

GUSTAV RADBRUCH E LA TEORIA DELL'ÜBERZEUGUNGSTÄTER

Feliciana Tafuri*

Il problema di un trattamento speciale del delinquente politico in particolare e del delinquente per convinzione in generale, nonché il dibattito sulla corrispondente sanzione da applicare, sono risalenti nel tempo.

Già il codice di diritto penale prussiano del 1851 contemplava, in alternativa alla detenzione in penitenziario, *Zuchthausstrafe*, una pena speciale, la reclusione, *Einschließung*, da comminare ricorrendo circostanze attenuanti del fatto. Anche il *RStGB* – *Reichsstrafgesetzbuch* del 1871 prevedeva la detenzione, *Zuchthaus*, o la reclusione in una fortezza, *Festungshaft*.

In particolare, il § 20 *RStGB* irrogava la pena della reclusione infamante "*entehrende Zuchthausstrafe*", laddove il delitto fosse stato il risultato di una *Gesinnung* disonesta. Ma fu Gustav Radbruch, *Reichjustizminister* e *Rechtsphilosoph* negli anni della Repubblica di Weimar, a rimeditare, in maniera decisiva, sul concetto dell'*Überzeugungstäter* nel suo *Entwurf eines Allgemeinen StGB* del 1922¹.

La teoria dell'*Überzeugungstäter*, così come proposta da Radbruch nel Progetto del 1922, venne accolta nei *Grundsätzen für den Vollzug der Freiheitsstrafen*, il cui articolo 52 garantiva, senz'altro, all'*Überzeugungstäter* il privilegio nel senso voluto da Radbruch. Anche nello *StGB Entwurf 1925*, il Progetto Radbruch si manteneva ancora integro.

* Dottoranda di ricerca in Filosofia del Diritto: Arte e Tecnica della Giurisprudenza - Ermeneutica dei Diritti dell'Uomo, Università degli Studi di Napoli "Federico II", Dipartimento di Diritto Romano, Storia e Teoria del Diritto "F. De Martino" – Ludwig Maximilians - Universität München, Institut für die gesamten Strafrechtswissenschaften, für Rechtsphilosophie und Rechtsinformatik.

¹ G. RADBRUCH, *Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches*, Tübingen, 1952, in: E. WOLF (Hrsg.), *Begründung des E 1922*, Berlin 1952, ora in: ARTH. KAUFMANN (Hrsg.), *Gesamtausgabe Strafrechtsreform*, vol. 9, Heidelberg 1992, p. 47 ss.

Ma Radbruch, in occasione del trentaquattresimo *Deutsche Juristentag* del 1926, in seguito ad aspre discussioni con i colleghi Höppler e Kohlrausch, sottoponeva a scrutinio definitivo la sua proposta. Ne seguiva il crollo della teoria, crollo confermato, non solo presso la dottrina, ma anche nella giurisprudenza successiva e nelle aule di Parlamento, laddove il trattamento del delinquente politico, trattamento che un tempo doveva essere 'privilegiato', si inasprisce. Secondo un orientamento ormai unanime, i principi ideologici del nazionalsocialismo, il cui *proprium* consisteva nel negare al 'nemico ed oppositore politico' ogni privilegio, hanno presieduto alla rimozione di ogni *chance* per l'*Überzeugungstäter*: in uno Stato autoritario il pensiero della tolleranza rispetto ad un *Andersdenkender* era ben lontano dal trovare terreno².

Il § 71 *StGB-E Strafgesetzbuch Entwurf - Progetto Radbruch* recitava: "Al posto della strengem Gefängnis e della Gefängnis è da comminare la reclusione, *Einschließung*, una misura di sicurezza della stessa durata, laddove il movente decisivo dell'agente consista nella circostanza che costui si sia obbligato al fatto sulla base di una propria convinzione morale, religiosa o politica"³.

Innanzitutto, Radbruch sostituiva l'elemento normativo della mancanza di senso dell'onore o disonestà, *Ehrlosigkeit*, con quello psicologico della convinzione, *Überzeugung*. I presupposti per l'applicazione di questo trattamento speciale erano l'elemento del movente — quindi la circostanza che la motivazione al fatto fosse fondata su una convinzione politica, religiosa o morale; — che questa motivazione fosse stata determinante; — che la applicazione della *Einschließung* dipendesse, non da una necessaria valutazione etica, legata alla *Gesinnung* dell'autore, requisito, invece, presente nel § 20 *RStGB*, ma dall'esito di un'analisi psicologica obiettiva sull'agente⁴.

² Sul punto, v. B. SCHÜNEMANN, *Politisch motivierte Kriminalität*, in: W. DE BOOR (Hrsg.), *Politisch motivierte Kriminalität - echte Kriminalität?*, Köln 1978, p. 74.

³ "An Stelle von strengem Gefängnis und Gefängnis tritt *Einschließung* von gleicher Dauer, wenn der ausschlaggebende Beweggrund des Täters darin bestand, dass er sich zu der Tat auf Grund seiner sittlichen, religiösen oder politischen Überzeugung für verpflichtet hielt", cfr. G. RADBRUCH, *Der Überzeugungsverbrecher*, in: *ZStW* (44) 1924, p. 34 s., ora in ARTH. KAUFMANN (Hrsg.), *Gesamtausgabe Strafrecht II*, vol. 8, Heidelberg 1998, p. 127.

⁴ *Ivi*, p. 127.

Da ciò ne derivava che l'agente per convinzione non fosse un *Krimineller*, ma un tipo *psicologico-criminale*, come colui che agisce per passione o per abitudine. Pertanto, un tale agente doveva essere nettamente distinto dal comune delinquente. Quest'ultimo si rende conto dell'illecito del proprio fatto, della sua logica interna (ad esempio, il ladro riconosce il diritto di proprietà altrui che sta violando; colui che falsifica atti pubblici pretende da essi quella stessa fede pubblica che sta ledendo attraverso il fatto). Il comune agente è in contraddizione con se stesso e lo Stato lo punisce e lo affronta come sostenitore del suo 'Io' 'migliore'. Ma l'agente per convinzione, all'opposto, contrappone alla convinzione radicata nel potere statale un'altra e propria convinzione: lo Stato vuole combatterlo con tutta la severità possibile, ma non può volerlo migliorare come colui che è privo di una propria morale "*sittlich haltlos*"⁵.

Radbruch non aveva in mente, per il delinquente politico, un trattamento mitigato, ma semplicemente diverso, visto che, rispetto a tale agente, gli scopi tradizionali della pena dovevano essere esclusi (retribuzione, miglioramento). Infatti, la pena non sarebbe stata altro che una misura di sicurezza, sicurezza della società dal compimento di ulteriori illeciti; una misura dettata dalla necessità, uno strumento di lotta dello Stato contro il nemico dei rapporti esistenti.

Radbruch, seguendo un percorso maturato con il suo scritto dottorale, poi con quello di abilitazione, infine, con l'*Entwurf* 1922, il suo lavoro legislativo più importante, desiderava portare a legge la sua *Strafrechtsideologie*, realizzare un nuovo diritto penale: le sue idee erano, per quell'epoca, innovative e rivoluzionarie.

Le sue osservazioni sulla riforma del diritto penale in generale e, in particolare, sulla teoria dell'*Überzeugungstäter*, non sono comprensibili, se non alla luce del suo *Hintergrund* di formazione, ovvero della sua *relativistiche Rechtsphilosophie*, del suo *rechtsphilosophische Wertrelativismus* e, in particolare, del suo punto di vista filosofico-giuridico che ha radici nel Neokantismo tedesco del primo Novecento.

Innanzitutto, Gustav Radbruch, da neokantiano, è convinto del dualismo tra *Sein* e *Sollen*, tra *Wirklichkeit* e *Wert*.

Sotto l'influsso della scuola neokantiana sud-occidentale di Baden, in particolare delle dottrine di Windelband, Rickert e Lask, propone i suoi *Leitmotive* quanto al compito della filosofia del diritto: occuparsi delle particolarità del mondo dei valori e delle leggi che collegano questo mondo con la realtà. Quanto al concetto di *Kultur*, esso non è puro valore ma un insieme di umanità e barbarità, di gusto e di mancanza di gusto, di verità ed errore, tutti fenomeni caratterizzati dal fatto di essere

⁵ *Ibidem*.

orientati ai valori e di avere come scopo la realizzazione dei valori stessi⁶.

Radbruch è convinto che il diritto è una creazione umana e che esso, come tutte le opere dell'uomo, è da comprendere solo a partire dalla posizione del suo scopo, della sua idea. Il diritto è, per questa via, teso alla realizzazione di determinati valori e, pertanto, rientra nel concetto 'contenitore' della *Kultur*: appartiene ai fenomeni culturali.

Radbruch nella *Rechtsphilosophie* 1932 scriveva: "Ogni rappresentazione del diritto corretto è valida solo ricorrendo determinati presupposti, nell'ambito di una determinata società e di un determinato sistema di valori; se le circostanze sociali sono mutevoli, il numero, invece, dei possibili sistemi di valore in un determinato ambito sociale, è limitato"⁷.

La considerazione del valore — considerazione che, come tale, occupa un ruolo centrale nella filosofia radbruchiana — e l'idea della relazione-collegamento al valore, *Wertbeziehung*, conducono chiaramente a Rickert.

La direzione delle osservazioni filosofico-culturali riporta, nella sua struttura filosofico-giuridica, a Lask. Il concetto storico di *Kultur* è "una realtà orientata al valore", in particolare "una realtà che ha il senso di servire i valori", "un tendere verso il giusto"⁸.

La *Sonderstrafe* per l'*Überzeugungstäter* è giustificata da Radbruch in base all'idea che lo Stato non è autorizzato a giudicare la visione, visione inconfutabile, di un più alto diritto, visione alla quale si richiama l'agente per convinzione. Affermava, infatti, Radbruch nella sua *Rechtsphilosophie*: "Io non conosco alcuna sostanziale idea morale; io conosco solamente idee morali dello Stato, una radicale, una conservatrice, una socialista. Quale è allora la idea dello Stato valida in generale? Non una *Rechtsidee*, ma più *Rechtsideen* in lotta tra di loro. Secondo la mia opinione, lo Stato non ha altra idea che quella della corrispondente maggioranza e perciò ha l'obbligo di rispettare la idea della minoranza che può essere un giorno la idea della maggioranza".

E ancora Radbruch: "quando la coscienza ci dice ciò che è necessario moralmente e non è insita una forza che obbliga moralmente l'ordine

⁶ G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, Leipzig, 3. ed. 1932, p. 35 ss., ora in: ARTH. KAUFMANN (Hrsg.), *Gesamtausgabe Rechtsphilosophie II*, vol. 2, Heidelberg, 1993, p. 51 ss.

⁷ *Ibidem*.

⁸ Cfr. A. Funke, *Überlegungen zu Gustav Radbruchs "Verleugnungsformel"*. *Eine Beitrag zur Lehre vom Rechtsbegriff*, in *ARSP* (89) 2003, p. 4 ss.

*esterno del diritto, allora l'individuo che viola, che compie un delitto, per ragioni di coscienza, agisce moralmente. Certamente può essere contrastato dalla potenza esterna dello Stato, ma la forza deve in particolare rendere manifesto che tale delinquente non è passibile di rimprovero, ma è solo un Andersdenkender e non uno Schlechtdenkender"*⁹.

Radbruch sostiene questa visione sulla base della sua idea teoretico-conoscitiva, idea per la quale le proposizioni ultime di dovere non sono dimostrabili, anzi sono assiomatiche e, pertanto, non possono essere conosciute, ma solo professate. Di conseguenza, laddove le contrapposte "*Wert - und Weltanschauungen*" confliggano, lottando tra di loro, non si può più decidere, con inequivocabilità e chiarezza scientifica¹⁰.

Dinanzi al pluralismo di visioni giuridiche politiche e sociali, la *Rechtsphilosophie* doveva considerare e ponderare ogni valutazione giuridica nelle sue conseguenze, nonché svelare gli ultimi presupposti, presupposti che afferiscono alle differenti *Weltanschauungen*¹¹.

In sostanza, nelle riflessioni di Radbruch, il problema si pone in questi termini: se lo Stato sia tenuto e sia in grado di tollerare le visioni della minoranza e, entro questo contesto, trattare l'*Überzeugungstäter* come un pari dal punto di vista morale, come un *Andersdenkender*, tutelandosi contro di lui semplicemente con una misura di sicurezza, la *Einschließungsstrafe*. O se, al contrario, la comunità statale debba diffamare, disonorare colui che agisce in virtù di una sua convinzione divergente come un nemico del diritto, *Rechtsfeind*, e infliggergli una sanzione criminale come disappunto etico-sociale.

Come si risolve, allora, questa tensione tra *etica sociale* ed *etica individuale*? Qui Radbruch applica la separazione kantiana tra la moralità e la legalità fino alla conseguenza che solo la norma etica e riconosciuta dalla coscienza della persona autonoma obbliga, non la norma giuridica.

In questo modo, la sua *relativistische Rechtsphilosophie* si intravede laddove Radbruch riconosce all'individuo la possibilità di una propria presa di posizione, d'un atteggiamento che attinge dalla profondità della sua personalità, dalla sua coscienza.

⁹ G. RADBRUCH, *Der Relativismus in der Rechtsphilosophie* (1934), in ARTH. KAUFMANN (Hrsg.), *Gesamtausgabe Rechtsphilosophie III*, vol. 3, Heidelberg 1990, p. 19 ss.

¹⁰ *Ivi*, p. 20 ss.

¹¹ *Ibidem*.

Da ciò viene e segue la separazione del diritto dalla morale, dell'atto di coercizione e della coscienza individuale, separazione posta a presidio della libertà e del pluralismo morale. E se lo Stato si contrappone, con superiorità morale, al comune delinquente che entra in conflitto con esso, qui accade che il diritto positivo non può più spiegare la sua forza normativa: il relativismo richiede una *Sonderstrafe* per l'*Überzeugungstäter*¹².

Il diritto positivo non è per Radbruch solo *Gewalt*. Se il diritto positivo fosse solo potere brutale, *Gewalt*, e non, invece, autorità morale, le sue funzioni non sarebbero che quelle di riportare ordine e sicurezza.

La sanzione rispetto all'agente per convinzione non è, secondo Radbruch, giustificata moralmente, quindi si pone il problema della legittimazione della pena.

Rispetto al problema, appunto, della legittimazione della pena, per l'*Überzeugungstäter*, la maggior parte degli scopi della pena vengono meno, in particolare, non viene in considerazione la idea della retribuzione, *Vergeltungsgedanke*: la *Vergeltung* presuppone la superiorità morale dello Stato. Ma l'appello dell'*Überzeugungstäter* ad un diritto più alto non può essere confutato. Una espiazione attiva presuppone nel reo la consapevolezza della responsabilità e la consapevolezza della inferiorità, il che manca in questa ipotesi.

Anche la sanzione come miglioramento, correzione, *Besserung*, andrebbe riconosciuta laddove colui che vuole migliorare è migliore di colui che deve essere migliorato e corretto. Ma l'*Überzeugungstäter* è un *Andersdenkender*, né bisognoso di correzione, né capace di miglioramento. Colui che pensa solo diversamente, non può essere migliorato, visto che egli non è peggiore degli altri. Lo Stato non può non confidare, proprio perché autorità morale, nella maturazione di un diverso convincimento nell'*Überzeugungstäter*. Solamente attraverso l'esecuzione della pena un tale cambiamento di *Gesinnung* potrebbe essere prodotto.

Radbruch non prendeva in considerazione il carattere intimidatorio, *Abschreckungsfunktion*, della sanzione; del resto, come egli sosteneva, la storia delle idee politiche e religiose mostra che non si creano martiri attraverso pene intimidatrici; il martirio ha per l'*Überzeugungstäter* addirittura, spesso, qualcosa di attraente.

Ma la *Einschließung*, la sanzione prevista per questo agente, serve alla sicurezza della società. L'effetto insito nella sanzione per l'*Überzeugungstäter* viene meno quando egli cessa di essere pericoloso.

¹² G. RADBRUCH, *Der Relativismus*, cit., p. 19 ss.

La punizione dell' *Überzeugungstäter* sotto il nome di sanzione non era altro che una misura di sicurezza; la sanzione ha qui il carattere di una custodia di sicurezza¹³.

Sul punto Radbruch si mostra maestro di tolleranza e di umanità. *Relativismus* e *Toleranz* possono crescere e prosperare solo laddove si accetta che si detenga non la verità tutta, ma una parte di essa e che, per di più, si sia capaci di riconoscere che anche l'*Andersdenkender* possa avere parte alla verità.

Toleranz è affermazione e riconoscimento del pluralismo. È sostenere la visione per la quale una certa misura di verità va conquistata solo attraverso una realizzazione e distribuzione delle differenti visioni del mondo e del diritto¹⁴.

Nel segno di questo relativismo, sono sentite le antinomie della vita e della storia: non come anarchia, ma come dissonanze necessarie all'interno dell'armonia generale dell'universo. La consapevolezza della relatività e della parzialità del proprio volere conducono, non alla rinuncia o debolezza, ma al credo nella propria vocazione che trova il suo senso, la sua ragione, nella totalità della umanità¹⁵. "*Relativismus ist die allgemeine Toleranz, nicht nur Toleranz gegenüber der Intoleranz*"¹⁶.

E come questo ideale della tolleranza universale si colleghi con la idea della umanità è dimostrato appunto da Radbruch attraverso la sua teoria criminologica e politico-criminale dell' *Überzeugungstäter*: nello scontro tra due *Weltanschauungen*, quella del dissidente e quella della Stato, l'*Andersdenkender* guadagna sempre, comunque, il rispetto e la dignità di *Mensch*¹⁷.

Tolleranza e criminalità motivata politicamente e culturalmente è il problema che la dottrina filosofico-giuridico penale, più avveduta e

¹³ G. RADBRUCH, *Über die Frage vom Überzeugungstäter* (1926), in: ARTH. KAUFMANN (Hrsg.), *Gesamtausgabe Strafrecht II*, vol. 8, Heidelberg 1998, p. 137 ss.

¹⁴ ARTH. KAUFMANN, *Gustav Radbruch. Rechtsdenker, Philosoph, Sozialdemokrat*, München/Zürich 1987, p. 77 s.; ID., *Gustav Radbruch – Leben und Werk*, in: ARTH. KAUFMANN (Hrsg.), *Gesamtausgabe Rechtsphilosophie I*, vol. 1, Heidelberg, 1987, p. 59, 78 ss.

¹⁵ A. BARATTA, *Relativismus und Naturrecht im Denken Gustav Radbruchs*, in *ARSP* (45) 1959, p. 518 ss.

¹⁶ G. RADBRUCH, *Der Relativismus*, cit., p. 21.

¹⁷ A. BARATTA, *Relativismus*, cit., p. 518 ss.

consapevole, ha, oggi, ancora, costantemente, dinanzi, in una società aperta, plurale e complessa.