

RIVISTA ITALIANA
PER LE
SCIENZE GIURIDICHE

Fondata da Francesco Schupfer e Guido Fusinato

SOTTO GLI AUSPICI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
DELLA SAPIENZA - UNIVERSITÀ DI ROMA

DIRETTORE

Mario Caravale

nuova serie

7

2016



JOVENE EDITORE

INCONTRI DI STUDIO

Interventi al Seminario della Facoltà di Giurisprudenza su

Pubblico e privato nell'esperienza giuridica

28 ottobre 2016

Note su diritto privato e diritto pubblico, a partire da alcune riflessioni di G. Radbruch

Luisa Avitabile

1. L'intensa e breve trattazione di Radbruch sulla differenziazione tra diritto pubblico e diritto privato è latrice di alcune riflessioni riferite, per ragioni storiche, ad una nota affermazione del *Digesto* «*publicum est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem*»¹.

Nonostante l'atteggiamento critico, riconosce al diritto romano il senso della riflessione giuridica, poiché, a partire dalla sua recezione, il diritto germanico si arricchisce dei significativi «concetti generali del diritto soggettivo e del dovere giuridico, della legittimità e della illegittimità del diritto pubblico e del diritto privato»². In questa direzione, la pubblicizzazione di ampi strati del diritto privato è, nell'ottica problematizzata da Radbruch, la conseguenza della negazione di un individualismo narcisista, orientato ad un superindividualismo centrato sul transpersonalismo.

La ricerca di Radbruch risente della struttura speculativa di Kant, dei neo-kantiani e dei Feuerbach che lo porta ad individuare, al di là delle differenze formali tra diritto positivo germanico e romano, diritto privato, diritto pubblico e diritto internazionale alcuni elementi rilevanti, in direzione di un'apertura antropologica del giuridico³.

In modo specifico, nella prevalenza del diritto privato, l'ordinamento si basa essenzialmente sulla proprietà privata, su 'libertà di contrattazione, monogamia e diritto di eredità'. Nella semplificazione più ovvia il passaggio dal privato al pubblico segna il momento di *Kebre* dall'uomo persona privata – marito, padre etc. – a cittadino,

¹ G. RADBRUCH, *Propedeutica alla filosofia del diritto*, Torino, 1959, 157; cfr. M. BRETONE M. TALAMANCA, *Il diritto in Grecia e a Roma*, Roma-Bari, 2015.

² *Ivi*, 176; ID., *Propedeutica alla filosofia del diritto*, cit., 89. Si segnala che dai documenti – testimonianze ed epistole – presenti nell'*Archivio Giorgio Del Vecchio* dell'Istituto di filosofia del diritto, è chiara la vicinanza di Radbruch a Giorgio Del Vecchio nella condivisione del pensiero neokantiano. Vd. anche G. RADBRUCH, *Gesamtausgabe*, 17 e 18, Heidelberg, 1995.

³ ID., *Propedeutica alla filosofia del diritto*, cit., 211 e ss.

vale a dire a quello *status* che marca significativamente la scena pubblica, portando il soggetto ad una condivisione tutelata e garantita del bene pubblico.

La diversa concezione degli *a priori* comporta però una differenziazione fenomenologica delle relazioni intersoggettive e, conseguentemente, di quelle giuridiche⁴. Per il diritto germanico, l'individuo è al servizio della comunità, la sua limitazione privatistica è implicita in virtù dell'interesse comune, «di qui – continua Radbruch – rispetto alla proprietà libera, la frequenza enormemente maggiore di concessioni di terreni sotto vincolo, i beni feudali, i cui possessori sottostanno a limitazioni militari e ad obblighi, i beni ereditari, i cui possessori hanno solo in uso la proprietà della famiglia, e per alienarla, necessitano dell'approvazione di questa». Detto in altro modo, «l'individuo ha tutti i suoi diritti in feudo solo dalla collettività. Il diritto privato è solo una emanazione, solo una componente del diritto pubblico»⁵.

La prospettiva che assume il diritto romano è incentrata sull'individuo dal quale promana una legge mitizzata dalla leggenda e metaforicamente rappresentata dal contratto sociale di Rousseau, in realtà «una banda di masnadieri senza patria, senza famiglia, avulsi da ogni relazione sociale, conclude [...] un contratto sociale»: affermazione critica nei confronti del formalismo giuridico e delle derive prodotte dalla *Grundnorm* kelseniana, sino ad una sintesi così enunciabile: «la comunità esiste solo per il singolo, e il diritto pubblico solo a difesa del diritto privato». Una dialettica che ipostatizza un'autoreferenza istituita da un atto contrattuale, produttore di relazioni giuridiche formali.

⁴ Cfr. in particolare B. ROMANO, *Principi generali del diritto*, Torino, 2015, *passim*.

⁵ G. RADBRUCH, *Introduzione alla scienza del diritto*, Torino, 1961, 174-175; ID., *Propedeutica alla filosofia del diritto*, cit., 158; vd. anche F. VON HAYEK, *Legge legislazione e libertà*, Milano, 2010, 241; su Radbruch vd. A. KAUFMANN, *Gustav Radbruch - Leben und Werk, Rechtsphilosophie I*, in *Gesamtausgabe*, 1, Heidelberg, 1987, 7-88, inoltre W. FRIEDMANN, *Legal Theory*, London, 1953; G. GURVITCH, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, 1935; E. W. PATTERSON, *Radbruch*, Introduzione a *The Legal Philosophies of Lask, Radbruch and Dabin*, Cambridge, 1950; F. VON HIPPEL, *Gustav Radbruch als rechtsphilosophischer Denker*, Heidelberg, 1951; G. VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei 'delitti di Stato' nella Germania post-nazista e nella Germania postcomunista*, Milano, 2001. Su questioni più strettamente di diritto privato cfr. G. ALPA, *Che cos'è il diritto privato?*, Roma-Bari, 2007; E. DEL PRATO, *L'ente privato come atto. Saggi di diritto civile*, Torino, 2015.

diritto privato emerge di fatto la rilevanza del diritto internazionale dotato, secondo Radbruch, di un'essenza universale mancante alle altre. Se lo Stato vuole assumere l'*habitus* dell'istituzione giuridica terza, e non quello di una roccaforte di potere, ha il dovere di obbedire a norme oggettive non dipendenti direttamente dalla sua volontà, sottintendendo che il rispetto del diritto positivo diventi esigenza di giustizia, dunque di imparzialità. Pur riuscendo a problematizzare, con questi argomenti, gli schemi limitanti di una concezione strettamente legata al binomio pubblico/privato, per il lettore della sua opera gli interrogativi sono molteplici: può la condizione relazionale della giuridicità esaurirsi nel privato o nel pubblico, nell'individuo o nello Stato? Con le proposizioni *individualità* e *statualità superindividualistica* del diritto si esclude totalmente la questione *gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*⁷, o forse è la via per una sua eventuale ratifica? E ancora, una concezione transpersonalistica riesce a concepire l'apertura antropologica nel rinvio a principi universali ed incondizionati, che non siano solo formalistici enunciati rassicuranti? Radbruch tenta, alla luce dell'influenza dei Feuerbach⁸,

⁷ Nota come 'formula di Radbruch', *ivi*, 112 e s. Sulla formula si segnalano, tra l'altro, K. ADOMEIT, *Gustav Radbruch zum 50. Todestag*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1999, 3465 e ss.; R. ALEXI, *Concetto e validità del diritto*, Torino, 1997; R. DREIER, *Der Begriff des Rechts*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1986; W. OTTO, *Die Radbruch'sche Formel. Pro und contra*, in *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, 1988; SALIGER, *Radbruchsche Formel und Rechtsstaat*, vol. 92, Heidelberg Forum, Heidelberg, 1995; A. KAUFMANN, *Die Radbruchsche Formel vom gesetzlichen Unrecht und vom übergesetzlichen Recht in der Diskussion um das im Namen der DDR begangene, Unrecht*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1995 81 e ss.; ID., *Gustav Radbruch und die Radbruchsche Formel. Brief an meinen Enkel FinnBaumann*, in *Rechtshistorisches Journal*, 2000, 604 e ss.; R. WASSERMANN, *Zur Anwendung der sogenannten Radbruchschen Formel auf Unrechtsurteile der DDR-Justiz*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1992.

⁸ ID., *Anselm Feuerbach ein Kämpfer ums Recht*, Gesamtausgabe 6, Heidelberg, 1997, 291; una *geistige Dinastie*, la definisce Radbruch nella costruzione storica di cinque generazioni di giuristi della famiglia Feuerbach, non tralasciando il significativo contributo di Ludwig, G. RADBRUCH, *Die Feuerbachs. Eine geistige Dinastie*, in ID., *Gesamtausgabe* 6, Heidelberg, 328-355; *Feuerbach*, in *Gesamtausgabe*, 6, Heidelberg, 1997, 149. Di P.J.A. FEUERBACH si ricordano *Über der Stand der Natur*, Meissners Monatsschrift 'Apollo', Novemberheft, 1794, 197; ID., *Die hohe Würde des Richteramts* (1817), Frankfurt am Main, 1948; *Alkiphron und Agathokles. Über die Bestimmung des Menschen*, Meissners Monatsschrift 'Apollo', Märheft, 1797; ID., *Revision der Grundsätze und Grunbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, 2 voll., Aalen, 1966; *Anti-Hobbes, ovvero i limiti del potere supremo e il diritto coattivo dei cittadini contro il sovrano*, Milano, 1972.

un'analisi che destrutturati i moduli formali, dando rilievo agli aspetti qualitativo-dialogici del diritto indipendentemente dalla contingenza storica e dalle sue definizioni nominalistiche di pubblico, privato e internazionale, presentando una trattazione specificamente critica delle questioni legate alla giuridicità, a partire da una discussione sulla relazione giuridica strutturata secondo *a priori* risalenti a Kant quali idea di giustizia, certezza e finalità del diritto. La giustizia, come idea formale, costituisce il rinvio in quanto momento interpretabile verso la possibilità del giusto⁹, come significativa raccomandazione per la concretizzazione del principio di uguaglianza. Norme prive di questo sostrato rischiano di avallare un principio sistemico intraordinamentale di sufficienza formale; la conformità allo scopo si afferma come una finalità non autoreferenziale, nel senso che il fine, collegato alla giustizia e alla sicurezza, alimenta il momento della sua certezza pragmatica e teorica: fattispecie astratte per fattispecie concrete. Certezza del diritto significa previsione del futuro, fondamento della progettualità in generale che attribuisce una durata temporale al diritto, sottraendolo all'arbitrio, alla barbarie e alle concezioni deterministiche a statuto naturalistico. Riferita all'istituzione della testualità giuridica, ad opera del legislatore, che assume la forma del diritto positivo, a volte ingiusto, «la certezza del diritto è una forma della giustizia, la contraddizione fra la giustizia e la certezza del diritto è un conflitto della giustizia con se stessa»¹⁰, dunque con la sua apertura antropologica che rischia di denigrare la concretizzazione dei diritti universali ed incondizionati dell'essere umano, nel momento in cui si attiene ad un mero protocollo formale.

Da giurista positivo Radbruch vede, nella compresenza di una pluralità di ordinamenti, la possibilità di un diritto internazionale che non trova spazio né nella concezione individualistica, né in quella superindividualistica, ascrivibili rispettivamente al diritto privato e a quello pubblico, vale a dire ad una concezione in cui epicentro è o il singolo o lo Stato. Lo Stato mondiale è delimitato peraltro da un potere in cui è presente il mito della sovranità, altra uto-

⁹ Il relativismo di Radbruch è così sintetizzabile: «le idee giuridiche vengono essenzialmente determinate dalla materia del diritto, dall'epoca, dallo speciale spirito del popolo: in breve dalla natura della cosa». G. RADBRUCH, *Propedeutica alla filosofia del diritto*, cit., 104.

¹⁰ Id., *Introduzione alla scienza del diritto*, cit., 117.

pia che ovvia ai problemi dell'individuo in carne ed ossa che quotidianamente ha a che fare con il diritto e con forme di ingiustizia più o meno mistificate da un proceduralismo ricorrente. Il diritto internazionale, istituito con il consenso di una pluralità di Stati e superati i poli contrapposti dell'individualismo¹¹ e del superindividualismo, implementa la categoria del transpersonalismo.

Nello sviluppo di individualismo, superindividualismo e transpersonalismo – associati, come si è sottolineato, rispettivamente a diritto privato, diritto pubblico e diritto internazionale – incide anche il rapporto del diritto con la morale che ridiscute la relazione mezzo/fine, tendente alla realizzazione dell'idea di giustizia marcata dai valori morali, priva di senso se non è riferita alla certezza del diritto e alla conformità allo scopo¹².

Va da sé che se in Radbruch è presente una declinazione della morale: questo non significa valorizzazione del diritto naturale, ma orientamento verso una triplice visione assiologica ravvisabile nell'individuo, nella collettività e nell'opera che segnano i tre momenti dell'individualismo, del superindividualismo e del transpersonalismo e dunque del diritto privato, di quello pubblico e dell'internazionale. Una ricomposizione è possibile in due diverse direzioni: o fenomenologico-antropologica o deterministica. Se si pensa ad una *Weltanschauung* del diritto aperta alla prima, i valori morali specificano maggiormente la centralità dell'umano in quanto universale, soggetto libero nella scelta; se ci si orienta alla seconda, emerge una morale deterministica che, colpevolizzando l'uomo, lo determina al bene (o al male?), privandolo della possibilità della scelta nella libertà¹³.

¹¹ *Contra*, «Ius gentium in senso proprio non è ius naturale, benché le prescrizioni di quest'ultimo valgano naturalmente per l'ordinamento della comunità internazionale. ... Lo ius gentium è diritto positivo della comunità internazionale e riposa sia sulla consuetudine che su convenzioni contrattuali, e la norma fondamentale di questo ius gentium positivum, accanto ai principii materiali del diritto positivo, è anzitutto il principio: pacta sunt servanda» H. ROMMEN, *L'eterno ritorno del diritto naturale*, Roma, 1965, 53-54.

¹² Si veda, tra l'altro, di G. RADBRUCH, *Gesamtausgabe*, 2, cit., 227: «Die Rechtsidee selber aber, das konstitutive Prinzip und zugleich der Wertmassstab für die Rechtswirklichkeit, gehört dem bewertenden Verhalten an». Sul parallelismo tra diritto pubblico e diritto privato W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, Milano, 1963, spec. 25 e ss.

¹³ «Nello stato di natura decaduta, conseguente al peccato d'origine, apparvero la proprietà privata, limitazioni della libertà, il potere coercitivo dello Stato ed inegua-

Nella dimensione in cui centrale è l'individuo, i valori derivanti dall'opera e dal lavoro collettivo sono organizzati in modo da essere al servizio della personalità; la cultura rappresenta un mezzo di formazione, Stato e diritti attivano le istituzioni tese alla sicurezza e all'affermazione dei componenti la società. Il fine è la libertà, rappresentata da una convenzione contrattuale promanante dalla *Gesellschaft*, dove l'utile individuale è prioritario rispetto a quello collettivo.

Nel superindividualismo, i valori della personalità e quelli derivanti dall'opera sono funzionali a quelli collettivi, ne deriva che Stato e diritto sono prevalenti rispetto a morale e cultura, tendenti alla realizzazione di una struttura organica, affermata attraverso la *Gesamtheit*, in cui si invertono le dimensioni, il *prius* è dato dall'utile collettivo.

Nella dimensione transpersonalistica, i valori personali e quelli collettivi dipendono dall'opera; ne deriva che morale, diritto e Stato sono condizionati prevalentemente dagli interessi culturali¹⁴. Il simbolo è rappresentato dal lavoro comune che confluisce nell'ipotesi di una *Gemeinschaft*¹⁵, dimensione coesistenziale dialogica in cui si sintetizza il collettivo e l'individuale, in una propensione all'universale capace di indirizzare l'istituzione del diritto attraverso i principi.

Scaturiscono, attraverso un lessico mutuato da Tönnies, tre diverse modalità di coesistenza: società, collettività e comunità, dialetticamente legate, in cui vengono posti in discussione tre poli – privato, pubblico e internazionale. «Si può realizzare una di esse in quanto si perseguano le altre. Così, svolge la sua personalità colui che si dedica ad una causa che lo trascende come singolo ed un popolo assurge a dignità di nazione se s'impone dei compiti di una portata generale». Nel differenziarle, Radbruch tiene a chiarire che mentre le organizzazioni sociali e quelle collettive sono strutturate sulla base di un'«opera comune», la *Gemeinschaft* specifica il suo legame

glianze personali. Bisogna fare il bene è dunque il precetto supremo della morale naturale; e come norma suprema e fondamentale del diritto naturale in senso stretto si potrebbe indicare il principio: bisogna fare ciò che è giusto», H. ROMMEN, *L'eterno ritorno del diritto naturale*, cit., 36 e 39.

¹⁴ V. PALAZZOLO, *La filosofia del diritto di Gustav Radbruch e Julius Binder*, Milano, 1983, 14.

¹⁵ Vd. G. RADBRUCH, *Persönlichkeit und Gemeinschaft* (1926), in ID., *Gesamtausgabe*, 4, 171; vd. anche ID., *Gesamtausgabe*, 2, cit., 285.

con la *Gesellschaft* e con la *Gesamtheit* individuando, attraverso l'opera, la personalità e il bene comune come i suoi *a priori*¹⁶.

3. Non esimendosi dall'affrontare la distinzione anche da un punto di vista storico, Radbruch ritorna a questioni filosofico-giuridiche, mettendo in *epochè* le motivazioni degli Stati socialisti, a statuto pubblicista; delle società anarchiche¹⁷, a matrice privatistica e di quelle liberali che sembrano coniugare in modo equilibrato il binomio pubblico/privato, veicolo di esempi topici che nulla dicono sulla possibilità di contrastare una formalizzazione dell'ingiustizia. Sta di fatto però che se, nella prassi, il diritto privato corrisponde ad una 'coordinazione' tra pari, quello pubblico ha il suo *principium individuationis* nella sostanziale relazione tra dominanti e soggetti, richiamando la distinzione tra giustizia distributiva e commutativa, così articolata: «Nocciolo della giustizia è il concetto dell'uguaglianza. Fin da Aristotele – precisa Radbruch – vengono distinte due specie di giustizia, nelle quali l'uguaglianza si esprime in due diverse forme: “giustizia commutativa” significa l'uguaglianza assoluta di azione e reazione. La “giustizia distributiva” significa la proporzionata uguaglianza nel trattamento di una molteplicità di persone. [...] La giustizia commutativa presuppone due persone che sono l'una all'altra giuridicamente coordinate; viceversa, la giustizia distributiva presuppone almeno tre persone: una sopraordinata che impone oneri e concede vantaggi a due o più persone ad esse subordinate»¹⁸.

Non escludendo dalla riflessione le teorie già menzionate¹⁹, Radbruch descrive una circolare prevalenza storica dell'uno e/o del-

¹⁶ V. PALAZZOLO, *La filosofia del diritto di Gustav Radbruch e Julius Binder*, cit., 15; I. KANT, *Sul detto comune: “ciò può esser giusto in teoria, ma non vale per la prassi”*, in *Stato di diritto e società civile*, cit., 212: alla base della comunità civile, l'unica motivazione contrattuale può essere dettata da una *Urnorm*, un contratto originario, come lo definisce Kant, «l'unico sul quale si può fondare una costituzione civile».

¹⁷ G. RADBRUCH, *Gesamtausgabe*, 2, cit., 292: «Anarchismus ist diejenige Form des Individualismus, die von der empirischen, konkreten Individualität ausgehen zu können meint».

¹⁸ ID., *Propedeutica alla filosofia del diritto*, cit., 106; ID., *Gesamtausgabe*, 2, cit., 258-260.

¹⁹ Quella marxiana secondo la quale non è riconosciuta nessuna forma di diritto privato, anzi 'economia domestica' e 'famiglia' sono 'parti del diritto pubblico'; quella anarchica per la quale il diritto è solo privato e la concezione liberale dove al centro è posizionato il diritto privato, mentre il diritto pubblico, collegato all'attività statale, si

l'altra, assumendo il dato che la protezione del diritto privato è data dal diritto pubblico o viceversa il diritto privato «è [...] un margine sempre assottigliatosi, provvisoriamente disponibile, dell'iniziativa privata all'interno del diritto pubblico»²⁰, manifestando, in questo modo, il relativismo del diritto positivo, ma non dell'idea di giustizia che è tesa a ripristinare condizioni di uguaglianza nella differenza.

Se precisa come «per la speculazione giuridica, è dal diritto costituzionale che scaturiscono le fonti di tutt'altro diritto: esso produce lo Stato e regola la formazione politica statale, dalla quale derivano, nella forma della legge, le altre norme giuridiche» è solo per poi procedere con una riflessione dove «il diritto del mio e del tuo, del commercio, della famiglia e della eredità, in breve il diritto privato costituisce il fondamento difficilmente mutabile e il diritto pubblico la 'sovrastuttura' mobile»²¹, sino all'insufficienza di una tripartizione che risponderebbe agli stessi criteri dettati da Kelsen per l'individuazione della *Grundnorm*.

Pubblico e privato, rispondendo alla logica di individualismo e superindividualismo, non sono sufficienti a definire in modo esauriente il diritto nel suo rinvio alla giuridicità.

All'interrogativo che tenta di definire esaustivamente la problematica del binomio diritto pubblico/diritto privato, Radbruch si pone oltre la linea descrittiva di «quando un dovere è stabilito da un comando di un altro, di *regola* è diritto pubblico, mentre i doveri di diritto privato di *regola* sorgono da autosottomissione dell'obbligato: pagare le tasse e prestare servizio come scabino o giurato, lo si deve volenti o nolenti; pagare cose acquistate o eseguire lavori accettati lo si deve fare solo perché si sono prese su di sé quelle conseguenze con il contratto di acquisto o di lavoro». La derivata ordinaria è che i rapporti che si instaurano tra «Sovrano e suddito, sono oggetto del diritto pubblico», mentre il concetto di diritto privato si trova di fronte a relazioni «fra persone giuridicamente uguali», pur ricono-

limita ad un atteggiamento di protezione delle singole libertà individuali. In una prospettiva storica, vd. M. CARVALE, *Una incerta idea. Stato di diritto e diritti di libertà nel pensiero italiano tra età liberale e fascismo*, Bologna, 2016. Cfr. anche I. KANT, *Idea per una storia universale dal punto di vista cosmopolitico*, in *Stato di diritto e società civile*, cit., 142.

²⁰ G. RADBRUCH, *Propedeutica alla filosofia del diritto*, cit., 157.

²¹ ID., *Introduzione alla scienza del diritto*, cit., 167.

scendo che i rapporti giuridici non sono così linearmente e perfettamente suddivisibili.

4. Rimane una via critica, sempre sottoposta ad ermeneusi, tra le libertà individuali e «gli obblighi superindividuali diventati inevitabili ... fra autonomia privata e formazione statale del diritto»²². Qui diritto-dovere è il binomio analizzato da Radbruch, per cui si può dire che il diritto soggettivo «è niente altro che il diritto di fare il proprio dovere, e per questo partecipa al *pathos* etico, che riposa su qualsiasi dovere. È il solo punto di incrocio di due linee fortemente divergenti. Quelle che altrimenti sempre si contrappongono ostilmente l'uno all'altra: interesse proprio e pretesa etica nel diritto soggettivo vanno assieme»²³.

In modo significativo, l'apertura antropologica rinvia all'essere umano come «accumulatore di forze spirituali»²⁴ che porta lo Stato, in qualità di legislatore, a rendersi garante del rapporto con l'individuo-in-relazione che si esprime giuridicamente sulla scena pubblica.

Se fosse possibile sintetizzare l'intero *universum* giuridico negli *a priori* formali di individualismo, superindividualismo e transpersonalismo, la distinzione diritto pubblico/diritto privato/diritto internazionale assurgerebbe a mero tecnicismo, con la derivazione che organi dotati di autorità eserciterebbero un potere incondizionato attraverso un'intraordinamentarietà corroborata dall'idea di giustizia, dalla conformità allo scopo e dalla certezza del diritto. Allora il diritto pubblico e il diritto privato si porrebbero come il dato, diversificato nella quantità ma non nella qualità, di una volontà che, trascendendo i singoli, è depositaria della volontà sociale e la normazione investendo sia l'atto privato che quello pubblico più elevato, l'atto fondante, determinerebbe l'autoreferenza come rinvio reciproco ad un'omogeneità generalizzata.

In questo caso, la norma positiva avrebbe l'unica funzione di integratore sociale che si avvale del criterio empirico per colmare le lacune del diritto.

La differenziazione tra diritto pubblico e diritto privato rischia di essere rinvenuta nella diversa posizione dei consociati, tipizzabile

²² *Ivi*, 169.

²³ *Ivi*, 177.

²⁴ *Ivi*, 178.

in rapporti di supremazia, di uguaglianza, di subordinazione e di coordinazione, il che è fuorviante perché attua un principio di discriminazione che archivia l'ipotesi che ogni singolo realizzi la propria identità esistenziale in seno alla società dove l'istituzione del diritto garantisce l'espressione di una libertà-con nel rinvio a principi universali ed incondizionati.

In questa prospettiva ermeneutica, subordinazione e coordinazione significano declinazione del concetto di comunità, dove ogni soggetto partecipa del bene comune, perché nella varietà delle posizioni riavvia la «collaborazione sociale sul piano storicamente determinato di una data organizzazione statutale»²⁵.

Nel momento in cui si afferma, in una prospettiva verticale, la funzione dello Stato come produttore di legalità anche il diritto internazionale assolve ad una funzione formale senza distinzione di qualità, ma solo di grado²⁶, con effetti che mimano la realtà del principio di uguaglianza in quanto finalità del diritto.

5. Una volta ricondotto il diritto al suo statuto dialogico-relazionale²⁷, ogni differenziazione all'interno di esso va orientata secondo un rinvio che il giurista responsabilmente *sa* appartenere al bene comune. In questa direzione, i problemi del diritto generati dalla classica bipartizione tra diritto privato e diritto pubblico, basata a sua volta sulla relazione tra idea di diritto, giustizia commutativa e giustizia distributiva²⁸, attengono ad un'analisi descrittiva, se assunti solo sotto il profilo formale.

Se invece si osserva che le norme assolvono all'impegno di far sì che l'attività di ogni singolo si svolga in modo sicuro ed ordinato e – secondo l'espressione kantiana – nel rispetto della libertà-con, allora nel riferirsi al singolo individuo si deve considerare che è necessario un potere che vada oltre gli aspetti formali, sintetizzabile nel bino-

²⁵ V. PALAZZOLO, *La filosofia del diritto di Gustav Radbruch e Julius Binder*, cit., 64; vd. anche I. KANT, *Sul detto comune: "ciò può esser giusto in teoria, ma non vale per la prassi"*, in *Stato di diritto e società civile*, cit., 212.

²⁶ V. PALAZZOLO, *La filosofia del diritto di Gustav Radbruch e Julius Binder*, cit., 62.

²⁷ «Solo quando Eva si presentò ad Adamo, Venerdì a Robinson, per essi cominciò, accanto alla morale, ad essere valido anche il diritto», G. RADBRUCH, *Introduzione alla scienza del diritto*, cit., 85.

²⁸ G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, Leipzig, 1932; Id., *Gesamtausgabe*, 2, Heidelberg, 1993, 358-362.

mio diritto/dovere. Da qui l'assunto indispensabile che diritto pubblico e diritto privato abbiano entrambi elementi aprioristici e che le loro posizioni e i rapporti di reciprocità siano continuamente sottoposti ad una contingenza storica che dipende dalla finalità che assume l'ordinamento giuridico nel rinvio a principi universali ed incondizionati. Nella dimensione superindividualistica, intesa come orizzonte giuridico-sociale, il diritto privato è rappresentato come un ambito derivante e affidato, in modo revocabile, all'iniziativa privata, con un impegno conforme al diritto pubblico.

Stato e diritto, in una dimensione relazionale, sono gli epicentri lungo i quali muove l'opera di Radbruch e, in una prospettiva dialogica, non è esaustiva la teoria del primato dello Stato²⁹ sul diritto, né al contrario quella del diritto sullo Stato, tanto meno quella che propone l'identità Stato-diritto. Uno Stato può essere ingiusto anche se corrisponde pienamente al ruolo pubblico; volendo confermare il primato dello Stato sul diritto non si esaurisce l'interrogativo sul *modo* con cui lo Stato, produttore di diritto, diventi istituzione giuridica. Per quanto riguarda il primato del diritto e/o la precedenza sullo Stato, si può affermare che così si arriva all'enucleazione insoddisfacente del diritto naturale³⁰. Radbruch, pur registrando il contrasto tra ideologie, ritiene che il rinvio a principi universali rappresenti la matrice dell'ipotesi kantiana e neokantiana del bene comune e del diritto, coerente con la concretizzazione di una *libertà-con*³¹.

Mentre Kelsen sviluppa la teoria dell'identità tra Stato e diritto, quasi infallibile sotto un profilo strettamente normativo³², dove lo Stato diventa la sintesi delle norme che produce, Radbruch non concepisce lo Stato unicamente come una struttura unitaria di norme, ma come orientamento ai valori, dunque la struttura statale non esprime un concetto rilevante solo sotto il profilo *legale*, ma più propriamente sotto il profilo *giuridico*.

²⁹ G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie I, Gesamtausgabe*, 1, cit., 109 e ss.

³⁰ K. BERGBOHM, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, Leipzig, 1892, 367-407.

³¹ Si ricordano tra gli altri K. VORLÄNDER, *Karl Marx: la vita e l'opera*, Roma, 1946. E. COHEN, *Etica della volontà pura*, Napoli, 1994; P. NATORP, *Tra Kant e Husserl*, Firenze, 2011; E. CASSIRER, *Il linguaggio*, Firenze, 1961; E. LASK, *Filosofia giuridica*, Napoli, 1984. Sembra che l'influenza maggiore su Radbruch sia ad opera di W. Windelband, H. Rickert, E. Lask, esponenti della Scuola di Marburgo.

³² H. KELSEN, *Diritto pubblico. Diritto privato*, Rivista internazionale di filosofia del diritto, 1924, 340-357.

6. L'identità tra diritto e Stato, il primato dello Stato con l'obbligatorietà del diritto per lo Stato, in modo autoreferenziale come indica Jellinek, sono ipotesi rifiutate da Radbruch, critico della teoria contrattualistica, dove l'autolimitazione non rappresenta l'autonomia della volontà, ma il prodotto di un'eteronomia. La tesi sostenuta è che l'obbligo non nasce da una volontà autoreferenziale, anzi è una volontà precedente che istituisce il *vinculum* per quella successiva, quindi, una volontà ideale che obbliga quella empirica. L'autolimitazione dello Stato voluta dal diritto non elimina la differenza tra volontà obbligante e volontà obbligata. *La normatività del fatto* di Jellinek è, agli occhi di Radbruch, un evento paradossale, poiché dal *Sein* non può originarsi un *Sollen*. Dunque, un fatto può considerarsi normativo soltanto nel momento in cui vi è una norma che lo concepisca come tale. Questa situazione supera il diritto positivo³³ e lo stesso Stato, cadendo in un ambito di diritto universale ed incondizionato che rispondendo ai principi avvia l'istituzione della norma.

In questo orizzonte significativo, la vocazione del giurista dovrebbe essere precipuamente quella di esercitare la giustizia³⁴, affermazione impegnativa perché il diritto vigente, positivo, legale – nella sua dimensione spirituale critica – rinvia sempre alla giustizia, altrimenti non potrebbe essere nominato. La figura del giurista emerge nel suo ruolo significativo di rispetto imparziale del giusto, configurato dal principio di uguaglianza nella differenza, che si rifiuta di obbedire alla legalità ingiusta, vale a dire a quella dimensione in cui «l'ingiustizia del diritto positivo raggiunge una tale misura che, di fronte a questa ingiustizia la certezza del diritto, garantita dal diritto positivo non ha più peso, in un tale caso il diritto positivo ingiusto deve cedere alla giustizia, ad un diritto sovrapositivo»³⁵. Radbruch differenzia radicalmente la posizione del giurista che asservito alla le-

³³ R. STAMMLER, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, Berlin und Leipzig, 1928, 97-100. Ne nasce un collegamento con la teoresi di Stammler che, pur mancando di una vera e propria struttura valoriale, definisce la lotta per il diritto non come semplice competizione per la *Rechtlichkeit*, ma come *Kampf um Gerechtilichkeit*. R. STAMMLER, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, cit., 57 e ss.; ID., *Die Lehre von dem richtigen Rechte*, Berlin, 1902, pp.171 e ss. G. RADBRUCH, *Gesamtausgabe*, 2, cit., 222.

³⁴ Vd. G. RADBRUCH, *Rechtswissenschaft als Rechtsschöpfung. Ein Beitrag zum juristischen Methodenstreit*, in G. RADBRUCH, *Gesamtausgabe*, 1, 409 e ss.

³⁵ G. RADBRUCH, *Introduzione alla scienza del diritto*, cit., 112-113.

galità, persegue l'ingiustizia legalizzata³⁶, da quella del giurista che, constatata l'ingiustizia, se ne distanzia criticamente, nel momento in cui il criterio di certezza del diritto si fa garante di un diritto ingiusto³⁷. Da qui la questione della funzione teleologica del diritto che consiste nel suo scopo di realizzare il principio di uguaglianza che abdica al puro formalismo nella ricerca del giusto.

Nella direzione speculativa di Radbruch, la certezza del diritto costituisce un valore che discende dalla pluralità assiologica. Quando viene 'garantita' dalla legalità la certezza di un'ingiustizia legalizzata, il valore si disperde in un'ingiustizia così estesa da far perdere effettività al concetto di certezza. Si pensi anche a puri stati di fatto che possono diventare legali per la forza dalla quale sono intessuti, trasformando l'ingiusto in legale.

La certezza del diritto è la categoria giustificativa della validità, rimane in piedi la questione della sua riconsiderazione nel momento in cui sostiene una cospicua ingiustizia, diventando strumento della contingenza del potere del più forte. Una volta realizzata l'idea di diritto solo formale il risultato è una legalità fondata su *fatti* (*Grundnorm*)³⁸, nominati di volta in volta a seconda delle condizioni storiche e geografiche diritto privato, diritto pubblico e diritto internazionale in una combinazione che, trascendendo l'essere umano, afferma la purezza dottrinale³⁹.

³⁶ ID., *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, in ID., *Rechtsphilosophie*, III, *Gesamtausgabe* 3, Heidelberg, 1999, 83.

³⁷ B. ROMANO, *Filosofia del diritto*, Roma-Bari, 2001, 89.

³⁸ G. RADBRUCH, *Introduzione alla scienza del diritto*, cit., 114; cfr. anche A. CERRI, *Lezioni di giustizia globale*, Padova, 2013.

³⁹ In una direzione diversa, F. MODUGNO, *La dottrina del diritto nel pensiero di Carlo Esposito*, Torino, 2008, 18 e ss.