promessa di un governo rivoluzionario è di ripristinare e di mantenere “la pace e l’ordine” appena distrutti dalla rivoluzione, perché solo attraverso il mantenimento della pace e dell’ordine un governo rivoluzionario è in grado di legittimarsi. Carlo Martello rivolse al Papa Zaccaria la domanda: “Chi detiene il potere deve essere anche re?”. Il Papa rispose affermativamente con la motivazione: *ne conturbaretur ordo* (7). “Sovrano è colui il quale procura la pace” (Goethe, *Faust*, II parte, atto IV) — questa è la “norma fondamentale” su cui poggia la validità di ogni diritto positivo. Tale visione è stata sintetizzata con le seguenti parole: “se in una comunità è presente un detentore del potere più elevato, va osservato ciò che egli prescrive” o, più brevemente, con la *Let. ai Rom.* 13, 1: “ognuno sia sottoposto all’autorità che ha potere su di lui” (8).

La connessione tra diritto e morale, l’origine del diritto dalla sua rottura, la teoria di diritto internazionale del fatto compiuto, la normatività di ciò che è effettivo ottengono a questo punto la loro legittimazione filosofica. D’altro canto, così ragionando, non ricadiamo assolutamente nella dottrina sociologica della validità. Il diritto vale, non *perché*, bensì *se* è in grado di imporsi in maniera efficace, *perché* solo allora è in grado di garantire certezza giuridica. La validità del diritto positivo viene dunque fondata sulla certezza, che spetta solo a esso, oppure, se vogliamo sostituire la semplice espressione “certezza giuridica” con forme valoriali più significative, diciamo che tale validità viene fondata sulla pace che il diritto

---

(7) L. RANKE, *Über die Epochen der neueren Geschichte*, 8. confer., par. 3, 1899.

(8) Cfr. W. JELLINEK, *Gesetz, Gesetzesanwendung u. Zweckmäßigkeitserwägung*, 1913, pp. 27 ss. (anche p. 264, nt. 1, in G. JELLINEK, *Allg. Staatslehre*, 3 ed., 1929), nonché Id., *Grenzen der Verfassungsgesetzgebung*, 1931, p. 16. Anche Kelsen afferma “che, per effetto della norma fondamentale, autorità creatrice del diritto può essere considerata solo quella le cui norme ricevono ubbidienza nel loro complesso”, e individua in questa norma fondamentale “la trasformazione del potere in diritto” (*Naturrechtslehre u. Rechtspositivismus*, 1928, p. 65). È infatti alla *Let. ai Rom.* che il partito di centro, attraverso il deput. Gröber, si è richiamato dopo la rivoluzione (*Nationalversammlung*, 13 febbraio 1919): “a nostro avviso, ogni autorità deriva dalla grazia di Dio, a prescindere se sia monarchica o repubblicana”.

istituisce tra le visioni giuridiche in conflitto, sull'ordine che pone fine alla lotta di tutti contro tutti. Il diritto positivo deve "creare pace nel conflitto di opinioni, nel conflitto dei filosofi" (Anselm Feuerbach). La giustizia è il secondo [*zweite*] grande compito del diritto, ma il primo [*nächste*] è la certezza giuridica, la pace, l'ordine. "Preferisco commettere un'ingiustizia, piuttosto che sopportare il disordine" ha detto Goethe, e ancora: "è meglio che ti accada un'ingiustizia, anziché il mondo sia senza legge" (9).

Ma questa non può restare l'ultima parola della filosofia del diritto sulla questione della validità. È stato dimostrato soltanto che anche la certezza giuridica è un valore, e che la certezza giuridica garantita dal diritto positivo può giustificare anche la validità del diritto positivo ingiusto e disutile. Ma non è stato certo dimostrato che la pretesa di certezza giuridica soddisfatta dal diritto positivo debba essere preferita in maniera incondizionata alle pretese di giustizia e di utilità che esso lasci eventualmente insoddisfatte. I tre aspetti dell'idea del diritto sono equivalenti e, nei casi di conflitto, la decisione a favore di uno di essi può essere presa soltanto dalla coscienza singola. Dunque non occorre dimostrare la validità dell'intero diritto positivo rispetto a ogni singolo. Sarebbe addirittura sorprendente se qualcosa di reale avesse valore e validità in ogni suo aspetto. La coscienza singola reputerà e di solito è autorizzata a reputare che una trasgressione del diritto positivo sia più preoccupante del sacrificio della propria convinzione giuridica (10), eppure possono darsi "leggi vergognose" che la coscienza si rifiuta di rispettare. Al tempo della legge contro i socialisti, il Congresso decise a Wyden di modificare il Programma di Gotha nel senso che il partito dovesse perseguire i propri scopi con *tutti* i mezzi, non più soltanto con tutti i mezzi *legali*.

Sennonché, "per ogni *giurista*, ciascuna Costituzione in vigore, come pure, se essa è modificata a un livello superiore, quella che le

---

(9) Lo stesso tipo di sensibilità giuridica è descritto felicemente da *Theodore Fontane (Meine Kinderjahre)*: "Finché alle lotte rivoluzionarie manca una vittoria certa, seguo tutte queste insurrezioni... con una disapprovazione ora maggiore ora minore, non voglio dire fondata sul mio senso del diritto, ma certamente sul mio senso *dell'ordine*"; F. cerca la ragione di ciò "in un certo *senso dell'ordine*, in una pretesa naturale alla superiorità numerica ovvero di potere".

(10) Il valore della certezza giuridica viene sottovalutato rispetto alla convinzione giuridica da F.M. v. BIEBERSTEIN, *Vom Kampf des Rechtes gegen die Gesetze*, 1927.

succede, non può che essere la migliore” (Kant). Il *giudice*, soggetto all’interpretazione e al servizio dell’ordinamento giuridico positivo, non può conoscere altra dottrina della validità che quella giuridica, per la quale il senso, la pretesa di validità della legge equivale alla sua validità effettiva. Per il giudice costituisce un dovere di ufficio attuare la volontà di valere della legge, sacrificare la propria sensibilità giuridica al comando autoritativo del diritto, chiedersi solo cosa rileva secondo diritto, giammai se esso sia anche giusto. Si potrebbe chiedere, tuttavia, se questo stesso dovere del giudice, questo *sacrificium intellectus*, questa dedizione in bianco della propria personalità a un ordinamento giuridico i cui futuri mutamenti non sono mai presagibili, sia moralmente consentita. Ma per quanto ingiusto possa essere il contenuto assunto dal diritto — si è mostrato che esso soddisfa sempre *uno* scopo attraverso la sua vigenza, quello della certezza giuridica. Sebbene si renda servizievole alla legge senza riguardo alla sua giustizia, il giudice non diviene certo servizievole agli scopi puramente casuali dell’arbitrio. Anche quando cessa di essere servitore della giustizia, perché la legge così vuole, il giudice resta pur sempre servitore della certezza giuridica. Noi disprezziamo il pastore che predica contro la sua fede, ma onoriamo il giudice che non consente al proprio riluttante senso giuridico di farlo vacillare nella propria fedeltà alla legge: infatti, mentre il dogma ha valore solo come espressione di fede, la legge ha valore non solo come riflesso della giustizia, ma anche come garante della certezza giuridica, ed è soprattutto in questa forma che è consegnata nelle mani del giudice. Un uomo giusto vale più di uno soltanto giuridico, cioè semplicemente fedele alla legge, eppure non siamo soliti parlare di giudici “giuridici”, ma solo di “giudici giusti”, dato che un giudice giuridico è già anche un giudice giusto proprio per ciò e solo per ciò.

Tuttavia, è ben possibile che il giudice, legato nella coscienza all’osservanza di tutto il diritto posto, abbia dinanzi a sé un imputato legato dalla propria coscienza a considerare invalido il diritto ingiusto o disutile, sebbene posto <sup>(11)</sup>. Il diritto può provare a quest’ultimo il proprio potere, ma mai dimostrarli la propria validità.

---

(11) “Ho giurato di osservare *coscienziosamente* la Costituzione: ma cosa accade se è la mia coscienza a esigere di *non* osservarla?”: Bismarck al principe ereditario Guglielmo II. Cfr. E. ZEHLIN, *Bismarcks Staatsreichpläne*, 1929, p. 60 s.

Questo caso del “delinquente convinto” si rivela un caso tragico proprio perché non consente alcuna soluzione. Il dovere pretendeva il delitto dal suo autore, il dovere pretende la punizione dal giudice, e forse pretende persino il dovere di farsi carico della punizione prevista per il delitto commesso per dovere — in omaggio all’incrollabilità del diritto, alla certezza giuridica. È questo il modo in cui Socrate ha pensato e agito quando disdegnò di fuggire per sottrarsi all’esecuzione della sentenza sbagliata: “credi forse che possa esistere, anziché andare in rovina, uno Stato nel quale le sentenze pronunciate non abbiano alcuna forza, ma siano rese invalide e vanificate dai singoli uomini?” (12).

---

(12) Cfr. M. ALSBERG, *Der Prozeß des Sokrates*, 1926, p. 27 s.

*“La pietra sopporta pazientemente lo scalpello che le dà forma  
e le corde toccate dal musicista gli rispondono  
senza opporre resistenza alle sue dita. Solo il legislatore lavora  
su una materia che gli resiste, la libertà umana...”*

F. Schiller

## 11. *La filosofia della storia del diritto*

### **Forma e materia del diritto. Produzione normativa consapevole e inconsapevole. Teoria della legittimità e teoria catastrofista.**

Il tema della filosofia della storia del diritto è la storia dal punto di vista della realizzazione del valore, la storia come percorso di avvicinamento o di allontanamento dal valore. La “filosofia della storia” del diritto (o la filosofia della “storia del diritto”) assume anche il compito di valutare nella realtà dei processi storici la realizzazione del concetto, dell’idea e della validità del diritto (secondo la ripartizione problematica proposta in precedenza).

1. Il diritto non è soltanto la categoria che precede e fonda l’intera costruzione giuridica, la forma mentale senza cui sarebbe impossibile pensare qualcosa di giuridico, ma è anche la forma culturale reale [*die reale Kulturform*] che cattura e dà forma ai fatti del mondo giuridico. Un nuovo ideale del diritto non si realizza mai nel vuoto giuridico ma solo mediante la trasformazione di un istituto giuridico preesistente o mediante l’introduzione di un nuovo istituto in un dato sistema, e in entrambi i casi, lavorando all’interno di un’architettura solida, che varia solo per alcuni particolari lasciando inalterato il suo stile.

Il concetto di diritto come categoria si esprime poi come realtà nella sua forma culturale. Qui sorge il problema proprio della filosofia della storia, ossia la relazione tra materia e forma del diritto tra il *donné* e il *construit* (Geny), tra il dato reale della legislazione e

la sua strutturazione legislativa (Huber), il problema delle diverse valutazioni della forza strutturante della forma giuridica e della resistenza che la materia le oppone (1).

Il *giusnaturalismo* crede di poter ritenere nulla la forza di resistenza della materia di fronte all'idea, come se fosse completamente volatilizzata. Esso non considera come materia del diritto una determinata situazione storica, bensì uno stato di natura e descrive tale stato non tanto come una relazione sociologica quanto come una vicinanza asociale degli individui senza alcuna relazione preesistente e riserva perciò all'idea del diritto la creazione primigenia delle relazioni sociali.

Poiché non riconosce alcuna resistenza storica o sociologica della materia, il diritto naturale nega anche il carattere mutabile dell'idea del diritto, che trae origine solo da elementi materiali concreti e non dalla forma vuota e perciò pura e universale; in cambio afferma un ideale giuridico eterno e sempre uguale.

Il superamento di una tale dottrina del potere assoluto della forma è stato un merito della *Scuola Storica*, per la quale la condizione dello "spirito del popolo" si affianca alla forza formante della ragione. Che la resistenza materiale non possa considerarsi come nulla è dimostrato dalla semplice riflessione che le trasformazioni decisive del mondo sociale sfuggono al controllo del diritto.

L'ordinamento giuridico può comandare agli individui, ma influisce sui processi sociali solo in maniera indiretta, attraverso gli individui, e quindi in modo limitato; ad esempio, non può dominare i processi della psicologia di massa. E non esercita alcuna influenza sui processi naturali. L'economia, che è al contempo un processo naturale e sociale, è "tecnica" e "legge dell'oikos", si muove essenzialmente al di fuori dell'influsso del diritto, mentre è in grado di condizionarlo (2).

Considerazioni analoghe a quelle svolte a proposito della teoria del potere assoluto della forma del diritto si possono fare per l'altra teoria, che afferma la sua impotenza assoluta. La *concezione materialistica della storia* vede nel diritto soltanto una manifestazione

---

(1) G. RADBRUCH, *Rechtsidee und Rechtsstoff*, in «Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie», vol. 17, 1927, pp. 343 ss.

(2) K. RENNER, *Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion*, 1929, pp. 145 ss.

dell'economia e quindi vede nella forma giuridica soltanto una manifestazione della materia. Nel descrivere il diritto come forma dell'economia vi intravede cioè non la forma "formante", ma quella "formata", non una forma che s'imprime sulla materia, ma una forma che accetta la materia, non l'essenza intima ma il fenomeno esterno. Il diritto è totalmente condizionato in termini storici e sociologici senza alcuna componente formale di validità assoluta. "Non dimenticate che il diritto, come la religione, non ha una propria storia", annotavano Karl Marx e Friedrich Engels nel loro quadro dell'ideologia tedesca.

Abbiamo mostrato in precedenza che il materialismo storico si è visto obbligato a riconoscere una propria autonomia alle forme culturali, in particolare a quella giuridica, e non equiparava affatto l'ideale al materiale, ma lo considerava come una trasposizione e una traduzione del materiale in una forma nuova, senza riconoscere il giusto rilievo all'aspetto formale di questo processo. Da parte nostra siamo giunti alla conclusione che la forma del diritto è la forma della giustizia, dell'eguaglianza e della generalità e che questa forma s'impone a tutte le finalità che il diritto potrebbe servire sfuggendo al loro dominio incondizionato. Alla questione di filosofia della storia riguardante le relazioni tra materia e forma del diritto si può rispondere che il diritto in un determinato momento storico è il prodotto di forma e materia giuridica, in cui predomina ora l'uno ora l'altro elemento. Tipici esempi dei due modelli sono il diritto romano e quello germanico.

Accanto alla teoria della determinabilità esclusiva della forma mediante la materia si trova un'altra teoria di filosofia della storia: quella che considera transitoria anche la forma del diritto, non solo il contenuto, ossia la teoria marxista dell'estinzione del diritto. Da questo punto di vista la concezione giuridica del mondo sarebbe "la concezione del mondo classica della borghesia" (Engels) emancipata dall'idea teologica del feudalesimo; nello Stato proletario di transizione, in luogo di un siffatto diritto borghese con le sue pretese di giustizia, sorgerà un diritto di classe del proletariato, per così dire "non imbellettato", che rinuncia consapevolmente alla forma giuridica, per poi sparire a sua volta in una società senza classi ed essere sostituito dalla pura e semplice amministrazione delle cose. La giustizia è il semplice riflesso ideologico del mercato con il suo "do ut des" ed è destinata a scomparire insieme al sistema economico

individualistico. Chiaramente la giustizia cui si allude qui è solo quella del diritto privato, quella commutativa. Con il superamento “dell’orizzonte angusto del diritto borghese” (Marx) e della giustizia egualitaria resterebbe in campo unicamente l’altra categoria di giustizia, quella del diritto pubblico, quella distributiva; in altre parole, ci sarebbe la conversione di tutto il diritto in diritto pubblico e la trasformazione del diritto individualistico in diritto sociale. La comunità socialista sarà anche Stato di diritto, ma uno Stato di diritto dominato dalla giustizia distributiva anziché da quella commutativa. Non è concepibile una vita in società senza una forma di diritto (3).

2. Il problema della realizzazione dell’*idea del diritto* [*Verwirklichung der Rechtsidee*] può essere impostato in due modi: si può partire dalle idee giuridiche dei diversi partiti e dalle molteplici concezioni del mondo e chiedersi fino a che punto la storia ha operato per la realizzazione di ciascuna di esse. A ogni concezione del diritto e dello Stato corrisponderà in quest’ottica una particolare filosofia della storia. Come esempio di una filosofia della storia liberale potrebbe ricordarsi l’idea kantiana di una storia universale dal punto di vista cosmopolitico; come esempio di una filosofia della storia socialista, il *Manifesto del partito comunista*; come esempi di una filosofia sovraindividualistica, le conferenze di Leopold von Ranke davanti a Massimiliano di Baviera e anche i suoi *Discorsi politici*; per finire, come esempio di una concezione transpersonalistica, il libro di Jacob Burckhardt *Considerazioni sulla storia universale*. Per altro verso ci si potrebbe chiedere in che modo le idee in generale e quelle giuridiche in particolare possano influenzare la storia nella forma cosciente delle finalità conseguite dagli individui oppure nella forma inconsapevole dei processi sociali.

La risposta a quest’ultima questione, che si trova al fondo dell’opposizione tra Savigny e Hegel (4), può essere solo che l’idea di diritto diviene progressivamente una forza storica più consapevole e

---

(3) E. PASCHUKANIS, *Allgemeine Rechtslehre und Marxismus*, 1929 e G. RADBRUCH, *Klassenrecht und Rechtsidee*, in « Zeitschrift für Sozialrecht », 1929, p. 75 ss.; anche H. Kelsen, in « Archiv für Sozialwirtschaft und Sozialphilosophie », vol. 66, 1931, pp. 449 ss.

(4) Hegel *contra* Savigny: “I barbari si governano con gli istinti, i sentimenti e i costumi, ma non hanno coscienza di tutto questo. Nel momento in cui il diritto si stabilisce e si rende consapevole, cessa la causa del sentimento, l’opinione, la via della

cosciente dei suoi fini. Il processo può descriversi in diversi modi: come un'evoluzione dallo spirito del popolo verso la volontà dello Stato, dal diritto consuetudinario verso quello scritto, dalla crescita organica del diritto verso "lo scopo nel diritto" e "la lotta per il diritto" (Jhering), oppure, se pensiamo all'istituzione sociale produttiva di norme, come un'evoluzione dalla "comunità" verso la "società" (Tönnies), oppure, se pensiamo all'organizzazione dello status giuridico dell'individuo, come un'evoluzione dal regime di "status" a quello di "contractus", cioè dal primato della condizione in cui l'individuo nasce a quello della situazione che egli sa creare volontariamente (Sumner Maine).

Sicuramente alle finalità che progressivamente si instaurano in luogo degli impulsi iniziali non necessariamente corrispondono idee assolute di scopi, in quanto possono anche essere finalità puramente egoistiche ed arbitrarie. Ma forse, proprio come gli impulsi, le finalità consapevolmente egoistiche si trasformano in strumenti inconsapevoli di idee finalistiche di valore universale. Wundt ha descritto il fenomeno col nome di "eterogenesi dei fini" e Hegel col nome di "astuzia della ragione". Le nostre considerazioni precedenti sulle relazioni tra ideologia e interessi nella vita dei partiti ci offrono un chiaro esempio. Su questo fenomeno sociologico del "sic vos non vobis" si fonda la teoria liberale, la teoria dell'armonia prestabilita tra egoismo universale e benessere generale, che Rückert tradusse liricamente: "quando la rosa si fa bella, abbellisce anche il giardino". Ma anche la teoria marxista dello sviluppo fatale del socialismo grazie alle forze sociali che in qualche modo marciano coscientemente verso un ordine socialista si avvicina a un'idea simile. Così la concezione materialistica della storia non sviluppa un idealismo soggettivo delle motivazioni sociali ma un idealismo oggettivo delle idee vittoriose. Se il pensiero non sospinge la realtà, la realtà, come diceva Marx, sospinge il pensiero.

Lo sviluppo necessario del diritto dagli impulsi alle finalità, dall'irrazionale alla razionalità dei fini può dar luogo a diversi giudizi di valore. A quell'evoluzione fatale la concezione per cui la ragione delle cose e delle relazioni è superiore alla ragione degli individui

---

vendetta, della pietà e dell'egoismo e così il diritto raggiunge la determinazione autentica e la pienezza della sua dignità". Cfr. E. ROTHACKER, *Einleitung in d. Geisteswissenschaft*, 1930, 2 ed., p. 62.

deve rispondere con un atteggiamento culturale pessimistico, mentre l'altra concezione per cui non c'è alcuna ragione nelle cose e nelle relazioni, se non quella che gli individui razionali vi hanno posto, vi vedrà il tratto della ragione trionfante nella storia e pertanto ottimisticamente un progresso illimitato <sup>(5)</sup>.

3. Infine anche il problema della *validità del diritto* [*Rechtsgeltung*] è passibile di valutazione dal punto di vista della filosofia della storia. Dal punto di vista della teoria giuridica della validità può essere presa in considerazione non soltanto la relazione tra un precetto giuridico e un altro all'interno di un certo ordinamento, ad esempio, tra una legge e la costituzione, ma anche la relazione reciproca tra differenti ordinamenti che si susseguono nel tempo. Applicata alla storia, la teoria della validità dà luogo al principio di legittimità, cioè all'esigenza che ciascun ordinamento tragga origine da quello precedente mediante criteri giuridici. In altri termini richiede la negazione di ogni ordine giuridico che non sia in grado di giustificarsi di fronte a quello che lo ha preceduto. "Il diritto deve rimanere sempre diritto".

Tuttavia "tutto ciò che è diritto nell'umanità contemporanea si è fatto realtà contro le forme del diritto" (Fichte). "Quante cose esistono oggi nel mondo politico che non siano sorte in modo rivoluzionario?" (Bismarck) <sup>(6)</sup> C'è un solo esempio di evoluzione legittima mai interrotta e millenaria: la catena di ordinazioni che dagli apostoli giunge a ciascun sacerdote cattolico. La teoria della legittimità è incapace di risolvere i problemi della filosofia della storia come la teoria giuridica della validità è incapace di fronte ai problemi filosofici. Il diritto non può derivare soltanto dal diritto, ce n'è sempre uno nuovo che viene su da radici selvatiche. Esiste una produzione giuridica originaria, una produzione fattuale, l'apparizione del diritto da una frattura, qualcosa come un nuovo terreno giuridico sopra la lava rivoluzionaria che si è raffreddata.

Le due idee opposte di filosofia della storia — il vulcanismo e il nettunismo, per dire così — la teoria continuista e quella catastro-

---

<sup>(5)</sup> Bisogna constatare tuttavia che il grande teorico della "comunità" non trae alcuna conseguenza pessimistica della costante evoluzione dalla comunità alla società. Cfr. F. TÖNNIES, in « Schmollers Jahrbuch », Vol. 49, 1925, pp. 188 ss.

<sup>(6)</sup> *Gedanke und Erinnerungen* I, 1898, p. 176, nell'ambito del dialogo epistolare con Gerlach sul principio di legittimità.

fista, sono manifestazioni di teorie più ampie: lo storicismo e il razionalismo. Il legittimismo corrisponde alla visione che fa del gradualismo ininterrotto, categoria del pensiero storico, una regola dell'agire politico. E analogamente innalza la teoria giuridica della validità, una forma del pensiero appartenente alla scienza del diritto, al rango di dottrina politica. Al contrario può darsi che la frattura storica non cada fuor dal corso della storia medesima, ma che *a posteriori* possa essere vista dentro una causalità storica lungamente preparata. A tale continuità storica corrisponde una continuità giuridica. Al di sopra di tutte le fratture giuridiche permane immutabile un precetto fondamentale, che in qualsiasi momento è chiamato ad attribuire il diritto a chi sarà in grado di farlo rispettare. La rivoluzione comporta che al potere supremo previsto da questa norma si sostituiscano altre forze sociali, ma al di sopra di tutti gli avvicendamenti di forze impera immutabilmente lo stesso precetto. Il precetto fa sì che il nuovo governo rivoluzionario si consideri il successore giuridico del precedente governo legittimo. Solo così si comprende come la variazione rivoluzionaria delle forme di Stato non alteri la sua identità, ad esempio, come l'antico impero germanico e la repubblica tedesca rappresentino sempre la Germania (7).

---

(7) G. ANSCHUTZ, *Reichsverfassung*, 3 ed. 1929, pp. 8 ss.



*"Ne ulla nobis magis res aliena quam publica".*  
Tertulliano

## 12. *La filosofia della religione del diritto*

### **Cristianesimo delle origini. Tolstoj. Il cattolicesimo. Lutero.**

La religione è un atteggiamento che tende a superare il valore e il disvalore e perciò a superare anche il contrasto tra valore e realtà; è l'unificazione di valore e realtà, giustificazione di tutte le cose, è teodicea sul piano emotivo. In opposizione alla filosofia dei valori chiamiamo filosofia della religione la teodicea sviluppata concettualmente. Dunque, ciascun concetto può essere considerato da entrambi i punti di vista, e così anche il diritto <sup>(1)</sup>.

Tuttavia l'ambita unificazione di valore e realtà è irrealizzabile per la coscienza umana. Uno strumento della filosofia della religione, che si pone di fronte a determinati fatti che non possono essere recepiti né come ricchi di valore né come del tutto insignificanti, è offerto dal concetto di inessenzialità: il disvalore che resiste al tentativo di superarlo può essere compreso in un senso più profondo come inessenziale, privo di essenza. Non solo i disvalori possono apparire inessenziali, ma anche ciò che la filosofia dei valori ha considerato ricco di valore può apparire come inessenziale nella prospettiva suprema della filosofia della religione, cioè "davanti a Dio". Il problema della filosofia della religione del diritto sta nel chiedersi non solo se il diritto ha valore, ma anche se è essenziale.

Una mitologia precristiana del diritto ci mostrerebbe come il diritto e lo Stato erano circondati di significato religioso definitivo ed essenziale. Al contrario, di fronte al cristianesimo nella sua forma originaria, Stato e diritto apparivano completamente separati da Dio, del tutto inessenziali e insignificanti. "Chi mi ha posto sopra di voi come arbitro?", dice Gesù. Dalla parabola del tributo non risulta altro

---

<sup>(1)</sup> G. RADBRUCH, *Über Religionsphilosophie des Rechts*, in G. RADBRUCH-P. TILlich, *Religionsphilosophie der Kultur*, 2 ed., 1921.

che la profonda indifferenza di Gesù per le questioni del diritto e dello Stato: “Date a Cesare quello che è di Cesare e date a Dio quello che è di Dio”. L’accento cade sulla seconda parte della frase! Nella parabola sugli operai della vigna la bontà e la grazia con un gesto della mano allontanano da sé il problema della giustizia e del diritto. E allorché con grande sarcasmo si sceglie la condotta disonesta del servitore infedele come parabola della preparazione al giudizio divino, viene espresso con tanta maggiore e più terribile forza, in quanto non era esattamente quello l’argomento della parabola, il punto di vista di Gesù circa il carattere insignificante dei valori giuridici. È così grande poi la differenza tra diritto e illecito, tra proprietà e furto?

In tutte le sue immagini Mammona è sempre ingiusto, questa potrebbe essere l’idea soggiacente alla parabola, e il Signore lodò il servitore infedele per quello che aveva fatto con grande saggezza. I giusti e gli ingiusti s’intendono perfettamente tra loro, questa è l’opinione di Gesù, come la guardia e il bracconiere, l’inquisitore e il delinquente, uniti da una simpatia sotterranea e da una segreta familiarità. Non si può evitare di divenire simili a coloro che si frequentano, giacché, come la difesa è determinata anche dalla natura dell’attacco, il tipo di diritto è codeterminato necessariamente dall’illecito e il diritto, che è sempre un bene relativo, resta indissolubilmente legato all’illecito nella stessa sfera del peccato. Su queste basi si può ben comprendere la frase toccante che suona come il più radicale rovesciamento dei valori di ogni epoca: *Non resistere al male!* A chi ti chiede la tunica dona anche il mantello! A chi ti percuote una guancia porgi anche l’altra! Aver ragione o patire il torto sono la stessa cosa, è tutto inessenziale. Solo l’amore conta davvero nelle relazioni umane; nell’ambito religioso non c’è spazio per la vita sociale come risultato dell’ordine giuridico ma soltanto come emanazione dell’amore cristiano tra i fratelli. La comunità degli uomini nella sua essenza non è una comunità giuridica, ma una libera, anarchica comunione d’amore. “Sapete che i principi del mondo per essere grandi signoreggiano ed esercitano il potere sui loro sudditi. Ma tra di voi non sia così. Se qualcuno vuol essere grande tra voi, sia il vostro servitore. E chi vuol essere il primo, sia servo di tutti” (2).

---

(2) La questione della relazione tra religione e diritto appare parimenti nella forma del problema della relazione tra giustizia e bontà divina. Cfr. C. ESPOSITO, *Lineamenti di una dottrina del diritto*, 1930, pp. 145 ss.

In seguito si è risposto in tre diversi modi a tale filosofia della religione del diritto puramente negativa.

1. *Leone Tolstoj* ha insegnato che il diritto non è solo privo di essenza ma è anche anticristiano. Qualsiasi esteriorità ha significato solo in quanto espressione di un'interiorità ma il diritto, in quanto dà valore all'esteriorità di per sé e getta sull'interiorità solo uno sguardo marginale, distrae da ciò che è veramente necessario <sup>(3)</sup>. Tuttavia per quanto radicale sia la negazione del diritto di Tolstoj e il suo anarchismo cristiano, ancora più radicale è il sermone della montagna; ben più radicale della passione in lotta contro la coazione giuridica è la rinuncia superiore a essere coinvolto in qualsiasi genere di lotta e ancora di più il comandamento di non opporre resistenza al male, che comprende non soltanto l'illecito, ma anche la coazione giuridica, cioè non solo la resistenza attiva di Tolstoj ma anche quella passiva. Bisogna obbedire all'autorità perché sollevarsi contro di essa significherebbe dare a una questione del tutto indifferente dal punto di vista religioso un significato che non ha in sé; questo è detto nel sermone della montagna.

2. Il *Cattolicesimo* invece riconosce al diritto e allo Stato un certo significato religioso. La teoria del diritto naturale si rigenera con toni religiosi e rivaluta la legge naturale in relazione all'etica dell'amore del discorso della montagna se non altro come suo stadio preliminare. Secondo l'idea dello Stato corporativo [*Standesstaat*] si dà una successione di stadi intermedi ciascuno dei quali ha una propria eticità, ma solo a quello più elevato si richiede la pienezza degli obblighi dell'etica cristiana dell'amore. Lo Stato e il diritto si trovano in uno stadio inferiore di questa costruzione attingendo attraverso di esso un riflesso di significato religioso. Lo Stato e il diritto non sono anticristiani, come per Tolstoj, semplicemente non sono pienamente cristiani. E in più, il diritto riceve un valore positivo: la Chiesa, secondo la concezione cattolica, ha un proprio ordinamento giuridico proveniente non già dall'arbitrio umano ma voluto da Dio stesso. Esiste un diritto divino la cui vigenza non è solo terrena e transeunte ma assoluta e ultraterrena. Giacché si vede con soddisfazione nella religione non tanto una relazione immediata

---

(3) B. SAPIR, *Dostoevskij und Tolstoj über Probleme des Rechts*, 1932, pp. 65 ss.

e intima quanto invece una relazione di tutto il corpo sociale unitario della cristianità con Dio, potrebbe sembrare risolta pienamente la contraddizione che esiste tra il riconoscimento del valore del diritto da parte della filosofia dei valori e l'atteggiamento della filosofia della religione.

3. La *Riforma* intese di nuovo mettere ciascun individuo in relazione diretta con Dio. Ciascun uomo si vede posto di fronte alle esigenze supreme dell'etica cristiana dell'amore. Si infrange così la possibilità di considerare per un verso il diritto e per l'altro l'etica cristiana dell'amore come due ambiti di doveri appartenenti a livelli distinti: sorge di nuovo in ciascun animo umano la contraddizione tra il punto di vista giuridico e il sermone della montagna. La filosofia del diritto e la filosofia della religione sembrano nuovamente fianco a fianco sullo stesso piano, indipendenti e in una contraddizione reciproca che non si può e non si deve nascondere: da un lato l'etica della santità del diritto, dell'autoaffermazione giuridica, della lotta per il diritto, dall'altro la tesi dell'inessenzialità del diritto, della non resistenza al male, dell'inutilità delle controversie giuridiche. Da un lato la spada, la violenza, la serietà, le punizioni. Divieti, giudizi, sentenze per punire i malvagi e proteggere i buoni; dall'altro la grazia e la carità, il puro perdono, aver cura, amare, servire e fare del bene, la pace e l'amicizia. Lo spirito battagliero di Lutero si compiaceva moralmente nella tensione di questi contrasti. Egli li espresse con l'opposizione tra la morale ufficiale e quella personale senza peraltro delimitare in modo preciso questi due ambiti. Da Gesù a Tolstoj è sempre stata una caratteristica del rinnovamento e dell'eroismo religioso quella di espandersi come un incendio col vento di tempesta in quei territori in cui la vita del mondo credeva di potersi svolgere lontano dalla religione e secondo la propria legge. La religione rivoluzionaria, poco rispettosa delle idee umane, non accetta di limitare la propria azione nel recinto di una morale civile, e nient'altro che questo in fondo sosteneva Tolstoj. La sua tesi non significa il superamento ma la manifestazione più acuta di un'insanabile contraddizione. Si tratta di vivere nel mondo del diritto e dello Stato con la piena consapevolezza dei suoi limiti e con un'esigenza di religiosità incondizionata, vivere nel mondo come se si fosse

in una terra straniera, come se non si vivesse in questo mondo. Il diritto e lo Stato hanno un significato solo transitorio, sono in ultima istanza inessenziali (4).

L'inessenzialità del diritto [*Wesenlosigkeit des Rechts*], come annunciata nel sermone della montagna, fu estremizzata da Tolstoj e intesa come qualcosa di contrario ai valori essenziali; il Cattolicesimo da parte sua interpretò questa idea nel senso di un'essenza limitata, Lutero invece nel senso di un significato solo transitorio e in definitiva inessenziale.

La filosofia della religione cristiana con la sua dottrina dell'inessenzialità del diritto e dello Stato è del tutto incapace però di sollevare la dottrina della filosofia dei valori dai cardini del valore positivo del diritto e dello Stato. Il diritto e lo Stato sono inessenziali nella misura in cui tutta la vita è priva di essenza, lo è dal punto di vista ultraterreno, "davanti a Dio". La filosofia dei valori, come la filosofia del diritto, accetta di porsi da un punto di vista terreno, pronuncia giudizi di valore validi unicamente per questo mondo e ammette di essere circoscritta ai confini del mondo di questa vita. Ciascuna delle due prospettive ha i propri fondamenti naturali: l'interdipendenza degli uomini in società convive con la suprema e terribile solitudine della donna che partorisce e dell'uomo che muore. "Lavoriamo insieme a centinaia, ci amiamo in due, moriamo da soli" (J. Goll).

---

(4) Nient'altro che il riconoscimento di quest'idea luterana della relazione del cristianesimo con lo Stato, il diritto e la guerra era al centro di G. DEHN, *Kirche und Völkerversöhnung*, 1932, p. 84.



*“La giurisprudenza, vestita col colore tradizionale della facoltà, dice: rosso è il diritto.  
Nel sangue dovete vivere i suoi precetti, miei discepoli.  
Chi prova solo con la logica non avrà che la miseria del diritto”*  
K. Heinsheimer

### 13. *La psicologia dell'uomo di diritto*

#### **Il diritto oggettivo come forma di vita. Il diritto soggettivo come forma di vita.**

È stato Eduard Spranger a introdurre il concetto della psicologia nelle scienze dello spirito <sup>(1)</sup>. In opposizione alla ricerca di una psicologia insensibile ai valori, intesa come una scienza naturale, ha tentato di investigare la vita dell'anima in relazione a un valore, in direzione di valori culturali, vale a dire come progettazione o comprensione di strutture di significato, in una parola, come agire spirituale. Egli ricerca le differenti classi di strutture spirituali necessarie per un determinato agire spirituale, ovvero le “forme di vita”. Come tipi ideali di queste forme di vita Spranger descrive i seguenti tipi umani: il teoretico, l'economico, l'estetico, il sociale, il politico e il religioso.

Tra questi tipi manca l'“uomo di diritto” [*Rechtsmensch*], che per Spranger non rappresenta un tipo unitario semplice, ma un prodotto complesso, una forma mista del tipo sociale e di quello teoretico <sup>(2)</sup>. Anche noi vediamo nella forma di vita del giurista un prodotto complesso, giacché l'idea stessa del diritto con cui è in relazione è a sua volta un prodotto complesso, formato, come si è detto, da *giustizia, utilità e certezza* [*Gerechtigkeit, Zweckmäßigkeit und Rechtssicherheit*]. Giustamente, dice Spranger che “ciò che si è chiamato fine del diritto non è di per sé di natura giuridica” quanto invece più di natura sociale, politica e culturale e conseguentemente

---

(1) E. SPRANGER, *Lebensformen*, 1922<sup>3</sup>, pp. 3 ss.

(2) E. SPRANGER, *ivi*, pp. 326 ss. Per la psicologia dell'uomo di legge, cfr. anche E. RIEZLER, *Das Rechtsgefühl*, 1921.

non c'è una forma di vita propria del diritto accanto a quella sociale, politica, teoretica ed estetica. Tuttavia gli altri due elementi sono valori specifici del diritto, non riducibili ad altri valori. Di conseguenza la forma di vita propria del giurista strutturata secondo la giustizia si situa a giusto titolo nella serie di forme sviluppate da Spranger. La giustizia, usando il lessico di Spranger, è decisiva per la struttura dell'uomo di diritto in un duplice senso: come giustizia ideale e come giustizia positiva, cioè come certezza giuridica.

La giustizia e la certezza giuridica caratterizzano l'uomo di diritto secondo modalità differenti: la giustizia svolge la funzione di orientare la condotta con riferimento a un diritto ideale e innovatore, la sicurezza orienta la condotta positivista e conservatrice; accanto al senso del diritto come giustizia sta il diritto come espressione di ordine. L'uomo di diritto profano si orienta maggiormente verso la giustizia, il giurista in senso stretto verso la certezza; parlando il linguaggio di Spranger, "il primo è più un idealista del diritto", il secondo più un "formalista" o, per non emettere giudizi, un "realista" del diritto. Cosicché si è potuto dire giustamente che bisogna giudicare secondo misure diverse il sentimento giuridico dei giuristi e quello dei profani; quello del giurista in base al grado di difficoltà nel doversi rassegnare a un'ingiustizia contenuta nel diritto positivo, quello del profano in base all'impossibilità in assoluto di rassegnarsi all'ingiustizia del diritto positivo a vantaggio della sua certezza.

Se volessimo caratterizzare queste due forme di vita dell'uomo di diritto mediante due figure, avremmo solo da pensare per un verso a Schiller, che chiama giù dal cielo i diritti che si trovano lì sospesi, imprescrittibili e inviolabili <sup>(3)</sup> (lodandoli come un ordine sacro e benedetto) e per altro verso a Goethe, che preferisce subire l'ingiustizia e sopportare il disordine (e tuttavia deplora che non si parli dei diritti che "sono nati con noi").

Entrambe le strutture giuridiche conducono a forme degenerate se non temperate reciprocamente. Da un lato c'è il filisteo del diritto, la cui incarnazione nel funzionario indica il tipo del burocrate descritto nella sua forma borghese da Goethe nel suo *Osterspazier-*

---

<sup>(3)</sup> Il famoso "appello al cielo" di Locke. Cfr. G. DEL VECCHIO, *Giustizia*, 2 ed., 1924, p. 73, nt. 1.

*gang*; dall'altro il tipo del fanatico della giustizia. La giustizia, come abbiamo detto, è una categoria vuota che può riempirsi dei più diversi contenuti. Così la furia di una giustizia dilagante nel vuoto può rivestire di un manto ideale anche le cose più mostruose (Robespierre!). La giustizia è un valore polare che necessita di una forza di resistenza per realizzarsi nella sua essenza. Se non è costantemente temperata dall'amore, conduce all'ingiustizia; allo stesso modo il perdono, non temperato dalla giustizia, conduce a una insostenibile debolezza. La giustizia senza amore s'irrigidisce in una forma di autogiustizia di cui prima o poi le forze vitali che ha sottomesso si vendicheranno terribilmente. Nella figura del governatore Angelo di *Misura per misura* Shakespeare ci ha mostrato la ribellione contro la legge degli zelatori fanatici del diritto da parte di coloro che sono sottomessi e repressi, i quali si vendicano di quell'autogiustizia che è ingiustizia vera e propria.

La certezza giuridica e la giustizia presentano altri pericoli comuni, giacché entrambe richiedono che l'uomo e la vita siano misurati mediante concetti. Il concetto di fronte alla continuità della vita appare discontinuo e di fronte alla concretezza dei fenomeni come qualcosa di astratto. Può ben dirsi senza paradosso che non esiste in assoluto una discontinuità simile al flusso della vita e un'individualità simile agli atti particolari, ma esiste soltanto la totalità continua dell'uomo, o meglio, solo la totalità fluida della sua vita. La vita e l'uomo non sono uniti mediante atti singoli, così come il mare non è la somma delle sue onde, ma è una totalità di atti singoli che si uniscono inseparabilmente nel movimento. Forse il maggior tormento di ogni uomo che venga preso nell'ingranaggio della legge consiste nel dover vivere impotente la distorsione dell'immagine di un evento e della vita intera, da cui è strappato violentemente, sperimentare che l'evento è visto solo nella particolarità e la vita stessa cui appartiene è considerata solo dal punto di vista di questa casuale particolarità. Ma fa parte dell'essenza irrinunciabile della scienza del diritto di vedere solo gli alberi e non il bosco.

Il giurista guarda solo al singolo uomo e al caso particolare attraverso la lente del concetto generalizzante della legge, come un velo spesso che consente di vedere solo i contorni più marcati, come

la benda di Themis (4). Per capire i limiti della comprensione della vita reale in termini giuridici basta paragonare la biografia di un grande uomo con i suoi aspetti giuridici. L'eredità di Goethe per un giurista consisterebbe in questo: data di nascita e di morte, titolo di ammissione all'avvocatura, documenti matrimoniali, certificato di nascita del figlio, iscrizione ipotecaria sulla sua casa sul *Frauenplan* e sulla casa-giardino, contratti editoriali sulla sue opere e la nomina a consigliere segreto. L'individualità concreta rileva per il diritto solamente in considerazione delle sue proprietà più astratte. L'astrazione vale come individualità concreta. Il pensiero giuridico esige di occuparsi della vita concreta ma solo nei suoi profili più astratti. In questa superiore forza di astrazione semplificante quanto crudele risiede essenzialmente il primato del diritto romano sul diritto germanico. Il giurista deve saper vedere negli uomini viventi e concreti solo uno schema giuridico e proprio per questo Tolstoj condannava i giuristi: "Davvero costoro credono che ci sono circostanze nella vita in cui non è necessaria la relazione umana immediata con il prossimo?" (5) A quest'attitudine dell'uomo di diritto pensa anche Spranger quando gli assegna "la parentela più stretta con lo studioso" e loda la sua tensione verso l'universalità teoretica. Al punto di stabilire una somiglianza con il matematico. Così come il matematico vede nelle realtà eterogenee solo connessioni particolari di tipo numerico, così il giurista vede solo gli aspetti più marcati nell'immagine multiforme e policroma della vita. Savigny contrassegnò la scienza giuridica come "calcolo concettuale" e in un libro recente sull'attitudine del giurista si è sostenuto che un cattivo matematico è un cattivo giurista (6).

Ciò non vuol dire ancora che un buon matematico è un buon giurista. La forma degenerata dei "giuristi fuori dal mondo" [*weltfremden Juristen*] caratterizza l'abito professionale di chi ha completamente dimenticato la pienezza ribollente della vita, in quanto si è abituato a prescindere da essa. Questa forma degenerata sorge quando l'uomo di diritto, per seguire la giustizia e la certezza, trascura il terzo aspetto dell'idea del diritto, cioè l'utilità. Così come

---

(4) Su questo simbolo, E. VON MÖLLER, in «*Zeitschrift für christliche Kunst*», 1905, pp. 107 ss. e pp. 142 ss.

(5) B. SAPIR, *Dostojewsky und Tolstoj*, 1932, pp. 78 ss.

(6) Cfr. D. HOLLENBERG, *Jurist ohne Eignung*, 1931.

per il pensiero della giustizia e della certezza l'uomo di diritto si avvicina all'uomo teoretico, per il pensiero dell'utilità si avvicina all'uomo sociale e al politico.

Fin qui abbiamo osservato la figura dell'uomo di diritto in relazione al diritto oggettivo. Ma si può vedere anche in rapporto al diritto soggettivo. Se nella prima relazione esso si incarna principalmente nel giudice, nella seconda assume la forma del "combattente per il diritto". Si comprende pienamente il sentimento del diritto come sentimento del diritto proprio quando lo confrontiamo con il suo antonimo, la coscienza (7).

Occorre avere prima di tutto piena consapevolezza di questa duplicità di voci etiche nell'animo umano: una legislazione etica che impone doveri e un'altra che autorizza ad esigere, l'una che lega la volontà, l'altra che al contrario la libera dagli ostacoli, l'una che ignora l'interesse e argina l'egoismo, l'altra che giustifica l'interesse e si allea con l'egoismo. Ascoltiamo per un attimo il dialogo tra le due voci.

La coscienza dice: "A chi percuote la tua guancia destra porgi anche la sinistra. E a chi ti chiama in giudizio per prenderti la tunica dona anche il mantello". Il sentimento giuridico risponde: "Non lasciare impunito chi ti pesta i piedi. Chi si comporta da verme non può lamentarsi di venire calpestato" (Kant). Ma la coscienza replica: "Io però dico che non devi resistere al male". Il sentimento allora insiste: "Se devo essere preso a calci, preferisco essere un cane piuttosto che un uomo" (Kleist). E la coscienza ancora: "Ama i tuoi nemici e benedici coloro che ti maledicono". Ma il sentimento: "La lotta per il diritto è un imperativo morale di autoconservazione" (Jhering). "Beati i portatori di pace", dice la coscienza, ma il diritto ribatte: "Quando hai il diritto dalla tua parte, devi difenderlo con forza: un diritto gentile non ha alcun senso" (Goethe). La coscienza tuttavia non sarà messa così a tacere. Non possiamo ascoltare ancora molto a lungo questo dialogo interminabile e con riluttanza lasciamo l'ultima parola all'una o all'altro.

Ciascuno di noi è scenario di queste contraddizioni insuperabili dei due sistemi etici, l'uno basato sul dovere e sull'amore, sulla pace

---

(7) Per contro, H. ISAY, *Rechtsnorm und Entscheidung*, 1929, p. 90, definisce "consustanziali" il sentimento giuridico e quello morale, mentre M. RÜMELIN, *Rechtsgefühl und Rechtsbewusstsein*, 1915, p. 30, definisce il sentimento giuridico come un "tronco dotato di coscienza". Ma nessuno dei due si riferisce al sentimento del proprio diritto.

e sull'umiltà, l'altro fondato sul diritto e sull'onore, sulla lotta e sull'orgoglio. Dopo il Cristianesimo si è aperta una crepa nel mondo etico e nella vita etica di ciascun individuo: accanto alla nostra coscienza cristiana si trova senza soluzione di continuità il nostro sentimento giuridico precristiano. Siamo allo stesso tempo pii cristiani e convinti "dualisti" o crediamo allo stesso modo nel Dio dell'amore e nel diritto alla guerra. Ibsen, nella sua casistica etica drammatizzata, è penetrato al fondo della contraddizione della nostra anima: costantemente nella signora Alving, in Rosmer, nel costruttore Solness, rappresenta la ribellione dei diritti vitali che erigono la loro pretesa etica di fronte alla tirannia dei doveri, nemica della vita, la ribellione dei vecchi dèi contro il dispotismo della coscienza cristiana, dei Troll che il Cristianesimo ha degradato al rango di demoni.

Kant per primo ha tentato di riconciliare i due mondi nemici mediante lo stesso processo al quale più tardi Jhering ha infuso il fuoco della sua eloquenza descrivendo la lotta per il diritto come una lotta per la possibilità di assolvere i nostri doveri morali, come autoaffermazione morale e assegnando così al diritto un contenuto di dovere morale. L'equilibrio tra sentimento giuridico e coscienza, descritto da Kant e Jhering come "l'umile certezza" della posizione subordinata del diritto di fronte al dovere e "la robusta consapevolezza" che non dimentica di esigere il suo diritto sotto il peso dei doveri, è un ideale etico ma non una realtà psichica. Sentimento giuridico e coscienza sono legati a presupposti caratteriologici così diversi come sono diverse e inconciliabili le loro manifestazioni patologiche, nella mania rivendicativa del querulomane e in quella colpevolizzante del melanconico che quasi mai si ritrovano nella stessa persona con uguale intensità. Così il sentimento giuridico e la coscienza hanno caratterizzato due tipi umani fondamentali, il tipo collerico e quello angosciato (8). Il lettore deve solo guardarsi nei dintorni e prontamente a prima vista appaiono, chiaramente contrapposti, quelli più inclini alla coscienza e quelli più inclini al diritto, i mansueti e i collerici, i buoni e i forti, i santi e gli eroi, gli umili e gli arroganti, le pecore e le capre. Anche dopo Kant alcuni filosofi, più moralisti che sistematici, chiedono a gran voce di guarire

---

(8) Cfr. F. KORNFIELD, *Das Rechtsgefühl*, in « Zeitschrift für Rechtsphilosophie », vol. I, 1914, pp. 135 ss.

un orientamento con quello opposto e costruiscono l'etica unilateralmente o come sentimento giuridico o come coscienza, elogiando il diritto come il più nobile dei doveri oppure negandogli qualsiasi qualità etica. La prima posizione fu sostenuta da Nietzsche, la seconda da Tolstoj. L'aristocratico, dice Nietzsche, "deve considerare i suoi privilegi e il loro esercizio come propri doveri". Per Tolstoj abbiamo il dovere di non opporci al male, di patire inermi l'illecito.

La rarità di un sentimento giuridico equilibrato non si spiega soltanto perché richiede una coscienza del pari equilibrata, ma occorre aggiungere anche che richiede un intelletto vivace in un modo differente dalla coscienza. In un caso concreto il nostro dovere è individuato dalla coscienza anche senza conoscere la massima generale sulla quale esso si fonda; il nostro diritto invece è individuato solo se c'è consapevolezza dalla norma generale da cui proviene. La norma morale governa bene gli uomini considerati individualmente, il precetto giuridico invece governa gli uomini nelle loro relazioni reciproche e se il dovere morale esige la nostra adesione senza considerare se chiede anche agli altri la medesima condotta nella medesima circostanza, al contrario, un diritto può essere attribuito solo se è previsto anche per gli altri nella stessa situazione. Senza questa generalità si possono avere unicamente pretese arbitrarie ma non fondate sul diritto. Il sentimento giuridico esige uno spirito vivace, capace di passare dal particolare al generale e nuovamente dal generale al particolare. Il combattente per il diritto [*Kämpfer ums Recht*] sa essere un misto di intelletto, che solleva il particolare verso l'universale e solo così può emettere un giudizio di giustizia, e di passione, che è indispensabile per riempire il pensiero astratto di giustizia del fuoco della vita individuale.

Spranger ha voluto descrivere il combattente per il diritto come la figura di un uomo di potere in opposizione all'uomo di diritto. Anche l'impotenza di chi combatte invano contro la forza legale di una sentenza irrimediabile appare forse in questo senso come una forma di potere ostacolato, come una forma passiva del tipo di potere. Ma ciò non basta a descrivere sufficientemente il combattente per il diritto: la singolarità di questa figura di potere consiste nel fatto che collega il valore sacro della vita con la forza operante al servizio dell'interesse, unisce il valore e l'interesse in una sola figura. Proprio perché unifica le due forze opposte dell'uomo, la consape-

volezza del valore e l'istinto, il sentimento giuridico esprime la sua straordinaria efficacia. Questo spiega anche perché il sentimento giuridico sia più esposto di altri sentimenti a enfattizzazioni eccessive e patologie. Si è detto che le numerose "nevrosi da pensione" della nostra epoca non sono altro che "nevrosi giuridiche", infermità del sentimento giuridico<sup>(9)</sup>. Esso è esposto non solo in direzione di un'eccessiva intensità, ma può degenerare anche in quella opposta dell'inquinamento del sentimento. Invidia, desiderare ciò che altri posseggono, risentimento, non accettare che altri abbiano ciò che non si ha per sé, vendetta, volere che altri soffrano come noi, tutto può essere ammantato ipocritamente di un abito di giustizia ed eguaglianza; allo stesso modo la forza giuridica contenuta in un'autorizzazione che vuole tenersi distaccata dall'interesse della controparte può degenerare nella brama di potere. È stato chiamato "atto emulativo" quell'esercizio che non ha alcun riguardo per i suoi fini morali, né per quelli di utilità, ma è soltanto espressione della volontà di potere; in tal senso, se, seguendo esempi celebri, vogliamo ricavarne una formula filosofico-giuridica, *Il mercante di Venezia* insieme con altre storie di giudici saggi ci mostra come il diritto, che con il compimento di un atto emulativo entra in contraddizione con sé stesso, si ristabilisce praticamente da sé attraverso un controatto, tanto forte e radicata è la sua determinazione a raggiungere lo scopo.

La descrizione dell'uomo di diritto ci ha riportato alla mente quanto in forme diverse avevamo già appreso, vale a dire che il diritto vive in un equilibrio fragile, sempre minacciato e costantemente da ricostruire in mezzo a tensioni polari.

---

(9) Cfr. V. VON WEIZSÄCKER, *Der Nervenartz*, 1929, pp. 569 ss.

“Tu, a cui le muse degli archivi giudiziari tendono benevole le mani rosate,  
sei il servo di due padroni che sono tra loro più nemici di Mammona e Cristo...”  
J.W. Goethe

#### 14. *Estetica del diritto*

### **Estetica delle forme espressive del diritto. Il diritto come materiale artistico.**

Il diritto può servirsi dell'arte e l'arte può utilizzare il diritto. Come in ogni fenomeno culturale il diritto ha bisogno di mezzi materiali per esprimersi: i linguaggi, i gesti, il costume, i simboli, gli edifici. Come ogni altro strumento espressivo anche quelli giuridici sono sottoposti al giudizio di valore estetico. Deve pertanto esistere un'estetica del diritto [*Ästhetik des Rechts*] (1). Ma finora è esistita solo per frammenti e anticipazioni.

All'alba dei popoli, quando era ignota la separazione e l'autonomia dei diversi domini culturali, non solo diritto, costume e morale erano strettamente uniti e reciprocamente compenetrati, ma anche diritto e religione e diritto e arte. Con riguardo a quei tempi, con Jakob Grimm possiamo ritrovare “la poesia nel diritto”, con Otto Gierke “l'umorismo nel diritto”, con Hirzel le raffigurazioni mitologiche dell'idea del diritto, Themis e Dike. Con la successiva separazione degli ambiti della cultura anche diritto e arte si sono separati fino a fronteggiarsi in modo ostile. La poesia non si addice al diritto. Il diritto, l'espressione più rigida tra le produzioni culturali, e l'arte, la forma espressiva più flessibile dell'inquieto spirito del tempo, vivono in una naturale inimicizia, come dimostrano le numerose dichiarazioni rivolte al diritto dai poeti e le frequenti rinunce di giovani poeti alle professioni forensi (2).

---

(1) Per tutti cfr. T. STERNBERG, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, I, 2 ed, 1912, pp. 178 ss.; anche G. MÜLLER, *Recht und Staat in unserer Dichtung*, 1924; H. FEHR, *Das Recht im Bilde*, 1923; *Das Recht in der Dichtung*, 1931.

(2) Cfr. G. RADBRUCH, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 1929, pp. 207 ss.

Forse dalla separazione del diritto dall'arte potrà venir fuori il valore estetico autonomo del diritto, non dovuto semplicemente alla sua commistione con il dominio artistico cui è estraneo. Ciò si constata con chiarezza nel linguaggio giuridico, che si è potuto formare solo con la separazione del diritto dagli altri ambiti, e che in tal modo ha acquisito la propria particolarità estetica, senz'altro basata su molte rinunce. Il linguaggio giuridico è freddo: rinuncia ai toni emotivi; è brusco: rinuncia alla motivazione; è conciso: rinuncia agli intenti didattici. Attinge così l'asciuttezza cara a uno stile lapidario necessario a esprimere in modo insuperabile la forza autocosciente dello Stato che impone comandi e che con la sua precisione ed esattezza può servire da modello stilistico a uno scrittore del rango di Stendhal<sup>(3)</sup>.

Se il linguaggio giuridico è freddo e lapidario, quello della lotta per il diritto, del sentimento giuridico battagliero è invece di una retorica fervorosa. Il sentimento giuridico raccoglie in sé due momenti apparentemente contraddittori: l'emozione, che si applica alla descrizione del concreto, e la generalità astratta del precetto giuridico. Il combattente per il diritto presenta una tipica mistura di freddezza e ardore, di intellettualismo generalizzante, che risale dal caso concreto al suo principio, e di passione individualizzante, che fa risaltare l'ingiustizia che combatte come se fosse una mostruosità unica. La forma espressiva adeguata alla lotta per il diritto è la retorica, la cui essenza risiede nel presentare ciò che è generale con la chiarezza e la realtà del concreto, mentre la poesia dà al concreto il significato simbolico dell'universale.

Ci sono altri valori estetici propri delle pronunce giudiziali e della scienza del diritto. Noi ci accontentiamo ovviamente di una soluzione giusta di una questione di diritto, ma una soluzione "elegante" ci fa felici. Quando Rudolf Sohm elogiava la capacità di Celso di "sviluppare da un caso concreto la regola generale, nella forma linguistica più concisa, elevandola con la forza dirompente della parola alata e illuminandola come un fulmine illumina il paesaggio", esprimeva la sua gioia estetica di fronte a una qualità scientifica posseduta in grado altissimo da un maestro impareggiabile.

---

(3) Cfr. G. RADBRUCH, cit., pp. 34 ss.

Quell'eleganza nelle decisioni giudiziarie può esprimersi con questa formula: *simplex sigillum veri*. Ma ciò vuol dire che la bellezza è considerata come un indice di verità e uno strumento estetico è visto come strumento di valore logico. Tutte le storie dei giudici sapienti appartenenti alla letteratura di tutti i popoli sono intrise di questa soddisfazione di fronte alle soluzioni eleganti di questioni giuridiche intricate e apparentemente insolubili. È sorprendente vedere apparire come d'incanto la soluzione più ovvia da parole apparentemente insignificanti o da fatti inattesi.

Abbiamo compiuto il passaggio dall'espressione artistica del diritto al diritto come materiale artistico [*Recht als Stoff der Kunst*]. La proprietà che rende il diritto così attraente come materiale artistico risiede nella molteplicità intrinseca di caratteri antitetici: l'opposizione tra essere e dover essere, tra diritto positivo e naturale, legalitario e rivoluzionario, libertà e ordine, giustizia ed equità, diritto e grazia, ecc. Le forme artistiche, la cui essenza consiste nella rappresentazione delle antitesi, si impadroniscono della legge in particolare, dall'*Antigone* di Sofocle, al *Mercante di Venezia* e *Misura per misura* di Shakespeare. Georg Jellinek <sup>(4)</sup> mostrò che il dramma antico aveva glorificato la santità e l'invulnerabilità del diritto oggettivo, mentre la simpatia del dramma moderno era andata verso l'elevazione del sentimento soggettivo del diritto contro l'ordine giuridico. Il diritto positivo nell'arte contemporanea appare o come il destino fatale contro il quale l'individuo s'infrange o come il potere arido contro il quale si erge la bandiera dell'indignazione di una giustizia superiore e forse semplicemente come la stupidità burocratica di cui burlarsi allegramente.

Oltre al dramma ci sono altre forme particolarmente adatte a esprimere le antitesi del diritto: in letteratura la satira e nelle arti plastiche la caricatura. Un buon giurista smetterebbe di esserlo se in ogni momento della sua vita professionale non fosse cosciente della necessità e nel contempo della fragilità della sua professione. Anche il giurista più austero accetta di buon grado quei beffardi che in margine ai suoi codici disegnano interrogativi ironici e punti esclamativi, come in Anatole France, e con affetto ancora maggiore quei poeti almanaccatori che con scettica umanità corrodono i fondamen-

---

<sup>(4)</sup> *Schriften und Reden* I, 1931, pp. 208 ss.; cfr. anche G. RADBRUCH, *Mass für Mass*, in «Lübeckische Blätter», 6, sept. 1931.

ti della giustizia, come Tolstoj, Dostoevskij, o come Daumier, umorista e poeta, il più grande caricaturista della giustizia. Solo l'artigiano in qualsiasi momento avverte con certezza la sua utilità sociale. Il calzolaio di Socrate sapeva perfettamente perché era al mondo, cioè per fare scarpe per Socrate e per gli altri. Socrate invece sapeva di non sapere. A noi giuristi è toccato il compito più difficile: aver fede nella nostra professione e al contempo dubitare di essa costantemente in tutti gli strati più profondi del nostro essere.

*“Che verità è quella che viene limitata dalle montagne, che è considerata menzogna nel mondo che si trova dall'altra parte?”*

M. de Montaigne

## 15. *La logica della scienza giuridica*

**Scienza giuridica e scienze del diritto. Interpretazione. Costruzione e sistematica. Scienza giuridica come scienza culturale comprendente. Transizione alla parte speciale.**

Dopo aver concluso le nostre considerazioni strettamente giusfilosofiche, abbiamo collocato il diritto nei contesti della filosofia della storia, della filosofia della religione, della psicologia scientifico-naturale e dell'estetica. Nell'etica lo avevamo già inquadrato nella cornice delle nostre considerazioni sullo scopo del diritto. A questo punto non resta che parlare del diritto come oggetto della logica, ossia della metodologia della scienza giuridica.

Proponiamo di chiamare “scienze del diritto” [*Wissenschaften vom Rechte*] le scienze che hanno ad oggetto il diritto, distinguendo tra esse la scienza giuridica [*Rechtswissenschaft*] in senso stretto quale scienza che rielabora il diritto per mezzo di metodi giuridici specifici. Questa vera e propria scienza, la scienza giuridica sistematica, dogmatica, può esser definita come la *scienza del senso oggettivo degli ordinamenti giuridici positivi*, in modo da caratterizzare la sua posizione privilegiata rispetto alle altre scienze del diritto.

1. Il suo oggetto è costituito dagli ordinamenti giuridici *positivi*. Essa è la scienza del diritto valido, non di quello corretto, del diritto che è, non di quello che deve essere. È per ciò che si distingue da quelle scienze del diritto che hanno ad oggetto il diritto che deve essere, ossia dalla filosofia del diritto, la scienza dello scopo del diritto, e dalla politica del diritto, la scienza dei mezzi per raggiungere questo scopo.

2. La scienza giuridica in senso stretto si occupa di *ordinamenti giuridici*, non della vita giuridica, si occupa di norme giuridiche, non

di fatti giuridici. Essa viene delimitata così dalla ricerca sui fatti giuridici — che va dalla papirologia alla criminologia. L'ordinamento giuridico, le norme giuridiche sono concetti immediatamente riferiti al valore, datità che hanno il senso di stare al servizio della giustizia: la vita giuridica, i fatti giuridici sono concetti mediatamente riferiti al valore, datità che hanno il senso di dover corrispondere a quell'ordinamento giuridico, a quelle norme giuridiche, che, dal canto loro, sono orientate all'idea di giustizia.

3. La scienza giuridica è scienza del *sensu oggettivo* del diritto, non di quello soggettivo. Stabilisce il modo in cui va compreso il diritto, non necessariamente il modo in cui era stato inteso. Dell'essere del diritto, dei pensieri che vollero riporvi i suoi autori e di quelli che ne trasse realmente l'interprete, del diritto come fatto causato e causale non si occupa la scienza giuridica in senso stretto, bensì la “teoria sociale del diritto” (Georg Jellinek) (1): storia del diritto (2), comparazione giuridica e sociologia del diritto.

Il lavoro della scienza giuridica vera e propria, dogmatica, sistematica si compie in tre fasi: *interpretazione, costruzione e sistema*.

L'essenza dell'*interpretazione* giuridica si chiarisce nel modo migliore confrontandola con l'interpretazione filologica. Quest'ultima è stata caratterizzata da August Boeckh come “conoscenza del conosciuto” — ossia come ripensamento di qualcosa che è stato compiutamente pensato. L'interpretazione filologica è rivolta all'accertamento di un fatto, del senso soggettivamente inteso, dei pensieri realmente pensati di un essere umano reale che sono alla base dell'opera spirituale oggetto di interpretazione — un metodo puramente empirico. Ma l'interpretazione giuridica si rivolge al senso oggettivamente valido della disposizione giuridica (3). Non si ferma all'accertamento del senso inteso dal creatore della legge, non può farlo già per il fatto che a quest'opera legale ha preso parte una pluralità di autori, sicché può darsi una pluralità di opinioni di tali

(1) H. KANTOROWICZ, in *Erinnerungsgabe f. Max Weber I*, 1923, pp. 93 ss.

(2) Sul rapporto tra storia del diritto e dogmatica giuridica, F. SOMMER, *Kritischer Realismus und positive RW*, vol. 1, 1929, pp. 216 ss.

(3) Secondo S. MARCK, *Substanz- und Funktionsbegriff in der RPh*, 1925, p. 77, tale contrapposizione tra un senso soggettivo e un senso oggettivo costituisce soltanto una “differenza di grado”.

partecipi sul senso della legge, mentre l'interpretazione giuridica che è al servizio dell'applicazione del diritto deve pervenire a una comprensione unica della legge. Ma anche se tutti fossero partecipi di un unico senso, ciò non comporterebbe ancora necessariamente l'accertamento del senso determinante della legge. Legislatore non è il complesso degli autori della legge, volontà del legislatore non è la volontà collettiva dei partecipi alla legislazione, bensì la volontà dello Stato. Lo Stato, tuttavia, non si esprime nelle manifestazioni personali di coloro i quali partecipano alla genesi della legge, ma solo nella legge stessa. La volontà del legislatore coincide con la volontà della legge. Indica soltanto la personificazione del contenuto complessivo della legislazione, ossia il contenuto della legge riflesso in una coscienza unitaria fittizia. La volontà del legislatore non costituisce, dunque, mezzo di interpretazione, bensì scopo e risultato di essa, è espressione della necessità *a priori* di un'interpretazione sistematico-coerente dell'intero ordinamento giuridico. È pertanto possibile che si individui come volontà del legislatore ciò che non è mai rientrato nella volontà degli autori della legge. L'interprete può comprendere la legge meglio di quanto hanno fatto i suoi creatori, la legge può essere più saggia dei suoi autori — anzi, deve *necessariamente* esserlo. I pensieri degli autori della legge presentano necessariamente lacune, non sempre sono in grado di evitare oscurità e contraddizioni, mentre l'interprete deve poter ricavare dalla legge, per ogni caso giuridico concepibile, una decisione chiara e coerente; ciò in quanto, così afferma il *Code Civil* e, insieme a esso, tacitamente, ogni altra legislazione, “un giudice che si rifiuti di emettere una decisione, col pretesto che la legge non menzioni il caso oppure sia oscura o insufficiente, può essere chiamato a rispondere di diniego di giustizia”. Così, l'interpretazione giuridica non è ripensamento di qualcosa che è stato compiutamente pensato [*Nachdenken eines Vorgedachten*], bensì compimento di qualcosa che è stato pensato [*Zuendedenken eines Gedachten*]. Essa muove dall'interpretazione filologica della legge per superarla ben presto — così come una nave viene guidata in partenza dal pilotaggio nel prescritto tragitto lungo le acque del porto, ma poi cerca la propria rotta in mare aperto sotto la guida del capitano. Attraverso passaggi impercettibili, conduce da interpretazioni dello spirito del legislatore a regole che l'interprete stesso “stabilirebbe in qualità di legislatore”, come afferma il famoso paragrafo introduttivo del codice civile

svizzero. L'interpretazione giuridica è una miscela indissolubile di elementi teorici e pratici, conoscitivi e creativi, riproduttivi e produttivi, scientifici ed extrascientifici, oggettivi e soggettivi. Nella misura in cui è pratica, creativa, produttiva, extrascientifica, è però determinata di volta in volta dalle mutevoli esigenze giuridiche. La volontà del legislatore, il cui accertamento costituisce il suo scopo e il suo risultato, non viene perciò cristallizzata dall'interpretazione in un certo risultato valido per ogni tempo, ma resta suscettibile di rispondere con nuovi significati a nuove esigenze giuridiche e questioni giuridiche dei rapporti dell'epoca, non va pensata come il processo volitivo episodico che ha dato vita alla legge, bensì come la mutevole volontà duratura che sostiene la legge. "Legislatore", dice Hobbes, "non è colui che con la propria autorità creò la legge, bensì colui che con la propria autorità fa sì che essa continui a essere legge". Il simbolo di questa concezione è la leggenda secondo cui Solone si sarebbe recato in esilio volontario dopo aver compiuto la propria opera di legislatore: il legislatore empirico cede il campo al legislatore ideale che vive solo nella legge.

Se si vuole apprezzare correttamente questa peculiarità dell'interpretazione giuridica, si deve evitare di valutarla secondo il modello dell'interpretazione filologica; quest'ultima costituisce, infatti, un tardo prodotto della storia scientifica, mentre l'interpretazione giuridica è maggiormente affine alle forme più antiche di interpretazione. Le epoche primitive attribuiscono alla parola un potere quasi magico, indipendente dai pensieri di chi la proferisce<sup>(4)</sup>. Per esse la parola dell'oracolo custodisce un senso segreto, inaccessibile al non iniziato, ed è solo il suo proferimento a far luce improvvisamente su di esso. Quante fiabe sono fondate sul doppio senso inconsapevole delle parole di chi le racconta! Se chiamiamo gioco della natura un fenomeno naturale che ha trasformato il caso in portatore di senso, una grotta con stalattiti e stalagmiti che rappresenta una loggia, due rocce che rappresentano un monaco e una monaca, allora anche per le epoche primitive la parola è un gioco della natura pervaso di significato inconsapevole e involontario. Ma allora è del tutto coerente che un'epoca del genere consideri anche la natura inconsapevole e involontaria come portatrice di significati,

---

(4) "... quanto importante era lì la parola, per il sol fatto di essere parola proferita" (Goethe, *Divan: Buch des Sängers, Hegire*).

i fenomeni naturali come simboli, è del tutto coerente che essa faccia oggetto di interpretazione non solo i prodotti spirituali dell'uomo, ma anche i fenomeni naturali. In questo senso Agostino sostiene che "il potere della profezia sia diffuso soprattutto nel mondo", e Goethe aggiunge: "è giusto rallegrarsi quando la natura inanimata produce un'allegoria di ciò che amiamo e onoriamo".

La Scolastica ha elevato questo modo di interpretare rivolto al senso preterintenzionale a metodo scientifico. È nota la sua dottrina del quadruplice senso delle Scritture:

*littera gesta docet; quid credas, allegoria;  
moralis quid agas; quo tendas, anagogia.*

Nel ricavare dietro il senso letterale un senso allegorico, un senso morale e un senso anagogico, essa era tuttavia convinta, in base alla teoria dell'ispirazione, di svelare pensieri realmente pensati, ossia non dell'autore umano delle Sacre scritture, ma proprio di Dio stesso <sup>(5)</sup>.

Questo modo di interpretare è riuscito a sopravvivere fino ai nostri giorni al di fuori della scienza. Il discorso d'occasione spirituale, grazie all'influsso della situazione cui si riferisce, fa risplendere le singole parole delle Sacre scritture in significati sempre nuovi, senza riguardo al loro senso originario. Anzi, è proprio sulla ricchezza di questa polisemia che poggia l'insopprimibile vitalità della parola della Bibbia. Ma il significato recondito strappa anche alle parole profane, come per gioco, un senso più profondo dietro quello inteso. Nel *Divano occidentale-orientale*, Goethe esprime in un'immagine leggiadra la molteplicità di senso: "la parola è un ventaglio! Tra le stecche fa capolino un paio di begli occhi; il ventaglio è un velo delizioso". E, nella rivista *Die Jugend* (1899, n. 6), si trova il bel brano seguente: "provavo una delle gioie più pure quando dalla superficialità della parola sconsiderata si riusciva a lanciare un piombino nella profondità delle cose, e l'insensato faceva da cornice a un senso che neppure si poteva sognare. Questa non è perfida presunzione, bensì modestia, poiché vi risiede qualcosa di simile alla consolazione e alla speranza che anche la nostra saggezza, della quale così spesso dobbiamo dubitare, abbia spazio per un senso a noi

---

(5) Cfr. H. VOLLMER, *Vom Lesen und Deuten heiliger Schriften*, 1907.

nascosto, un senso che gli spiriti più elevati le assegnano con un'interpretazione amichevole — giacché *in dubio* all'accusato viene sempre attribuita l'intenzione migliore". Questo brano è contrassegnato dalle iniziali G.S. — proviene da Georg Simmel (6)!

Tuttavia, l'interpretazione giuridica si distingue da quelle forme intuitive di interpretazione per la sua natura senz'altro razionale. Essa non è interpretazione magica o mistica, non è un gioco del significato recondito, bensì è interpretazione logica. Ma, se la genesi della logica risiedette nella lezione retorica dei Sofisti, allora in origine la logica scientifica è soprattutto logica forense; la retorica, infatti, è l'arte del dimostrare e del confutare in dialogo, soprattutto nelle discussioni giudiziarie. Tale arte logica del dimostrare e del confutare a partire dalla legge non chiede però: cosa ha previsto il legislatore?, bensì: "cosa è possibile ricavare per tale questione dal tenore letterale della legge? Essa non cerca il senso realmente pensato dal legislatore, bensì un senso che gli può essere richiesto, un senso, dunque, che viene tratto dalla legge, sebbene egli non ce l'abbia riposto (7).

Quest'interpretazione razionale, forense della legge solo a partire dalla legge stessa è strettamente apparentata con quel biblicismo della teologia vetero-protestante che si rifiutava di provare qualcosa a prescindere dalle Sacre scritture e tutto provava sulla base di esse (8). Lo stesso Lutero ha sottolineato questo parallelismo: "è vergognoso che un giurista rifletta senza testo, ma ancor più vergognoso è che lo faccia un teologo" (9). La giurisprudenza, però, per legittimare il suo metodo, può richiamarsi non solo alla pur sempre controversa affinità con un metodo della teologia ormai superato. Essa può anche sentirsi in buona compagnia di scienze senz'altro moderne.

(6) G. SIMMEL, *Hauptprobleme der Philosophie* (Sammlung Göschen), 1910, p. 71 s.

(7) J. STROUX, *Summum jus, summa iniuria. Ein Kapitel aus der Geschichte der interpretatio juris*, 1926.

(8) Cfr. G. RADBRUCH, « Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik », vol. 4, 1906, pp. 335 ss.

(9) LEIBNIZ, "Merito partitionis nostrae exemplum a Theologia ad Jurisprudentiam transtulimus, quia mira est utriusque Facultatis similitudo". Entrambe hanno un doppio principio: *scriptum* e *ratio* (secondo C. SCHMITT, *Erinnerungsgabe für Max Weber II*, 1923, p. 27).

Nella scienza della letteratura, fino a poco tempo fa, dominava soltanto l'interpretazione filologica, la ricerca di ciò che il poeta aveva realmente pensato, basata su tutto ciò che aveva manifestato nella sua opera, nei suoi progetti, nei suoi diari, nelle sue lettere — la “filologia dell'individuo Goethe”. Ma questa ricerca del senso soggettivamente inteso è scivolata via via in secondo piano rispetto alla ricerca del senso oggettivamente valido della poesia. Proprio il poeta ci attesta che il contenuto della sua opera non si esaurisce in quel senso soggettivamente inteso, bensì che allo stesso autore, in successive riletture della propria opera, si schiudono spesso significati nuovi, inimmaginati. Tale comprensione dell'opera soltanto a partire dall'opera stessa si può però riferire non solo a una singola poesia, ma anche all'intera produzione di un autore, alla sua “*Œuvre*”. Da questo metodo emerge allora una nuova forma di biografia. La biografia tradizionale procedeva dalla personalità all'opera, concepiva l'opera come emanazione della personalità. La nuova biografia schiude la personalità solo a partire dall'opera. È biografia a partire dall'opera. È così che Gundolf ci ha descritto Goethe: “l'artista esiste solo nella misura in cui si esprime nell'opera d'arte”. Lo stesso vale nel rapporto tra Georg Simmel e Kant: il primo non si pone il compito di descrivere l'“uomo storico reale” Kant, “bensì una formazione ideale che vive solo nella produzione stessa come espressione o simbolo dell'unità materiale, interna delle sue parti”. Per tale biografia, l'autore dell'opera non è l'uomo scomparso che a suo tempo ha creato quest'opera, bensì il poeta o il pensatore eterno che vive, si trasforma in essa finché vive, e dà risposte nuove alle questioni nuove delle epoche nuove — proprio come, secondo la citata massima di Hobbes, legislatore non è colui che con la propria autorità creò la legge, bensì colui che con la propria autorità fa sì che essa continui a essere legge.

D'altro canto, a partire dall'opera si può e si è soliti sviluppare non solo la storia dello spirito individuale, ma anche quella dello spirito collettivo<sup>(10)</sup>. Un tempo, la storia della filosofia, la storia della dogmatica si sforzavano di accertare psicologicamente gli

---

(10) Anche la storia del diritto può esser coltivata come storia dello spirito, come ricerca dei movimenti del senso oggettivo, e si avvicina allora alla dogmatica giuridica, come fa vedere lo schema suddetto (cap. 15.3). Cfr. W. Schönfeld, *Vom Problem der Rechtsgeschichte*, in « *Schriften der Königsberger Gelehrten Gesellschaft* », vol. 4, 1927, p. 351.

influssi che un pensatore aveva effettivamente subito da altri pensatori. Da Hegel in poi esse si pongono invece il compito di sviluppare le relazioni oggettive tra i sistemi di pensiero senza ricorrere a collegamenti biografico-psicologici, di afferrare, al contempo, le loro conseguenze storiche come un processo logico, di comprendere lo sviluppo da un pensiero all'altro come se fosse avvenuto in una coscienza singola, di interpretare il corso dello spirito oggettivo come l'opera di *uno* spirito — così come lo stesso “spirito del legislatore” si trasforma eppure persiste dietro l'avvicendamento delle leggi <sup>(11)</sup>.

Gli esempi che abbiamo presentato al lettore potrebbero però non bastare ancora per fugare l'impressione che la descritta forma di interpretazione sovraempirica sia un gioco di prestigio, il quale estraе dal cilindro qualcosa di ulteriore e di diverso da ciò che vi è stato inserito. Davvero è possibile trarre convincentemente da un'opera dello spirito un senso che non vi è stato riposto dal suo autore? Sono sufficienti semplici esempi per rispondere affermativamente a tale domanda: anche un enigma può avere, oltre alla soluzione che aveva in mente il suo autore, una seconda soluzione, da lui non considerata, la quale è altrettanto corretta quanto la prima, così come la mossa di scacchi può avere, nel contesto del gioco, un senso del tutto diverso da quello che il giocatore le aveva attribuito. Una tale mossa, della quale non decide solo il giocatore, si accompagna però a ogni frase che proferiamo. “Il linguaggio pensa e poeta per noi” — cioè: pensando e parlando, unisco i miei pensieri in un mondo di pensieri che sottostà alle loro leggi particolari. Se è vero che non sono in condizione di creare *ex novo* un linguaggio e un mondo concettuale, è pur vero che consegno ciò che proferisco alle leggi proprie del mondo concettuale nel quale necessariamente mi muovo, stringo con quel proferimento legami concettuali che non sono in grado di dominare neppure lontanamente. “Una parola proferita”, dice Goethe, “entra nella cerchia delle restanti, necessariamente attive forze della natura”. Nel mondo spirituale non accade qualcosa di diverso rispetto al mondo fisico.

---

<sup>(11)</sup> “*Toute la suite des hommes, pendant le cours de tant de siècles, doit être considérée comme un homme, qui subsiste toujours et qui apprend continuellement*” (Pascal). “La storia della scienza è una grande fuga nella quale le voci dei popoli vengono fuori a poco a poco” (Goethe).

Servendomi delle leggi di natura, finisco al contempo per consegnarmi a esse — così anche le leggi logiche diventano il mio sovrano non appena mi servo di esse. Il senso che la mia espressione doveva avere può perciò senz'altro differire dal senso che ha — più precisamente, non tanto perché non mi è riuscito di esprimere il senso voluto, quanto perché ogni senso è soltanto un elemento di un'infinita connessione di senso, e in questa connessione di senso produce effetti imprevedibili: “nessun tessitore sa cosa sta tessendo”. È una consapevolezza che ammonisce e sospinge infinitamente all'umiltà di sapersi legato con ciascuno dei propri pensieri a un'imprevedibile connessione di senso, incastrato nel mondo dello “spirito oggettivo”, del quale ogni spirito soggettivo è semplicemente una parte e un membro.

Ma occorre ancora chiarire quali sono le leggi tipiche, “logiche”, che ci guidano nell'individuazione del senso oggettivo. Comprendere significa: fare proprio un fenomeno culturale proprio come fenomeno culturale, ossia nel suo rapporto al corrispondente valore culturale. In particolare, la comprensione scientifico-giuridica significa, 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.

Da ciò risulta che la scienza giuridica ha il compito di una doppia elaborazione della propria materia: sia di una elaborazione categoriale, che rappresenta il diritto come realizzazione del concetto di diritto e delle categorie giuridiche ivi contenute, sia di un'elaborazione teleologica, che raffigura il diritto come tentativo di realizzazione dell'idea del diritto. Questa doppia elaborazione si chiama *costruzione*, quando si riferisce a un singolo istituto giuridico, *sistema*, quando si riferisce alla totalità dell'ordinamento giuridico. Sia la costruzione sia la sistematica sono pertanto di due tipi: categoriale e teleologica<sup>(12)</sup>. Così, nel diritto processuale, la riconduzione delle prescrizioni di rito a determinati principi, come quello dispositivo o quello inquisitorio, è una costruzione teleologica, mentre la concezione del processo come rapporto giuridico, ad esempio la dottrina della pretesa di tutela giuridica, è una costru-

---

(12) Cfr. G. RADBRUCH, *Zur Systematik d. Verbrechenlehre, Festgabe f. Frank*, vol. 1, 1930, pp. 158 ss., nonché, sul punto, A. EGLER, *Zum Aufbau d. Systematik d. Zivilprozessrechts, Festgabe f. Heck, Rümelin, Schmidt*, 1913, pp. 216 ss.

zione categoriale di questa disciplina. Così, all'inizio del diritto penale, la dottrina dello scopo della pena compare come una costruzione teleologica, mentre la teoria delle norme come una costruzione categoriale. Così, il diritto amministrativo è stato trattato in passato in maniera puramente teleologica secondo il metodo della dottrina dello Stato, mentre il metodo giuridico fondato da Otto Mayer rimanda alla sua trattazione categoriale. È così che i punti di vista categoriale e teleologico si avvicinano nell'edificazione del sistema. Categoriale è, ad esempio, la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, mentre il diritto del lavoro e il diritto dell'economia sono, tra gli altri, concetti teleologici. Una disciplina puramente categoriale è la teoria generale del diritto. Ed è a seconda dell'accentuazione dei compiti categoriali o teleologici della scienza giuridica che le epoche formalistiche e quelle finalistiche si sono avvicinate di continuo nella storia di questa disciplina<sup>(13)</sup>.

Ai tre o, piuttosto, ai due livelli del lavoro giuridico — individuazione del senso e rielaborazione categoriale e teleologica di esso, interpretazione, da un canto, costruzione e sistematica, dall'altro — corrispondono due tipi di concetti giuridici: da un lato stanno i concetti di cui sono composte le disposizioni giuridiche, in particolare quelli che si presentano nelle fattispecie legali e che vengono chiariti attraverso l'interpretazione, i “*concetti giuridicamente rilevanti*”; dall'altro lato, i concetti costruttivi e sistematici, con cui si assimila il contenuto normativo di una disposizione giuridica, i “*concetti giuridici autentici*”. I primi sono prevalentemente concetti di fatti, ad esempio: cosa, sottrazione, intenzione; i secondi, invece, sono concetti di diritti, rapporti giuridici, istituti giuridici, ad esempio: i diritti e i doveri del compratore e del venditore, l'istituto della compravendita<sup>(14)</sup>.

---

(13) Cfr. H. KANTOROWICZ, *Die Epochen der RWissenschaft*, « Die Tat », vol. 6, 1914/15, pp. 345 ss.

(14) G. RADBRUCH, *Der Handlungsbegriff i. d. Bedeutg. f. d. Strafrechtssystem*, 1903, p. 29. Questa bipartizione dei concetti giuridici potrebbe coincidere con il “doppio riferimento al valore” di cui si parla in E. WOLF, *Strafrechtl. Schuldlehre*, I, 1928, p. 93 s.: concetti riferiti al valore del diritto e al valore della scienza giuridica. Anche la distinzione tra concetti giuridici di contenuto e concetti giuridici di essenza (*Kelsen*) potrebbe corrispondere a quella qui proposta. Per contro, F. SOMLÓ, *Jur. Grundlehre*, 1917, pp. 27 ss. contrappone ai concetti giuridici di contenuto i concetti giuridici fondamentali, ossia i soli concetti giuridici *a priori*.

Con i concetti giuridicamente rilevanti la costruzione concettuale giuridica si modella su concetti prescientifici. Anzi, materia della scienza giuridica non è la datità informe, amorfa, bensì una realtà preformata per mezzo di concetti prescientifici oppure extrascientifico-giuridici. La scienza giuridica è in gran parte elaborazione di secondo grado, che deve i propri concetti al lavoro preliminare extrascientifico-giuridico: si pensi al concetto di feto proprio della biologia o al concetto di fillossera della vite proprio della zoologia. Ma la scienza giuridica non recepisce alcun concetto extrascientifico-giuridico senza conformarlo al contempo. Il concetto di “feto” si modella, sì, sul concetto biologico così denominato, ma non coincide con esso. Il diritto lo delimita rispetto al concetto di uomo nato, non già secondo punti di vista rigidamente biologici, bensì secondo esigenze giuridiche, considera la creatura umana come feto finché per la sua protezione basta la fattispecie di aborto, mentre la considera come uomo non appena diviene necessaria la tutela rafforzata contro l’omicidio. E il concetto di “fillossera della vite”, sebbene possa avere la stessa portata nella zoologia e nella scienza del diritto, nondimeno, nel proprio contenuto, nelle proprie caratteristiche, è determinato diversamente in ciascuna di tali discipline: la caratteristica dell’essere la fillossera della vite un parassita, del tutto inessenziale per la zoologia, è invece quella determinante per la scienza del diritto. Quando vengono recepiti dalla scienza giuridica, i concetti naturalistici subiscono dunque una trasformazione teleologica<sup>(15)</sup>. Questa considerazione mostra, al contempo, che i tre livelli del lavoro giuridico scivolano l’uno nell’altro: l’interpretazione non solo è un presupposto della costruzione e della sistematica, ma, a sua volta, presuppone per molti versi la costruzione e la sistematica teleologica.

L’essenza del lavoro scientifico-giuridico è stata chiarita a sufficienza per consentirci di procedere all’inquadramento della scienza giuridica nel sistema delle scienze esposto all’inizio di questo libro (cap. 1). Essa è una *scienza culturale comprendente*<sup>(16)</sup>, e come tale caratterizzata sotto tre profili: è una *scienza comprendente, individualizzante e riferita al valore*.

---

(15) Cfr. E. SCHWINGE, *Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht*, 1930, nonché i numerosi esempi già adottati nella I ed. di questo libro, pp. 198 ss.

(16) Così, oltre alle citazioni fatte *supra*, nt. 27, cfr., in particolare, E. WOLF, *Strafr. Schuldlehre*, I, 1928 pp. 73 ss.

A. La scienza giuridica è una scienza comprendente, rivolta non all'effettività di un qualche senso inteso, bensì al significato oggettivamente valido delle disposizioni giuridiche. Si rammentino qui le affermazioni già fatte in precedenza (*supra*, inizio cap. 10)! Le disposizioni giuridiche sono imperativi. L'imperativo è espressione di un volere. Ma il senso oggettivo di un volere è un dover essere. Il contenuto semantico di un processo volitivo, se non viene riferito all'effettività della sua volitività, non può essere espresso altrimenti che con un dover essere. Oggetto della scienza giuridica sono fatti, imperativi giuridici, enunciati di volontà, ma poiché la scienza giuridica non considera questi fatti in quanto tali, bensì nel loro senso oggettivo, essa li tratta come enunciati deontici, come norme. Tutto ciò può essere espresso dicendo che la scienza giuridica ha l'oggetto di una scienza empirica e il metodo di una scienza normativa<sup>(17)</sup>, sempre che non si dimentichi che essa resta, in definitiva, una scienza empirica, più precisamente una scienza culturale.

B. In quanto scienza culturale, la scienza giuridica è però anche una scienza *individualizzante*. Può sorprendere che proprio la scienza giuridica, dalla quale ebbe origine il concetto di legge, non venga intesa come scienza generalizzante, bensì individualizzante. Certo, la singola disposizione giuridica è essenzialmente di carattere generale. Ma oggetto della scienza giuridica non sono le singole leggi, bensì l'ordinamento giuridico nel quale queste si combinano, "il sistema storico e pertanto individuale"<sup>(18)</sup>; la scienza giuridica non ha il compito di trascendere le particolarità del singolo ordinamento tedesco o francese, per arrivare a disposizioni comuni a tutti gli ordinamenti, bensì di comprendere proprio questi ordinamenti giuridici nella loro individualità<sup>(19)</sup>. Inoltre, il caso singolo non è semplicemente un esempio di un una legge generale come accade nella scienza naturale, bensì, esattamente al contrario, la legge esiste

---

(17) Contro questa caratterizzazione, H. Kelsen, in « Schollers Jahrbuch », vol. 40, 1916, pp. 1225 ss.

(18) W. SCHÖNFELD, *Vom Problem d. Rechtsgeschichte*, 1927, p. 324.

(19) L'unità del sistema di categorie *a priori* per mezzo del quale viene elaborata la molteplicità degli ordinamenti giuridici nazionali conferisce di nuovo alla scienza giuridica, apparentemente scissa per motivi nazionali, una unità invisibile che, in questo senso, si può caratterizzare con M. SALOMON, *Grundlegung der RPh.*, 1929, come "problematica giuridica".

proprio in funzione della decisione di casi singoli, e in questo senso teleologico, in effetti, il diritto non è la totalità delle norme, bensì è la totalità delle decisioni (20). Di qui il particolare interesse che il giurista rivolge proprio al perimetro, ai confini e ai casi di confine della legge. Ciò dimostra che al giurista, a differenza che al naturalista, la legge non interessa tanto come enunciato generale, ossia come riassunto, fatto per economia di pensiero, di molteplici enunciati singoli. Malgrado il carattere legale del diritto, risulta il carattere idiografico della scienza giuridica.

C. Tuttavia, se non disponessero di un criterio per distinguere tra i fatti individuali essenziali e quelli inessenziali, le scienze individualizzanti annegherebbero nella massa di tali fatti. Questo criterio è il *riferimento al valore*. Una scienza culturale accoglie solo quei fatti che, costituendo realizzazioni o fallimenti di un valore, stimoli o impedimenti di un valore, sono legati da un rapporto favorevole o sfavorevole ai valori culturali cui la stessa scienza è orientata. Ma questo riferimento al valore comporta al contempo la mutevolezza dell'oggetto delle scienze della cultura. Ogni cambiamento dei valori di questo riferimento comporta, al contempo, una riconfigurazione degli oggetti che ad essi vengono riferiti. Ogni nuova epoca priva della loro essenzialità fatti finora rivestiti di valore e, all'opposto, riveste di valore fatti finora indifferenti: per ogni epoca si assiste, ad esempio, a uno spostamento di confine tra i fatti storici e quelli puramente antiquari — ogni epoca scrive la storia daccapo. Così, non sorprende affatto che ogni epoca debba scrivere daccapo la propria scienza giuridica. Kirchmann, nella sua celebre conferenza *L'ascientificità della giurisprudenza*, credeva di poter liquidare il carattere scientifico della giurisprudenza con le parole divenute famose: “tre parole di riforma del legislatore e intere biblioteche diventano cartastraccia” (21). E già Pascal aveva detto: “non vi è quasi nulla di giusto e di ingiusto la cui qualità non muti col cambiamento di clima. Tre gradi di latitudine più in là rovesciano l'intera giurisprudenza. Un meridiano decide della verità, un paio di anni del possesso. Le leggi fondamentali cambiano: il diritto ha le

---

(20) H. ISAY, *Rechtsnorm u. Entscheidung*, 1929, p. 29.

(21) Su KIRCHMANN e sulle numerose difese della scienza giuridica, cfr., soprattutto, T. STERNBERG, *J.H. v. Kirchmann*, 1908.

sue epoche. Singolare giustizia quella che ha come confine un fiume o una montagna! Verità al di qua dei Pirenei, errore al di là!”. Tuttavia, questa mutevolezza dell’oggetto della scienza giuridica a seconda del tempo e del luogo non costituisce per quanto detto una prova contro la sua scientificità — allo stesso titolo bisognerebbe negare, allora, la scientificità della storia. Si vorrebbe far notare, tuttavia, che in queste parole la scientificità della giurisprudenza come scienza avrebbe dovuto essere discussa sotto il profilo, non già della mutevolezza del suo oggetto, bensì della sua arbitraria mutevolezza. Ma quel tratto di penna del legislatore, che sottrae un vecchio oggetto alla scienza giuridica e lo sostituisce con uno nuovo, non è “più arbitrario” del tratto di penna del poeta, che muta i giudizi di valore estetico, costringendo così a riscrivere la storia della letteratura, oppure dei colpi di spada del comandante, che muta i giudizi di valore politico, richiedendo così una nuova storiografia politica. Ogni colpo di penna è semplicemente un colpo di penna dettato dalla storia. L’unica differenza tra la mutevolezza dell’oggetto della scienza giuridica e quella, ad esempio, dell’oggetto della scienza storica consiste nel fatto che lì il mutamento si compie repentinamente per effetto di un atto storico, qui, perlopiù, ma di certo non sempre, per effetto di un’evoluzione storica più lunga.

\*\*\*\*\*

Con queste considerazioni termina la parte generale della *Filosofia del diritto*. Ormai bisogna sottoporre alla considerazione giusfilosofica i problemi chiave dei singoli ambiti giuridici. Poiché non esiste alcun oggetto che non possa esser trattato sia dal punto di vista di una scienza singola, sia dal punto di vista della filosofia, la selezione delle questioni esaminate sconta necessariamente un certo arbitrio. Essa è determinata dall’intenzione di provare la fecondità dei concetti sviluppati nella parte generale sul banco dei problemi maggiormente risponenti a essi. Tuttavia, prima di affrontare quelle questioni di vertice dei diversi ambiti giuridici, occorre chiarire dal punto di vista giusfilosofico la *summa divisio* valevole per tutto il diritto.

“*Jus privatum sub tutela juris publici latet*”

F. Bacone

## 16. *Diritto pubblico e privato*

**Carattere *a priori* dei due concetti. Concezione liberale, concezione conservatrice e concezione sociale del loro rapporto. Diritto sociale.**

I concetti di diritto pubblico e diritto privato non sono concetti di diritto positivo che possano mancare in un ordinamento, in quanto precedono logicamente ogni esperienza giuridica e richiedono una validità preesistente a qualunque esperienza particolare. Sono *concetti giuridici a priori* [*apriorische Rechtsbegriffe*]. Ma non nel senso che la distinzione tra diritto pubblico e privato sia sempre stata riconosciuta in ogni tempo, dal momento che l'antico diritto germanico l'ignorava fino alla ricezione del diritto romano che la introdusse. Neppure nel senso che ogni ordinamento debba riconoscere uno stesso spazio al diritto pubblico e al privato, dal momento che il socialismo ha significato il quasi totale assorbimento del diritto privato in quello pubblico, mentre l'anarchismo un ordinamento fatto esclusivamente di diritto privato. Meno ancora nel senso che i confini tra i due campi debbano essere ovunque gli stessi, giacché, ad esempio, uno stesso fenomeno come le relazioni di lavoro può essere ora di diritto pubblico ora di diritto privato. Né infine nel senso che ciascun dominio particolare del diritto debba necessariamente appartenere all'uno o all'altro, in quanto nel diritto del lavoro e nel diritto dell'economia diritto pubblico e privato si trovano indissolubilmente mescolati <sup>(1)</sup>. Dunque sono concetti *a priori* solo

---

<sup>(1)</sup> In nessun modo può essere alterata la priorità di questi concetti dall'osservazione di Kelsen secondo cui molte volte il diritto privato deve servire come un “muro spagnolo”, dietro il quale si nascondono rapporti di dominio, come quelli dei datori di lavoro, che sono in verità rapporti di natura pubblica. Cfr. H. KELSEN, in « Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik », Bd 66, 1931, p. 495.

in questo senso, che in relazione a ciascun singolo precetto giuridico ci si può domandare sensatamente, esigendo quindi una risposta, se appartiene al diritto pubblico o a quello privato (2).

Tuttavia i concetti giuridici *a priori* devono potersi derivare dal concetto *a priori* di diritto. In effetti la distinzione tra diritto pubblico e privato è ancorata al concetto stesso di diritto. Con il diritto, inteso come insieme di norme positive, si suppone l'esistenza del legislatore come ente normativo. Per la vita in comune degli uomini devono esser poste da parte sua le norme di diritto privato come fondamento di esistenza di tutto il diritto positivo; così si rende concreta la certezza giuridica, ma occorre anche che il legislatore sia legato a essi e questo legame tra il legislatore e i destinatari delle norme nella forma della subordinazione e della sovraordinazione è necessariamente di diritto pubblico. La distinzione tra diritto pubblico e privato invero non si trova solo nel concetto del diritto ma anche nella sua idea. Se la giustizia può essere commutativa o distributiva, cioè giustizia tra eguali o giustizia nelle relazioni di subordinazione o sovraordinazione, ciò indica che la giustizia stessa nelle sue due forme si riferisce al diritto pubblico e a quello privato.

I due concetti sono dunque *a priori*; la relazione di valore e il rapporto gerarchico tra diritto pubblico e privato sono invece sottoposti a variazioni storiche e al valore stabilito dalle diverse visioni del mondo.

Per il *liberalismo* il diritto privato è il cuore di tutto il diritto, mentre quello pubblico rappresenta una sottile corteccia protettiva in difesa del diritto privato e in particolare della proprietà privata. La *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 1789 vede nella corona un potere delegato dalla Nazione e revocabile sulla base dell'utilità generale e non a vantaggio del monarca; considera inoltre la proprietà privata come un diritto naturale e sacro, imprescrittibile e inviolabile: al monarca assoluto non restava che lasciare il trono perché potesse salirvi il capitale assoluto.

Questa relazione gerarchica tra diritto pubblico e privato nel senso liberale trova espressione concettuale nella teoria del contratto sociale [*Gesellschaftsvertrage*], che vuol dire "una mediazione tra il

---

(2) Stesso approccio in J. BURCKARDT, *Organisation der Rechtsgemeinschaft*, 1927, pp. 10 ss. Contro l'apriorismo anche E. KAUFMANN, *Neukantische Rechtsphilosophie*, 1921, pp. 86 ss.

diritto pubblico e quello privato”<sup>(3)</sup>, un tentativo di ridurre i rapporti di subordinazione e sovraordinazione nello Stato a un’associazione di individui originariamente eguali, cioè di dissolvere fittiziamente il diritto pubblico nel privato. Il liberalismo portato all’estremo, come anarchismo, pretende di compiere questa dissoluzione non in modo fittizio ma reale. In quanto non intende riconoscere alcuna limitazione che non sia un’autolimitazione, esso considera la teoria del contratto sociale non solo una teoria statale ma anche un principio organizzativo della vita in comune.

Tale idea liberale di relazione gerarchica tra pubblico e privato si imprime nel diritto positivo con la penetrazione nel diritto pubblico della rappresentazione giusprivatistica del coordinamento, che è alla base dello Stato di diritto. Lo Stato medesimo come fisco si sottomette al diritto privato. Nel processo penale e in quello amministrativo si colloca allo stesso livello degli individui come parte processuale. La discussa figura giuridica del contratto di diritto pubblico significa il fatto che lo Stato si situa sullo stesso piano giuridico degli individui.

Conseguenze opposte derivano dalla concezione che riconosce al contrario il primato del diritto pubblico sul diritto privato. Da quest’ottica il diritto privato è soltanto uno spazio concesso all’iniziativa individuale, in modo provvisorio e revocabile, riconosciuto a condizione di un uso corretto e revocabile nel caso di mancato rispetto delle sue condizioni. Si tratta del punto di vista *sovraindividualistico-conservatore*, che però corrisponde fondamentalmente sotto questo profilo alla concezione *individualistico-sociale*. I motivi che sorreggono il primato del diritto pubblico sono diversi: lì il primato assoluto dello Stato sull’individuo, qui il primato dello Stato come difensore degli individui economicamente più deboli. Ma da motivazioni diverse sorge una stessa relazione gerarchica tra diritto pubblico e privato.

La concezione giuridico-sociale di questa relazione deriva dall’essenza del diritto sociale, dal suo considerare l’individuo come un essere sociale<sup>(4)</sup>. Poiché il diritto sociale<sup>(5)</sup> evidenzia le differenze sociali tra gli individui, la loro forza e la loro debolezza, rendendo

<sup>(3)</sup> L. VON RANKE, *Politisches Gespräch*, 1924, p. 34.

<sup>(4)</sup> Su questo nesso pone l’attenzione K. ANRATHS, *Das Wesen der sog. Freien wissenschaftlichen Berufe*, 1930, pp. 8 ss.

possibile di conseguenza la loro presa in carico dal punto di vista giuridico, il sostegno dei più deboli e la limitazione dei poteri sociali eccessivi, esso pone in luogo del pensiero liberale dell'eguaglianza il concetto sociale dell'equiparazione, trasforma la giustizia commutativa in distributiva e, poiché l'equiparazione mediante la giustizia distributiva presuppone un potere posto al di sopra degli individui, sostituisce all'autodifesa la difesa della società e in particolare dello Stato. Ciò significa però che anche dietro le relazioni giuridiche degli individui e delle persone coinvolte in esse sorge come soggetto terzo e superiore la gran figura della società organizzata, dello Stato, vigile, pronto all'intervento e spesso in azione, in quanto anche la relazione più strettamente privata va intesa non solo come un affare riguardante gli interessati, ma come un rapporto giuridico di tipo sociale e perciò di diritto pubblico.

In un ordinamento sociale del diritto, il diritto pubblico e il privato non si trovano l'uno accanto all'altro separati da precisi confini ma si spostano l'uno nell'altro. La loro compenetrazione reciproca si realizza innanzitutto nei nuovi campi del diritto del lavoro e del diritto dell'economia. Legiferando coattivamente in questi settori per proteggere i più deboli e arginare lo strapotere dei più forti, il diritto pubblico e il privato devono incontrarsi in modo da potersi distinguere ma non più separare.

Ciò che in relazione al diritto oggettivo sembra una lenta trasformazione del diritto privato in diritto pubblico appare dal punto di vista del diritto soggettivo come un'invasione di contenuti di dovere sociale nella sfera privata, come sono espressi in forma programmatica nell'art. 153 cost. imp. (sulla proprietà). "La proprietà produce obblighi. Il suo uso deve servire nel contempo al bene comune". Il diritto sociale presenta una struttura analoga al diritto feudale del Medioevo. Anche quel sistema riconosceva diritti come fondamenti materiali di un servizio, con l'effetto che successivamente il diritto non era concesso in ragione del servizio, ma l'ufficio stesso si fondava sul diritto e appariva in sé stesso un privilegio. Il diritto sociale è protetto contro simili degenerazioni perché pone sotto garanzie giuridiche il contenuto normativo del

---

(<sup>5</sup>) Sui diversi significati di questo termine, cfr. G. GURVITCH, *L'idée du droit social*, 1931, pp. 154 ss. La concezione qui sostenuta è prossima a quella di L. DUGUIT, *Les transformations du droit privé depuis le code Napoléon*, 2 ed., 1920.

diritto, anche se sono solo garanzie di una legislazione sempre pronta a intervenire e a limitare o revocare ogni diritto che non si eserciti nel modo doveroso. Così nella Costituzione di Weimar sulla proprietà pende la spada di Damocle dell'espropriazione e della socializzazione (artt. 153, 155, 156).

Non c'è maniera più chiara per esprimere il carattere di un ordinamento giuridico che attraverso la relazione che stabiliscono in esso il diritto pubblico e quello privato e attraverso il modo in cui si ripartiscono i rapporti giuridici tra loro <sup>(6)</sup>. Il superamento del feudalesimo coincise con la presa di coscienza della distinzione tra diritto pubblico e privato. L'evoluzione dello Stato di polizia si manifestò con la liberazione del diritto pubblico dalle contaminazioni del diritto privato e lo sviluppo parallelo delle origini dello Stato di diritto coincise con la liberazione del diritto privato dai vincoli e dalle limitazioni del diritto pubblico. Così la trasformazione del diritto liberale in diritto sociale nella quale ora ci troviamo, non meno decisiva per un'epoca, si rivela al contrario attraverso le nuove limitazioni che il diritto pubblico impone al diritto privato, specialmente in relazione alla proprietà privata e alla libertà contrattuale.

---

<sup>(6)</sup> Cfr. M. DRATH, *Das Gebiet des öffentlichen und des privaten Rechts*, in "Zeitschrift für soziales Recht", 3, 1931, pp. 229 ss.



*“Solo quando l'uomo individuale riprende in sé il cittadino astratto e come uomo individuale nella sua vita empirica, nel suo lavoro individuale, nei suoi rapporti individuali, è divenuto un ente generico... solo allora l'emancipazione umana è completata”*

K. Marx

## 17. *La persona*

**Persona come concetto egualitario. Significato teleologico del problema della persona giuridica. Individualismo: teoria della finzione. Sovraindividualismo: persona associativa reale. Transpersonalismo: patrimonio di scopo.**

Se nel concetto di diritto sono implicite le idee di ordine e scopo e se queste idee non stabiliscono col concetto di diritto semplicemente un rapporto di mezzo a fine ma anche un'idea di “fine del fine”, cioè di fine ultimo, fine in sé, inteso come forma giuridica concettuale necessaria, bisogna allora ammettere che il concetto di persona, il soggetto di diritto, è una categoria necessaria e universale della considerazione giuridica, non basata sull'esperienza né limitata a essa; pertanto “il soggetto di diritto è un essere che un certo diritto storicamente dato considera come un fine in sé, e, al contrario, oggetto di diritto è quello che in situazioni uguali viene trattato come semplice mezzo in vista di un determinato fine” (1).

Dunque un fine in sé esclude qualunque ordinazione gerarchica. Perciò il concetto di persona è un concetto egualitario. Come abbiamo già sostenuto, allorché l'individualismo considera l'individuo come fine in sé dell'ordinamento giuridico, non vi ravvisa l'individualità concreta, in quanto l'individuo dell'individualismo in realtà manca di individualità, non è altro che la libertà umana individualizzata, e con questa concrezione della libertà priva di individualità si pone allo stesso tempo l'eguaglianza di tutti gli individui. Abbiamo sostenuto anche che contro tale concezione

---

(1) R. STAMMLER, *Umbestimmtheit des Rechtssubjekts*, 1907, p. 28; *Theorie der Rechtswissenschaft*, 1911, pp. 194 ss.

giuridica individualistica e la sua idea di un individuo privato della sua particolarità, e così spogliato del suo carattere sociale, fu eretta una visione giuridico-sociale che vi sostituì un concetto di uomo concreto e socialmente situato, come possono essere i lavoratori e il loro datore di lavoro, operai e impiegati, con tutta la loro differenza di forza socio-economica.

Ma questo sviluppo non riguarda il concetto di persona come concetto egualitario, nel quale si eguagliano il forte e il debole, il ricco e il povero, la fragile persona individuale e la potente persona collettiva. Senza questa eguaglianza non si può immaginare il diritto privato, che è il terreno della giustizia commutativa delle prestazioni equivalenti. Ora le prestazioni sono commensurabili solo quando i soggetti che se le scambiano sono supposti eguali (2). In questo modo tanto la concezione sociale quanto quella individualistica del diritto hanno come punto di partenza il concetto egualitario di persona. La concezione sociale non lo dissolve affatto nella sua diversificazione dei soggetti tra padroni, operai e impiegati. Proprietari, dipendenti, operai e impiegati rappresentano le diverse situazioni in cui si incontra la persona, pensata sempre come eguale. Se alla base di tutti questi tipi sociali non ci fosse il concetto egualitario di persona, mancherebbe il comune denominatore senza cui non è immaginabile alcuna equiparazione o comparazione, alcuna valutazione di giustizia, alcun diritto privato e forse alcun diritto in assoluto.

Queste riflessioni mostrano già “l’artificialità del soggetto di diritto di fronte al soggetto pieno e reale” (3). L’eguaglianza giuridica, l’eguale capacità giuridica che costituisce l’essenza della persona, non è implicita negli uomini e nelle associazioni umane, ma è un’attribuzione posteriore dell’ordinamento giuridico. Nessuno è persona per natura o per nascita, come ci dimostra l’istituzione giuridica della schiavitù. Essere persona è il risultato di un atto di personificazione dell’ordinamento giuridico. Tutte le persone fisiche e giuridiche sono creazioni dell’ordinamento. Anche le persone

---

(2) “Per poter considerare le cose come mercanzia è necessario che i proprietari si relazionino come persone”, dice Marx. Cfr. qui E. PASCHUKANIS, *Allgemeine Rechtslehre und Marxismus*, 1929, pp. 87 ss.

(3) Cfr. S. MARCK, *Substanz- und Funktionsbegriff in der Rechtsphilosophie*, 1925, p. 117.

fisiche sono in senso stretto “persone giuridiche”. Non si discute sul carattere “fittizio”, artificiale di tutte le persone tanto fisiche quanto giuridiche. Il problema della persona giuridica — *persona ficta* o collettiva reale? — riguarda piuttosto il suo substrato metagiuridico. Dietro la persona fisica c'è l'uomo. C'è dietro la persona giuridica un'entità pregiuridica che il diritto incontra e a cui riconosce la personalità giuridica? Qui è il punto da cui parte la discussione sull'essenza della persona giuridica.

Di quale tipo di entità si tratti è chiarito dal concetto filosofico-giuridico di persona su cui ci siamo soffermati all'inizio della nostra riflessione: essere persona significa essere un fine in sé. L'uomo non è persona in quanto essere vivente composto di corpo e anima, ma in quanto, dal punto di vista dell'ordinamento, si manifesta come un fine in sé. Così per dimostrare la pretesa di personalità giuridica delle persone collettive non è necessario che siano entità biologiche, organismi al pari degli uomini, ma occorre provare invece che al pari delle persone individuali esprimono finalità proprie. Le teorie organiciste invece cercano un substrato biologico anziché teleologico per la persona giuridica, ipostatizzano le finalità unitarie in forme naturalistiche oppure occultano affermazioni teleologiche sotto un linguaggio naturalistico. È vero che la determinazione concettuale filosofico-giuridica del soggetto prima ricordata lo definisce come un essere che è fine a sé stesso. Ma la relazione tra essere e fine è esattamente inversa rispetto a quella prospettata dalle teorie organicistiche. Mentre le teorie organicistiche cercano di accertare prima l'essere del suo substrato per determinare poi il suo fine, la teoria teleologica deduce dall'autonomia del fine l'unità dell'essere. Nella maggior parte dei casi dietro la persona giuridica non si trova altro che la pluralità di individui che vi partecipano, i componenti e gli organi. In qualche caso può esserci un'unità sociologica, una “comunità”, ma ciò risulta del tutto indifferente in ordine al problema dell'unità “reale” che esiste dietro la forma giuridica. L'unità non è unità in sé, lo è soltanto da un determinato punto di vista. L'unità del substrato della persona giuridica dev'essere un'unità dal punto di vista di un fine unitario. Dal punto di vista del fine unitario sovraindividuale gli individui che si sono uniti per la sua realizzazione si adattano al fine comune. Il substrato reale della persona

giuridica saranno le persone individuali che tramite un fine sovraindividuale si aggregano nell'”unità teleologica” di cui sono al servizio <sup>(4)</sup>.

Ma il problema di fondo, cioè se gli individui possano avere e perseguire anche scopi individuali e gli uomini possano perseguire scopi sovraindividuali, oggettivi, se possano esistere fini particolari della persona giuridica che non si dissolvono negli scopi individuali dei suoi membri, questo tema non ha avuto risposta nelle considerazioni finora svolte. La risposta dipende dalla posizione filosofico-giuridica che si assume, dall'opzione tra idea individualistica, sovraindividualistica e transpersonalistica del diritto; in tal senso il collegamento tra le distinte teorie e il nesso dei tre diversi tipi di persona giuridica esistenti nel diritto positivo a queste tre concezioni è in fondo una bella conferma della nostra teoria.

Espressione della teoria individualistica del diritto è la concezione della *persona giuridica come finzione* [*Fiktionstheorie der juristischen Person*], per cui esistono solo fini individuali. “Tutto il diritto esiste solamente in funzione della libertà morale di ciascun uomo; il concetto originario di persona deve coincidere con quello di uomo”, dice Savigny in una delle rare occasioni in cui contraddice la sua fondamentale visione romantica e sovraindividualistica. Le persone giuridiche non hanno un substrato specifico. Solo l'uomo è soggetto capace di finalità. Quando si assegna personalità giuridica alle associazioni di uomini, in realtà esse vengono trattate alla stregua di soggetti capaci di finalità, come uomini in grande. La personalità giuridica avrà solo il senso di facilitare una contabilità giuridica separata rispetto a determinati fini individuali; uno strumento tecnico-legislativo a cui non corrisponde alcuno specifico substrato pregiuridico.

Di fronte alla teoria individualistica si pone quella della *persona collettiva reale* [*realen Verbandsperson*] di Gierke, di carattere sovraindividualistico. Spogliata della sua veste organico-naturalistica, essa si riduce ad affermare l'esistenza di alcuni fini collettivi sovraindividuali che non si possono spiegare come la semplice somma dei fini individuali dei suoi membri.

---

(4) Sull'unità teleologica come principio della persona giuridica, cfr. G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, 3 ed., 1921, p. 171.

Infine la teoria di Brinz della personalità giuridica come *patrimonio di scopo* [*Zweckvermögen*] assume la forma di una teoria transpersonalistica. Alla personalità giuridica si attribuiscono determinati fini, che non sono però fini personali, né degli individui né della persona collettiva, ma transpersonali, obiettivi, in una parola fini culturali. Persona vuol dire destinazione di determinati beni e persone a compiti obiettivi e culturali <sup>(5)</sup>.

Ciascuna di queste teorie parte da un certo prototipo della persona giuridica e cerca di adattare a quello gli altri tipi di persone giuridiche: la teoria della finzione parte dall'uomo individuale, quella della persona associativa reale dall'idea di società di diritto privato e di corporazione di diritto pubblico, quella del patrimonio di scopo dalla fondazione di diritto privato e dall'istituzione di diritto pubblico. Così come la teoria della finzione si trova obbligata a spiegare individualisticamente la persona giuridica, le altre due al contrario si vedono costrette a sostenere una concezione sovraindividualistica e transpersonalistica della persona fisica. Per una simile visione anche il diritto soggettivo si trasforma in ufficio e in servizio, la qualità personale dell'individuo sta a significare qualità dell'organo, "ogni singolo uomo è soggetto solo in quanto è considerato organo della comunità" <sup>(6)</sup>. Nella realtà del diritto positivo, tuttavia, le persone si presentano immediatamente come fenomeni interpretabili in vario modo: le persone singole in termini soltanto individualistici, le associazioni e le corporazioni in termini soltanto superindividualistici, le fondazioni e le istituzioni in termini soltanto transpersonalistici.

---

<sup>(5)</sup> Sembra di tipo transpersonalistico anche la concezione di Hauriou del gruppo-istituzione. Cfr. G. GURVITCH, in « *Archiv de Philosophie du Droit* », 1931, pp. 151 ss.

<sup>(6)</sup> Cfr. J. BINDER, *Philosophie des Rechts*, 1925, p. 448.



*“L'uomo che la possiede ha il diritto di distruggere la Giunone Ludovisi!”*

F. Hebbel

## 18. *La proprietà*

**Carattere *a priori* del concetto di proprietà. Teorie dell'occupazione e della specificazione. Teorie individualistiche della proprietà (Goethe — Fichte). Teoria sociale (Enciclica “Quadragesimo Anno” — Costituzione di Weimar).**

La regolazione delle relazioni tra gli uomini in un mondo nel quale i beni sono limitati dev'essere una regolazione del rapporto tra uomini e cose, una distribuzione delle cose che sono alla portata dell'uomo. Ciò indica già il diritto reale come un concetto indefettibile in ogni ordinamento giuridico. Inoltre, tra i diritti reali, il diritto di proprietà ci appare un concetto non fondato sull'esperienza, ma come una categoria del pensiero giuridico anteriore a ogni esperienza <sup>(1)</sup>. È evidente che, per ripartire in modo compiuto i diversi modi di relazione con le cose in un numero di diritti reali di contenuto limitato, è necessario un diritto soggettivo che sottometta la cosa al titolare senza limitazioni, un diritto all'“ultima parola” sulla cosa: la proprietà. Posto che il proprietario è autorizzato a tutte le forme di rapporto con la cosa, accanto alla proprietà non possono sorgere altri diritti reali di contenuto limitato sulla cosa propria ma soltanto sopra una cosa altrui. Si tratta di diritti creati da un determinato ordinamento giuridico, ma non concetti necessari; la proprietà invece è indispensabile per qualsiasi trattazione giuridica. In qualsiasi ordinamento occorre potersi domandare con chiarezza chi è il proprietario di un bene. La risposta può venire unicamente dall'esperienza ed è pertanto sottoponibile a critica. La proprietà è una categoria giuridica *a priori*, ma non è aprioristica la sua forma privata o comune. Che sia l'una o l'altra a vigere lo dice l'esperienza;

---

(1) Cfr. R. STAMMLER, *Theorie der Rechtswissenschaft*, 1911, pp. 253 ss.

quale debba vigere lo dice la filosofia del diritto. La filosofia del diritto della proprietà privata ha la sua espressione nella teoria della proprietà (2).

Le teorie più antiche e tuttavia più diffuse della proprietà sono la teoria dell'*occupazione* e quella della *specificazione* [*Okkupations- und Spezifikations-theorie*]. L'occupazione della cosa senza padrone estende il dominio dell'uomo sulla natura. Trasforma un oggetto naturale in bene economico e culturale e crea così un pezzo di ricchezza nazionale. L'occupazione, senza modificare l'oggetto occupato, si manifesta parimenti come specificazione, ad esempio come "produzione originaria". Con riguardo alla teoria della specificazione in senso stretto o *teoria del lavoro* [*Arbeitstheorie*], la cosa non è completamente soggetta al dominio umano al momento dell'appropriazione ma solo dopo la sua trasformazione, dopo l'elaborazione della materia grezza. Solo il lavoro creatore è un titolo giuridico di proprietà.

Contro la teoria del lavoro, come una variante di quella dell'occupazione, si argomenta in due modi. Per un verso la teoria del lavoro svolge il suo compito di giustificare la proprietà solo per relazioni economiche ben determinate, solo dove la produzione dei beni è opera di individui mediante mezzi propri di lavoro, il lavoro manuale, quello contadino e in particolare quello intellettuale. Quando invece la produzione avviene nella fabbrica o nel latifondo con mezzi altrui e mediante divisione del lavoro e si svolge in forma collettiva, la teoria del lavoro conduce inevitabilmente a conseguenze socialiste, all'esproprio dei mezzi di produzione del proprietario che non partecipa all'attività lavorativa e alla proprietà comune dei lavoratori. Se, in conformità alla teoria del lavoro, il codice civile tedesco (§ 950) stabilisce che chi produce un nuovo bene mobile rielaborando o trasformando uno o più oggetti ne acquista la proprietà, l'applicazione di questo principio alla situazione economica attuale conduce di per sé al socialismo, a meno che non si intenda che il soggetto trasformatore e specificante sia colui nel cui nome si realizza la trasformazione e non chi la realizza con le proprie mani. Così, nell'Enciclica di Pio XI sull'ordine sociale (1931), al

---

(2) K. DIEHL-P. MOMBERT, *Ausgewählte Lesestücke zum Studium der politischen Ökonomie*, Bd 14: *das Eigentum*, 1924.

riconoscimento del lavoro come titolo di proprietà si aggiunge: “naturalmente” solo quel lavoro che un uomo svolge a nome proprio ha forza creatrice di proprietà.

Contro la teoria del lavoro e dell'occupazione accanto alle osservazioni appena fatte sulla doppia variante si oppone anche un'obiezione metodologica: ambedue giustificano l'acquisizione della proprietà sul presupposto dell'esistenza dell'istituzione della proprietà privata ma senza giustificare l'istituzione stessa. Rispondono alla domanda: chi deve essere proprietario? Ma non alla domanda: dev'esserci la proprietà privata? La risposta può venire dalla visione fondamentale dei fini ultimi dell'ordinamento giuridico. Così con riguardo al diritto in generale si può vedere la proprietà al servizio dell'individuo, del proprietario oppure al servizio della società e distinguere così la teoria individualistica della società dalla teoria sociale <sup>(3)</sup>. La prima corrisponde alla visione del liberalismo e della democrazia, laddove nella seconda si incontrano il conservatorismo e il socialismo. Non senza distinguere tra queste due ultime posizioni, giacché nella visione socialista della società in ultima analisi la proprietà sociale è ancora al servizio della “società” costituita dagli individui, mentre nella visione conservatrice trova il suo fine ultimo nel tutto, nella totalità sociale. Alla visione individualistica corrisponde il concetto romano, a quella socialconservatrice il concetto germanico della proprietà.

La *teoria individualistica*, o potremmo dire anche la *teoria personalistica* della proprietà [*Persönlichkeitstheorie des Eigentums*], ha assunto con Goethe la sua forma più nobile. Egli sapeva viverla e ciò che viveva assumeva una forma cosciente e un'espressione chiara. Anziché fare molte citazioni ricorderemo qui solo due luoghi.

Epimeteo: “Quanto appartiene a te?”

Prometeo: “Il cerchio delle cose che riempiono la mia attività, niente al di sopra niente al di sotto”.

Faust: “Ciò che hai ricevuto in eredità da tuo padre, acquistalo per possederlo. Ciò che non si utilizza è un onere pesante, solo ciò che l'attimo crea può essere utile”.

Alla concezione statica della proprietà fondata una volta per sempre dal momento dell'acquisizione si oppone qui una concezione

---

<sup>(3)</sup> R. JHERING, *Der Zweck im Recht*, vol. 1, 1904, 4 ed., pp. 404 ss.

dinamica. La proprietà esige, per impiegare un termine alla moda, un'integrazione permanente. Deve essere riempita di continua attività e fatta oggetto di uso permanente in una continua e rinnovata acquisizione; deve essere opera di una incessante e rinnovata occupazione e specificazione. Indubbiamente con questa visione Goethe pensava alle sue collezioni, la sua proprietà più cara. Esse rappresentano una delle sue grandi opere, non certo tra quelle meno rilevanti: viveva in quelle imprimendovi la propria personalità, la proprietà acquistava coscienza come proiezione di una personalità, sua espressione ed espansione. Una proprietà siffatta, subordinata alla personalità e governata da essa, si trasforma in un tutto organico, nel quale ciascun oggetto mediante l'inserimento in una serie di oggetti somiglianti acquista un valore proprio e anche un valore economico. Nasce allora una nuova unità che vale più della somma delle sue parti, per la sua stessa esistenza la proprietà diventa produttiva. Lo spirito del collezionista ci offre sovente un aspetto chimicamente puro della proprietà: il collezionista di rarità gode non tanto della cosa in sé quanto del suo essere unico possessore con esclusione di tutti gli altri. Ma in Goethe si incontrano il piacere della cosa e quello del possesso in un equilibrio armonioso. "Mi è necessaria la proprietà per raggiungere il preciso concetto dell'oggetto", dice al cancelliere von Müller. La proprietà mi consente un giudizio tranquillo e imparziale, libero dalle illusioni che il desiderio dell'oggetto alimenta. Perciò amo la proprietà, non per la cosa posseduta ma per la mia educazione e perché mi tranquillizza e mi fa più felice". La proprietà della cosa solo per il suo pieno godimento! Però chi gode della cosa raggiunge il pieno godimento solo dopo aver reso partecipi anche gli altri. Il collezionista Goethe è colui che in *Wilhelm Meisters Wanderjahre*, con la sua formula della teoria individualistica della proprietà, ha aperto la strada alla teoria sociale: "proprietà e bene comune" che vuol dire proprietà come bene comune.

Per la teoria della personalità la proprietà non è il dominio dell'uomo sulla cosa, ma una relazione tra uomo e cosa. L'uomo ha dignità finché anche la cosa ha la sua dignità, ma non solo. L'uomo fa uso della cosa, ma questa a sua volta esige qualcosa dall'uomo, di essere goduta e utilizzata, mantenuta e curata secondo il suo valore, in altre parole richiede amore. Cosicché la relazione tra uomo e cosa somiglia a quella tra uomo e uomo, non solo quando il bene è

rappresentato da animali domestici, per i quali chi non è giurista esita a parlare di “cose”, ma anche nel caso di cose inanimate. L'uomo religioso definisce questa relazione di dovere reciproco tra l'uomo e la cosa, quest'esigenza che il bene non sia solo posseduto ma anche trattato secondo le sue leggi con l'espressione “dono di Dio”. “Come dono di Dio” partecipa “il nostro pane quotidiano” alla santità del pane che nella Messa si trasforma in corpo di Cristo<sup>(4)</sup>. Perciò la madre proibisce al bambino di giocare con il pane e si conserva memoria della leggenda del castigo che toccò a coloro che si ribellarono a questo precetto<sup>(5)</sup>, e anche Mussolini si lega a questa devozione istituendo una giornata di festa in onore del pane per la crescita dell'economia agraria del suo Paese.

Queste riflessioni servono a mostrare l'ambito ristretto di applicazione della teoria della personalità. Solo per un piccolo ambito di cose si può immaginare quel tipo di stato mentale che essa presuppone: case, vestiti, libri, collezioni, strumenti e oggetti d'arte. Corrisponde a un mondo economico fatto di artigiani e lavoratori, ma non si adatta al mondo della fabbrica, della banca e del latifondo<sup>(6)</sup>. In questo mondo le cose che l'uomo potrebbe apprezzare e amare di per sé si sono trasformate in valori e beni che si hanno non per possederli con continuità, ma per disfarsene al più presto, per “realizzarli” trasformandoli in denaro. Mentre della proprietà si sottolinea la peculiarità, la solidarietà qualitativa tra il bene e il proprietario, qui l'insieme degli oggetti è concepito solo come patrimonio, per il suo valore in denaro, come potere quantitativo sul mercato dei beni. Nel patrimonio la proprietà si snatura: patrimonio equivale a valore numerico, equivale al denaro stesso. Però già il denaro non è propriamente una cosa, quanto una pretesa verso le cose, non diversamente da una pretesa giuridica obbligatoria; e così, nella situazione economica attuale, beni, diritto e pretese sono uniti in una nuova unità concettuale che non coincide con la vecchia unità concettuale della proprietà, ma l'attraversa. Questa disparità tra il

---

(4) La concezione della proprietà intesa come mettersi “al servizio del valore della cosa” è stata magnificamente esposta da F. BRUNSTÄD, *Das Eigentum und seine Ordnung*, in *Festschrift für Binder*, 1930.

(5) Cfr. E. DEECKE, *Lübische Geschichten und Sagen*, 1911, 5 ed., p. 216.

(6) Alla giustizia relativa della teoria della proprietà valida solo per un ambito limitato di beni economici allude anche F. TÖNNIES nell'articolo *Eigentum* per l'*Handwörterbuch der Soziologie*.

concetto di ordinamento giuridico della proprietà e quello di ordine economico, così come la variazione che la proprietà ha subito in economia sono state descritte in modo rapido quanto penetrante (7). Dal nostro punto di vista qui a noi interessa solo che la proprietà, ad eccezione di una ristretta cerchia di cose, ha perso il carattere di relazione mentale per convertirsi semplicemente in una relazione di scopo (8).

Contro la teoria personalistica si può sollevare una seconda obiezione. Beccaria una volta definì la proprietà “il terribile diritto”. Essa non presenta soltanto il lato positivo del godimento di un bene, ma anche quello negativo che esclude gli altri e nella sua forma sociologica, come capitale, esclude gli altri non solo dalla proprietà di un bene determinato, ma dalla proprietà in assoluto. Il capitale ha come suo correlato il proletariato, questa forma di proprietà implica uomini senza proprietà. Lo sviluppo della personalità mediante la proprietà si realizza per pochi al prezzo di innumerevoli altri impossibilitati a fare lo stesso. La teoria personalistica esige una trasformazione se non vuol rimanere con il liberalismo una possibilità offerta solo ai più forti, ma con la democrazia dare *chance* a tutti. Deve aggiungere al diritto di proprietà un diritto alla proprietà, un diritto al lavoro. Ciò ha fatto Fichte, e non come una negazione socialista del diritto di proprietà privata, ma come affermazione democratica del diritto stesso. La proprietà privata esclude alcuni dal godimento di beni che riconosce ad altri. Dal punto di vista dell'eguaglianza democratica si giustifica solo in quanto il godimento è universale e l'esclusione è reciproca. Questa idea si è affermata sul presupposto di un contratto di mutua garanzia fittizio tra i proprietari. Così come gli individui si garantiscono reciprocamente la libertà nel contratto sociale, allo stesso modo si garantiscono la proprietà in quest'altro patto. Ma questo patto può considerarsi concluso e valido solo tra proprietari: chi non è proprietario non ha alcun interesse a prender parte a un contratto mediante il quale si obbligherebbe unicamente a rispettare la proprietà altrui, senza ottenere la possibilità di vedere rispettata la propria. Non può essere consi-

---

(7) K. RENNER, *Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion*, 1929.

(8) TÖNNIES distingue tra proprietà come oggetto della volontà di essere e proprietà come oggetto della volontà di dominio. Cfr. *Das Eigentum. (Schriften der soziologische Gesellschaft in Wien)*, 1926, pp. 19 ss.

derato come un contraente del patto. Un qualsiasi contratto di proprietà non può vincolare chi non è proprietario. Ciascuno gode della sua proprietà a condizione che tutti possano vivere dei loro beni. Nel momento in cui c'è chi soffre miseria, nessuno è più padrone della parte dei suoi beni che è necessaria per liberare i bisognosi dalla necessità. Se vi è anche uno solo escluso dalla proprietà, allora essa smettere di esistere nella società.

Dietro la finzione filosofico-giuridica del contratto dei proprietari si nasconde una realtà sociologica: l'ordine economico basato sulla proprietà privata era stato pensato e funzionava bene in uno stato sociale in cui pochi proprietari si fronteggiavano in condizioni di sostanziale parità. Avevano tutti il medesimo interesse a conservare questo stato. Laddove ognuno può dire all'altro: *do ut des*, può anche dire: *habeas quod habeo*. La reciprocità del mercato dei beni ha creato la reciprocità del riconoscimento della proprietà. Fin quando ogni unità economica è bastata a sé stessa come ambito chiuso di economia domestica, la proprietà rappresentava più un rapporto con il bene che con gli altri individui, ma dopo che i beni si sono trasformati in mercanzie, è sorta la relazione del bene proprio con gli altri e del bene altrui con ciascuno di noi, è apparsa la pretesa al reciproco rispetto della proprietà, è apparso il diritto di proprietà come una relazione interpersonale pienamente consapevole, per perdere poi in seguito nuovamente questa giustificazione basata sulla reciprocità, dopo che lo sviluppo autonomo dell'economia del libero mercato ha condotto alla separazione tra possidenti e non possidenti e alla comparsa conseguente di una classe che non aveva alcun interesse al riconoscimento del diritto di proprietà<sup>(9)</sup>. Tuttavia le teorie individualistiche della proprietà non furono mai meramente individualistiche. Si fondavano sul presupposto di un'armonia prestabilita tra il godimento individuale e il benessere generale. Le *teorie sociali* della proprietà si distinguono dalle prime per la consapevolezza che una tale armonia è illusoria e che la funzione sociale della proprietà non è unita indissolubilmente a quella individuale, bensì occorre imporla e proteggerla in un modo particolare.<sup>(10)</sup> La teoria sociale della proprietà ha trovato di recente

(9) E. PASCHUKANIS, *Allgemeine Rechtslehre und Marxismus*, 1929, pp. 102 ss.

(10) La teoria sociale della libertà è stata caratterizzata in senso formalista e controintuitivo come *teoria legale*. Tale caratterizzazione vuole intendere che non è il

un'espressione di grande autorevolezza nella citata Enciclica *Quadragesimo Anno*. Qui si distingue tra diritto di proprietà e uso della proprietà. Nel diritto c'è l'aspetto individuale relazionato al bene dell'individuo, ma nell'uso di questa proprietà appare l'aspetto che si rivolge al bene comune. La funzione individuale appartiene al diritto naturale, mentre la funzione sociale, a cui si sottomette l'uso della proprietà, appartiene all'etica; di conseguenza, se il legislatore non ha fissato questo dovere etico del proprietario nelle leggi positive, esso non può formare oggetto di una pretesa giuridica. Ma il legislatore può e deve regolare l'uso della proprietà in accordo con le esigenze del bene comune e gli è persino permesso (come è detto in un passo poco noto dell'Enciclica) "riservare al potere pubblico determinate classi di beni in quanto la forza enorme che vi è connessa non può essere lasciata nelle mani dei privati senza un grave danno della collettività". Così il diritto naturale giusnaturalistico della proprietà, l'etica sociale del suo uso e la regolamentazione positiva, tanto del suo uso verso fini sociali, quanto della sua espropriazione per ragioni sociali, si incontrano in un compromesso abbastanza interessante nelle prescrizioni sulla proprietà contenute nella Costituzione di Weimar. Anche nell'art. 153 Cost. imper. si garantisce innanzitutto la proprietà individuale ma unitamente al dovere etico del suo uso sociale. "La proprietà produce obblighi. Il suo uso deve servire nel contempo al bene comune". "Questo precetto vincola il cittadino solo moralmente, vincola il giudice come criterio interpretativo e il legislatore come precetto direttivo" (Giese). La legge orientata a obiettivi sociali rappresenta il terzo potere che determina la proprietà: "il suo contenuto e i suoi limiti derivano dalla legge". La legislazione è autorizzata a elevare "l'ipoteca sociale della proprietà" dal piano della vigenza morale a quello giuridico. In tal modo la funzione sociale del diritto, posta ancora nel dominio etico, avvia la sua trasformazione in dovere giuridico. I doveri sociali connessi alla proprietà certamente non sono sottoposti alla sanzione di una norma vigente, piuttosto a quella di una norma solo eventuale. Dal punto di vista giuridico la proprietà privata si presenta

---

diritto naturale ad imporre alla legge una determinata regolamentazione della proprietà, ma la legge a decidere autonomamente. Ora, nella misura in cui quel diritto naturale, contro cui si dirige, ha un'impronta individualistica, la teoria legale può essere intesa nel senso di una teoria sociale del potere.

dunque come uno spazio libero di iniziativa individuale che la comunità affida all'individuo con l'aspettativa di un uso sociale, revocabile in qualsiasi momento, quando l'aspettativa è delusa, insomma un diritto condizionato e limitato, non più giustificato in sé e illimitato, né "sacro e inviolabile".

Fino a che punto la funzione sociale della proprietà si può conciliare con la sua funzione individuale e fino a che punto gli inevitabili abusi individuali possono essere puniti facendo uso della sanzione della funzione sociale della proprietà e trasferendo al pubblico la proprietà privata su determinati beni, come miniere, terra e mezzi di produzione, sono tutte questioni di scienza fattuale, di scienza economica e non di scienza dei valori, non di scienza filosofico-giuridica; sono questioni che non riguardano i fini ma i mezzi per il loro raggiungimento, a cui va data una risposta univoca ma che non rientra nel nostro compito.



*“Non basta che una parola da me pronunciata debba disporre in eterno di tutti i miei giorni? Non fugge via il mondo con tutte le sue correnti? E una promessa dovrebbe fermarmi?”*

J.W. Goethe

## 19. *Il contratto*

### **Statica e dinamica della vita del diritto. Contratto sociale e contratto di diritto privato. Teoria della volontà e teoria della dichiarazione.**

Il diritto reale e il diritto di credito si presentano nel mondo giuridico come materia e forza; il diritto reale è l'elemento stabile, quello di credito l'elemento mobile. Il diritto di credito porta in sé il germe della propria morte: sparisce nel momento in cui realizza il suo fine. Il diritto reale, soprattutto la proprietà, stabilisce invece uno stato permanente. Continua ad esistere anche una volta realizzato. Perciò la vita del diritto è statica fin quando si basa sul diritto reale, ma diventa dinamica quando pone il suo fondamento sul diritto di credito. Era statica al tempo in cui la regolamentazione del lavoro si fondava sulla proprietà, quando il lavoratore era anche proprietario dei mezzi di lavoro e dei suoi prodotti o quando il padrone era proprietario dei suoi lavoratori, che erano suoi servi. La vita giuridica capitalistica di oggi è dinamica. La proprietà si trasforma in capitale quando dà potere non solo sui beni ma anche sulle persone. Nell'ordinamento economico capitalistico la libertà di proprietà si realizza preferibilmente come libertà contrattuale, la proprietà diventa il centro economico propulsore delle relazioni contrattuali che sono “istituzioni connesse alla libertà (1)”, sia nel contratto di lavoro dove la proprietà attira a sé il lavoro, sia nel contratto di prestito dove il lavoro attira a sé la proprietà. I valori economici sono costantemente in movimento da un'obbligazione all'altra; il suo stato di quiete, la sua permanenza nel diritto reale si

---

(1) K. RENNER, cit., pp. 43 ss.

accorcia sempre di più, finché nella sua condizione economica finale, l'investimento di capitale, prende la forma giuridica delle relazioni di obbligazione e responsabilità. L'inquietudine dinamica di una vita giuridica siffatta, in cui i beni sono in costante movimento, contrasta con la condizione statica e stazionaria in cui in ogni norma i beni giuridici sono vincolati a un determinato punto dell'universo del diritto.

La leva di tutto questo mondo in movimento è il libero contratto. Se si vuole comprendere bene la sua essenza, bisogna capire il ruolo assegnato a esso dal sistema del diritto naturale.

Per il diritto naturale il contratto era il fondamento di tutto il diritto, la soluzione del problema di fondo della filosofia giuridica individualistica: come è possibile che il diritto, che esiste solo per servire gli individui, possa tuttavia obbligare gli individui stessi? Fondare il potere coercitivo dello Stato su un patto dei suoi membri significava alla fine considerare ogni obbligazione come un'autobligazione. Con il contratto sociale sembrava realizzata felicemente la riduzione di ogni eteronomia ad autonomia e così la dissoluzione di tutto il diritto pubblico in diritto privato.

Per la verità in questo modo non fu superata l'eteronomia né si fondò l'autonomia, né tanto meno l'autonomia nel senso che qui intendiamo. Infatti, se di solito l'autonomia significava che solo il dovere che si autoriconosce ha carattere vincolante, qui l'autonomia viene intesa nel senso affatto diverso dell'autobligazione. La volontà contrattuale è la volontà di obbligarsi ma non è di per sé un'obbligazione. La volontà non può mai produrre un obbligo, né la volontà altrui né la propria, al massimo può creare la situazione di fatto a cui una norma sovrastante lega l'obbligatorietà<sup>(2)</sup>. Di conseguenza non è il contratto a obbligare, ma è la legge che obbliga nel contratto. Il vincolo contrattuale non è adeguato a fungere da fondamento alla soggezione alla legge, in quanto esso suppone che il vincolo giuridico esista già.

Però il contratto sociale rimane eteronomo in un senso ancora più ampio: la volontà che obbliga e quella obbligata non sono identiche fra loro. Al contratto sociale sono sottomessi gli individui reali e concreti, i suoi contraenti invece sono individui fittizi e

---

(2) Cfr. A. REINACH, *Die apriorischen Grundlagen des Bürgerlichen Rechts*, 1913, pp. 42 ss.; F. BASSENGE, *Das Versprechen*, 1930, pp. 10 ss.

immaginati come esseri razionali, che perseguono soltanto i loro veri interessi. Il contratto sociale non pretende di essere un fatto bensì solo un modello: non si deve ritenere che lo Stato sia sorto da un contratto reale tra uomini veri, ma solo che il valore dello Stato deve misurarsi sul tentativo riuscito o non riuscito di pensarlo come sorto da un patto tra uomini immaginati come puri esseri razionali.

Nel contratto sociale si presenta a noi una soggezione eteronoma da parte di individui empirici con una volontà fittizia di esseri razionali altrettanto fittizi. Il confronto tra il contratto sociale così inteso e il contratto di diritto privato è sommamente istruttivo. La volontà contrattuale nel diritto privato non è meno fittizia della volontà dei contraenti del contratto sociale e forse per un particolare aspetto anche più fittizia. Mentre lo Stato deve continuamente misurarsi in tutti i momenti della sua vita con il modello del contratto sociale e non può mai pensarsi come concluso in un determinato momento, ma sempre suscettibile di concludersi in qualsiasi momento, il contratto privato invece appartiene a un preciso momento nel tempo. A partire da quel momento esso obbliga permanentemente e ciò vuol dire che qui, in grado maggiore rispetto al contratto sociale, la volontà obbligante e la volontà obbligata non coincidono; la volontà obbligante è quella di ieri, la volontà obbligata è quella di oggi e di domani. La volontà obbligata è incostante, empirica; la volontà obbligante è quella coerente, quella che vuole oggi ciò che voleva ieri, e quindi una volontà fittizia. La volontà non si obbliga verso sé stessa ma è la volontà empirica e mutevole che resta obbligata alla volontà fittizia considerata come costante. L'obbligazione contrattuale pertanto non è autonomia, ma eteronomia.

Se si vuole intendere la volontà contrattuale del diritto privato come meno fittizia di quella del patto sociale — perché in quel caso almeno una volta si suppone un fatto reale, la dichiarazione reale di volontà da parte di uomini reali, mentre nella finzione del patto sociale non è necessario alcun fatto reale da cui partire — si accentua esageratamente la differenza tra i due patti. Per un verso anche il contratto sociale si basa su un fatto: solo chi appartiene a uno Stato può considerarsi come un contraente del patto sociale; solo per lui può considerarsi intenzionale tutto ciò che è compreso nel contratto sociale fittizio. Per altro verso anche alla manifestazione reale di volontà del contraente del contratto di diritto privato si lega un'in-

interpretazione che considera intenzionale tutto ciò che in modo conseguente è collegato a ciò che è stato voluto e deve essere voluto a sua volta. Così da un lato si considera permanente la volontà dei contraenti del contratto privato che è stata dichiarata una volta in passato e dall'altro si imputano a questi contraenti, come volute da loro, tutte le conclusioni che derivano da quella dichiarazione di volontà. In buona parte la volontà del contraente è la volontà del legislatore imputata a lui. La volontà non obbliga di per sé, ma è la legge ad assoggettarla al proprio volere.

Queste considerazioni aprono la strada alla concezione per cui la teoria della volontà nel contratto di diritto privato, la dottrina della limitazione dell'obbligatorietà del contratto nell'ambito di ciò che è empiricamente intenzionale, non è in ogni caso necessaria dal punto di vista concettuale, logico-giuridico o giusnaturalistico. La volontà non obbliga, piuttosto, finché l'obbligatorietà del contratto è soggetta alla legge, la volontà è obbligata per mezzo della legge. La teoria legale vale sia per la proprietà che per il contratto. Ma sul terreno della teoria legale sorge di nuovo la lotta, a livello di principi filosofico-giuridici più che di concetti logico-giuridici, tra la *teoria della volontà* [*Willenstheorie*] e la *teoria della dichiarazione* [*Erklärungstheorie*]. In quale misura la legge deve considerare vincolante la volontà e in quale misura la dichiarazione per l'obbligatorietà del contratto? In questa lotta si trovano di fronte gli interessi dell'autonomia privata e della sicurezza dei commerci, della libertà individuale e della pace sociale, in breve la concezione giuridica individualistica e quella sociale<sup>(3)</sup>. La concezione individualistica sostiene per un verso che i contratti obbligano solo fin dove giunge la volontà contrattuale (teoria della volontà); per altro verso sostiene che i contratti obbligano sempre in tutto ciò a cui si può estendere la volontà (libertà contrattuale). La concezione sociale oppone a questa teoria altre due osservazioni: il contratto non può obbligare solo per ciò che è compreso nella volontà contrattuale, ma obbliga fin dove si estende la fiducia della controparte nella dichiarazione contrattuale (teoria della dichiarazione); in secondo luogo, i contratti non sono obbliganti in assoluto per tutto ciò a cui si estende la volontà, ma talvolta possono non essere vincolanti per varie ragioni (limitazioni della libertà contrattuale).

---

(3) Cfr. A. GYSIN, *Das Rechtsgeschäft in der modernen Privatrechtsjurisprudenz*, in « Zeitschrift des Bernischen Juristenverein », 1929, p. 38.

Le limitazioni legali della libertà contrattuale si mostrano necessarie, in quanto in un processo dialettico essa si è limitata da sé e spesso anche annullata. Dal principio le furono imposte limitazioni dallo spazio sociale in cui si muoveva, dal *milieu* contrattuale (4). Nel contratto di compravendita ad esempio il prezzo non è determinato solo dai contraenti ma da tutti quelli che concludono contratti sul mercato con beni della stessa specie. Inoltre la libertà contrattuale potrebbe essere una libertà uguale per tutti solo in una società fatta di piccoli proprietari tutti equiparati per forza sociale. Quando i contraenti si sono ritrovati di fronte come proprietari e non proprietari, la libertà contrattuale si è convertita in una libertà di imposizione da parte dei più forti dal punto di vista sociale e una libertà di sottomissione da parte dei più deboli. Quando poi alla fine la libera economia capitalistica si trasforma in economia vincolata, la libertà contrattuale degli individui viene sempre più limitata dalle associazioni. E se la libertà contrattuale aveva reso possibile la formazione delle associazioni di ogni sorta, adesso queste medesime associazioni creano a loro volta limiti sempre più stretti alla libertà di contrarre (5).

Quando la libertà contrattuale giuridica si converte in un asservimento contrattuale sociale, sorge di nuovo per la legge il compito di ripristinare la libertà contrattuale sociale limitando quella contrattuale giuridica. Le limitazioni legali della libertà contrattuale si realizzano in molteplici forme possibili e a volte già codificate: nella forma di norme che stabiliscono la nullità di determinate clausole, di poteri di rescissione di determinate autorità, di disposizioni obbligatorie, di contratti collettivi ineludibili e infine nella forma di obblighi contrattuali e contratti obbligatori. Nuovi ambiti giuridici come il diritto del lavoro e il diritto dell'economia appaiono in ultima istanza come un precipitato delle attuali limitazioni della libertà contrattuale. Come la proprietà anche la libertà contrattuale è concepita nei limiti della legge e l'interesse individuale nell'ambito

---

(4) Cfr. E. LEVY, *La vision socialiste du droit*, 1926, p. 99.

(5) Cfr. M. PAPPENHEIM, *Die Vertragsfreiheit und die moderne Entwicklung des Verkehrsrechts*, in *Festschrift für G.Cohn*, 1915, pp. 291 ss.

dell'interesse sociale, come spiega l'art. 152 Cost. imper.: “nelle attività economiche vige la libertà contrattuale nei limiti della legge” (6).

---

(6) Cfr. F. DARMSTAEDTER, *Sozialwirtschaftliche Theorie und sozialwirtschaftliche Praxis. Praxis des kapitalistischen Zeitalters*, in « Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie », Vol. 25, 1931/32, pp. 180 ss.

*“Qui è il fenomeno tragico fondamentale per cui la vita si crea una forma che le è indispensabile, ma per il fatto di essere forma, essa è ostile tanto alla mobilità quanto all’individualità della vita. La forma vecchia è tramontata, la nuova non è ancora sorta, così si crede di trovare nell’informe l’espressione appropriata per l’urgenza della vita”*

G. Simmel

## 20. *Il matrimonio*

**Il problema. La concezione sovraindividualistica del matrimonio (Enciclica “Casti Connubii” — Costituzione di Weimar). La concezione individualistica. La Russia sovietica.**

Non esiste altro ambito, al pari del diritto matrimoniale, dove si mostri con la più grande chiarezza “la determinatezza materiale dell’idea” (di cui al cap. 7), cioè la dipendenza delle idee giuridiche dai dati della realtà <sup>(1)</sup>. Nel caso del matrimonio di fronte al diritto, c’è una situazione di fatto dotata di una propria forte autonomia naturale e sociologica che il diritto non è capace di determinare in maniera assoluta, ma a cui deve prima di tutto adattarsi in un certo senso. Non a caso dunque un giurista romano aveva proposto come esempio del diritto naturale, per il quale è inevitabile per il legislatore ricorrere alla natura della cosa, la comunione di vita dei coniugi, la procreazione e l’educazione dei figli: *“hinc descendit maris et feminae coniunctio, quas nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio”*.

Il compito della filosofia del diritto può consistere solo nel capire in che modo il diritto deve e può adattarsi al fatto naturale e sociale del matrimonio, che si presenta come un dato della realtà; compito di una filosofia sociale del matrimonio è invece sottoporre a critica questa medesima condizione. Il compito filosofico-giuridico è attualmente molto difficile, in quanto il substrato naturale e sociale del matrimonio è in trasformazione. Al fondamento naturale del

---

<sup>(1)</sup> Cfr. E. HÜBER, *Über die Realien der Gesetzgebung*, in «Zeitschrift für Rechtsphilosophie», vol. I, 1914, pp. 39 ss.

matrimonio e della famiglia, della relazione tra i sessi e della discendenza si è sovrapposto uno strato sociologico, che è stato decisivo per la forma giuridica del matrimonio; di conseguenza esso non era chiaramente determinato in base al suo fondamento naturale, ma a volte la forma giuridica considerava la costante naturale relazione tra i sessi come matrimonio giuridicamente riconosciuto, altre volte come concubinato giuridicamente inammissibile, e considerava la relazione di discendenza naturale ora come legittima ora come illegittima. L'evoluzione a cui assistiamo oggi è il crollo di quello strato intermedio e quindi l'imposizione sempre più diretta del diritto matrimoniale sui fondamenti naturali del matrimonio come realtà di fatto. Come si è avuto quel crollo? Lo sviluppo precapitalistico conosceva le unità economiche della casa e del cortile come cellule originarie del corpo economico nella manifattura e nell'agricoltura. Marito e moglie, padri e figli, si dividevano e si univano nell'attività economica comune. Il capitalismo ha fatto esplodere la comunità produttiva basata sulla casa, sul cortile e sulla famiglia. Strutture sociali più forti, nuove entità economiche, imprese hanno sottratto gli individui alle famiglie e ne hanno fatto membri di queste altre unità economiche. L'uomo è andato in fabbrica, la donna a lavorare in case altrui, la figlia come venditrice nei grandi magazzini, il figlio forse come fattorino in ufficio. Così la famiglia ha cessato di costituire in sé un gruppo sociale autonomo dal punto di vista produttivo. Rimaneva, seppure depotenziata, come comunità di consumo, sempre più deprivata di alcune attività economiche: filare, tessere, produrre candele, lavare, cuocere e conservare, curare il pollaio e l'orto, tutte attività poi separate dall'economia domestica per essere convertite in imprese commerciali specifiche fino allo stesso compito dell'educazione dei figli, affidato agli asili nido, alle scuole materne e alle scuole di ogni grado. Perciò la famiglia ha perso sempre più il carattere di organismo, di individualità. Lo stesso appartamento ospita numerose famiglie, tutte dissolte in una comunità informe e perciò omogenea di corridoi e scale. La famiglia ha perduto la sua struttura, trasformata in mere relazioni tra i suoi membri, mentre intorno a essa sono in procinto di formarsi nuove comunità: comunità di affari, comunità professionali e politiche. Lo sforzo di dedurre le conseguenze culturali e giuridiche da una simile dissoluzione individualistica della famiglia fondata su un processo economico si manifesta nel movimento di protesta femminile e

giovanile. La problematica della condizione odierna del matrimonio e dell'educazione sta tutta in questa evoluzione dalla comunità che essa un tempo rappresentava alle semplici relazioni personali, psicologiche e fisiologiche di oggi, in cui marito e moglie, padri e figli, senza un compito oggettivo comune, si trovano faccia a faccia <sup>(2)</sup>.

Il contenuto naturale e sociale del matrimonio è così sfuggente per il diritto non solo perché è in trasformazione, ma anche per la sua estrema complessità, in quanto offre al diritto moltissimi profili e può essere regolato da esso sotto molteplici punti di vista. Il matrimonio si può considerare giuridicamente una comunità di vita sessuale, sentimentale o etica, come paternità, come centro di educazione e strumento della politica demografica, come comunità economica, come cellula culturale e sociale originaria della società, come istituzione terrena e statale oppure religiosa ed ecclesiastica, con la complicazione che da ciascuno di questi punti di vista deriva la formazione di un diritto matrimoniale completamente diverso <sup>(3)</sup>. Tuttavia, tutte queste concezioni giuridiche relative al matrimonio possono dividersi in due gruppi: *individualistiche* e *sovraindividualistiche*. La *concezione individualistica* rappresenta il matrimonio nella forma di un rapporto contrattuale che i coniugi stabiliscono fra loro; quella *sovraindividualistica* lo vede come uno *status* o condizione matrimoniale nel quale i contraenti sono entrati. Nella prima idea domina come punto di partenza la relazione tra i coniugi, nella seconda il rapporto con i figli.

La *concezione sovraindividualistica* è stata esposta con straordinaria ricchezza nella *dottrina cattolica* del matrimonio contenuta nella recente Enciclica *Casti connubii* (1930). L'enciclica in accordo con il codice di diritto canonico (canone 1013, § 1), dichiara: "Il fine primario del matrimonio è la procreazione e l'educazione dei figli, fini secondari sono il mutuo soccorso, l'amore coniugale e la regolazione del desiderio naturale, che non sono in alcun modo negati ai coniugi sempre nel rispetto della naturalità dell'atto e della sua subordinazione al fine primario del matrimonio". Rispettando questi fini del matrimonio si determina la giusta proporzione tra la volontà

---

(2) Per la descrizione della dissoluzione della "casa", cfr. K. RENNER, cit., pp. 34 ss., in particolare per l'immagine toccante della famiglia proletaria, pp. 133 ss.

(3) Nella medesima direzione si possono leggere le belle pagine di F. GUNDOLF, *Goethe*, 10 ed., 1922, p. 566.

dei coniugi e il ruolo della legge. La libertà dei coniugi consiste solo nel voler celebrare il matrimonio e nel volerlo celebrare con una determinata persona. L'essenza del matrimonio per il resto è completamente sottratta alla loro libertà, di modo che una volta celebrato il matrimonio non bisogna far altro che sottomettersi alle leggi divine che lo regolano e alle sue proprietà intrinseche. Da questa concezione del matrimonio come stato posto al di sopra della libertà contrattuale dei coniugi discende la negazione del suo carattere contrattuale, dell'equiparazione giuridica dei coniugi e anche della dissolubilità del vincolo per violazione contrattuale o mediante un contratto contrario. Il matrimonio cristiano è un'immagine sensibile dell'unione perfetta tra Cristo e la Chiesa, e come Cristo è a capo della Chiesa, così l'uomo è a capo della donna; e come Cristo è inseparabile dalla Chiesa, così lo sono i coniugi fra loro. Tanto nell'origine quanto nella sua regolazione il matrimonio appartiene interamente alla religione e alla Chiesa: per la sua origine in quanto sacramento e per il suo fine con riguardo alla funzione di "curare la conservazione e la diffusione del genere umano sulla terra, per conquistare adoratori del vero Dio e portare prole alla Chiesa di Cristo".

Se secondo i precetti religiosi ed ecclesiastici della Chiesa cattolica "la famiglia si colloca al di sopra dello Stato" [*höher steht als der Staat*], la concezione politica conservatrice la subordina completamente ai fini statali. Anche i precetti della Costituzione tedesca restano sotto l'influsso della concezione conservatrice<sup>(4)</sup>. Secondo l'art. 119 Cost. imper., come secondo l'art. 1013 cod. canon., il matrimonio serve il doppio fine della procreazione e dell'educazione della prole: se qui troviamo "il fondamento della vita familiare" accanto "alla conservazione e alla crescita della nazione", dobbiamo mettere in relazione quest'ultima finalità con la previsione dei compiti educativi della famiglia dell'art. 120 Cost. imper. Ma entrambi i fini si trovano fra loro in una relazione terrena e politica, mentre nel codice canonico sono concepiti dal punto di vista religioso ed ecclesiastico: così come l'obiettivo di politica demografica è stato contrassegnato con l'espressione "conservazione e crescita della nazione", parallelamente si è concepito in maniera

---

(4) Sui temi seguenti cfr. A. WIERUZOWSKJ, in H.C. NIPPERDEY, *Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung*, vol. 2, 1930, pp. 72 ss.

laica e politica il compito educativo nei suoi fini di “educazione sociale” e nei suoi organi a “tutela della comunità politica”. Similmente alla concezione del matrimonio contenuta nell’enciclica papale nella Costituzione di Weimar il carattere sovraindividualistico si esprime mediante la preoccupazione per la prole fino al punto di considerare come fine la ricchezza di figli, “la conservazione e la crescita della nazione”, vale a dire, se non un aumento, certamente nessun decremento della popolazione. Nella Costituzione non c’è spazio per l’idea che certi rapporti soprattutto economici possano provocare decrescita della popolazione, né tanto meno per l’idea che per motivi eugenetici si possa preferire la qualità alla quantità della prole. Una politica demografica puramente quantitativa è conciliabile solo con una visione sovraindividualistica dello Stato, che considera come fine non la perfetta felicità dei suoi membri, ma la potenza militare ed economica della nazione, la capacità di fare pressione sulle frontiere e di respingere le pressioni altrui. La Costituzione tedesca ha fatto sicuramente una concessione alla visione individualistica del matrimonio: la concezione sovraindividualistica di solito traduce la sovraordinazione dello stato matrimoniale all’interesse dei coniugi nella superiorità del marito rispetto alla moglie, ma la Costituzione invece, aderendo alla visione individualistica, proclama “l’equiparazione giuridica dei sessi”.

Se la concezione *sovraindividualistica* vede nel matrimonio anzitutto una “comunità riproduttiva” [*Fortpflanzungsgemeinschaft*], quella *individualistica* vede principalmente “la comunità d’amore” [*Liebesgemeinschaft*]. Con l’ascesa del liberalismo s’introduce l’ideale del matrimonio d’amore, che trova la sua forma giuridica nel contratto, il concetto più caro al pensiero giusnaturalistico<sup>(5)</sup>. Matrimonio d’amore e forma giuridica si trovano tuttavia in una contraddizione difficilmente superabile. L’erotismo, il fenomeno più sentimentale e capriccioso, e il diritto, la regolazione più razionale e coerente della vita comune degli uomini, difficilmente possono stare insieme come materia e forma. Il sentimento amoroso può essere estasi o pura gioia senza passione, può essere mistica oppure un gioco allegro e leggero, ma una sola cosa rifiuta completamente di essere, “un dovere coniugale”. Sembra perciò che il matrimonio d’amore debba essere privo di regole giuridiche, non un’unione

---

(5) F. ENGELS, *Der Ursprung der Familie*, 20 ed. 1921, pp. 70 s.

regolamentata, ma un legame di coscienza, o ancor più “un amore libero”. Sembra così collocarsi tra quei fenomeni che appartengono all’ambito dell’intimità inaccessibile da cui il diritto si è sempre tenuto distante: amicizia e socialità, arte e scienza, morale e religione.

Negando un diritto matrimoniale in nome del libero amore, non si è ancora detta l’ultima parola di una concezione individualistica del matrimonio. L’amore costringe il diritto in un dilemma: l’amore come esperienza spirituale effimera e mutevole, nella sua forma più elevata, acquista un contenuto cosciente durevole, di più, pretende per sé l’eternità. Per quanto conosciamo la caducità dell’amore, ogni nuovo amore crede di essere eterno. Per questa fede nell’eternità accade nell’amore qualcosa di simile a ciò che accade per la coscienza della libertà nella volontà <sup>(6)</sup>: pur sapendo che la volontà manca di libertà, tuttavia la viviamo continuamente come libera; allo stesso modo anche l’amore più caduco è vissuto in sé come se fosse eterno. Se l’amore nella sua caducità respinge la soggezione alle regole, per la sua aspirazione all’eternità tende invece a legare e ad esser legato. L’amore sta con il matrimonio in una relazione duplice e ambigua, in quanto nel contempo gli oppone resistenza, ma in esso trova anche piena realizzazione. In questo senso il diritto matrimoniale e i suoi legami possono trovare supporto nella consapevolezza e nella volontà amorosa. Il suo compito consisterà nel dare sostegno a questa consapevolezza e volontà di eternità e nel condurle dall’illusione alla realtà, così come l’*ethos* sul presupposto dell’esistenza della libertà la produce nella realtà con le parole: “tu puoi, quindi devi”. Questo compito del matrimonio non è infinito ma realizzabile, perché la relazione amorosa si lega inavvertitamente con una moltitudine di relazioni materiali, che in quanto durevoli colmano le lacune e le metamorfosi della relazione amorosa e si oppongono al suo decadimento: interessi comuni di ogni sorta e soprattutto i comuni interessi genitoriali sostituiscono al fondamento originario sentimentale, soggettivo e fragile del matrimonio un fondamento fermo, duraturo e in costante rafforzamento <sup>(7)</sup>.

---

<sup>(6)</sup> Sul problema della libertà si vedano le considerazioni sulla libertà del volere, qui non sconfessate, contenute nel mio *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 1914, pp. 64 ss.

<sup>(7)</sup> Cfr. M. WEBER, *Die Idee der Ehe und die Ehescheidung*, 1929.

Una siffatta concezione del matrimonio è tuttavia incapace di superare il suo carattere problematico. Le forme giuridiche sono di solito stabilite per i casi medi dei fenomeni sociali, ma questa forma giuridica che abbiamo qui descritto sembra guardare a un caso ideale. La crisi attuale del matrimonio in fondo consiste nel fatto che questa forma giuridica, modellata su un caso ideale, diventa una condanna per i coniugi se il caso ideale non si realizza concretamente, e non solo per i coniugi particolarmente infelici, ma anche per quelli che ricadono nella media; in quella fondazione del matrimonio è inclusa coerentemente l'esigenza della sua indissolubilità, che, quando la pretesa illusoria dell'eternità dell'amore non si consolida pian piano nella realtà dei comuni interessi genitoriali e degli altri interessi, non può che trasformarsi in un carcere. Così i rappresentanti di questa concezione si sono sentiti obbligati a fare concessioni a vari livelli alla caducità del sentimento amoroso, la cui pretesa di durata non può mai essere del tutto cancellata, come l'estensione della legge sul divorzio, l'introduzione del principio del mutuo dissenso in luogo della colpa, il matrimonio a tempo, a prova o il matrimonio di compagnia.

La forma più radicale di quest'idea del contratto matrimoniale quasi senza vincoli si trova nella legislazione della Russia sovietica<sup>(8)</sup>: stipulazione in forma libera del contratto matrimoniale e scioglimento libero da forme e condizioni. Per la sua stipula non serve l'assistenza degli organi statali, la sua registrazione consente una facilitazione in sede probatoria ma non è un presupposto della sua esistenza. È uno stato di fatto e non costituisce di per sé un rapporto giuridico, ma solo un rapporto di fatto con effetti giuridici. Nel "matrimonio di fatto" viene meno la distinzione sempre esistita fra matrimonio e concubinato, e se da una parte si depotenzia la forza giuridica vincolante del matrimonio, dall'altra l'indifferenza giuridica del concubinato è sostituita da alcune garanzie legali. Coerentemente con il suo carattere contrattuale, per questo matrimonio vige la più completa equiparazione dei coniugi, il dovere reciproco di mantenimento e l'uguale partecipazione ai guadagni. Infine il matrimonio non vincolato da presupposti e forme determinate si scioglie sia per mutuo dissenso sia per iniziativa di uno dei

---

(8) Cfr. M. FREUND, *Zivilrecht der Sowjetunion*, 1927 e il giudizio chiaro e obiettivo di A. MARTEN-EDELMANN in « *Zeitschrift für Religion und Sozialismus* », 1931, p. 38.

coniugi. La registrazione ha solo un valore dichiarativo non costitutivo. “Si crede di trovare nell’informe l’espressione adeguata all’urgenza della vita” (G. Simmel).

La forma giuridica del matrimonio nella Russia sovietica corrisponde all’esigenza già formulata da August Ferdinand Bebel nel suo libro famoso *La donna e il socialismo*. Il matrimonio era per lui “un contratto privato senza l’intervento di alcun funzionario”. Può stupire che il socialismo, che per tante cose è incline a sottolineare il carattere sociale delle relazioni giuridiche e la finalità sociale delle stesse istituzioni di diritto privato, si sforzi di assegnare al matrimonio un carattere puramente individualistico, destatalizzato e desocializzato. Ma la dissoluzione individualistica del matrimonio e della famiglia non è tanto un’esigenza del socialismo, quanto un risultato dell’evoluzione capitalistica, come abbiamo detto all’inizio di questo capitolo. Secondo la propria tendenza ad adeguare le forme giuridiche alla realtà sociale, il socialismo vede nello sviluppo del diritto matrimoniale solo le conseguenze di una data situazione sociale. L’evoluzione giuridica della famiglia non rappresenta per il socialismo una pura e semplice desocializzazione delle relazioni preesistenti, ma il passaggio da una forma sociale a un’altra. Il vero senso di questa concezione si manifesta a noi chiaramente guardando la legge sulla genitorialità. Nel codice civile il diritto di educare la prole è basato sull’autorità dei genitori, su un loro diritto originario. Anche la Costituzione imperiale all’art. 120 lo proclama “dovere supremo e diritto naturale dei genitori, sul cui esercizio vigila la comunità statale”. Ma le leggi che tutelano la salute dei minori e quelle che istituiscono i tribunali minorili mostrano, nella regolazione effettiva se non nelle dichiarazioni, un trasferimento del potere genitoriale alla comunità statale. Secondo queste disposizioni, l’educazione familiare in ultima istanza è un compito affidato dalla comunità ai genitori, sul presupposto che sarà esercitato nell’interesse generale, ed è revocabile se la fiducia viene tradita. Così la nuova legislazione dell’educazione limita i diritti delle formazioni sociali minori per allargare quelli della formazione più ampia. E si adegua all’evoluzione socio-giuridica.

La sinergia e il conflitto tra funzione individuale e sociale, come le abbiamo considerate nel diritto dei contratti, nel diritto della proprietà e in quello matrimoniale, costituisce il *Leitmotiv* anche del diritto ereditario, che sarà trattato nel prossimo capitolo.

“Bisognerebbe vergognarsi di morire milionari”

A. Carnegie

## 21. *Il diritto successorio*

**Libertà di testare, successione *ab intestato*, divisione ereditaria forzosa, comunione ereditaria forzosa in rapporto alle concezioni individualistica, sovraindividualistica e transpersonalistica.**

Un'unità economica, un'impresa agraria, industriale, commerciale non può esistere solo nell'interesse del suo proprietario, ma deve arrecare un beneficio anche al bene comune. Questa funzione sociale delle attività economiche fa apparire desiderabile che essa sopravviva alla fine del suo proprietario. Sarebbe uno spreco considerevole e infruttuoso se le unità economiche che la società promuove sparissero insieme con gli individui che le possedevano e dovessero essere ricreate nuovamente dagli altri. In ogni società dev'essere perciò regolata giuridicamente la sostituzione di un titolare di attività economiche quando muore. Ogni società necessita di “un ordine successorio” (1).

La forma individualistica di quest'ordine è il diritto ereditario. Come il diritto di proprietà esso si basa sull'idea di un'armonia prestabilita tra l'interesse individuale e quello sociale. In tale ottica l'interesse del testatore espresso nel testamento e quello della famiglia nella successione *ab intestato* vanno nella medesima direzione dell'interesse sociale. Ma la coscienza del carattere illusorio di tale presupposto e lo sforzo di garantire un'autentica funzione sociale sono molto meno presenti finora nel diritto successorio di quanto non siano nel diritto di proprietà. Ciò si può spiegare in quanto il diritto successorio odierno è un compromesso un po' ambiguo tra sistemi e principi opposti, che mette insieme la libertà di testare [*Testierfreiheit*] e la successione intestata [*Intestaterbfolge*] ma an-

---

(1) Per i temi che seguono cfr. K. RENNER, *Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion*, 1929.

che la divisione ereditaria forzosa [*zwangswaisen Erbteilung*] e la comunione ereditaria forzosa [*zwangswaisen Erbvereinigung*] (2); ciò per l'intreccio quasi inestricabile di finalità individuali, sociali e familiari, queste ultime concepite secondo concezioni più o meno individualistiche della famiglia (3).

Il principio individualistico si trova nella libertà di testare. È una manifestazione del diritto di proprietà che prosegue dopo la morte. In essa si esprime la forma primaria del diritto successorio, mentre in caso di mancanza di testamento si presuppone che la successione dei parenti prossimi corrisponda alla volontà inespressa del *de cuius*.

Ma tanto la successione intestata quanto il sistema della divisione legittima sono suscettibili anche di una giustificazione individualistica, non certo dal punto di vista del *de cuius*, ma da quello dell'erede. Un tempo, quando non si conosceva ancora la necessità imperiosa di cambiamenti di vita economica, era usuale osservare che i bisogni, lo stile di vita, la personalità di coloro i quali avevano condiviso la vita del *de cuius* si erano formati sulla base della sua situazione patrimoniale, dunque che era giusto considerare il suo patrimonio come una sorta di patrimonio familiare, e perciò che i membri della famiglia con le loro "educate pretese", avevano un diritto sociologicamente ben fondato a restare nel godimento del suo patrimonio anche dopo la morte del capofamiglia (4). Se questo schema troppo modellato su una "vita tranquilla" poteva essere in buona sostanza approvato, sarebbe stato adatto però solo per una cerchia ristretta di parenti, partecipi della vita domestica del *de cuius*, da lui mantenuti, ma sarebbe inadatto a regolare l'attuale successione intestata illimitata nei gradi di parentela, cioè per il diritto ereditario dei cosiddetti "eredi sorridenti", completamente estranei al *de cuius*. Dopo che la "grande famiglia" di tutti coloro che sono uniti dallo stesso sangue e dallo stesso nome ha cessato, se si

---

(2) Per la differenza tra queste tre forme di successione cfr. A. MENDER, *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, 4 ed. 1908, pp. 214 ss.

(3) Sui precetti fondamentali del diritto ereditario cfr. G. BÖHMER in H.C. NIPPERDEY, *Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung*, vol. 3, 1930, pp. 262 ss.

(4) Cfr. V. SCHÄFFLE, *Kapitalismus und Sozialismus*, 4 ed., 1870.

prescinde dalle giornate della famiglia, rare tra i nobili e ancor più rare tra i borghesi, di essere una realtà sociologica, la successione *ab intestato* illimitata ha perso la base su cui poggiava (5).

La funzione familiare del diritto successorio può giustificarsi tanto da un punto di vista individualistico quanto sovraindividualistico. La famiglia non è solo un centro di relazioni personali tra parenti, ma anche una totalità sovraperonale che non si limita al cerchio di queste relazioni personali, bensì che abbraccia in unità tutti i parenti prossimi e lontani al di là della distanza temporale tra generazioni presenti e passate e al di là delle differenze di grado. Simboli di una simile concezione sovraindividualistica sono “lo scudo nudo” o “il nome onorato” della famiglia cui l’individuo deve rispetto e sacrificio. Ma se il diritto ereditario deve costituire il fondamento materiale della sopravvivenza sociologica di una famiglia così intesa e assicurare lo *splendor familiae*, innanzitutto deve essere preservato integro il patrimonio ereditario. Ciò rendeva necessaria la divisione ereditaria forzata nella concezione individualistica della funzione familiare e per la concezione sovraindividualistica rendeva adeguati la comunione ereditaria forzata, il fedecommesso e il diritto di ereditare.

Qui sorge la contraddizione con la visione egualitaria democratica, che trovò conseguente espressione nell’abolizione del fedecommesso successorio previsto dall’art. 155 Cost. imper. Ma non solo col fedecommesso il diritto ereditario produce la ricchezza per pochi e nel contempo la riduzione in miseria di molti altri; piuttosto in generale ereditare la ricchezza significa per chi sta all’altro estremo dell’ordine sociale ereditare la miseria. Dall’esistenza del diritto successorio — dice Walter Rathenau (6) — dipende “la sostanza della nostra struttura sociale, l’immutabile e inanimata persistenza della divisione nazionale della ricchezza”. Il processo vivente di ascesa e discesa che domina la natura, il ricambio organico tra quelli che comandano e quelli che obbediscono nel gioco di “porgersi i secchi d’oro” si bloccano di fronte alla forza fatale della generazione, che è pura opera umana. E ciò condanna il proletario a un’eterna servitù e il ricco a un eterno godimento”. Da simili considerazioni

---

(5) Cfr. i lavori del riformista giuridico, come sempre benemerito, G. BAMBERGER, *Für das Erbrecht des Reiches*, 1912; *Erbrecht des Reiches und Erbschaftssteuer*, 1917.

(6) W. RATHENAU, *Von kommenden Dingen*, 1917, p. 129.

nasce di continuo l'esigenza, pur difendendo la proprietà privata, di abolire o limitare il diritto successorio. E sebbene si possano eludere tali leggi, ad esempio mediante donazioni *inter vivos*, un tale disegno di abolizione del diritto ereditario porterebbe in un tempo non prevedibile nelle mani dello Stato tutto il patrimonio nazionale e condurrebbe al socialismo.

Tuttavia in difesa del diritto ereditario privato, specialmente nella sua forma di comunione ereditaria, sono state addotte motivazioni sociali accanto a quelle "socialfamiliari". Abbiamo visto che l'ordine successorio ha il senso di conservare una determinata unità economica anche dopo la morte del suo fondatore. La consapevolezza di sopravvivere nella propria opera è uno stimolo forte nelle imprese culturali ed economiche. Il precetto fondamentale di un ordine successorio così inteso recita: "Può essere erede solo chi è chiamato a continuare a realizzare i fini autentici della proprietà" (7). Chi meglio può proseguire nell'opera, ci si domanda, se non coloro che sono cresciuti nell'ambito di attività del *de cuius* o che lui ha formato come suoi continuatori, cioè i suoi eredi legittimi o volontari? (8)

Non occorre dimostrare che il diritto ereditario vigente, con la frammentazione della divisione ereditaria e la possibilità di successione intestata illimitata, non è compatibile con questa concezione dell'eredità. Non solo dal punto di vista dell'erede, quanto anche della massa ereditaria, il diritto ereditario ha perso quella funzione. Oggi nella maggior parte dei casi la massa ereditaria non si presenta come un complesso di beni ordinato a un fine economico che non possa essere diviso senza pregiudizio, bensì come un conglomerato, una somma, una massa informe di valori. Abbiamo visto nel capitolo sulla proprietà la sua trasformazione in patrimonio, la trasformazione della qualità in quantità. Ora un insieme di beni, un portafoglio pieno di azioni, obbligazioni, titoli di Stato e titoli di deposito non costituisce un'unità economica bisognosa di essere preservata. Solo perché l'eredità ha assunto questo carattere puramente quantitativo si è potuto introdurre il sistema della divisione ereditaria. A seguito delle trasformazioni umane, con la cosiddetta spersonalizzazione dell'economia e con l'oggettivizzazione delle imprese, le unità eco-

---

(7) Cfr. K.A. BUSCHAUER, *Das Erbunrecht*, 1918, p. 53.

(8) Cfr. V. SCHÄFFLE, op. cit.

nomiche bisognose di conservazione sono passate sempre di più dalle mani di persone fisiche mortali a quelle di persone giuridiche non mortali e sono uscite dalla cerchia del diritto successorio.

Così ritroviamo nell'ambito del diritto ereditario in forma più acuta i problemi già mostrati nel diritto della proprietà e della famiglia. La problematica del diritto successorio è espressa pienamente nell'art. 154 Cost. imper. di fronte al diritto individualistico all'eredità si pone la quota dello Stato sui beni ereditari; di fronte alla funzione individuale quella sociale, il tutto sotto l'impero della legge.



“Bisogna punire ma non bisogna ferire, bisogna guardare agli uomini con umanità”  
J.W. Goethe

## 22. *Il diritto penale*

**Teorie del fondamento della pena (teoria del consenso — teoria della retribuzione). Teorie del fine della pena. Giustizia (commutativa — distributiva). Utilità. Teorie individualistiche (prevenzione generale — prevenzione speciale). Il diritto penale fascista. Il diritto penale sovietico. Certezza giuridica.**

La teoria del diritto penale distingue di solito le dottrine del fondamento da quelle del fine della pena.

Il problema del *fondamento della pena* è emerso in un'epoca storica in cui l'individuo aveva di fronte a sé uno Stato considerato come un'entità estranea, che non rappresentava una volontà popolare e a cui non si partecipava in modo attivo. In questa condizione era necessario dare di fronte all'individuo una speciale giustificazione della pena imposta dalle finalità statali; così, diceva Kant: “l'uomo non può essere considerato come un puro mezzo per gli scopi di un altro, né accomunato agli oggetti di diritto, perché a proteggerlo c'è la sua innata personalità”. Anche lo Stato è “un altro” di fronte all'individuo. Cosicché solo per due vie può giustificarsi una concezione della pena imposta dallo Stato: o dimostrando che essa è chiesta dallo stesso delinquente o che egli l'ha meritata.

La prima teoria, *la teoria del consenso* [*Einwilligungs-Theorie*], è rappresentata dal primo Feuerbach mediante l'idea dell'accettazione effettiva della pena da parte del criminale; chi commette il delitto quando è a conoscenza della legge — questo è per lui il presupposto della punizione — consente alla conseguenza della condizione, sicché può essere sottoposto alla pena con lo stesso diritto con cui si è autorizzati a pretendere l'adempimento di un contratto concluso. Tale dottrina empirica ha acquistato forma spiritualizzata in un contratto simile al patto sociale, o meglio, con una clausola in esso contenuta, per la quale gli individui si sotto-

mettono previamente alle pene nel caso in cui commettano un delitto, clausola autorizzata non certo dal soggetto reale, ma dal soggetto inteso come essere razionale al quale possano imputarsi come volontarie le conseguenze dei propri atti. Ripetiamo quanto già detto: il ladro intende fondare la sua proprietà sulla violazione di quella altrui e così afferma la necessità di proteggere il bene giuridico che ha violato e di conseguenza deve accettare la pena ineludibile posta a protezione di questo bene giuridico a lui irrogata, cioè deve accettare la sua pena. Il falsificatore di documenti pretende per i propri documenti falsi la fede pubblica che ha violato e così nuovamente afferma la necessità di proteggere questo bene giuridico da lui distrutto e quindi la necessità dei precetti giuridici anche penali, che servono a proteggerlo. Nel considerare l'atto come voluto dal suo autore, per ripetere le parole di Hegel, si onora il delinquente come essere razionale e si considera la pena come un suo diritto contenuto nella propria condotta.

Se la teoria del consenso elabora la giustificazione individualistica della pena, *la teoria della retribuzione* [*Vergeltungstheorie*] al contrario si basa sull'idea autoritaria della pena come castigo meritato <sup>(1)</sup> e tuttavia il suo principale esponente è il fondatore della nozione di autonomia, Immanuel Kant. Egli ha spiegato la giustificazione della pena in modo indipendente dall'approvazione e dall'interesse individuali attraverso la teoria retributiva con una celebre metafora: "Anche nel caso in cui la società civile si sciogliesse per accordo di tutti i suoi membri (ad esempio, se il popolo di abitatori di un'isola decidesse di separarsi e di andare per tutto il mondo) si dovrebbe prima giustiziare fino all'ultimo assassino in prigione, di modo che tutti possano comprendere il valore dei propri atti e la colpa del sangue non ricada sul popolo". In modo completamente inatteso appare qui il popolo, non come somma di individui, ma come portatore di un valore sovraindividuale, che supera gli interessi degli individui.

La giustificazione della pena al di fuori dello Stato nelle sue due forme appartiene già al passato. Lo Stato, fondato sulla volontà

---

(1) Cfr. R.SCHMIDT, *Die Strafrechtsreform in ihrer staatsrechtlichen und politischen Bedeutung*, 1912, p. 10. Nella retribuzione come *fondamento* della pena Schmidt vede soltanto una concezione sovraindividualistica, mentre nella retribuzione come *fine* vede anche una concezione liberale, da Stato di diritto.

popolare, sia come maggioranza numerica sia in qualunque altra forma integrativa, non si pone di fronte all'individuo come "alterità", ma come un "tutti noi". La giustificazione dello Stato popolare così inteso contiene in sé la *giustificazione della pena* come qualcosa di necessario alla propria conservazione. La concezione del fondamento della pena è assorbita nella giustificazione dello Stato e rimane dunque solo la concezione del fine della pena, cioè della necessità della pena per lo Stato, o più esattamente per la società e per l'ordinamento giuridico. Le diverse determinazioni possibili dei fini della pena vengono fuori da sé appena noi ci apprestiamo a dedurre l'idea della pena da quella del diritto con le sue tre ramificazioni della giustizia, dell'utilità e della certezza.

1. La *giustizia* ci offre innanzitutto la forma della giustizia egualitaria come fondamento della pena. Come il bene ha il prezzo, il lavoro ha il salario e il danno ha il suo risarcimento, così al delitto corrisponde la pena come sua *retribuzione*. Prima abbiamo considerato la giustizia egualitaria (commutativa), quella tra persone equiparate fra loro, come la giustizia del diritto privato. In effetti l'immissione della pena nella scala della giustizia commutativa ci riporta a un'epoca in cui il diritto penale era ancora diritto privato e in cui lo Stato adoperava la pena come surrogato per soddisfare la sete di vendetta delle vittime. Ma anche dopo che fu considerato come un ramo del diritto pubblico che lo Stato poteva usare nel proprio interesse, il diritto penale non ha perso del tutto il suo legame con la giustizia commutativa; è il senso stesso dello Stato di diritto che, pur in una condizione di preminenza, si muove in molte relazioni su un piano di parità con i cittadini: nel fisco, nella giustizia penale e in quella amministrativa. In questo modo anche la teoria retributiva si lascia spiegare come una teoria liberale del diritto penale, ispirata allo Stato di diritto <sup>(2)</sup>. Essa così si intreccia inseparabilmente, in corrispondenza della concezione bismarckiana liberalnazionalista del potere, con una dottrina sovraindividualistica della pena come retribuzione, senza dubbio pienamente orientata in senso autoritario, come quella di Binding.

---

(2) Ho poi abbandonato l'interpretazione unilateralmente sovraindividualistica del fine della retribuzione elaborata nel mio articolo per « *Aschaffenburgs Monatschrift* », vol. 5, 1908/09, pp. 1 ss., in seguito alle convincenti argomentazioni di R. SCHMIDT, cit., p. 189. Cfr. anche H. DANNENBERG, *Liberalismus und Strafrecht im 19. Jahrhundert*, 1925.

Di fronte alla teoria della giustizia si ergono le teorie dei fini del diritto penale. Anche queste invero invocano una giustizia, ma non quella *commutativa*, bensì quella *distributiva*. Una pena giusta secondo queste teorie non è quella adeguata al delitto commesso, ma la punizione giusta per un delinquente rispetto ad un altro delinquente in base ai rapporti delle loro reciproche colpe. Ora, mentre la teoria retributiva si sviluppa tutta a partire dalla giustizia commutativa, l'idea di giustizia distributiva non è sufficiente per sviluppare teorie finalistiche; la giustizia distributiva in ordine alla pena vuol dire ovviamente che coloro che commettono reati della stessa gravità saranno puniti allo stesso modo e coloro che commettono reati di diversa gravità saranno puniti in proporzione a tale gravità. Tuttavia, per un verso non ci offre alcun criterio per misurare l'eguaglianza o la diversità del grado di gravità del reato, della colpa, della pericolosità o altro, e per altro verso parla soltanto della relazione tra le pene in sé, nulla dice sulla loro gravità e sulla loro tipologia, non parla della loro collocazione in un dato sistema penale, né di un tale sistema penale, né se esso deve cominciare con il carcere e le pene corporali per giungere fino a crudeli condanne a morte oppure cominciare con pene pecuniarie per giungere fino al carcere a vita. La risposta a queste domande che la teoria della giustizia lascia irrisolte può venire solo dal secondo elemento dell'idea del diritto: *l'utilità*. Con il ricorso all'utilità e al perseguimento dei fini la pena viene separata dall'ambito dell'idea specifica del diritto, cioè la giustizia è messa al servizio della finalità dello Stato e della società.

2. Osserviamo qui nuovamente una connessione con la teoria liberale della pena, ispirata allo Stato di diritto, ma questa volta non con riferimento all'idea di giustizia come nel caso della retribuzione, ma all'idea dell'utilità dello Stato: la cosiddetta *teoria dell'intimidazione* [*Abschreckungstheorie*] come è stata descritta da Feuerbach. Analogamente alla teoria penale dell'Illuminismo, anche nel pensiero di Feuerbach la *teoria dell'intimidazione* paradossalmente diventò un mezzo per legare il diritto penale alle leggi e alle fattispecie concrete e garantire la proporzionalità tra delitto e pena, avvicinandosi così alla teoria retributiva <sup>(3)</sup>. Ciò vuol dire però che la teoria

---

<sup>(3)</sup> Ciò anche perché tanto la teoria dell'intimidazione quanto quella della retribuzione possono presentare una curvatura sovraindividualistica.

dell'intimidazione come quella retributiva separa il delitto dal delinquente o meglio il delitto dalla persona. Il concetto penale del delinquente qui sottinteso corrisponde al concetto di persona del diritto privato. Come nel diritto privato tradizionale, ad esempio, il lavoratore è semplicemente il proprietario della propria forza lavoro, il venditore del "bene" lavoro, così nelle teorie penali della retribuzione e dell'intimidazione il delinquente è l'esecutore impersonale del proprio crimine <sup>(4)</sup>. La relazione giuridico-penale si riduce a un rapporto molto parziale in cui non entra la persona nella sua totalità, ma solo in quanto autore della propria azione criminosa. Nella visione individualistica si considera il delitto così come nel mondo dei rapporti di lavoro si concepisce la vendita della forza-lavoro. Nel carattere solo parziale della relazione penalistica si manifesta con la massima chiarezza la natura liberale delle teorie della retribuzione e dell'intimidazione, dal momento che il liberalismo ha sciolto del tutto i legami giuridici personali tra uomo e uomo, sostituendoli con rapporti parziali di un tipo ben delineato nel campo penale come nel campo dei rapporti di lavoro.

A queste teorie ispirate allo Stato liberale di diritto si oppongono le *teorie della prevenzione e dell'emenda* [*Sicherungs- und Besserungslehre*], che esprimono un diritto penale sociale. Già in precedenza si osservava che è proprio del diritto sociale, contrariamente a quello individualistico, non restare ancorato all'individuo isolato e astratto, la persona dell'autore della condotta, ma misurarsi con l'individualità concreta nelle sue connessioni sociali. Così come il diritto del lavoro ha riconosciuto la forza-lavoro non è qualcosa di separabile dall'uomo, ma rappresenta l'uomo stesso nella sua pienezza considerato da un certo punto di vista, così il diritto penale sociale riconosce che il delitto non può essere separato dal delinquente, ma riguarda tutto l'uomo considerato da una certa ottica. Il nuovo diritto penale ha introdotto un nuovo motto: "Non il crimine ma il criminale" o per meglio dire "Non il criminale ma l'uomo". L'uomo concreto con la sua individualità psicologica e sociologica

---

(4) E. PASCHUKANIS, *Allgemeine Rechtslehre und Marxismus*, 1929, pp. 149 ss. dove spiega la relazione di parallelismo fondamentale come una relazione causale: l'idea della retribuzione è determinata mediante "la forma fondamentale a cui è sottoposta la società moderna, la forma dello scambio equivalente". In senso contrario H. Kelsen, *Allgemeine Rechtslehre im Lichte materialistischer Geschichtsauffassung*, in « Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik », vol. 66, 1931, pp. 483 ss.

entra nel mondo del diritto. Dal punto di vista della prevenzione e dell'emenda, l'idea del criminale si scompone in una moltitudine di tipi caratteriologici e sociologici: il delinquente abituale e quello occasionale, quello rieducabile e quello non riabilitabile, l'adulto e il giovane, quello pienamente imputabile e quello parzialmente imputabile. In tal senso la nuova scuola si può giustamente chiamare "scuola sociologica" e situazioni che finora appartenevano solo al campo di indagine della sociologia sono penetrate attraverso di essa nell'ambito del diritto.

Nel contempo la teoria dell'intimidazione ha visto una rinascita nel diritto penale a tinte terroristiche del fascismo, ma non nella forma liberale prima descritta, bensì in un senso sovraindividualistico. La relazione allegata al codice penale italiano (1930) parte molto significativamente dalla concezione dello Stato come organismo. "Lo Stato non si configura più come la somma aritmetica degli individui che lo compongono, ma come il risultato, la sintesi e il compendio degli individui, dei gruppi e delle classi che lo rappresentano con le proprie vite, i propri scopi, le proprie necessità e interessi, che superano in estensione e durata la vita degli individui, dei gruppi e delle classi per estendersi a tutte le generazioni passate, presenti e future". Il diritto penale di uno Stato siffatto non ha un carattere di difesa della società ("difesa sociale" nel senso di Ferri), ma quello di una difesa dello Stato stesso e considera l'intimidazione e la neutralizzazione i mezzi per questa difesa, che si attuano nelle diverse previsioni della pena capitale. "L'uomo su cui conta questo Stato, che presuppone come guida il superuomo, non è l'uomo debole, indifeso e bisognoso di sostegno, ma l'uomo forte; il primo criminale è il nemico coraggioso del regime, la cui intimidazione e neutralizzazione devono essere le funzioni essenziali del potere penale dello Stato" (5).

Una rigenerazione del diritto penale terroristico si è avuta anche nel sistema penale sovietico. Il codice penale del 1926 è un diritto penale da "Stato di transizione", un misto curioso di diritto penale autoritario, che corrisponde all'idea di dittatura del proletariato, e di diritto penale sociale, in cui è presente e si anticipa la società senza classi del futuro. Alla concezione sociale del diritto penale corri-

---

(5) E. SCHMIDT, *Strafrechtsreform und Kulturkrise*, in « Recht und Staat », Heft 79, 193, p. 18.

sponde il fatto che nel diritto sovietico non ci si propone come compito, secondo l'espressione appropriata, "né la retribuzione né la punizione"; a quella autoritaria corrisponde invece il fatto che, accanto alla prevenzione e all'emenda, si conserva l'intimidazione come fine della pena in primo luogo per i reati politici, attuata soprattutto con la pena di morte, che vi è spesso correlata, intesa come "lo strumento supremo di protezione sociale".

Al di là della commistione con elementi autoritari, ancor più caratteristica nel codice sovietico è la completa rinuncia alle garanzie dello Stato di diritto. Le condotte punite dalla legge possono non essere delitti, quando nel caso concreto non abbiano un carattere di pericolosità per la comunità; al contrario, alcune condotte non previste come reati possono esserlo, nel caso in cui si rivelino pericolose, cioè il precetto *nullum crimen sine lege* non vige nella Russia sovietica. In più è conculcato finanche il principio fondamentale *cogitationis poenam nemo patitur*, in quanto non solo le azioni preparatorie in generale sono sottoposte alla legge penale, ma anche le persone che "per via del loro legame con l'ambiente criminoso e per i loro precedenti possono rappresentare un pericolo" sono sottoposte agli strumenti della protezione sociale.

3. Le teorie dell'emenda e della prevenzione condurrebbero di per sé a questi risultati senza la correzione del terzo elemento dell'idea del diritto, cioè senza l'idea della *certezza*. Un'innegabile complicazione della teoria della prevenzione speciale consiste nel fatto che essa non è in grado da sola di determinare la struttura del diritto penale, dato che quest'ultima può ottenersi soltanto dall'unione dell'idea finalista della prevenzione speciale con quelle della giustizia e della certezza giuridica. Questa cooperazione si presenta più propriamente come un'azione reciproca e contraria. Quella tensione che c'è nell'idea generale del diritto si ripete nel campo specifico del diritto penale con singolare chiarezza. Se la certezza del diritto salva l'idea della prevenzione dalle sue estreme conseguenze, quali l'estensione della pena agli atti preparatori, alle intenzioni e alle idee, per altro verso l'idea della giustizia, che in una certa misura richiede anche l'eguale trattamento di persone e rapporti che sono diseguali, si oppone all'eccessiva individualizzazione a cui condurrebbe l'idea finalistica della prevenzione speciale. Di fronte a questa struttura antinomica di un diritto penale fondato sull'emenda e sulla

prevenzione, l'idea retributiva offre una maggiore prestazione sul piano metodologico: nel contempo giustifica la pena e determina il suo fine, realizza in sé l'idea di giustizia e quella di certezza.

Infine l'istituzione giuridica progettata nel senso dell'idea retributiva si manifesta senza dubbio come "pena", laddove quella dell'emenda e della prevenzione alla fine dei conti smette di essere diritto "penale". Perciò, come già nel progetto Ferri, il codice penale sovietico, coerentemente con la sua concezione della prevenzione speciale, ha sostituito la parola "pena" con altre come "sanzione" e "misura di protezione sociale". È appena il caso di sottolineare che il concetto di pena non rappresenta necessariamente la norma decisiva e il confine per disegnare la forma futura del vecchio diritto penale, così come la duttilità metodica della teoria retributiva, con la sua capacità di dare soluzione unitaria a tutte le questioni del diritto penale, non rappresenta un criterio di verità. Potrebbe accadere invece che l'evoluzione del diritto penale vada al di là del diritto penale stesso e il suo miglioramento non dia luogo a un diritto penale "migliore", ma a un diritto dell'emenda e della prevenzione, a qualcosa di meglio del diritto penale, cioè di più saggio e più umano di quanto il diritto penale sia stato.

*“Boia, chi ti ha dato questo potere su di me?”*

J.W. Goethe

### 23. *La pena di morte*

#### **Giustificazione sovraindividualistica. Pena di morte e teoria contrattualistica. Pena di morte e autodifesa.**

Solo una concezione giuridica sovraindividualistica può giustificare la pena di morte, può cioè riconoscere allo Stato un diritto assoluto sulla vita e la morte. Così si esprimeva Bismarck nel suo discorso del 1° marzo 1870: “Una forza umana che non senta in sé una giustificazione dall’alto non è abbastanza forte per portare la spada della giustizia”. Che l’allontanamento da una visione individualistica dello Stato costituisca lo sfondo per una reintroduzione della pena di morte, è dimostrato dalla relazione che accompagna il nuovo codice penale fascista italiano, nel quale si celebra la pena di morte come un trionfo di questa concezione con le seguenti parole: “Questa riforma manifesta un aspetto particolarmente felice della trasformazione spirituale della nazione italiana, la riconquista di virilità e forza da parte del nostro popolo, la piena liberazione della nostra cultura giuridica e politica dagli influssi di ideologie straniere a cui era collegata l’abolizione della pena di morte”. Le ideologie straniere cui si allude sono “le idee individualistiche che trionfano al di là delle Alpi”, “l’errore contenuto nell’affermazione kantiana secondo cui l’individuo come fine in sé non può essere degradato al rango di mezzo”. “La verità al contrario è che la società, considerata come un organismo che comprende in sé la serie innumerevole delle generazioni, e lo Stato, in quanto sua organizzazione giuridica, vivono di fini propri e vogliono vivere di questi fini, mentre l’individuo non è più di un elemento infinitamente piccolo e transeunte dell’organismo sociale, ai cui scopi deve subordinare i propri e anche la sua stessa esistenza”.

Sulla base di queste idee individualistiche condannate dall’Italia fascista fu proprio un italiano, un tempo gloria della sua patria, il

primo avversario della pena di morte: *Cesare Beccaria (Dei delitti e delle pene*, cap. 16). Egli introdusse mediante la teoria del patto sociale la prova dell'incompatibilità della pena capitale con una concezione individualistica dello Stato. Essa è in contraddizione con il patto sociale, perché la vita è un bene giuridico irrinunciabile e il suicidio è riprovevole, cosicché ammettere un consenso suicidario alla pena capitale nel patto istitutivo della società è contrario ai buoni costumi e di conseguenza nullo. Quest'argomento sarebbe senz'altro convincente se la teoria contrattuale volesse far dipendere la giustificazione della pena capitale dal fatto che sia *realmente* chiesta dal colpevole [*wirklich gewollt*], ma non lo sarebbe nella sua forma più corretta e razionale, che considera già giustificata tale pena quando essa si *immagini come desiderata* dal colpevole [*denken gewollt*], cioè se da un punto di vista razionale non possa non volerla in quanto è richiesta dal suo vero e autentico interesse. Non appena la disposizione sulla propria vita viene riconosciuta solo come un'immagine dell'interesse per la propria morte, la sua inammissibilità non può più costituire un argomento, la domanda sulla giustificazione della pena capitale non suona: *è lecito?* ma suona: *può il colpevole accettare la pena capitale?*

*Rousseau*, critico di Beccaria, commette esattamente il medesimo errore di ragionamento. Rousseau riconosce come valido il consenso dato alla pena capitale col patto sociale, perché ciò accade solo nel caso eventuale, del tutto impreveduto, che taluno commetta un omicidio, in quanto il consenso non è dato alla morte, ma di fronte a un pericolo di morte lontano, cosicché non va contro i buoni costumi che ciascuno si sottometta al rischio di questa pena al fine di conservare la vita: "è per non essere vittima di un assassino che si accetta di morire laddove si diventi assassino. Lungi dal disporre della propria vita, con questo patto si pensa a proteggerla e non bisogna credere che tutti i contraenti pensino già dall'inizio a farsi impiccare" (*Il contratto sociale*, II, 5). Rousseau contempla anche la possibilità di costruire un consenso corretto dell'assassino in ordine alla pena capitale, ponendo questa eventuale previsione in un momento in cui non pensava ancora di diventare un assassino. Chi non vede che con questo "aver consentito una volta" Rousseau fa del patto sociale un fatto temporalmente situato, un fatto storico, e di conseguenza è accidentalmente ritornato alla versione storica del contratto sociale che era stata decisamente respinta nelle parole

della sua opera *Il contratto sociale*? Quando si vede nel patto sociale una pura idea figurata, lo si deve pensare al di fuori del tempo, non come concluso una volta per tutte, ma come continuamente rinnovabile. Uno Stato giusto deve in qualunque momento e per ciascuna delle sue condotte poter consentire di rispondere affermativamente alla domanda se queste possano essere pensate come derivanti dal patto stipulato tra tutti i membri della società e, di conseguenza, anche nel momento in cui l'assassino mette la sua testa sul ceppo. Sarebbe giustificata perciò anche la pena di morte alla luce del contratto, solo se si potesse dimostrare che fino a quel momento il consenso del criminale alla sua morte era da presumere.

In questa prova disperata si impegna *Kant* contro “i sofismi e le distorsioni giuridiche” di Beccaria <sup>(1)</sup>, quando con un artificio tipico del suo modo di pensare concepisce come una relazione trascendentale ciò che a Rousseau appariva come una relazione temporale. In luogo del supposto consenso alla pena di morte dato in un certo momento dal criminale, appare adesso un giudizio metatemporale espresso con la ragione in ordine alla sua necessità. In quanto contraente del patto sociale ciascuno di noi non deve immaginarsi come un individuo empirico con la sua reale volontà — come è stato sottolineato ripetutamente, la teoria del contratto immagina come voluto ciò che *ragionevolmente* non si può non volere — ma solo come ragione imputabile all'individuo empirico. “Quando concepisco una legge penale contro di me in quanto criminale, è la ragione pura legislatrice che è in me (*homo noumenon*) a sottomettermi alla legge come potenziale criminale e quindi come un'altra persona (*homo phaenomenon*) insieme a tutti gli altri appartenenti al consenso civile”. Quindi per *Kant* non la volontà empirica ma “il giudizio proprio del criminale che deve fidarsi necessariamente della ragione” dà il consenso alla pena di morte anche al momento della sua esecuzione.

Non si può pensare a un individuo che accetti la pena capitale neanche considerandolo come una concretizzazione della ragione, piuttosto che nella sua realtà empirica <sup>(2)</sup>. Per ciascuna pena subita nella vita, anche per la più dolorosa, potrebbe dimostrarsi l'accet-

(1) *Metaphysik der Sitten*, ed. Vorländer, 1907, pp. 163 ss.

(2) In senso contrario alle riflessioni seguenti, L. NELSON, *Die Rechtswissenschaft ohne Recht*, 1917, pp. 135 ss.

tazione da parte della ragione, l'interesse del criminale a ricevere la sua pena; anche il carcere a vita lascia pur sempre al condannato una serie di beni giuridici che sono protetti proprio grazie alla sua punizione e all'intimidazione prodotta negli altri. Ma non può in alcun modo dimostrarsi che la pena capitale sia al servizio dell'interesse proprio del criminale, giacché essa annulla il soggetto di quest'interesse. Dal punto di vista del contratto sociale, secondo Beccaria, si dovrà escludere la pena di morte, ma non perché al criminale *non sia permesso* consentirvi, quanto perché *non può farlo ragionevolmente* venendo a mancare ogni suo interesse. La pena di morte è incompatibile con l'idea fondamentale di ogni concezione individualistica dello Stato, che Stammler ha formulato nei termini seguenti: "Ogni pretesa giuridica può avere senso solo quando l'obbligato vede in sé stesso anche il prossimo" (3). Ma la teoria del contratto non finisce per dimostrare troppo? Non negherà allo Stato con le sue argomentazioni ogni dritto di esigere dai sudditi, ad esempio in guerra, il sacrificio della vita? Niente affatto! Può sempre dimostrarsi che l'esposizione e il rischio sono richiesti nell'interesse degli stessi che rischiano e che probabilmente per i sopravvissuti risulterà alla fine conveniente. Il sacrificio della vita, la morte certa cioè non può essere pretesa dallo Stato neppure in guerra: si dice in questi casi: prima i volontari! Ma il sacrificio *volontario* della propria vita per un ideale non è in contrasto con l'individualismo, in quanto significa pienezza del valore della vita nella dedizione a essa. La vita vissuta con piena dedizione può anche trovare compimento nella pena capitale, quando il colpevole l'accolga come espiazione. Ma anche in questo caso resta la differenza concettuale tra la pena di morte imposta e l'accettazione volontaria dell'espiazione (4).

Più pesante è l'altro argomento contro l'opposizione individualistica alla pena di morte, di cui fece uso *Bismarck* nel discorso prima ricordato: l'ammissibilità dell'uccisione come autodifesa. Se l'autorità, come l'individuo, ha il diritto di uccidere per difendersi da un aggressore anche non necessariamente intenzionato a uccidere, co-

---

(3) Lo stesso ragionamento si trova in F. MESS, *Nietzsche als Gesetzgeber*, 1930, pp. 70 ss.

(4) La peculiarità psicologica della pena di morte rispetto a ogni altra situazione di pericolo mortale basata sulla sua inesorabilità è mostrata dal giudizio di Dostoevskij riferito da B. SAPIR in *Dostoevskij e Tolstoj*, cit. p. 11.

me potrebbe negarsi questa forma di repressione di fronte a un criminale convinto del suo proposito omicida? Già Beccaria aveva rivolto a sé stesso la medesima obiezione (5). Egli riconosce che è lecito uccidere un altro “quando questo è l’unico mezzo per impedire ad altri di commettere crimini” e pensa al tempo stesso che “in caso di rivolte pubbliche, tumulti o sollevazioni possono essere fermati immediatamente anche con l’uccisione dei ribelli che fanno resistenza”. Egli considera questa morte “una conseguenza di un’effettiva dichiarazione di guerra”, che non si può fondare né sul diritto né sul patto sociale, ma solo sulla forza, anche se una forza giusta e necessaria. Pensiamo fino in fondo la sua idea del contratto sociale! In stato di necessità il contratto sociale non è in grado di proteggere i beni giuridici per la cui difesa è stato concluso, perché gli organi istituiti per suo tramite non sono efficaci in quel momento. In fondo si ristabilisce lo stato di natura e con esso la giustificazione dell’autodifesa, seppure nei limiti della legalità e all’interno dell’ordinamento giuridico. Il diritto di autodifesa è perciò un diritto originario riconosciuto a chi è aggredito, mentre il diritto di infliggere la morte si può immaginare solo dopo la conclusione del patto sociale, o per meglio dire, non si può ammettere in base a presupposti individualistici. Contro l’argomento favorevole alla pena di morte in condizioni di necessità viene addotto un altro argomento: il diritto di autodifesa che mira a respingere l’attacco, o in ogni modo a neutralizzarne la forza aggressiva, può causare la morte dell’aggressore, ma non è diretto a dare la morte, sicché anch’esso allora è finalizzato alla protezione della vita e non alla sua distruzione. Questa differenza concettuale si rende molto chiara a quanti sono uccisi rispettivamente dalla reazione di autodifesa o dalla pena di morte per il fatto psichico molto reale che i primi, fino all’ultimo istante, hanno potuto credere nella possibilità di evitare la morte, mentre questi ultimi hanno dovuto patire la terribile sensazione dell’inesorabilità di una morte esattamente programmata.

Queste considerazioni erano dedicate non tanto al problema della pena di morte in sé, quanto a mostrare la difficoltà e anche la fecondità della forma ideologica del contratto sociale per una teoria individualistica del diritto. Gli argomenti decisivi contro la pena di

---

(5) C. BECCARIA, *Über Verbrechen und Strafen*, ed. Esselborn, 1905, p. 180, n. 1 e p. 192.

morte devono essere cercati o su un piano più alto o su un piano più basso rispetto alla filosofia del diritto; nel primo senso negli argomenti etici e religiosi contrari alla sua liceità, nel secondo senso nelle prove offerte dalle esperienze statistiche e psicologiche contro la sua necessità.

“La grazia non ammette alcuna costrizione...”

W. Shakespeare

## 24. *La grazia*

### **La grazia come istituto giuridico. La grazia davanti al diritto.**

L'istituto giuridico della grazia significa il leale riconoscimento della fragilità di tutto il diritto, rappresenta quella tensione interna all'idea stessa del diritto, i conflitti possibili tra l'idea del diritto e la religione o la morale. Perciò in epoche meno problematiche, in cui alla ragione si assegnava un dominio totale, come l'età del giusnaturalismo o dell'illuminismo, il diritto di grazia era avversato da Beccaria e poi da Kant come “il più ambiguo tra i diritti detenuti dal sovrano”.

Le tensioni interne al diritto, le esigenze contrastanti della *giustizia*, dell'*utilità* e della *certezza* e la mancanza di una norma superiore che ordini questi tre aspetti con la conseguenza di rendere indecidibili i conflitti tra loro — tutto ciò fa parte del complesso di problematiche che abbiamo trattato in precedenza. Il significato della grazia sta nel saper offrire una soluzione a questi rapporti di tensione, lasciandoli al giudizio di chi concede la grazia piuttosto che al giudizio secondo diritto. La grazia può avere il compito di far valere la giustizia di fronte al diritto positivo e l'utilità individualizzante di fronte all'eguaglianza schematica della giustizia. Può anche perseguire lo scopo di risolvere in modo diverso da una sentenza le possibili antinomie entro ciascuno di questi elementi, facendo valere così il diritto materiale di fronte alla cosa avente valore di giudicato di una sentenza sbagliata, l'equità di fronte alla giustizia, l'utilità politica generale, cioè la convenienza dello Stato, di fronte agli scopi specifici della politica criminale.

Così intesa, la grazia si manifesta come un istituto giuridico, come “un mezzo speciale per ottenere il diritto corretto” <sup>(1)</sup> [*Mittel*

---

(1) Cfr. R. STAMMLER, *Lehre vom dem richtigen Rechte*, 1902, p. 131.

zu richtigem Recht], in accordo con il senso del vecchio brocardo giuridico tedesco per cui “il diritto senza grazia diventa non diritto” oppure “la grazia è inseparabile dal diritto”. Contro queste concezioni possono sollevarsi alcune obiezioni, laddove noi consideriamo impliciti nel concetto di diritto la generalità delle sue norme e l’eguaglianza dei suoi destinatari. Chi usa il diritto di grazia si sforza di farlo secondo alcune linee guida e non col semplice arbitrio. La grazia si sforza anche di raggiungere l’universalità delle massime che stanno a suo fondamento e quelle che stanno alla base dell’indulto; così nel corso della storia sono nati sempre nuovi precetti giuridici, come il “giudicare secondo grazia” di epoca medievale o l’indulto condizionale in tempi più recenti. Ma appena le linee guida giuridiche della grazia prendono la forma di regole costituite, finisce la grazia in senso stretto. La produzione di tali norme di diritto giusto a sostegno della grazia non deve avvenire al costo di una legge, così come nel caso dell’equità, che smette di essere tale non appena dal caso particolare si innalzi al livello di norma giuridica generale per diventare essa stessa giustizia. La grazia deve occuparsi di casi particolari anche quando vuole raggiungere una validità universale, non deve cioè produrre nuove norme giuridiche (2). Chi concede la grazia sopporta il costo ragionevole di superare la propria visione generale ad esempio della pena capitale nel caso di un giudizio capitale, oppure la sua concezione dell’aborto nel caso di una decisione riguardante la punizione del reato di aborto.

La grazia non si riduce alla dimensione di un istituto giuridico. Accanto a quei brocardi giuridici tedeschi che giudicano la grazia come un diritto migliore, ve ne sono altri che la giudicano “migliore del diritto”, cioè dicono che “la grazia va al di là del diritto”. Essa non si limita solo a sciogliere le tensioni interne al diritto, ma significa riconoscere il fatto che questo mondo non è soltanto il mondo del diritto inteso nel senso del “*fat justitia et pereat mundus*”, ma accanto al diritto esistono altri valori che potrebbe essere necessario rafforzare anche contro il diritto stesso. Quando felici eventi patriottici danno l’occasione di promuovere indulti, si vede che non si basano su motivazioni giuridiche. La più chiara espressione di questi provvedimenti non fondati su basi giuridiche si

---

(2) In tal senso W. HEIMANN in una Dissertazione di Heidelberg definisce l’idea della grazia come “giusta arbitarietà” (arbitarietà nel senso stammleriano).

realizzava quando persone che non erano organi della comunità giuridica detenevano però il diritto di concedere indulto, come ad esempio secondo il raccolto evangelico della liberazione di Barabba da parte del popolo per la festa di Pasqua, oppure come quando nel Medioevo alcune comunità religiose e monasteri esercitavano ogni anno il diritto di chiedere la liberazione di un certo numero di condannati <sup>(3)</sup>. Ricordiamo infine il ruolo che in epoca antica poteva giocare il caso oppure la supposta volontà di Dio in esso presente nell'esecuzione delle condanne a morte, ad esempio quando la corda si spezzava o la spada falliva il colpo portando alla liberazione del criminale. In questi antichi istituti non devono scorgersi solo semplici "curiosità di storia sociale, o semplici "superstizioni" (come ritiene Stammler), ma bisogna trarre informazioni essenziali per la comprensione del senso della grazia.

All'epoca la grazia era un concetto molto più ricco e più articolato di quanto non appaia a noi oggi. Noi la misuriamo attentamente sul piatto della bilancia del diritto con il piombo e le libbre: la grazia è diventata un beneficio di legge utilizzato secondo principi generali e sopra di essa pretende di dominare la giustizia, come la ragione sulla beneficenza. Ma così come l'elemosina era un tempo libera erogazione e non beneficenza codificata, così neppure la grazia può ammettere alcuna costrizione, nemmeno quella della giustizia. Essa non vuol essere semplicemente una forma di diritto più mite, ma un raggio luminoso che irrompe nel dominio giuridico provenendo da un mondo completamente diverso e mette in luce la fredda oscurità del diritto. Come il miracolo rompe le leggi del mondo fisico, la grazia rappresenta il miracolo nel mondo delle norme giuridiche. Per suo tramite penetrano nel mondo giuridico domini di valori estranei al diritto, quelli religiosi della carità, quelli etici della tolleranza. Di fronte alla pretesa onnicomprensiva e razionalizzante del diritto, nella grazia fa sentire la sua pretesa il caso fortunato, quel "fortuito", che Nietzsche diceva essere la più antica nobiltà del mondo.

---

<sup>(3)</sup> Cfr. F. MESS, *Nietzsche als Gesetzgeber*, 1930, p. 28, dove invoca la restaurazione di questo diritto di petizione di libertà. "Non sarebbe forse giusto che i 'pionieri' che hanno rischiato la vita per qualcosa di straordinario avessero diritto a chiedere il perdono per una condanna?"

La grazia non si limita a fare da “valvola di sicurezza del diritto” [*Sicherheitsventil des Rechtes*], come dice Jhering. Essa è il segno che nel mondo esistono valori che si alimentano a sorgenti assai più profonde e si elevano a vette molto più alte di quelle del diritto.

*“Credi forse che possa esistere, anziché andare in rovina, uno Stato nel quale le sentenze pronunciate non abbiano alcuna forza, ma siano rese invalide e vanificate dai singoli uomini?”*

Socrate

## 25. *Il processo*

### **Indipendenza della magistratura. Rapporto di diritto processuale. La forza del giudicato.**

Il fine, secondo Jhering, è il creatore di tutto il diritto. Ma questo, appena creato, comincia a negare il proprio creatore; sorto da un fine, immediatamente pretende di valere per il fatto stesso della sua esistenza indipendentemente dal conseguimento del fine, cioè intende vivere come un fine a sé secondo la propria legge. Temerariamente è stata separata la legalità propria del diritto dall'attività finalistica dello Stato, la giustizia amministrativa dall'amministrazione. Questo è il senso del principio fondamentale *dell'indipendenza della giurisdizione*.

Questo principio presuppone conseguentemente l'idea che l'ordinamento giuridico e quello statale non siano la medesima cosa, che piuttosto il diritto si confronti con lo Stato con una propria autonomia legalità. Noi abbiamo riconosciuto l'esistenza di tre aspetti dell'idea del diritto, ossia la *giustizia*, l'*utilità* e la *certezza*. Se mediante la caratteristica dell'utilità, che è innanzitutto utilità dello Stato, l'idea del diritto è strettamente legata allo Stato, con le altre due supera i limiti statali; quindi la giustizia esige generalità ed eguaglianza della norma per tutti coloro che vi sono sottoposti indipendentemente dal fine dello Stato e la certezza giuridica esige validità del diritto positivo anche quando non risulti utile per lo Stato. Anche se l'utilità dello Stato può essere determinante per il contenuto del diritto, tuttavia la forma del giuridico sta al di fuori e al di sopra dell'influsso dei fini statali.

Certo è che il diritto, al di là di quelle sue determinazioni che vanno oltre l'influenza degli scopi dello Stato, è nuovamente coin-

volto con la vicenda dello Stato, ma in modo analogo a quanto accade per altri valori culturali, come l'arte e la scienza, che si inseriscono nella vita dello Stato elevandosi al rango di suoi scopi, cioè con piena autonomia, indipendentemente da qualsiasi considerazione sui fini statali. Il diritto è per lo Stato solo un mezzo per un fine, ma lo è nello stesso senso della scienza; lo Stato rende utili entrambi servendoli. Per la giustizia vige ciò che vige per la verità; ciò che è utile non è di per sé stesso vero (come sostiene il pragmatismo), ma viceversa ciò che è vero, in quanto può svilupparsi indipendentemente da qualsiasi finalità, è utile in grado eminente. Si ha perciò allo stesso tempo la promozione della scienza da parte del diritto e la sua libertà da esso. E se, non senza ragione, si sono ritenuti "conoscitivi" i giudizi nel campo dell'amministrazione della giustizia, è perché l'indipendenza della giurisdizione non vuol dire altro che la libertà della scienza trasferita nell'ambito della scienza giuridica pratica.

La relazione qui descritta tra il diritto e il suo fine, la nascita del diritto da un determinato fine e il riconoscimento della sua validità al di là di questo, si riproduce nella relazione tra diritto sostanziale e formale. Il diritto processuale ha il fine di aiutare la realizzazione del diritto sostanziale, ma esso ha valore in sé in modo assoluto, non solo cioè per il caso in cui non servisse a tale scopo, ma finanche nel caso in cui ne costituisse un impedimento. In tutti gli altri campi normativi possiamo confrontare imperativi categorici e altre normative in forma ipotetica, che servono a realizzare i primi e perciò valgono solo in quanto svolgono realmente tale finalità. Il diritto però conosce solo imperativi categorici e anche le norme processuali, pur essendo al servizio di quelle sostanziali, hanno tuttavia un carattere categorico e non ipotetico. Il tono di voce del comando giuridico non conosce gradazioni. Il legislatore non alza né abbassa mai la sua voce imperativa, esso esige ciò che esige sempre con eguale e assoluta volontà obbligante.

Questa indipendenza della validità del diritto processuale dalla sua utilità per la realizzazione del diritto sostanziale trova espressione dogmatica nella netta distinzione tra il *rapporto giuridico processuale* [*Prozeßrechtsverhältnisses*] e quello sostanziale a cui deve servire e conduce, a partire da questa base, a numerose conseguenze pratiche, tra le quali la più manifesta è la nota polemica circa il fatto che un difensore possa chiedere l'assoluzione di un imputato di cui

conosce personalmente la colpevolezza. Accanto al precetto giuridico che esige la punizione del colpevole ve n'è un altro di eguale valore, secondo il quale solo chi è risultato responsabile può essere condannato. Il difensore che chiede l'assoluzione del colpevole di cui non è stata provata la responsabilità resta perciò un difensore del diritto, sebbene non di quello sostanziale, quanto di quello processuale. L'idea di valore adatta a giustificare la validità del diritto processuale anche nei casi in cui contraddice le esigenze del diritto sostanziale è la certezza giuridica.

A un secondo livello la predetta relazione tra diritto e fine del diritto e tra diritto sostanziale e processuale risorge nuovamente nel diritto processuale con riferimento alla *forza della cosa giudicata* [*Rechtskraft des Urteils*]. Così come il diritto vale indipendentemente dal fatto che soddisfi o meno le finalità per le quali è nato, così come il diritto processuale vale indipendentemente dal fatto che serva o meno al diritto materiale per il quale è stato creato, allo stesso modo la sentenza, che deve garantire la situazione giuridica sostanziale e la correttezza del procedimento, ottiene la forza di cosa giudicata indipendentemente dal fatto di contraddire il diritto materiale o di essere derivata da un procedimento scorretto.

Di nuovo è la certezza giuridica che dà fondamento al giudicato fino alla sentenza ingiusta. Ma di fronte alla forza della cosa giudicata sorge un problema di cui ci siamo già occupati a proposito della validità della legge. Osservammo che solo la certezza giuridica può giustificare la validità del diritto ingiusto, ma che vi sono casi in cui la scorrettezza del contenuto, la sua ingiustizia o la sua disutilità, sono di una tale gravità che il valore della certezza con la forza del diritto positivo già esistente non è sufficiente a giustificarli. A questa possibile invalidità del diritto positivo dovuta alla sua ingiustizia corrisponde *l'assoluta nullità* della cosa giudicata nelle sentenze viziate da gravi difetti sia di ordine sostanziale che di ordine formale. Solo che in questi casi contro la validità delle sentenze non si erge semplicemente il contenuto ingiusto o disutile, bensì si sviluppa un conflitto all'interno della stessa certezza giuridica: contro la forza giudicata della sentenza, richiesta dalla certezza, si eleva l'esigenza, derivante dalla stessa idea, di realizzare il diritto sostanziale e formale.

Così si manifesta in un modo particolarmente acuto dentro il diritto processuale il fondamentale carattere di fragilità di tutto il

diritto, cioè il fatto che nel diritto il mezzo tende a trasformarsi in fine in sé: come per il diritto di fronte all'idea del diritto medesimo, così per il diritto processuale di fronte a quello sostanziale e così infine anche per la forza del giudicato della sentenza di fronte tanto al diritto sostanziale quanto a quello formale.

*“Diffidate, nobile signore, del fatto che il bene dello Stato  
non vi appaia anche come giusto”*  
F. Schiller

## 26. *Lo Stato di diritto*

### **Priorità del diritto o dello Stato? Teoria dell'identità. Teoria dell'autobbligazione. Soluzione del problema. Valori dello Stato di diritto formale.**

In che modo lo Stato è legato al suo diritto? Come sono ammissibili diritti degli individui nei confronti dello Stato? Come sono possibili il diritto e l'illecito dello Stato e della sua amministrazione? Come è possibile lo Stato di diritto? Questo problema si alimenta da lungo tempo nella forma della vessata questione se il diritto preceda lo Stato o se lo Stato invece preceda il diritto, cioè se lo Stato debba al diritto l'estensione e i limiti della propria forza di comando oppure se la forza del diritto sia determinata e delimitata dalla volontà dello Stato (1).

Le due possibili risposte alla questione incontrano entrambe difficoltà molto serie. L'idea che lo Stato precede il diritto deve passare attraverso la constatazione del fatto che lo Stato non è solo fonte del diritto, ma è esso stesso costruzione giuridica, che con la propria esistenza giuridica rappresenta un prodotto del diritto pubblico. L'idea contraria che il diritto precede ed è superiore allo Stato è minata dal fatto che il riconoscimento di un diritto precedente e superiore a quello dello Stato richiede una ripresa del giusnaturalismo oppure l'ancoraggio del diritto statale a quello consuetudinario, mentre i problemi fondamentali del diritto pubblico non si decidono con un pacifico uso del diritto, ma con il conflitto delle opinioni giuridiche a cui può porre fine solo il processo decisionale di un potere riconosciuto.

---

(1) Sul tema cfr. G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, 3 ed., 1921, pp. 364 ss.

La soluzione di questo dilemma è promessa dalla teoria kelseniana dell'identità di Stato e diritto. Non bisogna domandarsi affatto, egli sostiene, se c'è priorità del diritto o dello Stato, perché sono la stessa cosa. Per un giurista lo Stato esiste solo nel modo e nella misura in cui esso si esprime nella legge, non già come una forza sociale né come costruzione storica, ma solo come creatore ed epitome della sua legge. Già la parola "legislazione" indica, come tutte le parole con questa desinenza, tanto un processo quanto un risultato, una volontà e anche qualcosa di voluto. Se nella legislazione vediamo il contenuto di una volontà determinata, essa si mostra a noi come diritto, se invece vediamo una volontà di determinati contenuti, allora si personifica ai nostri occhi come Stato. La legislazione è lo Stato in quanto ordinamento ordinante ed è diritto in quanto ordinamento ordinato. Lo Stato e il diritto si rapportano tra loro come organismo e organizzazione. Lo Stato è il diritto come attività normativa, il diritto è lo Stato come condizione normativizzata; sono tra loro distinguibili ma non separabili.

Secondo questa concezione che identifica Stato e diritto — lo Stato sarebbe sempre nel diritto, lo Stato che operasse contro il diritto non sarebbe più Stato — il problema del vincolo dello Stato mediante il suo diritto non sarebbe dunque risolto, bensì eliminato; infatti, come l'affermazione che lo Stato agisce sempre secondo diritto non potrebbe concepirsi come una professione [*Bekanntnis*] di Stato di polizia, così l'affermazione che lo Stato che opera contro il diritto non sarebbe più Stato non potrebbe concepirsi come una professione di Stato di diritto — a meno che non s'intenda che *ogni Stato* sia Stato di diritto <sup>(2)</sup>. La teoria dell'identità ha un significato puramente analitico e definitorio ma nessun contenuto filosofico-giuridico e politico.

Ora questa teoria è riuscita a mostrare che il problema della priorità del diritto o dello Stato sarebbe un falso problema? Da un punto di vista puramente giuridico l'identità di Stato e diritto è indiscutibile. Da tale punto di vista lo Stato si autorappresenta in effetti nel diritto statale. Ma accanto a questo concetto giuridico dello Stato c'è un concetto reale. Ovviamente il concetto reale, storico-sociologico di Stato non può essere raggiunto senza quello giuridico, si tratta di un concetto giuridico reale con la medesima

---

(2) H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, 1925, p. 91, p. 100.

struttura dei concetti di realtà riferiti al valore. Lo Stato come realtà giuridica non è che il substrato nel quale il diritto, specialmente quello pubblico, dovrebbe realizzarsi, ma non è necessario che si realizzi proprio dal punto di vista della realizzazione giuridica, cioè con riguardo alla sua regolamentazione legale. Il concetto giuridico e quello reale dello Stato si rapportano fra loro più o meno in modo tale che “chi detiene il diritto di comandare si trasforma da soggetto di diritto formale in un gruppo di uomini al servizio dell’attuazione di quel diritto e trasforma lo stesso diritto di imperio nella possibilità o anche nella probabilità che i comandi impartiti da questo gruppo di uomini siano considerati legittimi ed effettivamente obbediti”<sup>(3)</sup>. Ma quando si contesta che due concetti così distinti dovrebbero pretendere parimenti per sé il nome di “Stato”, si può sottolineare che non solo in questo caso norma e substrato normativo vengono designati con lo stesso termine; si pensi ad esempio al termine “arte”, che è al contempo un concetto ideale, un modello con cui espellere ciò che non è artistico dal dominio dell’arte e un concetto reale che abbraccia tutte le opere d’arte di un’epoca, quelle artistiche e quelle *kitsch*; o anche a “scienza”, che vuol dire da un lato lo strumento di verità dell’attività conoscitiva con cui dichiarare non scientifica una falsa conoscenza, e dall’altro lato un concetto storico-culturale, che abbraccia in modo neutrale tanto la verità scientifica quanto l’errore; e infine allo stesso concetto di cultura, che può essere inteso sia come un modello ideale per le realtà culturali storiche e sociali, sia come la totalità di tutti questi fatti culturali.

La distinzione tra il concetto reale e quello giuridico di Stato può complicarsi ulteriormente, in quanto accanto a quello descritto c’è un altro concetto giuridico di Stato molto vicino a quello reale. In un altro luogo abbiamo distinto due classi di concetti giuridici: quelli autentici [*echte Rechtsbegriffe*], nei quali è riassunto il contenuto delle norme giuridiche, e quelli giuridicamente rilevanti, che sono contenuti nelle stesse norme e in particolare nelle fattispecie astratte come componenti di esse; una distinzione che si manifesta nel confronto tra il concetto di “proprietà”, come concetto comprensivo di un istituto giuridico con tutti i suoi presupposti e le sue conseguenze, e il concetto di “contratto”, come caratteristica di una

---

(3) Cfr. H. KANTOROWICZ, *Staatsauffassungen*, in « Jahrbuch für Soziologie », Bd I, 1925, p. 108, d’accordo con M. Weber.

fattispecie che fonda un diritto. Secondo questa distinzione il concetto giuridico dello Stato prima descritto è un concetto giuridico autentico, cioè è il contenuto dell'ordinamento riflesso nello Stato come suo soggetto, il diritto statale, o detto altrimenti il Reich tedesco come personificazione della Costituzione weimariana. Però il Reich tedesco appare numerose volte nelle norme della Costituzione come soggetto di diritti e di doveri e così lo Stato non è solo "un concetto giuridico formale" [*Rechtswesensbegriff*] ma anche un "concetto giuridico sostanziale" [*Rechtsinhaltsbegriff*] (4). In quest'ultimo senso esso appartiene alla categoria dei concetti giuridicamente rilevanti. Ora questi sono concetti della realtà extragiuridica, a cui l'ordinamento fa riferimento, che esso trasforma oppure modella in certi rapporti, ma che in fondo restano così come sono nella vita. Così anche il concetto giuridico sostanziale dello Stato si riferisce in ultima istanza allo Stato come realtà di fatto, in modo tale che il concetto reale dello Stato penetra nel campo del diritto come concetto giuridicamente rilevante.

La questione della priorità dello Stato o del diritto si riferisce per un verso al concetto normativo di diritto e per altro verso al suo concetto reale. Tra i due concetti non c'è alcuna identità ma la più forte tensione, come quella che si stabilisce sempre tra norma e realtà, anche se qui è più pronunciata. La norma "diritto" è in un certo senso una norma inadeguata alla realtà "Stato", e anche l'idea del diritto non si identifica con quella statale, in quanto il diritto unitamente al fine dello Stato è servitore di un'idea che può entrare in conflitto col fine: *la certezza giuridica*, e anche di un'altra idea prima estranea allo Stato, cioè *la giustizia*. Lo Stato, per così dire, accetta in un secondo momento la giustizia e la certezza come suoi fini, fino a sacrificare per loro una parte della ragion di Stato medesima, cosicché la sostanziale estraneità del diritto come modello da cui lo Stato è misurato, cioè la divaricazione tra diritto e Stato viene in qualche modo ad allentarsi. Ci ritroviamo di nuovo davanti alla questione della priorità dello Stato o del diritto in conseguenza dell'insuccesso della dimostrazione dell'inermità di questo tema.

Un tentativo fatto in vista di conciliare la priorità dello Stato con l'obbligatorietà del diritto è la teoria dell'autolimitazione dello Stato mediante il proprio diritto [*Selbstbindung des Staates an sein Recht*]

---

(4) H. Kelsen, cit., p. 275.

(G. Jellinek). Ma abbiamo già notato nella precedente critica della teoria del contratto che la supposta autolimitazione giuridica in verità non è autonomia ma è eteronomia, che non è la volontà ad autovincolarsi, ma è semmai la volontà di oggi a sottomettersi a quella di ieri, la volontà del soggetto empirico a sottoporsi a quella del soggetto ideale. Analogamente nella supposta autolimitazione dello Stato nei confronti del suo diritto si distinguono lo Stato vincolante e quello vincolato; quello vincolato è lo Stato come realtà giuridica, quello vincolante è lo Stato inteso come compendio del suo diritto, lo Stato nell'unico senso in cui è inteso nella questione; secondo il suo concetto reale questo è l'ordinamento giuridico stesso, cosicché ci ritroviamo ad affrontare la questione per niente semplificata di sapere quale norma extrastatale obblighi lo Stato verso il proprio diritto. La teoria di Jellinek della "normatività del fattuale", che in definitiva dipende dal fatto che, secondo la concezione di una determinata epoca, lo Stato si vincola o meno a sé stesso mediante una dichiarazione astratta di volontà non risponde alla domanda ma le dà un taglio. La normatività del fattuale è un paradosso: da un essere non può mai sorgere un dover essere, un fatto come la concezione di una determinata epoca può diventare normativo solo se una norma gli ha conferito questa normatività.

Ci rivediamo quindi sospinti oltre la legge positiva e oltre lo Stato, e non nel mondo dei fatti, ma in quello delle norme, che non sono più statali né positive, ma che possono essere solo di diritto naturale. Come già è stato mostrato, in effetti il positivismo giuridico e statale, pensato fino in fondo, presuppone un principio giusnaturalistico: "Quando in una comunità c'è un detentore del potere supremo, bisogna obbedire ai suoi ordini". Nelle nostre riflessioni sulla validità del diritto abbiamo ammesso la giustificazione di un tale potere imperativo del sovrano in un determinato momento, perché egli soltanto può mettere fine d'autorità alla lotta delle opinioni, o in altre parole, egli soltanto è nelle condizioni di rendere valida ed effettiva la sua decisione potendo garantire la certezza giuridica. Ora se la certezza giuridica è il fondamento del diritto di legiferare di ogni potere statale, dev'essere anche il suo limite. Solo per la validità certa delle sue leggi allo Stato spetta il diritto di legiferare. Questa certezza verrebbe meno se lo Stato medesimo potesse liberarsi dal vincolo verso le proprie leggi. L'idea stessa di certezza che chiama lo Stato a legiferare esige anche la soggezione

alle leggi. Lo Stato è chiamato a legiferare solo a condizione di tenersi sottomesso alle sue leggi. Accanto al precetto giusnaturalistico che autorizza la legislazione del sovrano ce n'è un altro, strettamente legato al primo e anch'esso giusnaturalistico, che richiede la soggezione del potere alle sue leggi. Il detentore del potere perde la sua legittimazione nel momento in cui rifiuta di rispettare le proprie leggi. Unitamente all'acquisizione del potere statale si accetta in via necessaria e ineludibile l'obbligo di rispettare lo Stato di diritto. Lo Stato è soggetto al proprio diritto positivo mediante un diritto metapositivo, naturale, mediante quel medesimo precetto che solo può fondare la validità del diritto positivo.

Questo legame minimo dello Stato verso il proprio diritto positivo legislativo è stato inteso come uno svuotamento giuspositivistico dell'*idea di Stato di diritto*, ma occorre ricordare che, nella sua forma originaria, questa idea significava soggezione ai diritti prestatali degli individui e al diritto naturale, mentre adesso si esige che significhi nuovamente l'applicazione di una determinata idea del diritto, e non di un suo concetto generale, alle relazioni tra individui e Stato<sup>(5)</sup>. Ma non bisogna sottovalutare neppure la semplice applicazione del concetto di diritto alla costruzione dello Stato di diritto. Può dirsi diritto solo ciò che tende alla giustizia. Con la giustizia è posta anche l'eguaglianza. Un ordine dello Stato che pretendesse di valere solo per alcuni individui o per alcuni casi particolari non sarebbe diritto ma arbitrio. Nella realtà politica questa idea ha una forza sufficiente a costringere arbitrii ed interessi a rivestirsi almeno di una forma giuridica. Questo punto è stato esposto in precedenza (cap. 2). In quel contesto abbiamo visto come la libertà, richiesta dalla classe borghese nel proprio interesse, per il fatto di essere riconosciuta in forma giuridica, doveva necessariamente tornare utile anche al "quarto stato", anche contro gli interessi della stessa borghesia, nella forma della libertà di associazione. Ma molte disposizioni arbitrarie dello Stato sono state interpretate dagli organi giurisdizionali come valide e perciò coerenti con il principio di eguaglianza. L'interpretazione esercitata da un corpo di notabili del diritto (M. Weber), il cui onore professionale include l'abile manipolazione degli affari legali, è il veicolo di quella legalità propria della forma giuridica, la quale libera il diritto dalle radici dei

---

(5) F. DARMSTAEDTER, *Die Grenzen der Wirksamkeit des Rechtsstaats*, 1930.

suoi interessi e lo fa valere finanche contro questi. Grazie ad essa la classe sottomessa può aver interesse alla realizzazione del diritto stabilito da quella dominante. Così, molte volte nella lotta per il diritto la classe dominata diventa guardiana dell'ordine giuridico che le è stato imposto, perché questo diritto di *classe* è tuttavia *diritto* di classe, e perciò con esso l'interesse della classe dominante non emerge nella sua nudità, ma si riveste di forma giuridica e la forma del diritto, a prescindere dal suo contenuto, è sempre al servizio dei dominati.



*“I giuristi sono spesso nemici di Cristo, si dice: buon giurista cattivo cristiano”*

Lutero

## 27. *Il diritto della Chiesa*

### **Il cattolicesimo. Rudolph Sohm. Lutero. La costituzione della Chiesa evangelica.**

La filosofia del diritto della Chiesa è una sezione della filosofia della religione del diritto, la questione riguardante la Chiesa e il suo diritto è una parte del problema dei rapporti tra religione e diritto. Quando il cattolicesimo afferma che il diritto della Chiesa discende da Dio, allora ogni altro diritto deve derivare dalla stessa fonte. Quando Lutero considera il diritto come qualcosa di totalmente terreno, intende riferirsi anche al diritto della Chiesa, è anch'esso diritto senza Dio. E non si può affermare con Rudolph Sohm che il diritto della Chiesa è in contrasto con l'essenza della Chiesa senza ritenere con Tolstoj che in realtà tutto il diritto è in contrasto con la religione, ogni diritto è contro Dio.

Per il *cattolicesimo* la Chiesa è una e la medesima sia in senso religioso sia in senso giuridico, il diritto della Chiesa ha lo stesso significato religioso della dottrina della Chiesa, è anch'esso di istituzione divina. Per Dio che li ha istituiti la dottrina e il diritto della Chiesa possono stare tra loro in un rapporto di fine a mezzo; entrambi hanno la stessa obbligatorietà per l'uomo, non condizionata ma categorica. Ciò vuol dire che il diritto della Chiesa non è un puro strumento per il fine della vita religiosa, ma un fine in sé. Così dall'istituzione divina discende il valore proprio della Chiesa: esso non è limitato a un servizio reso alla vita religiosa dei credenti, ma è un valore in sé e va al di là degli effetti santificanti per i fedeli. Non è pertanto una forma sociale, né tantomeno una personalità associativa sovraindividuale, ma una comunità transpersonale di opere, istituzione non corporazione. Il sacerdote che offre il sacrificio della Messa, non per gli altri credenti, la cui presenza non è necessaria, né per sé stesso, giacché il miracolo della messa non si realizza *ex opere*

*operantis*, bensì *ex opere operato* e solo in virtù della stessa transustanziazione, è un simbolo di questa missione sovraperonale della Chiesa. Egualmente decisivo per l'organizzazione della Chiesa è che essa non si costruisce dal basso, partendo dai beneficiari dei suoi beni di salvezza, ma dall'alto, a partire da coloro che partecipano della sua forza religiosa santificante; è costruita in modo gerarchico e autoritario. L'origine divina del diritto della Chiesa determina la sua posizione rispetto allo Stato e al suo diritto. Ogni diritto partecipa della divinità del diritto della Chiesa. Accanto al diritto rivelato da Dio, su cui si basa quello della Chiesa, c'è il diritto naturale donato da Dio agli uomini, la cui realizzazione spetta allo Stato. Il diritto della Chiesa e quello dello Stato, in quanto quest'ultimo si mantenga fedele al suo compito, emanano entrambi dalla stessa fonte divina e non possono perciò entrare in conflitto. Se il diritto statale si allontana dall'origine divina, priorità innegabile è data alla legge divina. Si sviluppa in questo modo con assoluta coerenza un mondo giuridico unitario attorno al centro dominante della legge divina rivelata.

Il pericolo di questa equiparazione tra spirito e diritto della Chiesa, che è il punto di partenza del sistema del cattolicesimo, è stato acutamente descritto da Günther Holstein: "Quando si vogliono proteggere il Verbo e lo Spirito con il Diritto e l'Ufficio e si crede così di tenere uniti tra loro Ufficio, Diritto e Spirito, in verità si finisce per porre il Diritto e l'Ufficio al di sopra del Verbo e dello Spirito e così, come conseguenza inevitabile, non saranno il Verbo e lo Spirito a decidere sulle modalità e sui comportamenti dell'Ufficio, ma le autorità giuridiche a determinare con le loro decisioni i modi e i contenuti del Verbo" <sup>(1)</sup>. In fondo c'è il pericolo descritto da Dostoevskij nel suo grandioso racconto del Grande Inquisitore davanti al Salvatore risorto come la realtà della Chiesa cattolica. E torna qui anche la dottrina di Sohm sulla contraddizione tra Chiesa e diritto. Il formalismo e la coazione del diritto sono incompatibili con l'essenza della Chiesa, che deve fondarsi sulla fede e sull'amore e quindi sull'intimità e sulla spontaneità. Il formalismo giuridico non può decidere sulla beatitudine né la coazione giuridica può obbligare a una vita cristiana. In verità la tensione tra il giuridico e il religioso non si fonda solo sulla coazione e sul formalismo, ma anche sulla natura fondamentale della mentalità

---

(1) G. HOLSTEIN, *Die Grundlagen des evangelischen Kirchenrechts*, 1928, p. 220.

giuridica che si limita al sintomatico, cioè all'esteriorità. Mentalità giuridica vuol dire considerare come essenziale la condotta esterna e come questione minore la coscienza da cui quella emerge; significa accontentarsi della conformità della condotta esterna con la legge senza esigere una corrispondente coscienza; vuol dire vedere nell'adempimento dei doveri giuridici solo l'assolvimento di una pretesa eteronoma e un precetto che ci obbliga dall'esterno. Invece dal punto di vista religioso tutto è questione di coscienza, fede e amore; fede e amore verso ciò che non ci obbliga, né come pretesa eteronoma né come comando coattivo, ma un flusso libero dell'anima. Nel diritto però il più delle volte non c'è solo un dovere di fronte a un diritto, ma c'è una facoltà di un soggetto di fronte a quella di un altro nei rapporti contrattuali. È questa l'essenza della giustizia commutativa, che si può caratterizzare come compensazione di due egoismi e che vuol dire, secondo il precetto *do ut des*, che bisogna procurare il vantaggio altrui solo se in esso c'è anche quello proprio, il che rappresenta esattamente il contrario del rapporto fondato sull'amore. Le contraddizioni tra il diritto da un lato e l'amore e la fede dall'altro obbligano a riconoscere pensando fino in fondo non soltanto con Sohm un'opposizione tra la Chiesa e il suo diritto, ma con Tolstoj un'opposizione in assoluto tra religione e diritto; le esigenze dell'etica cristiana dell'amore valgono non solo per la vita interna della Chiesa, ma per la vita intera, cosicché il conflitto con la legge c'è dovunque. Quindi non il diritto della Chiesa, ma ogni diritto sarebbe contro Dio.

Come per il cattolicesimo Dio ha ordinato al mondo e alla Chiesa le loro leggi, anche per Sohm e per Tolstoj la forma giuridica della Chiesa e del mondo riposano sull'ordinazione divina, solo che questa, contrariamente all'idea cattolica, sarebbe diretta alla liberazione da ogni regolamentazione giuridica, ad una comunità d'amore di tipo anarchico. "Il cattolicesimo insegna che Cristo ha dato alla sua Chiesa una struttura giuridica prestabilita e immutabile nella sue linee fondamentali. Sohm insegna che Cristo dal principio le ha dato una struttura invariabile, ma tale da escludere completamente e definitivamente ogni legame con il diritto. Si tratta di due posizioni erronee" (2). Secondo la *concezione luterana* Cristo non ha né ordinato né vietato un ordinamento giuridico della sua Chiesa: il diritto in sé non proviene da Dio e non è neppure diretto contro di lui, è

---

(2) Cfr. W. KAHL, *Lehrsystem des Kirchenrechts und der Kirchenpolitik*, 1894, p. 74.

semplicemente senza Dio; contro Dio può esserlo solo quando si affermi la sua origine divina e quando poi il diritto della Chiesa finisca per penetrare nel campo riservato allo spirito della Chiesa. “Il governo del mondo ha delle leggi che non possono estendersi al di là della tutela del corpo, dei beni e di quanto si trova sulla terra, ma sulle anime Dio non può e non vuole altro governo che quello proprio. Se perciò un potere terreno comincia a legiferare sulle anime, invade il governo di Dio, corrompe e rovina le anime. Bisogna distinguere con attenzione i due ambiti e rispettarli entrambi; l’uno rende santi, l’altro crea le condizioni della pace e impedisce le cattive azioni” (3).

Sohm e Tolstoj ritengono che il diritto incessantemente “si permette di legiferare sulle anime” [*den Seelen Gesetz zu geben*] dal momento che l’ambito della vita cristiana è illimitato, ma lì dove arriva la mentalità giuridica necessariamente finisce la vita cristiana. Tuttavia anche se il diritto fosse anticristiano, non vi può essere una cristianità senza diritto, almeno una cristianità che non consideri come suo unico adempimento un eroismo dell’amore. La stessa etica cristiana non pretende nulla di sovrumano dagli uomini, ma solo qualcosa di umano, quando chiede di amare il prossimo come sé stessi, e fissa un minimo di sicurezza e di autoconservazione, cioè quelle condizioni giuridiche necessarie al raggiungimento di questo scopo. Solo quando la tendenza all’autoconservazione è stata in parte soddisfatta, l’impulso dell’amore del prossimo può farsi avanti nella coscienza.

Così Lutero è andato progressivamente concedendo uno spazio sempre più ampio al diritto unitamente all’amore, senza sciogliere mai la tensione esistente tra amore e diritto; anzi la tensione si è sviluppata in ogni singola anima e giunta al suo grado estremo. Cristo con la sua dottrina della non resistenza al male pensava agli uomini in quanto cristiani, non in quanto uomini di governo. “Cristo lasciò all’autorità il suo diritto e il suo ufficio e insegnò ai cristiani considerati come uomini privi di responsabilità di ufficio e di governo come vivere nel rispetto della loro persona, di modo da non desiderare mai vendetta ed essere disposti quando qualcuno percuoteva la loro guancia, se necessario, ad offrire anche l’altra”. All’autorità spetta di garantire il diritto, ma chi è vittima di un torto

---

(3) Cfr. A. KÖHLER, *Luther und die Juristen*, 1873, pp. 8 ss.

non deve fare nulla per sé: “Il potere quindi deve aiutarlo e proteggerlo da solo o tramite altre sollecitazioni, ma senza che egli lo chieda, lo cerchi o lo suggerisca. Se ciò non viene fatto, la vittima deve lasciarsi uccidere e calunniare, senza opporsi al male, secondo le parole di Cristo”. Più tardi Lutero ha consentito la difesa del proprio diritto non solo mediante l'autorità ma anche per mano dello stesso individuo: “Un cristiano dev'essere in un certo senso una persona del mondo, perché almeno con il suo corpo e con i suoi beni è sottomesso a Cesare... e se appartiene a una classe o ad un ufficio, se ha casa e cortile, moglie e figlio, tutto questo è di Cesare. Sei un cristiano rispetto alla tua persona, ma rispetto al tuo servitore sei un'altra persona e sei obbligato a proteggerlo. Ora stiamo parlando di un cristiano nella vita di relazione, non di un cristiano in sé, ma di un cristiano legato nella vita ad un'altra persona, posta sopra, sotto o accanto a lui” (4). Il cristiano pertanto deve vivere in due mondi: come cristiano in un mondo e come essere terreno in un altro, però con riguardo al mondo del diritto deve fare come se non dovesse affatto vivervi.

Il diritto resta del tutto inessenziale e profano, completamente mondano, privo di relazione con la religione e religiosamente indifferente. “Il diritto di questo mondo è un diritto debole, limitato e impuro, che conserva a malapena la pace temporale e la vita del corpo”. In esso non c'è alcuna distinzione tra diritto della Chiesa e diritto dello Stato, perché per Lutero il *diritto* ecclesiastico era *diritto statale*. Il suo interesse si limitava alla riforma della dottrina della Chiesa, il diritto riguardava l'opera umana senza alcun significato religioso. L'organizzazione episcopale della Chiesa cattolica, in quanto forma giuridica senza valore religioso, avrebbe potuto sopravvivere se fosse stata riempita del contenuto della vera dottrina evangelica. Così però non fu e quindi si dovette dare al protestantesimo una propria organizzazione giuridica al di fuori della Chiesa cattolica. Lutero tuttavia, con apostolico idealismo e con assoluta indifferenza verso ogni esteriorità che fosse priva di valore religioso, pensava che l'organizzazione legale non era affare religioso ma mondano, e pertanto spettava allo Stato e non alla Chiesa. Il signore territoriale come “membro eminente della Chiesa” ha il dovere di fare uso della propria forza anche per servire la Chiesa, organizzarla

---

(4) A. KÖHLER, cit., p. 12, pp. 13 ss.

e governarla all'interno dello Stato. "Tutto il diritto è a disposizione della spada del potere temporale e della sua autorità: non c'è differenza significativa tra diritto della Chiesa e diritto mondano" (5).

Da questa concezione luterana del diritto deriva (non così nel calvinismo) che lo spirito protestante nella sua pura costituzione statale della Chiesa non trova alcuna espressione organizzativa; deriva altresì che un'unica Chiesa spirituale aveva diverse organizzazioni giuridiche all'interno di ogni confine territoriale, e poi unitamente allo Stato territoriale anche la Chiesa si sottoponeva al potere ambivalente del signore assoluto. Lo Stato chiamato da Lutero ad organizzare la Chiesa era da lui considerato sempre come Stato cristiano, di modo che la sua autorità suprema non era solo la guida del potere statale, ma anche un membro della Chiesa a essa obbligato. A mano a mano che lo Stato cristiano si secolarizzava, i suoi organi dovevano apparire sempre più come corpi estranei nella vita costituzionale della Chiesa. Così, in un processo durato diversi secoli di lavoro giurisprudenziale e legislativo, si realizzò la graduale separazione della Chiesa evangelica dallo Stato, la sua evoluzione verso l'indipendenza e l'unità, che ha trovato la sua conclusione nel testo della Costituzione di Weimar: "Non esiste alcuna Chiesa di Stato" (art. 137). Nel contempo la Chiesa evangelica rifletteva progressivamente sulla propria corretta forma giuridica. In opposizione alla concezione cattolica, che conferisce alla Chiesa un autonomo valore religioso, la dottrina evangelica la considera un'istituzione fatta per uomini, posta al servizio dell'unica realtà che ha un autentico valore religioso, cioè l'anima umana, e secondo la loro costituzione dev'essere costruita dal basso, dagli individui. All'organizzazione transpersonalistica e autoritaria della Chiesa cattolica si oppone in quella evangelica una volontà di organizzazione individualistico-corporativa. Se è consentito applicare categorie politiche alla costituzione ecclesiastica, possiamo qualificare la Chiesa evangelica nei suoi tratti fondamentali come democratica e liberale: democratica, perché secondo l'idea religiosa del sacerdozio universale la sua organizzazione si fonda in ultima istanza sui propri fedeli; liberale, in quanto in essa trova spazio la sovranità della fede, cioè la

---

(5) G. HOLSTEIN, cit., p. 87.

sovranità di Dio che dona la fede e quindi a essa dev'essere negato di esercitare influenza lì dove comincia la vita effettivamente religiosa della Chiesa.

Siamo infine arrivati al punto in cui la separazione tra Chiesa cattolica ed evangelica in termini di concezione del diritto delle Chiese trova il suo sviluppo coerente. Per il protestantesimo la Chiesa, nel senso della fede, non può accettare la forma di un diritto ecclesiastico, in quanto la fede non significa tanto la *fides quae creditur* quanto la *fides qua creditur*, perché essa, non concepita come complesso di verità intellettuali, ma come processo individuale, emotivo, volontaristico, è incapace di una conformazione giuridica. Per il cattolicesimo, al contrario, il diritto della Chiesa, come protezione giuridica di un nucleo stabile di verità di fede, è tanto possibile quanto necessario <sup>(6)</sup>.

---

<sup>(6)</sup> Cfr. H. BARION, *Rudolph Sohm und die Grundlegung des Kirchenrechts*, in « Recht und Staat », fasc. 81, 1931.



*“La comunità tra i popoli della terra sempre più stretta e diffusa è giunta ad un punto tale che una violazione del diritto commessa in un certo luogo della terra è sentita ovunque; cioè l’idea di un diritto mondiale non è più una rappresentazione fantasiosa ed esagerata del diritto, ma un necessario complemento del codice non scritto, interno ed internazionale, dei diritti pubblici dell’uomo e della pace perpetua”*

I. Kant

## 28. *Il diritto internazionale*

**Il problema. Individualismo: lo Stato mondiale. Sovraindividualismo: il dogma della sovranità e la negazione del diritto internazionale. Transpersonalismo: diritto internazionale. La realtà del diritto internazionale.**

È proprio dell’essenza dell’ordinamento giuridico essere universale. Il diritto non può dare una regolamentazione parziale senza prendere posizione sulla stessa scelta delle parti regolamentate delle relazioni umane e di quelle non regolamentate, che vengono escluse dagli effetti giuridici. Perciò “uno spazio giuridico vuoto” [*rechts-leerer Raum*] è tale solo per volontà propria dell’ordinamento e in assoluto non può mai dirsi giuridicamente vuoto in senso stretto, come un ambito giuridico privo di validità, ma semmai regolato in senso negativo, mediante la negazione di tutti gli effetti giuridici che riguardano i fatti regolati. In questo supposto spazio giuridico vuoto l’ordinamento non ha voluto nulla, cioè ha voluto un non volere, che sarebbe una contraddizione in termini. Un’apparente anarchia accanto o al di sopra di un certo ordinamento è invero una regolamentazione anarchica dell’ambito dei fatti in questione da parte dell’ordinamento, abbandonati al libero gioco delle forze in essi operanti. Dal punto di vista di un determinato ordinamento giuridico può esistere un altro ordinamento solo se ha ricevuto dal primo un ambito di vigenza e questo a sua volta solleva la pretesa di valere per sé e di creare la possibilità di un altro ordinamento valido. Ciò perché la pretesa di validità di ogni ordinamento abbraccia tutto il globo; il fatto che il diritto privato o penale internazionale siano parti dell’ordinamento giuridico nazionale mostra già chiaramente la

pretesa del diritto interno di regolare fattispecie straniere anche solo in via negativa, impedendo i loro effetti giuridici sul territorio. Ogni ordinamento pretende di essere universale, in ciascun ordinamento è contenuto il postulato dell'“unità del sistema normativo” (H. Kelsen). In questo modo, da un lato sorge la necessità concettuale del coronamento del sistema giuridico con un diritto universale — ogni ordinamento nazionale ritiene di contenere in sé questo compimento universale —; d'altro canto, poiché ogni ordinamento conserva tale pretesa in conflitto con gli altri, per esigenze di certezza giuridica si finisce per postulare un diritto internazionale *al di sopra* di tutti quelli nazionali. Risulta così già posta in chiaro la problematica del diritto internazionale e la contraddizione tra la sua pretesa di validità universale, che sola può concedere a ciascun ordinamento un ambito particolare di validità, e la pretesa di validità universale di ciascun diritto territoriale particolare, da cui dipende la validità del diritto internazionale.

*La concezione giuridica individualistica* risolve la problematica in un modo molto semplice. Il singolo Stato è destinato a dissolversi in un futuro *Stato universale*: l'individuo senza individualità e senza nazionalità, l'elemento atomistico dello Stato individualistico è il cittadino del mondo. Il processo ideale che comincia con l'individuo porta necessariamente a uno Stato cosmopolitico senza nazionalità. La particolarizzazione dell'umanità in Stati e nazioni è frutto di casualità storica e provvisoria, dalla concezione individualistica dello Stato deriva come conseguenza lo Stato comprensivo dell'intera umanità che non incontra mai la nazione sul proprio cammino. “Quando procede coerentemente l'individualismo può giungere ampliando i confini dello Stato fino allo Stato mondiale, ma non giunge mai al diritto internazionale, inteso come ordinamento sovrastatale e interstatale” (1). Può darsi che lo Stato torni alle nazioni considerate come divisioni amministrative, come province linguistiche dell'umanità, ma dal punto di vista sistematico, naturalmente non da quello storico, la nazione si concepisce come posteriore allo Stato mondiale e non anteriore ad esso, così come la comunità è pensabile solo nello Stato. L'idea pura del diritto non tiene in alcuna considerazione in sé e per sé la separazione della società umana in diversi Stati. Dalla validità universale della legge giuridica deriva

---

(1) J. BINDER, *Philosophie des Rechts*, 1925, p. 562.

direttamente la necessità di una comunità giuridica estesa a tutta la società. L'esistenza di una pluralità di Stati come in generale di comunità politiche è giuridicamente casuale. Il diritto non la richiede né la rifiuta. È una questione di opportunità se e fino a che punto possa considerarsi auspicabile l'esistenza nella società di organizzazioni giuridiche separate corrispondenti ai confini casuali offerti dai limiti geografici, dalla lingua, dagli usi e costumi, dalla religione, dalla razza e altro ancora. Così sostiene Leonard Nelson (2). Da questo modo di pensare potrebbe dedursi uno Stato mondiale decentrato ma non una società di nazioni. In effetti per Kant la società delle nazioni, intesa come libera unione di Stati, è solo un surrogato dello Stato mondiale mai realizzabile in pratica (3). Ma lo Stato mondiale porta in sé la carenza di individualità propria dell'individualismo su cui è fondato. Partendo dall'umanità astratta dell'uomo non si arriva all'umanità come totalità concreta, bensì alla totalità astratta, si arriva all'umanità come "nome generico del sistema naturale" e non come "soggetto generico storico-reale" (M. Scheler). Lagarde chiamava tale Stato dell'umanità "l'internazionale grigio".

L'idea di Stato mondiale sorge in un'epoca in cui dal punto di vista giuridico si considerava lo Stato solo come "associazione di uomini sotto norme giuridiche" (I. Kant) e in cui non era ancora stato concepito il doppio legame con i concetti di nazione e di potenza. L'idea dello Stato come potenza nazionale trovò la sua espressione giuridica nel *dogma della sovranità*. Nei tentativi di pensare la sottoposizione dello Stato sovrano al diritto internazionale si reiterano passo per passo gli sforzi inutili della teoria individualistica del diritto di fondare l'autorità dello Stato partendo dagli individui sovrani e dai loro diritti inalienabili. In entrambi i casi si cerca la soluzione del problema nell'idea dell'autolimitazione, nel senso che, così come lo Stato si fondava sul contratto sociale, ora il diritto internazionale si basa sul consenso degli Stati. In entrambi i casi una più esatta considerazione del problema mostra che la supposta autolimitazione non è un vincolo proveniente dall'esterno. "Con l'idea dell'autolimitazione possono spiegarsi tutte le cose meno una: se debba esserci il diritto internazionale, se debba esistere

---

(2) *System der philosophischen Rechtslehre und Politik*, 1924, pp. 511 ss.

(3) H. KRAUS, *Das Problem internationaler Ordnung bei Immanuel Kant*, 1931, p. 30.

un'obbligatorietà eteronoma, in forza della quale una violazione della supposta autolimitazione rappresenti violazione giuridica" (4). La nozione di autolimitazione poteva sorgere solo quando l'individualità concreta fosse stata sostituita dall'individuo astratto, guidato unicamente dal suo vero interesse. Partendo dall'individualità concreta non si approda mai al contratto sociale, ma solo all'anarchia. Allo stesso modo, partendo dall'individualità statale concreta non si può approdare in modo rigoroso al diritto internazionale, ma solo all'anarchia degli Stati, al "diritto anarchico" [*anarchisches Recht*], (G. Jellinek), che è una contraddizione in termini, ad un "diritto di coordinamento", pensabile sulla base di un diritto di subordinazione come il diritto privato, ma non come un ordinamento giuridico che non riconosce altro ordine sopra di sé, come quello internazionale. L'autolimitazione parziale mediante un concreto contratto non è pensabile sulla base di un coordinamento anarchico. Se nessuna norma superiore assoggetta il mio volere di oggi a quello di ieri, non si comprende perché debba restarvi legato. Di conseguenza come l'anarchismo, nella sua forma più acuta in Max Stirner, nega l'obbligatorietà del contratto, allo stesso modo il dogma della sovranità mediante il riconoscimento della clausola *rebus sic stantibus* conduce almeno a un considerevole affievolimento del carattere vincolante del diritto internazionale. Dal dogma della sovranità deriva conseguentemente la negazione della natura giuridica del diritto internazionale e della forza obbligatoria dei contratti tra Stati (5).

Anche il dogma della sovranità richiede una critica a esso immanente. La concezione del diritto internazionale come diritto anarchico di coordinamento deriva dalla possibile esistenza nel medesimo tempo di una pluralità di Stati sovrani. Tuttavia, la verità è "che lo Stato, nel proclamarsi sovrano, presupponendosi in via assoluta come un essere giuridico *supremo*, deve ritenersi *l'unico* soggetto giuridico; altrimenti detto, la sovranità di uno Stato esclude quella di tutti gli altri ed esclude ogni altro Stato come comunità

---

(4) Cfr. R. THOMA, *Jus naturae et gentium, eine Umfrage zum Gedächtnis des Hugo Grotius*, in « Zeitschrift für internationales Recht », vol. 24, 1925, p. 67.

(5) H. HELLER, *Souveränität*, 1927, p. 161, dove determina precisamente la sovranità come proprietà dello Stato, in virtù della quale, in base alla pretesa assoluta all'autoconservazione, "si afferma in modo assoluto, anche contro il diritto".

sovrana” (6). “La sovranità di uno Stato immediatamente escluderebbe quella di un altro e in tal modo annullerebbe anche sé stesso come principio giuridico universale” (7). Si pensa solitamente a ciascuno Stato come sovrano nel proprio dominio, ma una pretesa di validità assoluta in un ambito limitato è una contraddizione in termini. Che la sovranità non possa limitarsi a un determinato ambito di materie è risultato chiaro con riguardo alla polemica contro la divisione della sovranità nello Stato federale. E ciò non è meno certo rispetto all’ambito territoriale. Se ciascun ordinamento sovrano non fa valere la sua pretesa di dominio su tutta la terra è perché mediante una prudente autolimitazione si ferma all’ambito dei propri confini, non perché un altro ordinamento glielo imponga; se dovesse cedere il passo, non sarebbe più sovrano. Ciascuno Stato traccia le proprie frontiere (art. 2 Cost. imper.) e dal punto di vista del dogma della sovranità non è che una felice casualità che le frontiere che uno Stato si è dato coincidano con quelle che lo Stato vicino ha tracciato per sé. Se la casualità è inspiegabile, occorre dire che il dogma della sovranità non sa spiegare neanche un fatto tanto semplice come la coincidenza delle frontiere degli Stati nelle loro costituzioni. E inoltre è incapace di spiegare il riconoscimento reciproco degli Stati come soggetti giuridici equiparati, contraenti di un patto. Rispetto al dogma della sovranità sorgono qui le stesse obiezioni che si manifestano nelle relazioni tra lo Stato e la Chiesa con la teoria legale e la teoria del privilegio a proposito del concordato; a ciascuno Stato sembrerà una concessione graziosa, elargita con atto unilaterale, il riconoscimento e la promessa contrattuale fatta a un altro Stato. L’immagine della coesistenza degli Stati, offerta dal dogma della sovranità, non è quella di una comunità giuridica di soggetti di diritto obbligati a un riconoscimento reciproco, ma quella di un’arena piena di belve feroci, ciascuna delle quali pretende per sé tutto lo spazio e che, non potendo annientare o scalzare l’altra, si limita nel frattempo a girarle intorno sibilando e ringhiando in una riluttante tolleranza. L’idea della sovranità dello Stato è identica a quella giusnaturalistica dell’uomo-sovrano che porta nello Stato i suoi diritti prestatati e pretende che questo si adatti alla misura dei propri diritti. Nel frattempo si è compreso che

---

(6) Così H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, 1925, p. 106.

(7) Così L. Nelson, *cit.*, p. 517.

l'uomo non entra nello Stato come un soggetto di diritto, ma lo diventa proprio grazie allo Stato. La sovranità non è altro che la caratteristica del soggetto di diritto internazionale: uno Stato non è soggetto di diritto internazionale in quanto sovrano, ma è sovrano in quanto soggetto di diritto internazionale [*er ist souverän, weil er Völkerrechtssubjekt ist*]. Il concetto di sovranità non si ricava da una speculazione giusnaturalistica indipendentemente dal diritto internazionale, ma piuttosto si ricava dal diritto internazionale medesimo e, una volta conseguito per questa via, non vuol dire che uno Stato non abbia su di sé alcun potere giuridico, ma vuol dire, come bisogna necessariamente concludere, che esso è legato in modo diretto al diritto internazionale, e che "in base al diritto non è obbligato a obbedire ad altre norme giuridiche se non a quelle del diritto internazionale" (8). Così un diritto internazionale posto sopra gli Stati sovrani non è più una contraddizione in termini, ma diventa una tautologia.

L'esistenza degli Stati nazionali, uniti fra loro dal diritto internazionale e da una società di nazioni, è l'obiettivo di politica estera della *cultura* e del *pensiero transpersonalistico*. Per un verso il transpersonalismo si oppone alla dissoluzione degli Stati nazionali in uno Stato mondiale. Esso non può dimenticare che solo l'individuo è creatore di cultura all'interno di una comunità nazionale. Ma allo stesso modo si oppone anche all'assolutizzazione dello Stato nazionale nella forma prima descritta dell'anarchia tra gli Stati, perché non può trascurare che i compiti culturali sono propri della natura internazionale. Non c'è alcuna particolare verità tedesca, né alcuna bellezza o moralità di questo tipo come compiti di attività culturale. Nazione culturale e cultura nazionale non sono scopi ideali. Così come la nota personale, la caratteristica nazionale non deve essere un pensiero collegato con l'impegno culturale. Chi non ricerca l'obiettivo, ma piuttosto persegue la propria peculiarità, l'espressione orgogliosa della propria particolarità individuale o nazionale, finisce per fallire lo scopo e non rende di certo un servizio né alla personalità né alla nazionalità. Come la personalità, la nazione appartiene a quei valori che non si raggiungono quando si perseguono, ma si ottengono solo con una dedizione alla cosa e un

---

(8) Cfr. R. THOMA, cit., p. 69. V. BRUNS, *Völkerrecht als Rechtsordnung*, in «*Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*», 1929, p. 34.

completo oblio di sé. Il continuo sforzo di costruzione del carattere nazionale in tutte le sue manifestazioni più che un mezzo utile è la caratteristica delle coscienze nazionali deboli e immature. La vita, mentre è vissuta, si pone unicamente sotto le leggi universali del Bene, del Vero e del Bello; solo la vita già vissuta cade sotto l'ambito di valore della "personalità" o della "nazione". Queste appartengono alla storia ed è caratteristica di un'epoca storica il fatto che si trasformino in obiettivi ideali della vita alcuni valori che appartengono esclusivamente alla successiva valutazione storica. La coscienza nazionale è stata più forte quando ha creduto di dover realizzare la missione di un'idea sovranazionale. Questa è la struttura della coscienza nazionale: essere coscienza di un popolo nato per farsi portatore di un valore dell'intera umanità, essere un popolo-umanità. La coscienza nazionale di per sé non sa nulla della particolarità nazionale di ciò che è richiesto e realizzato, la cui caratteristica e la cui coloritura nazionale sarà in seguito compito della storia accertare. Creare valori umani senza specchiarsi in una particolare cultura e lasciare che le generazioni posteriori possano riconoscere nel valore oggettivo delle opere anche i tratti del carattere nazionale: questa è la natura di un popolo consapevole di sé. Ora, poiché per un verso la cultura è orientata a fini sovranazionali e per altro verso questi scopi possono trovare la loro realizzazione solo nella nazione e nella forma nazionale, l'obiettivo dev'essere la comunità culturale internazionale su una base di differenze culturali nazionali, cioè un'organizzazione unitaria ma decentrata del mondo.

Nuovamente si manifesta a noi la fecondità della fondamentale tripartizione dei punti di vista della filosofia del diritto: l'*individualismo* chiede lo Stato mondiale, la *concezione sovraindividualistica* dello Stato e del diritto conduce al dogma della sovranità e alla negazione del diritto internazionale e la *concezione transpersonalistica* si mostra come il fondamento del diritto internazionale e della società delle nazioni. Quest'ultima concezione corrisponde alla tendenza evolutiva della realtà, in quanto c'è un diritto internazionale positivo, sostenuto da una volontà comune sovrastatale e reso noto nei trattati espressamente sottoscritti e nel diritto consuetudinario tacitamente riconosciuto. Certamente solo una piccola parte delle relazioni internazionali è regolata in uno di questi modi. Ma per colmare le lacune valgono i principi fondamentali stabiliti nel classico art. 1 del codice civile svizzero. La regola del diritto applicabile

va dedotta in primo luogo dalla “dottrina accreditata e dalla tradizione”, cioè da quei principi giuridici considerati fondamentali che si sono formati sulla base del diritto naturale e che tuttavia si impongono al nostro spirito anche dopo che il diritto naturale da necessità assoluta della ragione è diventato solo un grande fatto storico; e così sono divenuti diritto internazionale positivo<sup>(9)</sup>. In secondo luogo per la decisione del caso concreto occorre seguire “la regola che uno darebbe se fosse legislatore”. Con ciò sembra ipostatizzarsi il diritto giusto in quello positivo e andare perduto il confine netto tra la validità assoluta e quella reale del diritto. Ma in verità quest’obiezione ha poco a che fare con l’applicazione del diritto internazionale e con la giurisprudenza interna allo Stato; dietro ogni precetto giuridico ottenuto mediante questo procedimento c’è la volontà comune statale e sovrastatale, che sostiene la totalità dell’ordinamento giuridico nello Stato e sopra di esso. Come accade tra gli individui, anche tra gli Stati dev’esserci un diritto, e in tale volontà comune per il diritto è insita una tendenza universale alla completezza che non tollera alcuna lacuna né spazi giuridici vuoti, come già detto all’inizio di questo capitolo<sup>(10)</sup>.

Il dogma della sovranità, che fluttua incerto tra l’accettazione riluttante del diritto internazionale e la sua aperta negazione, si caratterizza però per il riconoscimento del diritto alla guerra, che del diritto internazionale, in via assolutamente parallela, rappresenta una manifestazione e una negazione.

---

<sup>(9)</sup> Cfr. E. TROELTSCH, *Naturrecht und Humanität in der Weltpolitik*, 1923 e a tale proposito anche le mie *Ausführungen zu der Umfrage “Ius naturae et gentium”*, in « *Zeitschrift für internationales Recht* », 1925, pp. 55 ss.

<sup>(10)</sup> Cfr. V. BRUNS, cit., p. 31.

29. *La guerra*

**La guerra: etica, filosofia del diritto, filosofia della storia, filosofia della religione.**

Il giudizio di valore sulla guerra non deve fondarsi, come spesso accade, sulla valutazione positiva o negativa dei suoi effetti, ma sul modo in cui soddisfa il suo scopo peculiare. Se la guerra ed essa soltanto servisse a risvegliare e a mettere alla prova virtù eroiche e forze vitali, ciò servirebbe tanto poco ad emettere un giudizio quanto può servire dire che il processo può affinare l’ingegno e ampliare le conoscenze giuridiche. Il senso specifico della guerra è dato dalla vittoria e dalla sconfitta, cioè essa è la decisione di una controversia, che si tratti di controversia giuridica, di questione di interesse o di un conflitto di valori lo vedremo più avanti; di conseguenza la sua critica sorge solo esaminando se si presenta come un metodo sensato per risolvere controversie <sup>(1)</sup>.

Consideriamo la guerra come lo strumento metodologico di tutte quelle discipline filosofiche aventi ad oggetto i valori della condotta umana; l’etica è incapace di risolvere il problema della guerra. Il suo giudizio di valore non si riferisce alla guerra e alla decisione che essa porta con sé, ma piuttosto alla partecipazione dell’individuo a essa, la sua colpevolezza o la sua innocenza. La colpa in guerra non può significare altro che volere la guerra. Ma, così intesa, non è facile determinare in modo univoco questa colpevolezza, dal momento che, fintanto che la guerra ha valore come istituzione giuridica, in ogni momento dell’attività diplomatica è insito il *dolus eventualis* di una guerra. La nota frase per cui la guerra

---

(1) Per questi argomenti cfr. G. RADBRUCH, *Zur Philosophie dieses Krieges*, in « Archiv für Sozialwissenschaft », vol. 4, pp. 139 ss.; M. SCHELER, *Der Genius des Krieges und der Deutsche Krieg*, 1915, ma anche Id., *Die Idee des Friedens und der Pazifismus*, 1931.

non è che la continuazione della politica con altri mezzi afferma non tanto che la guerra è determinata dalla politica, ma che la politica è determinata dalla guerra nella sua essenza. Come il valore delle banconote è basato sulla riserva d'oro della banca, anche se nessuno ci pensa tra coloro che le detengono, così il più piccolo movimento diplomatico, anche se non allude minimamente all'*ultima ratio*, poggia alla fine la propria efficacia sull'azione di uomini e fucili, di cavalli e cannoni, aerei e carri armati e tutto quanto è necessario al loro utilizzo. La politica si comporta con la guerra così come funziona la minaccia di usare la forza rispetto alla forza medesima, e così molte volte, anche contro la volontà di quanti ne sono portatori, essa conduce alla guerra con la stessa necessità che altrimenti renderebbe inefficace la minaccia della violenza. Non è possibile battere continuamente *sulla* spada senza poi venire costretti un bel momento anche a colpire *con* la spada.

La questione della colpa in guerra è un problema di etica, quella del diritto di fare guerra, della guerra giusta, è un problema di filosofia del diritto. Le teorie giuridiche della guerra cercano il criterio della guerra giusta come reazione a un illecito subito o imminente, retribuzione, obbligo di adempimento e soprattutto stato di necessità. Ma se la guerra non fosse altro che un modo di risolvere una questione giuridica per coloro che non credono nell'armonia prestabilita del diritto e della forza, essa sarebbe lo strumento più inappropriato che si possa immaginare, una forma processuale abbandonata dai tempi dell'abolizione del duello giudiziale. Non sarebbe ciò che si loda come "il motore della razza umana"; far dipendere il diritto di far guerra da un illecito subito o minacciato significa che il diritto sta sempre dalla parte dell'esistente, è sempre in accordo con quanti vogliono conservare il sistema giuridico tramandato e non con quanti vogliono trasformarlo, significa attribuire un carattere di immutabilità a tutte le epoche e alla casualità storica della distribuzione del diritto sulla superficie terrestre. Ma ciò che fanno prima di tutto le teorie giuridiche della guerra è annullare il suo stesso concetto. Se la guerra giusta non fosse altro che l'autodifesa di fronte all'illecito, non avrebbe senso e sarebbe un nuovo illecito la resistenza del nemico, l'opposizione di uno stato di necessità ad un altro della medesima natura; la guerra equivarrebbe a una spedizione punitiva contro un nemico moralmente inferiore, qualificato come criminale, e annullerebbe il carattere della

guerra come una lotta tra nemici di pari diritto <sup>(2)</sup>. La guerra non può proporsi di provare il diritto esistente, ma solo di crearne di nuovo [*neues Recht zu schaffen*]. Il diritto alla vittoria non è un presupposto ma un risultato della guerra, è un diritto che si conquista e si manifesta mediante la guerra.

Con questo siamo però passati dal campo della filosofia del diritto a quello della *filosofia della storia della guerra*. Il giudizio delle azioni in base ai loro effetti appartiene alla filosofia della storia. Una guerra giusta in tal senso sarebbe quella vittoriosa. Il problema della guerra giusta però richiede una risposta prima della guerra, non solo per mezzo di essa. Il diritto di far guerra, che qui si indaga, non può essere un diritto alla vittoria determinato unicamente dalla vittoria stessa, ma anche un diritto a entrare in stato di guerra. Nel contempo sorge in luogo della considerazione filosofico-giuridica della guerra giusta, che permette la sua applicazione dall'una o dall'altra parte, il concetto della guerra egualmente giusta da entrambe le parti [*der Begriff des beiderseits gleichermaßen gerechten Krieges*]; solo quando la giustizia della guerra si riferisce realmente alla guerra nella sua totalità e non alla posizione dell'uno o dell'altro belligerante è pensabile il rispetto del nemico e l'equiparazione giuridica dei contendenti, che appartengono all'essenza della guerra. Il dilemma sollevato dalla filosofia della storia, per cui da un lato la guerra è giustificata per il vincitore in virtù della sua vittoria e dall'altro bisogna giustificare anche la partecipazione del vincitore alla guerra, si risolve col riconoscimento della distinzione tra "significato" e "senso". Parliamo di "significato" di un evento quando si tratta di "valori", di "senso" quando da esso emergono valori <sup>(3)</sup>. Una guerra in cui si combatte per "una buona causa" è piena di significato anche se si perde, sebbene non abbia pieno senso. La categoria della guerra bilateralmente giusta ammette, secondo tale terminologia, il "significato" ma non il "senso" della guerra. Da entrambe le parti la guerra è giusta quando si tratta di decidere una

---

<sup>(2)</sup> Quando il patto Kellog proibisce la Guerra di aggressione, cancella in assoluto la guerra nel senso prima inteso. Anche la difesa contro un'aggressione, permessa dal patto, non è una guerra difensiva, giacché in essa il diritto si oppone all'illecito, mentre la guerra presuppone l'esistenza di due nemici ugualmente giustificati, con uguali diritti.

<sup>(3)</sup> Separandoci dalla nostra terminologia del cap. 1, qui, dunque, il senso riferito al, ma non necessariamente contenente il, valore, il senso come *terminus medius*, viene chiamato "significato", mentre la parola "senso" viene riservata solo al significato contenente "valore".

questione dal punto di vista bellico, quando c'è un conflitto di interessi o di valori per la cui soluzione non c'è altro strumento al di fuori della guerra. Ovviamente questo significato di soluzione di un conflitto di valori dipende dal fatto che in una vittoria si possa trovare la soluzione del conflitto. Si può porre una questione in termini bellici solo se poi la vittoria è in grado di dare la soluzione. Solo se c'è un "senso" nella vittoria, si può attribuire un "significato" alla guerra. Siamo obbligati a esaminare nuovamente la proposizione del principio ipotetico prima sollevato, cioè se nella vittoria si realizzi un diritto non creato nel corso della guerra ma solo, provato, e anche la domanda se la superiorità militare provi più di sé stessa, se cioè la potenza nazionale possa servire da criterio di misurazione della cultura nazionale.

Quest'ultima è una determinazione solo qualitativa, non suscettibile di essere misurata quantitativamente; per la concezione militarista le nazioni sono "potenze" che differiscono tra loro per la quantità di forza e sono comparabili pur essendo uguali dal punto di vista qualitativo. Il punto più alto della concezione militarista dello Stato, la guerra, è, nel contempo, il punto più basso dal punto di vista della differenza tra le nazioni. Un'immagine sensibile di ciò è offerta dal fatto che i colori variegati delle divise nazionali in tempo di pace lasciano il posto in tempo di guerra ad uniformi quasi identiche, del colore della terra. Ogni nazione in lotta obbliga l'altra a usare gli stessi mezzi bellici.

Ovviamente si è voluto vedere nella quantità di forza degli Stati un indicatore della qualità culturale delle nazioni, fissando una proporzione tra cultura e potenza e lodando la guerra in cui si misurano le forze come un esame rigoroso delle culture. Di fatto nella superiorità militare si possono esprimere i gradi più elevati della scienza naturale e della tecnica, dell'economia e dell'organizzazione dei traffici, dell'educazione e dell'etica sociale, ma non è possibile trasformare l'intero patrimonio culturale, e nemmeno la sua parte più importante, in energia militare. I valori culturali rappresentati da Goethe, Dante, Shakespeare e Moliere non possono essere sparati come siluri, né lanciati come gas asfissianti, e anche se siluri e gas decidono la diffusione di una lingua e di una cultura nel mondo, tuttavia a decidere in definitiva non è il tribunale divino della guerra ma il gioco della sorte e, seppure la narrazione storica posteriore considererà la storia del mondo come "tribunale del mondo", ciò accade in quanto è sempre il vincitore a scrivere la

storia. I valori culturali più alti non sono esprimibili nelle cifre della potenza militare, né in generale si lasciano determinare in termini quantitativi. La cultura non è fatta di quantità comparabili e chi vede nelle nazioni soltanto masse culturali di diversa grandezza in concorrenza o in guerra tra loro elimina completamente la nazione culturale dal proprio orizzonte visivo.

In tal modo la filosofia della storia ci abbandona senza poter individuare nella guerra altro che una contesa di forze con possibili conseguenze sul piano culturale, ma senza un proprio significato culturale. Ci si può attendere l'apologia della guerra solo da quella fonte da cui in ultima istanza ogni cosa può ricevere una consacrazione e un valore: *la religione*. Di fronte alla guerra, come di fronte a ogni altra cosa, è possibile un triplice atteggiamento: quello cieco rispetto al valore, proprio della scienza, quello che giudica secondo il valore, proprio della filosofia, e quello superiore ad ogni valore, proprio della religione. Cieca rispetto al suo valore o disvalore, la scienza ricerca i motivi, le cause e le leggi della guerra. La filosofia, giudicando secondo il valore, tenta di stabilire i criteri della guerra giusta. Ma la religione trova anche nella guerra più ingiusta un valore di carattere supremo. È uno dei tratti più paradossali della natura umana quello per cui l'ottimismo metafisico dell'atteggiamento religioso germoglia proprio quando l'osservazione empirica imporrebbe un disperato pessimismo. La felicità trae da sé stessa un valore apparente e ciò potrebbe suscitare l'interrogativo circa i suoi valori autentici, ma l'infelicità, per il fatto stesso che sembra contraddirla, stimola potentemente la struttura religiosa presente in tutta l'umanità. Ma nessuno può dimenticare che, se è consentita la frase arditata, la teodicea è una giustificazione di Dio e non dell'uomo, che la filosofia della religione non è un'etica, che la rassegnazione religiosa davanti ai fatti compiuti non è una giustificazione *a posteriori* della loro causa. Il passo del Vangelo su Giuda, che definisce lo scandalo come necessario e tuttavia invoca la condanna per chi l'ha provocato, mostra che l'opera e il fatto da essa evocato sottostanno a criteri valutativi completamente diversi. La religione si comporta con la guerra come con il dolore, di cui fa l'elogio per la sua forza purificatrice, ma di cui condanna l'inflizione.

Solo la religione può trovare benedizioni anche nella guerra, mentre da qualunque altro punto di vista essa resta sempre una sventura priva di senso e aliena da ogni significato. Qualunque altro

atteggiamento, eccetto la religione, che è l'unica a poterci salvare da ogni male, può vedere nella guerra solo una disgrazia e nella vittoria solo la minore tra due disgrazie. 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.

# INDICE

GAETANO CARLIZZI

## “UN SISTEMA FILOSOFICO DEVE SOMIGLIARE A UN DUOMO GOTICO”. INTRODUZIONE ALLA FILOSOFIA DEL DIRITTO DI GUSTAV RADBRUCH

1. La disomogenea fortuna di Radbruch nel pensiero giuridico contemporaneo. Ragioni di una traduzione. . . . .	VI
2. Collocazione sistematica e matrici filosofiche della <i>Filosofia del diritto</i> . . .	VII
3. I due compiti fondamentali della filosofia del diritto. L'idea del diritto come loro comune denominatore. . . . .	X
4. Complessità dell'idea del diritto: giustizia, utilità e certezza giuridica. . . . .	XIII
5. Antinomie tra le tre componenti dell'idea del diritto. Ripercussioni sulla produzione e sulla validità del diritto. . . . .	XVII
6. Il nesso tra filosofia del diritto e metodologia della scienza giuridica: il giuspositivismo ermeneutico di Radbruch. . . . .	XXII
7. Una questione ancora dibattuta: continuità o discontinuità nell'evoluzione del pensiero di Radbruch? . . . . .	XXVIII

VINCENZO OMAGGIO

## IL RELATIVISMO DI GUSTAV RADBRUCH

1. Le radici culturali. . . . .	XLI
2. Gli elementi costitutivi del diritto. . . . .	XLIV
3. Il relativismo “positivo” di Radbruch. . . . .	LII
4. Relativismo, democrazia e Stato di diritto. . . . .	LVII
Cenni biobibliografici . . . . .	LXV

GUSTAV RADBRUCH

## FILOSOFIA DEL DIRITTO

<i>Premessa</i> . . . . .	3
---------------------------	---

1.	Realtà e valore . . . . .	7
	<i>Atteggiamento cieco al valore, valutativo, riferito al valore, trascendente il valore. Inquadramento del diritto.</i>	
2.	Filosofia del diritto come considerazione del valore del diritto . . . . .	13
	<i>Dualismo metodico. Relativismo.</i>	
3.	Gli indirizzi della filosofia del diritto . . . . .	21
	<i>Giusnaturalismo. Scuola storica. Hegel. Concezione materialistica della storia. Teoria generale del diritto. Jhering. Stammler. Relativismo. Filosofia della cultura. Altri indirizzi.</i>	
4.	Il concetto di diritto . . . . .	37
	<i>Diritto: la realtà rivolta all'idea del diritto. Giustizia come idea del diritto. Equità. Deduzione del concetto di diritto. Concetti giuridici a priori.</i>	
5.	Diritto e morale . . . . .	45
	<i>Esteriorità oppure interiorità secondo: l'oggetto, il soggetto finale, il modo di obbligare, la fonte di validità. Morale come: ragione di validità del diritto, scopo del diritto.</i>	
6.	Diritto e costume . . . . .	57
	<i>Contraddittorietà del costume. Funzione sociale del costume.</i>	
7.	Lo scopo del diritto . . . . .	61
	<i>Concezione individualistica, concezione sovraindividualistica, concezione transpersonalistica del diritto. Rapporto dialettico tra esse. In particolare, la concezione transpersonalistica.</i>	
8.	Dottrina giusfilosofica dei partiti . . . . .	69
	<i>Significato dell'ideologia di partito. Individualismo. In particolare, liberalismo e democrazia. Concezione sociale del diritto e socialismo. Conservatorismo. Cattolicesimo politico.</i>	
9.	Antinomie dell'idea del diritto . . . . .	81
	<i>Giustizia. Utilità. Certezza giuridica. Tensione tra esse.</i>	
10.	La validità del diritto . . . . .	87
	<i>Dottrina giuridica della validità. Dottrina sociologica della validità (teoria del potere e teoria del riconoscimento). Dottrina filosofica della validità. Antinomie.</i>	
11.	La filosofia della storia del diritto . . . . .	97
	<i>Forma e materia del diritto. Produzione normativa consapevole e inconsapevole. Teoria della legittimità e teoria catastrofista.</i>	
12.	La filosofia della religione del diritto . . . . .	105
	<i>Cristianesimo delle origini. Tolstoj. Il cattolicesimo. Lutero.</i>	
13.	La psicologia dell'uomo di diritto . . . . .	111
	<i>Il diritto oggettivo come forma di vita. Il diritto soggettivo come forma di vita.</i>	
14.	Estetica del diritto . . . . .	119
	<i>Estetica delle forme espressive del diritto. Il diritto come materiale artistico.</i>	
15.	La logica della scienza giuridica . . . . .	123
	<i>Scienza giuridica e scienze del diritto. Interpretazione. Costruzione e sistematica. Scienza giuridica come scienza culturale comprendente. Transizione alla parte speciale.</i>	
16.	Diritto pubblico e privato . . . . .	137

	<i>Carattere a priori dei due concetti. Concezione liberale, concezione conservatrice e concezione sociale del loro rapporto. Diritto sociale.</i>	
17.	La persona . . . . . <i>Persona come concetto egualitario. Significato teleologico del problema della persona giuridica. Individualismo: teoria della finzione. Sovraindividualismo: persona associativa reale. Transpersonalismo: patrimonio di scopo.</i>	143
18.	La proprietà . . . . . <i>Carattere a priori del concetto di proprietà. Teorie dell'occupazione e della specificazione. Teorie individualistiche della proprietà (Goethe — Fichte). Teoria sociale (Enciclica "Quadragesimo Anno" — Costituzione di Weimar).</i>	149
19.	Il contratto . . . . . <i>Statica e dinamica della vita del diritto. Contratto sociale e contratto di diritto privato. Teoria della volontà e teoria della dichiarazione.</i>	159
20.	Il matrimonio . . . . . <i>Il problema. La concezione sovraindividualistica del matrimonio (Enciclica "Casti Connubii" — Costituzione di Weimar). La concezione individualistica. La Russia sovietica.</i>	165
21.	Il diritto successorio . . . . . <i>Libertà di testare, successione ab intestato, divisione ereditaria forzosa, comunione ereditaria forzosa in rapporto alle concezioni individualistica, sovraindividualistica e transpersonalistica.</i>	173
22.	Il diritto penale . . . . . <i>Teorie del fondamento della pena (teoria del consenso — teoria della retribuzione). Teorie del fine della pena. Giustizia (commutativa — distributiva). Utilità. Teorie individualistiche (prevenzione generale — prevenzione speciale). Il diritto penale fascista. Il diritto penale sovietico. Certezza giuridica.</i>	179
23.	La pena di morte . . . . . <i>Giustificazione sovraindividualistica. Pena di morte e teoria contrattualistica. Pena di morte e autodifesa.</i>	187
24.	La grazia . . . . . <i>La grazia come istituto giuridico. La grazia davanti al diritto.</i>	193
25.	Il processo . . . . . <i>Indipendenza della magistratura. Rapporto di diritto processuale. La forza del giudicato.</i>	197
26.	Lo Stato di diritto . . . . . <i>Priorità del diritto o dello Stato? Teoria dell'identità. Teoria dell'autobbligazione. Soluzione del problema. Valori dello Stato di diritto formale.</i>	201
27.	Il diritto della Chiesa . . . . . <i>Il cattolicesimo. Rudolph Sohm. Lutero. La costituzione della Chiesa evangelica.</i>	209
28.	Il diritto internazionale . . . . . <i>Il problema. Individualismo: lo Stato mondiale. Sovraindividualismo: il dogma della sovranità e la negazione del diritto internazionale. Transpersonalismo: diritto internazionale. La realtà del diritto internazionale.</i>	217
29.	La guerra . . . . . <i>La guerra: etica, filosofia del diritto, filosofia della storia, filosofia della religione.</i>	225



# UNIVERSITÀ DI FIRENZE

CENTRO DI STUDI  
PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO

## PUBBLICAZIONI

### QUADERNI FIORENTINI

« Per la storia del pensiero giuridico moderno »

Vol. 1 (1972), 8°, p. 486

Vol. 2 (1973), 8°, p. 798

Vol. 3-4 (1974-75) - Il « socialismo giuridico ». Ipotesi e letture, due tomi in 8°, p. 1041

Vol. 5-6 (1976-77) - Itinerari moderni della proprietà, due tomi in 8°, p. 1140

Vol. 7 (1978) - Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento, 8°, p. 648

Vol. 8 (1979), 8°, p. 564

Vol. 9 (1980) - Su Federico Carlo di Savigny, 8°, p. 590

Vol. 10 (1981), 8°, p. 584

Vol. 11-12 (1982-83) - Itinerari moderni della persona giuridica, due tomi in 8°, p. 1200

Vol. 13 (1984), 8°, p. 782

Vol. 14 (1985), 8°, p. 646

Vol. 15 (1986), 8°, p. 748

Vol. 16 (1987) - Riviste giuridiche italiane (1865-1945), 8°, p. 718

Vol. 17 (1988), 8°, p. 640

Vol. 18 (1989), 8°, p. 744

Vol. 19 (1990), 8°, p. 736

Vol. 20 (1991) - François Gény e la scienza giuridica del Novecento, 8°, p. 588

Vol. 21 (1992), 8°, p. 750

Vol. 22 (1993) - Per Federico Cammeo, 8°, p. 706

Vol. 23 (1994), 8°, p. 554

Vol. 24 (1995), 8°, p. 620

Vol. 25 (1996), 8°, p. 810

Vol. 26 (1997), 8°, p. 744

Vol. 27 (1998), 8°, p. 590

Vol. 28 (1999) - Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica, due tomi in 8°, p. 1180

Vol. 29 (2000), 8°, p. 578

Vol. 30 (2001), due tomi in 8°, p. 988

Vol. 31 (2002) - L'ordine giuridico europeo: radici e prospettive, due tomi in 8°, p. 950

Vol. 32 (2003), 8°, p. 796

Vol. 33-34 (2004-2005) - L'Europa e gli 'Altri'. Il diritto coloniale fra Otto e Novecento, due tomi in 8°, p. 1408

Vol. 35 (2006), due tomi in 8°, p. 1120

Vol. 36 (2007) - Principio di legalità e diritto penale (per Mario Sbriccoli), due tomi in 8°, p. 1562

Vol. 37 (2008), 8°, p. 744

Vol. 38 (2009) - I diritti dei nemici, due tomi in 8°, p. 1956

Vol. 39 (2010), 8°, p. 946

- Vol. 40 (2011) - Giudici e giuristi. Il problema del diritto giurisprudenziale fra Otto e Novecento, due tomi in 8°, p. 1174
- Vol. 41 (2012), 8°, p. 940
- Vol. 42 (2013), 8°, p. 804
- Vol. 43 (2014) - Autonomia - Unità e pluralità nel sapere giuridico fra Otto e Novecento, due tomi in 8°, p. 1144
- Vol. 44 (2015), due tomi in 8°, p. 1262
- Vol. 45 (2016), 8°, p. 778
- Vol. 46 (2017) - Giuristi e Stato sociale, due tomi in 8°, p. 1060
- Vol. 47 (2018), 8°, p. 816
- Vol. 48 (2019), 8°, p. 840
- Vol. 49 (2020), 8°, p. 914

## BIBLIOTECA

« Per la storia del pensiero giuridico moderno »

- 1 LA SECONDA SCOLASTICA NELLA FORMAZIONE DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO  
Incontro di studio - Firenze, 17-19 ottobre 1972  
Atti, a cura di Paolo Grossi  
(1973), 8°, p. 484
- 2 Mario Sbriccoli, CRIMEN LAESAE MAIESTATIS  
Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna  
(1974), 8°, p. 399
- 3 Pietro Costa, IL PROGETTO GIURIDICO  
Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico  
Vol. I: Da Hobbes a Bentham  
(1974), 8°, p. XIII-414
- 4 Mario Sbriccoli, ELEMENTI PER UNA BIBLIOGRAFIA DEL SOCIALISMO GIURIDICO ITALIANO  
(1976), 8°, p. 169
- 5 Paolo Grossi, « UN ALTRO MODO DI POSSEDERE »  
L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica post-unitaria  
(1977), 8°, p. 392
- 6/7 Franz Wieacker, STORIA DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO  
con particolare riguardo alla Germania  
Trad. di Umberto Santarelli e di Sandro A. Fusco  
Vol. I (1980), 8°, p. 560  
Vol. II (1980), 8°, p. 429
- 8 Maurizio Fioravanti, GIURISTI E COSTITUZIONE POLITICA NELL'OTTO-CENTO TEDESCO  
(1979), 8°, p. 432
- 9 Peter Stein-John Shand, I VALORI GIURIDICI DELLA CIVILTÀ OCCIDENTALE  
Trad. di Alessandra Maccioni  
(1981), 8°, p. 465

- 10 Gioele Solari, **SOCIALISMO E DIRITTO PRIVATO**  
Influenza delle odierne dottrine socialistiche sul diritto privato (1906)  
Edizione postuma a cura di Paolo Ungari  
(1980), 8°, p. 259
- 11/12 **CRISTIANESIMO, SECULARIZZAZIONE E DIRITTO MODERNO**  
A cura di Luigi Lombardi Vallauri e Gerhard Dilcher  
(1981), 8°, p. 1527
- 13 **LA « CULTURA » DELLE RIVISTE GIURIDICHE ITALIANE**  
Atti del Primo Incontro di studio - Firenze, 15-16 aprile 1983  
A cura di Paolo Grossi  
(1984), 8°, p. VI-198
- 14 Franco Todescan, **LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO**  
I. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Ugo Grozio  
(1983), 8°, p. VIII-124
- 15 Emanuele Castrucci, **TRA ORGANICISMO E « RECHTSIDEE »**  
Il pensiero giuridico di Erich Kaufmann  
(1984), 8°, p. XIV-202
- 16 Pietro Barcellona, **I SOGGETTI E LE NORME**  
(1984), 8°, p. IV-204
- 17 Paolo Cappellini, **SYSTEMA IURIS**  
I. Genesi del sistema e nascita della « scienza » delle Pandette  
(1984), 8°, p. XII-638
- 18 Luca Mannori, **UNO STATO PER ROMAGNOSI**  
I. Il progetto costituzionale  
(1984), 8°, p. XII-656
- 19 Paolo Cappellini, **SYSTEMA IURIS**  
II. Dal sistema alla teoria generale  
(1985), 8°, p. XII-416
- 20 Bernardo Sordi, **GIUSTIZIA E AMMINISTRAZIONE NELL'ITALIA LIBERALE**  
La formazione della nozione di interesse legittimo  
(1985), 8°, p. 483
- 21 Pietro Costa, **LO STATO IMMAGINARIO**  
Metafore e paradigmi nella cultura giuridica fra Ottocento e Novecento  
(1986), 8°, p. IV-476
- 22 **STORIA SOCIALE E DIMENSIONE GIURIDICA - STRUMENTI D'INDAGINE E IPOTESI DI LAVORO**  
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 26-27 aprile 1985  
A cura di Paolo Grossi  
(1986), 8°, p. VIII-466
- 23 Paolo Grossi, **STILE FIORENTINO**  
Gli studi giuridici nella Firenze italiana - 1859-1950  
(1986), 8°, p. XV-230
- 24 Luca Mannori, **UNO STATO PER ROMAGNOSI**  
II. La scoperta del diritto amministrativo  
(1987), 8°, p. VIII-254

- 25 Bernardo Sordi, TRA WEIMAR E VIENNA  
Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra  
(1987), 8°, p. 378
- 26 Franco Todescan, LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO  
LAICO  
II. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Jean Domat  
(1987), 8°, p. VIII-88
- 27 Paolo Grossi, « LA SCIENZA DEL DIRITTO PRIVATO »  
Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo - 1893-1896  
(1988), 8°, p. IX-206
- 28 LA STORIOGRAFIA GIURIDICA SCANDINAVA  
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 22-23 maggio 1987  
A cura di Paolo Grossi  
(1988), 8°, p. VI-87
- 29 LA CULTURE DES REVUES JURIDIQUES FRANÇAISES  
A cura di André-Jean Arnaud  
(1988), 8°, p. IV-144
- 30 Adam Smith, LEZIONI DI GLASGOW  
Introduzione a cura di Enzo Pesciarelli  
Traduzione di Vittoria Zompanti Oriani  
(1989), 8°, p. CXXVIII-766
- 31 Thilo Ramm, PER UNA STORIA DELLA COSTITUZIONE DEL LAVORO  
TEDESCA  
A cura di Lorenzo Gaeta e Gaetano Vardaro  
(1989), 8°, p. 195
- 32 PIERO CALAMANDREI - Ventidue saggi su un grande maestro  
A cura di Paolo Barile  
(1990), 8°, p. 556
- 33 IL PENSIERO GIURIDICO DI COSTANTINO MORTATI  
A cura di Mario Galizia e Paolo Grossi  
(1990), 8°, p. 644
- 34/35 HISPANIA - ENTRE DERECHOS PROPIOS Y DERECHOS NACIONALES  
Atti dell'incontro di studio - Firenze/Lucca 25, 26, 27 maggio 1989  
A cura di B. Clavero, P. Grossi, F. Tomas y Valiente  
Tomo I (1990), 8°, p. VI-530  
Tomo II (1990), 8°, p. IV-531-1036
- 36 Osvaldo Cavallar, FRANCESCO GUICCIARDINI GIURISTA  
I ricordi degli onorari  
(1991), 8°, p. XXII-396
- 37 Bernardo Sordi, L'AMMINISTRAZIONE ILLUMINATA  
Riforma delle Comunità e progetti di Costituzione nella Toscana leopoldina  
(1991), 8°, p. 424
- 38 Franco Cipriani, STORIE DI PROCESSUALISTI E DI OLIGARCHI  
La Procedura civile nel Regno d'Italia (1866-1936)  
(1991), 8°, p. X-536

- 39 Bartolomé Clavero, ANTIDORA  
Antropología católica de la economía moderna  
(1991), 8°, p. VI-259
- 40 Giovanni Cazzetta, RESPONSABILITÀ AQUILIANA E FRAMMENTAZIONE  
DEL DIRITTO COMUNE CIVILISTICO (1865-1914)  
(1991), 8°, p. IV-564
- 41 Paolo Grossi, IL DOMINIO E LE COSE  
Percezioni medievali e moderne dei diritti reali  
(1992), 8°, p. 755
- 42 L'INSEGNAMENTO DELLA STORIA DEL DIRITTO MEDIEVALE E MODERNO  
Strumenti, destinatari, prospettive  
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 6-7 novembre 1992  
A cura di Paolo Grossi  
(1993), 8°, p. VIII-440
- 43 PERIODICI GIURIDICI ITALIANI (1850-1900) - Repertorio  
A cura di Carlo Mansuino  
(1994), 8°, p. XIV-368
- 44 Stefano Mannoni, UNE ET INDIVISIBLE  
Storia dell'accentramento amministrativo in Francia - I  
(1994), 8°, p. XXII-603
- 45 Luca Mannoni, IL SOVRANO TUTORE  
Pluralismo istituzionale e accentramento amministrativo nel Principato dei Medici (Sec. XVI-XVIII)  
(1994), 8°, p. VIII-486
- 46 Stefano Mannoni, UNE ET INDIVISIBLE  
Storia dell'accentramento amministrativo in Francia - II  
(1996), 8°, p. XVI-448
- 47 Bartolomé Clavero, TOMÁS Y VALIENTE  
Una biografía intelectual  
(1996), 8°, p. XXXVI-374
- 48 Costantino Mortati, L'ORDINAMENTO DEL GOVERNO NEL NUOVO  
DIRITTO PUBBLICO ITALIANO  
Ristampa inalterata, con una prefazione di Enzo Cheli  
(2000), 8°, p. X-234
- 49 Costantino Mortati, LA COSTITUZIONE IN SENSO MATERIALE  
Ristampa inalterata, con una premessa di Gustavo Zagrebelsky  
(1998), 8°, p. XXXVIII-212
- 50 GIURISTI E LEGISLATORI  
Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto  
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 26-28 settembre 1996  
A cura di Paolo Grossi  
(1997), 8°, p. VIII-530
- 51 Pio Caroni, SAGGI SULLA STORIA DELLA CODIFICAZIONE  
(1998), 8°, p. XX-270
- 52 Paolo Grossi, ASSOLUTISMO GIURIDICO E DIRITTO PRIVATO  
(1998), 8°, p. X-474

- 53 Giovanni Cazzetta, *PRÆSUMITUR SEDUCTA*  
Onestà e consenso femminile nella cultura giuridica moderna  
(1999), 8°, p. IV-426
- 54 Stefano Mannoni, *POTENZA E RAGIONE*  
La scienza del diritto internazionale nella crisi dell'equilibrio europeo (1870-1914)  
(1999), 8°, p. IV-276
- 55/56 Sergio Caruso, *LA MIGLIOR LEGGE DEL REGNO*  
Consuetudine, diritto naturale e contratto nel pensiero e nell'epoca di John Selden  
(1584-1654)  
Tomo I (2001), 8°, p. IV-432  
Tomo II (2001), 8°, p. IV-433-1024
- 57 Franco Todescan, *LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO*  
III. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Samuel Pufendorf  
(2001), 8°, p. VIII-106
- 58/59 Maurizio Fioravanti, *LA SCIENZA DEL DIRITTO PUBBLICO*  
Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento  
Tomo I (2001), 8°, p. XXII-572  
Tomo II (2001), 8°, p. IV-573-918
- 60 Raffaele Volante, *IL SISTEMA CONTRATTUALE DEL DIRITTO COMUNE CLASSICO*  
Struttura dei patti e individuazione del tipo. Glossatori e ultramontani  
(2001), 8°, p. IV-502
- 61 CODICI  
Una riflessione di fine millennio  
Arti dell'incontro di studio - Firenze, 26-28 ottobre 2000  
A cura di Paolo Cappellini e Bernardo Sordi  
(2002), 8°, p. VIII-604
- 62 Pietro Costa, *IURISDICTION*  
Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)  
Ristampa  
(2002), 8°, p. XCVI-412
- 63 Mario Piccinini, *TRA LEGGE E CONTRATTO*  
Una lettura di *Ancient Law* di Henry S. Maine  
(2003), 8°, p. XVI-286
- 64 Arturo Carlo Jemolo, *LETTERE A MARIO FALCO*  
Tomo I (1910-1927)  
A cura di Maria Vismara Missiroli  
(2005), 8°, p. XVIII-592
- 65 Ferdinando Mazzarella, *NEL SEGNO DEI TEMPI*  
Marchi persone e cose dalla corporazione medievale all'impresa globale  
(2005), 8°, p. 530
- 66 Michele Pifferi, *GENERALIA DELICTORUM*  
Il *Tractatus criminalis* di Tiberio Deciani e la "Parte generale" di diritto penale  
(2006), 8°, p. 468
- 67 Maria Rosa Di Simone, *PERCORSI DEL DIRITTO TRA AUSTRIA E ITALIA (SECOLI XVII-XX)*  
(2006), 8°, p. XII-374

- 68 Franco Cipriani, *SCRITTI IN ONORE DEI PATRES*  
(2006), 8°, p. XIV-502
- 69 Piero Fiorelli, *INTORNO ALLE PAROLE DEL DIRITTO*  
(2008), 8°, p. XXXII-548
- 70 Paolo Grossi, *SOCIETÀ, DIRITTO, STATO*  
Un recupero per il diritto  
(2006), 8°, p. XX-346
- 71 Irene Stolzi, *L'ORDINE CORPORATIVO*  
Poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista  
(2007), 8°, p. IV-464
- 72 Hasso Hofmann, *RAPPRESENTANZA - RAPPRESENTAZIONE*  
Parola e concetto dall'antichità all'Ottocento  
(2007), 8°, p. XL-586
- 73 Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, *GOVERNO E PARTITI NEL PENSIERO BRITANNICO (1690-1832)*  
(2007), 8°, p. VIII-156
- 74 Giovanni Cazzetta, *SCIENZA GIURIDICA E TRASFORMAZIONI SOCIALI*  
Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento  
(2007), 8°, p. X-388
- 75 Manuela Mustari, *IL LUNGO VIAGGIO VERSO LA "REALITÀ"*  
Dalla promessa di vendita al preliminare trascrivibile  
(2007), 8°, p. VI-284
- 76 Carlo Fantappiè, *CHIESA ROMANA E MODERNITÀ GIURIDICA*  
Tomo I L'edificazione del sistema canonistico (1563-1903), (2008), 8°, p. XLVI-520  
Tomo II Il *Codex iuris canonici* (1917), (2008), 8°, p. IV-521-1282
- 77 Rafael D. García Pérez, *ANTES LEYES QUE REYES*  
Cultura jurídica y constitución política en la edad moderna (Navarra, 1512-1808)  
(2008), 8°, p. XII-546
- 78 Luciano Martone, *DIRITTO D'OLTREMARE*  
Legge e ordine per le Colonie del Regno d'Italia  
(2008), 8°, p. X-228
- 79 Michael Stolleis, *STORIA DEL DIRITTO PUBBLICO IN GERMANIA*  
I. Pubblicistica dell'impero e scienza di polizia 1600-1800  
(2008), 8°, p. X-632
- 80 Paolo Grossi, *NOBILTÀ DEL DIRITTO*  
Profili di giuristi  
(2008), 8°, p. XII-742
- 81 Andrea Marchisello, *LA RAGIONE DEL DIRITTO*  
Carlantonio Pilati tra cattedra e foro nel Trentino del tardo Settecento  
(2008), 8°, p. XXIV-532
- 82 Bartolomé Clavero, *GENOCIDE OR ETHNOCIDE, 1933-2007*  
How to make, unmake, and remake law with words  
(2008), 8°, p. VIII-268

- 83 Paolo Grossi, TRENT'ANNI DI PAGINE INTRODUTTIVE  
Quaderni fiorentini 1972-2001  
(2009), 8°, p. XXVIII-252
- 84 Aldo Sandulli, COSTRUIRE LO STATO  
La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)  
(2009), 8°, p. XVIII-324
- 85 DIRITTI E LAVORO NELL'ITALIA REPUBBLICANA  
Materiali dall'incontro di studio Ferrara, 24 ottobre 2008  
A cura di Gian Guido Balandi e Giovanni Cazzetta  
(2009), 8°, p. IV-306
- 86 Pio Caroni, LA SOLITUDINE DELLO STORICO DEL DIRITTO  
(2009), 8°, p. VI-252
- 87 Federigo Bambi, UNA NUOVA LINGUA PER IL DIRITTO - I  
Il lessico volgare di Andrea Lancia nelle provvisioni fiorentine del 1355-57  
(2009), 8°, p. IV-816
- 88 Mario Sbriccoli, STORIA DEL DIRITTO PENALE E DELLA GIUSTIZIA  
Scritti editi e inediti (1972-2007)  
Tomo I (2009), 8°, p. XVI-722  
Tomo II (2009), 8°, p. IV-723-1338
- 89 Arturo Carlo Jemolo, LETTERE A MARIO FALCO  
Tomo II (1928-1943)  
A cura di Maria Vismara Missiroli  
(2009), 8°, p. IV-512
- 90 Sabino Cassese, IL DIRITTO AMMINISTRATIVO: STORIA E PROSPETTIVE  
(2010), 8°, p. X-576
- 91 Marco Sabbioneti, DEMOCRAZIA SOCIALE E DIRITTO PRIVATO  
La Terza Repubblica di Raymond Saleilles (1855-1912)  
(2010), 8°, p. XXXVIII-682
- 92 Condorcet, DICHIARARE I DIRITTI, COSTITUIRE I POTERI  
Un inedito sulla dichiarazione dei diritti dell'uomo  
A cura di Gabriele Magrin  
Edizione del manoscritto a cura di Mercurio Candela  
(2011), 8°, p. VI-190
- 93 DIRITTI INDIVIDUALI E PROCESSO PENALE NELL'ITALIA REPUBBLICANA  
Materiali dall'incontro di studio - Ferrara, 12-13 novembre 2010  
A cura di Daniele Negri e Michele Pifferi  
(2011), 8°, p. VI-442
- 94 Rodolfo Savelli, CENSORI E GIURISTI  
Storie di libri, di idee e di costumi (secoli XVI-XVII)  
(2011), 8°, p. XXXIV-410
- 95 ALESSANDRO GIULIANI: L'ESPERIENZA GIURIDICA FRA LOGICA ED ETICA  
A cura di Francesco Cerrone e Giorgio Repetto  
(2012), 8°, p. VI-848
- 96 Carlo Nitsch, IL GIUDICE E LA LEGGE  
Consolidamento e crisi di un paradigma nella cultura giuridica italiana del primo  
Novecento  
(2012), 8°, p. X-342

- 97 Rodrigo Míguez Núñez, TERRA DI SCONTRI  
Alterazioni e rivendicazioni del diritto alla terra nelle Ande centrali  
(2013), 8°, p. X-360
- 98 Enrico Finzi, "L'OFFICINA DELLE COSE"  
Scritti minori  
A cura di Paolo Grossi  
(2013), 8°, p. LXII-212
- 99 Michele Pifferi, L'INDIVIDUALIZZAZIONE DELLA PENA  
Difesa sociale e crisi della legalità penale tra Otto e Novecento  
(2013), 8°, p. IV-336
- 100 Paolo Grossi, SCRITTI CANONISTICI  
A cura di Carlo Fantappiè  
(2013), 8°, p. XLVI-314
- 101 Massimiliano Gregorio, PARTE TOTALE  
Le dottrine costituzionali del partito politico in Italia tra Otto e Novecento  
(2013), 8°, p. XIV-440
- 102 Emanuele Somma, JUGE NATUREL E ORDINAMENTO GIUDIZIARIO  
FRANCESE (1790-1795)  
(2013), 8°, p. VI-166
- 103 DALLA COSTITUZIONE "INATTUATA" ALLA COSTITUZIONE "INATTUALE"?  
Potere costituente e riforme costituzionali nell'Italia repubblicana  
Materiali dall'incontro di studio - Ferrara, 24-25 gennaio 2013  
A cura di Giuditta Brunelli e Giovanni Cazzetta  
(2013), 8°, p. VIII-430
- 104 STORIA E DIRITTO  
Esperienze a confronto  
Atti dell'incontro internazionale di studi in occasione dei 40 anni dei *Quaderni fiorentini*  
Firenze, 18-19 ottobre 2012  
A cura di Bernardo Sordi  
(2013), 8°, p. VI-506
- 105 Michael Stolleis, STORIA DEL DIRITTO PUBBLICO IN GERMANIA  
II. Dottrina del diritto pubblico e scienza dell'amministrazione 1800-1914  
(2014), 8°, p. XVIII-766
- 106 Paolo Grossi, NOBILTÀ DEL DIRITTO  
Profili di giuristi - II  
(2014), 8°, p. XII-334
- 107 Irene Stolzi, LE INCHIESTE PARLAMENTARI  
Un profilo storico-giuridico (Italia 1861-1900)  
(2015), 8°, p. XXVIII-328
- 108 GIUSTIZIA PENALE E POLITICA IN ITALIA TRA OTTO E NOVECENTO  
Modelli ed esperienze tra integrazione e conflitto  
a cura di Floriana Colao, Luigi Lacchè e Claudia Storti  
(2015), 8°, p. X-536
- 109 Giulio Abbate, «UN DISPOTISMO ILLUMINATO E PATERNO»  
Riforme e codificazione nell'India britannica (1772-1883)  
(2015), 8°, p. VIII-312

- 110 Piero Bellini, SUGLI USITATI PARADIGMI DELLA CANONISTICA OSSERVANTE  
Considerazioni dissenzienti d'un canonista trasgressivo  
(2016), 8°, p. VIII-284
- 111 Ferdinando Mazzarella, UN DIRITTO PER L'EUROPA INDUSTRIALE  
Cultura giuridica ed economia dalla Rivoluzione francese al Secondo Dopoguerra  
(2016), 8°, p. X-346
- 112 ATTUALITÀ E STORIA DELLE CIRCOSTANZE DEL REATO  
Un istituto al bivio tra legalità e discrezionalità  
a cura di Roberto Bartoli e Michele Pifferi  
(2016), 8°, p. VI-334
- 113 Maria Sole Testuzza, "*IUS CORPORIS, QUASI IUS DE CORPORE DISPONENDI*"  
*Il tractatus de potestate in se ipsum* di Baltasar Gómez de Amescúa  
(2016), 8°, p. IV-370
- 114 Alberto Spinosa, "CIVILI IN DIVERSISSIMO MODO"  
Modello napoleonico e tradizioni giuridiche nazionali nell'Italia dell'Ottocento  
(2017), 8°, p. XVIII-278
- 115 Raffaele Volante, LA SOSTITUZIONE DEGLI EFFETTI NEGOZIALI NEL  
DIRITTO COMUNE CLASSICO  
(2017), 8°, p. VI-192
- 116 Federigo Bambi, SCRIVERE IN LATINO, LEGGERE IN VOLGARE  
Glossario dei testi notarili bilingui tra Due e Trecento  
(2018), 8°, p. IV-370
- 117 Valerio Torreggiani, STATO E CULTURE CORPORATIVE NEL REGNO UNITO  
Progetti per una rappresentanza degli interessi economici nella riflessione inglese della  
prima metà del XX secolo  
(2018), 8°, p. IV-282
- 118 Maurizio Fioravanti, LA COSTITUZIONE DEMOCRATICA  
Modelli e itinerari del diritto pubblico del ventesimo secolo  
(2018), 8°, p. VIII-494
- 119 Francesco Saverio Nisio, LUCIEN LÉVY-BRUHL  
Filosofia, scienze sociali, giustizia  
(2019), 8°, p. VIII-796
- 120 Costantino Mortati, LA COSTITUZIONE DI WEIMAR  
Con un saggio introduttivo di Maurizio Fioravanti  
(2019), 8°, p. XXII-110
- 121 SINDACATI E DIRITTO DEL LAVORO TRA DITTATURE E DEMOCRAZIE  
NELLEUROPA MEDITERRANEA E LATINA DEL XX SECOLO  
a cura di Irene Stolzi  
(2019), 8°, p. VI-312
- 122 Paolo Passaniti, IL DIRITTO CANGIANTE  
Il lungo Novecento giuridico del paesaggio italiano  
(2019), 8°, p. XVI-246
- 123 Philipp Lotmar, LA GIUSTIZIA E ALTRI SCRITTI  
a cura di Iole Fagnoli e Luca Nogler  
(2020), 8°, p. XXII-358
- 124 Paolo Grossi, IL DIRITTO CIVILE IN ITALIA FRA MODERNO E POSMODERNO  
Dal monismo legalistico al pluralismo giuridico  
(2021), 8°, p. XII-170

- 125 Francesco Migliorino, LETTURE CORSARE DI TULLIO ASCARELLI  
LETTURE CORSARE DI TULLIO ASCARELLI  
(2021), 8°, p. X-194
- 126 Floriana Colao, UN DIRITTO PER L'AGRICOLTURA  
Itinerari giuridici-economici nella Toscana dell'Ottocento  
(2021), 8°, p. XXXII-126
- 127 Franco Gaetano Scoca, RISORGIMENTO E COSTITUZIONE  
(2021), 8°, p. XII-630
- 128 Gustav Radbruch, FILOSOFIA DEL DIRITTO  
(2021), 8°, p. LXXII-234



€ 30,00

024213180

ISBN 978-88-28-83268-3



9 788828 832683