

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI 'SAPIENZA' DI ROMA

ACCADEMIA INTERNAZIONALE DI FILOSOFIA DEL DIRITTO

STUDI DIRETTI DA

L. AVITABILE - G. CARCATERRA - A. CERRI

P. MARCONI - F. MODUGNO - A. RIVERA LLANO - B. ROMANO

LUISA AVITABILE

**LEGALITÀ E GIUSTIZIA
I FEUERBACH E RADBRUCH
UN'INTERPRETAZIONE CON GIULIANO VASSALLI**



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

Ogni cammino segna un tracciato e nel mio non manca lo spazio per un sentimento di profonda gratitudine verso i Colleghi del Dipartimento di Scienze Giuridiche ai quali dedico questo lavoro perché, accogliendomi in modo incondizionato, hanno confermato in me la fortificata consapevolezza che, solo attraverso lo studio, si può rendere il miglior servizio all'istituzione universitaria.

Ringrazio i Colleghi del Dipartimento di Studi Giuridici Filosofici ed Economici che mi hanno accompagnato in questi anni, sino alla conclusione di un percorso fecondo che, anche a contatto con le questioni del diritto penale, mi ha dato l'opportunità di avvicinarmi al complesso tema della pena.

CAPITOLO I

*Anselm Feuerbach, Ludwig Feuerbach e
Gustav Radbruch: una 'ricerca del giusto'*

1. *Gustav Radbruch, prospettive del giuridico*

A oltre settanta anni dalla morte, Gustav Radbruch viene ricordato principalmente per l'attenzione alle questioni trattate nel noto scritto del 1946, dal quanto mai suggestivo e fortunato titolo *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*¹, discusso, tra

¹Tra le opere principali di G. Radbruch, 1902: *Die Lehre von der adaequaten Verursachung*, 1903: *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechts-System*, 1905: *Beiträge zur vergleichenden Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts*, 1907: *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 1914: *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 1919: *Religionsphilosophie des Rechts*, 1922: *Begründung zum amtlichen Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches*, 1927: *Der Mensch im Recht*, 1932: *Rechtsphilosophie*, 1934: P.I.A. Feuerbach. *Ein Juristenleben*, 1934: *Elegantiae Juris Criminalis*, 1944: *Gestalten und Gedanken*, 1945: *Theodor Fontane oder Skepsis und Glaube*, 1946: *Der Geist des Englischen Rechts*, 1947: *Karikaturen der Justiz*, 1948: *Vorschule der Rechtsphilosophie*, 1949: *Kulturlehre des Sozialismus*.

Il necrologio a Radbruch (1878-1949) sulla *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, a firma di Luigi Secco, fa emergere la frequentazione intensa di Radbruch con l'Italia (vd., tra l'altro, *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, fasc. II-III del 1949, pp. 125-130). Lo scritto è corredato da un'ampia disamina degli scritti di Radbruch che ripercorrono il filo conduttore dell'*opera omnia*, curata anche da Arthur Kaufmann.

Studi giuridici significa per Radbruch vocazione per la filosofia del diritto e per la ricerca a partire dagli inizi della sua attività di studioso, con una tesi di laurea su *La dottrina della causa adeguata*; nel 1903 scrive *Il concetto di azione nel suo significato per il diritto penale*. Sulla vita di Gustav Radbruch, vd. A. KAUFMANN, *Gustav Radbruch – Leben und Werk, Rechtsphilosophie I, Gesamtausgabe*, 1, Heidelberg, 1987, pp. 7-88.

Sul pensiero di Radbruch si veda, tra gli altri: W. FRIEDMANN, *Legal Theory*, London, 1953; G. GURVITCH, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, *Revue néo-scholastique de philosophie*, 1937, vol. 40, n. 54, pp. 284-287; K. LARENZ, *Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart*, Berlin, 1931; E.W. PATTERSON, *Radbruch*, Introduzione a *The Legal Philosophies of Lask, Radbruch and Dabin*, Harvard, 1950.

Per quanto riguarda i rapporti epistolari, si ricorda lo scambio con pensatori e giuristi del suo tempo raccolto in G. RADBRUCH, *Gesamtausgabe*, 17 e 18, Heidelberg 1995. Per la formula, G. RADBRUCH, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, in ID., *Rechtsphilosophie*, III, *Gesamtausgabe* 3, Heidelberg, 1999, p. 83; inoltre, G. RADBRUCH, *Introduzione alla scienza del diritto*, Torino, 1961, p. 75; vd. anche R. STAMMLER, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, Berlin, 1928, p. 195 e ss.

l'altro, in modo ampio da Giuliano Vassalli nel suo studio *Formula di Radbruch e diritto penale*².

L'*opera omnia* di Radbruch, curata tra gli altri da Arthur Kaufmann³, è costituita, oltre che dalla sua produzione più strettamente filosofico-giuridica e penalistica, anche dall'intenso carteggio con numerosi studiosi, tra i quali Giorgio Del Vecchio che, a sua volta, intrattiene rapporti scientifici con Giuliano Vassalli⁴. I contributi pubblicati nella *Rivista internazionale di Filosofia del diritto* diventano una delle direttrici per avviare una riflessione sulle questioni della giustizia e della pena, centrali nella cultura giuridica tedesca e italiana, oltre che in quella europea⁵.

Considerato in Germania uno studioso attento alla filosofia neokantiana, alla stregua di Giorgio Del Vecchio in Italia, indirizza, sulla base degli insegnamenti della scuola di Marburgo, la *lectio* del "movimento neo-kantiano" al concetto di 'giuridicità', attraverso le riflessioni dei suoi massimi esponenti⁶; se, da una par-

Sulla logica della scienza giuridica si veda G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, Leipzig, 1932, in ID., *Rechtsphilosophie II, Gesamtausgabe*, 2, Heidelberg, 1993, pp. 343-357. Solo per inciso si ricorda che l'opera *Introduzione alla scienza dello spirito* inizia con alcune pagine di differenziazione tra il diritto e la giustizia; si tratta della quinta edizione (1956) di *Rechtsphilosophie*, curata da Erik Wolf. Per Radbruch «ogni ordinamento... ha preso a prestito dal diritto il suo nome: noi parliamo di *legge* di natura, di *leggi* della moralità e del costume, *leggi* della logica o dell'estetica».

²L'epistolario è conservato presso la Biblioteca Giorgio del Vecchio dell'Istituto di Filosofia del diritto, Dipartimento di Scienze Giuridiche della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Sapienza di Roma.

³A. KAUFMANN, *Gustav Radbruch – Leben und Werk, Gesamtausgabe*, 1, cit., pp. 7-88.

⁴Dai documenti – testimonianze ed epistole – presenti nell'*Archivio Giorgio Del Vecchio*, è chiara la vicinanza di Radbruch all'Istituto di Filosofia del diritto della Sapienza, così come la condivisione del pensiero neokantiano con Giorgio Del Vecchio. La sua riflessione sul concetto di pena ha influenzato anche il diritto penale italiano.

Si ricorda che l'apparato delle raccolte epistolari è quanto mai ricco, si pensi al carteggio con H. Kantorowicz, E. Fuchs, H. Öttinger, K. Jaspers.

Per un approfondimento, A. KAUFMANN, *Gustav Radbruch. Rechtsdenker, Philosoph, Sozialdemokrat*, cit., p. 120 e ss.

⁵A. KAUFMANN, *Gustav Radbruch. Rechtsdenker, Philosoph, Sozialdemokrat*, München Zürich, 1987, p. 189 e ss.

⁶Si ricordano tra gli altri K. VORLÄNDER, K. MARX, *La vita e l'opera*, Roma,

te, enfatizza il modello di relativismo, dall'altra quel che essenzialmente gli interessa è la teorizzazione dei principi che declinano la sua concezione del diritto, con un radicamento nella filosofia dei valori, a matrice neokantiana che – avendo un carattere non esclusivamente contingente – si oppongono alla realtà senza antagonizzarsi, cercando piuttosto di comprenderla nella sua effettiva portata.

Attento all'evoluzione dei concetti giuridici nella storia, non rinuncia ad intraprendere una personale e originale riflessione sulla qualità dei contenuti della legalità e della pena, a partire da un orizzonte problematizzante, permeato dall'influenza delle opere di Kant⁷, di P.J.A. Anselm e Ludwig Feuerbach, di F. von Lizst e di neokantiani come E. Lask e H. Rickert⁸.

A questi ultimi sottrae le linee fondamentali per valorizzarle in direzione di un pensiero giuridico a contenuto emancipativo, rimettendo al centro il difficile ed articolato fenomeno del diritto e della punizione, differenziati nella forma della testualità giuridica e nella 'possibilità', intesa come affermazione di una visione antropocentrica, espressione concreta dei diritti umani⁹, posizione

1946. E. COHEN, *Etica della volontà pura*, Napoli, 1994; P. NATORP, *Tra Kant e Husserl*, Firenze, 2011; E. CASSIRER, *Il linguaggio*, Firenze, 1961; tutti contro «il predominio assoluto della spiegazione 'genetica', che non intende soppiantare, ma integrare con la considerazione 'sistemica' sulla legittimità assoluta di ciò che sorge causalmente»: E. LASK, *Filosofia giuridica*, Napoli, 1984, p. 26. Sembra che l'influenza maggiore su Radbruch sia ad opera di W. Windelband, H. Rickert, E. Lask, esponenti della Scuola di Marburgo. G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie II, Gesamtausgabe*, 2, cit., p. 225.

⁷ Per comprendere l'influenza diretta ed indiretta di Kant sui pensatori successivi, è utile rammentare le parole di Cassirer: «Se Platone e Aristotele sembrarono dividersi l'umanità come rappresentanti di qualità separate, nella sua opera filosofica Kant presenta un nuovo concetto globale di ciò che all'umanità sia possibile raggiungere sul piano del comprendere e del fare, nel pensiero e nell'azione. In ciò sta forse il vero segreto dell'influsso storico che la sua dottrina ha esercitato», E. CASSIRER, *Vita e dottrina di Kant*, Firenze, 1977, p. 496.

⁸ Una *geistige Dinastie*, la definisce Radbruch, nella costruzione storica di cinque generazioni di giuristi della famiglia Feuerbach, G. RADBRUCH, *Die Feuerbachs. Eine geistige Dinastie, Gesamtausgabe*, 6, Heidelberg, 1997, pp. 328-355; ID., *Rechtsphilosophie II, Gesamtausgabe*, 2, cit., p. 221.

⁹ F. PALAZZO (a cura di), *Giuliano Vassalli*, Roma-Bari, 2010, p. 24.

comune a Giuliano Vassalli, con riverberi critici contenuti nella nota 'formula' e negli studi ad essa precedenti.

Considerato un umanista, filosofo del diritto, giurista, si muove nell'ermeneutica dei concetti di giuridicità e di pena, cercando, attraverso la lettura delle pagine kantiane, declinate secondo un peculiare personale versante neokantiano, una dialettica in grado di costituire l'epicentro di originali riflessioni antropologico-giuridiche¹⁰; discute molteplici settori della scienza giuridica, e di quella politica, mediata sempre da un'investigazione critica riferita, di volta in volta, alle istituzioni, ai partiti, alla società e alle possibili derive di un legalismo affermato totalitariamente, arrivando ad un sinallagma tra pensiero giuridico e motivazioni morali storiche, in una continua ed essenziale tematizzazione della qualità del diritto penale¹¹.

Le radici delle sistematiche affermazioni sul diritto e sullo scopo della pena, in una cornice come quella della comunità a statuto relazionale, vengono tradotte in una compagine strutturale permeata dalle categorie di individualismo, superindividualismo, transpersonalismo teorizzate attraverso l'ausilio della lettura e dell'interpretazione degli studi dei Feuerbach, in particolare di P.J. Anselm e di Ludwig¹².

Influenzato dal loro pensiero, fa convergere le sue riflessioni verso un approfondimento del concetto di 'dovere di punire', esercitato dallo Stato nei confronti dei destinatari delle norme¹³; si concentra sul diritto, anche quello penale, come coalescente al concetto di comunità, non confinabile in un astrattismo, criticato da Ludwig Feuerbach.

Radbruch sottolinea, in uno stile che diverrà abituale nella trattazione di quella che denomina la *geistige Dinastie*, il destino

¹⁰ G. GURVITCH, *Une philosophie antinomique du droit. Gustav Radbruch*, in *Archives de Philosophie du droit et de sociologie juridique*, 1932, 3-4, p. 551.

¹¹ Cfr. G. RADBRUCH, *Strafrechtsgeschichte, Gesamtausgabe*, 11, Heidelberg, 2011.

¹² F. TOMASONI, *Ludwig Feuerbach. Biografia intellettuale*, Brescia, 2011, p. 13.

¹³ Cfr. W. HASSEMER, *Perché punire è necessario*, Bologna, 2012, *passim*; G. VASSALLI, *Potestà punitiva*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1997, vol. I, t. I, pp. 347-354.

tragico della famiglia Feuerbach e gli episodi centrali delle loro esistenze.

Lo spirito che lo anima, nella lettura delle opere dei Feuerbach, è proteso a comprendere il valore sia del diritto penale, nella sua struttura di libertà e volontà, così come discussa da Anselm Feuerbach, sia della relazionalità giuridica nella compagine comunitaria¹⁴.

Il particolare destino che caratterizza l'intera 'dinastia' dei Feuerbach rende più empatica la sua posizione, sino a descriverne le molteplici espressioni nella pluralità dei campi del sapere, dalle arti al diritto¹⁵. La tragicità dell'intera famiglia e dell'esistenza di Anselm Feuerbach è descritta più volte nel suo lavoro sui Feuerbach, centrale è il riferimento alla dottrina sull'imputabilità, alle differenze tra valutazione giuridica e morale, fondamentale è lo sviluppo della riflessione sulla teoria della retribuzione.

L'orizzonte culturale di profonda umanità, di tolleranza e di sensibilità giuridica di Radbruch si intreccia – seppure a distanza e in modo speculativo-spirituale – con la complessa esistenza dei due, tra i Feuerbach, che tanto influenzano il suo cammino. Particolare attenzione è dedicata alla dimensione pragmatica del diritto che acquista in Anselm un analitico approfondimento, attraverso le elaborazioni e le interpretazioni del pensiero classico, orientate dalla ragione kantiana.

Da questi riferimenti, si evince l'effettiva numerosità delle questioni e delle linee di sviluppo ermeneutico che si intessono nell'opera di Radbruch, al punto che non è arbitrario identificare il centro di un tale intreccio nelle riflessioni dei Feuerbach e della loro differente analisi speculativa.

Il nocciolo duro è costituito dalla questione della relazione giuridica che si condensa, anche nell'ambiente culturale dei Feuerbach, in un'orizzontale formazione storica comunitaria, ba-

¹⁴ Cfr. A.M. CATTANEO, *Illuminismo e legislazione penale: Saggi sulla filosofia del diritto penale nella Germania del settecento*, Milano, 1993; *Anselm Feuerbach filosofo e giurista liberale*, Milano, 1970.

¹⁵ G. RADBRUCH, *Anselm Feuerbach ein Kämpfer ums Recht, Gesamtausgabe*, 6, p. 291; vd. anche P.J.A. FEUERBACH, *L'oppressione e la liberazione d'Europa*, cit., Padova, 1814, p. 14.

se per la costruzione e la tutela dello Stato di diritto¹⁶. Da questo *milieu* nascono le idee sull'individualismo, sul superindividualismo e sul transpersonalismo per arrivare alla concezione di un diritto istituito dalla relazionalità nella comunità.

Una diversificata marcatura del pensiero di Radbruch, riferito sempre agli studi dei Feuerbach, si ha quando vengono discusse le questioni relative ai principi, in particolare ai concetti di giustizia e di validità che approdano successivamente alla 'formula'.

Gli interrogativi, presenti principalmente nelle varie edizioni della *Rechtsphilosophie*, e soprattutto in quella del 1932 prima dell'avvento pieno delle leggi discriminatorie del nazionalsocialismo, creano una soluzione di continuità con altre questioni che emergono alla fine della fase di affermazione del potere totalitario a statuto dittatoriale¹⁷ e che convergono in una rigorosa ed approfondita riflessione giuridica, poiché discutono un concetto di giustizia trans-storico, a prescindere da indagini sociali o eventi contingenti; affiorano qui le linee essenziali influenzate dalle letture sia dei Feuerbach che dei neokantiani.

In questa direzione, Radbruch elabora una sua precisa riflessione sul concetto di validità giuridica, come principio di reazione agli atti controgiuridici¹⁸, voluti e prodotti da qualunque regime, anche da quello di Hitler e del suo apparato politico-legale di sostegno. Seguendo questa linea critica, non è più possibile considerare la legalità una giustificazione degli atti di violenza compiuti da un regime sulla base di una derivata della *Grundnorm*, teorizzata da Kelsen¹⁹. La statura dello sdegno nei confronti di leggi ingiuste è presente nell'appello di Radbruch nella sua *Rechtsphilosophie* del 1932: criticare e reagire alle *Schandengesetze* è impe-

¹⁶ L. FEUERBACH, Su "L'essenza del cristianesimo", in *Opere*, Roma-Bari, 1965, p. 259: «è così che l'uomo è il Dio dell'uomo. Soltanto mediante questo Dio umano tu puoi rendere superfluo il Dio inumano e sovrumano».

¹⁷ G. VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale*, Milano, 1991, p. 68 e ss.

¹⁸ La prima edizione della *Rechtsphilosophie* è del 1914; la seconda del 1932; la terza è postuma del 1973. In questo lavoro, i riferimenti sono prevalentemente alla seconda edizione, oltre che alle altre opere di Radbruch.

¹⁹ G. VASSALLI, *Hans Kelsen a cento anni dalla nascita*, in *Scritti giuridici*, Volume IV, pp. 589-608.

gno di ogni essere umano, a partire proprio dal legislatore che, nel porsi come selettore dei contenuti qualitativi degli enunciati normativi, non esercita solo un'attività esecutiva, ma, in quanto giurista-ermeneuta, è creatore di leggi, posto all'interno di un ordinamento, in cui l'istituzione primaria è quella legislativa, attraversato dall'impegno e dal dovere di vigilare sul diritto nel rispetto di una *humanitas* riconoscimento dell'alterità transpersonale.

L'opera di Radbruch non può essere letta in una prospettiva formalista dove, rispetto al compito primario del legislatore, al giudice rimarrebbe il compito residuale di conoscere la validità delle leggi dell'ordinamento con un impegno solo pragmatico ed esecutivo; lo stesso organo giudiziario avvia una sua riflessione nel momento in cui si avvale di una discrezionalità non meramente cognitiva.

Chi interpreta Radbruch come teorizzatore di un potere giurisdizionale confinato ad una valutazione della vigenza del diritto positivo rischia di ancorarsi a convinzioni che, nell'ambito della separazione dei poteri, potrebbero stridere con i tre momenti principali del suo pensiero: idea di giustizia, certezza e finalità del diritto.

Le pagine di *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, del 1946, sottolineano le priorità del diritto positivo. La forma del diritto è incontrata dal giurista nella sua funzione transpersonale, ma nel momento in cui la legalità è talmente ingiusta da essere considerata intollerabile, raggiunge un livello così inumano da invertire i valori, sottomettendo l'affermazione del giusto alla concretizzazione della legalità ingiusta²⁰, ravvisabile negli eccessi dell'individualismo e del superindividualismo.

La questione dell' 'ingiustizia legalizzata' è così profondamente sentita da Radbruch da essere problematizzata come 'formula' e, scrive Vassalli, può essere descritta in vari modi, uno dei quali rappresenta – per molti versi – lo spirito della dinamica tra legalità e idea di giustizia: leggi ingiuste ma valide, leggi ingiuste a tal punto da essere considerate invalide e leggi che non possono assumere il nome di 'diritto', perché l'ingiustizia in esse contenuta supera il livello di tollerabilità umana; i tre gradi possono essere

²⁰G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie II, Gesamtausgabe*, 2, cit., p. 168; G. VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale*, cit., p. 283.

sintetizzati in due: ‘intollerabile ingiustizia’ e ‘assenza di ricerca del giusto’.

Compaiono elementi di oggettività e soggettività ravvisabili, nel primo caso, nell’intollerabilità e, nel secondo, nella dimensione di un’assenza consapevole di ‘ricerca del giusto’.

Il riferimento è il principio di uguaglianza che, al contrario delle società democratiche, dove è l’*incipit* per la costituzione dello Stato di diritto, nei regimi a statuto totalitario, come ad esempio quelli comunisti e nazionalsocialisti, è tradotto nella massima generale del principio di discriminazione del nemico, del diverso, dell’alterità non omologata, del sovversivo o del dissenziente²¹, motivo per cui la parità – se la si vuole formulare come uguaglianza ontologica²² – non è considerata il *prius*, perché sostituito dall’appartenenza.

Da una lettura critica delle opere di Radbruch, ripresa anche da Vassalli, si ravvisa un’idea di diritto complessa, finalizzata alla modifica del concetto di diritto positivo, tale da eliminare le contraddizioni poste da un legislatore (quello nazista) definito disumano. Alla riflessione sulla mancata selezione dei contenuti dell’istituzione di leggi ingiuste va aggiunto che la piramide normativa, teorizzata da Kelsen sotto forma di *Grundnorm*, è solo parzialmente e formalmente accettata da Radbruch, con l’*addendum* di una riserva sull’autentica validità delle leggi ingiuste²³.

La condizione della validità dell’‘estrema ingiustizia’, come momento di nullità del valore del diritto ingiusto e della sua ‘natura’ giuridica, implica che soggettivo e oggettivo si incontrino trascendendosi²⁴, perché se lo sbilanciamento verso il primo non convince, non è sufficiente neanche appellarsi al secondo, in quanto si disconosce solo la natura di diritto all’intollerabilità dell’ingiustizia, quindi ai principi fondamentali codificati sostenitori, di volta in volta, di un gruppo egemone, come l’hitlerismo, il co-

²¹ *Ivi*, p. 171.

²² S. COTTA, *Itinerari esistenziali del diritto*, Torino, 2014, p. 72 e ss.

²³ Vd. anche R. ALEXI, *Concetto e validità del diritto*, Milano, 1997, p. 49, coadiuvato dal pensiero di M. WEBER, *Economia e società, Diritto*, Roma, 2016, p. 185 e ss.

²⁴ Vd. A. KAUFMANN, *Filosofia del diritto ed ermeneutica*, Milano, 2003, p. 21 e ss.

munismo, il socialismo, etc. Schiavitù nelle società antiche e mancato riconoscimento dei diritti ai diversi, a soggetti considerati deboli, diventano esempi validi per sostenere la questione della legalità ingiusta, dell'ingiustizia legalizzata e della mancata 'ricerca del giusto', attraversati dalla chiusura ai principi universali.

Il significato e la valenza attribuiti dalla 'formula' di Radbruch alla 'giuridicità' stigmatizzano i comportamenti di quelle società che perseguono finalità legali, ma ingiuste, quindi *non di diritto*, sino ad arrivare alla teorizzazione di una sorta di imperialismo legalista²⁵, per cui la civiltà giuridica dell'Occidente, presunta misura dell'intera complessità del mondo normativizzato, rischia di diventare un paradigma privo di rinvio ai principi universali. La denuncia di Vassalli, derivante dall'ipotesi contenuta nella 'formula', investe non solo le stragi hitleriane legalizzate; infatti, dopo la riunificazione delle due Germanie i giudici vengono accusati di aver applicato il principio di parzialità²⁶, al centro anche, ed in misura più che significativa, dell'intero diritto socialista.

I regimi di tipo legalitario giustificano, in modo ambizioso, le questioni legate ad un diritto positivo derivato dalla *Grundnorm*²⁷.

Il problema relativo alla validità del diritto va costruito concettualmente attraverso la presa di coscienza che, nel momento in cui si nomina la giuridicità, non vi siano compromessi con i crimini contro l'umanità – definita transpersonale – e la dignità della persona²⁸.

Va da sé che gli elementi discussi nella 'formula' di Radbruch presentano criticità che rasentano una sorta di fragilità concettuale. In particolare, l'istituzione dei contenuti qualitativi della norma, che – per poter rispondere alle istanze kantiane – ha il dovere

²⁵ B. SCHUENEMANN, *Per una critica della cosiddetta formula di Radbruch*, i-lex, 13-14, 2011, p. 115.

²⁶ G. VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale*, cit., p. 8; ID., *Statuto di Roma, Ultimi scritti*, Milano, 2007, p. 400.

²⁷ È il caso di chiedersi se la tesi formalmente ripresa da Hart e Kelsen e, successivamente, da Jakobs, mitizzi a tal punto il diritto positivo, da considerare *Grundnorm* anche quella prodotta da una banda di criminali. Vd. anche G. JAKOBS, *La pena statale*, Napoli, 2019, *passim*.

²⁸ G. VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale*, cit., p. 35 e ss.

di trascendere la pura contingenza. La possibilità di conformare l'ordine giuridico alla cultura della società dalla quale promana la norma giuridica²⁹, con un'apertura all'universale marcato dalla lettura e dall'interpretazione delle pagine di Kant, rischia di essere un mero prodotto del plesso morale/cultura/valori di natura contingente.

Questo aspetto di debolezza impone altri chiarimenti: certo non è presente un'ermeneutica letterale della norma, né la descrizione di un gruppo di potere egemone, ma la problematizzazione di un diritto fondato sui valori dai quali discende la sua validità³⁰. Nelle forme della relativizzazione etica è possibile giustificare la circostanza che anche la legalità di un dittatore sia valida, purché fondata su alcuni presupposti essenziali: dimensione pubblica, piano assiologico contingente e comunicazione; in sintesi, i valori dei quali si fa portatore il giurista nazista, per esempio, sono validi per il gruppo sociale dal quale promanano e al quale vengono comunicati, in una sorta di presuntuosa autocelebrazione dell'universale diretta all'individualismo superindividualista che indebolisce il transpersonale.

Si tratta di un prodotto normativo dotato di un orientamento culturale che lo costituisce in quanto diritto, con buona pace della qualità dei contenuti normativi. Infatti, la questione prioritaria è posta nella domanda sulla tipologia di diritto fondato dalla convenzione funzionale che eleva a valore la lesione della persona, se non addirittura il suo sterminio, attraverso la validazione del principio di discriminazione. Qualità delle norme, per Radbruch, significa selezione di alcuni valori che non seguano il *principium* dell'inversione dei valori e l'affermazione di disvalore che si presenta nella sua negatività³¹.

La questione del relativismo, proposto da Radbruch e discusso da Vassalli, è posta come momento di sospensione tra oggettivismo e soggettivismo con accenni ad una sorta di scetticismo nei con-

²⁹ G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie II, Gesamtausgabe* 2, cit., p. 70.

³⁰ A. KAUFMANN, *Filosofia del diritto ed ermeneutica*, cit., p. 217; G. VASSALLI, *Scritti giuridici*, vol. IV, p. 291 e ss.

³¹ Determinante, per Radbruch, il ruolo della religione vd. G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie II, Gesamtausgabe*, 2, cit., p. 424 e ss.

fronti di una morale che possa elevarsi a dominante. La morale non è mai rappresentata come controgiuridica, in un'inversione di valori a danno dell'individuo-in-relazione³². In sintesi, rinvia ad un relativismo etico che tenta di spiegare la rinuncia alla pretesa della validità oggettiva³³: «der Relativismus will die Rechtsphilosophie nicht auf die dürftige Aufgabe beschränkt wissen, sich ausschließlich mit ihrer eigenen Methode zu beschäftigen, mit dem aussichtslosen Versuche, an dem sauber abgenagten Knochen der formalen Rechtsrichtigkeit doch noch ein Fleischfäserchen zu entdecken»³⁴.

Per questo, e per altri motivi che si andranno esplicitando, al fine di evitare una banalizzazione del pensiero di Radbruch, si terrà presente l'influenza delle opere dei Feuerbach sui suoi scritti.

2. I Feuerbach e gli a priori del diritto

Si può discutere dei numerosi riferimenti impliciti ed espliciti ad una concezione del diritto che rinvia, come accennato, al nome dei Feuerbach, in particolare a quello di Paul Johann Anselm Feuerbach³⁵, giurista e filosofo, e Ludwig Feuerbach, rispettivamente padre e figlio. Ad essi è dedicata un'importante disamina storica, giuridica e filosofica da parte di Radbruch.

³² G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie II, Gesamtausgabe*, 2, cit., pp. 235-236.

³³ Vd. le critiche di L. NELSON, *Die Rechtswissenschaft ohne Recht*, Leipzig, 1917; J. BINDER, *Philosophie des Rechts*, Berlin, 1925; E. KAUFMANN, *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie*, Tübingen, 1921; W. SAUER, *Lehrbuch der Rechts- und Sozialphilosophie*, Berlin-Grunewald, 1929; M.A. WIEGAND, *Unrichtiges Recht*, Tübingen, 2004. A favore H.-P. SCHNEIDER, *Gustav Radbruch Einfluss auf die Rechtsphilosophie der Gegenwart*, Stuttgart, 1973.

³⁴ G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie II, Gesamtausgabe* 2, cit., p. 41. «Il relativismo non vuole che la filosofia del diritto si limiti al misero compito di occuparsi esclusivamente del proprio metodo, con il disperato tentativo di scoprire una carne sull'osso ben roscchiato della correttezza giuridica formale» (trad. mia).

³⁵ Per un orientamento sulla ricostruzione della *Abstammung* dei Feuerbach, G. RADBRUCH, *Feuerbach, Gesamtausgabe*, cit., pp. 31-41; P.J.A. FEUERBACH, *Merkwürdige Verbrechen*, Berlin, 1976, p. 407 e ss.