

## **PER UNA CRITICA DELLA COSIDDETTA FORMULA DI RADBRUCH NOTE SU UN CONCETTO DI DIRITTO CULTURALMENTE E COMUNICATIVAMENTE ORIENTATO**

**Bernd Schünemann\***

### **1. I mutamenti del concetto di diritto in Radbruch**

*Gustav Radbruch*, il filosofo tedesco del diritto del ventesimo secolo più noto nel panorama internazionale, in quindici anni, ha risposto in maniera assolutamente differente al problema cardine della filosofia del diritto, ovvero al problema del rapporto tra validità giuridica e giustizia. La spiegazione biografica, a tal riguardo, è evidente. Infatti, la prima risposta si rinviene nella sua *Rechtsphilosophie* del 1932, pubblicata immediatamente prima della presa di potere da parte del nazionalsocialismo, la seconda risposta, dopo quattordici anni circa e successivamente alla fine della dittatura nazionalsocialista.

Per un filosofo del diritto ciò è sorprendente: la veridicità di asserzioni filosofiche sul diritto, a differenza di quelle sociologico-giuridiche, non dipende da una verifica empirica e, pertanto, nemmeno può essere falsificata da eventi storici, come il dominio del nazionalsocialismo.

Il cambiamento compiuto da Radbruch della sua teoria della validità giuridica, come reazione agli illeciti del regime nazionalsocialista, nemmeno può essere giustificato in base alla circostanza che la nuova teoria era considerata necessaria per rendere possibile la punizione degli atti di violenza del nazionalsocialismo. Il che rappresenterebbe una chiara fallacia naturalistica. Perciò, devono essere verificate, criticamente, le variazioni nel concetto di validità del diritto in Radbruch.

Nella terza edizione della sua *Rechtsphilosophie*, apparsa nel 1932, Radbruch riconosce proprio alla coscienza del singolo il diritto di rifiutare obbedienza alle "*leggi vergognose*", *Schandgesetzen*. Il giudice invece, nella sua attività di interpretazione, è sottoposto all'ordinamento giuridico positivo e non deve conoscere altro che la teoria giuridica della validità, che considera in egual modo l'esigenza di validità della legge

---

\* Prof. Dr. jur. Dr. jur. h.c. mult. Bernd Schünemann, Ludwig Maximilians-Universität München, Institut für die gesamten Strafrechtswissenschaften, für Rechtsphilosophie und Rechtsinformatik. Traduzione a cura della Dott.ssa Feliciano Tafuri.

rispetto alla validità effettiva; il giudice non deve mai chiedersi se il comando giuridico autoritativo sia anche giusto ma, molto più, deve considerare vigente tutto il diritto legale<sup>1</sup>.

Diversamente, nel suo saggio del 1946, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, il diritto positivo ha certamente priorità se, in riferimento al contenuto, è non giusto e non conforme allo scopo, ma tale priorità verrebbe meno qualora il contrasto della legge positiva con la giustizia raggiungesse una misura così intollerabile da far sì che la legge, come "diritto ingiusto", debba cedere alla giustizia. Il che significa, in via diretta e conseguentemente, che, laddove nemmeno la giustizia fosse raggiunta e nella posizione del diritto positivo venisse negato consapevolmente il principio di uguaglianza — che rappresenta il cuore della giustizia — allora la legge in questione non solo sarebbe "diritto ingiusto", ma sarebbe addirittura priva della natura di diritto<sup>2</sup>.

Queste osservazioni di Radbruch spesso sono presentate come una 'teoria a tre livelli'. Il primo livello comprende le leggi semplicemente ingiuste, che possiedono, tuttavia, validità giuridica; il secondo livello è occupato dalla perdita di validità giuridica a causa di una "ingiustizia non tollerabile"; infine, al terzo livello, le leggi non rientrerebbero proprio più nel concetto di diritto qualora, attraverso di esse, il legislatore non avesse perseguito neppure la giustizia e, suo presupposto, l'uguaglianza<sup>3</sup>.

Certamente, si può dubitare si tratti effettivamente di due distinti piani, ovvero il piano della "intollerabile ingiustizia" e quello della "mancata aspirazione alla giustizia". Anzi, viene introdotta, una volta, con la formula della intollerabilità, una misura *oggettiva*, ed un'altra, attraverso la formula del mancato impegno per la giustizia, una misura *soggettiva*, misure che potrebbero distinguersi appena nell'esito finale. Infatti, nella formula *soggettiva*, non è da trascurare che il concetto stesso di giustizia può essere considerato in maniera assolutamente differente, allo stesso modo in cui il criterio dell'uguaglianza dipende dal riferimento a ciò che si considera come uguale e come disuguale. Così, oggi, l'uguaglianza *formale* di tutti gli individui rappresenta il

---

<sup>1</sup> G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, Leipzig, 3. ed. 1932, p. 82, ora in: ARTH. KAUFMANN (Hrsg.), *Gesamtausgabe Rechtsphilosophie II*, vol. 2., Heidelberg, 1993, p. 314 s.

<sup>2</sup> R. DREIER/STANLEY L. PAULSON (Hrsg.), *Rechtsphilosophie. Studienausgabe*, Heidelberg, 2. ed. 2003, cit. p. 216.

<sup>3</sup> Così, all'incirca, K. SEELMANN, *Rechtsphilosophie*, München, 5. ed. 2010, p. 34.

quadro di riferimento decisivo, mentre, nel pensiero giuridico marxista-leninista, lo sfavore del nemico di classe era considerato giustificato, così come, nell'ideologia nazionalsocialista, la differenza fondata sull'elemento dell'appartenenza alla razza o, nel pensiero antico, la mancanza di diritti in capo agli schiavi.

Pertanto, la "*intollerabile ingiustizia*", come limite alla validità del diritto positivo, ovvero al diritto legale secondo le norme della Costituzione statale concreta, non potrebbe mai divenire reale entro una ed un'identica cultura giuridica.

E ancora: che Radbruch, attraverso la sua formula creata nel 1946, abbia alquanto limitato il positivismo legalista — quel positivismo radicale che aveva sostenuto nel 1932 —, considerato il moderno sviluppo degli Stati costituzionali, sembra avere un effetto meno importante, quasi irrilevante.

Infatti, le concezioni sulla giustizia di un gruppo sociale sono contenute nella Costituzione ed una legge può essere invalidata già da una Corte Costituzionale, se essa contravviene, in particolare, alla Costituzione e non solo quando la violazione della Costituzione è intollerabile.

Perciò, la formula di *Radbruch* ha senso, sin da principio, solamente nel caso speciale in cui ci si trovi di fronte ad un capovolgimento dell'intero sistema politico e che, di conseguenza, si ponga il problema di un giudizio retroattivo su fatti precedentemente commessi. La questione ha una particolare rilevanza nel diritto penale in virtù della sua natura, laddove il principio di legalità, riconosciuto nell'articolo 25 della Costituzione Italiana come nell'articolo 103 secondo comma della Costituzione Tedesca, esclude di fatto ogni applicazione retroattiva del nuovo diritto a fatti e circostanze precedenti. Se si considera questo, diviene anche chiara la specifica funzione della formula *radbruchiana*: non riconoscere validità alle norme dell'ordinamento giuridico antecedente, — al fine di fondare l'azione penale unicamente sulla parte dell'ordinamento precedente qualificata come valida — e, per questa via, eludere il divieto di retroattività.

Lo stesso ha fatto il *BGH* nella riforma penale dei fatti del regime del *SED- Sozialistische Einheits Partei Deutschlands* — che fu al potere nella *DDR* fino al 1990 — sia nel caso delle fucilazioni dei fuggitivi al confine interno tedesco, che nei procedimenti nei confronti dei giudici della *DDR* per violazione di diritto. Qui, le disposizioni della *DDR*, che consentivano l'uso delle armi da fuoco, anche contro fuggitivi disarmati al confine interno tedesco, furono, sin dall'inizio, dichiarate inefficaci a causa della "*non tollerabile ingiustizia*", così anche il principio di diritto della

“*giustizia sociale*” che sospendeva l’uguaglianza dinanzi alla legge nei confronti dei nemici di classe.

Ciò incontrò il consenso anche del *BVerfGE* che, già in precedenza, in occasione dei delitti del regime nazionalsocialista, aveva adottato la formula *radbruchiana* qualificando non valide le singole norme del periodo nazionalsocialista sulla base di un contrasto intollerabile con la giustizia<sup>4</sup>. Nella sentenza del 24.10.1996<sup>5</sup>, nell’ipotesi delle uccisioni dei fuggitivi, il *BVerfGE* si è espresso in tal senso anche rispetto alle leggi della *DDR* che, al ricorrere di determinati presupposti, consentivano l’uso di armi da fuoco al fine di impedire il passaggio vietato del confine e, così, producevano una causa di giustificazione, — cui non dovrebbe essere riconosciuta validità alcuna in virtù di una non tollerabile violazione dei diritti umani.

Non capita spesso che una teoria filosofico-giuridica influenzi in maniera tanto decisiva la applicazione pratica del diritto. La marcia trionfale della cosiddetta formula di Radbruch ne è uno degli esempi più clamorosi. Per il suo tramite, la giustizia tedesca si è attribuita il diritto di sottoporre dopo la riunificazione ad indagine penale ed eventualmente ad azione penale, l’operato degli organi di governo e di altri organi statuali della *DDR*.

Un’analisi, nonché un controllo critico, di questa formula possono e devono essere compiuti su due distinti piani: da un lato, in riferimento alla forza filosofico-giuridica di convincimento del concetto di diritto implicato dalla formula di Radbruch e, dall’altro, con riguardo alla questione, — da risolvere attraverso un’interpretazione del principio di legalità, — se la punizione, che ricorre in virtù della non validità della causa di giustificazione, — invalidità fondata sulla formula *radbruchiana*, — sia da collegare, a partire dalla fattispecie penale incriminatrice, al principio di legalità o, magari, rappresenti un aggiramento inammissibile del divieto di retroattività.

## **2. Le insufficienze del concetto positivista di diritto associato alla formula di Radbruch**

In primo luogo, mi riferisco al concetto filosofico-giuridico di diritto che, nella formula di Radbruch, viene accennato ma non formulato del tutto con precisione. Il tentativo di Radbruch di modificare il concetto

---

<sup>4</sup> *BVERFGE* 23, 98, 106; 54, 53, 67 s.

<sup>5</sup> *BVERFGE* 95, 96.

positivista di diritto, così da eliminare i più terribili e vergognosi fatti di un legislatore disumano, è stato sviluppato da Alexy quasi cinquant'anni più tardi, all'epoca del 'ripensamento' giuridico della seconda dittatura tedesca: "il diritto è un sistema di norme, che rivendica un'esigenza di correttezza; è composto da una totalità di norme appartenenti ad una Costituzione, nell'insieme ed in generale, ad una Costituzione socialmente vigente. Tali norme non sono radicalmente ingiuste come la totalità delle norme che, conformi a questa Costituzione, presentano un minimo di efficacia; non sono estremamente ingiuste ed appartengono ai principi e ad ulteriori argomenti normativi sui quali si fonda la procedura di applicazione del diritto e/o deve fondarsi per adempiere alle esigenze di correttezza"<sup>6</sup>.

In questa definizione vi è, per così dire, una combinazione della piramide normativa riconducibile alla Costituzione, sostenuta inizialmente da Radbruch così come da Kelsen, con la teoria dei principi di Dworkin, o anche con il criterio della efficacia di Max Weber<sup>7</sup> e con la riserva di Radbruch di validità per le leggi ingiuste per antonomasia.

A mio parere, però, nel caso della punizione da parte dei "Tribunali Tedeschi Riuniti", dopo la riunificazione, degli illeciti del SED, è dimostrabile che né la componente radbruchiana né quella weberiana né il loro collegamento conducono a risultati accettabili. Quindi, anche lo stesso citato concetto di diritto non convince.

A) La formula di Radbruch viene presa come spunto nel limite di Alexy di validità dell' "estrema ingiustizia". Siffatta formula domina ampiamente non solo la già citata giurisprudenza, bensì anche la discussione filosofico-giuridica in relazione agli illeciti del SED dopo la riunificazione ed ha illuminato una grande quantità di articoli e di monografie<sup>8</sup>. Ma ciò è dovuto alla straordinaria personalità di Gustav

---

<sup>6</sup> R. ALEXY, *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg-München, 1992, p. 201.

<sup>7</sup> "Eine Ordnung soll heißen [...] Recht, wenn sie äusserlich garantiert ist durch die Chance (physischen oder psychischen) Zwanges durch eine auf Erzwingung der Innehaltung oder Ahndung der Verletzung gerichtetes Handeln eines eigens darauf eingestellten Stabes von Menschen", v. M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, (1921), Tübingen, 5. ed. 1972, p. 17.

<sup>8</sup> Cfr. solamente H. DREIER, *Die Radbruchsche Formel – Erkenntnis oder Bekenntnis*, in: H. MAYER (Hrsg.), *Staatsrecht in Theorie und Praxis. Festschrift für Robert Walter zum 60. Geburtstag*, Wien, 1991, p. 117 ss.; R. WASSERMANN, *Unrecht durch DDR-Rechtssprechung*, in: M. SEEBODE (Hrsg.), *Festschrift für Günter Spindel zum 70. Geburtstag*, Berlin/New York, 1992, p. 629, 634 ss.;

Radbruch. Quindi, indifferentemente, se si prende in considerazione la formula di Radbruch per il "*diritto ingiusto*", — dove il contrasto con la giustizia ha raggiunto una "*misura intollerabile*", — oppure per la negazione della natura giuridica - "*dove non viene neppure perseguita la giustizia*" — il valore semantico, di fatto, è ugualmente zero<sup>9</sup>.

Aa) La "*misura intollerabile*" di ingiustizia rinvia alla circostanza che la istanza esterna di giudizio, dunque, approssimando, il Tribunale decidente, "*non può tollerare*" la precedente disciplina, per questo motivo, non la applica — così che anche il criterio di giudizio è identico all'effetto legale. Dunque, ci si trova dinanzi ad un circolo vizioso logicamente errato.

Ab) In verità anche la formula soggettiva non porta lontano. Infatti la questione va decisa chiedendosi se il precedente legislatore "*non abbia neppure perseguito la giustizia*", a partire non dalla sua prospettiva e secondo le sue convinzioni, bensì dalla prospettiva esterna del giudice attuale, rispetto a ciò che è giusto e ciò che è intollerabilmente ingiusto. Poiché è negata la prospettiva della giustizia interna ai gruppi che legiferano e che dominano la società, la '*élite politica*', il criterio soggettivo si rivela un criterio di apparenza che rinvia ulteriormente all'attuale giudizio esterno e ancora alla discrepanza oggettiva tra la precedente disciplina e le attuali idee sulla giustizia.

Il che si è chiaramente manifestato nella giurisprudenza del BGH sulla riforma penale degli illeciti del SED<sup>10</sup>. Tale riforma, nella seconda fase, con l'aiuto della formula di Radbruch, ha semplicemente disconosciuto la

---

ARTH. KAUFMANN, *Die Radbruchsche Formel vom gesetzlichen Unrecht und vom übergesetzlichen Recht in der Diskussion um das im Namen der DDR begangene Unrecht*, in: *NJW*, 1995, p. 81 ss.; F. SALIGER, *Radbruchsche Formel und Rechtsstaat*, Heidelberg, 1995; G. SPRENGER, *50. Jahre Radbruchsche Formel oder: Von der Sprachnot der Juristen*, in: *NJ*, 1, 1997, p. 3 ss.; K. SEIDEL, *Rechtsphilosophische Aspekte der "Mauerschützen"- Prozesse*, Berlin, 1999, p. 153 ss.; A. FUNKE, *Überlegungen zu Gustav Radbruchs "Verleugnungsformel". Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsbegriff*, in: *ARSP*, 2003, p. 1 ss..

<sup>9</sup> G. RADBRUCH, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, in: *SJZ*, 1946, p. 105, 107, ora in: ARTH. KAUFMANN (Hrsg.), *Gesamtausgabe, Rechtsphilosophie III*, vol. 3., Heidelberg, 1990, p. 83, 89.

<sup>10</sup> Dopo che essa ha prestato fede alle prescrizioni giuridiche della DDR con una, altrettanto meno sostenibile, "*teoria dell'interpretazione favorevole ai diritti umani*"

natura di diritto ai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico socialista, così come al principio di parzialità, in quanto essi non avevano rispettato il senso proprio di un ordinamento giuridico liberal-capitalista<sup>11</sup> — cosa che il legislatore socialista non ha neppure mai voluto, proprio perché il diritto socialista doveva e voleva costituire un modello decisivo e contrario ad un diritto capitalista-liberale.

A tal proposito, come starebbero le cose rispetto al diritto delle società antiche, con la schiavitù ad esempio, oppure con quelle attuali che non riconoscono parità di diritti per le donne; e come starebbero le cose rispetto al diritto degli odierni 'Stati confessionali' o delle società che ammettono mutilazioni femminili e circoncisioni? In base alla formula di Radbruch il carattere di diritto non dovrebbe riconoscersi a gran parte degli ordinamenti giuridici di queste società. È chiaro, pertanto, che la formula conduce ad una sorta di imperialismo giuridico che interpreta le attuali visioni giuridiche del mondo occidentale come misura di tutte le cose.

Come ho da subito esposto, certamente la formula di Radbruch, per quanto concerne le stragi del nazionalsocialismo, per le quali essa è stata appositamente realizzata, nelle conseguenze colpisce nel segno. Ma la stessa non rappresenta il giusto approccio ed ha, pertanto, portato anche a risultati errati nell'azione penale contro il regime del SED dopo la riunificazione. Ad esempio, i giudici della DDR sono stati giudicati per violazione di diritto, in quanto applicarono, nei processi dinanzi al Tribunale del lavoro, al posto della uguaglianza giuridica formale, il principio socialista della parzialità che ha rappresentato il fulcro del diritto socialista. Oppure si sono avute condanne per falso elettorale, poiché i risultati elettorali a favore del SED erano stati manipolati, nonostante ciò corrispondesse esattamente al compito degli organi di Stato della DDR, — compito consistente nell'accelerare la costruzione del socialismo e, perciò, di non rendere conoscibile dall'esterno, nelle elezioni, tenute per ragioni formali, la parte dei voti controrivoluzionari e revisionistici. Qui, in verità, la giustizia penale ha praticato, dopo la

---

<sup>11</sup> Si veda, al riguardo, B. SCHÜNEMANN, "Welche Bedeutung hat das Rückwirkungsverbot (Art. 103 Abs. 2 GG) bei der strafrechtlichen Aufarbeitung der DDR-Vergangenheit besessen? Konnten sich Täter, die über das Gesetzgebungsmonopol verfügten, über den Systemumbruch hinweg von der Strafverfolgung freistellen, indem sie sich bei beizeiten rechtlich absicherten?" in: DEUTSCHER BUNDESTAG (Hrsg.), *Enquete Kommission "Überwindung der Folgen der SED-Diktatur im Prozess der deutschen Einheit"*, vol. II/2, Frankfurt a.M. 1999, p. 1304, 1350.

riunificazione della Germania, una applicazione retroattiva mascherata grazie alla formula di Radbruch.

B) Ma, al contrario, non si può neppure identificare la validità del diritto soltanto con la efficacia fattuale o fondare la stessa solo sul criterio della capacità di imposizione fattuale.

Precursore di questa teoria iperpositivista, che identifica il diritto con la efficacia fattuale e nega, in via di principio, la illegalità e, con ciò, anche la punibilità degli atti di violenza compiuti da un gruppo di potere in una dittatura, è certamente Immanuel Kant, che formulò espressamente la tesi della *"non punibilità della intollerabile violenza da parte del più alto potere"<sup>12</sup>*, motivandola come segue: *"il popolo non ha mai il più minimo diritto di punire il capo a causa della precedente amministrazione, poiché tutto ciò che compie precedentemente in qualità di capo, deve essere considerato legittimo dall'esterno ed egli stesso, come fonte della legge, non può compiere illeciti"<sup>13</sup>*. Una simile argomentazione si ritrova successivamente in Hart<sup>14</sup> e Kelsen<sup>15</sup> ed è stata, di recente, portata all'apice da Jakobs<sup>16</sup>. Ma questa concezione si

---

<sup>12</sup> I. KANT, *Die Metaphysik der Sitten* (1797), Leipzig, 3. ed. 1919, p. 207 ss.

<sup>13</sup> *Loc. cit.*, p. 208.

<sup>14</sup> H.L.A. HART, *Positivism*, p. 593 ss., traduzione tedesca in: H.L.A. HART, *Recht und Moral*, Göttingen, 1971, p. 17 ss., 44 s.

<sup>15</sup> H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Wien, 2. ed. 1960, p. 13, 43; ID., *Die Grundlage der Naturrechtslehre*, in: *Zeitschrift für öffentliches Rechts* 13 (1964), p. 148; ID., *Allgemeine Theorie der Normen*, Wien, 1979, p. 117. Sulla discussione filosofico-giuridica di allora, in maniera istruttiva, v. L. KUHLEN, *Normverletzungen im Recht und in der Moral*, in: M.BAURMANN/H.KLIEMT (Hrsg.), *Die moderne Gesellschaft im Rechtsstaat*, Freiburg i.Br., 1990, p. 76 s.; K.KÜHL, *Rückblick auf die Renaissance des Naturrechts nach dem 2. Weltkrieg*, in: G. KÖBLER (Hrsg.), *Geschichtliche Rechtswissenschaft: Ars tradendo immoradogue aequitatem sectandi. Freundesgabe für Alfred Söllner zum 60. Geburtstag*, Gießen, 1990, p. 355 ss.

<sup>16</sup> G. JAKOBS, *Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht? Zur Leistungsfähigkeit des Strafrechts nach einem politischen Umbruch*, in: J.ISENSEE (Hrsg.), *Vergangenheitsbewältigung durch Recht*, Berlin, 1992, p. 37 ss.; ID., *Untaten des Staates – Unrecht im Staat. Strafe für die Tötungen an der Grenze der ehemaligen DDR?* in: *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 141 (1994), p. 1 ss. Nel risultato, come Jakobs, v. anche G. GRÜNWALD, *Die strafrechtliche Bewertung in der DDR begangener Handlungen*, in: *Strafverteidiger*, 1991, p. 31 ss.; H. RITTSTIEG, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Grenzsoldaten der DDR*.

confuta da sé laddove, attraverso la identificazione del diritto con il fatto puro di un determinato esercizio di potere, alla fine, identifica lo Stato con una banda di criminali nel senso di Agostino<sup>17</sup>, che, però, non può anche corrispondere alla situazione in cui quasi sullo stesso territorio operano più 'bande criminali' come un tempo il governo a Roma e la mafia a Palermo.

### **3. Note su un concetto di diritto culturalmente e comunicativamente orientato**

Per costruire un concetto di validità giuridica che non faccia apparire legittimi i più atroci illeciti di un regime terroristico, né faccia decidere, dopo una rivoluzione, ai nuovi detentori del potere un'azione penale retroattiva rispetto al vecchio regime, non serve la semplice validità fattuale della norma, nel senso della weberiana probabilità della sanzione, e neppure l'incongrua formula di Radbruch. Al posto di questi, ritengo decisivi altri due criteri, in principio empiricamente verificabili e, perciò, di gran lunga più attendibili, per i quali devo rinviare ai miei primi lavori sulla persecuzione degli illeciti del SED<sup>18</sup>: la *comunicazione pubblica della norma*, come elemento fondamentale del diritto in quanto ordinamento sociale di valori, che possiamo rinvenire anche nelle cosiddette società acefale (ovvero quelle società non rette da un potere centrale); e *la possibilità di conformare questo ordine, pubblicamente*

---

*Ein Beitrag zu den völkerrechtlichen und verfassungsrechtlichen Problemen*, in: *Demokratie und Recht*, 1991, p. 404 ss.; G. ROELLECKE, *Schwierigkeiten mit der Rechtseinheit nach der deutschen Wiedervereinigung*, in: *NJW*, 1991, p. 660 s.; M. PAWLIK, *Das positive Recht und seine Grenzen. Zur rechtstheoretischen und rechtsphilosophischen Problematik der "Mauerschützenprozesse"*, in: *Gerechtigkeit. Rechtsphilosophische Hefte II*, Frankfurt a.M., 1993, p. 95 s.; ID., *Strafrecht und Staatsunrecht. Zur Strafbarkeit von "Mauerschützen"*, in: *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 141 (1994), p. 472 ss.; R. MERKEL, *Politik und Kriminalität. Über einige vernachlässigte Probleme der deutsch-deutschen Vergangenheitsbewältigung*, in: S. UNSELD (Hrsg.), *Politik ohne Projekt? Nachdenken über Deutschland*, Frankfurt a.M., 1993, p. 298 ss.

<sup>17</sup> A. AUGUSTINUS, *De Civitate*, IV 4, Padeborn/München/Wien/Zürich, 1979, e ancora v. A. IGNOR, *Aurelius Augustinus*, in: K. ADOMEIT (Hrsg.), *Rechts- und Staatsphilosophie*, vol. I: *Antike*, Heidelberg, 2. ed. 1992, p. 183 ss.

<sup>18</sup> *Loc. cit.* (nota 11), come in: PAWLOWSKI/ROELLECKE (Hrsg.), *Der Universalitätsanspruch des demokratischen Rechtsstaats*, in *ARSP – Beiheft 65*, 1996, p. 97 ss.

*comunicativo*, alla *cultura della società* rispetto alla quale viene richiesta la norma giuridica.

Questi criteri non riducono il diritto né solamente alla lettera delle norme in esso impresse né a condotta arbitraria di un piccolo gruppo di forza, ma fondano il diritto stesso sull'essenza dei valori e delle regole giuste di condotta riconosciute in una determinata società. E la tesi di *Jakobs*, che vale come *exemplum crucis*, secondo la quale, attraverso l'ordine segreto di Hitler di assassinio degli ebrei, quest'ultimi sarebbero stati eliminati dall'area di tutela dei reati di omicidio, così che l'assassinio degli stessi sarebbe stato conforme al diritto vigente del terzo *Reich*<sup>19</sup>, non soddisferebbe le esigenze giuridiche fondamentali che ho segnalato. Né la dittatura di un gruppo può cancellare una cultura cresciuta nei secoli né può modificare le convinzioni giuridiche e le norme sociali di condotta radicate in una società che conta milioni di persone. Tanto meno ciò può accadere attraverso un ordine segreto di una maggioranza che, in virtù della sua segretezza, non può pretendere di influenzare neppure la stessa cultura giuridica nell'ambito della società.

Le leggi razziali di Norimberga dello Stato nazionalsocialista, intollerabili allora come lo sono anche oggi<sup>20</sup>, erano diritto vigente dello Stato nazionalsocialista, diritto come elemento della comunicazione pubblica della norma e come innovazione, integrabile, senza difficoltà, nella cultura tedesca della tradizionale emarginazione della popolazione ebrea dei secoli precedenti. E lo stesso vale per la *Volkspolizeigesetz* della *DDR*<sup>21</sup>, comunicata e proclamata pubblicamente, che consentiva,

---

<sup>19</sup> G. JAKOBS, *Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht? Zur Leistungsfähigkeit des Strafrechts nach einem politischen Umbruch*, in: J. ISENSEE (Hrsg.), *Vergangenheitsbewältigung durch Recht*, Berlin, 1992, p. 37 ss; ID., *GA*, 1994, p. 1 ss.

<sup>20</sup> Ragione per cui Radbruch, nella postfazione alla nuova edizione della sua *Rechtsphilosophie*, pensata dopo la seconda guerra mondiale e pubblicata solo postuma, non vuole ad esse riconoscere il "nome onorifico di diritto", v. *loc. cit* (nota 2), p. 194.

<sup>21</sup> Dal 1982 sostituita dalla *Grenzgesetz*, v. *BGHSt*, 40, 243. Il BGH ha dichiarato questo regolamento inefficace con l'aiuto della formula di Radbruch, mentre il BVerfG si è espresso inaspettatamente, nel senso che "alla situazione normativa di derivazione legislativa si sovrapponevano gli ordini dei superiori, che non lasciavano alcuno spazio ad una delimitazione dell'uso di armi da fuoco secondo i criteri del principio di proporzionalità, dando l'impressione agli appartenenti alle truppe di confine del luogo che l'opinione dei loro superiori, da ultimo del Consiglio Nazionale di Difesa, fosse

alla presenza di determinati presupposti, l'uso delle armi da fuoco contro i fuggitivi. Al contrario, la prassi segreta delle stragi di ebrei non poteva apparire, neppure nello Stato nazionalsocialista, elemento integrante dell'ordinamento giuridico, così come il divieto, non comunicato pubblicamente, di passaggio del confine nella DDR<sup>22</sup>.

Certamente, attraverso il richiamo alla cultura, non ci si può abbandonare all'illusione di possedere una risposta precisa ad ogni singolo problema basata sul senso del diritto. In una società pluralistica, e addirittura multiculturale, la cultura generale di una società si compone di una quantità di elementi culturali e subculture, i cui sistemi di valore possono essere fortemente differenti. Ma, ferme restando le culture, esse si rivelano, nell'evoluzione di un determinato spazio culturale, un *ensemble* di convinzioni di base e di posizioni di valore, comuni a tutti gli strati della cultura, agli elementi culturali e alle subculture, che non viene meno in seguito al riaccendersi di atavici anacronismi e barbarismi, così come non viene meno l'ordinamento dei beni giuridici riconosciuto in una società a causa della quotidiana violazione dello stesso.

Seppure in un concetto culturalmente orientato di validità giuridica si possano presentare casi dubbi — se una determinata condotta derivi da una cultura giuridica tramandata e, per questo, costituisca un delitto, oppure sia elemento di una cultura giuridica nuova, anche problematica, ma che si sta costituendo - di certo, questi casi dubbi possono essere rimossi dal secondo criterio, in base al quale la comunicazione pubblica

---

*quella di eliminare i feriti di confine, qualora non fosse stato possibile impedire con altri mezzi l'accesso al confine. La subordinazione del diritto alla vita dei singoli all'interesse dello Stato di impedire i passaggi del confine portò a trascurare il diritto scritto di contro alle esigenze di conformità politica allo scopo.*" (v. BVerfGE 95, 96, paragrafo n. 145). Ciò risulta anche dalla concezione, sviluppata nel testo, della inefficacia degli ordini segreti, ma le osservazioni del BGH non riconoscono che l'uso delle armi da fuoco corrispondeva all'interpretazione della legge riconosciuta nella allora DDR (BGHSt 40, 243 s.). In maniera simile anche la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in una sua sentenza del 22.3.2001 ha limitato l'analisi all'ordine categorico di far fuoco e, per questo, ha ridotto il problema (paragrafo n. 73 in: NJW, 2001, p. 3035, 3039).

<sup>22</sup> In argomento, più in particolare, v. B. SCHÜNEMANN, *Enquete Kommission cit.*, p. 1351 ss..

delle norme rappresenta un'esigenza minima irrinunciabile per il cambiamento della cultura giuridica.

Ordini segreti e segreti intrighi del gruppo di potere, perciò, non possono generare nella società alcun diritto riconosciuto; di conseguenza, in virtù del carattere segreto, si separano dalla stessa corrente di comunicazione giuridicamente rilevante.

Il concetto di diritto culturalmente orientato, che qui ho delineato e che considera la comunicazione pubblica della norma come elemento costitutivo indispensabile, offre un aggancio sicuro ed efficace per rispondere alla seguente questione: se, dopo un capovolgimento politico, una riforma penale del passato imponga il diritto vigente al tempo della dittatura e che nega l'illiceità di una prassi violenta, o se, al contrario, il diritto giusto sostituisca il diritto precedentemente vigente che, dal punto di vista contemporaneo, risulta possedere una validità diminuita, operando così, chiaramente, un'applicazione retroattiva del diritto giusto.

Se, a certe condizioni, si ammette un tale effetto retroattivo, non sussiste alcun problema filosofico-giuridico, bensì dogmatico-giuridico di interpretazione del principio di legalità a livello costituzionale.

Il divieto di retroattività deve tutelare naturalmente il cittadino, sottoposto al diritto, ma non il dittatore in quanto legislatore onnipotente. Sarebbe infatti paradossale che qualcuno abbia la possibilità di autoassolversi. Su queste basi, i tribunali della Repubblica Federale Tedesca avrebbero dovuto analizzare l'azione penale sugli atti di violenza sia del comunismo che del nazionalsocialismo. Ma la strategia del *BGH* e del *BVerfGE* — che si basava semplicemente sulla formula di Radbruch — purtroppo non ha trattato in maniera adeguata ed esaustiva né i problemi filosofico-giuridici né quelli dogmatici.